

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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



- ❖ BẢO VỆ ĐỐI TƯỢNG THANH TRA TRONG HOẠT ĐỘNG THANH TRA
- ❖ HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ CHỨNG CHỈ HÀNH NGHỀ KHÁM BỆNH, CHỮA BỆNH
- ❖ QUYỀN ĐƯỢC LÃNG QUÊN Ở MỘT SỐ QUỐC GIA VÀ KIẾN NGHỊ CHÍNH SÁCH CHO VIỆT NAM

Số 17 (465)

Kỳ 1 - Tháng 9/2022

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

## Mục lục Số 17/2022

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 03** Miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng do phải thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền

**ThS. Nguyễn Văn Hùng**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 08** Bàn về Dự thảo Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng

**TS. Cao Vũ Minh**

- 16** Bảo vệ đối tượng thanh tra trong hoạt động thanh tra

**TS. Nguyễn Ngọc Bích**

- 24** Hoàn thiện quy định của pháp luật về chứng chỉ hành nghề khám bệnh, chữa bệnh

**ThS. Trần Linh Huân**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 31** Thừa kế thế vị có yếu tố con nuôi, con riêng

**ThS. Nguyễn Thành Minh Chánh – Trần Quốc Kiệt**

- 39** Giao dịch liên quan đến tài sản chung của vợ chồng là động sản không phải đăng ký - thực trạng và kiến nghị

**Mạch Văn Vương**

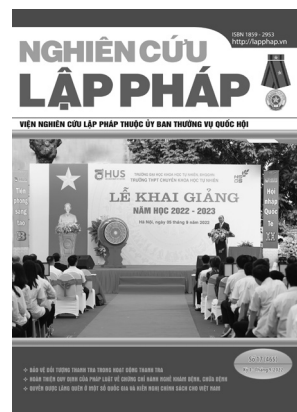
### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 48** Quyền được lãnh quên ở một số quốc gia và kiến nghị chính sách cho Việt Nam

**TS. Nguyễn Thị Hồng Yến – Đào Thị Khánh Linh  
Trần Như Ý – Lê Thị Bích Ngọc**

- 59** Pháp luật của Peru về bảo hộ tri thức truyền thống – kinh nghiệm cho Việt Nam

**ThS. Nguyễn Minh Châu**



#### 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 NGÔ QUYÊN - 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:

107000943928  
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP  
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN  
ĐẠI CHỨNG VIỆT NAM  
(PVCOMBANK), CHI NHÁNH HỘI SỞ CHÍNH

MÃ SỐ THUẾ: 0101138205

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

#### GIÁ: 25.000 ĐỒNG

**Ảnh bìa:** Chủ tịch Nước Nguyễn Xuân Phúc dự lễ khai giảng năm học 2022-2023 tại trường THPT chuyên Khoa học Tự nhiên thuộc Trường ĐH Khoa học Tự nhiên, Đại học Quốc gia Hà Nội.

**Ảnh:** ST

# LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

## Legis No 17/2022

### STATE AND LAW

- 03** Liability Waivers for Breach of Contract due to Compliance with Decision of Competent Governmental Agency

**LLM. Nguyen Van Hung**

### DISCUSSION OF BILLS

- 08** Discussions of the draft Ordinance on Handling of Administrative Violations for Acts of Proceedings Obstruction

**Dr. Cao Vu Minh**

- 16** Protection of Subjects of Inspection under Inspection Activities

**Dr. Nguyen Ngoc Bich**

- 24** Improvements of Legal Regulations on Certificates of Practice of Medical Examination and Treatment

**LLM. Tran Linh Huan**

### LEGAL PRACTICE

- 31** Inheritance by Substitution with Elements of Adopted Children and Stepchildren

**LLM. Nguyen Thanh Minh Chanh – Tran Quoc Khiet**

- 39** Transactions of Common Assets as Movable Asset of Non-registration: Status and Recommendations

**Mach Van Vuong**

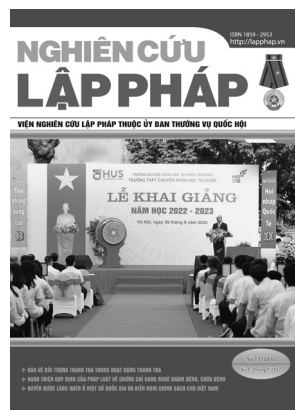
### FOREIGN EXPERIENCE

- 48** Right to be Forgotten in some Foreign Countries and Policy Recommendations for Vietnam

**Dr. Nguyen Thi Hong Yen – Dao Thi Khanh Linh  
Tran Nhu Y – Le Thi Bich Ngoc**

- 59** Law on Protection of Traditional Knowledge of Peru – Lessons learnt for Vietnam

**LLM. Nguyen Minh Chau**



#### 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](mailto: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:

107000943928  
JOURNAL OF LEGISLATIVE STUDIES  
VIETNAM PUBLIC JOINT STOCK  
COMMERCIAL BANK  
(PVCOMBANK)

TAX CODE: 0101138205

PRINTED BY NGUYEN KHANG PRINTING  
TECHNOLOGY DEVELOPMENT JOINT STOCK  
COMPANY

PRICE: **25.000 VND**

# MIỄN TRÁCH NHIỆM ĐỐI VỚI VI PHẠM HỢP ĐỒNG DO PHẢI THỰC HIỆN QUYẾT ĐỊNH CỦA CƠ QUAN NHÀ NƯỚC CÓ THẨM QUYỀN

Nguyễn Văn Hùng

ThS. Khoa Luật thương mại, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Miễn trách nhiệm, hành vi vi phạm, Luật Thương mại, quyết định của cơ quan nhà nước.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 02/11/2021  
Biên tập : 02/04/2022  
Duyệt bài : 05/04/2022

## Article Infomation:

*Keywords:* Liability waiver; violations; Law on Commerce; decisions of governmental agencies.

## Article History:

Received : 02 Nov. 2022  
Edited : 02 Apr. 2022  
Approved : 05 Apr. 2022

## Tóm tắt:

Chế định miễn trách nhiệm được quy định trong hệ thống pháp luật thương mại nhằm bảo đảm nguyên tắc công bằng cho các bên khi thực hiện hợp đồng. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích quy định của pháp luật về trường hợp miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng do phải thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền và bình luận một số tình huống áp dụng quy định này trong thực tiễn.

## Abstract:

The provisions on liability waiver are prescribed in the commercial legal framework to ensure the principle of fairness for the parties of the contract. Within the scope of this article, the author provides an analysis of the legal provisions on the case of liability waiver for breach of contract due to the decision of a competent governmental agency and also a number of comments on some situations, for which the provisions on liability waiver to be applied in practice.

Theo nguyên tắc chung, khi hợp đồng được giao kết một cách hợp pháp thì sẽ có hiệu lực pháp luật; theo đó, nếu bất kỳ bên nào không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ nghĩa vụ thì đó là hành vi vi phạm hợp đồng và phải chịu trách nhiệm đối với hành vi vi phạm đó. Nếu bên vi phạm phải chịu trách nhiệm trong mọi trường hợp<sup>1</sup> thì sẽ là không công bằng. Chế định miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng đóng vai trò bảo vệ bên vi

phạm hợp đồng trong trường hợp vi phạm xảy ra là do những sự cố nằm ngoài khả năng dự đoán, kiểm soát của bên vi phạm.

Trong lĩnh vực thương mại, các trường hợp miễn trách nhiệm được quy định tại Điều 294 Luật Thương mại năm 2005. Một trong các trường hợp được miễn trách nhiệm là trường hợp “*Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước*

<sup>1</sup> Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (2017), *Giáo trình pháp luật thương mại hàng hóa và dịch vụ*, Nxb. Hồng Đức, Hội luật gia Việt Nam, tr.440

*có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng*<sup>2</sup>. Có thể xác định rằng, hành vi vi phạm nghĩa vụ hợp đồng do phải thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền là một trong những sự kiện cụ thể của trường hợp bất khả kháng. Vì vậy, khi rơi vào trường hợp này, bên vi phạm nghĩa vụ vẫn có thể viện dẫn trường hợp bất khả kháng để làm căn cứ miễn trách nhiệm. Để áp dụng quy định này trong thực tiễn điều chỉnh quan hệ hợp đồng thương mại, cần làm rõ các vấn đề pháp lý liên quan đến nội dung quy định. Thứ nhất, phải xác định rõ những chủ thể nào là cơ quan có thẩm quyền, nội dung của quyết định, đồng thời xác định văn bản của các chủ thể này ban hành có đúng thẩm quyền hay không; thứ hai, cần phải xác định về khả năng nhận biết của các bên đối với quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền.

### 1. Quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền

“Quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền” được quy định tại điểm d khoản 1 Điều 294 Luật Thương mại năm 2005 phải được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm các loại văn bản hành chính nói chung, như quyết định cá biệt, các nghị quyết cá biệt, hay công văn, thông báo... Nghị quyết cá biệt hay quyết định cá biệt được ban hành theo trình tự, thủ tục luật định nhằm áp dụng các quy phạm pháp luật vào từng trường hợp cụ thể, có hiệu lực áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể, về một vấn đề cụ thể... Điều quan trọng là các văn bản này phải tác động một cách trực tiếp vào khả năng thực hiện nghĩa vụ của bên có hành vi vi phạm hợp đồng.

Bên cạnh đó, cần phải xác định mục đích của quyết định do cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền ban hành; không phải tất cả các quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền có sự

tác động đến khả năng thực hiện hợp đồng của các bên thì đều được làm căn cứ miễn trừ trách nhiệm. Về vấn đề này, có quan điểm cho rằng, những quyết định của cơ quan có thẩm quyền có tính chất cảm đoán nhưng không xuất phát từ việc bảo đảm an ninh quốc gia trong một lĩnh vực nào đó, như vấn đề an ninh lương thực hay an ninh xã hội, thì không thể được coi là trường hợp được miễn trách nhiệm theo điểm d khoản 1 Điều 294 Luật Thương mại năm 2005<sup>3</sup>. Cụ thể trong một vụ tranh chấp về hợp đồng vận chuyển hàng hóa<sup>4</sup>, bên A là chủ tàu ký với bên B là chủ hàng một hợp đồng vận chuyển hạt lúa mì. Trong quá trình thực hiện hợp đồng, bên A đã phải dừng việc dỡ hàng khi vẫn còn 2000 tấn lúa mì trên tàu theo quyết định của một cơ quan có thẩm quyền nước sở tại cấm tiêu thụ số lúa mì này vì ba lý do: *Thứ nhất*, trong hàng hóa có lẫn ri sắt từ tàu; *thứ hai*, hàng hóa có chứa Phosyoxin là một loại thuốc trừ sâu bị cấm sử dụng cho hàng hóa; và *thứ ba*, hàng có lẫn các hạt cỏ độc với số lượng vượt quá mức cho phép. Bên A đã đòi bên B bồi thường thiệt hại cho thời gian giữ hàng hóa trên tàu quá hạn, tiền bồi thường thiệt hại thương mại của tàu và các chi phí khác. Tuy nhiên, bên B lại cho rằng nghĩa vụ dỡ hàng của mình đã không thực hiện được do có sự kiện bất khả kháng là quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Ủy ban trọng tài cho rằng quyết định không cho phép dỡ hàng của cơ quan chức trách không được coi là một sự kiện bất khả kháng vì nó xuất phát từ hai nguyên nhân, một thuộc lỗi của tàu và một thuộc về bản thân hàng hóa. Trong hợp đồng này, bên A có nghĩa vụ phải bảo đảm tàu không làm hư hại hàng hóa, bên B có nghĩa vụ phải bảo đảm hàng hóa không chứa các thành phần độc hại. Do đó, Ủy ban trọng tài quyết định mỗi bên đều phải chịu trách nhiệm đối với hậu quả của việc hàng hóa không được bốc dỡ như thỏa thuận trong hợp đồng.

<sup>2</sup> Điểm d khoản 1 Điều 294 Luật Thương mại năm 2005.

<sup>3</sup> Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh (2016), *Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế*, Nxb. Đại học quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, tr. 111.

<sup>4</sup> Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (2016), *Giải quyết tranh chấp hợp đồng - những điều doanh nhân cần biết*, Nxb. Thanh niên, tr. 223-226.

Vụ việc thứ hai về trường hợp miễn trách nhiệm, công ty A và công ty B ký hợp đồng dịch vụ tổ chức sự kiện kỷ niệm 10 năm thành lập công ty A vào ngày 26/3/2020 tại nhà hàng X có địa chỉ tại quận 2, thành phố Hồ Chí Minh với số lượng khách tham dự là 100 người. Tuy nhiên, trước tình hình diễn biến phức tạp của dịch Covid 19, ngày 24/3/2020, Ủy ban nhân dân Tp. Hồ Chí Minh đã ban hành Công văn số 1049/UBND về việc tạm dừng một số hoạt động trên địa bàn thành phố. Cụ thể là tạm dừng hoạt động các khu vui chơi giải trí, nhà hàng, quán Beer club, cơ sở kinh doanh dịch vụ ăn uống có công suất phục vụ từ 30 người trở lên, câu lạc bộ Bida, phòng tập thể hình, cơ sở làm đẹp, uốn tóc, hớt tóc trên địa bàn thành phố kể từ 18 giờ ngày 24/3/2020 đến hết ngày 31/3/2020. Do phải thực hiện quy định này, công ty B đã không thể thực hiện được nghĩa vụ hợp đồng mà hai bên đã thỏa thuận. Trong trường hợp này, công ty B được miễn trách nhiệm vì việc không thực hiện hợp đồng hoàn toàn do phải tuân thủ theo quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết vào thời điểm giao kết hợp đồng.

Trong một trường hợp khác, bên vi phạm hợp đồng cũng viện dẫn Công văn số 1049/UBND-TH nêu trên để yêu cầu được miễn trách nhiệm như sau: Công ty X hoạt động kinh doanh phòng tập thể hình có địa chỉ ở quận 1, thành phố Hồ Chí Minh. Do mới đi vào hoạt động nên công ty X đã ký hợp đồng thuê trang thiết bị và dụng cụ tập thể hình với công ty Y. Tuy nhiên, sau khi biết được Công văn thông báo của UBND Tp. Hồ Chí Minh, công ty X đã gửi thông báo chấm dứt hợp đồng thuê trước thời hạn tới công ty Y, và yêu cầu không phải chịu bất kỳ trách nhiệm nào với lý do hoạt động kinh doanh bị ảnh hưởng do dịch bệnh và phải thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Yêu cầu này của công ty

X là không hợp lý; bởi vì, chủ thể vi phạm chỉ có thể được miễn trách nhiệm nếu vi phạm hợp đồng là hậu quả trực tiếp của việc thực hiện hoặc không thực hiện một hành vi nhất định theo quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền. Trong tình huống này, công ty X hoàn toàn vẫn có thể tiếp tục thực hiện hợp đồng với công ty Y như đã thỏa thuận, quyết định tạm dừng một số hoạt động trên địa bàn thành phố của Ủy ban nhân dân TP. Hồ Chí Minh cùng với tình hình dịch bệnh tại thời điểm đó chỉ được coi như là một trở ngại khách quan khiến cho lợi nhuận của công ty X bị sụt giảm. Do đó, nếu công ty X đơn phương chấm dứt hợp đồng với công ty Y thì vẫn phải chịu mọi trách nhiệm phát sinh. Tham khảo Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ về vấn đề này thì các đạo luật hoặc các quy định của Chính phủ mà chỉ làm cho việc thực hiện hợp đồng trở nên khó khăn hay làm cho tính lợi nhuận bị kém đi thì không phải là căn cứ để miễn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng<sup>5</sup>. Như vậy, trong trường hợp này, nếu công ty X thỏa thuận với công ty Y về việc tạm ngừng hợp đồng thuê trong thời gian dịch bệnh hoặc yêu cầu công ty Y xem xét giảm một phần tiền thuê sẽ là những giải pháp hợp lý.

Qua các vụ việc trên, có thể kết luận rằng, bên vi phạm chỉ được miễn trách nhiệm khi quyết định của cơ quan có thẩm quyền tác động trực tiếp đến khả năng thực hiện nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng nhưng quyết định đó là vì lợi ích chung, không xuất phát từ lỗi của các bên. Nói cách khác, nếu như các bên trong hợp đồng không thực hiện, thực hiện không đúng, không đầy đủ các nghĩa vụ đã được giao kết trong hợp đồng hoặc theo quy định của pháp luật dẫn đến việc cơ quan có thẩm quyền ban hành các quyết định có tính hành chính nhằm xử lý các vi phạm trong hoạt động thương mại, hoặc các quyết định nhằm thực hiện công tác quản lý nhà nước trong hoạt động thương mại

<sup>5</sup> Hoàng Ngọc Thiết (chủ nhiệm đề tài, 2005), *Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa theo Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ*, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp bộ, mã số B2003.40.30, Trường Đại học Ngoại thương, tr. 29.

thì các bên không được áp dụng chế định miễn trách nhiệm này.

Trong trường hợp giả sử các bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng do phải thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền, nhưng bản thân quyết định này lại trái pháp luật hoặc không đúng thẩm quyền, thì các bên vi phạm nghĩa vụ có được áp dụng chế định miễn trách hay không? Hiện nay, pháp luật thương mại của Việt Nam vẫn chưa có quy định cụ thể về vấn đề này. Tham chiếu quy định tại Điều 13 và Điều 16 Bộ luật Dân sự của Cộng hòa liên bang Nga thì khi có một quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền được ban hành, việc áp dụng văn bản này dẫn đến nghĩa vụ của một bên trong hợp đồng bị trì hoãn hoặc không thực hiện được và trong trường hợp quyết định này bị Tòa án tuyên bố là trái pháp luật, thì cơ quan nhà nước đã ban hành ra quyết định này phải có trách nhiệm bồi thường thiệt hại do quyết định của mình gây ra<sup>6</sup>. Như vậy, trong trường hợp này, cơ quan có thẩm quyền ban hành quyết định phải chịu trách nhiệm bồi thường các thiệt hại phát sinh trên cơ sở phán quyết của Tòa án về tính hợp pháp của quyết định. Quy định này nhằm bảo vệ quyền lợi của các bên trong hợp đồng cũng như nâng cao trách nhiệm của các cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền trong việc ban hành các quyết định của mình.

### 2. Khả năng nhận biết của các bên đối với quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền

Theo nội dung quy định tại điểm d khoản 1 Điều 294 Luật Thương mại năm 2005 thì chế định miễn trách nhiệm chỉ được áp dụng khi hành vi vi phạm của bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền, mà tại thời điểm giao kết hợp đồng các bên không thể biết đến quyết định đó. Do vậy, nếu các bên đã biết hoặc có thể biết đến quyết

định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền thì không được viện dẫn để làm căn cứ miễn trách nhiệm. Ở đây, pháp luật về miễn trách nhiệm muốn ràng buộc trách nhiệm của bên vi phạm hợp đồng trên cơ sở xác định năng lực hành vi của bên vi phạm nghĩa vụ; theo đó, nếu như các bên đã nhận thức được việc không thể thực hiện được hợp đồng mà vẫn tiến hành giao kết thì phải chịu trách nhiệm về hành vi của mình. Tình huống sau đây minh chứng cho luận điểm này<sup>7</sup>, theo nội dung vụ kiện, bên A đã không thanh toán cho bên B với lý do là không thể thanh toán tiền hàng do lệnh cấm của Hoa Kỳ trong việc sử dụng tiền USD và đồng Euro tại Cộng hòa Sudan. Theo Hội đồng trọng tài thì lệnh cấm của Chính phủ Hoa Kỳ với Cộng hòa Sudan đã có từ năm 2006, tức là trước khi hai bên xác lập hợp đồng. Do vậy, bên A đã biết hoặc buộc phải biết về lệnh cấm này vào thời điểm xác lập hợp đồng; như vậy, việc không thực hiện được nghĩa vụ của bên A trong trường hợp này không được coi là trường hợp miễn trách nhiệm. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra ở đây là luật quy định *các bên* không thể biết, tức là bao gồm cả bên vi phạm và bên bị vi phạm hợp đồng. Thực tiễn cho thấy, việc biết hay phải biết quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền chỉ có ý nghĩa đối với bên vi phạm hợp đồng, vì họ chính là chủ thể được xem xét miễn trách nhiệm hay không; còn bên bị vi phạm thì không nhất thiết phải áp dụng quy định này. Có những vụ việc tại thời điểm giao kết hợp đồng, chỉ có bên bị vi phạm biết trước về quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền nhưng họ vẫn đồng ý ký kết hợp đồng với bên kia. Trong trường hợp quyết định của cơ quan nhà nước trước đó đã dẫn đến việc bên có nghĩa vụ vi phạm hợp đồng, thì liệu bên bị vi phạm có phải gánh trách nhiệm hay không, khi mà điều kiện là hai bên đều không thể biết quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền tại thời điểm giao kết hợp

<sup>6</sup> Lý Minh Hằng (2014), *Miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại hợp đồng theo pháp luật Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ luật học, Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 30.

<sup>7</sup> Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (2016), *Giải quyết tranh chấp hợp đồng- những điều doanh nhân cần biết*, Nxb. Thanh niên, tr. 198.

đồng. Tham chiếu pháp luật của Hoa Kỳ thì căn cứ để miễn trách nhiệm trong trường hợp này được xác định căn cứ vào thời điểm quyết định của cơ quan có thẩm quyền. Theo đó, nếu như quyết định của cơ quan có thẩm quyền được ban hành sau khi hợp đồng của các bên được xác lập thì chế định miễn trách nhiệm sẽ được áp dụng, trong trường hợp này pháp luật áp dụng nguyên tắc suy đoán hợp lý khi xác định rằng các bên chắc chắn đã không biết về quyết định của cơ quan có thẩm quyền. Theo vụ việc sau đây<sup>8</sup>, công ty Centex đã có khả năng nhận biết sẽ có một lệnh của Chính phủ ngăn cản việc thực hiện nghĩa vụ thanh toán của mình tại thời điểm giao kết hợp đồng, nhưng yếu tố này hoàn toàn không được thẩm phán Tòa tối cao bang Texas xem xét khi xác định khả năng công ty Centex có được miễn trách nhiệm hay không. Trong vụ việc này, Tòa án bang Texas đã nhận định rằng: Lệnh của Ủy ban ngân hàng đã cấm công ty Centex thực hiện thỏa thuận với công ty Dalton, nếu không có lệnh này thì theo luật hợp đồng của bang, việc thực hiện nghĩa vụ này sẽ được đảm bảo thực hiện. Theo đó, công ty Centex không thể thanh toán cho công ty Dalton vì phải tuân thủ quy định của Chính phủ, dẫn đến việc vi phạm nghĩa vụ của công ty Centex theo thỏa thuận trong hợp đồng với công ty Dalton được miễn trách nhiệm. Qua vụ việc chúng ta thấy rằng, căn cứ cho việc miễn trách nhiệm vi phạm nghĩa vụ thanh toán của công ty Centex chỉ dựa vào hai yếu tố, đó là lệnh của Chính phủ được ban hành sau khi các bên giao kết hợp đồng và việc thi hành nghĩa vụ hợp đồng là vi phạm lệnh của Chính phủ.

Bên cạnh đó, cần xác định các kênh thông tin mà các chủ thể tiếp nhận quyết định của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền, các quyết định này phải được đăng tải trên các kênh thông tin chính thống. Bởi lẽ, trong trường hợp những kênh thông tin không đáng tin cậy đưa tin trước về việc một quyết định nào đó của

cơ quan có thẩm quyền sẽ được ban hành và có nguy cơ ảnh hưởng đến việc thực hiện hợp đồng, mặc dù các bên nhận biết được thông tin này, nhưng họ không tin và vẫn giao kết thì chưa có đủ cơ sở khẳng định rằng các bên đã biết về quyết định đó tại thời điểm giao kết hợp đồng.

Như vậy, khác với quy định tại Công ước Viên 1980<sup>9</sup>, trường hợp miễn trách nhiệm do phải thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền được bổ sung vào Luật Thương mại năm 2005 với tư cách là một trường hợp miễn trách nhiệm độc lập. Việc bổ sung này không tạo ra sự chòng chéo hay mâu thuẫn với các văn bản pháp luật khác, mà còn giúp cho việc áp dụng luật trên thực tế dễ giải quyết các tranh chấp thương mại được thuận lợi hơn. Bởi lẽ, luật càng quy định chi tiết, cụ thể thì càng tìm được tiếng nói chung của các bên, giảm thiểu được các mâu thuẫn trong việc giải thích và áp dụng pháp luật. Tuy nhiên, xét về bản chất thì đây cũng là trường hợp miễn trách nhiệm do sự kiện bất khả kháng. Nhưng khác với trường hợp miễn trách nhiệm do sự kiện bất khả kháng, trường hợp này không phải xem xét tới tính khách quan, không thể lường trước được và không thể khắc phục được của quyết định của cơ quan nhà nước. Khi áp dụng quy định miễn trách nhiệm này, cần xác định về chủ thể ban hành quyết định, xác định nội dung quyết định phải trực tiếp làm phát sinh nghĩa vụ của bên vi phạm phải thực hiện hoặc không phải thực hiện một hành vi nhất định, và việc thực hiện nghĩa vụ đó là nguyên nhân trực tiếp dẫn đến hành vi vi phạm hợp đồng. Bên cạnh đó, việc xác định khả năng nhận biết hay không thể biết quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền của các chủ thể có hành vi vi phạm tại thời điểm xác lập hợp đồng cũng có ý nghĩa quan trọng trong việc áp dụng quy định này ■

<sup>8</sup> Hoàng Ngọc Thiệt (chủ nhiệm đề tài-2005), *Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa theo Bộ luật thương mại thống nhất Hoa Kỳ*, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp bộ, mã số B2003.40.30, Trường Đại học ngoại thương, tr. 30-32.

<sup>9</sup> Khoản 1 Điều 79 Công ước Viên 1980 – Công ước của Liên hợp quốc về mua bán hàng hóa quốc tế.



# BÀN VỀ DỰ THẢO PHÁP LỆNH XỬ LÝ VI PHẠM HÀNH CHÍNH ĐỐI VỚI HÀNH VI CẢN TRỞ HOẠT ĐỘNG TỔ TỤNG

Cao Vũ Minh

TS. Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia 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 : 10/07/2022  
Biên tập : 16/08/2022  
Duyệt bài : 18/08/2022

### Article Infomation:

*Keywords:* Legal proceeding activities; obstructions of legal proceedings; People's Court.

### Article History:

Received : 10 Jul. 2022  
Edited : 16 Aug. 2022  
Approved : 18 Aug. 2022

Ngày 13/11/2020, tại Kỳ họp thứ 10, Quốc hội khóa XIV đã thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Xử lý vi phạm hành chính (Luật sửa đổi, bổ sung). Theo đó, một trong những sửa đổi quan trọng là mở rộng thẩm quyền quy định về xử phạt vi phạm hành chính. Cụ thể, khoản 3 Điều 4 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 (Luật Xử lý VPHC) quy định: “*Căn cứ quy định của Luật này, Ủy ban thường vụ Quốc hội quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động kiểm toán nhà nước và đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng*”.

### Tóm tắt:

Hành vi cản trở hoạt động tố tụng cấu thành những vi phạm pháp luật cụ thể. Hiện nay, một số văn bản quy phạm pháp luật ở nước ta đã quy định việc xử lý những hành vi này, nhưng nhìn chung là chưa đầy đủ, toàn diện. Chính vì vậy, Quốc hội giao cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành pháp lệnh để quy định xử lý các vi phạm hành chính về cản trở hoạt động tố tụng. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích một số nội dung cần lưu ý trong Dự thảo Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng và đưa ra các kiến nghị hoàn thiện.

### Abstract:

Acts of obstructing legal proceedings constitute specific violations of the law. Currently, a number of legal documents in our country have regulated the handling of these acts, but are not comprehensive. Therefore, the National Assembly assigned the Standing Committee of the National Assembly to issue Ordinance for regulations on the handling of administrative violations of obstructing legal proceedings. Within the scope of this article, the author provides an analysis of a number of provisions that should be noted in the draft Ordinance on Handling of Administrative Violations for acts of obstructing legal proceedings and also recommendations for further improvements.

Luật sửa đổi, bổ sung có hiệu lực ngày 01/01/2022 và không bảo lưu về hiệu lực đối với bất cứ điều khoản nào. Điều đó có nghĩa là Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) phải sớm soạn thảo và thông qua Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng nhằm bảo đảm hiệu lực thống nhất với các điều khoản của Luật sửa đổi, bổ sung.

Hiện nay, Dự thảo 2 Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng (Dự thảo Pháp lệnh) đang được đăng tải công khai nhằm lấy ý kiến đóng góp của nhân dân<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Xem thêm: <http://duthaoonline.quochoi.vn/Pages/dsduthao/download.aspx?id=49258>.

## 1. Về các hành vi vi phạm

Theo khoản 2 Điều 2 Dự thảo Pháp lệnh thì hành vi cản trở hoạt động tố tụng là hành vi có lỗi do cá nhân, tổ chức thực hiện hoặc không thực hiện, vi phạm quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự, Luật Tố tụng hành chính, Bộ luật Tố tụng dân sự, gây trở ngại, khó khăn, kéo dài việc giải quyết của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng mà chưa đến mức bị truy cứu trách nhiệm hình sự và theo quy định của pháp luật phải bị xử lý VPHC.

Hành vi cản trở hoạt động tố tụng cần được hiểu là hành vi cản trở hoạt động của cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng. Hành vi này có thể diễn ra tại trụ sở Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, Cơ quan điều tra. Hành vi này cũng có thể diễn ra tại phòng xử án hoặc có thể diễn ra ngoài phòng xử án (như các phiên tòa lưu động) nhằm gây trở ngại cho hoạt động thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của các chủ thể có thẩm quyền tiến thành tố tụng<sup>2</sup>.

Hiện nay, điểm i khoản 3 Điều 13 Dự thảo Pháp lệnh quy định phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng đối với hành vi “gây rối trật tự tại phiên tòa”. Tuy nhiên, nếu so sánh với hành vi có tính chất tương tự trong Nghị định số 144/2021/NĐ-CP ngày 31/12/2021 xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội... thì thấy mức tiền phạt không hợp lý. Cụ thể, theo điểm d khoản 4 Điều 7 Nghị định số 144/2021/NĐ-CP thì hành vi “gây rối hoặc cản trở hoạt động bình thường của cơ quan, tổ chức” bị phạt tiền từ 3.000.000 đồng đến 5.000.000

đồng. Hành vi “gây rối trật tự tại phiên tòa” đương nhiên có mục đích là cản trở hoạt động bình thường của cơ quan, tổ chức. Ngược lại, hành vi “gây rối hoặc cản trở hoạt động bình thường của cơ quan, tổ chức” hoàn toàn có thể được thực hiện tại phiên tòa - tức là gây rối trật tự tại phiên tòa.

Tương tự, theo điểm b khoản 4 Điều 13 Dự thảo Pháp lệnh thì hành vi “xúc phạm đến danh dự, nhân phẩm, uy tín của Thẩm phán, Hội thẩm, Kiểm sát viên, Điều tra viên, Thư ký Tòa án tại phiên tòa, những người khác thực hiện nhiệm vụ theo yêu cầu của Tòa án” sẽ bị phạt tiền từ 10.000.000 đồng đến 20.000.000 đồng. Ngoài ra, người vi phạm không bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung và bất cứ biện pháp khắc phục hậu quả nào khác. Theo quy định trên, hành vi này có thể được thực hiện bởi bất kỳ chủ thể nào như các bên đương sự, người tham dự phiên tòa, người giám định, người làm chứng... Thế nhưng, sự không nhất quán phát sinh nếu người thực hiện hành vi xúc phạm là luật sư, bởi nếu là luật sư thì có thể bị xử phạt với mức tiền phạt cao hơn rất nhiều. Cụ thể, theo điểm c khoản 6 Điều 6 Nghị định số 82/2020/NĐ-CP xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hỗ trợ tư pháp... thì nếu luật sư có hành vi “xúc phạm cá nhân, cơ quan, tổ chức trong quá trình tham gia tố tụng” sẽ bị phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 30.000.000 đồng. Đồng thời, người vi phạm còn có thể bị tước quyền sử dụng chứng chỉ hành nghề luật sư hoặc giấy phép hành nghề luật sư tại Việt Nam từ 06 tháng đến 09 tháng.

Nếu so sánh về chế tài xử phạt trong Dự

<sup>2</sup> Lê Thị Hồng Nhung (2022), *Hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại Tòa án nhân dân*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 12.

## BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

thảo Pháp lệnh và Nghị định số 82/2020/NĐ-CP thì thấy mức tiền phạt trong Nghị định số 82/2020/NĐ-CP cao hơn rất nhiều. Ngoài ra, việc xử phạt theo Nghị định số 82/2020/NĐ-CP còn mang lại bất lợi cho người vi phạm là bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung tước quyền sử dụng giấy phép có thời hạn. Rõ ràng, việc áp dụng chế tài xử phạt theo Nghị định số 82/2020/NĐ-CP có tác dụng rất lớn trong việc răn đe, trừng trị luật sư có hành vi xúc phạm danh dự, nhân phẩm của chủ thể khác trong quá trình tham gia tố tụng. Tuy nhiên, nếu Dự thảo Pháp lệnh được thông qua và giữ nguyên mức tiền phạt như trên thì hành vi xúc phạm danh dự, nhân phẩm của chủ thể khác trong quá trình tham gia tố tụng của luật sư hoàn toàn có thể được xử phạt với mức tiền phạt nhẹ hơn rất nhiều là từ 10.000.000 đồng đến 20.000.000 đồng theo Dự thảo Pháp lệnh. Khoản 2 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 (Luật Ban hành VBQPPL) quy định: “*Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn*”. Do Pháp lệnh có hiệu lực pháp lý cao hơn Nghị định, nên nếu quy định khác nhau về cùng vấn đề xử phạt luật sư có hành vi xúc phạm danh dự, nhân phẩm của chủ thể khác trong quá trình tham gia tố tụng thì sẽ ưu tiên áp dụng Pháp lệnh.

