

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP



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

**97**  
năm  
21-06  
1925-2022

**CHÀO MỪNG KỶ NIỆM  
NGÀY BÁO CHÍ CÁCH MẠNG VIỆT NAM**



Số 12 (460)

Kỳ 2 - Tháng 6/2022

- ❖ HÀNH VI CẢN TRỞ HOẠT ĐỘNG TỔ TỤNG TẠI TÒA ÁN NHÂN DÂN
  - ❖ HOÀN THIỆN LUẬT BẢO VỆ QUYỀN LỢI NGƯỜI TIÊU DÙNG
  - ❖ BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC HẬU QUẢ ĐỐI VỚI NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN VI PHẠM
- HÀNH CHÍNH - THỰC TRẠNG VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

## Mục lục Số 12/2022

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 04** Hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại tòa án nhân dân  
**TS. Lê Thị Hồng Nhung**
- 09** Tình trạng khẩn cấp và vấn đề bảo đảm dân chủ trong tình trạng khẩn cấp  
**ThS. Nguyễn Mai Anh**
- 19** Nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng trong pháp luật đấu tư quốc tế  
**ThS. Ngô Trọng Quân**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 26** Hoàn thiện Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng  
**TS. Phan Thị Lan Phương**

### CHÍNH SÁCH

- 30** Pháp luật cạnh tranh trong phòng, chống tham nhũng trong đấu thầu mua sắm công ở Việt Nam  
**ThS. Đồng Thị Huyền Nga**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 38** Biện pháp khắc phục hậu quả đối với người chưa thành niên vi phạm hành chính- thực trạng và hướng hoàn thiện  
**TS. Cao Vũ Minh**
- 46** Hoàn thiện quy định của pháp luật xử lý vi phạm hành chính về biện pháp khắc phục hậu quả buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính  
**Văn Khoa**
- 51** Những ảnh hưởng của quảng cáo hành vi trực tuyến đến người tiêu dùng và một số kiến nghị  
**Trần Ngọc Tuấn**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 58** Pháp luật về từ thiện của Hoa Kỳ và gợi mở cho Việt Nam  
**ThS. Đỗ Ngọc Tú – TS. Trần Thị Hải Yến**



#### 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 QUYẾN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.  
ĐT: 08048376; 024.32121203  
FAX: 0243.2121201  
Email: [nclp@quochoi.vn](mailto:nclp@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### THIẾT KẾ:

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:** Đồng chí Dương Thanh Bình, UVBCHTƯ Đảng, Ủy viên UBTVQH, Trưởng Ban Dân nguyện thay mặt UBTVQH chúc mừng Tạp chí Nghiên cứu lập pháp nhân kỷ niệm 97 năm Ngày Báo chí Cách mạng Việt Nam (21.6.1925 – 21.6.2022).

**Ảnh:** Minh Thành

# LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

## Legis No 12/2022

### STATE AND LAW

- 04** Acts of Hindering Proceedings at People's Court

**Dr. Le Thi Hong Nhung**

- 09** State of Emergency and Assurance of Democracy in State of Emergency

**LLM. Nguyen Mai Anh**

- 19** Principles of Fairness and Equitable Treatment in International Investment Law

**LLM. Ngo Trong Quan**

### DISCUSSION OF BILLS

- 26** Improvements of the Law on Protection of Consumer Rights

**Dr. Phan Thi Lan Phuong**

### POLICY

- 30** Regulations on Competition in Anti-corruption in Public Procurements in Vietnam

**LLM. Dong Thi Huyen Nga**

### LEGAL PRACTICE

- 38** Remedial Measures for Juveniles committing Administrative Violations - the Current Status and Suggestions for Improvements

**Dr. Cao Vu Minh**

- 46** Improvements of the Provisions under Law on Handling of Administrative Violations on Remedial Measures for Forcible Refund of Illicit Profits

**Van Khoa**

- 51** The Effects of Online Behavioral Advertising on Consumers and Recommendations

**Tran Ngoc Tuan**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 58** Law on Philanthropy of the United States of America and Recommendations for Vietnam

**LLM. Do Ngoc Tu – Dr. Tran Thi Hai Yen**



#### 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: nclp@quochoi.vn  
Website: <http://lapphap.vn>

#### DESIGN:

NGUYEN VAN SON

#### LICENSE OF PUBLISHERMENT:

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**

## LỜI CẢM ƠN CỦA TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP NHÂN KỶ NIỆM 97 NĂM NGÀY BÁO CHÍ CÁCH MẠNG VIỆT NAM

*Nhân kỷ niệm 97 năm Ngày Báo chí Cách mạng Việt Nam (21/6/1925 – 21/6/2022), tập thể cán bộ, phóng viên, biên tập viên Tạp chí Nghiên cứu lập pháp vui mừng và vinh dự được các đồng chí lãnh đạo Đảng, Chủ tịch nước, Chủ tịch Quốc hội, các Phó Chủ tịch Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, các cơ quan thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội, các cơ quan, đơn vị khác... gửi hoa và chúc mừng; được đồng đảo bạn đọc trong và ngoài nước chúc mừng, động viên, khích lệ.*

Nhân dịp này, Ủy viên Bộ Chính trị, Chủ tịch Nước Nguyễn Xuân Phúc; Ủy viên Bộ Chính trị, Chủ tịch Quốc hội Vương Đình Huệ; Ủy viên Trung ương Đảng, Phó Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Khắc Định; Ủy viên Trung ương Đảng, Trưởng ban Dân nguyện Dương Thanh Bình; Viện trưởng Viện Nghiên cứu lập pháp Nguyễn Văn Hiến; Phó Chủ nhiệm Ủy ban Tài chính, Ngân sách của Quốc hội, Chủ tịch Công đoàn Cơ quan Văn phòng Quốc hội Phạm Thúy Chinh; Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội Vũ Minh Tuấn; Phó Trưởng Ban Dân nguyện Hoàng Anh Công, Phó Trưởng Ban Dân nguyện Lê Thị Nguyệt; Phó Viện trưởng Viện Nghiên cứu lập pháp Lê Hải Đường; Đảng ủy, Công đoàn cơ quan Văn phòng Quốc hội; Văn phòng Viện Nghiên cứu lập pháp... và các cơ quan, đơn vị khác đã gửi lẵng hoa chúc mừng Tạp chí Nghiên cứu lập pháp.

Đây là nguồn cổ vũ, là động lực to lớn để đội ngũ những người làm báo của Tạp chí Nghiên cứu lập pháp tiếp tục hoàn thành nhiệm vụ trong sự nghiệp Báo chí Cách mạng Việt Nam.

Tập thể cán bộ, phóng viên, biên tập viên, người lao động Tạp chí Nghiên cứu lập pháp trân trọng cảm ơn tình cảm, sự quan tâm, động viên của lãnh đạo Đảng, Chủ tịch nước, Chủ tịch Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, cơ quan thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội, các cơ quan, đơn vị cùng bạn đọc trong và ngoài nước. Mỗi cán bộ, phóng viên, biên tập viên Tạp chí Nghiên cứu lập pháp sẽ tiếp tục nỗ lực, không ngừng phấn đấu, rèn luyện, giữ vững bản lĩnh chính trị, nâng cao chất lượng nội dung, hình thức Tạp chí, đáp ứng yêu cầu ngày càng cao của bạn đọc, xứng đáng là một trong những Tạp chí hàng đầu trong việc công bố các kết quả nghiên cứu khoa học nước nhà.

Kính chúc các đồng chí lãnh đạo Đảng, Nhà nước, các cơ quan của Quốc hội, các cơ quan thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội, các cơ quan, đơn vị và quý bạn đọc dồi dào sức khỏe, hạnh phúc, thành công.

**Tạp chí Nghiên cứu lập pháp**

# HÀNH VI CẢN TRỞ HOẠT ĐỘNG TỔ TỤNG TẠI TÒA ÁN NHÂN DÂN

Lê Thị Hồng Nhung

TS. Trường Đại học Mở Tp. Hồ Chí Minh

## Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Hoạt động tố tụng, hành vi cản trở hoạt động tố tụng, Tòa án nhân dân.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 12/04/2022  
Biên tập : 16/05/2022  
Duyệt bài : 18/05/2022

## Article Infomation:

**Keywords:** Procedural activities, obstructions of legal proceedings, People's Court.

## Article History:

Received : 12 Apr. 2022  
Edited : 16 May. 2022  
Approved : 18 May. 2022

## Tóm tắt:

Hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân là trung tâm trong quá trình giải quyết các vụ việc tố tụng có sự tham gia của Tòa án nhân dân. Hiệu quả của hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân mang yếu tố then chốt quyết định hiệu quả của toàn bộ quá trình tố tụng. Tuy nhiên, không phải trong vụ việc nào, hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân cũng được thực hiện suôn sẻ. Trên thực tế, vì nhiều lý do khác nhau, một số hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân vẫn diễn ra. Hiện nay, một số văn bản quy phạm pháp luật có liên quan có quy định biện pháp xử lý những hành vi này. Trong phạm vi bài viết, tác giả trình bày, phân tích nhằm làm rõ hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân, quy định của pháp luật về xử lý đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân và kiến nghị hoàn thiện.

## Abstract:

Procedural activities at the People's Court are the center in the process of settling legal cases with the participation of the People's Courts. The effectiveness of the proceedings at the People's Court is a key factor determining the effectiveness of the entire legal process. However, in not all cases, the proceedings in the People's Court were also carried out smoothly. In fact, for many different reasons, a number of acts obstructing proceedings at the People's Court still take place. Currently, a number of relevant legal documents have also prescribed measures to handle these acts. This article provides an analysis of the acts of hindering proceedings at the People's Court and proposes a number of recommendations for improvements.

## 1. Khái quát về hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân

Thuật ngữ “tố tụng” thường được hiểu là quá trình giải quyết các vụ án hình sự, dân sự và hành chính theo các thủ tục tương ứng<sup>1</sup>. Đơn cử, tố tụng hình sự là một quá trình giải quyết vụ án, trong đó có nhiều chủ thể, nhiều giai đoạn khác nhau phù hợp với tính chất, đặc điểm của các cơ quan tiến hành tố tụng, là cơ chế mà qua đó tội phạm được điều tra, làm rõ, bị truy tố, xét xử và hình phạt được áp dụng<sup>2</sup>. Tương tự, tố tụng hành chính là quá trình thực

hiện những hoạt động khác nhau của cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng nhằm thụ lý, giải quyết đúng đắn vụ án hành chính theo quy định của pháp luật<sup>3</sup>.

Tố tụng có hai đặc điểm là tính quyền lực và tính độc lập<sup>4</sup>. Tính quyền lực thể hiện sự áp đặt về mặt thủ tục và tính bắt buộc thi hành của các quyết định giải quyết. Thông thường tính quyền lực này thể hiện quyền lực nhà nước, là hoạt động được tiến hành bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Tuy nhiên, trong một số trường

<sup>1</sup> Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật Tố tụng hành chính*, Nxb. Hồng Đức, năm 2019, tr. 23.

<sup>2</sup> Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, *Giáo trình Luật Tố tụng hình sự Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, năm 2014, tr. 17.

<sup>3</sup> Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật Tố tụng hành chính*, tđd, tr. 26.

<sup>4</sup> Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật Tố tụng hành chính* tđd, tr. 22.

hợp, nó không thể hiện tính quyền lực nhà nước trong hoạt động của chủ thể tiến hành mà là sự bảo hộ của Nhà nước đối với hoạt động tố tụng của các chủ thể (ví dụ tố tụng trọng tài). Tính độc lập đòi hỏi chủ thể giải quyết không phải là một bên đương sự của vụ việc hoặc người có liên quan đến vụ việc<sup>5</sup>.

Như vậy, tố tụng có thể được hiểu là quá trình thực hiện những hoạt động khác nhau do chủ thể là cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc cơ quan, tổ chức khác được Nhà nước bảo hộ tiến hành nhằm thụ lý, giải quyết các vụ việc đúng theo quy định của pháp luật và kết quả của quá trình giải quyết này có tính bắt buộc thi hành đối với các chủ thể. Trong quá trình này, ngoài cơ quan nhà nước có thẩm quyền, còn có các cơ quan, tổ chức khác được Nhà nước bảo hộ thực hiện hoạt động tố tụng như các trung tâm trọng tài (tiến hành thực hiện các hoạt động tố tụng trọng tài) và các chủ thể tham gia tố tụng khác, tùy vào từng loại tố tụng mà người tham gia tố tụng là các chủ thể khác nhau. Có rất nhiều chủ thể tham gia vào hoạt động tố tụng và hoạt động tố tụng diễn ra ở những giai đoạn khác nhau.

Theo tác giả, tố tụng chỉ bao gồm những hoạt động được tiến hành bởi các chủ thể có thẩm quyền tiến hành tố tụng gồm: cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng và người có thẩm quyền tiến hành tố tụng, bởi đây là hai nhóm chủ thể được Nhà nước trao quyền thực hiện các hoạt động tố tụng. Việc thực hiện các hoạt động tố tụng vừa là nhiệm vụ vừa là quyền hạn của các chủ thể này. Nhóm chủ thể còn lại cũng tham gia vào quá trình tố tụng của các vụ án (người tham gia tố tụng) và kết quả của quá trình tố tụng phần nào chịu sự tác động từ hoạt động của các chủ thể này. Tuy nhiên, các hoạt động của họ phụ thuộc vào hoạt động tố tụng của chủ thể có thẩm quyền tiến hành tố tụng. Cụ thể, không phải vụ án nào cũng có sự tham gia của người phiên dịch, người giám định và việc người phiên dịch, người giám định nào được tham gia vụ án cũng phụ thuộc vào yêu cầu cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng. Bên cạnh đó, hoạt động của người tham

gia tố tụng đôi khi không bị ràng buộc về nghĩa vụ. Đơn cử, bị can, bị cáo có quyền bào chữa nhưng không có nghĩa vụ bào chữa để chứng minh mình vô tội. Bị can, bị cáo có quyền khai báo và đồng thời cũng có quyền im lặng tức là không bị buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội<sup>6</sup>.

Từ những phân tích trên, có thể thấy, tố tụng là quá trình giải quyết các vụ việc do các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng hoặc cơ quan, tổ chức được Nhà nước bảo hộ thực hiện. Tùy vào từng loại tố tụng khác nhau mà các chủ thể có thẩm quyền tiến hành tố tụng sẽ có sự khác nhau. Từ đó, các chủ thể tham gia vào hoạt động tố tụng cũng rất khác nhau. Tuy nhiên, không phải mọi hoạt động được thực hiện bởi các chủ thể tiến hành tố tụng và chủ thể tham gia tố tụng trong quá trình giải quyết các vụ việc đều được xem là hoạt động tố tụng. Theo tác giả, hoạt động tố tụng chỉ bao gồm hoạt động do các chủ thể có thẩm quyền tiến hành tố tụng thực hiện, bao gồm cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng và người có thẩm quyền tiến hành tố tụng.

Như đã phân tích, hiện nay tồn tại nhiều hình thức tố tụng khác nhau như: tố tụng tại tòa án, tố tụng trọng tài, tố tụng cạnh tranh. Trong tố tụng tòa án lại bao gồm nhiều loại hình tòa án khác nhau. Tùy vào truyền thống pháp luật và mô hình tổ chức bộ máy của từng quốc gia mà có thể có Tòa án tư pháp và Tòa án quân sự, thậm chí đối với một số quốc gia còn tồn tại Tòa án tôn giáo như: Malaysia, Brunei...

Ở Việt Nam, pháp luật hiện hành quy định hai hệ thống tòa án là hệ thống Tòa án nhân dân và hệ thống Tòa án quân sự. Tòa án nhân dân ở Việt Nam cũng có thẩm quyền tương tự Tòa án tư pháp ở các quốc gia khác. Điều này được thể hiện qua quy định của Hiến pháp năm 2013 trao việc thực hiện quyền tư pháp cho Tòa án nhân dân.

Như vậy, hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân cần được phân biệt với hoạt động tố tụng theo thủ tục tố tụng trọng tài, tố tụng cạnh tranh và tố tụng có sự tham gia của Tòa án quân sự. Hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân

<sup>5</sup> Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, tldd, tr. 23.

<sup>6</sup> Điều d khoản 2 Điều 60 và điều h khoản 2, Điều 61 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2021 (Bộ luật Tố tụng hình sự).

dân là hoạt động được tiến hành bởi các chủ thể có thẩm quyền tiến hành tố tụng thực hiện, bao gồm cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng và người có thẩm quyền tiến hành tố tụng của các quy trình tố tụng diễn ra tại Tòa án nhân dân trong tố tụng hình sự, tố tụng hành chính và tố tụng dân sự. Theo đó, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng bao gồm: Cơ quan tiến hành tố tụng (Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát nhân dân, Tòa án nhân dân<sup>7</sup>) và các cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra (Các cơ quan của Công an nhân dân được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra; Các cơ quan khác trong Quân đội nhân dân được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra; các cơ quan của Bộ đội biên phòng, Hải quan, Kiểm lâm, Cảnh sát biển, Kiểm ngư<sup>8</sup>). Tiếp theo, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng gồm có: Người tiến hành tố tụng (Chánh án Tòa án, Thẩm phán, Phó Chánh án Tòa án, Hội thẩm nhân dân, Thẩm tra viên, Thư ký Tòa án; Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát, Kiểm sát viên, Kiểm tra viên; Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra, Điều tra viên, Cán bộ điều tra<sup>9</sup>) và người được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra được quy định tại khoản 1 Điều 35 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2021 (Bộ luật Tố tụng hình sự).

Ngoài ra, xét về mặt thuật ngữ, hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân có thể được hiểu theo hai nghĩa. Thứ nhất, nếu “Tòa án nhân dân” được hiểu là một cơ quan trong bộ máy nhà nước với nghĩa là một địa danh ước lệ thì hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân có thể được hiểu là tất cả các hoạt động tố tụng được diễn ra tại trụ sở của các Tòa án nhân dân. Ví dụ, trong vụ án hình sự, kể từ thời điểm kết thúc giai đoạn điều tra, Viện kiểm sát chuyên toàn bộ hồ sơ vụ án sang Tòa án hay trong vụ án dân sự thì kể từ thời điểm Tòa án thụ lý hồ sơ cho đến giai đoạn xét xử đều được xem là hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân. Hiểu theo góc độ này thì hoạt động tố

tụng tại Tòa án nhân dân khá rộng và bao gồm hoạt động của nhiều chủ thể khác nhau. Thứ hai, theo nghĩa hẹp, có thể hiểu hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân là hoạt động xét xử của Hội đồng xét xử trong từng vụ án cụ thể. Theo cách hiểu này thì hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân chỉ bao gồm hoạt động xét xử của Hội đồng xét xử gồm Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân.

Xét theo ngữ nghĩa thì cụm từ “*tại Tòa án nhân dân*” là trạng từ. Điều đó có nghĩa cụm từ này diễn đạt về địa điểm diễn ra hoạt động chứ không phải chủ thể thực hiện hoạt động. Bên cạnh đó, thuật ngữ Tòa án nhân dân không thể đồng nhất với Hội đồng xét xử. Vì vậy, hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân không đồng nhất với hoạt động tố tụng của Hội đồng xét xử trong một phiên tòa cụ thể. Hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân rộng hơn hoạt động xét xử của Hội đồng xét xử trong một vụ án cụ thể. Nó không chỉ bao gồm hoạt động xét xử của Hội đồng xét xử diễn ra tại Tòa án nhân dân mà còn bao gồm các hoạt động tố tụng khác như hoạt động hòa giải, hoạt động đối thoại, hoạt động thu thập chứng cứ... Từ đó cho thấy, hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân cần được hiểu là hoạt động của cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng diễn ra tại trụ sở các Tòa án nhân dân.

Vì lẽ đó mà hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân cần được hiểu là tất cả các hoạt động tố tụng được thực hiện bởi các chủ thể có thẩm quyền tiến hành tố tụng diễn ra tại địa điểm là Tòa án nhân dân nhằm thụ lý, giải quyết các vụ việc đúng theo quy định của pháp luật. Hoạt động này được quy định trong các luật tố tụng tương ứng bao gồm: tố tụng hình sự, tố tụng hành chính và tố tụng dân sự.

### 2. Hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân

Theo Từ điển Tiếng Việt thì “*cản trở*” là “*gây khó khăn trở ngại, làm cho không tiến hành được dễ dàng, suôn sẻ*”<sup>10</sup>. Hành vi cản trở là hành vi được thực hiện nhằm ngăn chặn, không cho một hành vi hay hoạt động nào đó xảy ra suôn sẻ,

<sup>7</sup> Khoản 1 Điều 36 Luật Tố tụng hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật Tố tụng hình sự); Khoản 1 Điều 34 Bộ luật Tố tụng hình sự; Khoản 1, Điều 46 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

<sup>8</sup> Khoản 1 Điều 35 Bộ luật Tố tụng hình sự.

<sup>9</sup> Khoản 2 Điều 36 Luật Tố tụng hình sự; Khoản 2 Điều 34 Bộ luật Tố tụng hình sự; Khoản 2 Điều 46 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

<sup>10</sup> Viện Ngôn ngữ học, *Từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, năm 2006, tr.108.

thuận tiện. Hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân cấu thành những vi phạm pháp luật cụ thể. Thế nhưng, hiểu như thế nào là hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân thì pháp luật hiện hành vẫn chưa có quy định cụ thể.

Tương đồng với cách tiếp cận trên, hiện nay có một số quan điểm về hành vi cản trở hoạt động tố tụng như sau:

*Quan điểm thứ nhất:* hành vi cản trở hoạt động tố tụng dân sự là hành vi không tuân thủ những quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự. Hành vi này có thể xuất hiện ở người tham gia tố tụng, mà trước hết là các đương sự và có thể là những người tham gia khác như người làm chứng, người phiên dịch, người giám định<sup>11</sup>. Hiểu một cách khái quát theo quan điểm này thì hành vi cản trở hoạt động tố tụng là hành vi không tuân thủ các quy định của pháp luật tố tụng tương ứng.

*Quan điểm thứ hai:* hành vi cản trở hoạt động tố tụng nói chung, có thể hiểu là hành vi của cá nhân, cơ quan, tổ chức gây trở ngại cho các hoạt động xác minh, thu thập chứng cứ, hòa giải và xét xử của Tòa án<sup>12</sup>.

Như đã trình bày, hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân có thể được hiểu theo hai nghĩa. Theo nghĩa hẹp, hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân chỉ bao gồm những hành vi cản trở xảy ra tại địa điểm là Tòa án nhân dân. Điều này có nghĩa nếu như các hành vi cản trở xảy ra ngoài địa điểm Tòa án nhân dân thì không được xem là hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân. Theo nghĩa rộng, hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân bao gồm tất cả hành vi diễn ra ở bất kỳ địa điểm nào nhưng hành vi đó gây cản trở cho hoạt động tố tụng được tiến hành tại Tòa án nhân dân.

Tác giả cho rằng cách hiểu thứ hai hợp lý hơn bởi mục đích của việc xử lý hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân là nhằm ngăn ngừa, răn đe để loại trừ những hành vi gây trở ngại cho hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân. Chính vì vậy, hành vi cản trở này cho dù được thực hiện ở bất kỳ địa điểm nào, thời gian

nào thì đều gây cản trở cho hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân. Từ đây, có thể hiểu, *hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân là hành vi của các cá nhân, tổ chức diễn ra trong hoặc ngoài Tòa án nhân dân, gây trở ngại cho hoạt động thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của các chủ thể có thẩm quyền tiến hành tố tụng diễn ra tại Tòa án nhân dân.*

### 3. Quy định của pháp luật về xử lý đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân và kiến nghị hoàn thiện

Hiện nay, một số văn bản quy phạm pháp luật ở nước ta có quy định biện pháp xử lý đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân. Đơn cử, khoản 1 Điều 316 Luật Tố tụng hành chính quy định: “*người có hành vi vi phạm nội quy phiên tòa quy định tại Điều 153 của Luật này thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà có thể bị Chủ tọa phiên tòa quyết định xử phạt vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật*”. Khoản 1 Điều 491 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 cũng quy định: “*người có hành vi vi phạm nội quy phiên tòa quy định tại Điều 234 của Bộ luật này thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà có thể bị Chủ tọa phiên tòa xử phạt hành chính theo quy định của pháp luật*”. Tương tự, khoản 1 Điều 467 Bộ luật tố tụng hình sự quy định: “*người vi phạm nội quy phiên tòa thì tùy tính chất, mức độ vi phạm có thể bị Thẩm phán chủ tọa phiên tòa quyết định xử phạt hành chính theo quy định của pháp luật*”. Tuy nhiên, dường như các quy định trên chỉ hướng đến việc xử lý hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại phiên tòa chứ không phải là tất cả hành vi gây cản trở cho hoạt động tố tụng được tiến hành tại Tòa án nhân dân.

Như đã trình bày, hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân cần được hiểu là hành vi đó gây cản trở cho hoạt động tố tụng được tiến hành tại Tòa án nhân dân chứ không phải chỉ là hành vi gây rối hay cản trở hoạt động tố tụng tại phiên tòa. Có lẽ nhận thấy sự bất cập này mà khoản 3 Điều 4 Luật Xử lý vi phạm hành chính quy định: “*Căn cứ quy định của Luật này,*

<sup>11</sup> Lê Thu Hà, “*Xử lý các hành vi cản trở hoạt động tố tụng dân sự*”, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 19, 2004, tr. 21 – 23.

<sup>12</sup> Phạm Linh Trang, “*Quy định của pháp luật về cản trở hoạt động tố tụng và cách xử lý*”, <https://lsvn.vn/quy-dinh-cua-phap-luat-ve-can-tro-hoat-dong-to-tung-va-cach-xu-ly1627140403.html>, truy cập ngày 30/9/2021.



Ủy ban thường vụ Quốc hội quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng”. Nếu như trong các lĩnh vực khác thì Chính phủ ban hành nghị định quy định về việc xử phạt vi phạm hành chính; đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng, Ủy ban Thường vụ Quốc hội sẽ ban hành pháp lệnh để quy định về xử phạt vi phạm hành chính.

Theo khoản 3 Điều 4 Luật Xử lý vi phạm hành chính, “Ủy ban thường vụ Quốc hội quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng”. Tuy Luật Xử lý vi phạm hành chính chỉ cho phép Ủy ban Thường vụ Quốc hội quy định về xử phạt vi phạm hành chính nhưng có thể hiểu là Ủy ban Thường vụ Quốc hội sẽ quy định cả về hành vi vi phạm, hình thức xử phạt, mức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả, thẩm quyền xử phạt, mức phạt tiền cụ thể theo từng chức danh<sup>13</sup>. Theo tác giả, khi Ủy ban Thường vụ Quốc hội xây dựng Pháp lệnh Xử lý các hành vi cản trở hoạt động tố tụng của Tòa án nhân dân thì cần cần nhắc những vấn đề sau:

*Thứ nhất*, Pháp lệnh Xử lý các hành vi cản trở hoạt động tố tụng của Tòa án nhân dân cần thể hiện thống nhất quan điểm hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân được hiểu là tất cả hành vi gây cản trở cho hoạt động tố tụng được tiến hành tại Tòa án nhân dân chứ không phải chỉ là hành vi gây rối hay cản trở hoạt động tố tụng tại phiên tòa. Do đó, việc mô tả hành vi vi phạm cũng như các chế tài xử lý cần quán triệt nội dung này.

*Thứ hai*, hành vi “gây rối trật tự phiên tòa” ngoài việc bị áp dụng các hình thức xử phạt còn bị áp dụng biện pháp “buộc rời khỏi phòng xử án”. Về bản chất, “buộc rời khỏi phòng xử án” là một biện pháp khắc phục hậu quả và rất cần thiết trong việc bảo đảm sự tôn nghiêm của phiên tòa. Đáng tiếc, biện pháp này không được ghi nhận trong phần thẩm quyền của Thẩm phán chủ tọa phiên tòa được quy định tại khoản 1 Điều 48 Luật Xử lý vi phạm hành chính. Do đó, Pháp lệnh Xử lý các hành vi cản trở hoạt động tố tụng của Tòa án nhân dân cần

quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp này cho Thẩm phán chủ tọa phiên tòa khi xử phạt hành vi “gây rối trật tự phiên tòa”.

*Thứ ba*, Tòa án nhân dân bên cạnh việc xét xử tại các phiên tòa còn thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn tại các phiên họp. Đơn cử, đó là Phiên họp xem xét, quyết định áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc, đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc. Do đó, việc cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân cần được hiểu theo nghĩa bao hàm cả những phiên họp của Tòa án nhân dân. Không phải ngẫu nhiên mà Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (Bộ luật Hình sự) đã bổ sung việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với hành vi gây rối trật tự phiên họp, đồng thời sửa đổi tên của điều luật thành: *Tội gây rối trật tự phiên tòa, phiên họp* nhằm bảo đảm tính bao quát và phù hợp với các trường hợp có thể xảy ra trong thực tế<sup>14</sup>. Do đó, Pháp lệnh Xử lý các hành vi cản trở hoạt động tố tụng của Tòa án nhân dân cần quy định về hành vi vi phạm cũng như thừa nhận thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính của Thẩm phán phụ trách các phiên họp.

*Thứ tư*, không phải mọi hành vi gây khó khăn trở ngại cho hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân đều là hành vi hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân. Đơn cử, hành vi của bị cáo từ chối khai báo, nếu hiểu dưới góc độ chung thì việc từ chối khai báo của bị cáo sẽ gây cản trở cho việc xét xử vụ án của Tòa án nhân dân mà cụ thể ở đây là của Hội đồng xét xử. Tuy nhiên, việc từ chối khai báo của bị cáo lại là hành vi hợp pháp, bởi bị cáo có quyền “không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội”<sup>15</sup>. Như vậy, mặc dù một hành vi có thể gây cản trở cho hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân, nhưng nếu hành vi đó hợp pháp thì không thể bị xem là hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân. Chính vì vậy, Pháp lệnh Xử lý các hành vi cản trở hoạt động tố tụng của Tòa án nhân dân cũng phải có những quy định về trường hợp ngoại lệ, những giới hạn của điều luật để tránh trường hợp mâu thuẫn trong việc áp dụng pháp luật vào thực tế ■

<sup>13</sup> Cao Vũ Minh, “*Tính thống nhất trong hệ thống pháp luật Việt Nam nhìn từ Dự thảo Pháp lệnh xử lý hành chính các hành vi cản trở hoạt động tố tụng của Tòa án nhân dân*”, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 11, năm 2013.

<sup>14</sup> Điều 391 Bộ luật Hình sự quy định về “*Tội gây rối trật tự phiên tòa, phiên họp*”.

<sup>15</sup> Điểm h khoản 2 Điều 61 Bộ luật Tố tụng hình sự.

# TÌNH TRẠNG KHẨN CẤP VÀ VẤN ĐỀ BẢO ĐẢM DÂN CHỦ TRONG TÌNH TRẠNG KHẨN CẤP

**Nguyễn Mai Anh**

*ThS. Khoa Luật Hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Tình trạng khẩn cấp, hạn chế quyền con người, bảo đảm dân chủ.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 28/12/2021  
Biên tập : 15/02/2022  
Duyệt bài : 16/02/2022

## Article Infomation:

*Keywords:* State of emergency; derogation of human rights; ensuring democracy.

## Article History:

Received : 28 Dec. 2021  
Edited : 15 Feb. 2022  
Approved : 16 Feb. 2022

## Tóm tắt:

“Tình trạng khẩn cấp” là một khái niệm pháp lý gây nhiều tranh cãi ngay từ khi xuất hiện. Khi áp dụng một cách tùy tiện, tình trạng này tiềm ẩn nguy cơ đe dọa nền dân chủ, và trong tình huống xấu nhất có thể dẫn đến một “chế độ độc tài hợp hiến”. Do vậy việc nghiên cứu các quy định về tình trạng khẩn cấp cũng như các biện pháp nhằm bảo đảm dân chủ khi áp dụng tình trạng này là vô cùng quan trọng. Bài viết phân tích một số nội dung cơ bản liên quan đến tình trạng khẩn cấp, những cách thức phổ biến nhằm bảo đảm dân chủ khi áp dụng tình trạng đặc biệt này trong pháp luật quốc tế để từ đó đưa ra một số gợi ý mở cho Việt Nam.

## Abstract:

“State of emergency” has been a controversial legal concept since its inception. In case of being applied arbitrarily, this state may lead to the risk of decreasing democracy, and in the worst scenario a “constitutional authoritarianism”. Hence, research on basic contents of state of emergency and measures to ensure democracy in this state is extremely important. This article provies an analysis of state of emergency, popular measures to ensure democracy in this special state in international law, and based on that suggests some recommendations for Vietnam.

