

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP



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



SỐ 09 (481)

Kỳ 1 - Tháng 5/2023

- ❖ KINH DỰNG QUY CHẾ QUYỀN TÀI SẢN CHO DỮ LIỆU: NHU CẦU VÀ THÁCH THỨC PHÁP LÝ
- ❖ BẢO VỆ QUYỀN LỢI CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG KHI NHÀ NƯỚC THU HỒI ĐẤT
- ❖ TƯ CÁCH CHỦ THỂ CỦA ROBOT THÔNG MINH- TỪ GÓC ĐỘ LUẬT SƠ SÁNH VÀ HÀM Ý CHO VIỆT NAM

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

## Mục lục Số 09/2023

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Xây dựng quy chế quyền tài sản cho dữ liệu: Nhu cầu và thách thức pháp lý

**TS. Đỗ Giang Nam – ThS. Đào Trọng Khôi**

- 12** Hoàn thiện quy định của pháp luật về quyền sở hữu đối với tài sản ảo

**ThS. Bùi Thị Hòe – ThS. Nguyễn Thị Long**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 23** Bảo vệ quyền lợi của người lao động khi nhà nước thu hồi đất

**Võ Hoàng Yến – TS. Trần Vang Phú**

- 30** Góp ý hoàn thiện một số quy định trong dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi)

**ThS. Lê Thị Diễm Phương**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 40** Hoàn thiện pháp luật về tổ chức hoạt động thanh tra và tiếp công dân của cấp huyện

**TS. Phạm Thị Huệ**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

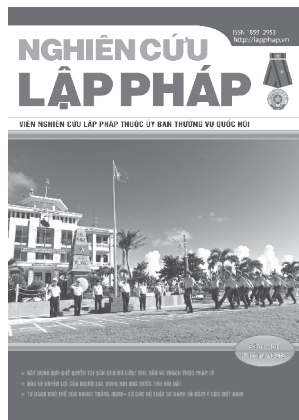
- 47** Tư cách chủ thể của robot thông minh- từ góc độ luật so sánh và hàm ý cho Việt Nam

**TS. Trần Kiên**

### CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

- 57** Hoàn thiện pháp luật về tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương ở Việt Nam hiện nay

**ThS. Nguyễn Thanh Tùng**



#### 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:

QUÁCH HỮU HÙNG  
DƯƠNG QUANG THỌ

#### 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 TNHH GIẤY VỠ HỒNG ĐIẾP

#### GIÁ: 25.000 ĐỒNG

**Ảnh bìa:** Lễ chào cờ của Quân đội nhân dân Việt Nam trên đảo Song Tử Tây thuộc quần đảo Trường Sa, Việt Nam.

**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 09/2023

### STATE AND LAW

- 3** Development of Legal Regulations on Right to Data Propertization:  
Legal Needs and Challenges

**Dr. Do Giang Nam - LLM. Dao Trong Khoi**

- 12** Improvements of Legal Regulations on Ownership of Virtual Assets

**LLM. Bui Thi Hoe – LLM. Nguyen Thi Long**

### DISCUSSION OF BILLS

- 23** Protection of the Rights of Workers Once Land Acquisition by the State

**Vo Hoang Yen – Dr. Tran Vang Phu**

- 30** Comments for Improvements of a Number of Provisions in the draft  
Law on Housing (amendment)

**LLM. Le Thi Diem Phuong**

### LEGAL PRACTICE

- 40** Improvements of the Legal Regulations on Organization of  
Inspection Activities and Reception of Citizens at District Level

**Dr. Pham Thi Hue**

### FOREIGN EXPERIENCE

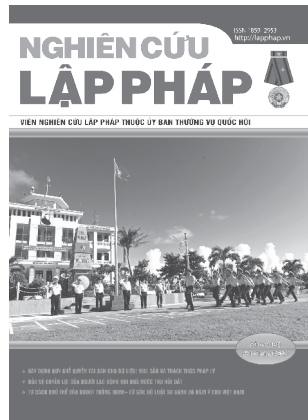
- 47** The Subject Status of Smart Robots: The Perspective of Comparative  
Law and Suggestions for Vietnam

**Dr. Tran Kien**

### LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

- 57** Improvements on Legal Regulations on the Organization and  
Operation of Local Administration in Vietnam

**LLM. Nguyen Thanh Tung**



#### 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:

QUACH HUU HUNG  
DUONG QUANG THO

#### LISENCE OF PUBLISMENT:

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 AT HONG DIEP PAPER COMPANY LIMITED

PRICE: **25.000 VND**

# XÂY DỰNG QUY CHẾ QUYỀN TÀI SẢN CHO DỮ LIỆU: NHU CẦU VÀ THÁCH THỨC PHÁP LÝ

**Đỗ Giang Nam \***

**Đào Trọng Khôi \*\***

\* TS. Khoa Luật Dân Sự, Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

\*\* ThS. NCS. Khoa Luật Dân Sự, Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

## Thông tin bài viết

*Từ khóa:* Dữ liệu, tài sản hoá dữ liệu, kinh tế số.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 08/12/2022

Biên tập: 16/02/2023

Duyệt bài: 18/02/2023

## Tóm tắt:

Trong bối cảnh sự phát triển nhanh chóng của nền kinh tế số, đã xuất hiện ngày càng nhiều đề xuất nên coi dữ liệu là đối tượng của luật tài sản để khai thác tối đa những lợi ích từ dữ liệu với tư cách là nguồn ‘đầu mỏ mới’. Trong bài viết này, các tác giả phân tích khả năng tài sản hoá dữ liệu và nhấn mạnh rằng nếu dữ liệu có đủ tính xác định và tính luật định thì có thể trở thành tài sản. Tuy nhiên, quá trình xây dựng quy chế quyền tài sản cho dữ liệu sẽ phải đối mặt với những thách thức không nhỏ từ chính những đặc tính phức tạp của đối tượng rất mới và giá trị này.

## Article Information

*Keywords:* Data; data propertization; digital economy.

*Article History:*

Received: 08 Dec. 2022

Edited: 16 Feb. 2023

Approved: 18 Feb. 2023

## Abstract:

In the context of the recent development of the digital economy, numerous proposals call to consider data as an object of property law to exploit its unique features known as the ‘new oil’. Under this article, the authors provide an analysis of the possibility of data propertization and argue that data might become a property if it meets the specificity requirement and the numerus clausus principle. However, the development process of regulations on data propertization has been confronting significant challenges due to the characteristics of this very new and valuable object.

## 1. Bản chất của dữ liệu từ góc nhìn đa chiều

### 1.1. Định nghĩa dữ liệu

Dù đã được con người biết đến, lưu trữ và khai thác trong một thời gian dài, dữ liệu vẫn chưa được định nghĩa một cách rõ ràng và thống nhất. Từ điển Oxford giải thích dữ liệu

(data) là các “sự thật hoặc thông tin, được sử dụng để nhận biết hoặc đưa ra quyết định”<sup>1</sup>. Khoa học thống kê coi dữ liệu là những thứ “được thu thập để trở thành nguồn phục vụ cho việc trích xuất thông tin”, là “kết quả của đo đạc và quan sát”<sup>2</sup>. Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD) cũng định nghĩa dữ liệu là “sự thể hiện dưới dạng vật lý của

1 Từ điển Oxford Online, “Data”, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/data>, truy cập ngày 13/04/2023.

2 Australian Bureau of Statistics, “Statistical Language - What are Data?”, Official website, 13/08/2022, truy cập tại <https://www.abs.gov.au/websitedbs/D3310114.nsf/Home/Statistical+Language+-+what+are+data>.

thông tin, để phục vụ cho việc giao tiếp, giải thích, xử lý của con người hoặc của các máy móc tự động”,<sup>3</sup> hay một “tính chất hoặc thông tin” mà “được thu thập thông qua việc quan sát”<sup>4</sup>.

Khoa học dữ liệu lại có cách tiếp cận sâu và phức tạp hơn, chủ yếu theo mô hình “DIKW” nổi tiếng của Ackoff trong tác phẩm “Từ Dữ liệu đến trí tuệ” (From Data to Wisdom)<sup>5</sup>. Theo đó, dữ liệu có bản chất là các “dấu hiệu” (sign) có tính chất quan trọng với một chủ thể nhất định<sup>6</sup>. Mỗi giây con người có thể phải đối diện với rất nhiều dấu hiệu hoặc kích thích, nhưng chỉ một vài dấu hiệu trong số đó là “quan trọng” đối với họ. Con người sẽ liên kết các “dấu hiệu quan trọng” như vậy với một ý nghĩa nhất định, sau đó ghi nhớ các dấu hiệu đó để hình thành thứ gọi là “dữ liệu” (data). Như vậy, chỉ có những dấu hiệu đủ “quan trọng”, qua được “bộ lọc tri giác” (perceptual filter) này thì mới được coi là “dữ liệu”. Trong các “dữ liệu” đó lại chỉ một số dấu hiệu vượt qua “bộ lọc ý niệm” (conceptual filter), tức là có thể liên kết được với một đối tượng, sự vật khác, hoặc giúp làm rõ đặc tính nội tại của những đối tượng, sự vật đó, thì mới có thể trở thành

“thông tin” (information)<sup>7</sup>. Tiếp theo, nếu người nào lại liên kết các “thông tin” đó sâu hơn hoặc sắp xếp chúng vào các mô hình tri thức có giá trị khác đã được học hỏi và trải nghiệm từ trước, người đó sẽ tạo ra các “kiến thức” (knowledge), rồi cuối cùng khái quát thành tri thức (Wisdom)<sup>8</sup>.

Mặc dù vậy, khoa học pháp lý nói chung vẫn chưa hiểu về dữ liệu thống nhất với các cách hiểu trên, chưa phân biệt rõ “dữ liệu” với “thông tin”. Nhiều đạo luật vẫn sử dụng “dữ liệu” đồng nghĩa với từ “thông tin”<sup>9</sup>, chẳng hạn như Điều 4 của GDPR<sup>10</sup> định nghĩa “dữ liệu cá nhân” là bất kỳ “thông tin” nào liên quan đến một thể nhân được xác định hoặc có thể nhận dạng được<sup>11</sup>. Một số ý kiến khác lại gắn chặt dữ liệu với tính điện tử, tính số hoá của nó khi định nghĩa dữ liệu là “bất kỳ thông tin nào được ghi lại”, “bởi con người hay máy móc” và “bằng các phương tiện điện tử hoặc kỹ thuật số” mà “có thể truy xuất được”<sup>12</sup>. Mặc dù vậy, các luật gia dần dần nhìn nhận dữ liệu theo cách nhìn của các khoa học khác và bước đầu ghi nhận tương tự các định nghĩa về dữ liệu theo mô hình DIKW. Theo đó, các tín hiệu /dấu hiệu (sign) tồn tại một cách khách quan, trước khi

3 Economic Commission for Europe of the United Nations (UNECE), “Terminology on Statistical Metadata”, Conference of European Statisticians Statistical Standards and Studies, No. 53, Geneva, 2000

4 OECD, “Glossary of Statistical Term”, Statistic Portal, 13/08/2022 <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=532>.

5 Martin Frické, “The knowledge pyramid: A critique of the DIKW hierarchy”, *Journal of Information Science* (35: 131-142).

