

THÔNG RA MỘT KỶ

11(379)

2019

NUM TH 48

**TỔNG BIÊN TẬP**

TS. TRẦN VĂN BIÊN

**HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP**

GS.TSKH. ĐÀO TRỌNG  
PGS.TS. BÙI XUÂN  
PGS.TS. PHẠM HỒNG HAI  
PGS.TS. TRẦN QUANG HAI  
PGS.TS. HÀ THOẠI HAI  
PGS.TS. PHẠM HỮU NGHĨ  
PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHONG  
PGS.TS. LÊ MINH THẮNG  
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN  
GS.TS. VŨ KHUYNH VINH  
PGS.TS. QUANG NGOC VUONG

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

*Tel: 024.39713333  
Fax: 024.39764534  
Email:  
tcnnpl@isl.gov.vn*

**Giấy phép hoả hoả  
bố chố số 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 HIẾN PHÁP**

- ❖ NGUYỄN THỊ VIỆT HƯƠNG: Quan hệ giữa thực hiện nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ ở Việt Nam hiện nay 3
- ❖ PHAN THANH HÀ: Tổ quyền trong mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân ở Việt Nam hiện nay 13

### **LUẬT DÂN SỰ, LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ**

- ❖ CHU THỊ THANH AN: Quyền thu giữ tài sản bảo đảm để xử lý thu hồi nợ của tổ chức tín dụng 25
- ❖ LÊ THỊ BÍCH THỦY: Pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với thuốc y học cổ truyền 31

### **LUẬT KINH TẾ**

- ❖ NGÔ GIA HOÀNG – TRƯƠNG VĂN QUYỀN: Quy định của Luật Đầu tư về ký quỹ đối với dự án đầu tư kinh doanh bất động sản 45
- ❖ PHẠM THỊ HẠNH: Trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật theo Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 53

### **QUYỀN CON NGƯỜI**

- ❖ NGUYỄN LINH GIANG: Bảo vệ dữ liệu cá nhân khi tham gia mạng xã hội 59

### **LÝ LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT**

- ❖ TRƯƠNG VĨNH KHANG: Mối quan hệ giữa luật tục và pháp luật ở Việt Nam hiện nay 67

### **NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI**

- ❖ TRẦN TUẤN MINH – NGUYỄN LÊ DÂN: Quy định về hình phạt trong Bộ luật Hình sự Nhật Bản 73

### **THÔNG TIN**

- ❖ PHẠM XÔ VIỆT: Lễ công bố và trao Quyết định bổ nhiệm Tổng biên tập Tạp chí Nhà nước và Pháp luật 82

MONTHLY ISSUE

11(379)

2019

48<sup>TH</sup> YEAR

# STATE AND LAW

## CONTENTS

### 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**

### *CONSTITUTIONAL LAW*

- ❖ NGUYEN THI VIET HUONG: The Interplay between Rule of Law Principle and Democratic Principle in Viet Nam 3
- ❖ PHAN THANH HA: The Right to Bring an Action in the Relation of Viet Nam's State and Citizens 13

### *CIVIL LAW, INTELLECTUAL PROPERTY LAW*

- ❖ CHU THI THANH AN: The Right of Credit Institutions to Seize Collateral for Recovery of Debts 25
- ❖ LE THI BICH THUY: International Law and Viet Nam's Law on Protection of Intellectual Property with Regard to Traditional Medicine 31

### *ECONOMIC LAW*

- ❖ NGO GIA HOANG – TRUONG VAN QUYEN: Investment Law on Escrow Deposit for Performance of Real Estate Investment Project 45
- ❖ PHAM THI HANH: Responsibility to Recall Defective Goods under the 2010 Law on Consumer's Rights Protection 53

### *HUMAN RIGHTS*

- ❖ NGUYEN LINH GIANG: Protection of Personal Data on Social Network Sites 59

### *STATE AND LAW THEORY*

- ❖ TRUONG VINH KHANG: The Relation between Normative Customs and the Law in Viet Nam 67

### *FOREIGN STATE AND LAW*

- ❖ TRAN TUAN MINH – NGUYEN LE DAN: The Legal Provisions on Penalty under Japan's Penal Code 73

### *ANNOUNCEMENT*

- ❖ PHAM XO VIET: Ceremony to announce and award the decision on the appointment of the editor-in-chief of the State and Law review 82

# QUAN HỆ GIỮA THỰC HIỆN NGUYÊN TẮC PHÁP QUYỀN VÀ NGUYÊN TẮC DÂN CHỦ Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Nguyễn Thị Việt Hương\*

**Tóm tắt:** Bài viết trình bày cách hiểu về nguyên tắc pháp quyền, nguyên tắc dân chủ và mối quan hệ giữa hai nguyên tắc trong xây dựng nhà nước pháp quyền. Đồng thời, bài viết đi sâu phân tích thực trạng mối quan hệ giữa thực hiện nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ trong quá trình đẩy mạnh xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Trên cơ sở đó, bài viết nhận diện một số vấn đề đang đặt ra và gợi mở hướng tư duy về một số giải pháp nhằm xây dựng mối quan hệ hợp lý giữa thực hiện nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ trong quá trình hiện thực hóa hai nguyên tắc này ở Việt Nam hiện nay.

**Abstract:** The article presents understandings of rule of law, democratic principles, and their relation in the law-based State-building. In the same vein, it focuses on analysis of the interplay between rule of law and democratic principles. Based on that, it identifies existing issues and conceptual implications on solutions for building a reasonable relation between implementation of rule of law and democratic principles in the process of their materialization hitherto in Viet Nam.

## 1. Nhận thức chung về mối quan hệ giữa thực hiện nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ

Trong một số công trình nghiên cứu gần đây<sup>1</sup>, nguyên tắc pháp quyền được hiểu là tư tưởng chỉ đạo nhất thiết phải tuân theo với nội dung cốt lõi là quyền lực nhà nước được kiểm soát, ràng buộc với pháp luật, chỉ được và phải được thực hiện trên cơ sở và trong khuôn khổ pháp luật. Nguyên tắc pháp quyền được nhận diện là một nguyên tắc thuộc nhóm nguyên tắc chính trị, pháp lý chung và là một trong những nguyên tắc trung tâm của quản trị quốc gia theo Hiến pháp. Theo đó, việc ghi nhận và thực hiện

trên thực tế các yêu cầu, đòi hỏi cụ thể của nguyên tắc pháp quyền là nhu cầu khách quan, tất yếu trong quá trình xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản ở Việt Nam hiện nay<sup>2</sup>.

Cũng giống như pháp quyền, nguyên tắc dân chủ là nguyên tắc chính trị chủ đạo, bao trùm, dẫn hướng hành động của mọi chủ thể tới mục đích là thực hành dân chủ,

\* PGS.TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

<sup>1</sup> Xem: Báo cáo tổng hợp đề tài cấp nhà nước: “Thực hiện nguyên tắc pháp quyền trong xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa do Đảng Cộng sản Việt Nam lãnh đạo: Thực trạng, vấn đề đặt ra và giải pháp”, mã số: KX 04-06/16-20 (Chủ nhiệm: PGS.TS. Nguyễn Đức Minh), Hà Nội, 5/2019.

<sup>2</sup> Tác giả bài viết chia sẻ quan điểm của PGS.TS. Nguyễn Đức Minh cho rằng: Nguyên tắc pháp quyền có những yêu cầu, đòi hỏi cụ thể, cấu thành nên nội dung của pháp quyền với nghĩa là các nguyên tắc. Các đòi hỏi đó bao gồm: (1) Quyền lực nhà nước bị giới hạn, bị kiểm soát và ràng buộc bởi pháp luật; (2) Bảo đảm hiệu lực tối thượng của Hiến pháp và luật; (3) An toàn pháp lý; (4) Bình đẳng trước pháp luật và bình đẳng trước tòa án; (5) Pháp luật được tôn trọng và bảo vệ; (6) Gắn pháp quyền với bảo đảm, bảo vệ tự do, nhân phẩm, công bằng, công lý, dân chủ và quyền con người (Nguyễn Đức Minh, “Khái niệm, nội dung của nguyên tắc pháp quyền”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6/2018).

đạt tới chế độ dân chủ cho toàn thể. Nguyên tắc dân chủ chứa đựng yêu cầu bắt buộc về sự khẳng định toàn bộ quyền lực thuộc về nhân dân, đảm bảo cho người dân bằng ý chí trực tiếp hoặc thông qua đại diện một cách bình đẳng, thực hiện được quyền quyết định tập thể về các vấn đề của xã hội, cộng đồng. Mặc dù không phải là liều thuốc có thể giải quyết được tất cả các vấn đề của con người và xã hội, nhưng nguyên tắc dân chủ với tính chất là một nguyên tắc chính trị hợp pháp, hàm chứa “sự chấp thuận của nhân dân” được xem là cơ sở của trật tự chính trị tại mọi quốc gia trong thời đại ngày nay.

Như vậy, pháp quyền (nguyên tắc pháp quyền) và dân chủ (nguyên tắc dân chủ) là hai nguyên tắc cơ bản của xã hội hiện đại, tồn tại trong mối quan hệ hai chiều, tương tác, vừa là tiền đề, điều kiện, vừa là động lực, mục tiêu của nhau. Có thể hình dung, nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ tồn tại như hai vòng tròn giao thoa trong quá trình hành động của các chủ thể. Chúng tồn tại không thể tách rời nhau. Độ giao thoa càng lớn, mục tiêu dân chủ của chế độ xã hội càng được tiệm cận. Do đó, đôi khi hai nguyên tắc này được nhận thức trong một thể thống nhất: Nguyên tắc dân chủ - pháp quyền.

Dân chủ nhờ thực hiện pháp quyền mới có đời sống hiện thực, có tính hợp pháp và được bảo vệ. Với tư cách là một đoàn thể pháp lý gồm các cử tri được quyền hành xử chủ quyền, nhân dân phải được tổ chức lại và ấn định vị trí pháp lý. Những ý tưởng về chủ quyền nhân dân và chính quyền dân chủ phải được định chế hóa thành các quy tắc có hiệu lực pháp lý. Dân chủ phải được hiểu trên phương diện pháp lý, tức là quyền của chủ thể (nhân dân) đưa ra những quyết định

tập thể mang tính ràng buộc đối với các chủ thể khác về mặt pháp lý. Để làm được điều này, những quyền dân chủ, các thủ tục tiến hành các hành vi dân chủ, các điều kiện bảo đảm hiện thực hóa các quyền dân chủ, các biện pháp chống lại các hành vi vi phạm dân chủ... cần phải được ghi nhận, định nghĩa và giới hạn rõ ràng bởi pháp luật. Do vậy, trạng thái dân chủ trước hết tùy thuộc vào mức độ ghi nhận, bảo đảm và bảo vệ bởi pháp luật đối với quyền quyết định của mọi thành viên và sự bình đẳng về quyền của các thành viên khi đưa ra các quyết định. Ở một mức độ khác, dân chủ chỉ thực chất khi pháp luật được tôn trọng bởi mọi chủ thể; tức là khi các cơ quan nhà nước, công chức, viên chức nhà nước, các công dân, tổ chức và các chủ thể khác đều đề cao tính tối thượng của pháp luật, tồn tại trong mối quan hệ với pháp luật, ràng buộc bởi pháp luật và thực hiện pháp luật, hành động hoặc không hành động trên cơ sở pháp luật và không vi phạm những điều pháp luật cấm. Nói cách khác, dân chủ chỉ thực chất khi các quy tắc có hiệu lực pháp lý ghi nhận, bảo đảm, bảo vệ dân chủ phải đạt được sự tôn trọng và được thực hiện trên thực tế. Như vậy, nguyên tắc pháp quyền được xem như hòn đá tảng của dân chủ. Chính nhờ có pháp quyền mà dân chủ từ một nguyên tắc chính trị chủ đạo trở thành một nguyên tắc chính trị - pháp lý có giá trị thừa nhận chung.

Pháp quyền nhờ có dân chủ mới có được tính chính đáng. Pháp quyền vừa coi dân chủ là đích đến, vừa xem dân chủ là nội dung và điều kiện đảm bảo sức sống của pháp quyền. Nguyên tắc pháp quyền đòi hỏi pháp luật phải ràng buộc được Nhà nước và các chủ thể khác, nhưng pháp luật chỉ có công năng nói trên khi nó xuất phát từ ý chí

chung của nhân dân, được hình thành qua quá trình quyết định tập thể của nhân dân (bằng ý chí trực tiếp hoặc thông qua đại diện), đồng thời phản ánh được chính xác ý chí, nguyện vọng của nhân dân. Theo đó, pháp luật phải hàm chứa các giá trị dân chủ, đồng thời bản thân pháp luật phải trở thành kênh dẫn để đạt được các mục tiêu dân chủ cụ thể. Yêu cầu ràng buộc các chủ thể bởi pháp luật xét đến cùng chính là yêu cầu của dân chủ, là phương thức để đảm bảo quyền lực chính trị nằm trong quỹ đạo quyền lực nhân dân, quyền làm chủ thuộc về nhân dân. Như vậy, pháp quyền được nhìn nhận như là phương tiện hiệu quả để đạt được mục tiêu dân chủ mà mọi xã hội dân chủ đều phải trải qua. Tuy nhiên, quá trình đi tới đích “một nền dân chủ hoàn thiện” là một quá trình lâu dài trong đó nguyên tắc pháp quyền luôn đóng vai trò quyết định, gắn bó trong sự tương tác qua lại với nguyên tắc dân chủ, hướng vào thực hiện nguyên tắc dân chủ.

Trong thực tiễn, mặc dù là hai nguyên tắc khác nhau, nhưng việc thực hiện nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ hàm chứa một số yêu cầu tương đồng. Vì vậy, trong không ít trường hợp, việc thực hiện một số yêu cầu của nguyên tắc pháp quyền cũng đồng thời đáp ứng được một số đòi hỏi trong thực hiện nguyên tắc dân chủ. Tuy nhiên, trong đa số các trường hợp, việc thực hiện các yêu cầu của pháp quyền đóng vai trò là điều kiện tiên đề để các đòi hỏi của dân chủ được hiện thực hóa. Theo đó, việc thiết kế mối quan hệ giữa thực hiện nguyên tắc pháp quyền với nguyên tắc dân chủ phải đạt được hai yêu cầu cơ bản sau:

*Một là, pháp luật phải ghi nhận và bảo đảm các quyền dân chủ cơ bản, phải hướng vào phúc đáp các yêu cầu dân chủ.* Dân chủ

chỉ có thể được thực hiện trên thực tế khi có một hệ thống pháp luật ghi nhận, bảo vệ hiệu quả các quyền và quy trình dân chủ. Đây chính là ưu thế và trách nhiệm thuộc nội hàm thực hiện nguyên tắc pháp quyền. Theo đó, dân chủ phải được xem là một tiêu chí, một phần trong nội dung của pháp luật, được thể hiện qua việc ghi nhận các quyền quyết định của người dân, quy định các điều kiện đảm bảo thực hiện quyền, xác định các thủ tục, quy trình rõ ràng, cụ thể để thực hiện các quyền dân chủ, xác lập cơ chế pháp lý để tiếp nhận các tố quyền của người dân và làm vô hiệu hóa các hành vi bất hợp pháp của chính quyền. Trong hệ thống pháp luật quốc gia, pháp luật về dân chủ (dân chủ đại diện, dân chủ trực tiếp, dân chủ cơ sở...) phải trở thành một bộ phận trọng yếu. Quy trình xây dựng pháp luật phải đảm bảo nhân dân được tham gia thực sự, được phản ánh ý chí của mình trong Hiến pháp và luật.

*Hai là, mọi hành vi dân chủ của mọi chủ thể (bao gồm cả hành vi thực hiện quyền quyết định của người dân và hành vi của hệ thống công quyền liên quan đến quá trình thực hiện quyền quyết định của người dân) phải dựa trên cơ sở tuân thủ khuôn khổ của pháp luật.* Đây là yêu cầu bắt buộc của nguyên tắc pháp quyền, cũng là đảm bảo sự sống còn của nguyên tắc dân chủ. Thực hiện nguyên tắc pháp quyền đòi hỏi dân chủ phải hợp pháp và chính khuôn khổ của pháp luật khiến cho dân chủ được hiện thực hóa và được bảo vệ. Một ví dụ cụ thể: Người dân có quyền khiếu nại đối với hành vi của cơ quan nhà nước, họ phải thực hiện quyền đó theo đúng quy trình, thủ tục do luật định. Khi quyền đó không được tôn trọng bởi công quyền thì họ phải có quyền được phản kháng. Tuy nhiên, sự phản kháng phải nằm trong khuôn khổ pháp luật cho

phép, không làm phương hại đến lợi ích quốc gia, lợi ích cộng đồng, quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể khác. Dân chủ không phải là một hệ thống cho người dân bất cứ thứ gì họ yêu cầu, vào bất kỳ lúc nào hay trong thời gian ngắn nhất; nhưng nó bảo đảm các điều kiện để sự ảnh hưởng và kiểm soát của họ lên chính quyền một cách lâu dài với yêu cầu các điều kiện đó phải được pháp lý hóa.

## 2. Thực trạng mối quan hệ giữa thực hiện nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ trong xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam

Ở Việt Nam, về mặt nhận thức, mối quan hệ chặt chẽ, gắn bó giữa pháp quyền và dân chủ được xác định ngày càng rõ trong tư duy chính trị của Đảng và Nhà nước ta. Ngay từ Đại hội Đảng lần thứ VI, yếu tố quản lý nhà nước bằng pháp luật gắn với bảo đảm quyền dân chủ thực sự của nhân dân đã được nhấn mạnh<sup>3</sup>. Tại Hội nghị đại biểu toàn quốc giữa nhiệm kỳ khóa VII (1994), cùng với việc chính thức sử dụng thuật ngữ “nhà nước pháp quyền”, Văn kiện Hội nghị đã gắn tính pháp quyền với tính dân chủ của Nhà nước, xác định Nhà nước pháp quyền Việt Nam là: “... Nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân, quản lý mọi mặt đời sống xã hội bằng pháp luật...”<sup>4</sup>. Hội nghị Ban chấp hành Trung ương lần thứ 8 khóa VII (1995) và các kỳ đại hội tiếp theo của Đảng (VIII, IX, X, XI) đều tiếp tục xác định và từng bước cụ thể hóa yêu cầu “xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của nhân dân, do nhân dân, vì nhân

dân”. Đặc biệt, Văn kiện Đại hội toàn quốc lần thứ XII (2016) của Đảng đã chỉ rõ nhu cầu và sự gắn kết việc thực hiện nguyên tắc pháp quyền và dân chủ: “Trong tổ chức và hoạt động của Nhà nước, phải thực hiện dân chủ, tuân thủ các nguyên tắc pháp quyền và phải tạo ra sự chuyển biến tích cực, đạt kết quả cao hơn...”<sup>5</sup>. Nhận thức nói trên dường như đã chỉ rõ: Dân chủ luôn đi đôi với pháp quyền, thực hiện dân chủ là yêu cầu và tuân thủ nguyên tắc pháp quyền là phương thức để đạt được yêu cầu dân chủ.

Thực tiễn thực hiện nguyên tắc pháp quyền ở nước ta trong thời gian vừa qua đã cơ bản tạo ra mối tương quan thuận chiều với nguyên tắc dân chủ. Nhìn tổng thể, quá trình thực hiện nguyên tắc pháp quyền đã thúc đẩy dân chủ phát triển, khiến cho bầu không khí dân chủ khởi sắc, trở nên sôi động, góp phần chuyển hóa các yêu cầu của nguyên tắc dân chủ thành hiện thực. Bằng Hiến pháp, nền tảng quan trọng cho việc thực thi nguyên tắc dân chủ đã được khẳng định và các quyền tự do dân chủ cơ bản của người dân đã được ghi nhận một cách rõ ràng<sup>6</sup>, mang tính ràng buộc các chủ thể,

<sup>3</sup> Xem: Đảng Cộng sản Việt Nam (2006), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc khóa XII*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.175.

<sup>4</sup> Hiến pháp năm 2013 tái khẳng định và làm rõ hơn chủ quyền nhân dân bằng việc khẳng định Nhân dân là chủ thể xây dựng, thi hành và bảo vệ Hiến pháp (Lời nói đầu); khẳng định Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân, Nhân dân là chủ nhân của đất nước, tất cả quyền lực nhà nước là thuộc về Nhân dân (Điều 2); xác định trách nhiệm nhà nước bảo đảm và phát huy quyền làm chủ của Nhân dân (Điều 3); xác định Đảng gắn bó mật thiết với Nhân dân, phục vụ Nhân dân, chịu sự giám sát của Nhân dân, chịu trách nhiệm trước Nhân dân về những quyết định của mình (Điều 4); xác định cách thức Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước là bằng dân chủ trực tiếp và dân chủ đại diện (Điều 6); xác định cách thức Nhân

<sup>3</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam (2006), *Văn kiện Đại hội Đảng thời kỳ Đổi mới (Đại hội VI, VII, VIII, IX)*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.124.

<sup>4</sup> Xem: Đảng Cộng sản Việt Nam (2006), tldd, tr.329.

khắc phục được tính “hình thức”, “khẩu hiệu” trước đây. Pháp luật đã tạo lập được những đường nét chính trong cơ chế pháp lý để người dân thực hiện dân chủ đại diện thông qua ủy quyền, dân chủ trực tiếp, dân chủ cơ sở, dân chủ trong Nhà nước và dân chủ trong xã hội. Dân chủ đã thực chất hơn. Đặc biệt, cơ chế pháp lý để nhân dân áp đặt các giới hạn pháp lý lên chính quyền và kiểm soát để các giới hạn đó được thực thi nhằm khắc phục sự tùy nghi của chính quyền đang có xu hướng rõ nét hơn. Sự ràng buộc, giới hạn và kiểm soát của pháp luật đối với hoạt động của các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp đã khắc phục đáng kể tình trạng lạm quyền, quan liêu, độc đoán, mất dân chủ... đi đôi với mở rộng tính chất phục vụ của Nhà nước và khả năng tham gia của người dân vào hoạt động nhà nước. Có thể nói, chưa khi nào, người dân có được điểm tựa pháp luật và biết vận dụng các yêu cầu của pháp quyền để bảo vệ các quyền tự do dân chủ của cá nhân như hiện nay.

Theo chiều ngược lại, quá trình chuyển

---

dân thành lập ra các cơ quan đại diện bằng bầu cử theo nguyên tắc phổ thông, bình đẳng, trực tiếp và bỏ phiếu kín (Điều 7); quy định việc cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên chức phải tôn trọng Nhân dân, tận tụy phục vụ Nhân dân, liên hệ chặt chẽ với Nhân dân, chịu sự giám sát của Nhân dân (Điều 8); quy định vai trò của Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức chính trị - xã hội trong đại diện cho Nhân dân, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của Nhân dân, thực hiện giám sát và phản biện xã hội, tham gia xây dựng Đảng (Điều 9); bộ quy định Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến (Điều 70); quy định việc trưng cầu ý dân về Hiến pháp (Điều 120);... Ngoài ra, Hiến pháp năm 2013 tạo ra cơ hội chưa từng có với việc hoàn thiện khuôn khổ pháp luật về quyền con người, quyền công dân – một trong những đảm bảo tối cần thiết cho các yêu cầu về dân chủ trong tổ chức và hoạt động của bộ máy Đảng và Nhà nước.

hóa các yêu cầu của nguyên tắc pháp quyền vào cuộc sống cũng nhận được sự tác động mạnh mẽ của việc thực hiện các đòi hỏi dân chủ. Thực hiện dân chủ đã góp phần tạo ra những đạo luật tốt bằng việc mở rộng sự tham gia của người dân vào quá trình làm luật và nâng cao yêu cầu tiếp nhận, xử lý các ý kiến góp ý, phản biện xã hội đối với các dự luật. Một minh chứng rất rõ nét là vai trò của cuộc thăm dò, xin ý kiến nhân dân trong quá trình xây dựng bản Hiến pháp năm 2013 và việc tiếp thu ý kiến phản biện xã hội trong quá trình xây dựng dự luật đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt (Luật Đặc khu) ở nước ta thời gian qua. Theo hướng này, quá trình hiện thực hóa các yêu cầu của dân chủ đã trực tiếp mang lại những giá trị dân chủ trong pháp luật, góp phần hướng việc thực hiện pháp quyền vào mục tiêu dân chủ và quyền con người. Có thể kiểm chứng điều này trong nội dung Hiến pháp năm 2013 và trong nhiều văn bản pháp luật được ban hành trong thời gian gần đây (Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và Hội đồng nhân dân năm 2015, Luật Trưng cầu dân ý năm 2015, Luật Chính quyền địa phương năm 2015...). Điều đáng lưu ý hơn là chính việc thực hiện các yêu cầu của nguyên tắc dân chủ đã tạo điều kiện thuận lợi cho pháp luật đi vào đời sống, đảm bảo tính tuân thủ pháp luật trong hoạt động nhà nước và các chủ thể có liên quan. Phát huy dân chủ giúp thể hiện sức ép từ xã hội đối với hành động thực tế của công quyền và các chủ thể khác trước các yêu cầu mang tính thuộc tính của pháp quyền. Rất nhiều hành vi tham nhũng, lạm quyền, độc quyền, coi thường pháp luật, coi thường công lý, xâm hại tính độc lập của tư pháp, bất bình đẳng trước pháp luật... - vốn là những hiện tượng trái chiều với tinh thần pháp quyền - đã được phát hiện và xử lý

nhờ vào các công cụ của dân chủ. Trong xã hội, đi đôi với những phản ứng rõ ràng đối với các hiện tượng dân chủ quá trớn, lợi dụng dân chủ, tự do vô chính phủ, đã xuất hiện ngày càng phổ biến thái độ phản kháng đối với các hiện tượng coi thường kỷ cương, pháp luật, lạm quyền của hệ thống công quyền và các chủ thể khác.

Tuy nhiên, đặt thực tiễn thực hiện nguyên tắc pháp quyền trong mối quan hệ với nguyên tắc dân chủ cũng dễ dàng nhận thấy không ít vướng mắc, hạn chế, đang làm phương hại, cản trở cả yêu cầu thực hiện pháp quyền lẫn yêu cầu thực hiện dân chủ.

*Thứ nhất*, trên phương diện nhận thức, nội hàm nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ cũng như mối quan hệ giữa chúng chưa được nhận diện đầy đủ. Sự phân định giữa nguyên tắc pháp quyền với nhà nước pháp quyền, pháp quyền, pháp chế... chưa mạch lạc khiến cho việc xác định các yêu cầu cụ thể của nguyên tắc pháp quyền chưa rõ nét. Tương tự, nguyên tắc dân chủ với dân chủ và nguyên tắc tập trung dân chủ, nền dân chủ... còn có nhiều sự chông lán khiến cho các tiêu chuẩn thuộc về nguyên tắc dân chủ chưa thực sự được định hình. Trên phương diện thể chế, cả nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ đều chưa được chính thức ghi nhận trong Hiến pháp và luật, do vậy, mức độ thực hiện và tác động giữa hai nguyên tắc chính trị chủ đạo của chế độ xã hội chưa mang tính tổng thể, toàn diện.

*Thứ hai*, pháp luật về dân chủ còn nhiều bất cập cả về nội dung và hình thức, vẫn còn không ít khoảng trống và nhiều điểm chưa phù hợp, chưa đủ sức giới hạn, ràng buộc, kiểm soát một cách thực sự hữu hiệu đối với các chủ thể trong các hành động liên quan đến bảo đảm quyền dân chủ. Nhìn

rộng ra, hệ thống pháp luật Việt Nam chưa đồng bộ, không thống nhất, hay thay đổi, gây khó khăn cho các cơ quan thi hành pháp luật và nhân dân, ảnh hưởng đến việc thực hành dân chủ trong xã hội<sup>7</sup>.

*Thứ ba*, việc xây dựng pháp luật chưa thu hút được sự tham gia tích cực và hiệu quả của người dân. Nhân dân chưa được thông báo thường xuyên về nội dung các dự án văn bản quy phạm pháp luật sắp ban hành và các nhóm quyền lợi ít có cơ hội phát biểu quan điểm của mình. Ở mức độ đáng lo ngại, pháp luật chưa đáp ứng được tính hợp hiến, minh bạch, rõ ràng, công khai; khiến cho người dân khó có thể lường trước được các hành vi của chính quyền ngay cả khi các hành vi đó động chạm trực tiếp tới các quyền dân chủ cơ bản của công dân.

*Thứ tư*, trong thực tiễn, việc giải quyết yêu cầu phát huy dân chủ, tự do ngôn luận,

---

<sup>7</sup> Các biểu hiện cụ thể có thể chỉ ra như sau: (i) Cho đến nay, vẫn chưa có cơ chế pháp lý thực sự hữu hiệu để trao quyền làm Hiến pháp vào tay nhân dân, do vậy, ý chí đích thực của nhân dân trong việc ủy quyền lực và phân công quyền lực cho Nhà nước chưa được biểu thị qua bản văn Hiến pháp; (ii) Liên quan đến yêu cầu chế định các hình thức dân chủ, pháp luật bầu cử để thực hiện quyền của nhân dân thành lập ra Nhà nước còn khá nhiều điểm chưa phù hợp, pháp luật chưa phản ánh đúng tinh thần đề cao dân chủ trực tiếp trong Hiến pháp năm 2013, pháp luật về dân chủ cơ sở đang bộc lộ nhiều khiếm khuyết, đặt ra yêu cầu tiếp tục hoàn thiện; (iii) Pháp quyền đòi hỏi công quyền phải chịu sự kiểm soát của pháp luật nhưng đến nay vẫn đang thiếu nền tảng pháp luật hữu hiệu để nhân dân thực hiện sự kiểm soát đối với quyền lực nhà nước. Ở mức độ chung nhất, chúng ta đang thiếu một khuôn khổ pháp luật đầy đủ và hợp lý cho việc thực hiện cơ chế bảo hiến, nhất là việc xác định chế tài đối với các trường hợp vi hiến; (iv) Các quyền tự do dân chủ nền tảng quan trọng, đóng vai trò là những bảo đảm cho việc thực hiện các tiêu chuẩn mang tính bản chất của dân chủ chưa được cụ thể hóa đầy đủ hoặc thiếu các thủ tục để được hiện thực hóa.

lắng nghe các ý kiến khác biệt, tư duy phản biện trong xã hội với việc giữ vững kỷ luật, kỷ cương, pháp luật trong hoạt động của các chủ thể, trước hết là của công quyền, còn nhiều bất cập. Tình trạng tách rời giữa dân chủ và kỷ cương, dân chủ và pháp luật vẫn còn xuất hiện ở cả trong Đảng, trong Nhà nước, trong xã hội. Biểu hiện tập trung nhất là trạng thái vừa chuyên quyền, mất dân chủ hay dân chủ hình thức, vừa dân chủ quá trớn, cực đoan, lợi dụng dân chủ.

*Thứ năm*, nhiều hành vi vi phạm dân chủ chưa được phát hiện và xử lý một cách thực sự bình đẳng, triệt để, nghiêm minh. Tình hình này có liên quan đến hai yêu cầu căn bản của pháp quyền chưa được triển khai thực hiện tốt: *Một là*, bình đẳng trước pháp luật chưa thực chất; *hai là*, độc lập của tư pháp chưa thực sự được đảm bảo.

### 3. Vấn đề đặt ra và giải pháp

#### *Những vấn đề đặt ra*

Đặt mối quan hệ giữa thực hiện nguyên tắc pháp quyền với nguyên tắc dân chủ trong bối cảnh cụ thể ở nước ta hiện nay, có thể nhận thấy một số vấn đề đang đặt ra như sau:

*Thứ nhất*, đang thiếu nhận thức nhất quán về nội hàm nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ cũng như về mối quan hệ giữa việc thực hiện nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ trong xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam. Đây là một trong những rào cản đối với hiệu quả thực hiện hai nguyên tắc này. Vì vậy, một mô hình lý thuyết phản ánh nhu cầu, mục đích, nội dung, mối liên hệ của sự kết hợp hai nguyên tắc đó ở nước ta hiện nay cần phải được nhận diện. Theo đó, sự thừa nhận trên phương diện chính trị làm

tiền đề cho sự chính thức hóa dưới hình thức pháp định nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ với tính cách là hai nguyên tắc chủ đạo của quá trình tổ chức, vận hành xã hội Việt Nam cần phải được đặt ra.

*Thứ hai*, trong bối cảnh hiện nay ở nước ta, làm thế nào để có thể xây dựng được một hệ thống pháp luật dân chủ, hàm chứa trong đó sự thừa nhận đến mức tối đa những tiêu chuẩn xác định bản chất của dân chủ, những tiêu chuẩn đảm bảo thi hành dân chủ và những tiêu chuẩn nhằm chống lại những mặt trái của quá trình thực hiện dân chủ; làm thế nào để củng cố tính thực chất của dân chủ, khiến cho quyền quyết định của quần chúng và sự bình đẳng chính trị giữa các thành viên trong xã hội trở nên hiệu quả hơn về mặt thể chế và thực hiện thể chế là vấn đề cốt yếu đang đặt ra.

*Thứ ba*, dân chủ không phải thuần túy là sự “cai trị” của đa số, mặc dù, dĩ nhiên, khi nhiều người đều có quyền lực ngang nhau trong việc quyết định tập thể về một vấn đề nào đó thì giải pháp được chọn phải là đa số chiếm ưu thế. Do đó, nền dân chủ hiện đại - dân chủ tự do - cần phải được tóm tắt trong một công thức ngắn gọn là: “Cai trị của đa số với các quyền của thiểu số”. Rõ ràng, cần một cơ chế pháp lý và những bảo đảm thực tế để có thể thực thi và kiểm soát được yêu cầu này ở Việt Nam hiện nay.

*Thứ tư*, vấn đề đang nổi bật ở nước ta hiện nay là tình trạng vừa thiếu dân chủ, vừa thiếu kỷ cương, pháp luật. Phải làm sao để Hiến pháp và pháp luật giữ vị trí tối thượng, hành vi của mọi chủ thể đều phải chịu sự ràng buộc của pháp luật, đi đôi với dân chủ phải được phát huy, quyền của người dân được đảm bảo? Thiết kế một mô

hình điều chỉnh pháp luật thế nào để trong điều kiện một Đảng Cộng sản duy nhất cầm quyền, không đa nguyên chính trị, đa đảng đối lập mà vẫn phát huy được dân chủ thực sự đối với nhân dân, vẫn giữ vững được sự lãnh đạo của Đảng; Đảng trong sạch, vững mạnh, cán bộ, đảng viên không rơi vào tình trạng suy thoái, biến chất, xa rời quần chúng? Đây là vấn đề rất khó khăn và cũng là điểm cốt lõi của mối quan hệ giữa thực hiện nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ hiện nay.

*Thứ năm*, giá trị của pháp quyền đối với dân chủ không chỉ nằm ở các quy định pháp luật mà quan trọng hơn là ở tính thượng tôn và hiệu quả của việc thực thi các quy định đó. Cơ chế nào hữu hiệu cho việc đưa pháp luật dân chủ vào đời sống cũng như bảo vệ tốt nhất các quyền dân chủ khi các quyền đó bị xâm hại là vấn đề cần tính đến trong giải quyết mối quan hệ giữa pháp quyền và dân chủ hiện nay. Ngoài ra, phương thức và lộ trình thực hiện nguyên tắc pháp quyền gắn với nguyên tắc dân chủ cần được xác định như thế nào để pháp quyền thực sự là chỗ dựa của dân chủ; đồng thời đảm bảo dân chủ là đích đến của pháp quyền trong bối cảnh những yêu cầu về dân chủ đã được đề cập và không ngừng được phát huy ngay từ những ngày đầu cách mạng đến nay, trong khi các yêu cầu của pháp quyền mới được từng bước nhận diện và hiện thực hóa trong thời kỳ đổi mới đất nước.

### ***Giải pháp***

Để giải quyết triệt để những vấn đề nêu trên, cần có quyết tâm chính trị và sự nỗ lực cao độ đi kèm nhiều điều kiện về kinh tế - xã hội ở trong nước và quốc tế với một lộ trình tương đối lâu dài. Tuy nhiên, trước mắt, cần tập trung cho một số giải pháp sau:

*Một là*, chính thức ghi nhận nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ trong các văn kiện chính trị với cách thể hiện đó là hai nguyên tắc chính trị - pháp lý chủ đạo trong tổ chức, thực thi quyền lực chính trị, quyền lực nhà nước và tổ chức, quản lý xã hội ở Việt Nam hiện nay. Trên cơ sở đó, cần thể chế hóa mạnh mẽ các nội dung của nguyên tắc này trong hệ thống pháp luật, trước hết trong các văn bản pháp luật về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước. Trên thực tế, đề xuất này đã có đủ căn cứ, vì mặc dù khá hãn hữu, nhưng cụm từ “*nguyên tắc dân chủ*” đã được đề cập trong Nghị quyết của Bộ chính trị số 48-NQ/TW năm 2005 về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 với yêu cầu: “*Thể chế hóa nguyên tắc dân chủ trong hoạt động của cơ quan dân cử, bảo đảm để nhân dân tích cực tham gia vào các hoạt động xây dựng pháp luật, giám sát bằng nhiều hình thức việc thi hành pháp luật của các cơ quan, công chức nhà nước*”. Gần đây hơn, tại Báo cáo tổng kết 30 năm đổi mới, Đảng ta đã nhận định: “*...Các nguyên tắc dân chủ, pháp quyền, tính tối thượng của Hiến pháp, vai trò, tiêu chuẩn của pháp luật và hệ thống pháp luật của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa; tiêu chuẩn, đặc trưng cơ bản của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, ... chưa được nhận thức, quy định đầy đủ trong mô hình tổ chức và cơ chế vận hành của hệ thống chính trị*”. Tại Đại hội Đảng XII (2016) khi đề ra phương hướng chủ đạo cho giai đoạn tiếp theo, cụm từ “*nguyên tắc dân chủ*” đã được sử dụng thay thế bằng cụm từ “*dân chủ*”: “*Trong tổ chức và hoạt động của Nhà nước, phải thực hiện dân chủ, tuân thủ các nguyên tắc pháp quyền và phải tạo ra sự chuyển biến tích*

*cực, đạt kết quả cao hơn...".* Trong phần lớn các văn kiện chính trị của Đảng, các văn bản pháp luật của Nhà nước, chúng ta thường bắt gặp những cụm từ thông dụng hơn như “*phát huy dân chủ*”, “*mở rộng dân chủ*”, “*thực hành dân chủ xã hội chủ nghĩa*”... Như vậy, nếu xuất phát từ nội hàm cốt lõi của các cách biểu hiện phạm trù “*dân chủ*” thì đó cũng chính là một kiểu sử dụng từ ngữ theo dạng rút gọn của “*nguyên tắc dân chủ*”.

*Hai là*, cụ thể hóa quy trình lập hiến theo hướng đề cao vị trí quyền lực của nhân dân, đi đôi với xây dựng cơ chế bảo hiến hữu hiệu.

Đứng trên nguyên lý chủ quyền nhân dân, Hiến pháp và pháp luật chỉ đạt được tính tối thượng khi phản ánh ý chí thực sự của nhân dân. Do vậy, nhân dân phải trực tiếp hoặc tham gia tích cực vào việc làm Hiến pháp. Hiện nay, theo quy định của Hiến pháp năm 2013, Quốc hội thực hiện quyền lập hiến và việc trưng cầu ý dân về Hiến pháp do Quốc hội quyết định. Nguyên tắc hiến định này cần phải được cụ thể hóa đối với các giai đoạn của quy trình sửa đổi Hiến pháp. Trong bối cảnh cụ thể của nước ta, văn bản cụ thể hóa quy trình lập hiến phải dành điểm nhấn vào việc xác định vai trò chủ thể tối cao của nhân dân trong lập hiến, thể hiện chủ yếu ở hai khâu: 1. Xin ý kiến nhân dân và 2. Thông qua văn bản Hiến pháp. Theo đó, cần có các quy định đảm bảo việc xin ý kiến nhân dân được tiến hành thực chất và hiệu quả, đồng thời quy định chi tiết các điều kiện cụ thể để Quốc hội quyết định việc trưng cầu ý dân về Hiến pháp. Từ quan niệm là quy trình hoạt động nhà nước, do Nhà nước thực hiện, quy trình lập hiến cần từng bước nhận thức lại đúng

với bản chất là quy trình lập hiến của nhân dân, do nhân dân thực hiện và quyết định, các cơ quan nhà nước có trách nhiệm tổ chức và bảo đảm để nhân dân thực thi chủ quyền tối cao với Hiến pháp.

Tính tối thượng và ràng buộc của Hiến pháp đòi hỏi phải có cơ chế bảo vệ Hiến pháp hữu hiệu trước khả năng vi phạm của các chủ thể, trước hết là của công quyền. Trong giai đoạn hiện nay, cần nhất quán đề cao vai trò của cơ chế bảo hiến. Hiến pháp năm 2013 (khoản 2 Điều 119) đề ngỏ khả năng thành lập một cơ chế bảo vệ hiến pháp theo một đạo luật do Quốc hội ban hành. Thiết nghĩ, quy định này cần sớm được triển khai thực hiện. Đồng thời, cần tiếp tục tạo lập tiền đề chính trị cho việc xây dựng một cơ chế bảo hiến độc lập, được tiến hành bởi một thiết chế hiến định, hoạt động theo nguyên tắc của tư pháp và phù hợp với bối cảnh xã hội, chính trị cụ thể của Việt Nam.

*Ba là*, tích cực hoàn thiện pháp luật về dân chủ, đảm bảo luật hóa đến mức tối đa các quyền dân chủ của người dân, đảm bảo pháp luật dân chủ trở thành một bộ phận trọng yếu của hệ thống pháp luật hiện hành.