## 1. Khái quát về tình trạng khẩn cấp

Tình trạng khẩn cấp không phải là một khái niệm pháp lý mới mẻ trên thế giới mà đã xuất hiện từ lâu cùng với truyền thống dân chủ tự do từ Tây Âu<sup>1</sup>. Khái niệm “*tình trạng khẩn cấp*” hay “*hoàn cảnh khẩn cấp*” chỉ trạng thái bất thường của xã hội xác định sau khi một tuyên bố chính thức được đưa ra bởi chủ thể có thẩm quyền, đánh dấu bước chuyển đổi của hệ thống chính trị từ trạng thái bình thường sang trạng thái đặc biệt nhằm đối phó với một tình huống bất ngờ xảy ra (có thể xuất phát từ nguyên nhân mang tính khách quan như thiên tai, dịch bệnh

hoặc chủ quan như chiến tranh, tình trạng bất ổn về dân sự, biểu tình bạo động) gây ra mối đe dọa nghiêm trọng đến sự tồn tại của quốc gia. Việc áp dụng tình trạng khẩn cấp có thể được xem như cách mỗi quốc gia “tự vệ” trước những mối đe dọa từ bên ngoài hay xung đột nội bộ bằng cách điều chỉnh lại mối tương quan giữa lợi ích của các cá nhân với sự tồn vong của đất nước bằng những biện pháp đặc biệt mà trong bối cảnh thông thường không được phép áp dụng. Khi được áp dụng, tình trạng khẩn cấp kéo theo nhiều hệ quả pháp lý như sự giới hạn hay phủ nhận một số quyền và tự do

<sup>1</sup> Emmanuel Saffa Abdulai, *Constitutional theories, international legal doctrines and jurisprudential foundation for state of emergency*, IALS Student Law Review, 8, (COVID, p.3.Special Issue), 2021, p.3.

cơ bản của con người nhằm ứng phó với tình huống bất ngờ đang đe dọa đến sự tồn tại của quốc gia<sup>2</sup>, ngoài ra sự cân bằng trong cơ cấu quyền lực nhà nước cũng thay đổi - lập pháp và tư pháp được cắt giảm bớt để ưu tiên cho hành pháp<sup>3</sup>. Chính vì lý do này mà tình trạng khẩn cấp đôi khi được xem như “tám thế” hợp pháp hoá những giới hạn quyền cá nhân mà chính phủ ban hành<sup>4</sup>.

Về căn cứ pháp lý của tình trạng khẩn cấp, hiện nay các quốc gia trên thế giới có những cách tiếp cận rất khác nhau. Ở một số nước, nội dung liên quan đến tình trạng khẩn cấp được ghi nhận trước hết trong Hiến pháp với tên gọi “điều khoản khẩn cấp” (*emergency clause*) hay “điều khoản phủ nhận” (*derogation clause*)<sup>5</sup>. Điều khoản này cung cấp những nguyên tắc pháp lý cơ bản của tình trạng khẩn cấp và dành việc quy định cụ thể, chi tiết cho các đạo luật riêng<sup>6</sup>. Nội dung của điều khoản này ở mỗi quốc gia có sự khác biệt nhất định nhưng nhìn chung thường bao gồm các vấn đề chính như căn cứ ban bố, chủ thể có thẩm quyền quyết định tình trạng khẩn cấp, các quyền con người, quyền công dân không thể phủ nhận hoặc các quyền được phép phủ nhận, các biện pháp đặc biệt được áp dụng trong tình trạng khẩn cấp, thời hạn áp dụng tình trạng khẩn cấp... Một cách tiếp cận khác quyền quy định về tình trạng

khẩn cấp được trao cho cơ quan lập pháp thay vì quy định trực tiếp trong Hiến pháp. Hiến pháp ở các nước này không đề cập đến hoặc chỉ đề cập rất ít đến tình trạng khẩn cấp. Canada là một ví dụ điển hình cho cách tiếp cận không qua Hiến pháp. Hiến pháp Canada không quy định về tình trạng khẩn cấp, các vấn đề liên quan được điều chỉnh bởi Đạo luật về Các tình huống khẩn cấp năm 1988<sup>7</sup>. Tương tự, ở Hoa Kỳ, Hiến pháp liên bang không quy định một cách minh thị về tình trạng khẩn cấp mà chỉ nhắc đến vấn đề này một cách gián tiếp qua các quy định về quyền hạn của Tổng thống và Nghị viện. Các nội dung cụ thể về việc tuyên bố tình trạng khẩn cấp ở cấp độ liên bang được ghi nhận trong Đạo luật Khẩn cấp quốc gia Hoa Kỳ năm 1976<sup>8</sup>.

Về căn cứ tuyên bố tình trạng khẩn cấp, các căn cứ để xem xét ban bố tình trạng khẩn cấp có thể được tuyên bố rõ ràng trong Hiến pháp hoặc các đạo luật<sup>9</sup> và có sự khác nhau tùy theo từng quốc gia. Nhìn chung, các căn cứ phổ biến có thể được chia thành ba nhóm chính bao gồm (1) *khủng hoảng chính trị*, biểu hiện ở các hình thức như chiến tranh (gồm chiến tranh thế giới, nội chiến, chiến tranh giải phóng đất nước), bất ổn nội bộ, những đe dọa nghiêm trọng đến trật tự công cộng, bạo động lật đổ; (2) *thảm họa thiên nhiên hay công cộng* và (3) *khủng hoảng*

<sup>2</sup> Ana Jabauri, *State of emergency: shortcut to authoritarianism*, Journal of Constitutional Law, 1, 2020, p.138.

<sup>3</sup> Christian Bjørnskov & Stefan Voigt, *Why do governments call a state of emergency? On the Determinants of Using Emergency Constitutions*, European Journal of Political Economy, 2017, 1-14, p. 2.

<sup>4</sup> Kim Lane Scheppele, *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*, University of Pennsylvania Journal of Constitution Law, vol.6, issue 5, 2004, p.1001.

<sup>5</sup> Ví dụ như Điều 103 Hiến pháp Hà Lan, Điều 16 và 36 Hiến pháp Cộng hoà Pháp năm 1958, Điều 45(3) Hiến pháp Nigeria, Điều 31 Hiến pháp Ghana năm 1992.

<sup>6</sup> Ví dụ Đạo luật ngày 3 tháng 4 năm 1955 và Đạo luật ngày 23 tháng 3 năm 2020 của Pháp.

<sup>7</sup> The Emergencies Act 1988.

<sup>8</sup> The National Emergencies Act 1976.

<sup>9</sup> Đạo luật về Các tình huống khẩn cấp năm 1988 Canada quy định 4 căn cứ ban bố tình trạng khẩn cấp gồm “khẩn cấp về phúc lợi công cộng” (public welfare emergency), “khẩn cấp về trật tự công cộng” (public order emergency), “khẩn cấp quốc tế” (international emergency) và “khẩn cấp chiến tranh” (war emergency).

*kinh tế*<sup>10</sup>. Như vậy có thể thấy các tình huống là căn cứ tuyên bố tình trạng khẩn cấp tương đối đa dạng và được quy định một cách giới hạn nhưng linh hoạt tùy theo đặc điểm của mỗi nước và có chung những đặc điểm (1) có tính chất bất ngờ, ngoài dự liệu của con người; (2) có thể bắt nguồn từ yếu tố mang tính khách quan hoặc chủ quan; (3) các văn bản pháp luật thông thường không đủ để “đối phó” với những tình huống này mà đòi hỏi những biện pháp mạnh hơn, cứng rắn hơn; (4) gây ra mối đe dọa thật sự nghiêm trọng tới sự tồn tại bình thường của quốc gia. Cách quy định này khá hợp lý vì suy cho cùng, một tình huống có thể được xem là mối đe dọa đáng kể đối với quốc gia này nhưng lại là bình thường đối với quốc gia khác. Tuy nhiên, để tránh tình trạng các nước lạm dụng quy định về tình trạng khẩn cấp một cách tùy tiện, các văn kiện pháp lý quốc tế về nhân quyền đã định ra những tiêu chí cơ bản mà một quốc gia cần đáp ứng để có thể tuyên bố tình trạng khẩn cấp, bao gồm: (1) tình huống đó phải thật sự đe dọa sự sống còn của quốc gia; (2) các biện pháp đặc biệt chỉ được áp dụng đủ để đáp lại tình huống bất ngờ; (3) các biện pháp áp dụng không được vi phạm các nghĩa vụ pháp lý quốc tế khác và (4) các biện pháp áp dụng không được mang tính phân biệt đối xử<sup>11</sup>.

Về thẩm quyền và thủ tục ban bố tình trạng khẩn cấp, tùy thuộc vào hình thức chính thể cũng như chế độ chính trị, chủ thể có thẩm quyền và thủ tục tuyên bố tình trạng khẩn cấp được quy định khác nhau ở các nước. Xuất phát từ tính chất bất ngờ, đột ngột và đòi hỏi

cách thức xử lý nhanh chóng, kịp thời với mục đích cuối cùng là bảo đảm sự tồn tại của đất nước, quyền khởi xướng hoặc đề xuất tình trạng khẩn cấp thường trao về cho nhánh hành pháp. Lý do cho cách quy định này là cơ quan hành pháp thường có các điều kiện cần thiết để ứng phó với tình huống khẩn cấp như nguồn nhân lực mạnh mẽ, chuyên nghiệp, nguồn tài chính dồi dào và nhất là tính liên tục, thường xuyên trong chế độ làm việc. Tuy nhiên, việc áp dụng tình trạng khẩn cấp là sự kiện pháp lý quan trọng đối với mỗi đất nước, do vậy đòi hỏi sự tham gia của cơ quan lập pháp bên cạnh nhánh hành pháp. Mức độ và cách thức tham gia này là khác nhau ở mỗi nước. Ở Hoa Kỳ, Canada, việc đề xuất hay quyết định tình trạng khẩn cấp thuộc về người đứng đầu cơ quan thực hiện quyền hành pháp và phải thông báo đến cơ quan lập pháp trong một thời hạn nhất định<sup>12</sup>. Ở Pháp, Tổng thống có quyền ban bố tình trạng khẩn cấp nhưng quyền này chỉ có thể thực hiện sau khi tham vấn ý kiến của Thủ tướng, Chủ tịch hai viện và Hội đồng Hiến pháp<sup>13</sup>. Ở một số nước khác như Đức, Ghana, tuyên bố tình trạng khẩn cấp được đưa ra bởi người đứng đầu cơ quan hành pháp nhưng phải được phê chuẩn bởi cơ quan lập pháp trước khi bắt đầu áp dụng các biện pháp khẩn cấp đặc biệt<sup>14</sup> hoặc cơ quan lập pháp tự mình tuyên bố tình trạng khẩn cấp (ví dụ như ở Cộng hòa Hungary<sup>15</sup>).

Về thẩm quyền đặc biệt trong tình trạng khẩn cấp, một số quyền hạn tăng cường của cơ quan hành pháp trong trường hợp khẩn cấp phổ biến gồm: (1) các biện pháp cần thiết để giữ các cơ quan chính phủ được hoạt động một

<sup>10</sup> Jaime Orea, *Human rights in states of emergency in international law*, Clarendon Press, 1992, p.31.

<sup>11</sup> Điều 4(1) Công ước Quốc tế về các Quyền Dân sự và Chính trị (ICCPR).

<sup>12</sup> Xem mục 58 Đạo luật về Các tình huống khẩn cấp năm 1988 của Canada.

<sup>13</sup> Điều 16 Hiến pháp nước Cộng hòa Pháp năm 1958.

<sup>14</sup> Ở Ghana, tổng thống chỉ có thể tuyên bố tình trạng khẩn cấp sau khi được Hội đồng nhà nước phê chuẩn (Điều 31 Hiến pháp Ghana 1992).

<sup>15</sup> Điều 1(h) Hiến pháp Hungary.

cách tốt nhất (ví dụ như không thể bỏ phiếu bất tín nhiệm, tất cả các cuộc bầu cử bị đình chỉ, nhiệm kỳ của thẩm phán tòa án hiến pháp được kéo dài), (2) tăng quy mô quân đội (bao gồm cả việc sử dụng vệ binh quốc gia cho mục đích quân đội), (3) các biện pháp cần thiết để giữ cho đất nước được tồn tại (đưa ra các loại thuế mới, thu trước các khoản thuế hiện có). Ngoài ra có thể có thêm một số biện pháp khác như miễn trừ trách nhiệm pháp lý cho các công chức nhà nước đối với các hành vi theo lệnh thiết quân luật hoặc cho phép cưỡng chế lao động<sup>16</sup>.

### 2. Các biện pháp bảo đảm dân chủ trong tình trạng khẩn cấp

*Thứ nhất, quy định rõ các quyền con người không thể bị hạn chế trong tình trạng khẩn cấp.*

Tuy việc áp dụng tình trạng khẩn cấp là vấn đề mang tính nội bộ của mỗi quốc gia, việc hạn chế hay đình chỉ một số quyền con người trong tình trạng đặc biệt này lại liên quan đến các nghĩa vụ quốc tế của quốc gia đó về nhân quyền. Do vậy, việc hạn chế quyền con người từ phía các cơ quan nhà nước phải được đặt trong một giới hạn nhất định của các văn kiện pháp lý quốc tế về nhân quyền. Ở cấp độ quốc tế phải kể đến Công ước quốc tế về các quyền

dân sự và chính trị (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR), Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hoá (International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights – ICESCR) và một số văn kiện ở cấp khu vực như Công ước châu Âu về nhân quyền (European Convention on Human Rights – ECHR), Công ước châu Mỹ về nhân quyền (American Covenant on Human Rights – ACHR). Điều 4(2) ICCPR quy định các quyền con người sau đây không thể bị phủ nhận trong bất kỳ tình huống nào: quyền được sống<sup>17</sup>; quyền tự do khỏi chế độ nô lệ, buôn bán nô lệ<sup>18</sup>; quyền không bị bắt giam do không có khả năng thực hiện nghĩa vụ hợp đồng<sup>19</sup>; quyền không bị áp dụng luật hồi tố<sup>20</sup>; quyền được công nhận tư cách con người trước pháp luật<sup>21</sup>; quyền tự do tư tưởng, lương tâm và tín ngưỡng<sup>22</sup>; quyền không bị áp dụng hình phạt tử hình<sup>23</sup>. ECHR quy định các quyền con người không thể bị hạn chế gồm: quyền được sống<sup>24</sup>; quyền không bị tra tấn và không bị đối xử hoặc trừng phạt một cách vô nhân đạo<sup>25</sup>; quyền tự do khỏi chế độ nô lệ<sup>26</sup>; quyền không bị áp dụng án tử hình<sup>27</sup>; nguyên tắc một người không thể bị truy tố hai lần với cùng một hành vi phạm tội<sup>28</sup>. Các nội dung tương tự có thể tìm thấy tại Điều 27(2) của ACHR và bổ sung thêm một số

<sup>16</sup> Christian Bjørnskov & Stefan Voigt, *The Architecture of Emergency Constitutions*, European Journal of Political Economy, 2016, p.11.

<sup>17</sup> Điều 6 ICCPR.

<sup>18</sup> Điều 8 ICCPR.

<sup>19</sup> Điều 11 ICCPR.

<sup>20</sup> Điều 15 ICCPR.

<sup>21</sup> Điều 16 ICCPR.

<sup>22</sup> Điều 18 ICCPR.

<sup>23</sup> Điều 6 Nghị định thư không bắt buộc số 2.

<sup>24</sup> Điều 2 ECHR.

<sup>25</sup> Điều 3 ECHR.

<sup>26</sup> Điều 4(1) ECHR.

<sup>27</sup> Điều 3 Nghị định thư không bắt buộc số 6.

<sup>28</sup> Điều 4 Nghị định thư không bắt buộc số 7.

quyền như quyền đối với tên của mình<sup>29</sup>, quyền đối với quốc tịch<sup>30</sup>, quyền tham gia vào Chính phủ<sup>31</sup> và được bảo đảm thực hiện bằng các cơ chế tư pháp thích hợp.

Như vậy, nhìn chung các quyền con người không thể bị hạn chế (non-derogable rights) quy định trong các công ước quốc tế về nhân quyền đều là những quyền xuất phát từ nhu cầu cơ bản nhất của cá nhân. Việc thực hiện các quyền này là điều kiện tối thiểu để cá nhân có thể tồn tại. Trong tình trạng khẩn cấp, việc hạn chế các quyền này không mang nhiều ý nghĩa trong việc đối phó với tình huống bất ngờ đang đe dọa đến sự tồn tại của đất nước và do vậy không cần thiết phải bị hạn chế. Tuy có sự khác nhau nhất định trong pháp luật của từng quốc gia, phụ thuộc vào tình hình chính trị - xã hội cũng như các văn kiện pháp lý quốc tế mà quốc gia đó là thành viên, về cơ bản các quyền không thể bị phủ nhận trong pháp luật quốc tế hầu hết được chuyển hoá thành quy định ở cấp độ quốc gia, trước hết là trong Hiến pháp mỗi nước. Ví dụ như Hiến pháp Canada năm 1982 quy định các quyền không thể bị phủ nhận bao gồm quyền tham gia chính trị<sup>32</sup>, quyền tự do đi lại<sup>33</sup>, quyền về ngôn ngữ<sup>34</sup>, quyền được tiếp cận toà án<sup>35</sup>. Hiến pháp Uganda quy định các quyền con người cơ bản không thể bị tước bỏ trong mọi trường hợp gồm tự do khỏi bị tra tấn và đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục; tự do khỏi chế độ nô lệ; quyền được điều trần công bằng<sup>36</sup>. Tương tự, Hiến pháp Nam Phi quy định các quyền không

thể hạn chế ngay cả trong trường hợp khẩn cấp gồm quyền bình đẳng, quyền đối với nhân phẩm, quyền sống, quyền tự do khỏi chế độ nô lệ, các quyền của trẻ em, quyền không bị bắt, giam và buộc tội mà không theo quy định pháp luật<sup>37</sup>. Việc quy định rõ ràng các quyền không thể hạn chế có ý nghĩa rất quan trọng trong việc bảo đảm dân chủ khi tình trạng khẩn cấp được áp dụng. Đây có thể được xem như một giới hạn đặt ra cho các cơ quan nhà nước, tránh tình trạng lạm dụng quyền lực đặc biệt làm tổn hại đến các quyền cơ bản của người dân.

*Thứ hai, quy định rõ quyền hạn khẩn cấp (emergency powers).*

Các tình huống khẩn cấp đòi hỏi sự phản ứng kịp thời, quyết đoán từ phía các cơ quan nhà nước và do vậy các thẩm quyền đặc biệt trong trường hợp này thường được trao về cho cơ quan hành pháp, xuất phát từ tính chủ động của nó. Tùy theo tình hình của từng quốc gia, các biện pháp này có sự khác nhau nhất định. Một số biện pháp phổ biến có thể được cơ quan hành pháp áp dụng trong tình trạng khẩn cấp bao gồm đặt giờ giới nghiêm, hạn chế di chuyển của người dân và cấm tụ tập đông người, thiết lập các khu vực an toàn nơi mọi người có thể bị giám sát và đóng cửa các không gian công cộng như nhà hát, quán bar, bảo tàng và các địa điểm hội họp khác. Ngoài ra các biện pháp cứng rắn hơn cũng có thể được áp dụng như khám xét nơi ở bất cứ lúc nào mà không cần sự giám sát của tư pháp, thực thi quản thúc tại gia và tịch thu một số loại vũ khí, ngay cả khi

<sup>29</sup> Điều 18 ACHR.

<sup>30</sup> Điều 20 ACHR.

<sup>31</sup> Điều 23 ACHR.

<sup>32</sup> Điều 3, 4, 5 Hiến pháp Canada 1982.

<sup>33</sup> Điều 6 Hiến pháp Canada 1982.

<sup>34</sup> Điều 16 đến 23 Hiến pháp Canada 1982.

<sup>35</sup> Điều 24 Hiến pháp Canada 1982.

<sup>36</sup> Điều 44 Hiến pháp Uganda.

<sup>37</sup> Điều 37 (5) Hiến pháp Cộng hoà Nam Phi.

người dân giữ chúng hợp pháp<sup>38</sup>. Luật về Các tình huống khẩn cấp của Canada năm 1988 quy định các biện pháp đặc biệt tương ứng với từng loại trường hợp khẩn cấp. Chẳng hạn như với tình huống khẩn cấp liên quan đến sức khỏe cộng đồng, các biện pháp như chỉ định cung ứng các dịch vụ thiết yếu, sử dụng hay định đoạt tài sản, quy định cung ứng hàng hoá và dịch vụ, thiết lập các cơ sở khám chữa bệnh có thể được áp dụng<sup>39</sup>. Trong khi đó, đối với tình trạng khẩn cấp liên quan đến trật tự công cộng, các biện pháp đặc biệt như cấm tụ họp nơi công cộng hoặc di chuyển trong những khu vực nhất định; kiểm soát các địa danh; chỉ định cung ứng dịch vụ thiết yếu; áp dụng phạt tiền hoặc phạt tù hoặc cả hai với những mức độ khác nhau với những hành vi có khả năng gây nguy hiểm cho cộng đồng<sup>40</sup>.

Một điều dễ nhận thấy là việc tập trung quyền hạn vào cơ quan hành pháp sẽ dẫn đến sự mất cân bằng trong cơ cấu quyền lực nhà nước và khả năng cơ quan hành pháp lạm dụng quyền hạn này, làm mất đi tính dân chủ của nhà nước. Do đó bên cạnh quy định các biện pháp đặc biệt được áp dụng trong tình trạng khẩn cấp, một số quốc gia đã ghi nhận những hạn chế nhất định đối với quyền hạn khẩn cấp. Theo đó một số hoạt động bị cấm trong suốt thời gian áp dụng tình trạng này như cấm tổ chức bầu cử<sup>41</sup>, cấm vận động thông qua các tu chính án, cấm sửa đổi Hiến pháp<sup>42</sup>, cấm giải tán cơ quan lập pháp trong thời gian áp dụng tình

trạng khẩn cấp, tuyên bố rõ tất cả các sắc lệnh hành pháp đã ban hành chỉ có hiệu lực cho đến khi hết tình trạng khẩn cấp<sup>43</sup>.

*Thứ ba, tăng cường vai trò giám sát của các thiết chế hiến định khác.*

Nhìn chung hiện nay ở các quốc gia trên thế giới, việc giám sát trong tình trạng khẩn cấp thường được trao về cho cơ quan lập pháp và tư pháp bằng nhiều cách thức khác nhau.

Đối với cơ quan lập pháp, vai trò này thường được thể hiện trên các phương diện như thẩm quyền phê chuẩn lần đầu hay kéo dài tuyên bố về tình trạng khẩn cấp đưa ra bởi cơ quan hành pháp. Trước hết, trong thủ tục tuyên bố tình trạng khẩn cấp, hiện nay một số quốc gia quy định việc tuyên bố tình trạng đặc biệt này phải được đưa ra cùng với ít nhất một phương thức kiểm soát của cơ quan lập pháp, cụ thể là phải được sự tán thành của đa số thành viên Nghị viện (cả Thượng viện và Hạ viện nếu tổ chức theo mô hình lưỡng viện). Cách thức này được áp dụng không chỉ ở các quốc gia có hình thức chính thể đại nghị hay cộng hoà hỗn hợp mà kể cả trong chính thể cộng hoà tổng thống, nơi mà cơ quan hành pháp có thẩm quyền ban đầu tuyên bố tình trạng khẩn cấp, tuyên bố này sau đó vẫn phải được sự chấp thuận của cơ quan lập pháp<sup>44</sup>. Ví dụ như ở Canada, kiến nghị về việc tuyên bố tình trạng khẩn cấp cùng với bản lý giải căn cứ tuyên bố tình trạng khẩn cấp và các báo cáo tham vấn với các thống đốc liên

<sup>38</sup> Điều 5 Luật số 55-385 ngày 3 tháng 4 năm 1955 về tình trạng khẩn cấp của Cộng hoà Pháp.

<sup>39</sup> Điều 8 Đạo luật các tình huống khẩn cấp năm 1988 của Canada.

<sup>40</sup> Điều 19 Đạo luật các tình huống khẩn cấp năm 1988 của Canada.

<sup>41</sup> Hiến pháp Georgia Điều 37 (3) về bầu cử Nghị viện, Điều 50 (5) về bầu cử tổng thống và Điều 71 (5) về bầu cử.

<sup>42</sup> Điều 140 Hiến pháp Bolivia, Điều 77 (7) Hiến pháp Georgia.

<sup>43</sup> Christian Bjørnskov & Stefan Voigt, *The Architecture of Emergency Constitutions*, European Journal of Political Economy, 2016, p. 11.

<sup>44</sup> Ana Jabauri, *State of emergency: shortcut to authoritarianism*, Journal of Constitutional Law, 1, 2020, p.138.

quan đến việc tuyên bố phải được trình lên cả hai viện trong vòng 7 ngày làm việc sau khi tuyên bố được đưa ra<sup>45</sup>. Trong trường hợp một trong hai viện bỏ phiếu không tán thành, tuyên bố tình trạng khẩn cấp sẽ “*tự động chấm dứt hiệu lực từ thời điểm kết quả bỏ phiếu được đưa ra*”<sup>46</sup>. Tương tự, ở Bolivia “*hiệu lực của tuyên bố tình trạng khẩn cấp phụ thuộc vào việc phê chuẩn sau đó của Hội đồng lập pháp đa dân tộc*”<sup>47</sup> và việc phê chuẩn này phải được thực hiện trong vòng 72 giờ sau khi tuyên bố tình trạng khẩn cấp được đưa ra bởi hành pháp. Quyết định phê chuẩn này cũng nêu rõ các quyền hạn đặc biệt mà hành pháp được sử dụng cũng như tính cấp thiết phải xem xét để áp dụng các quyền hạn này trong tình trạng khẩn cấp. Ngoài ra, nhằm tránh tình trạng cơ quan hành pháp tuyên bố tình trạng khẩn cấp một cách tùy tiện, Hiến pháp Bolivia cũng quy định trong vòng một năm sau đó, nếu muốn áp dụng, tuyên bố tình trạng khẩn cấp bắt buộc phải được cơ quan lập pháp phê chuẩn trước khi ban bố. Tương tự, ở Ghana, căn cứ và lý do cần tuyên bố tình trạng khẩn cấp phải được tổng thống nêu rõ và đệ trình lên Quốc hội bằng văn bản. Trong vòng 72 giờ, Quốc hội sẽ tranh luận và biểu quyết quyết định. Nếu được phê chuẩn, tuyên bố tình trạng khẩn cấp được áp dụng trong 3 tháng, Quốc hội có quyền biểu quyết với tỷ lệ tán thành đa số kéo dài thời hạn trên nhưng không được quá một tháng mỗi lần

hoặc chấm dứt tình trạng khẩn cấp<sup>48</sup>.

Xuất phát từ bản chất của tình trạng khẩn cấp là một phản ứng tạm thời của nhà nước đối với một nhu cầu khẩn cấp bất ngờ, thông thường Hiến pháp các nước đều quy định thời hạn cụ thể cho mỗi tuyên bố tình trạng khẩn cấp<sup>49</sup>. Sau thời hạn này, tình trạng khẩn cấp sẽ tự động kết thúc nếu không được gia hạn. Nhìn chung hiện nay nhiều quốc gia quy định việc kéo dài tình trạng này không thể được tiến hành mà không có sự đồng thuận từ đa số thành viên lập pháp. Thậm chí để hạn chế tới mức tối thiểu khả năng hành pháp lợi dụng việc tuyên bố tình trạng khẩn cấp để gia tăng quyền hạn cho mình, một phương pháp rất thú vị được đưa ra là “*siêu đa số lũy kế*” (*supermajoritarian escalator*)<sup>50</sup>. Theo đó, cứ mỗi lần cơ quan hành pháp yêu cầu tuyên bố tình trạng khẩn cấp, tỷ lệ số thành viên Nghị viện tán thành cần thiết để phê chuẩn yêu cầu đó sẽ tăng lên. Như vậy, có thể thấy độ “khó” để ban bố tình trạng khẩn cấp cũng vậy mà càng ngày càng tăng, hạn chế khả năng Chính phủ tuyên bố tình trạng này một cách tùy tiện. Ngược lại, tỷ lệ thành viên lập pháp tán thành cần để chấm dứt tình trạng khẩn cấp thường chỉ cần đạt đa số tương đối<sup>51</sup>. Một số quốc gia áp dụng phương pháp này có thể kể đến Nam Phi, Kenya. Hiến pháp Cộng hòa Nam Phi quy định việc phê chuẩn ban đầu về tình trạng khẩn cấp đòi hỏi đa số tuyệt đối, nhưng việc gia hạn tiếp theo đòi hỏi đa số với tỉ

<sup>45</sup> Điều 58 (1) Đạo luật về Các tình huống khẩn cấp năm 1988.

<sup>46</sup> Điều 58 (6) Đạo luật về Các tình huống khẩn cấp năm 1988.

<sup>47</sup> Điều 138 Hiến pháp Bolivia.

<sup>48</sup> Điều 31 Hiến pháp Ghana.

<sup>49</sup> Điều 36 Hiến pháp Cộng hòa Pháp năm 1958 quy định tình trạng khẩn cấp chỉ kéo dài trong 12 ngày. Điều 7 Đạo luật về tình huống khẩn cấp của Canada năm 1988 quy định tình trạng khẩn cấp do sức khoẻ kéo dài 90 ngày, trong khi đó tình trạng khẩn cấp liên quan tới trật tự công cộng kéo dài trong 30 ngày (Điều 18(2)).

<sup>50</sup> Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, Law Faculty Scholarship Series, Paper 121, The Yale Law Journal, Vol. 113, 2004, p. 1047.

<sup>51</sup> Christian Bjørnskov & Stefan Voigt, *The Architecture of Emergency Constitutions*, European Journal of Political Economy, 2016, p.10.



lệ 3/5<sup>52</sup>. Tương tự, Hiến pháp Kenya quy định lần gia hạn đầu tiên của tình trạng khẩn cấp yêu cầu tỷ lệ tán thành ít nhất là 2/3, nhưng bất kì lần gia hạn tiếp theo nào cũng yêu cầu ít nhất 3/4 số thành viên Nghị viện tán thành<sup>53</sup>.

Cùng với các biện pháp giám sát của lập pháp, sự tham gia của các cơ quan tư pháp thông qua cơ chế xem xét tư pháp có ý nghĩa rất quan trọng trong việc bảo đảm tính dân chủ trong tình trạng khẩn cấp bởi lẽ ngay cả khi Hiến pháp cho phép áp dụng các biện pháp đặc biệt, việc áp dụng này cũng phải theo đúng quy định của pháp luật (bao gồm cả pháp luật quốc gia và các văn kiện pháp lý quốc tế). Do vậy, sự tham gia của cơ quan tư pháp là vô cùng quan trọng. Toà án có thể tham gia vào quá trình ra tuyên bố hoặc gia hạn tình trạng khẩn cấp và giám sát tính hợp hiến, hợp pháp của các biện pháp đặc biệt được áp dụng. Tuy nhiên, hiện nay cơ chế này được quy định rất khác nhau ở các quốc gia. Ở một số ít quốc gia, việc can thiệp của toà án vào các quyết định hành pháp trong tình trạng khẩn cấp bị cấm tuyệt đối. Chẳng hạn như ở Thổ Nhĩ Kỳ, toà án Hiến pháp bị cấm xem xét tính hợp hiến cả về hình thức lẫn nội dung của các quyết định ban hành trong tình trạng khẩn cấp<sup>54</sup>. Cách quy định này đã gây ra nhiều quan ngại về việc áp dụng nguyên tắc phân chia quyền lực cũng như tạo ra “vùng trắng” cho hành pháp mà ở đó, mọi quyết định đưa ra không chịu sự giám sát

từ bất cứ chủ thể nào. Ở một số quốc gia khác, các cơ quan có quyền tiến hành xem xét Hiến pháp có quyền hạn tương đối rộng kể cả trong tình trạng khẩn cấp. Ví dụ như ở Kenya, Toà án Tối cao có thể đưa ra phán quyết không chỉ với “*tất cả văn bản pháp luật được ban hành, hành vi của các cơ quan nhà nước thực hiện trong thời gian áp dụng tình trạng khẩn cấp*”<sup>55</sup> mà cả với hiệu lực của chính “*tuyên bố tình trạng khẩn cấp*”<sup>56</sup> cũng như “*sự gia hạn của tuyên bố*”<sup>57</sup>. Tương tự, Hiến pháp Slovakia quy định Toà án Hiến pháp có quyền quyết định “*tuyên bố tình trạng ngoại lệ hay tình trạng khẩn cấp và các quyết định có liên quan có được ban hành phù hợp với Hiến pháp và luật hay không*”<sup>58</sup>. Ở Nam Phi, quyết định tuyên bố lần đầu và gia hạn tình trạng khẩn cấp có thể bị xem xét bởi toà án<sup>59</sup>. Những quy định này đã tạo nên một cơ chế bảo vệ tư pháp mạnh mẽ, đủ để giám sát, bảo đảm tính dân chủ trong tình trạng khẩn cấp. Tuy nhiên trên thực tế, mặc dù được trang bị cơ chế xem xét tư pháp mạnh mẽ, quyền tài phán của toà án đối với các quyết định ban hành trong tình trạng khẩn cấp vẫn có thể bị tước bỏ bởi nhiều cách, chẳng hạn như thông qua việc sửa đổi Hiến pháp. Nếu được thông qua, các sửa đổi hiến pháp có thể khiến cho các biện pháp đặc biệt liên quan đến tình trạng khẩn cấp không thể bị phán quyết, ngay cả khi Hiến pháp trao cho toà án thẩm quyền xem xét này ngay từ đầu<sup>60</sup>. Do vậy, việc cấm

<sup>52</sup> Điều 37 Hiến pháp Cộng hoà Nam Phi.

<sup>53</sup> Điều 58 Hiến pháp Kenya.

<sup>54</sup> Điều 148 Hiến pháp Thổ Nhĩ Kỳ.