6 Beynon and Davies, “Database System”, Palgrave MacMillan, 2003, 20.

7 John Sowa, “Conceptual Structures: Information Processing in Mind and Machine”, *The Systems Programming Series Book*, VivoMind Research, January 1984. Beynon and Davies, “Database System”, Palgrave MacMillan, 2003, 23.

8 Do việc đưa các “dấu hiệu” đó thông qua các bộ lọc ở trên có thể được tiến hành rất nhanh trong tâm trí của chủ thể (chẳng hạn trong não người) trong vòng chưa đầy một giây, việc xác định rõ ràng từng bước như vậy là rất khó khăn. Tuy nhiên, do nhu cầu phải bóc tách các công đoạn trong quy trình khai thác Dữ liệu lớn (Big Data) và dạy Trí tuệ nhân tạo (AI), các phân tích kể trên về dữ liệu và các tầng dữ liệu được tập trung nghiên cứu làm rõ và trở nên phổ biến hơn.

9 Lothar Determann, “No one owns data”, *Hasting Law Journal*, Vol 70:1, p 6.

10 GDPR là viết tắt của General Data Protection Regulation - Quy định chung về bảo mật thông tin.

11 Theo Điều 4 GDPR: ‘Personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier.

12 Jeffrey Ritter và Anna Mayer, “Regulating data as property: A new construct for moving forward”, *Duke Law & Technology Review*, (Vol 16), 272, 224.

được người nhận tín hiệu phát hiện và thu thập. Dữ liệu là cầu nối giữa hình thức vật lý chứa đựng nó (“vật chứa đựng”) với “thông tin” - thứ được ngữ cảnh hóa và xử lý từ dữ liệu<sup>13</sup>. Theo tiêu chuẩn ISO/IEC 2382-1 của Ủy ban Châu Âu, dữ liệu là “sự trình bày có thể diễn giải lại của thông tin theo cách thức được chính thức hóa, phục vụ quá trình giao tiếp, diễn giải hoặc xử lý”<sup>14</sup>.

Tổng hợp và phân tích các định nghĩa kể trên, có thể nhận thấy “dữ liệu” trong sự so sánh với “thông tin” có những điểm cần chú ý như sau. *Thứ nhất*, “dữ liệu” nên được hiểu tách biệt ra khỏi định nghĩa về “thông tin”. Dữ liệu có bản chất là các dấu hiệu (sign), hoặc nhiều dấu hiệu được tập hợp lại thành hệ thống. Nếu như dữ liệu là hình thức thể hiện (syntactic) thì thông tin là ngữ nghĩa nội dung (semantic) có thể trích xuất được từ hình thức thể hiện đó<sup>15</sup>. Do đó, dữ liệu thường “thô”, giản đơn và không phức tạp như “thông tin”, bởi chúng cần được khái quát để trở thành “thông tin”. *Thứ hai*, dữ liệu không thể tồn tại khi không có hình thức vật lý chứa đựng dữ liệu (“vật chứa đựng”), bởi chính dữ liệu là cầu nối liên kết “vật chứa đựng” với “thông tin”. Nói cách khác, để một dấu hiệu có thể trở thành dữ liệu, cần có một vật chứa đựng lưu lại dấu hiệu đó, là cơ sở để các chủ thể có thể tiếp cận và sau đó khai thác thông tin từ chúng<sup>16</sup>. Trên thực tế,

mỗi giây con người tiếp xúc với vô vàn các dấu hiệu (ánh sáng, âm thanh, v.v..) thông qua các giác quan (xúc giác, thị giác...), nhưng chỉ có những dấu hiệu nào được lưu lại vào vật chứa đựng (giấy, bộ nhớ) thì mới được coi là dữ liệu.

Mối tương quan và khác biệt giữa “dữ liệu”, “thông tin” và “vật chứa đựng” có thể được làm rõ qua ví dụ sau<sup>17</sup>: Khi một miếng đá có các chữ tượng hình cổ đại được khai quật, miếng đá chính là hình thức vật lý (carrier) chứa đựng các nét khắc là các dấu hiệu - dữ liệu (data). Tuy nhiên, nếu không có kiến thức về ngôn ngữ tượng hình, gần như không thể trích xuất được các ý nghĩa - thông tin (information) từ miếng đá, chẳng hạn tiêu sử của một vị vua được khắc trên phiến đá. Phiến đá cũng có thể đem tới những dấu hiệu khác (ví dụ như sự mờ đục trong nét chữ hay các vết đứt gãy) – là các dữ liệu khác, là căn cứ để các nhà khảo cổ tổng hợp và phân tích nhằm tìm ra thêm thông tin về chính phiến đá đó (ví dụ niên đại, kỹ thuật điêu khắc...). Nếu một người chép lại toàn bộ các ký tự tượng hình sang một phiến đá mới, thì không thể coi là đã chuyển thành công dữ liệu sang phiến đá mới, mà thực ra chỉ là việc kiến tạo một lượng dữ liệu mới với mục đích cùng thể hiện nội dung ý nghĩa – thông tin gần giống với bản gốc mà thôi<sup>18</sup>. Như vậy, dưới góc nhìn pháp lý, dữ liệu có

13 Joint Research Centre, European Commission in-house service, “The economics of ownership, access and trade in digital data”, JRC Digital Economy Working Paper 2017-01, 6-8.

14 Ủy ban Châu Âu, “Towards a thriving data-driven economy”, SWD (2014) 214 final, Brussels, 2/7/2014, 4.

15 Václav Janecek, “Ownership of personal data in the Internet of Things”, Computer Law & Security Review 34 (2018) 1039–1052, 1042.

16 Sjeif van Erp, “Ownership of Data and the Numerus Clausus of Legal Objects”, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2017/6, 10.

17 Cách lấy ví dụ này tham khảo tại Luciano Floridi, ‘Is Semantic Information Meaningful Data?’, 70 Philosophy and Phenomenological Research (2005) 351, 359.

18 Sự phân biệt này rất quan trọng, bởi lẽ nhiều tranh luận liên quan đến dữ liệu chưa phản ánh nhận thức rõ nét về sự khác nhau giữa “dữ liệu” và “thông tin”. Thay vì đặt ra vấn đề có hay không nên tài sản hoá “dữ liệu”, các tranh luận này lại tập trung vào việc phân tích liệu có nên tài sản hoá hoặc độc quyền sở hữu “thông tin”. Với việc “thông tin” hay “ý tưởng”, “ý nghĩ” là một “thứ” vô hình và gần như không thể xác định được phạm vi, các tranh luận về tài sản hoá một “thứ” trừu tượng như “thông tin” là không cần thiết và không hữu dụng.

thể được hiểu là một hoặc một tập hợp các dấu hiệu đóng một vai trò nhất định với một chủ thể và được gắn kết với một hình thức vật lý nhất định.

### 1.2. Phân loại dữ liệu

Có nhiều cách phân loại dữ liệu, mà cách đầu tiên là theo hình thức của chúng: (i) dữ liệu số được thu thập và xử lý, lưu trữ bằng công nghệ máy tính, và (ii) dữ liệu truyền thống không có sự can thiệp của công nghệ này. Tiêu chí phân loại thứ hai phổ biến hơn là dựa vào nội dung của dữ liệu. Trong mối quan hệ với con người, dữ liệu có thể được chia thành dữ liệu cá nhân (personal) và phi cá nhân (non-personal). Dữ liệu cá nhân thường được hiểu là các dữ liệu mà có bản chất liên quan đến hoặc gắn liền với một cá nhân đặc định, là “bất kỳ thông tin nào giúp xác định hoặc nhận dạng được một cá nhân”<sup>19</sup>. Đồng thời, một số phần thông tin rời rạc chưa giúp nhận dạng một cá nhân, nhưng khi được tổng hợp mà dẫn đến việc xác định được một con người cụ thể thì cũng bị coi là dữ liệu cá nhân. Thậm chí, kể cả khi dữ liệu đó đã được loại bỏ yếu tố giúp xác định danh tính (de-identified), được mã hoá (encrypted) nhưng vẫn có thể được tổng hợp và khai thác để định danh một cá nhân thì vẫn bị coi là dữ liệu cá nhân<sup>20</sup>. Các dữ liệu không có những yếu tố kể trên thì được xếp vào loại dữ liệu phi cá nhân. Ritter và Mayer thì còn phân biệt dữ liệu dựa vào tính thực tế: Sự kiện (factual) là dữ liệu ghi lại những mô tả thực tế về sự vật, sự việc; trong khi

Giả tưởng (fictional) là những dữ liệu mô tả những thứ do con người sáng tạo ra, như thơ văn, phim ảnh<sup>21</sup>.

Tuy nhiên, cũng có ý kiến phản đối cách phân loại phổ biến dựa trên nội dung này. Chẳng hạn, Vaclav cho rằng, dữ liệu nào cũng có thể có tính cá nhân sau khi được phân tích tổng hợp, hoặc cũng có thể không có tính cá nhân nếu không có các công cụ đủ mạnh để liên kết dữ liệu đó với một cá nhân nhất định. Ví thế, dữ liệu thuần túy chỉ là dữ liệu thô, còn nội dung nào được rút ra từ chúng thì sẽ phụ thuộc vào các yếu tố ngoại vi, và không thể là căn cứ để phân loại dữ liệu. Nếu như thực sự có một số dữ liệu tự thân đã có bản chất gắn liền với một cá nhân thì đó chỉ có thể là các dữ liệu rất đặc thù, ví dụ như về DNA trong gen của mỗi người, hoặc các mẫu vật hay phần của cơ thể người<sup>22</sup>.

Một cách phân loại khác là dựa trên chủ thể thu thập dữ liệu. Ủy ban Châu Âu phân loại dữ liệu do con người thu thập với dữ liệu hoàn toàn do máy móc thu thập qua các cảm biến tự động<sup>23</sup>, với đại diện phổ biến nhất là dữ liệu thu thập bởi xe tự lái. Dựa trên mục đích, Floridi còn chia dữ liệu thành: dữ liệu gốc (primary data) được thu thập từ đối tượng, dữ liệu mô tả (metadata) nói lên bản chất của dữ liệu gốc, dữ liệu điều hành (operational) thể hiện cách hệ thống xử lý dữ liệu hoạt động, và dữ liệu phái sinh (derivative) có được từ việc khái quát các dữ liệu kể trên<sup>24</sup>.

19 Điều 4 GDPR.

20 Article 2, Article 4(1) và (5), Recitals (14), (15), (26), (27), (29) và (30) GDPR.

21 Jeffrey Ritter và Anna Mayer, “Regulating data as property: A new construct for moving forward”, *Duke Law & Technology Review*, (Vol 16), 272, 225.

22 Václav Janecek, “Ownership of personal data in the Internet of Things”, *Computer Law & Security Review* 34 (2018) 1039–1052, 1043.

23 European Commission Communication, ‘Building a European Data Economy’, COM (2017) 9 final, 10/1/2017, 9.

24 Luciano Floridi, ‘Is Semantic Information Meaningful Data?’, 70 *Philosophy and Phenomenological Research* (2005) 351, 354-359.