Hoàn thiện pháp luật dân chủ ở nước ta hiện nay phải theo hướng ghi nhận đầy đủ các quyền của nhân dân trong thực hiện quyền lực nhân dân, ghi nhận các điều kiện (bao gồm cả trình tự, thủ tục) để nhân dân thực hiện hiệu quả các quyền trên thực tế, ghi nhận các cơ chế để nhân dân kiểm soát được quyền lực đã ủy quyền và bảo vệ các quyền dân chủ. Trước mắt, hoàn thiện pháp luật dân chủ phải được đặt vào các trọng tâm sau: Đổi mới pháp luật bầu cử; xác lập mô hình pháp lý phù hợp về tính chất hoạt động của đại biểu cơ quan dân cử và mối liên hệ giữa đại biểu với cử tri, trong đó đặc

biệt chú trọng xác lập các thủ tục pháp lý minh bạch, công khai cho việc thực hiện trách nhiệm đại biểu tiếp xúc cử tri, báo cáo trước cử tri và quy định về trình tự bãi nhiệm đại biểu bởi cử tri; xây dựng Bộ Quy tắc ứng xử và đạo đức nghề nghiệp của đại biểu; đổi mới quy trình, thủ tục hoạt động của các thiết chế đại diện; nghiên cứu việc xây dựng và ban hành Luật Về sự lãnh đạo của Đảng; xây dựng và ban hành Luật Biểu tình, Luật về Hội, Luật Thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn, Luật Giám sát của nhân dân, pháp luật về phản biện xã hội... đi đôi với xác lập sự đồng bộ của các văn bản pháp luật có liên quan đến dân chủ. Khối lượng công việc phải thực hiện trong quá trình hoàn thiện pháp luật về dân chủ rất lớn, nhưng trên nguyên tắc phải đảm bảo trình tự thực hiện các quyền dân chủ cơ bản được luật hóa; mọi người dân phải được thể hiện ý chí một cách thực chất, được sử dụng quyền tự do biểu đạt quan điểm và chỉ trích đối với những người đang nắm quyền lực; công chúng phải có quyền tìm đến những nguồn thông tin khác nhau, có quyền giám sát tổ chức và hoạt động của bộ máy Đảng và Nhà nước, có quyền không bị phán xét một cách bất bình đẳng bởi sự bất đồng quan điểm chính trị... Tất cả những quyền này phải được pháp luật bảo vệ nghiêm ngặt.

*Bốn là*, xây dựng và thực thi cơ chế pháp lý nhằm áp dụng nguyên tắc quyết định theo đa số và bảo vệ ý kiến của thiểu số trong hoạt động của Nhà nước và xã hội.

Xét trong mối quan hệ với dân chủ, thực hiện sự bình đẳng trước pháp luật không chỉ thuần túy là việc không cho phép ai đứng trên pháp luật mà còn gắn với đòi hỏi pháp luật phải chế định quyền bình đẳng

của mọi người trong việc đưa ra các quyết định chung; sao cho trước pháp luật, quyết định của đa số không đẩy nhóm thiểu số vào trạng thái bất lực, mất quyền. Như vậy, thực hiện bình đẳng trước pháp luật đòi hỏi, một mặt, tôn trọng ý kiến của thiểu số, mặt khác, trong khi quyết định của đa số (hoặc chính quyền được sự ủng hộ của đa số) xâm phạm các quyền cơ bản cần thiết cho một nền dân chủ, nó phải được coi là không dân chủ, là vi phạm nguyên tắc pháp quyền. Đây chính là hòn đá tảng đối với mọi nền dân chủ và một cách lý tưởng, quy định về bảo vệ ý kiến thiểu số cần được ghi nhận trong Hiến pháp và luật để chúng không thể bị thay đổi bởi một quyết định đa số. Nguyên tắc quyết định theo đa số nhưng bảo đảm các ý kiến thiểu số phải được thực thi trước hết trong việc đưa ra các quyết định tại các thiết chế đại diện do dân bầu.

*Năm là*, tăng cường hơn nữa sự tham gia của người dân trong quá trình xây dựng và thực thi pháp luật đi đôi với xác định rõ trách nhiệm chính trị và trách nhiệm pháp lý của công quyền trong việc tôn trọng và bảo vệ các quyền dân chủ.

Yêu cầu này có tính hai mặt, một mặt cần đến sự cởi mở của chính quyền trong việc tổ chức và tiếp nhận sự tham gia của công dân, mặt khác cần đến tính tích cực chính trị, ý thức pháp luật và năng lực thực hành dân chủ của công dân. Để phúc đáp yêu cầu nói trên, cần tổng hòa nhiều biện pháp, trong đó đứng hàng đầu là các biện pháp truyền truyền, phổ biến, giáo dục ý thức công dân, ý thức pháp luật đi đôi với việc áp dụng các chế tài xử lý nghiêm khắc các hành vi lợi dụng dân chủ, dân chủ quá trớn hoặc vi phạm dân chủ của các chủ thể trong xã hội.

# TỔ QUYỀN TRONG MỐI QUAN HỆ GIỮA NHÀ NƯỚC VÀ CÔNG DÂN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Phan Thanh Hà\*

**Tóm tắt:** *Tổ quyền là một thuật ngữ ít được sử dụng trong khoa học pháp lý hiện đại và đôi khi được hiểu tương đương với quyền khởi kiện. Tuy nhiên, liệu tổ quyền có đơn thuần chỉ là “quyền khởi kiện”? Vai trò, ý nghĩa của tổ quyền trong việc bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền công dân hiện nay như thế nào? Bài viết sau đây sẽ góp phần làm sáng tỏ các vấn đề này; trên cơ sở đó, phân tích, đánh giá thực trạng bảo đảm thực thi tổ quyền ở Việt Nam hiện nay.*

**Abstract:** *The right to bring an action is rarely used in modern legal science and occasionally understood similarly as the right to initiate a lawsuit. However, is it simply so? What are the role, content of the right to bring an action in ensuring human rights, citizen rights? The article sheds light on these issues, thereby analyzes and assesses the practice of the right to bring an action hitherto in Viet Nam.*

**T**rong mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân hiện đại, các nguy cơ truyền thống và phi truyền thống ngày càng gia tăng, đe dọa xâm hại đến an ninh, các quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ thể trong xã hội, trước hết là những cá nhân, công dân. Đồng thời, yêu cầu về tính chính đáng của Nhà nước đặt ra đòi hỏi gắt gao về việc phải thiết lập các cơ chế pháp lý đầy đủ, thích đáng và hiệu quả hơn những cơ chế hiện có; nhằm ràng buộc hơn nữa trách nhiệm của Nhà nước đối với quyền, lợi ích của công dân, tạo điều kiện, bảo đảm cho người dân thực thi một cách hiệu quả hơn các quyền cơ bản của mình. Một trong những cơ chế pháp lý có thể đáp ứng những yêu cầu này chính là cơ chế pháp lý về bảo hộ công dân với hạt nhân chính là tổ quyền.

## 1. Khái niệm, đặc điểm và ý nghĩa, vai trò của tổ quyền trong mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân

### 1.1. Định nghĩa tổ quyền

Tổ quyền là một khái niệm không mới nhưng lại ít được dùng ở Việt Nam. Trước đây, tổ quyền thường được sử dụng trong lĩnh vực tố tụng, có lúc gắn liền với việc khởi kiện, Tuy nhiên, các nghiên cứu đã cho thấy cách hiểu này không phản ánh hết được ý nghĩa, vai trò của tổ quyền. Cùng với sự tiến bộ của văn minh, dân chủ và sự phát triển của khoa học pháp lý, nội hàm và phạm vi áp dụng tổ quyền ngày càng được mở rộng, không chỉ giới hạn trong lĩnh vực tố tụng và quyền khởi kiện.

Theo nghĩa truyền thống, tổ quyền được hiểu là quyền khởi kiện<sup>1</sup> nhằm yêu cầu cơ

\* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Nội dung trình bày của bài viết nằm trong khuôn khổ thực hiện Đề tài cấp Bộ 2019 – 2020 “Mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân ở Việt Nam hiện nay”

của Viện Nhà nước và Pháp luật – Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam do TS. Phan Thanh Hà làm chủ nhiệm.

<sup>1</sup> Xem Trần Thúc Linh (1964), *Danh từ pháp luật lược giải*, Nhà sách Khai trí, Sài Gòn, tr.46.

quan có thẩm quyền bảo vệ quyền, lợi ích bị xâm phạm.

Theo Từ điển Cambridge, tố quyền (legal action) là "*hành động sử dụng luật sư hoặc tòa án để giúp giải quyết bất đồng với một người hoặc một tổ chức*"<sup>2</sup>. Theo Điều 30 Bộ luật Tố tụng Dân sự mới của Pháp, thuật ngữ "action" – "tố quyền" được dịch là quyền tham gia tố tụng<sup>3</sup>. Theo Từ điển thuật ngữ luật học của Pháp, tố quyền trước công lý là "*khả năng các chủ thể được cầu viện tới công lý để đạt được sự tôn trọng các quyền lợi và lợi ích chính đáng*"<sup>4</sup>.

Từ các định nghĩa và các nghiên cứu của các học giả đi trước, tác giả hoàn toàn chia sẻ với quan điểm cho rằng tố quyền không chỉ là quyền đi kiện ở tòa án (hay quyền khởi kiện), mà còn là quyền yêu cầu các cơ quan có thẩm quyền "*can thiệp công lý*", nhằm đảm bảo người yêu cầu "*đạt được sự tôn trọng các quyền lợi và lợi ích chính đáng của mình*" hoặc quyền, lợi ích công cộng, lợi ích của Nhà nước. Nếu theo nghĩa này, những yêu cầu như yêu cầu trách nhiệm bồi thường của Nhà nước cũng cần được xem là một loại tố quyền.

Mặt khác, tố quyền còn là quyền phản kháng của công dân gắn liền với các trình tự, thủ tục luật định để bảo vệ các quyền, lợi ích hợp pháp của người dân. Đồng thời,

những chế tài cụ thể được thiết kế gắn liền với các tố quyền khiến cho việc sử dụng tố quyền được coi là con đường tốt nhất để bảo vệ quyền con người, quyền, lợi ích hợp pháp của công dân bởi tính hiệu quả về mặt pháp lý của các hình thức này.

Như vậy, có thể hiểu tố quyền là *quyền yêu cầu được bảo vệ theo trình tự và thủ tục pháp luật quy định; là một cơ chế giải quyết xung đột giữa các chủ thể trong xã hội thông qua vai trò trọng tài của Nhà nước*.

Hoặc, có thể định nghĩa tố quyền là *quyền yêu cầu của cá nhân, cơ quan, tổ chức theo những trình tự, thủ tục pháp luật quy định nhằm yêu cầu cơ quan nhà nước có thẩm quyền bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình hay lợi ích công cộng, lợi ích Nhà nước khi quyền lợi này bị tranh chấp hay vi phạm*.

Dưới khía cạnh quyền, tố quyền là một dạng quyền con người, quyền công dân, đây cũng là một phương thức chủ yếu bảo vệ quyền con người, bảo hộ công dân trước các xâm hại từ các chủ thể trong xã hội.

## 1.2. Đặc điểm của tố quyền

Cũng như các phương thức bảo vệ quyền con người khác, tố quyền hướng tới khả năng tiếp cận công lý và cũng bị hạn chế bởi những giới hạn pháp lý được quy định trong luật.

**Đối tượng của tố quyền:** Các quyền lợi được bảo vệ bằng tố quyền trước hết là những quyền lợi gắn với các quan hệ pháp luật dân sự, hôn nhân và gia đình, thương mại, lao động, hành chính, hình sự... được ghi nhận và bảo vệ trong Hiến pháp và các văn bản pháp luật ở cấp độ quốc tế, khu vực và quốc gia.

<sup>2</sup> "Legal action (noun): The act of using a lawyer or a court to help settle a disagreement, etc. that you have with a person or an organization", nguồn: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/legal-action>, truy cập ngày 29/10/2019.

<sup>3</sup> TS. Trần Anh Tuấn (2012), *Tố quyền và ý nghĩa của nó trong giải quyết tranh chấp dân sự*, Tạp chí Luật học số 1/2012, tr. 56.

<sup>4</sup> Raymond Guillien et Jean Vincent, *Lexique des termes juridiques*, édition Dalloz 2001, p. 17.

**Chủ thể của tổ quyền hay người thực hiện tổ quyền:** Là bên đứng ra yêu cầu cơ quan có thẩm quyền can thiệp, xem xét, bảo vệ quyền, lợi ích bị xâm phạm. Đó có thể là cá nhân, hoặc cơ quan, tổ chức tự mình hoặc thông qua người đại diện thực hiện tổ quyền. Trong từng quan hệ pháp luật cụ thể, họ là nguyên đơn, người khiếu kiện/khởi kiện trong quan hệ pháp luật dân sự, hôn nhân và gia đình, thương mại, lao động; hoặc người khởi kiện, người khiếu nại, tố cáo, người thực hiện các yêu cầu bảo vệ quyền, lợi ích bị xâm hại trong quan hệ pháp luật hành chính, hình sự.

**Cơ sở thực hiện tổ quyền:**

- Có sự xung đột, tranh chấp hoặc có sự vi phạm đến từ hành vi của con người được cho là: 1) Xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức; hoặc 2) Xâm phạm lợi ích công cộng, lợi ích của Nhà nước.

- Cơ sở pháp lý: Trong khuôn khổ mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân (trên cơ sở dấu hiệu quốc tịch), quy phạm điều chỉnh cho việc thực thi bảo vệ quyền là pháp luật quốc gia.

- Có yêu cầu bảo vệ từ phía người dân.

**Cơ quan có thẩm quyền giải quyết:**

Tuỳ lĩnh vực cụ thể, có thể là cơ quan hành chính (đối với việc giải quyết khiếu nại, tố cáo) hoặc tư pháp; nhưng cơ quan đóng vai trò quan trọng nhất trong việc thực hiện tổ quyền phải là cơ quan tư pháp.

**Các hệ quả pháp lý:**

- Chấm dứt, loại bỏ hành vi xâm phạm;  
- Bồi thường tổn hại, bù đắp lợi ích đã mất, khôi phục tính quan hệ giữa hai bên bằng việc xin lỗi của người gây hại đối với

người bị hại; hoặc, thực hiện chế tài đối với chủ thể xâm phạm quyền.

**1.3. Ý nghĩa, vai trò của tổ quyền trong mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân**

**Là phương thức hữu hiệu giúp người dân dùng quyền để bảo vệ quyền**

Một câu hỏi được đặt ra: Tổ quyền có vai trò gì trong hệ thống quyền nói riêng và trong xã hội hiện đại nói chung?

Trước hết cần phải thấy, tổ quyền là một nhóm quyền, nhằm cung cấp cho người dân khả năng tiếp cận công lý thông qua việc sử dụng các phương thức tự bảo vệ quyền của mình bằng con đường trực tiếp, hiệu quả nhất: Viện đến sự can thiệp của cơ quan có thẩm quyền, thường là các cơ quan có chức năng tài phán, theo các trình tự thủ tục luật định cùng các chế tài pháp lý được áp dụng khi xảy ra vi phạm.

Trong cơ chế bảo vệ quyền con người, tổ quyền được đặt ra nhằm phát huy tính tích cực của người dân, cung cấp cho người dân những vũ khí quan trọng và hữu hiệu nhất để có thể chủ động bảo vệ mình, là cơ chế tốt nhất kết nối tất cả hình thức phản kháng của người dân trong phạm vi quốc tế và khu vực.

Khái niệm tổ quyền rộng hơn khái niệm quyền khởi kiện, cũng không chỉ bó hẹp trong phạm vi mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân. Tổ quyền còn có thể được cá nhân sử dụng để bảo vệ quyền con người trên phạm vi quốc tế. Ví dụ như việc khởi kiện yêu cầu bảo vệ quyền tại Tòa án nhân quyền châu Âu trên cơ sở Công ước châu Âu về quyền con người. Tuy nhiên, đã nói đến tổ quyền, trước tiên phải nói đến các thủ tục tố tụng, đến cơ quan tư pháp và vai

trò của Nhà nước trong việc bảo vệ, bảo đảm các quyền con người, quyền công dân, dựa trên nền tảng hiến định.

### ***Là hạt nhân của cơ chế pháp lý về bảo hộ công dân***

Mục đích đầu tiên của bảo hộ pháp lý đối với công dân là trao cho người dân công cụ tự bảo vệ mình một cách chủ động trước sự xâm hại từ phía các chủ thể khác. Đó là khả năng giúp người dân có thể phản kháng, thể hiện quan điểm, thái độ của mình khi có sự xâm phạm; đồng thời, thiết kế những chế tài cụ thể bảo đảm tính hiệu quả về mặt pháp lý cho các hình thức tố quyền này. Chính nhờ các tố quyền mà cơ chế pháp lý về bảo hộ công dân sẽ bảo đảm cho người dân (không chỉ là cá nhân) quyền được yêu cầu trách nhiệm tích cực từ phía Nhà nước (ví dụ: Quyền của các dân tộc đòi hỏi được sử dụng tiếng nói, chữ viết của dân tộc mình). Đây cũng là phương thức quan trọng nhằm phát huy quyền làm chủ của nhân dân, như Hồ Chủ tịch đã nói: “*Dân chủ là làm cho dân mở miệng*”<sup>5</sup>.

### ***Thúc đẩy và phát huy dân chủ, tính chính đáng của Nhà nước***

Trong nền dân chủ hiện đại, việc trang bị cho người dân quyền, khả năng tự bảo vệ mình là một nội dung tối quan trọng; nhằm tăng cường vai trò chủ động của mỗi cá nhân khi thực hiện và bảo vệ các quyền của mình, đồng thời chứng minh nguyên lý về chủ quyền nhân dân, quyền lực nhà nước do nhân dân làm chủ.

Mặt khác, cơ chế này cũng giúp Nhà nước ý thức đầy đủ hơn trách nhiệm chính

trị của mình trong mối quan hệ với công dân, có thái độ tích cực trong thực thi việc bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền công dân.

Một quốc gia có hệ thống tư pháp mạnh, có thể chế bảo đảm hữu hiệu các tố quyền của người dân thể hiện một quốc gia dân chủ và mang một trật tự nhà nước pháp quyền, cho thấy được tính chính đáng của Nhà nước trong nền dân chủ đó.

## **2. Một số tố quyền cơ bản**

Trên thế giới, các hình thức tố quyền khá đa dạng.

*Nếu phân chia theo tính chất hành vi*, có thể phân loại các tố quyền như: (1) Thỉnh nguyện thư<sup>6</sup>; (2) Khiếu nại, tố cáo; (3) Khởi kiện và (4) Các hình thức yêu cầu cơ quan có thẩm quyền bảo vệ quyền, lợi ích bị xâm phạm.

Hiện nay, ở Việt Nam, hình thức thỉnh nguyện thư chưa được ghi nhận, áp dụng. Tuy nhiên, theo tác giả, đây cũng là một dạng tố quyền rất hiệu quả và đáng được

---

<sup>6</sup> Thỉnh nguyện thư là một hình thức tố quyền có lẽ là khá mới mẻ, chưa có ở Việt Nam, nhưng lại khá thông dụng ở một số nước trên thế giới như ở Mỹ, Đức. Đây là một hình thức yêu cầu giải quyết một việc nào đó gửi đến một quan chức chính phủ hay tổ chức, có chữ ký của nhiều cá nhân. Một thỉnh nguyện thư có thể bằng miệng hoặc bằng văn bản, và trong thời đại hiện nay có thể được chuyển tải qua Internet. Hình thức thỉnh nguyện thư là một tố quyền có sự tham gia của tập thể và có vị trí khá quan trọng trong hệ thống các tố quyền của người dân. Cơ chế tiếp nhận và giải quyết thỉnh nguyện thư (dân nguyện) hết sức hiệu quả và được chú trọng thực hiện bởi tầm ảnh hưởng của nó đến uy tín chính trị của Nhà nước, các quan chức chính phủ. Xem thêm định nghĩa thỉnh nguyện thư (petitions): Từ điển Cambridge online: <https://dictionary.cambridge.org/vi/dictionary/english/petition>, truy cập ngày 01/11/2019.

---

<sup>5</sup> Bùi Văn Bồng (2012), *Đảng tăng cường đối thoại với dân*, Tạp chí Xây dựng Đảng, Hà Nội.

ngiên cứu tìm hiểu và vận dụng ở Việt Nam trong thời gian tới.

*Nếu phân biệt tổ quyền thông qua các quan hệ pháp luật phát sinh bởi tổ quyền, có thể phân chia tổ quyền thành các loại tổ quyền thông qua các thủ tục hành chính hoặc thông qua các thủ tục tố tụng tư pháp hình sự, dân sự, thương mại, lao động...:*

- Tổ quyền thông qua thủ tục hành chính: Các hình thức khiếu nại, tố cáo.

- Tổ quyền thông qua thủ tục tố tụng tư pháp (dân sự, hành chính, hình sự): Quyền khiếu kiện (hay khởi kiện), quyền yêu cầu khởi tố vụ án hình sự, quyền kháng cáo.

*Nếu phân chia theo các phương thức bảo hộ công dân, có thể phân chia thành<sup>7</sup>:*

- Tổ quyền ở phương thức bảo hộ cơ bản đối với công dân (hay còn gọi là bảo hộ sơ cấp): Khiếu nại, tố cáo, khởi kiện ở các cơ quan hành chính, tòa án thường.

- Tổ quyền ở phương thức bảo hộ đặc biệt (hay còn gọi là bảo hộ thứ cấp): Yêu cầu/khởi kiện trách nhiệm bồi thường của Nhà nước, khởi kiện ở cấp tài phán hiến pháp.

*Khiếu nại và tố cáo là hai hình thức tổ quyền (hiểu theo nghĩa rộng) quan trọng trong lĩnh vực hành chính. Cơ chế khiếu nại, tố cáo và cơ chế giải quyết khiếu nại, tố cáo, về lý thuyết phải đạt được hai mục đích sau: “Bảo đảm quyền dân chủ của nhân dân, bảo vệ lợi ích hợp pháp của công dân; đồng thời chống lại hành vi vi phạm, sai trái của cơ quan nhà nước, sự lạm quyền của công chức nhà nước” và “Sử dụng cơ*

*chế giải quyết khiếu nại như một công cụ đánh giá hiệu quả và kiểm soát kỷ cương của bộ máy nhà nước, công cụ điều chỉnh và hoàn thiện các chính sách phát triển kinh tế, xã hội”<sup>8</sup>. Tuy nhiên, về mặt ý nghĩa và hiệu quả, hình thức này có những hạn chế nhất định do tác động và kết quả phụ thuộc rất lớn vào cơ quan giải quyết – vốn trong nhiều trường hợp, lại chính là bên vi phạm.*

Do vậy, loại tổ quyền quan trọng nhất chính là *quyền khởi kiện*. *Quyền khởi kiện* là tổ quyền cơ bản được sử dụng nhiều nhất trong tố tụng tư pháp, là một quyền tự vệ có tính đối kháng của người dân thông qua một cơ quan trọng tài, là tòa án hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền về tài phán. Quyền khởi kiện, về cơ bản, “là quyền của cá nhân, cơ quan, tổ chức trong phạm vi quyền hạn của mình yêu cầu tòa án có thẩm quyền bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình hay lợi ích công cộng, lợi ích Nhà nước thuộc lĩnh vực cơ quan, tổ chức của mình phụ trách khi quyền, lợi ích hợp pháp đó bị xâm phạm hoặc có tranh chấp. (...) xét về bản chất thì quyền khởi kiện là quyền yêu cầu tòa án bảo vệ quyền lợi khi quyền lợi này bị tranh chấp hay vi phạm”<sup>9</sup>.

Hành vi khởi kiện và quá trình tố tụng tiếp theo liên quan chặt chẽ đến hoạt động

<sup>7</sup> Xem thêm Phan Thanh Hà (2016), Luận án Tiến sĩ “Cơ chế pháp lý về bảo hộ công dân ở Việt Nam hiện nay”, Học viện Khoa học xã hội Việt Nam, Hà Nội.

<sup>8</sup> Vũ Thư (2013 – 2014), *Quyền khiếu nại, tố cáo và các phương thức dân nguyện ở Việt Nam - Thực trạng và bình luận*, Chuyên đề thuộc đề tài cấp Bộ (Chủ nhiệm: PGS.TS. Nguyễn Thị Việt Hương): “Dân chủ trực tiếp và cơ chế pháp lý thực thi dân chủ trực tiếp trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam”, Viện Nhà nước và Pháp luật chủ trì.

<sup>9</sup> Trần Đức Thành (2011), Luận văn “*Quyền khởi kiện và bảo đảm quyền khởi kiện trong tố tụng dân sự Việt Nam*”, người hướng dẫn: TS. Trần Anh Tuấn, Hà Nội, tr.9.

của các cơ quan tư pháp, trước hết là toà án. Ở Việt Nam, hoạt động tài phán tư pháp mới chỉ dừng ở cấp độ các toà án thường, chưa có một cơ chế tài phán hiến pháp để thực hiện việc phán xét các hành vi, quyết định của các cơ quan công quyền bị cho là xâm hại đến quyền công dân có vi hiến hay không. Đây là một hạn chế lớn trong kiểm tra, giám sát Hiến pháp - vốn đòi hỏi phải có một cơ quan chuyên trách độc lập phụ trách vấn đề này<sup>10,11</sup>.

Tổ quyền thực hiện ở cấp độ tài phán hiến pháp được coi là một trong những phương thức cơ bản, đặc trưng và hữu hiệu nhất khi mà các yêu cầu về bảo vệ quyền con người không được đáp ứng hoặc không thể được giải quyết tại các toà án thường. Với ý nghĩa đặc biệt như vậy, yêu cầu phải thiết lập và hoàn thiện cơ chế tài phán hiến pháp luôn hiện hữu và bức thiết. Có như vậy, cơ chế bảo vệ quyền con người mới thật sự hoàn chỉnh, có hiệu lực và hiệu quả trong thực tế.

### **3. Bảo đảm thực thi tổ quyền trong mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân ở Việt Nam hiện nay**

#### **3.1. Các quy định pháp luật về tổ quyền ở Việt Nam**

Ở *tâm hiến định*, chúng ta có các quy định liên quan đến các tổ quyền như sau:

- *Quyền khiếu nại, tố cáo* được quy định tại Điều 30 Hiến pháp năm 2013, theo

<sup>10</sup> Đào Trí Úc – Nguyễn Như Phát chủ biên (2007), *Tài phán hiến pháp và vấn đề xây dựng mô hình tài phán hiến pháp ở Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội.

<sup>11</sup> Đào Trí Úc (2010), *Bàn về quyền tư pháp trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa*, Tạp chí Luật học, số 8 (123)/2010, Hà Nội, tr. 66.

đó: Mọi người có quyền khiếu nại, tố cáo với cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền về những việc làm trái pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân. Cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền phải tiếp nhận, giải quyết khiếu nại, tố cáo. Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường về vật chất, tinh thần và phục hồi danh dự theo quy định của pháp luật.

- *Quyền khởi kiện*: Được Hiến pháp năm 2013 quy định gián tiếp tại các điều: Điều 3 (Nhà nước bảo đảm và phát huy quyền làm chủ của Nhân dân; công nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người, quyền công dân; thực hiện mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh, mọi người có cuộc sống ấm no, tự do, hạnh phúc, có điều kiện phát triển toàn diện), khoản 1 Điều 14 (Ở nước Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa (XHCHN) Việt Nam, các quyền con người, quyền công dân về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội được công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật); khoản 3 Điều 102 (Tòa án nhân dân có nhiệm vụ bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân).

#### *Các văn bản pháp luật cụ thể hoá Hiến pháp về tổ quyền*

Để cụ thể hóa các tổ quyền được quy định trong Hiến pháp, Nhà nước đã ban hành một hệ thống văn bản pháp luật khá đầy đủ và đồng bộ có liên quan. Trong phạm vi bài viết này, tác giả sẽ xem xét những tổ quyền cơ bản gồm: Quyền khiếu nại, tố cáo; quyền khởi kiện.

### **Quyền khiếu nại, tố cáo**

Khiếu nại, tố cáo hành chính là các hình thức tố quyền khá truyền thống ở Việt Nam, được ghi nhận trong Luật Khiếu nại và Luật Tố cáo.

Đồng thời, các quyền khiếu nại, tố cáo trong lĩnh vực tư pháp cũng được quy định trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (tại Điều 32 và Chương XXXIII về Khiếu nại, tố cáo trong tố tụng hình sự từ Điều 469 đến Điều 483), Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 (tại Điều 25 và Chương XLI Khiếu nại, tố cáo trong tố tụng dân sự từ Điều 499 đến Điều 515), trong Luật Tố tụng Hành chính năm 2015 (tại Điều 28 và Chương XXI về Khiếu nại, tố cáo trong tố tụng hành chính từ Điều 327 đến Điều 343), Luật Thi hành án Hình sự năm 2010 (tại khoản 7 Điều 4 và Chương XIII về Giải quyết khiếu nại, tố cáo trong thi hành án hình sự từ Điều 150 đến Điều 169)<sup>12</sup> và Luật Thi hành án Dân sự năm 2008 sửa đổi, bổ sung và hợp nhất năm 2018 (tại khoản 1 Điều 7 và Chương VI – Khiếu nại, tố cáo và kháng nghị về thi hành án dân sự từ Điều 140 đến Điều 159).

### **Quyền khởi kiện**

Sự phản kháng để bảo vệ quyền, lợi ích bị xâm hại hoặc bị tranh chấp của mình có thể diễn ra trong mọi lĩnh vực của đời sống xã hội: Dân sự, kinh tế, thương mại, lao động, hành chính... Tương ứng với đó là các

văn bản pháp luật liên quan về nội dung và thủ tục như:

Hệ thống luật nội dung gồm: Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014, Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân năm 2014, Bộ luật Dân sự năm 2015, Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017), Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ năm 2019, Luật Đất đai năm 2013 (được sửa đổi, bổ sung bởi Luật số 35/2018/QH14 ngày 20 tháng 11 năm 2018 của Quốc hội sửa đổi, bổ sung một số điều của 37 luật có liên quan đến quy hoạch, có hiệu lực kể từ ngày 01/01/2019), Luật Doanh nghiệp năm 2014, Luật Thương mại năm 2005, Bộ luật Lao động năm 2012<sup>13</sup> ...

Hệ thống luật hình thức gồm: Bộ luật Tố tụng Dân sự, Luật Tố tụng Hành chính, Bộ luật Tố tụng Hình sự.

*Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015* đã xác định trực tiếp về quyền khởi kiện tại Điều 4 (Quyền yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp) và Điều 5 (Quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự).

*Luật Tố tụng Hành chính năm 2015* cũng xác định quyền khởi kiện trong tố tụng hành chính tại Điều 5 (quyền yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp).

Để triển khai thi hành, Nhà nước ta đã ban hành một hệ thống các văn bản để quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành các đạo luật trên. Một văn bản cần phải nhắc đến về khiếu nại, tố cáo trong lĩnh vực tư pháp là Hướng dẫn liên ngành số 24/HD-VKSTC-

<sup>12</sup> Theo Luật Thi hành án Hình sự năm 2019 (có hiệu lực từ ngày 01/01/2020), vấn đề khiếu nại, tố cáo trong thi hành án hình sự được quy định tại khoản 7 Điều 4 và Chương XIV về Giải quyết khiếu nại, tố cáo trong thi hành án hình sự từ Điều 179 đến Điều 193.

<sup>13</sup> Từ ngày 01/01/2021 sẽ được thay thế bởi Bộ luật Lao động năm 2019.

TATC-BCA-BTP-BQP (ngày 08/05/2014) về việc phân loại đơn khiếu nại, tố cáo trong lĩnh vực tư pháp giữa Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao, Bộ Công an, Bộ Tư pháp, Bộ Quốc phòng. Tuy không phải là văn bản quy phạm pháp luật, nhưng văn bản này đã giúp phân biệt và chỉ rõ các nội dung khiếu nại, tố cáo trong lĩnh vực tư pháp bằng cách liệt kê và phân loại khá chi tiết các loại đơn trong từng lĩnh vực tố tụng hình sự, tố tụng dân sự và thi hành án.

### **3.2. Thực trạng bảo đảm thực thi tố quyền**

Đánh giá thực trạng bảo đảm thực thi tố quyền ở Việt Nam, không thể phủ nhận rằng chúng ta đã thu được những kết quả đáng khích lệ.

*Về mặt thể chế, tiếp tục hoàn thiện cơ sở hiến định cho hệ thống tố quyền của công dân*

Để triển khai thi hành Hiến pháp năm 2013, một số nội dung đã được đưa vào quy định trong các đạo luật như: Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, Bộ luật Tố Tụng Hình sự năm 2015, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, liên quan mật thiết đến các tố quyền quan trọng như quyền im lặng, nguyên tắc tòa án không được từ chối xét xử vì lí do không có luật áp dụng, nguyên tắc áp dụng án lệ...

*Về thiết chế, chúng ta đã thiết lập được một hệ thống các thiết chế quan trọng*

Đó là các thiết chế: Dân nguyện, tài phán tư pháp, trách nhiệm bồi thường của Nhà nước. Bên cạnh đó, vai trò của tòa án ngày càng được nâng cao. Theo đó, “*Tòa án nhân dân có nhiệm vụ bảo vệ công lý,*

*bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ XHCN, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân*” (khoản 3 Điều 102). Quy định này đánh dấu một bước tiến mới trong nhận thức về vai trò của tư pháp cũng như yêu cầu về bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ công lý. Đặc biệt, sự ra đời của Tòa hành chính đánh dấu một bước ngoặt mới trong quan hệ giữa Nhà nước và công dân, nâng cao vị thế và nhận thức của người dân về các quyền cơ bản của mình cũng như trách nhiệm của Nhà nước đối với công dân. Cơ chế bảo vệ hiến pháp cũng đã được Hiến pháp năm 2013 đặt nền móng ban đầu về cơ sở pháp lý để có thể triển khai trong tương lai tại khoản 2 Điều 119.

*Về thực tiễn vận hành*

Trên cơ sở các chủ trương của Đảng và Nhà nước về chương trình Cải cách hành chính và Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020, hệ thống tố quyền đã được bảo đảm, bảo vệ và triển khai tích cực. Trong số đó, các tố quyền như khiếu nại, tố cáo, khởi kiện thật sự là những công cụ sắc bén giúp người dân chủ động bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình trước xâm hại từ phía các chủ thể khác, trước hết là các chủ thể công quyền.

Hiến pháp năm 2013 cũng đặt ra những yêu cầu mở rộng và nâng cao chất lượng, phạm vi, khả năng tiếp cận công lý của người dân. Điều này được thể hiện ở việc sửa đổi các đạo luật liên quan đến tố quyền như Bộ luật Tố tụng Hình sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự, Bộ luật Dân sự, Bộ luật Hình sự. Theo đó, các nội dung được đặc biệt quan tâm triển khai bao gồm: Quyền im

lặng; toà án không được lấy lí do không có luật để từ chối xét xử; hình sự hoá và phi hình sự hoá một số hành vi; hạn chế phạm vi các tội phạm áp dụng hình phạt tử hình...

Dân nguyện cũng là một phương thức quan trọng trong lớp bảo hộ thứ hai đối với công dân. Một số nghiên cứu chỉ ra rằng tuy đã có các cơ quan chuyên trách về dân nguyện như Ban dân nguyện của Quốc hội, nhưng thiết chế dân nguyện của Việt Nam vẫn cần những cải cách hiệu quả<sup>14,15</sup>.

### 3.3. Những vấn đề đặt ra

Bên cạnh những kết quả tích cực đáng ghi nhận, tình hình thực hiện tổ quyền ở Việt Nam vẫn còn nhiều khó khăn, vướng mắc.

**Thứ nhất, về nhận thức,** cho đến nay, ở Việt Nam, vai trò của các thiết chế quan trọng trong hệ thống tổ quyền (như dân nguyện, tài phán hiến pháp) vẫn chưa thực sự được đánh giá đúng mức (đã phân tích ở các phần trên).

**Thứ hai, về thể chế,** chúng ta chưa có được nền tảng pháp lý vững chắc và đồng bộ cho hệ thống tổ quyền, ở cả tầm hiến định và luật định. Nhiều quy định tiến bộ về bảo vệ quyền con người mới chỉ ở tầm Hiến pháp, mang tính tuyên ngôn. Chưa có quy định rõ ràng quyền nào là quyền trực tiếp,

quyền nào là quyền gián tiếp (cần phải có đạo luật điều chỉnh để thực thi trên thực tế). Yêu cầu thiết lập một thiết chế độc lập, chuyên trách về tài phán hiến pháp – một thiết chế và phương thức quan trọng trong cơ chế bảo vệ quyền con người, bảo hộ công dân cũng vẫn chỉ dừng lại ở mức độ Hiến pháp, chưa có các cơ chế triển khai trên thực tế.

Việc ban hành, sửa đổi, bổ sung các đạo luật cụ thể hóa các quy định của Hiến pháp về bảo đảm, bảo vệ quyền con người, bảo hộ công dân cũng còn nhiều vướng mắc, chậm trễ. Một số đạo luật liên quan đến tổ quyền tuy đã được ban hành như: Luật Tiếp cận thông tin, Luật Trưng cầu ý dân... nhưng chưa thực sự phát huy hiệu quả trên thực tế, hạn chế không nhỏ đến năng lực thực hành cũng như việc bảo đảm, bảo vệ các quyền, tự do dân chủ của người dân.

**Thứ ba, về thiết chế,** chúng ta vẫn chưa xây dựng được hệ thống thiết chế thực hiện tổ quyền thống nhất, hiệu quả và đồng bộ.

#### *Thiết chế tòa án:*

Cơ chế bảo vệ quyền con người, quyền công dân yêu cầu sự hiện diện của tòa án với vai trò độc lập, trung tâm, thực hiện vai trò giám sát các hành vi xâm phạm của các cơ quan khác. Để thực hiện điều này, tòa án phải có quyền lực đủ mạnh, bao gồm xét xử, giải thích Hiến pháp, pháp luật, cùng với nguyên tắc xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật.

Tuy nhiên, độc lập tư pháp ở nước ta vẫn còn nhiều điều đáng bàn. Vẫn còn sự lệ thuộc giữa tòa án cấp dưới với tòa án cấp trên. Đồng thời, tòa án vẫn còn chịu nhiều sự tác động của các nhánh lập pháp và hành

<sup>14</sup> Bùi Nguyên Khánh (2007), *Thực trạng công tác dân nguyện của Quốc hội Việt Nam*, Tham luận tại Hội thảo: Các mô hình và các phương án thành lập cơ quan dân nguyện của Quốc hội Việt Nam, Hà Nội, 26-27/9/2007.

<sup>15</sup> Đinh Ngọc Vương - Nguyễn Như Phát (2007), *Sự cần thiết của việc thành lập cơ quan dân nguyện của Quốc hội Việt Nam*, Tham luận tại Hội thảo: Các mô hình và các phương án thành lập cơ quan dân nguyện của Quốc hội Việt Nam, Hà Nội, 26-27/9/2007.

pháp, của các cơ quan Đảng, thể hiện ở việc: Cơ quan quyền lực nhà nước có quyền bổ nhiệm, miễn nhiệm nhiều vị trí quan trọng của ngành tòa án; Chính phủ có quyền quyết định ngân sách ngành tòa án... Các thẩm phán được bổ nhiệm từ Hội đồng tuyển chọn thẩm phán (trung ương và địa phương) nhưng các thành viên từ Hội đồng này lại đa số từ các cơ quan quyền lực nhà nước khác. Thêm nữa, hệ thống tòa án được tổ chức gắn với đơn vị hành chính - lãnh thổ mà chưa gắn với yêu cầu của hoạt động xét xử dẫn đến tình trạng quá tải, tồn đọng án kéo dài.

Bên cạnh nguyên tắc độc lập xét xử, một số nguyên tắc khác về tổ chức và hoạt động của tòa án và tố tụng tư pháp chưa thật rõ về nội hàm và còn thiếu các biện pháp bảo đảm thực thi hiệu quả như: Nguyên tắc thực hiện hai cấp xét xử, nguyên tắc tranh tụng trong xét xử.

Chất lượng hoạt động của cơ quan tư pháp còn bất cập, án tồn đọng, án oan sai chưa được khắc phục triệt để. Việc phát hiện các vụ án oan như ông Nguyễn Thanh Chấn (Bắc Giang - 2004), ông Trần Văn Chiến (Tiền Giang - năm 1980), hay ông Bùi Minh Hải (Đồng Nai - 1998)... là những hồi chuông cảnh tỉnh mạnh mẽ về vấn đề này. Theo thống kê của Tòa án nhân dân tối cao, số lượng vụ án đã bị hủy hoặc sửa sau khi xét xử phúc thẩm vẫn còn cao. “Năm 2011, tỉ lệ hủy án hình sự là 0,5%, án dân sự là 1,5%; năm 2012, tỷ lệ hủy án hình sự là 0,5%, án dân sự là 1,3%”<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Trương Thị Thùy Dung (2014), Luận văn “Vai trò của tư pháp trong việc bảo vệ quyền con người ở Việt Nam”, Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội.

Đội ngũ cán bộ tư pháp, các chức danh tư pháp, trước tiên là thẩm phán, còn thiếu cả về số lượng, một số bộ phận yếu về trình độ, năng lực, bản lĩnh và đạo đức nghề nghiệp; cơ chế kiểm soát việc thực hiện quyền tư pháp còn thiếu, chưa hiệu quả; hiện tượng nhũng nhiễu, tiêu cực, vi phạm pháp luật, nhận hối lộ trong khi thực hiện quyền tư pháp vẫn còn xảy ra, làm cho mục tiêu bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức chưa được thực hiện đúng đắn, đầy đủ, làm giảm sự tin tưởng của người dân vào chính các cơ quan bảo vệ pháp luật.