<sup>55</sup> Điều 58 (5) (c) Hiến pháp Kenya.

<sup>56</sup> Điều 58 (5) (a) Hiến pháp Kenya.

<sup>57</sup> Điều 58 (5) (b) Hiến pháp Kenya.

<sup>58</sup> Điều 129 Hiến pháp Slovakia.

<sup>59</sup> Điều 37.3 (a) (b) Hiến pháp Cộng hoà Nam Phi.

<sup>60</sup> Ví dụ trường hợp của Indira Gandhi – Thủ tướng đầu tiên của Ấn Độ. Bà Indira đã cố gắng để thông qua tu chính án giới hạn quyền xem xét tư pháp với tuyên bố tình trạng khẩn cấp. Tuy nhiên, Toà án tối cao Ấn Độ, căn cứ vào tính hợp hiến của tu chính án, đã tuyên bố nó không phù hợp với các nội dung cơ bản của Hiến pháp Ấn Độ.

sửa đổi Hiến pháp trong thời gian áp dụng tình trạng khẩn cấp ngoài mục đích hạn chế sự lạm quyền của cơ quan hành pháp còn có thể được xem ở một phương diện nào đó là cách bảo đảm việc xem xét tư pháp được tiến hành trong tình trạng khẩn cấp.

### **3. Một số gợi mở cho Việt Nam**

Từ phân tích những quy định về các biện pháp nhằm bảo đảm dân chủ trong tình trạng khẩn cấp trong pháp luật quốc tế và một số quốc gia trên thế giới, tác giả rút ra một số gợi mở sau cho Việt Nam:

*Thứ nhất, hoàn thiện cơ sở pháp lý của tình trạng khẩn cấp*

Tình trạng khẩn cấp là một trạng thái rất đặc biệt và việc áp dụng nó sẽ gây ra sự thay đổi rất lớn trong trật tự pháp luật thông thường của xã hội cũng như ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức. Bên cạnh đó, việc áp dụng tình trạng này cũng tiềm ẩn nguy cơ lạm dụng quyền lực từ phía các cơ quan nhà nước, làm mất tính dân chủ trong xã hội. Vì vậy, các nội dung về tình trạng khẩn cấp nên được ghi nhận trước hết trong Hiến pháp – văn bản có giá trị pháp lý cao nhất của mỗi quốc gia dưới dạng một điều khoản riêng biệt (Điều khoản khẩn cấp). Việc ghi nhận này xuất phát từ hai lý do: (1) nhằm bảo đảm tính cẩn trọng, ổn định trong việc áp dụng tình trạng khẩn cấp và (2) các quy tắc về quyền hạn khẩn cấp vốn có bản chất hiến pháp, vì chúng ảnh hưởng đến quyền của công dân và có thể ảnh hưởng đến toàn bộ cán cân quyền lực của hệ thống chính trị<sup>61</sup>. Hiện nay, ở Việt Nam, Hiến pháp năm 2013 có ghi nhận về tình trạng khẩn cấp nhưng chỉ mới ghi nhận một cách gián tiếp qua quy định về quyền hạn của các cơ quan nhà

nước như Quốc hội tại Điều 70, Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) tại Điều 74 và Chủ tịch nước tại Điều 88. Do vậy, tác giả cho rằng một điều khoản riêng biệt về tình trạng khẩn cấp trong Hiến pháp là cần thiết. Điều khoản khẩn cấp trong Hiến pháp nên ghi nhận các nội dung cơ bản nhất như căn cứ ban bố, chủ thể có thẩm quyền ban bố, thời hạn áp dụng. Việc quy định chi tiết, cụ thể về tình trạng khẩn cấp có thể giao lại cho luật chuyên ngành. Hiện nay, Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000 là văn bản quy định cụ thể về tình trạng khẩn cấp, tuy nhiên Pháp lệnh này được ban hành trên cơ sở Hiến pháp năm 1992. Xét về tính chất quan trọng của vấn đề tình trạng khẩn cấp cũng như sự phù hợp giữa các văn bản pháp luật và Hiến pháp khi Hiến pháp năm 2013 đã có hiệu lực, việc duy trì Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000 chưa thật sự phù hợp. Vì vậy, tác giả cho rằng Quốc hội cần sớm ban hành Luật Tình trạng khẩn cấp để thay cho Pháp lệnh Tình trạng khẩn cấp năm 2000.

*Thứ hai, tăng cường sự tham gia của Quốc hội vào việc áp dụng tình trạng khẩn cấp*

Khoản 13 Điều 70 Hiến pháp năm 2013 quy định thẩm quyền quy định tình trạng khẩn cấp thuộc về Quốc hội và Điều 74 quy định UBTVQH là cơ quan có quyền ban bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp trong cả nước hoặc ở từng địa phương. Căn cứ vào Nghị quyết của UBTVQH, Chủ tịch nước sẽ ban hành văn bản quy phạm pháp luật để công bố hoặc bãi bỏ tình trạng khẩn cấp. Trong trường hợp vì lý do khách quan mà UBTVQH không thể họp được, Chủ tịch nước có quyền công bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp trong cả nước hay ở từng địa phương. Như vậy có thể thấy quy định về thủ tục tuyên bố tình trạng khẩn cấp ở nước

<sup>61</sup> IDEA, *Quyền hạn khẩn cấp: Tài liệu phổ thông về lập hiến số 18 của IDEA quốc tế*, IDEA quốc tế, Stromsborg, Thụy Điển, 2018, tr.9.

ta hiện nay có một số điểm khác biệt nhất định so với các quốc gia khác trên thế giới. Một là, chủ thể đưa ra tuyên bố chính thức về tình trạng khẩn cấp là Chủ tịch nước trên cơ sở Nghị quyết của UBTVQH. Như vậy, khác với các nước thường trao quyền tuyên bố tình trạng đặc biệt này cho người đứng đầu cơ quan hành pháp, vai trò này ở nước ta thuộc về nguyên thủ quốc gia. Hai là, trong cả hai trường hợp khi (1) UBTVQH ra Nghị quyết ban bố, bãi bỏ và Chủ tịch nước công bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp và (2) khi UBTVQH không thể họp được và Chủ tịch nước tự mình công bố, bãi bỏ tình trạng khẩn cấp đều chưa đề cập đến sự tham gia của Quốc hội vào quy trình này. Từ kinh nghiệm của một số quốc gia khác trên thế giới, để bảo đảm tính dân chủ khi áp dụng tình trạng khẩn cấp, tác giả cho rằng chúng ta nên tăng cường vai trò của Quốc hội bằng cách gia tăng sự tham gia của Quốc hội vào quy trình ban bố tình trạng khẩn cấp. Với tính chất là cơ quan đại diện cao nhất của nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, sự tham gia của Quốc hội, về mặt lý thuyết, sẽ tránh tình trạng quy định về tình trạng khẩn cấp bị áp dụng một cách tùy tiện, giúp cho việc viện dẫn quy định này được cẩn trọng và dân chủ hơn. Cụ thể, để bảo đảm tính kịp thời trong đối phó với tình huống bất ngờ, tuyên bố về tình trạng khẩn cấp có thể được đưa ra theo quy trình hiện nay, tuy nhiên các quyết định này sau đó phải nhận được sự phê chuẩn của Quốc hội tại kỳ họp gần nhất. Sự phê chuẩn này nên được áp dụng đối với cả hai trường hợp UBTVQH ra Nghị quyết và Chủ tịch nước công bố và khi Chủ tịch nước tự mình công bố vì xét về bản chất, việc tuyên bố tình trạng khẩn cấp là một sự kiện pháp lý rất quan trọng đối với quốc gia và do vậy bắt buộc phải do cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất là Quốc hội phê chuẩn. Ngoài ra, khi tiến

hành biểu quyết để phê chuẩn tuyên bố tình trạng khẩn cấp, tỷ lệ tán thành cần thiết theo tác giả nên là từ 2/3 tổng số đại biểu Quốc hội hoặc cao hơn, xuất phát từ tính chất quan trọng của vấn đề.

*Thứ ba, quy định rõ giới hạn của các biện pháp khẩn cấp*

Việc áp dụng tình trạng khẩn cấp cho phép các cơ quan nhà nước sử dụng một số biện pháp đặc biệt để ứng phó với tình huống đe dọa đến sự tồn tại của đất nước. Tuy nhiên, để bảo đảm các biện pháp này được áp dụng một cách hợp lý, đủ để bảo vệ sự an toàn của đất nước nhưng cũng không xâm phạm quá nhiều đến quyền và lợi ích của người dân, các biện pháp này cũng cần có những giới hạn nhất định. Đầu tiên, tác giả cho rằng chúng ta phải quy định rõ những quyền con người, quyền công dân nào không thể bị hạn chế kể cả trong tình trạng khẩn cấp và nội dung này nên được ghi nhận rõ ràng, cụ thể trong Hiến pháp. Việc quy định rõ các quyền không thể bị hạn chế trong Hiến pháp chính là giới hạn đầu tiên đối với các cơ quan nhà nước khi áp dụng các biện pháp khẩn cấp đặc biệt. Quy định này cũng là nền tảng hiến định vững chắc để bảo đảm tính dân chủ của xã hội kể cả trong tình trạng khẩn cấp. Tham chiếu đến các văn kiện pháp lý quốc tế về nhân quyền cũng như kinh nghiệm của một số quốc gia, các quyền không thể bị giới hạn kể cả trong tình trạng khẩn cấp được thừa nhận phổ biến hiện nay trên thế giới gồm quyền sống, quyền tự do khỏi chế độ nô lệ, quyền không bị tra tấn và không bị đối xử hoặc trừng phạt một cách vô nhân đạo, quyền tự do tư tưởng và tín ngưỡng, quyền được đối xử bình đẳng trước pháp luật... Bên cạnh đó, chúng ta cũng cần quy định rõ các hoạt động hạn chế thực hiện trong tình trạng khẩn cấp nhằm giảm thiểu nguy cơ cơ quan nhà nước lợi dụng tình trạng đặc biệt này để thay đổi trật tự xã hội ■

# NGUYÊN TẮC ĐỐI XỬ CÔNG BẰNG VÀ THỎA ĐÁNG TRONG PHÁP LUẬT ĐẦU TƯ QUỐC TẾ

**Ngô Trọng Quân**

*ThS GV. Đại học Luật Hà Nội*

## Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Đối xử công bằng và thỏa đáng, hiệp định, pháp luật đầu tư quốc tế.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/12/2021  
Biên tập : 12/01/2022  
Duyệt bài : 14/01/2022

## Article Information:

**Keywords:** Fair and equitable treatment; treaty; International Investment Law.

## Article History:

Received : 10 Dec. 2021  
Edited : 12 Jan. 2022  
Approved : 14 Jan. 2022

## Tóm tắt:

Đối xử công bằng và thỏa đáng là một trong những nguyên tắc bảo hộ quan trọng cho nhà đầu tư nước ngoài trong pháp luật đầu tư quốc tế. Nguyên tắc này được nhà đầu tư viện dẫn trong đa số các tranh chấp với quốc gia tiếp nhận đầu tư và được các hội đồng trọng tài giải thích một cách đa dạng gồm nhiều yêu cầu đối xử khác nhau. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các cách thể hiện quy định của nguyên tắc đối xử công bằng, thỏa đáng trong các hiệp định đầu tư song phương, đa phương và khuyến nghị Việt Nam cần lưu ý trong đàm phán, thực thi và giải quyết tranh chấp có liên quan đến nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng.

## Abstract:

Fair and equitable treatment is one of the important principles of protection for foreign investors in international investment law. This principle has been invoked by investors in the majority of investor - state disputes and interpreted broadly by arbitral tribunals as covering different treatment requirements. Within the scope of this article, the author gives out an analysis of the ways of expressing the provisions of the principle of fair and equitable treatment in bilateral and multilateral investment agreements and also recommendations for Vietnam in negotiations, implementation and settlement of disputes related to the principle of fair and equitable treatment.

## 1. Khái quát về nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng trong pháp luật đầu tư quốc tế

Ở cấp độ quốc tế, nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng (FET) được đề cập lần đầu tiên trong văn bản hình thành Tổ chức Thương mại quốc tế - Hiến chương Havana năm 1948 (Hiến chương Havana). Điều 11.2 Hiến chương Havana quy định, các khoản đầu tư nước ngoài phải được đảm bảo “đối xử công bằng và thỏa đáng”. Ở cấp độ khu vực, năm 1948, Hội nghị quốc tế lần thứ 9 của các quốc gia châu Mỹ đã thông qua Hiệp định kinh tế Bogota (Hiệp định Bogota) để đưa ra những bảo hộ nhất định cho nhà đầu tư nước ngoài. Điều 22 Hiệp định Bogota quy định, “vốn đầu tư nước ngoài sẽ phải được đối xử thỏa đáng” và các quốc gia

đồng ý sẽ không tạo ra các trở ngại vô lý hoặc không thể biện minh làm cản trở các quốc gia khác thu hút vốn, công nghệ và kỹ năng cần thiết để phát triển kinh tế trên những điều kiện công bằng. Hiệp định cũng nhấn mạnh, vốn đầu tư nước ngoài sẽ chịu sự điều chỉnh của pháp luật quốc gia và không bị phân biệt đối xử. Hiến chương Havana và Hiệp định Bogota đều không thể có hiệu lực vì thiếu sự ủng hộ của các nước thành viên.

Ở cấp độ song phương, nguyên tắc FET xuất hiện lần đầu tiên trong các hiệp ước về hữu nghị, thương mại và hàng hải - FCN Treaties (Hiệp ước FCN) mà Hoa Kỳ ký với các nước khác. Đầu tiên, thuật ngữ “đối xử thỏa đáng” xuất hiện trong các Hiệp ước FCN giữa Hoa

Kỳ với Ireland, Hy Lạp, Israel, Pháp, Pakistan, Bỉ và Luxembourg; sau này, thuật ngữ “*đối xử công bằng và thỏa đáng*” xuất hiện trong các Hiệp ước FCN giữa Hoa Kỳ với Đức, Ethiopia, và Hà Lan. Tiêu chuẩn này được coi là công cụ bảo hộ chống lại những hành vi vi phạm chuẩn mực quốc tế<sup>1</sup>.

Nguyên tắc FETt là một nguyên tắc mang tính chất tuyệt đối, có nội hàm riêng, áp dụng cho nhà đầu tư và khoản đầu tư trong một trường hợp cụ thể mà không phụ thuộc vào sự đối xử dành cho các nhà đầu tư và khoản đầu tư khác<sup>2</sup>. Do đó, chính phủ nước tiếp nhận đầu tư không thể biện minh rằng, sự đối xử dành cho nhà đầu tư nước ngoài không khác với sự đối xử dành cho công dân của họ hoặc các nhà đầu tư đến từ các quốc gia khác. Mục đích sử dụng ban đầu của nguyên tắc FET là để bảo hộ chống lại các tình huống bất công rõ ràng, chẳng hạn như tùy tiện hủy giấy phép đầu tư, gây phiền hà cho nhà đầu tư thông qua các khoản tiền phạt, hoặc tạo ra các rào cản với hoạt động kinh doanh<sup>3</sup>. Nguyên tắc này mang lại một sự bảo hộ bổ sung vì không phải bất kỳ một hành vi nào của chính phủ cũng có thể được khiếu nại theo nguyên tắc không phân biệt đối xử hoặc tước quyền sở hữu<sup>4</sup>. Theo Stephen Vasciannie, có ít nhất hai cách giải thích thuật ngữ “*đối xử công bằng và thỏa đáng*” trong các hiệp định đầu tư quốc tế<sup>5</sup> sau đây:

*Thứ nhất*, dựa vào nghĩa đơn thuần của cụm từ này (*plain meaning approach*). Theo đó, sự đối xử với nhà đầu tư sẽ được đánh giá trên hai tiêu chí là công bằng và thỏa đáng. Sự đối xử được coi là công bằng (*fair*) khi nó không thiên vị, gian dối, bất công, vụ lợi. Sự đối xử được coi là thỏa đáng (*equitable*) khi nó được đặc trưng bởi tính hợp lý. Khái niệm thỏa đáng hàm ý một sự cân bằng, đo lường những gì được coi là đúng đắn trong trường hợp cụ thể. Do đó, dựa trên cách tiếp cận này thì đối xử công bằng và thỏa đáng yêu cầu hành xử dựa trên một nhóm các quy tắc không thiên vị nhằm đem lại công lý cho tất cả các bên có thể bị ảnh hưởng bởi quyết định của Nhà nước, bao gồm cả công dân của quốc gia sở tại đó<sup>6</sup>.

Câu hỏi đặt ra là liệu có phải FET bao gồm hai nghĩa vụ riêng về công bằng và thỏa đáng hay thực tế chỉ là một nghĩa vụ. Phần đông học giả đều cho rằng, hai thuật ngữ này thực chất là đồng nghĩa và FET chỉ bao hàm một tiêu chuẩn đối xử đồng nhất. Có hai lý do dẫn đến kết luận này: *một là*, có một sự nhất quán trong cách các quốc gia xây dựng điều khoản này với hai thuật ngữ luôn đi kèm, chứng tỏ họ tin rằng đây là một tiêu chuẩn chung; *hai là*, nếu các quốc gia cho rằng đó là hai nghĩa vụ độc lập thì họ đã làm rõ nội hàm trong lời văn của hiệp định nhưng thực tế lại không có quốc gia nào làm vậy<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> J.C. Thomas, “*Reflection on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators*”, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal (2002) 17 (1), pp. 21-101.

<sup>2</sup> Các nguyên tắc bảo hộ đầu tư trong hiệp định đầu tư quốc tế có thể chia thành nhóm nguyên tắc tuyệt đối (*absolute standards*) bao gồm nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng, nguyên tắc bảo hộ chống tước quyền sở hữu bất hợp pháp, nguyên tắc bảo hộ an toàn, an ninh đầy đủ và nhóm nguyên tắc tương đối (*relative standards*) bao gồm nguyên tắc đối xử tối huệ quốc và đối xử quốc gia.

<sup>3</sup> UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment, Series on International Investment Agreements II*, United Nations Publication, 2012, p.7.

<sup>4</sup> Dolzer and Schreuer, *Principles of International Investment Law (1st edn)*, Oxford University Press, 2008, p.122.

<sup>5</sup> Vasciannie, Stephen. “*The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*,” *British Yearbook of International Law* 70 (2000), p.103.

<sup>6</sup> UNCTAD, *tlđđ*, tr.7.

<sup>7</sup> R. Kläger, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011, p. 41; J. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010, p. 221.

Tuy nhiên, cách tiếp cận theo nghĩa thông thường của điều khoản FET bộc lộ một số vấn đề sau đây:

- Cụm từ “*công bằng và thỏa đáng*” bản thân nó mang tính chủ quan trong đánh giá và vì thế thiếu sự chính xác nhất định. Nếu chỉ dựa vào nghĩa đơn thuần của cụm từ này thì sẽ phát sinh tình huống một biện pháp cụ thể sẽ công bằng và thỏa đáng nhìn từ phía nước tiếp nhận đầu tư, nhưng không công bằng và thỏa đáng nhìn từ phía nhà đầu tư nước ngoài hoặc nước chủ đầu tư, đặc biệt khi các quốc gia này có bối cảnh văn hóa, xã hội và nền tảng pháp lý khác nhau<sup>8</sup>.

- Sự khó khăn trong diễn giải bắt nguồn từ việc cụm từ “*đối xử công bằng và thỏa đáng*” không tham chiếu đến một bộ quy tắc pháp luật hoặc án lệ nào. Mặc dù có nội dung mơ hồ, nhà đầu tư nước ngoài và các quốc gia có thể thấy rằng đây là một thuận lợi vì nó cho phép sự linh hoạt trong điều chỉnh quan hệ đầu tư. Các bên trong quan hệ này rất khó có thể dự đoán trước được những tình huống phát sinh trong tương lai giữa họ và vì thế ủng hộ việc áp dụng tiêu chuẩn đối xử này.

*Thứ hai*, dựa vào tiêu chuẩn đối xử tối thiểu trong tập quán quốc tế (*international minimum standard approach*). Cách tiếp cận này đi từ giả định rằng, theo tập quán quốc tế, nhà đầu tư được hưởng một mức độ đối xử nhất định và nếu hành xử của Nhà nước ở dưới mức này thì Nhà nước phải chịu trách nhiệm pháp lý. Khi gán tiêu chuẩn FET theo tiêu chuẩn đối xử tối thiểu, một số khó khăn trong giải thích tiêu chuẩn FET theo cách tiếp cận nghĩa đơn thuần sẽ được loại bỏ vì có một hệ thống các án lệ

và học thuyết liên quan đến nội dung của tiêu chuẩn đối xử tối thiểu<sup>9</sup>. Nhiều Hội đồng trọng tài cho rằng, tiêu chuẩn đối xử tối thiểu với người nước ngoài được phản ánh trong phán quyết *Neer v. Mexico* năm 1926. Theo đó, cách đối xử với người nước ngoài của nước sở tại sẽ vi phạm pháp luật quốc tế nếu như đó là “sự vi phạm trắng trợn, có ý đồ xấu, hay cố ý sao lãng nghĩa vụ, hay một sự thiếu sót trong hành động của chính phủ đến mức mà ai có lý trí, công minh cũng nhận ra là thấp kém hơn tiêu chuẩn quốc tế”<sup>10</sup>.

Cách tiếp cận thứ hai cũng bộc lộ những hạn chế sau đây:

- Khi ký kết các hiệp định đầu tư quốc tế, nếu các quốc gia thực sự cho rằng tiêu chuẩn FET và tiêu chuẩn đối xử tối thiểu là một, thì họ đã thể hiện rõ ràng điều đó trong điều ước. Tuy nhiên, hầu hết các hiệp định đầu tư song phương lại không đề cập đến mối liên hệ này.

- Chính bản thân tiêu chuẩn đối xử tối thiểu trong pháp luật quốc tế cũng có nội hàm còn gây tranh cãi giữa nhóm các nước phát triển và nhóm các nước đang phát triển về tính chất tập quán của nó. Như vậy, rất khó để áp dụng tiêu chuẩn đối xử tối thiểu này khi mà các quốc gia đang phát triển, ví dụ các nước Mỹ La tinh, còn chưa chấp nhận nội dung của nó đã trở thành tập quán có tính ràng buộc<sup>11</sup>.

## 2. Cách thể hiện quy định về nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng trong các điều ước quốc tế

### 2.1. Quy định đơn thuần về nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng

<sup>8</sup> Walker, “*Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*”, Minnesota Law Review 42, 1957, p. 812.

<sup>9</sup> The Neer claim (*US v. Mexico*) (1926), Reports of International Arbitral Awards, vol. 4, tr. 61-62; the Roberts claim (*US v. Morocco*) (1926), *tlđđ*, tr. 80; the Chevreau case (*France v. Great Britain*) (1931), American Journal of International Law, 27 (1933), p. 160.

<sup>10</sup> [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/60-66.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf), truy cập ngày 18/9/2021.

<sup>11</sup> Vasciannie, Stephen, *tlđđ*, tr.105.

Nhiều hiệp định đầu tư thế hệ đầu chỉ đơn thuần đề cập đến tiêu chuẩn FET trong một điều khoản độc lập và không kèm theo giải thích thêm về nội hàm hay hướng dẫn về nguồn luật áp dụng để xác định nội hàm đó. Ví dụ, Điều 9.1 Hiệp định đầu tư song phương Việt Nam – Nhật Bản năm 2003 quy định: “Mỗi bên ký kết sẽ dành cho khoản đầu tư của bên ký kết kia trên lãnh thổ của mình sự đối xử công bằng và thỏa đáng và bảo hộ an toàn, an ninh đầy đủ”. Dù được kết hợp với tiêu chuẩn bảo hộ an toàn và an ninh đầy đủ hay không thì cách quy định này cho phép cơ quan xét xử nhiều quyền quyết định nội dung của nó.

Quy định nêu trên đặt ra câu hỏi là liệu tiêu chuẩn FET có thể giải thích theo tiêu chuẩn đối xử tối thiểu trong tập quán quốc tế hay đây là một tiêu chuẩn độc lập cần giải thích theo từng trường hợp cụ thể, có lưu ý đến khái niệm công bằng và thỏa đáng. Một mặt, thực tiễn giải quyết tranh chấp cho thấy, điều khoản về FET không kèm theo giải thích được cho là ám chỉ tiêu chuẩn đối xử tối thiểu. Mặt khác, vẫn có Hội đồng trọng tài giải thích điều khoản về FET đơn thuần một cách độc lập với tập quán quốc tế và chỉ tập trung vào ngữ nghĩa của thuật ngữ công bằng và thỏa đáng. Như vậy, cách quy định nêu trên có thể tạo ra ngưỡng vi phạm thấp và khiến các quốc gia phải chịu trách nhiệm nhiều hơn với các hành động của họ do trọng tài có quyền giải thích theo hướng mở rộng ngữ nghĩa vụ FET<sup>12</sup>.

### **2.2. Quy định có giải thích về nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng**

Trong thời gian gần đây, các điều khoản về FET kèm theo giải thích ở nhiều mức độ xuất hiện ngày càng nhiều trong thực tiễn đàm phán và ký kết hiệp định quốc tế về đầu tư. Lý do là những điều khoản như thế này làm rõ hơn

nghĩa vụ của Nhà nước và tránh được sự tùy nghi trong cách giải thích của các Hội đồng trọng tài khi phát sinh tranh chấp. Các điều khoản về FET kèm theo giải thích có thể chia thành hai nhóm chính như sau.

#### *a) Nhóm các điều khoản về FET có dẫn chiếu đến pháp luật quốc tế hoặc tập quán quốc tế*

Một số các điều khoản về FET yêu cầu sự đối xử tuân thủ theo pháp luật quốc tế. Ví dụ, Điều 1105 NAFTA quy định: “Mỗi Bên sẽ dành cho khoản đầu tư của nhà đầu tư của một Bên khác sự đối xử tuân theo pháp luật quốc tế, bao gồm đối xử công bằng và thỏa đáng và bảo hộ an toàn, an ninh đầy đủ”. Có thể thấy, cách quy định này sẽ giúp đảm bảo rằng điều khoản về FET được giải thích bằng các nguyên tắc của pháp luật quốc tế. Khi giải quyết các tranh chấp về đầu tư, Hội đồng trọng tài cần tìm hiểu nguồn của pháp luật quốc tế quy định gì về FET để giải thích và áp dụng điều khoản này<sup>13</sup>. Sự dẫn chiếu đến pháp luật quốc tế này thường được hiểu là dẫn chiếu đến một loại nguồn là tập quán quốc tế; ví dụ, trong thực tiễn xét xử của NAFTA và trong Diễn giải năm 2001 của Hội đồng Thương mại tự do NAFTA về Điều 1105.

Một số điều khoản về FET khác yêu cầu sự đối xử không kém hơn mức trong pháp luật quốc tế, tức là lấy pháp luật quốc tế làm chuẩn tối thiểu. Ví dụ, Điều 2.3 Hiệp định Đầu tư song phương giữa Bahrain – Hoa Kỳ quy định: “Mỗi bên ở mọi thời điểm sẽ dành cho khoản đầu tư được bảo hộ sự đối xử công bằng và thỏa đáng và bảo hộ an toàn, an ninh đầy đủ, và sẽ không trong bất kỳ trường hợp nào dành sự đối xử, kém hơn sự đối xử được yêu cầu trong pháp luật quốc tế”. Với quy định này, nghĩa vụ FET không bị giới hạn chặt chẽ vào pháp luật quốc tế mà pháp luật quốc tế chỉ là mức tối

<sup>12</sup> UNCTAD, *lđđ*, tr.22.

<sup>13</sup> UNCTAD, *lđđ*, tr.23.

thiểu, tức là khi xét xử, Hội đồng trọng tài có thể áp đặt nhiều nghĩa vụ đối xử cao hơn các yêu cầu của pháp luật quốc tế nói chung hoặc tập quán quốc tế nói riêng.

Cuối cùng, một số điều khoản về FET trực tiếp dẫn chiếu đến tập quán quốc tế hoặc tiêu chuẩn đối xử tối thiểu trong tập quán quốc tế. Ví dụ, Điều 10.5.2 Chương Đầu tư của Hiệp định Đối tác toàn diện khu vực (RCEP) quy định: “khái niệm đối xử công bằng và thỏa đáng và bảo hộ đầy đủ và an toàn không yêu cầu sự đối xử dành cho khoản đầu tư được bảo hộ nằm ngoài hoặc vượt quá sự đối xử theo tiêu chuẩn tối thiểu của tập quán quốc tế đối với người nước ngoài, và không tạo ra các quyền bổ sung”. Cách quy định này sẽ hạn chế việc Hội đồng trọng tài giải thích quá mở rộng nghĩa vụ FET và yêu cầu họ tham chiếu đến các hành vi có thể vi phạm tiêu chuẩn đối xử tối thiểu với người nước ngoài, cụ thể là từ chối công lý<sup>14</sup>. Tuy nhiên, khó khăn lại đặt ra đối với việc xác định nội dung của tiêu chuẩn đối xử tối thiểu, sự phát triển của tiêu chuẩn này qua thời gian, hay tiêu chuẩn nào đã đạt đến mức độ được công nhận là tập quán quốc tế.

*b) Nhóm các điều khoản FET có giải thích yêu cầu đối xử*

Xu hướng gần đây xuất hiện trong đàm phán điều khoản về FET là cụ thể hóa nội dung của điều khoản này trực tiếp trong hiệp định. Đi đầu trong xu hướng ký kết những điều khoản này là Liên minh châu Âu. Các Hiệp định của EU với các nước đối tác gần đây như Việt Nam, Canada, hay Singapore đều có cách quy định chi tiết hóa, tạo ra một danh sách hạn chế các hành vi nào được coi là vi phạm FET. Ví dụ, Điều 2.5 Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt

Nam và Liên minh châu Âu (EVIPA) quy định:

“2. Một Bên vi phạm nghĩa vụ đối xử công bằng và bình đẳng nêu tại khoản 1 nếu một biện pháp hoặc một loạt các biện pháp cấu thành: (a) sự từ chối xét xử trong tố tụng hình sự, dân sự hoặc hành chính; (b) vi phạm cơ bản quy trình tố tụng tư pháp và hành chính; (c) sự tùy tiện một cách rõ rệt; (d) phân biệt đối xử có mục đích có căn cứ sai rõ ràng, như giới tính, dân tộc hoặc niềm tin tôn giáo; (e) đối xử khắc nghiệt như ép buộc, lạm quyền hoặc hành vi xấu tương tự; hoặc (f) vi phạm bất kỳ yếu tố nào khác của nghĩa vụ đối xử công bằng và bình đẳng mà các Bên thông qua phù hợp với khoản 3”.

Các tiêu chí này về cơ bản phản ánh thực tiễn giải quyết tranh chấp về FET khi tích hợp các hành vi được Hội đồng trọng tài xem xét. EVIPA cũng quy định rằng, sự vi phạm của bất kỳ điều khoản nào khác trong Hiệp định, hoặc bất kỳ hiệp định riêng lẻ nào khác (ví dụ như hiệp định WTO), sẽ không cấu thành vi phạm FET. Nhiều hiệp định như Hiệp định Đầu tư Toàn diện ASEAN (ACIA) hay hiệp định của ASEAN với các nước đối tác, cũng dẫn chiếu tới không từ chối công lý trong các thủ tục tố tụng hình sự, dân sự và hành chính, tuân theo những nguyên tắc về thủ tục đầy đủ (*due process*) như là một yêu cầu quan trọng.

### 3. Một số khuyến nghị

#### 3.1. Đàm phán và ký kết điều khoản về đối xử công bằng và thỏa đáng

Thống kê của UNCTAD cho thấy, ít nhất 3 trong số 8 tranh chấp đầu tư quốc tế của Việt Nam được biết đến có khiếu nại liên quan đến vi phạm nguyên tắc FET<sup>15</sup>. Nghĩa vụ FET

<sup>14</sup> UNCTAD, *ltd*, tr.28.

<sup>15</sup> Tranh chấp *Trinh Vinh Binh and Binh Chau JSC v. Viet Nam (II)* (2014), *Dialasie SAS v. Socialist Republic of Viet Nam* (2011), *Michael McKenzie v. Viet Nam* (2010). Xem <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/229/viet-nam/respondent>, truy cập ngày 18/9/2021; Nguyen Manh Dung and Nguyen Thi Thu Trang, “*International Investment Dispute Resolution in Vietnam: Opportunities and Challenges*”, *Journal of World Investment and Trade* 18, 2017, pp. 933-935.



thường xuyên được nhà đầu tư viện dẫn trong các tranh chấp đầu tư quốc tế bởi lời văn của điều khoản này thường không rõ ràng, tạo ra nhiều sự tùy nghi cho cơ quan tài phán, và có ngưỡng vi phạm thấp hơn so với các tiêu chuẩn khác như tước quyền sở hữu, hay các tiêu chuẩn có phạm vi hẹp hơn như không phân biệt đối xử và bảo hộ an toàn, an ninh đầy đủ. Thực tế đó cho thấy, nếu chính phủ không quan tâm đến việc đàm phán và ký kết các điều khoản về FET theo hướng cân bằng hơn lợi ích của nhà đầu tư với lợi ích của quốc gia tiếp nhận đầu tư thì nguy cơ tranh chấp xảy ra và bị kết luận vi phạm là hoàn toàn có thể xảy ra. Vì vậy, trong thời gian tới, một mặt, trong đàm phán ký kết hiệp định đầu tư song phương, đa phương, Việt Nam cần tiếp tục duy trì điều khoản về FET nhằm mục đích thu hút và tạo niềm tin cho nhà đầu tư nước ngoài; mặt khác, thay đổi cách thể hiện điều khoản về FET theo hướng hoặc quy định về FET gắn với tiêu chuẩn đối xử tối thiểu với người nước ngoài trong tập quán quốc tế, hoặc quy định về FET gắn với các hành vi vi phạm cụ thể, và xóa bỏ mối liên hệ với tập quán quốc tế.