Điểm d khoản 3 Điều 13 Dự thảo Pháp lệnh quy định phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng đối với hành vi: “*xâm hại sức khỏe, gây thương tích những người tham gia tố tụng tại phiên tòa mà chưa đến mức bị truy cứu trách nhiệm hình sự*”. Dưới góc độ pháp lý thì người tham gia tố tụng tại phiên tòa có thể là nguyên đơn dân sự, bị đơn dân

sự; người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan; người làm chứng; người chứng kiến... Hành vi xâm hại sức khỏe, gây thương tích cho những chủ thể này tại phiên tòa mà chưa đến mức bị truy cứu trách nhiệm hình sự thì bị phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng. Mức tiền phạt này là quá nhẹ nếu so với hành vi “*cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác nhưng không bị truy cứu trách nhiệm hình sự*” được quy định trong Nghị định số 144/2021/NĐ-CP.

Theo điểm a khoản 5 Điều 7 Nghị định số 144/2021/NĐ-CP thì hành vi “*cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác nhưng không bị truy cứu trách nhiệm hình sự*” sẽ bị phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 8.000.000 đồng. Trong khi đó, hành vi cố ý gây thương tích người tham gia tố tụng tại phiên tòa có tính chất, mức độ nghiêm trọng cao hơn so với hành vi cố ý gây thương tích diễn ra tại những địa điểm khác. Hành vi này thể hiện sự coi thường pháp luật và xâm phạm nghiêm trọng tính tôn nghiêm của phiên tòa. Nếu giữ nguyên quy định như Dự thảo Pháp lệnh thì chế tài xử phạt lại quá nhẹ và nhẹ hơn cả những hành vi cố ý gây thương tích thông thường.

Khoản 3 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 xác định nguyên tắc xây dựng chế tài xử phạt là phải căn cứ vào tính chất, mức độ xâm hại trật tự quản lý hành chính nhà nước của hành vi vi phạm. Theo đó, hành vi vi phạm có tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội càng cao thì mức tiền phạt càng nặng và ngược lại. Thiết nghĩ, quy định hợp lý này cần được tiếp thu khi quy định mức tiền phạt đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng. Theo đó, nếu hành vi vi phạm tuy có cấu thành giống nhau nhưng được thực

hiện nhằm mục đích cản trở hoạt động tố tụng thì cần phải có mức tiền phạt cao hơn so với những vi phạm khác. Mức tiền phạt cao hơn này chính là sự trừng trị, răn đe đối với những hành vi có tính chất, mức độ nguy hiểm cao cho xã hội.

## 2. Về các hình thức xử phạt

Hiện nay, các hình thức xử phạt VPHC được quy định tại Điều 21 Luật Xử lý VPHC bao 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 VPHC, phương tiện được sử dụng để VPHC, v. trục xuất.* Khoản 1 Điều 5 Dự thảo Pháp lệnh quy định: “*Đối với mỗi hành vi cản trở hoạt động tố tụng, cá nhân, tổ chức vi phạm phải chịu một trong các hình thức xử phạt là cảnh cáo; phạt tiền; Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng trực tiếp để cản trở hoạt động tố tụng*”. Trong các hình thức xử phạt trên thì cảnh cáo và phạt tiền được áp dụng là hình thức xử phạt chính. Còn lại, hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện được áp dụng là hình thức xử phạt chính hoặc hình thức xử phạt bổ sung. Các quy định về hình thức xử phạt trong Dự thảo Pháp lệnh phù hợp với Luật Xử lý VPHC. Tuy nhiên, sự thiếu nhất quán lại xuất hiện khi Dự thảo Pháp lệnh quy định áp hình thức xử phạt “*tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn*” đối với luật sư có hành vi tiết lộ bí mật điều tra mặc dù đã được Điều tra viên, Cán bộ điều tra, Kiểm sát viên, Kiểm tra viên yêu cầu phải giữ bí mật. Đây là sự không thống nhất giữa quy định chung với các quy định cụ thể về áp dụng hình thức xử phạt (khoản 4 Điều 12). Cần lưu ý là việc quy định áp dụng hình thức xử phạt nào đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng

thuộc thẩm quyền của Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Thế nhưng, khi đã liệt kê các hình thức xử phạt trong một điều luật chung thì những điều luật cụ thể chỉ được áp dụng các hình thức xử phạt trong phạm vi đã liệt kê. Việc quy định thêm hình thức xử phạt khác ngoài các hình thức xử phạt đã được liệt kê là không phù hợp với nguyên tắc kỹ thuật lập pháp. Do đó, theo tác giả, Điều 5 Dự thảo Pháp lệnh cần bổ sung “*tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn*” vào hệ thống các hình thức xử phạt áp dụng đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng. Có như vậy mới tạo ra sự thống nhất giữa quy định chung và quy định cụ thể về áp dụng hình thức xử phạt.

Ngoài ra, trong Dự thảo Pháp lệnh cần quan tâm xem xét nhằm xây dựng các quy định về mức tiền phạt tối thiểu và tối đa trong một hành vi theo hướng hợp lý hơn. Hiện nay, khoản 4 Điều 4 Nghị định số 118/2021/NĐ-CP đưa ra nguyên tắc xây dựng khung tiền phạt đối với từng hành vi là phải cụ thể, khoảng cách giữa mức phạt tối thiểu và tối đa của khung tiền phạt không quá lớn. Đây là một điều hợp lý và cần được tham khảo khi hoàn thiện Dự thảo Pháp lệnh; bởi vì trong Dự thảo Pháp lệnh, khoảng cách giữa mức phạt tối thiểu và tối đa của khung tiền phạt của một hành vi là rất lớn. Cụ thể, theo khoản 2 Điều 12 thì hành vi vi phạm bị áp dụng mức tiền phạt tối thiểu là 100.000 đồng và tối đa có thể lên đến 1.000.000 đồng (gấp 10 lần); theo khoản 1 Điều 16 thì hành vi vi phạm bị áp dụng mức tiền phạt tối thiểu là 100.000 đồng và tối đa có thể lên đến 5.000.000 (gấp 50 lần); theo khoản 1 Điều 17 mức tiền phạt tối thiểu là 100.000 đồng và mức tiền phạt tối đa lên đến 5.000.000 đồng (gấp 50 lần). Theo tác giả, rút ngắn “biên độ dao động” giữa mức

tiền phạt tối thiểu và tối đa trong một số hành vi VPHC là việc làm cần thiết nhằm hạn chế bị lợi dụng vào mục đích bất hợp pháp.

### 3. Về thẩm quyền xử phạt và thẩm quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế hành chính

Về thẩm quyền xử phạt, Dự thảo Pháp lệnh được xây dựng dựa trên tinh thần những quy định đã được chuyển tải trong Luật Xử lý VPHC. Do đó, để bảo đảm nguyên tắc pháp quyền thì các quy định trong Dự thảo Pháp lệnh phải phù hợp với Luật Xử lý VPHC. Tuy nhiên, thẩm quyền xử phạt VPHC của các chức danh thuộc Tòa án nhân dân được quy định trong Dự thảo Pháp lệnh lại không rõ ràng hoặc có nhiều sự khác biệt so với Luật Xử lý VPHC.

Điều 13 Dự thảo Pháp lệnh quy định xử phạt đối với hành vi vi phạm nội quy phiên tòa. Tuy nhiên, bên cạnh việc xét xử tại các phiên tòa thì Tòa án còn thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình tại các phiên họp, phiên làm việc. Đơn cử đó có thể 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 hay phiên họp quyết định đưa người nghiện ma túy từ đủ 12 tuổi đến dưới 18 tuổi vào cơ sở cai nghiện bắt buộc. Nếu trong phiên họp này, có người gây rối trật tự thì ai là người có thẩm quyền xử phạt và người có thẩm quyền sẽ căn cứ vào quy phạm nào để xử phạt?

Về câu hỏi *người có thẩm quyền sẽ căn cứ vào quy phạm nào để xử phạt?*, khoản 7 Điều 13 Dự thảo Pháp lệnh đưa ra nguyên tắc áp dụng tương tự là: *“việc xử phạt hành vi vi phạm nội quy phiên tòa cũng được áp dụng đối với*

*người có hành vi vi phạm tại phiên họp, phiên làm việc”*. Như vậy, hành vi vi phạm Nội quy phiên họp, phiên làm việc sẽ bị xử phạt giống hành vi vi phạm Nội quy phiên tòa. Tuy nhiên, ai có thẩm quyền xử phạt đối với hành vi vi phạm Nội quy phiên họp, phiên làm việc? Bởi lẽ, Luật Xử lý VPHC chỉ quy định thẩm quyền xử phạt cho Thẩm phán chủ tọa phiên tòa. Đối với Thẩm phán chủ tọa phiên họp, phiên làm việc thì Luật Xử lý VPHC không quy định về thẩm quyền xử phạt<sup>3</sup>.

Hiện nay, khoản 2 Điều 10 Dự thảo Pháp lệnh cho phép Thẩm phán chủ tọa phiên tòa, chủ trì phiên họp, phiên làm việc được quyền tạm giữ người theo thủ tục hành chính. Như vậy, phải chăng “ngụ ý” của Dự thảo Pháp lệnh là trao thêm quyền xử phạt VPHC cho Thẩm phán chủ trì phiên họp, phiên làm việc? Xét về góc độ thẩm quyền thì những chức danh có thẩm quyền xử phạt VPHC không đồng nhất với những chức danh có thẩm quyền áp dụng biện pháp tạm giữ người theo thủ tục hành chính. Trong mối tương quan ấy thì những chức danh có thẩm quyền áp dụng biện pháp tạm giữ người theo thủ tục hành chính ít hơn những chức danh có thẩm quyền xử phạt. Điều đó có nghĩa, người có thẩm quyền xử phạt VPHC chưa chắc có thẩm quyền tạm giữ người theo thủ tục hành chính. Ngược lại, người có thẩm quyền tạm giữ người theo thủ tục hành chính thì lại luôn có thẩm quyền xử phạt. Với tư duy đó, phải chăng Dự thảo Pháp lệnh trao quyền tạm giữ người theo thủ tục hành chính cho Thẩm phán chủ trì phiên họp, phiên làm việc, thì cũng đồng nghĩa với việc quy định cho những chức danh này có quyền xử phạt

<sup>3</sup> Phan Minh Duy (2020), *Một số vấn đề về biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 10.

VPHC? Nếu vậy thì lại mâu thuẫn với Luật Xử lý VPHC, bởi đạo luật này chỉ trao quyền xử phạt cho Thẩm phán chủ tọa phiên tòa. Đối với thẩm phán chủ trì phiên họp, phiên làm việc thì Luật Xử lý VPHC lại không quy định thẩm quyền xử phạt VPHC.

Về thẩm quyền áp dụng các biện pháp ngăn chặn và bảo đảm xử lý VPHC thì Dự thảo Pháp lệnh quy định biện pháp tạm giữ người theo thủ tục hành chính thuộc thẩm quyền áp dụng của Thẩm phán chủ tọa phiên tòa, chủ trì phiên họp, phiên làm việc (điểm a khoản 2 Điều 10). Đối với biện pháp khám người theo thủ tục hành chính, khám đồ vật theo thủ tục hành chính, khám nơi cất giấu tang vật, phương tiện VPHC thì thuộc thẩm quyền áp dụng của Thẩm phán chủ tọa phiên tòa (khoản 2 Điều 24).

Điểm 1 khoản 1 Điều 123 Luật Xử lý VPHC quy định Thẩm phán chủ tọa phiên tòa có quyền tạm giữ người theo thủ tục hành chính. Ngoài Thẩm phán chủ tọa phiên tòa thì không có chức danh nào của Tòa án nhân dân có quyền tạm giữ người theo thủ tục hành chính. Do đó, việc Dự thảo Pháp lệnh trao quyền áp dụng biện pháp tạm giữ người theo thủ tục hành chính cho thẩm phán chủ trì phiên họp, phiên làm việc là không phù hợp với Luật Xử lý VPHC.

Bên cạnh đó, khoản 3 Điều 24 Dự thảo Pháp lệnh còn quy định: *“Lực lượng cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp làm nhiệm vụ bảo vệ phiên tòa có trách nhiệm **thi hành quyết định của Thẩm phán chủ tọa phiên tòa, phiên họp về việc tạm giữ tang vật, phương tiện vi phạm theo thủ tục hành chính**”*. Như vậy, có thể thấy, Dự thảo Pháp lệnh còn quy định cho Thẩm phán chủ tọa phiên tòa, phiên họp có quyền áp dụng biện pháp tạm giữ tang vật, phương tiện VPHC. Tuy không quy định cụ thể nhưng logic

pháp lý cho phép kết luận rằng khi có quyết định tạm giữ tang vật, phương tiện VPHC của Thẩm phán chủ tọa phiên tòa, phiên họp thì lúc đó Lực lượng cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp làm nhiệm vụ bảo vệ phiên tòa mới có trách nhiệm thi hành quyết định này.

Khoản 3 Điều 125 Luật Xử lý VPHC quy định: *“Người có thẩm quyền áp dụng hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính thì có thẩm quyền ra quyết định tạm giữ tang vật, phương tiện vi phạm hành chính, giấy phép, chứng chỉ hành nghề”*. Trong khi đó, theo khoản 1 Điều 48 Luật Xử lý VPHC thì Thẩm phán chủ tọa phiên tòa không có quyền áp dụng hình thức xử phạt tịch thu. Do vậy, Thẩm phán chủ tọa phiên tòa không có quyền áp dụng biện pháp tạm giữ tang vật, phương tiện VPHC. Luật Xử lý VPHC cũng không quy định cho Thẩm phán chủ tọa phiên họp có quyền xử phạt VPHC nên cũng đương nhiên không có quyền áp dụng biện pháp tạm giữ tang vật, phương tiện VPHC. Do đó, Dự thảo pháp lệnh quy định cho Thẩm phán chủ tọa phiên tòa, phiên họp có thẩm quyền áp dụng biện pháp tạm giữ tang vật, phương tiện VPHC là mâu thuẫn với Luật Xử lý VPHC.

Nhằm bảo đảm sự thống nhất về thẩm quyền xử phạt VPHC thì cần xem xét lại quy định về thẩm quyền của Thẩm phán chủ trì phiên họp, phiên làm việc trong Dự thảo Pháp lệnh. Trong trường hợp không thừa nhận thẩm quyền xử phạt cho các chủ thể này thì có thể quy định cho họ thẩm quyền lập biên bản VPHC. Sau khi lập biên bản thì chuyển biên bản cho người có thẩm quyền ra quyết định xử phạt.

Đối với việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn và bảo đảm xử lý VPHC thì Dự thảo Pháp lệnh cần loại bỏ quy định cho phép tạm giữ

người của Thẩm phán chủ trì phiên họp, phiên làm việc. Đồng thời, Dự thảo Pháp lệnh cũng cần loại trừ quy định cho phép Thẩm phán chủ tọa phiên tòa có quyền áp dụng biện pháp tạm giữ tang vật, phương tiện VPHC.

#### 4. Về thủ tục xử phạt các hành vi cản trở hoạt động tố tụng

Hành vi cản trở hoạt động tố tụng không chỉ gây trở ngại, khó khăn, kéo dài việc giải quyết công việc của Tòa án mà còn có thể là công việc của Viện kiểm sát. Do đó, Dự thảo Pháp lệnh cũng quy định việc xử phạt hành vi cản trở việc thực hiện hoạt động tố tụng của Viện kiểm sát. Tuy nhiên, Luật Xử lý VPHC không quy định cho các chức danh của Viện kiểm sát có quyền xử phạt VPHC. Trên cơ sở này, Dự thảo Pháp lệnh cũng không quy định thẩm quyền xử phạt VPHC của Viện kiểm sát. Khi phát hiện hành vi vi phạm thì người có thẩm quyền lập biên bản thuộc Viện kiểm sát phải chuyển biên bản cho người có thẩm quyền xử phạt để ra quyết định xử phạt trong thời hạn 24 giờ kể từ khi lập biên bản hành vi vi phạm. Tuy nhiên, Dự thảo Pháp lệnh lại quy định không chính xác về việc chuyển biên bản VPHC.

Theo khoản 2 Điều 22 Dự thảo Pháp lệnh, đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng của Viện kiểm sát nhân dân thì trong thời hạn 24 giờ kể từ khi lập biên bản hành vi phạm, người có thẩm quyền lập biên bản thuộc Viện kiểm sát nhân dân phải gửi cho Tòa án nhân dân cùng cấp. Trên cơ sở biên bản do Viện kiểm sát chuyển qua thì Chánh án Tòa án nhân dân cùng cấp xem xét ra quyết định xử phạt. Quy định như trên là không phù hợp với Luật Xử lý VPHC bởi Chánh án Tòa án nhân dân cùng cấp có thể không phải là người có thẩm quyền xử phạt.

Theo khoản 3 Điều 48 Luật Xử lý VPHC thì Chánh án Tòa án nhân dân cấp huyện có quyền phạt tiền đến 7.500.000 đồng. Đối với hành vi vi phạm có mức phạt tối đa của khung tiền phạt cao 7.500.000 đồng thì Chánh án Tòa án nhân dân cấp huyện không có thẩm quyền xử phạt mà phải chuyển cho Chánh án Tòa án nhân dân cấp tỉnh ra quyết định xử phạt. Theo Dự thảo Pháp lệnh thì hành vi xúc phạm đến danh dự, nhân phẩm, uy tín của Kiểm sát viên sẽ bị phạt tiền từ 10.000.000 đồng đến 20.000.000 đồng. Hành vi này thuộc thẩm quyền xử phạt của Chánh án Tòa án nhân dân cấp tỉnh. Do đó, nếu hành vi xúc phạm đến danh dự, nhân phẩm, uy tín của Kiểm sát viên được thực hiện tại Viện kiểm sát nhân dân cấp huyện thì thời hạn 24 giờ kể từ khi lập biên bản hành vi vi phạm, người có thẩm quyền lập biên bản phải chuyển đến Tòa án nhân dân cấp tỉnh để Chánh án ra quyết định xử phạt. Vì lẽ đó mà quy định *“phải gửi biên bản cho Tòa án nhân dân cùng cấp”* trong Dự thảo Pháp lệnh là không chính xác. Điều này không chỉ ảnh hưởng đến thủ tục xử phạt mà còn có thể dẫn đến tình trạng quá thời hạn ban hành quyết định xử phạt.

Từ phân tích trên, tác giả cho rằng, khoản 2 Điều 22 Dự thảo Pháp lệnh có thể quy định như sau: *“Đối với hành vi cản trở hoạt động tố tụng của Viện kiểm sát nhân dân thì trong thời hạn 24 giờ kể từ khi lập biên bản hành vi cản trở hoạt động tố tụng, người có thẩm quyền lập biên bản phải gửi cho **Chánh án Tòa án nhân dân cấp có thẩm quyền xử phạt để Chánh án ra quyết định xử phạt**”*.

#### 5. Về việc khởi kiện quyết định xử phạt hành vi cản trở hoạt động tố tụng

Theo quy định của pháp luật, quyết định xử phạt hành vi cản trở hoạt động tố tụng là quyết

định hành chính cá biệt và có thể bị khiếu nại, khởi kiện. Dự thảo Pháp lệnh cũng thừa nhận quyền khiếu nại, khởi kiện của người bị xử phạt về hành vi cản trở hoạt động tố tụng. Cụ thể, Điều 26 Dự thảo Pháp lệnh quy định: “*việc khiếu nại, khởi kiện trong xử lý vi phạm hành chính các hành vi cản trở hoạt động tố tụng được thực hiện theo quy định tại Điều 15 của Luật Xử lý vi phạm hành chính và các văn bản pháp luật có liên quan*”. “*Theo các văn bản pháp luật có liên quan*” ở đây, trước hết là phải theo Luật Khiếu nại năm 2011 và Luật Tố tụng hành chính năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật Tố tụng hành chính) vì hai đạo luật này là những văn bản có giá trị pháp lý cao nhất điều chỉnh hoạt động khiếu nại, khởi kiện.

Theo Luật Tố tụng hành chính thì đối tượng khởi kiện hành chính là các quyết định hành chính. Theo đó, “***quyết định hành chính là văn bản do cơ quan hành chính nhà nước, cơ quan, tổ chức được giao thực hiện quản lý hành chính nhà nước ban hành hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan, tổ chức đó ban hành quyết định về vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể***”. Theo định nghĩa này, quyết định hành chính thuộc đối tượng khởi kiện hành chính phải có các đặc điểm sau: (i) Quyết định hành chính là quyết định cá biệt; (ii) Hình thức thể hiện của quyết định hành chính là văn bản; (iii) Chủ thể ban hành quyết định hành chính là cơ quan hành chính nhà nước, ***cơ quan, tổ chức được giao thực hiện quản lý hành chính nhà nước***; (iv) Quyết định được ban hành trong hoạt động quản lý hành chính.

Xem xét cụ thể thì quyết định xử phạt hành vi cản trở hoạt động tố tụng là quyết định cá biệt, có hình thức thể hiện dưới dạng văn bản. Quyết định này có thể do các chức danh thuộc Tòa án nhân dân ban hành trong hoạt động quản lý hành chính để quyết định về vấn đề cụ thể, được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể<sup>4</sup>.

Với những phân tích trên, có thể nhận thấy quyết định xử phạt hành vi cản trở hoạt động tố tụng thỏa mãn đầy đủ dấu hiệu của một quyết định hành chính bị khởi kiện. Tuy nhiên, Luật Tố tụng hành chính đã không quy định quyền khởi kiện của cá nhân, tổ chức đối với quyết định xử phạt hành vi cản trở hoạt động tố tụng<sup>5</sup>.

Do đó, Dự thảo Pháp lệnh cần cân nhắc về quy định cho phép khởi kiện quyết định xử phạt hành vi cản trở hoạt động tố tụng của Tòa án. Quyền khởi kiện hành chính là quyền chính trị cơ bản của con người. Việc pháp luật quy định quyền khởi kiện của cá nhân, tổ chức đối với quyết định xử phạt VPHC do các chức danh thuộc Tòa án nhân dân ban hành không chỉ phù hợp với thông lệ quốc tế mà còn thể hiện sự tôn trọng, thừa nhận “quyền bảo vệ quyền” của họ. Vì vậy, nếu thừa nhận quyền khởi kiện đối với quyết định xử phạt hành vi cản trở hoạt động tố tụng do Tòa án ban hành là cần thiết, thì cần phải sửa đổi Luật Tố tụng hành chính. Sửa đổi trên không chỉ góp phần hoàn thiện pháp luật về quyền con người mà còn có ý nghĩa bảo đảm rằng quyết định xử phạt VPHC do các chức danh thuộc Tòa án ban hành là sản phẩm của quá trình cân nhắc, tính toán kỹ lưỡng, thận trọng nhằm hạn chế đến mức thấp nhất việc xử phạt oan, sai ■

<sup>4</sup> Khoản 1 Điều 17 Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017.

<sup>5</sup> Điểm b khoản 1 Điều 30 Luật Tố tụng hành chính.



# BẢO VỆ ĐỐI TƯỢNG THANH TRA TRONG HOẠT ĐỘNG THANH TRA

Nguyễn Ngọc Bích

TS. Khoa Pháp luật Hành chính – Nhà nước, Trường Đại học Luật Hà Nội

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Hoạt động thanh tra, đối tượng thanh tra, bảo vệ đối tượng thanh tra.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 01/07/2022  
Biên tập : 12/08/2022  
Duyệt bài : 14/08/2022

## Article Infomation:

*Keywords:* Inspection activities; objects of inspection; protection of objects of inspection.

## Article History:

Received : 01 Jul. 2022  
Edited : 12 Aug. 2022  
Approved : 14 Aug. 2022

## Tóm tắt:

Hoạt động thanh tra cho phép chủ thể quản lý đánh giá được việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn, chấp hành pháp luật của đối tượng thanh tra. Tuy nhiên, hoạt động thanh tra cũng có thể gây ra những bất lợi cho đối tượng thanh tra. Vì vậy, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của đối tượng thanh tra cần được đặt ra trong xây dựng và thực thi pháp luật thanh tra.

## Abstract:

The management subject, through inspection activities, is helped to assess the performance of tasks, powers and law compliance by the subject of inspection. However, inspection activities can also cause disadvantages for the subject of inspection. Therefore, protection of the legitimate rights and interests of subjects of inspection should be set out in the development and enforcement of Law on Inspection.

## 1. Sự cần thiết phải bảo vệ đối tượng thanh tra

Luật Thanh tra<sup>1</sup> định nghĩa: “*Thanh tra nhà nước là hoạt động xem xét, đánh giá, xử lý theo trình tự, thủ tục do pháp luật quy định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan, tổ chức, cá nhân*”. Như vậy, đối tượng thanh tra là cơ quan, tổ chức, cá nhân bị xem xét, đánh giá, xử lý trong một hoạt động thanh tra cụ thể. Pháp luật hiện hành quy định hai loại hoạt động thanh tra là thanh tra hành chính

và thanh tra chuyên ngành; đối tượng thanh tra hành chính và đối tượng thanh tra chuyên ngành cũng khác nhau. Nếu như đối tượng thanh tra hành chính là các cơ quan, tổ chức, đơn vị, cá nhân trong bộ máy hành chính nhà nước, có mối quan hệ tổ chức với cơ quan quản lý nhà nước, thì đối tượng của thanh tra chuyên ngành có thể là bất kỳ cá nhân, tổ chức nào, bao gồm cả các cơ quan nhà nước, các tổ chức, đơn vị, người có thẩm quyền trong bộ máy nhà nước có hoạt động thuộc quyền quản lý ngành, lĩnh vực chuyên môn của cơ quan quản lý chuyên ngành.

<sup>1</sup> Luật Thanh tra được Quốc hội khóa XII, kỳ họp thứ 8 thông qua ngày 15/11/2010 (Luật Thanh tra).

Mục đích của hoạt động thanh tra nhằm đánh giá việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, quyền hạn được giao hoặc việc chấp hành pháp luật chuyên ngành, quy định về chuyên môn - kỹ thuật, quy tắc quản lý thuộc ngành, lĩnh vực của đối tượng thanh tra.

Bảo vệ đối tượng thanh tra, hay bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của đối tượng thanh tra cần được đặt ra trong xây dựng pháp luật và thực tiễn thanh tra, bởi vì:

*Hoạt động thanh tra là hoạt động sử dụng quyền lực nhà nước nên có nguy cơ bị lợi dụng.* Trong hoạt động thanh tra, cơ quan quản lý nhà nước, cơ quan thanh tra hay Đoàn thanh tra, thanh tra viên, người được giao nhiệm vụ trong hoạt động thanh tra (gọi tắt là người thanh tra) là bên sử dụng quyền lực nhà nước, ở “thế mạnh”, được ra các mệnh lệnh, các quyết định mà đối tượng thanh tra, ở “thế yếu”, buộc phải chấp hành theo. Vì thế, nếu các mệnh lệnh, quyết định được ban hành một cách tùy tiện sẽ “đẩy” đối tượng thanh tra vào thế bất lợi. Mặt khác, người thanh tra có thể lợi dụng việc sử dụng quyền lực nhà nước làm lợi cho cá nhân, tạo ra sự không công bằng giữa cá nhân, tổ chức này với cá nhân, tổ chức khác, hoặc vì lợi ích của mình mà xâm phạm lợi ích của đối tượng thanh tra.

*Hoạt động thanh tra có thể gây cản trở việc thực hiện quyền, nghĩa vụ của đối tượng thanh tra.* Khi một cuộc thanh tra cụ thể được tiến hành chắc chắn sẽ tác động đến hoạt động bình thường của đối tượng thanh tra, buộc đối tượng thanh tra phải thực hiện thêm những nghĩa vụ hay bị hạn chế thực hiện quyền khác với bình thường. Ví dụ, đối tượng thanh tra phải chuẩn bị và cung cấp số liệu, tài liệu, văn bản, giấy

tờ cho người thanh tra; phải làm việc trực tiếp với người thanh tra; có thể bị áp dụng các biện pháp như tạm giữ tiền, đồ vật, giấy phép, đình chỉ việc làm, phong tỏa tài khoản... gây ảnh hưởng bất lợi đến hoạt động của đối tượng thanh tra.

*Hoạt động thanh tra có nguy cơ xâm phạm đến quyền, lợi ích của đối tượng thanh tra.* Nếu hoạt động thanh tra không được thực hiện khách quan, chính xác thì kết luận thanh tra, quyết định xử lý sau thanh tra hay quyết định xử phạt vi phạm hành chính, quyết định kỷ luật (là những văn bản được ban hành trên cơ sở kết luận thanh tra) sẽ xâm phạm đến quyền, lợi ích của đối tượng thanh tra, làm ảnh hưởng đến danh dự, uy tín của đối tượng thanh tra; gây thiệt hại về tài sản cho đối tượng thanh tra.

Trên thực tế, đã có tình trạng hoạt động thanh tra gây ảnh hưởng tiêu cực đến đối tượng thanh tra: “qua theo dõi, tình hình và phản ánh của cộng đồng doanh nghiệp thấy rằng, hoạt động thanh tra nói chung và hoạt động thanh tra, kiểm tra chuyên ngành nói riêng vẫn tồn tại những hạn chế, còn những vụ việc gây phiền hà, sách nhiễu doanh nghiệp, ... thời gian thanh tra kéo dài, nội dung thanh tra chưa rõ ràng, có khi vượt ra ngoài thẩm quyền quản lý”<sup>2</sup>.

Bảo vệ đối tượng thanh tra là một biểu hiện cụ thể của việc tôn trọng, bảo vệ các quyền con người, quyền công dân, một trong những đặc trưng của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

## 2. Các quy định của Luật Thanh tra về bảo vệ đối tượng thanh tra

Luật Thanh tra không quy định cụ thể nguyên tắc cũng như không có phần nội dung

<sup>2</sup> Chỉ thị số 20/CT-TTg ngày 17/5/2017 của Thủ tướng Chính phủ về việc chấn chỉnh hoạt động thanh tra, kiểm tra đối với doanh nghiệp.

## BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

cụ thể về bảo vệ đối tượng thanh tra, nhưng nhiều quy định của Luật Thanh tra hướng đến mục đích bảo vệ đối tượng thanh tra.

*Thứ nhất*, bảo vệ đối tượng thanh tra bằng các nguyên tắc thanh tra.

Điều 7 Luật Thanh tra quy định các nguyên tắc thanh tra: “*Tuân theo pháp luật; bảo đảm chính xác, khách quan, trung thực, công khai, dân chủ, kịp thời. Không trùng lặp về phạm vi, đối tượng, nội dung, thời gian thanh tra giữa các cơ quan thực hiện chức năng thanh tra; không làm cản trở hoạt động bình thường của cơ quan, tổ chức, cá nhân là đối tượng thanh tra*”.

Các nguyên tắc nhằm bảo đảm cho hoạt động thanh tra có thể xem xét, đánh giá đối tượng thanh tra chính xác, khách quan, trên cơ sở các quy định của pháp luật qua đó bảo vệ đối tượng thanh tra. Trong số các nguyên tắc, có hai nguyên tắc *không trùng lặp* trong hoạt động thanh tra và *không cản trở* hoạt động bình thường của đối tượng thanh tra thể hiện rõ nhất mục đích bảo vệ đối tượng thanh tra. Nếu nguyên tắc không trùng lặp vừa bảo vệ đối tượng thanh tra tránh khỏi sự phiền hà, vừa hạn chế sự lãng phí công sức, thời gian, kinh phí của Nhà nước bởi các cuộc thanh tra trùng lặp, không cần thiết. Nguyên tắc không cản trở hoạt động bình thường của đối tượng thanh tra hướng tới bảo vệ trực tiếp đối tượng thanh tra. Hoạt động thanh tra “xen vào”, sẽ làm ảnh hưởng, nhưng không được cản trở hoạt động bình thường của đối tượng thanh tra. Nguyên tắc không cản trở là nguyên tắc giới hạn sự tác động của thanh tra và thể hiện sự cam kết trong việc bảo vệ quyền, lợi ích của đối tượng thanh tra.

*Thứ hai*, bảo vệ đối tượng thanh tra thông qua các quy định về các hành vi bị nghiêm cấm trong hoạt động thanh tra.

