

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISBN 1859 - 2953
<http://lapphap.vn>



VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI



- ❖ CÔNG ƯỚC VỀ LUẬT ĐIỂN NĂM 1982 VÀ NGHỀ CÁ Ở ĐÔNG NAM Á
- ❖ HIỆU LỰC CỦA VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT
- ❖ SỰ CẦN THIẾT ĐỊNH DANH LẠI CHẾ ĐỊNH THANH TRA NHÂN DÂN

Số 05 (453)

Kỳ 1 - Tháng 3/2022

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI

Mục lục Số 05/2022

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

03 Lập pháp bảo đảm bình đẳng tại Việt Nam

TS. Lã Khánh Tùng

11 Công ước về Luật biển năm 1982 và nghề cá ở Đông Nam Á

PGS. TS. Nguyễn Hồng Thao

19 Hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật

ThS. Vũ Thị Ngọc Dung

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

31 Sự cần thiết định danh lại chế định Thanh tra nhân dân

TS. Cao Vũ Minh

39 Một số nội dung cần lưu ý khi sửa đổi Luật Thanh tra nhằm bảo đảm tính thống nhất trong hệ thống pháp luật Việt Nam

ThS. Nguyễn Nhật Khanh

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

44 Trách nhiệm hình sự của pháp nhân đối với hành vi gây ô nhiễm môi trường theo luật hình sự Việt Nam

TS. Hà Lệ Thủy – ThS. Trần Công Thiết

50 Hoàn thiện pháp luật về bảo vệ dữ liệu cá nhân

ThS. Bạch Thị Nhã Nam

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

58 Quyền tự do sử dụng tác phẩm qua hành vi sao chép theo pháp luật của Cộng hòa Pháp và Việt Nam

PGS. TS. Nguyễn Thị Hồng Nhung – ThS. Ngô Minh Tín



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)
GS. TSKH. Đào Trí Úc
GS. TS. Nguyễn Minh Đức
TS. Hoàng Xuân Hòa
TS. Lê Hải Đường
TS. Lương Minh Tuấn (Thư ký)
PGS. TS. Trương Hồ Hải
PGS. TS. Bùi Nguyên Khánh
PGS. TS. Tô Văn Hòa
PGS. TS. Vũ Công Giao
PGS. TS. Ngô Huy Cương
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

TRỤ SỞ:

35 NGÕ QUYÊN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.
ĐT: 08048376; 024.32121203
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

THIẾT KẾ:

PHẠM VIỆT THÁI
NGUYỄN VĂN SƠN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202; 08044732

TÀI KHOẢN:

0991000023097
VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM
(VIETCOMBANK), CHI NHÁNH TÂY HỒ

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CP PHÁT TRIỂN CÔNG NGHỆ
IN NGUYỄN KHANG

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

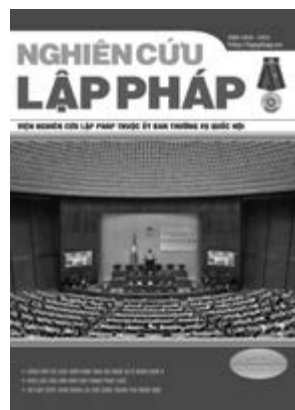
Ảnh bìa: Ủy ban Thường vụ Quốc hội tiến hành phiên chất vấn và trả lời chất vấn đối với Bộ trưởng Bộ Công thương tại Phiên họp thứ 9 - Ủy ban Thường vụ Quốc hội khóa XV.

Ảnh: Cổng TTĐT Quốc hội.

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES UNDER THE STANDING COMMITTEE OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE S.R. VIETNAM



Legis No 05/2022

STATE AND LAW

- 03** Legislation for Assurance of Equality in Vietnam

Dr. La Khanh Tung

- 11** Convention on the Law of the Sea 1982 and Fisheries in Southeast Asia

Prof. Dr. Nguyen Hong Thao

- 19** Effectiveness of Legal Documents

LLM. Vu Thi Ngoc Dung

DISCUSSION OF BILLS

- 31** The Necessity for Redefinition of the People's Inspectorate

Dr. Cao Vu Minh

- 39** Matters need Attention during Amendment of the Law on Inspection for Consistency in the Vietnamese Legal System

ThS. Nguyễn Nhật Khanh

LEGAL PRACTICE

- 44** Criminal Liability of Legal Entities for Acts of Causing Environmental Pollution under Criminal Law of Vietnam

Dr. Ha Le Thuy - LLM. Tran Cong Thiet

- 50** Improvements of Legal Regulations on Personal Data Protection

LLM. Bach Thi Nha Nam

FOREIGN EXPERIENCE

- 58** The Freedom to Use a Work through Copying under the Law of the Republic of France and Vietnam

Prof. Dr. Nguyen Thi Hong Nhung – LLM. Ngo Minh Tin

EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)
Prof. Dr. Dao Tri Uc
Prof. Dr. Nguyen Minh Duc
Dr. Hoang Xuan Hoa
Dr. Le Hai Duong
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)
Prof. Dr. Truong Ho Hai
Prof. Dr. Bui Nguyen Khanh
Prof. Dr. To Van Hoa
Prof. Dr. Vu Cong Giao
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong
Prof. Dr. Vu Hong Anh

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

DR. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HA NOI.
ĐT: 08048376; 024.32121203
FAX: 0243.2121201
Email: ncip@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

DESIGN:

PHAM VIET THAI
NGUYEN VAN SON

LISENCE OF PUBLISMENT:

Nº 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202; 08044732

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
THE INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES
JOINT STOCK COMMERCIAL BANK FOR
FOREIGN TRADE OF VIETNAM
(VIETCOMBANK)

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY NGUYEN KHANG PRINTING
TECHNOLOGY DEVELOPMENT JOINT STOCK
COMPANY

PRICE: **25.000 VND**

LẬP PHÁP BẢO ĐẢM BÌNH ĐẲNG TẠI VIỆT NAM

Lã Khánh Tùng

TS. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Lập pháp, bình đẳng, vai trò của Quốc hội, hoàn thiện pháp luật.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 19/12/2021

Biên tập : 08/02/2022

Duyệt bài : 10/02/2022

Article Information:

Keywords: Legislation; equality; roles of National Assembly; law improvements

Article History:

Received : 19 Dec. 2021

Edited : 08 Feb. 2022

Approved : 10 Feb. 2022

Tóm tắt:

Quốc hội có vai trò quan trọng trong việc bảo đảm bình đẳng, thông qua hoạt động lập pháp, ban hành chính sách và giám sát hoạt động của các cơ quan nhà nước. Tại Việt Nam, hiện tồn tại nhiều hình thức phân biệt đối xử, vi phạm quyền bình đẳng cả dưới dạng thể chế và thực tiễn. Trong khi đó, vẫn chưa có một đạo luật có phạm vi rộng, bao trùm về bình đẳng, chống phân biệt đối xử, và thiếu cơ chế hiệu quả bảo vệ quyền này. Quốc hội cần sớm quan tâm và hành động để khắc phục hai tồn tại này, làm cho quyền bình đẳng được hiện thực hóa đầy đủ hơn.

Abstract:

National Assembly holds an important role in ensuring the equality, through its legislative activities, policy promulgation and supreme supervision of the performances by the state agencies. In Vietnam, there are several types of discrimination and violation of rights of equality in both institutional manner and practices. Meanwhile, there has not been a comprehensive law on equality and anti-discrimination, and there is a lack of effective mechanisms to protect this right. It is recommended the National Assembly should soon pay attention and provide actions to overcome these two shortcomings for better realization of equality.

1. Bình đẳng và vai trò của Quốc hội

Bình đẳng vừa là một quyền, vừa là một nguyên tắc, yêu cầu xuyên suốt, đặt ra đối với mọi lĩnh vực. Về mặt pháp lý, bình đẳng thường được đồng nhất với không có sự phân biệt đối xử dựa trên bất kỳ căn cứ nào (như về giới, dân tộc, tôn giáo...). Bình đẳng là một lý tưởng, động lực chính trị thúc đẩy nhiều cuộc cách mạng trong lịch sử, như được phản ánh trong lý tưởng “Tự do – Bình đẳng – Bác ái” của cách mạng Pháp. Sự ra đời của nghị viện, đầu tiên là ở phương Tây, cũng xuất phát từ cuộc đấu tranh đòi quyền bình đẳng, công bằng, trước hết là ở lĩnh vực kinh tế. Trong các xã hội hiện đại, bình đẳng và bất bình

đẳng là một quan tâm lớn của các nhà chính trị, giới khoa học, cũng như trong cảm nhận của từng người dân.

Nếu ví bình đẳng và hoạt động của nghị viện như hai đường tròn, thì sự giao thoa giữa hai đường tròn này – sự can dự, ảnh hưởng của nghị viện đến bình đẳng – phụ thuộc vào nhiều yếu tố. Trong đó, những yếu tố nổi bật là chính sách (hệ tư tưởng, triết lý), sự ưu tiên của nhà nước, nguồn lực của quốc gia, ảnh hưởng của các chủ thể chính trị, cũng như tương quan giữa các chủ thể này, trong việc phân phối nguồn lực công. Nếu quốc gia chịu ảnh hưởng của chủ nghĩa tự do, sự giao thoa sẽ không nhiều, nhà nước giảm thiểu sự can thiệp, nghiêng về tôn

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

trọng sự tự chủ, tự quyết của các chủ thể và vai trò của thị trường. Mô hình dân chủ xã hội (như ở nhiều nước Bắc Âu) và xã hội chủ nghĩa cổ điển, nhìn chung, thiên về sự can thiệp nhiều của nhà nước, thông qua các chính sách, luật pháp và chương trình kinh tế, xã hội, để điều phối, bảo đảm bình đẳng.

Tại Việt Nam, tiến trình chuyển đổi kinh tế đã mang lại những thay đổi đáng kể về giá trị, cấu trúc xã hội, sự đa dạng và bình đẳng xã hội, cả về nội dung, mức độ và hình thức. Nhiều hình thức phân biệt đối xử phổ biến ở những thập niên trước, như việc quá coi trọng lý lịch gia đình hơn là năng lực và phẩm chất cá nhân, đã giảm đáng kể. Ngược lại, nhiều hình thức phân biệt đối xử mới xuất hiện, hoặc có từ xưa nhưng nay phổ biến hơn, như việc sử dụng tiền bạc, vật chất để mua (theo cả nghĩa đen và nghĩa bóng) những đặc quyền, sự ưu đãi. Cùng với bất bình đẳng về kinh tế, bất bình đẳng về tiếng nói và cơ hội cũng đang gia tăng¹. Bất bình đẳng theo chiều ngang, giữa các dân tộc và các vùng, cũng như việc thiếu hiểu biết và thiếu “không gian để lên tiếng” về quyền của mình của các nhóm thiệt thòi cũng đang là những thách thức lớn².

Có thể thấy vai trò lý thuyết và thực tế mà Quốc hội Việt Nam góp phần thúc đẩy bình đẳng thể hiện chủ yếu trong các lĩnh vực hoạt động chính sau đây:

- Xây dựng pháp luật bảo đảm bình đẳng, bao gồm các chuẩn mực, quy phạm về bình đẳng và các thể chế, thủ tục nhằm ngăn chặn,

phát hiện và xử lý sự phân biệt đối xử, các vi phạm quyền bình đẳng;

- Quyết định về phân bổ ngân sách, các chính sách, chương trình về kinh tế, xã hội bảo đảm bình đẳng (về giảm nghèo, an sinh xã hội, bảo hiểm xã hội, cứu trợ và trợ giúp xã hội...);

- Giám sát chính phủ và các cơ quan nhà nước khác trong việc thực thi chính sách, pháp luật quốc gia và các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên nhằm bảo đảm bình đẳng³.

Đến nay, bên cạnh việc gia nhập bảy công ước quốc tế cơ bản về nhân quyền, nhà nước Việt Nam đã khẳng định trong Hiến pháp năm 2013 nguyên tắc chung “mọi người đều bình đẳng trước pháp luật” và “không ai bị phân biệt đối xử trong đời sống chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội” (Điều 16). Một số quyền bình đẳng cụ thể được Hiến pháp đề cập gồm: bình đẳng giữa các tôn giáo (Điều 24), bình đẳng nam nữ, bình đẳng giới (Điều 26)... Nhiều đạo luật bảo đảm bình đẳng trong các lĩnh vực khác nhau, như về giới, gia đình, tôn giáo, giáo dục, y tế, kinh doanh, đầu tư..., đã được thông qua. Nhìn rộng hơn, bất kỳ ngành luật nào, dù là dân sự, hình sự, đất đai, tố tụng hay bầu cử, cũng đều cần được điều chỉnh, cập nhật thường xuyên để bảo đảm sự bình đẳng về kinh tế, xã hội và chính trị.

Trong thực tiễn, các chủ thể, hình thức và mức độ vi phạm quyền bình đẳng rất đa dạng. Sự vi phạm đó có thể mang tính thể chế (còn được gọi là vi phạm có tính cấu trúc, tính hệ

¹ Oxfam Việt Nam, *Các chiều bất bình đẳng ở Việt Nam*, trong “Tuyển tập Bất bình đẳng”, Nhóm phân tích kinh tế tuyển chọn và dịch, Nxb. Tri Thức, 2019, tr. 82. Cũng theo tài liệu này, tính toán của Oxfam cho thấy tại Việt Nam “người giàu nhất có thu nhập trong một ngày cao hơn thu nhập của người nghèo nhất trong mười năm”, và tài sản của người này “có thể giúp tất cả người nghèo ở Việt Nam (khoảng 13 triệu người theo tính toán năm 2014) thoát nghèo”, tr.84.

² Tài liệu trên, tr. 89-91, và 98.

³ Xem thêm về chủ đề này trong: Bùi Sỹ Lợi (Chủ biên), *Nâng cao hiệu quả giám sát của cơ quan dân cử đối với việc thực thi chính sách, pháp luật về an sinh xã hội ở Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, 2020.

thống), như trong nội dung của văn bản quy phạm pháp luật. Chẳng hạn, có người cho rằng không có sự bình đẳng giữa các hội trong pháp luật, vì Nghị định số 45/2010 về quản lý hội không áp dụng đối với Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các thành viên Mặt trận, các tổ chức giáo hội, hoặc các hội đồng hương, cùng họ tộc, dòng họ...⁴. Thêm nữa, lại có những hội được coi là đặc thù, theo Quyết định số 68/2010/QĐ-TTg ngày 01/12/2010 của Thủ tướng Chính phủ quy định về 28 hội có tính chất đặc thù, được sự hỗ trợ kinh phí từ nhà nước gắn với nhiệm vụ được giao.

Trên nguyên tắc, mọi ý kiến của người dân cần được chính quyền lắng nghe, xem xét, bao gồm những ý kiến, quan ngại về sự thiếu bình đẳng của luật pháp, thậm chí là của Hiến pháp. Cho dù ý kiến đó có vẻ “khó nghe” với những người khác, thậm chí là đa số, bởi lẽ chống phân biệt đối xử thường chính là để bảo vệ các nhóm thiểu số. Chẳng hạn: 1) Người đồng tính cho rằng việc luật hôn nhân và gia đình không công nhận hôn nhân đồng giới là phân biệt đối xử đối với những người đồng giới muốn kết hôn; 2) Người khuyết tật cho rằng điều kiện “sức khỏe tốt” đối với các ứng cử viên trong luật bầu cử, luật tổ chức cơ quan dân cử (Quốc hội và hội đồng nhân dân) làm cản trở quyền của những người khuyết tật tham gia quản lý đất nước và là sự phân biệt đối xử; 3) Luật sư nước ngoài cho rằng việc pháp luật không cho phép họ tranh tụng trước tòa án Việt Nam là phân biệt đối xử; 4) Công dân nước ngoài cho rằng Điều 25 của Hiến pháp Việt Nam chỉ bảo vệ quyền tự do ngôn luận, tự do hội họp, lập hội của công dân Việt Nam là sự phân biệt đối xử với người nước ngoài...

Các vi phạm trong thực hành, đã có luật điều chỉnh nhưng có sự làm trái, còn đa dạng, phổ biến hơn nhiều (như phân biệt đối xử trực tiếp, gián tiếp, đan xen (hay “tích hợp”) - có hai hoặc nhiều căn cứ, đặc điểm bị phân biệt đối xử⁵...). Đó có thể là quyết định, hành vi của cán bộ, cơ quan hành chính, thái độ hoặc lời nói, hành động của cá nhân, doanh nghiệp, trường học, tổ chức phi nhà nước. Chẳng hạn, có những cáo buộc thực hành phân biệt trong các trường hợp sau đây: 1) Một người đi làm thủ tục hành chính, hoặc đi khám bệnh, nhưng do thân quen, hoặc nhận hối lộ, cán bộ, nhân viên y tế đã ưu tiên giải quyết trước cho một người khác; 2) Do thân quen, tình trạng “con ông, cháu cha”, một người, với năng lực và sự liêm chính kém hơn nhiều đồng nghiệp, lại được thăng tiến nhanh hơn; 3) Do mang thai, một người lao động nữ bị chủ doanh nghiệp cho thôi việc; 4) Một số trường đại học tự đặt ra các tiêu chí (như độ tuổi, hình thể, chiều cao, cân nặng, hạnh kiểm, lý lịch gia đình...) để loại trừ thí sinh khi tuyển sinh; 5) Người khuyết tật gặp phải các công trình công cộng (trường học, bệnh viện, rạp chiếu phim) không bảo đảm điều kiện tiếp cận đối với người khuyết tật, hoặc khi họ muốn di chuyển bằng tàu hỏa, nhưng đoàn tàu lại chưa có một toa xe bảo đảm quy chuẩn kỹ thuật về giao thông tiếp cận (trái với Điều 13 và 14, Nghị định số 28/2012/NĐ-CP quy định chi tiết Luật Người khuyết tật 2010)...

Trong khoảng mười ví dụ trên, người cho rằng mình bị vi phạm quyền (là nạn nhân) có thể khiếu nại, khởi kiện ở đâu đối với hành vi phân biệt đối xử? Câu trả lời từ phía nhà nước, trong nhiều trường hợp, hiện nay chưa rõ hoặc chưa đủ thuyết phục, chưa tạo ra sự an tâm, tin

⁴ Điều 1 Nghị định số 45/2010; Công văn số 243/BNV-TCPCP ngày 25/01/2011 của Bộ Nội vụ Hướng dẫn giải quyết một số vướng mắc về tổ chức, hoạt động và quản lý hội.

⁵ Chẳng hạn trường hợp một em gái người dân tộc thiểu số bị khuyết tật có nguy cơ trở thành nạn nhân bị phân biệt đối xử về giới, về dân tộc và về sự khuyết tật, một cách riêng rẽ hoặc đồng thời. Luật của Anh (Equality Act 2010, mục 14) gọi trường hợp như vậy là “phân biệt đối xử tích hợp” (“combined discrimination”).

tương cho các nhóm yếu thế. Chưa kể, ở nhiều lĩnh vực khác, như dân tộc⁶ và tôn giáo⁷, sự phân biệt đối xử hay không còn gây tranh cãi không kém, thậm chí còn phức tạp hơn. Có thể nói sự vi phạm về thực hành thì đa dạng hơn vi phạm về thể chế, trong lĩnh vực thể chế thì sự thiếu hụt của cơ chế, bộ máy, thủ tục bảo vệ quyền là nổi bật.

Nhu cầu của đời sống là như vậy, Quốc hội Việt Nam đang đứng trước thách thức để thể hiện đầy đủ vai trò của mình như một “cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân”. Các phần tiếp theo của bài viết sẽ nêu hai vấn đề mà Quốc hội nên có sự tập trung giải quyết nhằm bảo đảm tốt hơn quyền bình đẳng, cũng là thể hiện rõ hơn tính dân chủ của nhà nước.

2. Hoàn thiện khuôn khổ pháp lý

Đến nay, Việt Nam vẫn chưa có một đạo luật về bình đẳng, chống phân biệt đối xử có phạm vi toàn diện, dù chỉ là tương đối. Mặc dù đã có những đạo luật, quy định chống phân biệt đối xử trong một số lĩnh vực (như hôn nhân, gia đình – theo Luật hôn nhân và gia đình 2014, tôn giáo – theo Luật Tín ngưỡng, tôn giáo 2016, y tế - theo Luật Khám chữa bệnh 2017, lao động – theo Bộ luật Lao động

2019 ...), và đối với một số nhóm (như phụ nữ - Luật Bình đẳng giới năm 2006, người khuyết tật – Luật Người khuyết tật năm 2010, trẻ em – Luật Trẻ em năm 2016...), vẫn còn khá nhiều khoảng trống, căn cứ không được phân biệt đối xử chưa được quan tâm thích đáng. Khuôn khổ pháp lý của một số lĩnh vực đang được các cơ quan nhà nước thảo luận, như lĩnh vực dân tộc, với khả năng có một đạo luật về dân tộc (luật dân tộc) hay luật về bình đẳng dân tộc⁸. Một số lĩnh vực khác vẫn chưa có luật bảo vệ thích đáng, mặc dù ít nhiều đã có các quy định mang tính nguyên tắc, bao gồm chống phân biệt đối xử căn cứ vào lứa tuổi, chính kiến, xu hướng tính dục (đồng tính, song tính, chuyển giới - LGBT), tình trạng hôn nhân và gia đình, nguồn gốc sinh thành, quốc tịch...

Bên cạnh đó, trong pháp luật Việt Nam vẫn chưa có một định nghĩa về phân biệt đối xử. Mặc dù, trong Bộ luật Lao động năm 2019 đã có một định nghĩa khá toàn diện về “phân biệt đối xử trong lao động” (Khoản 8 Điều 3). Điều thú vị là quan điểm chính trị - “chính kiến” - cũng nằm trong số các căn cứ được bộ luật bảo vệ chống lại sự phân biệt đối xử⁹. Trong tương lai, pháp luật cần có một định nghĩa chung về “phân biệt đối xử”, những căn cứ được bảo vệ

⁶ Chẳng hạn, Nhận xét kết luận về Việt Nam của Ủy ban xóa bỏ phân biệt chủng tộc (CERD) của Liên hợp quốc đã nêu những vấn đề: “khoảng cách kinh tế - xã hội lớn giữa các dân tộc thiểu số có hoàn cảnh khó khăn với người Kinh chiếm đa số, ngay cả khi họ sống trong cùng một khu vực miền núi” (đoạn 13), “sự bất bình đẳng trong việc tiếp cận và chất lượng giáo dục cũng như kết quả giáo dục giữa các học sinh người Kinh chiếm đa số và học sinh dân tộc thiểu số” (đoạn 14)... Tài liệu CERD/C/VNM/CO/10-14.

⁷ Chẳng hạn, Báo cáo viên Đặc biệt về Tự do Tôn giáo hoặc Tín ngưỡng của Liên hợp quốc, ông Heiner Bielefeldt, người đến thăm Việt Nam năm 2014, đã bày tỏ quan ngại về: thái độ tiêu cực đối với các thực hành Phật giáo bên ngoài tổ chức Giáo hội Phật giáo Việt Nam (đoạn 43, 44 và 47), “lợi ích đa số” thường được viện dẫn “với chủ ý rõ ràng để bác bỏ ý kiến của các nhóm thiểu số hoặc các cá nhân bất đồng” (đoạn 46)... Báo cáo chuyên thăm quốc gia, Tài liệu A/HRC/28/66/Add.2.

⁸ Bé Trường Thành, *Luật Dân tộc - Một số vấn đề đặt ra trong quá trình soạn thảo*, 25/03/2005, Trang tin điện tử của Ủy ban Dân tộc, <http://web.cema.gov.vn/modules.php?name=Content&op=details&mid=1108#ixzz7FSVMFWOG>.

⁹ Theo khoản 8 Điều 3 thì: “*Phân biệt đối xử trong lao động* là hành vi phân biệt, loại trừ hoặc ưu tiên dựa trên chủng tộc, màu da, nguồn gốc quốc gia hoặc nguồn gốc xã hội, dân tộc, giới tính, độ tuổi, tình trạng thai sản, tình trạng hôn nhân, tôn giáo, tín ngưỡng, chính kiến, khuyết tật, trách nhiệm gia đình hoặc trên cơ sở tình trạng nhiễm HIV hoặc vì lý do thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn, tổ chức của người lao động tại doanh nghiệp có tác động làm ảnh hưởng đến bình đẳng về cơ hội việc làm hoặc nghề nghiệp”.

chống lại sự phân biệt đối xử, cùng với các khái niệm như “phân biệt đối xử trực tiếp”, “phân biệt đối xử gián tiếp”, “phân biệt đối xử đan xen”, cũng như các trường hợp, căn cứ, mức độ (tương xứng) cho phép có sự đối xử khác biệt (như ưu tiên, ưu đãi các nhóm yếu thế...) mà không bị xem là phân biệt đối xử, nói cách khác là giới hạn của quyền bình đẳng.

Việc cần xây dựng một đạo luật chống phân biệt đối xử “toàn diện” ở Việt Nam, bao gồm các định nghĩa, phạm vi, những điều cấm và chế tài đối với phân biệt đối xử, cũng đã được một số cơ quan của Liên hợp quốc nêu lên. Đó là Ủy ban xóa bỏ phân biệt chủng tộc, cơ quan giám sát việc thực thi Công ước xóa bỏ phân biệt chủng tộc (ICERD), khi xem xét báo cáo của Việt Nam năm 2012 (đoạn 7 của kết luận giám sát)¹⁰; Ủy ban các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa, cơ quan giám sát việc thực thi Công ước các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (ICESCR), khi xem xét báo cáo của Việt Nam năm 2014 (đoạn 13 kết luận giám sát)¹¹.

Việt Nam có thể tham khảo các đạo luật chung về bình đẳng, chống phân biệt đối xử của một số quốc gia để xây dựng một đạo luật trong lĩnh vực này. Một số ví dụ bao gồm: Luật Bình đẳng (Equality Act, 2010) của Anh, Luật Đối xử Bình đẳng chung (General Act on Equal Treatment -AGG, 2006) của Đức¹². Cũng cần nói thêm rằng, Liên minh châu Âu đã có vai trò tích cực thúc đẩy các quốc gia thông qua luật để thực thi những hướng dẫn chung của khu vực này nhằm hiện thực hóa nguyên tắc đối xử bình đẳng¹³. Đương nhiên, việc so sánh, đối chiếu cho tương thích với các công ước nhân quyền quốc tế và các văn kiện nhân quyền khu vực ASEAN cũng là một đòi hỏi cơ bản.

Việc xây dựng một đạo luật chung về bình đẳng, chống phân biệt đối xử không làm vô hiệu mà chỉ bổ sung cho các đạo luật chuyên ngành đã có¹⁴. Không chỉ đặt ra các tiêu chuẩn, các căn cứ cấm phân biệt đối xử (ở cuối danh sách có thể kèm theo quy định có tính bao trùm “và các căn cứ khác”), chế tài đối với vi

¹⁰ Ủy ban xóa bỏ phân biệt chủng tộc, trong Nhận xét kết luận (Concluding observations, 2012), nhắc lại một đề nghị trước đó rằng Việt Nam cần “thông qua một đạo luật chống phân biệt đối xử toàn diện bao gồm một định nghĩa phân biệt chủng tộc”, Tài liệu CERD/C/VNM/CO/10-14.

¹¹ Ủy ban các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa, trong Nhận xét kết luận (Concluding observations, 2014) đã khuyến nghị Việt Nam: “thông qua một luật chống phân biệt đối xử toàn diện trong đó định nghĩa, cấm và trừng phạt việc phân biệt đối xử với tất cả các lý do. Luật cần quy định không chỉ về phân biệt đối xử trực tiếp mà còn cả về phân biệt đối xử gián tiếp, và quy định việc thực thi các biện pháp đặc biệt tạm thời và biện pháp khắc phục đối với nạn nhân. Theo đó, Ủy ban đề nghị Nhà nước thành viên chú ý tới Bình luận chung số 20 (2009) về không phân biệt đối xử trong việc thụ hưởng các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa”. Tài liệu E/C.12/VNM/CO/2-4.

¹² Hai đạo luật (của Anh và Đức) này cấm phân biệt đối xử trong các lĩnh vực: tuổi tác, khuyết tật, chuyển đổi giới tính, hôn nhân và kết hợp dân sự, mang thai và sinh con, chủng tộc, tôn giáo và tín ngưỡng, giới tính, xu hướng tính dục, với sự tập trung chống lại phân biệt đối xử trong sử dụng dịch vụ công, nhà ở, lao động việc làm, giáo dục...Xem thêm: Nguyễn Hiền Phương, Đào Lê Thu (đồng chủ biên), *Chống phân biệt đối xử từ góc độ luật nhân quyền quốc tế và pháp luật quốc gia*, Nxb. Lao động, 2020, tr. 62 và 74.

¹³ Xem thêm về pháp luật khu vực châu Âu và so sánh pháp luật quốc gia về lĩnh vực này: European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European non-discrimination law*, 2018; European Commission, *Developing Anti-discrimination Law in Europe - the 27 EU Member States, Croatia, the Former Yugoslav Republic of Macedonia and Turkey compared*, 2012; Sandra Fredman, *Comparative study of anti-discrimination laws of the US, Canada, South Africa and India*, European Commission, 2012.

¹⁴ Cảnh đó, vẫn cần tiếp tục xây dựng các đạo luật về bình đẳng trong các lĩnh vực cụ thể như Luật về bình đẳng dân tộc, Luật về chuyển giới..., cũng như về các quyền dân sự cơ bản như Luật về hội, Luật về biểu tình (hoặc hội họp ôn hòa)...

phạm, đạo luật về bình đẳng còn có thể đồng thời lập ra cơ chế, bộ máy (như đạo luật nêu trên của Đức), hoặc xác định thẩm quyền của tòa án dân sự (như đạo luật nêu trên của Anh) trong việc chống lại sự phân biệt đối xử, như sẽ được đề cập ở phần tiếp theo, bên cạnh cách cơ quan khác.

3. Hoàn thiện cơ chế bảo vệ bình đẳng

Bên cạnh những giới hạn về thiết chế, thiếu một đạo luật bao trùm, vấn đề nổi bật hiện nay là sự thiếu hụt và hiệu quả của các thể chế để phòng ngừa, phát hiện và xử lý vi phạm quyền bình đẳng, chống phân biệt đối xử. Các cơ quan hành chính và các tòa án hầu như chưa thụ lý, giải quyết các vụ việc về phân biệt đối xử.

Quyền có cơ chế bảo vệ quyền (cơ chế khắc phục) hiệu quả (*right to an effective remedy*), được quy định trong nhiều công ước mà Việt Nam là thành viên,¹⁵ xác định một cách rất rộng, rằng biện pháp khắc phục đối với các vi phạm nhân quyền sẽ được thực thi bởi các cơ quan tư pháp, hành pháp hoặc lập pháp có thẩm quyền hoặc bất kỳ cơ quan nào khác có thẩm quyền.

Hiện nay, một số cơ quan nhà nước có trách nhiệm tiếp nhận kiến nghị của công dân, tư vấn chính sách, hoặc bảo vệ quyền của một số nhóm, thuộc Quốc hội, Chính phủ, các Bộ, là: Ban Dân nguyện của Quốc hội; Ban Tiếp công dân Trung ương thuộc Thanh tra Chính phủ; Ủy ban Dân tộc; Ban Tôn giáo Chính phủ (Bộ Nội vụ); Vụ Trẻ em, Vụ Bình đẳng giới (Bộ

Lao động – Thương binh và Xã hội)... Cận đó là một số tổ chức liên ngành như: Ban Chỉ đạo về nhân quyền thuộc Chính phủ, với hệ thống Ban chỉ đạo nhân quyền tại các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; Ủy ban quốc gia vì sự tiến bộ của phụ nữ Việt Nam, với hệ thống Ban vì sự tiến bộ của phụ nữ các bộ, ngành, các cấp hành chính tỉnh, huyện, xã; Ủy ban quốc gia về Người khuyết tật Việt Nam... Tuy vậy, các cơ quan này không có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về phân biệt đối xử, và nhiều lĩnh vực chưa có cơ chế nào đảm bảo.

Có thể nói hành chính mạnh và tư pháp yếu là một đặc điểm của các cơ chế pháp lý tại Việt Nam. Nhiều đạo luật đều có quy định về khiếu nại, tố cáo đối với hành vi vi phạm pháp luật về bình đẳng. Chẳng hạn Luật bình đẳng giới năm 2006, bên cạnh việc liệt kê rất nhiều cơ quan có trách nhiệm trong lĩnh vực bình đẳng giới¹⁶, khẳng định quyền của các cơ quan, tổ chức, cá nhân khi cho rằng có quyết định, hành vi vi phạm pháp luật về bình đẳng giới, xâm phạm đến quyền, lợi ích hợp pháp của mình thì có quyền khiếu nại theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo (Điều 37). Tuy nhiên, bên cạnh đó, các tòa án Việt Nam lại chưa thụ lý các vụ việc liên quan đến phân biệt đối xử về giới, cho dù đây là một trong những lĩnh vực có sự vi phạm phổ biến nhất. Cơ chế khiếu nại tại các cơ quan hành chính, với đặc điểm cố hữu là khép kín, một chiều, không thể bù đắp cho hệ thống tòa án hoạt động theo các nguyên tắc công khai, bảo đảm tranh tụng, xét xử tập thể

¹⁵ Quyền này được ghi nhận tại Điều 8 của Tuyên ngôn nhân quyền phổ quát (UDHR, 1948), khoản 3 Điều 2 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR, 1966), Điều 6 Công ước về xóa bỏ mọi hình thức phân biệt chủng tộc (ICERD, 1969), điểm c Điều 2 Công ước về xóa bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ (CEDAW, 1979), Điều 13 và 14 Công ước chống tra tấn và các hình thức đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục (CAT, 1984).