### 3.2. Thực thi nguyên tắc đối xử công bằng và thỏa đáng

Cùng với việc xây dựng các cam kết hiệu quả để bảo vệ lợi ích của Nhà nước, Việt Nam cần quan tâm đến vấn đề cải thiện môi trường đầu tư, kinh doanh, pháp lý theo hướng đáp ứng các yêu cầu của nghĩa vụ FET. Theo cách giải thích của các Hội đồng trọng tài trên thế giới, nghĩa vụ FET bao gồm một số yêu cầu như thủ tục, quy trình đầy đủ (hay không từ chối công lý), tính ổn định của chính sách, pháp luật và bảo vệ kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư, không phân biệt đối xử, tính minh

bạch, và tính cân bằng hợp lý. Một trong những nguyên nhân chính làm phát sinh tranh chấp đầu tư quốc tế ở Việt Nam là việc thực hiện và áp dụng pháp luật đầu tư nước ngoài ở nhiều cơ quan nhà nước, ở địa phương còn chưa thống nhất, đồng bộ, gây khó dễ, chưa đảm bảo lợi ích cho nhà đầu tư<sup>16</sup>. Vì vậy, trong quá trình thực thi chính sách, pháp luật về đầu tư nước ngoài, để tránh bị khiếu nại vi phạm nghĩa vụ FET, Việt Nam cần lưu ý một số điểm sau:

*Thứ nhất*, cần nghiên cứu kỹ cam kết trong các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư đã ký kết để nắm rõ nghĩa vụ, mức độ đối xử được yêu cầu nhằm tuân thủ và phòng ngừa rủi ro vi phạm. Lý do là cách quy định khác nhau của điều khoản FET, đơn thuần hay kèm theo giải thích, sẽ dẫn đến phạm vi nghĩa vụ khác nhau cho Việt Nam, từ đó Nhà nước chủ động trong cách thức đối xử phù hợp với nhà đầu tư đến từ quốc gia ký kết tương ứng.

*Thứ hai*, cần tăng cường minh bạch hóa chính sách và pháp luật, tạo điều kiện cho nhà đầu tư nước ngoài tiếp cận thông tin về thủ tục, quy trình đầu tư một cách thuận tiện, nhanh chóng. Bài học kinh nghiệm từ các tranh chấp trên thế giới cho thấy, việc không đảm bảo tính minh bạch trong quy trình cấp phép, thu hồi, thay thế giấy phép dự án, cung cấp khoản vay cho nhà đầu tư có thể khiến Chính phủ vi phạm nghĩa vụ FET vì không đảm bảo yêu cầu minh bạch. Do đó, Nhà nước cần duy trì việc phổ biến thông tin rộng rãi; thiết lập các thủ tục một cửa, điểm hỏi đáp để giải đáp các thắc mắc của nhà đầu tư; công khai các tiêu chí thẩm định, phê duyệt dự án; công bố lý do, giải trình đầy đủ cho nhà đầu tư về quyết định của cơ quan quản lý nhà nước. Ngoài ra, Nhà nước cũng

<sup>16</sup> Minh Nguyệt, *Thực trạng tranh chấp đầu tư quốc tế và giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế ở Việt Nam*, <https://moj.gov.vn/qt/cacchuyenmuc/pldn/Pages/pho-bien-pl-doanh-nghiep.aspx?ItemID=50>, truy cập ngày 18/9/2021.

cần cung cấp quy trình khiếu nại, tiếp nhận, lắng nghe và phản hồi các vướng mắc của nhà đầu tư một cách đầy đủ, thiện chí để tránh xảy ra vi phạm yêu cầu không từ chối công lý trong nguyên tắc FET<sup>17</sup>.

*Thứ ba*, nguyên tắc FET còn yêu cầu các quốc gia không phân biệt đối xử nhà đầu tư mà không kèm theo lý do chính đáng. Vì vậy, Nhà nước cần lưu ý không phân biệt đối xử nhà đầu tư, khoản đầu tư một cách tùy tiện, phi lý dựa trên những căn cứ như chủng tộc, tôn giáo, giới tính<sup>18</sup>, trừ trường hợp vì các mục đích chính đáng như bảo vệ lợi ích công cộng và cần thông tin về lý do đằng sau sự khác nhau trong đối xử đó cho nhà đầu tư được biết.

### 3.3. Giải quyết tranh chấp liên quan đến đối xử công bằng và thỏa đáng

*Thứ nhất*, kỳ vọng của nhà đầu tư nước ngoài ở môi trường pháp lý của nước tiếp nhận đầu tư cần ở một mức độ hợp lý và hợp pháp theo pháp luật và các quy định hiện hành. Trong các khiếu kiện về nghĩa vụ FET, nhà đầu tư thường xuyên viện dẫn tình tiết kỳ vọng chính đáng bị phá vỡ, nhưng không phải kỳ vọng nào của nhà đầu tư cũng được trọng tài xem xét. Các hiệp định đầu tư gần đây của Việt Nam đã làm rõ hoặc hạn chế khả năng áp dụng tiêu chí kỳ vọng chính đáng này. Ví dụ, Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) cho rằng, không phải bất kỳ biện pháp nào của Nhà nước đi ngược lại

kỳ vọng của nhà đầu tư, thậm chí gây thiệt hại cho nhà đầu tư cũng dẫn đến vi phạm nghĩa vụ FET<sup>19</sup>. Tương tự, EVIPA đưa tiêu chí này ra khỏi danh sách các hành vi vi phạm FET<sup>20</sup>. Cơ quan tài phán vẫn có quyền xem xét nhưng chỉ khi đáp ứng được những yêu cầu nhất định: *thứ nhất*, nước tiếp nhận đầu tư đã đưa ra cam kết cụ thể để thúc đẩy thực hiện khoản đầu tư; *thứ hai*, nhà đầu tư đã dựa vào cam kết đó để thực hiện dự án; và *thứ ba*, nước tiếp nhận đầu tư đã phá vỡ cam kết trước đó. Như vậy, các yêu cầu cho phía nhà đầu tư là khá rõ ràng theo hướng tăng nghĩa vụ chứng minh và vì thế Việt Nam nên dựa vào các quy định này để xây dựng lập luận phù hợp trong quá trình tranh tụng trước cơ quan tài phán.

*Thứ hai*, nhiều hiệp định đầu tư quốc tế mà Việt Nam ký kết gần nghĩa vụ FET ngang bằng với tiêu chuẩn đối xử tối thiểu với người nước ngoài. Đây là một ngưỡng vi phạm cao mà Việt Nam cần lưu ý để phản biện khiếu nại của nhà đầu tư. Kể cả trong trường hợp nhà đầu tư cho rằng tiêu chuẩn này không bất biến, mà đã có sự thay đổi kể từ phán quyết *Neer v. Mexico* năm 1926, họ có nghĩa vụ chứng minh mức độ bảo hộ mới này đã cấu thành tập quán quốc tế<sup>21</sup>. Không phải tất cả các nghĩa vụ đối xử tối thiểu cho người nước ngoài theo tập quán quốc tế đều là tiêu chuẩn đối xử với nhà đầu tư nước ngoài, mà chỉ những nội dung liên quan, ví dụ, không từ chối công lý<sup>22</sup> ■

<sup>17</sup> UNDP, *Báo cáo nghiên cứu Nâng cao hiệu quả giải quyết tranh chấp tại Việt Nam*, [https://moj.gov.vn/ttp/tintuc/L/ists/NghienCuuTraoDoi/Attachments/62/Consultation%20report%20\\_%20final\\_%20upload.pdf](https://moj.gov.vn/ttp/tintuc/L/ists/NghienCuuTraoDoi/Attachments/62/Consultation%20report%20_%20final_%20upload.pdf), truy cập ngày 18/9/2021, tr.38-39.

<sup>18</sup> Pablo Nilo Donoso, *Discrimination in FET*, <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-discrimination-in-fet>, truy cập ngày 18/9/2021.

<sup>19</sup> Điều 9.6 CPTPP.

<sup>20</sup> Điều 2.5 EVIPA.

<sup>21</sup> Một số hiệp định như RCEP, CPTPP có phụ lục giải thích khái niệm tập quán quốc tế trong điều khoản FET.

<sup>22</sup> Trần Anh Tuấn, Trịnh Hải Yến, *Pháp luật Việt Nam về đầu tư nước ngoài, giải quyết tranh chấp đầu tư*

# HOÀN THIỆN LUẬT BẢO VỆ QUYỀN LỢI NGƯỜI TIÊU DÙNG

**Phan Thị Lan Phương**

*TS. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội*

### Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Người tiêu dùng, quyền lợi của người tiêu dùng, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

### Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 25/04/2022  
Biên tập : 16/05/2022  
Duyệt bài : 17/05/2022

### Article Infomation:

**Keywords:** Consumers; consumer rights; Law on Protection of Consumer Rights.

### Article History:

Received : 25 Apr. 2022  
Edited : 16 May. 2022  
Approved : 17 May. 2022

### Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích một số hạn chế, bất cập của pháp luật về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng ở Việt Nam hiện nay trong điều kiện giao dịch điện tử và các hình thức kinh doanh mới ứng dụng nền tảng công nghệ số phát triển mạnh; và đề xuất một số giải pháp hoàn thiện Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

### Abstract:

Within the scope of this article, the author provides an analysis of a number of shortcomings and inadequacies of the applicable legal regulations on consumer protection in Vietnam in terms of electronic transactions and under the context of newly strong and rapid development of business forms based on the digital technology platform; and also propose recommendations for further improvements of the Law on Protection of Consumer Rights.

Thực tế hiện nay, tình trạng vi phạm quyền lợi của người tiêu dùng xảy ra khá nhiều và có chiều hướng tăng lên<sup>1</sup>. Trong khi đó, giai đoạn từ 2020-2022, thế giới phải đối mặt với sự lây lan nhanh chóng của dịch Covid-19, làm ảnh hưởng rất lớn đến thói quen tiêu dùng và mở ra nhiều cơ hội cho các hình thức kinh doanh mới dựa trên việc khai thác các ứng dụng của nền tảng công nghệ số. Các giao dịch điện tử trở thành một phần không thể thiếu trong đời sống, mang lại nhiều thuận lợi cho các giao dịch tiêu dùng nhưng đồng thời cũng mang đến nhiều bất cập, như nhận thức về quyền của người tiêu dùng, đạo đức kinh doanh và đặc biệt là những

bất cập từ quy định của pháp luật về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng mà chúng ta cần phải có các giải pháp khắc phục.

## 1. Một số bất cập trong quy định của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng

Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 đến nay đã bộc lộ nhiều hạn chế, gây khó khăn trong việc bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng. Cụ thể:

**Thứ nhất, một số khái niệm về người tiêu dùng được quy định trong Luật còn chưa rõ ràng, chưa phù hợp với điều kiện hiện tại.**

Do có sự phát triển mạnh mẽ của công nghệ

quốc tế, Nxb. Chính trị Quốc gia Sự thật, 2019, tr. 409.

<sup>1</sup> Cục Cảnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng (2021), Báo cáo thường niên năm 2021, tr. 36-37.

thông tin trên toàn thế giới nói chung cũng như tại Việt Nam nói riêng, người tiêu dùng trong các hình thức giao dịch truyền thống trước đó có nhiều điểm khác biệt với người tiêu dùng của giao dịch với hình thức mới – giao dịch có ứng dụng nền tảng số, qua môi trường Internet, làm bộc lộ khó khăn khi áp dụng các quy định của Luật trong việc điều chỉnh các quan hệ mới này.

***Thứ hai, bất cập trong quy định của pháp luật về quản lý các cá nhân kinh doanh thương mại.***

Theo quy định tại điểm b khoản 2 Điều 3 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (QLNTD) năm 2010, cá nhân kinh doanh thương mại không phải đăng ký kinh doanh, bao gồm bán hàng rong, người đánh giày... Trên thực tế, theo quy định của pháp luật hiện hành, những đối tượng này không bắt buộc phải đăng ký địa điểm kinh doanh cụ thể, họ thường kinh doanh những loại hàng hoá có giá trị nhỏ, hoặc kinh doanh thực phẩm, đồ ăn nhanh... và di chuyển liên tục từ nơi này đến nơi khác, không dễ liên lạc khi cần. Vì vậy, khi xảy ra các vi phạm về quyền lợi của người tiêu dùng thì cũng gặp nhiều khó khăn trong việc xử lý các vi phạm. Hiện nay, Luật quy định giao cho các ban quản lý chợ có trách nhiệm đảm bảo chất lượng, nhưng quy định này là không khả thi, bởi họ không được đào tạo về chuyên môn nên khó để quản lý, bảo đảm chất lượng, số lượng, an toàn thực phẩm cho người tiêu dùng khi mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ của các đối tượng kinh doanh này<sup>2</sup>.

***Thứ ba, bất cập trong việc bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng trong giao dịch bằng hình thức kinh doanh mới.***

Bên cạnh các giao dịch mang tính truyền

thống, các ứng dụng trên nền tảng Internet, nền tảng số phát triển đã làm cho ngày càng có nhiều người lựa chọn giao dịch thông qua các ứng dụng này, vì có thể tiếp cận nhanh, đa dạng, thuận lợi hơn trong giao dịch trong nước và cả quốc tế. Do vậy, việc dịch chuyển dần từ các giao dịch truyền thống sang hình thức giao dịch mới ngày càng phổ biến. Tuy nhiên, hình thức kinh doanh này cũng nảy sinh nhiều bất lợi, rủi ro mà người tiêu dùng phải gánh chịu. Đó là: người tiêu dùng mua phải hàng giả, hàng nhái, hàng kém chất lượng, không bảo đảm nguồn gốc xuất xứ, hàng bị giao chậm...<sup>3</sup>, hoặc hàng hóa không đúng với nội dung đã được quảng cáo, khi bị phát hiện hành vi vi phạm quyền lợi người tiêu dùng thì né tránh trách nhiệm bằng cách khoá hoặc gỡ bỏ tài khoản bán hàng trên mạng Internet, gây nhiều khó khăn trong việc liên lạc với người bán, làm kéo dài thời gian giải quyết các khiếu nại để bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng<sup>4</sup>.

Ngoài ra, khi tham gia giao dịch trên Internet, người tiêu dùng còn phải đối mặt với rủi ro bị lộ thông tin cá nhân nên có thể bị nhận hàng từ một tài khoản giả mạo khác, hoặc bị rất nhiều tài khoản bán hàng chào mời, làm phiền hoặc gây ra ảnh hưởng tiêu cực đến đời sống riêng tư của cá nhân, vấn đề này trong các quy định của pháp luật hiện vẫn chưa có giải pháp triệt để.

***Thứ tư, quy định về Hội Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng còn nhiều hạn chế.***

Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 quy định về trách nhiệm của Hội Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, nhưng lại thiếu vắng các quy định về quyền hạn của Hội và đặc biệt là nguồn lực tài chính để hoàn thành trách nhiệm được giao. Vì vậy, các nội dung được quy định tại khoản 1 Điều 27 của Luật rất khó thực thi; chẳng hạn,

<sup>2</sup> Xem Điều 7 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

<sup>3</sup> Cục Cảnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng (2021), Báo cáo thường niên năm 2021, tr. 42-43.

<sup>4</sup> Thanh Hiền (2019), *Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng: Có hiệu quả nhưng còn bất cập*, <http://hanoimoi.com.vn/tin-tuc/kinh-te/937850/bao-ve-quyen-loi-nguoi-tieu-dung-co-hieu-qua-nhung-con-bat-cap>, truy cập tháng 2 năm 2022.

quy định về việc đại diện cho người tiêu dùng trong thủ tục khởi kiện để bảo vệ quyền lợi cho người tiêu dùng, hoặc vì bảo vệ lợi ích công cộng thì Hội có quyền tự mình khởi kiện. Hoạt động này lại không được coi là nằm trong nội dung thực hiện các nhiệm vụ được Nhà nước giao, cho nên không là trường hợp được Nhà nước cấp kinh phí thực hiện. Vì vậy, khi theo đuổi một vụ kiện có thể phát sinh nhiều chi phí như thuê luật sư, phí giám định chứng cứ... hoặc nếu trường hợp thua kiện thì Hội cũng phải chi trả chi phí, dẫn đến làm cản trở Hội trong việc thực hiện trách nhiệm bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng.

Bên cạnh đó, với tư cách là một tổ chức xã hội hoạt động không vì mục đích lợi nhuận, được thành lập trên cơ sở tự nguyện, bình đẳng không phân biệt dân tộc, tôn giáo, tín ngưỡng, trình độ, nghề nghiệp; và cũng là tổ chức đại diện bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng theo quy định của pháp luật, nhưng hiện nay, Hội vẫn chưa được quy định có thành viên chuyên trách cũng như các thành viên chuyên trách đó sẽ được hưởng lương, nên cũng hạn chế hiệu quả hoạt động của Hội với việc bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng.

***Thứ năm, quy định về thủ tục xử lý vi phạm quyền lợi người tiêu dùng chưa hợp lý.***

Khoản 2 Điều 41 Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 quy định về thủ tục đơn giản trong giải quyết vụ án bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, dẫn chiếu đến Điều 317 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 về điều kiện để giải quyết vụ án dân sự theo thủ tục rút gọn. Giữa quy định của Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 và Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 là chưa thống nhất.

Bên cạnh đó, phải có đầy đủ các điều kiện để áp dụng thủ tục rút gọn được quy định tại khoản 1, 2 và khoản 3 của Điều 317 thì tòa án mới giải quyết<sup>5</sup>. Quy định này gây khó khăn trong các vụ việc liên quan đến bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng; ví dụ, quy định điều kiện đương sự đã thừa nhận nghĩa vụ, chứng cứ đầy đủ, đây là quy định bất lợi cho người tiêu dùng trong khi sứ mệnh của Luật là bảo vệ quyền

lợi cho người tiêu dùng, vốn là người yếu thế trong quan hệ với người bán. Bởi lẽ, trong thực tế đã xảy ra nhiều trường hợp khi có vi phạm thì bên bán né tránh, thoái thác trách nhiệm, hoặc có trường hợp khi phát hiện có vi phạm thì hàng hóa không còn giữ nguyên vẹn, hóa đơn mua hàng không còn, hoặc các trang bán hàng trên mạng Internet không còn tồn tại... Vì vậy, rất khó để đáp ứng được việc áp dụng thủ tục đơn giản trong giải quyết các tranh chấp giữa người tiêu dùng và người bán hàng.

Ngoài các bất cập trong quy định về thủ tục xử lý vi phạm quyền lợi của người tiêu dùng, thì Luật cũng có quy định tại Điều 30 về các phương thức giải quyết tranh chấp giữa người tiêu dùng với các tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hoá, dịch vụ gồm 4 phương thức, trong đó có phương thức kiện ra toà. Tuy nhiên, hiện nay vẫn chưa có toà chuyên trách để thụ lý các vụ án trong lĩnh vực này, nên có rất ít vụ việc được đưa ra giải quyết bằng con đường toà án, mà chủ yếu lựa chọn giải quyết thông qua hoà giải hoặc xử phạt hành chính.

***Thứ sáu, một số quy định khác trong Luật chưa phù hợp.***

Khoản 1 Điều 9 Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 quy định nghĩa vụ của người tiêu dùng phải “Kiểm tra hàng hóa trước khi nhận; lựa chọn tiêu dùng hàng hóa, dịch vụ có nguồn gốc, xuất xứ rõ ràng, không làm tổn hại đến môi trường, trái với thuần phong mỹ tục và đạo đức xã hội, không gây nguy hại đến tính mạng, sức khỏe của mình và của người khác; thực hiện chính xác, đầy đủ hướng dẫn sử dụng hàng hóa, dịch vụ”. Quy định này chưa khả thi, vì đôi với một số loại hàng tiêu dùng hàng ngày thì người tiêu dùng có khả năng phát hiện được khi không đạt yêu cầu, nhưng lại có rất nhiều loại hàng hoá mà không thể dùng mắt thường để đánh giá về chất lượng, ví dụ như thuốc tây, hoặc hàng tiêu dùng bị ngấm tẩm hoá chất để kéo dài thời gian sử dụng thì cần phải có chuyên môn, máy móc mới phát hiện được. Như vậy, có thể thấy qua quy định này, chúng ta đang đẩy trách nhiệm sang chính người tiêu dùng trong việc bảo vệ quyền lợi của họ trong tiêu dùng.

<sup>5</sup> Xem Điều 317 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

Khoản 3 Điều 12 Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 quy định trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh... phải cảnh báo khả năng hàng hóa, dịch vụ có ảnh hưởng xấu đến sức khỏe, tính mạng, tài sản của người tiêu dùng và các biện pháp phòng ngừa. Đây cũng là quy định thiếu tính khả thi trên thực tế. Bởi lẽ, đa số người kinh doanh là những người kinh doanh nhỏ lẻ, tự phát, và cũng không được đào tạo, tập huấn để có khả năng xác định loại hàng hóa có đảm bảo chất lượng cũng như phù hợp với người tiêu dùng hay không, để có thể đưa ra cảnh báo trước với người tiêu dùng.

## **2. Một số giải pháp hoàn thiện Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng**

Để khắc phục được những hạn chế về bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng hiện nay, cần phải sửa đổi Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 ở một số điểm sau đây:

- Rà soát, chỉnh sửa lại các khái niệm được quy định trong Luật còn chưa phù hợp với yêu cầu của các giao dịch phát sinh trong điều kiện kinh doanh mới; một số thuật ngữ sử dụng trong Luật còn chưa phù hợp và thống nhất với các luật có liên quan. Bên cạnh đó, cũng cần làm rõ và mở rộng hơn khái niệm về “người tiêu dùng”, để mở rộng phạm vi điều chỉnh đối với quyền lợi của người tiêu dùng trong các giao dịch truyền thống, cũng như các giao dịch của hình thức kinh doanh mới.

- Đối với việc bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng trong các giao dịch được thực hiện qua mạng Internet, cần phải quy định theo hướng tăng trách nhiệm của các chủ thể kinh doanh trong việc bảo mật thông tin khách hàng.

- Luật cũng cần quy định rõ hơn nữa về trách nhiệm của các tổ chức, cá nhân kinh doanh trong việc bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng đối với các hành vi bị cấm như là quảng cáo sai sự thật hàng hoá, che giấu thông tin hàng hoá...

- Đối với hình thức giao dịch được thực hiện qua mạng Internet, cần phải có quy định về việc giám sát tính trung thực trong giao

dịch, bằng cách quy định về quyền và nghĩa vụ của bên thứ ba tham gia vào việc giám sát tính trung thực trong các giao dịch, và có cơ chế để chủ thể kinh doanh khi sử dụng ứng dụng của internet không tự mình xoá được tài khoản bán hàng khi bị phát hiện có hành vi kinh doanh không trung thực.

- Đối với các cá nhân hoạt động thương mại độc lập, thường xuyên, không phải đăng ký kinh doanh, hiện được quy định tại điểm b khoản 2 Điều 3 Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010, cần phải sửa đổi theo hướng chặt chẽ hơn, đó là quy định dù hoạt động dưới hình thức là người bán hàng rong, đánh giày hoặc buôn chuyên đều phải đăng ký và được cấp phép hành nghề để thuận tiện hơn trong việc quản lý hoạt động kinh doanh của họ, đồng thời cũng cần có cơ chế kiểm tra, giám sát đối với các chủ thể kinh doanh này.

- Về các quy định liên quan đến Hội Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, Luật cũng cần sửa đổi theo hướng tăng cường sự tham gia của các tổ chức xã hội đối với hoạt động bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, qua việc tăng quyền và trách nhiệm của Hội; quy định cụ thể và tăng mức kinh phí hoạt động của Hội; mở rộng hơn phạm vi các loại việc mà Hội được cấp kinh phí để thực hiện các hoạt động nhằm bảo vệ quyền lợi cho người tiêu dùng, trong đó có cả chi phí để thuê luật sư, chi phí giám định chứng cứ... khi đại diện cho người tiêu dùng khởi kiện ra toà với các vụ việc vi phạm quyền lợi của người tiêu dùng.

Bên cạnh đó, cũng cần quy định rõ về tiêu chuẩn, số lượng thành viên chuyên trách có thể từ một đến hai người, cũng như quy định về quyền lợi, nghĩa vụ của họ nhằm giúp các thành viên chuyên tâm trong việc thực hiện trách nhiệm và nâng cao hiệu quả bảo vệ quyền lợi cho người tiêu dùng hơn.

- Cuối cùng, đối với quy định về nghĩa vụ của người tiêu dùng trong việc lựa chọn hàng hóa tại khoản 1 Điều 9 Luật Bảo vệ QLNTD năm 2010 thì nên có quy định chặt chẽ hơn về trách nhiệm của nhà sản xuất, của chủ thể kinh doanh khi đưa hàng hoá ra lưu hành trên thị trường ■

# PHÁP LUẬT VỀ CẠNH TRANH TRONG PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG TRONG ĐẦU THẦU MUA SẮM CÔNG Ở VIỆT NAM

**Đồng Thị Huyền Nga**

*ThS. GV. Trường Đại học Luật, Đại học Huế*

**Thông tin bài viết:**

*Từ khóa:* Tham nhũng, đấu thầu, mua sắm công, pháp luật cạnh tranh.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 08/02/2022  
Biên tập : 12/03/2022  
Duyệt bài : 13/03/2022

**Tóm tắt:**

Thực tế cho thấy cạnh tranh và chống tham nhũng trong mua sắm công có mối liên hệ chặt chẽ với nhau. Cụ thể, tham nhũng có quan hệ tỷ lệ nghịch với mức độ cạnh tranh trong quá trình mua sắm công. Sự giao thoa giữa các hành vi phản cạnh tranh và tham nhũng đặc biệt rõ ràng trong lĩnh vực mua sắm công thông qua các hành vi thông thầu. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích vai trò của pháp luật về cạnh tranh trong phòng, chống tham nhũng trong đấu thầu mua sắm công và đề xuất một số giải pháp nhằm nâng cao vai trò của pháp luật về cạnh tranh trong lĩnh vực này.

**Article Infomation:**

*Keywords:* Corruption; bidding; public procurement; competition law.

*Article History:*

Received : 08 Feb. 2022  
Edited : 12 Mar. 2022  
Approved : 13 Mar. 2022

**Abstract:**

Practical performance reveals that competition and anti-corruption in public procurement are closely linked. Specifically, corruption has an inverse relationship with the openness of competition in the process of public procurements. The intersection between anticompetitive and corrupt practices is particularly evident in the public procurement sector through practices of collusion. Within the scope of this article, the author provides an analysis of the role of legal regulations on competition against anti-corruption in public procurements and proposes a number of recommendations to enhance the role of legal regulations of competition in public procurements.

## 1. Nhận diện tham nhũng trong đấu thầu mua sắm công tại Việt Nam

### 1.1. Mua sắm công trong mối liên hệ với hoạt động đấu thầu

Để hoàn thành chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn của mình, Chính phủ và các cơ quan công quyền cần phải được tiếp cận với các nguồn lực vật chất phù hợp. Những yếu tố này thường được cung cấp trong nội bộ các tổ chức công hoặc doanh nghiệp nhà nước, nhưng

trong nhiều trường hợp cần phải trao đổi, giao dịch với khu vực tư nhân thông qua các quy trình mua sắm công. Mục tiêu chính của mua sắm công là cung cấp hàng hóa và dịch vụ cần thiết để hoàn thành các nhiệm vụ của Chính phủ một cách kịp thời, tiết kiệm và hiệu quả.

Mua sắm công, dù trong bối cảnh của từng quốc gia là khác nhau, đều được hiểu chung là việc chính phủ hoặc các tổ chức thuộc khu vực công thực hiện chức năng mua hoặc đặt mua các hàng hóa và dịch vụ<sup>1</sup>. Nếu xét cụ thể về

<sup>1</sup> Kiều Gia Như (2011), *Mua sắm công - Công cụ chính sách thúc đẩy đổi mới sáng tạo*, Cục Thông tin KH&CN Quốc gia, tr. 9.

cả mục đích và yêu cầu đặt ra, mua sắm công có thể hiểu là việc chính phủ hoặc các doanh nghiệp nhà nước mua hàng hóa và dịch vụ cần thiết cho các hoạt động của Nhà nước, với mục đích cơ bản là đảm bảo giá trị tốt nhất cho đồng tiền công<sup>2</sup>. Cách tiếp cận trên này cho thấy hai đặc điểm quan trọng nhất của hoạt động mua sắm công là: (i) chủ thể mua sắm công luôn là chính phủ hoặc các tổ chức thuộc khu vực công và (ii) tài chính phục vụ mua sắm công chủ yếu được huy động từ nguồn “đồng tiền công”, tức ngân sách nhà nước. Đồng thời, yêu cầu sử dụng hiệu quả ở mức độ cao nhất vốn ngân sách nhà nước vào thực hiện mua sắm công thông qua một quy trình mua sắm hiệu quả và cạnh tranh chính là chìa khóa để thu được hàng hóa và dịch vụ với giá trị tốt nhất của đồng tiền công, vì lợi ích của người nộp thuế, người tiêu dùng cuối cùng và người sử dụng dịch vụ công nói chung. Vì vậy, các quốc gia và các tổ chức quốc tế hiện nay luôn có quy định bắt buộc hoạt động mua sắm công phải được thực hiện thông qua đấu thầu.

Khoản 12 Điều 4 Luật Đấu thầu năm 2013 quy định “Đấu thầu là quá trình lựa chọn nhà thầu để ký kết và thực hiện hợp đồng cung cấp dịch vụ tư vấn, dịch vụ phi tư vấn, mua sắm hàng hóa, xây lắp; lựa chọn nhà đầu tư để ký kết và thực hiện hợp đồng dự án đầu tư theo hình thức đối tác công tư, dự án đầu tư có sử dụng đất trên cơ sở bảo đảm cạnh tranh, công bằng, minh bạch và hiệu quả kinh tế”. Như vậy, đấu thầu hàng hoá, dịch vụ nói chung, đấu thầu mua sắm công nói riêng là quá trình chủ đầu tư hay bên mua (trong mua sắm công chính là chính phủ và các tổ chức công) lựa chọn nhà thầu đáp ứng các yêu cầu của mình. Trong đó, bên mua sẽ tổ chức đấu thầu để bên bán (các

nhà thầu) cạnh tranh nhau. Mục tiêu của bên mua là có được các hàng hóa và dịch vụ thỏa mãn các yêu cầu của mình về kỹ thuật, chất lượng và chi phí thấp nhất. Mục đích của nhà thầu là giành được quyền cung cấp mua hàng hóa, dịch vụ đó với giá đủ bù đắp các chi phí đầu vào và đảm bảo mức lợi nhuận cao nhất có thể. Như vậy, bản chất của đấu thầu đã được xã hội thừa nhận như một sự cạnh tranh lành mạnh để được thực hiện một công việc nào đó, một yêu cầu nào đó.

Tóm lại, mua sắm công khi được tổ chức theo dạng đấu thầu sẽ là cách thức hiệu quả nhất để đạt được mục đích tìm kiếm, chọn lựa nhà đầu tư, nhà thầu có tiềm lực về kỹ thuật, chất lượng và có mức giá tối ưu nhất đối với ngân sách nhà nước. Đấu thầu là hình thức giúp tạo tính cạnh tranh, thúc đẩy phát triển năng lực cá nhân của doanh nghiệp một cách tích cực. Đồng thời, đối với việc mua sắm công thì hình thức đấu thầu còn tạo tính minh bạch, công bằng ở mức cao nhất trong quá trình lựa chọn nhà thầu chất lượng.

### ***1.2. Biểu hiện của tham nhũng trong hoạt động đấu thầu mua sắm công tại Việt Nam***

Như đã đề cập ở trên, mục đích cơ bản của hoạt động mua sắm công là việc cơ quan công quyền có được hàng hóa và dịch vụ ở mức giá thấp nhất hoặc đạt được giá trị đồng tiền ở mức tốt nhất có thể. Việc đảm bảo thị trường mua sắm công hoạt động hiệu quả đòi hỏi các nhà hoạch định chính sách phải giải quyết hai thách thức riêng biệt nhưng có liên quan đến nhau: (i) thúc đẩy cạnh tranh hiệu quả giữa các nhà cung cấp và (ii) đảm bảo tính toàn vẹn trong quy trình mua sắm. Quy mô của các cuộc đấu thầu công khai chính là nhằm mục đích tạo ra

<sup>2</sup> OECD (2010), *Roundtable on collusion and corruption in public procurement*, Global Forum on Competition, p.9.



sự cạnh tranh mạnh mẽ. Tuy nhiên, một mặt, các doanh nghiệp có thể sẽ tìm cách thoát khỏi áp lực cạnh tranh thông qua sự cấu kết (thông thầu) và hối lộ; mặt khác, mua sắm công cũng thường liên quan đến các dự án lớn với giá trị cao và nhiều rào cản gia nhập, là cơ hội hấp dẫn cho cả tham nhũng và thông thầu. Kết quả, tính hiệu quả của hoạt động mua sắm công có thể bị bóp méo bởi các vấn đề thông thầu - tham nhũng.