Điều 13 Luật Thanh tra quy định về các hành vi bị nghiêm cấm, trong đó có những quy định nhằm bảo vệ đối tượng thanh tra. Cụ thể là khoản 1 quy định cấm: “*Lợi dụng chức vụ, quyền hạn thanh tra để thực hiện hành vi trái pháp luật, sách nhiễu, gây khó khăn, phiền hà cho đối tượng thanh tra*”. Đây là quy định cấm đối với thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành và những người khác tham gia vào hoạt động thanh tra (gọi chung là thanh tra viên). Khi thực hiện thanh tra, thanh tra viên là người thay mặt nhà nước để xem xét, đánh giá đối tượng thanh tra. Nếu thanh tra viên lợi dụng việc sử dụng quyền lực nhà nước, có những hành vi, sự áp đặt trái pháp luật sẽ gây ra những khó khăn, phiền hà, ảnh hưởng tiêu cực đến đối tượng thanh tra. Bên cạnh đó, Luật Thanh tra còn quy định cấm “*tiết lộ thông tin, tài liệu về nội dung thanh tra trong quá trình thanh tra khi chưa có kết luận chính thức*”. Điều cấm này bảo đảm cho hoạt động thanh tra diễn ra thuận lợi, khách quan nhưng cũng có thể hạn chế những tác động tiêu cực với đối tượng thanh tra khi những thông tin chưa chính thức gây ra những ảnh hưởng tiêu cực, ảnh hưởng đến uy tín, danh dự đến hoạt động sản xuất, kinh doanh của đối tượng thanh tra.

*Thứ ba*, các quy định về công khai, minh bạch bảo vệ đối tượng thanh tra.

Luật Thanh tra quy định nhiều nội dung về công khai, minh bạch. Trước hết là công khai, minh bạch về Định hướng Chương trình thanh tra và Kế hoạch thanh tra hàng năm của cơ quan thanh tra. Cụ thể, Tổng Thanh tra Chính phủ xây dựng Định hướng Chương trình thanh tra để Thủ tướng Chính phủ phê duyệt làm căn cứ cho Thanh tra Chính phủ, Thanh tra Bộ, Thanh tra tỉnh xây dựng Kế hoạch thanh tra hàng năm của cơ quan thanh tra. Kế hoạch thanh tra của

các cơ quan thanh tra được gửi cho đối tượng thanh tra và là một trong những căn cứ để ban hành quyết định thanh tra. Mặt khác, Luật quy định khi thực hiện thanh tra, người có thẩm quyền ban hành quyết định thanh tra và quyết định thanh tra phải được gửi cho đối tượng thanh tra trước khi tiến hành cuộc thanh tra; trước khi bắt đầu thanh tra, quyết định thanh tra cũng phải được công bố công khai. Luật cũng quy định sau khi kết thúc thanh tra, kết luận thanh tra phải được công khai với các hình thức khác nhau.

Với các quy định về công khai, minh bạch trong hoạt động thanh tra giúp đối tượng thanh tra chủ động tham gia vào hoạt động thanh tra, vừa bảo vệ đối tượng thanh tra qua việc khẳng định rõ ràng việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn, chính sách, pháp luật của đối tượng thanh tra; kể cả trong trường hợp đối tượng thanh tra có vi phạm, có hạn chế, thiếu sót thì kết luận thanh tra cũng chỉ rõ tính chất, mức độ.

*Thứ tư*, bảo vệ đối tượng thanh tra thông qua quy định về quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động thanh tra, đặc biệt là quyền của đối tượng thanh tra.

Luật Thanh tra quy định đối tượng thanh tra có quyền: *Giải trình về vấn đề có liên quan đến nội dung thanh tra; khiếu nại quyết định, hành vi của người có thẩm quyền trong hoạt động thanh tra; yêu cầu bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật* (Điều 57). Đây là những quyền gắn trực tiếp với hoạt động thanh tra. Quyền giải trình giúp đối tượng thanh tra có thể làm sáng tỏ việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn, chấp hành pháp luật của mình. Thông qua quyền giải trình, đối tượng thanh tra cũng có thể phản bác lại những nhận định, kết luận thanh tra bất lợi. Quyền khiếu nại là “quyền bảo vệ quyền” vì hướng tới yêu cầu được khôi phục lại quyền, lợi ích đã bị xâm phạm bởi các

quyết định, hành vi của người thanh tra trong hoạt động thanh tra. Nếu nhận thấy trong quá trình thanh tra, các cơ quan, người có thẩm quyền thanh tra đã có quyết định hoặc hành vi vi phạm pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của mình, thì đối tượng thanh tra có quyền khiếu nại theo quy định của pháp luật về khiếu nại. Còn quyền yêu cầu bồi thường cho phép đối tượng thanh tra có thể được bồi thường khi hoạt động thanh tra gây ra thiệt hại về tài sản, sức khỏe, tính mạng, danh dự, uy tín.

Bên cạnh đó, “*cá nhân là đối tượng thanh tra có quyền tố cáo về hành vi vi phạm pháp luật*” của những người có thẩm quyền trong hoạt động thanh tra. Thực hiện quyền tố cáo của đối tượng thanh tra, trước hết hướng tới bảo vệ trật tự pháp luật, bảo vệ lợi ích của Nhà nước. Tuy nhiên, có những hành vi bị tố cáo xâm phạm trực tiếp quyền, lợi ích của đối tượng thanh tra; đối tượng thanh tra thực hiện quyền tố cáo để kịp thời thông báo đến cơ quan, người có thẩm quyền giải quyết tố cáo và thông qua việc giải quyết tố cáo để bảo vệ quyền, lợi ích của chính mình.

*Thứ năm*, quy định về việc áp dụng các biện pháp tạm thời trong hoạt động thanh tra.

Trong hoạt động thanh tra, người có thẩm quyền có thể quyết định áp dụng, hoặc đề nghị người có thẩm quyền quyết định áp dụng các biện pháp như tạm giữ tiền, đồ vật, giấy phép đình chỉ việc làm, phong tỏa tài khoản... Áp dụng các biện pháp này ngoài việc tạo thuận lợi cho hoạt động thanh tra, còn có mục đích ngăn chặn ngay hành vi có dấu hiệu vi phạm hoặc hành vi che giấu, cản trở hoạt động thanh tra. Tuy nhiên, khi áp dụng các biện pháp này có thể tác động bất lợi đến đối tượng thanh tra, làm cản trở hoạt động, hạn chế quyền, lợi ích của đối tượng thanh tra. Vì thế, Luật Thanh tra quy định việc áp dụng các biện pháp này chỉ

khi thấy cần thiết, đồng thời khi xét thấy không cần thiết áp dụng biện pháp này thì Trưởng đoàn thanh tra phải quyết định hoặc kiến nghị hủy bỏ ngay việc áp dụng biện pháp đó. Quy định việc áp dụng hay hủy bỏ các biện pháp tạm thời xuất phát từ sự cân nhắc giữa kết quả đạt được của hoạt động thanh tra với lợi ích của đối tượng thanh tra. Việc hủy bỏ ngay việc áp dụng các biện pháp tạm thời góp phần giảm thiểu những thiệt hại (nếu có) cho đối tượng thanh tra, duy trì hoạt động bình thường của đối tượng thanh tra.

Bên cạnh những quy định hướng tới bảo vệ đối tượng thanh tra thì Luật Thanh tra còn bộc lộ một số điểm bất cập, hạn chế có thể gây bất lợi, xâm phạm quyền, lợi ích của đối tượng thanh tra, như là các quy định về hoạt động thanh tra của cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành. Các cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành (gọi tắt là cơ quan được giao thanh tra) là các cơ quan quản lý nhà nước chuyên ngành ngoài thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn quản lý chuyên ngành, một số cơ quan được pháp luật thanh tra giao thực hiện hoạt động thanh tra<sup>3</sup>. Tuy nhiên, pháp luật lại quy định “đơn giản” việc thực hiện hoạt động thanh tra của các cơ quan này, không theo cách thức tiến hành hoạt động thanh tra do các cơ quan thanh tra thực hiện. Một mặt, Luật Thanh tra không quy định tất cả các cơ quan được giao thanh tra phải xây

dựng kế hoạch thanh tra hàng năm để cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt và gửi cho đối tượng thanh tra<sup>4</sup>. Luật Thanh tra cũng quy định hình thức “*thanh tra thường xuyên được tiến hành trên cơ sở chức năng, nhiệm vụ của cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành*” (Điều 37). Những quy định này dẫn đến hoạt động của cơ quan được giao thanh tra có thể vi phạm nguyên tắc không trùng lặp trong hoạt động thanh tra, gây cản trở đến hoạt động bình thường của đối tượng thanh tra. Mặt khác, khi tiến hành một cuộc thanh tra, Thủ trưởng cơ quan được giao thanh tra không ban hành quyết định thanh tra mà chỉ ban hành quyết định phân công công chức được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành (công chức thanh tra chuyên ngành) tiến hành thanh tra độc lập, kết quả thanh tra cũng không thể hiện thành kết luận thanh tra trong khi những công chức thanh tra chuyên ngành không được đào tạo chuyên môn, nghiệp vụ chuyên sâu để thực hiện hoạt động thanh tra như thanh tra viên<sup>5</sup>.

### 3. Về bảo vệ đối tượng thanh tra trong Dự thảo Luật Thanh tra (sửa đổi)

Dự thảo Luật Thanh tra (sửa đổi)<sup>6</sup> (Dự thảo) tiếp tục quy định các thiết chế bảo vệ đối tượng thanh tra như các quy định về nguyên tắc thanh tra, các hành vi bị nghiêm cấm, quy định về quyền của đối tượng thanh tra, các quy định về công khai, minh bạch trong hoạt động thanh

<sup>3</sup> Xem mục 6 chương 2 Luật Thanh tra và Nghị định số 07/2012/NĐ-CP ngày 09/02/2012 của Chính phủ quy định về cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành.

<sup>4</sup> Điều 36 Luật Thanh tra chỉ quy định Thủ trưởng cơ quan được giao thanh tra thuộc bộ, thuộc sở xây dựng kế hoạch thanh tra hàng năm để Thủ trưởng cơ quan quản lý cùng cấp phê duyệt và gửi cho đối tượng thanh tra; không quy định Thủ trưởng các cục thuộc tổng cục, chi cục thuộc cục được giao thanh tra phải xây dựng kế hoạch thanh tra hàng năm.

<sup>5</sup> Xem các Điều 12, 29, 32 Nghị định số 07/2012/NĐ-CP ngày 09/02/2012 của Chính phủ quy định về cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành.

<sup>6</sup> Việc sửa đổi Luật Thanh tra được Quốc hội đưa vào Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2021 theo Nghị quyết số 106/2020/QH14 của Quốc hội. Có thể xem Dự thảo lần 2 Luật Thanh tra (sửa đổi) tại địa chỉ: <https://luatvietnam.vn/linh-vuc-khac/du-thao-luat-thanh-tra-sua-doi-lan-2-198166-d10.html>.

tra... Trên cơ sở tổng kết các hạn chế, thiếu sót, vướng mắc trong thi hành pháp luật về thanh tra, Dự thảo đã hoàn thiện những quy định hiện có và bổ sung những quy định mới, trong đó có những quy định bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đối tượng thanh tra.

*Một là*, khoản 6 Điều 2 Dự thảo đã quy định rõ đối tượng thanh tra là ai làm căn cứ để xác định rõ các vấn đề liên quan đến đối tượng thanh tra, đồng thời phân định đối tượng thanh tra với các cơ quan, tổ chức, cá nhân khác trong hoạt động thanh tra.

*Hai là*, Dự thảo bổ sung quy định về thời kỳ thanh tra (khoản 7 Điều 2) để xác định cụ thể khoảng thời gian đối tượng thanh tra bị xem xét, đánh giá việc thực hiện nhiệm vụ, chấp hành pháp luật. Quy định này giới hạn rõ phạm vi của hoạt động thanh tra nhằm hạn chế những yêu cầu vượt quá của cơ quan, cá nhân có thẩm quyền trong hoạt động thanh tra.

*Ba là*, để tránh trùng lặp trong cùng thời điểm vừa có hoạt động kiểm tra vừa có hoạt động thanh tra hoặc cùng thời điểm có nhiều cuộc thanh tra, Dự thảo đã quy định về phân định hoạt động thanh tra và hoạt động kiểm tra (Điều 9). Quy định này bước đầu đã phân biệt được sự khác nhau giữa thanh tra và kiểm tra làm căn cứ pháp lý cho các cơ quan quản lý nhà nước xác định được sự cần thiết phải thực hiện thanh tra hoặc kiểm tra để đánh giá đối tượng thanh tra, kiểm tra.

Dự thảo bổ sung thêm một chương (Chương VII) quy định về phối hợp trong hoạt động thanh tra, kiểm toán nhà nước, điều tra với mục đích nâng cao hiệu quả hoạt động thanh tra, kiểm toán, điều tra, góp phần phòng, chống tội phạm và các vi phạm pháp luật khác trong quản lý nhà nước. Chương này cũng quy định rõ sự phối hợp giữa các cơ

quan thanh tra, kiểm toán và cơ chế phối hợp giữa các cơ quan này, đặc biệt trong việc giải quyết chồng chéo giữa các hoạt động này với nhau. Dự thảo cũng quy định việc các cơ quan tham khảo ý kiến lẫn nhau để bảo đảm cho Kết luận thanh tra, Báo cáo kiểm toán chính xác, khách quan, đầy đủ.

Bên cạnh đó, Dự thảo có thêm một điều quy định nguyên tắc xử lý chồng chéo, trùng lặp trong hoạt động thanh tra (Điều 56). Dựa vào nguyên tắc này, người có thẩm quyền quyết định lựa chọn thực hiện thanh tra hoặc hoạt động kiểm toán nếu có chồng chéo, trùng lặp. Đặc biệt, các quy định đã giúp giải quyết được tình trạng chồng chéo, trùng lặp giữa các hoạt động thanh tra với nhau bằng cách xác định rõ trong trường hợp chồng chéo, trùng lặp thì hoạt động thanh tra nào sẽ được ưu tiên thực hiện. Đây có thể được coi là quy định rõ ràng nhất để giải quyết tình trạng chồng chéo, trùng lặp vẫn diễn ra trong thời gian qua.

Mặt khác, Dự thảo đã không còn quy định về thiết chế cơ quan và người được giao thực hiện thanh tra chuyên ngành.

*Bốn là*, Dự thảo quy định rõ hơn việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan, người có thẩm quyền trong hoạt động thanh tra thành một mục riêng, Mục 5 Chương V từ Điều 75 đến Điều 84, bên cạnh quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan thanh tra, Trường đoàn thanh tra, thanh tra viên, thành viên Đoàn thanh tra. Trong đó, quy định cụ thể, rõ ràng việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của Trường Đoàn thanh tra, các thanh tra viên trong quá trình tiến hành một cuộc thanh tra. Đặc biệt, tại mục này, việc áp dụng các biện pháp tạm thời đã được quy định chặt chẽ hơn. Dự thảo xác định rõ căn cứ để quyết định áp dụng hoặc đề nghị áp dụng các biện pháp tạm thời, thủ tục áp dụng các biện pháp đó,... Những nội dung này trước

kia được quy định trong Nghị định hướng dẫn thi hành Luật Thanh tra<sup>7</sup>, hiện được quy định trực tiếp trong Dự thảo để bảo đảm những nội dung quan trọng liên quan đến hoạt động thanh tra được quy định bằng Luật của Quốc hội. Các quy định này góp phần kiểm soát việc thực hiện pháp luật về thanh tra và bảo vệ quyền, lợi ích của đối tượng thanh tra.

*Năm là*, Dự thảo có quy định về việc giám sát đối với hoạt động của Đoàn thanh tra.

Hoạt động thanh tra là hoạt động sử dụng quyền lực nhà nước và có ảnh hưởng trực tiếp đến đối tượng thanh tra. Tuy nhiên, Luật Thanh tra từ trước đến nay không có quy định rõ ràng về thiết chế giám sát hoạt động thanh tra<sup>8</sup>. Dự thảo đã có một mục riêng (Mục 7 Chương V) quy định trực tiếp về giám sát đối với hoạt động của Đoàn thanh tra, trong đó quy định rõ trách nhiệm giám sát, đối tượng bị giám sát, nội dung và phạm vi giám sát. Các quy định này tạo ra một thiết chế bảo đảm hoạt động thanh tra trong khuôn khổ pháp luật, tránh lạm quyền, lộng quyền trong hoạt động thanh tra.

#### 4. Một số kiến nghị

Mặc dù đã có những sửa đổi nhằm bảo vệ trực tiếp đối tượng thanh tra, nhưng theo tác giả, Dự thảo vẫn cần bổ sung thêm một số quy định trước khi trình Quốc hội thông qua, đó là:

*Một là, bổ sung các quy định về bảo vệ bí mật riêng tư, bí mật kinh doanh của cá*

*nhân, tổ chức là đối tượng thanh tra.* Bảo vệ bí mật riêng tư là quyền được Hiến pháp quy định “*Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình; ... Thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình được pháp luật bảo đảm an toàn*” (Điều 21 Hiến pháp năm 2013). Trong Luật Sở hữu trí tuệ cũng có những quy định về bí mật kinh doanh và bảo vệ bí mật kinh doanh<sup>9</sup>. Nhưng trong hoạt động thanh tra, Luật Thanh tra chỉ cấm “*tiết lộ thông tin, tài liệu về nội dung thanh tra trong quá trình thanh tra khi chưa có kết luận chính thức*”, và theo Quyết định số 774/QĐ-TTg ngày 5/6/2020 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Danh mục bí mật nhà nước thuộc lĩnh vực thanh tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo và phòng, chống tham nhũng thì chỉ có: “*a) Kế hoạch tiến hành thanh tra đột xuất trước khi công bố với đối tượng thanh tra theo quy định của Luật Thanh tra; b) Báo cáo kết quả thanh tra của thành viên Đoàn thanh tra, của Đoàn thanh tra; c) Nội dung Kết luận thanh tra chưa công khai*” được bảo vệ theo chế độ bí mật nhà nước độ mật. Luật Thanh tra và Dự thảo chưa có quy định trực tiếp bảo vệ bí mật riêng tư, bí mật kinh doanh của đối tượng thanh tra. Các bí mật này được mỗi cá nhân, tổ chức có trách nhiệm tự mình bảo vệ và được thực hiện biện pháp thích hợp chống lại các hành vi xâm phạm theo quy định của pháp luật. Khi thanh

<sup>7</sup> Nghị định số 86/2011/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/9/2011 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Thanh tra.

<sup>8</sup> Luật Thanh tra có quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của người ra quyết định thanh tra là giám sát Đoàn thanh tra thực hiện đúng nội dung quyết định thanh tra. Nghị định số 86/2011/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Thanh tra, quy định người ra quyết định thanh tra có trách nhiệm giám sát Đoàn thanh tra thực hiện đúng nội dung quyết định thanh tra. Thông tư số 05/2015/TT-TTCP ngày 10/9/2015 của Thanh tra Chính phủ quy định về trách nhiệm giám sát, nhiệm vụ, quyền hạn của người giám sát; quyền, nghĩa vụ của người được giám sát; nội dung, hình thức, trình tự, thủ tục và việc xử lý kết quả giám sát.

<sup>9</sup> Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2010 và 2019.

tra, các bí mật này đã được cung cấp theo yêu cầu thanh tra thì trách nhiệm bảo vệ được xác định trực tiếp cho cơ quan nhà nước đã ban hành quyết định thanh tra và kết luận thanh tra, cơ quan thanh tra, người có thẩm quyền trong hoạt động thanh tra. Vì thế, cần bổ sung vào những hành vi bị nghiêm cấm: “Tiết lộ thông tin, tài liệu thuộc bí mật riêng tư, bí mật kinh doanh của đối tượng thanh tra, trừ trường hợp đối tượng thanh tra đồng ý.” vào sau khoản 8 Điều 9 Dự thảo Luật Thanh tra<sup>10</sup>.

**Hai là, quy định phù hợp về khiếu nại, giải quyết khiếu nại trong hoạt động thanh tra.** Bên cạnh việc ghi nhận quyền của đối tượng thanh tra được “*khiếu nại về quyết định, hành vi của Người tiến hành thanh tra trong quá trình thanh tra; khiếu nại về kết luận thanh tra, quyết định xử lý về thanh tra theo quy định của pháp luật về khiếu nại*” (Điều 95), Dự thảo đã quy định rõ ràng hơn về khiếu nại và giải quyết khiếu nại trong hoạt động thanh tra (các Điều 97, 98). Tuy nhiên, quy định chung về khiếu nại và giải quyết khiếu nại không phù hợp hoàn toàn vì “hoạt động thanh tra có những đặc thù mang tính nghiệp vụ và cơ chế hoạt động độc lập tương đối với hoạt động của cơ quan hành chính nhà nước”<sup>11</sup>; những yếu tố không phù hợp này có thể tác động bất lợi đến đối tượng thanh tra. Ví dụ, nếu đối tượng thanh tra khiếu nại về

việc áp dụng các biện pháp tạm thời mà người có thẩm quyền không xem xét và giải quyết ngay sẽ ảnh hưởng rất lớn đến hoạt động bình thường của đối tượng thanh tra. Hoặc trong trường hợp đối tượng thanh tra có khiếu nại về các quyết định, hành vi của người tiến hành thanh tra mà chưa được giải quyết nhưng kết luận thanh tra đã ban hành sẽ không bảo đảm được tính khách quan, chính xác của kết luận thanh tra. Vì thế, Luật Thanh tra (*sửa đổi*) cần có những quy định phù hợp như là:

- Quy định thời hạn thụ lý khiếu nại trong hoạt động thanh tra là 03 ngày, thay vì 10 ngày như quy định của Luật Khiếu nại<sup>12</sup>;

- Quy định giải quyết khiếu nại đối với việc áp dụng các biện pháp tạm thời thuộc về người đã ban hành quyết định áp dụng các biện pháp đó (có thể là Trưởng Đoàn thanh tra hoặc thanh tra viên); thời hạn giải quyết khiếu nại đối với việc áp dụng các biện pháp tạm thời là 03 ngày kể từ ngày thụ lý, thay vì 30 ngày hoặc 45 ngày, 60 ngày đối với khiếu nại lần đầu và 45 ngày hoặc 60 ngày đối với giải quyết khiếu nại lần hai<sup>13</sup>;

- Quy định trường hợp chưa ban hành kết luận thanh tra nếu có khiếu nại mà sau khi thụ lý khiếu nại, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại chưa kiểm tra lại quyết định, hành vi bị khiếu nại<sup>14</sup> ■

<sup>10</sup> Xem thêm khoản 4 Điều 7 Luật Thanh tra.

<sup>11</sup> Lê Văn Đức (2021), *Vai trò của đối tượng thanh tra trong hoạt động thanh tra*, Tạp chí Thanh tra, <https://thanhtravietnam.vn/nguyen-cuu-trao-doi/vai-tro-cua-doi-tuong-thanh-tra-trong-hoat-dong-thanh-tra-196931.html>, truy cập ngày 01/7/2022.

<sup>12</sup> Xem Điều 28 Luật Khiếu nại.

<sup>13</sup> Xem Điều 37 Luật Khiếu nại.

<sup>14</sup> Theo quy định của Luật Khiếu nại, sau khi thụ lý khiếu nại người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại kiểm tra lại quyết định hành chính, hành vi hành chính bị khiếu nại nếu khiếu nại đúng thì ra quyết định giải quyết khiếu nại ngay; nếu chưa có cơ sở kết luận nội dung khiếu nại mới tiến hành xác minh, tổ chức đối thoại để giải quyết khiếu nại. Tuy nhiên, Luật lại không quy định việc kiểm tra lại quyết định, hành vi bị khiếu nại thực hiện trong thời hạn bao nhiêu kể từ ngày thụ lý.



# HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ CHỨNG CHỈ HÀNH NGHỀ KHÁM BỆNH, CHỮA BỆNH

Trần Linh Huân

ThS. Khoa luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Chứng chỉ hành nghề khám chữa bệnh, Luật Khám bệnh, chữa bệnh.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 19/06/2022  
Biên tập : 02/08/2022  
Duyệt bài : 04/08/2022

## Article Infomation:

*Keywords:* Certificates of practice of medical examination and treatment; Law on medical examination and treatment.

## Article History:

Received : 19 Jun 2022  
Edited : 02 Aug. 2022  
Approved : 04 Aug. 2022

## Tóm tắt:

Chứng chỉ hành nghề khám bệnh, chữa bệnh có vai trò và ý nghĩa quan trọng trong hoạt động quản lý khám, chữa bệnh, cũng như bảo đảm yêu cầu về khả năng trình độ của người hành nghề khám bệnh, chữa bệnh; từ đó giúp cho hoạt động khám chữa bệnh đạt được tính an toàn, hiệu quả, chất lượng. Tuy nhiên, các quy định của pháp luật về chứng chỉ hành nghề khám bệnh, chữa bệnh ở nước ta hiện vẫn còn tồn tại những hạn chế, bất cập; điều này đã làm ảnh hưởng lớn đến tính hiệu quả trong việc cấp, quản lý, kiểm soát và sử dụng chứng chỉ hành nghề khám bệnh, chữa bệnh. Trong bài viết này, tác giả tập trung phân tích, đánh giá thực trạng các quy định của pháp luật về vấn đề này và đưa ra các kiến nghị hoàn thiện.

## Abstract:

Certificates of practice in medical examination and treatment have an important role and significance in the management of medical examination and treatment as well as ensuring the requirements of the qualifications of medical practitioners, thereby helping medical examination and treatment activities achieve safety and effectiveness, quality. However, currently, the law governing the certificate of medical practice still exists certain limitations and inadequacies, which has greatly affected the effectiveness in the issuance, management, control and use of certificates of medical practice. From there, the article is focused on analysis and assessments of some inadequacies in regulations and law enforcement on medical practice certificates, thereby provides a number of recommendations for improvements.

Luật Khám bệnh, chữa bệnh năm 2009 đã góp phần quan trọng vào việc cung ứng nguồn nhân lực đáp ứng đủ điều kiện luật định để hành nghề y. Các quy định về chứng chỉ hành nghề khám bệnh, chữa bệnh (KBCB) đã xác định được điều kiện, trình tự, thủ tục, giá trị pháp lý của chứng chỉ hành nghề KBCB; góp phần làm minh bạch, tháo gỡ nhiều khó khăn trong thực tiễn cấp, sử dụng, thanh tra, kiểm tra hoạt động hành nghề KBCB trong nền kinh tế thị trường. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy vẫn còn nhiều hạn chế, bất cập, như chưa bao quát hết các đối tượng đang công tác trong lĩnh vực

y tế tại các cơ sở y tế nhưng có nhu cầu được hành nghề và cấp chứng chỉ hành nghề; việc phân cấp cho chính quyền địa phương đã tạo thuận lợi cho người xin cấp chứng chỉ, song cũng dễ tạo ra sự tùy tiện. Một số quy định khó được thanh tra, kiểm tra trong quá trình thực hiện, nhất là quy định về xác nhận thời gian thực hành nghề y, yêu cầu cập nhật kiến thức của người hành nghề. Không những thế, việc không quy định thời hạn của chứng chỉ hành nghề y cũng không phù hợp với xu hướng chung ở các nước trên thế giới.

## 1. Khái quát về chứng chỉ hành nghề khám bệnh, chữa bệnh

Khái niệm chứng chỉ hành nghề khám bệnh, chữa bệnh được *định nghĩa* tại khoản 4 Điều 2 Luật Khám bệnh, chữa bệnh năm 2009 (Luật KBCB); theo đó, “*chứng chỉ hành nghề khám bệnh, chữa bệnh là văn bản do cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp cho người có đủ điều kiện hành nghề theo quy định của Luật này*”. Hoạt động KBCB đòi hỏi người thực hiện phải có kiến thức, trình độ, kỹ năng chuyên môn, sức khỏe bởi tính mạng của người bệnh là quan trọng, cho nên việc cá nhân đáp ứng được những điều kiện để được thực hiện hoạt động khám chữa bệnh là hết sức cần thiết. Theo đó, một người muốn hành nghề KBCB tại Việt Nam thì bắt buộc phải được cấp chứng chỉ hành nghề KBCB.

Chứng chỉ hành nghề KBCB có vai trò và ý nghĩa quan trọng trong hoạt động quản lý khám, chữa bệnh, cũng như đảm bảo yêu cầu về khả năng trình độ của người hành nghề khám, chữa bệnh, từ đó giúp cho hoạt động khám, chữa bệnh đạt được tính an toàn, hiệu quả, chất lượng. Điều này được thể hiện qua các khía cạnh sau:

*Một là*, chứng chỉ hành nghề KBCB là công cụ quản lý hoạt động KBCB của Nhà nước. Hoạt động KBCB là một trong những hoạt động vô cùng thiết yếu trong đời sống hằng ngày, bảo đảm đáp ứng nhu cầu được có một sức khỏe tốt của người dân. Vì vai trò quan trọng của nó, cũng như độ bao phủ của lĩnh vực này trong đời sống, cho nên hoạt động này trở nên rất phức tạp trên thực tế, phát sinh rất nhiều vấn đề, nhất là nạn khám, chữa bệnh giả, lừa gạt bệnh nhân. Việc cấp chứng chỉ hành nghề khám, chữa bệnh cũng là cách để cơ quan quản lý có thể kiểm tra chất lượng khám, chữa bệnh

tại địa phương; từng bước rà soát những cơ sở khám, chữa bệnh trái pháp luật, không đủ điều kiện tiêu chuẩn, chuyên môn trong lĩnh vực KBCB. Ngoài ra, chứng chỉ hành nghề KBCB cũng góp phần đánh giá được nguồn lực y tế của từng địa phương trong điều kiện nhu cầu chăm sóc sức khỏe đang được người dân rất quan tâm.

*Hai là*, chứng chỉ hành nghề KBCB là minh chứng cho trình độ chuyên môn của cá nhân thực hiện việc KBCB. Đối với những người hành nghề KBCB như bác sĩ, y sĩ, điều dưỡng viên, hộ sinh viên, kỹ thuật viên, lương y, người có bài thuốc gia truyền hoặc có phương pháp chữa bệnh gia truyền<sup>1</sup> thì chứng chỉ hành nghề KBCB chính là minh chứng đáng tin cậy nhất về khả năng chuyên môn, nghiệp vụ của họ. Bởi lẽ, trước khi có được chứng chỉ hành nghề KBCB mỗi cá nhân trên đều phải trải qua một quá trình dài để học tập và nghiên cứu nâng cao chuyên môn đáp ứng tiêu chuẩn nghề nghiệp. Việc cấp chứng chỉ hành nghề khám, chữa bệnh có một ý nghĩa quan trọng trong việc thúc đẩy nâng cao trình độ chuyên môn của các cán bộ y tế, cũng như góp phần sàng lọc các cá nhân, cơ sở hành nghề KBCB không đủ chuyên môn và không có chứng chỉ hành nghề. Việc này còn góp phần giảm các rủi ro y tế từ việc người hành nghề KBCB thiếu chuyên môn gây ra.

## 2. Thực trạng các quy định của pháp luật về chứng chỉ hành nghề khám bệnh, chữa bệnh

Thực tiễn thi hành pháp luật về hành nghề KBCB<sup>2</sup> đã cho thấy, nội dung quy định về người xin cấp chứng chỉ hành nghề KBCB còn một số vấn đề cần lưu ý như sau:

*Một là*, pháp luật hiện hành chỉ yêu cầu đối tượng xin cấp chứng chỉ hành nghề có văn bằng chuyên môn phù hợp, có xác nhận thời gian thực hành mà không cần phải qua sát hạch

<sup>1</sup> Xem Điều 17 Luật KBCB.

<sup>2</sup> Bên cạnh Luật KBCB, các nghị định hướng dẫn như Nghị định số 87/2011/NĐ-CP ngày 27/8/2011 hướng dẫn Luật KBCB, Nghị định số 109/2016/NĐ-CP 1/7/2016 quy định cấp chứng chỉ hành nghề đối với người hành nghề và cấp giấy phép hoạt động đối với cơ sở khám chữa bệnh.

chuyên môn. Trong khi tại nhiều quốc gia phát triển trên thế giới, để được cấp chứng chỉ hành nghề y, người hành nghề phải trải qua một kỳ thi hoặc sát hạch chuyên môn<sup>3</sup>. Mục tiêu của quy định kiểm tra, sát hạch bắt buộc và cấp chứng chỉ hành nghề nhằm đảm bảo người hành nghề đạt các chuẩn mực chuyên môn bắt buộc và thực hành y khoa tốt, bảo đảm an toàn điều trị và bảo vệ người bệnh, cộng đồng, cũng như các yêu cầu khác như đạo đức nghề nghiệp, kinh nghiệm thực hành... Nói cách khác, các quy định của pháp luật hiện hành của Việt Nam về cấp chứng chỉ hành nghề KBCB chưa tương xứng với những đòi hỏi khắt khe về chuyên môn của ngành y; ngành đặc biệt liên quan trực tiếp đến sức khỏe con người, và xu thế chung ở các nước trên thế giới. Trên thực tế, mặc dù có cùng một chứng chỉ chuyên môn như bác sĩ đa khoa, nhưng nếu không có sự sát hạch thì sự chênh lệch, thậm chí không đạt về chuẩn thực hành chuyên môn là điều hoàn toàn có thể xảy ra<sup>4</sup>.

Bên cạnh đó, một số chức danh cũng tham gia làm việc trực tiếp trong các cơ sở KBCB nhưng chưa được cấp phép là cử nhân tâm lý, cử nhân tâm lý lâm sàng, cử nhân xạ trị, thư ký y khoa, nhân viên y tế học đường, cử nhân dinh dưỡng, kỹ sư sinh học, kỹ sư hóa học, cử nhân khúc xạ, chỉnh quang viên, kỹ thuật viên khúc xạ<sup>5</sup>. Có thể thấy rằng, các đối tượng này cũng tham gia vào việc KBCB cho bệnh nhân, có ảnh hưởng đến tính mạng, sức khỏe, kinh tế của người bệnh do đó nếu nhìn nhận dưới góc

độ pháp luật thì các chủ thể này cần phải được nằm trong diện bắt buộc có chứng chỉ hành nghề vì họ là đối tượng hành nghề có điều kiện. Hay đối với lương y, dù đã được Luật quy định hành nghề phải có chứng chỉ, nhưng điều kiện công nhận lương y cũng còn chưa rõ ràng<sup>6</sup>.