¹⁶ Theo Luật bình đẳng giới năm 2006, các cơ quan này gồm Chính phủ (Điều 25), cơ quan quản lý nhà nước về bình đẳng giới (Điều 26), bộ, cơ quan ngang bộ (Điều 27), Ủy ban nhân dân các cấp (Điều 28), Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên (Điều 29), Hội liên hiệp phụ nữ Việt Nam (Điều 30).

và xét xử hai cấp.¹⁷ Hơn thế, tòa án có vai trò mà lập pháp và hành pháp không thể thay thế trong việc giải thích pháp luật. Chỉ thông qua các bản án, xem xét, phân tích các tình huống đa dạng của đời sống thực tiễn, và luật pháp được diễn giải, áp dụng để đánh giá về sự phân biệt đối xử hay không, dần hình thành nên các án lệ chi tiết hóa các nguyên tắc luật pháp trong lĩnh vực này.

Việc thiếu các cơ chế khắc phục sự phân biệt đối xử trong lĩnh vực dân tộc và đối với các quyền kinh tế, xã hội tại Việt Nam đã được nêu lên bởi các cơ quan Liên hợp quốc. Ủy ban xóa bỏ phân biệt chủng tộc (CERD), sau khi xem xét báo cáo định kỳ của nhà nước Việt Nam vào năm 2012, đã bày tỏ sự quan ngại về việc hiếm thấy tòa án Việt Nam giải quyết các vụ việc liên quan đến lĩnh vực phân biệt chủng tộc, sắc tộc, đồng thời khuyến nghị quốc gia “thành lập các cơ chế giải quyết khiếu nại toàn diện, hiệu quả và độc lập” đối với lĩnh vực này (đoạn 9, 10)¹⁸. Năm 2014, Ủy ban các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (CESCR) cũng bày tỏ sự quan ngại về việc thiếu vắng cơ chế khắc phục hiệu quả cho các nạn nhân bị vi phạm quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (đoạn 9)¹⁹.

Trong khi đó, cơ quan nhân quyền quốc gia ở nhiều nước đang góp phần bảo vệ các quyền

con người và thúc đẩy quyền bình đẳng thông qua các hoạt động giáo dục, tư vấn và nhận khiếu nại về bất bình đẳng, phân biệt đối xử. Ở một số nước, cơ quan này tập chung vào bình đẳng và chống phân biệt đối xử, thể hiện ngay qua những tên gọi như Ủy ban về Bình đẳng và Nhân quyền (Equality and Human Rights Commission) của Anh²⁰, Ủy ban về Nhân quyền và Bình đẳng (Irish Human Rights and Equality Commission) của Ireland²¹.

Tại Việt Nam, trong khi chưa thành lập được cơ quan nhân quyền quốc gia, việc thành lập một Ủy ban chống phân biệt đối xử, một cơ quan hiến định độc lập, có thể là một lựa chọn khả thi. Ủy ban này sẽ không thuộc về lập pháp, hành pháp, hay tư pháp, do Quốc hội thành lập và bầu ra các thành viên. Cơ quan này không có thẩm quyền xét xử, nhưng có thể nhận, trả lời các khiếu nại của cá nhân hoặc tập thể, thu thập chứng cứ, tài liệu nhằm xác minh sự thật, đưa ra các khuyến nghị, tư vấn liên quan đến sự phân biệt đối xử, cả về thể chế và thực tiễn. Các khuyến nghị chủ yếu mang tính “quyền lực mềm”, được tôn trọng đến mức độ nào sẽ phụ thuộc vào năng lực, sự độc lập, khách quan, uy tín và khả năng thuyết phục của ủy ban²². Việc thành lập cơ quan này cần đến sự bổ sung Hiến pháp, cũng như xây dựng một đạo luật riêng biệt về tổ chức và thẩm quyền

¹⁷ Báo cáo viên Đặc biệt về Tự do Tôn giáo hoặc Tín ngưỡng, ông Heiner Bielefeldt, khi đến Việt Nam năm 2014, đã rất ngạc nhiên vì “đã không gặp bất kỳ trường hợp mà người dân đã thách thức thành công các hành vi bị cáo buộc vi phạm quyền tự do tín ngưỡng và tôn giáo qua các cơ quan tư pháp”. Mặc dù các cơ quan Việt Nam hay nhắc đến vai trò của các cơ quan hành chính, ông này cho rằng hệ thống đó “không thể tính là tương đương với một hệ thống tư pháp độc lập chịu trách nhiệm bảo đảm quyền con người của tất cả mọi người” (đoạn 37 và 38, Báo cáo chuyên thăm quốc gia, 2014, Tài liệu A/HRC/28/66/Add.2).

¹⁸ Ủy ban xóa bỏ phân biệt chủng tộc, Nhận xét kết luận (về Việt Nam) (Concluding observations, 2012), Tài liệu CERD/C/VNM/CO/10-14.

¹⁹ Ủy ban các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa, Nhận xét kết luận (về Việt Nam) (Concluding observations, 2014), Tài liệu E/C.12/VNM/CO/2-4.

²⁰ Xem: <https://www.equalityhumanrights.com/en/about-us>.

²¹ Xem: <https://www.ihrec.ie/>.

²² Tương tự như vai trò của cơ quan nhân quyền quốc gia, Ombudsman ở một số nước. Xem thêm: Lê Khánh Tùng, *Cơ quan Nhân quyền quốc gia – 101 câu hỏi đáp*, Nxb. Hồng Đức, 2017.

của nó. Trong tương lai xa hơn, ủy ban này có thể được nâng cấp thành một cơ quan nhân quyền quốc gia với những thẩm quyền và phạm vi hoạt động rộng hơn.

Để chống lại các hành vi phân biệt đối xử mang tính thực hành, ngành tòa án cần tích cực thụ lý, xét xử các đơn khởi kiện dân sự, hành chính, lao động của những chủ thể cho rằng mình là nạn nhân của sự phân biệt đối xử. Xa hơn, tòa án cũng sẽ phải phán quyết về các vi phạm mang tính thể chế. Đây chính là quyền kiểm hiến của tư pháp đối với lập pháp và hành pháp (tổ tụng hiến pháp), tòa án xét xử các văn bản quy phạm pháp luật để xem xét có phù hợp hiến pháp hay không²³.

Nếu hiểu cơ chế theo nghĩa rộng hơn, bao gồm cả những công cụ, thể chế để người dân lên tiếng, thì khuôn khổ pháp luật về những quyền dân sự, chính trị căn bản (như tự do ngôn luận, báo chí, lập hội, hội họp và bầu cử) cần được cải thiện để các nhóm thiểu số (về dân tộc, tôn giáo, người khuyết tật...) có thể phản ánh đầy đủ hơn những bất cập, bất công và nguyện vọng của họ. Nói cách khác, lập pháp có trách nhiệm tiếp tục cải thiện “không gian để lên tiếng”, như đã nêu ở phần đầu bài viết. “Dân chủ thảo luận”, mô hình quản trị quốc gia đề cao việc đối thoại, chia sẻ các thông tin, vấn đề và giải pháp giữa các chủ thể trong xã hội, chính là một hướng tốt cho sự phát triển bền vững.

Phòng ngừa, ngăn chặn và xóa bỏ sự kỳ thị, phân biệt đối xử không chỉ là vấn đề của thể chế, mà còn cần kèm theo nhiều chính sách về kinh tế, văn hóa và giáo dục. Bởi lẽ, sự kỳ thị có những nguyên nhân sâu xa từ nhận thức con người²⁴, pháp luật về bình đẳng các quốc gia cũng cần được đặt trong bối cảnh lịch sử, văn hóa và dân cư cụ thể, và có những kế hoạch dài hạn hướng đến sự thay đổi tích cực.

4. Kết luận

Do tính phổ biến, đa dạng của phân biệt đối xử, cũng như sự sâu rộng, có phần trừu tượng của lý tưởng bình đẳng, sẽ cần thêm nhiều nghiên cứu và thảo luận rộng rãi về chủ đề này. Trong một xã hội ngày càng đa dạng, sự khác biệt, phân hóa quan điểm giữa các cá nhân, nhóm xã hội, do sự khác nhau về giá trị, tín ngưỡng hoặc vị thế, về một số lĩnh vực cụ thể là có thể hình dung được²⁵. Dẫu vậy, hai vấn đề được thảo luận trong bài viết này, gồm sự thiếu hụt một đạo luật có phạm vi rộng về bình đẳng, và cơ chế hiệu quả bảo vệ quyền bình đẳng, chống phân biệt đối xử, cần được sớm khắc phục, dù rằng những việc này đòi hỏi các nguồn lực và sự quyết tâm lớn. Nhiều đạo luật, chính sách thúc đẩy bình đẳng đã được thực thi trong những thập niên qua tại Việt Nam là những tiền đề tốt để tiếp tục thảo luận, hình thành nên các chính sách, đạo luật toàn diện trong lĩnh vực này, đảm bảo cho quyền bình đẳng được hiện thực hóa đầy đủ hơn ■

²³ Một số thảo luận, nghiên cứu như: *Kỷ yếu Hội thảo quốc tế về bảo hiến*, Văn phòng Quốc hội Việt Nam, Nxb. Thời đại, 2009; Nguyễn Như Phát, *Tài phán hiến pháp – một số vấn đề lý luận cơ bản, kinh nghiệm quốc tế và khả năng áp dụng cho Việt Nam*, Nxb. Khoa học xã hội, 2011...

²⁴ Chẳng hạn như về thái độ kỳ thị đối với người khuyết tật. Xem thêm: Trần Thị Bình, Vũ Hồng Phong, Vũ Phương Thảo, *Xóa bỏ kỳ thị - quan điểm và đánh giá của người khuyết tật*, Nxb. Tri thức, 2017.

²⁵ Việc xây dựng luật chống phân biệt đối xử tại Hàn Quốc đã gây tranh cãi hơn một thập niên qua và vẫn tiếp tục đến gần đây, mặc dù dự thảo luật đã được nhiều lần trình ra trước Quốc hội nước này. Yoon So-Yeon, “Calls for an anti-discrimination law grow, but so does opposition”, *Korea JoongAng Daily*, July 11, 2021, <https://koreajoongangdaily.joins.com/2021/07/11/culture/features/antidiscrimination-equality-law-discrimination/20210711173307144.html>.

CÔNG ƯỚC VỀ LUẬT BIỂN NĂM 1982 VÀ NGHỀ CÁ Ở ĐÔNG NAM Á

Nguyễn Hồng Thao

PGS. TS. Học viện Ngoại giao

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Công ước về Luật biển năm 1982, nghề cá, Đông Nam Á.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/02/2022
Biên tập : 22/02/2022
Duyệt bài : 24/02/2022

Article Infomation:

Keywords: United Nations Convention on the Law of the Sea; fishery; Southeast Asia.

Article History:

Received : 06 Feb. 2022
Edited : 22 Feb. 2022
Approved : 24 Feb. 2022

Tóm tắt:

Năm 2022, Công ước về Luật biển (UNCLOS) tròn 40 năm tuổi kể từ ngày ký. Bản “Hiến pháp đại dương” này đã thiết lập một trật tự pháp lý mới trên biển, trong đó có nghề cá. Đông Nam Á, trong đó có Việt Nam là một trong những khu vực phản ánh rõ những mặt tích cực và hạn chế trong thực hiện quản trị nghề cá mà Công ước của Liên hợp quốc về Luật Biển năm 1982 (UNCLOS) mang lại.

Abstract:

The year of 2022 marks 40 years of existence and 28 years of implementation of the United Nations Convention on the Law of the Sea. This Convention has created a new legal orders at sea, including the fishery. The Southeast Asia, including Vietnam, is one of regions that has reflected well the success and failure of fishery governance by the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982.

1. Công ước về Luật biển năm 1982 - một chế độ đánh cá mới

Sau Chiến tranh thế giới lần thứ hai, trên thế giới, nghề cá được điều chỉnh bởi bốn Công ước Geneva 1958. Điều này dẫn đến sự thiếu đồng bộ, không thống nhất. Khắc phục hạn chế này, năm 1982, Liên hợp quốc đã thông qua Công ước về Luật biển (UNCLOS). UNCLOS đã phân bổ lại trách nhiệm bảo tồn và quản lý các nguồn tài nguyên cá từ một phần của Biển cả thuộc chế độ tự do đánh bắt sang cho các quốc gia ven biển dưới hình thức có quyền chủ quyền về tài nguyên sinh vật trong vùng đặc

quyền kinh tế của họ. Các quốc gia ven biển có trách nhiệm chính đặt ra các quy định để bảo tồn và quản lý 90% nguồn đánh bắt toàn cầu¹ (Điều 61 và 62), phần lớn trong số đó trước kia được tự do đánh bắt bởi các hạm đội tàu cá của các nước phát triển. Tại Biển cả, các quốc gia ven biển có trách nhiệm hợp tác với các quốc gia khác và các tổ chức quốc tế trong việc áp dụng các biện pháp quản lý và bảo tồn các nguồn tài nguyên sinh vật (Điều 118). UNCLOS cũng phân phối lại quyền đánh bắt tài nguyên sinh vật giữa các quốc gia trong vùng đặc quyền kinh tế. Nó cho phép các quốc gia khác tiếp

¹ FAO (1998), The state of world fisheries and aquaculture 1998, part 2: Selected issues facing fishers and aquaculturists, <https://www.fao.org/3/w9900e/w9900e03.htm>.

cận, qua điều ước hoặc các thỏa thuận khác và theo đúng các thể thức, điều kiện, các luật và quy định khác, khai thác số dư của khối lượng cho phép đánh bắt trong vùng đặc quyền kinh tế của quốc gia ven biển. Khi làm như vậy, cần đặc biệt quan tâm các quốc gia không có biển và bất lợi về địa lý cũng như các quốc gia láng giềng. Tuy nhiên, quyền tiếp cận này bị hạn chế. Các quốc gia ven biển có quyền ấn định khối lượng đánh bắt có thể chấp nhận được đối với các tài nguyên sinh vật ở trong vùng đặc quyền về kinh tế của mình; quyền xác định khả năng đánh bắt của mình, thời gian, điều kiện và các quy định cho việc tiếp cận tài nguyên cá để duy trì hoặc phục hồi quần thể các loài khai thác ở mức bền vững. Quốc gia ven biển dựa vào các số liệu khoa học đáng tin cậy nhất mà mình có, thi hành các biện pháp thích hợp về bảo tồn và quản lý nhằm làm cho việc duy trì các nguồn lợi sinh vật trong vùng đặc quyền kinh tế của mình khỏi bị ảnh hưởng do khai thác quá mức. Quốc gia ven biển và các tổ chức quốc tế có thẩm quyền, các tổ chức phân khu vực, khu vực hay thế giới, hợp tác với nhau một cách thích hợp để thực hiện mục đích này. Quốc gia ven biển cần tính đến tất cả các yếu tố thích đáng, trong đó có: tầm quan trọng của các tài nguyên sinh vật thuộc khu vực đối với nền kinh tế và đối với các lợi ích quốc gia khác của nước mình; các nhu cầu của các quốc gia đang phát triển trong khu vực hay phân khu vực về vấn đề khai thác một phần của số dư, và sự cần thiết phải giảm bớt đến mức tối thiểu những rối loạn kinh tế trong các quốc gia nào có những công dân thường đánh bắt hải sản ở trong khu vực hoặc đã đóng góp nhiều vào công tác tìm kiếm và thống kê các đàn cá. “Sản lượng khai thác tối ưu các tài nguyên sinh vật của vùng đặc quyền về kinh tế” (MSY) và tổng khối lượng đánh bắt cho phép (TAC) là một số trong những biện pháp khoa học và công nghệ được khuyến nghị.

UNCLOS cũng đặt ra chế độ pháp lý khác nhau đối với một đàn cá hoặc các loài quần hợp ở trong vùng đặc quyền kinh tế của hai hoặc nhiều quốc gia ven biển hoặc đồng thời ở trong vùng đặc quyền kinh tế và ở trong một khu vực tiếp liền với vùng đó, các loài cá di cư xa, các động vật biển có vú, các đàn cá vào sông sinh sản, các loài cá ra biển sinh sản hoặc các loài thuộc loại định cư. Các quốc gia ven biển và các quốc gia khác có công dân chuyên đánh bắt trong khu vực những loài cá và đàn cá này, cần trực tiếp hoặc qua trung gian của các tổ chức quốc tế thích hợp, hợp tác với nhau nhằm bảo đảm việc bảo tồn các loài cá nói trên và đẩy mạnh việc khai thác tối ưu các loài cá đó trong toàn bộ khu vực, ở trong cũng như ở ngoài vùng đặc quyền về kinh tế.

UNCLOS mang lại một sự thay đổi mang tính cách mạng trong việc kết hợp khai thác bền vững các nguồn lợi thủy sản hài hòa với bảo vệ môi trường. Các nguyên tắc được Hội nghị Liên hợp quốc về môi trường con người thông qua năm 1974, đặc biệt là nguyên tắc phòng ngừa đã được phản ánh rõ trong các quy định của UNCLOS liên quan đến chế độ quản lý đánh bắt ở vùng đặc quyền kinh tế và Biển cả. Phần XII UNCLOS về bảo vệ môi trường biển nhấn mạnh nghĩa vụ của các quốc gia trong việc thực hiện các biện pháp cần thiết để bảo vệ và bảo tồn các hệ sinh thái quý hiếm hoặc dễ bị tổn thương cũng như môi trường sống của các loài cạn kiệt, bị đe dọa hoặc có nguy cơ tuyệt chủng và các dạng sinh vật biển khác. Hoạt động của các tàu, kể cả tàu kiểm ngư được quy định chặt chẽ nhằm cân đối giữa quyền khai thác tài nguyên biển với nghĩa vụ quản lý và bảo vệ môi trường biển. Các quốc gia ven biển, các quốc gia có cảng và các quốc gia treo cờ có trách nhiệm kiểm soát việc đánh bắt và ô nhiễm môi trường trong toàn bộ quá trình hoạt động của các đội tàu đánh cá (các điều 210-211, 217-218). Vai trò của các tổ chức

quản lý nghề cá khu vực (RMFO) được nâng cấp nhằm tranh thủ sự hỗ trợ hiệu quả cho các quốc gia trong việc bảo tồn và quản lý nguồn cá và bảo vệ môi trường.

UNCLOS là một văn kiện khung để tiếp tục xây dựng và cụ thể hóa các nguyên tắc mới của luật nghề cá quốc tế. Các nguyên tắc chính của quản lý nghề cá bền vững đã được phát triển trong các công cụ ràng buộc và tự nguyện như Hiệp định Thực thi các quy định UNCLOS về bảo tồn và quản lý đàn cá lưỡng cư và di cư xa năm 1995, Thỏa thuận FAO năm 1993 nhằm thúc đẩy việc tuân thủ các biện pháp bảo tồn và quản lý quốc tế đối với tàu khai thác ở vùng biển cả, Bộ quy tắc ứng xử của FAO về nghề cá có trách nhiệm năm 1995 và Kế hoạch hành động quốc tế của FAO để quản lý năng lực đánh bắt cá (IPOA).

Tuy nhiên, việc thực hiện UNCLOS cũng cho thấy một số hạn chế sau đây:

Thứ nhất, các yêu cầu cao của khoa học nghề cá chưa thật sự phù hợp với trình độ quản lý nghề cá của từng quốc gia. Không phải tất cả các nước đang phát triển đều có đủ dữ liệu khoa học đáng tin cậy và các quy định để thực hiện các biện pháp MSY và TAC hàng năm. Ngay cả các nước EU cũng có Kế hoạch quản lý nhiều năm (MAP) để cho phép một số linh hoạt trong việc thiết lập TAC.² MSY và TAC không thích ứng với các vùng biển bị tác động nặng của hiện tượng El Nino, dầu tràn hoặc thậm chí là mực nước biển dâng. Việc xác định MSY và TAC phức tạp hơn khi liên quan đến

nhều loài cá phụ thuộc hoặc liên quan nhau và đòi hỏi rất nhiều mô hình tính toán khác nhau³.

Thứ hai, mô hình quản lý nghề cá độc quyền nhà nước không hiệu quả trong tạo lập một nghề cá bền vững. Nó tập trung vào kiểm soát tổng sản lượng đánh bắt hơn là quyền và lợi ích của ngư dân cũng như tính kinh tế của ngành đánh bắt⁴. Quyền tài sản đối với các nguồn tài nguyên đánh bắt không được xác định rõ ràng. Do tầm quan trọng kinh tế ngày càng tăng của ngành thủy sản, hoạt động khai thác đánh bắt ở nhiều vùng được đẩy lên với tỷ lệ lớn hơn MSY và TAC dẫn đến cạn kiệt nguồn lợi. Các quốc gia cũng thiếu các quy định và nguồn lực để thực hiện kiểm soát, kiểm tra và giám sát (MCS) việc phân bổ các tài nguyên cá hạn chế với sự tham gia tích cực của các tổ chức quản lý nghề cá và các bên liên quan, đặc biệt là những người đánh bắt cá thủ công quy mô nhỏ. Khi việc triển khai, thực thi và hợp tác thiếu chặt chẽ, việc khai thác IUU và đánh bắt quá mức là không thể tránh khỏi. Thực tiễn quốc gia yêu cầu cần thiết lập các cách thức tốt hơn để chia sẻ cơ hội đánh bắt. Đây là lý do vì sao nhiều nước ủng hộ và tham gia tích cực Bộ quy tắc ứng xử của FAO về nghề cá có trách nhiệm năm 1995.

Thứ ba, các tranh chấp liên quan đến quyền chủ quyền đối với các nguồn tài nguyên sinh vật biển trong EEZ (Điều 297.3 (a) không thuộc khuôn khổ áp dụng các thủ tục giải quyết tranh chấp bắt buộc của UNCLOS theo Phụ lục V và VII⁵. Các quyết định của Tòa án và Trọng tài quốc tế chưa đưa ra các kết luận hữu hiệu để

² Aranda, M., Ulrich, C., Le Gallic, B., Borges, L., Metz, S., Puellezo, R., Santurtún, M. (2019) Research for PECH Committee — EU fisheries policy – latest developments and future challenges, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, p.11,22, available at [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2019\)629202](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2019)629202)

³ Tommy KOH (2020), p.291.

⁴ Scheiber H N, Carr C J, 1998, “From extended jurisdiction to privatization: international law, biology and economics in the marine fisheries debates, 1937-1976” *Berkeley Journal of International Law* 16 p.10-54.

⁵ Nilufer Oral, Reflections on the Past, Present, and Future of IUU Fishing under International Law, *International Community Law Review* 22 Brill (2020), p.373.

ngăn chặn việc đánh bắt quá mức, không báo cáo và không đúng quy định (IUU)⁶.

Thứ tư, “giải pháp công bằng” không rõ ràng trong quy tắc phân định vùng đặc quyền kinh tế đã ảnh hưởng đến tiến trình giải quyết các tranh chấp và xác định các đường biên giới biển, không gian biển cho các quốc gia thực thi bảo tồn và quản lý tài nguyên cá của mình. Chỉ một nửa số đường ranh giới biển (hơn 500 trường hợp) trên thế giới chính thức đạt được thỏa thuận⁷. Một số tranh chấp về nghề cá đã được quản lý thông qua các vùng đánh cá chung như Argentina - Uruguay “vùng đánh cá chung” năm 1974⁸, “Vùng đặc biệt” Đan Mạch - Vương quốc Anh năm 1999⁹, hoặc 3 hiệp định nghề cá chung tại Đông Á giữa Trung Quốc, Nhật Bản và Hàn Quốc. lần lượt vào các năm 1997, 2000 và 2001¹⁰. Thực

tiễn của khoảng 20 vùng đánh cá chung trên thế giới¹¹ chưa đủ đảm bảo áp dụng các dàn xếp tạm thời có tính chất thực tiễn quy định tại Điều 74. Vùng đánh cá chung Trung-Việt trong Vịnh Bắc Bộ đã hết hiệu lực và không có biểu hiện đàm phán một vùng mới tương tự từ năm 2020¹². Các yêu sách biển thái quá đã làm khó cho việc phân định biển hay thiết lập các vùng đánh cá chung. Chúng là nhân tố chính làm gia tăng các vấn đề IUU. Mặt khác, các tranh chấp biển cũng thúc đẩy tìm kiếm các phương pháp tiếp cận đồng quản lý và phân vùng đánh bắt cá đặc biệt.

2. Công ước về Luật biển năm 1982 và các quốc gia Đông Nam Á

UNCLOS đã được hầu hết các quốc gia Đông Nam Á phê chuẩn, ngoại trừ Campuchia.

⁶ “Volga” (*Russia v. Australia*), *Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2002*, p. 10; *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, Award, PCA Case No. 2011-03, 18 March 2015; *South China Sea Arbitration (Philippines v. China)*, Award, PCA Case No. 2013-19, 12 July 2016.

⁷ Prescott, C. Schofield, *Maritime Political Boundaries of the World*, Martinus Nijhoff, Leiden, NLD, 2004, p. 218 highlight that ‘out of 427 potential maritime boundaries, only about 168 (39%) have been formally agreed, and many of these only partially’.

A. Cannon, *The impact of sovereignty and boundary disputes on commercial investments*, Herbert Smith Freehills (2016) [Online]. Available, <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/the-impact-of-sovereignty-and-boundary-disputes-on-commercial-investments>. The total of maritime boundary disputes is 640, with around half resolved. N. Newman, *Maritime boundary disputes*, Eniday (2018) [Online]. Available at https://www.eniday.com/en/human_en/maritime-boundary-disputes/. There are 512 maritime boundaries in total, again half of them resolved.

⁸ Charney, J.I. and Smith, R.W. (2002) (eds.), *International Maritime Boundaries*, Vol.II: (Dordrecht: Martinus Nijhoff), p.757-766.

Julio D. Chaluleu (2004), *Shared Fishery Argentine-Uruguayan Common Fishing zone*, <https://www.fao.org/3/Y4652e/y4652e08.htm>.

⁹ Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark together with the Home Government of the Faroe Islands on the one hand and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland on the other hand relating to the Maritime Delimitation in the area between the Faroe Islands and the United Kingdom, 18 May 1999. See Charney, J.I. and Smith, R.W. (2002) (eds.), *International Maritime Boundaries*, Vol. IV (Dordrecht: Martinus Nijhoff), p.2955-2977.

¹ S.P. Kim, ‘The UN Convention on the Law of the Sea and New Fisheries Agreements in North East Asia’, *Marine Policy*, 27 (2003), p.97-109.

² Clive Schofield, *Defining areas for joint development in disputed waters*, University of Wollongong Research Online 2014, <https://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=2627&context=lhapapers>.

³ Nguyen Hong Thao, Viet Nam – China maritime delimitation, *Encyclopedia of Public International Law in Asia*, Editor: Seokwoo Lee, Brill dictionary on the Asian International Law 2021 p.722-73.

Một nửa số thành viên ASEAN đã phê chuẩn Hiệp định thực thi các quy định của UNCLOS về bảo tồn và quản lý đàn cá lưỡng cư và di cư xa năm 1995¹³. Tất cả các quốc gia Đông Nam Á đều là thành viên của FAO và Bộ quy tắc ứng xử của FAO về nghề cá có trách nhiệm năm 1995. Họ cũng ủng hộ Công ước Đa dạng Sinh học (CBD) và các công ước liên quan về quản lý tài nguyên sinh vật và đa dạng sinh học khác.

Đông Nam Á là một trong những trung tâm của cuộc khủng hoảng nghề cá thế giới do đánh bắt quá mức và các hoạt động IUU dẫn đến mất và suy thoái môi trường sống, cạn kiệt nguồn tài nguyên sinh vật biển, ô nhiễm biển và chịu ảnh hưởng của biến đổi khí hậu. Nghề cá có tầm quan trọng đặc biệt ở Đông Nam Á như một nguồn cung cấp protein chính, nguồn tạo việc làm¹⁴ và xuất khẩu hơn bất kỳ khu vực nào trên thế giới. Cá cung cấp hơn 1/3 tổng lượng đạm động vật hấp thụ của người /năm trong

khu vực¹⁵. Người lao động làm việc trong lĩnh vực đánh bắt và nuôi trồng thủy sản tại Đông Nam Á ước tính chiếm 11% dân số toàn cầu¹⁶. Đông Nam Á có đội tàu đánh cá lớn nhất với 1.770.000 tàu cá, chiếm 55% tổng số tàu cá trên toàn thế giới¹⁷. Phần lớn (86%) là tàu cá quy mô nhỏ¹⁸. Trung Quốc, Indonesia và Việt Nam nằm trong danh sách bảy nhà sản xuất thủy hải sản lớn¹⁹. Trung Quốc, Việt Nam và Thái Lan xếp hạng trong số năm nước xuất khẩu thủy hải sản hàng đầu trên thế giới. Trung Quốc là quốc gia đứng đầu về sản lượng đánh bắt, chiếm 30–34% tổng sản lượng đánh bắt tại Biển Đông mỗi năm. Đài Loan và Việt Nam (khoảng 17–21%), và Thái Lan (10–17%) đứng ngay sau²⁰. Theo nhiều nguồn tài liệu khác nhau, khu vực này có khoảng 3.365 loài cá biển thuộc 263 họ, hầu hết là các loài cá di cư xa²¹. Mức tăng đánh bắt hàng năm là 2-4% với mức giảm nguồn lợi trong cả thập kỷ là 29%²². Hơn một nửa số loài cá ở Biển Đông đang được khai thác quá mức khiến trữ lượng của chúng có nguy cơ sụt giảm nghiêm

¹³ UN treaty Collection, https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en.

¹⁴ FAO estimates that at least 5.4 million people of the SEA are engaged, full or part time, directly in fisheries (APFIC, 2010)

¹⁵ Dustin Kuan-Hsiung Wang, Fisheries management in the South China Sea, in Routledge *Handbook of the South China Sea*, edited by Zou Keyaun, Routledge p.2021, 244.

¹⁶ FAO, *The State of World Fisheries and Aquaculture 2018: Meeting the sustainable development goals* (FAO, 2018) 30, available at <http://www.fao.org/3/i9540en/I9540EN.pdf>.

¹⁷ Louise Teh et al., “Status, Trends, and the Future of Fisheries in the East and South China Seas,” (2019) 27-1 *Fisheries Centre Research Reports* p.13-14.

SEAFDEC (2018) *Regional Initiatives/Programs and Capacity Building to Support the Implementation of General Assembly Resolution 71/257*, the number of fishing vessels in the Region is almost 73% of the global fleet.

¹⁸ Vu Hai Dang, Biodiversity and conservation in Routledge *Handbook of the South China Sea*, edited by Zou Keyaun, Routledge p.2021, 279.

¹⁹ FAO 2020, p. 8, The top seven capture producers (China, Indonesia, Peru, India, the Russian Federation, the United States of America and Viet Nam) accounted for almost 50 percent of total global capture production.

²⁰ Louise S. L. Teh, Allison Witter, William W. L. Cheung, U. Rashid Sumaila, Xueying Yin, *What is at stake? Status and threats to South China Sea marine fisheries*, *Ambio*. 2017 Feb; 46(1), https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5226903/pdf/13280_2016_Article_819.pdf, p. 62.

²¹ U. R. Sumaila & W. W. L. Cheung, *Boom or Bust: The Future of Fisheries in the South China Sea*, Research Project, November 2015, *Oceans Asia Project*, at 4.

²² APFIC Regional overview of fisheries and aquaculture in Asia and the Pacific (2012), <https://www.fao.org/3/i3185e/i3185e00.pdf>, p. 3.

trọng²³. Khu vực được chú ý nhiều do quản trị nghề cá yếu kém, điều kiện kinh tế xã hội thấp và sự thay đổi hệ sinh thái mạnh. Những yếu tố này đã ảnh hưởng nghiêm trọng đến an ninh khu vực và tính bền vững của môi trường. Tình trạng bất ổn về an ninh và môi trường lại tác động trở lại quản lý nghề cá làm vòng tròn phụ thuộc này ngày càng thêm trầm trọng.

Mô hình quản lý nghề cá dựa trên MSY và TAC khó có thể đạt được như mong muốn. Việc phân tách các loài đánh bắt là không thực tế bởi tính đa dạng của các loài và đặc tính đa vùng của nghề cá. Các quốc gia bị thiếu ngân sách, kỹ thuật và nguồn nhân lực để thu thập dữ liệu về nghề cá quy mô nhỏ. Các đánh giá về trữ lượng quốc gia đối với việc khai thác từng loài riêng lẻ và các đàn cá di cư thường xuyên thiếu và không nhất quán²⁴ trong khi việc phân định vùng biển không rõ ràng.