*Thiết chế dân nguyện* ở Việt Nam hiện nay cũng chưa phát huy hết được vai trò của mình. Các cơ quan dân nguyện tuy được thiết lập một cách hệ thống và có hẳn một cơ quan chuyên trách về dân nguyện (Ban dân nguyện của Quốc hội), tuy nhiên, cho đến nay, hoạt động của các cơ quan này mới chỉ dừng ở mức tiếp nhận và chuyển đơn thư khiếu nại, tố cáo của người dân<sup>17</sup>. Các gợi ý cải cách, sửa đổi mô hình dân nguyện ở Việt Nam đã được đề xuất từ rất lâu nhưng cho đến nay, vẫn chưa có cơ hội để xem xét, tiếp tục nghiên cứu áp dụng<sup>18,19</sup>.

<sup>17</sup> Bùi Nguyên Khánh, *Thực trạng công tác dân nguyện của Quốc hội Việt Nam*, Tham luận tại Hội thảo: *Các mô hình và các phương án thành lập cơ quan dân nguyện của Quốc hội Việt Nam*, Hà Nội, 26-27/9/2007.

<sup>18</sup> Tham khảo: Gợi ý mô hình dân nguyện cho Việt Nam là Ombudsman của Đan Mạch, cơ quan dân nguyện của Cộng hòa liên bang Đức, mô hình hỗn hợp của Hà Lan (Minh Đức, *Dân nguyện Quốc hội: Mô hình đang tìm kiếm*, nguồn: <http://ttbd.gov.vn/Home/Default.aspx?portalid=52&tabid=108&catid=434&distid=1723>, truy cập ngày 20/10/2019).

<sup>19</sup> Tham khảo đề xuất liên quan đến việc thành lập Ủy ban Dân nguyện của Quốc hội (Đình Ngọc

Một thực tế là trong báo cáo công tác hằng năm của các cơ quan nhà nước trước Quốc hội, công tác dân nguyện khá tách bạch với công tác giải quyết khiếu nại, tố cáo. Điều này có thể xuất phát từ một nguyên nhân là công tác dân nguyện được xem là một mảng hoạt động lớn và là một trong những công tác đặc trưng của các cơ quan giúp việc của Quốc hội nên cần phải được báo cáo tách bạch so với các công tác khác. Tuy nhiên, điều này cũng phản ánh tư duy chưa thật sự rõ ràng và thống nhất của chúng ta về ý nghĩa và vai trò thực sự của công tác dân nguyện nói chung và công tác giải quyết, giám sát giải quyết khiếu nại, tố cáo nói riêng.

*Thiết chế kiểm tra, giám sát Hiến pháp* vẫn chưa thật sự hiệu quả do chưa có một cơ quan chuyên trách đảm nhiệm vai trò tài phán Hiến pháp. Cách thức thực hiện kiểm tra, giám sát Hiến pháp hiện nay là: “*Hiến pháp giao cho Quốc hội quyền ban hành, sửa đổi Hiến pháp và các đạo luật, giám sát việc thực hiện Hiến pháp và pháp luật. Tuy nhiên, cả Hiến pháp và pháp luật đều không quy định trách nhiệm phát sinh từ các đạo luật vi hiến mà Quốc hội đã ban hành hoặc có sai sót trong quá trình biểu quyết thông qua*”<sup>20</sup>. Do vậy, cách thức giám sát và bảo vệ Hiến pháp ở nước ta vẫn chưa thể giao

cho một cơ quan chuyên trách thực hiện như ở nhiều nước. Công việc này được giao cho nhiều cơ quan nhà nước từ Trung ương tới địa phương, trong đó, Quốc hội là cơ quan thực hiện quyền giám sát tối cao đối với việc tuân thủ Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội. Điều này được đánh giá là tự làm suy giảm tính hiệu quả và khách quan trong hoạt động giám sát và bảo vệ Hiến pháp ở Việt Nam.

Tác giả đồng tình với nhận định rằng: “*Việc chúng ta trao cho cơ quan chính trị chức năng kiểm soát tính hợp hiến của quyền lực không phù hợp với tính chất của ngành quyền lực. Về mặt tự nhiên, đây là địa hạt của ngành tư pháp nhưng Việt Nam lại trao cho ngành lập pháp nên trên thực tế chức năng này gần như không được Quốc hội Việt Nam sử dụng*”<sup>21</sup>.

Mặt khác, nội dung bảo hiến ở Việt Nam tập trung vào các văn bản pháp luật do các cơ quan nhà nước ban hành, điều này sẽ mở ra khả năng rủi ro “nếu hệ thống pháp luật phải sửa đổi thường xuyên, vừa ban hành đã phát hiện những lỗi bất cập”<sup>22</sup>. Đồng thời, có thể thấy, việc bảo vệ Hiến pháp ở Việt Nam mới chỉ giới hạn phạm vi bảo hiến đối với các văn bản vi hiến, mà “không có khuynh hướng nhằm vào hành động thực tiễn của các định chế quyền lực để đảm bảo cho quyền lực được hành xử hợp với ý chí của nhân dân được thể hiện trong Hiến pháp”<sup>23</sup>. Hạn chế này sẽ ảnh

Vượng – Nguyễn Như Phát, *Sự cần thiết của việc thành lập cơ quan dân nguyện của Quốc hội Việt Nam*, Tham luận tại Hội thảo: *Các mô hình và các phương án thành lập cơ quan dân nguyện của Quốc hội Việt Nam*, Hà Nội, 26-27/9/2007).

<sup>20</sup> Phạm Hữu Nghị (chủ nhiệm), Đề tài cấp Bộ “*Một số vấn đề lý luận và thực tiễn cơ bản về tổ chức và kiểm soát thực hiện quyền lực nhà nước trong quá trình xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam*”, Cơ quan chủ trì đề tài: Viện Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội, 2010, tr.121.

<sup>21</sup> Đào Trí Úc – Nguyễn Như Phát chủ biên (2007), tldđ, tr.195.

<sup>22</sup> Đào Trí Úc – Nguyễn Như Phát chủ biên (2007), tldđ, tr.196.

<sup>23</sup> Đào Trí Úc – Nguyễn Như Phát chủ biên (2007), tldđ, tr.196.

hưởng không nhỏ đến chất lượng và hiệu quả của việc bảo vệ quyền con người, quyền công dân ở Việt Nam.

#### ***Thứ tư, về phương thức bảo đảm***

Do nhiều nguyên nhân, tổ quyền vẫn chưa được thiết lập trên tất cả các lĩnh vực bảo hộ. Một phương thức bảo hộ sơ cấp được ưa chuộng ở nhiều nước trên thế giới là thỉnh nguyện thư - hiện nay vẫn chưa được biết ở Việt Nam... Tổ quyền này có thể tác động lên các cơ quan hành pháp lẫn tư pháp và có thể có kết quả là một bản trưng cầu ý dân, do vậy, sẽ là một hình thức dân nguyện có trọng lượng, thúc đẩy sự chủ động, tích cực của công dân trong việc biểu đạt ý chí cũng như tự bảo vệ các quyền chính đáng của mình.

Bên cạnh đó, chúng ta chưa tạo ra được một cơ chế giám sát, bảo vệ hiến pháp ở Việt Nam do một cơ quan tài phán độc lập đảm nhiệm. Đây là một điểm hạn chế trong việc bảo vệ tính tối thượng của Hiến pháp, cũng như khả năng đáp ứng yêu cầu bảo vệ quyền của người dân, đặc biệt là khi khả năng tiếp cận công lý theo trình tự, thủ tục pháp lý ở các tòa án thường đối với người dân đã không còn hiệu quả.

Do những hạn chế trong phương thức vận hành, các quyền cơ bản vẫn còn bị xâm phạm, dẫn đến nhiều vụ, việc oan, sai gây bức xúc dư luận. Nổi cộm hiện nay ở Việt Nam là yêu cầu bảo hộ đối với các quyền liên quan đến quyền tự do kinh doanh, quyền sử dụng đất, vấn đề bồi thường khi tiến hành thu hồi đất, giải phóng mặt bằng đối với người dân, vấn đề công ăn việc làm của người nông dân sau khi bị thu hồi đất, các quy định chưa rõ ràng, minh bạch của

pháp luật dẫn đến nhiều rủi ro cho các doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực tài chính – ngân hàng...

#### **Kết luận**

Có thể khẳng định tổ quyền là hạt nhân trong các phương thức bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền công dân. Bởi, đây là công cụ hữu hiệu giúp người dân tự bảo vệ mình một cách chủ động trước sự xâm hại từ phía các chủ thể khác. Tổ quyền cung cấp cho người dân khả năng phản kháng, thể hiện quan điểm, thái độ của mình khi có sự xâm phạm theo những trình tự, thủ tục luật định. Đồng thời, sức mạnh của tổ quyền nằm ở việc thiết kế những chế tài cụ thể bảo đảm tính hiệu quả về mặt pháp lý cho các phương thức bảo vệ quyền con người này. Qua đó, tổ quyền bảo đảm cho người dân quyền được yêu cầu trách nhiệm tích cực từ phía Nhà nước trong việc bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền công dân một cách tốt nhất.

Ở Việt Nam hiện nay, vẫn còn một số vướng mắc, bất cập về cơ chế giải quyết và thực thi tổ quyền trong thực tế, dẫn đến hạn chế việc bảo vệ quyền lợi của công dân cũng như tính hiệu quả trong cơ chế bảo vệ quyền con người, quyền công dân. Yêu cầu tiếp tục củng cố, hoàn thiện hệ thống tổ quyền ở Việt Nam là rất cần thiết nhằm hoàn thiện, củng cố, tăng cường tính chủ động, hợp tác, trách nhiệm giữa các bên trong mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân; đặc biệt là trong giai đoạn hội nhập, hợp tác, phát triển và sự nghiệp xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của dân, do dân và vì dân ở nước ta hiện nay.

# QUYỀN THU GIỮ TÀI SẢN BẢO ĐẢM ĐỂ XỬ LÝ THU HỒI NỢ CỦA TỔ CHỨC TÍN DỤNG

*Chu Thị Thanh An\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích các quy định pháp luật hiện hành về quyền thu giữ tài sản bảo đảm để xử lý thu hồi nợ của tổ chức tín dụng; trên cơ sở đó, đưa ra một số đề xuất hoàn thiện pháp luật.

**Abstract:** The article analyzes current legal provisions on the right of credit institutions to seize collateral for recovery of debts; thereby it makes certain proposals for improvement of the law.

## 1. Căn cứ pháp lý về quyền thu giữ tài sản bảo đảm để xử lý thu hồi nợ của tổ chức tín dụng

Quyền thu giữ tài sản bảo đảm (TSBĐ) của bên nhận bảo đảm nói chung, tổ chức tín dụng (TCTD) nói riêng được ghi nhận lần đầu tiên tại Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm (Nghị định 163). Theo đó, Điều 63 Nghị định 163 quy định bên giữ TSBĐ phải giao tài sản bảo đảm cho người xử lý tài sản theo thông báo của người này; nếu hết thời hạn ấn định trong thông báo mà bên giữ TSBĐ không giao tài sản thì người xử lý tài sản có 2 lựa chọn: (i) Thực hiện quyền thu giữ TSBĐ để xử lý, hoặc (ii) Yêu cầu tòa án giải quyết. Như vậy, quyền thu giữ TSBĐ phát sinh khi có 2 điều kiện: (i) Sự kiện pháp lý dẫn đến quyền xử lý TSBĐ của bên nhận bảo đảm theo quy định tại Điều 56 Nghị định 163, và (ii) Bên nhận bảo đảm đã thông báo cho bên giữ tài sản về việc bàn giao TSBĐ để xử lý nhưng bên giữ tài sản không bàn giao tài sản trong thời hạn đã ấn định.

Tuy nhiên, Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 có hiệu lực từ ngày 01/01/2017, thay thế BLDS năm 2005; vì vậy, về nguyên tắc Nghị định số 163 với tư cách là văn bản hướng dẫn thi hành BLDS năm 2005 cũng hết hiệu lực<sup>1</sup>. Bên cạnh đó, Quốc hội đã ban hành Nghị quyết số 42/2017/QH14 ngày 21/6/2017 về thí điểm xử lý nợ xấu của TCTD (Nghị quyết 42), trong đó ghi nhận TCTD có quyền thu giữ TSBĐ của khoản nợ xấu.

### 1.1. Các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015

Điều 299 BLDS năm 2015 quy định bên nhận bảo đảm được xử lý TSBĐ trong 3 trường hợp: (i) Đến hạn thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm mà bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ; (ii) Bên có nghĩa vụ phải thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm trước thời hạn do vi phạm nghĩa vụ theo thỏa thuận hoặc theo quy định của luật; (iii) Trường hợp khác do các bên thỏa thuận hoặc luật có quy định.

<sup>1</sup> Khoản 4 Điều 154 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 quy định văn bản quy phạm pháp luật hết hiệu lực thì văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết thi hành văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực.

\* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Trước khi xử lý TSBĐ, bên nhận bảo đảm phải thông báo bằng văn bản trong một thời hạn hợp lý về việc xử lý TSBĐ cho bên bảo đảm và các bên cùng nhận bảo đảm khác<sup>2</sup>. Để bảo đảm quyền xử lý TSBĐ của bên nhận bảo đảm, BLDS năm 2015 quy định người đang giữ TSBĐ có nghĩa vụ giao TSBĐ cho bên nhận bảo đảm; nếu người đang giữ TSBĐ không giao tài sản thì bên nhận bảo đảm có quyền yêu cầu tòa án giải quyết, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác<sup>3</sup>. Như vậy, BLDS năm 2015 không ghi nhận quyền thu giữ TSBĐ của bên nhận bảo đảm, mà chỉ quy định nghĩa vụ của bên bảo đảm giao TSBĐ cho bên nhận bảo đảm để xử lý.

Bên cạnh đó, tại điểm a khoản 1 Điều 688 về điều khoản chuyển tiếp đối với giao dịch dân sự được xác lập trước ngày BLDS năm 2015 có hiệu lực thì việc áp dụng pháp luật như sau: Giao dịch dân sự đang được thực hiện mà có nội dung, hình thức khác với quy định của Bộ luật này thì áp dụng quy định của BLDS năm 2005 và các văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết BLDS năm 2005.

Như vậy, việc thu giữ TSBĐ để xử lý thu hồi nợ của TCTD kể từ sau thời điểm BLDS năm 2015 có hiệu lực được thực hiện như sau:

- Hợp đồng bảo đảm được ký sau khi BLDS năm 2015 có hiệu lực thì TCTD có quyền yêu cầu tòa án giải quyết trong trường hợp bên giữ TSBĐ không giao tài sản.

- Hợp đồng bảo đảm ký trước khi BLDS năm 2015 có hiệu lực và các bên có thỏa thuận về quyền thu giữ TSBĐ để xử lý

thu hồi nợ thì TCTD thực hiện quyền thu giữ TSBĐ theo quy định của Nghị định 163.

- Về hợp đồng bảo đảm ký trước khi BLDS năm 2015 có hiệu lực và các bên không thỏa thuận về quyền thu giữ TSBĐ để xử lý thu hồi nợ: Có quan điểm cho rằng, căn cứ pháp luật tại thời điểm ký kết hợp đồng bảo đảm là BLDS năm 2005 và văn bản hướng dẫn thi hành là Nghị định 163, nhưng thời điểm thực hiện quyền xử lý TSBĐ là sau ngày BLDS năm 2015 có hiệu lực, nên phải áp dụng quy định của BLDS năm 2015<sup>4</sup>. Nói cách khác, TCTD không được trực tiếp thực hiện thu giữ TSBĐ mà phải yêu cầu tòa án giải quyết. Tuy nhiên, quan điểm này không phù hợp với ý chí của các bên tại thời điểm ký hợp đồng bảo đảm. Các bên căn cứ vào các văn bản quy phạm pháp luật đang có hiệu lực để thỏa thuận và ký hợp đồng bảo đảm, do vậy các bên mong đợi các quyền và nghĩa vụ của mỗi bên được thực hiện theo quy định pháp luật tại thời điểm ký hợp đồng. Vì vậy, trong trường hợp này TCTD có quyền thu giữ TSBĐ theo quy định tại Nghị định 163.

### 1.2. Các quy định của Nghị quyết 42

Nghị quyết 42 được ban hành ngày 21/6/2017 và có hiệu lực thi hành trong 05 năm, từ ngày 15/8/2017 đến ngày 14/8/2022. Nghị quyết 42 quy định một số chính sách đặc thù về xử lý nợ xấu và xử lý TSBĐ của các khoản nợ xấu của TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, tổ chức mà Nhà nước sở hữu 100% vốn điều lệ do Chính phủ thành lập để xử lý nợ xấu của TCTD. Một trong những nội dung được

<sup>2</sup> Khoản 1 Điều 300 BLDS năm 2015.

<sup>3</sup> Điều 301 BLDS năm 2015.

<sup>4</sup> Xem Ngô Thị Minh Thảo, *Bàn về vấn đề thu giữ tài sản bảo đảm để xử lý theo thỏa thuận tại hợp đồng bảo đảm trước thời điểm Bộ luật Dân sự 2015 có hiệu lực*, <http://sbvamc.vn/bai-viet/ban-ve-van-e-thu-giu-tai-san-bao-am-129>, truy cập ngày 02/11/2019.

xem là đột phá của Nghị quyết 42 nhằm tăng cường tính chủ động của TCTD trong xử lý nợ xấu là quyền thu giữ TSBĐ của khoản nợ xấu. Khoản 2 Điều 7 Nghị quyết 42 quy định các điều kiện để TCTD thu giữ TSBĐ của khoản nợ xấu của bên bảo đảm, bên giữ TSBĐ của khoản nợ xấu như sau:

(i) Khi xảy ra một trong các trường hợp xử lý TSBĐ theo quy định tại Điều 299 BLDS năm 2015;

(ii) Hợp đồng bảo đảm có thỏa thuận về việc bên bảo đảm đồng ý cho TCTD có quyền thu giữ TSBĐ của khoản nợ xấu khi xảy ra trường hợp xử lý tài sản bảo đảm;

(iii) Giao dịch bảo đảm hoặc biện pháp bảo đảm đã được đăng ký theo đúng quy định của pháp luật;

(iv) TSBĐ không phải là tài sản tranh chấp trong vụ án đã được thụ lý tại tòa án có thẩm quyền; không đang bị tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời; không đang bị kê biên hoặc áp dụng biện pháp bảo đảm thi hành án theo quy định của pháp luật;

(v) TCTD đã hoàn thành nghĩa vụ công khai thông tin về việc tiến hành thu giữ TSBĐ theo quy định tại Nghị quyết số 42.

Có thể thấy, quyền thu giữ TSBĐ để xử lý thu hồi nợ của TCTD theo các quy định của Nghị quyết 42 so với các quy định của Nghị định 163 bị thu hẹp ở các khía cạnh sau:

*Thứ nhất*, Nghị quyết 42 chỉ quy định TCTD có quyền thu giữ TSBĐ của các khoản vay đã được xác định là nợ xấu<sup>5</sup>, mà không áp dụng với tất cả các khoản vay có TSBĐ tại TCTD.

*Thứ hai*, quyền thu giữ TSBĐ không phải là quyền đương nhiên của TCTD. Theo đó, TCTD chỉ có thể thực hiện thu giữ TSBĐ của khoản nợ xấu nếu các bên có thỏa thuận về nội dung này trong hợp đồng bảo đảm. Quy định này có thể được hiểu rằng, kể cả khi hợp đồng bảo đảm có thỏa thuận về quyền xử lý TSBĐ, nhưng không có thỏa thuận về quyền thu giữ TSBĐ thì TCTD không được thực hiện quyền thu giữ TSBĐ. Trong trường hợp này, TCTD cần đàm phán lại với bên bảo đảm để điều chỉnh hợp đồng. Tuy nhiên, việc đàm phán để điều chỉnh hợp đồng trên thực tế phụ thuộc nhiều vào thiện chí của bên bảo đảm, do đó quyền thu giữ TSBĐ của khoản nợ xấu không dễ dàng được hiện thực hóa.

*Thứ ba*, quy định “giao dịch bảo đảm hoặc biện pháp bảo đảm đã được đăng ký theo đúng quy định của pháp luật” của Nghị quyết 42 chưa thực sự rõ ràng. Quy định này được hiểu là: Giao dịch bảo đảm hoặc biện pháp bảo đảm mà pháp luật quy định bắt buộc phải đăng ký? Hay tất cả các giao dịch hoặc biện pháp bảo đảm đều phải được đăng ký? Nếu quy định này được hiểu theo cách thứ hai thì sẽ dẫn đến loại bỏ quyền thu giữ TSBĐ là đối tượng của giao dịch bảo đảm hoặc biện pháp bảo đảm mà pháp luật không bắt buộc phải đăng ký.

TCTD có thể tự thực hiện quyền thu giữ TSBĐ, hoặc ủy quyền thu giữ TSBĐ cho công ty quản lý nợ và khai thác tài sản thuộc TCTD<sup>6</sup>. Khi tiến hành thu giữ TSBĐ, TCTD và tổ chức được ủy quyền không được áp dụng các biện pháp vi phạm điều cấm của pháp luật<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Khoản vay được xác định là nợ xấu theo quy định tại Điều 4 Nghị quyết 42.

<sup>6</sup> Khoản 6 Điều 7 Nghị quyết 42.

<sup>7</sup> Khoản 6 Điều 7 Nghị quyết 42.

## 2. Các đảm bảo cho tổ chức tín dụng thực hiện quyền thu giữ tài sản bảo đảm

### 2.1. Trách nhiệm của các cơ quan nhà nước trong quá trình thu giữ tài sản bảo đảm

Khoản 5 Điều 63 Nghị định 163 quy định trách nhiệm của Ủy ban nhân dân (UBND) xã, phường, thị trấn và cơ quan Công an nơi tiến hành thu giữ TSBĐ trong quá trình tiến hành thu giữ TSBĐ. Theo đó, trong trường hợp bên giữ TSBĐ có dấu hiệu chống đối, cản trở, gây mất an ninh, trật tự nơi công cộng, hoặc có hành vi phạm pháp luật khác, người xử lý TSBĐ có quyền yêu cầu UBND xã, phường, thị trấn và Cơ quan công an nơi tiến hành thu giữ TSBĐ áp dụng các biện pháp theo quy định của pháp luật để giữ gìn an ninh, trật tự, bảo đảm cho người xử lý TSBĐ thực hiện quyền thu giữ TSBĐ. Thông tư liên tịch số 16/2014/TTLT-BTP-BTNMT-NHNN về hướng dẫn một số vấn đề xử lý TSBĐ quy định Chủ tịch UBND các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương chỉ đạo UBND các cấp, cơ quan Công an và các cơ quan, tổ chức khác có liên quan trong phạm vi quản lý của mình tích cực phối hợp, hỗ trợ bên nhận bảo đảm thực hiện việc thu giữ, xử lý TSBĐ<sup>8</sup>.

Khoản 5 và khoản 7, Điều 7 Nghị quyết 42 quy định trách nhiệm của cơ quan nhà nước nơi tiến hành thu giữ TSBĐ trong quá trình TCTD tiến hành thu giữ TSBĐ của khoản nợ xấu. Cụ thể:

- Chính quyền địa phương các cấp và cơ quan Công an nơi tiến hành thu giữ TSBĐ trong phạm vi chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mình thực hiện việc bảo đảm an

toàn xã hội trong quá trình thu giữ TSBĐ theo đề nghị của TCTD.

- Đại diện UBND cấp xã nơi tiến hành thu giữ TSBĐ có trách nhiệm tham gia chứng kiến và ký biên bản thu giữ tài sản bảo đảm trong trường hợp bên bảo đảm không hợp tác hoặc không có mặt theo thông báo của TCTD.

- Bộ Công an có trách nhiệm chỉ đạo cơ quan Công an các cấp thực hiện nhiệm vụ giữ gìn an ninh, trật tự khi TCTD thực hiện quyền thu giữ TSBĐ của khoản nợ xấu.

Pháp luật đã có các quy định về trách nhiệm của các cơ quan nhà nước trong quá trình thu giữ TSBĐ, tuy nhiên các quy định này chưa thực sự bảo đảm cho TCTD thực hiện quyền thu giữ TSBĐ bởi các lý do sau:

*Thứ nhất*, pháp luật chỉ quy định UBND và Công an nơi tiến hành thu giữ TSBĐ thực hiện các công việc có tính chất “hỗ trợ”<sup>9</sup> và chủ yếu nhằm bảo đảm an ninh, trật tự tại địa bàn, chứ không thực hiện các biện pháp có tính quyết định để buộc bên bảo đảm hoặc bên giữ TSBĐ phải bàn giao tài sản cho TCTD. Bên cạnh đó, pháp luật chưa quy định rõ trách nhiệm cũng như chế tài trong trường hợp các cơ quan nhà nước không tích cực phối hợp hoặc có vi phạm trong việc phối hợp với TCTD trong việc thu giữ TSBĐ.

*Thứ hai*, Nghị quyết 42 chỉ quy định chung chung trách nhiệm của cơ quan Công an nơi tiến hành thu giữ TSBĐ mà không chỉ rõ là cơ quan Công an cấp nào, do vậy việc xác định trách nhiệm cụ thể của cơ

<sup>8</sup> Khoản 2 Điều 14 Thông tư liên tịch số 16/2014/TTLT-BTP-BTNMT-NHNN.

<sup>9</sup> Xem Nguyễn Tiến Đông, *Một số giải pháp xử lý tài sản bảo đảm tiền vay hiện nay*, Tạp chí Công nghệ Ngân hàng, số 17, tháng 9/2015, tr. 13; Lê Thị Thu Thủy, *Biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ - nhìn từ góc độ lý luận*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 18(370), tháng 9/2018, tr. 18.

quan Công an các cấp do Bộ Công an quy định<sup>10</sup>. Tuy nhiên, Bộ Công an hiện chưa ban hành văn bản hướng dẫn nào về trách nhiệm của cơ quan Công an các cấp, cũng như cơ chế, cách thức, biện pháp thực hiện trong trường hợp bên bảo đảm chống đối, không hợp tác.

*Thứ ba*, pháp luật chưa có quy định về giá trị của biên bản thu giữ TSBĐ có xác nhận của UBND cấp xã trong trường hợp bên bảo đảm không hợp tác hoặc không có mặt theo thông báo của TCTD. Biên bản này có được coi là tương đương và có thể thay thế cho văn bản bàn giao tài sản không? Vấn đề này cần được quy định rõ để làm căn cứ cho TCTD thực hiện các bước tiếp theo trong quá trình xử lý TSBĐ để thu hồi nợ.

## **2.2. Giải quyết tranh chấp về nghĩa vụ giao tài sản bảo đảm, tranh chấp về quyền xử lý tài sản bảo đảm**

Pháp luật hiện hành quy định thủ tục giải quyết tranh chấp về nghĩa vụ giao TSBĐ giữa TCTD và bên giữ TSBĐ như sau:

Các tranh chấp về giao TSBĐ của khoản nợ thông thường giữa TCTD và bên giữ tài sản được giải quyết theo quy định tại Điều 301 BLDS năm 2015. Theo đó, TCTD chỉ có thể yêu cầu tòa án giải quyết trong trường hợp người đang giữ TSBĐ không giao tài sản. TCTD có thể khởi kiện theo thủ tục thông thường hoặc thủ tục rút gọn nếu đáp ứng các điều kiện tại khoản 1 Điều 317 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015. Một trong các điều kiện để xét xử theo thủ tục rút gọn là: Vụ án có tình tiết đơn giản, quan hệ pháp luật rõ ràng, đương sự đã thừa nhận nghĩa vụ; tài liệu, chứng cứ đầy đủ, bảo đảm

đủ căn cứ để giải quyết vụ án và tòa án không phải thu thập tài liệu, chứng cứ. Trên thực tế, khi đã phát sinh tranh chấp về nghĩa vụ giao tài sản thì có nghĩa là bên bảo đảm hoặc bên giữ tài sản không hợp tác để thừa nhận nghĩa vụ. Thậm chí, bên giữ TSBĐ có thể lợi dụng các quy định nói trên, không giao TSBĐ để gây khó khăn cho TCTD.

Các tranh chấp về nghĩa vụ giao TSBĐ hoặc tranh chấp về quyền xử lý TSBĐ của khoản nợ xấu của TCTD được giải quyết theo thủ tục rút gọn theo quy định tại Nghị quyết 42 khi đáp ứng đầy đủ các điều kiện sau<sup>11</sup>:

(i) Trong hợp đồng bảo đảm có thỏa thuận về việc bên bảo đảm có nghĩa vụ giao TSBĐ của khoản nợ xấu cho bên nhận bảo đảm hoặc TCTD có quyền xử lý TSBĐ.

(ii) Giao dịch bảo đảm hoặc biện pháp bảo đảm đã được đăng ký theo quy định của pháp luật.

(iii) Không có đương sự cư trú ở nước ngoài, tài sản tranh chấp ở nước ngoài, trừ trường hợp đương sự ở nước ngoài và đương sự ở Việt Nam có thỏa thuận đề nghị tòa án giải quyết theo thủ tục rút gọn hoặc các đương sự giải trình được chứng cứ về quyền sở hữu hợp pháp tài sản và có thỏa thuận thống nhất về việc xử lý tài sản.

Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã ban hành Nghị quyết số 03/2018/NQ-HĐTP ngày 15/5/2018 hướng dẫn một số quy định của pháp luật trong giải quyết tranh chấp về xử lý nợ xấu, TSBĐ của khoản nợ xấu tại tòa án nhân dân để thực hiện các chính sách đặc thù của Nghị quyết 42.

<sup>10</sup> Khoản 7 Điều 7 Nghị quyết 42.

<sup>11</sup> Xem khoản 1 Điều 8 Nghị quyết 42.

Sau 2 năm thực hiện Nghị quyết 42, số lượng các vụ việc tranh chấp giải được giải quyết thông qua thủ tục rút gọn tại tòa án khá hạn chế<sup>12</sup>. Ngân hàng Agribank cho biết, trong 2 năm Agribank mới chỉ chuyển được 10 vụ sang tòa án để giải quyết theo thủ tục rút gọn; tuy nhiên, tòa án chưa xử theo thủ tục rút gọn vụ nào và đều hướng dẫn chuyển sang thủ tục thông thường<sup>13</sup>. Điều đó cho thấy, các quy định về giải quyết theo thủ tục rút gọn chưa thực sự tạo điều kiện cho TCTD thực hiện quyền thu giữ TSBĐ, phần nào ảnh hưởng đến hiệu quả xử lý nợ xấu.

### 3. Kết luận

Thực tiễn điều chỉnh pháp luật về quyền thu giữ TSBĐ của bên nhận bảo đảm nói chung và TCTD nói riêng ở Việt Nam cho thấy, các nhà lập pháp chưa có quan điểm nhất quán đề vấn đề này. Nghị định 163 ghi nhận quyền thu giữ TSBĐ của bên nhận bảo đảm, sau đó quyền này đã bị “thu hồi” khi BLDS năm 2015 có hiệu lực; tuy nhiên, Quốc hội ban hành Nghị quyết 42 với những chính sách đặc thù cho phép TCTD được quyền thu giữ TSBĐ của khoản nợ xấu.

Tác giả cho rằng, để điều chỉnh pháp luật về quyền thu giữ TSBĐ của TCTD, cần nhận thức rõ các vấn đề sau:

- Việc xử lý TSBĐ thì bên bảo đảm hoặc bên giữ TSBĐ phải bàn giao tài sản cho TCTD, do vậy việc quy định TCTD

có quyền thu giữ TSBĐ trong trường hợp bên bảo đảm hoặc bên giữ TSBĐ không thực hiện hoặc không thực hiện đúng nghĩa vụ là cần thiết để bên bảo đảm hoặc bên giữ TSBĐ ý thức rõ ràng về thực hiện nghĩa vụ bàn giao tài sản của mình.

- Trong hoạt động ngân hàng, việc chậm trễ xử lý TSBĐ để xử lý thu hồi nợ có thể dẫn đến khoản nợ trở thành nợ xấu, gây ảnh hưởng tiêu cực tới nền kinh tế. Do đó, cần có cơ chế để TCTD có quyền tiếp cận, kiểm soát thực tế TSBĐ để xử lý thu hồi nợ nhanh chóng và hợp pháp.

Từ quan điểm nêu trên, tác giả đưa ra một số đề xuất như sau:

*Thứ nhất*, mở rộng phạm vi áp dụng quyền thu giữ TSBĐ của TCTD không chỉ đối với khoản nợ xấu theo quy định của Nghị quyết 42 mà đối với tất cả các khoản vay có TSBĐ tại TCTD.

*Thứ hai*, mở rộng phạm vi áp dụng thủ tục rút gọn trong giải quyết tranh chấp về nghĩa vụ bàn giao TSBĐ hoặc tranh chấp về quyền thu giữ TSBĐ đối với tất cả các khoản vay có TSBĐ tại TCTD thay vì chỉ áp dụng đối với các khoản nợ xấu quy định tại Nghị quyết 42. Kinh nghiệm quốc tế cho thấy, các quốc gia áp dụng thủ tục rút gọn đã giúp giảm 50% thời gian xử lý TSBĐ so với các quốc gia áp dụng các biện pháp tư pháp khác<sup>14</sup>.

*Thứ ba*, cần bổ sung các quy định làm rõ trách nhiệm của các cơ quan nhà nước trong việc phối hợp thu giữ TSBĐ, đồng thời quy định chế tài đối với vi phạm của các cơ quan này trong việc phối hợp thu giữ TSBĐ.

<sup>12</sup> Đào Vũ, *Xử lý nợ xấu theo Nghị quyết 42 còn vướng ở đâu?*, tại trang <http://vneconomy.vn/xu-ly-no-xau-theo-nghi-quyet-42-con-vuong-o-dau-20191021175928196.htm>, truy cập ngày 02/11/2019.

<sup>13</sup> Thời báo Ngân hàng, *Nâng cao hơn nữa hiệu quả xử lý nợ xấu*, tại trang <http://thoibaonganhang.vn/nang-cao-hon-nua-hieu-qua-xu-ly-no-xau-93449.html>, truy cập ngày 02/11/2019.

<sup>14</sup> Xem World Bank, *Doing Business in 2006: Creating Jobs*, tr. 37.

# PHÁP LUẬT QUỐC TẾ VÀ PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ BẢO HỘ QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ ĐỐI VỚI THUỐC Y HỌC CỔ TRUYỀN

*Lê Thị Bích Thủy\**

**Tóm tắt:** Là kết tinh, đúc rút sự tìm tòi, sáng tạo của con người đạt được qua quá trình sinh sống, lao động, những bài thuốc y học cổ truyền cũng cần được bảo vệ, bảo tồn để phát huy giá trị trong đời sống của cộng đồng. Tuy nhiên, pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia về sở hữu trí tuệ chưa có các cơ chế hiệu quả để bảo vệ đối tượng này. Bài viết tìm hiểu khái niệm, đặc điểm của thuốc y học cổ truyền, tập trung phân tích các quy định pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam liên quan đến bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với vấn đề này; từ đó đưa ra một số đề xuất hoàn thiện pháp luật và cơ chế để bảo hộ có hiệu quả.

**Abstract:** As a human product of creative research, study and synthesis through labor and daily activities, traditional medicine should be protected and preserved to promote values of communitarian life. However, international and national laws on intellectual property have shown inadequate mechanisms to protect such object. The article searches for concept, characteristics of traditional medicine in light of international and Vietnamese laws on protection of intellectual property, thereby makes certain proposals to improve the law and effectiveness of protection mechanism.

## 1. Khái quát về thuốc y học cổ truyền và bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với thuốc y học cổ truyền

### 1.1. Khái niệm về thuốc y học cổ truyền

Thuốc y học cổ truyền là một phần của y học cổ truyền, cũng là một yếu tố rất quan trọng trong lĩnh vực y tế của mỗi quốc gia. Trong lời mở đầu tại Hội nghị quốc tế về Y học cổ truyền của các quốc gia Đông Nam Á vào tháng 2/2013, Tổng giám đốc Tổ chức Y tế thế giới (WHO), Dr. Margaret Chan đã trình bày rằng: “Với chất lượng, hiệu quả và tính an toàn đã được chứng minh, y học cổ truyền ngày càng góp phần vào mục tiêu đảm bảo quyền tiếp cận chăm

sóc sức khỏe của mọi người dân. Hàng triệu người dân trên thế giới coi thuốc thảo dược và các phương pháp y học cổ truyền là nguồn chăm sóc sức khỏe chính của mình, thậm chí đôi khi là nguồn duy nhất. Nguyên nhân là do nguồn chăm sóc này gần nhà, dễ tiếp cận và giá cả phải chăng. Nó cũng được chấp nhận về mặt văn hoá và tín ngưỡng bởi đại bộ phận cộng đồng...”<sup>1</sup>.

Theo định nghĩa của WHO thì y học cổ truyền “*traditional medicine*” (hay còn gọi là kiến thức y học cổ truyền “*traditional*

<sup>1</sup> Speech given by WHO Director-General, Dr Margaret Chan, at the International Conference on Traditional Medicine for South-East Asian Countries. New Delhi, India, 12-14 February 2013. WHO, WHO Traditional Medicine Strategy 2014 – 2023, [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/92455/9789241506090\\_eng.pdf?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/92455/9789241506090_eng.pdf?sequence=1), truy cập ngày 18/3/2019.

\* ThS.NCS., Khoa Pháp luật quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

*medical knowledge*”, y học bản địa “*indigenous medicine*” hoặc y học dân gian “*folk medicine*”) là: “*Tổng hợp những kiến thức, kỹ năng và thực tiễn dựa trên các học thuyết, tín ngưỡng và kinh nghiệm bản địa của các nền văn hoá khác nhau, dù có thể giải thích được hay không, được sử dụng trong việc duy trì sức khoẻ cũng như trong phòng ngừa, chẩn đoán và cải thiện, điều trị các bệnh về thể chất và tinh thần*”<sup>2</sup>. Trong đó, y học cổ truyền bao gồm các sản phẩm thuốc y học cổ truyền (*traditional medicine product*) và ứng dụng y học cổ truyền (*traditional medicine practice*)<sup>3</sup>.

Ở Việt Nam, từ xa xưa, cha ông ta đã biết sử dụng nguồn dược liệu quý giá với các phương pháp chế biến phong phú và các dạng bào chế thích hợp để phòng và chữa bệnh. Căn cứ từ những di chỉ dấu tích cổ vật được khảo sát, có thể thấy việc sử dụng dược liệu thiên nhiên phục vụ cho con người đã được biết đến từ rất sớm. Ngay từ thời Hồng Bàng và các vua Hùng từ năm 2879 – 257 trước công nguyên, người Việt đã có tục ăn trầu (nhai trầu với cau, vôi và rễ vò), đồng thời có tục lệ nhuộm răng đen bằng phèn (cánh kiến đỏ, vò lựu, ngũ bội tử). Phong tục ăn trầu nhuộm răng ngoài mục đích thẩm mỹ thì nhằm mục đích chính là bảo vệ răng miệng, làm chắc răng, thơm miệng, tránh sâu răng, làm nở nang, ấm áp

ơ mặt, làm da tươi tắn hồng hào<sup>4</sup>. Việc dùng gừng, tỏi, ớt làm gia vị ăn hằng ngày giúp cho việc tiêu hoá tốt, cũng như phòng ngừa các bệnh đường ruột. Người dân miền núi có tục ăn ý dĩ và uống nước củ riềng để chống ẩm thấp và phòng chống sốt rét rừng... đều là những minh chứng cho việc người Việt sử dụng các loại dược liệu thiên nhiên từ rất sớm nhằm bảo vệ và tăng cường sức khoẻ.

Trải qua hàng nghìn năm lịch sử, thể hệ trước truyền cho thế hệ sau các kinh nghiệm từ thực tiễn lâm sàng, xây dựng nên những lý luận về các phương pháp phòng và chữa bệnh. Mặt khác, các lý luận triết học duy vật cổ đại phương Đông (thuyết âm dương, ngũ hành, tượng trưng kinh lạc...) được các nhà y học vận dụng sáng tạo trong phòng bệnh, chẩn trị, bào chế thuốc men, đã làm phong phú thêm cho kho tàng của lý luận y học cổ truyền. Nền y học cổ truyền nói chung và dược học cổ truyền nói riêng của Việt Nam vì thế không những không bị mai một đi mà ngày càng được củng cố và phát triển hơn.

Khác với nền y học hiện đại là mọi phương pháp chẩn đoán, sản phẩm chữa bệnh đều được nghiên cứu và có luận chứng, cơ sở khoa học, y học cổ truyền là nền y học được phát triển chủ yếu dựa vào những kiến thức, kinh nghiệm đúc rút truyền đời kết hợp với những quan điểm, lý thuyết triết học cổ đại. Thuốc y học cổ truyền (hay còn gọi là thuốc cổ truyền) chính là yếu tố quan trọng nhất tạo nên nền y học cổ truyền. Theo định nghĩa trong giáo trình của Bộ môn Dược học cổ truyền trực thuộc Trường Đại học Dược

<sup>2</sup> WHO, “*Traditional Medicine: Definitions*”, <https://www.who.int/traditional-complementary-integrative-medicine/about/en/>, truy cập ngày 12/12/2018.

<sup>3</sup> WHO, WHO Traditional Medicine Strategy 2014 – 2023, [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/92455/9789241506090\\_eng.pdf?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/92455/9789241506090_eng.pdf?sequence=1), truy cập ngày 18/1/2019.

<sup>4</sup> Trường Đại học Dược Hà Nội, Bộ môn Dược học cổ truyền, *Giáo trình “Dược học cổ truyền”*, Nxb. Y học, năm 2002, tr. 7.

Hà Nội thì: “Thuốc y học cổ truyền là vị thuốc sống hoặc chín hay chế phẩm thuốc được phối ngũ lập phương hợp và bào chế theo phương pháp của y học cổ truyền từ một hay nhiều vị thuốc có nguồn gốc từ động vật, thực vật hoặc khoáng vật có tác dụng chữa bệnh hoặc có lợi cho sức khoẻ con người”<sup>5</sup>.