## 2. Các thách thức pháp lý của việc xây dựng quy chế quyền tài sản cho dữ liệu

### 2.1. Những nguyên lý căn bản khi xây dựng quy chế quyền tài sản cho dữ liệu

Từ góc nhìn của hệ thống luật tư, có một sự phân biệt phổ quát trên thế giới giữa nguyên lý của luật tài sản (hay vật quyền/ quyền tài sản - theo nghĩa rộng) và nguyên lý của luật nghĩa vụ (hay trái quyền). Về cơ bản, trong quan hệ nghĩa vụ giữa hai chủ thể nhất định, trái quyền nếu phát sinh thì chỉ có *hiệu lực tương đối* – tức là chỉ ràng buộc chính các chủ thể đã tham gia quan hệ nghĩa vụ đó. Nhưng khi nói về vật quyền là nói về quyền năng của một chủ thể trên một vật, có *hiệu lực tuyệt đối* – tức là làm phát sinh hiệu lực đối kháng với tất cả các chủ thể khác trong xã hội (*erga omnes*) và ngăn cấm mọi chủ thể khác thực hiện quyền năng tương tự với vật đó<sup>25</sup>. Do vật quyền làm phát sinh quyền loại trừ như vậy, nên về nguyên lý, luật tài sản phải (i) ghi nhận minh thị số lượng, nội dung cụ thể và đối tượng của các vật quyền; và (ii) có cơ chế thông báo công khai cho mọi chủ thể biết về sự tồn tại và nội dung của các vật quyền lên một vật nhất định.

Theo Sjeff van Erp, hai nguyên lý kể trên đồng thời tương ứng với hai nguyên tắc phổ quát của luật tài sản, được thừa nhận trong nhiều nền tài phán khác nhau: nguyên tắc *luật định vật quyền (numerous clausus)* và *công khai hoá vật quyền (transparency)*<sup>26</sup>.

Để bảo đảm nguyên tắc *luật định vật*

quyền, vật là đối tượng của vật quyền phải được xác định rõ bởi luật<sup>27</sup>. Ban đầu, luật tài sản chỉ ghi nhận các đối tượng là vật hữu hình, bao gồm bất động sản (như đất đai) và động sản. Tuy nhiên, do sự phát triển của xã hội, danh sách các đối tượng của quyền tài sản ngày càng được mở rộng<sup>28</sup>. Luật tài sản bắt đầu ghi nhận các đối tượng phức tạp hơn như vật vô hình (như quyền đòi nợ), cho phép chúng được chuyển nhượng và sử dụng làm tài sản bảo đảm. Gần đây, những thảo luận về việc mở rộng phạm vi đối tượng của luật tài sản để bao gồm cả tài sản ảo (virtual property), tài sản mã hoá (cryptoasset)... xuất hiện ngày càng nhiều<sup>29</sup>. Như vậy, thực tiễn cho thấy sự phát triển của nền kinh tế xã hội luôn đặt ra nhu cầu mới đối với việc cải cách luật tài sản để dung nạp các đối tượng mới phát sinh. Tuy nhiên, việc thừa nhận đối tượng mới của luật tài sản cần tiến hành rất thận trọng và phải đặt trong tương quan với chính sách pháp lý khác nhiều khi nằm ngoài phạm vi luật tài sản.

Đối với nguyên tắc thứ hai là *công khai hoá (transparency)*, nguyên tắc này yêu cầu đối tượng của luật tài sản phải có tính *xác định (specificity)* và các vật quyền lên đối tượng đó phải được *công khai* thông qua các cơ chế của luật tài sản. Tính *xác định* là khả năng một vật có thể được khu biệt hoá, để xác định được ranh giới chính xác giữa vật đó tách biệt với những thứ khác xung quanh<sup>30</sup>. Nếu không *xác định* được, vật đó không thể là đối tượng của các quyền

25 Ngô Huy Cương, “Tổng quan về Luật tài sản”, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội (ĐHQGHN), Kinh tế - Luật, T.XIX, số 3, 2003, tr.43.

26 Sjeff van Erp, “Ownership of Data and the Numerus Clausus of Legal Objects”, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2017/6, 8-12.

27 Huỳnh Thiên Tứ, “Vật quyền dữ liệu số”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 14 (462), tháng 7/2022.

28 Ngô Huy Cương, *tlđđ*, tr. 42-47.

29 Đỗ Giang Nam, Đào Trọng Khôi, “Bàn thêm về bản chất pháp lý của “tiền ảo” dưới góc nhìn của luật tài sản so sánh”, Tạp chí Khoa học ĐHQGHN – Luật học, 37(4), tr. 68-80

30 Sjeff van Erp và Bram Akkermans, “Cases, Materials and Texts on Property Law”, Hart 2012, 76.



nói chung và quyền tài sản nói riêng. Sau khi đủ tính xác định, các vật quyền lên đối tượng đó sẽ được công khai thông qua các cơ chế như đăng ký (đối với bất động sản), hoặc chiếm hữu vật lý và chiếm hữu pháp lý (với động sản) để mọi chủ thể đều biết được có bao nhiêu vật quyền đang được áp dụng lên một vật và không xâm phạm các vật quyền đó<sup>31</sup>.

Soi chiếu những đặc tính phức tạp của dữ liệu dưới các nguyên tắc kể trên, việc xây dựng quy chế quyền tài sản cho dữ liệu phải đối mặt với nhiều thách thức về kỹ thuật và chính sách pháp lý; trong đó điển hình nhất là các thách thức về tính xác định của dữ liệu và về yêu cầu luật định quyền tài sản đối với dữ liệu.

### 2.2. Về tính xác định của dữ liệu

*Thứ nhất*, dữ liệu không bị cạn kiệt (non-depletable). Khi một người sử dụng dữ liệu, chẳng hạn như quan sát dữ liệu rồi khái quát thông tin từ dữ liệu đó, thì dữ liệu không bị mất đi hay giảm sút về chất lượng<sup>32</sup>. Điều này khiến dữ liệu trở nên “vô hạn” và khác biệt với nhiều tài sản khác, bởi hầu hết các tài sản hữu hình đều cạn kiệt sau khi sử dụng, còn tài sản vô hình thì sẽ mất giá trị nếu ai cũng có thể sử dụng chúng (chẳng hạn như độc quyền khai thác nhãn hiệu). Tuy nhiên, có ý kiến khác lại cho rằng, do phụ thuộc vào vật chứa đựng dữ liệu (“vật chứa đựng”), chẳng

hạn như phiên đá, hay bộ nhớ của máy tính, nếu vật chứa đựng mà không tồn tại được thì dữ liệu đó cũng sẽ mất đi<sup>33</sup>. Do đó, có thể nói rằng dữ liệu hoàn toàn có giới hạn, có thể bị cạn kiệt bởi tuổi thọ của chúng chính là số lần sử dụng còn lại của vật chứa đựng.

*Thứ hai*, dữ liệu có tính dễ sao chép (easy to be duplicated)<sup>34</sup>. Trước đây, khi các công nghệ như máy ảnh và máy tính chưa xuất hiện, việc sao chép dữ liệu từ một vật chứa đựng sang vật chứa đựng khác (như chép nội dung cuốn sách sang một tờ giấy) diễn ra rất phức tạp, mất thời gian và thường không đầy đủ, hoàn mỹ. Tuy nhiên, nhờ có công nghệ mới, hoặc với các dữ liệu số thì việc sao chép dữ liệu giữa hai vật chứa đựng diễn ra rất nhanh chóng và gần như toàn mỹ. Thế nên, có ý kiến cho rằng một dữ liệu có thể xuất hiện ở nhiều nơi khác nhau, trên nhiều vật chứa đựng khác nhau trong cùng một thời điểm, cho phép nhiều người cùng truy cập và khai thác<sup>35</sup>. Vì vậy, dữ liệu giống tài nguyên công cộng (public goods) như không khí hay nước biển, do ai cũng có thể chiếm hữu chúng với số lượng lớn, giá rẻ, dễ tái tạo,<sup>36</sup> và vì thế không thể là tài sản.

Tuy nhiên, việc dữ liệu dễ sao chép không có nghĩa là chúng không có tính *xác định*. Dữ liệu gốc luôn phải nằm tại một nơi nhất định trên một vật chứa đựng nhất định. Dữ liệu số là gốc cũng phải nằm ở một máy

31 Sjeff van Erp, “Ownership of Data and the Numerus Clausus of Legal Objects”, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2017/6, 12.

32 Patrik Hummel, Matthias Braun, Peter Dabrock, “Own Data? Ethical Reflections on Data Ownership”, *Philosophy & Technology*, 13 September 2019, 4.

33 Barbara Prainsack, “Logged out: Ownership, exclusion and public value in the digital data and information commons”, *Big Data & Society*, 6(1), 2019, 5.

34 Herbert Zech, “Information als Schutzgegenstand”, Mohr Siebeck, 2012, 117-119.

35 Patrik Hummel, Matthias Braun, Peter Dabrock, “Own Data? Ethical Reflections on Data Ownership”, *Philosophy & Technology*, 13 September 2019, 202.

36 Nadezhda Nickolayevna Purtova, “Property rights in personal data: A European perspective”, PhD Thesis, BOXPRESS BV, 2011, 101. Hal Varian, ‘Markets for Information Goods’, University of California, Berkeley, April 1998 (revised: October 16, 1998), truy cập tại <<http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/japan/>>. Josef Drexler, “Data Access and Control in the Era of Connected Devices”, Report, European Consumer Organisation, BEUC-X-2018-111, 30.

chủ tại một nơi nhất định trước khi được đưa lên mạng để nhiều người có thể cùng truy cập. Nếu nhiều người cùng lúc truy cập, dữ liệu gốc (D0) tại máy chủ sẽ được sao chép thành nhiều bản sao (D1, D2, D3) gửi đến các máy tính đang truy cập và được lưu nhất thời vào bộ nhớ của máy tính đó hoặc trí não con người. Như thế, có thể thấy rõ dữ liệu gốc (D0) tại máy chủ và các bản sao (D1, D2, D3) là các vật khác nhau, và mỗi người truy cập sẽ chiếm hữu một bản sao (D1, hoặc D2, D3) chứ không phải là dữ liệu gốc (D0). Như vậy, tính *xác định* của bản gốc sẽ không bị ảnh hưởng dù có nhiều bản sao tại nhiều vật chứa đựng khác nhau.

*Thứ ba*, nhiều học giả khác tin rằng dữ liệu là vô hình (intangible),<sup>37</sup> bởi mặc dù dữ liệu có một số khía cạnh hữu hình (như có liên kết chặt chẽ với vật chứa đựng) dữ liệu có bản chất rất khác với các loại tài sản hữu hình, không thực sự cầm, nắm, sờ được chúng mà chỉ có thể tác động vào vật chứa đựng chúng mà thôi. Do đó, không nên xem xét xây dựng quyền sở hữu hoặc chiếm hữu đối với dữ liệu, bởi việc xây dựng này dựa trên giả định sai trái rằng chính dữ liệu đã có tính hữu hình<sup>38</sup>. Tuy nhiên, nhiều học giả khác phản đối rằng sự phụ thuộc vào vật chứa đựng của dữ liệu đủ để khiến chúng trở nên hữu hình,<sup>39</sup> và vì thế hoàn toàn có thể chiếm hữu được<sup>40</sup>. Toà tối cao bang New York trong vụ *Shmueli* nổi tiếng cũng có cách hiểu gần gũi như vậy, khi cho rằng dữ

liệu có thể là đối tượng của hành vi định đoạt trái phép “tài sản” của người khác, là căn cứ làm phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (tort conversion), một chế định mà thông thường chỉ áp dụng cho tài sản hữu hình mà thôi<sup>41</sup>.