Trong trường hợp tham nhũng xảy ra thông qua hợp đồng mua sắm công, sự thông đồng giữa các nhà thầu dưới hình thức “quân xanh, quân đỏ”, bồi thường hoặc cấp các hợp đồng phụ ... thường được sử dụng để đảm bảo rằng các nhà thầu thua cuộc không để lộ hành vi bất hợp pháp cho cơ quan công quyền. Trong vụ việc tham nhũng liên quan đến gói thầu “Số hóa tài liệu hồ sơ đăng ký doanh nghiệp năm 2016 tại Sở Kế hoạch - Đầu tư Hà Nội”<sup>3</sup>, lãnh đạo công ty Đông Kinh, gồm Võ Việt Hùng, Giám đốc và Lê Duy Tuấn, Giám đốc kinh doanh, đã nhờ các công ty cổ phần TECOTEC Group, công ty TNHH công nghệ Thiên Phúc làm “quân xanh”, nộp hồ sơ dự thầu để đảm bảo có đủ số lượng nhà thầu tham gia và bỏ giá thầu khi cần thiết để tạo điều kiện cho Liên danh Nhật Cường - Đông Kinh trúng thầu<sup>4</sup>.

Đặc lợi kinh tế thu được từ sự thông đồng, đến lượt mình, trở thành một “dây bấc” dẫn dắt đến tham nhũng khi sự thông đồng này được chính chủ thể có thẩm quyền tạo điều kiện thuận lợi thông qua việc cung cấp cho các nhà thầu thông tin cần thiết. Đồng thời, những “người

trong cuộc” này có thể hoạt động như một cơ chế thực thi các thoả thuận hạn chế cạnh tranh. Trong vụ việc tham nhũng liên quan đến gói thầu 10 tỷ đồng mua vật tư y tế thuộc Sở Y tế tỉnh Sơn La<sup>5</sup>, vào đầu năm 2021, Tổng giám đốc công ty Hưng Phát, bà Bùi Thị Thu, biết được Sở Y tế Sơn La cần mua sắm vật tư y tế nên đã nhờ bà Bùi Thị Hoa (cựu Trưởng Phòng Kế hoạch - Tài chính) giúp doanh nghiệp mình trúng thầu. Bà Hoa đã chỉ đạo Giám đốc Công ty Toàn Cầu Tạ Ngọc Chức (được Sở Y tế Sơn La ký hợp đồng thuê) không tổ chức thẩm định giá nhưng ban hành chứng thư với mức hơn 9,995 tỷ đồng. Hai bị can khác là cộng tác viên Công ty Thiết bị Y tế Việt Nam (Vietmed) cũng liên hệ bà Hoa để xin làm tư vấn đấu thầu. Dù chưa mở thầu, bà Hoa đã khẳng định gói thầu đã có doanh nghiệp thực hiện và giới thiệu hai bị can nêu trên gặp Thu để “hợp tác”. Tháng 7/2019, Sở Y tế Sơn La mở thầu có 3 đơn vị tham gia, trong đó cài cắm 2 “quân xanh” cố ý đưa mức giá lên trên 10 tỷ đồng. Việc này đã giúp Công ty Hưng Phát của Thu trúng thầu với giá 9,965 tỷ đồng. Thực hiện thoả thuận, Hoa chỉ đạo một công ty sân sau của mình mua thiết bị y tế từ Vietmed, giá hơn 4,1 tỷ đồng. Công ty sân sau lập khống hợp đồng, bán những thiết bị này cho Công ty Hưng Phát, giá hơn 6,7 tỷ. Số hàng này được Hưng Phát bán Sở Y tế Sơn La theo giá bỏ thầu, tức tăng hơn hai lần so với giá ban đầu.

Bên cạnh những hành vi nêu trên, các quan chức mua sắm công khi tham nhũng còn có thể thao túng luật và quy định để bỏ qua đấu thầu

<sup>3</sup> <https://thanhnien.vn/quan-xanh-quan-do-du-dau-thau-trong-vu-an-ong-nguyen-duc-chung-post1094679.html>, truy cập ngày 10/12/2021.

<sup>4</sup> <https://thanhnien.vn/quan-xanh-quan-do-du-dau-thau-trong-vu-an-ong-nguyen-duc-chung-post1094679.html>, truy cập ngày 10/12/2021.

<sup>5</sup> <https://tienphong.vn/lo-dien-quan-xanh-quan-do-o-goi-thau-vat-tu-y-te-bi-thoi-gia-post1395261.tpo>, truy cập ngày 12/12/2021.

cạnh tranh, bỏ qua các cơ chế giám sát bổ sung. Có một số cách thức mà các quan chức mua sắm công tham nhũng thường sử dụng để hạn chế cạnh tranh, bao gồm: (i) đặt ra các quy định của hợp đồng được thiết kế theo cách có lợi cho một doanh nghiệp (đưa hối lộ) cụ thể; (2) chia nhỏ hợp đồng có giá trị cao thành một số hợp đồng nhỏ hơn, để giá trị của hợp đồng này giảm xuống dưới ngưỡng giá trị yêu cầu hợp đồng phải được mở đấu thầu để cạnh tranh; và (iii) gộp nhiều hợp đồng khác nhau lại với nhau để tạo ra một gói thầu phức tạp đến mức chỉ một doanh nghiệp (đưa hối lộ) cụ thể mới có thể thực hiện và do đó có thể được sử dụng để tránh các thủ tục đấu thầu thực sự cạnh tranh<sup>6</sup>.

## 2. Tham nhũng trong đấu thầu mua sắm công và sự xâm phạm đến các quy luật cạnh tranh

Dưới góc độ của pháp luật cạnh tranh, đấu thầu trong việc cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ là quá trình lựa chọn bên cung cấp hàng hoá hoặc cung ứng dịch vụ để ký kết và thực hiện hợp đồng trên cơ sở bên mời thầu sẽ lựa chọn bên dự thầu có chất lượng hàng hoá, dịch vụ tốt nhất với mức giá hợp lý nhất. Để đạt được mục đích của đấu thầu, nguyên tắc cạnh tranh công bằng cần được tuân thủ tuyệt đối. Nguyên tắc cạnh tranh công bằng trong hoạt động đấu thầu thể hiện ở sự độc lập về tài chính, tổ chức của bên mời thầu và các bên dự thầu cũng như giữa các bên dự thầu với nhau. Sự thông đồng giữa bên mời thầu và bên dự thầu cũng như giữa các bên dự thầu để một hoặc các bên tham gia thỏa thuận thắng thầu

khi tham gia đấu thầu trong việc cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ luôn được xem là gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh và do đó luôn bị xem là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

Xét trong bối cảnh mua sắm công và nền kinh tế thị trường, quy luật cạnh tranh - với tư cách như một quy luật sinh tồn đối với các doanh nghiệp - luôn gây áp lực buộc các doanh nghiệp phải giảm chi phí sản xuất và đổi mới, thúc đẩy năng suất và tăng trưởng kinh tế. Trong khi đó, tham nhũng trong mua sắm công mang sẽ đến nhiều lợi ích cho các công ty yếu kém và ảnh hưởng tiêu cực đến chính sách cạnh tranh hiệu quả. Mức độ tham nhũng càng cao càng tạo ra nhiều rào cản gia nhập cao hơn vào các thị trường “béo bở”, dẫn đến một sân chơi không đồng đều và mức độ cạnh tranh thấp hơn, từ đó cho phép các doanh nghiệp định giá cao hơn giá thị trường. Ở chiều ngược lại, các thị trường có rào cản gia nhập cao và được đặc trưng bởi chi phí cận biên giảm và chi phí cố định cao cũng chính là cơ hội để tạo ra mảnh đất màu mỡ cho tham nhũng<sup>7</sup>. Các nền kinh tế thị trường mở, về nguyên tắc, ít rào cản gia nhập sẽ không tạo ra cơ hội và động lực cho tham nhũng trong mua sắm công. Bằng chứng thực nghiệm cũng có xu hướng khẳng định rằng, mức độ tham nhũng tỉ lệ nghịch với cạnh tranh và tham nhũng có xu hướng cao hơn ở các quốc gia có nền kinh tế duy trì mức độ cạnh tranh thấp<sup>8</sup>. Nhà kinh tế học Hoa Kỳ Robert Klitgaard, khi nghiên cứu về tham nhũng đã khẳng định sự xuất hiện của độc quyền và gian

<sup>6</sup>The World Bank (2013), *Fraud and Corruption Awareness Handbook - A Handbook for Civil Servants Involved in Public Procurement*, xem thêm tại: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/309511468156866119/pdf/877290PUB0Frau00Box382147B00PUBLIC0.pdf>, truy cập ngày 09/11/2021.

<sup>7</sup> Troesken, W (2007), *Competition and Corruption: Lessons from 150 Years of Industrial Governance*, mimeo, University of Pittsburgh, p. 6-11.

<sup>8</sup> Emerson, P (2006), *Corruption, Competition and Democracy*, tldd.

lên trong đấu thầu cộng với sự tùy tiện trừ đi trách nhiệm giải trình chính là nguyên nhân của tham nhũng trong mua sắm công và ngược lại, việc thúc đẩy cạnh tranh có thể có tác động đến việc chống tham nhũng<sup>9</sup>. Một số nhà nghiên cứu khác lý giải rằng, do quy mô và tính kém hiệu quả của các hành vi phản cạnh tranh trong đấu thầu mua sắm công sẽ làm biến dạng cấu trúc thị trường theo hướng thúc đẩy các mối quan hệ đặc quyền và hiện tượng “đi đêm” với chính phủ, dẫn đến những tương tác không lành mạnh giữa các cơ quan công quyền và doanh nghiệp. Điều này lại làm tổn hại đến sự phát triển của một số lĩnh vực nhất định, làm suy yếu tăng trưởng và làm tăng nhu cầu nhà nước phải có lập trường can thiệp, tạo ra một vòng luẩn quẩn nuôi dưỡng tham nhũng<sup>10</sup>.

Thúc đẩy cạnh tranh và chống tham nhũng nói chung và tham nhũng trong hoạt động mua sắm công có nhiều mối liên hệ chặt chẽ với nhau. Trong một phạm vi nhất định, pháp luật cạnh tranh và pháp luật về chống tham nhũng trong mua sắm công đều theo đuổi các mục tiêu tương tự nhau, cố gắng giải quyết những thất bại và rối loạn chức năng của thị trường cũng như đảm bảo rằng các doanh nghiệp cạnh tranh trên một sân chơi bình đẳng và giúp việc mua sắm công đạt được giá trị đồng tiền tốt nhất. Mối liên hệ chặt chẽ giữa hành vi gian lận thầu trong mua sắm công và hành vi tham nhũng, giữa pháp luật về kiểm soát hành vi gian lận thầu trong mua sắm công và pháp luật phòng, chống tham nhũng đã cung cấp cho chúng ta cơ sở lý luận và thực tiễn quan trọng để nghiên cứu, hoàn thiện pháp luật cạnh tranh vì mục

tiêu nâng cao hiệu quả của công tác phòng, chống tham nhũng, đặc biệt trong hoạt động mua sắm công.

### 3. Vai trò của pháp luật về cạnh tranh trong phòng, chống tham nhũng trong đấu thầu mua sắm công

Như đã nêu, mối quan hệ giữa pháp luật về cạnh tranh và pháp luật phòng, chống tham nhũng có mối quan hệ biện chứng với nhau. Những thị trường có tính cạnh tranh cao sẽ kèm theo xu hướng đẩy lùi tham nhũng nói chung và tham nhũng trong hoạt động mua sắm công nói riêng. Do đó, bảo vệ môi trường cạnh tranh công bằng, lành mạnh và thúc đẩy cạnh tranh mạnh mẽ giữa các doanh nghiệp chính là một giải pháp quan trọng góp phần không nhỏ trong công tác phòng, chống tham nhũng về mua sắm công. Pháp luật cạnh tranh đóng vai trò tích cực trong phòng, chống tham nhũng trong đấu thầu mua sắm công thông qua các quy định về trách nhiệm pháp lý đối với các chủ thể thực hiện hành vi gian lận thầu và quy định về chính sách khoan hồng.

*Thứ nhất, quy định trách nhiệm pháp lý đối với chủ thể thực hiện hành vi gian lận thầu.* Trên thực tế, gian lận thầu trong mua sắm công liên quan đến tham nhũng thể hiện qua các hành vi sau:

- Hành vi thông đồng liên quan đến mối quan hệ theo chiều ngang giữa các nhà thầu trong mua sắm công, những người âm mưu loại bỏ yếu tố cạnh tranh khỏi quy trình. Gian lận trong đấu thầu là cơ chế thông đồng điển hình trong các hợp đồng công: các nhà thầu

<sup>9</sup> Marie Chêne (2016), *The linkages between corruption and violation of competition laws*, Anti-Corruption Helpdesk (Transparency International), p. 2.

<sup>10</sup> Pinheiro Machado A. (2015), *Corruption and Monopolies - An Endemic Problem*, xem <https://www.forbes.com/sites/arthurmachado/2015/07/20/corruption-and-monopolies/?sh=679fb97a4b99#2715e4857a0b38411415503a>.

tự xác định xem ai sẽ “thắng” trong cuộc đấu thầu, và sau đó sắp xếp các hồ sơ dự thầu của họ - ví dụ, bằng cách xoay vòng giá thầu, đấu thầu bổ sung hoặc bao thầu - theo cách để đảm bảo rằng nhà thầu được chỉ định được lựa chọn theo quy trình cạnh tranh có chủ đích.

- Hành vi tham nhũng xảy ra khi các tổ chức công quyền hoặc quan chức sử dụng quyền lực công để trục lợi cá nhân, ví dụ bằng cách nhận hối lộ để đổi lấy việc đấu thầu. Mặc dù thường xảy ra trong quá trình mua sắm, các trường hợp tham nhũng sau khi đã giao kết và hoàn thành hợp đồng cũng có thể phát sinh. Tham nhũng tạo thành mối quan hệ theo chiều dọc giữa quan chức công quyền có liên quan, đóng vai trò là người mua trong giao dịch và một hoặc nhiều người đấu thầu, đóng vai trò là người bán trong trường hợp này.

Khoản 1 Điều 110 Luật Cạnh tranh năm 2018 nêu rõ: “Tổ chức, cá nhân có hành vi vi phạm pháp luật về cạnh tranh thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự; nếu gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân thì phải bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật”. Như vậy, ngoài trách nhiệm bồi thường khi hành vi gian lận thầu trong mua sắm công gây ra thiệt hại theo quy định của pháp luật dân sự, các chủ thể liên quan còn có thể phải đối diện với hai loại trách nhiệm pháp lý nghiêm trọng là trách nhiệm hành chính và trách nhiệm hình sự. Các hình thức xử lý đối với hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm được quy định tại Điều 6 và Điều 7 Nghị định số 75/2019/NĐ-CP ngày 26/9/2019 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực cạnh tranh (Nghị định số 75). Giữa Điều 6 và Điều 7 có sự phân hoá rõ ràng về mức xử phạt tiền với tư cách là hình thức

xử phạt chính đối với các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm dựa trên tiêu chí về mối quan hệ giữa các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận. Theo đó, đối với tất cả các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được liệt kê tại Điều 11 Luật Cạnh tranh năm 2018, nếu thuộc trường hợp bị cấm theo Điều 12 Luật Cạnh tranh năm 2018 và các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận là các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan, sẽ bị áp dụng mức xử phạt tiền từ 01% đến 10% tổng doanh thu trên thị trường liên quan trong năm tài chính liền kề trước năm thực hiện hành vi vi phạm của từng doanh nghiệp là các bên tham gia thỏa thuận theo khoản 1 Điều 6 Nghị định số 75; nếu các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận là các doanh nghiệp kinh doanh ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định, mức xử phạt tiền là từ 01% đến 05% tổng doanh thu trên thị trường liên quan trong năm tài chính liền kề trước năm thực hiện hành vi vi phạm của từng doanh nghiệp là các bên tham gia thỏa thuận theo khoản 1 Điều 7 Nghị định số 75. Ngoài hình thức xử phạt chính là phạt tiền, các doanh nghiệp thực hiện hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm (cả theo chiều dọc và chiều ngang) đều có thể bị áp dụng thêm hình thức xử phạt bổ sung *tịch thu khoản lợi nhuận thu được từ việc thực hiện hành vi vi phạm* và biện pháp khắc phục hậu quả *buộc loại bỏ những điều khoản vi phạm pháp luật ra khỏi hợp đồng, thỏa thuận hoặc giao dịch kinh doanh* (khoản 2, khoản 3 Điều 6 và khoản 2, khoản 3 Điều 7 Nghị định số 75). Đối với doanh nghiệp, khi chế tài ảnh hưởng trực tiếp đến lợi ích kinh tế thì đồng thời cũng khiến doanh nghiệp bị suy yếu khả năng thực hiện các hành vi tương tự trong tương lai. Ngoài ra, theo quy định tại khoản 1 Điều 14 Luật Cạnh tranh năm 2018, hành vi gian lận thầu trong

mua sắm công không thuộc trường hợp được hưởng miễn trừ trong mọi trường hợp. Ngoài trách nhiệm hành chính, trách nhiệm hình sự cũng là một biện pháp hữu hiệu trong ngăn ngừa và xử lý các hành vi gian lận thầu trong mua sắm công theo Điều 222 Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017.

Thái độ cứng rắn và kiên khắc của pháp luật cạnh tranh đối với các hành vi gian lận thầu trong mua sắm công ngoài đóng vai trò “trừng phạt” các hành vi vi phạm, khôi phục lại các tổn thất, thiệt hại gây ra bởi hành vi thì còn là những trở lực rất lớn, rất đáng kể khiến các chủ thể chủ động ngăn mình tham gia vào các hành vi gian lận thầu trong mua sắm công, đồng thời cũng làm suy giảm đáng kể khả năng các chủ thể này thực hiện các hành vi tương tự trong tương lai.

*Thứ hai, quy định chính sách khoan hồng (leniency program).* Chính sách khoan hồng là một quy định mới của Luật Cạnh tranh năm 2018 nhằm mục đích gia tăng khả năng phát hiện và xử lý các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh nói chung và gian lận thầu trong mua sắm công nói riêng. Chính sách khoan hồng cho phép doanh nghiệp tham gia vào các hành vi gian lận thầu trong mua sắm công có cơ hội được miễn giảm mức tiền phạt nếu doanh nghiệp tự nguyện khai báo để giúp cơ quan cạnh tranh phát hiện, điều tra và xử lý hành vi này<sup>11</sup>. Các hành vi gian lận thầu và gian lận thầu trong mua sắm công, nhìn chung, là rất khó phát hiện trên thực tế vì các chủ thể sau khi thỏa thuận thì như một lẽ thường tình thường cố gắng bằng mọi cách để che giấu hành vi<sup>12</sup>.

Những khó khăn này có thể còn đáng kể hơn trong các vụ việc gian lận thầu mua sắm công có yếu tố tham nhũng, với sự tham gia của cơ quan - cá nhân công quyền. Thực tiễn cũng cho thấy, các cơ chế phát hiện thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trước đây đã không còn nhiều tác dụng vì thỏa thuận hạn chế cạnh tranh đang có xu hướng ngầm hóa do nhận thức của doanh nghiệp về pháp luật cạnh tranh ngày càng cao. Điều này làm cho việc phát hiện và điều tra các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trở nên khó khăn, phức tạp. Vì vậy, chính sách khoan hồng với khả năng doanh nghiệp được miễn hoặc giảm đáng kể mức xử phạt sẽ đủ khả năng khiến các doanh nghiệp chủ động hỗ trợ Ủy ban Cạnh tranh quốc gia phát hiện và xử lý các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Bên cạnh đó, chính sách khoan hồng tại Điều 112 Luật Cạnh tranh năm 2018 là một cơ chế mới giúp phát hiện thỏa thuận hạn chế cạnh tranh mà cơ quan cạnh tranh có thể sử dụng để kiểm soát thỏa thuận hạn chế cạnh tranh hiệu quả hơn khi chính sách này khiến các thỏa thuận phi pháp trở nên rủi ro hơn, có nhiều khả năng bị phá vỡ hơn và buộc các doanh nghiệp phải cân nhắc đến việc liệu có nên tham gia vào các thỏa thuận kém an toàn hay không.

#### **4. Giải pháp nâng cao vai trò của pháp luật cạnh tranh trong phòng, chống tham nhũng trong đấu thầu mua sắm công**

*Thứ nhất, trách nhiệm pháp lý đối với chủ thể thực hiện hành vi gian lận thầu:* Để ngăn chặn các hành vi tham nhũng thông qua gian lận thầu trong các hoạt động mua sắm chính phủ, chúng tôi cho rằng, yếu tố quan trọng nhất

<sup>11</sup> Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh (2020), *Giáo trình Pháp luật về cạnh tranh và giải quyết tranh chấp thương mại* (tái bản lần 1, có sửa đổi và bổ sung), Nxb. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, tr. 202.

<sup>12</sup> Nguyễn Anh Tuấn (2013), “*Cơ sở lý luận và thực tiễn áp dụng chính sách khoan hồng theo luật cạnh tranh một số nước trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam*”, Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, 1(74)/2013-2013, tr.45-53.

chính là phải thiết lập một cơ chế để phát hiện và xử phạt công bằng, với các biện pháp trừng phạt và hình phạt chuyên biệt dành cho dạng thức hành vi này, bao gồm cả chế tài dân sự và hình sự. Mặc dù mức xử phạt tiền đối với các hành vi này đã tăng lên đáng kể và trở nên phổ biến hơn trong những năm gần đây. Các khoản tiền phạt hành chính thường lên tới 10% giá trị doanh thu của doanh nghiệp được tính theo năm tài chính liền trước năm tài chính thực hiện hành vi vi phạm. Điều này dường như là chưa đủ sức răn đe vì một số doanh nghiệp có thể coi mức phạt tiền này đối với hành vi chống cạnh tranh hoặc tham nhũng chỉ là như một dạng thức của chi phí kinh doanh nên có thể bỏ ra. Do đó, với những hành vi gian lận thầu gắn liền với tham nhũng trong mua sắm công cần có những mức xử phạt tiền cao hơn so với hiện nay. Ngoài ra, chúng ta cần cân nhắc đến yếu tố về tư cách tham gia thầu trong tương lai của doanh nghiệp vi phạm. Đề xuất này dựa trên cơ sở thực tế rằng, những thiệt hại về uy tín và việc không đủ tư cách tham gia đấu thầu cạnh tranh có thể là tác hại lớn hơn, đáng kể hơn đối với các doanh nghiệp vi phạm, đồng thời đóng vai trò là một biện pháp răn đe hiệu quả hơn.

*Thứ hai, về chính sách khoan hồng:* Thực tế cho thấy việc xây dựng một hệ thống chế tài nghiêm khắc là chưa đủ để phát hiện, điều tra và xử lý thành công các thoả thuận hạn chế cạnh tranh. Kinh nghiệm của các quốc gia như Liên minh châu Âu, Hoa Kỳ, Nhật Bản cho thấy, việc bổ sung chính sách khoan hồng song hành với các biện pháp trừng phạt nghiêm khắc là cần thiết để phát hiện và xử lý các gian lận thầu vì mục đích tham nhũng trong mua sắm

công<sup>13</sup>. Vì vậy, chúng ta cần tăng cường việc áp dụng chính sách khoan hồng, bao gồm cả tuyên truyền, phổ biến lợi ích của chính sách khoan hồng đến rộng rãi cộng đồng doanh nghiệp. Ngoài ra, chúng tôi cho rằng, việc giới hạn số lượng các doanh nghiệp được hưởng chính sách khoan hồng tối đa chỉ 03 doanh nghiệp theo quy định tại Điều 112 Luật Cạnh tranh năm 2018 hiện nay chưa thực sự phù hợp, cần gia tăng số lượng giới hạn này lên nhiều hơn nữa để tăng hiệu quả, tăng khả năng đạt được mục đích của chính sách khoan hồng trong tương lai với vai trò là công cụ ngăn ngừa và phát hiện các hành vi gian lận thầu trong hoạt động mua sắm công có liên quan đến hành vi tham nhũng.

*Thứ ba, tăng cường thẩm quyền của cơ quan cạnh tranh:* Cơ quan cạnh tranh có vai trò quan trọng trong việc giải quyết cả gian lận thầu và tham nhũng. Do đó, trong tương lai, pháp luật cạnh tranh Việt Nam cần quy định những chính sách phù hợp để nâng cao vai trò của cơ quan cạnh tranh, bao gồm cung cấp cho cơ quan cạnh tranh một tầm nhìn rõ ràng về mục đích và các ưu tiên chiến lược của cơ quan, một cấu trúc phù hợp và các quy trình minh bạch, các trường hợp hợp lý và quản lý dự án thực hành nguồn nhân lực hiệu quả cũng như các cơ chế giám sát và đánh giá hiệu quả. Cơ quan cạnh tranh cần được trao thêm nhiều công cụ điều tra và phương pháp tiếp cận khác nhau để bắt đầu điều tra, bao gồm các phương pháp chủ động như sàng lọc các hồ sơ dự thầu công khai, thông báo và giám sát những người tham gia đấu thầu cũng như các phương pháp phản ứng như phản ứng với các khiếu nại hoặc áp dụng chính sách khoan hồng ■

<sup>13</sup> Stephan, A. (2008), *Beyond the Cartel Law Handbook: How Corruption, Social Norms and Collectivist Business Cultures can Undermine Conventional Enforcement Tools*, ESRC Centre for Competition Policy & Norwich Law School, University of East Anglia.

# BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC HẬU QUẢ ĐỐI VỚI NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN VI PHẠM HÀNH CHÍNH: THỰC TRẠNG VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

Cao Vũ Minh

TS. Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

## Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Người chưa thành niên, vi phạm hành chính, biện pháp khắc phục hậu quả, Luật Xử lý vi phạm hành chính.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/04/2022  
Biên tập : 12/05/2022  
Duyệt bài : 14/05/2022

## Article Infomation:

**Keywords:** Juveniles; administrative violation; remedial measures; Law on Handling of Administrative Violations.

## Article History:

Received : 10 Apr. 2022  
Edited : 12 May. 2022  
Approved : 14 May. 2022

## Tóm tắt:

Xử phạt vi phạm hành chính là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính. Bên cạnh các hình thức xử phạt, người chưa thành niên vi phạm hành chính còn có thể bị áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả cụ thể. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích một số bất cập, hạn chế về biện pháp khắc phục hậu quả đối với người chưa thành niên vi phạm hành chính và đề xuất giải pháp hoàn thiện.

## Abstract:

The administrative sanctions include application of sanction forms, remedial measures with respect to individuals, organizations committing acts of administrative violations. In addition to sanctioning forms, the juveniles who commit administrative violations may also be subject to specific remedial measures. Within the scope of this article, the author provides an analysis of a number of inadequacies and shortcomings on remedial measures for the juveniles who commit administrative violations and also proposes a number of recommendations for further improvements.

## 1. Khái quát về biện pháp khắc phục hậu quả đối với người chưa thành niên vi phạm hành chính

Theo quy định của pháp luật, vi phạm hành chính (VPHC) là hành vi trái pháp luật do tổ chức, cá nhân (trong và ngoài nước) có năng lực trách nhiệm pháp luật hành chính thực hiện. Cụ thể, cá nhân từ đủ 14 tuổi đến chưa đủ 16 tuổi bị xử phạt về VPHC do lỗi cố ý. Cá nhân từ đủ 16 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi bị xử phạt về mọi VPHC do mình gây ra nhưng khi phạt tiền đối với họ thì mức tiền phạt không quá một phần hai mức phạt đối với người thành

niên. Như vậy, người chưa thành niên (NCTN) là chủ thể của VPHC phải là người trong độ tuổi từ đủ 14 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi, có khả năng nhận thức, điều khiển hành vi của mình.

Người chưa thành niên VPHC sẽ bị xử phạt VPHC. Theo đó, xử phạt VPHC đối với NCTN là việc chủ thể có thẩm quyền áp dụng các hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả (BPKPHQ) đối với người chưa thành niên VPHC.

BPKPHQ được hiểu là hình thức cưỡng chế do Nhà nước tiến hành, buộc chủ thể VPHC

phải thực hiện những nghĩa vụ pháp lý nhất định nhằm hạn chế hoặc khôi phục lại tình trạng ban đầu do VPHC gây ra<sup>1</sup>. Khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý VPHC năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 (Luật Xử lý VPHC) quy định nhiều BPKPHQ khác nhau. Đối với người chưa thành niên VPHC, Luật Xử lý VPHC quy định áp dụng bốn (04) BPKPHQ:

- *Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu;*

- *Buộc thực hiện các biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh;*

- *Buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường; văn hóa phẩm có nội dung độc hại;*

- *Buộc nộp lại khoản thu bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi vi phạm.*

### **1.1. Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu**

Đây là BPKPHQ được áp dụng đối với chủ thể VPHC nói chung và người chưa thành niên VPHC nói riêng để khôi phục lại tình trạng ban đầu đã bị thay đổi do VPHC gây ra. Đơn cử, các vi phạm như: phun sơn, viết, vẽ, dán, gắn hình ảnh, nội dung lên tường, cột điện hoặc các vị trí khác tại khu vực dân cư, nơi công cộng, khu chung cư, nơi ở của công dân hoặc các công

trình khác mà không được phép của cơ quan có thẩm quyền<sup>2</sup>; tự ý tháo dỡ, di chuyển, treo, đặt, làm hư hỏng hoặc làm sai lệch biển báo hiệu, đèn tín hiệu giao thông, lan can phòng hộ, móc chỉ giới<sup>3</sup>... đều làm thay đổi hiện trạng ban đầu theo hướng tiêu cực. Do đó, áp dụng BPKPHQ buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu nhằm khôi phục lại hiện trạng của đối tượng bị xâm hại như trước khi có VPHC.

Căn cứ vào Luật Xử lý VPHC, nghị định xử phạt VPHC trong các lĩnh vực sẽ quy định về việc áp dụng BPKPHQ này đối với những vi phạm cụ thể. Chẳng hạn, trong lĩnh vực bảo vệ môi trường, biện pháp “*buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu*” được quy định cụ thể là “*buộc trồng lại, chăm sóc, phục hồi sinh cảnh ban đầu cho các loài sinh vật*”<sup>4</sup>. Trong lĩnh vực giao thông đường bộ, biện pháp “*buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu*” được quy định cụ thể là “*buộc thu dọn đống, vật sắc nhọn, dây hoặc các vật cản khác trên đường bộ*”<sup>5</sup>. Điều này tạo cơ sở pháp lý cụ thể cho việc áp dụng biện pháp này trong thực tế<sup>6</sup>.

### **1.2. Buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh**

Điều 31 Luật Xử lý VPHC quy định: “*cá nhân, tổ chức VPHC phải thực hiện biện pháp*

<sup>1</sup> Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2013, tr. 524.

<sup>2</sup> Điểm a khoản 14 Điều 7 Nghị định số 144/2021/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội; phòng, chống tệ nạn xã hội; phòng cháy, chữa cháy; cứu nạn, cứu hộ; phòng, chống bạo lực gia đình.

<sup>3</sup> Khoản 10 Điều 15 Nghị định số 100/2019/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 123/2021/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt.

<sup>4</sup> Điểm a khoản 3 Điều 4 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 55/2021/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực bảo vệ môi trường.

<sup>5</sup> Khoản 12 Điều 11 Nghị định số 100/2019/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 123/2021/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt.

<sup>6</sup> Phụ lục 1 Báo cáo số 29/BC-BTP ngày 23/02/2021 của Bộ Tư pháp thi đề triển khai thi hành Luật Xử lý VPHC, Chính phủ đã ban hành 130 nghị định quy định chi tiết Luật Xử lý VPHC. Trong đó, có 87 nghị định còn hiệu lực thi hành, 43 nghị định đã hết hiệu lực thi hành. Trong số 87 nghị định còn hiệu lực thi hành thì 74 nghị định xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực quản lý nhà nước.



để khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh. Nếu cá nhân, tổ chức VPHC không tự nguyện thực hiện thì bị cưỡng chế thực hiện”.

Có thể thấy, “buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh” là BPKPHQ áp dụng đối với các chủ thể VPHC nói chung và NCTN nói riêng liên quan đến việc gây ô nhiễm môi trường hoặc làm lây lan dịch bệnh<sup>7</sup>. Căn cứ vào Luật Xử lý VPHC, nhiều nghị định xử phạt VPHC trong các lĩnh vực quy định về việc áp dụng BPKPHQ này đối với những vi phạm có phát sinh hậu quả gây ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh. Chẳng hạn, những vi phạm như “tổ chức thi công xây dựng công trình không che chắn hoặc có che chắn nhưng để rơi vãi vật liệu xây dựng xuống các khu vực xung quanh”<sup>8</sup> sẽ bị áp dụng biện pháp “buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường”; hành vi “nuôi, trồng, thả trái phép vào rừng đặc dụng các loài động vật, thực vật ngoại lai xâm hại” sẽ bị áp dụng biện pháp “buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng lây lan dịch bệnh”<sup>9</sup>.