Thuốc y học cổ truyền được định nghĩa tại khoản 1 Điều 2 Thông tư 01/2016/TT-BYT<sup>6</sup> quy định về kê đơn thuốc y học cổ truyền, kê đơn thuốc y học cổ truyền kết hợp với thuốc tân dược trong cơ sở khám, chữa bệnh do Bộ trưởng Bộ Y tế ban hành như sau: “Thuốc y học cổ truyền (bao gồm cả vị thuốc y học cổ truyền và thuốc thang) là thuốc có thành phần là dược liệu được chế biến, bào chế hoặc phối ngũ theo lý luận và phương pháp của y học cổ truyền hoặc theo kinh nghiệm dân gian thành chế phẩm có dạng bào chế truyền thống hoặc hiện đại”.

Như vậy, xuất phát từ góc độ tiếp cận khác nhau, có thể có những khái niệm khác nhau về thuốc y học cổ truyền. Tuy nhiên, có thể khái quát khái niệm thuốc y học cổ truyền là: “Thuốc có thành phần là dược liệu được chế biến, bào chế hoặc phối ngũ theo lý luận và phương pháp của y học cổ truyền hoặc theo kinh nghiệm dân gian từ một hay nhiều vị thuốc có nguồn gốc từ

động vật, thực vật hoặc khoáng vật có tác dụng chữa bệnh hoặc có lợi cho sức khoẻ con người”.

### 1.2. Bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với thuốc y học cổ truyền

Bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) đối với y học cổ truyền trong đó có thuốc y học cổ truyền sở dĩ được đặt ra vì nó cũng là kết tinh, đúc rút từ sự tìm tòi, sáng tạo của con người trong quá trình sinh sống, lao động.

Theo WHO, với sự phát triển ngày càng rộng và vai trò ngày càng quan trọng của y học cổ truyền, các quốc gia đồng thời cũng cần nhận thấy được vai trò của việc bảo hộ quyền SHTT đối với các sản phẩm và quy trình ứng dụng y học cổ truyền. Một trong những chiến lược quan trọng của WHO đối với y học cổ truyền là đảm bảo cân bằng được nhu cầu bảo vệ quyền SHTT của người dân bản địa và cộng đồng địa phương đối với những di sản chăm sóc sức khoẻ của họ với việc tiếp cận các kiến thức y học cổ truyền để thúc đẩy nghiên cứu, phát triển và đổi mới.

Quan điểm của Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới (WIPO) về bảo hộ quyền SHTT trong vấn đề này chủ yếu là quan tâm đến việc bảo vệ những chủ thể nắm được kiến thức về y học truyền thống, chống lại việc sử dụng trái phép của bên thứ ba. Các cuộc đàm phán hiện đang được tiến hành trong Ủy ban liên chính phủ của WIPO về sở hữu trí tuệ và nguồn gen, tri thức truyền thống và văn hóa dân gian (WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore - IGC) xoay quanh nội dung tìm cách phát triển một công cụ pháp lý quốc tế nhằm bảo vệ hiệu quả các biểu hiện văn hóa

<sup>5</sup> Trường Đại học Dược Hà Nội, tldd, tr. 153.

<sup>6</sup> Hiện nay Thông tư 01/2016/TT-BYT đã hết hiệu lực và thay vào đó bằng Thông tư 44/2018/TT-BYT thì không còn quy định định nghĩa chung về thuốc cổ truyền hay thuốc y học cổ truyền nữa mà thay vào đó là trực tiếp quy định thuốc cổ truyền được chia thành hai dạng là thuốc thang và thuốc thành phẩm. Tham khảo: <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/The-thao-Y-te/Thong-tu-44-2018-TT-BYT-quy-dinh-ve-ke-don-thuoc-co-truyen-thuoc-duoc-lieu-328863.aspx>.

dân gian và kiến thức truyền thống (bao gồm cả kiến thức y học truyền thống) cũng như đảm bảo việc truy cập và chia sẻ lợi ích từ các nguồn này. Việc bảo hộ quyền SHTT đối với các kiến thức y học cổ truyền được đề xuất xuất phát từ các vụ việc tiêu biểu liên quan đến việc áp dụng trái phép bởi các bên thứ ba liên quan đến cấp bằng sáng chế từ các loại thuốc truyền thống mà không có sự chấp thuận trước của chủ sở hữu kiến thức y học cổ truyền và không tiến hành bồi thường công bằng, thoả đáng<sup>7</sup>.

Từ xưa, con người vẫn sử dụng những loại thảo dược, sản phẩm có nguồn gốc tự nhiên phục vụ cho các nhu cầu làm đẹp, chữa bệnh của mình<sup>8</sup>. Trên thế giới, ngày càng thấy rõ giá trị kinh tế mà tri thức truyền thống nói chung và thuốc y học cổ truyền nói riêng mang lại. Những kiến thức

<sup>7</sup> Ví dụ, các bằng sáng chế dựa trên y học cổ truyền Ấn Độ với việc sử dụng bột nghệ để chữa lành vết thương; đặc tính chống nấm của neem và một loại thuốc tiêu đường được làm từ chiết xuất jamun. Tất cả ba bằng sáng chế sau đó đã bị thu hồi. Hay như trường hợp captopril, một loại thuốc dùng để điều trị tăng huyết áp và suy tim, bộ lạc Brazil bản địa, nơi đầu tiên sử dụng nọc độc pit viper như một chất độc đầu mũi tên không được hưởng lợi. Ngược lại, người San ở sa mạc Kalahari có thỏa thuận chia sẻ lợi ích với Hội đồng nghiên cứu khoa học và công nghiệp của Nam Phi, hợp tác với các công ty dược phẩm để phát triển các chất bổ sung chế độ ăn uống dựa trên hoodia, một loại cây mọng nước nổi tiếng.

WTO, Documents No.6, *Intellectual Property and Traditional Medical Knowledge*, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_tk\\_6.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_tk_6.pdf).

<sup>8</sup> Theo WHO, khoảng 80% dân số hiện nay trên thế giới vẫn dựa vào thuốc có nguồn gốc tự nhiên trong chăm sóc sức khỏe cộng đồng. Trong Tuyên ngôn Alma Alta năm 1978 và “Hướng dẫn đánh giá y học cổ truyền” năm 1991, WHO luôn khuyến nghị dùng các thuốc cổ truyền vào chăm sóc sức khoẻ ban đầu, đánh giá mức độ an toàn và hiệu quả cũng như đảm bảo nguồn cung cấp những thuốc này. Xem tại: <http://vienduoclieu.org.vn/tin-chi-tiet/-/chitiet/suc-can-thiet-phat-trien-duoc-lieu-354-677.html>.

y học cổ truyền và thảo dược là nguồn tài nguyên vô tận cho các tập đoàn dược phẩm trên thế giới khai thác, đặc biệt trong xu hướng con người thích quay về với thiên nhiên, sử dụng những sản phẩm dược phẩm, mỹ phẩm có nguồn gốc tự nhiên, thân thiện với con người và môi trường. Nhiều doanh nghiệp dược phẩm trở nên giàu có hơn nhờ chính những tri thức truyền thống về thuốc của thổ dân bản địa. Đơn cử Công ty dược phẩm toàn cầu Lilly đã thu về khoảng 20 tỷ USD/năm cho hoạt chất Vinblastine và Vincristin được chiết xuất từ cây dừa cạn hồng ở Madagascar, dùng trong hoá trị ung thư, điều trị bạch cầu ở trẻ em và bệnh Hodgkin<sup>9</sup>. Hay các công ty dược phẩm của Hoa Kỳ, Ấn Độ, Nhật Bản, Đức, Anh, Bỉ, Áo, Đan Mạch, Hy Lạp trong việc sản xuất các dược phẩm có nguồn gốc từ cây Neem (*Azadirachta indica*) trong bài thuốc cổ truyền của người Harappa cổ (Ấn Độ) dùng trong điều trị kháng viêm, kháng nấm, kháng virus, chống loét, chống oxy hoá, chữa bệnh ung thư và làm đẹp<sup>10</sup>.

Như vậy, có thể khẳng định rằng, giống như các tri thức khác, *kiến thức về thuốc y học cổ truyền* cũng cần phải được bảo hộ. Tuy nhiên, thuốc y học cổ truyền trong tổng thể chung của tri thức y học cổ truyền đòi hỏi phải hình thành một cơ chế pháp lý bảo

<sup>9</sup> Jiang F. (2008), *The Problem With Patents – Traditional Knowledge And International IP Law*, Harvard International Review, ISSN 0739-1854, tr. 30.

<sup>10</sup> Kausik Biswas., Ishita Chattopadhyay., Ranajit K. Banerjee., Uday Bandyopadhyay (2002), *Biological Activities and Medicinal Properties of Neem*, Current Science, Vol. 82, No.11, ISSN 1336 -1345; Ompal Singh., Zakia Khanam., Jamal Ahmad (2011), *Neem in Context of Intellectual Property Rights*, Recent Research in Science and Technology, Vol. 3(6), ISSN 2076 - 5061, p. 8.

hộ tương đối đặc thù xuất phát từ đặc trưng riêng nổi bật của nó.

### **1.3. Các đặc trưng của kiến thức về y học cổ truyền**

(i) Đặc trưng đầu tiên có thể kể đến là các kiến thức y học cổ truyền có tính tập thể. Cũng giống với các tri thức văn hoá truyền thống dân gian khác, y học cổ truyền phần lớn là kết quả sáng tạo, đúc rút của cả một cộng đồng, một tập thể mà ít khi là của một cá nhân riêng lẻ, được truyền từ đời này qua đời khác. Đó là tri thức dựa trên nền tảng truyền thống được đúc kết qua nhiều thế hệ, gắn liền với bản sắc văn hoá, tâm linh, phong tục tập quán, kinh nghiệm trong sản xuất và sinh hoạt của cộng đồng dân cư bản địa.

Tri thức truyền thống là một tổng thể trọn vẹn, được WIPO xây dựng hệ thống các văn bản pháp luật ghi nhận giá trị và bảo vệ<sup>11</sup>. Các tri thức truyền thống bao gồm: Tri thức về y học cổ truyền, tri thức về không gian kiến trúc, kỹ thuật nông nghiệp, địa chất học, sinh thái học, khoáng chất, kỹ thuật đi biển, tri thức về văn hoá nghệ thuật dân gian... Đương nhiên các tri thức này đều phải dựa trên các giá trị truyền thống. Nghĩa là các sản phẩm được sáng tạo, quy trình được áp dụng, các hình thức thể hiện dựa trên tri thức được lưu truyền từ thế hệ này sang thế hệ khác, thường thuộc về hoặc gắn liền với một nhóm người cụ thể hoặc vùng lãnh thổ cụ thể nơi nhóm người sinh sống, được phát triển thường xuyên để thích nghi với môi trường biến đổi.

(ii) Đặc trưng thứ hai là, các kiến thức y học cổ truyền trong đó bao gồm các loại thuốc y học cổ truyền sẽ gần như không thể nào đáp ứng được các tiêu chí bảo hộ đối với các sáng chế thông thường là tính mới, trình độ sáng tạo và khả năng áp dụng công nghiệp. Các chủ thể nắm giữ quyền đối với kiến thức y học truyền thống đặc biệt gặp phải những trở ngại đáng kể trong việc đáp ứng các điều kiện cần thiết để được cấp bằng sáng chế như đối với các sáng chế được phẩm thông thường, đặc biệt là các yêu cầu về tính mới và tính sáng tạo. Bởi vì nhiều loại thuốc truyền thống đã được sử dụng qua nhiều thế hệ, được phổ biến trong cộng đồng địa phương và được ghi nhận trong các nguồn công khai, những loại thuốc này có thể không đủ điều kiện để bảo vệ bằng sáng chế vì thiếu tính mới. Hơn nữa, vì các loại thuốc thảo dược thường bao gồm các sản phẩm tự nhiên ở dạng thô, nên khó có thể khẳng định rằng một phương thuốc bao gồm một bước sáng tạo, tức là rất khó để xác định được bước tiến vượt bậc của một sản phẩm mới so với các sản phẩm ra đời trước đó vì hầu hết đều được đúc rút qua thực tiễn phối hợp ngẫu nhiên, thay đổi các hình thức tinh chế và sử dụng dần dần theo thời gian.

(iii) Đặc trưng thứ ba, việc lưu truyền, bảo vệ các kiến thức y học cổ truyền chủ yếu được tiến hành bằng hình thức truyền thống là truyền miệng, truyền từ người này qua người khác, từ thời này qua thời khác. Tuy nhiên, cần phải thay đổi về cách thức ghi nhận tài liệu kiến thức y học truyền thống, có thể bằng cách ghi lại, viết ra, chụp ảnh hoặc quay phim... để bảo tồn các kiến thức đó ở dạng có thể truy cập và nhận biết được. Điều này đóng vai trò quan trọng

<sup>11</sup> WIPO (2011), Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, "Protection of traditional knowledge, Revised objectives and principles", Geneve, <http://www.wipo.int/tk>.

trong việc thúc đẩy hoặc phá vỡ lợi ích cộng đồng. Quyền SHTT của cộng đồng với tri thức truyền thống nói chung, kiến thức về thuốc y học cổ truyền nói riêng có thể được tăng cường hoặc mất đi phụ thuộc vào những tài liệu ghi nhận lại. Ví dụ, tài liệu về kiến thức y học cổ truyền có thể được sử dụng để bảo vệ bằng cách cung cấp thông tin về các sản phẩm hoặc quy trình đã tồn tại trước đây để loại trừ các bằng sáng chế được tạo ra trên cơ sở những sản phẩm hoặc quy trình đó. Tuy nhiên, nếu tài liệu không đảm bảo sự rõ ràng thì nó không thể ngăn cản những kiến thức truyền thống này được sử dụng bởi các chủ thể thứ ba bất kỳ.

Từ việc nhận dạng các kiến thức y học cổ truyền qua những đặc trưng nổi bật nêu trên, tác giả cho rằng, việc bảo hộ quyền SHTT đối với các kiến thức này cần phải được tiến hành. Các bài thuốc y học cổ truyền có thể giúp chủ thể nắm giữ, sở hữu chúng được hưởng lợi từ các đối tượng SHTT liên quan.

#### **1.4. Các cách thức bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ đối với kiến thức y học cổ truyền**

Bảo vệ quyền SHTT đối với kiến thức y học cổ truyền có thể tiến hành theo hai cách thức - bảo vệ tích cực và phòng thủ<sup>12</sup>:

- *Bảo vệ tích cực* tức là việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền tiến hành cấp quyền SHTT đối với các kiến thức về thuốc y học cổ truyền. Điều này có thể giúp các cộng đồng ngăn chặn những chủ thể khác truy cập bất hợp pháp vào kiến thức y học truyền thống hoặc sử dụng nó cho mục đích thương mại mà không chia sẻ

lợi ích một cách công bằng. Và cũng như mọi quyền SHTT khác, nó cũng có thể cho phép chủ thể nắm giữ khai thác tích cực kiến thức y học truyền thống của mình (ở đây chính là cộng đồng bản địa) để xây dựng các doanh nghiệp của riêng mình dựa trên kiến thức đó.

- *Bảo vệ phòng thủ* tức là việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền không cấp quyền SHTT đối với kiến thức về thuốc y học cổ truyền nhằm mục đích ngăn chặn các quyền đó bị bên thứ ba mua lại. Thông qua việc sử dụng kiến thức các loại thuốc y học truyền thống được ghi chép lại để ngăn chặn, phản đối hoặc làm mất hiệu lực các bằng sáng chế đối với kiến thức y học đó. Một trong những biện pháp phòng thủ được thực hiện bởi WIPO chính là thay đổi đối với Tài liệu tối thiểu của Hiệp ước hợp tác sáng chế (PCT) và Phân loại bằng sáng chế quốc tế (IPC). Năm 2003, một số tài liệu kiến thức truyền thống như Tạp chí Tri thức truyền thống Ấn Độ và Tạp chí Tri thức truyền thống Hàn Quốc được đưa vào Tài liệu tối thiểu của Hiệp ước hợp tác sáng chế<sup>13</sup>. Năm 2006, Phân loại bằng sáng chế quốc tế đã được sửa đổi bao gồm một nhóm các sản phẩm liên quan đến kiến thức truyền thống, bao gồm các loại thuốc thảo dược truyền thống<sup>14</sup>.

## **2. Pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam hiện hành về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với thuốc y học cổ truyền**

<sup>12</sup> WTO, Documents No.6, *Intellectual Property and Traditional Medical Knowledge*, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_tk\\_6.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_tk_6.pdf).

<sup>13</sup> WTO, Documents No.6, *Intellectual Property and Traditional Medical Knowledge*, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_tk\\_6.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_tk_6.pdf).

<sup>14</sup> Trần Văn Hải, “*Tình mới trong việc bảo hộ sáng chế đối với các bài thuốc cô truyền Việt Nam*”, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Luật học, số 2(2013), tr. 12.

Như đã trình bày và phân tích ở mục trên, thuốc y học cổ truyền là một phần quan trọng và không thể thiếu của tổng thể nền tri thức truyền thống. Xét từ góc độ đó, thuốc y học cổ truyền cần có cơ chế để bảo hộ quyền SHTT và thực thi. Từ góc độ của pháp luật SHTT bảo vệ quyền đối với tri thức truyền thống ở nghĩa rộng, ở cả cấp độ quốc tế và cấp độ quốc gia, thuốc y học cổ truyền có thể được đề cập đến và bảo hộ ở nhiều dạng khác nhau như quyền tác giả, sáng chế, bí mật thương mại, chỉ dẫn địa lý. Tuy nhiên, trong khuôn khổ bài viết này, tác giả chỉ đề cập đến việc bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với thuốc y học cổ truyền từ góc độ là một đối tượng sáng chế trong lĩnh vực dược phẩm.

### 2.1. Pháp luật quốc tế về bảo hộ thuốc y học cổ truyền

Là điều ước quốc tế đa phương đầu tiên trên thế giới về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp, Công ước Paris 1883 không có bất kỳ quy định nào về bảo hộ tri thức truyền thống với danh nghĩa sáng chế hay một đối tượng khác của quyền SHTT. Hiệp ước hợp tác về sáng chế 1970 cũng không quy định cụ thể về sáng chế đối với tri thức truyền thống, nhưng trong Công báo PCT về hướng dẫn tìm kiếm quốc tế có quy định chỉ xem xét tri thức truyền thống khi nó được mô tả bằng văn bản<sup>15</sup>. Điều này được hiểu là khi một kiến thức y học truyền thống được ghi chép và mô tả lại bằng văn bản thì sẽ được xem xét để bảo hộ với tư cách là sáng chế.

<sup>15</sup> *PCT Gazette International Search Guidelines*, Chapter VI, paragraph 1.2. quy định: "...traditional knowledge can be used internationally only if the oral accounts are substantiated by a written description".

Hiệp định về các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền SHTT (Hiệp định TRIPS), có hiệu lực vào năm 1995, đã thiết lập tiêu chuẩn bảo hộ SHTT tối thiểu cho các thành viên của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO). Hiệp định TRIPS cho phép mở rộng việc cấp patent cho các sáng chế ở mọi lĩnh vực công nghệ, bao gồm cả những sáng chế nằm ngoài lĩnh vực khoa học thông thường, mà không đòi hỏi một điều chỉnh đặc biệt nào<sup>16</sup>. Theo đó, "*patent phải được cấp cho bất kỳ một sáng chế nào, dù là sản phẩm hay là quy trình thuộc mọi lĩnh vực công nghệ, với điều kiện sáng chế đó phải mới, có trình độ sáng tạo và có khả năng áp dụng công nghiệp*". Thuật ngữ "*trình độ sáng tạo*" được Hiệp định TRIPS giải thích là *mỗi quốc gia thành viên coi là đồng nghĩa với các thuật ngữ "không hiển nhiên" và "hữu ích"*. Bởi vậy, có thể nói rằng pháp luật quốc tế về SHTT đã giải thích trình độ sáng tạo với "cái biên" quá rộng như vừa nêu, việc vận dụng nó thế nào thuộc về pháp luật quốc gia, tức Hiệp định TRIPS trao quyền cho các quốc gia trong việc đưa ra các quy định cụ thể trong pháp luật quốc gia về điều kiện, giới hạn và cơ chế tiến hành bảo hộ quyền SHTT đối với sáng chế trong lĩnh vực dược phẩm, bao gồm cả các kiến thức thuốc y học cổ truyền.

Ngoài quy định chung nói trên, Hiệp định TRIPS không có quy định đặc thù nào về bảo hộ kiến thức y học cổ truyền với tư cách là một sáng chế dược phẩm.

Năm 2008, vòng đàm phán Doha về tự do hóa thương mại toàn cầu đã triệu tập Hội nghị để thảo luận về vấn đề nông nghiệp và phi nông nghiệp trong WTO. Trong chương

<sup>16</sup> Xem Điều 27 Hiệp định TRIPS.

trình nghị sự có bàn đến việc sửa đổi Hiệp định TRIPS theo hướng yêu cầu bộc lộ nguồn gốc vật liệu gen và tri thức truyền thống có trong đơn đăng ký sáng chế nhằm đảm bảo việc chia sẻ lợi ích cho các cộng đồng bản địa và chống lại hành vi ăn cắp sinh học, phù hợp với các nghĩa vụ được quy định tại Công ước về đa dạng sinh học của Liên hợp quốc. Văn bản đề xuất đề cập đến sự cho phép trước và việc tiếp cận và chia sẻ lợi ích cho các cộng đồng sở hữu/bảo tồn nguồn gen và tri thức truyền thống được sử dụng trong đơn đăng ký sáng chế như một phần không tách rời của tiêu chuẩn bộc lộ và các chế tài sau khi bằng độc quyền sáng chế được cấp. Tuy nhiên, văn bản đề xuất đã bị Hoa Kỳ, Canada và một số thành viên khác phản đối. Vì vậy, tri thức truyền thống vẫn chưa có chỗ đứng trong Hiệp định TRIPS<sup>17</sup>.

Phiên họp lần thứ 19 của Ủy ban liên chính phủ về SHTT và nguồn gen, tri thức truyền thống và văn hóa dân gian của WIPO (IGC) đã được tổ chức tại Geneva từ ngày 18 đến ngày 22/7/2011 để tiếp tục đàm phán các Văn kiện về bảo hộ nguồn gen, tri thức truyền thống và văn hóa dân gian. Phiên họp đã lần lượt xem xét, thảo luận các vấn đề, trong đó có xem xét từng điều khoản của Dự thảo văn kiện bảo hộ tri thức truyền thống được đưa ra tại Phiên họp lần thứ 18 của IGC gồm: Định nghĩa về tri thức truyền thống, điều kiện bảo hộ, đối tượng hưởng lợi từ việc bảo hộ, phạm vi bảo hộ, chế tài đối với hành vi xâm phạm quyền đối với tri thức truyền thống, quản lý quyền được cấp,

một số hạn chế và ngoại lệ đối với việc bảo hộ tri thức truyền thống, thời hạn bảo hộ và mối quan hệ giữa văn kiện bảo hộ tri thức truyền thống với các điều ước quốc tế liên quan khác. Văn kiện này được đánh giá là một tài liệu đề cập tương đối toàn diện và đầy đủ các vấn đề liên quan đến việc bảo hộ quyền SHTT đối với tri thức truyền thống nói chung và thuốc y học cổ truyền nói riêng. Tuy nhiên, cho đến nay, văn kiện này vẫn chỉ tồn tại ở dạng dự thảo.

Trong khi đó, pháp luật về SHTT của một số quốc gia lại quy định khác nhau về bảo hộ quyền SHTT đối với bài thuốc y học cổ truyền.

Pháp luật của Hoa Kỳ cũng quy định về điều kiện để được cấp bằng độc quyền sáng chế patent đối với các sáng chế là tính mới, trình độ sáng tạo và khả năng áp dụng công nghiệp<sup>18</sup>. Bên cạnh đó, đạo luật này cũng quy định về việc mất quyền được cấp patent nếu sáng chế đã được biết đến hoặc sử dụng bởi những người khác ở nước này, hoặc patent đã được cấp hoặc được mô tả trong một ấn phẩm in ấn ở nước này hay nước ngoài, trước khi có người nộp đơn yêu cầu cấp patent, hoặc sáng chế đã được cấp patent hoặc được mô tả trong một ấn phẩm in ấn ở nước này hay nước ngoài, hoặc trong sử dụng công khai hoặc bán tại nước này... Như vậy, theo quy định của Đạo luật Sáng chế của Hoa Kỳ, một sáng chế không bị coi là mất tính mới khi nó chỉ được sử dụng, được biết đến mà không được mô tả trong một ấn phẩm ở trong nước hay nước ngoài. Như vậy, “*nếu một bài thuốc cổ*

<sup>17</sup> Tham khảo thêm: Nguyễn Hồng Thanh, “*Pháp luật quốc tế đối với bài thuốc y học cổ truyền*”, trang thông tin điện tử WTO, Bộ Công Thương, <http://wto.nciec.gov.vn>.

<sup>18</sup> Xem Điều 102 Luật Sáng chế Hoa Kỳ số 35, United States Code Title 35 – Patent Laws, [https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/consolidated\\_laws.pdf](https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/consolidated_laws.pdf).

truyền đã được sử dụng công khai nhưng không được mô tả trong một tài liệu ở trong nước hoặc nước ngoài thì không bị coi là mất tính mới và vẫn có khả năng được cơ quan sáng chế Hoa Kỳ cấp patent”<sup>19</sup>. Quy định này có thể được đánh giá là rất có lợi cho Hoa Kỳ, cụ thể hơn là các công ty dược phẩm của Hoa Kỳ vì đa số các trường hợp bài thuốc cổ truyền được sử dụng rộng rãi tại cộng đồng các nước đang phát triển, nhưng vì lý do chưa được xuất bản trong một ấn phẩm do điều kiện hoặc do hiểu biết của người dân, do đó nó vẫn có thể được các công ty dược phẩm lớn của Hoa Kỳ sử dụng và mang đi đăng ký bảo hộ độc quyền sáng chế.

Là một quốc gia không mạnh về nghiên cứu, phát triển thuốc tân dược như Hoa Kỳ mà chủ yếu dựa vào y học cổ truyền và bản địa, pháp luật của Ấn Độ với Đạo luật số 39 về sáng chế năm 1970<sup>20</sup> (The Patents Act, No. 39 of 1970) quy định tại mục 3 các đối tượng loại trừ không được cấp patent có liên quan đến tri thức truyền thống, nếu chúng được đăng tải trên thư viện số về tri thức truyền thống (Traditional Knowledge Digital Library). Mặt khác, Đạo luật về đa dạng sinh học năm 2002 (The Biological Diversity Act, 2002) của Ấn Độ cũng quy định phù hợp với Đạo luật số 39 năm 1970 về sáng chế khi điều chỉnh đối với việc cấp patent cho sáng chế liên quan đến nguồn gen và vật liệu di truyền. Nguồn gen và vật liệu di truyền không thể coi là sáng chế nếu

chúng chỉ được phát hiện mà không được phát triển đến một trình độ sáng tạo nhất định. Như vậy, trái ngược hẳn với Hoa Kỳ, quan điểm Ấn Độ là không cung cấp chế độ bảo hộ đối với các bài thuốc y học cổ truyền nếu những đối tượng này không đáp ứng đủ về trình độ sáng tạo mà chỉ là những tìm tòi phát hiện đơn thuần.

Một số quốc gia khác có cùng quan điểm với Ấn Độ, loại trừ cấp bằng độc quyền sáng chế đối với các bài thuốc cổ truyền nếu chúng có sẵn và được phát hiện. Luật Sáng chế Mexico năm 1991, sửa đổi năm 1994 (The Mexican Patent Law 1991, as amended in 1994) không cho phép cấp patent đối với tất cả các vật liệu di truyền được phát hiện<sup>21</sup>. Luật Sáng chế Argentina năm 1995 (The Argentine Patent Law 1995) không cho phép cấp patent đối với các vật liệu có sẵn trong thiên nhiên<sup>22</sup>. Luật Sáng chế của Brazil năm 1996 (The Brazilian Patent Law năm 1996), quy định rằng không cấp patent đối với vật liệu sinh học được tìm thấy trong tự nhiên, ngay cả khi chúng tồn tại độc lập, bao gồm cả bộ gen hoặc tế bào mầm của mọi cơ thể sống<sup>23</sup>.

Qua tìm hiểu và phân tích, có thể thấy, rõ ràng trên cơ sở khung pháp luật quốc tế chung mà quan trọng nhất là Hiệp định

<sup>19</sup> Correa Carlos M., *Protection and Promotion of Traditional Medicine - Implications for Public Health in Developing Countries*, University of Buenos Aires (2002), tr. 56.

<sup>20</sup> Xem thêm Luật về sáng chế của Ấn Độ, [http://www.ipindia.nic.in/writereaddata/Portal/IPOA/ct/1\\_31\\_1\\_patent-act-1970-11march2015.pdf](http://www.ipindia.nic.in/writereaddata/Portal/IPOA/ct/1_31_1_patent-act-1970-11march2015.pdf).

<sup>21</sup> Xem thêm Điều 16 Luật Sáng chế của Mexico về các đối tượng bị loại trừ cấp bằng độc quyền sáng chế, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/mx/mx113en.pdf>.

<sup>22</sup> Xem thêm Điều 6 Luật Sáng chế của Argentina về các đối tượng sẽ không có khả năng được xem xét để cấp bằng độc quyền sáng chế, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ar/ar002en.pdf>.

<sup>23</sup> Xem thêm Mục 10, Phần 11 của Chương 2, Luật Sáng chế của Brazil về những đối tượng không được xem xét để cung cấp bằng độc quyền sáng chế hoặc giải pháp hữu ích, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/br/br003en.pdf>.

TRIPS, các quốc gia được quyền chủ động đưa ra những quy định cụ thể để giới hạn các đối tượng có hoặc không có khả năng được cấp bằng độc quyền sáng chế dựa vào quan điểm lập pháp và lợi ích của quốc gia mình. Cụ thể ở đây, các quốc gia sẽ có cách giải thích khác nhau để các đối tượng có thể thoả mãn hoặc không thoả mãn điều kiện để được cấp bằng độc quyền sáng chế, mà chủ yếu là xoay quanh điều kiện về tính mới và trình độ sáng tạo. Đối với bài thuốc y học cổ truyền, tính mới sẽ bị mất đi khi được biết đến, sử dụng rộng rãi (Ấn Độ, Brazil...) hay khi được mô tả, bộc lộ trong một văn bản, ấn phẩm (Hoa Kỳ). Đó là tiêu chí mấu chốt quyết định việc đối tượng này có được bảo hộ độc quyền với tư cách là một sáng chế hay không.

## **2.2. Pháp luật Việt Nam về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với thuốc y học cổ truyền**

Trong hệ thống pháp luật về SHTT ở Việt Nam, chưa tồn tại một định nghĩa hay một quy định đặc thù nào về bảo hộ đối với tri thức truyền thống nói chung. Luật SHTT năm 2005 sửa đổi, bổ sung năm 2009 (sau đây gọi tắt là Luật SHTT) mới chỉ đưa ra quy định nội hàm của khái niệm “*tác phẩm văn học nghệ thuật dân gian*” (Điều 23), là một khía cạnh rất nhỏ hẹp của tri thức truyền thống. Bên cạnh đó, pháp luật Việt Nam hiện hành cũng gần như không có một quy định trực tiếp nào về bảo hộ quyền SHTT đối với đối tượng là thuốc y học cổ truyền. Chỉ duy nhất trong mục 23.11 Thông tư 01/2007/TT-BKHCN có quy định về yêu cầu bổ sung đối với đơn đăng ký sáng chế có liên quan đến tri thức truyền thống. Do đó, có thể hiểu, đối với các bài thuốc y học cổ truyền, muốn bảo hộ với tư

cách là sáng chế (sáng chế có liên quan đến tri thức truyền thống) thì sẽ có những lưu ý nhất định khi nộp đơn yêu cầu đăng ký bảo hộ độc quyền. Thông qua quy định này có thể gián tiếp khẳng định rằng các bài thuốc y học cổ truyền có thể được xem xét bảo hộ độc quyền như sáng chế nếu thoả mãn được các điều kiện do pháp luật quy định và không bị xếp vào nhóm các đối tượng bị loại trừ không được bảo hộ.

Như vậy, ở Việt Nam, bài thuốc y học cổ truyền vẫn có khả năng sẽ được bảo hộ với tư cách là sáng chế trong lĩnh vực dược phẩm nếu như thoả mãn được các tiêu chuẩn bảo hộ đối với sáng chế như mọi lĩnh vực công nghệ khác. Điều 60 Luật SHTT quy định rằng, một đối tượng sẽ được bảo hộ dưới hình thức cấp Bằng độc quyền sáng chế nếu đáp ứng được điều kiện về tính mới trên phạm vi thế giới, trình độ sáng tạo và khả năng áp dụng công nghiệp. Như đã phân tích trong mục 2.1, ở đây chúng ta quan tâm đến điều kiện về *tính mới* của một đối tượng được xem xét để cấp bằng độc quyền sáng chế. Theo pháp luật Việt Nam, sáng chế được coi là có *tính mới* nếu chưa bị bộc lộ công khai, tức là chỉ có một số người hạn chế được biết và có nghĩa vụ giữ bí mật về sáng chế đó, dưới hình thức sử dụng, mô tả bằng văn bản hoặc bất kỳ hình thức nào khác ở trong nước hoặc ở nước ngoài trước ngày nộp đơn đăng ký sáng chế hoặc trước ngày ưu tiên trong trường hợp đơn đăng ký sáng chế được hưởng quyền ưu tiên. Ngoài ra, khoản 2 Điều 60 Luật SHTT cũng quy định các trường hợp ngoại lệ mà sáng chế dù được công bố công khai, nhưng cũng không bị coi là mất tính mới nếu đơn đăng ký sáng chế được nộp trong thời hạn 06 tháng kể từ ngày sáng chế được công bố.

Tiếp tục làm rõ quy định này, Quy chế thẩm định đơn đăng ký sáng chế (Ban hành kèm theo Quyết định số 487/QĐ-SHTT ngày 31/3/2010 của Cục trưởng Cục SHTT) tại khoản 1 Điều 22 về đánh giá tính mới của sáng chế nêu rõ, theo Điều 60 Luật SHTT và điểm 25.5 Thông tư số 01/2007/TT-BKHHCN ngày 14/02/2007 của Bộ Khoa học và Công nghệ quy định: *“...tính mới ở đây có nghĩa là trước ngày nộp đơn hoặc trước ngày ưu tiên trong trường hợp đơn được hưởng quyền ưu tiên, không có một sáng chế giống hệt nào được bộc lộ công khai trong những ấn phẩm trong nước cũng như nước ngoài, được sử dụng hoặc được biết đến rộng rãi dưới bất kỳ hình thức nào ở trong nước cũng như ở nước ngoài, cũng như không có bất kỳ một đơn nào khác yêu cầu bảo hộ sáng chế giống hệt được nộp vào Cục SHTT và được công bố sớm hơn ngày nộp đơn hay ngày ưu tiên của đơn đang được thẩm định”*.

Pháp luật Việt Nam không loại trừ việc cấp bằng độc quyền sáng chế đối với các đối tượng trong lĩnh vực dược phẩm, trong đó có cả các bài thuốc y học cổ truyền. Tuy nhiên, có thể thấy rất rõ rằng, phương án mà chúng ta lựa chọn tương tự với nhóm nước đang phát triển như Ấn Độ, Brazil... Cụ thể, một đối tượng một khi đã được sử dụng hoặc biết đến dưới bất kỳ hình thức nào ở trong nước cũng như ở nước ngoài thì sẽ không còn đảm bảo được tính mới nữa, dẫn đến việc đối tượng đó không có khả năng được cấp bằng độc quyền sáng chế.

Như vậy, cách thức mà pháp luật Việt Nam lựa chọn để bảo vệ các kiến thức y học cổ truyền ở đây là bảo vệ phòng thủ. Tức là cơ quan nhà nước có thẩm quyền không tập trung vào việc cấp quyền sở hữu trí tuệ đối

với kiến thức về thuốc y học cổ truyền mà quan tâm vào việc ngăn chặn các quyền đó khỏi bị bên thứ ba mua lại, sử dụng và trục lợi. Thông qua việc sử dụng kiến thức các loại thuốc y học truyền thống được biết đến rộng rãi, ghi chép lại để ngăn chặn, phản đối hoặc làm mất hiệu lực các bằng sáng chế đối với các sản phẩm dựa trên kiến thức y học cổ truyền đó.

Bên cạnh đó, một lí do quan trọng không kém cho việc lựa chọn hạn chế cung cấp chế độ bảo hộ độc quyền đối với các bài thuốc y học cổ truyền chính là vì mục tiêu cân bằng quyền tiếp cận dược phẩm, bảo vệ sức khỏe của cộng đồng. Nếu cơ quan SHTT quyết định cung cấp chế độ bảo hộ độc quyền cho một người hoặc một nhóm người nhất định nắm giữ những kiến thức y học truyền thống, điều này sẽ dẫn đến hạn chế sự tiếp cận của đại bộ phận người dân đối với thuốc đó để bảo vệ và chăm sóc sức khỏe, hoặc nếu được tiếp cận sẽ phải chi trả mức giá cao hơn. Thay vào đó, cơ quan có thẩm quyền không cung cấp chế độ bảo hộ độc quyền cho một chủ thể nào mà sẽ ghi nhận đó là những kiến thức y học truyền thống có sẵn, đã được lưu truyền từ nhiều đời, nhiều thế hệ trong các cộng đồng, dân tộc với lí do đây là những đối tượng liên quan nhiều đến lợi ích chung của xã hội, liên quan đến sức khỏe cộng đồng. Quy định này của pháp luật Việt Nam là hoàn toàn phù hợp với tinh thần, nguyên tắc của Hiệp định TRIPS trong việc xây dựng hệ thống bảo hộ quyền SHTT, rằng: *“Việc bảo hộ và thực thi quyền sở hữu trí tuệ phải góp phần thúc đẩy việc cải tiến, chuyển giao và phổ biến công nghệ, góp phần đem lại lợi ích chung cho người tạo ra và người sử dụng kiến thức công nghệ, đem lại lợi ích xã*

hội và lợi ích kinh tế, tạo ra được sự cân bằng giữa quyền và nghĩa vụ”<sup>24</sup>; lợi ích của chủ sở hữu và người sử dụng kiến thức công nghệ nên được tính đến trong sự hài hoà. Điều 8 của Hiệp định quy định về nguyên tắc tiếp tục củng cố mục đích trên, “trong việc ban hành hoặc sửa đổi các luật và quy định pháp luật của mình, các thành viên có thể thực hiện các biện pháp cần thiết để đảm bảo vấn đề y tế và dinh dưỡng cho nhân dân, thúc đẩy lợi ích công cộng trong những lĩnh vực có tầm quan trọng sống còn đối với sự phát triển kinh tế - xã hội và công nghệ của mình”<sup>25</sup>. Như vậy, có thể thấy rằng, việc đảm bảo khả năng tiếp cận thuốc và các sản phẩm dược khác là một trong những lợi ích lớn của xã hội cần phải được đề cập đến trong nguyên tắc cân bằng mà Hiệp định TRIPS nhấn mạnh. Hiệp định TRIPS ra đời cung cấp chế độ bảo hộ cao cho quyền SHTT, tuy nhiên vẫn đảm bảo việc bảo vệ quyền SHTT không cản trở đến lợi ích cộng đồng trong đó có sức khoẻ cộng đồng.

### 3. Thực trạng bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với thuốc y học cổ truyền và giải pháp hoàn thiện quy định pháp luật Việt Nam hiện hành về vấn đề này

Nằm trong vùng khí hậu nhiệt đới gió mùa nóng ẩm, Việt Nam có một nền thực vật, nguồn tài nguyên sinh vật phát triển vô cùng phong phú, đa dạng với khoảng 12.000 loài thực vật bậc cao có mạch, 600 loài nấm, 800 loài rêu, hơn 2000 các loài tảo lớn. Theo kết quả điều tra và thống kê của Viện Dược liệu, tính đến năm 2015, có 3.948 loài thực vật và nấm lớn có công

dụng làm thuốc. Trong đó có gần 90% là cây thuốc mọc tự nhiên dưới các tán rừng, chỉ có hơn 10% là cây thuốc trồng<sup>26</sup>. Mỗi loài cây thuốc lại có nhiều cách sử dụng khác nhau và cho nhiều công dụng chữa trị khác nhau. Sự phối hợp, chế biến các cây thuốc này tạo ra hàng vạn bài thuốc cổ truyền có công hiệu. Những bài thuốc này thường gắn liền với tri thức về hệ sinh thái rừng, biển, nông nghiệp và có mối quan hệ chặt chẽ với sự đa dạng văn hoá, tôn giáo, là nét văn hoá đặc sắc của các dân tộc Việt Nam. Tuy nhiên, không ít các bài thuốc này ngày nay đang dần bị mai một, thất truyền hoặc còn ẩn chứa bí mật, chưa được khai thác rộng rãi. Việc thiếu chú trọng quan tâm bảo vệ về mọi mặt, bao gồm thiếu cơ sở pháp lý để bảo vệ lợi ích khai thác của cộng đồng bản địa hoặc không được chia sẻ lợi ích kinh tế công bằng từ các chủ thể là một trong những lí do chính gây ra những hệ quả không tốt cho việc bảo tồn và phát huy các bài thuốc dân gian trong cộng đồng. Việc khai thác thương mại của các cơ sở kinh doanh hiện nay đối với bài thuốc tằm lá của người dân tộc Dao là một ví dụ rất điển hình và dễ thấy<sup>27</sup>.