Thậm chí nếu dữ liệu là vô hình, dữ liệu vẫn đủ tính *xác định* và không phải là ý tưởng trừu tượng (mysticum)<sup>42</sup>. Về cơ bản, một ý tưởng trừu tượng là gần như không thể sở hữu được, bởi không thể xác định được ranh giới hay phạm vi của chúng. Chỉ có thể bảo hộ được nếu các ý tưởng trừu tượng đó được ghi nhận thành một hình thức nhất định (chẳng hạn như bài hát được ghi lại thành tệp âm thanh), bởi nếu không được ghi lại thì không thể làm rõ phạm vi hay giới hạn của đối tượng được bảo hộ. Do đó, bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ không phải là bảo hộ cho ý tưởng mà chỉ là bảo hộ một độc quyền sao chép một bản ghi hoặc độc quyền ghi lại ý tưởng đó vào một hình thức vật lý (mechanicum) mà thôi. Dữ liệu không đến mức trừu tượng như ý tưởng / thông tin, bởi chúng phải neo vào và bị giới hạn bởi vật chứa đựng. Đồng thời, vì có bản chất là các dấu hiệu, nên chắc chắn con người sẽ nhận thức được chúng thông qua các giác quan.

Vậy làm sao để làm rõ tính *xác định* của một dữ liệu bất kỳ? Cách thứ nhất là dựa vào vật chứa đựng: chỉ cần xác định là dữ liệu đó đang nằm trong vật chứa đựng nào, ở đâu,

37 Lothar Determann, “No one owns data”, *Hasting Law Journal*, Vol 70:1, 41. Francesco Banterle, “Data Ownership in the Data Economy: A European Dilemma”, *EU Internet Law in the Digital Era* (pp.199-225), Chapter: 9, Springer, 8. Herbert Zech, “Data as a Tradable Commodity” trong De Franceschi, “European Contract Law and the Digital Single Market”, 2016, 59-60.

38 Lothar Determann, “No one owns data”, *Hasting Law Journal*, Vol 70:1, 1.

39 Ritter và Mayer, 260.

40 David Harvey, “Collisions in the Digital Paradigm”, Hart Publishing, 2017, 151.

41 *Shmueli v. Corcoran Group*, Supreme Court of the State of New York County of New York: IAS Part 49, 9 Misc.3d 589, 2005. *Thyoff v. Nationwide Mutual Insurance Company*, 8 N.Y.3d 283, 292-93, 2007.

42 Eric Tjong Tjin Tai, “Data ownership and consumer protection”, *Tilburg Private Law Working Paper Series No. 09/2017*, 4.

kích thước, số lượng bao nhiêu, thì giới hạn của dữ liệu cũng sẽ tương ứng với giới hạn của vật chứa đựng đó<sup>43</sup>. Chẳng hạn, dữ liệu trong một phần cứng (ví dụ USB) được giới hạn trong chính phần cứng đó, bảo đảm đủ tính xác định để phân biệt chúng với các thứ khác. Cách tiếp cận này được coi là sự phát triển của nguyên tắc dung hợp (merger rule) trong việc xác định các hành vi xâm phạm tài sản trái phép (conversion). Như đã phân tích ở trên, thông thường các hành vi này chỉ có đối tượng là vật hữu hình, nhưng càng về sau thì chế định này cũng xem xét quy định cả các loại vật vô hình mà được ghi nhận dưới dạng vật lý (như chứng quyền, giấy ghi nợ, sổ cái...). Có thể coi đây là “hữu hình hoá” các quyền vô hình thông qua dạng thức vật lý của chúng (giấy tờ ghi nhận), tức là ai sở hữu giấy tờ ghi nhận quyền sẽ tương ứng nắm quyền vô hình trên giấy tờ đó<sup>44</sup>. Như vậy, dù dữ liệu vô hình hay hữu hình cũng không còn quan trọng, mà điều quan trọng là dữ liệu đó được chứa trong vật chứa đựng nào mà thôi. Toà án tối cao Liên bang Đức cũng thừa nhận một phần cách hiểu này trong hai quyết định của mình<sup>45</sup>. Các cách khác bao gồm: dựa trên nội dung của dữ liệu đó (về sự vật, sự việc nào), dựa trên người tạo ra dữ liệu (cá nhân, pháp nhân, tổ chức) và mục đích và việc sử dụng dữ liệu tương ứng (mục đích cá nhân, phân phối công khai, mục đích thương mại v.v.)<sup>46</sup>. Có thể thấy những cách xác định này không hoàn toàn mới, mà phần nào thừa

hưởng cách tiếp cận để bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ trước đây.

### 2.3. Về yêu cầu luật định quyền tài sản đối với dữ liệu

Trong trường hợp đủ tính *xác định*, dữ liệu vẫn cần phải bảo đảm tính *luật định*, tức là được luật tài sản ghi nhận là một đối tượng của luật tài sản. Không phải luật tài sản chưa bao giờ quan tâm đến dữ liệu: pháp luật về quyền sở hữu trí tuệ có quy định về quyền tác giả với sưu tập dữ liệu (database right), thông tin bí mật (confidential information) và bí mật kinh doanh (trade secret), thậm chí quy định về sáng chế đều có liên quan và phần nào có thể được sử dụng cho dữ liệu. Tuy nhiên, với mục đích bảo hộ cho các sản phẩm sáng tạo, các quyền tài sản này nếu có áp dụng thì cũng chỉ có phạm vi đối tượng tương đối hạn chế và khó bao hàm được toàn bộ các loại dữ liệu<sup>47</sup>. Cùng với đó, để có thể trở thành đối tượng của luật tài sản thì dữ liệu không thể đồng thời là đối tượng của các quyền nhân thân tuyệt đối không thể chuyển giao hoặc bị cấm chuyển giao<sup>48</sup>. Giới hạn này được đặt ra bởi một số quyền nhân thân tuyệt đối có liên quan đến dữ liệu cá nhân, thông tin riêng tư thường được coi là “bất khả xâm phạm”,<sup>49</sup> và phải được ưu tiên hơn các quyền tài sản. Tương tự như tranh luận trước đây về việc có nên ghi nhận quyền sở hữu với bộ phận cơ thể người,<sup>50</sup> không

43 Jeffrey Ritter và Anna Mayer, “Regulating data as property: A new construct for moving forward”, Duke Law & Technology Review, (Vol 16), 272, 264.

44 Eric Tjong Tjin Tai, “Data ownership and consumer protection”, Tilburg Private Law Working Paper Series No. 09/2017, 8.

45 German Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court), Decision dated 15/11/2006 (ownership of software on a CD-ROM). German Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court), Decision 10/07/2015 (audio recordings on a tape).

46 Sjeff van Erp, “Ownership of Data and the Numerus Clausus of Legal Objects”, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2017/6, 20.

47 Francesco Banterle, “Data Ownership in the Data Economy: A European Dilemma”, EU Internet Law in the Digital Era (pp.199-225), Chapter: 9, Springer, 6-8.

48 Nguyễn Ngọc Điện, “Giáo trình Luật dân sự 1 (Tập 1)”, NXB Trường Đại học Mở TPHCM, 2019, 226.

49 Huỳnh Thiên Tứ, “Vật quyền dữ liệu số”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 14 (462), tháng 7/2022.

phải vật gì có giá trị cũng nên được coi là đối tượng của các quyền tài sản. Một dữ liệu nhất định nếu được coi là đối tượng của quyền nhân thân tuyệt đối như quyền với dữ liệu cá nhân hoặc quyền riêng tư, thì khó có thể đồng thời là đối tượng của luật tài sản. Điều này là bởi, nếu một người (A) bán được dữ liệu cá nhân của chính mình, luật tài sản sẽ cho phép chủ sở hữu mới (B) quyền ngăn cấm mọi chủ thể tác động lên dữ liệu đó, ảnh hưởng và làm mất hiệu lực của quyền riêng tư và quyền với dữ liệu cá nhân của chính chủ thể dữ liệu là người (A) ban đầu.

Vấn đề kể trên có lẽ không chỉ là câu hỏi pháp lý thuần túy mà còn là câu hỏi chính sách pháp lý phức tạp. Nhiều ý kiến cho rằng việc coi dữ liệu là tài sản dễ tạo ra sự độc quyền về thông tin và ý tưởng,<sup>51</sup> dẫn tới những hạn chế với quyền tự do ngôn luận, quyền riêng tư, đồng thời ngăn cản sự sáng tạo và phát triển của công nghệ nói chung<sup>52</sup>. Tuy nhiên, có ý kiến cho rằng, không nên cực đoan hoá rằng dữ liệu chỉ có thể là đối tượng của một trong hai quyền: nhân thân hoặc tài sản mà nên cân đối hợp lý các lợi ích chính đáng này<sup>53</sup>. Kể cả nếu ưu tiên các quyền nhân thân tuyệt đối, cần làm rõ phạm vi điều chỉnh của các quyền này để xác định được dữ liệu nào nằm ngoài phạm vi đó và có thể trở thành đối tượng của luật tài sản. Đồng thời, cần có thêm những nghiên cứu đa ngành để xác định đâu là điểm cân bằng phù hợp giữa lợi ích nhân thân và các lợi ích tài sản của các cá nhân và cả xã hội trong mối quan hệ với dữ liệu.

### 3. Kết luận

Khoa học pháp lý đến nay vẫn chưa

thống nhất được một nhận thức chung về phạm vi, khái niệm và các tính chất căn bản của dữ liệu, nhất là sự phân loại các dữ liệu cá nhân và dữ liệu phi cá nhân. Về cơ bản, các nền tài phán hiện nay vẫn đang lựa chọn cách tiếp cận chờ đợi và quan sát (wait-and-see approach) khi xây dựng các quy chế pháp lý cho dữ liệu, nhất là việc đề ra các quy chế tài sản đối với dữ liệu. Bất kể sự đa dạng trong các cách tiếp cận hiện nay về dữ liệu, thì không thể phủ nhận được giá trị kinh tế của dữ liệu: Dữ liệu đã và đang có vai trò to lớn trong xã hội, tác động mạnh mẽ tới sự phát triển của nhiều lĩnh vực sử dụng dữ liệu nói riêng và sự phát triển chung của nền kinh tế số. Mặc dù vậy, việc nhấn mạnh nhu cầu khai thác dữ liệu không đương nhiên dẫn tới quan niệm cho phép dữ liệu được hưởng quy chế tài sản ngay lập tức, mà phải đáp ứng yêu cầu của nguyên lý nền tảng của luật tài sản. Về nguyên tắc, quy chế tài sản hoá dữ liệu phải được xây dựng và vận hành dựa trên cơ sở bảo đảm được tính *xác định* của dữ liệu và *tính luật định đối với quy tắc quyền tài sản*.

Bên cạnh đó, việc xây dựng quy chế tài sản với dữ liệu cũng có khả năng xung đột với các quyền nhân thân tuyệt đối, các quyền tài sản hiện hành lên dữ liệu, cũng như đặt ra những lo ngại về các tác dụng phụ tới việc thực hiện các quyền tự do và sự phát triển chung của xã hội. Vì vậy, trong tương lai, cần thêm nhiều các nghiên cứu liên ngành để xác định cách tiếp cận phù hợp nhất khi xây dựng quy chế tài sản hoá dữ liệu để tối ưu hoá lợi ích từ đối tượng mới và đầy hứa hẹn này ■

50 Xem thêm tại: Carlo Petrini, “Ethical and legal considerations regarding the ownership and commercial use of human biological materials and their derivatives”, J Blood Med. 2012; 3: 87–96.