Các khu vực quản lý nghề cá đã được xác định theo đơn vị địa lý hoặc hành chính hơn là theo loài mục tiêu. Không có số liệu thống kê khai thác đáng tin cậy kể từ cuối những năm 1980 ngoại trừ một số dữ liệu chỉ số đánh bắt²⁵. Trong năm 2010, chỉ có 32% (15,8 triệu tấn) tổng sản lượng của khu vực được báo cáo²⁶. Không có bất kỳ đánh giá tổng quan nào về các đàn cá cho toàn bộ Biển Đông đã được thực hiện trong thời gian gần đây. Không có công

thức tiêu chuẩn hóa cấp khu vực hoặc quốc gia để ước tính giá trị và khối lượng khai thác IUU. Kiểm kê tàu cá vẫn chưa đầy đủ và cần sớm được cập nhật. Đánh giá trữ lượng cá trong khu vực của FAO dựa trên ước tính, ý kiến chuyên gia và tính toán mô hình MSY của nhiều loài thủy sản chứ không phải từ dữ liệu quốc gia chính thức và đầy đủ. Đây là những hạn chế lớn đối với việc quản lý đánh bắt hiệu quả và sự hợp tác của các quốc gia ven biển trong vùng biển nửa kín theo điều 123 của UNCLOS.

Tình hình càng trở nên trầm trọng hơn do sự yếu kém của các lực lượng thực thi pháp luật trên biển trong khu vực. Phần lớn các nước mới thành lập lực lượng Cảnh sát biển bằng cách hợp nhất các chức năng của các cơ quan hành chính riêng biệt để đấu tranh chống tội phạm trên biển, bao gồm cả các hoạt động đánh bắt quá mức và IUU. Tuy nhiên, chất lượng công tác thanh tra, kiểm tra trên biển chưa đạt yêu cầu do lực lượng Cảnh sát biển và Kiểm ngư hoạt động trên vùng biển rộng còn ít. Việc tăng cường các biện pháp quản lý đánh bắt ở các khu vực gần bờ đã làm tăng số lượng và quy mô tàu đánh bắt xa bờ. Lực lượng thực thi pháp luật trên biển đã được sử dụng để bảo vệ các tuyên bố chủ quyền đơn phương của quốc gia trong vùng biển tranh chấp ở Biển Đông nhiều hơn là hợp tác chống đánh bắt quá mức và các hoạt động IUU²⁷.

²³ Kim J. DeRidder and Santi Nindang, “Southeast Asia’s Fisheries Near Collapse from Overfishing,” *InAsia*, The Asia Foundation, 28 March 2018, <https://asiafoundation.org/2018/03/28/southeast-asias-fisheries-near-collapseoverfishing/>.

²⁴ Pauly, D., and D. Zeller. (2016). Catch reconstructions reveal that global marine fisheries catches are higher than reported and declining. *Nature Communications* 7: 10244. doi:10.1038/ncomms10244. A common problem of national fisheries statistics, including those of SCS countries, is that they generally do not record the catches from all fishing sectors.

²⁵ Qiu, Y.S., Lin, Z.J., & Wang, Y.Z., 2010. Responses of fish production to fishing and climate variability in the northern South China Sea. *Progress in Oceanography* 85: 197–212.

²⁶ APFIC 2012, p. 3.

²⁷ Yang Fang, Coast guard competition could cause conflict in the South China Sea, *ANU College of Asia & Pacific*, 29 October 2018, <http://asiapacific.anu.edu.au/news-events/all-stories/coast-guard-competitioncould-cause-conflict-south-china-sea>. Lyle Morris, “The Era of Coast Guards in the Asia-Pacific is upon US”, *Asia Maritime Transparency Initiative (AMTI)*, 8 March 2017, <https://amti.csis.org/era-coastguards-asia-pacific-upon-us/>.

Các tổ chức quản lý nghề cá khu vực chỉ có vai trò khuyến nghị và hỗ trợ kỹ thuật hơn là quản lý. Nhiệm vụ của Trung tâm Phát triển Nghề cá Đông Nam Á (SEAFDEC) là “phát triển và quản lý tiềm năng nghề cá của khu vực... thông qua chuyển giao công nghệ mới, các hoạt động nghiên cứu và phổ biến thông tin”. Ủy ban Nghề cá châu Á - Thái Bình Dương tập trung vào việc xem xét các nguồn lợi thủy sản và các ngành công nghiệp nghề cá cũng như vào các hoạt động đào tạo và mở rộng của nghề cá. Một trong những thành công của tổ chức này là việc đưa nội dung Bộ Quy tắc ứng xử khu vực về nghề cá có trách nhiệm (RCCRF) vào các chính sách và luật thủy sản quốc gia. Khung khu vực về thống kê nghề cá của Đông Nam Á được phát triển để làm hướng dẫn cơ bản về thu thập số liệu thống kê nghề cá của từng nước. Ủy ban nghề cá Tây và Trung Thái Bình Dương (WCPFC) là một tổ chức quản lý các đàn cá di cư xa trong khu vực nhưng khu vực bảo tồn của nó không bao gồm Đông Nam Á²⁸. Kế hoạch Hành động Khu vực nhằm thúc đẩy các hoạt động đánh bắt có trách nhiệm bao gồm chống đánh bắt cá bất hợp pháp, không báo cáo và không theo quy định trong khu vực (RPOA-IUU) và Trung tâm InfoFish và WorldFish cung cấp hỗ trợ và tư vấn kỹ thuật. Trên thực tế, không có RFMO hay hiệp định đa phương nào để điều chỉnh các vấn đề nghề cá ở Biển Đông. Các cơ chế khu vực có chức năng hạn chế về quản lý và kiểm soát hạn ngạch thủy sản, xác định MSY, TAC và tiếp cận các số dư của tổng khối lượng có thể đánh bắt. Đông Nam Á có khoảng một chục hiệp định nghề cá song phương. Các hiệp định Trung

Quốc - Philippines, Trung Quốc - Việt Nam và Indonesia - Brunei đã tạo điều kiện thuận lợi cho hợp tác nghề cá thông qua các Ủy ban nghề cá hỗn hợp. Song, chỉ có Ủy ban hợp tác nghề cá Trung - Việt ở Vịnh Bắc Bộ hoạt động hiệu quả nhưng hiệp định này đã bị chấm dứt vào năm 2020 sau 16 năm tồn tại. Indonesia đã đồng ý cho phép ngư dân Thái Lan tiếp cận một phần tổng sản lượng đánh bắt được phép trong vùng đặc quyền kinh tế của Indonesia. Indonesia và Việt Nam có Thông cáo chung về chống IUU và hợp tác bảo vệ vùng biển. Hầu hết các thỏa thuận song phương đều tập trung vào việc trao đổi dữ liệu và thông tin về các luật và quy định liên quan, các phương pháp và thủ tục thực thi pháp luật.

Một trong những biện pháp hữu hiệu để khắc phục khủng hoảng nghề cá là áp dụng “thẻ đỏ” – cho các loại cá bị đánh bắt trái phép không được nhập khẩu vào thị trường EU. Các biện pháp trừng phạt “thẻ vàng” đã được áp dụng đối với Thái Lan, Việt Nam và Philippines và “thẻ đỏ” đối với Campuchia liên quan đến đánh bắt IUU. Các nước ASEAN đã nỗ lực nhất quán và mạnh mẽ để hợp tác với EU trong cuộc chiến chống khai thác IUU thông qua truyền thông, luật pháp và các biện pháp kỹ thuật và các khuyến nghị. Khai thác IUU không thể được giải quyết một cách đơn phương. Quá trình hạn chế và xóa bỏ khai thác IUU là một nội dung trong chương trình nghị sự tại các Hội nghị cấp cao ASEAN. Một số Ban chỉ đạo quốc gia về khai thác IUU đã được thành lập.

Đông Nam Á có 12 vùng đặc quyền kinh tế chưa được phân định rõ ràng. Ngoại trừ Trung Quốc, tất cả các quốc gia Đông Nam Á đều xác

²⁸ Article 3 of the WCPFC Convention available at <https://www.wcpfc.int/doc/convention-conservation-and-management-highly-migratory-fish-stocks-western-and-central-pacific>.

định vùng biển của mình dựa trên UNCLOS. Yêu sách về quyền lịch sử của Trung Quốc đối với toàn bộ Biển Đông và các lệnh cấm đánh bắt cá đơn phương của họ trong các vùng đặc quyền kinh tế của các quốc gia khác được xác định theo UNCLOS đã buộc ngư dân từ các nước ASEAN phải đi ra ngoài các khu vực đánh cá được UNCLOS quy định cho họ. Các tranh chấp ở Biển Đông đã làm trầm trọng thêm cuộc khủng hoảng nghề cá.

3. Giải pháp khắc phục khủng hoảng nghề cá khu vực

Khủng hoảng nghề cá đã lên đến đỉnh điểm và phải được ngăn chặn bằng sự hợp tác ở cấp độ toàn cầu và khu vực. UNCLOS đã đặt ra nghĩa vụ hợp tác để phát triển nghề cá bền vững nhưng các quy định và thực thi sẽ được “theo thỏa thuận”. Vượt qua cuộc khủng hoảng nghề cá phụ thuộc phần lớn vào quyết tâm và chính sách của từng quốc gia. Điều này đòi hỏi phải tăng cường hơn nữa công tác lập pháp và các cơ quan thực thi nghề cá. Mô hình quản lý nghề cá độc quyền của Nhà nước là không đủ nếu không có sự tham gia tích cực hơn của các tổ chức quốc tế trong kiểm soát, kiểm tra và giám sát (MCS) việc phân bổ các tài nguyên cá. Giống như các khu vực khác, Đông Nam Á cần có một RFMO thống nhất với mức độ đáng tin cậy cao cho các quốc gia liên quan²⁹.

Một trong những ưu tiên là cần nâng cao năng lực và chất lượng của các báo cáo đánh bắt. Trong mười năm nữa, FAO và RFMO, với sự hỗ trợ tích cực của các quốc gia phải vạch ra chiến lược đánh bắt có trách nhiệm cho từng vùng biển dựa trên dữ liệu đáng tin cậy và hạn

ngạch cho phép; tiến hành điều tra đánh bắt tổng thể để làm rõ tỷ lệ sản lượng đánh bắt của các đội tàu ven bờ và xa bờ; thực hiện chế độ báo cáo thống nhất và toàn diện cho tất cả các tàu; các nước trong khu vực cam kết giảm quy mô nghề cá nhỏ và trang bị GPS và giám sát vệ tinh cho tất cả các loại tàu thuyền; thành lập các khu bảo tồn biển ở cấp quốc gia và khu vực để bảo tồn môi trường bền vững đối với các nghề cá khác nhau. Để triển khai các công việc này, các quốc gia cần hỗ trợ tài chính và kỹ thuật rất lớn từ FAO và các tổ chức quốc tế khác.

Hợp tác giữa các cơ quan thực thi pháp luật ở các quốc gia khác nhau cần được tăng cường thông qua việc sử dụng các kênh khác nhau, chẳng hạn như tiếp xúc song phương hoặc đa phương, chỉ định các nhân viên liên lạc chính sách nghề cá ở nước ngoài, hợp tác phòng ngừa các vi phạm nghề cá, hợp tác chia sẻ thông tin, hợp tác trong quá trình điều tra hoặc hợp tác thông qua các tổ chức cảnh sát quốc tế hoặc thông qua các tổ chức khu vực như Diễn đàn Hàng hải ASEAN và Diễn đàn Cảnh sát biển ASEAN.

Cuối cùng, cần đẩy mạnh việc phân định vùng biển ở khu vực Đông Nam Á; thiết lập cơ chế giải quyết chung các tranh chấp trên biển; các quốc gia có yêu sách trên Biển Đông cần hợp tác và tạo điều kiện cho ngư dân các nước được tự do tiếp cận nguồn cá trong phần trung tâm Biển Đông dưới sự kiểm soát, kiểm tra và giám sát của Tổ chức Quản lý nghề cá khu vực (RFMO) mới được thành lập. Với vị trí và năng lực của mình, Việt Nam cần chủ động tham gia quá trình ổn định và dẫn dắt bảo tồn và quản lý bền vững tài nguyên sinh vật biển ở Biển Đông ■

²⁹ Vietnam National steering committee on IUU fishing was established on 21 May 2019, <https://vietnamnews.vn/society/520318/national-steering-committee-on-iuu-fishing-prevention-set-up.html>. Thailand National Committee on Promoting the IUU-Free was established on 3 April 2018, <https://www.mfa.go.th/encontent/5d5bd1b015e39c3060025cd5?page=5d5bd3da15e39c306002aaf9&menu=5d5bd3da15e39c306002aafa>.

HIỆU LỰC CỦA VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT

Vũ Thị Ngọc Dung

Ths. Giảng viên Khoa Luật Hành chính, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Văn bản quy phạm pháp luật, hiệu lực, thời điểm có hiệu lực.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/07/2021
Biên tập : 15/09/2021
Duyệt bài : 17/09/2021

Article Infomation:

Keywords: Legal documents; effectiveness, time of effectiveness.

Article History:

Received : 20 Jul. 2021
Edited : 15 Sep. 2021
Approved : 17 Sep. 2021

Tóm tắt:

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 quy định về hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật khá rõ ràng và chặt chẽ. Tuy nhiên, một số quy định đang dần trở nên bất cập như về thời điểm có hiệu lực, hiệu lực trở về trước và một số các trường hợp chấm dứt hiệu lực pháp lý của văn bản quy phạm pháp luật cần được tiếp tục hoàn thiện.

Abstract:

The Law on Promulgation of Legal Documents of 2015 (amended and supplemented by Law No. 63/2020/QH14) provides stipulation of the effectiveness date of legal normative documents quite clearly and strictly. However, some regulations are getting inadequate nowadays such as the effective date, the retrospective effect and some case of the suspension of legal documents that is a great need for continuity to be completed.

1. Thời điểm có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật

Thời điểm có hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) là thời điểm VBQPPL bắt đầu phát sinh hiệu lực trong thực tế để điều chỉnh các quan hệ xã hội mà văn bản đó quy định¹. Việc tính toán, dự liệu thời điểm có hiệu lực của VBQPPL có ý nghĩa quan trọng. Bởi lẽ, đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của VBQPPL luôn cần một khoảng thời gian hợp lý để chuẩn bị điều kiện cần thiết thi hành khi văn bản đó phát sinh hiệu lực².

Khoản 1 Điều 151 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 (Luật Ban hành VBQPPL) quy định: “1. Thời điểm có hiệu lực của toàn bộ hoặc một phần VBQPPL được quy định tại văn bản đó nhưng không sớm hơn 45 ngày kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành đối với VBQPPL của cơ quan nhà nước ở trung ương; không sớm hơn 10 ngày kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành đối với VBQPPL của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh; không sớm hơn 07 ngày kể từ ngày thông qua

¹ Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Kỹ thuật soạn thảo văn bản (2021)*, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, tr.181.

² Đây là một trong những cam kết mà Việt Nam phải thực hiện khi gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới - WTO. Xem Phụ lục: nội dung áp dụng trực tiếp các cam kết của Việt Nam ban hành kèm theo Nghị quyết số 71/2006/QH11 của Quốc hội ngày 29/11/2006 về phê chuẩn Nghị định thư gia nhập Hiệp định thành lập Tổ chức Thương mại thế giới - Nội dung số 4.

hoặc ký ban hành đối với VBQPPL của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp huyện và cấp xã”. Đồng thời, Điều 23 Nghị quyết số 351/2017/UBTVQH14 ngày 14/3/2017 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội quy định thể thức và kỹ thuật trình bày VBQPPL của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Chủ tịch nước khẳng định: “Văn bản phải xác định cụ thể ngày, tháng, năm có hiệu lực thi hành”.

Những quy định trên cho thấy, thời điểm có hiệu lực của toàn bộ hoặc một phần VBQPPL phải được quy định tại văn bản đó để tránh phát sinh mâu thuẫn về việc xác định hiệu lực pháp lý của văn bản. Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 151 Luật Ban hành VBQPPL quy định: “VBQPPL được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn thì có thể có hiệu lực kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành”. Đây là quy định đặc thù nhằm đảm bảo văn bản được ban hành theo thủ tục rút gọn có hiệu lực kịp thời để điều chỉnh các quan hệ xã hội. Để bảo đảm VBQPPL có thể có hiệu lực kể từ ngày thông qua hoặc ký ban hành, VBQPPL phải thoả mãn hai điều kiện: *một là*, đảm bảo yêu cầu về chủ thể có thẩm quyền và loại VBQPPL được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn - luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước, nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng Chính phủ, thông tư của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, thông tư của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, thông tư của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, quyết định của Tổng Kiểm toán nhà nước, nghị quyết của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh, quyết định của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (Điều 147, Điều 148); *hai là*, VBQPPL phải thuộc các trường hợp được quy định tại Điều 146 sau đây:

a. Trường hợp khẩn cấp theo quy định của pháp luật về tình trạng khẩn cấp; trường hợp đột xuất, khẩn cấp trong phòng, chống thiên tai, dịch bệnh, cháy, nổ; trường hợp cấp bách để giải quyết những vấn đề phát sinh trong thực tiễn.

b. Trường hợp cần ngưng hiệu lực toàn bộ hoặc một phần của VBQPPL để kịp thời bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân.

c. Trường hợp cần sửa đổi ngay cho phù hợp với VBQPPL mới được ban hành; trường hợp cần ban hành ngay VBQPPL để thực hiện điều ước quốc tế có liên quan mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

d. Trường hợp cần bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ VBQPPL trái pháp luật hoặc không còn phù hợp với tình hình phát triển kinh tế - xã hội.

e. Trường hợp cần kéo dài thời hạn áp dụng toàn bộ hoặc một phần của VBQPPL trong một thời hạn nhất định để giải quyết những vấn đề cấp bách phát sinh trong thực tiễn.

Về cơ bản, các trường hợp quy định nêu trên là khá phù hợp; tuy nhiên, trên thực tế có một số trường hợp sau đây:

Thứ nhất về trường hợp khẩn cấp theo quy định của pháp luật về tình trạng khẩn cấp. “Tình trạng khẩn cấp” là trạng thái xã hội, do nhiều nguyên nhân tác động, lâm vào khủng hoảng nghiêm trọng đe dọa sự sống còn của quốc gia. Do đó, nhằm bảo vệ đất nước; bảo đảm lợi ích công cộng; bảo vệ tính mạng, tài sản của cá nhân, tổ chức, các cơ quan có thẩm quyền thiết lập những biện pháp, quy tắc đặc biệt không được áp dụng trong điều kiện bình thường³. Hiện nay, ở nước ta, các trường hợp khẩn cấp được quy định trong Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000, Nghị định số 71/2002/NĐ-CP ngày 23/7/2002 của Chính

³ Oren Gross - Fionnuala Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis: Emergency powers in theory and practice*, Cambridge University Press, 2006, p. 249.

phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp trong trường hợp có thảm họa lớn, dịch bệnh nguy hiểm, Luật An ninh quốc gia năm 2004, Luật Quốc phòng năm 2018; Luật Phòng, chống thiên tai năm 2013 và Nghị định số 160/2018/NĐ-CP ngày 29/11/2018 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Phòng, chống thiên tai⁴.

Xét dưới góc độ thẩm quyền ban hành VBQPPL quy định về tình trạng khẩn cấp thì hiện nay chưa có sự thống nhất giữa các văn bản QPPL. Cụ thể, theo Hiến pháp năm 2013 thì chỉ có Quốc hội mới có quyền ban hành văn bản quy định về tình trạng khẩn cấp⁵. Bên cạnh đó, quyền con người, quyền công dân cũng chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng⁶. Tuy nhiên, Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000 lại quy định những vấn đề liên quan trực tiếp đến việc hạn chế quyền con người, quyền công dân⁷ – vấn đề lẽ ra phải do Quốc hội ban hành dưới hình thức VBQPPL là luật để ban hành. Do đó, việc tiếp tục duy trì hiệu lực của Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000 là không đảm bảo sự phù hợp với quy định của pháp luật hiện hành.

Xét dưới góc độ kỹ luật lập pháp, việc quy định rải rác về tình trạng khẩn cấp ở các VBQPPL khiến cho các nội dung này trở nên

tản mạn, không đảm bảo tính thống nhất, đồng bộ trong hệ thống pháp luật. Ví dụ, Luật Quốc phòng năm 2018 không chỉ quy định tình trạng khẩn cấp về quốc phòng mà còn điều chỉnh cả tình trạng khẩn cấp về thảm họa với tính chất là hệ quả của tình trạng khẩn cấp về quốc phòng. Điều này đã tạo ra sự mâu thuẫn, chòng chẹo khi áp dụng các biện pháp ứng phó được quy định trong Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000 và Luật Quốc phòng năm 2018.

Xét dưới góc độ thực tiễn, với diễn biến phức tạp của đại dịch COVID – 19 hiện nay thì cũng cần tính đến khả năng phải ban bố tình trạng khẩn cấp nhưng chúng ta lại thiếu đi hành lang pháp lý thống nhất để quy định về vấn đề này như đã phân tích ở trên. Qua rà soát, các biện pháp, quy định phòng, chống dịch bệnh nói chung đã có trong hệ thống pháp luật hiện hành, như Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007 hoặc Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000,... Tuy nhiên, Bộ Tư pháp cho rằng cần có hành vi pháp lý ở mức cao hơn, tiếp tục cho phép áp dụng các biện pháp này như trong trường hợp tuyên bố tình trạng khẩn cấp về dịch bệnh⁸. Ngày 6/8/2021, Chính phủ ban hành Nghị quyết số 86/NQ-CP về các giải pháp cấp bách phòng, chống dịch bệnh COVID – 19 để thực hiện Nghị quyết số 30/2021/QH15 ngày 28/7/2021 của Quốc hội khóa XV có một số nội dung khác với quy định của luật để đáp ứng yêu cầu phòng, chống dịch COVID-19⁹. Nghị quyết số 86/NQ-CP có hiệu lực thi hành

⁴ TS. Cao Vũ Minh, *Thẩm quyền của cơ quan nhà nước trong tình trạng khẩn cấp và những vấn đề cần hoàn thiện*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 2/2021, tr.3.

⁵ Khoản 13 Điều 70 Hiến pháp năm 2013.

⁶ Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013.

⁷ TS. Cao Vũ Minh, *Thẩm quyền của cơ quan nhà nước trong tình trạng khẩn cấp và những vấn đề cần hoàn thiện*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 2/2021, tr.7.

⁸ Lê Sơn, *Quy trình lập pháp đặc biệt trong hoàn cảnh đặc biệt để ngăn chặn, đẩy lùi dịch bệnh*, <http://baochinhphu.vn/Xa-hoi/Quy-trinh-lap-phap-dac-biet-trong-hoan-can-gh-dac-biet-de-ngan-chan-day-lui-dich-benh/442208.vgp>, truy cập lúc 18h00' ngày 15/8/2021.

⁹ Nghị quyết số 86/NQ-CP ban hành dựa trên căn cứ là Nghị quyết số 268/NQ-UBTVQH15 ngày 06 tháng 8 năm 2021 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về việc cho phép Chính phủ ban hành Nghị quyết có một số nội dung khác với quy định của luật để đáp ứng yêu cầu phòng, chống dịch COVID-19.

kể từ ngày 28/7/2021 đến hết ngày 31/12/2022 và chỉ áp dụng trực tiếp trong phòng, chống dịch COVID – 19, trong đó bao gồm một số biện pháp kiểm soát dịch bệnh như vấn đề liên quan đến mua và sản xuất vắc-xin COVID 19, an sinh xã hội, mua bán trang thiết bị, vật tư y tế,... Tuy nhiên, những quy định này chỉ áp dụng trong một thời gian ngắn – là những giải pháp trực tiếp, trước mắt để phòng, chống dịch bệnh. Chính vì vậy, để có cơ sở pháp lý áp dụng lâu dài thì Quốc hội cần ban hành Luật Tình trạng khẩn cấp để quy định các biện pháp phù hợp, giải quyết được các tình huống có thể phát sinh trong tương lai.

Trên cơ sở những phân tích trên đây, chúng ta đều nhận thấy sự cần thiết phải ban hành Luật Tình trạng khẩn cấp. Điều này không chỉ phù hợp với Công ước quốc tế về các quyền dân sự, chính trị (ICCPR)¹⁰, với Hiến pháp năm 2013 mà đối với cả công tác xây dựng pháp luật cũng có ý nghĩa quan trọng, bởi đây là cơ sở để các chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL hợp pháp, hợp lý, đảm bảo được quyền và lợi ích hợp pháp của các đối tượng chịu sự tác động của văn bản.

Khi xây dựng Luật Tình trạng khẩn cấp thì theo ý kiến tác giả, nên phân định rõ tình trạng khẩn cấp thành các trường hợp sau: *i)* tình trạng khẩn cấp về quốc phòng; *ii)* tình trạng khẩn cấp về an ninh quốc gia; *iii)* tình trạng khẩn cấp về thiên tai, dịch bệnh; *iv)* tình trạng khẩn cấp về thảm họa. Bởi lẽ, mỗi loại tình trạng khẩn cấp khác nhau sẽ có nguyên nhân làm phát sinh khác nhau. Theo đó, đối với tình trạng khẩn cấp về quốc phòng, tình trạng khẩn cấp về an ninh quốc gia, nếu có nội dung liên quan đến bí mật nhà nước thì chỉ nên quy định chung và giao cho Chính phủ, các cơ quan liên quan ban hành văn bản quy định chi tiết nếu thấy cần

thiết. Còn đối với tình trạng khẩn cấp về thiên tai, dịch bệnh và tình trạng khẩn cấp về thảm họa thì nên quy định rõ ràng, cụ thể trong luật để tạo điều kiện thuận lợi cho công tác thi hành pháp luật.

Thứ hai, xác định thế nào là trường hợp cấp bách? Các văn bản pháp luật hiện hành không xác định thế nào là trường hợp cấp bách. Theo Từ điển Tiếng Việt, cấp bách có nghĩa là rất gấp, cần được giải quyết ngay¹¹. Như vậy, có thể hiểu trường hợp cấp bách là những trường hợp rất gấp, cần được giải quyết ngay trên thực tế. Tuy nhiên, cách lý giải như vậy vẫn còn khá mập mờ khiến cho các chủ thể gặp phải khó khăn khi lựa chọn đề xuất soạn thảo VBQPPL thuộc trường hợp nào theo quy định tại Điều 146 Luật Ban hành VBQPPL để ban hành VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn. Ví dụ: ngày 21/9/2020, Bộ Tư pháp đã có Công văn số: 3477/BTP-PLHSHC trả lời Công văn số 7498/VPCP-QHĐP ngày 10/9/2020 của Văn phòng Chính phủ về điều kiện xây dựng, ban hành VBQPPL về tiêu chí xác định các dân tộc còn gặp nhiều khó khăn, có khó khăn đặc thù theo trình tự, thủ tục rút gọn. Theo đó, Bộ Tư pháp cho rằng: “2. Tại Công văn số 1107/UBDT-DTTS ngày 31/8/2020, Ủy ban Dân tộc đã đề xuất hai phương án xây dựng văn bản quy định tiêu chí xác định các dân tộc còn gặp nhiều khó khăn, có khó khăn đặc thù: Phương án 1 - Ban hành Nghị định rút gọn của Chính phủ; Phương án 2 - Chính phủ ban hành Nghị quyết, phân công Thủ tướng Chính phủ quyết định tiêu chí, giao Ủy ban Dân tộc chủ trì, phối hợp với các cơ quan liên quan xây dựng Đề án, hoàn thiện hồ sơ theo trình tự, thủ tục rút gọn trình Thủ tướng Chính phủ quyết định, Ủy ban Dân tộc giải trình lý do đề xuất việc áp

¹⁰ GS.TS. Nguyễn Đăng Dung, *Tình trạng khẩn cấp theo Hiến pháp và Công ước*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 18, tháng 9/2020, tr.9 – tr.14.

¹¹ http://tratuu.soha.vn/dict/vn_vn/C%E1%BA%A5p_b%C3%A1ch, truy cập lúc 16h11 phút ngày 14/7/2021.

dụng trình tự, thủ tục rút gọn trong xây dựng, ban hành văn bản này là vận dụng quy định tại khoản 1 Điều 146 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 “trường hợp cấp bách để giải quyết những vấn đề phát sinh trong thực tiễn” (trang 1 Công văn số 1107/UBNDT-DTTS).

Tuy nhiên, theo ý kiến của Bộ Tư pháp thì Quốc hội đã ban hành Nghị quyết số 88/2019/QH14 ngày 18/11/2019 phê duyệt Đề án tổng thể phát triển kinh tế-xã hội vùng đồng bào dân tộc thiểu số và miền núi giai đoạn 2021-2030 và Nghị quyết số 120/2020/QH14 ngày 19/6/2020 phê duyệt chủ trương đầu tư Chương trình mục tiêu quốc gia phát triển kinh tế-xã hội vùng đồng bào dân tộc thiểu số và miền núi giai đoạn 2021- 2030, trong đó giao Chính phủ tổ chức thực hiện nhiều nhiệm vụ, giải pháp đồng bộ nhằm tổ chức thực hiện có hiệu quả các nội dung của Đề án. Tại Nghị quyết số 120/2020/QH14, Quốc hội cũng đã giao cho Chính phủ “ban hành tiêu chí xác định các dân tộc còn gặp nhiều khó khăn, có khó khăn đặc thù”.

Chính vì vậy, Bộ Tư pháp cho rằng việc Ủy ban Dân tộc giải trình lý do nêu trên là chưa bảo đảm phù hợp và đầy đủ vì theo quy định của khoản 1 Điều 146 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, việc xây dựng, ban hành VBQPPL trong trường hợp cấp bách để giải quyết những vấn đề phát sinh trong thực tiễn phải *theo quyết định của Quốc hội*. Do vậy, nếu Ủy ban Dân tộc xét thấy cần thiết phải ban hành văn bản này thì có thể căn cứ vào quy định của khoản 3 Điều 146 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 “trường hợp cần sửa đổi ngay cho phù hợp với VBQPPL mới được ban hành” để giải trình và báo cáo Thủ tướng Chính phủ xem xét,

quyết định việc cho phép áp dụng trình tự, thủ tục rút gọn trong xây dựng, ban hành văn bản.

Thông qua ví dụ trên, chúng ta thấy chính những cơ quan đề xuất ban hành VBQPPL cũng còn có nhiều quan điểm khác nhau khi xác định thế nào là “trường hợp cấp bách. Quy định như Luật Ban hành VBQPPL hiện nay đã tạo điều kiện thuận lợi hơn khi chỉ quy định “trường hợp cấp bách để giải quyết những vấn đề phát sinh trong thực tiễn” chứ không quy định thêm nội dung như Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 là “trường hợp cấp bách để giải quyết những vấn đề phát sinh trong thực tiễn *theo quyết định của Quốc hội*”. Tuy nhiên, để tạo điều kiện thuận lợi cho các chủ thể ban hành VBQPPL thì Luật Ban hành VBQPPL nên có quy định rõ ràng trường hợp nào là trường hợp cấp bách để tạo cách hiểu và áp dụng pháp luật một cách thống nhất trên thực tế.

Thứ ba, trường hợp cần sửa đổi ngay cho phù hợp với VBQPPL mới được ban hành.

Đây là quy định phù hợp của Luật Ban hành VBQPPL, nhất là đối với trường hợp văn bản quy định chi tiết. Bởi lẽ, theo quy định tại khoản 2, Điều 11 Luật Ban hành VBQPPL thì VBQPPL phải được quy định cụ thể để khi có hiệu lực thì thi hành được ngay. Quy định này giúp chúng ta tránh được tình trạng “nợ đọng” văn bản quy định chi tiết, “luật chờ nghị định, nghị định chờ thông tư”¹². Ví dụ: theo Quyết định số 2197/QĐ-TTg ngày 22/12/2020 của Thủ tướng Chính phủ quy định về danh mục và phân công cơ quan chủ trì soạn thảo văn bản quy định chi tiết thi hành các luật, nghị quyết được Quốc hội thông qua tại kỳ họp thứ 10 thì Nghị định số 62/2021/NĐ-CP ngày 29/6/2021

¹² Tuy nhiên, thực tế cho thấy vì nhiều lý do khác nhau mà tình trạng “nợ đọng” văn bản quy định chi tiết vẫn tồn tại. Cụ thể, tính đến hết ngày 25/02/2021, còn 17 văn bản chi tiết nợ đọng liên quan đến trách nhiệm của các bộ, cơ quan: Nội vụ (5); Kế hoạch và Đầu tư (4); Tài chính (2); Xây dựng (1); Tài nguyên và Môi trường (2); Công an (1); Giáo dục và Đào tạo (1); Lao động - Thương binh và Xã hội (1). Theo Thanh Giang (Báo Nhân dân), Quyết tâm không nợ đọng văn bản nhiệm kỳ Chính phủ 2021 – 2026, <https://noichinh.vn/tin-tuc-su-kien/202103/quyet-tam-khong-no-dong-van-ban-nhiem-ky-chinh-phu-2016-2021-309235/>, truy cập lúc 16h40 phút ngày 9/7/2021.

của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Cư trú được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn để có hiệu lực cùng thời điểm vào ngày 01/7/2021 với Luật Cư trú năm 2020.