Theo thống kê của Cục SHTT được đăng trong Công báo theo các năm, có thể

<sup>26</sup> Thu Phương (2017), *Dược liệu Việt Nam có cơ hội vươn ra thị trường thế giới?*, <http://tapchithongtindoingoi.vn/viet-nam-dat-nuoc-con-nguoi/duoc-li-eu-viet-nam-voi-co-hoi-vuon-ra-thi-truong-the-gioi-10658>, truy cập ngày 16/5/2019;

Phùng Tuấn Giang (2016), *Đa dạng sinh học của cây thuốc Việt Nam*, Báo Sức khoẻ và đời sống, <http://suckhoedoisong.vn/da-dang-sinh-hoc-cua-cay-thuoc-viet-nam-nl126478.html>, truy cập ngày 20/5/2019.

<sup>27</sup> TS. Trần Công Khánh – Trung tâm Đào tạo liên thông ngành Dược, “Thuốc tằm của người Dao”, trang trao đổi thông tin học thuật Đại học Đại Nam, <http://dainam.edu.vn/thuoc-tam-cua-nguoi-dao.htm>.

<sup>24</sup> Xem Điều 7 Hiệp định TRIPS.

<sup>25</sup> Xem Điều 8 Hiệp định TRIPS.

thấy rằng số lượng các đơn đăng ký sáng chế có liên quan đến bài thuốc y học cổ truyền là rất thấp, trong đó có một số được cấp văn bằng bảo hộ (patent) và một số bị từ chối cấp patent, chủ yếu dựa vào điều kiện tính mới của sáng chế. Có thể tham khảo bảng dưới đây về số lượng đơn liên quan đến bài thuốc cổ truyền trong giai đoạn từ năm 2000 đến năm 2015<sup>28</sup>.

Quốc gia	Số lượng đơn	Số patent được cấp
Việt Nam	27	12
Trung Quốc	7	3
Hoa Kỳ	4	2
Đài Loan	3	2
Ấn Độ	3	2
<b>Tổng cộng</b>	44	21

Trong số patent đã được cấp, có thể kể đến một số patent nổi bật như:

- Patent số 1-0008974-000 sử dụng bột nhuyễn từ quả đu đủ để bào chế dược phẩm điều trị rối loạn tiêu hóa được Cục SHTT Việt Nam cấp cho Ji Kwang Inc. mang quốc tịch Hoa Kỳ. Có lẽ không ít người đã biết tác dụng của bài thuốc dân gian dùng đu đủ trong việc điều trị chứng rối loạn tiêu hóa, nhưng sáng chế trên không bị mất tính mới vì nó chưa được mô tả trong bất kỳ văn bản nào.

- Patent số 1-0005863-000 Thảo dược vegakiss dùng để điều trị HIV/AIDS từ cây trà hoa Dormoy và cây lô hội được Cục SHTT Việt Nam cấp cho ông Nguyễn Phú Kiều mang quốc tịch Việt Nam. Như đã

biết, cây lô hội có nguồn gốc từ Bắc Phi với tên khoa học là Aloe vera, ở Việt Nam cây còn được gọi là nha đam, lưỡi hổ. Cần thấy rằng, tác dụng chữa bệnh của lô hội đã được mô tả trong nhiều văn bản thậm chí đã có nhiều patent được cấp, nhưng sự kết hợp từ cây trà hoa Dormoy và cây lô hội dùng để điều trị HIV/AIDS thì chưa được mô tả trong bất kỳ văn bản nào, bởi vậy patent được cấp cho sáng chế này vì sáng chế không bị mất tính mới.

Với hai ví dụ về patent được cấp trên, một điều có thể thấy rằng mặc dù pháp luật quy định rất rõ rằng một sáng chế mất đi tính mới và không được cấp văn bằng độc quyền bảo hộ khi “*được sử dụng hoặc được biết đến rộng rãi dưới bất kỳ hình thức nào ở trong nước cũng như ở nước ngoài*” chứ chưa cần phải được bộc lộ hoặc mô tả trong văn bản nào, nhưng hầu hết các sáng chế này vẫn được cấp văn bằng bảo hộ với lý do “*chưa được mô tả trong bất kỳ văn bản nào*”. Trên thực tế, việc xác định đối tượng đã được biết đến và sử dụng rộng rãi không khó, tuy nhiên, để đưa ra được các bằng chứng minh thị cho điều này thì lại không hề đơn giản. Đối với các bài thuốc y học cổ truyền, trải qua nhiều thế hệ với nhiều thay đổi, phối kết hợp trong các gia vị thuốc, việc chứng minh được bài thuốc đó được biết đến và sử dụng rộng rãi lại càng khó đối với các xét nghiệm về sáng chế. Vì thế, mặc dù pháp luật đã quy định nhưng trên thực tế, vẫn có rất nhiều các đơn sáng chế được cấp patent vì đối tượng chưa bị mô tả trong văn bản trước đó. Đây là một bất cập khiến thực tế cấp bằng độc quyền sáng chế đối với các bài thuốc y học cổ truyền là chưa thực sự phù hợp so với quy định của pháp luật.

<sup>28</sup> Công báo các năm từ 2000 đến 2015 của Cục Sở hữu trí tuệ, [http://www.noip.gov.vn/web/noip/home/vn?proxyUrl=/noip/cms\\_vn.nsf](http://www.noip.gov.vn/web/noip/home/vn?proxyUrl=/noip/cms_vn.nsf).

Điểm quan trọng nhất để sáng chế chắc chắn bị mất tính mới là nó được mô tả bằng văn bản. Nên theo tác giả, để các bài thuốc cổ truyền không bị “độc quyền hóa”, giải pháp quan trọng nhất phải làm là mô tả các bài thuốc cổ truyền trong văn bản. Liên quan đến hệ thống văn bản pháp luật hướng dẫn Luật SHTT, nên sớm ban hành quy định về các bài thuốc cổ truyền. Ở đây, có thể học theo kinh nghiệm của Ấn Độ: Đã xây dựng Thư viện số về tri thức truyền thống (Traditional Knowledge Digital Library)<sup>29</sup> với 34 triệu trang thông tin định dạng trên 2.260.000 công thức các bài thuốc cổ truyền bằng tiếng Phạn, tiếng Ả Rập và tiếng Ba Tư, đã được dịch sang tiếng Anh, Pháp, Đức, Nhật Bản và Tây Ban Nha. Dựa vào công cụ Thư viện số về tri thức truyền thống, Ấn Độ đã yêu cầu các cơ quan sáng chế của nhiều quốc gia hủy patent liên quan đến bài thuốc cổ truyền đã được thư viện này đăng tải. Các nhà khoa học Ấn Độ đã thống kê rằng, phải mất trung bình 5-7 năm và chi phí từ 0,2-0,6 triệu USD để phản đối một patent được cấp bởi sai lầm của cơ quan sáng chế nước ngoài. Như vậy, lợi ích to lớn về kinh tế mà Thư viện số về tri thức truyền thống mang lại là rất rõ ràng<sup>30</sup>.

Bên cạnh đó, việc xây dựng một hệ thống dữ liệu số về các bài thuốc y học cổ truyền đồng thời cũng thỏa mãn quy định theo Hiệp ước hợp tác về sáng chế (PCT) về hướng dẫn tìm kiếm quốc tế. Làm được như vậy, chúng ta sẽ loại bỏ nguy cơ các quốc gia khác chiếm đoạt bài thuốc cổ truyền của Việt Nam.

<sup>29</sup> Gupta V. K., *Protecting India's Traditional Knowledge*, WIPO Magazine, Nr. 3/2011 (June 2011) 91, tr.80.

<sup>30</sup> Gupta V. K., *Protecting India's Traditional Knowledge*, WIPO Magazine, Nr. 3/2011 (June 2011) 91, tr. 87.

Việc ghi chép bằng văn bản và hệ thống hoá các bài thuốc y học cổ truyền mang lại rất nhiều ý nghĩa và hiệu quả cụ thể như: (i) Làm cơ sở để mọi tổ chức, cá nhân có thể khai thác phục vụ bảo vệ sức khỏe của con người; (ii) Làm dữ liệu để tra cứu nhằm không xảy ra tình trạng tiến hành nghiên cứu khi đã có kết quả nghiên cứu; (iii) Dữ liệu để tra cứu xác định được đơn đăng ký sáng chế có bị mất tính mới hay không; (iv) Là công cụ để yêu cầu hủy patent cấp cho các bài thuốc cổ truyền đã được mô tả bằng văn bản.

Trên bình diện pháp luật quốc tế, kể từ 2003, Cơ quan Liên hợp quốc về hợp tác và phát triển (UNCTAD) đã đưa Việt Nam ra khỏi danh sách các quốc gia chậm phát triển (Least developed countries). Do đó, Việt Nam cần sớm ban hành các quy định của pháp luật cho phù hợp với quy định của TRIPS (trong đó có cả các ngoại lệ về sáng chế dược phẩm) là cần thiết.

Bên cạnh đó, theo quy định của pháp luật hiện hành, quyền yêu cầu hủy patent cấp cho các sáng chế, trong đó có các sáng chế ở lĩnh vực dược phẩm, bao gồm cả các bài thuốc cổ truyền đã được văn bản hóa thuộc về tất cả mọi tổ chức/cá nhân, nhưng Hội Đông y Việt Nam nên là tổ chức đại diện cho chủ thể có quyền sở hữu các bài thuốc cổ truyền theo khoản 2 Điều 6 Điều lệ Hội Đông y Việt Nam được phê duyệt kèm theo Quyết định số 162/QĐ-BNV ngày 21/02/2011 của Bộ trưởng Bộ Nội vụ. Việc trao quyền và giao quyền này có lẽ sẽ là một việc làm cụ thể để giúp cho các cộng đồng dân cư dễ dàng hơn trong việc bảo vệ kiến thức của bản làng cộng đồng mình và khai thác những lợi ích từ những kiến thức đó.

# QUY ĐỊNH CỦA LUẬT ĐẦU TƯ VỀ KÝ QUỸ ĐỐI VỚI DỰ ÁN ĐẦU TƯ KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN

Ngô Gia Hoàng\*  
Trương Văn Quyền\*\*

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích các vấn đề: (1) Các quy định của pháp luật hiện hành về nghĩa vụ ký quỹ của chủ đầu tư dự án kinh doanh bất động sản; (2) Những khó khăn, bất cập khi áp dụng pháp luật trên thực tế; (3) Những sửa đổi, bổ sung của Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp (sau đây gọi tắt là Dự thảo<sup>1</sup>) về vấn đề ký quỹ; và (4) Đưa ra các giải pháp, kiến nghị hoàn thiện pháp luật.

**Abstract:** The article analyzes the issues as follows: (1) Legal regulations on investor's obligation of escrow deposit for performance of real estate project; (2) Difficulties and shortcomings in their application; (3) Amendments of and supplementation to the Draft Law amends and supplements several provisions to the Investment Law and the Enterprise Law (hereinafter the Draft) on escrow deposit; (4) Provision of proposals and solutions for improvement of the law.

## 1. Khái quát các quy định về ký quỹ khi thực hiện dự án đầu tư kinh doanh bất động sản

Theo Điều 330 Bộ luật Dân sự năm 2015, ký quỹ là việc bên có nghĩa vụ gửi một khoản tiền hoặc kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá vào tài khoản phong tỏa tại một tổ chức tín dụng để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ. Trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ, bên có quyền được tổ chức tín dụng nơi ký quỹ thanh toán, bồi thường thiệt hại do bên có nghĩa vụ gây ra, sau khi trừ chi phí dịch vụ. Quy định trên được hiểu là luôn có 3 bên tham gia biện

pháp ký quỹ, đó là “bên có nghĩa vụ”, “tổ chức tín dụng” và “bên có quyền”. Biện pháp ký quỹ nhằm bảo đảm bên có nghĩa vụ sẽ thực hiện đúng và đầy đủ nghĩa vụ của mình.

Theo quy định của Luật Đầu tư năm 2014, ký quỹ là một biện pháp nhằm bảo đảm thực hiện dự án đầu tư. Theo đó, nhà đầu tư phải ký quỹ để bảo đảm thực hiện dự án được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất. Mức ký quỹ để bảo đảm thực hiện dự án từ 1% đến 3% vốn đầu tư của dự án căn cứ vào quy mô, tính chất và tiến độ thực hiện của từng dự án cụ thể. Khoản ký quỹ bảo đảm thực hiện dự án đầu tư được hoàn trả cho nhà đầu tư theo tiến độ thực hiện dự án đầu tư, trừ trường hợp không được hoàn trả<sup>2</sup>. Mục đích ký quỹ nhằm ràng buộc chủ đầu tư thực hiện dự án theo đúng tiến độ.

\* ThS., Khoa Luật Thương mại – Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

\*\* Chủ tịch Trương Gia InvestConsult.

<sup>1</sup> Xem nội dung Dự thảo tại: [http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT\\_DUTHAO\\_LUAT/View\\_Detail.aspx?ItemID=1623&LanID=1704&TabIndex=1](http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1623&LanID=1704&TabIndex=1), truy cập ngày 11/7/2019.

<sup>2</sup> Điều 42 Luật Đầu tư năm 2014.

Luật Đất đai năm 2013 cũng quy định người được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư phải ký quỹ theo quy định của pháp luật về đầu tư. Cụ thể, các dự án mà nhà đầu tư phải ký quỹ bao gồm dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để cho thuê hoặc để bán kết hợp cho thuê theo quy định của pháp luật về nhà ở; dự án đầu tư kinh doanh bất động sản gắn với quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản; và dự án sản xuất, kinh doanh không sử dụng vốn từ ngân sách nhà nước<sup>3</sup>. Các loại dự án này đều là dự án kinh doanh bất động sản, tuân theo pháp luật kinh doanh bất động sản, và chủ đầu tư phải có năng lực tài chính và phải ký quỹ để thực hiện dự án đầu tư.

Theo quy định tại Điều 10 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, điều kiện kinh doanh bất động sản (kể cả phát triển dự án nhà ở thương mại) là phải thành lập doanh nghiệp và phải có vốn pháp định 20 tỷ đồng. Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 12 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, trình tự, thủ tục đầu tư dự án bất động sản để kinh doanh thực hiện theo quy định của pháp luật về đầu tư, đất đai, xây dựng, đô thị, nhà ở và quy định khác của pháp luật có liên quan. Đối với dự án kinh doanh nhà ở, Luật Nhà ở năm 2014 quy định ngoài điều kiện phải thành lập doanh nghiệp, có vốn pháp định theo Luật Kinh doanh bất động sản, chủ đầu tư muốn phát triển nhà ở thương mại còn phải có vốn ký quỹ để thực

hiện đối với từng dự án theo quy định của pháp luật về đầu tư<sup>4</sup>.

Như vậy, ký quỹ là một điều kiện được đặt ra đối với các chủ đầu tư khi thực hiện dự án kinh doanh bất động sản nói chung và dự án nhà ở nói riêng. Mục đích của việc ký quỹ nhằm mục đích đảm bảo chủ đầu tư thực hiện dự án đúng tiến độ đã được phê duyệt, góp phần bảo vệ quyền lợi của khách hàng, tránh lãng phí tài nguyên đất đai. Vấn đề ký quỹ được quy định ở nhiều văn bản khác nhau như Luật Đất đai, Luật Nhà ở nhưng đều dẫn chiếu đến quy định của pháp luật về đầu tư.

## **2. Những khó khăn, vướng mắc của quy định ký quỹ theo Luật Đầu tư hiện hành**

### **2.1. Về phương thức tính tiền ký quỹ**

Căn cứ theo khoản 3 Điều 27 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn một số điều của Luật Đầu tư, mức ký quỹ được tính bằng tỷ lệ phần trăm trên vốn đầu tư của dự án đầu tư quy định tại văn bản quyết định chủ trương đầu tư hoặc Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư theo nguyên tắc lũy tiến từng phần. Cụ thể, đối với phần vốn đến 300 tỷ đồng, mức ký quỹ là 3%; đối với phần vốn trên 300 tỷ đồng đến 1.000 tỷ đồng, mức ký quỹ là 2% và đối với phần vốn trên 1.000 tỷ đồng, mức ký quỹ là 1%. Vốn đầu tư của dự án tính tiền ký quỹ không bao gồm tiền sử dụng đất, tiền thuê đất nộp cho Nhà nước và chi phí xây dựng các công trình công cộng thuộc dự án đầu tư. Đối với dự án đầu tư được Nhà nước giao đất, cho thuê đất trong từng giai đoạn, mức ký quỹ được tính theo vốn đầu tư của dự án tương ứng với từng giai đoạn giao

<sup>3</sup> Khoản 3 Điều 58 Luật Đất đai năm 2013, khoản 1 Điều 14 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai.

<sup>4</sup> Điều 21, khoản 2 Điều 26 Luật Nhà ở năm 2014.

đất, cho thuê đất. Như vậy, theo cách tính lũy tiến từng phần như nêu trên, số tiền ký quỹ sẽ rất lớn khi áp dụng đối với các dự án đầu tư kinh doanh bất động sản. Đơn cử một dự án kinh doanh bất động sản trên địa bàn Tp. Hồ Chí Minh với mức vốn đầu tư được xác định để tính tiền ký quỹ là 5000 tỷ đồng, mức tiền ký quỹ được xác định theo quy định là: 9 tỷ (tương ứng với 1% của 300 tỷ) + 20 tỷ (tương ứng với 2% của 1000 tỷ) + 37 tỷ (tương ứng với 1% của 3700 tỷ) là 66 tỷ đồng. Hoặc, cụ thể như Dự án khu đô thị Vinhomes Tân Cảng, quận Bình Thạnh, Tp. Hồ Chí Minh do Công ty cổ phần Đầu tư Xây dựng Tân Liên Phát thuộc Tập đoàn Vingroup làm chủ đầu tư có tổng vốn đầu tư khoảng 30.000 tỷ đồng<sup>5</sup>, nếu ký quỹ thì số tiền phải thực hiện việc ký quỹ bảo đảm thực hiện dự án đầu tư được xác định là 316 tỷ. Như vậy, mức ký quỹ này trên thực tế là rất lớn, gây khó khăn về tài chính cho doanh nghiệp thực hiện dự án kinh doanh bất động sản.

Thời điểm thực hiện việc ký quỹ là sau khi dự án đầu tư được quyết định chủ trương đầu tư, nhưng phải trước thời điểm giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất. Đối với dự án đầu tư không thuộc diện quyết định chủ trương đầu tư, thời điểm ký quỹ là thời điểm giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất<sup>6</sup>. Như vậy, tại thời điểm mà nhà đầu tư phải thực hiện việc ký quỹ, họ chưa thể tiến hành được các hoạt động huy động vốn theo quy định của pháp luật kinh doanh

bất động sản<sup>7</sup>. Nói cách khác, nhà đầu tư phải sử dụng vốn chủ sở hữu để thực hiện nghĩa vụ ký quỹ khi triển khai thực hiện dự án. Trong bối cảnh hiện nay, doanh nghiệp đang rất cần vốn, nếu quy định ký quỹ quá cao sẽ gây thêm áp lực về vốn cho họ. Khi ký quỹ, khoản tiền ký quỹ trở thành một khoản tiền gửi của nhà đầu tư gửi vào một tổ chức tín dụng, lãi suất được tính theo lãi suất thả nổi theo quy định của ngân hàng. Nhà đầu tư chịu chi phí liên quan đến việc mở, duy trì tài khoản ký quỹ và thực hiện các giao dịch liên quan đến tài khoản ký quỹ, chủ tài khoản là cơ quan có thẩm quyền về đăng ký đầu tư (Sở Kế hoạch và Đầu tư)<sup>8</sup>. Như vậy, vốn đầu tư của nhà đầu tư sẽ nằm một chỗ, trong khi bản thân chủ đầu tư lại phải tìm cách xoay tiền để hoạt động và triển khai thực hiện dự án.

Đồng thời, Luật Đất đai năm 2013 còn yêu cầu chủ đầu tư được giao đất, cho thuê đất để thực hiện dự án phải có điều kiện về năng lực tài chính để bảo đảm việc sử dụng đất theo tiến độ của dự án đầu tư. Theo đó, chủ đầu tư phải có vốn thuộc sở hữu của mình để thực hiện dự án không thấp hơn 20% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy

<sup>7</sup> Theo quy định tại Điều 55 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, điều kiện của bất động sản hình thành trong tương lai được đưa vào kinh doanh là:

“1. Có giấy tờ về quyền sử dụng đất, hồ sơ dự án, thiết kế bản vẽ thi công đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt, Giấy phép xây dựng đối với trường hợp phải có Giấy phép xây dựng, giấy tờ về nghiệm thu việc hoàn thành xây dựng cơ sở hạ tầng kỹ thuật tương ứng theo tiến độ dự án; trường hợp là nhà chung cư, tòa nhà hỗn hợp có mục đích để ở hình thành trong tương lai thì phải có biên bản nghiệm thu đã hoàn thành xong phần móng của tòa nhà đó.  
2. Trước khi bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai, chủ đầu tư phải có văn bản thông báo cho cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh về việc nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua”.

<sup>8</sup> Khoản 5 Điều 27 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP.

<sup>5</sup> Minh Trí, “Vingroup khởi công siêu dự án 30.000 tỷ đồng tại Sài Gòn”, <https://vnexpress.net/kinh-doanh/vingroup-khoi-cong-sieu-du-an-30-000-ty-don-g-tai-sai-gon-3022758.html>, truy cập ngày 11/7/2019.

<sup>6</sup> Khoản 2 Điều 27 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP.

mô sử dụng đất dưới 20 héc ta; không thấp hơn 15% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất từ 20 héc ta trở lên và có khả năng huy động vốn để thực hiện dự án từ các tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài và các tổ chức, cá nhân khác<sup>9</sup>. Như vậy, khi tiến hành thực hiện dự án có nhu cầu sử dụng đất, nhà đầu tư phải chứng minh được 20% vốn chủ sở hữu trên tổng mức đầu tư của dự án dựa trên Báo cáo tài chính có kiểm toán hoặc sổ dư tài khoản ngân hàng tùy thuộc vào thời gian đi vào hoạt động của doanh nghiệp.

## 2.2. Về thời điểm nhà đầu tư được hoàn trả tiền ký quỹ

Theo quy định tại khoản 8 Điều 27 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP, nhà đầu tư được hoàn trả 50% số tiền ký quỹ tại thời điểm nhà đầu tư hoàn thành thủ tục giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất và được cấp các giấy phép, chấp thuận khác theo quy định của pháp luật để thực hiện hoạt động xây dựng (nếu có) không chậm hơn tiến độ quy định tại Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư hoặc văn bản quyết định chủ trương đầu tư; và được hoàn trả số tiền ký quỹ còn lại và tiền lãi phát sinh từ khoản ký quỹ (nếu có) tại thời điểm nhà đầu tư hoàn thành việc nghiệm thu công trình xây dựng và lắp đặt máy móc, thiết bị để dự án đầu tư hoạt động không chậm hơn tiến độ quy định tại Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư hoặc văn bản quyết định chủ trương đầu tư.

Việc quy định của pháp luật mang tính chung chung như vậy dẫn đến sự hiểu và vận dụng pháp luật khác nhau giữa các cơ

quan đăng ký đầu tư, gây bất lợi cho nhà đầu tư thực hiện dự án, cụ thể:

Nếu hiểu theo quy định tại khoản 8 Điều 27 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP và quy định của pháp luật đất đai thì thời điểm nhà đầu tư hoàn thành thủ tục giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất và được cấp các giấy phép, chấp thuận khác theo quy định của pháp luật để thực hiện hoạt động xây dựng (nếu có) để được hoàn trả 50% số tiền ký quỹ là thời điểm nhà đầu tư được cơ quan có thẩm quyền cấp Quyết định giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất để trở thành người có quyền sử dụng đất hợp pháp. Tuy nhiên, cách hiểu này hiện tại còn chưa thực sự thống nhất giữa các tỉnh thành. Đơn cử, điều kiện hoàn trả tiền ký quỹ bảo đảm thực hiện dự án đầu tư có sử dụng đất trên địa bàn tỉnh Thanh Hóa trong cơ sở dữ liệu thủ tục hành chính được chuẩn hóa của tỉnh được quy định: “Văn bản đề nghị hoàn trả tiền ký quỹ của nhà đầu tư (có mẫu); quyết định giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; giấy phép xây dựng do cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền cấp; biên bản nghiệm thu công trình xây dựng và lắp đặt máy móc, thiết bị để dự án đầu tư đi vào hoạt động (đối với trường hợp hoàn trả 100% số tiền ký quỹ và tiền lãi phát sinh từ khoản ký quỹ)”<sup>10</sup>.

Trong khi đó, hiện nay Sở Kế hoạch và Đầu tư Tp. Hồ Chí Minh chỉ cho hoàn trả 50% số tiền ký quỹ tại thời điểm: “Tiến độ

<sup>9</sup> Khoản 2 Điều 14 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP hướng dẫn chi tiết Luật Đất đai.

<sup>10</sup> Điều kiện và thủ tục hoàn trả tiền ký quỹ bảo đảm thực hiện dự án đầu tư có sử dụng đất trên địa bàn tỉnh Thanh Hóa: <http://csdl.thutuchanhchinh.vn/tw/Pages/chi-tiet-thu-tuc-hanh-chinh.aspx?tthcDonVi=Thanh%20H%C3%B3a&ItemID=539161>, truy cập lúc ngày 08/07/2019.

hoàn thành thủ tục giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất và được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, được cơ quan có thẩm quyền cấp Giấy phép xây dựng để khởi công xây dựng dự án”<sup>11</sup>. Tức là nhà đầu tư chỉ được hoàn trả 50% số tiền ký quỹ khi đảm bảo được ba điều kiện cơ bản: (1) Có Giấy chứng nhận về quyền sử dụng đất của dự án; (2) Có Giấy phép xây dựng và (3) Thực hiện thủ tục khởi công xây dựng dự án. Theo quy định của pháp luật đất đai, người sử dụng đất, chủ sở hữu nhà ở, tài sản khác gắn liền với đất được nhận Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất sau khi đã hoàn thành nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật<sup>12</sup>. Như vậy, để đáp ứng điều kiện (1) nhà đầu tư phải hoàn thành cả nghĩa vụ tài chính về đất để được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, tạo nên áp lực tài chính rất lớn cho doanh nghiệp. Trong khi đó, Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất là chứng thư pháp lý để Nhà nước xác nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở, tài sản khác gắn liền với đất hợp pháp của người có quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và quyền sở hữu tài sản khác gắn liền với đất<sup>13</sup>, còn việc hoàn thành thủ tục giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất để có được quyền sử dụng đất hợp pháp thì chỉ cần có Quyết định giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất.

Ngoài ra, về thời gian thực hiện thủ tục, kể từ khi nhà đầu tư được cấp Quyết định giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất cho đến khi thực hiện xong thủ tục hoàn thành nghĩa vụ tài chính về đất để được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất là rất dài và không thể đảm bảo được thời hạn theo quy định pháp luật. Điều này xuất phát từ lý do khách quan và chủ quan, nhưng chủ yếu là do sự không thống nhất trong quá trình áp dụng pháp luật của cơ quan có thẩm quyền. Đơn cử như do khó khăn, vướng mắc liên quan đến việc thu thập thông tin để phục vụ công tác xác định giá đất cụ thể đối với những dự án có quyết định giao đất, cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất, dẫn đến việc xác định nghĩa vụ tài chính không được thực hiện đúng tiến độ, khiến việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất bị chậm trễ. Về vấn đề này, Sở Tài nguyên và Môi trường Tp. Hồ Chí Minh cũng đã có Công văn số 3324/STNMT-KTĐ ngày 07/4/2017 gửi Tổng cục Quản lý đất đai - Bộ Tài nguyên và Môi trường, trong đó có nội dung đề cập: “Kể từ khi Sở Tài nguyên và Môi trường thành phố tiếp nhận công tác xác định giá đất cụ thể theo Luật Đất đai 2013 đến nay vẫn chưa có dự án nào thuộc diện nêu trên được Hội đồng thẩm định giá đất thành phố thẩm định và thông qua để trình Ủy ban nhân dân thành phố phê duyệt”. Trên thực tế, nhiều dự án đã phải chờ đợi hơn 02 năm kể từ khi có Quyết định giao đất, cho thuê đất mà vẫn chưa được cấp Giấy chứng nhận về quyền sử dụng đất<sup>14</sup>. Nếu hiểu thời điểm

<sup>11</sup> Điều 2 Mẫu Thỏa thuận ký quỹ giữa Sở Kế hoạch Đầu tư Tp. Hồ Chí Minh với nhà đầu tư.

<sup>12</sup> Khoản 3 Điều 98 Luật Đất đai năm 2013.

<sup>13</sup> Khoản 16 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013.

<sup>14</sup> Tham khảo tại Công văn số: 3324/STNMT-KTĐ ngày 07/04/2017 của Sở Tài nguyên và Môi trường Tp. Hồ Chí Minh gửi Bộ Tài nguyên và Môi trường về việc khó khăn, vướng mắc liên quan đến việc thu thập thông tin để phục vụ công tác xác định giá đất cụ thể đối với những dự án có quyết định giao đất,

“nhà đầu tư hoàn thành thủ tục giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất” là thời điểm nhà đầu tư được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất như cách hiểu của Tp. Hồ Chí Minh thì sẽ rất bất lợi cho nhà đầu tư, trong khoảng thời gian này nếu tiền ký quỹ không được hoàn trả thì chủ đầu tư sẽ bị “chôn vốn”. Đồng thời, nếu không đáp ứng được tiến độ và không đảm bảo được điều kiện để được hoàn trả 50% số tiền ký quỹ, không tiến hành thủ tục gia hạn thì tiền ký quỹ nộp vào ngân sách nhà nước<sup>15</sup>. Điều này gây bất lợi rất lớn cho nhà đầu tư, làm nhiều khê hơn trong thủ tục hành chính khi thực hiện dự án.

### ***2.3. Về điều chỉnh khoản tiền ký quỹ trong quá trình thực hiện dự án và xử lý tiền lãi phát sinh từ khoản ký quỹ***

Trong quá trình thực hiện dự án, để đảm bảo hiệu quả và tính khả thi của dự án đầu tư, nhà đầu tư có thể đề xuất điều chỉnh một số nội dung liên quan đến chỉ tiêu quy hoạch của dự án, quy mô sử dụng đất của dự án như: Tăng diện tích sử dụng đất, tăng chỉ tiêu sử dụng đất như tầng cao, quy mô, dân số; thay đổi công năng sử dụng đất... dẫn đến thay đổi mức vốn đầu tư của dự án. Đồng thời, nhà đầu tư phải tiến hành thủ tục điều chỉnh các Quyết định giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất hoặc thay đổi Quyết định chấp thuận dự án đầu tư, dẫn đến số tổng vốn đầu tư để xác định mức tiền ký quỹ bảo đảm thực hiện dự án bị thay đổi. Tuy nhiên, trên thực tế, pháp luật chưa quy định rõ cho trường hợp này nhà đầu tư có phải thực hiện lại thủ tục ký quỹ hay không.

Đối với khoản tiền ký quỹ được nhà đầu tư gửi tại tổ chức tín dụng, sau một thời gian sẽ phát sinh một khoản tiền lãi; do mức tiền ký quỹ lớn nên số tiền lãi này cũng rất đáng kể. Vì vậy, khi nhà đầu tư bị trễ tiến độ thực hiện các thủ tục hoàn tiền ký quỹ, hết thời hạn hoàn trả tiền ký quỹ theo cam kết, số tiền ký quỹ này sẽ được tổ chức tín dụng tất toán và chuyển thành tài khoản tiền gửi bao gồm lãi nhập gốc; số tiền ký quỹ bảo đảm thực hiện dự án được tăng lên do được cộng thêm khoản tiền lãi. Theo điểm b khoản 8 Điều 27 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP, tiền lãi phát sinh từ khoản ký quỹ (nếu có) sẽ được hoàn trả chung với 50% số tiền ký quỹ còn lại tại thời điểm nhà đầu tư hoàn thành việc nghiệm thu công trình xây dựng và lắp đặt máy móc, thiết bị để dự án đầu tư hoạt động không chậm hơn tiến độ quy định tại Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư hoặc văn bản quyết định chủ trương đầu tư. Cụ thể hóa quy định này, theo mẫu Thỏa thuận ký quỹ của Sở Kế hoạch và Đầu tư Tp. Hồ Chí Minh, số tiền lãi phát sinh trong quá trình thực hiện việc ký quỹ được hoàn trả vào đợt thanh toán cuối cùng khi hoàn trả tiền ký quỹ cho nhà đầu tư. Như vậy, rõ ràng là nhà đầu tư chịu bất lợi rất lớn khi không được rút hay sử dụng tiền lãi từ khoản tiền gửi của mình, trong khi lại phải đi vay tiền của ngân hàng để đáp ứng chi phí hoạt động của dự án. Điều này tạo ra vòng luẩn quẩn trong khi mục đích của khoản tiền là để bảo đảm thực hiện dự án, nâng cao trách nhiệm của nhà đầu tư.

### **3. Đánh giá, góp ý quy định của Dự thảo về ký quỹ đảm bảo thực hiện dự án đầu tư**

Mặc dù trên thực tế, các quy định về ký quỹ còn nhiều vướng mắc, bất cập, nhưng

cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất theo Luật Đất đai năm 2003.

<sup>15</sup> Khoản 9 Điều 27 Nghị định số 118/2015/NĐ-CP.

nội dung này chỉ được sửa đổi khá khiêm tốn trong Dự thảo. Cụ thể, khoản 21 Điều 1 Dự thảo sửa đổi khoản 1 và khoản 4 Điều 42 Luật Đầu tư như sau: “1. Nhà đầu tư phải ký quỹ hoặc phải có bảo lãnh nghĩa vụ ký quỹ của tổ chức tín dụng để bảo đảm thực hiện dự án được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất theo quy định tại Điều này”. Theo đó, Dự thảo bổ sung biện pháp bảo đảm thực hiện dự án đầu tư được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất bên cạnh biện pháp ký quỹ, đó là “bảo lãnh nghĩa vụ ký quỹ của tổ chức tín dụng”. Tức là, thay vì chủ đầu tư phải trích tiền từ vốn thuộc chủ sở hữu để mở tài khoản ký quỹ tại ngân hàng, lúc này chủ đầu tư chỉ ký hợp đồng bảo lãnh với ngân hàng, phải nộp phí bảo lãnh và các khoản lãi phát sinh theo thỏa thuận. Ngân hàng sẽ đảm bảo trong trường hợp chủ đầu tư chậm tiến độ thì sẽ thay chủ đầu tư thực hiện việc trả tiền ký quỹ theo đúng quy định. Nói cách khác, ngân hàng sẽ là người chịu trách nhiệm trước Sở Kế hoạch và Đầu tư. Với biện pháp này, chủ đầu tư không phải bỏ ra số tiền ký quỹ quá lớn ngay từ đầu để triển khai dự án. Đồng thời, nghĩa vụ hoàn thành dự án đúng tiến độ của chủ đầu tư cũng bị ràng buộc thông qua hợp đồng bảo lãnh. Điều này sẽ giúp chủ đầu tư tháo gỡ khó khăn về tài chính trong giai đoạn đầu thực hiện dự án, đồng thời mở rộng, đa dạng hóa các hình thức bảo đảm thực hiện dự án đầu tư.

Tuy nhiên, cách quy định của Dự thảo còn khá sơ sài, chưa cụ thể. Theo nhóm tác giả, Dự thảo cần quy định rõ điều kiện áp dụng từng biện pháp bảo đảm, khi nào thì chủ đầu tư phải ký quỹ và khi nào họ phải có bảo lãnh nghĩa vụ ký quỹ của tổ chức tín

dụng. Căn cứ nào để áp dụng một trong hai biện pháp trên, hay chủ đầu tư sẽ có quyền lựa chọn tùy theo khả năng tài chính của mình? Bên cạnh đó, trường hợp áp dụng biện pháp bảo lãnh nghĩa vụ ký quỹ thì thời điểm ký hợp đồng bảo lãnh với ngân hàng là thời điểm nào? Tổ chức tín dụng bảo lãnh nghĩa vụ ký quỹ có bắt buộc là tổ chức tín dụng có đủ năng lực theo danh sách công bố bởi Ngân hàng nhà nước? Căn cứ làm phát sinh nghĩa vụ bảo lãnh của ngân hàng?

Một vấn đề cần bàn nữa là Dự thảo quy định bảo lãnh nghĩa vụ ký quỹ ở đây phải là bảo lãnh của tổ chức tín dụng mà không phải là bảo lãnh từ các chủ thể khác. Điều này có thể khiến chủ đầu tư tăng sự lệ thuộc vào các tổ chức tín dụng, đặc biệt trong trường hợp chủ đầu tư bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai. Theo quy định của pháp luật kinh doanh bất động sản, chủ đầu tư phải có bảo lãnh ngân hàng trước khi bán nhà ở hình thành trong tương lai<sup>16</sup>. Đối tượng của quan hệ bảo lãnh trong trường hợp này là nghĩa vụ tài chính của chủ đầu tư đối với khách hàng khi không bàn giao nhà đúng tiến độ đã cam kết với khách hàng. Theo đó, chủ đầu tư dự án nhà ở trước khi bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai phải được ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nghĩa vụ tài chính của chủ đầu tư đối với khách hàng khi chủ đầu tư không bàn giao nhà ở theo đúng tiến độ đã cam kết với khách hàng. Xét về bản chất, bảo lãnh nghĩa vụ ký quỹ và bảo lãnh trong bán nhà ở hình thành trong tương lai khác nhau về đối

<sup>16</sup> Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, được hướng dẫn bởi Điều 12 Thông tư số 07/2015/TT-NHNN; khoản 3 Điều 1 Thông tư số 13/2017/TT-NHNN; Công văn số 30/BXD-QLN năm 2017 của Bộ Xây dựng.

tượng bảo lãnh. Đối tượng bảo lãnh trong Dự thảo là nghĩa vụ ký quỹ của chủ đầu tư, còn đối tượng bảo lãnh trong bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai là nghĩa vụ thanh toán của chủ đầu tư với khách hàng khi chậm bàn giao nhà. Xét về thời điểm thì bảo lãnh nghĩa vụ ký quỹ sẽ thực hiện trước để dự án đủ điều kiện triển khai, còn bảo lãnh khi bán nhà ở hình thành trong tương lai thực hiện dự án của chủ đầu tư đáp ứng đủ các điều kiện của bất động sản hình thành trong tương lai được đưa vào kinh doanh theo quy định tại Điều 55 Luật Kinh doanh bất động sản<sup>17</sup>. Như vậy, chủ đầu tư cùng lúc phải ký hai hợp đồng bảo lãnh với tổ chức tín dụng tại hai thời điểm khác nhau. Vì vậy, thiết nghĩ không nên quy định biện pháp bảo lãnh nghĩa vụ ký quỹ phải là của tổ chức tín dụng, từ đó giúp đa dạng hơn sự lựa chọn cho chủ đầu tư, đồng thời hạn chế sự phụ thuộc vào các tổ chức tín dụng.

Riêng đối với biện pháp ký quỹ, trên cơ sở những khó khăn vướng mắc mà nhóm tác giả đã đề cập ở trên, cần tiếp tục nghiên cứu hoàn thiện các quy định trong Dự thảo cũng như cần có sự hướng dẫn chi tiết trong Nghị định các vấn đề sau:

**Thứ nhất**, cần xem xét lại cách tính tiền ký quỹ theo phương pháp lũy tiến từng phần như hiện nay. Cách tính này giúp phân biệt giữa các dự án có quy mô lớn và dự án có quy mô vừa và nhỏ, đảm bảo sự công bằng cũng như tạo được tính ràng buộc đối với nhà đầu tư phải thực hiện dự án đúng tiến độ. Tuy nhiên, với những dự án có quy mô vốn lớn, số tiền ký quỹ có thể đến hàng chục tỷ, thậm chí hàng trăm tỷ, gây không ít

áp lực về tài chính cho chủ đầu tư. Vì vậy, bên cạnh việc áp dụng phương thức lũy tiến từng phần, cần cân nhắc không chế mức trần tiền ký quỹ phải nộp, hoặc điều chỉnh tỷ lệ phần trăm tiền ký quỹ trên vốn đầu tư; hoặc áp dụng một phương thức bảo đảm thực hiện dự án đầu tư khác dành cho các dự án có tổng vốn đầu tư lớn hoặc số tiền ký quỹ quá lớn.

**Thứ hai**, quy định rõ và thống nhất về điều kiện hoàn trả tiền ký quỹ. Cụ thể, cần phải làm rõ “thời điểm nhà đầu tư hoàn thành thủ tục giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất” là thời điểm nào, có những căn cứ gì để áp dụng thống nhất trên cả nước, đảm bảo được quyền lợi của nhà đầu tư. Luật Đất đai năm 2013 định nghĩa Nhà nước giao quyền sử dụng đất là việc Nhà nước ban hành quyết định giao đất để trao quyền sử dụng đất cho đối tượng có nhu cầu sử dụng đất; Nhà nước cho thuê quyền sử dụng đất là việc Nhà nước quyết định trao quyền sử dụng đất cho đối tượng có nhu cầu sử dụng đất thông qua hợp đồng cho thuê quyền sử dụng đất<sup>18</sup>. Như vậy, xét về mặt lý luận, trong trường hợp Nhà nước giao đất, cho thuê đất thì khâu cấp Giấy Chứng nhận chỉ là khâu cuối cùng, còn thời điểm để xác lập quyền sử dụng đất về mặt pháp lý là thời điểm có quyết định giao đất, cho thuê đất. Nói cách khác, thời điểm nhà đầu tư hoàn thành thủ tục giao đất, cho thuê đất phải là thời điểm có Quyết định giao đất, cho thuê đất từ Nhà nước. Tương tự, thời điểm hoàn thành thủ tục chuyển mục đích sử dụng đất phải là thời điểm có Quyết định cho phép chuyển mục đích sử dụng đất.