Ngoài ra, việc Luật KBCB sử dụng thuật ngữ “*chứng chỉ hành nghề khám bệnh, chữa bệnh*” cũng chưa thật sự phù hợp bởi cách gọi này chưa tương thích với tính chất và giá trị pháp lý của loại chứng thư này trong hoạt động KBCB. Hơn nữa, điều này cũng không phù hợp với xu hướng chung trên thế giới bởi các quốc gia hiện nay đa phần đều sử dụng tên gọi là giấy phép hành nghề<sup>7</sup>.

Hai là, việc phân cấp cho Sở Y tế tỉnh, thành phố cấp chứng chỉ hành nghề cho một số đối tượng trong khu vực quản lý là phù hợp, nhưng vẫn còn vướng về thủ tục hành chính và sự tùy tiện, không tuân thủ pháp luật trong quá trình cấp phép, dễ dẫn đến cấp sai nội dung, cấp sai đối tượng, nê nang dẫn đến vi phạm pháp luật. Chẳng hạn, theo tìm hiểu của phóng viên Báo Đại Đoàn Kết, từ ngày 1/1/2012 đến ngày 30/3/2018, tổng số hồ sơ cấp Chứng chỉ hành nghề KBCB cho người hành nghề tại Sở Y tế tỉnh Bắc Giang là 5.553 hồ sơ và 390 Giấy phép hoạt động KBCB. Chi kiểm tra ngẫu nhiên 872 hồ sơ cấp Chứng chỉ hành nghề KBCB và 5 hồ sơ cấp giấy phép hoạt động KBCB, ngành chức năng đã phát hiện ra hàng loạt sai phạm<sup>8</sup>.

Ba là, việc cấp chứng chỉ hành nghề một

<sup>3</sup> Hoàng Lộc (2019), *Muốn hành nghề y phải thi lấy chứng chỉ*, <https://tuoitre.vn/muon-hanh-nghe-y-phai-thi-lay-chung-chi-2019072600242305.htm>, truy cập ngày 20/08/2022.

<sup>4</sup> Đinh Thị Thanh Nga (2017), *Về điều kiện hành nghề khám, chữa bệnh theo pháp luật Việt Nam*, <http://tcdepl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/thi-hanh-phap-luat.aspx?ItemID=371>, truy cập ngày 19/06/2022.

<sup>5</sup> Trần Thị Mai Oanh (2017), *Đánh giá những bất cập của các quy định trong Luật Khám bệnh, chữa bệnh và đề xuất phương án sửa đổi, bổ sung*, [http://duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT\\_DUTHAO\\_LUAT/View\\_Detail.aspx?ItemID=1478&TabIndex=2&TaiLieuID=2988](http://duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1478&TabIndex=2&TaiLieuID=2988), truy cập ngày 19/06/2022.

<sup>6</sup> Trần Thị Mai Oanh (2017), tldd.

<sup>7</sup> Trần Thị Mai Oanh (2017), tldd.

<sup>8</sup> Đức Sơn, Công Lý (2018), *Bắc Giang: Tùy tiện cấp chứng chỉ hành nghề khám, chữa bệnh*, <http://daidoanket.vn/tieng-dan/bac-giang-tuy-tien-cap-chung-chi-hanh-nghe-kham-chua-benhtintuc405802>, truy cập ngày 19/06/2022.

lần và có giá trị vĩnh viễn sẽ khiến cho những người hành nghề không có ý thức nâng cao kỹ năng thực hành y khoa, cũng như tạo ra bất cập trong cơ chế giám sát sự cố y khoa hoặc vấn đề liên quan đến đạo đức nghề nghiệp. Việc cấp chứng chỉ hành nghề cho một bác sĩ không có thời hạn xác định nên đã xảy ra tình trạng người được cấp chứng chỉ hành nghề không còn đủ khả năng, điều kiện để hành nghề đã cho thuê, mượn lại chứng chỉ hành nghề của mình. PGS. TS. Tăng Chí Thượng, Phó Giám đốc Sở Y tế Tp. Hồ Chí Minh nêu thực tế: “*Qua kiểm tra của Sở Y tế Thành phố Hồ Chí Minh, có những trường hợp đã ra nước ngoài từ lâu nhưng vẫn có tên đăng ký hành nghề y tại Việt Nam. Hay có trường hợp dù mắc bệnh nặng, không thể trực tiếp khám, chữa bệnh, thậm chí là nằm liệt giường nhưng vẫn tiếp tục có tên trong danh sách đăng ký hoạt động khám, chữa bệnh*”<sup>9</sup>. Bên cạnh đó, việc quy định chứng chỉ hành nghề được cấp một lần và có giá trị trong phạm vi cả nước sẽ tạo nên tâm lý “lười” cập nhật kiến thức chuyên môn của những đối tượng được cấp chứng chỉ hành nghề KBCB. Cùng với quá trình phát triển của xã hội thì quá trình KBCB cũng phát triển. Vì vậy, nếu pháp luật quy định chứng chỉ hành nghề được cấp có giá trị với thời hạn không xác định sẽ tạo nên tâm lý chủ quan, không muốn cập nhật chuyên môn kỹ thuật, dẫn đến lạc hậu và có thể gây ra những sai sót trong quá trình thực hiện KBCB. Ngoài ra, việc không quy định giới hạn thời hạn hiệu lực chứng chỉ hành nghề KBCB còn tạo ra khoảng cách so với thế giới vì hiện nay đa phần các quốc gia trên thế giới đều quy định theo hướng giới hạn thời hạn hiệu lực của giấy phép hành nghề KBCB<sup>10</sup>.

Bốn là, hệ thống văn bản pháp quy về

KBCB đã bộc lộ nhiều vấn đề bất cập, chưa phù hợp với thực tế như quy định về bắt buộc người đăng ký hành nghề phải trải qua thời gian thực hành lâm sàng nhất định tại các cơ sở y tế nhưng không quy định cụ thể về nội dung, yêu cầu năng lực đầu ra và cơ chế theo dõi, đánh giá năng lực chuyên môn và kỹ năng thực hành. Yêu cầu đối với văn bản xác nhận quá trình thực hành của người hành nghề gồm 03 nội dung chính: (i) xác nhận về thời gian thực hành; (ii) xác nhận năng lực chuyên môn; (iii) xác nhận đạo đức nghề nghiệp. Tuy nhiên, trên thực tế, việc xác nhận này còn định tính, chưa có tiêu chí cụ thể như năng lực chuyên môn được đánh giá qua những yếu tố nào; chưa giới hạn số người hướng dẫn thực hành cho người hành nghề nhằm đảm bảo chất lượng và chuyên môn thực hành; nhiều cơ sở thực hành coi việc xác nhận quá trình thực hành chỉ là hình thức, chưa ràng buộc trách nhiệm của người đứng đầu cơ sở y tế đối với quá trình KBCB của người đăng ký thực hành trong quá trình thực hành. Ngoài ra, nhiều bệnh viện còn phản ánh về vấn đề lý lịch tư pháp, để được lý lịch tư pháp thường phải mất thời gian khoảng từ 1 đến 3 tháng<sup>11</sup>, điều này đã gây ra sự rườm rà trong thủ tục hành chính và làm mất nhiều thời gian cho các chủ thể khi tiến hành thực hiện thủ tục xin cấp chứng chỉ hành nghề KBCB.

Năm là, việc cấp chứng chỉ hành nghề KBCB cho người nước ngoài gặp nhiều khó khăn, đặc biệt là điều kiện về lý lịch tư pháp. Để hoàn thiện lý lịch tư pháp, người nước ngoài, người không có quốc tịch cần phải có thẻ thường trú hoặc tạm trú. Tuy nhiên, có một số người nước ngoài, người không có quốc tịch sinh sống, làm việc không có thẻ thường trú, tạm trú phải đi xin chứng nhận thường trú, tạm

<sup>9</sup> Đinh Hằng (2019), *Cần siết chặt cấp chứng chỉ khám, chữa bệnh ở Việt Nam*, <https://cadn.com.vn/can-siet-chat-cap-chung-chi-kham-chua-benh-o-viet-nam-post210161.html>, truy cập ngày 19/06/2022.

<sup>10</sup> Hiện nay, hầu hết các quốc gia trên thế giới đều xác định giới hạn thời hạn hiệu lực của giấy phép hành nghề khám bệnh, chữa bệnh thông thường là 05 năm, Singapore là 03 năm (Nguồn: Trần Thị Mai Oanh (2017), tldd.

<sup>11</sup> Trần Thị Mai Oanh (2017), tldd.

trú; trong khi việc đi xin giấy này vô cùng khó khăn; điều này đã tạo nên tâm lý e ngại cho những người nước ngoài hay người không có quốc tịch có trình độ chuyên môn cao đến Việt Nam làm việc.

### 3. Kiến nghị hoàn thiện

*Một là*, cần thay đổi tên gọi “chứng chỉ hành nghề KBCB” đang được sử dụng trong Luật KBCB sang “giấy phép hành nghề KBCB” như trong quy định tại khoản 5 Điều 2 Dự thảo Luật KBCB (*sửa đổi*). Việc sử dụng tên gọi “giấy phép hành nghề” thay cho “chứng chỉ hành nghề” là cần thiết và phù hợp bởi điều này không chỉ thể hiện được tính chất, giá trị của loại chứng thư pháp lý này mà còn bảo đảm sự tương thích, tiệm cận, hội nhập giữa pháp luật Việt Nam và thế giới khi quy định về điều kiện hành nghề KBCB.

Bên cạnh đó, cần điều chỉnh lại điều kiện để được cấp giấy phép hành nghề KBCB theo hướng các chủ thể ngoài việc đáp ứng các điều kiện về hồ sơ, văn bằng, chứng chỉ thì còn cần phải tham gia và vượt qua kỳ thi sát hạch đánh giá năng lực hành nghề KBCB do cơ quan có thẩm quyền tổ chức theo như tinh thần quy định tại điểm a khoản 2 Điều 19 Dự thảo Luật KBCB (*sửa đổi*) thì mới được cấp giấy phép hành nghề, thay vì chỉ dựa vào hồ sơ, văn bằng, chứng chỉ như hiện nay. Việc quy định cấp giấy phép hành nghề KBCB dựa trên kết quả kỳ thi đánh giá năng lực hành nghề KBCB là cần thiết, giúp sàng lọc và lựa chọn được những chủ thể có năng lực chuyên môn, bảo đảm an toàn điều trị và bảo vệ người bệnh, cộng đồng, và phù hợp, tiệm cận với yêu cầu và xu hướng chung của thế giới.

Đặc biệt, đối với đối tượng là bác sĩ muốn hành nghề KBCB thì cần phải bắt buộc tham gia kỳ thi sát hạch đánh giá năng lực, thậm chí cần tổ chức thi qua nhiều vòng để có sự sàng lọc, đảm bảo trình độ chuyên môn của bác sĩ. Các bác sĩ ở nước ngoài được phép vào Việt Nam hành nghề đều phải thi kiểm chứng năng

lực như các bác sĩ Việt Nam. Do đó, cần có một kỳ thi do Hội đồng quốc gia trực tiếp sát hạch để cấp giấy phép hành nghề và giấy phép này có giá trị trên toàn quốc. Luật cũng cần có quy định thu hồi giấy phép hành nghề đối với những người không hành nghề trong 2 năm liên tiếp hoặc không tham gia các chương trình đào tạo liên tục hay có sai sót chuyên môn nghiêm trọng.

Ngoài ra, cần phải tiếp tục xem xét mở rộng nhóm đối tượng phải có giấy phép hành nghề KBCB. Theo đó, ngoài các đối tượng là bác sỹ; y sỹ thuộc lực lượng vũ trang nhân dân; điều dưỡng; hộ sinh; kỹ thuật y; dinh dưỡng; cấp cứu viên ngoại viện (Paramedic); lương y; người có bài thuốc gia truyền hoặc có phương pháp chữa bệnh gia truyền phải có giấy phép hành nghề KBCB, thì khoản 1 Điều 18 Dự thảo Luật KBCB (*sửa đổi*) cần quy định bổ sung thêm các đối tượng như cử nhân tâm lý, cử nhân tâm lý lâm sàng, cử nhân xạ trị, thư ký y khoa, nhân viên y tế học đường, cử nhân dinh dưỡng, kỹ sư sinh học, kỹ sư hóa học, cử nhân khúc xạ, chỉnh quang viên, kỹ thuật viên khúc xạ... cũng là những đối tượng cần phải có giấy phép hành nghề KBCB. Bởi lẽ, các chủ thể này cũng tham gia vào các quá trình KBCB cho bệnh nhân, điều này sẽ có sự tác động ảnh hưởng nhất định đến sức khỏe, tính mạng của người bệnh. Vì vậy, yêu cầu các chủ thể này phải có giấy phép hành nghề KBCB là phù hợp, nhằm bảo đảm chất lượng nhân sự để phục vụ cho công tác nâng cao hiệu quả KBCB cũng như hạn chế rủi ro cho bệnh nhân. Đồng thời, các điều kiện đặt ra cho từng đối tượng cụ thể để được cấp giấy phép hành nghề KBCB cũng cần phải được tiếp tục quy định hướng dẫn một cách rõ ràng, cụ thể để việc cấp phép được thực hiện thống nhất và không mang sự định tính.

*Hai là*, về vấn đề cấp, thu hồi giấy phép hành nghề KBCB. Hiện nay, theo quy định tại khoản 1 Điều 26 Dự thảo Luật KBCB (*sửa đổi*) thì thẩm quyền cấp, thu hồi giấy phép hành nghề khám chữa bệnh thuộc về Hội đồng y khoa quốc

gia. Tuy nhiên, theo quan điểm của tác giả, việc giao thẩm quyền cấp, thu hồi giấy phép hành nghề KBCB cho Hội đồng y khoa quốc gia sẽ tiềm ẩn nhiều vấn đề rủi ro cao. Bởi lẽ, khi thẩm quyền cấp và thu hồi giấy phép hành nghề được tập trung về một đầu mối là Hội đồng Y khoa quốc gia sẽ gây ra tình trạng quá tải, ách tắc và khó khăn trong việc cấp giấy phép hành nghề, đặc biệt là việc cấp phép hành nghề KBCB trong lĩnh vực quốc phòng, an ninh. Theo như nhận định của đại biểu quốc hội Đặng Văn Lãm (Đoàn đại biểu quốc hội Tp. Hồ Chí Minh): “Số lượng người hành nghề khám bệnh, chữa bệnh cả nước rất lớn, thủ tục cấp phép phải theo một quy trình, thời gian nhất định, trong các đơn vị quân đội luôn ở trạng thái sẵn sàng chiến đấu, lực lượng cần được bổ sung tăng cường nhanh. Nhiều đơn vị đóng quân ở vùng sâu, vùng xa, biên giới, hải đảo, nhà giàn, nếu theo quy trình, thời gian cấp phép thường sẽ khó đáp ứng yêu cầu nhiệm vụ quân sự, quốc phòng. Cùng với đó, cán bộ, nhân viên quân y ngoài kiến thức chuyên môn ngành y còn phải có năng lực về y học quân sự như: nội khoa dã chiến, ngoại khoa dã chiến, tổ chức chỉ huy quân y, y học quân, binh chủng, xử lý vết thương chiến tranh. Do đó, việc tổ chức thi đánh giá năng lực hành nghề đối với cán bộ y tế dân y, cán bộ quân y trong quân đội cùng một Hội đồng y khoa quốc gia, cùng một bộ câu hỏi theo dự thảo Luật là chưa phù hợp”<sup>12</sup>. Hơn nữa, việc giao thẩm quyền cấp, thu hồi giấy phép hành nghề KBCB đối với các đối tượng thuộc Bộ Quốc phòng quản lý giao cho một tổ chức độc lập ngoài quân đội thì sẽ không bảo đảm về yếu tố bí mật nhà nước<sup>13</sup>. Ngoài ra, Hội đồng y khoa quốc gia không phải là cơ quan quản lý nhà nước hay cơ quan hành chính, mà là một tập thể nên không phù hợp để cấp giấy phép

hành nghề<sup>14</sup>. Do đó, việc trao thẩm quyền cấp và thu hồi giấy phép cho Hội đồng Y khoa quốc gia sẽ tiềm ẩn nhiều vấn đề rủi ro, khó khăn và chưa thật sự phù hợp. Vì vậy, thay vì trao quyền cho Hội đồng Y khoa quốc gia thực hiện việc cấp và thu hồi giấy phép hành nghề khám chữa bệnh thì nên giao cho tổ chức này thực hiện tổ chức sát hạch kiểm tra đánh giá năng lực hành nghề cho các đối tượng có nhu cầu để làm căn cứ cấp giấy phép. Còn thẩm quyền cấp và thu hồi giấy phép hành nghề KBCB sẽ giao cho cơ quan quản lý nhà nước, cụ thể là sẽ giao cho Bộ Y tế, Bộ Quốc phòng, Bộ Công an, Sở Y tế thực hiện dựa trên căn cứ kết quả kiểm tra đánh giá năng lực hành nghề KBCB do Hội đồng y khoa quốc gia tổ chức bên cạnh các điều kiện có liên quan, điều này giúp hạn chế tình trạng vi phạm cục bộ, cứng nhắc trong quá trình cấp, thu hồi giấy phép. Việc cấp phép dựa vào kết quả sát hạch năng lực hành nghề trên phạm vi quốc gia được thực hiện bởi một tổ chức độc lập với cơ quan quản lý nhà nước là việc làm cấp thiết trong giai đoạn hiện nay. Bởi lẽ, việc tổ chức kỳ thi quốc gia độc lập thông qua Hội đồng y khoa sẽ giúp các cơ quan quản lý nhà nước đánh giá một cách khách quan về thực trạng chất lượng người hành nghề, từ đó góp phần nâng cao chất lượng dịch vụ KBCB, cũng như khắc phục được sự bất cập và tình trạng vi phạm trong vấn đề cấp phép khi chỉ dựa vào hồ sơ, văn bằng chứng chỉ như hiện nay. Đặc biệt, điều này còn phù hợp với xu thế chung của thế giới. Hiện nay, nhiều nước đã thành lập Hội đồng Y khoa quốc gia và Hội đồng này sẽ tổ chức thi sát hạch chuyên môn để làm cơ sở cấp giấy phép hành nghề KBCB, mô hình này đã được áp dụng ngay tại các nước chậm phát triển, và đang phát triển<sup>15</sup>. Do đó, việc giao Hội đồng Y khoa quốc gia thực

<sup>12</sup> Thùy Giang (2022), *Hội đồng y khoa quốc gia cấp giấy phép hành nghề là không phù hợp*, <https://www.vietnamplus.vn/hoi-dong-y-khoa-quoc-gia-cap-giay-pherp-hanh-nghe-la-khong-phu-hop/797528.vnp>, truy cập ngày 20/08/2022.

<sup>13</sup> Tlđđ, theo ý kiến của ĐBQH Đặng Văn Lãm.

<sup>14</sup> Tlđđ, theo ý kiến của ĐBQH Nguyễn Tri Thức.

<sup>15</sup> Sở Y tế Thành phố Hồ Chí Minh (2018), *Muốn có chứng chỉ hành nghề khám chữa bệnh sẽ phải trải qua kỳ thi sát hạch chuyên môn*, <https://medinet.gov.vn/giam-doc-cac-benh-vien-can-biet/muon-co-chung-chi-hanh-nghe-kham-chua-benh-se-phai-trai-qua-ky-thi-quoc-gia-sat-cmobile13465-6766.aspx>, truy cập ngày 20/08/2022.

hiện việc kiểm tra đánh giá năng lực hành nghề KBCB của người đề nghị cấp giấy phép hành nghề và giao các cơ quan quản lý nhà nước (Bộ Y tế, Bộ Quốc phòng, Bộ Công an, Sở Y tế) căn cứ kết quả kiểm tra đánh giá năng lực hành nghề KBCB cũng như các điều kiện có liên quan là cần thiết bởi điều này không chỉ đáp ứng yêu cầu thực tiễn nâng cao hiệu quả công tác KBCB mà còn phù hợp với xu thế chung của thế giới.

*Ba là*, Luật KBCB cần phải quy định giới hạn thời hạn giá trị sử dụng của giấy phép hành nghề KBCB, theo đó thời hạn sử dụng giấy phép hành nghề KBCB sẽ là 05 năm theo như quy định tại khoản 3 Điều 27 Dự thảo Luật KBCB (*sửa đổi*), khi hết thời hạn nếu các chủ thể có nhu cầu tiếp tục sử dụng giấy phép thì phải thực hiện thủ tục gia hạn trên cơ sở đáp ứng đầy đủ các điều kiện đặt ra<sup>16</sup>, thời gian được gia hạn thêm không vượt quá thời hạn được cấp lần đầu và có thể được gia hạn nhiều lần. Việc quy định theo hướng như trên là điều cần thiết và phù hợp bởi sẽ giúp khắc phục được các vấn đề khó khăn, hạn chế trong công tác quản lý hành nghề KBCB tại các địa phương, tạo được cơ chế để giúp cơ quan quản lý nhà nước theo dõi, giám sát việc quản lý chất lượng người hành nghề khi chuẩn hóa các điều kiện chuyên môn, cập nhật kiến thức y khoa liên tục và quá trình hành nghề của người hành nghề. Đồng thời, điều này còn giúp hạn chế tình trạng tâm lý “lười” cập nhật kiến thức chuyên môn của những đối tượng được cấp chứng chỉ hành nghề KBCB. Ngoài ra, việc quy định thời hạn giá trị của chứng chỉ hành nghề sẽ giúp bảo đảm phù hợp với pháp luật cũng như thông lệ quốc tế, từ đó giúp cho việc hội nhập của y tế Việt Nam với các nước trong khu vực và trên thế giới về KBCB được dễ dàng và hiệu quả hơn.

*Bốn là*, cần tiếp tục quy định hướng dẫn cụ thể về nội dung, yêu cầu năng lực đầu ra

và cơ chế theo dõi, đánh giá năng lực chuyên môn và kỹ năng thực hành được áp dụng cho người đăng ký hành nghề KBCB trong quá trình thực hành lâm sàng tại các cơ sở y tế theo quy định bởi đây là căn cứ quan trọng để xem xét cấp giấy phép hành nghề KBCB. Đặc biệt, để hạn chế tình trạng định tính khi các cơ sở y tế xác nhận quá trình thực hành của người đăng ký hành nghề KBCB thì cần phải tiếp tục quy định các tiêu chí cụ thể về vấn đề xác nhận thời gian thực hành, năng lực chuyên môn, đạo đức nghề nghiệp, đồng thời cũng cần phải quy định rõ trách nhiệm pháp lý nghiêm khắc mà các cơ sở thực hiện xác nhận quá trình thực hành phải gánh chịu nếu không tuân thủ các yêu cầu đặt ra. Việc quy định cụ thể các tiêu chí xác nhận quá trình thực hành của người đăng ký hành nghề KBCB cũng như trách nhiệm pháp lý đặt ra đối với các cơ sở xác nhận khi vi phạm sẽ giúp hạn chế được tình trạng xác nhận theo kiểu hình thức, không phản ánh đúng sự thật như hiện nay.

*Năm là*, tiếp tục đơn giản hóa các thủ tục hành chính trong hoạt động cấp chứng chỉ hành nghề KBCB. Đơn cử như cần xem xét bỏ bớt yêu cầu cần phải có lý lịch tư pháp khi cấp chứng chỉ hành nghề KBCB đối với người hành nghề KBCB; đặc biệt là đối với người hành nghề KBCB trong các cơ sở y tế công lập bởi tại đây việc quản lý về chuyên môn và lý lịch rất chặt chẽ, nên việc yêu cầu thêm lý lịch tư pháp chỉ tạo thêm thủ tục hành chính rườm rà. Hơn nữa, việc bỏ yêu cầu lý lịch tư pháp cũng giúp cho người nước ngoài đỡ gặp nhiều khó khăn, đặc biệt là điều kiện về lý lịch tư pháp khi đề nghị cấp chứng chỉ hành nghề để hành nghề KBCB tại Việt Nam, từ đó sẽ tạo được điều kiện để thu hút nguồn nhân lực chất lượng cao từ nước ngoài tham gia vào hoạt động KBCB tại Việt Nam ■

<sup>16</sup> Xem thêm khoản 4, khoản 6 Điều 19 Dự thảo Luật KBCB (*sửa đổi*).

# THỪA KẾ THẾ VỊ CÓ YẾU TỐ CON NUÔI, CON RIÊNG

Nguyễn Thành Minh Chánh\*

Trần Quốc Khiết\*\*

\*ThS. Khoa Luật - Trường Đại học Công Nghiệp Tp. Hồ Chí Minh

\*\* Học viên Cao học - Trường Đại học Trà Vinh

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Hôn nhân và gia đình; Bộ luật Dân sự; thừa kế thế vị; con nuôi.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/06/2022  
Biên tập : 17/07/2022  
Duyệt bài : 18/07/2022

## Article Information:

*Keywords:* Marriage and family; the Civil Code; inheritance by substitution; adopted children.

## Article History:

Received : 26 Jun 2022  
Edited : 17 Jul. 2022  
Approved : 18 Jul. 2022

## Tóm tắt:

Thừa kế là một chế định pháp luật có vai trò quan trọng về việc dịch chuyển tài sản của người chết cho những người thừa kế của họ. Hiện nay, các tranh chấp về quyền thừa kế, trong đó có thừa kế thế vị xảy ra ngày càng phức tạp. Việc giải quyết các tranh chấp liên quan đến việc xác định quan hệ về thừa kế và xác định người thừa kế thế vị có yếu tố con nuôi, giữa con riêng với bố dượng, mẹ kế còn vướng mắc, bất cập trong thực tiễn. Điều này đòi hỏi cần tiếp tục hoàn thiện các quy định của pháp luật.

## Abstract:

Legal provisions on inheritance play an important role in transferring the property on heirs upon the death of the owner. Currently, disputes over inheritance rights, including inheritance of status, are becoming more and more complicated. The settlement of disputes related to the determination of inheritance relations and the identification of the inheritance by substitution with the element of adopted children, between stepchildren and stepfathers or stepmothers, still exist a number of problems and inadequacies in practice. This situation requires further improvements of the legal provisions.

## 1. Các quy định của pháp luật và thực tiễn áp dụng các quy định của pháp luật về thừa kế thế vị có yếu tố con nuôi

### 1.1. Các quy định của pháp luật về thừa kế thế vị có yếu tố con nuôi

Điều 653 Bộ luật Dân sự năm 2015 (Bộ luật Dân sự) quy định: “Con nuôi và cha nuôi, mẹ nuôi được thừa kế di sản của nhau và còn được thừa kế di sản theo quy định tại Điều 651, 652 của Bộ luật này”. Khoản 3 Điều 68 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 (Luật Hôn nhân

và gia đình) quy định: “Giữa con nuôi và cha nuôi, mẹ nuôi có các quyền và nghĩa vụ của cha mẹ và con được quy định tại Luật này, Luật Nuôi con nuôi, Bộ luật Dân sự và các luật khác có liên quan”. Khoản 1 Điều 24 Luật Nuôi con nuôi năm 2010 (Luật Nuôi con nuôi) quy định cụ thể về hệ quả của việc nuôi con nuôi. Theo đó, kể từ ngày giao nhận con nuôi, giữa cha mẹ nuôi và con nuôi có đầy đủ các quyền, nghĩa vụ của cha mẹ và con; giữa con nuôi và các thành viên khác của gia đình cha mẹ nuôi cũng có các quyền và nghĩa vụ đối với nhau theo quy định



của pháp luật về hôn nhân và gia đình, pháp luật dân sự và các quy định khác của pháp luật có liên quan. Theo Điều 78 Luật Hôn nhân và gia đình thì cha nuôi, mẹ nuôi, con nuôi có quyền và nghĩa vụ của cha, mẹ, con được quy định trong Luật này kể từ thời điểm quan hệ nuôi con nuôi được xác lập theo quy định của Luật Nuôi con nuôi. Căn cứ vào các quy định tại các Điều 104, 106, 113, 114 Luật Hôn nhân và gia đình, thì con nuôi không có mối quan hệ về các quyền và nghĩa vụ liên quan đến việc chăm sóc, giáo dục, nuôi dưỡng nhau đối với những người thân thích thuộc gia đình của bố, mẹ nuôi như, bố mẹ của cha, mẹ nuôi, anh, chị, em ruột của cha mẹ nuôi, chú, bác, cô dì, cậu ruột của cha mẹ nuôi. Hay nói cách khác, người con nuôi không thể là cháu ruột của những người này; do vậy, người con nuôi không thể là người thừa kế của những người như trên. Tuy nhiên, người làm con nuôi người khác vẫn có quan hệ với gia đình cha mẹ đẻ, cho nên họ là người thừa kế theo quy định tại Điều 651 và Điều 652 Bộ luật Dân sự của những người thân thích (họ là người thừa kế thế vị của những người thân thích trong gia đình của họ, mặc dù họ là làm con nuôi của người khác).

Từ quy định trên, có thể thấy thực trạng về quan hệ thừa kế thế vị có yếu tố con nuôi có sự đan xen cả huyết thống lẫn nuôi dưỡng giữa các đời, cụ thể như sau:

*Thứ nhất*, nếu quan hệ giữa đời thứ nhất với đời thứ hai là nuôi dưỡng nhưng quan hệ giữa đời thứ hai với đời thứ ba lại là huyết thống, tức là A nhận nuôi B và B sinh ra C, thì trường hợp này được thừa kế thế vị. Trường hợp này cũng được áp dụng đối với con riêng của vợ, của chồng, nếu con riêng với mẹ kế, bố dượng được thừa nhận là có quan hệ

chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con ruột.

*Thứ hai*, nếu quan hệ giữa đời thứ nhất với đời thứ hai là huyết thống nhưng quan hệ giữa đời thứ hai với đời thứ ba lại là nuôi dưỡng, tức là A sinh ra B và B nhận nuôi C, thì trường hợp này không đương nhiên được thừa kế thế vị, chỉ được thế vị nếu được người để lại di sản coi như cháu ruột.

### **1.2. Thực tiễn áp dụng các quy định của pháp luật về thừa kế thế vị có yếu tố con nuôi**

Việc xác định quan hệ giữa cha, mẹ, con giữa người nhận nuôi và người được nhận nuôi có được pháp luật thừa nhận hay không có ý nghĩa rất quan trọng. Có tồn tại quan hệ giữa cha mẹ và con nuôi thì sẽ tồn tại quan hệ thừa kế. Một quan hệ xã hội được pháp luật thừa nhận thì chắc chắn sẽ được pháp luật bảo vệ, dù không phải do cha mẹ sinh ra nhưng người con nuôi cũng có đầy đủ quyền thừa kế như con đẻ, nên họ hưởng di sản của cha mẹ nuôi cũng là lẽ đương nhiên. Đó là lý do tại sao dù chưa có hướng dẫn thừa kế thế vị trường hợp con nuôi nhưng theo tinh thần của “Luật” thì “con nuôi hay con đẻ” đều là con, nên họ vẫn thuộc trường hợp của thừa kế thế vị.

*Ví dụ trong vụ án* yêu cầu công nhận quyền thừa kế và tranh chấp di sản thừa kế của Tòa án nhân dân (TAND) cấp cao tại Hà Nội giữa nguyên đơn là Thiều Văn C1 và bị đơn là Đỗ Quang V<sup>1</sup>. *Nội dung vụ án được tóm tắt như sau:*

Bà Đỗ Thị T5 (chết năm 2009) không lấy chồng, nhưng có một người con nuôi là chị Đỗ Đức Phương C3 (chết năm 2007). Chị C3 và bà T5 đều không để lại di chúc.

Di sản bà T5 để lại là thửa đất số 203, Tờ

<sup>1</sup> Bản án số 69/2018/DS-PT ngày 09/3/2018 về việc Yêu công nhận quyền thừa kế và tranh chấp di sản thừa kế của TAND cấp cao tại Hà Nội.

bản đồ số 12, diện tích 127,3m<sup>2</sup> tại khối 7, phường L, thành phố H.

Chị C3 có chồng là anh Thiệu Văn C1 và có 02 con chung là cháu Thiệu Thụy Thùy T7, và cháu Thiệu Đỗ Gia H4.

Năm 2011, anh C1 về sửa lại nhà và làm thủ tục khai nhận thừa kế cho hai cháu T7 và cháu H4 đối với di sản của bà T5 để lại, nhưng ông Đỗ Quang V ngăn cản không cho sửa và khai nhận thừa kế cho hai cháu.

Vi vậy, anh C1 khởi kiện yêu cầu giải quyết tranh chấp về quyền thừa kế tài sản của bà T5 và công nhận hai cháu T7 và H4 được hưởng toàn bộ di sản do bà T5 để lại.

Tại Bản án dân sự sơ thẩm nhận định: cháu T7 và cháu H4 được quyền thừa kế đối với di sản bà T5 để lại gồm: Thừa đất số 203, diện tích 127,3m<sup>2</sup> tại khối 7, phường L, thành phố H đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số AC188680 ngày 01/8/2005 mang tên Đỗ Thị T5; nhà và các tài sản khác gắn liền với đất.