Tuy nhiên, vấn đề chúng ta quan tâm ở đây là việc sửa đổi VBQPPL, nhất là các nội dung quan trọng có ảnh hưởng lớn đối với các đối tượng chịu sự tác động của văn bản. Trong khi đó, Điều 148 Luật Ban hành VBQPPL quy định về trình tự, thủ tục xây dựng VBQPPL theo trình tự, thủ tục rút gọn thì thủ tục lấy ý kiến “có thể” được cơ quan chủ trì soạn thảo thực hiện, trường hợp lấy ý kiến bằng văn bản thì thời hạn lấy ý kiến không quá 20 ngày. Thế nhưng với quy định tại Điều 148 kể trên thì có thể xảy ra trường hợp cơ quan chủ trì soạn thảo không thực hiện việc lấy ý kiến vì cho rằng đây không phải thủ tục bắt buộc và không cần thiết.

Đánh giá về vấn đề này, Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI) cho biết trong thời gian qua đã có không ít các VBQPPL mặc dù rất quan trọng nhưng lại được đề xuất xây dựng theo trình tự thủ tục rút gọn (thường là với lý do để kịp thời hạn có hiệu lực với Luật), hoặc các VBQPPL trong đó có nhiều quy định ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp (ví dụ: các Nghị định quy định về điều kiện kinh doanh được xây dựng để kịp thời hạn có hiệu lực vào ngày 01/7/2016) được đề xuất soạn thảo theo trình tự, thủ tục rút gọn (với lý do để kịp thời hạn theo yêu cầu của Luật Đầu tư năm 2014). Thực tế cho thấy vì thiếu thời gian để cân nhắc, đánh giá kỹ càng trong quá trình xây dựng, ban hành VBQPPL nên nhiều điều kiện kinh doanh bất hợp lý đã được bỏ qua trong đợt rà soát điều kiện kinh doanh năm 2016. Việc áp dụng các quy định

này gây ra vướng mắc, bất cập và nhiều vấn đề nghiêm trọng khác trong thực tiễn dẫn tới việc một số văn bản về điều kiện kinh doanh vừa được ban hành năm 2016 đã lại phải tiếp tục được đề xuất, sửa đổi năm 2018¹³. Ví dụ: Điều 3 Nghị định 77/2016/NĐ-CP ngày 01/7/2016 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số quy định về điều kiện đầu tư kinh doanh trong lĩnh vực mua bán hàng hoá quốc tế, hoá chất, vật liệu nổ công nghiệp, phân bón, kinh doanh khí, kinh doanh thực phẩm thuộc phạm vi quản lý nhà nước của Bộ Công thương đã bổ sung Điều 11a Nghị định số 187/2013/NĐ-CP ngày 20 tháng 11 năm 2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Thương mại về hoạt động mua bán hàng hóa quốc tế và các hoạt động đại lý mua, bán, gia công và quá cảnh hàng hóa với nước ngoài theo đó đã bổ sung quy định về điều kiện kinh doanh tạm nhập, tái xuất hàng thực phẩm đông lạnh. Thế nhưng vì không phù hợp với tình hình thực tiễn nên khi Chính phủ ban hành Nghị định số 69/2018/NĐ-CP vào ngày 15/5/2018 quy định chi tiết một số điều của Luật Quản lý ngoại thương đã bãi bỏ quy định về điều kiện kinh doanh tạm nhập, tái xuất hàng thực phẩm đông lạnh¹⁴ mà chúng ta vừa xem xét ở trên.

Cũng trong đợt rà soát các điều kiện kinh doanh năm 2018, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Chỉ thị số 20/CT-TTg ngày 13/7/2018 về tăng cường cải cách hoạt động kiểm tra chuyên ngành và cắt giảm, đơn giản hoá điều kiện kinh doanh. Theo đó, Thủ tướng Chính phủ yêu cầu: “*Trước ngày 15/8/2018, các bộ, cơ quan ngang bộ hoàn thành việc ban hành theo thẩm quyền và trình cấp có thẩm quyền các văn bản để thực thi phương án cải cách hoạt động kiểm tra chuyên ngành, cắt giảm, đơn*

¹³ VCCI, Tổng hợp khó khăn, vướng mắc trong việc thực hiện Luật BHVBQPPL năm 2015 http://vibonline.com.vn/bao_cao/tong-hop-kho-khan-vuong-mac-trong-viec-thuc-hien-luat-ban-hanh-van-ban-qppl-2015, truy cập lúc 16h50 phút ngày 9/7/2021.

¹⁴ Điểm b khoản 2 Điều 73 Nghị định số 69/2018/NĐ-CP vào ngày 15/5/2018 quy định chi tiết một số điều của Luật Quản lý ngoại thương.

giản hóa điều kiện kinh doanh bằng hình thức một văn bản sửa nhiều văn bản theo quy trình, thủ tục rút gọn”. Theo thống kê của VCCI thì tính đến tháng 12/2018, Quốc hội và Chính phủ ban hành 16 luật, 169 nghị định (trong đó tỷ lệ luật, nghị định liên quan đến doanh nghiệp là khoảng 65%); các bộ ban hành 590 thông tư (tỷ lệ thông tư liên quan đến doanh nghiệp là hơn 85%). Tuy nhiên, tính trong tỷ lệ tiếp thu ý kiến góp ý của VCCI về điều kiện kinh doanh thì trong 10 văn bản góp ý nghị định về điều kiện kinh doanh của các bộ (một nghị định sửa đổi, bổ sung điều kiện kinh doanh quy định ở các Nghị định trong một ngành), VCCI có 90 kiến nghị và tỷ lệ tiếp thu là 27,78%. Tỷ lệ tiếp thu cao nhất tới 66,67% cho 12 góp ý ở tính thống nhất, thấp nhất là 17,46% cho 63 góp ý ở tính hợp lý¹⁵. Chúng ta đều biết, các điều kiện kinh doanh chính là những quy định trực tiếp tác động đến khả năng gia nhập thị trường, phát triển kinh doanh của doanh nghiệp. Theo VCCI, thì cộng đồng doanh nghiệp vẫn phản ứng nhiều nhất về tính hợp lý của điều kiện kinh doanh vì họ cho rằng nhiều quy định còn chưa phù hợp với thực tế sản xuất, gây cản trở cho sự phát triển của doanh nghiệp¹⁶. Như vậy, đối với trường hợp ban hành VBQPPL theo thủ tục rút gọn mà cơ quan chủ trì soạn thảo có thực hiện thủ tục lấy ý kiến thì tỷ lệ tiếp thu ý kiến cũng chưa cao, điều này cho thấy sự khác biệt lớn về quan điểm giữa cơ quan chủ trì soạn thảo và các đối tượng chịu sự tác động của văn bản.

Như vậy, việc xây dựng VBQPPL theo trình tự thủ tục rút gọn nếu không được cân nhắc một cách kỹ càng sẽ làm mất đi cơ hội đề xuất, tham gia ý kiến của các đối tượng chịu sự tác động của văn bản. Đồng thời, các cơ quan chủ trì soạn thảo cũng có thể vì bị áp lực về mặt tiến

độ, thời gian ban hành nên có thể soạn thảo, ban hành các VBQPPL một cách vội vàng, điều này dễ dẫn tới các hệ quả thực tiễn không mong muốn. Chính vì vậy, theo ý kiến tác giả, để đảm bảo chất lượng VBQPPL được ban hành thì khoản 2 Điều 148 Luật Ban hành VBQPPL nên sửa đổi theo hướng quy định thủ tục lấy ý kiến là bắt buộc như sau: “2. Cơ quan chủ trì soạn thảo tổ chức lấy ý kiến đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của văn bản, cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan về dự thảo văn bản. Trong trường hợp lấy ý kiến bằng văn bản thì thời hạn lấy ý kiến không quá 20 ngày”.

2. Hiệu lực trở về trước của văn bản quy phạm pháp luật

Hiệu lực trở về trước của VBQPPL là trường hợp văn bản được áp dụng đối với các quan hệ xã hội phát sinh trước thời điểm bắt đầu có hiệu lực pháp luật của văn bản đó. Khoản 1 Điều 152 Luật Ban hành VBQPPL quy định: *Chỉ trong trường hợp thật cần thiết để bảo đảm lợi ích chung của xã hội, thực hiện các quyền, lợi ích của tổ chức, cá nhân được quy định trong luật, nghị quyết của Quốc hội, VBQPPL của cơ quan trung ương mới được quy định hiệu lực trở về trước*. Ví dụ 1: Nghị định số 156/2020/NĐ-CP ngày 31/12/2020 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực chứng khoán và thị trường chứng khoán nêu rõ quy định chuyển tiếp tại khoản 1 Điều 53 là: *“Đối với hành vi vi phạm xảy ra trước thời điểm Nghị định này có hiệu lực mà bị phát hiện hoặc xem xét ra quyết định xử phạt khi Nghị định này đã có hiệu lực thì áp dụng quy định của Nghị định này nếu Nghị định này không quy định trách nhiệm pháp lý hoặc quy định trách nhiệm pháp lý nhẹ hơn”*. Việc quy định hiệu lực trở về trước như ở ví dụ trên chủ yếu xuất phát từ tính nhân đạo của pháp luật,

¹⁵ Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI), *Báo cáo dòng chảy pháp luật kinh doanh 2018*, Hà Nội, tháng 12/2018, tr.71 – tr.81.

¹⁶ Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI), *Báo cáo dòng chảy pháp luật kinh doanh 2018*, Hà Nội, tháng 12/2018, tr.80.

nhằm đảm bảo quyền lợi tốt hơn cho đối tượng thi hành.

Luật Ban hành VBQPPL quy định chỉ trong trường hợp cần thiết để bảo đảm lợi ích chung của xã hội, thực hiện các quyền, lợi ích của tổ chức, cá nhân được quy định trong luật, nghị quyết của Quốc hội, VBQPPL của cơ quan trung ương mới được quy định hiệu lực trở về trước. Tuy nhiên, thế nào là trường hợp cần thiết, trường hợp có những quy định bảo vệ được quyền và lợi ích của tổ chức, cá nhân nhưng lại mâu thuẫn với lợi ích chung của xã hội hoặc ngược lại thì xác định như thế nào? Việc không có quy định rõ ràng để áp dụng dễ dẫn đến tình trạng chủ thể ban hành VBQPPL có quy định hiệu lực trở về trước nhưng có thể lại gây khó khăn khi áp dụng pháp luật. Điều này có thể thấy qua hai ví dụ sau đây:

Ví dụ 2: khoản 5 Điều 84 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật Cán bộ, công chức) quy định: “*Việc xử lý kỷ luật đối với công chức đã nghỉ việc, nghỉ hưu có hành vi vi phạm trong thời gian công tác trước ngày 01/7/2020 được thực hiện theo quy định của Luật này*”. Như vậy, các quy định về xử lý kỷ luật đối với công chức đã nghỉ việc, nghỉ hưu trong Luật Cán bộ, công chức năm 2008 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 sẽ được áp dụng đối với hành vi xảy ra trước ngày văn bản này có hiệu lực - ngày 01/7/2020. Theo Báo cáo số 4203/BC-BNV của Bộ Nội vụ về đánh giá tác động dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Cán bộ, công chức và Luật Viên chức thì việc quy định bổ

sung cơ sở pháp lý để xử lý kỷ luật cán bộ đã nghỉ hưu sẽ mang lại nhiều tác động tích cực về mặt xã hội. Giải pháp này sẽ góp phần giảm thiểu những bất công, những hành vi tiêu cực và do đó giảm thiểu được những bức xúc, mất lòng tin vào chính quyền trong xã hội thời gian qua...

Về vấn đề này, có quan điểm cho rằng quy định trên của Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Cán bộ, công chức và Luật Viên chức chưa phù hợp với nguyên tắc áp dụng VBQPPL tại khoản 3 Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL, đó là chỉ áp dụng VBQPPL *trong trường hợp VBQPPL mới không quy định trách nhiệm pháp lý hoặc quy định trách nhiệm pháp lý nhẹ hơn đối với hành vi xảy ra trước ngày văn bản có hiệu lực thì áp dụng văn bản mới*¹⁷.

Tuy nhiên, theo ý kiến của tác giả, nếu đặt trong bối cảnh thực tế của Việt Nam trong thời gian qua khi chúng ta phát hiện một loạt các sai phạm vô cùng nghiêm trọng của những chủ thể có thẩm quyền trong bộ máy nhà nước¹⁸ thì quy định tại khoản 5 Điều 84 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 mặc dù dường như có điểm chưa phù hợp với quy định tại khoản 3 Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL nhưng lại phù hợp với yêu cầu thực tiễn bởi nó đánh vào tâm lý “hạ cánh an toàn” vốn đã “ăn sâu, bén rễ” trong tư tưởng của không ít chủ thể nắm giữ quyền lực. Bởi trước đây, Luật Cán bộ, công chức năm 2008 quy định về thời hiệu xử lý kỷ luật ngắn¹⁹ nên xảy ra tình trạng “một số trường hợp đã bị xử

¹⁷ TS. Nguyễn Thị Thiên Trí, *Nhiệm vụ và thách thức của Luật Cán bộ, công chức sửa đổi, bổ sung trong công tác bảo đảm trật tự kỷ cương và phòng chống tham nhũng*, Tài liệu Hội thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật cán bộ, công chức và Luật Viên chức - Những điểm mới và định hướng áp dụng” do Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh tổ chức ngày 30/6/2020, tr. 86 – tr.92.

¹⁸ Theo Hồng Nhì, *Cách chức khi không còn chức: Chưa có tiền lệ*, <https://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/quoc-hoi/vu-vu-huy-hoang-cach-chuc-khi-khong-con-chuc-chua-co-tien-le-337944.html>, truy cập ngày 18/6/2020.

¹⁹ Theo Điều 80, Luật Cán bộ, công chức năm 2008 thì thời hiệu kỷ luật cán bộ, công chức là 24 tháng, kể từ thời điểm thực hiện hành vi vi phạm.

lý kỷ luật về đảng, hoặc đã bị xử lý về hình sự nhưng cho hưởng án treo, khi xét kỷ luật theo quy định của Luật thì đã hết thời hiệu”²⁰. Chính vì lý do đó mà trong suốt thời gian qua, kỷ luật đảng dường như đã thay thế kỷ luật nhà nước trong không ít trường hợp²¹. Xuất phát từ tình hình thực tiễn của nước ta cũng như yêu cầu về sự thống nhất, đồng bộ với các quy định của Đảng²² thì quy định tại khoản 5 Điều 84 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (được sửa đổi, bổ sung năm 2019) được xem như một ngoại lệ áp dụng pháp luật đặc biệt để tấn công những hành vi sai phạm, góp phần làm trong sạch bộ máy nhà nước, xây dựng một chính quyền vững mạnh.

Ví dụ 3: khoản 2 Điều 152 Luật Ban hành VBQPPL quy định hai trường hợp không được quy định hiệu lực trở về trước: một là, quy định trách nhiệm pháp lý mới đối với hành vi mà vào thời điểm thực hiện hành vi đó pháp luật

không quy định trách nhiệm pháp lý; hai là, quy định trách nhiệm pháp lý nặng hơn. Tuy nhiên trên thực tế, việc xác định như thế nào là trách nhiệm pháp lý nặng hơn cũng không hề đơn giản. So sánh quy định về việc xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi vi phạm “khai thác vàng, bạc, platin, đá quý, khoáng sản độc hại vượt quá công suất được phép khai thác hàng năm ghi trong giấy phép khai thác khoáng sản từ 15% đến dưới 25%” trong Nghị định số 33/2017/NĐ-CP ngày 03/4/2017 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực tài nguyên nước và khoáng sản và Nghị định số 36/2020/NĐ-CP ngày 24/3/2020 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực tài nguyên nước và khoáng sản (thay thế Nghị định số 33/2017/NĐ-CP) kể trên trong ví dụ 2 như sau:

Tiêu chí so sánh	NĐ 33/2017/NĐ-CP (Điểm đ, khoản 2, Điều 40)	NĐ 36/2020/NĐ-CP (Điểm đ, khoản 2, Điều 41)
Hình thức xử phạt chính	phạt tiền từ 60.000.000 đồng đến 80.000.000 đồng	phạt tiền từ 200.000.000 đồng đến 300.000.000 đồng
Hình thức xử phạt bổ sung	tước quyền sử dụng giấy phép khai thác khoáng sản từ 01 tháng đến dưới 03 tháng	đình chỉ hoạt động khai thác khoáng sản từ 02 tháng đến 03 tháng (trong trường hợp vi phạm nhiều lần)

²⁰ Tờ trình của Bộ Nội vụ về Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Cán bộ, công chức và Luật Viên chức, <https://moha.gov.vn/van-ban-du-thao.html?id=40347>, truy cập ngày 16/6/2020.

²¹ Chẳng hạn, trường hợp của ông Hoàng Trung Hải – người từng là Phó TTCP từ năm 2007 đến năm 2016. Theo kết luận của Bộ Chính trị, trong thời gian giữ cương vị Phó TTCP, ông Hoàng Trung Hải đã có những vi phạm, khuyết điểm nghiêm trọng trong quá trình chỉ đạo thực hiện Dự án mở rộng sản xuất giai đoạn II - Công ty Gang thép Thái Nguyên (Dự án TISCO II). Với những vi phạm, khuyết điểm “nghiêm trọng, gây bức xúc trong xã hội, ảnh hưởng xấu đến uy tín của tổ chức Đảng và cá nhân ông Hải” nêu trên, Bộ Chính trị quyết định thi hành kỷ luật ông Hoàng Trung Hải bằng hình thức cảnh cáo. Theo Lê Hiệp, Bộ Chính trị kỷ luật cảnh cáo Bí thư Thành ủy Hà Nội Hoàng Trung Hải, <https://thanhnien.vn/thoi-su/bo-chinh-tri-ky-luat-canh-cao-bi-thu-thanh-uy-ha-noi-hoang-trung-hai-1170555.html>, truy cập ngày 15/6/2020.

²² ThS. Trần Thị Thu Hà, *Sự đồng bộ giữa các quy định về kỷ luật Đảng và kỷ luật nhà nước nhìn từ Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Cán bộ, công chức và Luật Viên chức*, Tài liệu Hội thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật cán bộ, công chức và Luật Viên chức - Những điểm mới và định hướng áp dụng” do Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh tổ chức ngày 30/6/2020, tr.194 – tr.207.

Biện pháp khắc phục hậu quả	buộc thực hiện các biện pháp khắc phục ô nhiễm môi trường, hư hỏng hạ tầng kỹ thuật do hành vi khai thác vượt công suất gây ra.	buộc thực hiện các biện pháp cải tạo các công trình bảo vệ môi trường, khắc phục ô nhiễm môi trường, hư hỏng hạ tầng kỹ thuật do hành vi khai thác vượt công suất gây ra; buộc chi trả kinh phí trung cầu giám định, kiểm định, đo đạc và xác minh.
-----------------------------	---	---

Bảng so sánh trên cho thấy, nếu xem xét hình thức phạt chính thì mức tiền phạt trong Nghị định số 36/2020/NĐ-CP cao hơn so với Nghị định số 33/2017/NĐ-CP. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, cá nhân, tổ chức vi phạm sẵn sàng nộp số tiền phạt từ 200.000.000 đồng đến 300.000.000 đồng và bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả - chi trả kinh phí trung cầu giám định, kiểm định, đo đạc, xác minh theo quy định tại Nghị định số 36/2020/NĐ-CP hơn là bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung - bị tước quyền sử dụng giấy phép khai thác khoáng sản và phải dừng hoạt động từ 01 tháng đến dưới 03 tháng theo quy định tại Nghị định số 33/2017/NĐ-CP. Ngược lại, có trường hợp cá nhân, tổ chức cũng có thể chấp nhận việc bị áp dụng hình thức xử phạt chính và hình thức xử phạt bổ sung theo quy định tại Nghị định số 33/2017/NĐ-CP hơn là bị xử phạt và bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả theo quy định tại Nghị định số 36/2020/NĐ-CP²³.

Như vậy, việc quy định hiệu lực trở về trước là vấn đề cần thiết thể hiện tính chất nhân đạo của pháp luật. Tuy nhiên, trong quá trình áp dụng trên thực tiễn thì vẫn còn phát sinh một số điểm vướng mắc, bất cập đã phân tích ở trên. Chính vì vậy, để phù hợp với tình hình thực tiễn áp dụng pháp luật hiện nay, Điều 152 Luật

Ban hành VBQPPL nên làm rõ các trường hợp cần thiết có thể quy định hiệu lực trở về trước là trường hợp nào? Bên cạnh đó, Điều 152, Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL cũng nên quy định ngoại lệ có thể ban hành và áp dụng VBQPPL quy định hiệu lực hồi tố trong trường hợp đặc biệt để đảm bảo lợi ích chung của Nhà nước, của xã hội như trường hợp xử lý kỷ luật đối với công chức đã nghỉ việc, nghỉ hưu đã được phân tích ở trên. Khi tiến hành xây dựng, ban hành quy định cũng như áp dụng quy định về hiệu lực hồi tố này vẫn luôn cần đảm bảo tính thận trọng, tránh việc áp dụng một cách tùy tiện trên thực tế.

3. Thời điểm hết hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật

Thời điểm hết hiệu lực của văn bản xác định ngày chấm dứt sự điều chỉnh của văn bản đối với các quan hệ xã hội mà nó quy định. Điều 154 Luật BHVBQPPL năm 2015 quy định bốn trường hợp VBQPPL hết hiệu lực toàn bộ hoặc một phần như sau:

(1) Hết thời hạn có hiệu lực đã được quy định trong văn bản.

(2) Được sửa đổi, bổ sung hoặc thay thế bằng VBQPPL mới của chính cơ quan nhà nước đã ban hành văn bản đó.

²³ ThS. Lê Thị Thúy, ThS. Nguyễn Hoàng Việt, *Bất cập của các nguyên tắc áp dụng pháp luật trong Luật Ban hành VBQPPL nhìn từ thực tiễn xử lý vi phạm hành chính*, https://stp.bacgiang.gov.vn/hien-thi-noi-dung/-/asset_publisher/wtMnvtGfRUNi/content/bat-cap-cua-cac-nguyen-tac-ap-dung-phap-luat-trong-luat-ban-hanh-vbqpp-l-nhin-tu-thuc-tien-xu-ly-vi-pham-hanh-chinh, truy cập lúc 4h00 phút ngày 15/7/2021.

(3) Bị bãi bỏ bằng một văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

(4) VBQPPL hết hiệu lực thì VBQPPL quy định chi tiết thi hành văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực.

Trong các trường hợp trên, có hai trường hợp hợp luật quy định cần được bàn luận, đó là:

Đối với trường hợp (1): hết thời hạn có hiệu lực đã được quy định trong văn bản. Khi ban hành văn bản tùy thuộc vào mục đích ban hành mà chủ thể có thẩm quyền có thể xác định thời điểm hết hiệu lực ngay trong văn bản. Những văn bản loại này thường tồn tại chủ yếu dưới dạng quy định thí điểm một vấn đề, dự báo được khoảng thời gian tồn tại của quan hệ xã hội do văn bản đó điều chỉnh...

Ví dụ: Nghị quyết số 115/2020/QH14 của Quốc hội về thí điểm một số cơ chế, chính sách tài chính – ngân sách đặc thù đối với thành phố Hà Nội quy định: “*Nghị quyết này có hiệu lực thi hành từ ngày 15/8/2020 và được thực hiện trong 05 năm*”.

Tuy nhiên, vấn đề xác định hiệu lực này có thể dẫn đến cách hiểu và áp dụng pháp luật khác nhau²⁴, cụ thể:

Một là, quy định tại khoản 1 Điều 154 chỉ áp dụng đối với các văn bản ghi rõ ràng, cụ thể thời gian (*ngày, tháng, năm*) hết hiệu lực tại văn bản (ví dụ: Thông tư số 31/2019/TT-BTC của Bộ trưởng Bộ Tài Chính hướng dẫn việc xác định nguồn kinh phí và việc lập dự toán, quản lý, sử dụng và quyết toán kinh phí thực hiện chính sách tinh giản biên chế trong Điều 6 quy định: “*Thông tư này có hiệu lực thi hành kể từ ngày 25/7/2019 đến hết ngày 31/12/2021 và*

áp dụng từ năm ngân sách 2019”) còn đối với những văn bản không xác định cụ thể thời gian hết hiệu lực hoặc quy định chung chung tại văn bản (ví dụ “*có hiệu lực từ ngày... tháng... năm đến khi kết thúc nhiệm kỳ*” hoặc “*áp dụng trong giai đoạn năm 2021 – 2026*”) thì không được coi là hết hiệu lực đã được quy định trong văn bản mà phải thực hiện theo quy trình bãi bỏ VBQPPL của cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của Luật Ban hành VBQPPL.

Hai là, quy định tại khoản 1 Điều 154 áp dụng đối với tất cả các trường hợp VBQPPL có quy định hiệu lực theo giai đoạn (không phân biệt việc xác định ngày, tháng, năm hết hiệu lực cụ thể hay không xác định cụ thể) thì đương nhiên văn bản đó hết hiệu lực khi kết thúc giai đoạn và không cần thiết phải thực hiện theo quy trình bãi bỏ mà chỉ cần đưa vào danh mục VBQPPL hết hiệu lực, ngưng hiệu lực hàng năm do Chủ tịch Ủy ban nhân dân các cấp ra quyết định công bố.

Như vậy, trong hai cách trên thì cách hiểu thứ nhất sẽ phù hợp hơn bởi nếu VBQPPL quy định rõ ngày tháng năm hết hiệu lực thì văn bản đó đương nhiên hết hiệu lực. Tuy nhiên, nếu văn bản chỉ quy định chung chung là áp dụng trong nhiệm kỳ hoặc một giai đoạn nào đó thì cần phải thực hiện việc bãi bỏ VBQPPL theo đúng quy định của pháp luật để đảm bảo việc xác định chính xác thời điểm hết hiệu lực của văn bản.

Đối với trường hợp (2): được sửa đổi, bổ sung hoặc thay thế bằng VBQPPL mới của chính cơ quan nhà nước đã ban hành văn bản đó.

Sửa đổi, bổ sung, thay thế là ba hình thức

²⁴ Anh Vân (Sở Tư pháp tỉnh Hà Giang), *Xác định “Hết thời hạn có hiệu lực đã được quy định trong văn bản” theo quy định tại khoản 1 Điều 154 Luật BHVBQPPL năm 2015*, <https://stp.hagiang.gov.vn/tin-tuc-chi-tiet?newsId=166925>, truy cập lúc 5h00’ ngày 15/7/2021.

xử lý VBQPPL khác nhau. Điều này có thể được hiểu như sau:

- Thay thế VBQPPL áp dụng khi đa số hoặc toàn bộ nội dung VBQPPL hiện hành không còn phù hợp nên cần thay thế bằng nội dung khác phù hợp hơn.

Ví dụ: Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 được ban hành để thay thế Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 vì các nội dung trong Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 không còn phù hợp.

- Sửa đổi VBQPPL là việc ban hành VBQPPL mới để làm thay đổi một phần nội dung VBQPPL hiện hành; phần nội dung văn bản được sửa đổi hết hiệu lực còn phần nội dung không được sửa đổi vẫn tiếp tục có hiệu lực.

- Bổ sung VBQPPL áp dụng khi cần “thêm vào” nội dung của VBQPPL hiện hành mà vẫn giữ nguyên nội dung của văn bản đó.

Thực tế ở nước ta, hình thức xử lý văn bản “sửa đổi, bổ sung” luôn đi kèm với nhau, ví dụ: ngày 31/12/2020, Chính phủ ban hành Nghị định số 154/2020/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 34/2016/NĐ-CP ngày 14/5/2016 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Ban hành VBQPPL. Tuy nhiên, có trường hợp văn bản chỉ “sửa đổi” chứ không “bổ sung”, ví dụ: Thông tư số 79/2013/TT-BTC, ngày 07/6/2013 của Bộ trưởng Bộ Tài chính về sửa đổi mức thuế suất thuế nhập khẩu ưu đãi đối với một số mặt hàng thuộc nhóm 17.02 tại Biểu thuế nhập khẩu ưu đãi theo Danh mục mặt hàng chịu thuế quy định tại Mục I, Phụ lục II ban hành ban hành kèm theo Thông tư số 193/2012/TT-BTC ngày 15/11/2012 của Bộ Tài chính...) và cũng có những văn bản chỉ “bổ sung” chứ không “sửa đổi”.

Việc Luật Ban hành VBQPPL quy định trường hợp “thay thế”, “sửa đổi” làm hết hiệu lực toàn bộ hoặc một phần VBQPPL còn hợp lý nhưng “bổ sung” không làm chấm dứt hiệu lực của VBQPPL. Do đó, theo ý kiến tác giả, nên bỏ trường hợp “bổ sung” làm chấm dứt hiệu lực VBQPPL. Theo đó, Điều 154 nên sửa lại theo hướng như sau:

Điều 154. Trường hợp văn bản quy phạm pháp luật hết hiệu lực

VBQPPL hết hiệu lực toàn bộ hoặc một phần trong các trường hợp sau đây:

1. Hết thời hạn có hiệu lực đã được quy định trong văn bản.

2. Được sửa đổi hoặc thay thế bằng VBQPPL mới của chính cơ quan nhà nước đã ban hành văn bản đó.

3. Bị bãi bỏ bằng một văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

4. VBQPPL hết hiệu lực thì VBQPPL quy định chi tiết thi hành văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực.

Như vậy, về cơ bản, những quy định về hiệu lực của VBQPPL trong Luật Ban hành VBQPPL là khá phù hợp. Tuy nhiên, trong quá trình áp dụng pháp luật vẫn còn tồn tại một số điểm bất cập mà tác giả đã nêu trên. Việc tiếp tục hoàn thiện những quy định về hiệu lực VBQPPL trong thời gian tới sẽ góp phần quan trọng để đảm bảo việc “xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật đồng bộ, thống nhất, khả thi, công khai, minh bạch” theo tinh thần Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 và Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng ■

SỰ CẦN THIẾT ĐỊNH DANH LẠI CHẾ ĐỊNH THANH TRA NHÂN DÂN

Cao Vũ Minh

TS. Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Thanh tra năm 2010, Thanh tra nhân dân.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 05/03/2022
Biên tập : 09/03/2022
Duyệt bài : 10/03/2022

Article Information:

Keywords: Law on Inspection of 2010, People's inspection.

Article History:

Received : 05 Mar. 2022
Edited : 09 Mar. 2022
Approved : 10 Mar. 2022

Tóm tắt:

Luật Thanh tra năm 2010 quy định hai tổ chức thanh tra là Thanh tra nhà nước và Thanh tra nhân dân. Thanh tra nhân dân được thành lập ở xã, phường, thị trấn, cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước. Tuy nhiên, khác với Thanh tra nhà nước, Thanh tra nhân dân không mang tính quyền lực nhà nước. Về tổ chức và hoạt động, Thanh tra nhân dân không nằm trong bộ máy nhà nước và cũng không thực hiện chức năng quản lý nhà nước. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích sự cần thiết phải định danh lại chế định Thanh tra nhân dân trong hệ thống pháp luật Việt Nam.

Abstract:

The Law on Inspection of 2010 stipulates two inspection organizations, the State Inspectorate and the People's Inspectorate. People's inspectors are established in communes, wards, townships, state agencies, public non-business units, and state enterprises. However, unlike the State inspectors, the People's inspectors do not carry state power. In terms of organization and operation, the People's inspectorate is not part of the state apparatus and does not perform the state management function. Within the scope of this article, the author provides an analysis of the need to redefine the People's Inspectorate in the Vietnamese legal system.

1. Chế định Thanh tra nhân dân - lịch sử một vấn đề

Theo Từ điển Tiếng Việt, “*thanh tra*” là hoạt động “*điều tra, xem xét để làm rõ sự việc*”¹. Theo Từ điển Luật học thì “*thanh tra*” là “*hoạt động xem xét để làm rõ việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, kế hoạch của cơ quan, tổ chức, cá nhân*”². Như vậy, dưới góc độ ngôn ngữ, thanh tra được hiểu là trực

tiếp xem xét làm rõ các tình tiết của vụ việc để đi đến kết luận đúng hay sai, đồng thời làm rõ tính chất, mức độ, nguyên nhân và hậu quả của vụ việc. Nói cách khác, thanh tra là hoạt động xem xét, đánh giá, xử lý theo thủ tục do pháp luật quy định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan, tổ chức, cá nhân³. Mục đích hoạt động thanh

¹ Nguyễn Như Ý (chủ biên), *Đại từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Văn hóa - Thông tin, năm 1998, tr.1529.

² Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp, *Từ điển Luật học*, Nxb. Từ điển bách khoa, Nxb Tư pháp, năm 2006, tr. 697.

³ Nguyễn Phước Thọ, “*Một số vấn đề cơ bản của dự án luật sửa đổi, bổ sung một số điều của luật Thanh tra*”, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 3, năm 2009.

tra nhằm phát hiện sơ hở trong cơ chế quản lý, chính sách, pháp luật để kiến nghị với cơ quan nhà nước có thẩm quyền biện pháp khắc phục; phòng ngừa, phát hiện và xử lý hành vi vi phạm pháp luật; giúp cơ quan, tổ chức, cá nhân thực hiện đúng quy định của pháp luật; phát huy nhân tố tích cực; góp phần nâng cao hiệu lực, hiệu quả hoạt động quản lý nhà nước; bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân.