51 Daniel Zimmer, ‘Property Rights Regarding Data’, Lohsse, Schulze & Staudenmayer, 2017.

52 Lothar Determann, ‘No One Owns Data’, Hastings Law Review 70 (2018), 1–44, 34–39.

53 Jeffrey Ritter và Anna Mayer, “Regulating data as property: A new construct for moving forward”, Duke Law & Technology Review, (Vol 16), 272.

# HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ QUYỀN SỞ HỮU ĐỐI VỚI TÀI SẢN ẢO<sup>1</sup>

Bùi Thị Hòe\*

Nguyễn Thị Long\*\*

\*ThS. Viện Nghiên cứu lập pháp

\*\*ThS. Khoa Pháp luật dân sự, Trường Đại học Luật Hà Nội.

## Thông tin bài viết

*Từ khóa:* Quyền sở hữu, tài sản ảo, Luật Tài sản ảo.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 23/03/2023

Biên tập: 16/04/2023

Duyệt bài: 17/04/2023

## Tóm tắt:

Trong bài viết này, các tác giả khái quát chung về quyền sở hữu đối với tài sản ảo và các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành liên quan đến quyền sở hữu đối với tài sản ảo. Qua đó, các tác giả đưa ra các kiến nghị hoàn thiện các quy định của pháp luật về quyền sở hữu đối với tài sản ảo tại Việt Nam, với hi vọng những quy định về tài sản ảo trong tương lai sẽ được thực thi hiệu quả, phòng ngừa những rủi ro pháp lý có thể xảy ra.

## Article Information

*Keywords:* Ownership rights; virtual assets; Law on Virtual Assets

*Article History:*

Received: 23 Mar. 2023

Edited: 16 Apr. 2023

Approved: 17 Apr. 2023

## Abstract:

Within this article, the authors give a general overview of ownership rights for virtual assets and the provisions under current legal regulations of Vietnam regarding ownership of the virtual assets. Thereby, the authors provide a number of recommendations for further improvements of the legal regulations on ownership of virtual assets in Vietnam, with the aim that the legal regulations on virtual assets will be effectively enforced and that any legal risks that could potentially occur might be mitigated.

## 1. Quan điểm về tài sản ảo và quyền sở hữu tài sản ảo

### 1.1. Tài sản ảo

Tài sản ảo được hiểu là giá trị tồn tại trong thế giới ảo, biểu hiện dưới dạng các mã số, được tạo ra từ những chương trình máy tính, trị giá được thành tiền và chuyển giao được. Tài sản ảo được tạo ra nhằm để triển khai thực hiện những chức năng như chức năng của tài sản pháp định trong thế giới thực. Thế giới ảo ở đây được hiểu là thế giới phi vật lý, tồn tại và vận hành nhờ vào các chương trình máy tính có kết nối năng lượng và Internet, có sự tham gia của con

người, có hoạt động trao đổi như thế giới thực và có những tác động vào thế giới thực. Thế giới ảo là nơi tài sản ảo xuất hiện, tồn tại và được chuyển giao giữa các thành viên. Những tương tác của các thành viên trong thế giới ảo được thực hiện dựa trên nhiều phương thức tương đồng với thế giới thực và tác động lên thế giới thực.

Sự hiện hữu của “tài sản ảo” (virtual property)<sup>2</sup> là có thực, vừa có thể mang lại những giá trị vật chất thực vừa mang lại những tranh chấp, rủi ro thực cho các chủ thể tham gia thế giới ảo. Tài sản ảo được nhận định là một loại tài sản phi truyền

1 Bài viết này có sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài cấp bộ: “Chính sách, pháp luật về quyền sở hữu đối với tài sản ảo: Kinh nghiệm quốc tế và bài học cho Việt Nam”, mã số: ĐTCB.2022- 08 do ThS. Bùi Thị Hòe làm Chủ nhiệm.

2 W Erlank, “Introduction to virtual property: Lex virtualis ipsa loquitur”, [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1727-37812015000700005](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-37812015000700005), truy cập ngày 10/04/2022.

thống và thế giới ảo là nơi thử nghiệm các lý thuyết pháp lý mới. Trạng thái quyền sở hữu tài sản ảo trong thế giới ảo thay đổi tùy theo trò chơi. Trên thực tế, các nhà phát triển trò chơi trực tuyến vẫn cung cấp cho người chơi khả năng chiếm hữu, sử dụng và chuyển nhượng tài sản ảo, đồng thời hạn chế quyền sở hữu đối với đối tượng này bằng “*thỏa thuận cấp phép người dùng cuối*” (được viết tắt là EULA). Thỏa thuận cấp phép người dùng cuối xác lập quan hệ giữa nhà cung cấp nền tảng trò chơi với người chơi, theo đó người chơi đồng ý với các điều khoản của thỏa thuận trước khi gia nhập thế giới ảo mới được phép cài đặt, sao chép hoặc sử dụng trò chơi. Tất cả quyền sở hữu, quyền sở hữu trí tuệ đối với trò chơi, mọi tiêu đề, mã máy tính, chủ đề, đối tượng, ký tự, tên nhân vật, hội thoại, ví trí, nhân vật, hoạt ảnh, âm thanh, hiệu ứng âm thanh, cốt truyện... sẽ được bảo đảm bằng pháp luật về sở hữu trí tuệ. Trong khi đó, người chơi cũng được xác lập quyền năng đối với tài sản ảo.

Hàng loạt các lý thuyết về quyền của người chơi đều tập trung giải quyết các câu hỏi như: (i) Có nên cung cấp cho người chơi quyền sở hữu tài sản ảo bằng cách cho người này bán tài sản ảo trong thế giới thực để lấy tiền thật không?; (ii) Người chơi có quyền sở hữu tài sản ảo thì có phải chịu trách nhiệm pháp lý gì với chủ sở hữu của thế giới ảo khi tài sản ảo bị mất không?; (iii) Ngược lại, chủ sở hữu thế giới ảo có phải chịu trách nhiệm trước chủ sở hữu tài sản ảo khi tài sản này bị đánh cắp hoặc phá hủy bởi những người chơi khác không?

Tài sản ảo được tạo ra trong thế giới ảo và tồn tại trong thế giới ảo nhằm thực hiện các chức năng tương tự tài sản trong thế giới thực. Chủ thể sở hữu tài sản ảo có quyền sử dụng, tức có quyền khai thác công dụng và khai thác những lợi ích vật chất khác của tài

sản ảo trong phạm vi pháp luật cho phép; việc khai thác lợi ích vật chất của tài sản ảo còn bao gồm cả việc thu nhận những kết quả của tài sản ảo mang lại. Việc khai thác tài sản ảo để thoả mãn những nhu cầu cho con người như: hỗ trợ trung gian thanh toán, đầu tư và tiếp cận hàng hóa dịch vụ.

Trước hết, tài sản ảo được khai thác vì mục đích trung gian thanh toán trong trao đổi hàng hóa, dịch vụ. Những người tham gia trong một cộng đồng nhất định sẽ sử dụng một loại tài sản ảo, đa số là tiền mã hóa, để thanh toán các dịch vụ trong cộng đồng đó, ví dụ như trong cộng đồng thế giới ảo của trò chơi trực tuyến. Hiểu một cách đơn giản nhất, tài sản ảo được dùng như phương tiện thanh toán khi được chuyển giao từ ví điện tử này sang ví điện tử khác và giá trị tương ứng của tài sản ảo khi trung gian thanh toán sẽ được quy định khác nhau tùy vào những nhà phát hành, thay vì có giá trị theo đồng tiền pháp định. Hai là, tài sản ảo được sử dụng với chức năng đầu tư theo hai hướng: Phát triển nhu cầu tinh thần và nhu cầu lợi ích kinh tế. Ví dụ, có những nhóm chủ thể mua bán vật phẩm ảo như quần áo, vũ khí trong trò chơi trực tuyến để phát triển “nhân vật” trong trò chơi, thăng hạng cấp bậc và sức mạnh nhanh chóng, suy cho cùng là để đầu tư vào nhu cầu giải trí của mình, hay những doanh nghiệp thực hiện giao dịch tên miền để đầu tư vào mảng đại diện cho cả tổ chức; mặt khác, một số chủ thể khác khai thác tài sản ảo theo hướng đầu tư sinh lợi, điển hình là đầu tư vào các xu chứng khoán như Bitcoin. Hơn thế nữa, tài sản ảo cũng có chức năng hỗ trợ chủ thể nắm giữ nó tiếp cận hàng hóa, dịch vụ. Địa chỉ website, địa chỉ hộp thư điện tử, tên miền hay xu tiện ích là những loại tài sản ảo điển hình với công dụng trên, cụ thể, hỗ trợ “tiếp cận hàng hóa, dịch vụ” - có thể hiểu là giúp người dùng

truy cập và tìm kiếm thông tin dễ dàng, đồng thời cung cấp cho chủ sở hữu một tiện ích nào đó liên quan đến dự án, có thể ở hiện tại hoặc trong tương lai.

### 1.2. Quyền sở hữu tài sản ảo

Quyền sở hữu được coi là vật quyền chính, quyền quan trọng nhất được thiết lập trên tài sản, thể hiện chủ quyền đối với tài sản và là cơ sở cho tất cả các vật quyền khác<sup>3</sup>. Quyền sở hữu được định nghĩa trong Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015: “*Quyền sở hữu bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt tài sản của chủ sở hữu theo quy định của luật*”<sup>4</sup>. Định nghĩa này được xây dựng theo phương thức liệt kê, quyền sở hữu bao gồm các quyền chiếm hữu (quản lý, chi phối tài sản), quyền sử dụng (khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức phát sinh từ tài sản) và quyền định đoạt (tiêu dùng tài sản, tiêu huỷ hoặc chuyển giao tài sản). Định nghĩa này được đánh giá là chưa bao quát được các quyền năng khác mà chủ sở hữu có thể thực hiện đối với tài sản của mình một cách trọn vẹn như các quyền dùng tài sản để bảo đảm cho việc thực nghĩa vụ, quyền mang tài sản tham gia vào các giao dịch...

Cùng với sự phát triển của những học thuyết pháp lý, khái niệm quyền sở hữu nói chung và quyền sở hữu tài sản ảo nói riêng có thể được hiểu dưới góc độ:

- Theo nghĩa chủ quan thì quyền sở hữu tài sản ảo là quyền của chủ sở hữu bằng hành vi của mình tác động lên tài sản ảo theo ý chí của chủ thể này một cách hợp pháp nhằm thoả mãn, nhu cầu và lợi ích của chủ sở hữu.

- Theo nghĩa khách quan thì quyền sở hữu tài sản ảo là tổng hợp các quy phạm pháp luật về căn cứ phát sinh, thực hiện,

chấm dứt quyền năng của chủ sở hữu đối với tài sản ảo của mình; các quy định về nguyên tắc và giới hạn thực hiện quyền mà chủ sở hữu phải tuân thủ khi khai thác tài sản của mình, những biện pháp bảo vệ được thực hiện nhằm bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp liên quan đến tài sản. Theo định nghĩa này thì quyền sở hữu tài sản ảo là một chế định pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong quá trình xác lập, thực hiện, bảo vệ hoặc chấm dứt quyền sở hữu.