**Tòa án phúc thẩm nhận định:** bà T5 nhận chị C3 làm con nuôi nhưng không thực hiện việc đăng ký nuôi con nuôi theo quy định của pháp luật. Trong quá trình giải quyết vụ án, phía gia đình bị đơn thừa nhận chị C3 được bà T5 nhận nuôi năm 1979. Quá trình nuôi dưỡng, gia đình có hỗ trợ kinh phí để bà T5 chăm sóc, nuôi dưỡng chị C3 đến tuổi trưởng thành. Khi chị C3 đi học nghề tại thành phố Hồ Chí Minh, bà T5 bỏ tiền nuôi ăn học và có sự hỗ trợ kinh phí từ phía gia đình bị đơn (BL06, 65, 186). Mọi quan hệ mẹ nuôi, con nuôi giữa bà T5 và chị C3 tồn tại trên thực tế. Do đó, theo điểm

a Điều 6 Nghị quyết số 01/NQ-HĐTP ngày 20/01/1988 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định của Luật Hôn nhân và gia đình thì trường hợp bà T5 nhận nuôi chị C3 là con nuôi thực tế. Năm 2002, chị C3 kết hôn với anh C1 và vợ chồng có hai con chung là cháu T7 và cháu H4. Chị C3 (chết năm 2007) và bà T5 (chết năm 2009) đều không để lại di chúc, nên hai cháu T7 và H4 được thừa kế thế vị di sản của bà T5.

Có thể thấy, trong trường hợp này chị C3 được xác định là con nuôi của bà T5 nên các con T7 và H4 được thế vị chị C3 (chết trước bà T5) hưởng phần di sản của bà T5 là hoàn toàn hợp lý. Tuy nhiên, quy định của pháp luật hiện hành về thừa kế thế vị còn nhiều vấn đề bỏ ngỏ, cụ thể nếu trong tình huống trên, chị C3 có con nuôi thì người con nuôi của chị C3 liệu có được thế vị để hưởng di sản của người mẹ nuôi không?

### 1.3. Kiến nghị hoàn thiện

Hiện nay, có một số quan điểm khác nhau về “yếu tố con nuôi trong thừa kế thế vị”. Theo quan điểm của Phạm Văn Tuyết và Lê Kim Giang, “việc thế vị là mối liên hệ giữa hai bên, một bên được gọi là *người được thế vị* (gồm cha hoặc mẹ đẻ), một bên được gọi là *người thế vị* (gồm các con đẻ), tức là giữa họ phải có quan hệ huyết thống trực hệ (chỉ có con đẻ thay thế vị trí của cha, mẹ đẻ)”<sup>2</sup>. Còn theo quan điểm của Nguyễn Văn Cừ và Trần Thị Huệ cũng cho rằng, thừa kế thế vị xuất hiện “giữa họ phải có quan hệ huyết thống trực hệ (chỉ có con đẻ thay thế vị trí của cha, mẹ đẻ)”<sup>3</sup>, tức là “yếu tố con nuôi trong thừa kế thế vị” không

<sup>2</sup> Phạm Văn Tuyết, Lê Kim Giang (2017), *Pháp luật về thừa kế và thực tiễn giải quyết tranh chấp*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 323.

<sup>3</sup> Nguyễn Văn Cừ, Trần Thị Huệ (2017), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự 2015*, Nxb. Công an nhân dân, tr. 1011.

xuất hiện thừa kế thế vị vì “con nuôi của một người không đương nhiên trở thành cháu nuôi của người khác”.

Tác giả cho rằng, theo quy định tại Điều 653 Bộ luật Dân sự (BLDS) thì *con của người con nuôi* vẫn được thừa kế thế vị khi người con nuôi đó chết trước hoặc chết cùng một thời điểm với người cha nuôi, mẹ nuôi của người con nuôi đó. *Con nuôi của người con nuôi* đó cũng được thế vị để hưởng di sản của người nhận nuôi cha nuôi, mẹ nuôi của mình, do Điều 651 và Điều 652 BLDS chỉ quy định là “con”, mà không xác định rõ là con đẻ hay con nuôi. Tuy nhiên, giữa *con nuôi của người con nuôi* và người nhận nuôi (cha nuôi, mẹ nuôi của người đó) mặc dù không có bất kỳ mối quan hệ huyết thống, nhưng có mối quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng, và “thừa kế thế vị là con hoặc cháu thay thế vị trí của cha, mẹ hoặc ông, bà để hưởng thừa kế” nên theo các quy định trên thì con (con đẻ, con nuôi) của người con nuôi đó vẫn được hưởng thừa kế thế vị khi cha nuôi, mẹ nuôi của người con nuôi chết trước hoặc chết cùng một thời điểm với người nhận nuôi (cha nuôi, mẹ nuôi của người đó).

Do đó, vấn đề “con nuôi của người con nuôi” có được hưởng thừa kế thế vị hay là chỉ con đẻ, nên dựa trên nguyên tắc thừa kế là bảo đảm “quyền thừa kế”<sup>4</sup> và “quyền bình đẳng về thừa kế”<sup>5</sup>. Vì vậy, để có cách hiểu thống nhất, cần quy định: “*Con nuôi và cha nuôi, mẹ nuôi được hưởng di sản thừa kế của nhau theo Điều 651 của BLDS. Trong trường hợp người con nuôi chết trước hoặc chết cùng thời điểm với cha nuôi, mẹ nuôi thì chỉ có con đẻ, con nuôi của người con nuôi được thừa kế thế vị theo quy định tại Điều 652 BLDS*”.

<sup>4</sup> Điều 609 BLDS.

<sup>5</sup> Điều 610 BLDS.

## 2. Các quy định của pháp luật và thực tiễn áp dụng các quy định của pháp luật về thừa kế thế vị có yếu tố con riêng với bố dượng, mẹ kế

### 2.1. Các quy định của pháp luật về thừa kế thế vị có yếu tố con riêng với bố dượng, mẹ kế

Để xác định một quan hệ thừa kế giữa con riêng với bố dượng, mẹ kế thì việc đầu tiên phải xác định quan hệ vợ chồng giữa cha ruột với mẹ kế hoặc giữa mẹ ruột với bố dượng, bởi vì đây là mốc xác định quan hệ con riêng với bố dượng, mẹ kế được xác lập. BLDS quy định về quan hệ thừa kế giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế như sau: Con riêng và bố dượng, mẹ kế nếu có quan hệ chăm sóc nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con thì được thừa kế di sản của nhau và còn được thừa kế di sản theo quy định tại Điều 652 về thừa kế thế vị và Điều 653 về người thừa kế theo pháp luật của Bộ luật này và theo Luật Hôn nhân và gia đình về quyền, nghĩa vụ của cha dượng, mẹ kế và con riêng của vợ hoặc của chồng; theo đó: 1. Cha dượng, mẹ kế có quyền và nghĩa vụ trông nom, nuôi dưỡng, chăm sóc, giáo dục con riêng của bên kia cùng sống chung với mình theo quy định tại các điều 69, 71 và 72 của Luật này; 2. Con riêng có quyền và nghĩa vụ chăm sóc, phụng dưỡng cha dượng, mẹ kế cùng sống chung với mình theo quy định tại Điều 70 và Điều 71 của Luật này.

Theo các quy định trên thì về nguyên tắc, con riêng với bố dượng, con riêng với mẹ kế không được hưởng di sản thừa kế của nhau. Nhưng nếu bố dượng, mẹ kế chăm sóc, nuôi dưỡng và coi các con như các con của mình thì bố dượng, mẹ kế được xác định là người thừa kế ở hàng thừa kế thứ nhất để hưởng di

sản của người con đó. Khi con riêng chăm sóc nuôi dưỡng và coi bố dượng, mẹ kế như bố mẹ của mình thì người con riêng được xác định là người thừa kế ở hàng thừa kế thứ nhất để hưởng di sản của bố dượng, mẹ kế khi họ chết. Có thể thấy, trong thừa kế thế vị thì điều kiện để con riêng có được thế vị bố dượng, mẹ kế hay không là phải chứng minh được sự “chăm sóc, nuôi dưỡng nhau”, tức là phải bảo đảm được sự qua lại giữa con riêng với bố dượng, mẹ kế trong quan hệ nuôi dưỡng.

Nhìn chung, chế định quan hệ thừa kế thế vị có yếu tố con riêng với bố dượng, mẹ kế được pháp luật thừa nhận. Tuy nhiên, khi xem xét đến quan hệ thế vị, thì sự “chăm sóc, nuôi dưỡng nhau” phải bảo đảm được sự qua lại giữa con riêng với bố dượng, mẹ kế chưa hoàn toàn phù hợp khi chỉ xác định việc tồn tại của quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng. Chẳng hạn:

- Chăm sóc, nuôi dưỡng thế nào được xem là cha con, mẹ con? Theo tác giả thì xét mức độ chăm sóc để xem là cha con, mẹ con là không có sự phân biệt đối xử giữa con riêng của vợ, của chồng với các con chung của họ. Bố dượng, mẹ kế coi con riêng của vợ, của chồng như con ruột của mình và không dừng lại ở mặt hình thức mà thể hiện được trên thực tế nghĩa vụ: yêu thương, nuôi dưỡng, giáo dục các con, chăm lo việc học tập và phát triển lành mạnh của con về thể chất, trí tuệ và đạo đức.

- Nếu quan hệ nuôi dưỡng chỉ xuất phát từ một bên thì có xem là cha con, mẹ con không? Hiện nay, theo quy định của pháp luật thì việc “chăm sóc, nuôi dưỡng nhau” phải bảo đảm được sự qua lại giữa con riêng với bố dượng, mẹ kế. Tuy nhiên, theo tác giả, con riêng chỉ cần chứng minh có sự chăm sóc, nuôi dưỡng bố dượng, mẹ kế mà không cần chứng minh

ngược lại, là bố dượng, mẹ kế có chăm sóc, nuôi dưỡng họ; bởi vì, theo Điều 591 BLDS thì người chịu trách nhiệm bồi thường trong trường hợp tính mạng của người khác bị xâm phạm phải bồi thường thiệt hại theo quy định tại khoản 1 Điều này và một khoản tiền khác để bù đắp tổn thất về tinh thần cho những người thân thích thuộc hàng thừa kế thứ nhất của người bị thiệt hại, nếu không có những người này thì người mà người bị thiệt hại đã trực tiếp nuôi dưỡng, người đã trực tiếp nuôi dưỡng người bị thiệt hại được hưởng khoản tiền này. Mức bồi thường bù đắp tổn thất về tinh thần do các bên thỏa thuận; nếu không thỏa thuận được thì mức tối đa cho một người có tính mạng bị xâm phạm không quá một trăm lần mức lương cơ sở do Nhà nước quy định<sup>6</sup>. Theo quy định này thì người đã trực tiếp nuôi dưỡng người bị thiệt hại được hưởng khoản tiền bồi thường nếu không có người thân thích thuộc hàng thừa kế thứ nhất của người bị thiệt hại, tức là chỉ cần chứng minh người được nhận khoản tiền bồi thường có nuôi dưỡng mà không cần chứng minh người bị thiệt hại đã từng nuôi dưỡng người được nhận khoản tiền bồi thường.

- Việc chứng minh có quan hệ chăm sóc thì chứng minh thế nào nếu trường hợp người con riêng không sống chung nhưng sống gần nhà hoặc đi làm xa nhưng có gửi tiền chu cấp, lo thuốc thang khi đau yếu thì có được xem là chăm sóc, nuôi dưỡng không? Pháp luật chưa quy định cụ thể vấn đề này, nhưng theo tác giả, mặc dù không sống chung do hoàn cảnh cá nhân, công việc nhưng luôn quan tâm chu cấp cho bố dượng, mẹ kế trong sinh hoạt hàng ngày và lo thuốc thang khi đau yếu vẫn được xem là chăm sóc, nuôi dưỡng, vì thực tế ngay cả con ruột vẫn xảy ra trường hợp này.

<sup>6</sup> Khoản 2 Điều 591 BLDS.

- Thời gian chăm sóc nuôi dưỡng bao lâu mới được thừa kế di sản? Hiện nay, chưa có quy định hướng dẫn vấn đề này; theo tác giả, cần có quy định của pháp luật cụ thể khoảng thời gian chăm sóc, nuôi dưỡng hay thời điểm chăm sóc, nuôi dưỡng. Chẳng hạn, nếu con riêng thực sự yêu thương, quan tâm bố dượng, mẹ kế tận tình nhưng chỉ vài tháng trước khi bố dượng, mẹ kế chết thì con riêng có được thừa kế thế vị hay không. Hay con riêng đã chăm sóc, nuôi dưỡng bố dượng, mẹ kế trong một thời gian dài nhưng vì công việc, cuộc sống cá nhân không còn sống chung để chăm sóc, nuôi dưỡng thì sau khi bố dượng, mẹ kế chết có được thừa kế thế vị, hoặc nếu có hai người con riêng đã chăm sóc, nuôi dưỡng bố dượng, mẹ kế nhưng người con riêng thứ nhất chăm sóc một thời gian, sau đó để cho người con riêng thứ hai chăm sóc thì trong trường hợp này người con riêng nào được thừa kế thế vị hay cả hai.

Pháp luật dân sự quy định trường hợp con riêng được thừa kế thế vị bố dượng, mẹ kế chỉ dừng lại ở quy định chung chung, khi xác định dựa trên “quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng” mà chưa có hướng dẫn cụ thể, dẫn đến có nhiều quan điểm, cách hiểu khác nhau. Tuy nhiên, việc thừa nhận quyền thừa kế của con riêng cho thấy, đây là một quy định mang tính nhân văn, có giá trị giáo dục sâu sắc nhằm bảo vệ quyền lợi của họ với nhau, dù rằng không cùng dòng máu nhưng họ đã yêu thương, chăm sóc như những người ruột thịt nên không thể tước quyền thừa kế của họ với nhau. Bên cạnh đó, quy định này còn tạo sự gắn kết giữa các thành viên trong gia đình, khuyến khích họ yêu thương, chăm sóc, đùm bọc lẫn nhau, tránh trường hợp “con anh, con tôi”.

### 2.2. Thực tiễn áp dụng các quy định của pháp luật về thừa kế thế vị có yếu tố con riêng với bố dượng, mẹ kế

Theo quy định của pháp luật thừa kế thì “quan hệ thừa kế giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế” nếu có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con thì được thừa kế di sản của nhau và còn được thừa kế theo pháp luật và thừa kế thế vị. Tức là, nếu con riêng có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng bố dượng, mẹ kế thì vừa được hưởng thừa kế di sản của bố dượng, mẹ kế vừa được hưởng thừa kế đối với cha mẹ đẻ, ông bà nội ngoại, các cụ nội ngoại... của người này qua đời, và đồng thời được hưởng thừa kế thế vị nếu con của người để lại di sản chết trước hoặc chết cùng một thời điểm với người để lại di sản; nếu cháu cũng chết trước hoặc chết cùng một thời điểm với người để lại di sản thì chất được hưởng phần di sản mà cha, mẹ chất được hưởng nếu còn sống.

**Ví dụ như vụ án** “Tranh chấp thừa kế” của TAND huyện Đông Anh – Tp. Hà Nội giữa nguyên đơn là Đàm Văn V và bị đơn là Đàm Thị T<sup>7</sup>. Nội dung vụ án được tóm tắt như sau:

Cụ Đàm Văn C1 sinh năm 1922, chết năm 1996 có vợ cả là cụ Nguyễn Thị B1, sinh năm 1921 chết, năm 2008; Cụ C1 và cụ B1 khi chết đều không để lại di chúc và không có con chung.

Cụ C1 có vợ hai là cụ Nguyễn Thị B, sinh năm 1928, chết năm 2016 và có 3 người con chung là: Đàm Thị T, sinh năm 1959; Đàm Văn V, sinh năm 1963 và Đàm Văn C, sinh năm 1963. Ngoài ra, cụ Nguyễn Thị B còn có một người con riêng là Nguyễn Văn N sinh năm 1959.

Bà Đàm Thị T và ông Đàm Văn V tuy là con của cụ B và cụ C1, nhưng từ lúc còn nhỏ

<sup>7</sup> Bản án 07/2018/DS-ST ngày 26-29/03/2018 về “tranh chấp thừa kế” của TAND huyện Đông Anh, Thành phố Hà Nội.

đã sống chung cùng một nhà và được cụ C1 và cụ B1 chăm sóc, nuôi dưỡng trực tiếp. Ông C ở với cụ B tại nhà khác, nhưng vẫn cùng một thửa đất; khi cụ B1 chết, bà T, ông V đều cùng có trách nhiệm chung lo tang ma, do đó có căn cứ để xác định giữa cụ B1 bà T, ông V có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng.

Trong vụ án này, Tòa án cấp sơ thẩm đã căn cứ Điều 654 BLDS, “con riêng và bố dượng, mẹ kế nếu có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con thì được thừa kế di sản của nhau...” nên xác định bà T và ông V được hưởng thừa kế của cụ B1.

Có thể thấy, theo quy định tại Điều 654 BLDS, cụ B1 và ông V, bà T đều có quyền được hưởng thừa kế di sản của nhau. Do đó, *giả sử trong trường hợp bà T, ông V chết thì các con (con nuôi, con đẻ) của bà T, ông V đều được thừa kế thế vị theo Điều 652 BLDS.* Tuy nhiên, nếu trường hợp này xảy ra thì sẽ xuất hiện một số vướng mắc. Cụ thể:

*Thứ nhất*, để được thừa kế di sản giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế phát sinh dựa trên cơ sở nuôi dưỡng, chăm sóc nhau như cha con, mẹ con. Tuy nhiên, để hiểu thế nào là “nuôi dưỡng, chăm sóc nhau như cha con, mẹ con và như thế nào thì được coi là như cha con, mẹ con? Mức độ nuôi thế nào? Thời gian bao lâu? Chỉ có quan hệ một chiều một bên chăm sóc, nuôi dưỡng, bên kia khi lớn lên không chăm sóc, nuôi dưỡng lại có được hưởng thừa kế không? Ngược lại, vì người con riêng đã trưởng thành, nên bố dượng, mẹ kế không phải chăm sóc, nuôi dưỡng, nhưng người con này lớn lên đi làm có điều kiện, nên có chăm sóc, nuôi dưỡng bố dượng, mẹ kế. Họ có được hưởng thừa kế không? Nếu họ đi làm xa, thỉnh thoảng chỉ gửi

tiền về cho bố dượng, mẹ kế, vậy có coi là đã chăm sóc, nuôi dưỡng hay không?”.

*Thứ hai*, có thể nói việc thừa nhận quyền thừa kế thế vị của con riêng là điều rất hợp lý và thể hiện được tính nhân văn cao, góp phần tạo lập mối quan hệ gắn kết giữa con riêng với cha dượng, mẹ kế. Bởi vì, cha dượng, mẹ kế có quyền và nghĩa vụ trông nom, nuôi dưỡng, chăm sóc, giáo dục con riêng của bên kia cùng sống chung với mình về nghĩa vụ và quyền của cha mẹ, nghĩa vụ và quyền chăm sóc, nuôi dưỡng, nghĩa vụ và quyền giáo dục con theo quy định của pháp luật; Con riêng có quyền và nghĩa vụ chăm sóc, phụng dưỡng cha dượng, mẹ kế cùng sống chung về nghĩa vụ và quyền chăm sóc, nuôi dưỡng, nghĩa vụ và quyền giáo dục con theo quy định của pháp luật<sup>8</sup>. Vì vậy, khi giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con và người con riêng đã thể hiện được nghĩa vụ của người con đối với cha mẹ, thì theo quy định của pháp luật họ thuộc diện thừa kế theo pháp luật của nhau. Tuy nhiên, trong hàng thừa kế thứ nhất chỉ liệt kê con đẻ hoặc con nuôi, chứ không có sự xuất hiện của con riêng nên sẽ không xuất hiện trường hợp thừa kế thế vị mặc dù giữa họ có phát sinh quan hệ nuôi dưỡng, chăm sóc.

***Hay một trường hợp khác là vụ án*** “Tranh chấp thừa kế tài sản” của TAND tỉnh Tây Ninh giữa nguyên đơn gồm ông Trần Văn M, ông Trần Văn L, ông Trần Văn H, bà Trần Kim N và bị đơn là Nguyễn Kim T<sup>9</sup>. *Nội dung vụ án được tóm tắt như sau:*

***Nội dung vụ án như sau:*** Cụ Trần Văn S (chết năm 2008) và cụ Trần Thị E (chết năm 2005), có 04 người con chung gồm: ông Trần Văn M, ông Trần Văn L, ông Trần Văn Đ, bà

<sup>8</sup> Điều 79 Luật Hôn nhân và gia đình.

<sup>9</sup> Bản án số 126/2018/DS-PT ngày 10/7/2018 về “Tranh chấp về thừa kế tài sản” của TAND tỉnh Tây Ninh

Trần Kim N, và bà NLQ1 (là con riêng của cụ E và bị tâm thần, được cụ Trần Văn S chăm sóc, nuôi dưỡng từ nhỏ). Bà NLQ1 có con ruột là chị Lâm Ngọc Y.

Trong vụ án này, bà NLQ1 là con riêng của cụ Trần Thị E và từ nhỏ lại được cụ Trần Văn S và cụ Trần Thị E chăm sóc, nuôi dưỡng thì có xuất hiện “quan hệ thừa kế giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế” theo Điều 654 BLDS hay không? Vì theo Điều 79 Luật Hôn nhân và gia đình thì bố dượng, mẹ kế và con riêng của vợ hoặc của chồng xuất hiện “quan hệ thừa kế giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế khi bố dượng, mẹ kế chăm sóc nuôi dưỡng và coi như các con của mình; bố dượng, mẹ kế được xác định là người thừa kế ở hàng thừa kế thứ nhất để hưởng di sản của người con đó; khi con riêng chăm sóc nuôi dưỡng và coi bố dượng, mẹ kế như bố mẹ của mình thì người con riêng được xác định là người thừa kế ở hàng thừa kế thứ nhất để hưởng di sản của bố dượng, mẹ kế khi họ chết”. Tuy nhiên, bà NLQ1 bị tâm thần (không thể chăm sóc được cho cụ Trần Văn S) nên “quyền, nghĩa vụ của bố dượng, mẹ kế và con riêng của vợ hoặc của chồng” chỉ xuất phát từ một bên. *Do đó, giả sử nếu trường hợp bà NLQ1 chết trước các cụ Trần Văn S và cụ Trần Thị E, thì con ruột bà NLQ1 là chị Lâm Ngọc Y có được thừa kế thế vị để hưởng di sản của cụ Trần Văn S và cụ Trần Thị E?*

### 2.3. Kiến nghị hoàn thiện

Theo Đỗ Văn Đại, “thừa kế thế vị có yếu tố con riêng với cha dượng, mẹ kế là trường hợp đặc thù của đối tượng trong hàng thừa kế, nên xem xét họ là người thuộc hàng thừa kế thứ nhất, bởi lúc này là họ nhận di sản từ chính cha dượng, mẹ kế nên chỉ cần họ có chăm sóc, nuôi dưỡng nhau thì việc thừa kế sẽ được thực hiện như những

trường hợp bình thường. Đây cũng là giải pháp trong thực tiễn xét xử và hoàn toàn hợp lý: nên coi họ như con đẻ, con nuôi của người chết, do đó họ được hưởng thừa kế của nhau ở hàng thừa kế thứ nhất”<sup>10</sup>. Tác giả đồng ý với quan điểm trên, và kiến nghị giải pháp chung trường hợp con riêng với cha dượng, mẹ kế là: thừa nhận họ được thừa kế ở hàng thừa kế thứ nhất trong trường hợp con riêng với cha dượng, mẹ kế giữa họ có xuất hiện quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con từ một phía hoặc từ cả hai phía (tức là trong trường hợp này có thể xem con riêng cũng giống như trường hợp con nuôi) và con hoặc cháu của người con riêng đó còn được thừa kế tài sản theo quy định tại Điều 652 của BLDS.

Bên cạnh đó, cần xem xét việc dẫn chiếu điều luật rườm rà, có thể gây nhầm lẫn trong việc hiểu và áp dụng pháp luật. Cụ thể: Điều 654 BLDS quy định: “Con riêng và bố dượng, mẹ kế nếu có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con thì được thừa kế thế di sản của nhau và còn được thừa kế di sản theo quy định tại Điều 652 và Điều 653 của BLDS”; Điều 653 BLDS lại quy định: “Con nuôi và cha nuôi, mẹ nuôi được thừa kế di sản của nhau và còn được thừa kế di sản theo quy định tại Điều 651 và Điều 652 của BLDS. Có thể thấy, Điều 654 BLDS dẫn chiếu đến Điều 652 và Điều 653 BLDS; Điều 653 BLDS lại dẫn chiếu Điều 651 và Điều 652 BLDS; Điều 654 BLDS đã có dẫn chiếu đến Điều 652, nhưng Điều 653 lại tiếp tục dẫn chiếu đến Điều 652. Do đó, theo tác giả, Điều 654 BLDS nên quy định: *Con riêng và bố dượng, mẹ kế nếu có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con thì được thừa kế thế di sản của nhau và còn được thừa kế di sản theo quy định tại Điều 653 của Bộ luật Dân sự* ■

<sup>10</sup> Đỗ Văn Đại (2016), *Luật thừa kế Việt Nam, (Bản án và bình luận bản án)* - Tập 1, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr. 465.

# GIAO DỊCH LIÊN QUAN ĐẾN TÀI SẢN CHUNG CỦA VỢ CHỒNG LÀ ĐỘNG SẢN KHÔNG PHẢI ĐĂNG KÝ - THỰC TRẠNG VÀ KIẾN NGHỊ

**Mạch Văn Vương**

*Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Tài sản chung, động sản không phải đăng ký, giao dịch tài sản chung.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/06/2022  
Biên tập : 24/07/2022  
Duyệt bài : 26/07/2022

## Article Information:

*Keywords:* Common assets, movable assets of non-registration; transactions of common asset.

## Article History:

Received : 10 Jun 2022  
Edited : 24 Jul. 2022  
Approved : 26 Jul. 2022

## Tóm tắt:

Pháp luật cho phép vợ hoặc chồng có quyền tự mình xác lập, thực hiện các giao dịch liên quan đến tài sản chung của vợ chồng là động sản không phải đăng ký mà không cần có sự đồng ý của người chồng hoặc vợ của mình, nếu giao dịch đó đáp ứng thêm một số điều kiện nhất định. Tuy nhiên, thực tế áp dụng vẫn có nhiều trường hợp cơ quan tư pháp không công nhận quyền tự xác lập, thực hiện giao dịch này của vợ hoặc chồng và không xét đến các điều kiện phụ đặt ra. Bên cạnh đó, việc xem xét đáp ứng các điều kiện trên vẫn còn bị chi phối và phụ thuộc vào ý chí chủ quan của các chủ thể áp dụng pháp luật hoặc cơ quan tư pháp khi có tranh chấp xảy ra giữa các bên, và có thể còn do sự thiếu sót trong các quy định của pháp luật... Điều này không chỉ gây ảnh hưởng đến quyền, lợi ích hợp pháp của cả vợ, chồng mà còn tác động không nhỏ đến bên thứ ba trong quan hệ giao dịch.

## Abstract:

The spouse is allowed by laws to establish and perform transactions related to the common assets as movable assets of non-registration without the consent of the husband or wife provided that the transaction meets certain additional conditions. However, in practice, there are still many cases where the judicial authorities do not recognize the spouse's right to establish and perform this transaction and do not consider the additional conditions set forth. In addition, the consideration of meeting the additional conditions is still governed and depends on the subjective will of the subjects applying the law or the judicial authority when a dispute occurs between the parties, and there may also be an omission in the provisions of the law... This not only affects the legitimate rights and interests of either husband or wife, but also has a significant impact on the third party in the transaction relationship.

## 1. Tài sản chung của vợ chồng là động sản không phải đăng ký

Khoản 2 Điều 33 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định: “Tài sản chung của vợ chồng thuộc sở hữu chung hợp nhất, được

dùng để bảo đảm nhu cầu của gia đình, thực hiện nghĩa vụ chung của vợ chồng”. Theo đó, phần quyền sở hữu của vợ và chồng trong khối tài sản chung là như nhau, không thể xác định và phân định được một cách rõ ràng<sup>1</sup> trừ khi đã

<sup>1</sup> Theo khoản 1 Điều 210 Bộ luật Dân sự năm 2015.



được vợ chồng phân chia theo sự thỏa thuận hoặc theo quyết định đã có hiệu lực của Tòa án<sup>2</sup>, quyết định này của Tòa án có thể phát sinh do một bên vợ chồng chết hoặc do sự kiện ly hôn<sup>3</sup>. Tài sản chung của vợ chồng có thể được xác định dựa trên “chế độ tài sản theo thỏa thuận” hoặc “chế độ tài sản theo luật định”<sup>4</sup>. Trong đó, chế độ tài sản theo thỏa thuận được vợ chồng lựa chọn trên cơ sở thỏa thuận bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực và được xác lập kể từ ngày đăng ký kết hôn<sup>5</sup>; còn đối với chế độ tài sản theo luật định, vợ chồng khi không có lựa chọn chế độ tài sản theo thỏa thuận hoặc nếu có áp dụng nhưng nội dung của sự thỏa thuận ấy không rõ ràng hoặc bị vô hiệu, điều này được xem như mặc định phải tuân thủ theo các quy định của pháp luật để xác định mối quan hệ tài sản trong hôn nhân.

Tài sản chung của vợ chồng được chia làm hai loại cơ bản là động sản (gồm động sản phải đăng ký và động sản không phải đăng ký), và bất động sản. Trong đó, động sản không phải đăng ký là loại tài sản chung phổ biến và đa dạng nhất trong cuộc sống, sinh hoạt chung của gia đình. Xuất phát từ lý do này, các giao dịch liên quan đến loại tài sản chung là động sản không phải đăng ký cũng chiếm số lượng lớn nhất, từ những chi tiêu phục vụ cho nhu cầu ăn, mặc, ở, giải trí hàng ngày của vợ chồng cho đến việc quyết định mua bán các loại tài sản có giá

trị lớn hơn như: vàng bạc, trang sức... Với tính chất dễ di chuyển, trao đổi và thường xuyên biến động, quyền sở hữu các động sản không phải đăng ký này bị thay đổi thông qua các giao dịch dân sự của vợ chồng, làm ảnh hưởng đến giá trị của khối tài sản chung. Thực tế, có một giai đoạn mà cơ quan tư pháp đòi hỏi rằng việc mua, bán, tặng cho, trao đổi hoặc vay, mượn và những giao dịch khác có liên quan đến tài sản là động sản không phải đăng ký như như trâu, bò, thiết bị trong gia đình, tủ lạnh,... thì phải có sự thỏa thuận thể hiện sự đồng ý của cả hai vợ chồng<sup>6</sup>. Đến giai đoạn Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 có hiệu lực, dường như các quy định hướng dẫn tại Nghị quyết số 01/NQ-HĐTP đã bộc lộ ra sự thiếu sót, mang tính khuôn khổ và thiếu phù hợp đối với các nhu cầu, mức sống trung bình của gia đình trong giai đoạn mới. Thêm một cách tiếp cận khác được đặt ra, cụ thể là đối với các giao dịch liên quan đến tài sản chung là động sản không phải đăng ký, nếu động sản này có giá trị không lớn hoặc nhằm để phục vụ cho những nhu cầu thiết yếu hàng ngày trong gia đình, thì chỉ cần một bên vợ hoặc chồng thực hiện hoặc đương nhiên được coi là có sự đồng ý của bên còn lại<sup>7</sup>. Tuy nhiên, với cách tiếp cận như trên trong một vài trường hợp vẫn bị các thẩm phán bỏ qua khi áp dụng trên thực tế, cũng như vẫn còn nhiều quan điểm khác nhau khi bàn tới vấn đề này.

<sup>2</sup> Theo khoản 4 Điều 213 Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>3</sup> Nguyễn Văn Cừ và Trần Thị Huệ (đồng chủ biên, 2017), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự năm 2015 của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, tr. 355.

<sup>4</sup> Theo Điều 28 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

<sup>5</sup> Theo Điều 47 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

<sup>6</sup> Theo hướng dẫn tại Mục 3 của Nghị quyết số 01/NQ-HĐTP của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân (TAND) tối cao ngày 20/01/1988 hướng dẫn áp dụng một số quy định của Luật Hôn nhân và gia đình.

<sup>7</sup> Xem thêm: Trường Đại học Luật Hà Nội (2007), *Giáo trình luật hôn nhân và gia đình Việt Nam*, Nguyễn Văn Cừ (Chủ biên), Nxb. Công an nhân dân, tr. 149.