Dưới góc độ pháp lý, khoản 1 Điều 3 Luật Thanh tra năm 2010 chỉ quy định về *Thanh tra nhà nước* chứ không định nghĩa về *thanh tra*. Việc đưa ra cách giải thích *Thanh tra nhà nước* trong Luật Thanh tra năm 2010 là nhằm phân biệt với *Thanh tra nhân dân*. Nói cách khác, hiện nay, Luật Thanh tra năm 2010 quy định hai tổ chức thanh tra là Thanh tra nhà nước và Thanh tra nhân dân. Thanh tra nhân dân được thành lập ở xã, phường, thị trấn, cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước.

Khác với Thanh tra nhà nước mang tính quyền lực nhà nước, Thanh tra nhân dân - một hình thức giám sát của nhân dân không mang tính quyền lực nhà nước. Khi thực hiện hoạt động giám sát, Thanh tra nhân dân chỉ có quyền kiến nghị chứ không có quyền xử lý vụ việc. Về tổ chức và hoạt động, Thanh tra nhân

dân không nằm trong bộ máy nhà nước và cũng không thực hiện chức năng quản lý nhà nước. Do hoạt động của Thanh tra nhân dân mang tính chất xã hội nên hiệu quả cũng hạn chế, nhất là Thanh tra nhân dân được thành lập ở cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp, doanh nghiệp nhà nước. Hiện nay, nhắc đến hoạt động thanh tra, cá nhân, tổ chức thường hình dung đó là hoạt động mang tính quyền lực nhà nước chứ không đơn thuần là giám sát, kiểm tra xã hội⁴. Vì lẽ đó, nhiều chuyên gia cho rằng, thuật ngữ “*thanh tra*” và “*thanh tra nhà nước*” là đồng nhất⁵ bởi Thanh tra nhân dân không thực hiện hoạt động thanh tra mà thực hiện hoạt động giám sát⁶.

Văn bản pháp lý đầu tiên quy định về chế định Thanh tra nhân dân là Nghị quyết số 26/HĐBT ngày 15/2/1984 của Hội đồng Bộ trưởng (Nghị quyết số 26). Trước Nghị quyết số 26, Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hòa đã ban hành một số văn bản pháp luật quy định về tổ chức, hoạt động thanh tra như: Sắc lệnh số 138B/SL-QĐ ngày 18/2/1949; Sắc lệnh số 261/SL ngày 28/3/1956; Nghị định số 136-CP ngày 29/9/1961; Nghị quyết số 780/NQ-TVQH ngày 11/08/1969, Nghị định số 165-CP ngày 31/8/1970, Nghị định số 01/CP ngày 3/1/1977... Tuy nhiên, các văn bản này đều không đề cập đến Thanh tra nhân dân. Theo Nghị quyết số 26, hệ thống thanh tra các cấp

⁴ Cao Vũ Minh, “*Những hạn chế của Luật Thanh tra năm 2010 và phương hướng hoàn thiện*”, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 3, năm 2018.

⁵ Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2013, tr. 625.

⁶ Nguyễn Cảnh Hợp (chủ biên), *Giáo trình luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Hồng Đức, năm 2017, tr. 707.

gồm Ủy ban Thanh tra nhà nước trung ương; Ủy ban Thanh tra nhà nước cấp tỉnh, thành phố, huyện, quận, và cấp tương đương; Ban Thanh tra nhân dân cấp cơ sở. Đây là một hệ thống tổ chức thanh tra được quản lý và chỉ đạo tập trung thống nhất từ trung ương đến cơ sở.

Ủy ban Thanh tra nhà nước trung ương, thay mặt Hội đồng Bộ trưởng có chức năng tổ chức, quản lý và chỉ đạo công tác thanh tra, kiểm tra, tiến hành thanh tra, công tác của các ngành, các cấp; đồng thời trực tiếp quản lý và chỉ đạo cả hệ thống tổ chức thanh tra. Ủy ban Thanh tra nhà nước tỉnh, thành phố, huyện, quận và cấp tương đương là một cấp của hệ thống thanh tra và là một bộ phận của cơ quan lãnh đạo chính quyền cùng cấp, chịu sự chỉ đạo của Ủy ban Thanh tra nhà nước cấp trên, đồng thời, có trách nhiệm thi hành những nghị quyết và báo cáo kết quả hoạt động của mình trước Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND) cùng cấp. Ban Thanh tra nhân dân là tổ chức thanh tra của quần chúng ở cơ sở.

Sau khi Nghị quyết số 26 được ban hành, Ban Bí thư Trung ương Đảng ban hành Chỉ thị số 38/CT-TW ngày 20/2/1984 (Chỉ thị số 38) về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác thanh tra. Chỉ thị số 38 nhấn mạnh tổ chức thanh tra phải là công cụ có hiệu lực của Nhà nước chuyên chính vô sản, đồng thời là một hình thức tổ chức của quần chúng để thực hiện quyền làm chủ tập thể của mình trong việc

kiểm tra, giám sát hoạt động của các cơ quan nhà nước. Theo tinh thần ấy, tổ chức và hoạt động thanh tra phải thể hiện tính chất Nhà nước và tính chất Nhân dân. Do vậy, bên cạnh Thanh tra nhà nước, chế định Thanh tra nhân dân luôn được đề cao và hiện hữu trong các văn bản quy định về thanh tra⁷.

Văn bản pháp luật đầu tiên điều chỉnh tổ chức và hoạt động thanh tra ở tầm luật là Luật Thanh tra năm 2004. Có thể nói rằng, Luật Thanh tra năm 2004 đã tạo cơ sở pháp lý quan trọng cho tổ chức và hoạt động của chế định Thanh tra nhân dân. Năm 2010, Quốc hội sửa đổi Luật Thanh tra năm 2004. Ngoài những thay đổi cho phù hợp với tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước lúc bấy giờ, về cơ bản, Luật Thanh tra năm 2010 tiếp tục kế thừa quy định của Luật Thanh tra năm 2004 về chế định Thanh tra nhân dân.

Như vậy, chế định thanh tra nhân được quy định trong Luật Thanh tra năm 2010 là vấn đề mang tính lịch sử. Khi xây dựng và ban hành Pháp lệnh Thanh tra năm 1990, rồi sau này là Luật Thanh tra năm 2004 và Luật Thanh tra năm 2010 thì đã có ý kiến đề nghị đưa nội dung thanh tra nhân dân ra khỏi các văn bản này, đồng thời đổi tên gọi thanh tra nhân dân đối với hình thức giám sát này. Tuy nhiên, cuối cùng thì chế định thanh tra nhân dân vẫn được duy trì với nhiều lý do khác nhau như tên gọi đó đã có từ lâu trở thành thói quen không dễ

⁷ Phạm Tuấn Khải, “Một số ý kiến về việc kết hợp giữa tính chất Nhà nước và tính chất nhân dân trong tổ chức và hoạt động của các ban thanh tra nhân dân”, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 52, năm 1986.

thay đổi. Ngoài ra, nếu đưa thanh tra nhân dân ra khỏi phạm vi điều chỉnh của văn bản pháp luật về thanh tra thì nội dung này chưa có văn bản nào thay thế⁸.

2. Những bất cập trong quy định của Luật Thanh tra năm 2010 về Thanh tra nhân dân

2.1. Về tên gọi

“*Thanh tra nhân dân*” tuy có chữ “*thanh tra*”, nhưng thực ra về bản chất lại không thực hiện hoạt động thanh tra mà là giám sát và thuộc loại hình “*giám sát, kiểm tra xã hội*”. Do vậy, hoạt động của Thanh tra nhân dân không có tính quyền lực nhà nước. Vì vậy, phạm vi thẩm quyền của Thanh tra nhân dân chỉ hạn chế ở quyền kiến nghị⁹.

2.2. Về chức năng

Khoản 2 Điều 8 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Các 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, lắng nghe ý kiến và chịu sự giám sát của Nhân dân*”. Như vậy, Hiến pháp năm 2013 chỉ quy định về quyền giám sát mà không quy định về quyền thanh tra của Nhân dân. Do tính chất tổ chức cũng như nguyên tắc hoạt động của Thanh tra nhân dân hoàn toàn khác với Thanh tra nhà nước nên quy định về Thanh tra nhân dân thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật Thanh tra năm 2010 là không hợp lý. Bên cạnh đó,

việc Luật Thanh tra năm 2010 điều chỉnh hoạt động giám sát, kiểm tra của Nhân dân thông qua quy định về nhiệm vụ của Ban Thanh tra nhân dân là không phù hợp, gây ra sự nhầm lẫn giữa chức năng thanh tra của cơ quan nhà nước và hoạt động giám sát của xã hội.

2.3. Về tổ chức

Theo Điều 65 Luật Thanh tra năm 2010 và Điều 2 Nghị định số 159/2016/NĐ-CP ngày 29/11/2016 (Nghị định số 159) quy định chi tiết và biện pháp thi hành một số điều của Luật thanh tra về tổ chức và hoạt động của Ban Thanh tra nhân dân thì thanh tra nhân dân được tổ chức dưới hình thức Ban Thanh tra nhân dân. Ban Thanh tra nhân dân được thành lập ở xã, phường, thị trấn, cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước. Ban Thanh tra nhân dân giám sát việc thực hiện chính sách, pháp luật, việc giải quyết khiếu nại, tố cáo, kiến nghị, phản ánh, việc thực hiện pháp luật về dân chủ ở cơ sở của cơ quan, tổ chức, cá nhân, góp phần phát huy dân chủ, đấu tranh phòng, chống tham nhũng, tiêu cực, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công dân, cơ quan, tổ chức, đơn vị.

Ban Thanh tra nhân dân ở xã, phường, thị trấn do Hội nghị nhân dân hoặc Hội nghị đại biểu nhân dân tại thôn, làng, ấp, bản, tổ dân phố bầu. Ban Thanh tra nhân dân ở xã, phường, thị trấn do Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam

⁸ Đình Văn Minh “*Bàn về chế định thanh tra nhân dân trong Luật Thanh tra*”, Tạp chí Thanh tra, số 5, năm 2021.

⁹ Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2013, tr. 624.

cùng cấp trực tiếp chỉ đạo hoạt động. Ban Thanh tra nhân dân ở xã, phường, thị trấn giám sát hoạt động của UBND xã, phường, thị trấn; hoạt động của Chủ tịch, Phó Chủ tịch HĐND, Chủ tịch, Phó Chủ tịch UBND và các ủy viên UBND, cán bộ, công chức làm việc tại xã, phường, thị trấn¹⁰.

Qua các quy định trên, có thể thấy, Ban Thanh tra nhân dân ở xã, phường, thị trấn là một cơ quan mang tính xã hội¹¹. Để bảo đảm tính độc lập, khách quan trong hoạt động giám sát thì thành viên Ban Thanh tra nhân dân không phải là người đương nhiệm trong UBND cấp xã. Tuy đã khẳng định Ban Thanh tra nhân dân ở xã, phường, thị trấn hoàn toàn độc lập với chủ thể bị giám sát là UBND cấp xã và Chủ tịch UBND cấp xã, nhưng khoản 2 Điều 67 Luật Thanh tra năm 2010 về quyền hạn của Ban Thanh tra nhân dân quy định: *“Khi cần thiết, được Chủ tịch UBND cấp xã, người đứng đầu cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước giao xác minh những vụ việc nhất định”*. Bên cạnh đó, Nghị định số 159 còn quy định, khi được Chủ tịch UBND xã, phường, thị trấn giao xác minh những vụ việc nhất định, Ban Thanh tra nhân dân có trách nhiệm thực hiện đúng nội dung, thời gian, phạm vi, nhiệm vụ được giao¹²; kết thúc việc xác minh, Ban thanh tra nhân dân báo

cáo với Chủ tịch UBND xã, phường, thị trấn về kết quả xác minh¹³. Những quy định này vô hình trung đã phủ định tính độc lập trong hoạt động của Ban Thanh tra nhân dân ở xã, phường, thị trấn, biến Ban Thanh tra nhân dân ở xã, phường, thị trấn thành một chủ thể giúp việc cho Chủ tịch UBND xã, phường, thị trấn. Tương tự, Ban Thanh tra nhân dân ở cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước do Hội nghị công nhân, viên chức hoặc Hội nghị đại biểu công nhân, viên chức bầu¹⁴. Ban thanh tra nhân dân ở cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước do Ban chấp hành Công đoàn cơ sở trực tiếp chỉ đạo hoạt động¹⁵. Điều này có nghĩa là, Ban Thanh tra nhân dân ở cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước không có sự phụ thuộc về mặt tổ chức với người đứng đầu cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước giao. Chính vì không có sự phụ thuộc nên Ban thanh tra nhân dân ở cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước mới có thể giám sát việc thực hiện chủ trương, chính sách của Đảng và pháp luật của Nhà nước, nhiệm vụ công tác hằng năm của cơ quan, đơn vị một cách hiệu quả. Tuy nhiên, với quy định khoản 2 Điều 67 Luật Thanh tra năm 2010 nêu trên, Ban thanh tra nhân dân ở

¹⁰ Điều 13 Nghị định số 159/2016/NĐ-CP.

¹¹ Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2013, tr. 623.

¹² Khoản 1 Điều 16 Nghị định số 159/2016/NĐ-CP.

¹³ Khoản 2 Điều 16 Nghị định số 159/2016/NĐ-CP.

¹⁴ Khoản 1 Điều 72 Luật Thanh tra năm 2010.

¹⁵ Khoản 1 Điều 73 Luật Thanh tra năm 2010.

cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước từ vị thế là chủ thể giám sát trở thành “người giúp việc” cho đối tượng giám sát. Điều này gây ảnh hưởng không nhỏ đến hiệu quả hoạt động của Ban thanh tra nhân dân ở cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước.

2.4. Về nhiệm vụ, quyền hạn

Như đã phân tích ở trên, Thanh tra nhân dân thực hiện hoạt động giám sát. Do đó, các nhiệm vụ, quyền hạn của Thanh tra nhân dân chủ yếu mang tính kiến nghị. Nghị định số 159 quy định cụ thể một số nhiệm vụ, quyền hạn của Ban thanh tra nhân dân như: *i.* tiếp nhận kiến nghị, phản ánh của cơ quan, tổ chức, đơn vị, cá nhân có liên quan đến phạm vi giám sát của Ban thanh tra nhân dân; *ii.* kiến nghị Chủ tịch Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn xử lý vi phạm theo thẩm quyền và khắc phục sơ hở, thiếu sót được phát hiện qua hoạt động giám sát, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của công dân, cơ quan tổ chức, đơn vị; *iii.* kiến nghị Chủ tịch Ủy ban nhân dân và Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam xã, phường, thị trấn các hình thức động viên, biểu dương, khen thưởng tập thể, cá nhân phát hiện sai phạm và có thành tích trong công tác. Bên cạnh đó, khoản 3 Điều 16 Nghị định số 159 còn quy định: “*Trường hợp phát hiện hành vi vi phạm pháp luật gây thiệt hại đến lợi ích của nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, công dân cần phải xử lý ngay thì lập biên bản và kiến nghị Chủ tịch Hội đồng nhân dân hoặc Chủ tịch Ủy ban*

nhân dân xã, phường, thị trấn hoặc cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền giải quyết, đồng thời giám sát việc thực hiện kiến nghị đó”.

Như vậy, ngoài nhiệm vụ, quyền hạn liên quan đến giám sát, Ban thanh tra nhân dân được quyền lập biên bản trong trường hợp phát hiện hành vi vi phạm pháp luật mà cần phải xử lý ngay. Tuy nhiên, ngoài khoản 3 Điều 16 Nghị định số 159, không một văn bản quy phạm pháp luật nào đề cập đến giá trị pháp lý cũng như trình tự, cách thức lập biên bản của Ban Thanh tra nhân dân. Trong trường hợp lập biên bản thì nhất thiết phải có chữ ký của chủ thể có hành vi trái pháp luật hay không? Trường hợp chủ thể có hành vi trái pháp luật không ký tên vào biên bản thì sẽ xử lý như thế nào? Hàng loạt vấn đề pháp lý phát sinh mà không có câu trả lời thấu đáo. Chính vì vậy, trong thực tiễn, Ban thanh tra nhân dân chưa bao giờ thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn này.

2.5. Hệ quả pháp lý của hoạt động giám sát của Ban Thanh tra nhân dân

Giám sát của Ban Thanh tra nhân dân đối với hoạt động công vụ cũng như hoạt động của cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước là hình thức giám sát mang tính xã hội. Trong thời gian qua, giám sát của Ban Thanh tra nhân dân được tiến hành tương đối hiệu quả, từ đó bảo đảm cho các quy định pháp luật liên quan đến hoạt động công vụ cũng như hoạt động của cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà

nước được tuân thủ một cách nghiêm minh. Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đạt được, giám sát của Ban thanh tra nhân dân vẫn còn nhiều hạn chế, từ đó làm hạn chế hiệu quả của mô hình giám sát quan trọng này.

Việc trao quyền giám sát cho Ban Thanh tra nhân dân là một chủ trương tốt, thể hiện mong muốn của Nhà nước trong việc thu hút sự tham gia của xã hội đối với hoạt động quản lý nhà nước hoặc hoạt động của các đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước. Tuy nhiên, trên thực tế, hoạt động giám sát của Ban Thanh tra nhân dân vẫn mang nặng tính hình thức¹⁶. Hoạt động giám sát của Ban Thanh tra nhân dân chỉ mới dừng lại ở việc tuyên truyền, vận động, tiếp nhận kiến nghị, phản ánh... đồng thời chuyển theo dõi, đôn đốc, kiến nghị giải quyết... Tất cả hoạt động đó, kể cả kiến nghị cũng chưa được các chủ thể có thẩm quyền giải quyết tiếp thu, phản hồi đúng mức. Nhiều kiến nghị của Ban Thanh tra nhân dân là rất chính xác, hợp lý nhưng bị rơi vào “quên lãng”, không nhận được bất kỳ sự phản hồi nào của các cơ quan hữu trách¹⁷. Vì vậy, hiệu lực pháp lý và hiệu quả giám sát của Ban Thanh tra nhân dân không đạt được yêu cầu, mong muốn mà pháp luật đề ra. Mặc dù cả Luật thanh tra năm 2010 và Nghị định số 159 đều quy định trách nhiệm của chủ thể có thẩm quyền trong việc xem xét, giải quyết và trả lời kiến nghị của Ban Thanh tra nhân dân, nhưng pháp luật hiện hành

lại không quy định các chế tài để xử lý đối với tổ chức, cá nhân không thực hiện hoặc thực hiện không đúng các kiến nghị của Ban Thanh tra nhân dân.

3. Sự cần thiết định danh lại chế định thanh tra nhân dân trong Dự thảo Luật Thanh tra và Dự thảo Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở

Trải qua hơn 10 năm triển khai thi hành, Luật Thanh tra năm 2010 đã bộc lộ nhiều hạn chế, bất cập. Bên cạnh đó, trong mối tương quan với Hiến pháp thì Luật Thanh tra năm 2010 phải phù hợp với Hiến pháp. Trong bối cảnh Hiến pháp năm 2013 đã có hiệu lực thi hành thì Luật Thanh tra năm 2010 cần phải có những sửa đổi, bổ sung cho phù hợp các quy định của Hiến pháp năm 2013 nhằm bảo đảm tính thống nhất trong hệ thống pháp luật Việt Nam.

Hiện nay, Chính phủ đang xây dựng Dự thảo Luật sửa đổi Luật Thanh tra năm 2010 (Dự thảo Luật Thanh tra). Cùng với Dự thảo Luật Thanh tra, Dự thảo Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở cũng đang được lấy ý kiến rộng rãi trong nhân dân. Dự thảo Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở cũng có quy định về Thanh tra nhân dân.

Theo Dự thảo Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở, chế định Thanh tra nhân dân được quy định tại Chương IV bao gồm 04 điều luật (từ Điều 37 đến Điều 40) là: Điều 37. Ban Thanh tra nhân dân; Điều 38. Nhiệm vụ của Ban Thanh

¹⁶ Hoàng Ngọc Giao (chủ biên), *Cơ chế giải quyết khiếu nại thực trạng và giải pháp*, Nxb. Công an nhân dân, tr.135.

¹⁷ Nguyễn Thọ Ánh, *Thực hiện chức năng giám sát và phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2012, tr. 152.

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

tra nhân dân; Điều 39. Quyền hạn của Ban Thanh tra nhân dân; Điều 40. Tổ chức và hoạt động của Ban Thanh tra nhân dân

Như đã trình bày, Thanh tra nhân dân là cơ quan mang tính xã hội; do đó, việc đưa chế định thanh tra nhân dân ra khỏi phạm vi, đối tượng điều chỉnh của Dự thảo Luật Thanh tra là hợp lý. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, Dự thảo Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở chỉ nên điều chỉnh về Ban Thanh tra nhân dân ở xã, phường, thị trấn; đối với Ban Thanh tra nhân dân ở cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước nên đưa vào Luật Công đoàn năm 2012 điều chỉnh.

Điều 14 Luật Công đoàn năm 2012 quy định quyền và trách nhiệm của công đoàn là tham gia kiểm tra, giám sát hoạt động của cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp. Theo đó, hoạt động của Ban Thanh tra nhân dân ở cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước sẽ do Ban chấp hành công đoàn cơ sở chỉ đạo. Điều này không chỉ bảo đảm tính thống nhất trong cơ cấu, tổ chức mà còn phát huy hiệu quả hoạt động giám sát của Ban Thanh tra nhân dân. Về kỹ thuật lập pháp, nhà làm luật có thể áp dụng kỹ thuật một luật sửa nhiều luật - tức là dùng Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở để sửa một số luật có liên quan đến vấn đề này như Luật Công đoàn năm 2012, Luật Viên chức năm 2010 (được sửa đổi, bổ sung năm 2019)...

Ngoài ra, chúng tôi cho rằng, cần thay đổi tên gọi của cơ quan mang tính xã hội này. Theo đó, cần thay đổi tên gọi “*Thanh tra nhân dân*” thành “*Giám sát nhân dân*” hoặc “*Kiểm tra nhân dân*” nhằm bảo đảm tính thống nhất trong tổ chức cũng như ý nghĩa của hoạt động thanh tra.

Về tổ chức, cần làm rõ tính chất độc lập tương đối của cơ quan mang tính xã hội này, đồng thời tách bạch sự phụ thuộc với Chủ tịch UBND cấp xã, người đứng đầu cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước. Sẽ không thể có sự khách quan nếu như đối tượng chịu sự giám sát lại có thể giao nhiệm vụ cho chủ thể giám sát. Do đó, Dự thảo Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở không nên tiếp tục đưa quy định “*Khi cần thiết, được Chủ tịch UBND cấp xã, người đứng đầu cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước giao xác minh những vụ việc nhất định*” vào quyền hạn của Ban thanh tra nhân dân¹⁸.

Cuối cùng, về giám sát của Ban Thanh tra nhân dân, Dự thảo Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở cần quy định rõ trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền phải xem xét, trả lời yêu cầu, kiến nghị của Ban Thanh tra nhân dân trong một khoảng thời gian cụ thể. Đồng thời, cần quy định rõ hậu quả pháp lý đối với hành vi chậm trễ hoặc không xem xét, trả lời yêu cầu, kiến nghị của Ban Thanh tra nhân dân đúng thời hạn ■

¹⁸ Khoản 2 Điều 39 Dự thảo Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở.

MỘT SỐ NỘI DUNG CẦN LƯU Ý KHI SỬA ĐỔI LUẬT THANH TRA NHẪM BẢO ĐẢM TÍNH THỐNG NHẤT TRONG HỆ THỐNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Nguyễn Nhật Khanh

ThS. NCS. Khoa Luật Hành chính Nhà nước, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Thanh tra, cơ quan thanh tra, Luật Thanh tra năm 2010.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 02/11/2021
Biên tập : 15/12/2021
Duyệt bài : 17/12/2021

Article Information:

Keywords: Inspection; inspection agencies, Law on Inspection of 2010.

Article History:

Received : 02 Nov. 2021
Edited : 15 Dec. 2021
Approved : 17 Dec. 2021

Tóm tắt:

Thanh tra là hoạt động có ý nghĩa quan trọng trong việc bảo đảm hiệu quả quản lý nhà nước. Hoạt động thanh tra nhằm phát hiện sơ hở trong cơ chế quản lý, chính sách, pháp luật để kiến nghị với cơ quan nhà nước có thẩm quyền biện pháp khắc phục; phòng ngừa, phát hiện và xử lý hành vi vi phạm pháp luật; giúp cơ quan, tổ chức, cá nhân thực hiện đúng quy định của pháp luật; phát huy nhân tố tích cực; góp phần nâng cao hiệu lực, hiệu quả hoạt động QLNN; bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân. Tuy nhiên, qua hơn 10 năm thi hành, Luật Thanh tra đã bộc lộ những hạn chế nhất định. Do vậy, việc sửa đổi Luật Thanh tra là hết sức cần thiết để đáp ứng yêu cầu QLNN trong giai đoạn mới. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích một số nội dung cần lưu ý khi sửa đổi Luật Thanh tra nhằm bảo đảm tính thống nhất trong hệ thống pháp luật Việt Nam.

Abstract:

Inspection is an important activity ensuring the effectiveness of state management. Inspection aims to detect the loopholes in management mechanisms, policies and laws, then recommended remedies are proposed to the competent state agencies to prevent, detect and handle the law violations; support the state agencies, organizations and individuals in properly comply with the law; promote the positive factors; increase the effects and effectiveness of state management activities; and protect the interests of the state and the rights and legitimate interests of agencies, organizations and individuals. However, after more than 10 years of enforcement, the Law on Inspection has revealed certain limitations, so the amendment of the Law on Inspection is necessary to meet the requirements of state management in the new period. Within the scope of this article, the author provides an analysis of a number of contents to be noted during development of the draft Law on Inspection to ensure consistency in the Vietnamese legal system.

Thanh tra là một hoạt động không thể thiếu trong quá trình các chủ thể có thẩm quyền thực hiện chức năng QLNN nhằm phát hiện sơ hở trong cơ chế quản lý, chính sách, pháp luật để kiến nghị với cơ quan nhà nước có thẩm quyền biện pháp khắc phục; phòng ngừa, phát hiện và xử lý hành vi vi phạm pháp luật. Sự ra đời của Luật Thanh

tra năm 2010 đã tạo cơ sở pháp lý cho tổ chức và hoạt động thanh tra. Tuy nhiên, sau hơn 10 năm thi hành, một số quy định của Luật Thanh tra năm 2010 đã không còn phù hợp trước những thay đổi nhanh chóng của đời sống xã hội và yêu cầu phát triển đất nước trong giai đoạn mới. Điều này đặt ra nhu cầu sửa đổi Luật Thanh tra năm 2010.

Đứng trước yêu cầu đó, Chính phủ đã tổ chức soạn thảo Dự thảo sửa đổi Luật Thanh tra năm 2010 (Dự thảo Luật¹). Bên cạnh những kết quả đạt được, Dự thảo Luật còn có một số hạn chế cần được tiếp tục hoàn thiện sau đây:

Thứ nhất, quy định về các cơ quan thanh tra trong cơ quan hành chính nhà nước.

Điều 10 Dự thảo Luật quy định các cơ quan thanh tra gồm: i) Cơ quan thanh tra được thành lập theo cấp hành chính; ii) Cơ quan thanh tra được thành lập ở cơ quan quản lý theo ngành, lĩnh vực; iii) Cơ quan thanh tra được thành lập ở cơ quan thuộc Chính phủ và cơ quan nhà nước khác để thực hiện thanh tra theo quy định của luật chuyên ngành, yêu cầu quản lý.

Trong đó, Dự thảo Luật quy định cơ quan thanh tra được thành lập theo cấp hành chính bao gồm²:

“a. Thanh tra Chính phủ;

b. Thanh tra tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương (sau đây gọi là Thanh tra tỉnh);

c. Thanh tra quận, huyện, thành phố thuộc cấp tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương (sau đây gọi là Thanh tra huyện)”.

Đối chiếu quy định nêu trên với Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật Tổ chức chính quyền địa phương) có thể nhận ra một số điểm chưa thống nhất. Cụ thể, Điều 2 Luật Tổ chức chính quyền địa phương quy định các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam gồm: i) Tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương (sau đây gọi chung là cấp

tỉnh); ii) Huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc Trung ương (sau đây gọi chung là cấp huyện); iii) Xã, phường, thị trấn (sau đây gọi chung là cấp xã); iv) Đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt.

Theo quy định trên, đơn vị hành chính cấp tỉnh gồm có tỉnh và thành phố trực thuộc trung ương. Như vậy, ở cấp tỉnh sẽ có Thanh tra tỉnh và Thanh tra thành phố trực thuộc trung ương. Nếu muốn gọi chung các cơ quan thanh tra này thì phải gọi là “*Thanh tra cấp tỉnh*” mới phản ánh đúng cấp đơn vị hành chính. Việc điểm b khoản 1 Điều 10 Dự thảo Luật sử dụng cụm từ “*Thanh tra tỉnh*” để gọi chung cho Thanh tra tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương là chưa chính xác.

Tương tự, đơn vị hành chính cấp huyện gồm huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc Trung ương. Do vậy, cơ quan thanh tra ở cấp này sẽ có Thanh tra huyện, Thanh tra quận, Thanh tra thị xã, Thanh tra thành phố thuộc tỉnh và Thanh tra thành phố thuộc thành phố trực thuộc Trung ương. Tuy nhiên, điểm c khoản 1 Điều 10 Dự thảo Luật lại quy định thiếu “*Thanh tra thị xã*”. Trong khi đó, việc quy định “*Thanh tra thành phố thuộc cấp tỉnh*” là không chính xác. Ngoài ra, việc sử dụng thuật ngữ “*Thanh tra huyện*” để gọi chung cho cơ quan Thanh tra ở các đơn vị hành chính cấp huyện cũng không đầy đủ. Lẽ ra, nếu viết tắt thì Dự thảo Luật phải dùng cụm từ “*Thanh tra cấp huyện*” mới chính xác.

Đối chiếu với các quy định khác của Dự thảo Luật có thể thấy bản thân văn bản này cũng không có sự thống nhất trong cách quy ước khi dùng thuật ngữ. Cụ thể, Điều 6 Dự

¹ Dự thảo Luật Thanh tra tháng 3 năm 2022.

² Khoản 1 Điều 10 Dự thảo Luật.

thảo Luật quy định về trách nhiệm của Thủ trưởng cơ quan nhà nước như sau: “*Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương (sau đây gọi chung là cấp tỉnh), Thủ trưởng cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Chủ tịch Ủy ban nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương (sau đây gọi chung là cấp huyện) trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm tổ chức, chỉ đạo hoạt động thanh tra, xử lý kịp thời kết luận, kiến nghị thanh tra và phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về hành vi, quyết định của mình*”.

Theo điều khoản trên, “*Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh*” được dùng để gọi chung cho Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương; còn “*Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện*” được dùng để gọi chung cho Chủ tịch Ủy ban nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương. Như vậy, theo logic này thì Dự thảo Luật cũng phải sử dụng cụm từ “*Thanh tra cấp tỉnh*” để gọi chung cho Thanh tra tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương, còn “*Thanh tra cấp huyện*” dùng để gọi chung cho Thanh tra huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương thì mới bảo đảm tính thống nhất.

Thứ hai, quy định về hoạt động thanh tra công vụ.

Khoản 1 Điều 2 Dự thảo Luật giải thích “*Thanh tra nhà nước là là hoạt động xem xét, đánh giá, xử lý theo trình tự, thủ tục*

do pháp luật quy định của cơ quan thanh tra đối với việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan, tổ chức, cá nhân”. Điều khoản này cũng quy định “*Thanh tra nhà nước bao gồm thanh tra hành chính và thanh tra chuyên ngành*”.

Theo đó, “*Thanh tra hành chính*” là hoạt động xem xét, đánh giá việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, quyền hạn được giao của cơ quan, tổ chức, cá nhân thuộc quyền quản lý của Thủ trưởng cơ quan quản lý³, còn “*Thanh tra chuyên ngành*” là hoạt động xem xét, đánh giá việc chấp hành pháp luật chuyên ngành, quy định về chuyên môn – kỹ thuật, quy tắc quản lý ngành của cơ quan, tổ chức, cá nhân thuộc phạm vi QLNN theo ngành, lĩnh vực⁴.

Tuy nhiên, bên cạnh các hoạt động thanh tra được quy định trong Dự thảo Luật nêu trên, Luật Cán bộ, công chức năm 2008 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật Cán bộ, công chức) còn quy định về một hoạt động thanh tra đặc thù đó là “*Thanh tra công vụ*”. Quy định về thanh tra công vụ được quy định tại Điều 74 và Điều 75 Luật Cán bộ, công chức.