*(Xem tiếp trang 66)*

<sup>17</sup> Khoản 3 Điều 13 Thông tư số 07/2015/TT-NHNN (sửa đổi bởi khoản 3 Điều 1 Thông tư số 13/2017/TT-NHNN).

<sup>18</sup> Khoản 7, 8 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013.

# TRÁCH NHIỆM THU HỒI HÀNG HÓA CÓ KHUYẾT TẬT THEO LUẬT BẢO VỆ QUYỀN LỢI NGƯỜI TIÊU DÙNG NĂM 2010

*Phạm Thị Hạnh\**

**Tóm tắt:** Bài viết làm rõ thực trạng quy định về trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật theo Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010, trên cơ sở đó, tác giả kiến nghị một số giải pháp nhằm hoàn thiện Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 về trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật.

**Abstract:** The article clarifies the practice of legal regulations on the responsibility to recall defective goods under the Consumer's Rights Protection Law of 2010. On that basis, the author proposes certain solutions to improve the Consumer's Rights Protection Law of 2010 on this responsibility.

## 1. Hàng hóa có khuyết tật và trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật

Nhìn chung, mỗi quốc gia có những quy định khác nhau về sản phẩm, hàng hóa có khuyết tật<sup>1</sup>. Mặc dù vậy, luôn có sự đồng

nhất trong pháp luật các quốc gia về tiêu chí để xác định sản phẩm, hàng hóa có khuyết tật là “*sự thiếu an toàn*” của sản phẩm, hàng hóa. Hay nói cách khác, sản phẩm, hàng hóa có khuyết tật khi có ẩn chứa sự nguy hiểm một cách bất hợp lý và từ đó gây hậu quả, có khả năng gây ra hậu quả cho tài sản, con người. Thông thường, khuyết tật của hàng hóa được thể hiện dưới ba hình thức: Khuyết tật do sản xuất (manufacturing defect), khuyết tật do thiết kế (design defect), khuyết tật do không cảnh báo hoặc cảnh báo không đầy đủ sự nguy hiểm và sự an toàn (warrant defect). Pháp luật Việt Nam cũng có sự tương đồng với pháp luật các nước, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 (Luật BVQLNTD 2010) cũng lấy tiêu chí “*không bảo đảm an toàn*” để xác định hàng hóa có khuyết tật, đồng thời phân chia khuyết tật làm ba loại là

\* ThS., Trường Đại học Tài chính - Kế toán.

<sup>1</sup> Theo Chỉ thị số 85/374/EEC ngày 25/7/1985 của Hội đồng các quốc gia châu Âu (EU), một sản phẩm bị lỗi khi nó “*không cung cấp sự an toàn mà một người có quyền mong đợi, tính đến mọi tình huống, bao gồm việc trình bày sản phẩm, việc sử dụng hợp lý khi sản phẩm được đưa vào lưu thông, thời điểm sản phẩm được đưa vào lưu thông*”; khoản 2 Điều 2 Luật Trách nhiệm sản phẩm Nhật Bản quy định: “*Khuyết tật có nghĩa là sự thiếu an toàn mà một sản phẩm bình thường cần có, bao gồm bản chất tự nhiên của sản phẩm, cách sử dụng có thể của sản phẩm, thời gian mà người sản xuất có thể đưa sản phẩm vào lưu thông trên thị trường và những trường hợp khác liên quan đến sản phẩm*”; theo quy định của Luật Trách nhiệm sản phẩm Hàn Quốc, khuyết tật được hiểu là: “*Sự thiếu an toàn theo sự kỳ vọng chung của người tiêu dùng đối với sản phẩm*”; theo Điều 46 Luật Chất lượng sản phẩm năm 1993 (sửa đổi năm 2000) của Trung Quốc, “*khuyết tật được hiểu là nguy hiểm một cách bất hợp lý tồn tại trong sản phẩm làm mất an toàn cho thân thể hoặc tài sản của người khác*”; theo Luật Trách nhiệm đối với sản phẩm không an toàn, Thái Lan đã sử dụng thuật ngữ “*sản phẩm không an toàn*” thay vì sử dụng thuật

ngữ “*sản phẩm có khuyết tật*”; Điều 97 Luật Người tiêu dùng của Philippines quy định một sản phẩm được coi là khuyết tật khi “*sản phẩm đó không đảm bảo an toàn ở mức độ mà người ta có thể trông đợi một cách hợp lý*”.

khuyết tật trong sản xuất, trong thiết kế và khuyết tật do không cảnh báo hoặc cảnh báo không đầy đủ<sup>2</sup>.

Hàng hóa có khuyết tật khi được sử dụng có nguy cơ gây ảnh hưởng đến tính mạng, sức khỏe, tài sản của người tiêu dùng bởi bản chất không đảm bảo an toàn hàng hóa có khuyết tật. Vì vậy, để phòng tránh rủi ro và giảm thiểu sự nguy hiểm, thu hồi hàng hóa có khuyết tật là việc làm cần thiết. Trong mối quan hệ tiêu dùng, trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật thuộc về bên chủ thể sản xuất, cung ứng hàng hóa, trong đó có doanh nghiệp. Trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật được hiểu là một loại trách nhiệm mà pháp luật quy định, theo đó tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa phải có nghĩa vụ loại bỏ hàng hóa không đảm bảo an toàn ra khỏi quá trình lưu thông trên thị trường và phải chịu hậu quả bất lợi nếu không tuân thủ việc loại bỏ hàng hóa không đảm bảo an toàn theo quy định của pháp luật.

## **2. Quy định của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 về trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật**

Trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật của doanh nghiệp được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau: Bộ luật Dân sự năm 2015, Luật BVQLNTD 2010, Luật Chất lượng sản phẩm, hàng hóa năm 2007, các văn bản pháp luật trong lĩnh vực chuyên ngành về an toàn thực phẩm, dược phẩm, mỹ phẩm, an toàn phương tiện vận tải... Luật BVQLNTD 2010 dành một điều luật (Điều 22) để điều chỉnh các vấn đề

liên quan đến trách nhiệm của doanh nghiệp trong việc thu hồi hàng hóa có khuyết tật:

*“Khi phát hiện hàng hóa có khuyết tật, tổ chức, cá nhân sản xuất, nhập khẩu hàng hóa có trách nhiệm:*

*1. Kịp thời tiến hành mọi biện pháp cần thiết để ngừng việc cung cấp hàng hóa có khuyết tật trên thị trường;*

*2. Thông báo công khai về hàng hóa có khuyết tật và việc thu hồi hàng hóa đó ít nhất 05 số liên tiếp trên báo ngày hoặc 05 ngày liên tiếp trên đài phát thanh, truyền hình tại địa phương mà hàng hóa đó được lưu thông với các nội dung sau đây: a) Mô tả hàng hóa phải thu hồi; b) Lý do thu hồi hàng hóa và cảnh báo nguy cơ thiệt hại do khuyết tật của hàng hóa gây ra; c) Thời gian, địa điểm, phương thức thu hồi hàng hóa; d) Thời gian, phương thức khắc phục khuyết tật của hàng hóa; đ) Các biện pháp cần thiết để bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong quá trình thu hồi hàng hóa;*

*3. Thực hiện việc thu hồi hàng hóa có khuyết tật đúng nội dung đã thông báo công khai và chịu các chi phí phát sinh trong quá trình thu hồi;*

*4. Báo cáo kết quả cho cơ quan quản lý nhà nước về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng cấp tỉnh nơi thực hiện thu hồi hàng hóa có khuyết tật sau khi hoàn thành việc thu hồi; trường hợp việc thu hồi hàng hóa có khuyết tật được tiến hành trên địa bàn từ hai tỉnh trở lên thì báo cáo kết quả cho cơ quan quản lý nhà nước về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng ở trung ương”.*

Mặc dù có những thành công nhất định trong việc điều chỉnh trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật của doanh nghiệp, tạo cơ sở pháp lý cần thiết cho nhiều chủng

<sup>2</sup> Xem khoản 3 Điều 3 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

loại hàng hóa, sản phẩm có khuyết tật được thu hồi; tuy nhiên, trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật của doanh nghiệp theo Luật BVQLNTD 2010 còn tồn tại một số bất cập, hạn chế sau:

*Thứ nhất*, có sự thu hẹp phạm vi chủ thể có trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật so với thông lệ thế giới. Luật BVQLNTD 2010 chỉ quy định tổ chức, cá nhân sản xuất, nhập khẩu hàng hóa có trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật. Trong khi đó, chủ thể có mối liên hệ trực tiếp với người tiêu dùng, người tiêu dùng có thể xác định và liên hệ dễ dàng là “*Người bán hàng*” lại không được quy định là chủ thể chịu trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật. Điều này làm cho người tiêu dùng gặp khó khăn hơn trong việc bảo vệ quyền lợi của mình bởi không phải người tiêu dùng nào cũng có thể xác định, liên hệ trực tiếp được với tổ chức, cá nhân sản xuất, nhập khẩu. Pháp luật các nước có quy định “*Người bán hàng*” là chủ thể có trách nhiệm thu hồi hàng hóa, sản phẩm có khuyết tật<sup>3</sup>.

*Thứ hai*, Luật BVQLNTD 2010 không quy định những trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền tiến hành thu hồi hàng hóa có khuyết tật. Mặc dù về nguyên tắc, chủ thể có trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật là tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh. Tuy nhiên, trong một số trường hợp đặc biệt như tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh không tuân thủ việc thu hồi hàng hóa

có khuyết tật theo yêu cầu từ cơ quan nhà nước có thẩm quyền đưa ra trong thời gian quy định, hoặc trong trường hợp khẩn cấp hàng hóa có nguy cơ cao gây thiệt hại cho nhiều người tiêu dùng, chủ thể có thẩm quyền quản lý nhà nước sẽ tiến hành việc thu hồi hàng hóa có khuyết tật. Cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện việc thu hồi sản phẩm, hàng hóa có khuyết tật cũng được ghi nhận trong pháp luật của các quốc gia như Úc, Hàn Quốc, Liên minh châu Âu (EU), Canada<sup>4</sup>.

*Thứ ba*, Luật BVQLNTD 2010 không quy định về quyền hạn và trách nhiệm của chủ thể có quyền trong quan hệ thu hồi hàng hóa có khuyết tật. Trong quan hệ pháp luật về việc thực hiện trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật, bên cạnh chủ thể có nghĩa vụ còn có chủ thể có quyền. Chủ thể có quyền trong mối quan hệ này là người mua, người sử dụng hàng hóa, chính là người tiêu dùng. Nhằm nâng cao trách nhiệm của tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh cũng như người tiêu dùng trong việc thu hồi hàng hóa có khuyết tật, quyền và nghĩa vụ của chủ thể có quyền cũng cần được ghi nhận trong Luật BVQLNTD 2010, từ đó tạo cơ sở cho việc xây dựng các quy định bảo đảm việc thực thi quyền của chủ thể này.

*Thứ tư*, Luật BVQLNTD 2010 không có bất kỳ quy định nào về khái niệm “*Thu hồi hàng hóa có khuyết tật*”. Điều này gây khó khăn cho việc xác định bản chất của

<sup>3</sup> Xem Điều 4, Điều 32 Đạo luật An toàn sản phẩm tiêu dùng Nhật Bản năm 2011; khoản 2 Điều 2, Điều 48, Điều 49, Điều 50 Đạo luật khung về người tiêu dùng của Hàn Quốc; Điều 31 Đạo luật An toàn sản phẩm tiêu dùng Canada năm 2010; Mục 3 Đạo luật An toàn sản phẩm tiêu dùng Hoa Kỳ.

<sup>4</sup> Xem Điều 33 Đạo luật An toàn sản phẩm tiêu dùng Canada năm 2010; Điều 123 (3) Luật Người tiêu dùng của Úc; Điều 50 (2) Đạo luật khung về người tiêu dùng của Hàn Quốc; Mục (23) Chỉ thị 2001/95/EC ngày 03/12/2001 của Nghị viện và Hội đồng châu Âu về quy định chung về an toàn sản phẩm.

hoạt động thu hồi là gì, việc thu hồi có bao gồm các biện pháp khắc phục là sửa chữa, thay thế, hoặc bồi hoàn hay không. Bởi, mặc dù Luật BVQLNTD 2010 quy định tổ chức, cá nhân phải thông báo “*phương thức khắc phục khuyết tật của hàng hóa*”, nhưng lại không quy định “*phương thức khắc phục khuyết tật của hàng hóa*” cụ thể là những phương thức khắc phục nào.

*Thứ năm*, chưa cụ thể hóa quy định “*ngừng cung cấp hàng hóa có khuyết tật ra thị trường*”. Ngừng cung cấp hàng hóa có khuyết tật ra thị trường là việc làm cần thiết để ngăn chặn, hạn chế hàng hóa có khuyết tật tiếp tục lưu thông đến tay người tiêu dùng. Tuy nhiên, trên thực tế hiện nay cho thấy, quy định này chưa phát huy được hiệu quả điều chỉnh khi mà hàng hóa có khuyết tật mặc dù đã có quyết định đình chỉ lưu hành và thu hồi vẫn còn được lưu thông, bày bán. Ngày 27/7/2018, Cục Quản lý Dược (Bộ Y tế) có Công văn số 14542/QLD-CL thông báo đình chỉ lưu hành và thu hồi trên địa bàn Tp. Hồ Chí Minh đối với thuốc viên nang cứng Fenbrat 200M (Fenofibrat micronised 200mg), số đăng ký: VD-27136-17, số lô: 0118, hạn sử dụng: ngày 01/02/2021, được Công ty cổ phần dược phẩm và sinh học y tế sản xuất do thuốc không đạt tiêu chuẩn chất lượng về chỉ tiêu độ hòa tan, tuy nhiên loại thuốc này vẫn được bày bán tại một hiệu thuốc trên đường Thống Nhất, quận Gò Vấp<sup>5</sup>.

*Thứ sáu*, Luật BVQLNTD 2010 không quy định các trường hợp miễn trừ trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật của tổ

chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh. Đây có thể được xem là “*lỗ hổng*” đáng kể, khiến cho việc thực hiện trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật của doanh nghiệp có phần nặng nề, do không có giới hạn về việc các chủ thể sản xuất, kinh doanh sẽ được loại trừ trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật trong những trường hợp nào. Miễn trừ trách nhiệm thu hồi sản phẩm, hàng hóa có khuyết tật được Liên minh châu Âu (EU), một số quốc gia như Anh quy định áp dụng đối với hàng hóa đã qua sử dụng được cung cấp dưới dạng đồ cổ hoặc là sản phẩm được sửa chữa hoặc phục hồi trước khi sử dụng<sup>6</sup>.

*Thứ bảy*, quy định về phương tiện để thông báo công khai việc thu hồi hàng hóa có phần hạn chế. Theo Điều 22 Luật BVQLNTD 2010, doanh nghiệp có trách nhiệm thông báo công khai về việc thu hồi hàng hóa ít nhất 05 ngày liên tiếp trên đài phát thanh, truyền hình tại địa phương mà hàng hóa đó được lưu thông nhằm thông tin rộng rãi đến người tiêu dùng về việc thu hồi hàng hóa đó. Tuy nhiên, quy định này không có ý nghĩa nhiều đối với việc thu hồi hàng hóa có khuyết tật trong phạm vi toàn quốc hoặc đối với hàng hóa có độ mất an toàn cao cần thông tin nhanh chóng đến người tiêu dùng vì hiện nay sự tiếp cận thông tin đến từ nhiều nguồn, phổ biến là từ các trang mạng xã hội như Facebook, instagram, zalo... bên cạnh kênh thông tin chính thức được nhiều người theo dõi là đài phát thanh, truyền hình trung ương thay vì báo, đài địa phương.

<sup>5</sup> Thành An, “*Thuốc thu hồi vẫn...bán*”, <http://www.sggp.org.vn/thuoc-thu-hoi-van-ban-560155.html>, truy cập ngày 15/8/2019.

<sup>6</sup> Xem Điều 2 Chỉ thị 2001/95/EC ngày 03/12/2001 của Nghị viện và Hội đồng châu Âu; Điều 4 Các quy định chung về an toàn sản phẩm năm 2005 của Anh.

*Thứ tám*, quy định về các chế tài xử lý hành vi vi phạm trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật còn chưa hợp lý. Theo quy định của Nghị định số 185/2013/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, mức phạt tối đa đối với doanh nghiệp có hành vi vi phạm về trách nhiệm thu hồi hàng hóa, sản phẩm có khuyết tật là 50.000 đồng. Quy định như vậy rõ ràng là không hợp lý vì mức phạt như vậy là quá thấp so với hậu quả mà hành vi có thể gây ra, đặc biệt là với các sản phẩm có ảnh hưởng đến sức khỏe và tính mạng con người như dược phẩm, thực phẩm. Có lẽ cũng chính vì vậy mà có những doanh nghiệp “chây ì” trong việc thực hiện trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật.

### **3. Một số kiến nghị hoàn thiện quy định của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 về trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật**

Từ những phân tích ở trên, tác giả đề xuất một số kiến nghị sau:

*Thứ nhất*, cần quy định ba chủ thể có trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật là “nhà sản xuất, nhà nhập khẩu, người bán hàng” trong Luật BVQLNTD 2010. Việc mở rộng phạm vi chủ thể chịu trách nhiệm tạo điều kiện cho người tiêu dùng được bảo vệ tốt hơn, đồng thời đảm bảo cho pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng của Việt Nam có sự tương thích với pháp luật các nước trên thế giới. Ngoài các chủ thể là nhà sản xuất, nhà nhập khẩu, người bán hàng, “cơ quan nhà nước có thẩm quyền” cũng cần được quy định trong Luật BVQLNTD 2010 là chủ thể có trách nhiệm thu hồi hàng

hóa có khuyết tật trong các trường hợp: i) Tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh không thực hiện việc thu hồi theo yêu cầu từ cơ quan nhà nước; ii) Không xác định được chủ thể chịu trách nhiệm do bị giải thể, phá sản; iii) Thu hồi trong các trường hợp khẩn cấp như hàng hóa gây ảnh hưởng nghiêm trọng đối với sức khỏe cộng đồng, phần lớn lượng hàng hóa không được thu hồi.

*Thứ hai*, hoàn thiện khái niệm “Thu hồi hàng hóa có khuyết tật”. Nội hàm của trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật cần được làm rõ, vì vậy, cần có một khái niệm cụ thể về “Thu hồi hàng hóa có khuyết tật”. Theo tác giả, định nghĩa này có thể được quy định như sau: “Thu hồi hàng hóa có khuyết tật, không đảm bảo an toàn là việc áp dụng các biện pháp sửa chữa, thay thế, hoặc hoàn tiền nhằm loại bỏ các khuyết tật, các yếu tố không đảm bảo an toàn của sản phẩm, hàng hóa ra khỏi chuỗi sản xuất, nhập khẩu, xuất khẩu và lưu thông trên thị trường”.

*Thứ ba*, quy định về quyền hạn và trách nhiệm của chủ thể có quyền trong quan hệ thu hồi hàng hóa có khuyết tật. Trước tiên, cần quy định người tiêu dùng có quyền được thông báo cho doanh nghiệp và cơ quan có thẩm quyền khi phát hiện hàng hóa có khuyết tật; có nghĩa vụ hợp tác với cơ quan có thẩm quyền trong quá trình điều tra hàng hóa có khuyết tật và tạo các điều kiện cần thiết như cung cấp hóa đơn mua hàng, nhanh chóng vận chuyển và bàn giao hàng hóa có khuyết tật tại địa điểm được xác định để doanh nghiệp, cơ quan có thẩm quyền thu hồi hàng hóa có khuyết tật theo quy định.

*Thứ tư*, cụ thể hóa biện pháp “ngừng cung cấp hàng hóa có khuyết tật ra thị trường”. Có thể kể thừa kinh nghiệm từ pháp luật Canada, Đạo luật An toàn sản phẩm tiêu dùng Canada quy định chặt chẽ các biện pháp như ngừng sản xuất, nhập khẩu, đóng gói, lưu trữ, quảng cáo, bán, dán nhãn, thử nghiệm hoặc vận chuyển sản phẩm tiêu dùng để ngừng cung cấp sản phẩm, hàng hóa có khuyết tật ra thị trường.

*Thứ năm*, đa dạng các loại phương tiện thông tin được sử dụng để đăng thông báo thu hồi. Để thông báo thu hồi có thể được nhiều người tiêu dùng biết đến, việc sử dụng nhiều kênh thông tin truyền tải thông báo thu hồi là cần thiết. Thông báo thu hồi cần được quy định theo hướng: Đối với hàng hóa được phân phối ở thị trường của một tỉnh thì thông báo thu hồi được đăng trên đài phát thanh, đài truyền hình của tỉnh; đối với hàng hóa được phân phối ở thị trường từ hai tỉnh trở lên thì thông báo thu hồi được đăng trên đài phát thanh, đài truyền hình trung ương. Bên cạnh đó, thông báo thu hồi phải đăng tải lên các trang thông tin chính thức của doanh nghiệp và cơ quan quản lý nhà nước có trách nhiệm kiểm tra, giám sát chương trình thu hồi của loại hàng hóa đó. Ngoài ra, thông báo thu hồi còn có thể được đăng trên các trang báo in, báo mạng, mạng xã hội, tuy nhiên việc in trên báo mạng hoặc mạng xã hội cần dẫn nguồn đường link thông báo thu hồi của cơ quan quản lý nhà nước hoặc của doanh nghiệp.

*Thứ sáu*, quy định về miễn trừ trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật. Tham khảo kinh nghiệm từ pháp luật của Hội đồng châu Âu và Anh, Luật BVQLNTD 2010 có thể quy định không áp dụng trách nhiệm thu hồi đối với hàng hóa đã qua sử dụng. Ngoài ra, miễn trừ trách nhiệm cần

được quy định trong trường hợp khuyết tật của hàng hóa là do lỗi từ phía người tiêu dùng hoặc bên thứ ba khác bởi nếu quy định trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật trong trường hợp này là không công bằng cho tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh.

*Thứ bảy*, xây dựng chế tài xử lý hành vi vi phạm pháp luật về trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật nghiêm khắc hơn nữa, đủ tính răn đe doanh nghiệp. Theo đó, mức xử phạt cần được nâng lên cho tương xứng với lợi nhuận mà các doanh nghiệp thu được từ hành vi vi phạm. Hiện tại, pháp luật Việt Nam mới chỉ quy định xử phạt hành chính đối với doanh nghiệp có hành vi vi phạm pháp luật về trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật. Tuy nhiên, việc thực hiện trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật là vô cùng quan trọng, vì sự mất an toàn do hàng hóa có khuyết tật gây ra (nếu có) ảnh hưởng đến số đông người tiêu dùng, thiệt hại về sức khỏe con người là thiệt hại cao nhất, nghiêm trọng nhất. Vì vậy, bên cạnh chế tài hành chính, cần nghiên cứu áp dụng cả chế tài hình sự để tăng tính răn đe. Pháp luật Hoa Kỳ ngoài chế tài hành chính còn áp dụng chế tài hình sự đối với các hành vi vi phạm, cụ thể: Đạo luật CPSIA (The Consumer Product Safety Improvement Act 2008) quy định, mức phạt tù được áp dụng tối đa là 05 năm, tịch thu tài sản liên quan đến vi phạm; Đạo luật FFDCA (the Federal Food, Drug and Cosmetic Act) quy định, mức phạt tù có thể được áp dụng từ 01 đến 20 năm tù. Theo tác giả, cần bổ sung các tội liên quan đến trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật, liên quan đến hành vi vi phạm nhiều lần, cố ý vi phạm các quy định của pháp luật, không thực hiện kịp thời trách nhiệm thu hồi của doanh nghiệp.

# BẢO VỆ DỮ LIỆU CÁ NHÂN KHI THAM GIA MẠNG XÃ HỘI

Nguyễn Linh Giang\*

**Tóm tắt:** Sự phát triển của các mạng xã hội đã mang đến cho cuộc sống con người nhiều đổi thay. Tuy nhiên, cùng với những mặt tích cực, các mạng xã hội cũng đã đem đến những mặt tiêu cực, khiến con người dễ bị tổn thương hơn, mất tự do và bị theo dõi. Sự theo dõi này đe dọa đến quyền riêng tư của mỗi người, bao gồm cả các quyền cá nhân, quyền tự do biểu đạt và quyền tự do hội họp trên mạng. Bài viết sẽ chỉ ra các nguy cơ, các vấn đề về bảo vệ dữ liệu cá nhân, khung pháp luật để bảo vệ dữ liệu cá nhân và các kiến nghị để hoàn thiện.

**Abstract:** The development of social network sites has brought about numerous changes to human life. Beside the positive aspects, however, it is clear that social network sites also produce negative side effects which expose people to greater risks of vulnerability, deprivation of freedom and subject to surveillance. Such surveillance threatens personal privacy, including individual rights, rights to privacy, freedom of expression and freedom of online assembly. The article addresses the risks and issues related to personal data protection, legal framework for protecting personal data and recommendations for improvement.

## 1. Nguy cơ bị mất dữ liệu cá nhân khi tham gia mạng xã hội

Hiện nay, Việt Nam là quốc gia đứng thứ 7 thế giới về số người dùng Facebook với khoảng 58 triệu tài khoản<sup>1</sup>. Ngoài mạng xã hội Facebook, hiện người Việt Nam còn tham gia một số các mạng xã hội khác như twitter, viber, zalo, WhatsApp, Linkedin... với các con số không hề nhỏ. Điều này đồng nghĩa với việc có thể có hàng chục triệu người đối mặt với nguy cơ lộ thông tin cá nhân.

\* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

<sup>1</sup> Số liệu tham khảo tại: <https://www.statista.com/statistics/268136/top-15-countries-based-on-number-of-facebook-users/>, truy cập ngày 17/10/2019. Theo số liệu này thì quốc gia có số người dùng Facebook nhiều nhất là Ấn Độ (270 triệu người), tiếp đến là Hoa Kỳ (190 triệu), Indonesia (130 triệu), Brazil (120 triệu), Mexico (82 triệu), Philippines (68 triệu), Việt Nam (58 triệu), Thái Lan (46 triệu), Ai Cập (38 triệu), Thổ Nhĩ Kỳ (37 triệu), Anh (37 triệu).

Khi một người tham gia vào mạng xã hội, có rất nhiều thông tin cá nhân có thể bị rò rỉ khi họ đăng tải các dòng trạng thái hay khi tham gia giao dịch, mua bán qua các mạng xã hội. Các thông tin đó có thể là ngày tháng năm sinh, nơi làm việc, nơi học tập, địa chỉ gia đình, các thành viên trong gia đình mình, thậm chí là số chứng minh nhân dân, số bằng lái xe, số hộ chiếu... và nguy hiểm hơn nữa là các thông tin về thẻ tín dụng. Tất cả những thông tin trên đều có thể bị đánh cắp và gây ảnh hưởng đến bản thân, gia đình, bạn bè... Gần đây, nhiều vụ trộm cắp thẻ tín dụng, nhiều vụ lừa đảo qua mạng xã hội cũng xuất phát từ việc người dùng đã để lộ thông tin cá nhân trên mạng.

## Nguy cơ đến từ Ban quản trị các mạng xã hội

Trên thực tế, việc sử dụng mạng xã hội hiện nay là hoàn toàn miễn phí, nhưng đối

lại theo quy định về thành lập tài khoản, người dùng các mạng xã hội sẽ phải chia sẻ thông tin cá nhân của mình với nhà mạng và có thể là với cả các bên đối tác của trang mạng này. Rõ ràng, ban đầu người dùng cảm thấy khá thoải mái và không thấy mình mất mát gì khi tham gia các mạng này. Tuy nhiên, với lượng dữ liệu hàng tỷ tài khoản mạng xã hội như hiện nay, các mạng xã hội đang kinh doanh nó như thế nào?

Hiện nay, trên Facebook có hàng nghìn ứng dụng và chúng không hoàn toàn "vô hại" như mọi người nghĩ. Người dùng cần thận trọng với những ứng dụng yêu cầu phải đăng nhập, vì đa số ứng dụng này được thiết kế để lấy dữ liệu của người dùng.

Với việc nắm bắt hoàn toàn các thông tin riêng tư của người dùng, nắm bắt các thuật toán để có thể quản lý các dữ liệu thông tin của người dùng, rõ ràng các mạng xã hội, hay nói chính xác là Ban quản trị các mạng xã hội chính là các "nguồn nguy hiểm cao độ" với nguy cơ tiết lộ, làm rò rỉ thông tin của người dùng một cách vô tình hoặc hữu ý.

#### **Nguy cơ đến từ các tổ chức, cá nhân khác**

Nguy cơ này đến từ một bên thứ ba có thể do chính các tổ chức, cá nhân này tự ý thu thập thông tin về người dùng mạng xã hội, nhưng cũng có thể có sự mua bán, tiếp tay của người quản trị các mạng xã hội. Hoặc cũng có thể là do các hacker, những kẻ xấu tìm cách tấn công, ăn cắp dữ liệu cá nhân được quản lý bởi các mạng xã hội. Việc lừa đảo qua mạng xã hội ở Việt Nam trong thời gian qua là các ví dụ điển hình.

Bản thân các mạng xã hội cũng lo ngại với sự thu thập thông tin khách hàng một cách bất hợp pháp từ bên thứ ba. Gần đây,

các mạng xã hội cũng đã có nhiều động thái, yêu cầu người dùng nâng cấp các hàng rào bảo vệ và có các quy định bảo vệ chặt chẽ hơn quyền riêng tư của người dùng. Tuy nhiên, bản thân người dùng các mạng xã hội cũng chưa ý thức được đầy đủ về vấn đề này.

#### **Nguy cơ đến từ Nhà nước**

Câu hỏi đặt ra là: Chúng ta bảo vệ các quyền riêng tư của mình như thế nào khi mà Chính phủ các nước trên thế giới đều có các hoạt động thu thập và phân tích các dữ liệu cá nhân? Làm thế nào để chúng ta có được sự tự do biểu đạt và tự do tư tưởng thật sự khi mà mọi điều chúng ta đọc, mọi ý tưởng chúng ta chia sẻ, mọi quan điểm chúng ta phản đối hay ủng hộ đều có thể bị theo dõi bởi các Nhà nước?

Trước khi xảy ra vụ việc Snowden<sup>2</sup>, ít khi người ta nghĩ đến khả năng thông tin cá nhân của mình bị Nhà nước thu thập bất hợp pháp. Thậm chí thông tin của các cá nhân còn bị Nhà nước nước ngoài thu thập mà chúng ta không biết. Việc cơ quan nhà nước vì lý do nào đó muốn tiếp cận với các trao đổi cá nhân là điều khó tránh khỏi ở khắp nơi trên thế giới, nhưng nó phải được thực hiện thông qua các trình tự, thủ tục đặc biệt và phải được ghi nhận trong luật. Chẳng hạn như các vấn đề liên quan đến an ninh quốc gia đòi hỏi phải có sự theo dõi thư tín hoặc các thông tin cá nhân thì luật phải quy định cụ thể, rõ ràng các trường hợp này, cũng như định rõ các điều kiện cho hoạt động này. Việc thu thập các thông tin

---

<sup>2</sup> Vụ việc xảy ra vào tháng 6/2013 khi Edward Snowden, nhân viên của Cơ quan An ninh quốc gia Mỹ (NSA), đã công bố một số tài liệu tuyệt mật về chương trình theo dõi người dân của Chính phủ Mỹ và Anh ở trên tờ Guardian.

này phải được giám sát bởi các cơ quan độc lập, theo một trình tự chặt chẽ trong một xã hội dân chủ.

Theo pháp luật quốc tế về quyền con người, bất cứ sự hạn chế các quyền riêng tư nào như tự do biểu đạt, tự do hội họp... đều phải có ít nhất một mục tiêu hợp pháp. Những mục tiêu này phải được liệt kê một cách tường tận, rõ ràng trong các quy định của pháp luật. Các lý do đó thường là ngăn chặn tội phạm, bảo vệ đạo đức xã hội, bảo vệ quyền của người khác, bảo vệ an ninh quốc gia. Theo Điều 8 của Công ước châu Âu về Quyền con người, các lý do này còn có thể là "sự thịnh vượng của nền kinh tế đất nước". Trong khi Điều 17 của Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị không có quy định rõ ràng về các hạn chế đối với quyền riêng tư thì cả Báo cáo viên đặc biệt của Liên hợp quốc về Chống khủng bố và Báo cáo viên đặc biệt của Liên hợp quốc về Quyền tự do biểu đạt đều cho rằng có "những hạn chế chấp nhận được".

Về Quyền tự do tư tưởng và biểu đạt, Báo cáo viên đặc biệt của Liên hợp quốc Frank La Rue<sup>3</sup> đã thể hiện mối lo ngại của mình trong một báo cáo gần đây về sự "mơ hồ và không rõ ràng" của khái niệm "an ninh quốc gia" đang được sử dụng rộng rãi: "Việc sử dụng một khái niệm vô định về an ninh quốc gia để luận giải cho hàng loạt các hạn chế quyền con người quả là mối lo ngại nghiêm trọng. Khái niệm này được định nghĩa quá rộng và được sử dụng thường xuyên bởi các Nhà nước như một phương tiện để biện minh cho các hành vi liên quan đến hạn chế quyền của người dân hoặc

quyền của các nhóm như các nhà hoạt động nhân quyền, các nhà báo..."<sup>4</sup>.

Do đó, việc các Nhà nước viện dẫn đến những lý do như an ninh quốc gia, an toàn xã hội... để tổ chức thu thập và lưu trữ các thông tin riêng tư của người dân là một nguy cơ hoàn toàn có thật và phổ biến ở nhiều nơi.

#### **Nguy cơ đến từ Nhà nước nước ngoài**

Từ mùa hè năm 2013, liên quan đến vụ việc Edward Snowden, một số cơ quan thông tấn quốc tế đã có những báo cáo rộng rãi về việc theo dõi thông tin cá nhân của các cơ quan tình báo của Mỹ và châu Âu. Sự tiết lộ này đã gợi lên một sự tranh luận sôi nổi trên khắp thế giới về việc theo dõi và thu thập các thông tin cá nhân của các cơ quan nhà nước. Vấn đề này cũng đặt ra những câu hỏi về giới hạn của sự theo dõi của Nhà nước.

Một vấn đề đặt ra hiện nay là việc tình báo, thu thập thông tin của Nhà nước này với công dân của nước khác. Chính vì vậy, câu chuyện không chỉ nằm trong đường biên giới của một quốc gia nữa mà nó sẽ là câu chuyện của pháp luật quốc tế. Sự hợp tác quốc tế giữa các Chính phủ cũng đặt ra những câu hỏi liên quan đến việc làm thế nào và khi nào các quốc gia có thể vận dụng pháp luật trong nước và pháp luật quốc tế cho hoạt động theo dõi của mình, những hoạt động mà có thể có tầm ảnh hưởng ở bên ngoài biên giới quốc gia. Vì thế, một quốc gia có thể vi phạm nhân quyền đối với người ở bên ngoài biên giới nước mình.

<sup>3</sup> Frank La Rue, Báo cáo viên đặc biệt của Liên hợp quốc về Quyền tự do tư tưởng và biểu đạt từ tháng 8/2008 đến tháng 8/2014.

<sup>4</sup> A/HRC/23/40, report of 17 April 2013, at para. 60, available at: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.40\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.40_EN.pdf).

Ví dụ, án lệ năm 2008, Liberty và những người khác kiện nước Anh<sup>5</sup>: 2 tổ chức phi chính phủ (NGO) của Ireland kiện Chính phủ nước Anh về việc theo dõi các trao đổi cá nhân của họ, thông qua một hệ thống có tên gọi Electronic Test Facility ở Capenhurst, Cheshire, Anh - một thiết bị cho phép theo dõi đồng thời 10.000 cuộc trao đổi cá nhân giữa Ireland và châu Âu. Trong vụ này, Toà án nhân quyền châu Âu đã nhận thấy có sự vi phạm các quyền riêng tư theo Điều 8 của Công ước châu Âu về Quyền con người.

Như vậy, nghĩa vụ của các quốc gia không chỉ nằm trong biên giới lãnh thổ của mình. Thậm chí, khi việc theo dõi được một Nhà nước tiến hành bên ngoài lãnh thổ quốc gia họ thì họ vẫn phải có trách nhiệm với những vi phạm nhân quyền đó. Ủy ban Nhân quyền của Liên hợp quốc<sup>6</sup> đã kết luận trong vụ Lopez Burgos khiếu nại Uruguay<sup>7</sup> và vụ Celiberti de Casariego khiếu nại Uruguay<sup>8</sup> như sau: "Các quốc gia thành viên (của Công ước về các quyền dân sự và chính trị), theo khoản 1 Điều 2 của Công ước, "cam kết tôn trọng và bảo đảm cho mọi người trong phạm vi lãnh thổ và thẩm quyền pháp lý của mình các quyền đã được

công nhận trong Công ước". Điều đó có nghĩa là các quốc gia thành viên phải tôn trọng và bảo đảm những quyền được ghi nhận trong Công ước đối với tất cả mọi người nằm trong quyền kiểm soát của quốc gia đó, thậm chí nếu những người đó không ở trên lãnh thổ của quốc gia". Kết luận tương tự cũng được Toà án Nhân quyền châu Âu khẳng định trong phán quyết vụ Issa và những người khác kiện Thổ Nhĩ Kỳ<sup>9</sup>. Điều này cho thấy rõ ràng có nguy cơ công dân của nước này bị vi phạm quyền riêng tư bởi một Nhà nước khác và trên thực tế, các hoạt động này hoàn toàn có thể xảy ra trên các mạng xã hội.

## **2. Khung pháp luật quốc tế về bảo vệ dữ liệu cá nhân**

Quyền riêng tư và quyền được bảo vệ dữ liệu cá nhân là một quyền căn bản được ghi nhận trong Công ước về các quyền dân sự và chính trị. Theo Công ước, không ai có thể là đối tượng của sự can thiệp tùy tiện, phi pháp vào đời sống riêng tư của họ, gia đình, nơi ở và thư tín... Tất cả mọi người đều có quyền được pháp luật bảo vệ để chống lại bất cứ sự can thiệp hoặc tấn công nào.

Các Công ước quốc tế về quyền con người khác, Công ước châu Âu về Quyền con người và Hiến chương châu Âu về các quyền cơ bản cũng có các quy định tương tự. Phải thừa nhận rằng, các quyền cá nhân theo pháp luật quốc tế về quyền con người không phải là quyền tuyệt đối nên nó có thể bị hạn chế bởi pháp luật của Nhà nước. Tuy nhiên, bất cứ sự can thiệp nào đều phải được xem xét cẩn thận, hợp pháp và đảm bảo tính tương xứng.

---

<sup>5</sup> ECHR, Liberty and others v. the United Kingdom, Judgment of 1 July 2008.

<sup>6</sup> Ủy ban theo dõi Công ước về các quyền dân sự và chính trị - UN Human Rights Committee.

<sup>7</sup> Lopez Burgos v. Uruguay, Saldias de Lopez (on behalf of Lopez Burgos) v. Uruguay, Merits, Communication No 52/1979, UN Doc CCPR/C/13/D/52/1979, IHRL 2796 (UNHRC 1981), 29th July 1981, United Nations (UN), Human Rights Committee (CCPR).

<sup>8</sup> Celiberti de Casariego v. Uruguay, Merits, Communication No 56/1979, UN Doc CCPR/C/13/D/56/1979, (1981), 68 ILR 41, IHRL 2801 (UNHRC 1981), 29th July 1981, United Nations (UN), Human Rights Committee (CCPR).

---

<sup>9</sup> ECHR, Issa and Others v. Turkey, Judgment of 16 November 2004.

***Nghị quyết số 68/167 của Đại hội đồng Liên hợp quốc***

Tháng 12/2013, Đại hội đồng Liên hợp quốc đã thông qua Nghị quyết số 68/167 về quyền riêng tư trong kỷ nguyên số, bày tỏ sự lo ngại đến những ảnh hưởng tiêu cực theo dõi và ảnh hưởng đến nhân quyền. Đại hội đồng kêu gọi các Nhà nước phải tôn trọng và bảo vệ các quyền cá nhân trong kỷ nguyên số. Đại hội đồng kêu gọi tất cả các quốc gia xem xét lại quy trình, thực thi và pháp luật liên quan đến việc theo dõi thông tin, việc thu thập thông tin cá nhân và nhấn mạnh nhu cầu đối với các Nhà nước phải đảm bảo sự thực thi có hiệu quả các nghĩa vụ quốc gia theo pháp luật quốc tế về quyền con người.

Nghị quyết số 68/167 cũng kêu gọi pháp luật nhân quyền quốc tế phải cung cấp khung pháp luật quốc tế để chống lại bất cứ sự can thiệp nào vào quyền tự do cá nhân của con người.

***Báo cáo của Cao uỷ Nhân quyền Liên hợp quốc***

Bằng sự thông qua Nghị quyết số 68/167, Đại hội đồng yêu cầu Cao uỷ Nhân quyền Liên hợp quốc chuẩn bị một báo cáo về quyền cá nhân trong kỷ nguyên số. Theo Nghị quyết, báo cáo phải xem xét các vấn đề: "Bảo vệ và thúc đẩy các quyền riêng tư trong bối cảnh trong nước và quốc tế, việc theo dõi các trao đổi trên mạng và thu thập thông tin cá nhân". Báo cáo đã được trình bày tại Hội đồng Nhân quyền tại kỳ họp thứ 27 của Đại hội đồng (tháng 9/2014) và tại Đại hội đồng ở kỳ họp thứ 69 (tháng 12/2014).