### **1.3. Buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường; văn hóa phẩm có nội dung độc hại**

Theo Từ điển Từ và ngữ Việt Nam thì hàng hóa là sản phẩm của lao động, thông qua trao đổi, mua bán có thể thỏa mãn một số nhu cầu nhất định của con người<sup>10</sup>, còn vật phẩm là

những sản phẩm tồn tại dưới dạng vật chất làm thỏa mãn mong muốn của con người<sup>11</sup>. Dưới góc độ kinh tế học, vật phẩm nếu thuộc quyền sở hữu của một chủ thể thì được gọi là tài sản, còn nếu ở dạng vật chất tự nhiên thì gọi đó là vật thể<sup>12</sup>. Hàng hóa, vật phẩm là những vật có trong tự nhiên hoặc sản phẩm do con người tạo ra để phục vụ cho cuộc sống hàng ngày. Hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường là những loại hàng hóa, vật phẩm có thể gây ảnh hưởng trực tiếp hoặc gián tiếp đến sức khỏe con người hoặc gây tác hại xấu đến vật nuôi, cây trồng và môi trường. Chính vì vậy, việc tiêu hủy các loại hàng hóa, vật phẩm này là rất cần thiết.

Dưới góc độ ngôn ngữ, văn hóa phẩm là sản phẩm văn hóa phục vụ nhu cầu tinh thần của con người. Dưới góc độ pháp lý, theo Nghị định số 32/2012/NĐ-CP thì văn hóa phẩm bao gồm: (i) các bản ghi âm, ghi hình; các loại phim, băng từ, đĩa mềm, đĩa cứng, đĩa quang đã ghi nội dung; các sản phẩm công nghệ nghe nhìn khác đã ghi thông tin ở dạng chữ viết, âm thanh hoặc hình ảnh; (ii) tác phẩm tạo hình, mỹ thuật ứng dụng, tranh, nhiếp ảnh; (iii) di sản văn hóa vật thể và các sản phẩm liên quan đến di sản văn hóa phi vật thể.

Trong đời sống xã hội, bên cạnh những văn hóa phẩm chân chính, chứa đựng, chuyển tải những giá trị truyền thống tốt đẹp và mang tính nhân văn sâu sắc thì cũng có nhiều sản phẩm văn hóa độc hại. Những văn hóa phẩm này đi ngược lại truyền thống văn hóa, gây hủy hoại đạo đức xã hội nên được gọi là văn hóa phẩm

<sup>7</sup> Nguyễn Cảnh Hợp (chủ biên), *Bình luận khoa học Luật Xử lý VPHC năm 2012 (Tái bản lần thứ 1)*, Nxb. Hồng Đức, năm 2017, tr. 278.

<sup>8</sup> Khoản 1, 15 Điều 16 Nghị định số 16/2022/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính về xây dựng.

<sup>9</sup> Khoản 6, 9 Điều 16 Nghị định số 35/2019/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 07/2022/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lâm nghiệp.

<sup>10</sup> Nguyễn Lâm, *Từ điển Từ và ngữ Việt Nam*, Nxb. Tổng Hợp Tp. Hồ Chí Minh, năm 2006, tr. 804.

<sup>11</sup> Nguyễn Lâm, *Từ điển Từ và ngữ Việt Nam*, Nxb. Tổng Hợp Tp. Hồ Chí Minh, năm 2006, tr. 2020.

<sup>12</sup> Nguyễn Văn Ngọc, *Từ điển Kinh tế học*, Nxb. Đại học Kinh tế quốc dân, năm 2006, tr. 598.

độc hại. Đối với văn hóa phẩm độc hại, hậu quả mà nó gây ra cho con người và xã hội có thể không trực tiếp và nhận biết được ngay, nhưng nó ngấm ngấm, ăn sâu và gặm nhấm suy nghĩ, tư tưởng của con người. Một khi đã bị tiêm nhiễm, đầu độc thì rất khó có thể gột rửa, loại trừ, tiềm ẩn những mối nguy hại lớn cho xã hội<sup>13</sup>.

Qua phân tích trên, có thể thấy, hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người ảnh hưởng trực tiếp đến tính mạng, sức khỏe của con người. Trong khi đó, văn hóa phẩm có nội dung độc hại trực tiếp đến nhân cách, đạo đức, lối sống của con người. Chính vì vậy, pháp luật quy định áp dụng BPKPHQ “*buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường; văn hóa phẩm có nội dung độc hại*” là rất hợp lý. Từ quy định của Luật Xử lý VPHC, khá nhiều nghị định quy định áp dụng BPKPHQ này đối với các vi phạm cụ thể. Đơn cử, trong lĩnh vực lâm nghiệp, hành vi “*săn, bắt, giết, nuôi, nhốt động vật rừng trái quy định của pháp luật*” bị áp dụng BPKPHQ “*buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường*”<sup>14</sup>. Tương tự, hành vi buôn bán hàng cấm là thuốc lá điều nhập lậu, pháo nổ, thuốc bảo vệ thực vật mà Nhà nước cấm kinh doanh, cấm lưu hành, cấm sử dụng... sẽ bị xử phạt VPHC (trừ trường hợp bị truy cứu trách nhiệm hình sự). Khi xử phạt đối với hành vi này thì pháp luật quy định áp dụng BPKPHQ “*buộc tiêu hủy tang vật là hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường, văn*

*hóa phẩm có nội dung độc hại*”<sup>15</sup>.

#### 1.4. Buộc nộp lại khoản thu bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính

Theo quy định của pháp luật, buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC là một BPKPHQ. Sự ra đời của biện pháp này tạo điều kiện thuận lợi cho các chủ thể có thẩm quyền có thêm lựa chọn trong quá trình xử phạt VPHC, nhất là trong bối cảnh các VPHC diễn ra ngày càng đa dạng và gây ra những thiệt hại nhất định. Luật Xử lý VPHC đã khoanh vùng số lợi bất hợp pháp có được từ VPHC gồm tiền, tài sản, giấy tờ và vật có giá. Số lợi bất hợp pháp do cá nhân, tổ chức VPHC nộp lại sẽ được xử lý bằng hai cách: (i) sung vào ngân sách nhà nước hoặc (ii) hoàn trả cho đối tượng bị chiếm đoạt.

Trên đây là bốn BPKPHQ do Quốc hội quy định trong Luật Xử lý VPHC và áp dụng đối với NCTN VPHC. Ngoài các biện pháp này, Luật Xử lý VPHC không cho phép áp dụng các BPKPHQ do Quốc hội quy định tại điểm b, d, e, g, h khoản 1 Điều 28 đối với NCTN VPHC. Ngoài ra, NCTN VPHC cũng sẽ không bị áp dụng các BPKPHQ do Chính phủ quy định được nêu tại điểm k khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý VPHC.

## 2. Thực trạng các quy định về biện pháp khắc phục hậu quả đối với người chưa thành niên vi phạm hành chính

*Thứ nhất, Luật Xử lý VPHC và các nghị định xử phạt VPHC trong các lĩnh vực đã quy định không chính xác về tên gọi của một số*

<sup>13</sup> Nguyễn Huy Phòng, “Phòng, chống văn hóa phẩm độc hại trong đời sống văn hóa”, Tạp chí Lý luận chính trị, số 8, năm 2020.

<sup>14</sup> Điều 21 Nghị định số 35/2019/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 07/2022/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lâm nghiệp.

<sup>15</sup> Điều 8 Nghị định số 98/2020/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 17/2022/NĐ-CP xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

*BPKPHQ đối với NCTN VPHC.*

Điểm c khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý VPHC quy định về biện pháp “**buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường**”. Trong khi đó, Điều 31 Luật Xử lý VPHC - điều luật quy định cụ thể về biện pháp này lại sử dụng tên gọi “**buộc khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường**”. Một điều rất đáng chú ý là trong số 09 BPKPHQ do Quốc hội quy định thì tên gọi của 08 biện pháp được sử dụng thống nhất từ quy phạm liệt kê (khoản 1 Điều 28) đến quy phạm cụ thể (Điều 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37). Duy nhất chỉ có biện pháp “**buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường**” là không có sự thống nhất trong tên gọi.

Tương tự, điểm i khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý VPHC quy định BPKPHQ “**buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC**”. Điều 37 Luật Xử lý VPHC quy định cụ thể về biện pháp này và vẫn giữ nguyên tên gọi. Tuy nhiên, Điều 135 Luật Xử lý VPHC đã quy định không chính xác về BPKPHQ này khi áp dụng đối với NCTN. Cụ thể, thay vì sử dụng tên gọi “**buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC**”, Điều 135 lại quy định “**buộc nộp lại khoản thu bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC**”.

Câu hỏi đặt ra là biện pháp “**buộc nộp lại khoản thu bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC**” áp dụng đối với NCTN VPHC có phải là biện pháp “**buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp**”

có được do thực hiện VPHC” hay không? Nếu đúng là như vậy thì rõ ràng tên gọi của biện pháp này trong Luật Xử lý VPHC đã không có sự nhất quán.

Khảo sát các nghị định xử phạt VPHC mà NCTN thường xuyên vi phạm là nghị định xử phạt VPHC trong lĩnh vực an ninh trật tự, an toàn xã hội (trước đây là Nghị định số 167/2013/NĐ và hiện nay là Nghị định số 144/2021/NĐ-CP) và lĩnh vực giao thông đường bộ (Nghị định số 100/2019/NĐ-CP và hiện nay được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 123/2021/NĐ-CP)<sup>16</sup> thì không có bất kỳ hành vi vi phạm nào bị áp dụng biện pháp “**buộc nộp lại khoản thu bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC**”. Cụ thể, tất cả các VPHC trong Nghị định số 167/2013/NĐ-CP trước đây và hiện nay là Nghị định số 144/2021/NĐ-CP đều quy định áp dụng biện pháp “**buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp**” chứ không có “**buộc nộp lại khoản thu bất hợp pháp**”. Tương tự, Nghị định số 100/2019/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 123/2021/NĐ-CP cũng chỉ quy định áp dụng biện pháp “**buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp**” chứ không có “**buộc nộp lại khoản thu bất hợp pháp**” đối với tất cả các vi phạm trong lĩnh vực giao thông đường bộ. Thậm chí các VPHC mà NCTN vi phạm không phổ biến như trong lĩnh vực bảo vệ môi trường<sup>17</sup>, sử dụng mạng xã hội<sup>18</sup>, buôn bán, vận chuyển hàng giả, hàng cấm<sup>19</sup> thì cũng không tồn tại biện pháp “**buộc nộp lại khoản thu bất hợp pháp**”. Do sự khác nhau về thuật

<sup>16</sup> Công văn số 313/BCA-V03 ngày 01/02/2021 của Bộ Công an về công tác thi hành pháp luật xử phạt vi phạm hành chính trong năm 2020.

<sup>17</sup> Điểm h khoản 3 Điều 4 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 55/2021/NĐ-CP xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường chỉ quy định về biện pháp “**buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp**”.

<sup>18</sup> Nghị định số 15/2020/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 14/2022/NĐ-CP chỉ quy định về biện pháp “**buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp**”.

<sup>19</sup> Nghị định số 98/2020/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 17/2022/NĐ-CP chỉ quy định về biện pháp “**buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp**”.

ngữ pháp lý nên một số địa phương đã khá “e dè” trong việc áp dụng biện pháp “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp*” đối với NCTN VPHC ngay cả khi nghị định có quy định về việc áp dụng BPKPHQ này<sup>20</sup>.

*Thứ hai, pháp luật hiện hành chưa quy định cụ thể về cách thức và thủ tục thực hiện các BPKPHQ đối với NCTN VPHC, từ đó gây khó khăn cho quá trình triển khai thi hành.*

Hiện nay, Luật Xử lý VPHC và nghị định về xử phạt VPHC trong các lĩnh vực mới chỉ quy định khái quát về “*buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu*” mà chưa có quy định cụ thể về cách thức xác định “*tình trạng ban đầu*”. Vì thế, trên thực tế, các chủ thể có thẩm quyền gặp không ít khó khăn, lúng túng khi áp dụng biện pháp “*buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu*” trong xử phạt VPHC<sup>21</sup>. Đơn cử, khoản 5, khoản 10 Điều 15 Nghị định số 100/2019/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 123/2021/NĐ-CP quy định hành vi “*rãi, đổ hóa chất gây hư hỏng công trình đường bộ*” sẽ bị áp dụng BPKPHQ “*buộc phải khôi phục lại tình trạng ban đầu đã bị thay đổi do VPHC gây ra*”. Thế nhưng, muốn áp dụng biện pháp này thì trước hết người có thẩm quyền phải chứng minh được “*tình trạng ban đầu của công trình đường bộ*” và “*mức độ hư hại của công trình đường bộ*”. Trong thực tiễn, phải nhận thức rằng việc xác định “*tình trạng ban đầu của công trình đường bộ*” và “*mức độ hư hại của công trình đường bộ*” là không hề đơn giản. Chính vì cách tư duy “*dùng đại lượng định tính này để làm thước đo cho một đại lượng định tính khác*” nên sự khó khăn trong việc áp dụng biện pháp “*buộc khôi phục lại tình trạng*

*ban đầu*” sẽ vẫn tồn tại như một hệ quả tất yếu.

Trên thực tế, do pháp luật không quy định cụ thể nên tại nhiều địa phương, các cơ quan quản lý nhà nước đã “*mờ lối đi riêng*” ban hành văn bản hướng dẫn thực hiện BPKPHQ “*buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu*”. Đơn cử, ngày 25/8/2020, Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh Ninh Bình ban hành Quyết định số 21/2020/QĐ-UBND quy định về mức độ khôi phục lại tình trạng ban đầu đối với từng loại vi phạm quy định tại Nghị định số 91/2019/NĐ-CP xử phạt vi phạm trong lĩnh vực đất đai. Tuy nhiên, Quyết định số 21/2020/QĐ-UBND chỉ áp dụng trong việc xác định tình trạng ban đầu đối với vi phạm trong lĩnh vực đất đai; còn lại, trong các lĩnh vực khác (như môi trường, xây dựng, giao thông đường bộ...) thì không có quy định. Ngoài ra, do giới hạn về hiệu lực không gian nên những nội dung trong quyết định này cho dù tiến bộ, hợp lý thì cũng không thể trở thành kim chỉ nam cho các địa phương khác.

Tương tự, hiện nay, Luật Xử lý VPHC và các nghị định về xử phạt VPHC trong các lĩnh vực mới chỉ quy định khái quát về “*buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường*” nhưng chưa có quy định cụ thể về cách thức và thủ tục thực hiện biện pháp này. Trên thực tế, các chủ thể có thẩm quyền cũng không thể chắc chắn rằng những biện pháp cụ thể mà người vi phạm thực hiện có khắc phục được tình trạng ô nhiễm môi trường hay không. Bên cạnh đó, sự không rõ ràng, cụ thể về thủ tục, thời hạn thực hiện cũng trở thành “*rào cản*” trong việc áp dụng BPKPHQ này.

Nhằm khắc phục bất cập này, một số địa phương đã ban hành văn bản hướng dẫn về việc

<sup>20</sup> Kế hoạch số 01/KH-UBND ngày 02/01/2020 của Ủy ban nhân dân tỉnh Sóc Trăng quản lý công tác thi hành pháp luật về xử lý vi phạm hành chính trên địa bàn tỉnh Sóc Trăng năm 2020.

<sup>21</sup> Quách Tiên Phong, “*BPKPHQ trong xử phạt vi phạm hành chính*”, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 8, năm 2007.

áp dụng các biện pháp cụ thể, thủ tục, thời hạn thi hành BPKPHQ này<sup>22</sup>. Tuy nhiên, ở những địa phương không ban hành văn bản hướng dẫn thì vướng mắc vẫn tồn tại mà không có hướng giải quyết thấu đáo.

Cuối cùng, theo thống kê của Bộ Công an về công tác thi hành pháp luật xử phạt VPHC thì NCTN chủ yếu thực hiện các vi phạm trong lĩnh vực an ninh trật tự, an toàn xã hội (trước đây là Nghị định số 167/2013/NĐ và hiện nay là Nghị định số 144/2021/NĐ-CP) và lĩnh vực giao thông đường bộ (Nghị định số 100/2019/NĐ-CP và hiện nay được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 123/2021/NĐ-CP). Xem xét hai nghị định về xử phạt VPHC mà NCTN thường có hành vi vi phạm thì có rất nhiều BPKPHQ do Chính phủ quy định. Tuy nhiên, các biện pháp này không thể áp dụng đối với NCTN. Đơn cử, NCTN có thể thực hiện hành vi “*chiếm đoạt, sử dụng Chứng minh nhân dân, thẻ Căn cước công dân của người khác*”. Người có thẩm quyền áp dụng các hình thức xử phạt đối với NCTN vi phạm nhưng không thể áp dụng BPKPHQ “*buộc nộp lại Giấy chứng minh nhân dân, Chứng minh nhân dân, thẻ Căn cước công dân*” bởi đây là các BPKPHQ do Chính phủ quy định. Tương tự, trong lĩnh vực giáo dục, NCTN là học sinh vẫn thường xuyên thực hiện hành vi xúc phạm danh dự, nhân phẩm của người khác. Bên cạnh hình thức xử phạt, Nghị định số 04/2021/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 127/2021/NĐ-CP) còn quy định việc áp dụng BPKPHQ “*buộc xin lỗi công khai người bị xúc phạm danh dự, nhân phẩm*”. Tuy nhiên, đây là BPKPHQ do Chính phủ quy định nên không thể áp dụng đối với NCTN vi phạm. Hệ quả là khi xử phạt, người có thẩm quyền không thể áp dụng biện pháp này đối với NCTN. Thiết nghĩ, việc

xử phạt không chỉ hướng đến việc răn đe, trừng trị mà còn phải giáo dục, hướng thiện cho người NCTN vi phạm. Hình thức xin lỗi công khai với cách làm đúng đắn sẽ có hiệu quả rất lớn trong việc giáo dục, hướng thiện NCTN vi phạm.

Trong thời gian gần đây, VPHC khá phổ biến do NCTN thực hiện là *cung cấp, chia sẻ thông tin giả mạo, thông tin sai sự thật trên mạng xã hội*. Theo Điều 101 Nghị định số 15/2020/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 14/2022/NĐ-CP thì cá nhân vi phạm sẽ bị phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng. Ngoài hình thức phạt tiền, vi phạm trên còn bị áp dụng BPKPHQ “*buộc gỡ bỏ thông tin sai sự thật hoặc gây nhầm lẫn hoặc thông tin vi phạm pháp luật do thực hiện hành vi vi phạm*”. Tuy nhiên, Luật Xử lý VPHC không cho phép áp dụng BPKPHQ này đối với NCTN VPHC. Do đó, nếu người có thẩm quyền xử phạt áp dụng BPKPHQ này đối với NCTN VPHC là trái với quy định của Luật Xử lý VPHC. Ngược lại, nếu chỉ phạt tiền mà không áp dụng BPKPHQ trên thì lại không tuân thủ đúng nguyên tắc “*mọi hậu quả do VPHC gây ra phải được khắc phục theo đúng quy định của pháp luật*”.

### 3. Kiến nghị hoàn thiện

Một là, Luật Xử lý VPHC cần quy định thống nhất tên gọi của biện pháp “*buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường*”. Theo tác giả, tên gọi của biện pháp này nên là “*buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường*”. Như vậy, cần sửa đổi tên Điều 31 cho thống nhất với điểm c khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý VPHC. Trên cơ sở này, Chính phủ cần tiến hành rà soát và hiệu chỉnh tên gọi của biện pháp này trong các nghị định quy định về xử phạt VPHC.

<sup>22</sup> Quyết định số 07/QĐ-UBND ngày 06/5/2019 của Ủy ban nhân dân tỉnh Đắk Lắk quy định về các trường hợp và thẩm quyền xác định hồ sơ xử phạt vi phạm hành chính có nội dung phức tạp, phạm vi rộng, ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của nhiều cá nhân, tổ chức.

Đối với biện pháp “*buộc nộp lại khoản thu bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi vi phạm*” thì theo tác giả, đây chỉ là sai sót về kỹ thuật lập pháp. Tuy nhiên, nếu không kịp thời sửa đổi thì khiếm khuyết này sẽ dẫn đến những khó khăn trong việc xử phạt NCTN bởi như đã trình bày, tất cả các nghị định của Chính phủ xử phạt VPHC trong các lĩnh vực đều quy định về biện pháp “*buộc nộp lại khoản thu bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC*”. Do đó, cần thống nhất sử dụng tên gọi “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC*” trong Luật Xử lý VPHC và tất cả các quy định về xử phạt VPHC có áp dụng BPKPHQ này. Như vậy, Điều 135 Luật Xử lý VPHC sẽ được sửa đổi từ “*buộc nộp lại khoản thu bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC*” thành “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC*”. Trên cơ sở này, tất cả các nghị định xử phạt VPHC đều phải sử dụng thống nhất tên gọi “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC*”.

Hai là, Chính phủ cần hướng dẫn chi tiết cách thức và thủ tục thực hiện các BPKPHQ. Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu là một trong các BPKPHQ được áp dụng thường xuyên trong quá trình xử phạt NCTN VPHC<sup>23</sup>. Do đó, biện pháp này cần được quy định rõ ràng để có thể thực hiện được trong thực tiễn. Cụ thể, nhằm bảo đảm tính khả thi thì nhà làm luật cần quy định rõ “*buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu*” là như thế nào. Trong thực tiễn xử phạt VPHC, việc chứng minh về thiệt hại gây ra là không quá khó khăn. Vấn đề nan giải là pháp luật hiện hành chưa có quy định cụ thể về cách thức xác định

“*tình trạng ban đầu*”, từ đó dẫn đến khó khăn trong việc áp dụng BPKPHQ “*buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu*”. Do đó, nhà làm luật phải xây dựng các tiêu chí cụ thể để giải thích rõ ràng thế nào là “*tình trạng ban đầu*”. Trên cơ sở chứng minh thiệt hại do VPHC gây ra, người có thẩm quyền sẽ có thể “*manh đạn*” áp dụng biện pháp “*buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu*” một cách chính xác. Yêu cầu này cũng phù hợp với nguyên tắc xây dựng BPKPHQ là phải “*được mô tả rõ ràng, đầy đủ, cụ thể để có thể thực hiện được trong thực tiễn và phải bảo đảm tính khả thi*”<sup>24</sup>.

Tương tự, nhằm bảo đảm cho các quyết định xử phạt VPHC có áp dụng biện pháp “*buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường*” được thực thi một cách chính xác, nhà làm luật cũng cần xây dựng những quy phạm thủ tục nhằm hướng dẫn các biện pháp cụ thể cũng như thủ tục thi hành BPKPHQ này. Có như vậy, việc triển khai thi hành biện pháp này trên thực tế mới có sự thống nhất, đồng bộ.

Cuối cùng, cần sửa đổi Luật Xử lý VPHC theo hướng quy định thêm việc có thể áp dụng các BPKPHQ do Chính phủ quy định đối với người chưa thành niên VPHC. Việc bổ sung các BPKPHQ do Chính phủ quy định vào hệ thống những BPKPHQ được áp dụng đối với NCTN sẽ giúp cho việc khắc phục hậu quả được thực hiện một cách nhanh chóng, triệt để hơn<sup>25</sup>. Tuy nhiên, nhà làm luật cũng nên cân nhắc chỉ nên áp dụng BPKPHQ do Chính phủ quy định có tính chất, mức độ tương xứng với thể trạng, độ tuổi, tâm sinh lý của NCTN ■

<sup>23</sup> Báo cáo tổng kết 5 năm thi hành Luật Xử lý VPHC của Ủy ban nhân dân tỉnh Sóc Trăng theo Quyết định số 582/QĐ-BTP ngày 25/4/2017 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp ban hành Kế hoạch tổng kết thi hành Luật Xử lý VPHC; Báo cáo tổng kết 5 năm thi hành Luật Xử lý VPHC của Ủy ban nhân dân tỉnh Lào Cai theo Quyết định số 582/QĐ-BTP ngày 25/4/2017 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp ban hành Kế hoạch tổng kết thi hành Luật Xử lý VPHC.

<sup>24</sup> Điều c khoản 5 Điều 4 Nghị định số 118/2021/NĐ-CP ngày 23/12/2021 quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Xử lý VPHC.

<sup>25</sup> Cao Vũ Minh, “*Nhận diện tính hợp pháp và tính hợp lý của các BPKPHQ trong Nghị định của Chính phủ*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 17, năm 2018.

# HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT XỬ LÝ VI PHẠM HÀNH CHÍNH VỀ BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC HẬU QUẢ BUỘC NỘP LẠI SỐ LỢI BẤT HỢP PHÁP CÓ ĐƯỢC DO THỰC HIỆN VI PHẠM HÀNH CHÍNH

Văn Khoa

Trường Đại học Trà Vinh

## Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Vi phạm hành chính, biện pháp khắc phục hậu quả, buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp, Luật Xử lý vi phạm hành chính.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 15/03/2022  
Biên tập : 18/04/2022  
Duyệt bài : 19/04/2022

## Article Infomation:

**Keywords:** Administrative violation; remedial measures; Law on Handling of Administrative Violations.

## Article History:

Received : 15 Mar. 2022  
Edited : 18 Apr. 2022  
Approved : 19 Apr. 2022

## Tóm tắt:

Xử phạt vi phạm hành chính được xem là một giải pháp hữu hiệu để đấu tranh phòng, chống vi phạm hành chính. Bên cạnh việc áp dụng các hình thức xử phạt để răn đe cá nhân, tổ chức thực hiện vi phạm hành chính, pháp luật còn áp dụng các biện pháp nhất định nhằm khắc phục hậu quả do vi phạm hành chính gây ra. Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính là một trong các biện pháp khắc phục hậu quả áp dụng đối với vi phạm hành chính. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích những quy định của pháp luật hiện hành về biện pháp khắc phục hậu quả này, chỉ ra một số bất cập và đưa ra các kiến nghị hoàn thiện.

## Abstract:

Sanctioning of administrative violations is considered as an effective manner to fight and prevent the administrative violations. In addition to the application of sanctioning forms to deter individuals and organizations from committing administrative violations, the law also applies certain measures to overcome the consequences of administrative violations. Forcing the return of illegal profits obtained from administrative violations is one of the remedial measures applicable to administrative violations. Within the scope of this article, the author provides an analysis of the current legal regulations on this remedial measure, gives out a number of inadequacies and recommendations for further improvements of the related legal regulations.

## 1. Một số hạn chế trong quy định của pháp luật về biện pháp khắc phục hậu quả buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính

Thứ nhất, quy định của một số văn bản luật chuyên ngành về biện pháp buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính chưa phù hợp với Luật Xử lý vi phạm hành chính.

Điều 21 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2020 (Luật Xử lý VPHC) quy định, vi phạm hành chính sẽ bị áp dụng các hình thức xử phạt gồm: (i) Cảnh cáo; (ii) Phạt tiền; (iii) Tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn; (iv) Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để vi phạm hành chính; (v) Trục xuất. Điểm i khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý VPHC quy

định các biện pháp khắc phục hậu quả gồm: “*Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính hoặc buộc nộp lại số tiền bằng trị giá tang vật, phương tiện vi phạm hành chính đã bị tiêu thụ, tẩu tán, tiêu hủy trái quy định của pháp luật*”.

Tuy nhiên, điểm c khoản 3 Điều 110 Luật Cảnh tranh năm 2018 quy định tùy theo tính chất, mức độ vi phạm, tổ chức, cá nhân vi phạm pháp luật về cạnh tranh còn có thể bị áp dụng một hoặc một số hình thức xử phạt bổ sung sau đây: “*c) Tịch thu khoản lợi nhuận thu được từ việc thực hiện hành vi vi phạm*”. Quy định này được đưa vào điểm c khoản 2 Điều 3 Nghị định số 75/2019/NĐ-CP ngày 26/9/2019 quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực cạnh tranh (Nghị định số 75). Như vậy, quy định của Luật Cảnh tranh năm 2018 và Nghị định số 75 là không phù hợp với Luật Xử lý VPHC.

Bên cạnh đó, theo quy định của Điều 6, Điều 66 Luật Xử lý VPHC, việc áp dụng các hình thức xử phạt vi phạm hành chính phải tuân thủ thời hiệu và thời hạn ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính. Khi hết thời hiệu hoặc hết thời hạn ra quyết định xử phạt, người có thẩm quyền vẫn có thể áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính. Nói cách khác, người có thẩm quyền có thể áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả vào bất cứ thời điểm nào kể từ thời điểm chấm dứt hoặc phát hiện hành vi vi phạm<sup>1</sup>. Việc Luật Cảnh tranh năm 2018, Nghị

định số 75 quy định “*tịch thu khoản lợi nhuận thu được từ việc thực hiện hành vi vi phạm*” là hình thức xử phạt bổ sung đã tự “*làm khó*” của mình; bởi lẽ, khi hết thời hiệu hoặc hết thời hạn ra quyết định xử phạt thì đương nhiên sẽ không thể thu được khoản lợi bất hợp pháp này<sup>2</sup>.

*Thứ hai*, quy định về cách xác định số lợi bất hợp pháp do thực hiện hành vi vi phạm hành chính chưa được quy định đầy đủ trong các văn bản quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Xử lý VPHC.

Vi phạm hành chính ngoài việc xâm phạm trật tự quản lý nhà nước, còn gây ra những hậu quả nhất định đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức. Do đó, bên cạnh việc áp dụng các hình thức xử phạt để răn đe, pháp luật còn quy định việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả do vi phạm hành chính gây ra.

Để hướng dẫn cụ thể việc áp dụng biện pháp buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính, Điều 37 Luật Xử lý VPHC quy định cá nhân, tổ chức vi phạm phải nộp lại số lợi bất hợp pháp là tiền, tài sản, giấy tờ và vật có giá có được từ vi phạm hành chính mà cá nhân, tổ chức đó đã thực hiện để sung vào ngân sách nhà nước hoặc hoàn trả cho đối tượng bị chiếm đoạt; nếu cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính không tự nguyện thực hiện thì bị cưỡng chế thực hiện. Như vậy, Luật Xử lý VPHC đã khoanh vùng số lợi bất hợp pháp có được từ vi phạm hành chính gồm *tiền, tài*

<sup>1</sup> Nguyễn Cảnh Hợp (chủ biên), *Bình luận khoa học Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (tái bản lần thứ 1)*, Nxb. Hồng Đức, 2017, tr. 267.

<sup>2</sup> Cao Vũ Minh (2020), “*Sự tương thích giữa pháp luật cạnh tranh với Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực cạnh tranh*”, Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, số 01, tr. 8.



sản, giấy tờ và vật có giá; đồng thời quy định rõ số lợi bất hợp pháp do cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính nộp lại sẽ được xử lý bằng 2 cách: (i) Sung vào ngân sách nhà nước hoặc (ii) Hoàn trả cho đối tượng bị chiếm đoạt. Tuy nhiên, Luật Xử lý VPHC cũng chỉ mới dừng lại ở việc quy định về các khoản lợi được coi là “số lợi bất hợp pháp” cũng như cách thức nộp lại số lợi bất hợp pháp chứ chưa hướng dẫn cụ thể về cách tính giá trị “số lợi bất hợp pháp”<sup>3</sup>.

Tuy nhiên, hiện nay ở nước ta, đa số các văn bản quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Xử lý VPHC trong từng lĩnh vực cũng không hướng dẫn cụ thể về cách xác định giá trị “số lợi bất hợp pháp”, ngoại trừ một số văn bản sau đây: Điều 7 Nghị định số 91/2019/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2022/NĐ-CP hướng dẫn cách xác định số lợi bất hợp pháp đối với vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai; khoản 3 Điều 84 Nghị định số 16/2022/NĐ-CP hướng dẫn cách xác định số lợi bất hợp pháp đối với vi phạm hành chính trong lĩnh vực xây dựng. Do các văn bản dưới luật không quy định rõ cách xác định số lợi bất hợp pháp dẫn đến việc áp dụng biện pháp này gặp nhiều khó khăn, gây lúng túng cho người có thẩm quyền xử phạt.

*Thứ ba*, quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính chưa thống nhất.

Thẩm quyền xử phạt là một trong các nội dung quan trọng của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính. Thẩm quyền xử phạt vi phạm

hành chính bao gồm thẩm quyền áp dụng các hình thức xử phạt và thẩm quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả. Hiện nay, Luật Xử lý VPHC, từ Điều 38 đến Điều 51 quy định chung về thẩm quyền của các chức danh có thẩm quyền xử phạt; thẩm quyền riêng đối với các vi phạm hành chính cụ thể do các nghị định của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực quản lý nhà nước quy định cụ thể. Các quy định về thẩm quyền riêng cần phải phù hợp với thẩm quyền chung quy định trong Luật Xử lý VPHC.

Tuy nhiên, thực tế cho thấy, một số văn bản dưới luật quy định về thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính của chức danh có thẩm quyền chưa phù hợp với Luật Xử lý VPHC, thể hiện dưới hình thức sau:

*Một là*, thu hẹp thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính.

Theo quy định của Luật Xử lý VPHC, Giám đốc Công an cấp tỉnh có quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả sau: (i) Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu; (ii) Buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh; (iii) Buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường, văn hóa phẩm có nội dung độc hại; (iv) Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính hoặc buộc nộp lại số tiền bằng trị giá tang vật, phương tiện vi phạm hành chính đã bị tiêu thụ, tẩu tán, tiêu hủy trái quy định của pháp luật; (v) Các biện pháp khắc phục hậu quả khác do Chính phủ quy định<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Nguyễn Nhật Khanh, Trần Quốc Minh (2020), “Hoàn thiện pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực thi hành án dân sự”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 17, tr. 32.