Điều 74 Luật Cán bộ, công chức quy định phạm vi thanh tra công vụ bao gồm: i) Thanh tra việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của cán bộ, công chức theo quy định của Luật này và các quy định khác có liên quan và ii) Thanh tra việc thực hiện tuyển dụng, bổ nhiệm, đào tạo, bồi dưỡng, điều động, luân chuyển, biệt phái, miễn nhiệm, đánh giá, thôi việc, nghỉ hưu, khen thưởng, xử lý kỷ luật công chức, đạo đức, văn hóa giao tiếp trong thi hành công vụ của công

³ Khoản 2 Điều 2 Dự thảo Luật.

⁴ Khoản 3 Điều 2 Dự thảo Luật.

chức và các điều kiện bảo đảm cho hoạt động công vụ. Điều 75 Luật Cán bộ, công chức lại quy định về chủ thể thực hiện hoạt động thanh tra công vụ như sau: i) Thanh tra bộ, Thanh tra sở, Thanh tra tỉnh, Thanh tra huyện trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình thanh tra việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của cán bộ, công chức và ii) Thanh tra Bộ Nội vụ, Thanh tra Sở Nội vụ thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành trong phạm vi quy định tại khoản 2 Điều 74 của Luật này.

Tuy có quy định về phạm vi và chủ thể thực hiện hoạt động thanh tra công vụ nhưng Luật Cán bộ, công chức lại không đưa ra định nghĩa thế nào là “*Thanh tra công vụ*”. Trong khi đó, Dự thảo Luật lại không có bất cứ quy định nào để điều chỉnh về hoạt động thanh tra đặc thù này. Điều này dẫn đến nhiều cách hiểu không thống nhất trong quá trình thực hiện hoạt động thanh tra.

Trước đây, Chính phủ đã từng ban hành dự thảo Nghị định về hoạt động thanh tra công vụ để hướng dẫn hoạt động thanh tra này. Tuy nhiên, dự thảo Nghị định này đã không được thông qua bởi lý do khi tiếp cận với dự thảo Nghị định trên, không ít nhà làm luật đã băn khoăn bởi hai lẽ: *một là*, về kỹ thuật lập pháp còn thiếu định nghĩa cụ thể về thanh tra công vụ; *hai là*, liệu hoạt động thanh tra công vụ có trùng lặp, chồng chéo với các hoạt động thanh tra đã được quy định trong pháp luật thanh tra hay không⁵?

Có ý kiến cho rằng, nếu phân tích kỹ phạm vi thanh tra công vụ tại Điều 74 Luật Cán bộ, công chức có thể thấy hoạt động

thanh tra công vụ có tính chất giống các hoạt động thanh tra quy định tại Dự thảo Luật. Trong đó, thanh tra hành chính về công vụ bao gồm hoạt động thanh tra liên quan đến việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của cán bộ, công chức còn thanh tra chuyên ngành về công vụ bao gồm hoạt động thanh tra việc thực hiện tuyển dụng, bổ nhiệm, đào tạo, bồi dưỡng, điều động, luân chuyển, biệt phái, miễn nhiệm, đánh giá, thôi việc, nghỉ hưu, khen thưởng, xử lý kỷ luật công chức, đạo đức, văn hóa giao tiếp trong thi hành công vụ của công chức và các điều kiện bảo đảm cho hoạt động công vụ⁶. Tuy nhiên, sự giải thích này chỉ mang ý nghĩa khoa học chứ không có giá trị về mặt pháp lý. Do đó, để bảo đảm sự thống nhất trong quy định giữa Dự thảo Luật với Luật Cán bộ, công chức, tác giả cho rằng, cần bổ sung quy định trong Luật Cán bộ, công chức điều khoản giải thích rõ thuật ngữ “*thanh tra công vụ*”, đồng thời ghi nhận rõ giới hạn thanh tra hành chính về công vụ và thanh tra chuyên ngành về công vụ để tránh sự chồng chéo trong việc thực hiện hoạt động thanh tra công vụ của các chủ thể có thẩm quyền.

Thứ ba, quy định về việc xử lý hành vi không thực hiện yêu cầu, kết luận, quyết định xử lý về thanh tra.

Để thực hiện hoạt động thanh tra có hiệu quả trên thực tế, bên cạnh nỗ lực của các chủ thể có thẩm quyền tiến hành thanh tra cần phải có sự cộng tác của đối tượng thanh tra, các cá nhân, tổ chức khác có liên quan trong việc hỗ trợ thực hiện hoạt động thanh tra. Do vậy, Dự thảo Luật quy định về quyền và nghĩa vụ của đối tượng thanh

⁵ Xuân Hoa, “Vi sao Nghị định về thanh tra công vụ bị dừng?”, <http://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/thong-tin-khac.aspx?ItemID=1416>, truy cập ngày 28/10/2021.

⁶ Vũ Hương - Thanh tra tỉnh Bến Tre, “Vấn đề về thanh tra công vụ”, <http://www.thanhtra.edu.vn/category/detail/197-van-de-ve-thanh-tra-cong-vu.html>, truy cập ngày 29/10/2021.

tra, trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan trong quá trình tiến hành hoạt động thanh tra tại Điều 7. Đối với đối tượng thanh tra, Dự thảo Luật quy định chủ thể này có nghĩa vụ thực hiện yêu cầu, kiến nghị, quyết định về thanh tra. Trong khi đó, các cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan đến nội dung thanh tra phải cung cấp đầy đủ, kịp thời thông tin, tài liệu theo yêu cầu của thành viên Đoàn thanh tra, Trưởng đoàn thanh tra, Người ra quyết định thanh tra và phải chịu trách nhiệm về tính chính xác, trung thực của thông tin, tài liệu đã cung cấp.

Trong trường hợp các cơ quan, tổ chức, cá nhân này không thiện chí phối hợp với các chủ thể có thẩm quyền để thực hiện hoạt động thanh tra thì có nguy cơ bị xử lý theo quy định của pháp luật. Cụ thể, Điều 89 Dự thảo Luật quy định về xử lý hành vi không thực hiện yêu cầu, kết luận, quyết định xử lý về thanh tra như sau: đối tượng thanh tra, cơ quan, tổ chức, cá nhân *“có thông tin, tài liệu liên quan đến nội dung thanh tra mà không cung cấp hoặc cung cấp không đầy đủ, chính xác, kịp thời”* hoặc *“tiêu hủy tài liệu, vật chứng liên quan đến nội dung thanh tra”* hoặc *“có trách nhiệm thi hành kết luận thanh tra, quyết định xử lý về thanh tra mà không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ, không kịp thời”* thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử phạt vi phạm hành chính (VPHC), xử lý kỷ luật hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự; nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật.

Tuy nhiên, các quy định này vẫn còn rất chung chung, thiếu rõ ràng nên việc áp dụng vào thực tiễn dự kiến sẽ gặp nhiều khó khăn. Đối chiếu với các quy định của

Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 thì không thấy một tội danh nào liên quan đến việc đối tượng thanh tra, cơ quan, tổ chức, cá nhân không thực hiện yêu cầu, kết luận, quyết định xử lý về thanh tra. Trong việc xử phạt VPHC, qua tra cứu các văn bản quy phạm pháp luật về vấn đề này, có 02 Nghị định quy định về xử phạt VPHC đối với các chủ thể có hành vi *“không thực hiện yêu cầu, kết luận, quyết định xử lý về thanh tra”* là Nghị định số 88/2019/NĐ-CP ngày 14/11/2019 xử phạt VPHC trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 143/2021/NĐ-CP)⁷ và Nghị định số 91/2019/NĐ-CP ngày 19/11/2019 xử phạt VPHC trong lĩnh vực đất đai (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2022/NĐ-CP)⁸. Đối với các lĩnh vực khác như quản lý, sử dụng tài sản nhà nước, thực hành tiết kiệm, chống lãng phí, dự trữ quốc gia, kho bạc nhà nước; kế toán, kiểm toán độc lập... đều không có quy định xử lý, nếu tài liệu, thông tin yêu cầu cung cấp thuộc lĩnh vực này không được cung cấp thực hiện thì cũng không thể xử phạt VPHC theo quy định của pháp luật thanh tra.

Qua đó có thể thấy rằng, việc xử lý như thế nào đối với các đối tượng thanh tra, cơ quan, tổ chức, cá nhân trong trường hợp không thực hiện yêu cầu, kết luận, quyết định xử lý về thanh tra là vấn đề còn bỏ ngỏ, điều này gây ra không ít khó khăn cho các cơ quan chức năng khi xử lý các trường hợp này trong thực tế, dẫn đến tình trạng nhiều hành vi chống đối, cản trở hoặc cố tình không thực hiện yêu cầu, kiến nghị, kết luận thanh tra. Điều này làm cản trở việc tiến hành thanh tra và gây ảnh hưởng không nhỏ tới hiệu quả công tác thanh tra ■

⁷ Điều 48, 49 Nghị định số 88/2019/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 143/2021/NĐ-CP.

⁸ Điều 36 Nghị định số 91/2019/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2022/NĐ-CP.

TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ CỦA PHÁP NHÂN ĐỐI VỚI HÀNH VI GÂY Ô NHIỄM MÔI TRƯỜNG THEO LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM

Hà Lệ Thủy*

Trần Công Thiết**

* TS. Trường Đại học Luật, Đại học Huế

** NCS. Trường Đại học Luật, Đại học Huế

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Ô nhiễm môi trường, pháp nhân, trách nhiệm hình sự, bảo hiểm môi trường.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 07/07/2021

Biên tập : 12/09/2021

Duyệt bài : 14/09/2021

Article Infomation:

Keywords: Environmental pollution, legal entities, criminal liability, environmental insurance.

Article History:

Received : 07 Jul. 2021

Edited : 12 Sep. 2021

Approved : 14 Sep. 2021

Tóm tắt:

Các vấn đề môi trường, trong đó có vấn đề xử lý các hành vi gây ô nhiễm môi trường là mối quan tâm rất lớn không chỉ đối với Việt Nam mà còn đối với các quốc gia khác trên thế giới, bao gồm các quốc gia phát triển và quốc gia đang phát triển. Ô nhiễm môi trường đã và đang gây ra những thiệt hại về tài sản, sức khỏe, tính mạng của con người đồng thời gây ảnh hưởng lớn đến nền kinh tế của đất nước. Pháp luật hình sự Việt Nam và các nước trên thế giới có những quy định liên quan đến việc xử lý hành vi gây ô nhiễm môi trường của pháp nhân, trong đó có trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân phạm tội.

Abstract:

Environmental issues, including the ones handling of acts causing environmental pollution, are under great concern not only in Vietnam but also in other countries, including the developed countries and developing ones in the world. Environmental pollution has been causing damages to property, human health, and life, has also a great influence on the economy of the country. The criminal law of Vietnam and other countries in the world has provisions related to the handling of acts causing environmental pollution by legal entities, including criminal liability for criminal legal entities.

1. Trách nhiệm hình sự của pháp nhân đối với hành vi gây ô nhiễm môi trường

1.1. Trách nhiệm hình sự của pháp nhân

Vấn đề trách nhiệm hình sự (TNHS) của pháp nhân là vấn đề được đề cập trong pháp luật quốc gia nhưng cũng là vấn đề được đề cập trong pháp luật quốc tế. Các điều ước quốc tế trong khuôn khổ Liên hợp quốc về chống tội phạm đều ghi nhận trách nhiệm của pháp nhân (bao gồm trách nhiệm hành chính hoặc TNHS) với mục đích khuyến nghị các quốc gia

xác định trách nhiệm của pháp nhân với những tội phạm nhất định.

Quan niệm truyền thống đều cho rằng, căn cứ vào nguyên tắc cá thể hóa TNHS và tính mục đích của hình phạt, chủ thể của TNHS là cá nhân (thể nhân), pháp nhân là tập thể của những con người cụ thể và hành vi vi phạm của pháp nhân được thực hiện bởi hành vi của những con người cụ thể nên pháp nhân không phải chịu TNHS mà TNHS chính là những cá nhân cụ thể đã thực hiện các hành vi vi phạm,

một trong những mục đích của hình phạt là giáo dục, cải tạo và hình phạt sẽ không có tác dụng nếu nó được áp dụng với pháp nhân mà không được áp dụng với con người cụ thể. Cái giá thực sự khi áp dụng TNHS, xét đến cùng, chính các pháp nhân không phải chịu mà là những cá nhân cụ thể trong pháp nhân như: người góp cổ phần, cổ đông, người lao động. Như vậy, chế định TNHS của pháp nhân không thể chấp nhận được về phương diện pháp lý cũng như về đạo lý¹.

Trong khi đó, theo quan niệm hiện đại, chủ thể của TNHS không chỉ là cá nhân với các điều kiện về chủ thể như đã nêu trên mà còn có cả tổ chức (pháp nhân). Vấn đề THNS của pháp nhân đã được điều chỉnh về mặt lập pháp trong pháp luật hình sự ở nhiều nước không chỉ ở các nước theo truyền thống Common Law và châu Âu lục địa, mà còn được thừa nhận ở cả một số nước châu Á như Nhật Bản, Singapore, đặc biệt là ở Trung Quốc, một nước mà trong thời gian gần đây còn phản đối mạnh mẽ việc chấp nhận TNHS của pháp nhân. Pháp nhân không phải là một thể nhân mà là một tổ chức - tập hợp của nhiều người - được pháp luật trao cho tư cách của một người trong quan hệ pháp luật². Chính vì vậy, trên thực tế, một hành vi nguy hiểm cho xã hội có thể do một tập thể gây ra do kết quả của việc đưa ra những quyết định sai trái. Trên thực tế, một tội phạm cũng có thể do cá nhân hoặc tổ chức gây ra³. Hay nói cách khác, pháp nhân không phải là một

chủ thể giả tưởng mà là một “thực thể xã hội độc lập”, pháp nhân cũng sinh, cũng trưởng, cũng tử như cá nhân, cũng hoạt động như cá nhân⁴. Pháp nhân, với tính chất là một thực thể có ý chí, có mong muốn riêng của mình, được hưởng quyền tự chủ của chủ thể như cá nhân và có năng lực pháp lý, do đó, đương nhiên phải chịu TNHS.

1.2. Pháp luật hình sự về trách nhiệm hình sự của pháp nhân đối với hành vi gây ô nhiễm môi trường

Tăng cường sử dụng pháp luật hình sự để chống lại các hành vi gây ô nhiễm môi trường (ONMT) là xu hướng chung của nhiều quốc gia trên thế giới, đặc biệt là hành vi gây ô nhiễm của pháp nhân gây ra. Nghiên cứu luật hình sự các nước trên thế giới cho thấy, các biện pháp cưỡng chế hình sự áp dụng đối với các pháp nhân phạm tội ở các nước thuộc hệ thống khác nhau cũng có sự khác nhau. Cụ thể, các biện pháp cưỡng chế hình sự bao gồm: 1) Hình phạt gây ảnh hưởng đến uy tín của pháp nhân phạm tội; 2) Hình phạt về tài sản; 3) Hình phạt hạn chế các hoạt động của pháp nhân phạm tội; 4) Hình phạt đình chỉ hoạt động của pháp nhân phạm tội⁵ và các biện pháp cưỡng chế hình sự khác. Bên cạnh đó, pháp luật điều chỉnh TNHS của pháp nhân có hành vi gây ONMT ở mỗi nước cũng có sự khác nhau. Một số nước quy định TNHS của pháp nhân có hành vi gây ONMT trong một văn bản riêng về lĩnh vực

¹ Donnedieu de Vabres (1947), *Traite de droit criminal et de legislation penale compare*, Paris, Sirey, p.149.

² Athur Taylor von Mehren & James Russell Gordley (1977), *The Civil Law system (An introduction to the comparative study of law)*, second Edition, little, brown & company, Boston & Toronto.

³ Đào Trí Úc, *Nhận thức đúng đắn hơn nữa các nguyên tắc về trách nhiệm cá nhân và lỗi trong việc xử lý trách nhiệm hình sự*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 9/1999, tr.75.

⁴ Lê Trung Chính, *Dân luật đại cương*, Sài Gòn, 1950, tr.177.

⁵ Xem Cao Thị Oanh, *Nghiên cứu so sánh cơ sở lý luận và thực tiễn của việc áp dụng trách nhiệm hình sự đối với tổ chức*, Báo cáo tổng thuật công trình nghiên cứu khoa học cấp bộ, Viện khoa học pháp lý, Hà Nội, 2011, tr. 41.

môi trường, ví dụ: Luật Chất lượng môi trường của Thái Lan năm 1992, Luật Không khí sạch của Philippines năm 1999, Luật Chất lượng môi trường của Canada, Bộ luật Môi trường của Thụy Điển; một số nước khác quy định trong Bộ luật hình sự, ví dụ như Bộ luật hình sự (BLHS) Đức, BLHS Trung Quốc, BLHS liên bang Nga...

Tại châu Âu, ngày 19/10/2008, Hội đồng châu Âu đã ban hành Chỉ thị số 2008/99/EC về bảo vệ môi trường thông qua luật hình sự⁶. Theo đó, Mục d Điều 2 Chỉ thị này quy định rõ pháp nhân phải chịu TNHS là mọi tổ chức có tư cách pháp nhân theo luật của nước đăng ký.

Theo quy định của pháp luật Canada, không những chủ thể trực tiếp gây ONMT, mà cả những chủ thể có liên quan cũng phải chịu trách nhiệm⁷. Cụ thể, những người thực hiện hành vi trợ giúp cho người khác vi phạm quy định của luật này, hoặc khuyến bảo, khuyến khích, xúi giục người khác thực hiện hành vi gây nguy hại cho môi trường thì cũng coi như vi phạm pháp luật và phải chịu hình phạt như chính chủ thể thực hiện hành vi đó. Điều này thể hiện rõ nguyên tắc trách nhiệm của tổ chức, cá nhân khi sử dụng thành phần môi trường.

Điều 338 BLHS Trung Quốc quy định TNHS đối với pháp nhân về hành vi gây ô nhiễm môi trường với tội danh gây ô nhiễm đất,

nước, khí quyển⁸. Theo đó, ngoài TNHS dưới hình thức phạt tiền, “*những người quản lý trực tiếp và những nhân viên chịu trách nhiệm trực tiếp khác sẽ bị xử phạt*” (Điều 346). BLHS Đức cũng quy định về tội gây ô nhiễm nguồn nước (Điều 324), tội gây ô nhiễm đất đai (Điều 324a) và tội gây ô nhiễm không khí (Điều 325)⁹. Đặc biệt, TNHS đối với pháp nhân hoặc cá nhân có hành vi phạm tội về môi trường được đặt ra ngay cả khi vô ý thực hiện hành vi hoặc phạm tội chưa đạt. Điều này sẽ làm tăng mức độ răn đe, cảnh báo cũng như đảm bảo tính hiệu quả của việc áp dụng pháp luật hình sự trong việc bảo vệ môi trường.

2. Quy định của pháp luật hình sự Việt Nam về trách nhiệm hình sự của pháp nhân đối với hành vi gây ô nhiễm môi trường

Trước hết có thể thấy rằng, BLHS năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015) lần đầu tiên chính thức ghi nhận chủ thể chịu TNHS là pháp nhân. Đây là điểm đổi mới mang tính đột phá trong chính sách hình sự của Việt Nam, là sự cụ thể hóa các Nghị quyết của Đảng và Hiến pháp năm 2013. Điều này nhằm phát huy hơn nữa vai trò của BLHS với tư cách là công cụ pháp lý sắc bén, hữu hiệu trong đấu tranh phòng, chống tội phạm, làm thay đổi nhận thức truyền thống về vấn đề tội phạm và hình phạt¹⁰. Khoản 2 Điều 2 BLHS

⁶ Xem: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32008L0099&fbclid=IwAR3G-2F6OFcG_54OmEsc0d93oZ6S1kCfHfPn3eHT5JSgHTU3AXsKcwz8wRVQ.

⁷ Trần Thắng Lợi, *Trách nhiệm pháp lý về môi trường ở một số nước*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 3, 3/2004.

⁸ Đinh Bích Hà (2007), *Bộ luật hình sự của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa*, bản dịch, Nxb. Tư pháp, Hà Nội.

⁹ Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), *Bộ luật hình sự Cộng hòa liên bang Đức*, bản dịch, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội.

¹⁰ Tại Nghị quyết số 22/NQ-CP ngày 22/3/2014 về phiên họp chuyên đề xây dựng pháp luật tháng 3 năm 2014, Chính phủ đã chỉ đạo “*cần thiết phải quy định TNHS đối với các pháp nhân kinh tế trên cơ sở nghiên cứu, xác định rõ những vấn đề cụ thể có liên quan, bảo đảm phù hợp với thực tiễn nước ta và tính khả thi*”. Quan điểm này cũng nhận được sự đồng tình của Ban Chỉ đạo cải cách tư pháp Trung ương.

năm 2015 quy định: “*Chi pháp nhân thương mại nào phạm một tội đã được quy định tại Điều 76 của Bộ luật này mới phải chịu trách nhiệm hình sự*”. BLHS Việt Nam quy định pháp nhân chịu TNHS chỉ là pháp nhân thương mại, đồng thời pháp nhân chỉ chịu TNHS về một số tội phạm cụ thể được quy định tại Điều 76 BLHS năm 2015.

Trên cơ sở đặt ra TNHS của pháp nhân, BLHS Việt Nam cũng đã quy định các tội phạm mà pháp nhân phải chịu TNHS, trong đó có Tội gây ONMT quy định tại Điều 235 BLHS năm 2015 là một trong số các tội phạm về môi trường mà pháp nhân thương mại phải chịu TNHS khi có hành vi cấu thành tội phạm. So với các quy định trước đây, BLHS năm 2015 đã sửa đổi cấu thành các tội phạm về môi trường theo hướng cụ thể hóa hành vi và định lượng vi phạm cụ thể. Riêng đối với tội gây ONMT, BLHS năm 2015 đã quy định cụ thể các dạng hành vi gây ONMT gồm: chôn, lấp, đổ, thải ra môi trường chất thải nguy hại hoặc chất hữu cơ khó phân hủy, xả thải, xả nước thải, chôn, lấp, đổ, thải ra môi trường chất thải rắn,... phát tán ra môi trường bức xạ, phóng xạ..., định lượng các yếu tố gây nên hậu quả¹¹. Quy định này đã tạo cơ sở pháp lý xử lý các hành vi gây ONMT, góp phần đấu tranh phòng, chống những hành vi gây ONMT, đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế.

Theo quy định của Điều 235 BLHS năm 2015, pháp nhân thương mại phạm tội gây ONMT phải chịu các hình phạt bao gồm: phạt tiền, đình chỉ hoạt động có thời hạn từ 6

tháng đến 2 năm; các hình phạt bổ sung bao gồm: cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định từ 1 năm đến 3 năm. Ngoài ra, pháp nhân thực hiện hành vi gây ONMT mà cấu thành tội phạm thì ngoài việc phải chịu TNHS, pháp nhân đó còn phải thực hiện biện pháp bồi thường thiệt hại (BTTH) do hành vi gây ô nhiễm môi trường của mình gây ra.

Hành vi phạm tội gây ONMT nói riêng và tội phạm môi trường nói chung đều có hậu quả là dấu hiệu bắt buộc để cấu thành tội phạm. Các chủ thể phạm tội đa số đều gây ra những thiệt hại nhất định cho các cá nhân, tổ chức, xã hội. Chính vì vậy, BTTH có nội dung buộc bên có hành vi gây thiệt hại phải khắc phục hậu quả bằng cách đền bù các tổn thất về vật chất và tinh thần cho bên bị thiệt hại khi có hành vi gây ONMT. Trong các vụ án gây ONMT, thiệt hại do các chủ thể gây ra thông thường là thiệt hại về sức khỏe, về tài sản¹². Về nguyên tắc, người bị thiệt hại phải có nghĩa vụ chứng minh thiệt hại xảy ra và mức bồi thường sẽ bằng mức thiệt hại. Tuy nhiên, nguyên tắc này chỉ có thể áp dụng đối với trường hợp trách nhiệm BTTH về vật chất, còn trong trường hợp BTTH về tinh thần thì rõ ràng là những tổn thất không thể nhìn thấy, không thể tính toán và khó có thể chứng minh được.

Tính đến thời điểm hiện tại, kể từ khi chế định TNHS đối với pháp nhân thương mại phạm tội được áp dụng, chưa có pháp nhân thương mại nào bị xử lý theo thủ tục tố tụng hình sự về hành vi gây ONMT, mặc dù các

¹¹ Trước đây Điều 182 BLHS năm 1999 quy định theo hướng định tính hậu quả thiệt hại bằng cụm từ “ô nhiễm độ nghiêm trọng” hay “gây hậu quả nghiêm trọng” mang tính chung chung, không quy định cụ thể dẫn tới khó áp dụng và nảy sinh những vướng mắc, bất cập.

¹² Xem thêm <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/nghien-cuu/trach-nhiem-boi-thuong-thiet-hai-do-gay-o-nhiem-khong-khi>

hành vi gây ONMT diễn ra thường xuyên trên địa bàn nhiều tỉnh, thành phố trong phạm vi cả nước. Chúng tôi cho rằng, có những nguyên nhân sau đây dẫn đến thực trạng này:

Thứ nhất, trong một số trường hợp, việc xác định thiệt hại do ô nhiễm môi trường là rất khó. Để xác định được thiệt hại, cơ quan có thẩm quyền phải thuê tổ chức giám định thiệt hại, mất chi phí, mất thời gian. Tuy nhiên, không phải trường hợp nào cũng có thể xác định chính xác con số thiệt hại cụ thể. Thậm chí có những vụ việc mà thiệt hại không xuất hiện ngay mà để di chứng cho các thế hệ sau. Trong khi pháp luật hiện hành quy định, yêu cầu BTTH chỉ được chấp nhận khi có thiệt hại thực tế và người yêu cầu phải chứng minh được các thiệt hại này. Do vậy, những người bị tác động bởi hành vi gây ô nhiễm môi trường - chủ yếu là người dân sống ở vùng ngoại ô, nông thôn khó có đủ khả năng để thực hiện đầy đủ các yêu cầu trên để được giải quyết BTTH.

Thứ hai, thủ tục tố tụng về nghĩa vụ chứng minh thiệt hại còn chưa linh hoạt khiến cho việc xác định thiệt hại trên thực tế khó thực hiện, điều này tác động đến việc xác định TNHS do hành vi gây ô nhiễm môi trường của pháp nhân gây ra do dấu hiệu hậu quả thiệt hại là dấu hiệu bắt buộc của cấu thành tội phạm này.

3. Giải pháp nâng cao hiệu quả xử lý tội phạm gây ô nhiễm môi trường do pháp nhân gây ra

Để có thể xác định thiệt hại do hành vi gây ô nhiễm môi trường của pháp nhân gây ra, đồng thời, để có thể truy cứu TNHS đối với pháp nhân có hành vi gây ô nhiễm môi trường, chúng tôi cho rằng, cần thực hiện những giải pháp sau:

- Về thủ tục tố tụng hình sự, đối với việc chứng minh thiệt hại làm cơ sở để xác định mức BTTH, pháp luật nên quy định theo hướng chỉ cần chứng minh được hành vi phạm tội của pháp nhân là đủ điều kiện yêu cầu BTTH, không cần thiết phải chứng minh được thiệt hại. Bên cạnh đó, cơ quan có thẩm quyền cần tiếp tục hoàn thiện quy định của luật thi hành án hình sự, trong đó cần thiết quy định trình tự, thủ tục thi hành các biện pháp tư pháp áp dụng đối với pháp nhân thương mại phạm tội cho phù hợp với phạm vi điều chỉnh ở điều 1 luật thi hành án hình sự. Thiết nghĩ, thi hành án hình sự đối với pháp nhân thương mại là một vấn đề hoàn toàn mới, đặc biệt là thi hành các biện pháp cưỡng chế hình sự đối với pháp nhân phạm tội, chưa có tiền lệ, chưa có kinh nghiệm thực tiễn trong quá trình áp dụng và thi hành. Do vậy, việc nghiên cứu, xem xét quy định trình tự thủ tục thi hành các biện pháp ấy là cần thiết để đảm bảo hiệu quả hoạt động thi hành án và đảm bảo được mục đích mà nhà làm luật đặt ra khi quy định chúng trong BLHS.

- Về việc áp dụng pháp luật, Nhà nước cần thiết phải có hướng dẫn cụ thể hơn về việc áp dụng các biện pháp chế tài nếu pháp nhân bị áp dụng hình phạt đình chỉ hoạt động vĩnh viễn. Ngoài ra, để các biện pháp cưỡng chế hình sự có tính răn đe đối với pháp nhân, thiết nghĩ rằng, nội dung các biện pháp này cũng nên hướng vào vấn đề lợi ích theo hướng là mức phạt phải luôn cao hơn mức hưởng lợi do vi phạm. Chúng tôi đồng ý với quan điểm cho rằng, cần chuyển các loại tiền truy thu từ việc hưởng lợi bất chính từ các hoạt động vi phạm và tiền phạt mà các pháp nhân vào ngân sách nhà nước để giải quyết hậu quả của việc xử lý hình sự đối với pháp

nhân. Điều này giúp luật có tác dụng răn đe và ngăn chặn vi phạm tiếp tục xảy ra, nhất là đối với các cá nhân lợi dụng việc không xử lý hình sự đối với pháp nhân để thành lập các công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên nhằm trục lợi từ việc khai thác và hủy hoại môi trường¹³.

- Về việc xử lý pháp nhân, trên cơ sở nguyên tắc người gây ô nhiễm phải trả tiền (Polluter pays principle) mà khoản 3 Điều 63 Hiến pháp năm 2013 đã quy định, cần kiên quyết và triệt để buộc pháp nhân có hành vi gây ô nhiễm môi trường phải là chủ thể trực tiếp đứng ra thực hiện việc BTTH và khắc phục các hậu quả phát sinh từ hành vi phạm tội của mình. BLHS năm 2015 đã quy định mới hai biện pháp tư pháp buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu, và buộc thực hiện một số biện pháp nhằm khắc phục, ngăn chặn hậu quả tiếp tục xảy ra mà xét về mục đích là buộc các pháp nhân phải có trách nhiệm giải quyết những hậu quả thiệt hại chứ không chỉ dừng lại ở việc chỉ chịu hình phạt hoặc chỉ BTTH. Điều này sẽ tránh được tình trạng Nhà nước phải đứng ra để xử lý và giải quyết, khắc phục hậu quả ô nhiễm môi trường của các pháp nhân gây ra trong thời gian vừa qua. Bên cạnh đó, để giải quyết vấn đề này một cách triệt để hơn nữa, theo quan điểm của chúng tôi, nên chăng Nhà nước cần đứng ra, hoặc giao cho cơ quan nhà nước thiết lập một hệ thống liên quan đến “**bảo hiểm môi trường**”. Mục đích là để khi các doanh nghiệp đăng ký hoạt động kinh doanh các ngành nghề liên quan mà có khả năng tiềm ẩn rủi ro gây ô nhiễm môi

trường thì bắt buộc mua bảo hiểm môi trường. Điều này sẽ đảm bảo quyền lợi của người dân trong trường hợp pháp nhân có hành vi gây thiệt hại môi trường nhưng lại tìm cách chối bỏ trách nhiệm hoặc tuyên bố phá sản nhằm trốn tránh nghĩa vụ của mình. Trong những trường hợp đó, đơn vị bảo hiểm sẽ phải đứng ra làm chủ thể thay thế để BTTH.

- Tiếp tục hoàn thiện chính sách pháp luật về bảo vệ môi trường nói chung và chính sách pháp luật về xác định trách nhiệm BTTH về môi trường nói riêng. Như đã phân tích và đề cập ở trên, việc xây dựng và đồng bộ hoá các quy định pháp luật về BTTH vô cùng quan trọng, bao gồm các quy phạm của luật hành chính, luật dân sự và cả luật hình sự. Theo quan điểm của nhóm tác giả, các nhà làm luật nên nghiên cứu và xem xét để xây dựng một văn bản luật riêng về “Bồi thường thiệt hại môi trường”. Văn bản này phải bao hàm, thống nhất và tạo được sự đồng bộ cũng như xây dựng được những chế tài để có thể áp dụng linh hoạt trong xử lý các hành vi gây ra hậu quả nghiêm trọng cho môi trường như vụ việc nhà máy Formosa 2016¹⁴ đã gây ra.

- Ngoài ra, Nhà nước cần đảm bảo đầu tư đầy đủ cho hệ thống quan trắc môi trường, các cơ sở nghiên cứu khoa học có đủ điều kiện xét nghiệm, kiểm tra mẫu, đồng thời phải có biện pháp bắt buộc các khu công nghiệp, khu chế xuất, các doanh nghiệp lắp đặt và vận hành các hệ thống xử lý môi trường. Hiện nay, nhiều nơi vẫn chưa thực hiện một cách nghiêm túc yêu cầu này, thậm chí, kể cả có lắp đặt thì vẫn diễn ra tình trạng vận hành một cách đối phó nhằm cắt giảm chi phí tối đa ■

¹³ Bùi Xuân Phái, *Trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân*, Bản tin chính sách (tài nguyên, môi trường, phát triển bền vững), Trung tâm con người và thiên nhiên, số 19, quý II/2015, tr.11.