## 2. Thực trạng quyền xác lập, thực hiện giao dịch liên quan đến tài sản chung của vợ chồng là động sản không phải đăng ký

Hiện nay, pháp luật tiếp tục công nhận cho vợ chồng có quyền tự xác lập, thực hiện các giao dịch liên quan đến tài sản chung nhằm đáp ứng nhu cầu thiết yếu của gia đình. Cụ thể, Điều 32 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định: “1. Trong giao dịch với người thứ ba ngay tình thì vợ, chồng là người đứng tên tài khoản ngân hàng, tài khoản chứng khoán được coi là người có quyền xác lập, thực hiện giao dịch liên quan đến tài sản đó. 2. Trong giao dịch với người thứ ba ngay tình thì vợ, chồng đang chiếm hữu động sản mà theo quy định của pháp luật không phải đăng ký quyền sở hữu được coi là người có quyền xác lập, thực hiện giao dịch liên quan đến tài sản đó trong trường hợp Bộ luật Dân sự có quy định về việc bảo vệ người thứ ba ngay tình”. Quy định này đã mở rộng tối đa quyền tự xác lập và thực hiện giao dịch khi cho phép người vợ hoặc chồng đang đứng tên trên tài khoản ngân hàng, tài khoản chứng khoán hoặc đang chiếm hữu động sản không phải đăng ký được quyền tự xác lập, thực hiện những giao dịch liên quan đến tài sản chung đó với người thứ ba ngay tình<sup>8</sup>, trong trường hợp một bên vợ hoặc chồng đã tự thực hiện giao dịch liên quan đến động sản không phải đăng ký thì theo nguyên tắc bảo vệ người thứ ba ngay tình, giao dịch này vẫn bảo đảm có hiệu lực (*nếu bảo đảm yêu cầu về năng lực chủ thể, hình thức, sự tự nguyện và nội dung tại Điều 117 Bộ luật Dân sự năm 2015*), đồng nghĩa với việc bên vợ, chồng còn lại sẽ có quyền yêu cầu

nhận lại một phần giá trị tương ứng với tài sản đã giao dịch. Đây được coi là một điểm mới, tiến bộ hơn của pháp luật hiện hành so với Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000. Trong khi nhu cầu mở, sử dụng các tài khoản ngân hàng, tài khoản chứng khoán của cá nhân ngày một phổ biến, quy định trên lại càng có ý nghĩa là động lực cho việc thúc đẩy quá trình lưu thông vốn, tăng sự thanh khoản tiền tệ, phát triển nền kinh tế quốc gia. Quan trọng hơn là quyền và lợi ích hợp pháp của vợ chồng cùng bên thứ ba tham gia khi tham gia vào quan hệ giao dịch cũng sẽ được đảm bảo, đặc biệt với thực trạng như hiện nay, các giao dịch được thực hiện phổ biến và rộng rãi thông qua hình thức ngân hàng trực tuyến (e-banking). Cụ thể hơn đối với động sản không phải đăng ký, do đây là loại tài sản đa dạng và phổ biến nhất trong cuộc sống gia đình, trong đó bao gồm cả tiền khi chưa được gửi ngân hàng, nên những quy định mới này đã tạo thêm nhiều điều kiện thuận lợi cho loại tài sản này tham gia vào các giao dịch dân sự, cũng như tạo điều kiện thuận lợi cho vợ, chồng xác lập, thực hiện các giao dịch thông thường phục vụ nhu cầu cần thiết trong cuộc sống.

Về mặt lý luận, các giao dịch liên quan đến tài sản chung của vợ chồng nói chung và giao dịch tài sản là động sản không phải đăng ký nói riêng, do một bên vợ hoặc chồng xác lập, thực hiện thường được chia thành hai loại cơ bản: (1) giao dịch tài sản chung có đền bù như: bán, trao đổi... và (2) giao dịch tài sản chung không có đền bù như tặng, cho... Với loại giao dịch có đền bù động sản không phải đăng ký ít nhiều sẽ được trao đổi, hoàn lại bằng một loại tài sản

<sup>8</sup> Xem thêm: Nguyễn Ngọc Điện, Đoàn Thị Phương Diệp (đồng chủ biên, 2020), *Sách chuyên khảo - Pháp luật về quan hệ tài sản giữa vợ chồng*, tr. 38.

khác nên giá trị của khối tài sản chung về lý thuyết sẽ được đảm bảo không hoặc ít có sự biến động. Còn đối với loại giao dịch động sản không phải đăng ký không có đền bù thì quyền lợi của người vợ hoặc chồng không tham gia vào giao dịch sẽ bị ảnh hưởng ít nhiều, đặc biệt trong trường hợp động sản không phải đăng ký được giao dịch là một vật đặc định, không thể thay thế được như đồ cổ, trang sức quý hiếm, vật kỷ niệm...

Tuy nhiên, trên thực tiễn áp dụng tại các toà vẫn chưa được thống nhất trong cách hiểu, xác định tài sản chung là động sản không phải đăng ký và còn tồn tại một số quan điểm khác nhau về việc xem xét chia tài sản chung của vợ chồng khi ly hôn, dẫn tới quyền và lợi ích hợp pháp của các bên bị ảnh hưởng. Đơn cử như một vài vụ việc sau:

**Vụ việc thứ nhất<sup>9</sup>:** Vụ án tranh chấp về chia tài sản chung của vợ chồng sau khi ly hôn giữa nguyên đơn là bà Nguyễn Thị T và bị đơn ông Phạm Ngọc T, ông T và bà T tranh chấp chia tài sản chung bao gồm một thửa đất, căn nhà, cái giếng, 3,21m<sup>3</sup> gỗ tạp và số tiền 6.000.000đ có được từ việc bán mảnh rừng keo lá tràm. Theo lời của ông T, ông đồng ý chia thửa đất, căn nhà, cái giếng và 3,21m<sup>3</sup> gỗ tạp cho vợ là bà T; còn đối với số tiền có được từ việc bán mảnh rừng keo lá tràm, ông đã cho con gái là chị Phạm Nguyễn Thu H khi lập gia đình nên không đồng ý phân chia tài sản này. TAND huyện Quế Sơn, tỉnh Quảng Nam đã nhận định, ông T và bà T đều thừa nhận mảnh rừng keo lá tràm là rừng do ông bà trồng trong thời kỳ hôn

nhân nên số tiền bán rừng được xác định là tài sản chung của ông bà, do đó ông T muốn tặng, cho ai số tiền này đều phải thoả thuận và được sự đồng ý của bà T. Quay lại vụ việc, ông T tự ý xài hết số tiền có được sau khi bán mảnh rừng keo (một loại động sản không phải đăng ký), tại phần Quyết định, Toà đã tuyên 6.000.000đ là phần của ông T, đình chỉ giải quyết một phần yêu cầu khởi kiện của bà Nguyễn Thị T về yêu cầu phân chia giá trị 01 mảnh rừng keo lá tràm - vốn là tài sản chung của hai ông bà.

**Vụ việc thứ hai<sup>10</sup>:** Vụ án ly hôn, tranh chấp về nuôi con, chia tài sản chung của vợ chồng giữa nguyên đơn anh Nguyễn Xuân S và bị đơn chị Chu Thị B. Anh S và chị B có tranh chấp yêu cầu con chung là cháu Đ, chia tài sản chung bao gồm: Thửa đất 859m<sup>2</sup>; 02 ngôi nhà cấp 4 xây dựng trên đất; nhà chăn nuôi, mái tôn, công trình phụ, bể cạn, sân, tường bao; 01 bộ bàn ghế bằng gỗ; 01 bộ dong; 01 xe máy nhãn hiệu Honda wave và 2 con trâu mà anh S đã bán không báo với chị B và trả nợ hết 1 phần. TAND huyện Quỳnh Lưu, tỉnh Nghệ An đã nhận định rằng, đối với tài sản là 02 con trâu (một loại động sản không phải đăng ký), trong thời gian vợ chồng sống ly thân anh S đã bán với giá 53.000.000đ, chị B cũng thống nhất số tiền bán trâu như trên và thống nhất việc anh S dùng vào việc trả nợ và mua xe cho con, hiện số tiền bán trâu còn lại hai bên thống nhất là 32.150.000 đồng. Quyết định của Toà là chia con chung và các tài sản chung như trên và trong đó có tiền bán 2 con trâu chia đôi cho hai anh chị, buộc anh S giao lại số tiền bán trâu phần của chị B là 16.075.000đ.

<sup>9</sup> Xem thêm: Bản án số 191/2018/HNGĐ-ST của TAND huyện Quế Sơn, tỉnh Quảng Nam ngày 29/8/2018.

<sup>10</sup> Xem thêm: Bản án số 48/2020/HNGĐ-ST của TAND huyện Quỳnh Lưu, tỉnh Nghệ An ngày 10/9/2020.

Khi xem xét hai vụ việc trên, có thể thấy sự tương đồng trong các tình tiết và nội dung tranh chấp. Ở vụ việc thứ nhất, trong số các tài sản tranh chấp có số tiền là 6.000.000đ có được từ việc bán mảnh rừng keo lá tràm - là công sức gây dựng của ông T và bà T - Toà xác định là tài sản chung của vợ chồng (*động sản không phải đăng ký*). Ở vụ việc thứ hai, trong số các tài sản tranh chấp có số tiền 32.150.000đ có được từ việc anh S bán hai con trâu (*động sản không phải đăng ký*) - tài sản chung của vợ chồng có được trong thời gian sinh sống. Tuy nhiên, cách xử lý, phân chia tài sản chung của vợ chồng là động sản không phải đăng ký ở hai Toà có sự khác nhau. Ở vụ việc thứ nhất, Toà án đã quyết định số tiền có được từ việc bán mảnh rừng keo lá tràm thuộc về phần của ông T, không yêu cầu chia lại cho bà T một phần mặc dù về bản chất, việc ông T cho hay tặng ai (bao gồm cả con gái là chị H) có liên quan đến tài sản chung của vợ chồng thì phải hỏi và có được sự đồng ý của vợ là bà T. Mặt khác, ở vụ việc thứ hai, Toà án đã có quyết định yêu cầu anh S phải chia lại cho chị B một nửa số tiền có được từ việc bán hai con trâu là 16.075.000đ. Từ đó có thể thấy, ở cách xử lý thứ hai có phần hợp lý hơn, bảo đảm được quyền và lợi ích hợp pháp ngang nhau của vợ chồng trong việc quản lý, sử dụng tài sản chung, Toà đã vận dụng tinh thần của Điều 32 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 để công nhận hiệu lực giao dịch của một bên vợ, chồng, đồng thời cũng tôn trọng và cân bằng lợi ích đối với bên còn lại. Hơn hết là vẫn bảo đảm được quyền tự xác lập giao dịch của một bên vợ, chồng phù hợp với mục đích, nhu cầu trong gia đình và ở một mức độ nào đó tài sản chung là động sản không phải đăng

ký mà có giá trị lớn, là nguồn tạo ra thu nhập chính cho gia đình thì nên có sự thoả thuận và đồng ý của cả hai vợ chồng.

Tuy nhiên, sự thiếu thống nhất trong các cách áp dụng trên có thể dẫn đến nhiều rủi ro cho bên vợ hoặc chồng khi tự mình xác lập, thực hiện giao dịch liên quan đến tài sản chung là động sản không phải đăng ký mà bên còn lại không đồng ý hoặc không biết, đặc biệt là việc tự ý sử dụng tiền chung của gia đình vào giao dịch riêng có thể cho bản thân hay đối với người thứ ba ngay tình. Trong một số trường hợp, Toà án căn cứ vào mục đích sử dụng tài sản chung có nhằm đáp ứng nhu cầu chung, thiết yếu của gia đình hay không để xem xét tính hợp pháp của giao dịch. Tuy nhiên, nếu Toà án dựa trên cơ sở này thì theo quy định tại khoản 1 Điều 13 của Nghị định số 126/2014/NĐ-CP hướng dẫn chi tiết Điều 35 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014: “1. Việc chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản chung do vợ chồng thỏa thuận. Trong trường hợp vợ hoặc chồng xác lập, thực hiện giao dịch liên quan đến tài sản chung để đáp ứng nhu cầu thiết yếu của gia đình thì được coi là có sự đồng ý của bên kia, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 35 của Luật Hôn nhân và gia đình”. Ở đây, mặc nhiên công nhận sự đồng ý của người vợ, chồng không tham gia vào giao dịch đã đủ để công nhận giá trị pháp lý của việc tự ý sử dụng tài sản chung của vợ chồng. Do vậy, người vợ hoặc chồng đang giữ (chiếm hữu) tài sản chung là động sản không phải đăng ký của gia đình hoàn toàn có quyền sử dụng cho bất cứ mục đích nào thông qua giao dịch với người thứ ba ngay tình trên cơ sở quy định tại Điều 32 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

Về việc xác định giao dịch được xác lập bởi một bên vợ hoặc chồng là giao dịch nhằm phục vụ “nhu cầu thiết yếu” trong gia đình, và việc phân chia khoản nợ chung của vợ chồng khi ly hôn vẫn còn có các quan điểm khác nhau, đơn cử như vụ án sau:

**Vụ việc thứ ba<sup>11</sup>:** Vụ án ly hôn, tranh chấp chia tài sản chung của vợ chồng giữa chị Hoàng Thị P và anh Chung Văn T đã được Toà án giải quyết ly hôn và chia tài sản chung năm 2017. Tuy nhiên, về phần công nợ vẫn chưa được Toà giải quyết do chị P không cung cấp được các tài liệu chứng cứ chứng minh sự phát sinh của số nợ. Nay chị đã thu thập được các tài liệu chứng minh có liên quan đến việc vay nợ nên chị yêu cầu Tòa án giải quyết chia phần nợ chung giữa chị và anh T, cụ thể: trong thời gian anh T và chị P chưa ly hôn, chị đã vay của một số người quen như: vay của chị N 12.000.000đ để nuôi con và 50.000.000đ để sửa nhà; vay chị X 1.000.000đ để nộp tiền học cho con; vay Công đoàn Trường tiểu học xã T 14.000.000đ để lo việc gia đình, nộp tiền học và thuê nhà trọ cho con và một số khoản vay khác. Toà án đã tuyên chỉ xác định các khoản tiền vay để nuôi con, nộp tiền học cho con, chi tiêu thiết yếu trong gia đình là nợ chung, riêng khoản tiền chị P vay để sửa nhà thì Toà án xác định không phải nợ chung với lý do: “chị P vay chị N số tiền là 50.000.000 đồng, việc vay nợ anh T hoàn toàn không biết, mục đích vay là để sửa nhà như vậy đây không phải là khoản vay để cho nhu cầu thiết yếu của gia đình. Theo khoản 20 Điều 3 Luật Hôn nhân và Gia đình “Nhu cầu thiết yếu là nhu cầu sinh hoạt thông thường

về ăn, mặc, ở, học tập, khám bệnh, chữa bệnh và nhu cầu sinh hoạt thông thường khác không thể thiếu cho cuộc sống của mỗi người, mỗi gia đình”. Do đó không có căn cứ để buộc anh T có nghĩa vụ liên đới với khoản nợ vay của chị N nên không chấp nhận kháng cáo của chị P về phần này”.

- *Quan điểm thứ nhất đồng ý với cách thức giải quyết của Toà:* theo Điều 37 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định về vấn đề xác định khoản nợ chung của vợ chồng như sau: “Vợ chồng có các nghĩa vụ chung về tài sản sau đây: 1. Nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch do vợ chồng cùng thỏa thuận xác lập, nghĩa vụ bồi thường thiệt hại mà theo quy định của pháp luật vợ chồng cùng phải chịu trách nhiệm; 2. Nghĩa vụ do vợ hoặc chồng thực hiện nhằm đáp ứng nhu cầu thiết yếu của gia đình”. Như vậy, nếu xét theo Điều 37 và khoản 20 Điều 3 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 thì cả hai vợ chồng chỉ phải cùng có nghĩa vụ đối với các khoản nợ do “vợ hoặc chồng thực hiện nhằm đáp ứng nhu cầu thiết yếu của gia đình”. Nhưng trong trường hợp này, việc chị P vay tiền để sửa nhà không nằm trong các giao dịch được liệt kê tại khoản 20 Điều 3; do nó không phải là nhu cầu thiết yếu của gia đình nên nó không được xác định là nợ chung để hai vợ chồng có nghĩa vụ cùng liên đới trả.

- *Quan điểm thứ hai không hoàn toàn đồng ý với cách thức giải quyết của Toà:* Việc Toà căn cứ vào khoản 20 Điều 3 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 để loại khoản vay của chị P nhằm phục vụ cho việc sửa sang nhà cửa ra khỏi khối nợ chung của vợ chồng do không đảm

<sup>11</sup> Xem thêm: Bản án số 26/2019/HNGĐ-PT của TAND tỉnh Thanh Hoá ngày 09/05/2019.

bảo tính “thiết yếu” trong giao dịch. Điều này có phần thiếu hợp lý vì nếu xét theo khoản 3 Điều 45 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 về xác định nghĩa vụ riêng của vợ chồng, thì “nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch do một bên xác lập, thực hiện không vì nhu cầu của gia đình” mới được xem là nghĩa vụ riêng (khoản nợ riêng) của một bên vợ chồng. Cụ thể trong trường hợp này, khoản tiền chị P vay để sửa nhà là nhằm phục vụ nhu cầu của gia đình (cả gia đình cùng chung sống, sử dụng), chăm lo cho các con nên không thể xác định khoản vay này là nợ riêng của chị P để Toà ra phán quyết người nào vay thì người đó có nghĩa vụ phải trả. Mặt khác, việc chị P vay tiền để sửa nhà cũng với mục đích cuối cùng là phục vụ cho nhu cầu “ở, sinh hoạt thông thường của gia đình” nên có thể xem xét là “nhu cầu thiết yếu” của gia đình. Tác giả đồng tình với quan điểm này. Việc Toà áp dụng một cách khuôn mẫu điều luật để đưa ra quyết định không chia khoản nợ chung cho vợ chồng là chưa hợp tình, hợp lý. Pháp luật chưa quy định rõ ràng trong việc xác định khoản giao dịch phục vụ cho “nhu cầu thiết yếu” trong gia đình và chưa thống nhất về việc xác định khi nào là nợ chung và khi nào là nợ riêng của vợ chồng. Điều này dẫn đến việc một số bản án của toà án về xác định và phân chia nợ chung, nợ riêng của vợ chồng chưa thực sự thuyết phục.

Về kinh nghiệm pháp luật nước ngoài về vấn đề này, Điều 1421 Bộ luật Dân sự Pháp quy định: “Vợ hoặc chồng có quyền tự mình quản lý, sử dụng và định đoạt tài sản chung, với điều kiện phải chịu trách nhiệm về lỗi do mình gây ra trong khi quản lý tài sản. Những giao dịch không có gian lận của vợ hoặc chồng có hiệu lực đối kháng đối với người thứ ba”. Như vậy, ở Pháp, vợ hoặc chồng có quyền tự mình quản lý, sử dụng và định đoạt tài sản chung của vợ chồng và chỉ những quyết định quan trọng, ảnh hưởng trực tiếp đến sự biến động liên quan đến tài sản chung thì pháp luật mới yêu cầu phải có sự thỏa thuận, đồng ý giữa vợ và chồng<sup>12</sup>.

Theo quy định của pháp luật Trung Quốc, tài sản của vợ chồng thuộc sở hữu chung hợp pháp trừ trường hợp các bên có thỏa thuận<sup>13</sup> hay pháp luật có quy định khác<sup>14</sup>. Trong quan hệ hôn nhân, vợ, chồng không phân biệt nghề nghiệp, địa vị xã hội, thu nhập đều có quyền chiếm hữu, sử dụng, hưởng lợi, định đoạt tài sản chung một cách bình đẳng, không phụ thuộc và nghĩa vụ tương ứng. Nói cách khác, cho đến khi hôn nhân chấm dứt thì tài sản chung của vợ chồng là toàn bộ khối tài sản chung của vợ chồng. Vợ, chồng với tư cách là chủ sở hữu chung đối với tài sản đó có quyền chiếm hữu,

<sup>12</sup> Hay như tại Điều 1442 Bộ luật Dân sự Pháp quy định “vợ hoặc chồng không được một mình tặng cho tài sản chung của vợ chồng cho người khác nếu không có sự đồng ý của người kia”.

<sup>13</sup> Theo Điều 1065 của Bộ luật Dân sự Trung Quốc, cả hai bên có thể thỏa thuận rằng tài sản có được trong quan hệ hôn nhân và tài sản có trước khi kết hôn thuộc sở hữu của nhau, sở hữu chung hoặc sở hữu riêng hoặc sở hữu một phần cùng nhau. Thỏa thuận sẽ được lập thành văn bản, trường hợp không có thỏa thuận hoặc thỏa thuận không rõ ràng thì áp dụng quy định tại Điều 1062 và Điều 1063 của Luật này. Việc vợ chồng thỏa thuận về tài sản có được trong quan hệ hôn nhân và tài sản có trước hôn nhân có giá trị pháp lý ràng buộc đối với hai bên.

<sup>14</sup> Theo khoản 1 Điều 1062 của Bộ luật Dân sự Trung Quốc và Điều 25 của Giải thích của Tòa án nhân dân tối cao về việc Áp dụng Mục Hôn nhân và gia đình của Bộ luật Dân sự của Trung Quốc.

sử dụng, quản lý, hưởng lợi và định đoạt tài sản đồng sở hữu như nhau<sup>15</sup>. “Quyền định đoạt bình đẳng” có nghĩa là vợ chồng phải thương lượng bình đẳng và đạt được sự thống nhất khi thực hiện các giao dịch liên quan đến tài sản chung. Điều này không đồng nghĩa với việc mọi khoản giao dịch, chi tiêu trong gia đình đều phải được hai bên thoả thuận trước, pháp luật quy định các bên vợ, chồng có quyền tự quyết cho những khoản giao dịch tài sản chung phục vụ cho nhu cầu cần thiết trong đời sống gia đình.

Có thể nhận thấy, quy định tại Điều 32 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 và một số điều luật liên quan như Điều 33, Điều 35 có nét tương đồng với cách tiếp cận của Pháp (Điều 221 và Điều 222 Bộ luật Dân sự Pháp) cũng như Trung Quốc (Điều 1062, Điều 1063 và Điều 1065 Bộ luật Dân sự và Điều 17 Luật Hôn nhân của Trung Quốc) về việc trao quyền cho người vợ hoặc chồng được tự xác lập, thực hiện giao dịch liên quan đến tài sản chung là động sản không phải đăng ký, tài khoản ngân hàng, tài khoản chứng khoán, động sản không đăng ký của vợ chồng. Pháp luật Việt Nam và pháp luật Trung Quốc đều có quy định chung về việc vợ chồng có quyền tự xác lập và thực hiện giao dịch liên quan đến tài sản là động sản không phải đăng ký trong trường hợp giao dịch đó nhằm phục vụ cho nhu cầu, sinh hoạt trong gia đình. Tuy nhiên, Điều 222 Bộ luật Dân sự Pháp ghi nhận “quy định này không áp dụng

đối với những đồ đạc trong nhà quy định tại đoạn 3 Điều 215 và các động sản hữu hình cho phép suy đoán là thuộc quyền sở hữu của bên kia theo quy định tại Điều 1404”. Còn tại pháp luật Việt Nam, phạm vi đối tượng giao dịch bị loại trừ áp dụng cho Điều 32 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 lại là các động sản không phải đăng ký mà đang là nguồn tạo ra thu nhập chủ yếu cho gia đình (khoản 2 Điều 35 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014). Như vậy, việc pháp luật ba quốc gia đặt ra các yêu cầu đặc biệt về một sự thoả thuận, đồng ý giữa vợ và chồng trong các giao dịch liên quan đến một số tài sản chung nó bị chi phối và phụ thuộc nhiều vào cách đánh giá tầm quan trọng của tài sản đó đối với gia đình ở các quốc gia. Tuy nhiên, dường như pháp luật hôn nhân và gia đình của Việt Nam, Pháp và Trung Quốc hiện tại vẫn chưa có những quy định một cách rõ ràng, chi tiết đối với các giao dịch không có đền bù của vợ chồng với người thứ ba ngay tình liên quan đến các loại động sản không phải đăng ký trong gia đình.

### 3. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật

Các bất cập, vướng mắc trong cách hiểu và áp dụng pháp luật đã nêu ở trên xuất phát từ nhiều lý do, một phần bởi các quy định về điều kiện để vợ hoặc chồng tự xác lập, thực hiện giao dịch liên quan đến tài sản chung của vợ chồng là động sản không phải đăng ký có sự ảnh hưởng và chi phối bởi quan điểm của cơ quan áp dụng pháp luật cũng như hoàn cảnh

<sup>15</sup> “Điều 17. Những tài sản sau đây mà vợ, chồng có được trong quan hệ hôn nhân thuộc sở hữu chung của vợ chồng: (1) tiền lương, tiền thưởng; (2) thu nhập từ sản xuất, kinh doanh; (3) thu nhập từ quyền sở hữu trí tuệ; (4) được thừa kế hoặc tặng cho (5) các tài sản hợp pháp khác thuộc sở hữu chung. Vợ, chồng có quyền bình đẳng trong việc sử dụng, định đoạt tài sản thuộc sở hữu chung”.

sống của gia đình. Điển hình như quy định về việc giao dịch tài sản chung phải nhằm đáp ứng nhu cầu thiết yếu cho gia đình, nhưng vấn đề “thiết yếu” là gì thì hiện nay chưa có một cách hiểu thống nhất; hay như vấn đề xác định “tài sản đang là nguồn tạo ra thu nhập chủ yếu của gia đình” cũng gặp nhiều khó khăn. Vì vậy, tác giả kiến nghị hoàn thiện pháp luật về vấn đề này như sau:

**Thứ nhất**, Hội đồng Thẩm phán Toà án nhân dân tối cao cần có một Nghị quyết hướng dẫn áp dụng Điều 32 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, trong đó xác định rõ vợ, chồng đứng tên tài khoản chứng khoán, tài khoản ngân hàng hoặc đang chiếm hữu động sản không phải đăng ký có quyền tự mình xác lập, thực hiện các giao dịch liên quan đến những tài sản chung này với người thứ ba ngay tình mà không cần quan tâm đến mục đích của giao dịch.

**Thứ hai**, cần bổ sung thêm khoản 3 vào Điều 32 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 với nội dung “3. Các giao dịch của một bên vợ, chồng được quyền tự mình xác lập, thực hiện với người thứ ba ngay tình theo quy định tại khoản 1, khoản 2 Điều này phải là giao dịch có đền bù”. Mục đích là giới hạn quyền tự xác lập, thực hiện giao dịch của vợ, chồng liên quan đến tài sản chung là động sản không phải đăng ký, giúp đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp cho bên vợ, chồng còn lại không tham gia vào giao dịch, cũng như đảm bảo, duy trì ổn định khối tài sản chung.

**Thứ ba**, về trách nhiệm liên đới giữa vợ, chồng khi một bên vợ hoặc chồng tự mình tham gia giao dịch dân sự: Đối với những giao

dịch dân sự hợp pháp thì Hội đồng Thẩm phán Toà án nhân dân tối cao cần có hướng dẫn chi tiết, giải thích thuật ngữ “nhu cầu thiết yếu” và quy định rõ dưới dạng liệt kê những nhu cầu nào được xem là nhu cầu thiết yếu của gia đình để làm cơ sở xác định trách nhiệm của vợ chồng đối với giao dịch dân sự với người thứ ba. Đối với giao dịch dân sự không hợp pháp, theo tác giả, nên bổ sung quy định: “Nếu một bên vợ hoặc chồng tự mình tham gia vào các giao dịch dân sự liên quan đến tài sản chung là động sản không phải đăng ký có giá trị lớn mà không có sự đồng ý của bên còn lại thì bên đó có quyền yêu cầu Toà án huỷ bỏ giao dịch dân sự đó”. Việc thể hiện sự đồng ý hay không đồng ý của bên vợ hoặc chồng không tham gia giao dịch dân sự, không nhất thiết phải được lập thành văn bản thoả thuận mà chỉ cần xác định bên vợ, chồng không tham gia giao dịch dân sự đó có biết hoặc phải biết việc tham gia giao dịch dân sự của phía bên kia, thì sẽ buộc họ phải có trách nhiệm liên đới đối với việc xử lý hậu quả pháp lý của giao dịch vô hiệu.

**Thứ tư**, trong trường hợp giao dịch dân sự liên quan đến tài sản chung là động sản không phải đăng ký do một bên vợ, chồng xác lập mà bên còn lại biết mà không phản đối thì pháp luật nên mặc nhiên coi đây là dấu hiệu bày tỏ sự chấp thuận việc thực hiện giao dịch của bên đó. Trường hợp quan hệ vợ chồng chấm dứt do sự kiện ly hôn mà trước đó một bên vợ hoặc chồng đã tự xác lập, thực hiện giao dịch liên quan đến tài sản chung là động sản không phải đăng ký, bên còn lại không biết đến giao dịch này thì phải có nghĩa vụ chia lại cho bên kia một phần giá trị tài sản chung đã giao dịch ■



# QUYỀN ĐƯỢC LÃNG QUÊN Ở MỘT SỐ QUỐC GIA VÀ KIẾN NGHỊ CHÍNH SÁCH CHO VIỆT NAM

Nguyễn Thị Hồng Yến\*

Đào Thị Khánh Linh\*\*

Trần Như Ý\*\*

Lê Thị Bích Ngọc\*\*

\*TS. Trường Đại học Luật Hà Nội

\*\*Trường Đại học Luật Hà Nội

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Quyền con người, quyền được lãng quên, quyền dân sự.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/01/2022  
Biên tập : 16/04/2022  
Duyệt bài : 19/04/2022

## Article Information:

*Keywords:* Human rights; the right to be forgotten; civil rights.

## Article History:

Received : 06 Jan. 2022  
Edited : 16 Apr. 2022  
Approved : 19 Apr. 2022

## Tóm tắt:

“Quyền được lãng quên” là một quyền quan trọng cần được ghi nhận và bảo vệ. Trong bài viết này, các tác giả phân tích, bình luận về các quy định của pháp luật ở một số quốc gia liên quan đến việc ghi nhận và bảo vệ quyền được lãng quên, và khuyến nghị một số chính sách cho Việt Nam.

## Abstract:

The “Right to be forgotten” is an important one that needs to be recognized and protected. In this article, the authors provide an analysis and discussions on the legal provisions in a number of countries related to the recognition and protection of the right to be forgotten, and also make recommendations for policies for Vietnam.

## 1. Khái niệm quyền được lãng quên

Theo Michael Kelly và David Satola thuộc Hiệp hội Luật sư Hoa Kỳ về quản trị Internet, “quyền được lãng quên” (Right to be forgotten) đề cập đến việc các cá nhân có khả năng thực hiện việc xóa, giới hạn, xóa liên kết, xóa hoặc

sửa những thông tin cá nhân có khả năng gây hiểu lầm, đáng xấu hổ, không liên quan hoặc đã hết hạn trên mạng Internet<sup>1</sup>.

Fleisher, Luật sư cố vấn bảo mật toàn cầu của Google, đưa ra ba cách giải thích về quyền được lãng quên<sup>2</sup>, theo đó, (i) quyền được lãng

<sup>1</sup> Michael J. Kelly, David Satola (2017), *The right to be forgotten*, University of Illinois, Law Review, no.1, pp. 1-64.

<sup>2</sup> Peter Fleischer (2011), *Privacy...? Foggy Thinking About the Right to Oblivion*, <http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>, accessed 17/10/2021.

quên có nghĩa là một người có quyền xóa thông tin mà người đó đã đăng trực tuyến (mặc dù không phải tất cả nhưng hầu hết các trang mạng xã hội đều đã cho phép người dùng thực hiện điều này); (ii) quyền được lãng quên là việc một người có quyền xóa bất kỳ thông tin nào về bản thân mà người đó đã đăng trực tuyến, bao gồm cả thông tin mà người khác đã đăng lại; (iii) quyền này cũng có thể hiểu rằng, một người có quyền loại bỏ bất kỳ thông tin nào có sẵn trên mạng về bản thân, bất kể nguồn gốc của thông tin đó.

Theo nhóm tác giả, quyền được lãng quên có thể hiểu là quyền được xóa, chỉnh sửa, hạn chế các thông tin hoặc liên kết có liên quan đến cá nhân nếu những thông tin này gây phương hại tới cá nhân hoặc lợi ích của cộng đồng hay đã lỗi thời và không còn cần thiết. Trên thực tế, việc ghi nhận và bảo vệ quyền được lãng quên có ý nghĩa quan trọng cả về lý luận và thực tiễn. *Về mặt lý luận*, quyền được lãng quên cũng là một quyền con người cơ bản, cần được ghi nhận và bảo vệ tương đương như các quyền cơ bản khác. Mặt khác, dù nội hàm của quyền này có sự đối lập với nhiều quyền khác nhưng về cơ bản, các quyền cùng tồn tại, cùng đấu tranh và bảo đảm lợi ích cao nhất cho cả cá nhân và cộng đồng. Ngoài ra, ghi nhận quyền được lãng quên cũng đặt trách nhiệm cho các chủ thể có thẩm quyền phải xem xét cụ thể, kỹ

lưỡng các trường hợp có yêu cầu hay trường hợp xảy ra tranh chấp để quyết định đâu sẽ là vấn đề được ưu tiên hơn, giá trị của thông tin trong từng trường hợp cụ thể như thế nào... *Về mặt thực tiễn*, quyền được lãng quên góp phần giải quyết một vấn đề cấp bách trong thời đại kỹ thuật số hiện nay, đó là gia tăng khả năng xóa bỏ các thông tin quá khứ/liên quan của cá nhân trên Internet. Điều này giúp loại bỏ tình trạng thông tin được lưu trữ mãi mãi trên dữ liệu đám mây<sup>3</sup> và không thể bị xóa bỏ<sup>4</sup>, “sẽ vĩnh viễn gắn kết chúng ta với tất cả các hành động trong quá khứ của chúng ta, khiến chúng ta không thể thoát khỏi chúng trên thực tế”<sup>5</sup>. Nhìn chung, khi được phép lưu chuyển tự do và không bị hạn chế bởi các quy tắc thương mại tư nhân hoặc quy định pháp lý, các dữ liệu được đề nghị cho nhiều cách hiểu và sử dụng khác nhau trong khi chúng hoàn toàn bị tách rời khỏi bối cảnh ban đầu chúng xuất hiện. Những tác động bất lợi của dữ liệu có sẵn vĩnh viễn thể hiện rõ nhất khi thông tin cá nhân bị tiết lộ mà không được sự cho phép của chủ thể dữ liệu, hoặc khi thiệt hại do tiết lộ thông tin đó gây ra là không thể khắc phục được.