Như vậy: *Quyền sở hữu tài sản ảo là quyền của chủ sở hữu đối với tài sản ảo được pháp luật ghi nhận và bảo đảm thực hiện.*

Quyền sở hữu là một loại vật quyền quan trọng; vì vậy, quyền sở hữu hội tụ đầy đủ các đặc điểm chung của vật quyền như: (i) tính luật định (ii) tính đối vật; (iii) tính lâu dài; (iv) tính theo đuổi vật; (v) việc thực hiện quyền không làm chấm dứt quyền; (vi) tính dịch chuyển được; (vii) cho phép người có quyền được ưu tiên thực hiện quyền với tài sản. Bên cạnh đó, so với các vật quyền khác, quyền sở hữu có những đặc điểm đặc thù như:

*Một là, chủ sở hữu là chủ thể có toàn quyền đối với tài sản ảo của mình.*

Quyền sở hữu là quyền của chủ sở hữu đối với tài sản. Do vậy, chủ sở hữu có toàn quyền đối với tài sản, được khai thác tài sản theo ý chí của chủ thể này. Về nguyên tắc, tài sản thuộc sở hữu của chủ thể nào thì chủ thể đó được thực hiện mọi hành vi tác động vào tài sản nhằm khai thác và hưởng những lợi ích tối đa, hợp pháp mà tài sản có thể mang lại cho mình. Chủ sở hữu có thể được xem là chủ thể duy nhất có mọi quyền năng trọn vẹn đối với tài sản từ nắm giữ, quản lý đến khai thác, hưởng lợi, thậm chí định đoạt cả về số

3 Nguyễn Minh Oanh (chủ biên), “Vật quyền trong pháp luật dân sự hiện đại”, Sách chuyên khảo, Nxb. Công an nhân dân, 2018, tr.160.

4 “Xem Điều 158 BLDS năm 2015.

phận thực tế như chấm dứt sự tồn tại của tài sản hoặc định đoạt số phận pháp lý của tài sản như chuyển giao quyền sở hữu tài sản cho chủ thể khác.

*Hai là, quyền sở hữu tài sản ảo mang tính liên tục<sup>5</sup>.*

Sở dĩ nhận định quyền sở hữu có tính liên tục vì việc thực hiện quyền năng này không có sự gián đoạn. Chủ sở hữu được thực hiện các quyền năng đối với tài sản ảo cho đến khi quyền sở hữu này được chuyển giao cho chủ sở hữu mới hoặc tài sản ảo không còn tồn tại. Khi tài sản ảo được chuyển giao quyền sở hữu từ chủ thể này sang cho chủ thể khác thì chủ sở hữu mới vẫn tiếp tục thực hiện các quyền năng trọn vẹn của mình đối với tài sản ảo; ngay cả khi chủ sở hữu trong một thời gian dài không tác động, không khai thác tài sản ảo thì vẫn có quyền đối với tài sản ảo. Đặc tính này của quyền sở hữu không giống với các quyền khác đối với tài sản nói chung và tài sản ảo nói riêng.

*Ba là, chủ sở hữu tài sản ảo không bị giới hạn thời gian thực hiện quyền.*

Nếu như các chủ thể khác bị giới hạn về thời hạn khai thác tài sản thì chủ sở hữu tài sản nói chung và tài sản ảo nói riêng lại không bị giới hạn. Đặc tính này được hiểu là chủ sở hữu tự mình thực hiện các quyền năng đối với tài sản của mình không phụ thuộc vào ý chí chủ quan của chủ thể khác về phương thức, hình thức hay thời hạn khai thác tài sản. Vì vậy, chủ sở hữu chính là người quyết định thời điểm bắt đầu khai thác và thời điểm dừng hoạt động khai thác tài sản. Tuy nhiên, trừ trường hợp pháp luật có quy định giới hạn vì lợi ích công cộng, lợi ích của toàn dân thì thời hạn khai thác tài

sản của chủ sở hữu cũng có thể bị can thiệp nhưng vẫn trên nguyên tắc tôn trọng ý chí của chủ sở hữu tài sản.

*Bốn là, giới hạn quyền sở hữu chỉ được đặt ra nếu có dấu hiệu gây tổn hại đến lợi ích cộng đồng, lợi ích toàn dân, sự tồn tại của loài người.*

Về nguyên tắc, quyền sở hữu là vật quyền mạnh nhất, toàn vẹn nhất đối với tài sản. Chủ sở hữu không bị giới hạn về mặt thời gian, phương thức, mức độ khai thác tài sản. Tuy nhiên, trong một số trường hợp đặc biệt như để duy trì sự tồn tại của tài sản, cân bằng hệ sinh thái, duy trì trật tự của xã hội, quyền sở hữu cũng có thể bị giới hạn bởi các quy định của pháp luật hoặc của chính chủ sở hữu. Để giới hạn phạm vi thực hiện quyền của chủ sở hữu đối với tài sản, pháp luật thường có các quy phạm liệt kê hành vi nghiêm cấm chủ thể được thực hiện, ví dụ như: nghiêm cấm sử dụng tiền ảo như một công cụ thanh toán<sup>6</sup>.

## **2. Pháp luật Việt Nam hiện hành về quyền sở hữu đối với tài sản ảo**

Pháp luật Việt Nam hiện nay chưa có văn bản điều chỉnh toàn diện vấn đề quyền sở hữu đối với tài sản ảo. Các quy định liên quan đến lĩnh vực này được thể hiện trong một số văn bản như sau:

- *Quy định của Bộ luật Dân sự (BLDS):* Điều 105 BLDS năm 2015 quy định tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản. Tài sản ảo không phải là vật hay tiền. Đối chiếu với quy định của Luật Ngân hàng Nhà nước năm 2010 và các văn bản hướng dẫn thi hành (khoản 8 Điều 6 Luật Ngân hàng nhà nước Việt Nam 2010; khoản 1 Điều 3 Thông tư số 04/2016/TT-NHNN và khoản

5 Nguyễn Minh Oanh, sđd, tr. 165.

6 Nghị định số 80/2016/NĐ-CP về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 101/2014/NĐ-CP về thanh toán không dùng tiền mặt; Nghị định số 96/2014/NĐ-CP về xử phạt hành chính trong lĩnh vực tiền tệ và hoạt động ngân hàng; 1 Điều 206 Bộ luật Hình sự; <http://www.hanoimoi.com.vn/ban-in/Tai-chinh/881415/ngan-hang-nha-nuoc-thanh-toan-bang-bitcoin-la-bat-hop-phap>.



1 Điều 2 Thông tư số 01/2012/TT-NHNN ) thì: “Giấy tờ có giá là bằng chứng xác nhận nghĩa vụ trả nợ giữa tổ chức phát hành giấy tờ có giá với người sở hữu giấy tờ có giá trong một thời hạn nhất định, điều kiện trả lãi và các điều kiện khác”. Như vậy, tiền ảo cũng không phải là giấy tờ có giá.

Theo Điều 115 BLDS 2015, quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền, bao gồm quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, quyền sử dụng đất và các quyền tài sản khác.

Quyền tài sản có thể được hiểu theo nghĩa rộng là tổng hợp các quyền và lợi ích của chủ thể trong việc chi phối, kiểm soát tài sản. Quyền tài sản theo nghĩa hẹp là quyền đối với tài sản hữu hình hoặc quyền đối với tài sản vô hình. Ví dụ: Quyền tài sản đối với đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ như quyền của chủ sở hữu quyền tác giả, quyền sử dụng đất... Quyền tài sản khác là quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại về tài sản, sức khỏe, tính mạng, danh dự, nhân phẩm bị xâm phạm, quyền yêu cầu thanh toán một khoản tài sản, quyền yêu cầu cấp dưỡng, quyền được chi trả bảo hiểm<sup>7</sup>... Dựa trên phương thức khai thác lợi ích của quyền tài sản, quyền tài sản gồm hai loại: Quyền tài sản là vật quyền (quyền đối vật) và quyền tài sản là trái quyền (quyền đối nhân). Quyền tài sản dưới định dạng là quyền đối vật là quyền mà chủ thể quyền có thể thực hiện quyền của mình bằng cách tác động trực tiếp lên vật, không phụ thuộc vào ý chí của chủ thể khác và có thể định giá được thành tiền. Quyền tài sản dưới định dạng là trái quyền (quyền đối nhân) là quyền mà chủ thể có thể đạt được thông qua

hành vi thực hiện nghĩa vụ của người khác. Trái quyền có thể phát sinh do thoả thuận của các bên ví dụ như quyền yêu cầu thanh toán phát sinh từ hợp đồng, hoặc cũng có thể phát sinh từ quyết định của Toà án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền như quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại do tài sản, tính mạng, sức khoẻ bị xâm phạm<sup>8</sup>...

*Tham khảo kinh nghiệm của một số quốc gia:* các luật gia Đức cho rằng một “tài sản ảo” thanh toán như bitcoin có thể thoả mãn định nghĩa về quyền tài sản này bởi chúng thực sự có giá trị kinh tế, xác định được trong chuỗi khối thông qua mã công khai, và là đối tượng của quyền định đoạt bởi chủ sở hữu nắm mã cá nhân duy nhất<sup>9</sup>. Tại Hà Lan, trong vụ *ECLI:NL:RBAMS:2018:869*, nguyên đơn yêu cầu toà án Amsterdam tuyên bố công ty Koinz Trading phá sản do không trả được khoản nợ 0.591 bitcoin và €10,000 tiền phạt. Tuy nhiên, để mở thủ tục phá sản theo luật Hà Lan thì nguyên đơn phải có quyền đòi nợ Koinz Trading, và quyền này chỉ phát sinh nếu khoản nợ “tài sản ảo” kể trên là một loại tài sản. Thủ tục phá sản sau đó được mở do toà xác định rằng một “tài sản ảo” như bitcoin là tài sản và có đầy đủ tính chất của một “quyền tài sản”. Toà án cho rằng bitcoin đại diện cho giá trị, được xác định thông qua một dãy số và chữ được mã hoá lưu trữ bởi người nắm giữ, và sau đó có thể trao đổi được, chẳng hạn như chuyển giao trực tiếp từ ví của người này sang ví của người khác khi thanh toán hoặc khi đổi sang tiền pháp định<sup>10</sup>. Đối với “tài sản ảo” có chức năng chứng khoán thì Bộ Tài chính Đức cũng đề xuất coi chúng là quyền tài sản

7 Nguyễn Văn Cừ, Trần Thị Huệ (chủ biên), “Bình luận khoa học BLDS năm 2015 của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam”, Nxb. Công an nhân dân, 2017, tr.228.

8 Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật Dân sự Việt Nam tập 1, Nxb. Tư pháp, 2022, tr.68.

9 G. Spindler, M. Bille, Rechtsprobleme von Bitcoins als virtuelle Währung, WM Z Für Wirtschafts- Bankr (2014), S. 1360

10 Rechtbank ECLI:NL:RBAMS:2018:869. 2018. Amsterdam.

với vật để từ đó dễ dàng áp dụng các quy định của pháp luật về chứng khoán đối với loại “tài sản ảo” này<sup>11</sup>.