Trong quyết định số 25/117, thông qua tháng 3/2014, Hội đồng Nhân quyền quyết định tổ chức trong kỳ họp thứ 27 của Hội

đồng một phiên tranh luận về việc thúc đẩy và bảo vệ các quyền riêng tư trong kỷ nguyên số.

***Báo cáo viên đặc biệt của Liên hợp quốc về quyền riêng tư***

Trong Nghị quyết số 69/166 của mình, được thông qua tại kỳ họp 69, Đại hội đồng Liên hợp quốc đã thể hiện sự quan tâm đến báo cáo của Văn phòng Cao uỷ Nhân quyền Liên hợp quốc về quyền riêng tư trong kỷ nguyên số. Kêu gọi tất cả các quốc gia phải tôn trọng và bảo vệ quyền riêng tư. Đại hội đồng kêu gọi Hội đồng Nhân quyền cần nhắc việc thiết lập thủ tục đặc biệt về quyền riêng tư để thực hiện mục tiêu này.

Vào tháng 4/2015, Hội đồng Nhân quyền đã thông qua Nghị quyết số 28/16 tại kỳ họp thứ 28, với nhiệm kỳ 3 năm, chỉ định một Báo cáo viên đặc biệt về quyền riêng tư. Nghị quyết chỉ định Báo cáo viên đặc biệt, đồng thời quy định các trách nhiệm của Báo cáo viên, bao gồm: Báo cáo các vi phạm, các thách thức xuất hiện cùng với các kỹ thuật mới. Các quốc gia được kêu gọi để cùng hợp tác và ủng hộ Báo cáo viên đặc biệt.

**3. Kinh nghiệm của các nước châu Âu về bảo vệ dữ liệu cá nhân**

***Hướng dẫn của Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế về bảo vệ quyền riêng tư và việc chuyển các cơ sở dữ liệu cá nhân***

Nhiều nước thuộc Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế (OECD) đã có Luật Bảo vệ dữ liệu cá nhân như: Áo, Canada, Đan Mạch, Pháp, Đức, Luxembourg, Na Uy, Thụy Điển. Các nước đang soạn thảo và chuẩn bị thông qua luật bao gồm: Bỉ, Iceland, Hà Lan, Tây Ban Nha, Thụy Sĩ.

Hướng dẫn của OECD tập trung vào các nguyên tắc cơ bản sau đây: Nguyên tắc hạn chế thu thập dữ liệu; nguyên tắc chất lượng của dữ liệu; nguyên tắc mục tiêu rõ ràng; nguyên tắc hạn chế sử dụng; nguyên tắc an toàn; nguyên tắc công khai; nguyên tắc sự tham gia của cá nhân; nguyên tắc giải trình.

Các quốc gia thành viên phải hợp tác trong việc truyền dữ liệu hợp pháp, tránh đưa ra các chính sách pháp luật làm ảnh hưởng đến việc truyền dữ liệu giữa các quốc gia và phải có các biện pháp bảo vệ các dữ liệu này. Các quốc gia thành viên phải thông qua các chính sách pháp luật phù hợp, cung cấp các biện pháp phù hợp cho các cá nhân thực hành quyền của mình; có các biện pháp trừng phạt với hành vi vi phạm; đảm bảo không có sự phân biệt đối xử với các đối tượng có dữ liệu

#### ***Quy định chung về bảo vệ dữ liệu của châu Âu***

Quy định chung về bảo vệ dữ liệu (GDPR) được ban hành và bắt đầu có hiệu lực tại các nước thuộc Liên minh châu Âu từ ngày 25/5/2018. Việc tuân thủ GDPR yêu cầu phải có sự chấp thuận của các cá nhân trước khi sử dụng một số loại dữ liệu, đồng thời mở rộng quyền của các cá nhân trong việc truy cập và chuyển dữ liệu của họ. Một số yêu cầu cụ thể cho việc xin phép sử dụng dữ liệu là người dùng phải được thông báo rõ ràng, chủ động và được yêu cầu xác nhận mà không phải là xác định trước; yêu cầu xin phép phải được viết bằng ngôn ngữ đơn giản, dễ hiểu và đề cập rõ ràng về mục đích sử dụng dữ liệu...

Việc không tuân thủ GDPR sẽ bị phạt một khoản tiền đáng kể. Cụ thể, các công ty sai phạm đối với các chuẩn mực cốt lõi về

xử lý dữ liệu, vi phạm các quyền cá nhân hoặc chuyển dữ liệu ra khỏi Liên minh châu Âu mà không đảm bảo các bảo vệ tương đương sẽ bị phạt tới 4% doanh thu hàng năm trên toàn cầu. Sai phạm trong việc tuân thủ với các yêu cầu về kỹ thuật và tổ chức như đánh giá tác động, thông báo sự cố mất an toàn thông tin sẽ bị phạt tới 2% doanh thu hàng năm trên toàn cầu.

Như vậy, có thể thấy việc bảo vệ thông tin cá nhân là vấn đề thời sự không chỉ ở Việt Nam, mà còn ở nhiều nước trên thế giới. Vì thế, nhiều quốc gia có các đạo luật riêng về vấn đề này. Hiện nay, trên thế giới, có khoảng 40 quốc gia đã ban hành các quy định pháp luật về bảo vệ thông tin cá nhân trên mạng. Những kinh nghiệm của một số nước trên thế giới và nhiều tổ chức, doanh nghiệp nước ngoài... đã được phía Việt Nam nghiên cứu, tiếp thu và căn cứ vào tình hình thực tiễn Việt Nam để bảo vệ thông tin cá nhân.

#### **4. Khung pháp luật của Việt Nam về bảo vệ dữ liệu cá nhân**

Hiến pháp, Bộ Luật Dân sự, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng và nhiều văn bản pháp luật chuyên ngành như các luật về viễn thông, công nghệ thông tin, giao dịch điện tử đều đã có quy định về quyền cơ bản của công dân và bảo vệ thông tin cá nhân.

Điều 38 của Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “*Đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình là bất khả xâm phạm và được pháp luật bảo vệ*” hay “*Thư tín, điện thoại, điện tín, cơ sở dữ liệu điện tử và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của cá nhân được bảo đảm an toàn và bí mật*”.

Điều 18 của Luật An toàn thông tin mạng năm 2015 về việc “*cập nhật, sửa đổi*

và hủy bỏ thông tin cá nhân” đã quy định rõ, chủ thể thông tin cá nhân có quyền yêu cầu tổ chức, cá nhân xử lý thông tin cá nhân cập nhật, sửa đổi, hủy bỏ thông tin cá nhân của mình mà tổ chức, cá nhân đó đã thu thập, lưu trữ, hoặc ngừng cung cấp thông tin cá nhân của mình cho bên thứ ba. Luật cũng quy định thiết lập kênh thông tin trực tuyến, xử lý các phản ánh của người dân về các vấn đề bảo vệ thông tin cá nhân.

Đối với cá nhân, tổ chức có hành vi phát tán thông tin cá nhân bất hợp pháp, hành lang pháp lý để xử lý hành vi này cơ bản được quy định trong Bộ luật Dân sự, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng và các luật chuyên ngành như: Luật Viễn thông, Luật Công nghệ thông tin, Luật Giao dịch điện tử. Tuy nhiên, các quy định này còn rời rạc, chưa đầy đủ, rõ ràng để có thể áp dụng vào một số trường hợp trong thực tiễn.

Về chế tài xử phạt đối với các hành vi phát tán, chia sẻ thông tin cá nhân, tùy theo mức độ, hành vi thì tổ chức, cá nhân vi phạm sẽ bị xử lý vi phạm hành chính hoặc xử lý trách nhiệm hình sự theo các quy định pháp luật hiện hành.

Theo Nghị định số 174/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bưu chính viễn thông, công nghệ thông tin và tần số vô tuyến điện, hành vi mua bán trao đổi trái phép thông tin riêng của người sử dụng dịch vụ viễn thông có thể bị phạt từ 50-70 triệu đồng. Những người có hành vi vi phạm này, tùy vào tính chất, mức độ vi phạm có thể bị xử lý theo Điều 288 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) về tội “Đưa hoặc sử dụng trái phép thông tin mạng máy tính, mạng viễn thông” với khung hình phạt cao nhất là 7 năm tù.

Điều 159 Bộ luật Hình sự hiện hành quy định tội xâm phạm bí mật hoặc an toàn thư tín, điện thoại, điện tín hoặc các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của người khác có thể bị phạt tiền từ 20 triệu đến 50 triệu đồng, bị phạt cải tạo không giam giữ đến 03 năm, hoặc bị phạt tù từ 01 đến 03 năm, đồng thời có thể bị áp dụng hình phạt bổ sung cấm đảm nhiệm chức vụ từ 01 đến 05 năm.

Gần đây nhất, Luật An ninh mạng năm 2018 cũng quy định tại Điều 17 về phòng chống gián điệp mạng, bảo vệ thông tin thuộc bí mật Nhà nước, bí mật công tác, bí mật kinh doanh, bí mật cá nhân, bí mật gia đình và đời sống riêng tư trên không gian mạng. Đồng thời, Luật cũng quy định trách nhiệm của các cơ quan nhà nước trong lĩnh vực này.

Như vậy, pháp luật Việt Nam cũng đã có các chế tài với các đối tượng thu thập, sử dụng trái phép các thông tin cá nhân, nhưng trên thực tế, số vụ việc vi phạm trong lĩnh vực này bị xử lý còn ít.

### **5. Một vài kiến nghị với Việt Nam**

Từ góc độ pháp lý, để giải quyết vấn đề bảo vệ quyền riêng tư của người dân khi tham gia vào mạng xã hội, cần có quy định cho 3 nhóm đối tượng khác nhau, bao gồm: Cá nhân, tổ chức có hành vi phát tán thông tin cá nhân bất hợp pháp; doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ có lưu giữ thông tin cá nhân của người sử dụng và các cơ quan nhà nước thu thập và sử dụng thông tin cá nhân của công dân.

Mặc dù, các nước quy định về vấn đề này rất khác nhau, nhưng nhìn chung các quy định này bao gồm 2 vấn đề: i) Có các quy định quan trọng về quyền và ii) Về bồi cảnh

mà quyền có thể bị giới hạn. Thông thường, vấn đề (ii) sẽ đưa ra các điều kiện như:

- Việc thu thập và sử dụng thông tin cá nhân phải được quy định trong luật.

- Việc thu thập và sử dụng thông tin cá nhân không được thực hiện tùy tiện.

- Việc thu thập và sử dụng thông tin cá nhân phải hợp pháp và cần thiết trong bối cảnh đặt ra, đảm bảo được tính thoả đáng và tương xứng.

Cần lưu ý là quy định của pháp luật không chỉ ngăn chặn sự vi phạm từ phía người khác, mà còn cả sự vi phạm từ Nhà nước. Đồng thời, cần thành lập một cơ quan độc lập giám sát các cơ quan thu thập và theo dõi thông tin. Cơ quan này phải thuộc nhánh lập pháp chứ không được thuộc hành pháp. Pháp luật cũng cần ghi nhận về quyền được bồi thường thiệt hại của các nạn nhân bị vi phạm.

Từ kinh nghiệm của thế giới ở trên, có thể thấy cơ sở pháp lý để bảo vệ quyền tự

do cá nhân khi tham gia vào mạng xã hội của Việt Nam vừa thiếu và vừa yếu:

- Các quy định hiện tại đang thiếu các cơ chế bảo vệ quyền riêng tư của người dân trước sự xâm phạm của cơ quan nhà nước Việt Nam và Nhà nước nước ngoài. Cơ chế hiện tại cũng chưa rõ ràng và cụ thể trong các trường hợp Nhà nước thu thập và sử dụng thông tin cá nhân của người dân; chưa có cơ quan độc lập giám sát các hoạt động này.

- Các cơ chế ở trên mặc dù đã tồn tại, nhưng hầu như không hoạt động và quyền riêng tư của người dân ở Việt Nam vẫn đang bị vi phạm thông qua các hoạt động trên mạng xã hội mà chưa có sự xử lý thoả đáng.

Từ đó, có thể thấy, hiện Việt Nam cần phải hoàn thiện khung pháp luật hiện tại và có kế hoạch xây dựng các văn bản quy phạm pháp luật để bảo vệ các quyền riêng tư của người dân khi tham gia vào Internet nói chung và tham gia vào mạng xã hội nói riêng.

---

***(Tiếp theo trang 52 – Quy định của Luật Đầu tư...)***

**Thứ ba**, cần xử lý thoả đáng phần lãi phát sinh trong quá trình gửi tiền ký quỹ (nếu có). Với quy định hiện nay thì chủ đầu tư chỉ được nhận khoản tiền này cũng với số tiền ký quỹ còn lại. Nói cách khác, trong một thời gian dài, ngoài số tiền ký quỹ rất lớn bị phong tỏa thì số tiền lãi phát sinh (nếu có) chủ đầu tư cũng không được hoàn trả, không được sử dụng. Thiết nghĩ chủ đầu tư nên được hưởng khoản tiền lãi này không phụ thuộc vào thời điểm hoàn trả tiền ký quỹ. Số tiền lãi này có thể là một số tiền

lớn, giúp chủ đầu tư giải quyết được phần nào khó khăn về tài chính khi thực hiện những dự án đòi hỏi nhu cầu vốn cao như dự án kinh doanh bất động sản. Một phương án khác là số tiền lãi có thể được tính và hoàn trả tương ứng với thời điểm hoàn trả 50% số tiền quỹ đợt đầu. Việc xử lý theo hướng này vừa đảm bảo quyền lợi của nhà đầu tư, vừa ràng buộc trách nhiệm của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền phải hoàn trả tiền ký quỹ đúng quy định.

# MỐI QUAN HỆ GIỮA LUẬT TỤC VÀ PHÁP LUẬT Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

*Trương Vĩnh Khang\**

**Tóm tắt:** Bài viết nghiên cứu khái niệm, đặc điểm, mối quan hệ giữa luật tục và pháp luật, qua đó đề xuất một số kiến nghị phát huy vai trò tích cực và hạn chế tác động tiêu cực của luật tục ở Việt Nam hiện nay.

**Abstract:** The article sheds light on concept, characteristics, and relation between normative customs and the law, thereby makes proposals to promote positive aspects and limit negative effects of normative customs hitherto in Viet Nam.

Nói đến luật tục tức là nói đến phong tục, tập quán đã hình thành trong nhiều năm, trong nhiều thế hệ. Đến nay, cùng với pháp luật của Nhà nước, luật tục vẫn tồn tại và có một vị trí quan trọng trong việc điều chỉnh các mối quan hệ trong đời sống của đồng bào các dân tộc thiểu số. Ở mỗi dân tộc thiểu số khác nhau có luật tục riêng, thể hiện bản sắc, đặc trưng riêng của dân tộc mình.

Ở một khía cạnh nào đó, luật tục cũng có chức năng điều chỉnh xã hội và có ảnh hưởng không nhỏ đến việc thực hiện pháp luật. Sự ảnh hưởng của luật tục trong bối cảnh xây dựng nhà nước pháp quyền thể hiện ở cả hai mặt, tích cực và tiêu cực. Nếu như những luật tục tồn tại trong nhân dân phù hợp với sự phát triển chung của địa phương, của đất nước, phù hợp với chủ trương, chính sách của Đảng và Nhà nước, việc áp dụng pháp luật sẽ dễ dàng và thuận lợi hơn khi đó, luật tục sẽ ảnh hưởng tích cực đến việc thực hiện pháp luật. Ngược lại, những luật tục cổ hủ, lạc hậu, trái với sự phát triển chung, trái với chủ trương, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước sẽ là rào cản, ảnh hưởng đến việc thực hiện

pháp luật và công cuộc xây dựng nhà nước pháp quyền.

## 1. Nhận diện luật tục

Cho đến nay, khái niệm luật tục được rất nhiều nhà nghiên cứu khoa học xã hội, dân tộc, văn hoá, luật học nghiên cứu và luận giải<sup>1</sup>. Trên cơ sở đó, có thể khái quát luật tục là một hệ thống các quy tắc xử sự, quy định về mối quan hệ ứng xử của con người đối với môi trường tự nhiên và con

---

<sup>1</sup> Có thể tham khảo một số quan điểm về luật tục qua các nghiên cứu sau:

Lê Hồng Sơn (2000), “Vai trò của phong tục tập quán và việc kế thừa phong tục tập quán trong xây dựng pháp luật”, Luật tục và phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam (Kỷ yếu hội thảo khoa học), Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 835-875; Bộ Tư pháp - Viện Khoa học Pháp lý (2006), *Từ điển Luật học*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 528; Phan Đăng Nhật (2000), “Nguồn gốc và bản chất luật tục Tây Nguyên”, Luật tục và phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam (Kỷ yếu hội thảo khoa học), Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 46-49; Mạc Đường (2000), *Sự tiếp cận nghiên cứu và xử lý luật tục để phát triển nông thôn vùng dân tộc thiểu số Tây Nguyên*, Luật tục và phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam (Kỷ yếu hội thảo khoa học), Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 163-167; Ngô Đức Thịnh (2000), “Vai trò của luật tục vùng cao trong công tác giao đất, khoán rừng và quản lý tài nguyên thiên nhiên”, Luật tục và phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam (Kỷ yếu hội thảo khoa học), Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.

---

\* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

người với con người trong cộng đồng, thể hiện ý chí của toàn thể cộng đồng, được thực hiện một cách tự giác, theo thói quen, nhưng vẫn có tính cưỡng chế và bắt buộc đối với những ai không tuân theo. Luật tục là những quy định của quần chúng trong cộng đồng tộc người đặt ra để điều hoà mối quan hệ của tập thể cộng đồng một cách tự nguyện và dân chủ, không phải là luật lệ do một tầng lớp người đặt ra và thực thi để bảo vệ quyền lợi của giai cấp thống trị.

Luật tục ở mỗi dân tộc có tên gọi riêng, ví như Hít Khong (Thái), Phatkdi (Ê Đê), Phat Ktuooi (Mnong), N'ri (Mạ). Hiện nay, hình thức tồn tại của luật tục tồn tại ở các dạng khác nhau: Thứ nhất, luật tục thể hiện dưới dạng lời nói vẫn truyền miệng từ đời này sang đời khác như luật tục Ê Đê, M'ngong, Mạ, Bana, Giarai; thứ hai, luật tục tồn tại dạng văn tự ví dụ như luật tục người Thái, luật tục người Chăm<sup>2</sup>.

## 2. Đặc điểm của luật tục

*Thứ nhất*, luật tục là một công trình tập thể của cả cộng đồng và được chọn lọc, lưu truyền qua nhiều thế hệ<sup>3</sup>. Mỗi điều khoản trong luật tục thường thể hiện "quy tắc xử sự" theo công thức phổ biến: Nêu sự kiện, hành vi - dẫn giải tác hại của hành vi vi phạm (hoặc không vi phạm) - yêu cầu xử lý chung hoặc đưa ra chế tài cụ thể. Các hành vi vi phạm thường được nêu cụ thể, chi tiết. Thậm chí là cách so sánh được dùng rất phổ biến trong toàn bộ luật tục, bởi đây là cách diễn đạt gần gũi nhất với người dân, phù hợp với trình độ tư duy nhận thức của họ. Phần yêu cầu xử lý thường nêu chế tài với người vi phạm, song cũng có khi không

nêu chế tài cụ thể, mà chỉ nhắc nhở, răn đe để con người tránh không vi phạm.

Luật tục phản ánh ý chí chung của cộng đồng, là hệ thống các quy phạm trên cơ sở quan niệm đạo đức xã hội. Tinh thần của luật tục là đưa ra quy phạm để giải quyết có lý, có tình những mâu thuẫn, đề răn đe, giáo dục. Luật tục hướng thiện cho con người, đã làm người phải làm người thật thà, không gian dối, không làm điều ác, mang tính khuyên răn.

*Thứ hai*, luật tục có phạm vi điều chỉnh rộng, bao quát toàn bộ các lĩnh vực quan hệ xã hội trong cộng đồng người. Với tính chất như một khuôn mẫu về ứng xử được cả cộng đồng thừa nhận, phạm vi điều chỉnh của luật tục phải đảm bảo được tính rộng rãi, hầu như bao quát tất cả những quan hệ xã hội nảy sinh trong cộng đồng người, để khi xảy ra hành vi cần áp dụng, luật tục có sẵn như một thước đo cho sự ứng xử đó. Căn cứ vào tính chất, đặc điểm của những quan hệ xã hội được điều chỉnh, có thể phân thành những nhóm lĩnh vực được luật tục điều chỉnh như: Lĩnh vực tổ chức và quản lý cộng đồng, lĩnh vực ổn định trật tự an ninh và đảm bảo lợi ích cộng đồng; lĩnh vực tôn trọng, tuân thủ, bảo vệ phong tục, tập quán; lĩnh vực quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình; lĩnh vực quản lý, sử dụng đất đai, bảo vệ sản xuất, môi trường; lĩnh vực duy trì và giáo dục nếp sống văn hóa, tín ngưỡng.

*Thứ ba*, luật tục được đảm bảo thực hiện bằng sức mạnh của dư luận cộng đồng, bằng chính sự tự giác của mỗi cá nhân, có khi như một thói quen. Dư luận cộng đồng là lực lượng hướng dẫn và cưỡng chế các thành viên ứng xử theo đúng chuẩn mực của quy ước và luật tục. Dư luận cộng đồng góp phần cổ vũ, khích lệ các thành viên chấp hành các quy định của luật tục, làm tốt các điều phải làm, có tác dụng răn đe, ngăn

<sup>2</sup> Ngô Đức Thịnh (2003), *Tìm hiểu luật tục các tộc người ở Việt Nam*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, tr. 89.

<sup>3</sup> Ngô Đức Thịnh (2003), *Tìm hiểu luật tục các tộc người ở Việt Nam*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, tr. 10.

ngừa những người có hành động vi phạm luật tục. Mặt khác, tín ngưỡng, thần linh cũng chi phối ý thức tuân thủ luật tục của cả cộng đồng. Các vi phạm phong tục sẽ xúc phạm đến các vị thần và họ sẽ không che chở bảo vệ cho người dân. Vì vậy, việc xét xử công minh, ý thức coi trọng luật tục còn do yếu tố thần linh trong đời sống chi phối buộc họ tự giác thực hiện. Cơ chế thần linh chính là một sức mạnh hỗ trợ cho cơ chế cộng đồng dựa trên nền tảng luật tục được duy trì và tôn trọng trong cộng đồng. Luật tục được cộng đồng các dân tộc sáng tạo và chấp nhận, tuân thủ một cách tự nguyện theo nguyên tắc dân chủ, công khai, minh bạch.

### 3. Mối quan hệ giữa luật tục và pháp luật

Pháp luật của chúng ta là pháp luật của dân, do dân và vì dân. Pháp luật luôn mang tính thống nhất, trong khi đó mức độ phát triển của xã hội trong phạm vi từng vùng, từng địa phương, từng dân tộc lại không đồng đều về nhiều mặt. Do vậy, không phải lúc nào pháp luật cũng có hiệu lực như nhau ở các phạm vi lãnh thổ khác nhau, với những điều kiện xã hội khác nhau. Trong khi đó luật tục, ở một phạm vi nhất định cũng có vai trò, giá trị xã hội quan trọng như pháp luật, đó là điều chỉnh các quan hệ xã hội, duy trì và ổn định trật tự xã hội của cộng đồng, đảm bảo cho cộng đồng tồn tại và phát triển, nhưng luật tục lại không phải là pháp luật.

Như vậy, giữa luật tục và pháp luật, một mặt cùng thực hiện vai trò là duy trì và ổn định một trật tự cần thiết cho phát triển xã hội, điều chỉnh và điều hòa các quan hệ xã hội. Mặt khác, luật tục khác với pháp luật cả về nguồn gốc nảy sinh, đối tượng áp dụng, cách thức thi hành và thang bậc của sự phát triển. Tuy nhiên, nếu chúng ta gò bó luật tục

theo nghĩa không phải pháp luật Nhà nước, thì thực tế lại không đúng. Mặc dù không có sự đồng nhất về vị trí của luật tục trong mối tương quan với pháp luật của Nhà nước nhưng vai trò của luật tục chưa bao giờ bị phủ nhận hoàn toàn.

Trong mối quan hệ với pháp luật, vai trò của luật tục được thể hiện ở ba phương diện: *Một là*, luật tục, trong những phạm vi nhất định và ở một số lĩnh vực nhất định có khả năng thay thế pháp luật; *hai là*, luật tục có vai trò bổ sung cho pháp luật trong những điều kiện nhất định; và *ba là*, luật tục có tác dụng hỗ trợ cho pháp luật trong nhiều lĩnh vực<sup>4</sup>.

Với vai trò là công cụ hữu hiệu nhất của Nhà nước trong việc điều chỉnh các quan hệ phát sinh trong đời sống xã hội, pháp luật có tác động mạnh mẽ đến hầu hết các phương tiện điều chỉnh các quan hệ xã hội, trong đó có luật tục.

Pháp luật được Nhà nước ban hành và bảo đảm thực hiện bằng bộ máy quyền lực được tổ chức chặt chẽ từ trung ương tới địa phương nên pháp luật có tác động mạnh mẽ tới luật tục. Pháp luật củng cố và bảo vệ những quy định tiến bộ của luật tục. Pháp luật được xây dựng dựa trên nền tảng là những phong tục, tập quán tốt đẹp của các dân tộc anh em trên lãnh thổ Việt Nam, trong đó có những quy định của luật tục. Pháp luật góp phần hỗ trợ, đảm bảo cho các quy định tiến bộ của luật tục được thừa nhận và phổ biến rộng hơn trong toàn xã hội, đó là sự thừa nhận chính thức của Nhà nước đối với những quy định của luật tục. Nhờ có sự thừa nhận này của Nhà nước mà luật tục của đồng bào các dân tộc thiểu số

<sup>4</sup> Nguyễn Việt Hương (2000), "Giá trị của luật tục từ góc nhìn pháp lý", Luật tục và phát triển nông thôn hiện nay ở Việt Nam (Kỷ yếu hội thảo khoa học), Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.

được tôn trọng và bảo vệ bằng chính các thiết chế của Nhà nước. Khi có hành vi vi phạm luật tục xảy ra, các cơ quan có thẩm quyền không những áp dụng các biện pháp xử lý căn cứ theo quy định của luật tục, mà còn áp dụng cả những biện pháp xử lý nghiêm minh theo quy định của pháp luật. Như vậy, luật tục đã được đảm bảo thực hiện tốt hơn, phát huy tối đa sự điều chỉnh của mình đối với các quan hệ xã hội nảy sinh trong cộng đồng.

Để củng cố và bảo vệ những quy định tốt đẹp mang tính tiến bộ trong luật tục, pháp luật ghi nhận các quy định đó và truyền bá rộng rãi trong xã hội. Có những quy định nghiêm cấm những hành vi vi phạm phong tục, tập quán tốt đẹp trong đó. Khi các quy định của luật tục được truyền bá rộng rãi, khoảng cách sống của đồng bào các dân tộc thiểu số được rút ngắn, hòa nhập với đời sống chung của cả cộng đồng. Như vậy, các dân tộc tôn trọng những phong tục, tập quán tốt đẹp của nhau, cùng lấy pháp luật làm khuôn mẫu xử sự chung cho hành vi của mình, khối đại đoàn kết dân tộc vì thế được củng cố.

Bên cạnh việc ghi nhận, bảo vệ những quy định tiến bộ trong luật tục, pháp luật còn có vai trò quan trọng trong việc loại trừ những phong tục, tập quán, những quy định lạc hậu, ngăn cản sự tiến bộ của cộng đồng người dân tộc thiểu số. Luật tục tồn tại trên cơ sở là hình thái ý thức xã hội, nó tồn tại lâu đời, được truyền bá từ thế hệ này sang thế hệ khác và đã là thói quen của đồng bào dân tộc thiểu số. Trong luật tục, có những quy định đã trở nên lạc hậu, làm cản trở sự phát triển tiến bộ của đồng bào các dân tộc thiểu số, nhưng vẫn tồn tại và được người dân chấp nhận. Để loại bỏ những quy định lạc hậu này, pháp luật đóng vai trò quan trọng, bằng các quy định cụ thể không cho

phép hay cấm đoán việc thực hiện những hành vi, những phong tục lạc hậu, không có lợi cho sự phát triển của cộng đồng người dân tộc thiểu số; như việc không công nhận tục hôn nhân "nôi nôi" của người Êđê. Kết hợp với đó, Nhà nước ta có biện pháp tuyên truyền, vận động đồng bào dân tộc thiểu số hiểu những quy định nào là lạc hậu, không còn phù hợp, vận động họ không thực hiện những hành vi đã lạc hậu theo quy định của luật tục. Nhà nước có những biện pháp khuyến khích và bắt buộc cộng đồng người dân tộc thiểu số thực hiện những hành vi tiến bộ, phù hợp với sự phát triển chung của cộng đồng, vì lợi ích của chính cộng đồng người dân tộc thiểu số.

Pháp luật còn góp phần ngăn chặn việc hình thành những phong tục, tập quán, những quy định của luật tục trái với tiến bộ xã hội, trái với những quy định của pháp luật, góp phần hình thành những phong tục, tập quán tiến bộ mới.

Đồng bào người dân tộc thiểu số sinh sống ở những buôn làng xa xôi, hẻo lánh, điều kiện kinh tế còn nhiều khó khăn, điều kiện tiếp xúc với những thông tin tiến bộ, những quy định của pháp luật còn hạn chế. Chính vì thế, những quy định phản tiến bộ, lạc hậu vẫn tiếp tục được phát sinh trên cơ sở niềm tin vào thần linh, trời phạt của người dân là không thể tránh khỏi. Cùng với đó, tình trạng một số phần tử xấu lợi dụng sự kém hiểu biết của đồng bào dân tộc thiểu số, niềm tin vào thần linh để tuyên truyền những luận điểm trái với quy định của pháp luật, đi ngược lại truyền thống tốt đẹp của đồng bào, đường lối chủ trương của Đảng và Nhà nước ta. Để tình trạng này không tiếp tục phát sinh, pháp luật giữ vai trò quan trọng nhất, Nhà nước ta luôn quan tâm tới việc cải thiện đời sống cho cộng đồng người dân tộc thiểu số, đồng thời tiến hành nhiều

biện pháp để cho họ tiếp cận nhiều hơn với pháp luật, với những quy định tiến bộ của Đảng và Nhà nước. Pháp luật từ đó cũng dần đi vào cuộc sống của người dân tộc thiểu số, góp phần đáng kể trong việc ngăn chặn những phong tục, tập quán, những quy định mới lạc hậu tiếp tục hình thành trong luật tục; ngăn chặn những luồng tư tưởng từ các phần tử xấu đi ngược lại quy định tốt đẹp của luật tục, phá hoại tinh thần đoàn kết của dân tộc ta.

Pháp luật còn đóng vai trò quan trọng trong việc hình thành các quy định mới của luật tục. Khi pháp luật đã được tuyên truyền, thực hiện trong cuộc sống đồng bào dân tộc thiểu số, nhiều quy định của pháp luật phù hợp với cuộc sống của họ, bảo vệ lợi ích chung của cả cộng đồng sẽ dễ dàng được người dân chấp nhận và tuân thủ. Trong trường hợp này, những quy định mới sẽ được bổ sung, hình thành trong luật tục. Như vậy, những quy định tiến bộ này được pháp luật ghi nhận và ủng hộ, củng cố thêm vai trò điều chỉnh các quan hệ xã hội mới phát sinh trong cộng đồng người dân tộc thiểu số.

Tóm lại, giữa pháp luật và luật tục có mối quan hệ mật thiết, tác động qua lại với nhau. Khi phù hợp với nhau, chúng bổ sung cho nhau, tạo nên hiệu quả điều chỉnh mạnh mẽ đối với hành vi của con người, đặc biệt là với đồng bào các dân tộc thiểu số. Sự phù hợp giữa pháp luật và luật tục, sự bổ sung, điều chỉnh theo hướng tích cực cho nhau giữa chúng phụ thuộc vào nhiều yếu tố, quan trọng nhất là sự nhận thức đúng đắn của Nhà nước ta về vai trò điều chỉnh xã hội của cả pháp luật và luật tục trong bối cảnh xây dựng nhà nước pháp quyền.

#### **4. Giải pháp khắc phục những hạn chế, phát huy những tích cực của luật tục ở Việt Nam hiện nay**

#### ***Giải pháp khắc phục những hạn chế của luật tục***

Trong luật tục còn nhiều các quy định mà ở mức độ này hoặc mức độ khác, không đáp ứng yêu cầu của thực tiễn cuộc sống, trái với các quy định của pháp luật. Đối với các quy định này có thể xem xét, giải quyết theo các hướng sau:

- Các quy định mâu thuẫn sâu sắc với tinh thần của pháp luật, cần nhanh chóng khắc phục và loại bỏ, ví dụ như các tập quán hôn nhân mang tính chất mua bán. Ở một số buôn làng của người Kơ ho, tuổi kết hôn còn thấp hơn so với Luật Hôn nhân và gia đình hiện hành, tình trạng tảo hôn vẫn xảy ra. Nhiều nghi lễ cưới xin phản ảnh bản sắc văn hoá truyền thống nhưng không thông qua chính quyền vẫn tồn tại ở luật tục: “Việc ly dị phải do cộng đồng mà đại diện chủ làng và già làng xét xử”<sup>5</sup>. Điều này trái với quy định của pháp luật trong việc tuyên bố ly hôn phải do tòa án thực hiện, cần được loại bỏ.

- Các quy định chưa thật sự phù hợp với pháp luật, nhưng nếu các quan hệ xã hội mà chúng điều chỉnh có thể còn tồn tại tương đối lâu dài mà pháp luật chưa có quy định cụ thể hoặc chưa thâm nhập được, thì có thể dung hòa, duy trì tạm thời và khắc phục dần. Ví dụ, luật tục về lễ vật trong kết hôn trước kia là trâu, lợn, gà rươi, ché, tấm vải dệt..., ngày nay, lễ vật của nhà gái với nhà trai trong cưới xin là tiền, vàng và đất đai với giá trị cao hơn nhiều, số tiền thách cưới tùy từng vùng (15-20 triệu ở Bảo Lâm)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Phan Ngọc Chiến (chủ biên) và nhiều tác giả, *Người Kơ Ho ở Lâm Đồng*, Nxb. Trẻ, Hà Nội, 2003, tr.122.

<sup>6</sup> Phan Ngọc Chiến (chủ biên) và nhiều tác giả, *Người Kơ Ho ở Lâm Đồng*, Nxb. Trẻ, Hà Nội, 2003, tr.123.

- Các quy định tuy không mâu thuẫn với pháp luật, nhưng không thúc đẩy tiến bộ xã hội, có thể duy trì khắc phục dần về nội dung. Ví dụ: Việc cấm đánh cá, bảo vệ những khúc sông, suối đó được thần thánh, tâm linh hoá; do đó, ngoài việc sợ bị phạt, dân Mường còn sợ làm kinh động đến các vị thần linh.

***Giải pháp phát huy những tích cực của luật tục***

Bên cạnh việc khắc phục những hạn chế của luật tục, Nhà nước ta cần phát huy những mặt tốt, tích cực về vai trò của luật tục trong bối cảnh xây dựng nhà nước pháp quyền. Trong thời gian tới, Nhà nước cần chú trọng các giải pháp hướng tới đảm bảo lợi ích cho đồng bào các dân tộc thiểu số trên các lĩnh vực của đời sống xã hội. Nhà nước trong giai đoạn mới cần tiếp tục phát huy, kế thừa các quan điểm, phong tục, tập quán tiến bộ trong luật tục của các dân tộc, tạo môi trường thuận lợi cho các quy định tiến bộ của luật tục hình thành, tồn tại và phát triển. Đó là:

***Tăng cường công tác tuyên truyền pháp luật cho đồng bào dân tộc thiểu số***

Hình thức để thực hiện tốt công tác tuyên truyền pháp luật tới đồng bào các dân tộc thiểu số rất đa dạng và sử dụng nhiều phương pháp, nhiều lực lượng để tuyên truyền. Cách làm có hiệu quả là sử dụng chính lực lượng cán bộ, công chức là người dân tộc thiểu số trong các cơ quan, tổ chức đoàn thể tại địa phương. Họ chính là lực lượng hạt nhân quan trọng đóng vai trò tích cực trong việc tuyên truyền phổ biến pháp luật đi vào cuộc sống của đồng bào mình. Họ nắm rõ và hiểu được những phong tục, tập quán, lối sống của chính dân tộc mình. Khi tuyên truyền, phổ biến pháp luật tới người dân ở chính nơi họ sinh sống sẽ tạo

được niềm tin cho cộng đồng và có sức thuyết phục cao.

***Xây dựng và đổi mới luật tục***

Tổ chức sưu tầm, thống kê sưu tầm, nghiên cứu luật tục của các dân tộc cần được tiến hành trên diện rộng và có sự phối hợp của nhiều địa phương dưới sự chỉ đạo chung của một cơ quan có thẩm quyền. Có thể tiến hành bằng cách: Ở mỗi địa phương có luật tục của đồng bào các dân tộc thiểu số tiến hành thống kê toàn bộ những quy định hiện có của luật tục, phân loại quy định tiến bộ, quy định lạc hậu, trái pháp luật để có thể dễ dàng trong việc áp dụng chúng trong quá trình điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh đáp ứng tâm lý tôn trọng luật tục của đồng bào các dân tộc thiểu số, vừa đạt được mục đích quản lý của Nhà nước ta bằng pháp luật.

***Nâng cao vai trò của những người đứng đầu trong cộng đồng người dân tộc thiểu số trong quá trình phát huy mối quan hệ pháp luật và luật tục hiện nay***

Nhà nước ta cần có biện pháp đào tạo người đứng đầu buôn làng, già làng trưởng bản trở thành những hạt nhân tích cực trong việc phát huy mối quan hệ và kết hợp pháp luật và luật tục để đạt được mục đích điều chỉnh xã hội nói riêng ở vùng đồng bào các dân tộc thiểu số. Nhà nước ta cần có những chế độ đãi ngộ, tạo điều kiện cho họ tham gia những lớp học tuyên truyền, phổ biến pháp luật, tăng cường sự giao lưu giữa những người đứng đầu các buôn làng với đại diện chính quyền địa phương, với các cán bộ tuyên truyền pháp luật của Nhà nước. Đồng thời, tạo cơ hội cho họ thâm nhập cuộc sống mới và tiếp cận với các văn bản pháp luật, khai thác triệt để ảnh hưởng tích cực của họ đối với các thành viên trong cộng đồng các dân tộc thiểu số.

# QUY ĐỊNH VỀ HÌNH PHẠT TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NHẬT BẢN

*Trần Tuấn Minh\**  
*Nguyễn Lê Dân\*\**

**Tóm tắt:** Hình phạt là chế định quan trọng trong pháp luật hình sự. Mỗi quốc gia có một cách quy định riêng về hệ thống hình phạt phù hợp với các yếu tố lịch sử, văn hóa, xã hội của quốc gia đó; từ đó tạo ra những điểm đặc trưng trong hệ thống hình phạt của từng quốc gia. Bài viết tập trung nghiên cứu, phân tích các quy định về hệ thống hình phạt trong Bộ luật Hình sự Nhật Bản, từ đó đưa ra một số đánh giá, nhận xét về các quy định này và một số gợi mở cho Việt Nam.

**Abstract:** Penalty is an important legal regime in criminal law. Each State has its own way to penalty system subject to its historical, cultural, and social factors. The article focuses on study and analysis of legal provisions on penalty system under Japan's Penal Code, thereby it makes observations and commentary, and draws out certain implications for Viet Nam.

## 1. Khái quát lịch sử hình thành Bộ luật Hình sự Nhật Bản

Hệ thống tư pháp hình sự Nhật Bản trước đây chịu ảnh hưởng nặng nề từ Trung Quốc vào đầu thế kỷ thứ VIII. Nó phát triển cùng với chế độ của những samurai và đặc trưng của các hình phạt thời kỳ này là sự độc đoán và khắc nghiệt. Trong thời kỳ hiện đại hóa - sau năm 1868, Nhật Bản đã học tập mô hình tư pháp của Pháp do Pháp là quốc gia có hệ thống pháp luật thành văn và nền tư pháp hoàn thiện, phát triển. Vào năm 1880, Bộ luật Hình sự (BLHS) và Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) của Pháp được giới thiệu và tham khảo tại Nhật Bản<sup>1</sup>.

Tuy nhiên, do sự chi tiết và cụ thể của các quy định này không thực sự phù hợp với

hoàn cảnh của xã hội Nhật Bản lúc bấy giờ (chịu ảnh hưởng của tư tưởng Trung Quốc, tái thiết lập xã hội dưới thời Minh Trị, chính sách bế quan tỏa cảng...), các học giả và nhà lập pháp quyết định đi theo trường phái pháp luật hình sự mới của Đức, trong đó cho phép các thẩm phán có nhiều quyền quyết định hơn. BLHS hiện hành của Nhật Bản được ban hành vào năm 1907. BLTTHS được ban hành lần đầu tiên năm 1890, sau đó dưới ảnh hưởng của luật Đức, Bộ luật mới được ban hành vào năm 1922. Sau Thế chiến II, Hiến pháp mới cũng được ban hành vào năm 1946 và có hiệu lực vào năm 1947 dưới ảnh hưởng lớn của các quốc gia Đồng minh, đặc biệt là Hoa Kỳ. Năm 1947, một số điều khoản được coi là vi hiến đã bị xóa khỏi BLHS, chẳng hạn như những điều khoản để trừng phạt ngoại tình và bảo vệ đặc biệt của gia đình hoàng gia. Trong đó, Bộ luật mới dựa trên mô hình hệ thống của Mỹ. Như vậy, có thể thấy, pháp luật hình sự nói riêng và hệ

\* Viện Nhà nước và Pháp luật.