## 2. Mối quan hệ giữa “quyền được lãng quên” với các quyền tự do cơ bản khác của con người

*Thứ nhất*, quyền được lãng quên được đặt trong mối quan hệ với quyền tự do ngôn luận,

<sup>3</sup> Snyder v. Millersville Univ., No. 07-1660, 2008 WL 5093140 (E.D. Pa. Dec. 3, 2008), <https://www.leagle.com/decision/infdco20081204799>, accessed 21/10/2021; Balsley v. LFP, Inc., No. 11-3445 (6th Cir. 2012), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca6/11-3445/11-3445-2012-08-16.html>, accessed 21/10/2021.

<sup>4</sup> Charles J. Sykes (1999), *The end of privacy, The struggle over privacy is the preeminent issue of the Information Age*; Jonathan Zrrrain (2008), *The future of the internet-and how to stop it*; Jeffrey Rosen (2010), *The Web Means the End of Forgetting*, N.Y. Times MAG, <https://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?searchResultPosition=1>, accessed 01/10/2021.

<sup>5</sup> Viktor Mayer-Schonberger (2009), *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*, p. 125.

tự do thông tin, tự do báo chí. Đây là vấn đề tranh cãi bởi lẽ hai quyền này có nội hàm trái ngược nhau<sup>6</sup>. Trong khi quyền được lãng quên hay quyền riêng tư cá nhân hướng đến việc bảo vệ lợi ích cho từng cá nhân, cho phép họ được quyền quản lý, xử lý, quyết định thông tin của mình hoàn toàn theo ý chí của bản thân, thì quyền được tiếp cận thông tin lại hướng tới lợi ích của cộng đồng, của công chúng mà cho phép ẩn, xóa những thông tin của cá nhân đó một cách tùy ý. Một mặt, quyền được lãng quên là biểu hiện cho quyền riêng tư bởi không thể phủ nhận rằng, trong cuộc sống ở rất nhiều lĩnh vực, chúng ta cần được bảo vệ quyền riêng tư. Ví dụ: những thông tin về tài chính cá nhân, công việc, hồ sơ sức khỏe, xu hướng tính dục, mối quan tâm xã hội,... Ngoài ra, mọi người đều không muốn những khoảnh khắc tồi tệ nhất trong cuộc đời bị hiển thị mãi mãi trên mạng Internet. Giống như Gonzilez từng nói<sup>7</sup>, con người nói chung thường muốn thoát ra khỏi quá khứ và có một cuộc sống hiện tại tốt đẹp, không liên quan đến những hình ảnh xấu xí tiêu cực đã lỗi thời. Vì vậy, chúng ta cần đưa lên bàn cân để xem quyền nào sẽ là quyền chiếm được nhiều sự ưu tiên hơn: quyền được lãng quên hay quyền được truy cập thông tin? Có lẽ, không thể có một câu trả lời chính xác cho mọi trường hợp vì phụ thuộc rất nhiều vào tinh thần pháp luật cũng như điều kiện kinh tế-xã hội, môi trường chính trị của mỗi quốc gia.

*Thứ hai*, quyền được lãng quên đặt trong mối quan hệ với quyền của chủ thể kinh doanh. Đây là mối quan hệ giữa trách nhiệm cộng đồng với bài toán kinh tế của doanh nghiệp. Tòa án Công lý Liên minh châu Âu (CJEU) đã “áp đặt” lên các nhà cung cấp công cụ tìm kiếm một trách nhiệm mà họ không mong muốn, đó là phải cân bằng giữa lợi ích kinh tế và trách nhiệm cộng đồng thông qua việc tuân thủ các quyền cơ bản của con người<sup>8</sup>. Vào năm 2014, Google đã tổ chức một cuộc triển lãm vòng quanh châu Âu để thể hiện sự không hài lòng của công ty này, đáng chú ý một loạt các sự kiện công khai nhằm giải thích tác động từ quyết định của CJEU và phản ứng của Google đối với sự việc đó<sup>9</sup>. Mặc dù Google “có vẻ” giống như một tiện ích công cộng khi cung cấp công cụ tìm kiếm miễn phí cho đa số người dùng và hầu hết hoạt động trên nền tảng này là không thu tiền, nhưng thực tế, nó không phải là một tiện ích công cộng - Google là một công ty. Giống như bất kỳ công ty nào, Google được đánh giá bằng lợi nhuận, duy trì hoạt động dựa trên lợi nhuận. Muốn làm được điều đó, Google sẽ phải thực hiện các thao tác để cắt giảm chi phí vận hành. Việc thực thi quyền được lãng quên đối với các nhà cung cấp dịch vụ tìm kiếm trên Internet như Google sẽ khiến cho các chi phí tăng lên rất nhiều, do phải chi trả cho nhân lực (bộ phận kiểm duyệt,

<sup>6</sup> Eleni Frantziou (2014), *Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice's Judgment in Case C- 131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Argencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Human Rights Law Review, vol. 14, Issue 4, pp. 761–777.

<sup>7</sup> Nguyên đơn trong vụ án *Google Spain SL, Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos AEPD and Mario Costeja Gonzalez* (Court of Justice of the European Union, C- 131/12, 13 May 2014).

<sup>8</sup> Charles Miller (2014), *Google's 'Right to be Forgotten' Tour Comes to London*, BBC (online), <http://www.bbc.co.uk/blogs/blogcollegeofjournalism/posts/Googles-right-to-be-forgotten-tour-comes-to-London>, accessed 28/10/2021.

<sup>9</sup> Tlđđ.

bộ phận xử lý khiếu nại,...) hoặc cơ sở vật chất khác. Nếu như công ty không thực hiện quyền được lãng quên sẽ vấp phải sự phản đối của Liên minh châu Âu. Theo đó, hoạt động của Google tại những nước trong Liên minh có thể sẽ bị chặn và không được phép lưu hành như một sự trừng phạt cao nhất do không tuân thủ quy định. Nhưng nếu công ty thực hiện quyền được lãng quên, những tác động đến lợi ích kinh tế sẽ bị ảnh hưởng. Ngoài ra, Google sẽ phải thiết lập nhiều nguyên tắc khác nhau cho các quốc gia và khu vực khác nhau, giữa nơi công nhận và nơi không công nhận quyền được lãng quên,....

Như vậy, quyền được lãng quên có thể tác động đến các quyền lợi cơ bản khác như quyền tự do ngôn luận hay quyền của chủ thể kinh doanh và cho phép chủ thể quyền che giấu đi những điều không hay về mình. Chính vì vậy, việc xóa bỏ thông tin trên cơ sở yêu cầu của cá nhân cần đặt trong mối tương quan so sánh với quyền lợi tiếp cận thông tin, quyền tự do ngôn luận của cá nhân khác và của toàn xã hội. Nhìn chung, khi có yêu cầu xóa bỏ thông tin, bên tiếp nhận cần xem xét liệu thông tin này có thể đem lại lợi ích cho cộng đồng hay không, đồng thời cân nhắc giữa lợi ích đó với các quyền cần được bảo vệ của cá nhân. Có thể thấy rằng, quyền được lãng quên và quyền tự do ngôn luận luôn tồn tại các vấn đề xung đột, phải xử lý một cách hợp lý trong từng trường hợp cụ thể. Mặc dù là một trong những khu vực đi đầu

và có lập trường rõ ràng trong bảo vệ “quyền được lãng quên”, CJEU cũng cho rằng quyền được lãng quên không thể tồn tại nếu không cân bằng lợi ích với các quyền khác<sup>10</sup>.

### 3. Quy định của pháp luật Liên minh châu Âu và Hoa Kỳ về quyền được lãng quên

#### 3.1. Quy định của pháp luật Liên minh châu Âu

Liên minh châu Âu (EU) là khu vực tiên phong trên thế giới trong việc ban hành pháp luật liên quan đến quyền được lãng quên trong các đạo luật bảo vệ dữ liệu cá nhân (Data Protection Law). Kể từ năm 2014, quyền được lãng quên đã trở thành chủ đề tranh luận trên toàn thế giới khi quyền này đặt ra ranh giới giữa quyền riêng tư và quyền tự do ngôn luận, bắt nguồn từ một phán quyết của CJEU<sup>11</sup>. Nội dung phán quyết của Tòa chỉ ra rằng, nếu một cá nhân đưa ra yêu cầu hủy niêm yết, Google và các công cụ tìm kiếm khác phải gỡ niêm yết các kết quả liên quan đến họ trên một số địa chỉ web nhất định. Tuy nhiên, thông tin sẽ không bị xóa khỏi trang web gốc và có thể được truy cập bằng cách sử dụng các thuật ngữ tìm kiếm khác (nhằm cân bằng giữa quyền được lãng quên của cá nhân và quyền được tự do tiếp cận thông tin của cộng đồng). Ngoài ra, phán quyết cũng đề cập tới phạm vi áp dụng của pháp luật EU đối với các công cụ tìm kiếm. Mặc dù máy chủ của công ty xử lý dữ liệu nằm ngoài EU, nhưng khi có chi nhánh hoặc công ty con tại một quốc gia thành viên của EU thì pháp luật

<sup>10</sup> Shaniqua Singleton (2016), *Balancing a right to be forgotten with a right to freedom of expression in the wake of Google Spain v.AEPD*, <https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2256&context=gjicl>, accessed 01/10/2021.

<sup>11</sup> *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González. Case C-131/12*, Judgment of the Court (Grand Chamber) (2014), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>, accessed 01/10/2021.

của của EU vẫn được áp dụng. Sau phán quyết này, các nhà điều hành công cụ tìm kiếm như Google đã phải tuân thủ nghiêm túc việc bảo đảm quyền được lãng quên theo pháp luật EU và xử lý một số lượng lớn yêu cầu từ các cá nhân để xóa các đường dẫn trong các kết quả tìm kiếm Google<sup>12</sup>. Điều này thể hiện sự thay đổi lớn trong việc quan tâm tới thông tin của chính mình của các chủ thể dữ liệu khi có điều kiện thuận lợi để thực hiện sự quan tâm đó. Ngoài ra, EU cũng đặt lên vai các nhà cung cấp công cụ tìm kiếm một trách nhiệm lớn mà trước đây họ gần như không cần phải quan tâm.

Vào năm 2019, Tòa tiếp tục đưa ra thêm hai phán quyết liên quan đến quyền được lãng quên. Phán quyết thứ nhất<sup>13</sup> liên quan tới vụ việc bốn công dân Pháp yêu cầu Google ngừng hiển thị trong kết quả tìm kiếm (dựa trên tên của họ) liên kết tới bài viết mà bên thứ ba đã đăng tải về họ, vì đây là những thông tin nhạy cảm. Tuy nhiên, Google từ chối vì cho rằng đây là những dữ liệu mang tính lợi ích công cộng nên quyền tiếp cận thông tin của công chúng là quan trọng hơn trong trường hợp đó. CJEU đã đồng ý rằng, những thông tin của các công dân trên thuộc trường hợp “thông tin nhạy cảm” và yêu cầu Google hủy tham chiếu với kết quả tìm kiếm này. Ngoài ra, đối với mỗi quan tâm của công chúng về những thông tin đã lỗi thời, không còn chính xác, CJEU cho rằng nên được

hạn chế để bảo vệ quyền của chủ thể dữ liệu. Phán quyết thứ hai<sup>14</sup> có nội dung về phạm vi lãnh thổ áp dụng quyền hủy niêm yết đối với các kết quả tìm kiếm trên Google liên quan tới tranh chấp giữa Google Inc. và Ủy ban Quốc gia Pháp về thông tin và quyền tự do (CNIL). CJEU đã phán quyết rằng: *Một là*, việc hủy niêm yết của Google nên được *giới hạn* ở các phiên bản trong các quốc gia thành viên EU sau khi đáp ứng những điều kiện nhất định; *hai là*, khi Google nhận được yêu cầu hủy đường dẫn đến trang web có *dữ liệu nhạy cảm* được công bố, Google phải xem xét lợi ích cân bằng giữa các quyền riêng tư và bảo vệ dữ liệu của người yêu cầu hủy niêm yết đó, với lợi ích hợp pháp của cộng đồng. CJEU cũng cho rằng, Google cùng các công cụ tìm kiếm khác cần được yêu cầu bổ sung việc hủy đường dẫn thông qua các biện pháp kỹ thuật nhằm ngăn chặn người dùng Internet ở EU sử dụng một tên miền ở một quốc gia ngoài EU truy cập vào các đường dẫn đó.

Với phán quyết thứ hai này, việc giới hạn phạm vi “chỉ ở trong các phiên bản công cụ tìm kiếm thuộc các quốc gia EU” có lẽ là một sự “đi lùi” trong mục tiêu thiết lập một tiêu chuẩn bảo vệ dữ liệu cá nhân ở mức độ toàn diện cho cư dân EU. Bởi lẽ, ở phạm vi ngoài EU, chỉ cần sử dụng một công cụ tìm kiếm thì các thông tin của chủ thể dữ liệu vẫn sẽ được tìm thấy. Như vậy, mức độ bảo mật, hay nói cách khác là

<sup>12</sup> James Doubek (2018), *Google Has Received 650,000 ‘Right To Be Forgotten’ Requests Since 2014*, <https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2018/02/28/589411543/google-received-650-000-right-to-be-forgotten-requests-since-2014>, accessed 01/10/2021.

<sup>13</sup> Vụ án giữa bốn công dân GC, AF, BH, ED với CNIL - Ủy ban Quốc gia Pháp về thông tin và quyền tự do - (CNIL) và Google LLC, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-136/17>, truy cập ngày 01/10/2021.

<sup>14</sup> Vụ án Google Inc. và Ủy ban Quốc gia Pháp về thông tin và quyền tự do - Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=218105&-text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=969325>, truy cập ngày 01/10/2021.

phạm vi quyền được lãng quên vẫn chưa được thực hiện một cách triệt để. Mặt khác, như CJEU đã từng khẳng định, “quyền được lãng quên” không phải là một quyền tuyệt đối<sup>15</sup>. Do đó, việc giới hạn phạm vi này nhằm mục đích nhượng bộ và cân bằng với quyền của các chủ thể khác trong xã hội. Ở một khía cạnh khác, việc không áp đặt tiêu chuẩn EU lên toàn cầu mà chỉ trong phạm vi khu vực cũng là một điều hợp lý. Đây sẽ là một cơ chế “mở” để các quốc gia có thể tự mình đặt ra các quy định phù hợp với điều kiện của chính quốc gia đó. Cần lưu ý rằng, CJEU cũng đã thực hiện các biện pháp để yêu cầu thực hiện sự bảo vệ này đến mức cao nhất trong phạm vi liên minh, thông qua việc yêu cầu các công cụ tìm kiếm cung cấp các giải pháp kỹ thuật nhằm ngăn chặn người dùng tại EU sử dụng tên miền khác để truy cập thông tin đã bị hủy tham chiếu. Thêm vào đó, EU không tạo ra một sự tuyệt đối hoá cho việc “chỉ áp dụng trong phạm vi EU”, mà các Tòa án quốc gia thành viên và các cơ quan bảo vệ dữ liệu quốc gia (DPA) hoàn toàn có thể dựa trên những tiêu chuẩn của nội luật để áp đặt lệnh gỡ bỏ niềm yết đối với các nhà điều hành công cụ tìm kiếm trên phạm vi toàn cầu trong những trường hợp thích đáng<sup>16</sup>. Mặc dù phán quyết này có lợi cho Google, nhưng CJEU đã không loại trừ khả năng về tính hợp pháp của việc áp đặt lệnh gỡ bỏ niềm yết ở phạm vi toàn cầu trong tương lai.

Với ba phán quyết được đưa ra, có thể thấy, quan điểm của EU khá rõ ràng. EU ủng hộ quyền được lãng quên và đề cao quyền riêng tư cá nhân. Dù vậy, đây không phải là quyền tuyệt

đối mà cũng cần có sự cân bằng và cân nhắc kỹ lưỡng đối với các quyền khác.

Quy định bảo vệ dữ liệu của Liên minh châu Âu (General Data Protection Regulation<sup>17</sup>) bắt đầu có hiệu lực vào ngày 25/05/2018 và quyền được lãng quên được quy định trong Điều 17 của Bộ quy định này. Trong đó, quyền được lãng quên bao gồm hai nội dung: một là quyền xóa dữ liệu (right to erasure), hai là quyền hủy niêm yết/quyền hủy tham chiếu (right to de list/right to do-refer). Căn cứ theo Điều 17 GDPR, quyền xóa dữ liệu được áp dụng khi chủ thể dữ liệu yêu cầu xóa những thông tin liên quan đến họ trong một khoảng thời gian hợp lý và người quản lý dữ liệu sẽ có nghĩa vụ thực hiện việc xóa dữ liệu này. Tuy nhiên, điều này chỉ được áp dụng nếu đáp ứng đủ 6 điều kiện được quy định tại Điều 17 này; đó là: (1) Dữ liệu cá nhân không còn được sử dụng với mục đích thu nhập ban đầu; (2) Chủ thể dữ liệu cá nhân rút lại sự đồng ý cho việc xử lý dữ liệu; (3) chủ thể dữ liệu phản đối việc xử lý dữ liệu; (4) Dữ liệu cá nhân bị xử lý bất hợp pháp; (5) Dữ liệu cá nhân phải bị xóa vì tuân thủ nghĩa vụ pháp lý theo luật EU hay luật của quốc gia thành viên; (6) Dữ liệu cá nhân đã được thu nhập có mối liên quan đến việc cung cấp thông tin về các dịch vụ xã hội. Cũng tại Điều 17, EU cũng liệt kê ra các trường hợp không được phép áp dụng quyền xóa dữ liệu.

### 3.2. Quy định của pháp luật Hoa Kỳ

Đối với Hoa Kỳ, quyền được lãng quên chưa được công nhận là một quyền con người riêng biệt, mà chỉ được tiếp cận dưới góc độ là

<sup>15</sup> Tlđđ.

<sup>16</sup> Phần 72 Phán quyết vụ án Google - CNIL 2019.

<sup>17</sup> General Data Protection Regulation (GDPR) of EU, 2018, <https://gdpr-info.eu>.

quyền được tự do, tự nguyện xóa các dữ liệu đã đưa lên trước đó<sup>18</sup>. Kể từ thời điểm CJEU đưa ra quyết định mang tính bước ngoặt vào ngày 13/5/2014, công nhận quyền được lãng quên, các nhà bình luận từ Hoa Kỳ đã đưa ra quyết định trái ngược với lý lẽ của quyền tự do ngôn luận<sup>19</sup>. Họ cảnh báo rằng, việc cấp cho mọi người quyền xóa liên kết đến những chuyện quá khứ của họ khỏi các kết quả tìm kiếm theo tên của họ trên Google là vi phạm quyền tự do ngôn luận<sup>20</sup>.

Việc Hoa Kỳ ủng hộ quyền tự do ngôn luận bắt nguồn từ các nguyên tắc trong Hiến pháp về việc bảo vệ quyền thu thập và truyền tải thông tin một cách cởi mở và không hạn chế. Điều này được thể hiện thông qua phán quyết của Tòa án Phúc thẩm Liên tiểu bang thứ hai tại Hoa Kỳ (The Second U.S. Circuit Court of Appeals) trong vụ án Martin và Hearst Corporation năm 2015<sup>21</sup>. Trong đó, Lorraine Martin bị bắt cùng với hai con trai của cô vì các cáo buộc liên quan tới ma túy. Mặc dù tiểu bang đã không truy tố Martin và xóa hồ sơ bắt giữ theo Quy chế Xóa hồ sơ hình sự của tiểu bang (Criminal Records Erasure Statute), các

bài báo về vụ bắt giữ Martin vẫn xuất hiện trên mạng. Vì vụ bắt giữ của cô đã được xóa bỏ, Martin yêu cầu các phương tiện truyền thông, báo chí gỡ các bài báo về vụ việc nêu trên. Tuy nhiên, tập đoàn truyền thông Hearst Corporation đã từ chối yêu cầu này. Do đó, Martin đã kiện tập đoàn này với tội danh bôi nhọ danh dự. Tòa án liên bang quận đã bác bỏ yêu cầu này của Martin và khi cô này kháng cáo, Tòa án Phúc thẩm Liên tiểu bang thứ hai lập luận rằng các quy định về việc xóa dữ liệu cá nhân “không quy định trường hợp xóa dữ liệu về một vụ bắt giữ nghiêm trọng chỉ vì bị cáo sau đó trên thực tế đã chưa thực sự bị bắt hay truy tố”. Chuyên gia Eric Goldman đã giải thích rằng, các quyết định của Tòa án cho thấy không có yêu cầu về quyền bị lãng quên nào được công nhận tại đây<sup>22</sup>. Việc buộc các nhà cung cấp dịch vụ xóa tài liệu khỏi Internet nói chung<sup>23</sup> sẽ tạo thành một dạng phát ngôn bắt buộc (compelled speech)<sup>24</sup> mà theo Tu chính án thứ nhất (the First Amendment) là không được phép thực hiện. Bên cạnh đó, việc ép buộc các cơ quan báo chí xóa bỏ những thông tin đúng sự thật sẽ vi phạm một loạt các quy định về tự do báo chí được công nhận trong những vụ

<sup>18</sup> Leigh Phillips (2011), *EU to Force Social Network Sites to Enhance Privacy*, GUARDIAN, <https://www.theguardian.com/media/2011/mar/16/eu-social-network-sites-privacy>, accessed 01/10/2021.

<sup>19</sup> Case C-131/12, *Google Spain SL v. Costeja* (2014), E.C.R. I-317, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0>, accessed 24/10/2021.

<sup>20</sup> Marcus Wohlsen (2014), *For Google, the 'Right to Be Forgotten' Is an Unforgettable Fiasco*, <https://www.wired.com/2014/07/google-right-to-be-forgotten-censorship-is-an-unforgettable-fiasco/>, accessed 24/10/2021.

<sup>21</sup> *Martin v. Hearst Corporation* (2015), [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=17020447715187840855&hl=en&as\\_sdt=6&as\\_vis=1&oi=scholar](https://scholar.google.com/scholar_case?case=17020447715187840855&hl=en&as_sdt=6&as_vis=1&oi=scholar), accessed 24/10/2021.

<sup>22</sup> Eric Goldman (2015), *Reports on Expunged Arrest Can't Be Erased From the Internet—Martin v. Hearst*, <https://blog.ericgoldman.org/archives/2015/01/reports-on-expunged-arrest-cant-be-erased-from-the-internet-martin-v-hearst.htm>, accessed 8/10/2021.

<sup>23</sup> Ronald Kahn (2009), *Internet*, <https://mtsu.edu/first-amendment/article/1119/internet>, accessed 08/10/2021.

<sup>24</sup> David L. Hudson Jr, *Compelled Speech*, <https://mtsu.edu/first-amendment/article/933/compelled-speech>, accessed 08/10/2021.

việc như: *Florida Star v. B.J.F.* (1989)<sup>25</sup>, *Cox Broadcasting Co. v. Cohn* (1975)<sup>26</sup> và *Smith v. Daily Mail Publishing* (1979)<sup>27</sup>. Trong các phán quyết này, Tu chính án thứ nhất cấm việc xử phạt báo chí vì đã xuất bản thông tin một cách trung thực<sup>28</sup>. Mặc dù vậy, Tu chính án thứ nhất cũng không hề ngăn cấm các quy định mang tính tự nguyện ở các lĩnh vực khác nhau, chẳng hạn như chính sách bảo vệ danh tính của các nạn nhân bị hiếp dâm<sup>29</sup>.

Tuy nhiên, bất chấp sự bảo vệ của Hiến pháp Hoa Kỳ, các công ty tại quốc gia này vẫn phải tuân thủ quy định của EU về quyền được lãng quên. Kể từ khi quy định về quyền được lãng quên tại châu Âu áp đặt lên Google có hiệu lực, công ty này đã xử lý 43% trong số 2,4 triệu yêu cầu xóa URL, gần 90% trong số những yêu cầu đơn đơn đó đến từ các cá nhân riêng lẻ<sup>30</sup>.

#### 4. Khuyến nghị một số chính sách cho Việt Nam về quyền được lãng quên

Hiện nay, Việt Nam chưa có quy định về quyền được lãng quên. Tuy nhiên, khoản 1 Điều 22 Luật Công nghệ thông tin về việc lưu trữ, cung cấp thông tin cá nhân trên môi trường mạng, cho phép các chủ thể dữ liệu có quyền

“yêu cầu tổ chức, cá nhân lưu trữ thông tin cá nhân của mình trên môi trường mạng thực hiện việc kiểm tra, đính chính hoặc hủy bỏ thông tin đó”. Theo đó, việc các chủ thể dữ liệu có quyền hủy bỏ thông tin đã được lưu trữ trên không gian mạng đã cho thấy tinh thần của quyền được lãng quên trong phạm vi hẹp, khi quyền này cho phép các cá nhân, tổ chức được yêu cầu bên lưu trữ, xử lý dữ liệu xóa hoặc hủy bỏ thông tin cá nhân mà họ không mong muốn khỏi sự tìm kiếm của công chúng nếu đáp ứng được các điều kiện luật định. Dự thảo Nghị định về Bảo vệ dữ liệu cá nhân năm 2021<sup>31</sup> cũng đã đề cập về việc ngừng lưu trữ, xóa dữ liệu cá nhân và hủy phương tiện lưu trữ dữ liệu cá nhân; các trường hợp cụ thể được quy định chủ yếu trong Điều 5 và Điều 16 Dự thảo Nghị định về quyền của chủ thể liên quan đến xử lý dữ liệu cá nhân. Tinh thần của “quyền được lãng quên” được quy định trong Dự thảo Nghị định này thuần túy là quyền xóa dữ liệu, chứ không bao hàm quyền hủy tham chiếu giống như quy định của Liên minh châu Âu (GDPR).

Trên thực tế, dữ liệu mang lại rất nhiều giá trị cho chủ thể nắm quyền quản lý chúng, và vì thế, tính nhạy cảm và dễ tổn thương của dữ

<sup>25</sup> James T. Gibson, *Florida Star v. B.J.F.* (1989), <https://mtsu.edu/first-amendment/article/578/florida-star-v-b-j-f>, accessed 08/10/2021.

<sup>26</sup> Sandeep C. Ramesh, *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn* (1975), <https://mtsu.edu/first-amendment/article/576/cox-broadcasting-corp-v-cohn>, accessed 08/10/2021.

<sup>27</sup> Jane E. Kirtley, *Smith v. Daily Mail Publishing Co.* (1979), <https://mtsu.edu/first-amendment/article/509/smith-v-daily-mail-publishing-co>, accessed 08/10/2021.

<sup>28</sup> Terry Carter (2017), *Erasing the News: Should some stories be forgotten?*, [https://www.abajournal.com/magazine/article/right\\_to\\_be\\_forgotten\\_US\\_law](https://www.abajournal.com/magazine/article/right_to_be_forgotten_US_law), accessed 08/10/2021.

<sup>29</sup> Edward Lee, *The Right to Be Forgotten v. Free Speech Internet Freedom*, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/isjlsoc12&i=93>, accessed 24/10/2021.

<sup>30</sup> Heilweil, *How Close Is An American Right-To-Be-Forgotten?*, <https://www.forbes.com/sites/rebeccaheilweil/2018/03/04/how-close-is-an-american-right-to-be-forgotten/?sh=4949b6e626ef>, accessed 08/10/2021.

<sup>31</sup> Dự thảo Nghị định quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân, <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Cong-nghe-thong-tin/Du-thao-Nghi-dinh-quy-dinh-ve-bao-ve-du-lieu-ca-nhan-465185.aspx>, truy cập ngày 16/7/2022.



liệu cá nhân dường như càng tăng cao khi kinh tế phát triển vượt bậc, công cụ lưu trữ thông tin ngày càng tinh vi và phức tạp như hiện nay. Việt Nam là một trong số 20 nước có số người sử dụng Internet cao nhất thế giới, tỷ lệ người sử dụng Internet theo thống kê của Tổng cục Thống kê năm 2019 là đạt 68,7%, trong khi đó trung bình của thế giới là 51,4%<sup>32</sup>. Theo số liệu của Cục Viễn thông, thời điểm diễn ra dịch Covid-19, tốc độ tăng trưởng băng rộng di động của Việt Nam trong năm 2020 tăng đến 22,45%, băng rộng cố định tăng 13,33% so với cùng kỳ; vào năm 2021, số lượng thuê bao băng rộng cố định trên toàn quốc trong 9 tháng đầu năm tăng đến hơn 1,6 triệu<sup>33</sup>. Điều này đồng nghĩa với việc, một lượng lớn thông tin của người sử dụng sẽ được chuyển lên Internet, được lưu trữ tại các phương tiện điện tử như điện toán đám mây,... và đặt ra yêu cầu về các tiêu chuẩn đối với việc xử lý và lưu trữ các dữ liệu này nhằm bảo vệ người dùng. Bởi lẽ, đi cùng với nhu cầu sử dụng Internet tăng cao, là sự gia tăng của tình trạng xâm phạm, đánh cắp và rao bán thông tin cá nhân trên các diễn đàn tại Việt Nam ngày một công khai với mức độ ngày càng nghiêm trọng, quy mô ngày càng lớn và tinh vi. Điều đó báo động nguy cơ xử lý dữ liệu cá nhân sai mục đích cung cấp ban đầu, trái quy định của pháp luật, hoặc tệ hơn là “qua mặt” chủ thể dữ liệu: xử lý dữ liệu mà không có sự đồng ý của chủ thông tin.

Thực tiễn về các vụ việc giao bán dữ liệu cá nhân thời gian quá cho thấy, yêu cầu về việc quy định quyền được lãng quên đang dần trở

nên cấp thiết hơn bao giờ hết. Việc ban hành các quy định liên quan tới quyền này sẽ góp phần giải quyết vấn đề các bên lưu trữ, xử lý dữ liệu không thực hiện trách nhiệm xóa và hủy bỏ sau khi đã hoàn thành mục đích sử dụng, mà lại tiếp tục sử dụng vào mục đích khác với mục đích ban đầu. Việc quy trách nhiệm xóa, hủy bỏ dữ liệu sau khi hoàn thành mục đích sử dụng cũng đặt ra vấn đề về hình thức xử lý các bên vi phạm trách nhiệm này.

Trên cơ sở các kết quả nghiên cứu từ lý luận và thực tiễn của các quốc gia liên quan đến quyền được lãng quên, nhóm tác giả đưa ra một số đề xuất sau đây cho việc ghi nhận quyền được lãng quên tại Việt Nam

**Thứ nhất**, cần công nhận và ghi nhận “quyền được lãng quên” tại Việt Nam trong Nghị định Bảo vệ dữ liệu cá nhân. Vấn đề về quyền được lãng quên đã được đề cập tại Việt Nam trong những năm gần đây, nhưng quyền được lãng quên nói riêng và bảo vệ dữ liệu cá nhân nói chung có tiến trình luật hoá tương đối chậm. Vì thế, vừa để bảo đảm cho quyền của chủ thể dữ liệu, vừa để quyền này không rơi vào “lãng quên”, việc đưa “quyền được lãng quên” vào Nghị định, rồi từng bước nghiên cứu nâng lên thành một điều khoản trong Luật Bảo vệ dữ liệu cá nhân là hoàn toàn hợp lý. Thực tế, đây là một bước tiến nhân văn, phù hợp với chủ trương của một nền pháp luật tiến bộ, dân chủ - hoà hợp với tinh thần của pháp luật quốc tế. Ngoài ra, việc ghi nhận quyền này là vô cùng cần thiết vì những lợi ích nó mang lại trong thời đại công nghệ số hiện nay.

<sup>32</sup>Lan Phương (2020), *Việt Nam trong top 20 nước có số người sử dụng Internet cao nhất thế giới*, <https://ictvietnam.vn/viet-nam-trong-top-20-nuoc-co-so-nguoi-su-dung-internet-cao-nhat-the-gioi-20201215205939618.htm>, truy cập ngày 27/10/2021.

<sup>33</sup> Cục Viễn thông, *Tình hình phát triển thuê bao băng rộng năm 2020, 2021*, <https://vnta.gov.vn/thongke/Trang/dulieuthongke.aspx>, truy cập ngày 27/10/2021.