Dưới góc nhìn của pháp luật Việt Nam hiện hành thì trái quyền cũng có thể được coi là một loại tài sản. Trong khi đó, đối với “tài sản ảo” thanh toán, các luật gia Pandectists dễ dàng nhận thấy chúng không cùng loại với các trái quyền thông thường<sup>12</sup>, bởi lẽ một trái quyền cần có ít nhất một nghĩa vụ và một người thụ trái; trong khi bản thân loại “tài sản ảo” này không làm xác lập một nghĩa vụ chuyển giao hoặc thực hiện công việc nào, và cũng không có ai là thụ trái bởi những người tham gia chuỗi khối đều ẩn danh và các máy tính khác trên hệ thống chuỗi khối không hề có nghĩa vụ phải xác nhận giá trị của chúng. Tuy nhiên, các “tiền ảo” khác như “tiền ảo chứng khoán” và “tiền ảo tiện ích” lại có thể được coi là trái quyền. Điều này là bởi nếu “tiền ảo” đó được phát hành để đổi lấy cho một khoản vốn bằng tiền pháp định hoặc một khoản nợ hay một dịch vụ nhất định, thì chúng sẽ tạo ra một mối quan hệ giữa người phát hành và nhà đầu tư và xác lập quyền và nghĩa vụ giữa các bên<sup>13</sup>.

Như vậy, có thể thấy tùy vào từng loại tài sản ảo khác nhau sẽ thỏa mãn điều kiện để được coi là quyền tài sản (một loại tài sản đặc thù). Tuy nhiên, dù tồn tại dưới định dạng vật quyền hay trái quyền thì xem xét pháp luật về tài sản hiện hành, tài sản ảo có thể cân nhắc trở thành tài sản pháp định bởi:

- (i) có giá trị (định giá được thành tiền);

- (ii) có giá trị sử dụng; (iii) con người có thể kiểm soát, chi phối tài sản ảo.

- *Quy định của pháp luật tín dụng - ngân hàng*: Tiền ảo, tiền kỹ thuật số không phải là một loại tiền và không phải là phương tiện thanh toán hợp pháp tại Việt Nam. Tại khoản 6 Điều 4 Nghị định số 102/2012/NĐ-CP ngày 22/11/2012 về thanh toán không dùng tiền mặt, được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 80/2016/NĐ-CP ngày 01/07/2016, thì phương tiện thanh toán không dùng tiền mặt sử dụng trong giao dịch thanh toán bao gồm: Séc, lệnh chi, ủy nhiệm chi, nhờ thu, ủy nhiệm thu, thẻ ngân hàng và các phương tiện thanh toán khác theo quy định của Ngân hàng Nhà nước. Bên cạnh đó, khoản 7 Điều 4 Nghị định số 102/2012/NĐ-CP cũng quy định: Phương tiện thanh toán không hợp pháp là các phương tiện thanh toán không thuộc quy định tại khoản 6 Điều này. Theo quy định trên, việc sử dụng tiền ảo làm phương tiện thanh toán không được công nhận tại Việt Nam...

Bên cạnh đó, tiền ảo cũng không phải là một trong các loại ngoại hối theo quy định của pháp luật Việt Nam. Theo quy định tại điểm a khoản 2 Điều 6 Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam năm 2010 và điểm a khoản 1 Điều 4 Pháp lệnh Ngoại hối năm 2005 thì: “Tiền ảo không phải là một trong các loại ngoại hối”.

- *Quy định của pháp luật về thuế liên quan đến tài sản ảo*:

- + Theo khoản 1 Điều 3 Luật Thuế thu

11 Website Bộ Tài chính Đức, Eckpunkte für die regulatorische Behandlung von elektronischen Wertpapieren und Krypto-Token, [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze\\_Gesetzesvorhaben/Abteilung\\_VII/19\\_Legislaturperiode/2019-03-07-Eckpunktepapier-Wertpapiere-Krypto-Token/0-Gesetz.html](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2019-03-07-Eckpunktepapier-Wertpapiere-Krypto-Token/0-Gesetz.html), truy cập ngày 18/08/2021.

12 L. Shmatenko, S. Möllenkamp, Digitale Zahlungsmittel in einer analog geprägten Rechtsordnung - A bit(coin) out of control - Rechtsnatur und schuldrechtliche Behandlung von Kryptowährungen, Multi Media Recht, 495-501 (2018) 5.

13 Websitetwobirds.com, Legalclassificationoftokens, <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2019/global/ico-legal-classification-of-tokens>, truy cập ngày 18/08/2021.

nhập cá nhân năm 2007, được sửa đổi, bổ sung năm 2012 và 2014 thì tiền ảo không được xác định là hàng hóa, dịch vụ nên thu nhập có được từ việc kinh doanh tiền ảo không thuộc đối tượng chịu thuế;

+ Theo quy định của Luật Thuế giá trị gia tăng năm 2008 đã được sửa đổi, bổ sung các năm 2013, 2014 và 2016, thì: Thuế giá trị gia tăng được hiểu là thuế tính trên giá trị tăng thêm của hành hóa dịch vụ phát sinh trong quá trình sản xuất, lưu thông hoặc tiêu dùng (Điều 2). Do đó, bất cứ hoạt động sản xuất, lưu thông hoặc tiêu dùng hàng hóa, dịch vụ nào mà có phát sinh chênh lệch tăng thêm so với giá ban đầu đều phải chịu thuế giá trị gia tăng. Nên, tài sản ảo không phải chịu thuế giá trị gia tăng và người kinh doanh tiền ảo cũng không phải nộp thuế giá trị gia tăng theo quy định của luật trên;

+ Căn cứ theo Điều 3 Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp năm 2008 đã được sửa đổi, bổ sung các năm 2013 và 2014 thì tài sản ảo không phải là hàng hóa, dịch vụ theo quy định của pháp luật Việt Nam nên thu nhập có được từ kinh doanh tiền ảo không thuộc thu nhập chịu thuế.

- *Quy định của Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012*: Rửa tiền được hiểu đó là hành vi của tổ chức, cá nhân nhằm hợp pháp hóa nguồn gốc của tài sản do phạm tội mà có bao gồm: (i) Hành vi được quy định trong Bộ luật Hình sự; (ii) trợ giúp cho tổ chức, cá nhân có liên quan đến tội phạm nhằm trốn tránh trách nhiệm pháp lý bằng việc hợp pháp hóa nguồn gốc tài sản do phạm tội mà có; (iii) chiếm hữu tài sản nếu tại thời điểm nhận tài sản đã biết rõ tài sản đó do phạm tội mà có, nhằm hợp pháp hóa nguồn gốc tài sản. Nên, cá nhân, tổ chức nào thực hiện các giao dịch liên quan đến tiền ảo nhằm mục đích rửa tiền thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật này, kể cả khi Việt Nam chưa công nhận và bảo hộ các loại tiền

ảo mà cá nhân, tổ chức lợi dụng các giao dịch liên quan đến tiền ảo để thực hiện mục đích rửa tiền cũng đều chịu trách nhiệm theo quy định của Luật. Bên cạnh đó, người thực hiện hành vi rửa tiền có thể bị xử phạt vi phạm hành chính theo quy định tại các điều từ Điều 39 đến Điều 46 Nghị định số 96/2014/NĐ-CP ngày 17/10/2014 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng. Mặt khác, người sử dụng các giao dịch liên quan đến tiền ảo nhằm mục đích rửa tiền còn có thể phải chịu trách nhiệm hình sự về “Tội rửa tiền” quy định tại Điều 324 Bộ luật Hình sự.

- *Quy định của pháp luật hành chính – hình sự*: Chưa có quy định điều chỉnh về tài sản ảo nhưng đã có những quy định xử phạt đối với việc sử dụng công cụ thanh toán bất hợp pháp tại Việt Nam. Khi chủ thể vi phạm quy định về sử dụng phương tiện thanh toán sẽ bị xử phạt vi phạm hành chính theo quy định tại điểm d khoản 6 Điều 27 Nghị định số 96/2014/NĐ-CP ngày 17/10/2014 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng; Trường hợp chủ thể thực hiện các giao dịch tiền ảo nhằm mục đích rửa tiền thì sẽ bị xử phạt vi phạm hành chính với mức xử phạt tương ứng với hành vi vi phạm theo quy định tại các điều từ Điều 39 đến Điều 46 Nghị định số 96/2014/NĐ-CP.

Bên cạnh đó, Ngân hàng Nhà nước cũng đã nhiều lần khẳng định Bitcoin và các loại tiền ảo tương tự khác không phải là phương tiện thanh toán hợp pháp tại Việt Nam: “*Tiền ảo nói chung và Bitcoin, Litecoin nói riêng không phải là tiền tệ và không phải là phương tiện thanh toán hợp pháp theo quy định của pháp luật Việt Nam. Việc phát hành, cung ứng và sử dụng tiền ảo nói chung và Bitcoin, Litecoin nói riêng (phương tiện thanh toán không hợp pháp) làm tiền tệ hoặc phương*

*tiện thanh toán là hành vi bị cấm. Chế tài xử lý hành vi này đã được quy định tại Nghị định 96/2014/NĐ-CP của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng và Bộ luật Hình sự 2015 (đã sửa đổi, bổ sung). Ngoài ra, về việc đầu tư vào tiền ảo, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam đã cảnh báo nhiều lần việc đầu tư này tiềm ẩn rủi ro rất lớn cho nhà đầu tư”<sup>14</sup>.*

Bộ luật Hình sự chưa có quy định liên quan đến tài sản ảo nhưng đã có quy định về trách nhiệm hình sự đối với hành vi phát hành, cung ứng, sử dụng phương tiện thanh toán không hợp pháp có thể phải chịu trách nhiệm hình sự về tội “Vi phạm quy định về hoạt động ngân hàng, hoạt động khác liên quan đến hoạt động ngân hàng” theo khoản 1 Điều 206 hoặc hành vi rửa tiền theo quy định tại khoản 1 Điều 324 Bộ luật Hình sự.

### **3. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật về quyền sở hữu đối với tài sản ảo**

Theo các tác giả, cần xây dựng khung pháp lý phù hợp đối với tài sản ảo. Với cách hiểu tài sản theo nghĩa rộng nhất trong bối cảnh khoa học công nghệ phát triển, tài sản ảo cũng có thể là một loại tài sản.

#### **3.1. Về hình thức của khung pháp lý về quyền sở hữu đối với tài sản ảo**

Hiện tại có hai nhóm quan điểm về việc lựa chọn loại hình thức văn bản điều chỉnh tài sản ảo và quyền sở hữu đối với tài sản ảo.

**Quan điểm thứ 1:** Trong giai đoạn đầu thì chỉ nên xây dựng khung pháp lý thử nghiệm về quyền sở hữu đối với tài sản ảo. Những quy định này chỉ nên được thể hiện trong văn bản dưới luật và nghị định là phương án tối ưu. Trong đó, nghị định về tài sản ảo cần quy định được những nội dung cơ bản liên quan như: giải thích nội hàm của những thuật ngữ pháp lý có liên quan,

các nguyên tắc cơ bản điều chỉnh các hoạt động liên quan đến tài sản ảo; các loại tài sản ảo và cơ chế pháp lý tương ứng; những vấn đề về giao dịch có đối tượng là tài sản ảo: điều kiện phát sinh hiệu lực, thời điểm phát sinh hiệu lực, thực hiện hợp đồng, chấm dứt hợp đồng; chủ thể có quyền và nghĩa vụ liên quan đến tài sản ảo; trách nhiệm pháp lý do vi phạm nghĩa vụ... Nội dung của Nghị định này phải bảo đảm tính liên kết với các văn bản khác có liên quan đến tài sản ảo như pháp luật về chứng khoán, thương mại, phòng chống rửa tiền...