¹⁴ <https://tuoitre.vn/formosa-dung-dau-cac-vu-gay-o-nhiem-nam-2016-1351267.htm>

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO VỆ DỮ LIỆU CÁ NHÂN

Bạch Thị Nhã Nam

ThS. GV. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Dữ liệu cá nhân, thông tin cá nhân, bảo vệ dữ liệu cá nhân.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 24/10/2021
Biên tập : 14/12/2021
Duyệt bài : 15/12/2021

Article Infomation:

Keywords: Personal data, personal information, personal data protection.

Article History:

Received : 24 Oct. 2021
Edited : 14 Dec. 2021
Approved : 15 Dec. 2021

Tóm tắt:

Các quy định của pháp luật về dữ liệu cá nhân ở Việt Nam còn nhiều bất cập, không thống nhất, thậm chí còn tồn tại sự mâu thuẫn. Trên cơ sở tham khảo các quy định của pháp luật Liên minh châu Âu về bảo vệ dữ liệu cá nhân, Việt Nam cần hoàn thiện các quy định về dữ liệu cá nhân trong các văn bản pháp luật, từ đó xây dựng khuôn khổ pháp lý phù hợp để thiết lập quyền và nghĩa vụ của chủ thể dữ liệu cá nhân, quyền và nghĩa vụ của bên xử lý dữ liệu, và các cơ chế đảm bảo thực thi các quyền này.

Abstract:

The legal regulations on personal data in Vietnam are still inadequate, inconsistent, and even contradictory. With reference to the provisions of the European Union law on personal data protection, it is recommended that Vietnam needs to review and improve the legal regulations on personal data, thereby developing a legal framework to establish the rights and obligations of personal data subjects, the rights and obligations of data processors, and management mechanisms to ensure the enforcement of these rights.

1. Quy định về dữ liệu cá nhân trong pháp luật Việt Nam

Quyền riêng tư và quyền bảo vệ dữ liệu cá nhân mặc dù có mối liên hệ mật thiết với nhau, nhưng đây là hai quyền riêng biệt. Quyền bảo vệ dữ liệu bắt nguồn từ quyền riêng tư và cả hai đều là công cụ để bảo tồn và thúc đẩy các giá trị và quyền cơ bản của con người, là cơ sở để thực hiện các quyền tự do khác, chẳng hạn như quyền tự do ngôn luận, quyền tiếp cận thông tin, quyền hội họp của công dân. Vì đời sống riêng tư của cá nhân được đặt ở vị trí ưu tiên và cần được bảo vệ để đảm bảo cá nhân có quyền toàn vẹn đối với đời sống chính

minh¹. Do đó, trong khuôn khổ pháp luật của Liên minh châu Âu (EU) và nhiều quốc gia, bảo vệ dữ liệu được xem là một quyền cơ bản của con người.

Về cơ bản, các quy định của pháp luật Việt Nam bảo vệ dữ liệu cá nhân được tiếp cận và phát triển từ quyền riêng tư – với tư cách là quyền cơ bản của con người. Đây cũng là cách tiếp cận đã được pháp luật nhiều nước trên thế giới công nhận và có cơ chế bảo vệ trước sự xâm phạm từ phía nhà nước cũng như từ các chủ thể khác. Hiến pháp năm 2013 đã ghi nhận quyền riêng tư, cụ thể là quyền về đời sống

¹ Xem Bạch Thị Nhã Nam (2020), *Quyền được lãng quên từ thực tiễn phán quyết trong phạm vi Liên minh châu Âu*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, Số 24(424), tr.38-47.

riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình². Tiếp theo đó, cùng cách tiếp cận dưới góc độ quyền con người, lĩnh vực pháp luật dân sự ghi nhận quyền về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình như một loại quyền nhân thân³. Pháp luật hành chính và pháp luật hình sự tiếp cận việc bảo vệ dữ liệu cá nhân dưới góc độ bảo vệ quyền con người thông qua việc quy định các chế tài hành chính, chế tài hình sự đối với các hành vi xâm phạm dữ liệu cá nhân⁴.

Ngoài ra, trong một số lĩnh vực cụ thể có khả năng tiềm ẩn nguy cơ xâm phạm dữ liệu cá nhân, các văn bản pháp luật cũng thường có những quy định cụ thể để phòng ngừa và bảo vệ dữ liệu cá nhân như một trong những phương thức bảo vệ quyền riêng tư. Chẳng hạn: Luật Công nghệ thông tin năm 2006 ghi nhận bảo đảm bí mật thông tin cá nhân; Luật An toàn thông tin mạng năm 2015 quy định nguyên tắc bảo vệ thông tin cá nhân trên mạng; Luật An ninh mạng năm 2018 quy định hành vi xâm phạm bí mật cá nhân, bí mật gia đình và đời sống riêng tư trên không gian mạng; Luật Báo chí năm 2016 quy định nghiêm cấm hành vi “tiết lộ thông tin thuộc danh Mục bí mật nhà nước, bí mật đời tư của cá nhân và bí mật khác theo quy định của pháp luật” (khoản 5 Điều 9)...

Tuy nhiên, Việt Nam chưa có cách hiểu

thống nhất về khái niệm và nội hàm dữ liệu cá nhân, bảo vệ dữ liệu cá nhân. Các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành đang sử dụng một số thuật ngữ có liên quan đến dữ liệu cá nhân và bảo vệ dữ liệu cá nhân (gần 10 thuật ngữ) như: “thông tin cá nhân”; “thông tin riêng”, “thông tin riêng tư”, “thông tin số”; “thông tin cá nhân trên môi trường mạng”; “thông tin bí mật đời tư”; “thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình”... với những cách giải thích khái niệm khác nhau⁵. Điều này dẫn đến các cách hiểu không thống nhất, thậm chí có sự chồng chéo về khái niệm, cụ thể:

- Khoản 15 Điều 3 Luật An toàn thông tin mạng năm 2015 quy định thông tin cá nhân là thông tin gắn với việc xác định danh tính của một người cụ thể.

- Khoản 5 Điều 3 Nghị định số 64/2007/NĐ-CP của Chính phủ về ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động của cơ quan nhà nước quy định thông tin cá nhân là thông tin đủ để xác định chính xác danh tính một cá nhân, bao gồm ít nhất nội dung trong những thông tin sau đây: họ tên, ngày sinh, nghề nghiệp, chức danh, địa chỉ liên hệ, địa chỉ thư điện tử, số điện thoại, số chứng minh nhân dân, số hộ chiếu.

- Khoản 13 Điều 3 Nghị định số 52/2013/NĐ-CP của Chính phủ về thương mại điện tử quy định thông tin cá nhân là các thông tin góp

² Điều 21 Hiến pháp năm 2013 quy định: “1. Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình; có quyền bảo vệ danh dự, uy tín của mình. Thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình được pháp luật bảo đảm an toàn”. “2. Mọi người có quyền bí mật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi **thông tin riêng tư** khác. Không ai được bóc mở, kiểm soát, thu giữ trái luật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi **thông tin riêng tư** của người khác”.

³ Khoản 1 Điều 38 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”.

⁴ Nghị định số 167/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội; phòng, chống tệ nạn xã hội; phòng cháy và chữa cháy; phòng, chống bạo lực gia đình; Bộ luật Hình sự năm 2015 (Điều 159 quy định về tội xâm phạm bí mật hoặc an toàn thư tín, điện thoại, điện tín hoặc hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của người khác; Điều 288 quy định bảo vệ quyền riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình trong môi trường mạng xã hội); Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 (Điều 12).

⁵ Chu Thị Hoa (2020), *Báo cáo rà soát pháp luật về bảo vệ dữ liệu cá nhân tại Việt Nam*, tr. 7 trong Tài liệu tại Hội thảo trong khuôn khổ Chương trình hoạt động năm 2020 của dự án “Tăng cường pháp luật và tư pháp tại Việt Nam” (EU JULE), do Bộ Công an phối hợp Chương trình phát triển Liên hợp quốc tổ chức tại Hà Nội ngày 09/1/2020.

phần định danh một cá nhân cụ thể, bao gồm tên, tuổi, địa chỉ nhà riêng, số điện thoại, thông tin y tế, số tài khoản, thông tin về các giao dịch thanh toán cá nhân và những thông tin khác mà cá nhân mong muốn giữ bí mật. Thông tin cá nhân trong Nghị định này không bao gồm thông tin liên hệ công việc và những thông tin mà cá nhân đã tự công bố trên các phương tiện truyền thông.

Quy định như trên dẫn đến nhiều cách hiểu chưa đồng nhất, vậy thông tin cá nhân là các thông tin gắn liền với việc xác định danh tính, hay phải đủ để xác định chính xác danh tính một cá nhân hay chỉ nhằm góp phần định danh một cá nhân cụ thể?

Thậm chí các quy định khác biệt còn dẫn đến sự mâu thuẫn lẫn nhau, ví dụ như khoản 13 Điều 3 Nghị định số 52/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định thông tin liên hệ công việc và những thông tin mà cá nhân đã tự công bố trên các phương tiện truyền thông không được coi là thông tin cá nhân. Trong khi đó, theo Nghị định số 72/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết về việc quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ Internet, thông tin trên mạng, trò chơi điện tử trên mạng; bảo đảm an toàn thông tin và an ninh thông tin, thì mọi thông tin cá nhân không phân biệt đã công khai hay giữ bí mật đều được coi là thông tin cá nhân.

Trước tác động của cách mạng công nghiệp 4.0, dữ liệu cá nhân ngày càng trở nên quý giá và các nguy cơ xâm phạm quyền cá nhân đối với dữ liệu đã vượt qua năng lực bảo vệ của các cơ chế pháp lý truyền thống. Tại Việt Nam, trước những hạn chế của các quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân trong các văn bản pháp luật khác nhau, Chính phủ đã xây dựng Nghị định quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân. Ngày

09/02/2021, Bộ Công an, cơ quan chủ trì soạn thảo Dự thảo Nghị định quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân (Dự thảo Nghị định) đã công bố Dự thảo Nghị định và tiến hành lấy ý kiến từ công chúng⁶.

Dự thảo Nghị định quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân cũng đưa ra khái niệm: “Dữ liệu cá nhân là dữ liệu về cá nhân hoặc liên quan đến việc xác định hoặc có thể xác định một cá nhân cụ thể”⁷. Như vậy, xu hướng của Dự thảo áp dụng mở rộng các mức độ xác định danh tính cá nhân, có thể xác định chính xác một cá nhân cụ thể hoặc chỉ góp phần xác định danh tính cá nhân.

Ngoài khái niệm thông tin cá nhân chưa được quy định rõ ràng, các hành vi tác động đến thông tin cá nhân - “xử lý thông tin cá nhân” cũng được quy định rất khác nhau. Chẳng hạn, thuật ngữ “xử lý thông tin cá nhân” trong Luật An toàn thông tin mạng năm 2015 đã bao hàm cả nghĩa “thu thập, biên tập, sử dụng, lưu trữ, cung cấp, chia sẻ, phát tán thông tin cá nhân”⁸, tức là có nghĩa rộng hơn so với thuật ngữ “xử lý thông tin cá nhân” trong Luật Công nghệ thông tin năm 2006 không bao hàm nghĩa “thu thập, sử dụng thông tin cá nhân”⁹.

Nhìn chung, thực trạng quy định về khái niệm dữ liệu cá nhân trong pháp luật Việt Nam còn chưa được thống nhất giữa các văn bản luật chuyên ngành khác nhau, giữa văn bản luật và văn bản dưới luật, chưa làm rõ các yếu tố cơ bản để xác định thông tin hay dữ liệu đó có phải là dữ liệu cá nhân, chưa thống nhất được thuật ngữ thông tin cá nhân hay dữ liệu cá nhân.

Bên cạnh đó, pháp luật hiện hành còn thiếu quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân nhạy cảm. Ví dụ, dữ liệu cá nhân về các dữ liệu sinh trắc học, nguồn gốc chủng tộc hay dân tộc, quan

⁶ <http://www.bocongan.gov.vn/vanban/Pages/van-ban-moi.aspx?ItemID=519>.

⁷ Khoản 1 Điều 2 Dự thảo Nghị định quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân.

⁸ Khoản 17 Điều 3 Luật An toàn thông tin mạng năm 2015 quy định: “Xử lý thông tin cá nhân là việc thực hiện một hoặc một số thao tác thu thập, biên tập, sử dụng, lưu trữ, cung cấp, chia sẻ, phát tán thông tin cá nhân trên mạng nhằm mục đích thương mại”.

⁹ Xem Điều 21, 22 Luật Công nghệ thông tin năm 2006.

điểm chính trị, triết lý hay tôn giáo hoặc các tổ chức xã hội mà các cá nhân tham gia, hay những thông tin liên quan đến sức khỏe, đời sống tình dục. Các quy định của pháp luật hiện hành liên quan đến dữ liệu cá nhân chưa bắt kịp được với thực tiễn sử dụng các dữ liệu cá nhân như dữ liệu về hình ảnh cá nhân (công nghệ nhận diện khuôn mặt), các dữ liệu sinh trắc học (dấu vân tay, nốt ruồi...). Chính vì vậy, có cần phân loại các loại dữ liệu cá nhân khác nhau hay không, để từ đó quy định các biện pháp bảo vệ dữ liệu cá nhân ở các mức độ khác biệt; cụ thể việc thu thập và sử dụng dữ liệu nhạy cảm của cá nhân như dữ liệu sinh trắc học nên được thiết lập quy trình chặt chẽ hơn so với thông tin về số điện thoại hoặc tên, tuổi của cá nhân¹⁰?

Đây là những vấn đề còn bất cập trong pháp luật hiện hành của Việt Nam, cần phải xây dựng và khắc phục để đảm bảo việc bảo vệ quyền của chủ thể dữ liệu cá nhân cũng như lợi ích hợp pháp của các chủ thể khác trong việc xử lý dữ liệu cá nhân.

2. Tham khảo khái niệm dữ liệu cá nhân trong pháp luật của Liên minh châu Âu

Đạo luật bảo vệ dữ liệu được xem là tiêu biểu và hoàn thiện nhất hiện nay là Quy định chung về bảo vệ dữ liệu (GDPR) của Liên minh châu Âu (EU), có hiệu lực vào tháng 05/2018¹¹. GDPR là một bộ quy tắc mới được xây dựng nhằm cung cấp cho công dân EU quyền kiểm soát nhiều hơn đối với dữ liệu cá nhân của họ trong bối cảnh bùng nổ của mạng Internet và các thiết bị thông minh trên quy mô lớn dựa trên nền tảng Chỉ thị về bảo vệ dữ liệu

châu Âu (95/46/EC) được ban hành trước đó vào năm 1995.

Theo GDPR, không chỉ các tổ chức phải đảm bảo dữ liệu cá nhân được thu thập hợp pháp và trong các điều kiện nghiêm ngặt, mà tất cả những chủ thể thu thập và chủ thể quản lý dữ liệu đều có nghĩa vụ bảo vệ dữ liệu khỏi việc bị lạm dụng và khai thác, cũng như tôn trọng quyền của chủ thể dữ liệu cá nhân¹². Quyền của chủ thể dữ liệu cá nhân bao gồm i) *Quyền được sở hữu những thông tin cá nhân, bao gồm khả năng yêu cầu chủ thể nắm giữ chỉnh sửa nhằm bảo đảm tính toàn vẹn, chính xác của thông tin cá nhân của mình*; ii) *Quyền cho phép bên thứ ba tiếp cận thông tin cá nhân của mình*; iii) *Quyền yêu cầu các chủ thể có liên quan phải bảo đảm tính bí mật của thông tin, ví dụ như vô danh hóa thông tin cá nhân, ...*; iv) *Quyền yêu cầu chủ thể nắm giữ bồi thường khi có hành vi xâm phạm thông tin trái pháp luật, gây thiệt hại cho cá nhân*¹³.

Tham khảo quy định của GDPR, “Dữ liệu cá nhân là bất kỳ thông tin nào liên quan đến một cá nhân xác định hoặc liên quan đến một cá nhân có thể xác định được”¹⁴. Theo đó, dữ liệu cá nhân là bất kỳ thông tin nào có liên quan đến một cá nhân cụ thể hoặc giúp nhận dạng một cá nhân cụ thể. Việc nhận dạng cá nhân được hiểu là một cá nhân có thể nhận dạng nếu chúng ta có thể phân biệt cá nhân đó với các thành viên khác của cộng đồng người.

Thông tin về pháp nhân, hoặc cơ quan công quyền không phải là dữ liệu cá nhân, không thuộc phạm vi bảo vệ của pháp luật về dữ liệu cá nhân trong GDPR.

¹⁰ Nguyễn Văn Cường (2020), “Thực trạng pháp luật về bảo vệ thông tin cá nhân ở Việt Nam hiện nay và hướng hoàn thiện”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 15 (415), tháng 8/2020.

¹¹ Tra cứu toàn văn GDPR tại: <https://gdpr-info.eu/>, truy cập ngày 20/10/2021.

¹² Vũ Công Giao, Lê Trần Như Tuyên (2020), *Bảo vệ quyền đối với dữ liệu cá nhân trong pháp luật quốc tế, pháp luật ở một số quốc gia và giá trị tham khảo cho Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 09 (409), tháng 5/2020.

¹³ European Commission, “What is personal data?”, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en, truy cập ngày 20/10/2021.

¹⁴ Thuật ngữ dữ liệu cá nhân được định nghĩa tại Điều 4 (1), GDPR. Nguyên văn: “Personal data are any information which are related to an identified or identifiable natural person”.

- Xác định các thông tin định danh cá nhân

Vì thuật ngữ dữ liệu cá nhân bao gồm “bất kỳ thông tin nào”, nên thuật ngữ này phải được giải thích rộng, bao gồm nhưng không giới hạn các yếu tố định danh như tên, số chứng minh nhân dân, thông tin định danh trên nền tảng số, một hoặc nhiều yếu tố cụ thể về thể chất, sinh lý, di truyền, bản sắc tinh thần, thương mại, văn hóa hoặc xã hội của cá nhân.

Đối với trường hợp thông tin liên quan đến một cá nhân “có thể xác định được” là trường hợp cá nhân được nhận dạng trực tiếp hoặc gián tiếp từ một hoặc nhiều yếu tố định danh. Do đó, bất kỳ thông tin nào có thể gián tiếp xác định một cá nhân cụ thể đều được xem là dữ liệu cá nhân theo GDPR. Những thông tin định danh gián tiếp cá nhân có thể là số đăng ký ô tô, số thẻ bảo hiểm y tế, số hộ chiếu; hoặc sự kết hợp các thông tin với nhau như: tuổi, nghề nghiệp, nơi cư trú... Điểm mấu chốt của khả năng nhận dạng gián tiếp là khi các thông tin được kết hợp với thông tin khác sẽ giúp phân biệt và cho phép xác định một cá nhân cụ thể. Do đó, những thông tin rời rạc cũng được coi là dữ liệu cá nhân bởi vì khi các thông tin này được tổng hợp, kết hợp với nhau có thể dẫn đến việc xác định một con người cụ thể.

Xem xét ví dụ: Tên là phương tiện phổ biến nhất để xác định một người nào đó, tuy nhiên bản thân yếu tố tên gọi “Nguyễn Văn A” rất khó để xác định cá nhân cụ thể vì có nhiều cá nhân mang tên Nguyễn Văn A. Tuy nhiên, việc kết hợp các yếu tố tên và các yếu tố định danh khác, chẳng hạn như địa chỉ nhà, địa chỉ cơ quan hoặc số điện thoại, đủ để xác định rõ ràng một cá nhân.

Xem xét tình huống: Một cá nhân nộp đơn xin việc tại công ty A, bộ phận nhân sự công ty A khi nhận đơn sẽ xóa trang đầu tiên chứa tên, chi tiết liên hệ, v.v... của cá nhân và lưu phần còn lại của biểu mẫu trong ‘Thư mục 1’. Đơn xin việc được lưu với một số đơn xin việc khác

được tạo ngẫu nhiên và được gửi đến bộ phận quản lý tuyển dụng. Trong ‘Thư mục 2’ hạn chế truy cập, bộ phận nhân sự chỉ lưu trang đầu tiên của đơn Đơn xin việc bằng ký hiệu số. Thông tin trong Thư mục 1 không cho phép nhận dạng bất kỳ cá nhân nào. Tuy nhiên, khi những thông tin này kết hợp với thông tin trong Thư mục 2, danh tính người nộp đơn có thể được xác định, do đó bất kỳ thông tin nào trong Thư mục 1 hay Thư mục 2 trong tình huống trên đều được xem là dữ liệu cá nhân¹⁵.

- Xác định ý nghĩa của cụm từ “liên quan đến”

Có nhiều ví dụ về dữ liệu rõ ràng liên quan đến một cá nhân cụ thể, ví dụ như tiền sử bệnh án; hồ sơ tội phạm; hồ sơ về hiệu suất của một cá nhân tại nơi làm việc; hoặc kỷ lục về thành tích thể thao của một cá nhân, sao kê ngân hàng cá nhân, hóa đơn điện thoại... Tuy nhiên, nhiều trường hợp dữ liệu không phải là dữ liệu cá nhân nhưng sẽ trở thành dữ liệu cá nhân nếu dữ liệu đó được liên kết với một chủ thể khác để cung cấp thêm thông tin nhằm xác định cụ thể danh tính cá nhân.

Yếu tố “liên quan đến” một cá nhân được hiểu là dữ liệu được xử lý để liên kết với một cá nhân cụ thể và quá trình xử lý dữ liệu đó đưa ra các quyết định ảnh hưởng đến cá nhân cụ thể.

Xem xét ví dụ sau: dữ liệu phí điện thoại hoặc phí điện chiếu sáng tiêu dùng trong tháng tại một địa chỉ nhà không phải là dữ liệu cá nhân. Tuy nhiên, những thông tin về một ngôi nhà thường được liên kết với chủ sở hữu hoặc người thường trú trong ngôi nhà. Ngay khi dữ liệu chi phí tiền điện tại một ngôi nhà được liên kết với một cá nhân cụ thể như chủ hộ của căn nhà chẳng hạn để xác định chi phí điện mà chủ hộ phải trả, thì dữ liệu chi phí tiền điện sẽ là dữ liệu cá nhân. Như vậy tại thời điểm dữ liệu được sử dụng để liên kết đến một cá nhân cụ thể, dữ liệu sẽ được xem là dữ liệu “liên quan đến” cá nhân và là dữ liệu cá nhân.

¹⁵ Xem giải thích Điều 4 (1), GDPR tại <https://gdpr-info.eu/issues/personal-data/>, truy cập ngày 01/09/2021.

Mục đích việc xử lý dữ liệu có ảnh hưởng quan trọng khiến dữ liệu đang được xử lý có thể trở thành dữ liệu cá nhân. Nếu việc xử lý dữ liệu ảnh hưởng đến trạng thái hoặc hành vi của một cá nhân, thì đó là dữ liệu cá nhân, mặc dù nội dung của dữ liệu không liên quan trực tiếp về cá nhân đó.

Xem xét ví dụ sau: Một công ty sử dụng nhật ký cuộc gọi từ điện thoại bàn để giúp xác định thời điểm người ngồi ở bàn làm việc đó ở trong văn phòng. Nhật ký cuộc gọi từ điện thoại bàn không nhất thiết phải là thông tin liên quan đến một cá nhân, nhưng những thông tin này khi được liên kết với cá nhân A được phân làm việc tại khu vực điện thoại bàn đó và được sử dụng để đánh giá hiệu suất công việc của cá nhân A. Như vậy, nhật ký cuộc gọi từ điện thoại bàn đó là thông tin liên quan đến một cá nhân có thể nhận dạng được, nên dữ liệu nhật ký cuộc gọi từ điện thoại bàn là dữ liệu cá nhân.

Xem xét ví dụ tiếp theo: Các email do luật sư viết cho khách hàng để tư vấn pháp lý cho khách hàng đều chứa thông tin về tên luật sư và nơi làm việc của luật sư, đây sẽ là dữ liệu cá nhân của luật sư. Tuy nhiên, nội dung của các email không phải về vấn đề cá nhân của luật sư mà là các tư vấn pháp lý đối với vấn đề của khách hàng, do đó nội dung của email không phải là dữ liệu cá nhân của luật sư. Nếu sau đó, khách hàng đưa ra khởi kiện về dịch vụ tư vấn pháp lý của luật sư và các email được sử dụng để làm chứng cứ cho vụ khởi kiện, khi đó các lời khuyên pháp lý trong email sẽ trở thành dữ liệu cá nhân của luật sư.

- Xác định các thông tin định danh cá nhân trong môi trường trường kỹ thuật số

Thông tin có thể được xử lý như lưu trữ, tiết lộ, truyền tải trong môi trường vật chất truyền thống hoặc môi trường kỹ thuật số. Trong môi trường vật chất truyền thống, thông tin chỉ có thể tiếp cận bởi một số lượng người nhất định, ở một nơi xác định, và thông tin có thể bị xóa bỏ khi vật chất chứa thông tin bị tiêu hủy như giấy in, đĩa CD... Tuy nhiên, trên môi trường

kỹ thuật số, vật chất lưu trữ thông tin đa dạng hơn (file ghi âm điện tử, trang web, nền tảng xã hội số...), đồng thời việc kiểm soát thông tin trở nên khó khăn hơn đối với chủ thể dữ liệu cá nhân, chủ thể xử lý dữ liệu và chủ thể được nhắc đến trong thông tin. Nếu muốn yêu cầu xóa bỏ thông tin tồn tại trên mạng Internet, đòi hỏi việc áp dụng các biện pháp kỹ thuật nhất định để kiểm soát sự tiếp tục xuất hiện của các thông tin đó.

Trong môi trường kỹ thuật số, yếu tố định danh cá nhân có thể là tên người dùng trên mạng xã hội, địa chỉ IP (internet protocol), nhận dạng cookie, và các định danh khác như thẻ nhận dạng tần số vô tuyến (RFID), tài khoản quảng cáo, thẻ pixel, dấu vân tay của thiết bị...

Đối với tên người dùng trên mạng xã hội của một cá nhân, thông tin này có vẻ ẩn danh hoặc đôi khi vô nghĩa. Tuy nhiên, đây là các dữ liệu cá nhân để xác định danh tính. Bởi vì, tên người dùng giúp phân biệt cá nhân này với cá nhân khác bất kể có thể liên kết danh tính trên nền tảng trực tuyến với một cá nhân có tên trong “thế giới thực” hay không. Hay xét ví dụ đối với địa chỉ IP, trong những trường hợp có các yêu cầu hợp pháp để buộc nhà cung cấp dịch vụ phải đưa thêm thông tin bổ sung cho phép xác định người dùng cụ thể đằng sau địa chỉ IP, do đó địa chỉ IP là dữ liệu cá nhân được dùng để giúp xác định danh tính cá nhân.

Khi người dùng sử dụng cookie hoặc các công nghệ tương tự để theo dõi hành vi của một cá nhân trên các trang web, nhận dạng cookie là dữ liệu cá nhân vì lịch sử hoạt động trên các trang web liên quan đến nhận dạng người dùng trực tuyến, hoặc được sử dụng để tạo hồ sơ của một người dùng trực tuyến riêng biệt.

- Phân loại dữ liệu cơ bản và dữ liệu nhạy cảm

GDPR phân biệt rõ ràng giữa dữ liệu cá nhân nhạy cảm và không nhạy cảm.

GDPR thiết lập sự phân biệt rõ ràng giữa dữ liệu cá nhân nhạy cảm và dữ liệu cá nhân không nhạy cảm. Ví dụ về dữ liệu không nhạy cảm sẽ

bao gồm giới tính, ngày sinh, nơi sinh... của cá nhân. Mặc dù loại dữ liệu này không nhạy cảm nhưng nó có thể được kết hợp với các dữ liệu khác để có thể xác định một cá nhân cụ thể.

GDPR thiết lập các danh mục dữ liệu nhạy cảm vì dữ liệu nhạy cảm của cá nhân cần được bảo vệ nhiều hơn so với dữ liệu không nhạy cảm. Điều 9 của GDPR thiết lập các danh mục dữ liệu nhạy cảm, ví dụ gồm: *nguồn gốc chủng tộc hoặc dân tộc, quan điểm chính trị, tín ngưỡng, tôn giáo, dữ liệu di truyền hoặc sinh trắc học, sức khỏe tâm thần hoặc sức khỏe tình dục, khuynh hướng tình dục, thành viên công đoàn* và GDPR đặt ra quy định nghiêm ngặt khi xử lý dữ liệu cá nhân nhạy cảm so với dữ liệu phi nhạy cảm. Cụ thể, việc xử lý dữ liệu cá nhân nhạy cảm phải có sự đồng ý rõ ràng của chủ thể dữ liệu (hoặc chủ thể đã công khai dữ liệu cá nhân nhạy cảm); trong trường hợp không có sự đồng ý của chủ thể dữ liệu, các dữ liệu nhạy cảm chỉ có thể được xử lý khi có các căn cứ hợp pháp theo luật định¹⁶.

Ngoài ra, lưu ý rằng, dữ liệu cá nhân không cần phải là các dữ liệu mang tính khách quan. Thông tin chủ quan như ý kiến, nhận định hoặc đánh giá mức độ tin nhiệm của một người hoặc đánh giá kết quả công việc của người sử dụng lao động đều là dữ liệu cá nhân. Và các dữ liệu cá nhân phản ánh quan điểm chính trị, tín ngưỡng, tôn giáo của cá nhân đều được xem là dữ liệu nhạy cảm của cá nhân.

- Nguyên tắc xem xét thông tin nghi ngờ là dữ liệu cá nhân

Do cách giải thích rộng liên quan đến “bất kỳ thông tin cá nhân nào” nên GDPR khuyến cáo các bên xử lý dữ liệu nên xem bất kỳ thông tin nào nghi ngờ là dữ liệu cá nhân là các dữ liệu cá nhân. Bởi vì, bất kỳ thông tin nào về cá nhân có thể giúp suy luận điều gì đó về một cá nhân cụ thể nếu nó được công khai và kết hợp

với các thông tin do các chủ thể khác hay tổ chức khác nắm giữ. Do đó các thông tin bất kỳ này có thể là dữ liệu cá nhân. GDPR khuyến cáo khi bên xử lý dữ liệu có nghi ngờ về việc xác định thông tin đang được xử lý có phải là dữ liệu cá nhân, bên xử lý dữ liệu cá nhân phải bảo mật thông tin; bảo vệ thông tin khỏi việc bị tiết lộ không phù hợp; đảm bảo có lý do hợp pháp trong quá trình xử lý; thông báo việc đang xử lý dữ liệu cá nhân.

3. Khuyến nghị hoàn thiện các quy định về dữ liệu cá nhân trong pháp luật Việt Nam

Dự thảo Nghị định quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân đã đưa ra khái niệm “Dữ liệu cá nhân là dữ liệu về cá nhân hoặc liên quan đến việc xác định hoặc có thể xác định một cá nhân cụ thể”. Về cơ bản, khái niệm này đã phản ánh sự tham khảo quy định chung được thừa nhận phổ quát trên thế giới, nhưng vẫn còn vài điểm hạn chế như nội hàm “dữ liệu về cá nhân” là gì hay yếu tố “có thể xác định” cần được làm rõ. Dựa trên việc tham khảo quy định về khái niệm dữ liệu cá nhân của GDPR, Việt Nam cần lưu ý những nội dung sau trong quá trình xây dựng khái niệm “dữ liệu cá nhân” và pháp luật về bảo vệ dữ liệu cá nhân:

Thứ nhất, về kỹ thuật lập pháp, Việt Nam hiện không có một đạo luật riêng biệt, toàn diện và nhất quán về bảo vệ dữ liệu cá nhân. Thay vào đó, nội dung này được quy định rải rác trong các luật và nghị định khác nhau như Bộ luật Dân sự năm 2015; Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017; Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015; Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015; Luật Giao dịch điện tử năm 2005; Luật Công nghệ thông tin năm 2006; Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010; Luật An toàn thông tin mạng năm 2015; Luật An ninh mạng năm 2018; Nghị định

¹⁶ Xem Điều 6 và Điều 9 GDPR, <https://www.privacy-regulation.eu/en/article-6-lawfulness-of-processing-GDPR.htm> và <https://www.privacy-regulation.eu/en/article-9-processing-of-special-categories-of-personal-data-GDPR.htm>, truy cập ngày 20/10/2021.

số 52/2013/NĐ-CP về thương mại điện tử, và Nghị định số 72/2013/NĐ-CP về quản lý, cung cấp và sử dụng dịch vụ Internet và thông tin trên mạng... Tuy nhiên, các quy định này phần lớn chỉ bảo vệ quyền riêng tư nói chung. Gần đây, một số đạo luật chuyên ngành mới đã đưa ra một số quy định dành riêng cho việc bảo vệ thông tin cá nhân, nhưng chủ yếu dưới dạng các nguyên tắc chung.