\*\* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

<sup>1</sup> Kanako Takayama, *Reform of the criminal justice system in Japan*, <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2011-1-page-245.htm#>, truy cập ngày 11/10/2019.

thống pháp luật của Nhật Bản nói chung trong thời kỳ này và trở về sau chịu sự ảnh hưởng lớn của hệ thống Civil law, nhất là pháp luật của Pháp, Đức và sau này ít nhiều cũng chịu sự ảnh hưởng từ hệ thống pháp luật Mỹ. Những ảnh hưởng này cũng đồng thời đem lại đặc trưng trong hệ thống hình phạt của BLHS Nhật Bản.

## **2. Khái niệm, mục đích và hệ thống hình phạt trong Bộ luật Hình sự Nhật Bản**

Trong lĩnh vực tư pháp hình sự, tội phạm và hình phạt là những chế định quan trọng nhất của luật hình sự, có mối quan hệ gắn bó với nhau. Khi nói đến luật hình sự, dù đề cập tới nội dung nào thì mối quan tâm chính vẫn tập trung về vấn đề tội phạm và hình phạt. Hình phạt chính là hậu quả pháp lý của tội phạm.

BLHS Nhật Bản, trong phần hình phạt, hoàn toàn không có bất cứ quy định nào chi tiết về khái niệm hình phạt cũng như mục đích của hình phạt<sup>2</sup>. Điều này có thể do sự ảnh hưởng của hệ thống Common law, mà cụ thể là ảnh hưởng của hệ thống pháp luật hình sự của Mỹ. Quyển 18 của Bộ luật Liên bang của Mỹ về các tội phạm và thủ tục tố tụng hình sự cũng không có quy định cụ thể về khái niệm hình phạt cũng như mục đích hình phạt, chỉ có các quy định về các hành vi tội phạm và những hình phạt tương ứng đi kèm với nó<sup>3</sup>. Mặc dù không được định nghĩa trong luật, tuy nhiên các hình phạt trong BLHS Nhật Bản thể hiện những điểm

tương đồng nhất định với khái niệm về hình phạt theo quan niệm chung của khoa học luật hình sự. Đồng thời, các mục đích của hình phạt cũng được thể hiện qua các quy định về hình phạt hoặc trong các tội phạm cụ thể.

Có thể thấy, BLHS của Nhật Bản đã có cách thể hiện bao quát về khái niệm và mục đích của hình phạt. Tuy nhiên, về cơ bản, quy định hình phạt của BLHS Nhật Bản vẫn đảm bảo bản chất của hình phạt. BLHS Nhật Bản vẫn nhận định hình phạt là những biện pháp cưỡng chế nghiêm khắc của Nhà nước, do tòa án áp dụng đối với người phạm tội thông qua một bản án có hiệu lực pháp luật; nhằm trừng trị, tước bỏ, hạn chế các quyền tự do của người phạm tội, đồng thời giáo dục, cải tạo, ngăn ngừa tội phạm; thực thi công lý và bồi thường đối với những người chịu ảnh hưởng của tội phạm.

Hiện nay, Chương II BLHS Nhật Bản quy định các loại hình phạt đối với các tội phạm được quy định trong bộ luật. Chương II gồm 14 điều, bắt đầu từ Điều 9 tới Điều 21, trong đó quy định cụ thể các loại hình phạt và một số giới hạn, điều chỉnh đối với các loại hình phạt đó. Tại Điều 9 BLHS Nhật Bản ghi nhận có 6 loại hình phạt chính, trong đó bao gồm: Tử hình, phạt tù có lao động, phạt tù không có lao động, phạt tiền, phạt tù ngắn hạn và phạt tiền cảnh cáo. Ngoài ra, Điều 9 cũng ghi nhận tịch thu tài sản là một hình phạt bổ sung. Có thể thấy, hệ thống hình phạt trong BLHS Nhật Bản được quy định theo thứ tự từ hình phạt nặng nhất cho tới nhẹ nhất.

## **3. Các hình phạt cụ thể trong Bộ luật Hình sự Nhật Bản**

### **3.1. Tử hình**

<sup>2</sup> BLHS Nhật Bản, <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1960&re=02&vm=04>, truy cập ngày 11/10/2019.

<sup>3</sup> Title 18 of the United States Code, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18>, truy cập ngày 11/10/2019.

Hình phạt tử hình được coi là hình phạt khắc nghiệt nhất và hiếm khi được thi hành. Khoản 1 Điều 11 BLHS Nhật Bản về hình phạt tử hình quy định việc thi hành hình phạt được thực hiện bằng hình thức treo cổ. Người chịu hình phạt tử hình sẽ bị giam giữ trong nhà tù cho tới khi chấp hành hình phạt.

Có thể thấy, Nhật Bản vẫn duy trì hình phạt tử hình cho tới ngày nay. Tuy nhiên, trước đó, vào năm 818, Thiên hoàng Saga đã bãi bỏ hình phạt tử hình. Việc bãi bỏ này xuất phát từ việc Thiên hoàng Saga chịu một số ảnh hưởng từ nền văn hóa Trung Quốc lúc bấy giờ, và có sự quan tâm nhất định tới Phật giáo. Lệnh cấm này kéo dài hơn 3 thế kỷ, và trong khoảng thời gian đó, các tội phạm chính trị quan trọng sẽ bị lưu đày tới những hòn đảo hẻo lánh khác<sup>4</sup>. Tuy nhiên, sau đó hình phạt tử hình được ghi nhận lại và kéo dài cho tới nay.

Một số hành vi tội phạm có thể bị áp dụng hình phạt tử hình theo quy định trong BLHS Nhật Bản bao gồm: Tội bạo loạn lật đổ chính quyền (đối với người cầm đầu); Tội phản bội tổ quốc (có thông đồng với nước ngoài); Tội giúp đỡ kẻ địch (trong giai đoạn chiến tranh); Tội phóng hỏa các cơ sở lưu trú có người ở (tòa nhà, tàu hỏa, tàu điện...); Tội gây ngập lụt làm hư hỏng, thiệt hại các cơ sở lưu trú có người (tòa nhà, tàu hỏa, tàu điện...); Tội phá hủy, làm chìm hoặc làm lật các loại tàu, tàu điện, tàu thủy dẫn tới chết người; Tội làm ô nhiễm nguồn nước sinh hoạt, nước uống bởi các chất thải, vật liệu độc hại dẫn tới hậu quả chết người; Tội giết người; Tội cướp đoạt tài sản dẫn tới

chết người; Tội cướp đoạt tài sản và hiếp dâm dẫn tới chết người...<sup>5</sup> Như vậy, có thể thấy, đa phần các tội được quy định trong BLHS Nhật Bản có hình phạt tử hình đều phải có hậu quả là làm chết người.

Theo hệ thống luật pháp Nhật Bản, tòa án phải dựa trên 9 tiêu chí chặt chẽ để đưa ra phán quyết xem bị cáo có phải nhận mức án cao nhất – mức án tử hình hay không. 9 tiêu chí được đưa ra xem xét trong một vụ án bao gồm: Mức độ xấu xa; động cơ; cách thức nạn nhân bị giết hại, kết quả phạm tội, số lượng nạn nhân; quan điểm của các thành viên gia đình nạn nhân, mức độ ảnh hưởng tới xã hội Nhật Bản; độ tuổi của bị cáo; lịch sử phạm tội của bị cáo và mức độ ăn năn hối cải của bị cáo<sup>6</sup>.

Trong các tiêu chí kể trên, số lượng nạn nhân bị sát hại là yếu tố quan trọng nhất để tòa ra phán quyết mức án tử hình. Theo một báo cáo vào năm 2012 của Viện nghiên cứu trực thuộc Tòa án tối cao Nhật Bản nhằm đưa ra hướng dẫn cho bồi thẩm đoàn khi quyết định hình phạt tử hình, đa phần các quyết định tử hình đều được đưa ra đối với các vụ án có nhiều nạn nhân bị sát hại. Báo cáo cho biết, từ năm 1980 đến năm 2009, hình phạt tử hình đã được áp dụng trong 32% các vụ án giết một người, 59% trong các vụ án giết 2 người, và 79% đối với các vụ án có từ 3 người chết trở lên. Giết người trong các vụ án bắt cóc tống tiền có tỉ lệ 50% bị kết án tử hình. Và, 100% vụ việc mà

<sup>4</sup> Nishioka Kazuhiko, *Batsu*, <http://eos.kokugakuin.ac.jp/modules/xwords/entry.php?entryID=1472>, truy cập ngày 11/10/2019.

<sup>5</sup> Điều 77, 81, 82, 108, 119, 126, 146, 199, 240, 241 BLHS Nhật Bản, <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1960&re=02&vm=04>, truy cập ngày 11/10/2019.

<sup>6</sup> Hồng Hạnh, *Tội phạm như thế nào sẽ nhận án tử hình ở Nhật Bản*, <https://baotintuc.vn/the-gioi/toi-pham-nhu-the-nao-se-nhan-an-tu-hinh-o-nhat-ban-20180205192045997.htm>, truy cập ngày 11/10/2019.

ở đó người phạm tội sau khi được tha tù trước thời hạn lại tái phạm giết người sẽ phải chịu hình phạt tử hình<sup>7</sup>.

Với quy định của luật pháp Nhật Bản, sau khi một đối tượng bị bắt giữ, trong vòng 23 ngày, các điều tra viên phải tiến hành để xem xét liệu đối tượng đó có bị đưa ra xét xử phạm tội hay không. Trong giai đoạn xét xử, các thẩm phán đặc biệt coi trọng “lời thú tội” của nghi phạm, được coi là có giá trị hơn nhiều so với chứng cứ khách quan. Một khi nghi phạm thú nhận tội danh và ký vào bản khai nhận viết tay, sau này dù họ có phản cung rằng lời thú nhận đó chưa phải sự thực, thì tại phiên tòa, lý do đó cũng khó được chấp thuận. Điều này dẫn đến mục đích cuối cùng của các cuộc điều tra là có được lời “thú tội” của nghi phạm trong vòng 23 ngày. Các nghi phạm sẽ bị tạm giam riêng biệt trong các trung tâm giam giữ và chỉ được tiếp xúc với luật sư. Cho đến khi các phiên xét xử được diễn ra, những lời khai trong quá trình điều tra cũng được coi là quan trọng hơn bằng chứng đưa ra trước tòa. Chính vì vậy, thông thường, bị cáo sẽ không khai báo mâu thuẫn với những căn cứ thực tế, mà thay vào đó tìm cách làm giảm nhẹ tội.

Theo BLTTHS Nhật Bản, án tử hình được thực thi trong vòng 6 tháng kể từ khi có phán quyết chính thức. Bộ trưởng Bộ Tư pháp sẽ là người đưa ra lệnh hành quyết, bị cáo nhận án tử hình sẽ không biết chính xác ngày hành quyết của mình mà chỉ biết vài

phút trước khi việc đó diễn ra. Chính phủ Nhật Bản cho rằng, việc này sẽ tránh xảy ra tình trạng tử tù biết được thời gian hành quyết và có thể tự tử trước khi thi hành hình phạt.

Do đã là thành viên của Công ước về quyền trẻ em và Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị, trong đó nghiêm cấm việc áp dụng các hình phạt đối với người dưới 18 tuổi, Nhật Bản đã đặt ra độ tuổi tối thiểu áp dụng hình phạt tử hình đối với người chưa thành niên là đủ 18 tuổi (Điều 51 Luật Người chưa thành niên)<sup>8</sup>. Mặc dù việc áp dụng hình phạt tử hình đối với người chưa thành niên (theo pháp luật Nhật Bản là người dưới 20 tuổi) là rất hiếm, tuy nhiên, những đối tượng chưa thành niên từ đủ 18 tuổi tới dưới 20 tuổi đã thực hiện hành vi phạm tội có áp dụng hình phạt tử hình vẫn có thể phải chịu hình phạt này.

Về vấn đề hình phạt tử hình, mặc dù nhận nhiều áp lực tới từ các quốc gia trên thế giới và những làn sóng nhân quyền, tuy nhiên, các Bộ trưởng Bộ Tư pháp Nhật Bản thường viện dẫn lý do văn hóa để ủng hộ việc giữ lại hình phạt này. Cựu Bộ trưởng Bộ Tư pháp, Hatoyama Kunio đã bảo lưu quan điểm rằng, hình phạt tử hình là một chế định hình phạt có nguồn gốc sâu xa trong lịch sử cũng như văn hóa của Nhật Bản<sup>9</sup>. Còn cựu Bộ trưởng Bộ Tư pháp Moriyama Mayumi khẳng định rằng, tử hình đã ăn sâu vào nhận thức, quan điểm của người dân Nhật Bản về tội lỗi. Theo bà,

<sup>7</sup> Japan Times, *To advise lay judges, Supreme Court institute cites death penalty precedents*, [www.japantimes.co.jp/text/nn20120725a2.html](http://www.japantimes.co.jp/text/nn20120725a2.html); Asia One, *Japan's death terms rise 4-fold over 20 years*, <http://www.news.asiaone.com/News/AsiaOne%2Bnews/Asia/Story/A1Story20120725-361192.html>, truy cập ngày 11/10/2019.

<sup>8</sup> Luật Người chưa thành niên Nhật Bản. Xem: [http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail\\_main?re=&vm=2&id=1978&fbclid=IwAR1XMbLCFGBKUZ3ZLcSpb4vKqDRjNIwuZinpvPnr8kR1n9I QlcuiKYmex7I](http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?re=&vm=2&id=1978&fbclid=IwAR1XMbLCFGBKUZ3ZLcSpb4vKqDRjNIwuZinpvPnr8kR1n9I QlcuiKYmex7I), truy cập ngày 11/10/2019.

<sup>9</sup> Kunio Hatoyama, *The 169th Legal Affairs Committee of the House of Representatives*, tr. 25.

nó được thể hiện qua khái niệm *shinde wabiru*, nghĩa là sự chuộc lỗi về một tội ác hoặc hành vi đáng xấu hổ của bản thân thông qua việc kết thúc cuộc đời của họ<sup>10</sup>. Dựa trên khái niệm này, Chính phủ Nhật Bản đã công nhận rằng, hình phạt tử hình có chức năng, tác dụng làm thỏa mãn nạn nhân. Các cơ quan chức năng thường sử dụng cụm từ *higaisha kanjo wo koryo shite* (tôn trọng cảm xúc mất mát của gia đình nạn nhân) và cho rằng đó là nghĩa vụ của kẻ giết người trong việc chuộc lỗi cho hành vi phạm tội của mình thông qua cái chết<sup>11</sup>. Hơn thế nữa, cũng có ý kiến cho rằng, Nhật Bản đã lưu giữ văn hóa này trong suốt 2000 năm qua, và việc bãi bỏ hình phạt tử hình sẽ bị coi là quay lưng lại với truyền thống dân tộc<sup>12</sup>. Có thể thấy, những yếu tố trên đã khiến hình phạt tử hình vẫn được lưu giữ, ghi nhận trong hệ thống hình phạt của Nhật Bản. Phần lớn người dân Nhật Bản ủng hộ duy trì hình phạt tử hình. Trong một báo cáo khảo sát của Chính phủ năm 2010, 86% người tham gia chọn mức án tử hình cho những tội danh nặng nhất, trong khi chỉ có 5,7% người tham gia cho rằng nên xóa bỏ việc hành quyết.

### 3.2. Phạt tù

BLHS Nhật Bản quy định tại Điều 12 và Điều 13 về hai hình thức phạt tù là phạt

tù có lao động và phạt tù không có lao động. Hai hình thức phạt tù này có thể được áp dụng chung thân hoặc có thời hạn. Nếu có thời hạn thì hình phạt tù trong cả hai trường hợp là từ một tháng tới không quá 20 năm. Trong thời gian chấp hành hình phạt, phạm nhân sẽ chịu sự quản lý tại một cơ sở giam giữ cụ thể. Đối với trường hợp có lao động, cơ sở giam giữ phải có cơ sở vật chất đảm bảo cho các tù nhân có thể chấp hành các công việc lao động cụ thể theo bản án.

Tính chất, mức độ của hai loại hình phạt này chỉ xếp sau hình phạt tử hình. Theo quy định tại khoản 1 Điều 10, hình phạt tù có lao động có tính chất, mức độ nặng hơn so với hình phạt tù không có lao động. Tuy nhiên, cũng theo quy định này, hình phạt tù chung thân không lao động sẽ nặng hơn hình phạt tù chung thân có lao động; hình phạt tù có thời hạn không có lao động sẽ nặng hơn so với hình phạt tù có thời hạn có lao động khi thời hạn phạt tù của hình phạt không lao động gấp đôi thời hạn phạt tù của hình phạt có lao động.

Theo Điều 14, trong trường hợp hình phạt tử hình hoặc hình phạt tù không thời hạn (có lao động hoặc không có lao động) được giảm xuống thành hình phạt tù có thời hạn (có lao động hoặc không có lao động), thời hạn phạt tù sẽ không quá 30 năm. Đối với trường hợp tăng nặng hình phạt tù có thời hạn (có lao động hoặc không có lao động), thời hạn phạt tù sẽ bị tăng lên không quá 30 năm và trường hợp phạt tù có thời hạn (có lao động hoặc không có lao động) được giảm nhẹ án thì thời hạn phải chấp hành sẽ là dưới một tháng.

Các hình phạt tù có lao động thường được áp dụng đối với các loại tội phạm có lỗi về mặt đạo đức hoặc các tội phạm

<sup>10</sup> Japan Times, *Diet Group against Death Penalty to Make Its Move*, <http://www.japantimes.co.jp/text/nn20021004b1.html>, truy cập ngày 11/10/2019.

<sup>11</sup> Trích dẫn câu nói của Mayumi Moriyama trong Japan Times, *Diet Group against Death Penalty to Make Its Move*, <http://www.japantimes.co.jp/text/nn20021004b1.html>, *The Nagayama Criteria for Assessing the Death Penalty 57 in Japan: Reflections of a Case Suspect*, Southeast Review of Asian Studies, 31, 2009, 282–9, 282.

<sup>12</sup> Michita Sakata, *The 96th Legal Affairs Committee of the House of Councillors*, tr. 20.

ngghiêm trọng (破廉恥罪 - *harenchizai*, “infamous” crimes) như giết người hoặc trộm cắp, trong khi đó phạt tù không có lao động thường được áp dụng đối với các tội phạm ít nghiêm trọng, vô ý hoặc các tội phạm trong hoạt động chính trị (ví dụ: Tội chuẩn bị hoặc âm mưu chiến tranh, Tội chống người thi hành công vụ, Tội gây rối trật tự công cộng, Tội gây ảnh hưởng tới trật tự giao thông do cầu thả...). Sự phân biệt này vẫn chủ yếu là trên mặt lý thuyết, bởi thực tế, đa phần người bị kết án phạt tù không có lao động vẫn có thể và thường tự chủ động xung phong lao động<sup>13</sup>.

Một phòng giam có thể chứa từ 6 đến 12 phạm nhân. Tù nhân sẽ ở trong các phòng giam được trang trí theo kiểu cách truyền thống của Nhật Bản: sàn nhà lót chiếu tatami, futon (đệm), bàn thấp... Phạm nhân không được nói chuyện với nhau, luôn bị giam ở trong phòng, chỉ ăn, ngủ và làm những nhiệm vụ được giao. Thời gian ra khỏi phòng của phạm nhân là khi đến giờ tập thể dục hoặc tắm rửa, và kể cả trong khoảng thời gian này, họ vẫn bị cấm trao đổi, nói chuyện với nhau<sup>14</sup>.

Có thể thấy, lao động được áp dụng trong hình phạt tù đã thể hiện sự nhấn mạnh của các nhà lập pháp Nhật Bản vào vấn đề cải tạo, giáo dục; phục hồi và bảo vệ - cụ thể là đối với các đối tượng vị thành niên; và tái hòa nhập cộng đồng. Việc quy định hình phạt tù có lao động là nhằm

hướng tới các phạm nhân, giúp họ có thêm các kỹ năng làm việc, lao động và kỷ luật. Các hoạt động lao động tại các cơ sở giam giữ có thể bao gồm làm đồ thủ công, làm các dụng cụ, đồ dùng gia dụng truyền thống, đóng thuyền...

Ngoài hai hình phạt tù trên, còn một loại hình phạt tù khác có tính chất nhẹ hơn, đó là giam giữ ngắn hạn tại một cơ sở nhà tù. Đối với hình phạt này, Điều 16 quy định người phạm tội sẽ bị giam giữ tại nhà tù trong thời hạn từ 1 ngày cho tới dưới 30 ngày. Khi chấp hành hình phạt này, người chấp hành hình phạt sẽ không phải lao động.

### 3.3. Phạt tiền

Hình phạt tiền theo BLHS Nhật Bản được chia làm hai loại là phạt tiền thông thường tại Điều 15 (với mức phạt từ 10.000 yen trở lên và khi được giảm nhẹ, mức phạt có thể thấp hơn 10.000 yen) và phạt tiền cảnh cáo ở mức độ thấp tại Điều 17 (từ 1000 yen cho tới không quá 10.000 yen).

Về việc chấp hành hình phạt tiền, Điều 18 BLHS Nhật Bản quy định: Đối với trường hợp người chấp hành hình phạt tiền không thể trả khoản tiền phạt này, họ sẽ bị giam và làm việc tại một cơ sở việc làm/trại tế bản (workhouse) trong khoảng thời gian từ 1 ngày cho tới không quá 2 năm, và nếu tổng hợp hình phạt thì thời gian giam giữ sẽ không quá 3 năm đối với trường hợp hình phạt tiền thông thường; hoặc từ 1 ngày cho tới không quá 30 ngày và nếu tổng hợp hình phạt thì thời gian giam giữ sẽ không quá 60 ngày đối với trường hợp hình phạt tiền ở mức thấp. Nếu người chấp hành hình phạt tiền đã trả một phần tiền thì họ sẽ được giảm số ngày bị giam giữ theo số lượng ngày tương ứng với lượng tiền đã trả (khoản 6 Điều 18).

<sup>13</sup> Colin P.A.Jones, *Words about sentences: the Japanese vocab of crime and punishment*, <https://www.japantimes.co.jp/life/2016/02/08/language/words-sentences-japanese-vocab-crime-punishment/#.XU4yfugzaM9>, truy cập ngày 11/10/2019.

<sup>14</sup> Gaijinass, *Brutal Realities about Prison in Japan*, <https://gaijinass.com/2017/03/30/brutal-realities-of-prison-in-japan/>, truy cập ngày 11/10/2019.

Như vậy, quy định của BLHS Nhật Bản về xử lý đối với các trường hợp không thể trả khoản tiền phạt là khá linh hoạt. Khi người chấp hành hình phạt không đủ khả năng kinh tế, hoặc do hoàn cảnh nào đó họ không thể trả khoản tiền phạt thì pháp luật hình sự Nhật Bản quy định phải lao động tại các cơ sở việc làm để thay thế. Việc thay thế như vậy sẽ làm giảm gánh nặng tài chính cho người chấp hành hình phạt đồng thời tạo cơ hội để họ đóng góp sức lao động lại cho xã hội. Qua đó, có thể thấy ngay trong quy định về hình phạt tiền, BLHS Nhật Bản vẫn đề cao mục đích lao động trong hình phạt.

### 3.4. Tịch thu tài sản

Điều 9 BLHS Nhật Bản cũng ghi nhận hình phạt tịch thu tài sản là một loại hình phạt bổ sung. Theo đó, tại khoản 1 Điều 19 quy định chi tiết về tịch thu tài sản bao gồm: Các đồ vật là thành phần liên quan tới hành vi tội phạm; các đồ vật được sử dụng hoặc được dự tính sử dụng để thực hiện hành vi tội phạm; các đồ vật được tạo ra hoặc có được thông qua hành vi phạm tội hoặc có được như một phần thưởng cho một hành vi phạm tội; và các đồ vật có được do trao đổi với các đồ vật được nêu trên.

Các đồ vật trong khoản 1 Điều 19 BLHS Nhật Bản chỉ có thể bị tịch thu khi chúng thuộc sở hữu của người phạm tội; tuy nhiên, trường hợp sau khi tội phạm xảy ra, nếu người khác sở hữu những đồ vật này, nhưng không phải người phạm tội và biết được về đồ vật này và việc sử dụng chúng trong hành vi phạm tội đó thì vẫn sẽ bị tịch thu. Trường hợp không thể tịch thu toàn bộ hoặc một phần nào đó của các đồ vật tại điểm 3, 4 của khoản 1 Điều 19-2 (các đồ vật được tạo ra hoặc có được thông qua hành vi

phạm tội hoặc có được như một phần thưởng cho một hành vi tội phạm; và các đồ vật có được do trao đổi với các đồ vật được nêu trên), có thể áp dụng việc tịch thu một khoản tiền tương ứng với đồ vật không thể tịch thu đó. Đồng thời, Điều 20 BLHS Nhật Bản cũng quy định, đối với các tội phạm mà có hình phạt là tù ngắn hạn không có lao động hoặc phạt tiền cảnh cáo thì không áp dụng hình thức tịch thu tài sản, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

Có thể thấy, BLHS Nhật Bản đã có quy định khá cụ thể về các vật có thể bị tịch thu. Nhìn chung các vật bị tịch thu đều là đồ vật sử dụng hoặc có liên quan tới tội phạm. Cách thức quy định tại Điều 19 đã rất chi tiết khi mô tả về vật có thể bị tịch thu, đồng thời cũng mở rộng quy định đối với các trường hợp đồ vật không thể tịch thu và trường hợp không áp dụng tịch thu tài sản. Theo quan điểm chủ quan, cách quy định này là khá đầy đủ, chặt chẽ và hợp lý.

### 4. Liên hệ với Việt Nam

Qua nghiên cứu, có thể thấy hệ thống hình phạt trong BLHS Nhật Bản có khá nhiều điểm tương đồng cũng như khác biệt so với hệ thống hình phạt trong pháp luật hình sự Việt Nam. Cụ thể:

Về khái niệm, mục đích của hình phạt, BLHS Nhật Bản cũng có nhiều điểm tương đồng với BLHS Việt Nam. Mặc dù không có quy định cụ thể về mục đích, khái niệm của hình phạt, tuy nhiên, thông qua các quy định về hình phạt, BLHS Nhật Bản đã thể hiện mục đích của hình phạt không chỉ trừng trị, ngăn ngừa các hành vi phạm tội, mà còn nhằm cải tạo, giáo dục và thậm chí tạo cơ hội cho người phạm tội tái hòa nhập cộng đồng thuận lợi nhất. Với nội dung là sự tước bỏ, hạn chế nhất định các quyền và

lợi ích của người phạm tội theo quy định của pháp luật, các hình phạt đã thể hiện bản chất là sự cưỡng chế, trừng phạt của Nhà nước đối với người phạm tội. Tuy nhiên, thông qua sự trừng phạt, cưỡng chế của Nhà nước, người phạm tội được cải tạo, giáo dục để từ đó trở thành những công dân lương thiện, nhận biết đúng sai, tuân thủ nghiêm chỉnh pháp luật và các quy tắc xử sự trong xã hội, ngăn ngừa nguy cơ tái phạm. Chỉ riêng hình phạt tử hình, với tư cách là một loại hình phạt đặc biệt chỉ có tác dụng trừng phạt, tước bỏ quyền sống của người phạm tội do tính chất, mức độ của hành vi phạm tội chứ không có mục đích giáo dục, cải tạo người phạm tội.

Trong hệ thống pháp luật Nhật Bản như đã đề cập rất chú trọng vào việc áp dụng lao động đi kèm với hình phạt tù. Qua các hoạt động lao động, người phạm tội sẽ được rèn giũa bản thân, đóng góp lại công sức của mình vào hoạt động xã hội, được trang bị thêm các kỹ năng nghề mới, từ đó làm tăng khả năng thích nghi, tạo cơ hội có việc làm sau khi chấp hành xong hình phạt tù, tái hòa nhập cộng đồng. Việc nhấn mạnh vào biện pháp lao động trong hình phạt tù đã thể hiện thái độ của Nhật Bản đối với việc giáo dục, đào tạo đối với người phạm tội, đề cao tính nhân đạo và lòng tin vào khả năng cải tạo của con người.

Trừng trị và cải tạo, giáo dục là hai mặt của phòng ngừa riêng hay phòng ngừa đặc biệt của hình phạt. Giữa trừng trị và giáo dục, cải tạo người phạm tội, ngăn ngừa họ phạm tội mới có mối quan hệ mật thiết, không tách rời nhau. Việc quyết định hình phạt phải tuân thủ nghiêm chỉnh các nguyên tắc và những căn cứ luật định để đảm bảo hình phạt có thể đáp ứng hai mục đích này,

không coi nhẹ mục đích nào. Nếu coi nhẹ mục đích trừng phạt có thể dẫn tới việc áp dụng hình phạt không đúng với tội phạm, hình phạt không tương xứng, không đủ tính răn đe, gây sự coi thường pháp luật của người phạm tội, dẫn đến không đạt được mục đích cải tạo, giáo dục. Ngược lại, nếu coi nhẹ mục đích cải tạo, giáo dục, hình phạt áp dụng đối với tội phạm quá nặng sẽ không thể tạo được điều kiện thuận lợi để cải tạo, giáo dục người phạm tội, gây nhiều phản ứng tiêu cực từ người dân, tạo nên những mối đe dọa, lo sợ về việc lạm dụng hình phạt, áp dụng các hình phạt tàn khốc, có tính nhục hình...

*Về hệ thống hình phạt cụ thể*, trong BLHS của cả Nhật Bản cũng như Việt Nam, hệ thống hình phạt cụ thể đều rất đa dạng, bao gồm cả hình phạt chính và hình phạt bổ sung. BLHS cả hai nước đều tồn tại các quy định về những hình phạt như: Tử hình, phạt tù, phạt tiền. Tuy nhiên, cũng có những hình phạt chỉ tồn tại trong pháp luật hình sự của Nhật Bản và ngược lại. Đối với BLHS Nhật Bản, các hình phạt được quy định ngắn gọn, chủ yếu mô tả chung về các hình phạt, và đặc biệt nhấn mạnh tới việc áp dụng lao động vào trong các hình phạt. Còn tại BLHS Việt Nam, hệ thống hình phạt được quy định chi tiết hơn, nhiều hình phạt quy định cụ thể việc áp dụng đối với các tội phạm có tính chất tương ứng, bao gồm nhiều loại hình phạt chính cũng như hình phạt bổ sung.

Có thể thấy, những điểm tương đồng và khác biệt này chủ yếu xuất phát từ các yếu tố kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội và tư tưởng, sự ảnh hưởng của các truyền thống pháp luật khác nhau. Việc nhìn nhận, so sánh các điểm tương đồng, khác biệt này

cũng góp phần vào việc hoàn thiện hệ thống tư pháp hình sự Việt Nam nói chung và về hệ thống hình phạt nói riêng. Vì vậy, qua những nghiên cứu trên, chúng tôi đưa ra một số đề xuất nhằm hoàn thiện hệ thống hình phạt trong pháp luật hình sự Việt Nam như sau:

*Thứ nhất*, hiện nay tại khoản 1 Điều 38 BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) quy định về hình phạt tù có thời hạn như sau:

*“1. Tù có thời hạn là buộc người bị kết án phải chấp hành hình phạt tại cơ sở giam giữ trong một thời hạn nhất định.*

*Tù có thời hạn đối với người phạm một tội có mức tối thiểu là 03 tháng và mức tối đa là 20 năm.*

*Thời gian tạm giữ, tạm giam được trừ vào thời hạn chấp hành hình phạt tù, cứ 01 ngày tạm giữ, tạm giam bằng 01 ngày tù”.*

Nhẹ hơn hình phạt tù có thời hạn là hình phạt cải tạo không giam giữ. Mặc dù trong trường hợp có đủ các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, tòa án có thể lựa chọn cải tạo không giam giữ, tuy nhiên, có thể thấy có một khoảng cách lớn giữa hai hình phạt này về mức độ. Qua nghiên cứu ở phần trước, chúng tôi đề xuất có thể học tập BLHS Nhật Bản về việc áp dụng quy định hình phạt tù ngắn hạn không có lao động. Thời gian giam giữ có thể điều chỉnh khác với quy định của Nhật Bản là từ 1 ngày cho tới không quá 30 ngày. Như vậy, trong trường hợp có các tình tiết giảm nhẹ, nhưng chưa tới mức áp dụng hình phạt cải tạo không giam giữ, tòa án có thể chuyển hình phạt tù có thời hạn thành hình phạt tù ngắn hạn, và vẫn đảm bảo tính răn đe của hình phạt tù. Đồng thời, nếu người chấp hành hình phạt cải tạo không giam giữ không

chấp hành đủ các nghĩa vụ hoặc có những vi phạm thì tòa án có thể chuyển hình phạt cải tạo không giam giữ thành hình phạt tù ngắn hạn (1 - 30 ngày).

*Thứ hai*, hiện nay tại Việt Nam, trong nhiều trường hợp thi hành hình phạt tiền là hình phạt chính, người chấp hành án có thể không có khả năng kinh tế để thi hành. Đối với trường hợp này, việc thi hành án sẽ rất khó khăn do chính bản thân người chấp hành hình phạt không có hoặc không đủ khả năng để chấp hành toàn bộ bản án. Lúc đó, người chấp hành án sẽ phải gánh chịu một khoản “nợ” tương đối lớn và khó có thể chi trả trong thời gian ngắn; tạo áp lực, khó khăn cho cả người chấp hành án và chấp hành viên. Trường hợp này, chúng tôi đề xuất có thể học tập BLHS Nhật Bản theo hướng, quy định đưa những người không đủ khả năng chấp hành hình phạt tiền vào lao động tại các cơ sở việc làm trong một thời gian nhất định. Qua đó, người phạm tội sẽ chịu sự quản lý, giám sát tại các cơ sở này và thực hiện các công việc tại đây. Thời gian tối đa cho việc quản chế người thi hành án tại cơ sở việc làm sẽ tùy thuộc vào mức độ của hình phạt tiền nhưng không quá một số năm nhất định (có thể tham khảo BLHS Nhật Bản là 3 năm). Ngoài ra, nếu người chấp hành hình phạt tiền đã chấp hành một phần của bản án, số ngày lao động có thể được giảm tương ứng với số tiền đã chấp hành. Như vậy, người chấp hành án có thể “quy đổi” sức lao động, đóng góp vào cộng đồng để thay thế cho hình phạt tiền. Người chấp hành án sẽ có thêm một lựa chọn thứ hai, làm giảm áp lực cho cả họ và các chấp hành viên. Bên cạnh đó, việc thay thế này vẫn đảm bảo mục đích trừng trị, ngăn ngừa và đồng thời còn có cả mục đích giáo dục, cải tạo người phạm tội.

## LỄ CÔNG BỐ VÀ TRAO QUYẾT ĐỊNH

### BỔ NHIỆM TỔNG BIÊN TẬP TẠP CHÍ NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Ngày 15/11/2019, tại Viện Nhà nước và Pháp luật, 27 Trần Xuân Soạn, Hai Bà Trưng, Hà Nội, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam (Viện Hàn lâm) tổ chức Lễ công bố và trao Quyết định bổ nhiệm TS. Trần Văn Biên giữ chức vụ Tổng biên tập Tạp chí Nhà nước và Pháp luật.



GS.TS. Đặng Nguyên Anh trao Quyết định và tặng hoa chúc mừng TS. Trần Văn Biên

Tham dự buổi lễ có GS.TS. Đặng Nguyên Anh, Phó Bí thư Đảng ủy, Phó Chủ tịch Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam; PGS.TS. Phạm Minh Phúc, Phó Trưởng ban Ban Tổ chức - Cán bộ cùng toàn thể cán bộ, công chức, viên chức Viện Nhà nước và Pháp luật.

Trước khi công bố và trao Quyết định bổ nhiệm Tổng biên tập, PGS.TS. Phạm Minh Phúc đã công bố Quyết định số 1622/QĐ-KHXH ngày 21/10/2019 của Chủ tịch Viện Hàn lâm về việc thôi giữ chức vụ Tổng biên tập Tạp chí Nhà nước và Pháp luật đối với PGS.TS. Lê Mai Thanh. GS.TS. Đặng Nguyên Anh đánh giá cao những đóng góp của PGS.TS. Lê Mai Thanh trong thời gian giữ cương vị Tổng biên tập và nhấn mạnh, với uy tín và kinh nghiệm của mình, đồng chí Lê Mai Thanh đã góp phần không nhỏ giúp cho Tạp chí có nhiều bài viết có chất lượng khoa học cao về Nhà nước và pháp luật, phản ánh những vấn đề có tính thời sự của cuộc sống. Phó Chủ tịch Viện Hàn lâm mong muốn trong thời gian tới, đồng chí Lê Mai Thanh luôn có sức khỏe tốt, tiếp tục phát huy năng lực chuyên môn trong nghiên cứu khoa học và thể hiện kinh nghiệm của mình để đóng góp hơn nữa cho sự phát triển của Tạp chí cũng như Viện Nhà nước và Pháp luật.



*GS.TS. Đặng Nguyên Anh tặng hoa tri ân những đóng góp cho Tạp chí của PGS.TS. Lê Mai Thanh*

Phát biểu tại buổi lễ, PGS.TS. Lê Mai Thanh cảm ơn Lãnh đạo và các ban chức năng của Viện Hàn lâm luôn quan tâm, hỗ trợ Tạp chí về mọi mặt. Đồng chí cho rằng, trong 08 năm qua làm việc tại Tạp chí, đồng chí đã luôn cố gắng trong việc duy trì và nâng cao chất lượng của Tạp chí.

Tiếp theo, thay mặt Thường vụ Đảng ủy và Lãnh đạo Viện Hàn lâm, GS.TS. Đặng Nguyên Anh đã trao Quyết định số 1623/QĐ-KHXH ngày 21/10/2019 của Chủ tịch Viện Hàn lâm bổ nhiệm TS. Trần Văn Biên, Phó Tổng biên tập Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, giữ chức vụ Tổng biên tập Tạp chí Nhà nước và Pháp luật. Thời gian giữ chức vụ là 05 năm.

Phát biểu giao nhiệm vụ cho tân Tổng biên tập Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, GS.TS. Đặng Nguyên Anh chúc mừng TS. Trần Văn Biên đã nhận được sự tin nhiệm của Thường vụ Đảng ủy, Lãnh đạo Viện Hàn lâm cùng toàn thể cán bộ, công chức, viên chức Viện Nhà nước và Pháp luật. Phó Chủ tịch Viện Hàn lâm mong muốn, với tư cách là Tổng biên tập, đồng chí Trần Văn Biên không chỉ phát huy thành quả của các đồng chí lãnh đạo Tạp chí trước đây, mà còn thể hiện tinh thần đổi mới sáng tạo trong quản lý, điều hành các mặt hoạt động của Tạp chí, thực hiện những dự định mà mình đang ấp ủ. Trong thời gian tới, đồng chí Trần Văn Biên, với sức trẻ và kinh nghiệm sẵn có trên cương vị Phó Tổng Biên tập đã qua, sẽ đưa Tạp chí lên tầm cao mới, đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế và những vấn đề mà thực tiễn cuộc sống đang đặt ra, tiếp tục khẳng định vị thế là Tạp chí chuyên ngành luật hàng đầu của Việt Nam.

Phát biểu nhận nhiệm vụ tại buổi lễ, TS. Trần Văn Biên trân trọng cảm ơn sự tín nhiệm của Thường vụ Đảng ủy và Lãnh đạo Viện Hàn lâm; sự giúp đỡ, ủng hộ và tạo điều kiện nhiệt tình của lãnh đạo và các đồng nghiệp trong cơ quan. Đồng chí nguyện sẽ tiếp tục phấn đấu, rèn luyện để hoàn thành tốt nhiệm vụ được lãnh đạo Viện Hàn lâm giao phó; xây dựng môi trường làm việc thân thiện; cùng với tất cả cán bộ Tạp chí giữ vững và phát triển những thành quả mà các thế hệ trước đây đã tạo dựng, tiếp tục khẳng định vị thế của Tạp chí; hướng tới xây dựng Tạp chí ngày càng lớn mạnh, thực sự là cơ quan ngôn luận có uy tín của Viện Nhà nước và Pháp luật, là diễn đàn của giới nghiên cứu lý luận và hoạt động thực tiễn về Nhà nước và pháp luật, là mảnh đất gieo mầm các ý tưởng nghiên cứu của nền khoa học pháp lý Việt Nam.



*PGS.TS. Nguyễn Đức Minh tặng hoa chúc mừng TS. Trần Văn Biên*



*TS. Trần Văn Biên phát biểu nhận nhiệm vụ tại buổi lễ*

Tại buổi lễ, PGS.TS. Nguyễn Đức Minh (Viện trưởng Viện Nhà nước và Pháp luật), PGS.TS. Phạm Hữu Nghị và một số cán bộ khác đã dành nhiều lời cảm ơn và chúc mừng PGS.TS. Lê Mai Thanh và TS. Trần Văn Biên. Theo PGS.TS. Nguyễn Đức Minh, Viện Nhà nước và Pháp luật hiện nay đang có sự tiếp nối, kế thừa và phát huy truyền thống giữa 03 thế hệ Tổng biên tập của Tạp chí là các đồng chí: PGS.TS. Phạm Hữu Nghị, PGS.TS. Lê Mai Thanh và TS. Trần Văn Biên. Đặc biệt, các đồng chí đều có tình yêu rất lớn với Tạp chí. Đồng chí Viện trưởng khẳng định Viện sẽ tiếp tục hỗ trợ, giúp đỡ để đồng chí Trần Văn Biên hoàn thành tốt công việc được giao trong thời gian tới.

Nhân dịp này, PGS.TS. Lê Mai Thanh và TS. Trần Văn Biên đã nhận được những lời chúc mừng, những bó hoa tươi thắm từ Lãnh đạo Viện Hàn lâm, Ban Tổ chức - Cán bộ và tập thể cán bộ, công chức, viên chức của Viện Nhà nước và Pháp luật.

*Phạm Xô Việt*