Ngoài những lý do xuất phát từ nhu cầu kinh tế - xã hội, cũng cần lưu tâm tới văn hoá sử dụng mạng xã hội của một bộ phận người dùng tại Việt Nam. Trên các diễn đàn mạng Việt Nam có rất nhiều nơi đưa những thông tin sai lệch, chưa được kiểm chứng hoặc mang nội dung bắt nạt, bôi nhọ, vu khống một cách tràn lan, một chiều, thiếu căn cứ, chưa có xác nhận hay thẩm định của cơ quan có thẩm quyền. Người dùng Internet khi đứng trước những luồng thông tin đó liền lập tức chia sẻ, xuyên tạc, thậm chí dùng những từ ngữ rất không thiện chí để bình luận. Hậu quả của những vụ việc này rất nặng nề về mặt uy tín, danh dự, thiệt hại kinh tế, thậm chí cả mạng sống. Việc ghi nhận quyền được lãng quên trong trường hợp này có lẽ là giải pháp tốt để bảo đảm cho những thông tin sai sự thật, hoặc không còn giá trị theo thời gian được gỡ bỏ. Mục đích nhân văn, cao cả vẫn là hướng tới bảo vệ quyền con người - quyền của những chủ thể có khả năng bị tổn thương khỏi những hành vi gây tổn thương trên mạng Internet.

*Thứ hai*, nếu quyền được lãng quên được ghi nhận, các nhà làm luật nên xây dựng quyền này không chỉ bao gồm quyền xóa dữ liệu mà còn bao gồm cả quyền hủy tham chiếu/hủy niêm yết. Do quyền được lãng quên cũng cần được cân bằng với sự quan tâm của xã hội đối với các sự kiện cụ thể, thay đổi theo từng trường hợp. Vì vậy, trong những trường hợp này, việc hạn chế ở một mức độ nhất định truy cập dữ liệu sẽ tốt hơn là việc xóa đi hoàn toàn nội dung đó trên Internet. Rút kinh nghiệm từ các phán quyết của GDPR, nhóm tác giả đề

xuất bổ sung khía cạnh của quyền hủy tham chiếu/hủy niêm yết vào nội dung của “quyền được lãng quên”.

*Thứ ba*, nên chọn cách tiếp cận với quyền này dựa trên các quy định về khung tiêu chuẩn. Nghĩa là, chúng ta nên học hỏi kinh nghiệm từ các nước là chỉ đặt ra những điều kiện, tiêu chuẩn nhất định cho việc áp dụng quyền này trên thực tế, những tiêu chuẩn cho việc tiến hành xử lý yêu cầu của chủ thể dữ liệu,... tránh việc chỉ đưa ra những quyền của chủ thể theo hướng trao cho họ những quyền định đoạt hoàn toàn đến mức tuyệt đối. Cần chú ý rằng, mục đích của việc quy định quyền được lãng quên đó là: bảo đảm thông tin được xử lý đúng mục đích, tính chính xác và tính cập nhật. Nếu như thông tin không đáp ứng được các yêu cầu này (trừ một số trường hợp ngoại lệ) thì thông tin nên được loại bỏ. Quyền của chủ thể dữ liệu trong trường hợp này là quyền được biết về việc xử lý thông tin hợp pháp của mình; ngoài ra được tự mình yêu cầu nếu như yêu cầu đó là hợp lý. Đối ứng với quyền của chủ thể dữ liệu là nghĩa vụ của bên xử lý dữ liệu: bảo đảm quá trình xử lý được hợp pháp, đúng mục đích đã cam kết và phù hợp với các nguyên tắc pháp quyền cũng như đạo đức xã hội. Do đó, thay vì quá chú trọng vào việc liệt kê tất cả các quyền của chủ thể dữ liệu khiến cho quy định bị thiên lệch, tập trung về một phía, nên xây dựng một khung tiêu chuẩn chung, một hành lang pháp lý chung về các điều kiện xuyên suốt của việc xử lý và truyền dữ liệu; trong đó, trọng tâm là các quy chuẩn về quy tắc ứng xử của chủ thể xử lý dữ liệu<sup>34</sup>. Cách quy định này sẽ khiến việc xử

<sup>34</sup> Tuomas Pöysti (2019), *The IIoT and Design for Contextually Relevant Data Protection*, in R. M. Ballardini, P. Kuoppamäki, O. Pitkänen, & Future Regulation of Industrial Internet (Project) (B.t.v), *Regulating Industrial Internet through IPR, data protection and competition law*, Kluwer Law International B.V.

lý dữ liệu trở nên đồng bộ hơn, đồng thời đề cao trách nhiệm ngay từ đầu đối với người xử lý dữ liệu cá nhân.

*Thứ tư*, cần xây dựng các cơ chế để quản trị rủi ro trong trường hợp ghi nhận quyền được lãng quên. Cần có cách quy định cụ thể hơn về chế tài đối với hành vi vi phạm quyền này. Dự thảo Nghị định Bảo vệ dữ liệu cá nhân quy định về xử phạt vi phạm hành chính, xử lý hình sự và các hình phạt bổ sung tại Điều 4 như sau:

“1. Cơ quan, tổ chức vi phạm quy định bảo vệ dữ liệu cá nhân tùy theo mức độ có thể bị xử phạt vi phạm hành chính hoặc xử lý hình sự, áp dụng các hình phạt bổ sung theo quy định của pháp luật.

2. Việc xử lý vi phạm quy định bảo vệ dữ liệu cá nhân được áp dụng đối với toàn bộ các tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân trong và ngoài nước có hoạt động kinh doanh tại Việt Nam.

3. Ngoài mức phạt được quy định, trường hợp Bên xử lý dữ liệu cá nhân vi phạm nhiều lần, với hậu quả lớn có thể bị phạt tối đa 5% tổng doanh thu của Bên xử lý dữ liệu cá nhân tại Việt Nam”.

Theo quan điểm của nhóm tác giả, cách quy định như vậy có thể gây khó khăn trong vấn đề nhận thức và áp dụng, bởi lẽ: (i) mức độ vi phạm xử lý dữ liệu cá nhân ở mức hành chính hay hình sự chưa được quy định rõ, rất khó để có thể có sự đánh giá chính xác và đồng nhất giữa những cơ quan áp dụng pháp luật<sup>35</sup>; (ii) tại khoản 2 quy định về việc xử lý vi phạm áp dụng với toàn bộ các tổ chức, doanh nghiệp, cá

nhân trong và ngoài nước có hoạt động kinh doanh tại Việt Nam, vậy đối với những tổ chức không có hoạt động kinh doanh như các tổ chức xã hội nếu có hành vi vi phạm về việc thu thập và xử lý dữ liệu cá nhân thì có bị xử lý hay không? (iii) tại khoản 3 quy định thiếu cụ thể về mức phạt doanh thu ở con số tối đa 5% cũng là điều cần tranh cãi. Câu hỏi đặt ra là mức 5% doanh thu sẽ áp dụng đối với mốc xác định nào? 5% doanh thu của năm có vi phạm hay 5% doanh thu của tháng có vi phạm? Nếu vi phạm xảy ra trong khoảng thời gian dài, nhiều năm thì sẽ ra sao? Nếu pháp nhân vi phạm có nhiều chi nhánh trên toàn lãnh thổ Việt Nam hoặc trên thế giới thì mức phạt này chỉ áp dụng với địa điểm xảy ra vi phạm hay toàn bộ chi nhánh của pháp nhân đó?

Có thể nói, quyền được lãng quên đặt ra yêu cầu về việc tuân thủ và trách nhiệm của bên xử lý dữ liệu, hơn là trách nhiệm của chủ thể cung cấp dữ liệu. Vì vậy, để bảo đảm quyền này trên thực tế, ngoài việc ghi nhận là một quyền và có các biện pháp bảo vệ, Nhà nước cũng cần có các chính sách giáo dục, nâng cao ý thức của các bên khai thác lợi ích từ dữ liệu cá nhân, đặc biệt là lợi ích kinh tế. Có như vậy, việc ghi nhận mới có ý nghĩa và thực thi mới có hiệu quả. Bởi lẽ, *“lãng quên là một giá trị cơ bản, tồn tại trong bản chất của nhân loại. Phủ nhận hay từ chối quyền được lãng quên chính là đang nuôi dưỡng một con người bằng sự hối hận, tương lai chỉ quẩn quanh trong chính quá khứ của họ, và như thế đã dựng lên một bức tường không có lối thoát cho cá nhân đó”*<sup>36</sup> ■

<sup>35</sup> Khoản 2 Điều 83 GDPR.

<sup>36</sup> P. Kayser (1985), *La protection de la vie privée*, t. I, Protection du secret de la vie privée. In: *Revue internationale de droit comparé*. vol. 37, no.1, pp. 254-255, [https://www.persee.fr/doc/AsPDF/ridc\\_0035-3337\\_1985\\_num\\_37\\_1\\_3043.pdf](https://www.persee.fr/doc/AsPDF/ridc_0035-3337_1985_num_37_1_3043.pdf), accessed 27/10/2021.

# PHÁP LUẬT CỦA PERU VỀ BẢO HỘ TRI THỨC TRUYỀN THỐNG: KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Nguyễn Minh Châu

ThS. GV. Khoa Pháp luật quốc tế - Trường Đại học Luật Hà Nội.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Tri thức truyền thống, bảo hộ tri thức truyền thống, pháp luật Peru.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 23/02/2022

Biên tập : 12/04/2022

Duyệt bài : 15/04/2022

## Tóm tắt:

Peru là quốc gia sớm xây dựng và áp dụng thành công hệ thống quy định liên quan đến bảo hộ tri thức truyền thống. Trong bài viết này, tác giả tập trung trình bày các quy định của pháp luật Peru liên quan đến bảo hộ tri thức truyền thống và đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam về bảo hộ tri thức truyền thống.

## Article Infomation:

*Keywords:* Traditional knowledge; protection of traditional knowledge; laws of Peru.

## Abstract:

Peru was among the early successfully adopters of regulatory systems related to the protection of traditional knowledge y. Within this article, the author focuses on an analysis of the legal system of Peru related to this issue in order to provide a number of recommendations for Vietnam to improve the law on protection of traditional knowledge.

## Article History:

Received : 23 Feb. 2022

Edited : 12 Apr. 2022

Approved : 15 Apr. 2022

## 1. Pháp luật Peru về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với tri thức truyền thống

### 1.1 Khái niệm tri thức truyền thống và chủ thể được bảo hộ

Năm 2002, Peru đã ban hành Luật số 27811 về cơ chế bảo hộ tri thức tập thể của người bản địa liên quan đến đa dạng sinh học<sup>1</sup> và trở

thành văn bản pháp luật quốc gia đầu tiên trên thế giới xây dựng cơ chế bảo hộ riêng biệt (sui generis) bảo hộ tri thức truyền thống<sup>2</sup>.

Đối tượng được bảo hộ bởi Luật số 27811 là tri thức tập thể (collective knowledge) của người bản địa liên quan đến đa dạng sinh học. Tại thời điểm Luật số 27811 được ban hành,

<sup>1</sup> Law No. 27811 Introducing the Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples derived from Biological Resources.

<sup>2</sup> Brendan Tobin (2004), “Case Study 12: Towards legal protection of traditional knowledge: Lessons from Peru”, Traditional - Marine Resource Management and Knowledge Information Bulletin, Secretariat of the Pacific Community, vol 17, p.30.

khái niệm tri thức truyền thống (traditional knowledge) chưa được định nghĩa một cách rõ ràng trong cộng đồng quốc tế. Để bảo hộ đối tượng này một cách hữu hiệu, Peru đã ghi nhận khái niệm tri thức tập thể (collective knowledge) là “*tri thức được phát triển, tích lũy và chuyển giao qua nhiều thế hệ bởi các cộng đồng và người bản địa liên quan đến thuộc tính, cách sử dụng và đặc điểm của nguồn tài nguyên đa dạng sinh học*”<sup>3</sup>.

Với đối tượng được bảo hộ này, chủ thể được bảo hộ quyền theo pháp luật Peru là thế hệ hiện tại của tập thể, cộng đồng người bản địa. Cộng đồng bản địa sẽ thực hiện quyền của mình đối với tri thức truyền thống thông qua tổ chức đại diện và việc lựa chọn tổ chức đại diện sẽ thực hiện trên cơ sở tôn trọng và hài hoà với thông lệ của chính cộng đồng đó. Cũng cần lưu ý rằng, thế hệ hiện tại của người bản địa không phải là chủ sở hữu mà chỉ được coi là người nắm giữ và quản lý tri thức<sup>4</sup> và không được quyền chuyển nhượng, mà chỉ được sử dụng tri thức truyền thống theo cơ chế mà pháp luật cho phép.

### 1.2 Công cụ bảo hộ tri thức truyền thống

Luật số 27811 sử dụng hai công cụ chính để bảo vệ tri thức truyền thống, bao gồm: (i) hệ thống đăng ký tri thức truyền thống; và (ii) li-xăng (thông qua hợp đồng).

#### 1.2.1 Hệ thống đăng ký tri thức tập thể

Hệ thống đăng ký tri thức tập thể được vận hành theo cơ chế khai báo. Điều này xuất phát từ việc quyền của cộng đồng người bản địa đối với tri thức truyền thống của họ là quyền được thừa hưởng từ tổ tiên, chứ không phải do bất

kỳ cơ quan có thẩm quyền nào xác lập thông qua thủ tục hành chính. Theo Điều 15 Luật số 27811, có ba phương pháp đăng ký tri thức truyền thống tại Peru, bao gồm:

- Đăng ký công khai tại Cơ quan đăng ký quốc gia: Thông tin liên quan đến tri thức truyền thống sẽ được Cơ quan quốc gia về cạnh tranh và sở hữu trí tuệ (INDECOPI) cập nhật, hệ thống hoá trong cơ sở dữ liệu, cùng với những tri thức đã trở thành tài sản cộng đồng (public domain). Phương pháp này chủ yếu hướng tới bảo hộ những tri thức đã trở thành tài sản cộng đồng (public domain) hoặc đã được công khai thông tin.

- Đăng ký qua cơ chế bảo mật thông tin: Các thông tin liên quan đến tri thức truyền thống sẽ được bảo vệ bởi INDECOPI và thông tin này không được cung cấp cho bất kỳ bên thứ ba nào. Phương pháp này hướng tới những tri thức truyền thống chưa được biết đến rộng rãi và cộng đồng người bản địa muốn bảo mật thông tin về nhóm tri thức này.

- Đăng ký tại địa phương: Việc đăng ký được thực hiện tại địa phương phù hợp với tập quán và phong tục của cộng đồng người bản địa; và INDECOPI sẽ hỗ trợ kỹ thuật trong việc tổ chức đăng ký theo yêu cầu của người dân. Theo quy định này, cơ chế đăng ký, giới hạn quyền tiếp cận của các thành viên trong cộng đồng hoặc cho phép bên thứ ba tiếp cận thông tin... hoàn toàn dựa trên phong tục hoặc quy định riêng của cộng đồng. Phương thức này hướng tới tri thức truyền thống có tính bí mật cao và chỉ những thành viên cộng đồng mới có thể tiếp cận được những kiến thức đó.

<sup>3</sup> Điều 2.(a) Luật số 27811. Tham khảo: Law No. 27811 Introducing the Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples derived from Biological Resources, <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/3420>.

<sup>4</sup> Điều 9 Luật số 27811 quy định trách nhiệm bảo vệ tri thức truyền thống của thế hệ hiện tại người bản địa, theo đó thế hệ hiện tại phải bảo tồn, phát triển và quản lý tri thức chung vì lợi ích của các thế hệ tương lai cũng như vì lợi ích của chính họ.

### 1.2.2 Li-xăng tri thức truyền thống

Luật số 27811 thiết lập các điều kiện liên quan đến việc cho phép tiếp cận tri thức truyền thống thông qua hai phương thức cấp phép là (i) sự chấp thuận trước của người bản địa và (ii) chia sẻ lợi ích.

*Thứ nhất, điều kiện về chấp thuận của người bản địa:* Điều 6 Luật số 27811 yêu cầu tất cả các chủ thể phải được chấp thuận của cộng đồng người bản địa nếu muốn tiếp cận tri thức tập thể của họ với nhu cầu nghiên cứu khoa học, thương mại hoặc ứng dụng công nghệ. Đơn yêu cầu chấp thuận được gửi cho tổ chức đại diện của người bản địa và phải làm rõ được mục đích và nguy cơ ảnh hưởng đến tri thức mà họ muốn tiếp cận.

Sau khi được cho phép tiếp cận, Điều 7 Luật số 27811 bổ sung quy định việc tiếp cận tri thức truyền thống vì mục đích thương mại hoặc ứng dụng công nghệ phải thực hiện thông qua hợp đồng li-xăng. Hợp đồng li-xăng tri thức truyền thống phải được lập thành văn bản, bao gồm các nội dung tối thiểu theo luật định<sup>5</sup> và phải được đăng ký tại INDECOPI. Để bảo vệ bản thân tri thức truyền thống và cộng đồng người bản địa, pháp luật Peru đã lồng ghép các điều kiện bảo vệ liên quan đến hợp đồng li-xăng, ví dụ như việc người bản địa phải được cung cấp đầy đủ thông tin liên quan đến mục đích, nguy cơ liên quan đến tài khoản được sử dụng; thông báo định kỳ cho cộng đồng người bản địa liên quan đến việc sử dụng tài khoản... Đặc biệt, INCECOPI có quyền từ chối đăng ký hợp đồng li-xăng nếu có căn cứ về việc hợp đồng này có thể gây hại đến môi trường và khu vực sinh sống của người bản địa<sup>6</sup>, mặc dù nội dung này

không liên quan trực tiếp đến bản thân tri thức truyền thống.

*Thứ hai, cơ chế chia sẻ lợi ích:* Điều 7 Luật số 27811 xác định nguyên tắc chung, theo đó việc tiếp cận tri thức truyền thống vì mục đích thương mại hoặc ứng dụng công nghệ phải đảm bảo (i) thực hiện thông qua hợp đồng li-xăng; và (ii) mức chia sẻ lợi ích công bằng cho việc tiếp cận tri thức nêu trên. Về mức chia sẻ lợi ích, phù hợp với mục tiêu đảm bảo lợi ích của người bản địa từ việc sử dụng tri thức truyền thống, pháp luật Peru quy định mức tối thiểu đối với hai loại phí bản quyền khi đàm phán li-xăng tri thức truyền thống, bao gồm:

- Phí ban đầu (initial direct payment) để được tiếp cận tri thức truyền thống bằng ít nhất 5% doanh thu thuần, trước thuế, của hàng hóa được phát triển trực tiếp hoặc gián tiếp từ tài khoản. Khoản phí này trả cho cộng đồng người bản địa (Điều 27 Luật số 27811).

- Mức phí không ít hơn 10% giá trị, trước thuế, của doanh thu ròng thu được từ việc bán hàng hoá mà được tiếp thị là có liên quan đến tri thức truyền thống của người bản địa. Khoản tiền này được nộp cho Quỹ Phát triển cộng đồng người bản địa (Điều 8 Luật số 27811)<sup>7</sup>.

Ngoại lệ đối với đối tượng được điều chỉnh bởi Luật số 27811 là tri thức tập thể là tài sản cộng đồng. Điều 13 Luật số 27811 định nghĩa: Tài sản cộng đồng (Public domain) là kiến thức mà những người không phải là người bản địa có thể tiếp cận được bằng các phương tiện thông tin đại chúng và đặc điểm của tài nguyên sinh học đã được biết đến rộng rãi ở thế giới bên ngoài. Thực tế, đây là đối tượng mang tính tranh cãi

<sup>5</sup> Nội dung tối thiểu của Hợp đồng li-xăng tri thức truyền thống được quy định tại Điều 27 Luật số 27811.

<sup>6</sup> Điều 31 Luật số 27811.

<sup>7</sup> Quỹ Phát triển cộng đồng người bản địa theo Luật số 27811 được xây dựng nhằm cải thiện điều kiện sống của các cộng đồng bản địa và được duy trì bằng một số nguồn, bao gồm: (1) lợi ích tích lũy được từ việc tiếp thị các sản phẩm được phát triển bằng cách sử dụng tri thức tập thể; (2) Ngân sách nhà nước; (3) hợp tác kỹ thuật quốc tế và tài trợ; và (4) các biện pháp trừng phạt tài chính.

bởi một lượng lớn tri thức truyền thống đã trở thành tài sản cộng đồng; mặc dù người bản địa có thể có đồng ý với việc sử dụng nó nhưng họ có thể không đồng ý với việc phổ biến nó; và những tri thức được biết đến rộng rãi hoàn toàn có thể được sử dụng với nhiều mục đích mà không cần sự đồng ý của người bản địa. Trong bối cảnh này, Luật số 27811 quy định một tiền lệ rất quan trọng: nếu tri thức tập thể đã trở thành tài sản cộng đồng trong vòng hai mươi năm thì một tỷ lệ phần trăm giá trị của tổng doanh thu từ việc tiếp thị hàng hóa được phát triển trên cơ sở kiến thức đó sẽ được dành cho Quỹ phát triển cộng đồng người bản địa. Người dân bản địa sẽ không có quyền phản đối việc sử dụng tài khoản cụ thể của bên thứ ba, nhưng họ có quyền được nhận mức chia sẻ lợi ích thông qua Quỹ.

### 1.3 Giải quyết hành vi xâm phạm tri thức tập thể

Luật số 27811 chủ yếu hướng tới việc ghi nhận quyền liên quan đến tri thức truyền thống và ngăn cản các hành vi sử dụng tri thức truyền thống chưa được cấp phép. Điều 42 Luật này quy định: người bản địa được bảo vệ để chống lại các hành vi tiết lộ, thu nhận hoặc sử dụng tri thức tập thể mà không có sự đồng ý của họ và theo cách không phù hợp, với điều kiện tri thức tập thể đó không phải là tài sản cộng đồng. Với cách ghi nhận này, tri thức truyền thống được bảo vệ theo cơ chế giống với các bí mật thương mại. Nếu việc sử dụng trái phép hoặc tiết lộ tri thức truyền thống xảy ra (hoặc trong trường hợp có nguy cơ xảy ra), cộng đồng người bản địa có quyền khiếu nại hành vi này thông qua INDECOPI. Trong những trường hợp này, INDECOPI có thể tự mình giải quyết hoặc thông qua cơ quan tư pháp để tuyên bố quyền sở hữu cũng như yêu cầu bồi thường.

Đối với các hành vi được tuyên là xâm phạm tri thức truyền thống, Điều 62 Luật số 27811 đặt ra nhiều biện pháp xử lý, bao gồm (i) biện pháp hành chính với mức phạt tiền tối đa là 150 đơn vị thuế; (ii) biện pháp tạm thời như tịch thu hàng hoá, kiểm soát việc thông quan và nhập khẩu hàng hoá,...; (iii) biện pháp hình sự.

Năm 2008, Peru tiếp tục ban hành Luật bổ sung Luật Sở hữu Công nghiệp số 29316<sup>8</sup> quy định bất kỳ trường hợp nộp đơn xin cấp bằng sáng chế và không xuất trình được hợp đồng li-xăng hoặc sự đồng ý cho việc tiếp cận, sử dụng tri thức truyền thống sẽ phải chịu một hoặc nhiều biện pháp, bao gồm: a) Phạt tiền; b) Bắt buộc bồi thường; c) Bắt buộc chia sẻ lợi ích, và d) Bắt buộc bổ sung Hợp đồng li-xăng sử dụng đối tượng.

### 1.4 Hợp tác quốc tế trong bảo hộ tri thức truyền thống

Kể từ khi ban hành Luật số 27811, Peru đã có công cụ bảo hộ hữu hiệu tri thức truyền thống nhưng quốc gia này vẫn gặp khó khăn trong việc chống lại các hành vi xâm phạm bên ngoài lãnh thổ của mình. Chính vì vậy, trong giai đoạn hiện nay, Chính phủ Peru hướng tới thiết lập một cơ chế toàn cầu hoặc hợp tác giữa các quốc gia thành viên Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) để giải quyết vấn đề này. Nỗ lực của Peru được thể hiện qua một số Hiệp định thương mại tự do (FTA) tiêu biểu như:

- FTA với Hoa Kỳ (ký kết năm 2006): Mặc dù nội dung hiệp định này không đề cập đến vấn đề tri thức truyền thống nhưng trong Thỏa thuận sơ bộ liên quan đến đa dạng sinh học và tri thức truyền thống<sup>9</sup> đi kèm hiệp định này

<sup>8</sup> Peruvian Industrial Property Law (Legislative Decree No. 1075, complementary to Decision 486), <https://wipolex.wipo.int/en/text/506564>.

<sup>9</sup> The United States-Peru Free Trade Agreement - Understanding regarding Biodiversity and Traditional knowledge, [https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/peru/asset\\_upload\\_file719\\_9535.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/peru/asset_upload_file719_9535.pdf).

ghi nhận việc hai bên nỗ lực chia sẻ dữ liệu công khai liên quan đến tri thức truyền thống. Mặc dù đây không phải cam kết mang tính bắt buộc, nhưng nó cung cấp thông tin về tri thức truyền thống cho Văn phòng sáng chế Hoa Kỳ (USPTO) trong quá trình xem xét thông tin; đồng thời tạo cơ sở cho INDECOPI đưa ra yêu cầu hủy bỏ bằng sáng chế được cấp cho các trường hợp có sự xâm phạm tri thức truyền thống của nước này.

- FTA với EU (ký kết năm 2012): EU có quan điểm cởi mở hơn Hoa Kỳ đối với vấn đề tri thức truyền thống. Điều 7 Phần VII FTA này đã ghi nhận tầm quan trọng của việc giải trình nguồn gốc của tri thức được sử dụng trong đăng ký bảo hộ sáng chế. Mặc dù đây không phải cam kết tạo nghĩa vụ bắt buộc cho các bên, nhưng đây là cột mốc quan trọng ghi nhận FTA - một công cụ thương mại quốc tế - đã cam kết nỗ lực bảo hộ hiệu quả tri thức truyền thống<sup>10</sup>.

- FTA với EFTA (ký kết năm 2010): So với Hoa Kỳ và EU, các quốc gia trong EFTA thể hiện quan điểm chủ động trong diễn đàn WTO cũng như việc xây dựng pháp luật quốc gia liên quan đến bảo hộ tri thức truyền thống<sup>11</sup>. Điều 5, Điều 6 Phần VI FTA này đã ghi nhận điều kiện đối với đơn đăng ký bảo hộ sáng chế, đó là cung cấp nguồn gốc của tri thức truyền thống được sử dụng và pháp luật quốc gia có thể yêu cầu cung cấp bằng chứng về sự chấp thuận trước cho việc sử dụng các tri thức này.

Có thể thấy, với vai trò là quốc gia đang phát triển, Peru không thể tạo sức ép lên các nền kinh tế lớn liên quan đến thiết lập cơ chế bảo hộ riêng biệt (sui generis) về bảo hộ tri thức truyền thống. Tuy nhiên, nếu xét đến vị thế của Peru với các nền kinh tế đối tác, một

kết quả đáng ghi nhận đó là nội dung của các FTA không tạo ra trở ngại pháp lý nào đối với hệ thống pháp luật nội địa của Peru liên quan đến bảo hộ tri thức truyền thống.

## 2. Kinh nghiệm cho Việt Nam trong việc hoàn thiện pháp luật về bảo hộ tri thức truyền thống

Tại Việt Nam hiện nay, hệ thống quy phạm liên quan đến bảo hộ tri thức truyền thống còn ở mức sơ khai; hoạt động bảo hộ tri thức truyền thống nói chung chỉ được thực hiện thông qua các công cụ bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ hiện đại, ví dụ như bảo hộ quyền tác giả, cấp văn bằng độc quyền sáng chế, bảo hộ nhãn hiệu,... và chưa phù hợp với tính chất đặc thù của nhóm đối tượng tri thức truyền thống. Chính vì vậy, cần thiết phải có sự nghiên cứu, xây dựng hệ thống pháp luật hoàn thiện hơn để bảo hộ nhóm đối tượng này.

*Thứ nhất*, hoàn thiện khái niệm “tri thức truyền thống”. Có thể thấy, vấn đề quan trọng đầu tiên khi xây dựng hệ thống bảo hộ đó là xác định chính xác đối tượng mà hệ thống này bảo hộ. Mặc dù thuật ngữ tri thức truyền thống cũng đã nhiều lần được nhắc đến trong pháp luật quốc gia và các điều ước quốc tế mà Việt Nam tham gia, nhưng các văn bản này *hoặc* chưa đưa ra khái niệm cụ thể (ví dụ như Nghị định số 66/2019/NĐ-CP ngày 29/07/2019 của Chính phủ về bảo tồn và sử dụng bền vững các vùng đất ngập nước; Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP); ...) *hoặc* chỉ đưa ra khái niệm về một phần nhỏ của nhóm tri thức truyền thống, cụ thể là nhóm tri thức truyền thống về nguồn gen (ví dụ như khái niệm “tri thức truyền thống về nguồn gen” được đề cập tại Luật Đa dạng sinh học năm 2008; Biên bản ghi nhớ năm 2018

<sup>10</sup> Diego Francoise Ortega Sanabria (2019), *Trend on the protection of traditional knowledge associated with genetic resources within intellectual property chapters of Free Trade Agreements: the Peruvian experience*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, vol. 14, no. 9, p. 374.

<sup>11</sup> Diego Francoise Ortega Sanabria, p.737.



giữa Việt Nam và Malaysia liên quan đến đa dạng sinh học và tri thức truyền thống liên quan đến nguồn gen). Do đó, cần thiết phải xây dựng khái niệm hoàn thiện, mang tính luật định đối với “tri thức truyền thống”. Đối chiếu với pháp luật Peru, khái niệm được ghi nhận trong Luật số 27811 thể hiện xu hướng của quốc gia này là ưu tiên bảo hộ nhóm tri thức truyền thống về nguồn gen - giống như Việt Nam. Tuy nhiên, với khái niệm này, tại Peru đã đặt ra câu hỏi về việc liệu Luật số 27811 chỉ bảo vệ tri thức liên quan đến nguồn tài nguyên đa dạng sinh học về mặt kỹ thuật hay bảo hộ cả các biểu hiện văn hoá và dân gian liên quan đến nguồn tài nguyên này. Xét về mặt câu từ, khái niệm mà pháp luật Peru đưa ra không hạn chế bảo hộ các biểu hiện văn hoá và dân gian liên quan; đồng thời, tri thức truyền thống tồn tại dưới dạng tổng thể cả về vật chất và tinh thần, chính vì vậy, việc tách biệt từng loại tri thức truyền thống để xây dựng cơ chế bảo hộ riêng đối với từng loại là không khả thi và không phù hợp. Vì vậy, khái niệm tri thức truyền thống trong pháp luật Peru được đánh giá là bao hàm cả biểu hiện văn hoá và dân gian liên quan đến nguồn tài nguyên sinh vật. Chính vì vậy, từ khái niệm đã được định nghĩa về “tri thức truyền thống về nguồn gen”, Việt Nam cần phải cân nhắc xem xét mở rộng thuật ngữ này để bao hàm được các mặt biểu hiện khác của tri thức truyền thống.

*Thứ hai*, xác định chủ thể được bảo hộ quyền đối với tri thức truyền thống. Xuất phát từ bản chất tri thức truyền thống là “được truyền từ đời này sang đời khác, đảm bảo và duy trì đặc điểm, ứng dụng và quyền của nhóm người bản địa”<sup>12</sup>. Điều này khác với tình trạng chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ đối với các đối tượng quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp... thường là một hoặc một nhóm người

nhất định. Vì vậy, cần thiết phải có sự ghi nhận chủ thể được bảo hộ mang tính đặc thù của nhóm tri thức truyền thống. Tham khảo pháp luật của Peru, quốc gia này đã xây dựng cơ chế để i) xác định nhóm người bản địa được bảo hộ quyền đối với tri thức truyền thống; ii) cơ chế kết hợp giữa quản lý nhà nước và phong tục của nhóm người bản địa liên quan đến quản lý và quyết định các vấn đề của tri thức truyền thống do nhóm người này được thừa hưởng và nắm giữ. Mô hình này khá phù hợp với chính sách quản lý dân cư của Việt Nam hiện nay khi hệ thống quản lý nhà nước được xây dựng khá hoàn chỉnh từ cấp trung ương đến địa phương nhưng luôn trên cơ sở phát huy bản sắc văn hoá tốt đẹp của các dân tộc, phát huy thế mạnh của địa phương, ...

*Thứ ba*, xây dựng cơ chế bảo hộ riêng biệt (sui generis) cho các đối tượng của tri thức truyền thống. Điều này xuất phát từ đặc trưng của hoạt động bảo hộ tri thức truyền thống là không chỉ mang tính chất bảo hộ một hoặc một nhóm chủ thể đơn nhất của quyền sở hữu trí tuệ, mà còn là hoạt động bảo tồn và duy trì nhóm tri thức này. Với đặc trưng này, các công cụ bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ hiện đại được xây dựng với mục tiêu bảo hộ sự “độc quyền”<sup>13</sup> của chủ sở hữu đối tượng sở hữu trí tuệ (được thiết lập trên cơ sở hệ thống pháp luật về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ) được đánh giá là không đủ để thực hiện bảo hộ hữu hiệu tri thức truyền thống. Tham khảo hệ thống công cụ bảo hộ của Peru - quốc gia xây dựng và áp dụng thành công hệ thống bảo hộ riêng biệt (sui generis) thông qua cơ chế đăng ký tri thức truyền thống và li-xăng tri thức truyền thống - là cơ sở để bảo hộ và duy trì, bảo tồn tri thức truyền thống ■

<sup>12</sup> UNESCO (1999), *Protection of traditional knowledge and expression of indigenous culture in Pacific Island, Final Declaration*, Noumea, p. 1.

<sup>13</sup> Lê Nết (2006), *Tài liệu bài giảng Quyền sở hữu trí tuệ*, Nxb. Đại học quốc gia TP. Hồ Chí Minh, TP. Hồ Chí Minh, tr. 28.