Với tốc độ tăng trưởng nhanh chóng của công nghệ số thì các quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân hiện chưa đáp ứng được yêu cầu từ thực tế. Bên cạnh đó, các quy định không chỉ thiếu, hạn chế mà còn nằm rải rác gây nên sự chông chéo và trở ngại cho việc tra cứu, áp dụng luật. Do đó, Việt Nam cần nghiên cứu để ban hành Luật Bảo vệ dữ liệu cá nhân nhằm khắc phục sự chông chéo, mâu thuẫn trong các văn bản luật hiện hành.

Thứ hai, về nội dung khái niệm dữ liệu cá nhân, chúng tôi thấy đề xuất trong dự thảo Nghị định về bảo vệ dữ liệu cá nhân còn hạn chế, cụ thể nên xem xét bỏ nội dung “Dữ liệu cá nhân là dữ liệu về cá nhân” vì chưa thực sự làm rõ ý nghĩa; thay vào đó nên quy định cụ thể: *một là*, dữ liệu liên quan đến một cá nhân cụ thể; *hai là*, dữ liệu liên quan đến việc có thể xác định một cá nhân cụ thể. Dự thảo Nghị định cũng đã có phân loại dữ liệu thành dữ liệu cá nhân cơ bản và dữ liệu cá nhân nhạy cảm. Trong đó, dữ liệu cá nhân cơ bản gồm: *a) Họ, chữ đệm và tên khai sinh, bí danh (nếu có); b) Ngày, tháng, năm sinh; ngày, tháng, năm chết hoặc mất tích; c) Nhóm máu, giới tính; d) Nơi sinh, nơi đăng ký khai sinh, nơi thường trú, nơi ở hiện tại, quê quán, địa chỉ liên hệ, địa chỉ thư điện tử; đ) Trình độ học vấn; e) Dân tộc; g) Quốc tịch; h) Số điện thoại; i) Số chứng minh nhân dân, số hộ chiếu, số căn cước công dân, số giấy phép lái xe, số biển số xe, số mã số thuế cá nhân, số bảo hiểm xã hội; k) tình trạng hôn nhân; l) Dữ liệu phản ánh hoạt động hoặc lịch sử hoạt động trên không gian mạng.* Các dữ

liệu nhạy cảm được quy định gồm nhiều loại thông tin hơn GDPR như dữ liệu cá nhân về tội phạm, hành vi phạm tội được thu thập, lưu trữ bởi các cơ quan thực thi pháp luật; dữ liệu cá nhân về tài chính, dữ liệu cá nhân về vị trí là thông tin về vị trí địa lý thực tế của cá nhân ở quá khứ và hiện tại; dữ liệu cá nhân về các mối quan hệ xã hội...

Tuy nhiên, Việt Nam cần bổ sung thêm các thông tin định danh cá nhân trong môi trường trường kỹ thuật số như tên người dùng trên mạng xã hội, địa chỉ IP (internet protocol), nhận dạng cookie và các định danh khác như thẻ nhận dạng tần số vô tuyến (RFID), tài khoản quảng cáo, thẻ pixel, dấu vân tay của thiết bị, ảnh, video hoặc bản ghi âm... Đồng thời, Việt Nam cần có các hướng dẫn cụ thể trong văn bản dưới luật để làm rõ hơn ý nghĩa của các thuật ngữ như: “liên quan đến”, “có thể xác định được” trong khái niệm về dữ liệu cá nhân như cách giải thích về ý nghĩa thuật ngữ của GDPR trong các văn bản recitals (nhằm nói rõ bối cảnh, mục đích, lý do hay ý nghĩa quy định của pháp luật). Ví dụ như lịch trình di chuyển của một người được ghi nhận lại trong ứng dụng du lịch sẽ trở thành thông tin cá nhân vì chúng phù hợp với mục đích sử dụng của tổ chức này: theo dõi và đưa ra đề xuất về khách sạn gần nhất; ngược lại, những thông tin này sẽ không được xem là thông tin cá nhân vì chúng không cần thiết đối với một ứng dụng nghe nhạc trên điện thoại. Như vậy, mục đích sử dụng thông tin cá nhân có ảnh hưởng quan trọng đến việc xác định dữ liệu đang xử lý là dữ liệu cá nhân. Tóm lại, để xác định thông tin nào là thông tin định danh, Việt Nam cần cần nhắc đến các yếu tố như: *(a) những nội dung trong thông tin ấy có liên quan trực tiếp đến một người nào đó và hoạt động của họ hay không; (b) mục đích của việc truy cập và xử lý dữ liệu; và (c) hệ quả hoặc sự tác động đến chủ thể dữ liệu sau khi dữ liệu được truy cập và xử lý* ■

QUYỀN TỰ DO SỬ DỤNG TÁC PHẨM QUA HÀNH VI SAO CHÉP THEO PHÁP LUẬT CỦA CỘNG HÒA PHÁP VÀ VIỆT NAM

Nguyễn Thị Hồng Nhung*

Ngô Minh Tín**

*PGS.TS. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Quyền tác giả, ngoại lệ của quyền tác giả, tự do sử dụng tác phẩm, quyền sao chép.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/12/2021
Biên tập : 09/02/2022
Duyệt bài : 10/02/2022

Article Infomation:

Keywords: Copyright; copyright exception; freedom to use work; right to copy.

Article History:

Received : 06 Dec. 2021
Edited : 09 Feb. 2022
Approved : 10 Feb. 2022

Tóm tắt:

Quyền tác giả được xác lập trên cơ sở sự thừa nhận, trao quyền sở hữu và bảo hộ của Nhà nước đối với các chủ thể sáng tạo và đầu tư cho sự sáng tạo như là một phần bù đắp cho công sức sáng tạo tương xứng. Ở một khía cạnh khác, con người có quyền được tiếp cận những sáng tạo mới phục vụ cho sự phát triển không ngừng về khoa học công nghệ cũng như đời sống văn hoá, tinh thần. Nhằm giải quyết sự xung đột lợi ích giữa chủ thể sáng tạo và quyền tự do sử dụng tác phẩm của xã hội, các nước trong đó có Việt Nam đã đặt ra chế định hạn chế quyền tác giả nhằm giúp cân bằng các lợi ích này. Trên cơ sở phân tích quyền tự do sử dụng tác phẩm qua hành vi sao chép như là một ngoại lệ của quyền tác giả theo pháp luật của Cộng hoà Pháp và so sánh với các quy định của pháp luật Việt Nam, tác giả đưa ra gợi mở cho việc hoàn thiện các quy định của pháp luật Việt Nam về vấn đề này.

Abstract:

Copyright is established on the basis of recognition and protection of the State to subjects and investment in creativity as a compensation for the corresponding creative effort. In another aspect, people have the right to access creations for the continuous development of science and technology as well as cultural and spiritual life. In order to resolve the conflict of interests between creative subjects and society, many countries including Vietnam have set up restrictions on copyright, thereby helping to balance the interests. On the basis of analysis of the freedom to use a work through copying as an exception to copyright under the law of the French Republic, and comparison of the Vietnamese current law on copyright, the authors give out recommendations for the improvement of the related legal regulations on copyright of Vietnam.

1. Đặt vấn đề

Lịch sử chế định sở hữu trí tuệ (SHTT) nói chung và quyền tác giả nói riêng đã bắt đầu được hình thành và phát triển ở châu Âu, đặc

biệt là Anh, Pháp vào đầu thế kỷ thứ 18¹. Khi các quốc gia đẩy mạnh lợi ích cốt lõi để phát triển kinh tế - xã hội trong cuộc đua thay đổi thế giới, nhiều xung đột đã phát sinh, bao gồm

¹ Nguyễn Thị Hồng Nhung (2015), *Quyền tác giả trong không gian ảo*, Nxb. Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, tr.3.

xung đột lợi ích công cộng và lợi ích cá nhân, xung đột về pháp luật giữa các quốc gia khác nhau. Để giải quyết các xung đột và thống nhất cuộc chơi sáng tạo chung, nhiều hiệp ước quốc tế điều chỉnh lĩnh vực SHTT đã được ban hành, trong đó có Công ước Bern 1886 về bảo hộ quyền tác giả (Bern) và Hiệp định về các khía cạnh thương mại liên quan đến quyền sở hữu SHTT năm 1994 (TRIPS)², và gần đây nhất là Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP)³. Đây được xem là bước tiến lớn trong việc mở rộng cam kết về SHTT nhưng lại mang tính mở và trao quyền cho các quốc gia thành viên có thể điều chỉnh việc giới hạn quyền tác giả đối với hành vi sao chép để đảm bảo quyền tự do sử dụng tác phẩm.

Nhìn chung, quyền tác giả bao gồm quyền nhân thân và quyền tài sản⁴. Mặc dù, vì một số lý do nhất định, quyền nhân thân chưa thật sự được công nhận thống nhất ở tất cả các quốc gia trên thế giới⁵, nhưng quyền tài sản, trong đó có quyền sao chép của tác giả đối với tác phẩm do mình sáng tạo ra lại mang tính phổ quát, nghĩa là được thừa nhận và bảo vệ rộng rãi ở các nước. Việc sao chép tác phẩm có thể mang tính vật chất (tạo bản sao được định hình dưới một hình thức vật chất nhất định) nhưng cũng có thể phi vật chất (trích dẫn, dịch thuật, phóng tác, cải biên, chuyển thể, biên soạn...)⁶. Theo nguyên tắc của quyền sao chép, khi thực hiện hành vi sao chép tác phẩm, người sử dụng phải xin phép và trả thù lao cho tác giả.

Khi quyền tài sản của tác giả được bảo vệ, vấn đề ngoại lệ của quyền sao chép tác phẩm

dưới góc độ quyền sử dụng tự do tác phẩm của cộng đồng lại được đặt ra để cân bằng lợi ích giữa các chủ thể trong xã hội. Ngoại lệ của quyền sao chép được hiểu là, trong một số trường hợp được pháp luật quy định, người thực hiện hành vi sao chép tác phẩm không phải xin phép hay trả thù lao cho tác giả. Nói cách khác, trong một chừng mực nhất định, đó chính là quyền tự do sử dụng tác phẩm qua hành vi sao chép. Lẽ dĩ nhiên, quyền này chỉ được thực hiện trong một số trường hợp hạn hữu theo quy định của từng quốc gia. Tuy nhiên, làm thế nào để cân bằng trọn vẹn lợi ích giữa một bên là tác giả với một bên là các chủ thể khác một cách hợp lý nhất có thể? Câu hỏi này thu hút được sự quan tâm nghiên cứu của giới học giả trong nước và trên thế giới.

Hiện nay, các nước trên thế giới có những quy định khác nhau về việc giải quyết xung đột giữa quyền tác giả và ngoại lệ của quyền tác giả trong việc sao chép dưới góc độ quyền tự do sử dụng tác phẩm của cộng đồng dựa trên cơ sở các tiêu chí như số lượng, mục đích của việc sao chép. Khi quy định quyền tự do sử dụng tác phẩm qua hành vi sao chép (một ngoại lệ của quyền tác giả), luật pháp các nước chủ yếu tập trung vào các hành vi phi lợi nhuận mang tính phục vụ cho lợi ích của nhiều người, cộng đồng, xã hội, nhà nước như nghiên cứu khoa học, giảng dạy. Tuy nhiên, cũng có nhiều quốc gia mở rộng phạm vi quyền tự do sử dụng tác phẩm qua hành vi sao chép đối với cả trường hợp học tập.

² Michael Blakeney (2015), *Các khái niệm cơ bản về sở hữu trí tuệ*, EC-ASEAN, tr.10-12.

³ Điều 18.3 CPTPP.

⁴ Xem khoản 2 Điều 6bis Công ước Bern, Điều 9 Hiệp định TRIPS.

⁵ Hoa Kỳ không bảo vệ quyền nhân thân của tác giả, ngoại trừ tác phẩm nghệ thuật thi giác (Điều 106A Copyright Act); xem thêm Nguyễn Thị Hồng Nhung (2015), *Quyền tác giả trong không gian ảo*, Tlđđ, tr.34.

⁶ Nguyễn Thị Hồng Nhung (2015), *Quyền tác giả trong không gian ảo*, Tlđđ, tr.40.

Tại Việt Nam, quy định giới hạn quyền tác giả đối với hành vi sao chép chính thức được thừa nhận trong Luật SHTT năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009 và 2019 (Luật SHTT năm 2005). Điều này đặc biệt đúng trong bối cảnh cả thế giới bước vào cuộc cách mạng số với nền tảng khoa học kỹ thuật công nghệ cao, việc tiếp cận và sao chép các tác phẩm ngày càng trở nên dễ dàng và tinh vi hơn, nhưng cũng từ đó cho thấy các quy định về tự do sử dụng tác phẩm thông qua giới hạn quyền sao chép của Việt Nam cũng trở nên lạc hậu hơn, theo nghĩa tác giả cảm thấy quyền của mình bị xâm phạm nhiều hơn, khó phát hiện hơn; mặt khác, người thực hiện hành vi sao chép dễ trở thành người vi phạm pháp luật hơn.

Dưới đây, tác giả chủ yếu tập trung bàn về bản sao được định hình vật chất, chứ không nhằm giải quyết hết các vấn đề về sao chép tác phẩm theo nghĩa rộng bao gồm trích dẫn, phóng tác, chuyển thể, biên dịch..., hay bản sao để lưu trữ của thư viện.

2. Quy định của pháp luật Pháp về quyền tự do sử dụng tác phẩm qua hành vi sao chép

Đối với quyền tài sản của tác giả hay quyền khai thác giá trị của tác phẩm, luật sở hữu trí tuệ của Pháp quy định hai quyền cơ bản của tác giả: quyền trình diễn và quyền sao chép tác phẩm⁷. Theo đó, mọi hành vi trình diễn hoặc sao chép tác phẩm một phần hoặc toàn bộ tác phẩm dưới mọi hình thức mà không có sự đồng ý của tác giả đều là bất hợp pháp⁸.

Mặc dù với việc công nhận và bảo vệ quyền

tài sản của tác giả mạnh mẽ như vậy, nhưng luật sở hữu trí tuệ của Pháp cũng đã thừa nhận những trường hợp ngoại lệ thoát khỏi tầm lưới bảo vệ quyền tác giả. Đó là các trường hợp sử dụng, khai thác tác phẩm mà không cần sự cho phép của tác giả; nói cách khác, tác giả không được quyền cấm đoán hay cản trở các trường hợp được quy định tại Điều L122-5, một khi tác phẩm đã được công bố hợp pháp. Những ngoại lệ này nhằm mục đích cân bằng lợi ích giữa tác giả và cộng đồng. Liên quan đến quyền sao chép tác phẩm trong phạm vi bài viết, theo pháp luật Pháp thì tác giả không được quyền cấm đoán việc sao chép tác phẩm từ nguồn hợp pháp vì mục đích sử dụng cá nhân (*à l'usage privé*) và không nhằm cho mục đích sử dụng tập thể, ngoại trừ tác phẩm nghệ thuật được tạo ra cho mục đích cụ thể nào đó, chương trình máy tính và dữ liệu điện tử⁹.

“Mục đích sử dụng cá nhân” được quy định trong điều luật trên không bị hạn chế ở một hoạt động cụ thể nào. Nói cách khác, việc sao chép tác phẩm mà không cần xin phép tác giả có thể được thực hiện tự do nhằm phục vụ mục tiêu cá nhân của người sử dụng như sao chép một bản để lưu trữ, để nghiên cứu, để học tập.... Tuy nhiên, sẽ là vi phạm quyền tác giả nếu việc sao chép tác phẩm nhằm mục đích cho nhiều người cùng sử dụng chung.

Bên cạnh đó, để đảm bảo quyền tác giả, pháp luật Pháp cũng quy định thêm rằng, hành vi sao chép vì mục đích cá nhân này chỉ được xem là hợp pháp nếu nguồn sao chép là hợp pháp¹⁰, ví dụ anh A mua một quyển sách có

⁷ Điều L122-1 Bộ luật Sở hữu trí tuệ Pháp.

⁸ Điều L122-4 Bộ luật Sở hữu trí tuệ Pháp.

⁹ Điều L122-5 Bộ luật Sở hữu trí tuệ Pháp.

¹⁰ Điều L122-5 Bộ luật Sở hữu trí tuệ Pháp.

bản quyền và cho anh B sao chép một bản để nghiên cứu hoặc học tập thì hành vi sao chép của anh B là hợp pháp. Ngược lại, nếu anh B thực hiện hành vi sao chép trên một quyển sách được sao chép bất hợp pháp thì hành vi của anh B cũng là bất hợp pháp. Vậy nếu anh B thực hiện hành vi sao chép từ nguồn hợp pháp, sau đó anh C sao chép tiếp 1 bản trên bản sao hợp pháp đó thì hành vi của anh C có được xem là hợp pháp? Pháp luật Pháp chỉ nêu lên vấn đề nguồn sao chép phải hợp pháp, chứ không yêu cầu phải là tác phẩm gốc (*œuvre originale*), do vậy hành vi của anh C vẫn được xem là hợp pháp nếu tạo ra bản sao theo cách đó.

Quyền tự do sao chép tác phẩm mang tính cá nhân theo quy định tại Điều L122-5 Bộ luật Sở hữu trí tuệ Pháp cũng không bị giới hạn ở một hay một số bản sao nhất định. Tuy nhiên, mặc dù không cụ thể hóa số lượng cho phép, nhưng «mục đích sử dụng cá nhân» cũng đã thể hiện rõ bản chất của hành vi sao chép: hành vi là hợp pháp nếu một người sao chép 100 bản để dành lưu trữ và sử dụng riêng cho chính mình (vì 1 bản hay 100 bản sao cũng không khác biệt khi sử dụng cá nhân), sẽ khác với một người sao chép chỉ 50 bản để đưa cho nhiều người sử dụng (bất hợp pháp)¹¹. Quyền này cũng không bị giới hạn ở bất kỳ hình thức cụ thể nào, truyền thống hay điện tử. Tuy nhiên, việc sao chép tự do nhằm mục đích cá nhân này không được gây ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường của tác phẩm, cũng không được gây ảnh hưởng bất hợp lý đến lợi ích hợp pháp của tác giả¹².

Một vấn đề quan trọng cuối cùng cần đề cập thêm rằng để đạt mục tiêu cân bằng lợi ích

trong việc sử dụng bản sao tác phẩm, pháp luật Pháp quy định tác giả được quyền hưởng thù lao cho việc sử dụng tác phẩm vì mục đích cá nhân (từ Điều L311-1 đến L311-8 Bộ luật Sở hữu trí tuệ Pháp). Số tiền thù lao này đã được tính trong giá bán các thiết bị, dụng cụ ghi âm, ghi hình... phục vụ cho mục đích sao chép cá nhân, và sau đó được phân phối lại cho các chủ sở hữu quyền tác giả theo các nguyên tắc được nêu trong luật. Lẽ dĩ nhiên, số tiền này cũng không quá lớn để hạn chế quyền sao chép cá nhân¹³.

Ở đây, khi nêu lên vấn đề này, tác giả không bàn sâu về phương thức phân phối lợi nhuận, nhưng có thể thấy rằng, tại Pháp, quyền tự do sử dụng tác phẩm qua hành vi sao chép cá nhân không làm mất đi tính chất độc quyền của quyền tác giả, mà cho phép quyền độc quyền này tồn tại theo hình thức khác. Đây cũng chính là điểm mấu chốt để lý giải các quy định về quyền tự do sử dụng tác phẩm qua hành vi sao chép cá nhân tại Pháp, theo nghĩa quyền sao chép cá nhân không phải là một ngoại lệ hoàn toàn của quyền tác giả, vì mặc dù không cần phải xin phép nhưng vẫn trả thù lao cho tác giả dưới một hình thức gián tiếp. Tuy nhiên, quy định này có thể tạo ra mâu thuẫn với các biện pháp công nghệ bảo vệ tác phẩm, khi người sử dụng mua về các thiết bị trắng (đĩa CD, USB...) để thực hiện sao chép cá nhân và đã trả tiền cho tác giả trong giá mua thiết bị đó nhưng lại không thể thực hiện sao chép tác phẩm do biện pháp công nghệ bảo vệ tác phẩm mà tác giả hay các nhà sản xuất bản ghi âm, ghi hình có thể áp dụng.

¹¹ Tại Hoa Kỳ, Thụy Điển, Nhật Bản, số lượng bản sao có thể nhiều hơn 1.

¹² Điều L122-5 Bộ luật Sở hữu trí tuệ Pháp.

¹³ Xem thêm Nguyễn Thị Hồng Nhung (2015), *Quyền tác giả trong không gian ảo*, Tlđđ, tr.51 và tiếp theo.

3. Quy định của pháp luật Việt Nam về quyền tự do sử dụng tác phẩm qua hành vi sao chép

Như đã đề cập ở trên, nguồn gốc của quyền tự do sử dụng tác phẩm qua hành vi sao chép xuất phát từ nguyên tắc cân bằng lợi ích trong việc bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ. Tuy nhiên, việc áp dụng không được gây ảnh hưởng bất lợi nghiêm trọng đến việc khai thác thương mại bình thường của chủ thể quyền tác giả. Vận dụng các nguyên tắc này vào thực tiễn đất nước, Luật SHTT năm 2005 của Việt Nam đã quy định chi tiết về các giới hạn quyền tác giả đối với hành vi sao chép tại Điều 25. Cụ thể, mọi người có quyền tự do sao chép tác phẩm trong trường hợp tự sao chép 1 bản sao tác phẩm phục vụ cho mục đích nghiên cứu, giảng dạy của cá nhân đối với tác phẩm đã công bố¹⁴.

Như vậy, để thực hiện quyền tự do sử dụng tác phẩm theo quy định tại Điều 25 Luật SHTT đối với hành vi sao chép, người sao chép một bản sao tác phẩm cho mục đích nghiên cứu khoa học, giảng dạy phải đáp ứng các điều kiện sau:

Thứ nhất, điều kiện đầu tiên và tiên quyết là tác phẩm được sao chép đã được công bố. Trường hợp tác phẩm chưa công bố, mọi hành vi sao chép không được phép của chủ sở hữu

đều xâm phạm quyền tài sản theo Điều 20 Luật SHTT. Điều này một lần nữa cho thấy, việc quy định các giới hạn quyền tác giả tại Điều 25 Luật SHTT nói chung và đối với hành vi sao chép nói riêng xuất phát từ nguyên tắc cốt lõi về cân bằng lợi ích, trong khi vẫn phải đảm bảo nhiệm vụ bảo vệ quyền tác giả đối với tác phẩm sáng tạo nhằm thúc đẩy sự phát triển xã hội¹⁵. Việc xác định điều kiện để tác phẩm được xem là đã công bố theo pháp luật của mỗi quốc gia có sự khác nhau. Tại Việt Nam, công bố tác phẩm là phát hành đến công chúng số lượng bản sao hợp lý để đáp ứng nhu cầu của công chúng tùy theo bản chất của tác phẩm, nhưng không bao gồm việc trình diễn, trưng bày tác phẩm trước công chúng như một số nước¹⁶.

Thứ hai, việc sao chép bị giới hạn với một bản sao duy nhất. Điều này đảm bảo cho công chúng có quyền tự do sử dụng, nhưng số lượng bản sao không quá lớn để có thể gây ảnh hưởng đến lợi ích của chủ thể sáng tạo. Tuy nhiên, cũng có quan điểm cho rằng, đối với các tác phẩm được sáng tạo cho mục đích đào tạo, mặt dù số lượng bản sao trên một chủ thể sao chép không lớn, nhưng việc bất kỳ ai cũng có thể thực hiện quyền này rõ ràng thiệt hại tổng hợp là rất lớn và ảnh hưởng ít nhiều đến lợi ích của chủ thể quyền¹⁷.

¹⁴ Điểm a Điều 25 Luật SHTT.

¹⁵ Khoản 2 Điều 20 Nghị định số 22/2018/NĐ-CP quy định quyền công bố tác phẩm hoặc cho phép người khác công bố tác phẩm là việc phát hành tác phẩm đến công chúng với số lượng bản sao hợp lý để đáp ứng nhu cầu của công chúng tùy theo bản chất của tác phẩm và công bố tác phẩm không bao gồm việc trình diễn một tác phẩm sân khấu, điện ảnh, âm nhạc; đọc trước công chúng một tác phẩm văn học; phát sóng tác phẩm văn học, nghệ thuật; trưng bày tác phẩm tạo hình; xây dựng công trình từ tác phẩm kiến trúc.

¹⁶ Nguyễn Thị Ngọc Tuyền (2018), “Giới hạn quyền tác giả trong việc sao chép và trích dẫn tác phẩm dưới góc nhìn luật sư sánh”, Tạp chí công thương (điện tử), https://tapchicongthuong.vn/bai-viet/gioi-han-quyen-tac-gia-trong-viec-sao-chep-va-trich-dan-tac-pham-duoi-goc-nhin-luat-so-sanh-55018.htm?fbclid=IwAR30i-dUJV6tzeJACxgIrmqPF3_6w9Vh6DiH44p0rKNijzX15qNZiDECCyA, truy cập ngày 28/11/2021.

¹⁷ Quỳnh Như (2017), Lý, tình trong vụ cấm học vì photo giáo trình, <https://plo.vn/phap-luat/ly-tinh-trong-vu-cam-hoc-vi-photo-giao-trinh-682628.html>, truy cập ngày 27/11/2021.

Thứ ba, việc sao chép phải nhằm mục đích cá nhân. Đối với điều kiện này, khoản 1 Điều 22 Nghị định số 22/2018/NĐ-CP khi giải thích Điều 25 đã quy định thêm, việc sao chép một bản sao tác phẩm cho các mục đích nghiên cứu khoa học, giảng dạy phải không nhằm mục đích thương mại¹⁸. Nghị định số 22/2018/NĐ-CP đã đặt ra thêm một điều kiện mới so với Điều 25 của Luật SHTT, đó là “không nhằm mục đích thương mại” đi kèm với mục đích cá nhân. Tác giả cho rằng quy định thêm điều kiện mới như vậy là chưa phù hợp, bởi lẽ trái với nguyên tắc đảm bảo tính thống nhất giữa văn bản luật và văn bản hướng dẫn¹⁹. Trong Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật SHTT, nhà làm luật cũng đã đề xuất luật hoá quy định này vào Điều 25 Luật SHTT sửa đổi để phù hợp hơn với Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật²⁰.

Cuối cùng, việc sao chép này phải nhằm mục đích nghiên cứu khoa học hoặc giảng dạy. Điều này có nghĩa là dù đáp ứng đủ 3 điều kiện trên, nhưng nếu bản sao được sử dụng nhằm mục đích khác, ví dụ như học tập, thì cũng bị xem là hành vi sao chép bất hợp pháp nếu chưa xin phép và trả thù lao cho tác giả. Điều này đúng với các tác phẩm được sáng tạo ra dùng cho mục đích giảng dạy (sách giáo khoa, sách hướng dẫn, giáo trình, tài liệu giảng dạy trong các cơ sở đào tạo), nhưng lại chưa hợp lý đối

với các loại tác phẩm còn lại, bởi lẽ việc kiểm soát mục đích học tập hay nghiên cứu khoa học rất khó thực hiện trên thực tế, vì ranh giới giữa học tập và nghiên cứu khoa học lại khá mờ nhạt: trong học tập có nghiên cứu và ngược lại.

Nhìn chung, quy định về quyền tự do sử dụng tác phẩm đối với hành vi sao chép trong pháp luật Việt Nam đã được quy định cụ thể tại Điều 25 Luật SHTT và được hướng dẫn bởi Nghị định số 22/2018/NĐ-CP khá phù hợp với các cam kết của Việt Nam tại các Điều ước quốc tế. Theo đó, khoản 1 Điều 18.65 Hiệp định CPTPP trao quyền giới hạn quyền tác giả cho các quốc gia thành viên, nhưng nhấn mạnh việc giới hạn này không được ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường tác phẩm cũng như không được gây phương hại bất hợp lý đến lợi ích của chủ sở hữu quyền tác giả²¹ và phù hợp với quy định của TRIPS và Bern²².

Tuy nhiên, để đạt được sự cân bằng lợi ích thật sự giữa quyền sở hữu của chủ thể sáng tạo với việc sử dụng tự do tác phẩm thì dường như Việt Nam vẫn chưa đạt được. Thật vậy, về mặt lý thuyết, chúng ta có thể thấy pháp luật Việt Nam hiện tại vẫn còn khá dè dặt trong việc trao nhiều lợi ích hơn cho cộng đồng so với việc bảo vệ quyền tác giả, khi một mặt quy định giới hạn quyền tác giả, mặt khác lại ràng buộc rất nhiều điều kiện được xem là khắt khe hơn so với pháp luật một số nước, qua đó làm

¹⁸ Khoản 1 Điều 22 Nghị định số 22/2018/NĐ-CP: 1. Tự sao chép một bản quy định tại điểm a khoản 1 Điều 25 của Luật Sở hữu trí tuệ áp dụng đối với các trường hợp nghiên cứu khoa học, giảng dạy của cá nhân không nhằm mục đích thương mại.

¹⁹ Khoản 1 Điều 5 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020.

²⁰ Dự thảo 2.0 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ ngày 17/11/2020, tr. 5. Khoản 6 Điều 1 Dự thảo sửa đổi, bổ sung Điều 25 như sau: a) Tự sao chép một bản nhằm mục đích nghiên cứu khoa học, giảng dạy, học tập của cá nhân và không nhằm mục đích thương mại.

²¹ Khoản 1, Điều 18.65 CPTPP.

²² Khoản 2, Điều 18.65 CPTPP.

hạn chế quyền tự do sử dụng tác phẩm hợp lý của các chủ thể có nhu cầu. Nhưng trên thực tế, việc tạo bản sao dùng cho mục đích đa dạng của cá nhân lại không thể kiểm soát, vô hình trung làm cho quy định của pháp luật xa rời thực tiễn, không mang tính thực thi cao. Hiệp định CPTPP tại Điều 18.66²³ cũng đã có hướng dẫn các quốc gia thành viên cần phải nỗ lực để đạt sự cân bằng hợp lý trong hệ thống quyền tác giả bằng cách giới hạn hoặc ngoại lệ phù hợp quyền tác giả phù hợp với Điều 18.65 của Hiệp định, bao gồm trong đó có mục đích học tập, nghiên cứu, giảng dạy...

4. Kết luận và đề xuất

Qua nghiên cứu pháp luật của Pháp và Việt Nam về quyền tự do sử dụng tác phẩm qua hành vi sao chép – một trường hợp ngoại lệ của quyền tác giả, tác giả cho rằng có một số nét tương đồng cũng như khác biệt giữa hai quốc gia này. Cụ thể, về sự tương đồng, cả hai hệ thống pháp luật đều cụ thể hóa các trường hợp sao chép tác phẩm đã công bố mà không cần xin phép hay trả thù lao cho tác giả vì mục đích cá nhân. Tuy nhiên, pháp luật Pháp lại không đưa ra giới hạn cụ thể cho các trường hợp sử dụng cá nhân, cũng như số lượng bản sao, nhưng lại quy định nguồn sao chép phải là nguồn hợp pháp để đảm bảo quyền tác giả. Ngược lại, Pháp luật Việt Nam chỉ cho phép một bản sao duy nhất cho mục đích nghiên cứu khoa học và giảng dạy của cá nhân, và không đề cập gì đến nguồn sao chép.

Thực sự là khiêng cưỡng khi lấy pháp luật của quốc gia khác làm khuôn mẫu một cách máy móc để đề xuất hoàn thiện pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, lý luận cũng như thực tiễn phân tích ở trên đã cho thấy còn nhiều nội dung về quyền tự do sử dụng tác phẩm qua hành vi sao chép dưới góc độ ngoại lệ của quyền tác giả cần phải được xem xét và điều chỉnh. Cụ thể, qua nghiên cứu, tác giả có một vài đề xuất sau:

Một là, thay đổi về việc quy định số lượng bản sao. Theo đó, không cần thiết phải là 1 bản sao, bởi lẽ nếu đã dùng cho mục đích của cá nhân thì một hay nhiều bản sao cũng không quá quan trọng như đã phân tích ở trên, vì không gây ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường của tác phẩm đó.

Hai là, nên cụ thể hoá mục đích phi thương mại vào văn bản luật cho phù hợp giữa văn bản luật và văn bản hướng dẫn thi hành.

Ba là, bổ sung mục đích học tập vào ngoại lệ của quyền sao chép, ngoại trừ các tác phẩm được sáng tạo cho mục đích giảng dạy như giáo trình, sách giáo khoa, tài liệu học tập... Việc bổ sung mục đích học tập có chọn lọc này sẽ giúp cho pháp luật gần với thực tiễn hơn, mang tính khả thi và hợp lý hơn.

Cuối cùng là, nghiên cứu áp dụng cơ chế tiền bản quyền trong giá bán các thiết bị sao chép sao cho đảm bảo lợi ích của tác giả cũng như lợi ích chính đáng của người sử dụng. Có như thế, các kiến nghị ở trên mới thực sự hợp lý và có tính khả thi ■

²³ “Each Party shall endeavour to achieve an appropriate balance in its copyright and related rights system, among other things by means of limitations or exceptions that are consistent with Article 18.65 (Limitations and Exceptions), including those for the digital environment, giving due consideration to legitimate purposes such as, but not limited to: criticism; comment; news reporting; teaching, scholarship, research, and other similar purposes; and facilitating access to published works for persons who are blind, visually impaired or otherwise print disabled.”