<sup>4</sup> Điều 5 khoản 5 Điều 39 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 (Luật Xử lý vi phạm hành chính).

Tuy nhiên, Nghị định số 96/2020/NĐ-CP quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực quản lý, bảo vệ biên giới quốc gia (Nghị định số 96) lại không quy định chức danh này áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính*”<sup>5</sup>.

*Hai là*, mở rộng thẩm quyền áp dụng buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính.

Theo quy định của Luật Xử lý VPHC, các chức danh gồm Tư lệnh Cảnh sát biển Việt Nam, Trưởng Công an cấp huyện; Trưởng phòng Cảnh sát giao thông, Trưởng phòng Cảnh sát đường thủy, Trưởng phòng Cảnh sát tội phạm về môi trường; Trưởng phòng Cảnh sát điều tra tội phạm về tham nhũng, kinh tế, buôn lậu; Trưởng phòng An ninh kinh tế không có thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính*”<sup>6</sup>. Tuy nhiên, Nghị định số 96 quy định Tư lệnh Cảnh sát biển Việt Nam có quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính*”<sup>7</sup>; Nghị định số 36/2020/NĐ-CP (Nghị định số 36) quy định, Trưởng Công an cấp huyện; Trưởng phòng Cảnh sát giao thông, Trưởng phòng Cảnh sát đường thủy, Trưởng phòng Cảnh sát tội phạm về môi trường; Trưởng phòng Cảnh sát điều tra tội phạm về tham nhũng, kinh tế, buôn lậu; Trưởng phòng An ninh kinh tế cũng có quyền áp dụng biện

pháp khắc phục hậu quả “*Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính*”<sup>8</sup>.

*Thứ tư*, một số hành vi vi phạm hành chính có khả năng phát sinh số lợi bất hợp pháp nhưng pháp luật xử lý vi phạm hành chính chưa áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính.

Điểm đ khoản 7 Điều 18 Nghị định số 144/2021/NĐ-CP 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 (Nghị định số 144) quy định, đối với hành vi “tổ chức, môi giới, giúp sức, xúi giục, chứa chấp, che giấu, tạo điều kiện cho người khác xuất cảnh, ở lại nước ngoài, nhập cảnh, ở lại Việt Nam hoặc qua lại biên giới quốc gia trái phép” sẽ bị phạt tiền từ 30.000.000 đồng đến 40.000.000 đồng. Trên thực tế, các hành vi này có thể làm phát sinh những số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính. Tuy nhiên, Nghị định số 144 mới chỉ quy định về việc phạt tiền mà chưa áp dụng biện pháp “*buộc nộp lại số lợi do thực hiện vi phạm hành chính*” đối với hành vi này; do vậy, chưa thể khắc phục triệt để các hậu quả do vi phạm hành chính gây ra.

## **2. Hoàn thiện quy định về biện pháp khắc phục hậu quả buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính**

<sup>5</sup> Điểm đ khoản 3 Điều 3, điểm e khoản 5 Điều 17 Nghị định số 96/2020/NĐ-CP.

<sup>6</sup> Điểm đ khoản 4 Điều 39, Điểm đ khoản 7 Điều 41 Luật Xử lý vi phạm hành chính.

<sup>7</sup> Điểm đ khoản 7 Điều 18 Nghị định số 96/2020/NĐ-CP.

<sup>8</sup> Điểm r khoản 3 Điều 4, điểm đ khoản 4 Điều 66 Nghị định số 36/2020/NĐ-CP.

Để khắc phục những hạn chế, bất cập nêu trên, tác giả kiến nghị:

*Một là*, khác với bản chất pháp lý của hình thức xử phạt là làm thiệt hại đến tình trạng ban đầu vốn có của người vi phạm về quyền sở hữu tài sản hay quyền nhân thân, biện pháp khắc phục hậu quả được áp dụng nhằm khôi phục lại tình trạng ban đầu mà vi phạm đã gây ra, đã làm thay đổi, hoặc khôi phục những quyền, lợi ích hợp pháp bị vi phạm hành chính xâm hại<sup>9</sup>. Trong nhiều trường hợp, khi thực hiện vi phạm hành chính, chủ thể vi phạm đã thu được một khoản lợi nhuận nhất định. Do đó, khi bị xử phạt, chủ thể vi phạm phải có nghĩa vụ nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính. Việc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính không nhằm mục đích gây thiệt hại đến quyền sở hữu tài sản hay quyền nhân thân của người vi phạm mà chỉ nhằm khôi phục lại tình trạng ban đầu do vi phạm đã gây ra<sup>10</sup>. Việc phân định rõ hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả có ý nghĩa pháp lý quan trọng khi áp dụng các chế tài này đối với vi phạm hành chính. Để việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả thật sự phát huy giá trị trên thực tế, tác giả cho rằng, cần sửa đổi điểm c khoản 3 Điều 110 Luật Cảnh tranh năm 2018, điểm c khoản 2 Điều 3 Nghị định số 75 theo hướng đưa biện pháp “*tích thu khoản lợi nhuận thu được từ việc thực hiện hành vi vi phạm*” ra khỏi nội dung của hình thức xử phạt chính, chuyển thành một nội dung của biện pháp khắc phục hậu quả.

*Hai là*, bổ sung quy định cụ thể hướng dẫn cách xác định “số lợi bất hợp pháp” đối với các lĩnh vực xử phạt vi phạm hành chính làm cơ sở cho việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả này trong thực tế.

*Ba là*, sửa đổi khoản 5 Điều 17 Nghị định số 96 theo hướng bổ sung cho chức danh Giám đốc Công an cấp tỉnh thẩm quyền áp dụng biện pháp buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính; sửa đổi khoản 7 Điều 18 Nghị định số 96 theo hướng bãi bỏ thẩm quyền áp dụng biện pháp buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính của chức danh Tư lệnh Cảnh sát biển Việt Nam; sửa đổi khoản 7 Điều 18 Nghị định số 96, khoản 4 Điều 66 Nghị định số 36 theo hướng bãi bỏ thẩm quyền áp dụng biện pháp buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính của Trưởng Công an cấp huyện; Trưởng phòng Cảnh sát giao thông, Trưởng phòng Cảnh sát đường thủy, Trưởng phòng Cảnh sát tội phạm về môi trường; Trưởng phòng Cảnh sát điều tra tội phạm về tham nhũng, kinh tế, buôn lậu; Trưởng phòng An ninh kinh tế.

*Bốn là*, bổ sung quy định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện vi phạm hành chính*” đối với các hành vi vi phạm có làm phát sinh số lợi bất hợp pháp, từ đó tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho việc áp dụng biện pháp này, góp phần nâng cao hiệu quả của công tác xử phạt vi phạm hành chính trong thực tiễn ■

<sup>9</sup> Nguyễn Cửu Việt (2013), *Giáo trình luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 524.

<sup>10</sup> Cao Vũ Minh (2018), “*Sự chông chéo giữa biện pháp khắc phục hậu quả với các hình thức xử phạt trong pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính*”, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 10, tr. 40.

# NHỮNG ẢNH HƯỞNG CỦA QUẢNG CÁO HÀNH VI TRỰC TUYẾN ĐẾN NGƯỜI TIÊU DÙNG VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ

**Trần Ngọc Tuấn**

*NCS. GV. Khoa luật - Trường Đại học Sài Gòn*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Quảng cáo hành vi trực tuyến, quyền riêng tư, quyền của trẻ em.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 12/11/2021  
Biên tập : 03/01/2022  
Duyệt bài : 05/01/2022

## Article Infomation:

*Keywords:* Online Behavioral Advertising; privacy; children's rights.

## Article History:

Received : 12 Nov. 2021  
Edited : 03 Jan. 2022  
Approved : 05 Jan. 2022

## Tóm tắt:

Quảng cáo hành vi trực tuyến (Online Behavioral Advertising - OBA) đề cập đến hoạt động theo dõi người dùng trên các trang mạng để suy ra thói quen và sở thích của người dùng. Những thói quen và sở thích này sau đó được sử dụng để chọn quảng cáo và tiếp cận đến người dùng một cách nhanh nhất và hiệu quả nhất. Quảng cáo hành vi trực tuyến tác động nhiều đến quyền riêng tư của người tiêu dùng, đối với cá nhân nói chung và với trẻ em nói riêng. Hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật ở nước ta hiện nay vẫn còn thiếu vắng các quy định chi tiết về vấn đề này; pháp luật dân sự, an ninh mạng và những văn bản có liên quan cần thiết có sự sửa đổi, bổ sung nhằm đảm bảo tốt hơn quyền riêng tư của người tiêu dùng.

## Abstract:

Online Behavioral Advertising (OBA) refers to tracking users on websites to infer user habits and preferences. These habits and preferences are then used to select advertisements and reach users the fastest and most effectively. There is a great deal of concern that current online behavioral advertising violates consumer privacy, for individuals in general and for children in particular. The current system of legal regulations still lacks detailed guidelines on this matter; the civil law, network security and related legal documents need to be reviewed and amended to better ensure the privacy of consumers.

## 1. Quảng cáo hành vi trực tuyến và những vấn đề pháp lý liên quan

### 1.1. Quảng cáo hành vi trực tuyến

Quảng cáo hành vi trực tuyến (OBA) là một phương pháp quảng cáo kỹ thuật số hướng đến người dùng mục tiêu, dựa trên việc theo dõi và tổng hợp dữ liệu về hành vi trực tuyến của cá nhân người dùng Internet, chẳng hạn như trang mạng họ truy cập, họ ở đó bao lâu và họ làm gì (ví dụ: mua sắm; tìm kiếm; giải trí...).

OBA cho phép các công ty mạng quảng cáo trên Internet dự đoán các mối quan tâm và sở thích cụ thể của từng người tiêu dùng một cách kịp thời và do đó, để người tiêu dùng tiếp xúc có chọn lọc với quảng cáo được thiết kế riêng cho họ<sup>1</sup>. Các công ty mạng quảng cáo có thể xác định các cá nhân nhưng không chủ động thông báo cho người tiêu dùng rằng họ theo dõi lịch sử lướt mạng trực tuyến của cá nhân, đồng thời không yêu cầu người tiêu dùng cho phép theo dõi. Do đó, không nhiều người tiêu dùng

<sup>1</sup> Shelton, D., *Online behavioral advertising: Tracking users- gold mine or land mine?*, Landslide 5, no.1, 2012, p.1-5.

biết về việc theo dõi hành vi và chỉ có một số lượng tương đối nhỏ biết cách truyền tải thông điệp quảng cáo phù hợp<sup>2</sup>. Thế giới quảng cáo trực tuyến có nhiều bên liên quan đóng các vai trò khác nhau, nhưng cùng hướng đến mục tiêu tiếp cận người dùng Internet để tối đa hoá hoạt động quảng cáo hiệu quả nhất, với mức chi phí được tối giảm. Để thực hiện hoạt động quảng cáo hành vi trực tuyến sẽ gồm ít nhất 3 chủ thể:

- Nhà quảng cáo: một bên có quảng cáo trực tuyến mà họ muốn nhúng vào các trang mạng. Nhà quảng cáo sẵn sàng trả tiền cho dịch vụ này.

- Nhà xuất bản: một bên sở hữu một trang mạng và sẵn sàng đặt quảng cáo từ những người khác trên trang mạng đó. Nhà xuất bản mong đợi được trả tiền cho dịch vụ này.

- Mạng quảng cáo: một bên thu thập quảng cáo từ các nhà quảng cáo và đặt chúng trên các trang của nhà xuất bản (cùng với việc trả tiền cho nhà xuất bản). Các nhà xuất bản muốn làm việc với một mạng quảng cáo cụ thể sẽ nhúng vào các trang của họ một liên kết tới mạng quảng cáo (dưới dạng iframe, hình ảnh, “lỗ web” hoặc hình ảnh trong suốt một pixel có mục đích duy nhất là theo dõi người dùng). Khi người dùng xem trang, trình duyệt của người dùng sẽ liên hệ với máy chủ của mạng quảng cáo, điều này cho phép mạng quảng cáo theo dõi người dùng trên tất cả các nhà xuất bản hợp tác với họ. Sau đó, mạng quảng cáo sử dụng thuật toán “nhắm mục tiêu” để quyết định quảng cáo nào sẽ hiển thị trên trang của nhà

xuất bản. Nhắm mục tiêu theo quảng cáo tính đến nhiều biến số: giá thầu và ngân sách của nhà quảng cáo để hiển thị quảng cáo, nội dung của trang mà quảng cáo sẽ được đặt (được gọi là nhắm mục tiêu dựa trên nội dung hoặc theo ngữ cảnh) và người dùng đang xem quảng cáo (được gọi là nhắm mục tiêu theo hành vi).

Vấn đề đặt ra là, mặc dù tất cả đều cung cấp cơ chế chọn không tham gia - người dùng Internet có thể yêu cầu xóa khỏi cơ sở dữ liệu của họ, nhưng người dùng phải chủ động từ chối từng nhà cung cấp riêng biệt. Điều này làm hạn chế đáng kể hiệu quả của cơ chế chọn không tham gia vì những người dùng có liên quan không thể chọn không tham gia theo cách thủ công mọi dịch vụ theo dõi trên mạng. Một số nhà cung cấp OBA như Bluekai, Exelate targeting exchange, Phorm chuyên theo dõi người dùng và chỉ cần bán thông tin cho các nhà quảng cáo và mạng quảng cáo. Ngoài ra, Bluekai, Exelate targeting exchange làm như vậy bằng cách trả tiền cho các nhà xuất bản để liên kết đến trang web của họ. Những công cụ như Phorm, Nebuad đổi người dùng bằng cách ký hợp đồng với nhà cung cấp dịch vụ Internet (ISP). Một số nhà cung cấp OBA như Audience science, Fetchback chuyên nhắm mục tiêu: khi người dùng truy cập vào một người bán trực tuyến A, thông tin sẽ được ghi lại và quảng cáo cho A được hiển thị cho người dùng khi truy cập vào các nhà xuất bản khác. Hầu hết các hệ thống nhắm mục tiêu theo hành vi hoạt động bằng cách phân loại người dùng thành một hoặc nhiều phân khúc đối tượng thường dựa trên dữ

<sup>2</sup> McDonald, A.M. and L.F. Cranor, *An empirical study of how people perceive online behavioral advertising*, CyLab Technical Report 2010, [https://www.cylab.cmu.edu/files/pdfs/tech\\_reports/CMUCyLab09015.pdf](https://www.cylab.cmu.edu/files/pdfs/tech_reports/CMUCyLab09015.pdf) (accessed Oct 13, 2021) and van Noort, G., E.G. Smit, and H.A. Voorveld, *The online behavioural advertising icon: Two user studies*, *Advances in Advertising Research* 4, 2013, p.365–78.

liệu thu thập được về hành vi duyệt mạng của họ, nhưng có thể dựa trên các từ/cụm từ khoá tìm kiếm, hoặc thậm chí là vị trí trong mạng xã hội. Nhà quảng cáo chỉ định phân đoạn mà họ muốn quảng cáo của mình nhắm mục tiêu và mạng quảng cáo xem xét yếu tố này ngoài giá thầu của nhà quảng cáo và nội dung của trang.

### **1.2. Quyền riêng tư của người dùng Internet đối với quảng cáo hành vi trực tuyến**

Hiến pháp Việt Nam năm 2013 ghi nhận<sup>3</sup>: “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”.

Tuy nhiên, cho đến nay vẫn chưa có một văn bản pháp luật nào hướng dẫn quy định thế nào là đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình. Điều này tạo ra một khoảng trống pháp lý là không có một khung thống nhất cho các quy định của luật chuyên ngành trong việc bảo vệ quyền riêng tư của cá nhân.

Cuộc cách mạng công nghiệp 4.0, với sự phát triển mạnh mẽ của Big Data (dữ liệu lớn), Blockchain (chuỗi khối) đã đặt ra những thách thức mới trong các quy định liên quan đến vấn đề quyền riêng tư trên không gian mạng, đặc biệt là các hoạt động thu thập dữ liệu người dùng và thị trường mua bán dữ liệu. Khi tham

gia vào các hoạt động trên nền tảng Internet, quyền được đảm bảo an toàn, bí mật thông tin của người tiêu dùng được quy định tại Điều 6 Luật Bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng năm 2010. Tuy nhiên, các quy định này chỉ mang tính chất ghi nhận sự bảo vệ của pháp luật đối với các thông tin của người dùng Internet – một phần nhỏ trong khái niệm quyền riêng tư. Việc không quy định rõ trách nhiệm cụ thể của các bên liên quan như nhà xuất bản, mạng quảng cáo trong các hoạt động của người dùng trên nền tảng Internet dẫn đến thiếu công cụ luật định để buộc các chủ thể liên quan thực hiện. Bởi lẽ, hoạt động quảng cáo trên nền tảng Internet hiện nay vẫn còn một khoảng trống rất lớn so với phương thức quảng cáo truyền thống. Để đăng quảng cáo trên báo chí hoặc kênh chính thống, nhà quảng cáo sẽ phải đáp ứng nhiều thủ tục, từ pháp lý đến chất lượng sản phẩm dịch vụ, cũng như có những khó khăn nhất định trong việc tiếp cận chính xác đối tượng tiếp cận hàng hoá, dịch vụ mà quảng cáo hướng đến so với phương thức quảng cáo hành vi trực tuyến trên nền tảng Internet. Các thủ tục này khiến quảng cáo được kiểm soát tốt hơn về nội dung cũng như cách thức xuất hiện. Trong khi đó, quảng cáo trực tuyến có không ít những lỗ hổng, chẳng hạn như việc khó kiểm soát, hay cơ sở pháp lý cho các tổ chức cung cấp hoạt động này vẫn chưa có, cũng như các trách nhiệm hay điều kiện đặc thù dành cho hoạt động quảng cáo trực tuyến. Hình thức này đang dần trở thành công cụ để các quảng cáo không phép, cũng như những quảng cáo có những hình thức chưa đáp ứng các điều kiện mà pháp luật quy định, xuất hiện

<sup>3</sup> Điều 21 Hiến pháp năm 2013.

ngày một nhiều hơn và gây ra những tác hại lớn cho người tiêu dùng.

Bên cạnh đó, đối với trách nhiệm chung của các cá nhân, tổ chức kinh doanh hàng hóa dịch vụ, quy định của điều luật chỉ dừng lại ở việc liệt kê các hành động, chẳng hạn như thông báo với người tiêu dùng, sử dụng thông tin và đảm bảo an toàn thông tin, mà chưa thiết lập cơ sở pháp lý như một công cụ để bảo vệ quyền riêng tư của người tiêu dùng nói chung, chưa cho thấy được trách nhiệm cụ thể của doanh nghiệp, liệu doanh nghiệp sẽ làm gì để hạn chế việc rò rỉ thông tin ra bên ngoài? Như vậy, khi tiếp cận đến các quảng cáo hành vi trực tuyến chưa được kiểm định, người tiêu dùng cung cấp thông tin hay các vấn đề có liên quan đến quyền riêng tư của mình, đặc biệt là các quảng cáo tích hợp các ứng dụng tự động liên kết cung cấp thông tin với tài khoản người dùng (Facebook, Instagram,...) thì những doanh nghiệp cung cấp nền tảng trực tuyến hay dịch vụ quảng cáo có trách nhiệm như thế nào trong việc bảo mật thông tin, bảo đảm quyền riêng tư của người tiêu dùng? Cơ sở pháp lý để áp dụng hiện nay chỉ là những quy định chung, các chế tài hành chính hay hình sự được mô tả chung cho các hành vi trực tiếp hay trực tuyến<sup>4</sup>.

Có thể thấy, các quy định trong pháp luật chuyên ngành về quyền riêng tư có sự chồng lấn, giao nhau trong cùng nội dung điều chỉnh cũng như quy định mang tính nguyên tắc, định

tính dẫn đến khả năng áp dụng và thực thi pháp luật trong thực tế không hiệu quả. Trong vô số các tác động mà công nghệ 4.0 mang lại cho quyền riêng tư của cá nhân, thì hành vi quảng cáo trực tuyến cũng là một trong số đó và ảnh hưởng không nhỏ đến quyền riêng tư của nhóm đối tượng là người tiêu dùng. Đặc biệt, trong thời đại thương mại điện tử đang phát triển mạnh mẽ, với các hình thức mua bán trực tuyến trên các website thương mại điện tử, qua các mạng xã hội như Facebook, Zalo... đã xuất hiện nhiều hành vi xâm phạm quyền lợi người tiêu dùng mới. Trong khi đó, một số quy định trong Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng chưa rõ ràng hoặc không còn phù hợp với bối cảnh thương mại điện tử và mô hình kinh doanh trên mạng. Nhiều người bị xâm phạm quyền lợi nhưng không biết phản ánh với cơ quan, tổ chức nào, không biết địa chỉ để khiếu nại.

### *1.3. Những ảnh hưởng của quảng cáo hành vi trực tuyến đến quyền của trẻ em*

Điều 3 Công ước Liên hợp quốc về quyền của trẻ em quy định rằng: “Trong mọi hoạt động liên quan tới trẻ em, dù được thực hiện bởi các cơ quan phúc lợi xã hội của nhà nước hay tư nhân, bởi tòa án, các nhà chức trách hành chính hay cơ quan pháp luật, thì lợi ích tốt nhất của trẻ em phải là mối quan tâm hàng đầu”. Ngoài ra, tại Bình luận chung số 25 (năm 2021) về quyền của trẻ em liên quan đến môi trường kỹ thuật số của Liên hợp quốc (General comment No. 25 on children’s rights in relation

<sup>4</sup> Nếu cá nhân, tổ chức có hành vi mua bán dữ liệu thì có thể bị áp dụng chế tài hình sự hoặc hành chính theo quy định tại Điều 46 Nghị định số 98/2020/NĐ-CP hoặc theo Điều 102 Nghị định số 15/2020/NĐ-CP. Người vi phạm còn có thể bị xử lý hình sự đến 7 năm tù về “tội đưa hoặc sử dụng trái phép thông tin mạng máy tính, mạng viễn thông” (Điều 288 Bộ luật Hình sự năm 2015). Tuy nhiên, đây chỉ là các quy định mang tính chung, áp dụng cho các loại hành vi vi phạm.

to the digital environment - RC/C/GC/2C5)<sup>5</sup> quy định lợi ích tốt nhất của trẻ là một khái niệm năng động, đòi hỏi sự đánh giá phù hợp với bối cảnh cụ thể. Môi trường kỹ thuật số ban đầu không được thiết kế cho trẻ em, nhưng nó đóng một vai trò quan trọng trong cuộc sống của trẻ em. Các quốc gia thành viên cần bảo đảm rằng, trong tất cả các hành động liên quan đến việc cung cấp, quy định, thiết kế, quản lý và sử dụng môi trường kỹ thuật số, lợi ích tốt nhất của mọi trẻ em là yếu tố quan trọng hàng đầu. Các quốc gia thành viên cần có sự tham gia của các cơ quan quốc gia và địa phương giám sát việc thực hiện các quyền của trẻ em trong các hành động đó. Khi xem xét lợi ích tốt nhất của trẻ em, họ cần quan tâm đến tất cả các quyền của trẻ em, bao gồm quyền tìm kiếm, tiếp nhận và truyền đạt thông tin, được bảo vệ khỏi bị xâm hại và có quan điểm của mình được đưa ra đúng mức, đồng thời bảo đảm tính minh bạch trong việc đánh giá lợi ích tốt nhất của trẻ và các tiêu chí đã được áp dụng.

Bên cạnh đó, Bình luận chung số 25 cũng nhấn mạnh đối với hoạt động quảng cáo và thương mại rằng: “Môi trường kỹ thuật số bao gồm các doanh nghiệp dựa vào tài chính để xử lý dữ liệu cá nhân để nhắm mục tiêu tạo ra doanh thu hoặc trả tiền cho nội dung, và các quá trình đó ảnh hưởng có chủ ý hoặc không chủ ý đến trải nghiệm kỹ thuật số của trẻ em. Nhiều quy trình trong số đó liên quan đến nhiều đối tác thương mại, tạo ra chuỗi cung ứng hoạt động thương mại và xử lý dữ liệu cá nhân có thể dẫn đến vi phạm hoặc lạm dụng quyền của trẻ em, bao gồm cả việc thông qua các tính năng

thiết kế quảng cáo dự đoán và hướng dẫn hành động của trẻ đối với nội dung cực đoan hơn, thông báo tự động có thể làm gián đoạn giấc ngủ hoặc việc sử dụng thông tin cá nhân hoặc vị trí của trẻ để nhắm mục tiêu nội dung có hại cho mục đích thương mại. Theo luật, các quốc gia thành viên nên cấm việc lập hồ sơ hoặc nhắm mục tiêu trẻ em ở mọi lứa tuổi vì mục đích thương mại trên cơ sở hồ sơ kỹ thuật số về các đặc điểm thực tế hoặc suy luận của chúng, bao gồm dữ liệu nhóm hoặc tập thể, nhắm mục tiêu theo liên kết hoặc hồ sơ sở thích. Các hành vi dựa vào tiếp thị tinh thần, phân tích cảm xúc, quảng cáo nhập vai và quảng cáo trong môi trường thực tế ảo và thực tế tăng cường để quảng bá sản phẩm, ứng dụng và dịch vụ cũng cần bị cấm tương tác trực tiếp hoặc gián tiếp với trẻ em”. Tuy chỉ là bản bình luận mang tính khuyến nghị, không có giá trị ràng buộc về mặt pháp lý, nhưng thông qua bình luận này sẽ giúp hình thành chuẩn mực pháp lý để các chủ thể liên quan tuân theo, tham chiếu đến các hoạt động của mình.

Bởi lẽ, như đã phân tích, quảng cáo hành vi trực tuyến không chỉ xâm phạm đến các quyền riêng tư của người tiêu dùng, mà trong một vài hoàn cảnh nhất định còn vi phạm đến quyền của trẻ em. Việc phân định trong các hoạt động trên Internet đặt ra vấn đề rằng: Điều gì sẽ xảy ra khi nhiều người sử dụng máy tính (sử dụng một tài khoản duy nhất)? Các hệ thống OBA hiện tại gặp khó khăn với điều này; do đó, trẻ em sử dụng máy tính của cha mẹ chúng có thể được hiển thị với quảng cáo dựa trên (các) hồ sơ của cha mẹ chúng. Đối với những quảng cáo

<sup>5</sup> <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/GCChildrensRightsRelationDigitalEnvironment.aspx>, truy cập ngày 15/10/2021.



độc hại, những quảng cáo không phù hợp với lứa tuổi khuyến cáo của các cơ quan chuyên ngành mà trong quá trình trẻ em sử dụng máy tính của cha mẹ hay người thân, đặc biệt là trong tình hình dịch bệnh Covid-19 khi mà các hoạt động học tập và vui chơi của trẻ đều diễn ra trên nền tảng Internet, có thể dẫn đến những vi phạm và ảnh hưởng đến sự nhận thức và phát triển của trẻ em.

### 2. Một số kiến nghị hoàn thiện quy định của pháp luật

#### 2.1. Quyền riêng tư của cá nhân

Với tầm quan trọng ngày càng tăng và nhận thức về quyền riêng tư trong bối cảnh hiện nay, ngày càng có nhiều nghiên cứu được tiến hành về các thuật toán khai thác dữ liệu bảo vệ quyền riêng tư của người tiêu dùng. Các bên liên quan thường là: chủ sở hữu dữ liệu, nhà xuất bản dữ liệu và người nhận dữ liệu<sup>6</sup>. Một nhà xuất bản dữ liệu có thể không đáng tin cậy, trong trường hợp đó, việc thu thập dữ liệu cần được thực hiện ẩn danh. Khi nhà xuất bản dữ liệu được tin cậy, chủ sở hữu dữ liệu sẵn sàng chia sẻ thông tin của họ với nhà xuất bản dữ liệu, nhưng không nhất thiết với bên thứ ba và cần phải ẩn danh dữ liệu. Điều này có thể phức tạp hơn khi nhà xuất bản dữ liệu không phải là một nhà xuất bản theo nghĩa là họ không biết rằng (và bằng cách nào) người nhận dữ liệu có thể khai thác dữ liệu. Để bảo vệ quyền riêng tư của người tiêu dùng trong vòng đời dữ liệu, việc phân chia có thể được thực hiện thành hai giai đoạn. Trong giai đoạn đầu, mục tiêu là bảo vệ dữ liệu khỏi bị tiết lộ ngoài ý muốn vì dữ liệu được thu thập có thể chứa thông tin nhạy cảm của chủ sở hữu dữ liệu.

Trong giai đoạn thứ hai, mục đích là trích xuất dữ liệu có ý nghĩa từ dữ liệu mà không vi phạm quyền riêng tư của người tiêu dùng.

Do đó, tác giả nhận thấy, bên cạnh các quy định về quyền riêng tư trong Bộ luật Dân sự năm 2015, văn bản hướng dẫn Luật An ninh mạng năm 2018, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 và dự thảo Nghị định quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân (lần 2) năm 2021 của Chính phủ trong việc đảm bảo việc thực hiện được các giai đoạn này, thì việc xây dựng mô hình quản lý quyền riêng tư để bảo vệ quyền riêng tư của người tiêu dùng trong vòng đời dữ liệu cần được các doanh nghiệp đầu tư nghiên cứu và triển khai toàn diện trong hoạt động của mình.

Như vậy, các bên liên quan trong hoạt động quảng cáo phải xây dựng các giải pháp khác so với các phương thức truyền thống, nhưng vẫn có thể áp dụng trong việc hỗ trợ quảng cáo “nhắm mục tiêu” mà không ảnh hưởng đến quyền riêng tư của người dùng. Đó là việc triển khai dưới dạng tiện ích mở rộng của trình duyệt chạy thuật toán nhắm mục tiêu theo hành vi trên trình duyệt của người dùng bằng cách xử lý cơ sở dữ liệu lịch sử của trình duyệt. Kết quả được lưu trong trình duyệt và được sử dụng để chọn quảng cáo hiển thị trên trang. Nếu người dùng không nhấp vào quảng cáo, lựa chọn sẽ không bao giờ được thông báo bên ngoài trình duyệt và do đó, không có thông tin nào về hành vi của người dùng bị rò rỉ. Người dùng nhìn thấy quảng cáo có liên quan đến sở thích của họ, nhưng thông tin người dùng không bị rò rỉ ra thế giới bên ngoài (tức là bên ngoài trình duyệt). Việc sử dụng các kỹ thuật mật mã để

<sup>6</sup> Han J, Ishii M, Makino H, “A hadoop performance model for multi-rack clusters”, *In: IEEE 5th International conference on computer science and information technology (CSIT)*, 265, 2013, p.74.

đảm bảo tính toán chính xác giữa các nhà quảng cáo, nhà xuất bản và mạng quảng cáo mà không ảnh hưởng đến quyền riêng tư của người dùng. Mục tiêu là cho phép các mạng quảng cáo cung cấp các quảng cáo phù hợp nhất mà không thu thập thông tin mà người dùng có thể muốn giữ kín.

## 2.2. Quyền của trẻ em

Điều 37 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Trẻ em được Nhà nước, gia đình và xã hội bảo vệ, chăm sóc và giáo dục; được tham gia vào các vấn đề về trẻ em. Nghiêm cấm xâm hại, hành hạ, ngược đãi, bỏ mặc, lạm dụng, bóc lột sức lao động và những hành vi khác vi phạm quyền trẻ em”. Cụ thể hoá quy định của Hiến pháp năm 2013, Luật Trẻ em năm 2016 quy định: “*Bảo vệ trẻ em* là việc thực hiện các biện pháp phù hợp để bảo đảm trẻ em được sống an toàn, lành mạnh; phòng ngừa, ngăn chặn và xử lý các hành vi xâm hại trẻ em; trợ giúp trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt”, và “*phát triển toàn diện của trẻ em* là sự phát triển đồng thời cả về thể chất, trí tuệ, tinh thần, đạo đức và mối quan hệ xã hội của trẻ em” (Điều 4). Bên cạnh đó, Luật cũng đặt ra các yêu cầu bảo vệ trẻ em tại Điều 47 như sau: (i) Bảo vệ trẻ em được thực hiện theo ba cấp độ sau đây: a) Phòng ngừa; b) Hỗ trợ; c) Can thiệp; (ii) Bảo vệ trẻ em phải bảo đảm tính hệ thống, tính liên tục, có sự phối hợp chặt chẽ, hiệu quả giữa các cấp, các ngành trong việc xây dựng, tổ chức thực hiện chính sách, pháp luật và cung cấp dịch vụ bảo vệ trẻ em. Đặc biệt, đối với các hoạt động quảng cáo, khoản 14 Điều 8 Luật Quảng cáo đã được sửa đổi, bổ sung năm 2018 quy định hành vi cấm quảng cáo liên quan đến trẻ em như sau: “Quảng cáo tạo cho trẻ em có suy nghĩ, lời nói, hành động trái với đạo đức, thuần phong mỹ tục; gây ảnh hưởng xấu đến sức khỏe, an toàn hoặc sự phát triển bình thường của trẻ em”.

Tuy nhiên, nội dung điều luật này chỉ mang tính khái quát, chưa có định nghĩa cụ thể, dẫn đến tính thực thi trên thực tế không cao.

Do đó, tác giả có một số kiến nghị sau đây:

*Thứ nhất*, về vấn đề kiểm duyệt, các nhà cung cấp dịch vụ viễn thông cần kiểm duyệt chặt chẽ, bảo đảm tính chính xác của thông tin, nội dung nhân văn, phù hợp truyền thống văn hóa trước khi phối hợp với đơn vị sử dụng dịch vụ đưa quảng cáo lên các phương tiện thông tin điện tử.

*Thứ hai*, cần nhanh chóng hoàn thiện và bổ sung các quy định mang tính định tính, định lượng cụ thể hơn và đề cập trực tiếp về quảng cáo trên các phương tiện điện tử. Để tăng hiệu quả phát hiện và xử lý sai phạm, cần quy định cụ thể, thống nhất, đồng bộ một số điều khoản về chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan liên quan trong Luật Quảng cáo cũng như các nghị định về quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ Internet và thông tin trên mạng.

*Thứ ba*, các bên liên quan phải đảm bảo hệ thống chạy trong trình duyệt, nó có thể thực hiện tốt hơn việc xác định người dùng hiện tại đang tương tác với hệ thống. Một tùy chọn là sử dụng động lực gõ phím, tùy theo từng người dùng mà có thể thay đổi. Một tùy chọn khác là xác định người dùng hiện tại dựa trên một vài trang cuối cùng được xem ngay lập tức. Có nghĩa là, nếu người dùng truy cập một số trang mạng liên quan đến trẻ em trong một khoảng thời gian ngắn, có khả năng người dùng hiện tại là trẻ em hơn là người lớn, từ đó có thể có những giải pháp kịp thời trong việc ngăn chặn, hạn chế quảng cáo hành vi trực tuyến tại thời điểm đó. Đây cũng là trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp đối với người tiêu dùng, đặc biệt là trẻ em ■

# PHÁP LUẬT VỀ TỪ THIỆN CỦA HOA KỲ VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Đỗ Ngọc Tú\*

Trần Thị Hải Yến\*\*

\*ThS. NCS. Viện Nghiên cứu lập pháp - Ủy ban Thường vụ Quốc hội

\*\*TS. Học viện Hành chính quốc gia - Bộ Nội vụ

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Từ thiện, pháp luật về từ thiện, Hoa Kỳ.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 13/05/2022

Biên tập : 12/06/2022

Duyệt bài : 14/06/2022

## Tóm tắt:

Hoa Kỳ là quốc gia đã có hệ thống pháp luật về từ thiện bảo đảm thực hiện quyền và nghĩa vụ của các chủ thể tham gia vào hoạt động từ thiện một cách trung thực, công bằng và độc lập, công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình và kiểm soát chặt chẽ. Dựa trên nghiên cứu kinh nghiệm xây dựng, hoàn thiện pháp luật về từ thiện của Hoa Kỳ, các tác giả đề xuất một số gợi mở cho Việt Nam.

## Article Infomation:

*Keywords:* Philanthropy; law on philanthropy; United States of America.

## Article History:

Received : 13 May. 2022

Edited : 12 Jun. 2022

Approved : 14 Jun. 2022

## Abstract:

The United States of America is a country with a legal system on philanthropy that ensures the implementation of the rights and obligations of subjects participating in philanthropy activities in the manners of honesty, fairness, independence, publicity, transparency and accountability under tight controlling ground. Based on the studies of the experience of the United States of America in development and improvements of the law on philanthropy, the authors give out a number of recommendations for Vietnam.

Hoa Kỳ được coi là một trong những quốc gia “hào phóng” nhất trên thế giới<sup>1</sup>, có truyền thống thực hiện hoạt động từ thiện trách nhiệm, hiệu quả, minh bạch. Hoạt động từ thiện trong khu vực công và khu vực tư của các cá nhân và tổ chức được điều chỉnh bởi Hiến pháp, Luật Các tổ chức từ thiện, Luật Tổ chức phi lợi nhuận, Bộ luật Thuế, Đạo luật về cứu trợ kinh tế, Đạo luật về giám sát người được ủy thác và người gây quỹ cho các

hoạt động từ thiện, Bộ luật Công ty, Bộ luật Dân sự...

## 1. Quan niệm pháp luật về từ thiện của Hoa Kỳ

Thuật ngữ “từ thiện” có nguồn gốc từ tiếng Hy Lạp cổ đại, theo nghĩa là “tình yêu thương nhân loại”<sup>2</sup>, tức là những nỗ lực tích cực nhằm thúc đẩy phúc lợi của con người. Từ thiện được định nghĩa là bất kỳ hành động cho đi

<sup>1</sup> Sintia Radu (2019), *The World Most Generous Countries*, US News, Retrieved 7/9/2020.

<sup>2</sup> *Philanthropy. Online Etymology Dictionary.*

nào nhằm cải thiện cuộc sống của người khác hoặc xã hội nói chung (bao gồm cả động vật và môi trường)<sup>3</sup>. “Từ thiện” theo tiếng Anh có thể hiểu là: (1) cứu trợ (charity); (2) từ thiện (philanthropy). Hoạt động cứu trợ (charity) của các cá nhân, tổ chức thường gắn với những việc khẩn cấp, những trường hợp bất khả kháng như thiên tai, dịch bệnh..., mang tính chất thời sự, cấp bách, ngắn hạn. Còn từ thiện (philanthropy) thường được hiểu dưới góc độ là “phòng bệnh”, mang tính chất ổn định, lâu dài và phát triển bền vững.

Từ thiện là hành vi nhân từ, thể hiện dưới hình thức các hành động từ thiện. Những hành động này thường là: (1) cho (hoặc tặng) tiền hoặc tài sản, và (2) tình nguyện dành thời gian và sự trợ giúp mà không phải trả tiền. Hoạt động từ thiện không chỉ xuất phát từ đạo đức và bổn phận, mà còn chính từ sự tồn tại kéo dài của bất bình đẳng về thu nhập và của cải cũng dẫn đến việc những người giàu tự nguyện hỗ trợ người nghèo<sup>4</sup>.

Pháp luật về từ thiện của Hoa Kỳ là hệ thống các quy phạm điều chỉnh các quan hệ xã hội về hoạt động từ thiện, bao gồm: thiết lập các chủ thể tham gia hoạt động từ thiện, quản lý hoạt động từ thiện, quyền và nghĩa vụ của các chủ thể khi tham gia vào hoạt động từ thiện, khen thưởng, kỷ luật, kiểm soát vấn đề minh bạch, trách nhiệm giải trình, và các vấn đề khác trong hoạt động từ thiện, nhằm tạo điều kiện cho các cá nhân, tổ chức tham gia hoạt động từ thiện, bảo đảm quyền con người, quyền công dân, bảo đảm hạnh phúc và sự phát triển bền vững của xã hội.

Pháp luật về từ thiện của Hoa Kỳ có ba mục tiêu chính: (1) *Thay đổi*, có nghĩa là các nền tảng tìm cách thúc đẩy các thay đổi cấu trúc và

cải cách của các hệ thống hiện có, hoặc bằng cách giúp tạo ra những hệ thống mới; giúp đưa ra tiếng nói, thúc đẩy sự thừa nhận các nhu cầu mới và tìm kiếm sự trao quyền cho những người bị đẩy ra “bên lề xã hội”. Ví dụ, các quỹ đóng vai trò thay đổi chính sách nếu chúng hỗ trợ công tác vận động để thay đổi chính sách công xung quanh vấn đề vô gia cư; (2) *Bảo vệ*, đề cập đến tổ chức có mục tiêu là bảo vệ các cộng đồng hoặc tập quán nhất định, bảo vệ giá trị truyền thống hoặc tác phẩm nghệ thuật và tìm cách duy trì hiện trạng. Ví dụ, một tổ chức tìm cách bảo vệ các đồ vật nghệ thuật trong vùng chiến sự khỏi bị cướp phá; (3) *Cứu trợ*, là để giảm bớt đau khổ và đáp ứng các nhu cầu, thường bằng cách cung cấp chỗ ở hoặc thuốc men, cho người đói ăn hoặc giúp đỡ các gia đình gặp nạn<sup>5</sup>.

Chủ thể pháp luật về từ thiện của Hoa Kỳ rất đa dạng, có nhiều tổ chức và cá nhân tham gia hoạt động từ thiện, bao gồm các công ty, hiệp hội doanh nghiệp, công đoàn, công ty tư nhân, tổ chức gia đình, cơ sở cộng đồng, tổ chức tôn giáo, tổ chức giáo dục, những chuyên gia, cố vấn gây quỹ từ thiện, các cá nhân có năng lực pháp luật và năng lực hành vi theo quy định của pháp luật. Như vậy, các nhà từ thiện bao gồm bất kỳ ai, công kiến bất cứ thứ gì như thời gian, tiền bạc, kinh nghiệm, kỹ năng để tạo ra một thế giới tốt đẹp hơn.

Theo quy định của pháp luật Hoa Kỳ, các quỹ từ thiện đóng vai trò quan trọng trong các lĩnh vực, bao gồm giáo dục, chăm sóc sức khỏe, phúc lợi xã hội, quan hệ quốc tế, thư viện công cộng, tôn giáo, các phong trào xã hội, và cải cách môi trường. Hình thức thực hiện hoạt động từ thiện đa dạng, bằng quà tặng, hỗ trợ kỹ thuật, nâng cao năng lực, quyên góp bằng

<sup>3</sup> *What Is Philanthropy*, <https://info.cncf.ca>, Retrieved 05/5/2022.

<sup>4</sup> Barman, E. (2017) *The social bases of philanthropy*. Annual Review of Sociology, vol. 43, pp. 271–290.

<sup>5</sup> Hammack, D. C., Anheier, H.K. (2013), *A versatile American institution: The changing ideals and realities of philanthropic foundations*, Washington, DC: Brookings Institution Press.

## CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

hiện vật, phát triển cộng đồng, lập kế hoạch chiến lược.

### 2. Các nguyên tắc pháp luật về từ thiện của Hoa Kỳ

*Thứ nhất, bảo đảm tính trung thực, công bằng và độc lập*

Khi thực hiện hoạt động từ thiện, các tổ chức từ thiện công cộng và các tổ chức từ thiện tư cần bám vào các tiêu chuẩn cao nhất về tính trung thực, công bằng và độc lập. Các cá nhân, tổ chức từ thiện cần thực hiện hoạt động từ thiện với mục đích mang lại lợi ích tốt nhất cho cộng đồng, xã hội chứ không phải vì lợi ích của cá nhân hay chính các tổ chức từ thiện.

*Thứ hai, bảo đảm tính công khai, minh bạch*

Công khai thông tin trên các kênh thông tin đại chúng theo quy định của pháp luật cho cộng đồng và những người có liên quan đến dự án từ thiện được biết. Các cơ quan quản lý như Ủy ban từ thiện hoặc cơ quan thuế, cũng như Tòa án thường có trách nhiệm và quyền hạn để giám sát việc thực thi điều khoản của một dự án từ thiện lâu dài, mặc dù những cơ quan này cũng thường có khả năng hạn chế trong việc cải cách các dự án vì lợi ích công cộng<sup>6</sup>. Các tổ chức từ thiện công cộng và tổ chức từ thiện tư phải có trách nhiệm minh bạch, thực hiện cam kết cải thiện cộng đồng để thực hiện các hoạt động từ thiện. Các chủ thể khi thực hiện từ thiện thường được uỷ thác bằng hình thức quyên góp và tài trợ. Các tổ chức từ thiện của Hoa Kỳ theo quy định của pháp luật liên bang và pháp luật của các tiểu bang cần thực hiện nghĩa vụ báo cáo hàng năm với các cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Chính phủ liên bang và Chính phủ tiểu bang. Mặc dù các tổ chức phi lợi nhuận không phải nộp thuế nhưng họ vẫn phải nộp bản khai báo thông tin cho cơ quan thuế mỗi năm.

*Thứ tư, bảo đảm trách nhiệm giải trình trong hoạt động từ thiện*

Thực hiện trách nhiệm giải trình là hoạt động thường xuyên, liên tục của các tổ chức từ thiện. Một trong những đòi hỏi cao hơn, đó là trách nhiệm giải trình có liên quan đến việc đánh giá sự khách quan, tính hiệu quả, bảo đảm các thứ tự ưu tiên trong chương trình, ra quyết định về từ thiện của các tổ chức từ thiện công cộng và tổ chức từ thiện tư.

*Thứ năm, bảo đảm sự kiểm soát trong hoạt động từ thiện*

Các tổ chức từ thiện cần bảo đảm sự kiểm soát của Toà án, Cơ quan lập pháp, tổ chức tài trợ, cộng đồng. Các tổ chức từ thiện được ưu đãi cũng phải chịu sự giám sát của các Tòa án tiểu bang.

### 3. Nội dung cơ bản của pháp luật về từ thiện Hoa Kỳ

*- Điều kiện thành lập các tổ chức từ thiện của Hoa Kỳ*

Các tổ chức từ thiện của Hoa Kỳ bao gồm các tổ chức từ thiện công cộng và các tổ chức từ thiện tư nhân. Các tổ chức từ thiện đều có mục tiêu chung vì lợi ích công cộng; tuy nhiên, sự khác biệt cơ bản của tổ chức từ thiện công cộng và tổ chức từ thiện tư nhân là nguồn tài trợ và các hoạt động của các tổ chức.

Tổ chức từ thiện công cộng là các tổ chức gây quỹ và nhận đóng góp từ nhiều nguồn khác nhau như Chính phủ, các tổ chức và xã hội. Các quỹ từ thiện công thường bao gồm nhà thờ và bệnh viện, chủ yếu cung cấp các dịch vụ trực tiếp để liên tục gây quỹ và phân bổ quỹ cho các mục đích từ thiện.

Tổ chức từ thiện tư nhân là các tổ chức gây quỹ và nhận đóng góp từ nguồn tài trợ chính ở xã hội. Các quỹ từ thiện tư nhân thường chỉ

<sup>6</sup> Chan, K. (2016), *The Public-Private Nature of Charity Law*, Oxford: Hart Publishing.

có một nguồn tài trợ, như từ một gia đình, cá nhân hoặc một công ty. Các quỹ từ thiện tư nhân thực hiện tài trợ cho cá nhân hoặc tổ chức nhằm hỗ trợ đa dạng về mặt kỹ thuật và xây dựng năng lực.

Các tổ chức từ thiện tư nhân đều phải thực hiện quy định đăng ký với Chính phủ liên bang với tư cách là tổ chức phi lợi nhuận hoặc một quỹ tư nhân và tuân thủ theo các quy định của pháp luật, nhằm thiết lập và duy trì hệ thống kiểm soát đối với tài sản. Các tổ chức từ thiện cần phải chọn tên công ty hoặc tổ chức; dự thảo và trình các điều khoản với Bộ trưởng Ngoại giao, dự thảo các quy chế của công ty hoặc tổ chức; dự thảo một (Bản) hành động liên chính và có chữ ký của các bên, nộp đơn tuyển dụng liên bang, tổ chức cuộc họp đầu tiên của các giám đốc, nộp một Tuyên bố Thông tin cho Bộ trưởng Ngoại giao, đăng ký với Cơ quan đăng ký quỹ từ thiện theo quy định của pháp luật, xác định xem có bất kỳ giấy phép bổ sung nào không. Các tổ chức từ thiện tư nhân phải thực hiện việc đăng ký quy chế hoạt động phi lợi nhuận với chính quyền trước khi kêu gọi quỹ. Nhìn chung, các tổ chức từ thiện tư nhân phải tuân theo các quy định nghiêm ngặt hơn so với các tổ chức từ thiện công cộng<sup>7</sup>.

### *- Cách thức hoạt động của các tổ chức từ thiện*

Các tổ chức từ thiện công phải đối mặt với áp lực quyền góp từ tư nhân và một tổ chức liên kết được coi là chiến lược để đạt được mục tiêu này. Do đó, một cơ quan dịch vụ xã hội phi lợi nhuận có thể tạo ra một nền tảng để giúp nó gây

quỹ từ cộng đồng địa phương<sup>8</sup>. Nhìn chung, luật pháp các tiểu bang ở Hoa Kỳ nghiêm cấm các cá nhân, tổ chức gây quỹ từ thiện sử dụng những thông tin, ký hiệu, hình ảnh gây nhầm lẫn, hiểu sai về đối tượng thụ hưởng, mục tiêu gây quỹ, hoặc bất cứ khía cạnh nào khác của hoạt động từ thiện. Pháp luật Hoa Kỳ cũng quy định chặt chẽ nhằm ngăn ngừa nguy cơ rửa tiền và tài trợ khủng bố thông qua hoạt động từ thiện. Các cá nhân, tổ chức trong lĩnh vực này phải kiểm tra, xác minh chủ sở hữu các tài khoản thụ hưởng quyền góp trước khi thực hiện giao dịch chuyển tiền<sup>9</sup>.

### *- Nghĩa vụ của các tổ chức từ thiện*

Các tổ chức từ thiện có nghĩa vụ nộp báo cáo định kỳ cho các cơ quan nhà nước có thẩm quyền, trong đó có việc liệt kê các thông tin chi tiết về tổng số tài sản của tổ chức, nguồn gốc hình thành tài sản có được do các hoạt động gây quỹ và các hoạt động chi tiêu của tổ chức. Một số bang của Hoa Kỳ có quy định chặt chẽ hơn, đó là yêu cầu về báo cáo tài chính của các tổ chức từ thiện phải đi kèm với các loại báo cáo kiểm soát của một tổ chức kiểm toán độc lập, có giấy chứng nhận hoạt động hợp pháp. Các cá nhân, tổ chức Hoa Kỳ hoạt động trong lĩnh vực từ thiện nếu có nhiều hơn 10.000 USD trong các tài khoản ở nước ngoài thì buộc phải báo cáo thông tin về tài khoản này, trong đó nêu rõ số dư cao nhất trong năm, ngay cả khi tài khoản đã dừng hoạt động<sup>10</sup>. Đây là quy định nhằm kiểm soát chặt chẽ, khoa học về mặt tài chính đối với các cá nhân, tổ chức khi tham gia vào hoạt động từ thiện.

<sup>7</sup> Suzanne M Reisman (2020), *Charitable organisations in the United States (New York): overview*, <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>.

<sup>8</sup> Smith, S. R. (2010), *Hybridization and nonprofit organizations: The governance challenge*, Policy and Society, vol. 29(3), pp. 219-229.

<sup>9</sup> Duy Anh (2021), Mỹ khuyến khích và quản lý người dân làm từ thiện như thế nào? <https://zingnews.vn>, truy cập ngày 4/5/2022.

<sup>10</sup> Duy Anh (2021), Mỹ khuyến khích và quản lý người dân làm từ thiện như thế nào? <https://zingnews.vn>, truy cập ngày 4/5/2022.

### - Quyền lợi của các tổ chức từ thiện

Tại Hoa Kỳ, chính quyền nhiều bang đã ban hành các quy định bảo đảm bình đẳng trong việc hỗ trợ tài chính cho các tổ chức từ thiện, cũng như tạo điều kiện phát triển đa dạng các nguồn tài trợ, trong đó có gói hỗ trợ tài chính từ chính quyền liên bang hoặc hỗ trợ, ưu đãi thuế<sup>11</sup>.

Theo Tu chính án thứ nhất của Hiến pháp Hoa Kỳ, các tổ chức từ thiện được kiểm soát bởi các tổ chức tôn giáo được miễn hầu hết các quy định mà Chính phủ liên bang và tiểu bang áp đặt đối với các tổ chức và các nhà cung cấp dịch vụ phi lợi nhuận. Miễn trừ tất cả các loại thuế liên bang cho các tổ chức phi lợi nhuận khi tài trợ cho các mục đích từ thiện, và không đánh thuế các khoản tài trợ của trường đại học công<sup>12</sup>.

Theo điểm c khoản 3 Điều 501 Bộ luật Thuế của Hoa Kỳ được thông qua vào năm 2017, việc miễn thuế được áp dụng đối với tổ chức hoạt động riêng cho mục đích tôn giáo, từ thiện, khoa học, thử nghiệm vì mục đích an toàn công cộng, văn học hoặc giáo dục hoặc để bồi dưỡng nghiệp dư trong nước hoặc quốc tế thi đấu thể thao..., hoặc để ngăn chặn hành vi tàn ác đối với trẻ em hoặc động vật. Bộ luật Thuế xác định nhiều loại hình các tổ chức phi lợi nhuận mà không phải trả thuế thu nhập. Nếu một tổ chức đủ điều kiện để được miễn thuế, thì (a) điều lệ của tổ chức - nếu một công ty phi lợi nhuận - hoặc (b) công cụ ủy thác - nếu một quỹ tín thác - hoặc (c) các điều khoản của hiệp hội - nếu một hiệp hội - phải nêu rõ rằng không

một phần tài sản nào của nó sẽ mang lại lợi ích cho bất kỳ người nào là thành viên, giám đốc, cán bộ hoặc đại lý. Ngoài ra, tổ chức phải có mục đích hợp pháp, từ thiện, tức là tổ chức phải được tạo ra để hỗ trợ các hoạt động giáo dục, tôn giáo hoặc từ thiện. Tuy nhiên, chỉ có các tổ chức từ thiện có thể nhận được các nguồn đóng góp thì được khấu trừ thuế và tránh phải trả tài sản và thuế (đối với hoạt động) bán hàng. Bộ luật Thuế có lợi thế là một công cụ quản lý khuyến khích, ít can thiệp trực tiếp vào tính độc lập của tổ chức từ thiện.

Có sự khác nhau giữa tổ chức từ thiện công cộng và tổ chức từ thiện tư nhân, đó là tổ chức từ thiện tư nhân phải trả 5% tài sản của tổ chức mỗi năm, trong khi một tổ chức từ thiện công cộng không phải trả; các nhà tài trợ cho một tổ chức từ thiện công cộng nhận được lợi ích về thuế lớn hơn các nhà tài trợ cho một tổ chức từ thiện tư nhân; một tổ chức từ thiện công cộng phải có tổng nguồn thu từ công chúng đạt ít nhất 10% so với tổng chi phí hàng năm để được duy trì miễn thuế, trong khi tổ chức từ thiện tư thì không yêu cầu phải có nguồn thu này. Đối với cá nhân khi tham gia các hoạt động từ thiện được miễn trừ thuế<sup>13</sup>.

Các hoạt động từ thiện của Hoa Kỳ, với các nhà từ thiện nổi tiếng thế giới như Gilded Age, John D. Rockefeller và Andrew Carnegie và xu hướng từ thiện “cho đi khi còn sống” có các hoạt động nổi bật. Ba tỷ phú người Mỹ là Bill Gates, Warren Buffett và George Soros đã quyên góp hơn 30% giá trị tài sản ròng của họ. Người đồng sáng lập Microsoft, Bill Gates và vợ Melinda, đã tài trợ khoảng

<sup>11</sup> Brennan, D. (2002), *Charities and the Constitution: Evaluating the Role of Constitutional Principles in Determining the Scope of Tax Law's Public Policy Limitation for Charities*, Florida Tax Review, vol. 5(9): pp. 779–849.

<sup>12</sup> Krever, R. (1991), *Tax Deductions for Charitable Donations: A Tax Expenditure Analysis*, In *Charities and Philanthropic Organisations: Reforming the Tax Subsidy and Regulatory Regimes*, edited by R. Krever, and G. Kewley, Melbourne: Australian Tax Research Foundation, pp. 1-28.

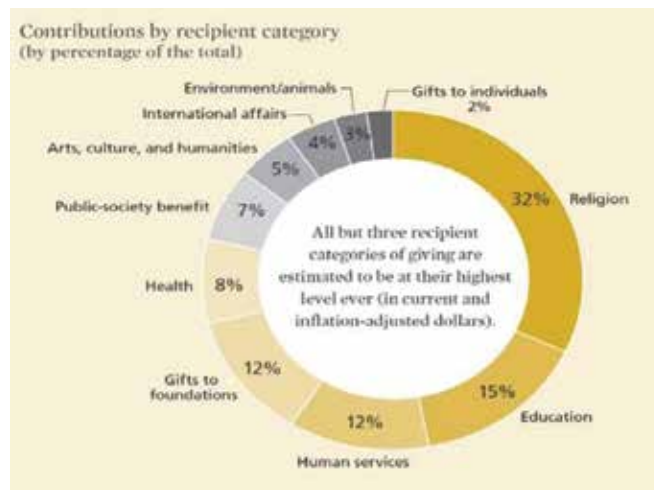
<sup>13</sup> David C. Hammack, Steven Rathgeb Smith (2018), *Foundations in the United States: Dimensions for International Comparison*, American Behavioral Scientist, vol. 62(12) p. 1611.

27 tỷ USD. Warren Buffett, Giám đốc điều hành của Berkshire Hathaway, một công ty tập đoàn đa quốc gia, đã quyên góp hơn 21,5 tỷ USD<sup>14</sup>. Năm 2014, có khoảng 80.000 cơ sở tư nhân, độc lập; 3.700 cơ sở tư nhân, hoạt động cung cấp các khoản tài trợ; khoảng 2.500 cơ sở doanh nghiệp do các doanh nghiệp tư nhân thành lập; và 789 cơ sở cộng đồng<sup>15</sup>.

Các khoản quyên góp cá nhân, quyên góp

công ty, tài sản thừa kế và quyên góp quỹ, người Mỹ đã thu về mức kỷ lục 471,44 tỷ đô la vào năm 2020. Con số này tương đương hơn 1,29 tỷ đô la mỗi ngày. Bằng cách cộng số cá nhân và số yêu cầu, chúng tôi thấy rằng các cá nhân đã đóng góp khoảng 78% tổng số đô la được trao cho tổ chức từ thiện vào năm 2020<sup>16</sup>.

Đối tượng nhận từ thiện theo quy định của pháp luật Hoa Kỳ,



*Danh mục người nhận từ thiện<sup>17</sup>*

Đối tượng nhận từ thiện bao gồm tổ chức từ thiện tôn giáo (114,90 tỷ USD, tương đương 32%), tiếp theo là giáo dục (54,62 tỷ USD, 15%),<sup>17</sup> dịch vụ nhân sinh (42,10 tỷ USD, 12%), và quà tặng cho các tổ chức (41,62 tỷ USD, 12%); y tế (30,37 tỷ USD, 8%); lợi ích cộng đồng (26,29 tỷ USD, 7%); nghệ thuật, văn hóa và nhân văn (17,23 tỷ USD, 5%); các vấn đề quốc tế (15,10 tỷ USD, 4%); môi trường/ (bảo vệ) động vật (10,50 tỷ USD, 3%); và quà

tặng cho các cá nhân chủ yếu vì lý do y tế (6,42 tỷ USD, 2%)<sup>18</sup>...

#### 4. Một số gợi mở cho Việt Nam

Việt Nam có truyền thống “lá lành đùm lá rách”; chính vì vậy, hoạt động từ thiện được rất nhiều cá nhân, tổ chức quan tâm ủng hộ và tham gia thực hiện. Nhà nước cần khuyến khích các loại hình hoạt động từ thiện, có tiềm năng lớn, đa dạng, linh hoạt và sáng tạo, thể hiện tinh thần tương thân, tương ái của người

<sup>14</sup> Loudenback, T., Martin, E. (2015), *The 20 Most Generous People in the World*, Business Insider. <http://www.businessinsider.com/most-generous-people-in-the-world-2015-10>.

<sup>15</sup> Foundation Center (2014). *Key facts on U.S. foundations*, <http://foundationcenter.org/gainknowledge/research/keyfacts2014/foundationfocus.html>.

<sup>16</sup> Giving USA (2021), *Inside the number*, <https://blog.stelter.com>, Retrieved 05/5/2022.

<sup>17</sup> Lilly Family School of Philanthropy at Indiana University (2015).

<sup>18</sup> The Giving Institute, 2015.



Việt Nam ở những góc khuất và âm thầm nhất của đời sống. Còn về cách thức hoạt động, để tránh sự tự phát, kém bền vững, tiêu cực thì cần luật định rõ các tiêu chí, tiêu chuẩn, hình thức hoạt động nhằm khuyến khích, bảo vệ, giám sát và hướng tới sự chuyên nghiệp<sup>19</sup>.

Hoạt động từ thiện ở nước ta được điều chỉnh bởi các quy định có trong Hiến pháp năm 2013, Bộ luật Dân sự năm 2015, Bộ luật Hình sự năm 2015, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2015... Nghị định số 93/2021/NĐ-CP ngày 27/10/2021 của Chính phủ về vận động, tiếp nhận, phân phối và sử dụng các nguồn đóng góp tự nguyện hỗ trợ khắc phục khó khăn do thiên tai, dịch bệnh, sự cố; hỗ trợ bệnh nhân mắc bệnh hiểm nghèo có những quy định thể hiện chính sách pháp luật đầy tính nhân văn. Nghị định số 93/2021/NĐ-CP thay thế cho Nghị định số 64/2008/NĐ-CP ngày 14 tháng 5 năm 2008 của Chính phủ về vận động, tiếp nhận, phân phối và sử dụng các nguồn đóng góp tự nguyện hỗ trợ nhân dân khắc phục khó khăn do thiên tai, hỏa hoạn, sự cố nghiêm trọng, các bệnh nhân mắc bệnh hiểm nghèo. Nghị định số 93/2021/NĐ-CP quy định các tổ chức, cá nhân vận động, tiếp nhận, phân phối nguồn đóng góp tự nguyện bao gồm 8 nhóm đối tượng cơ bản (Điều 2). Do đó, về chủ thể thực hiện hoạt động từ thiện của Nghị định số 93/2021/NĐ-CP có nhiều hơn so với Nghị định số 64/2008/NĐ-CP. Đặc biệt, Nghị định số 93/2021/NĐ-CP có điểm mới cho phép cá nhân có đủ năng lực hành vi dân sự tham gia hoạt động từ thiện.

Tuy nhiên, hoạt động từ thiện ở nước ta vẫn còn một số vấn đề còn vướng mắc trong các quy định về nội dung chi hỗ trợ, như không rõ về hình thức hỗ trợ, Ban Cứu trợ sẽ tổ chức mua lương thực, quần áo, thuốc chữa bệnh... và cung cấp cho người bị thiệt hại hay hỗ trợ bằng tiền để người bị thiệt hại tự mua. Các nội dung chi hỗ trợ còn chung chung, chưa bảo đảm phù

hợp với quy định của pháp luật hoặc thực tiễn hiện nay (thiếu hỗ trợ cơ sở hạ tầng thiết yếu như trường học, trạm xá, đường giao thông...). Mặt khác, chưa có nội dung chi hỗ trợ khắc phục khó khăn do dịch bệnh, sự cố. Đáng chú ý, quy định về công khai trong công tác vận động, tiếp nhận và phân phối, sử dụng tiền, hiện vật cứu trợ vẫn tương đối chung chung, chưa cụ thể về nội dung, hình thức và thời gian công khai<sup>20</sup>. Do vậy, Việt Nam nên tham khảo, nghiên cứu các quy định của pháp luật về từ thiện ở các quốc gia phát triển, đặc biệt là Hoa Kỳ để xây dựng, hoàn thiện các quy định của pháp luật về từ thiện, nhân đạo. Cụ thể là:

*Thứ nhất*, cần xây dựng Luật Tổ chức hoạt động từ thiện của Việt Nam nhằm bảo đảm các mục tiêu nhân đạo, công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình trong hoạt động từ thiện;

*Thứ hai*, cần quy định các hành lang pháp lý nhằm khuyến khích, tôn vinh các cá nhân, tổ chức khi thực hiện hoạt động từ thiện một cách bài bản, chuyên nghiệp. Theo kinh nghiệm ở Hoa Kỳ, có cơ quan đầu mối tổng hợp báo cáo về hoạt động từ thiện hàng năm như “The Giving Institute”<sup>21</sup>, từ đó nhằm tạo ra cơ chế động lực, khuyến khích các chủ thể tham gia hoạt động từ thiện một cách tích cực, nhằm bảo đảm chỉ số hạnh phúc của con người.

*Thứ ba*, cần có chính sách khuyến khích, tạo điều kiện thực hiện hoạt động từ thiện một cách thường xuyên và lâu dài, tức là không chỉ dừng ở việc cứu trợ khẩn cấp, mà còn bảo đảm các mục tiêu an sinh xã hội và phát triển bền vững của con người.

*Thứ tư*, cần có cơ chế kiểm soát chặt chẽ hoạt động từ thiện của các cá nhân, tổ chức khi tham gia hoạt động từ thiện. Cần tạo ra hành lang pháp lý cho việc thanh tra, kiểm tra, giám sát, kiểm toán đối với hoạt động từ thiện nhằm thiết lập các trật tự pháp luật hiệu quả, chất lượng ■

<sup>19</sup> Phạm Diệu (2021), *Kiến nghị xây dựng Luật về hoạt động từ thiện*, <https://baophapluat.vn/kien-nghi-xay-dung-luat-ve-hoat-dong-tu-thien-post418769.html>, truy cập ngày 05/5/2022.

<sup>20</sup> Đinh Trường (2021), *Hàng loạt bất cập pháp lý về cá nhân làm từ thiện*, <https://laodong.vn/xa-hoi/hang-loat-bat-cap-phap-ly-ve-ca-nhan-lam-tu-thien-955707.laodong>, truy cập ngày 05/5/2022.

<sup>21</sup> Một tổ chức được thành lập ở Hoa Kỳ từ năm 1935, có một trong những nhiệm vụ là hỗ trợ, thúc đẩy hoạt động từ thiện. Xem <https://www.givinginstitute.org/>.