**Cơ sở pháp lý của Phương án 1:** Theo khoản 3 Điều 19 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đã được sửa đổi bổ sung năm 2020: “*Vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước, quản lý kinh tế, quản lý xã hội. Trước khi ban hành nghị định này phải được sự đồng ý của Ủy ban Thường vụ Quốc hội*”. Theo quy định này, Chính phủ hoàn toàn có quyền ban hành Nghị định thí điểm về tài sản ảo nói chung và quyền sở hữu đối với tài sản ảo nói riêng sau khi có sự đồng ý của Ủy ban Thường vụ Quốc hội.

**Ưu điểm của phương án 1:** Tài sản ảo là vấn đề phức tạp, những tác động của tài sản ảo đối với kinh tế, chính trị của các quốc gia cũng tiềm ẩn nhiều rủi ro. Vì vậy, việc xây dựng khung pháp lý thử nghiệm về tài sản ảo và quyền sở hữu tài sản ảo có thể giúp Việt Nam kiểm soát được những tác động của tài sản ảo lên từng chủ thể, quan hệ cụ thể. Khung pháp lý thử nghiệm (sandbox) là phương án được ưu tiên hàng đầu bởi quy mô thử nghiệm và tác động,

<sup>14</sup> Công văn số 5747/NHNN-PC ngày 21/07/2017 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam gửi Văn phòng Chính phủ trả lời về vấn đề tiền ảo.

rủi ro hẹp hơn khi khởi động khung lý trên diện rộng.

**Nhược điểm của phương án 1:** Phương án này không xử lý được triệt để toàn diện các vấn đề. Sẽ có những nội dung cần điều chỉnh bởi cấp độ Luật nhằm đảm bảo quy định: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”.

Khung pháp lý thử nghiệm có kiểm soát không phải là cách tiếp cận pháp lý duy nhất, hiệu quả nhất vì chỉ có thể được xem là giải pháp tình thế tạm thời để các nhà quản lý hiểu rõ hơn về vấn đề công nghệ liên quan đến tài sản ảo, tiếp cận và hình thành phản xạ pháp lý xử lý những rủi ro của các đồng tiền ảo, tài sản ảo mang lại mà không gây xáo trộn lớn trong xã hội. Do đó, khi lựa chọn phương án 1, Việt Nam cần tận dụng khoảng thời gian này để hoàn thiện cơ sở hạ tầng và hoàn thiện hệ thống pháp luật đồng bộ<sup>15</sup>.

**Phương án 2:** Xây dựng khung pháp lý chính thức và rõ ràng về tài sản ảo với hình thức là Luật Tài sản ảo.

**Ưu điểm của phương án 2:** Phạm vi điều chỉnh của Luật rộng hơn phạm vi điều chỉnh của Nghị định, do đó có thể xử lý một cách thống nhất, toàn diện các vấn đề liên quan. Những nhược điểm về giá trị thi hành của văn bản dưới luật trong phương án 1 sẽ được khắc phục.

**Nhược điểm của phương án 2:** Bên cạnh những ưu điểm có thể đạt được, phương án 2 cũng tiềm ẩn nhiều khó khăn khi thực thi, do tài sản ảo sẽ biến đổi liên tục cùng sự phát triển của khoa học công nghệ. Với điều kiện hiện tại của Việt Nam, việc đánh giá

chính xác bản chất của tài sản ảo là khó khả thi. Ngoài ra, tài sản ảo chỉ tồn tại trong môi trường ảo gắn liền với Internet và các thiết bị điện tử, do đó các giao dịch liên quan mang tính phi biên giới, việc giải quyết tranh chấp và vấn đề xung đột pháp luật cũng là những nội dung cần được tiến hành theo quy trình lâu dài và thận trọng. Chi phí dành cho việc thực hiện phương án 2 cũng sẽ là một khoản tiền dự chi lớn.

**Quan điểm của nhóm tác giả:** Kết hợp cả hai phương án, theo đó sử dụng phương án 1 cho giai đoạn đầu; Sau khi vận hành sẽ có cơ sở xây dựng báo cáo đánh giá tác động của những quy định về tài sản ảo và quyền sở hữu đối với tài sản ảo ở Việt Nam, để tiến hành giai đoạn 2 (xây dựng Luật Tài sản ảo). Tuy nhiên, ngay cả khi lựa chọn việc xây dựng phương án 1 cho giai đoạn đầu vẫn cần thận trọng; cần nghiên cứu những tác động của tài sản ảo đối với nền kinh tế của các quốc gia đã và đang ghi nhận tư cách pháp lý và đã có văn bản quy định về tài sản ảo, qua đó sàng lọc giá trị tham khảo. Việt Nam cần nắm chắc cơ hội của “người đi sau” tiếp thu thành tựu và tránh được những rủi ro đã xảy ra.

### 3.2. Về nội dung văn bản điều chỉnh tài sản ảo và quyền sở hữu đối với tài sản ảo

Một là, thông nhất bản chất pháp lý, vị trí, vai trò của tài sản ảo là tài sản pháp định. Bởi lẽ tài sản ảo là kết quả hoạt động lao động của con người tồn tại trên Internet được lưu giữ và chuyển nhượng trong môi trường kỹ thuật số. Tài sản ảo được tạo ra, sử dụng gắn liền với không gian Internet. Thực chất tài sản ảo là những đoạn thông tin được mã hoá. Tài sản ảo thực tế gắn bó với các ứng dụng trên không gian mạng máy

15 Phan Chí Hiếu, Nguyễn Thanh Tú, “Một số vấn đề pháp lý về Tài sản mã hoá, Tiền mã hoá”, Nxb. Chính trị Quốc gia Sự thật, 2019, tr.269.

tính (Internet) – thế giới ảo. Như vậy, tài sản ảo là đối tượng có giá trị sử dụng và có thể chuyển giao. Một trong những đặc trưng cơ bản của tài sản truyền thống.

*Hai là*, xác định rõ phạm vi chủ thể có quyền, lợi ích và nghĩa vụ liên quan đến tài sản ảo. Liên quan đến tài sản ảo có hai chủ thể cơ bản có quyền, lợi ích và nghĩa vụ liên quan bao gồm: (i) Người tạo ra tài sản ảo về mặt kỹ thuật: Tài sản ảo là vật dụng trong các trò chơi online thường được thiết kế bởi công ty phát triển trò chơi, công ty cung cấp các phần mềm giải trí. Theo đó, tài sản được sinh ra được vận hành và chấm dứt dưới sự chi phối của máy chủ công ty điều hành trò chơi, có thể nói công ty trò chơi duy trì sự sống của tài sản ảo. Và (ii) người chơi: Người chơi là người tham gia trò chơi, là người bỏ ra tiền bạc, công sức và thời gian của mình để tạo ra các đồ vật ảo, là người có thể mua bán, trao đổi các vật dụng này một cách hợp pháp. Người chơi có thể được xem là chủ sở hữu các tài sản ảo mà họ có được trong các trò chơi trực tuyến.

Pháp luật về tài sản ảo cần xác định rõ chủ thể nào là chủ sở hữu của tài sản ảo.

*Ba là*, xác định rõ các căn cứ xác lập quyền sở hữu đối với tài sản ảo: Căn cứ xác lập quyền sở hữu là những sự kiện pháp luật xác lập quyền sở hữu của chủ thể đối với tài sản ảo (là cơ sở xác định chủ sở hữu tài sản). Hiện nay, BLDS năm 2015 quy định về các căn cứ xác lập quyền sở hữu tại Điều 221. Tuy vậy, đối với một số căn cứ có thể không phù hợp với tính chất vật lý của tài sản ảo, ví dụ sẽ không có trường hợp xác lập quyền sở hữu đối với tài sản ảo do người phát hiện ra tài sản ảo bị đánh rơi? bỏ quên? chôn, giấu, chìm đắm... Trong văn bản quy định chuyên biệt cần có những quy định tương ứng, phù hợp (nếu có thể) với từng loại tài sản ảo.

*Bốn là*, xây dựng quy định về điều kiện

có hiệu lực và hiệu lực của giao dịch có đối tượng là tài sản ảo. Một trong những dấu hiệu nhận diện tài sản ảo là chỉ tồn tại trong môi trường ảo, môi trường sử dụng các ứng dụng công nghệ. Do đó, thực tế để việc khai thác tài sản này được thực hiện ổn định, an toàn, pháp luật Việt Nam cần quy định về khả năng của chủ thể tham gia giao dịch phải đạt độ tuổi nhất định và phải có năng lực công nghệ. Bên cạnh đó, cần chú trọng những quy định đảm bảo tính tự nguyện của các chủ thể khi tham gia giao dịch điện tử. Văn bản về tài sản ảo cũng cần xác định rõ những hành vi bị nghiêm cấm thực hiện, hình thức của giao dịch có liên quan đến tài sản ảo (cần nhắc ghi nhận và triển khai hoạt động công chứng điện tử); những quy định liên quan đến thời điểm có hiệu lực của những giao dịch này, qua đó xác định thời điểm phát sinh quyền, nghĩa vụ của chủ thể...

*Năm là*, xác định rõ vấn đề thừa kế di sản là tài sản ảo. Vấn đề chuyển dịch quyền sở hữu tài sản ảo sau khi chủ sở hữu tài sản chết, chủ thể quản lý di sản là tài sản ảo và phương thức phân chia di sản thừa kế cũng là một trong những nội dung cần điều chỉnh. Bên cạnh những quy định pháp luật về thừa kế của BLDS năm 2015, những nội dung đặc thù của thừa kế tài sản ảo cũng cần được quy định rõ trong văn bản pháp luật quy định về loại tài sản này.

*Sáu là*, xác định rõ điều kiện để tài sản ảo là đối tượng của các biện pháp bảo đảm. Nếu pháp luật Việt Nam ghi nhận tài sản ảo là tài sản thì đây cũng chính là đối tượng của các biện pháp bảo đảm có đối tượng là tài sản như: cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, cầm giữ... Do đó, văn bản quy định về tài sản ảo cũng cần quy định thống nhất và liên kết với các quy định chung về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

*Bảy là*, quy định về bảo vệ quyền

sở hữu tài sản ảo: Pháp luật về tài sản ảo cũng cần có những quy định cụ thể về các phương thức bảo vệ quyền sở hữu tài sản ảo. Bên cạnh những phương thức được quy định trong BLDS năm 2015, cần xác định những biện pháp bảo vệ quyền sở hữu mà chủ sở hữu có thể thực hiện về phương diện kỹ thuật nhằm truy vết giao dịch tẩu tán tài sản ảo (nếu có)...

*Tám là*, quy định về cơ quan quản lý tài sản ảo: Cần xác định cơ quan chuyên trách thực hiện việc quản lý nhà nước về tài sản ảo. Tuy nhiên, với tình hình hiện tại, tài sản ảo đang tồn tại dưới nhiều hình thức khác nhau như: Tài sản ảo là chứng khoán thì chịu sự quản lý của Ủy ban chứng khoán nhà nước (Trực thuộc Bộ Tài chính); Tài sản ảo là phương tiện thanh toán thì việc quản lý tài sản này thuộc về Ngân hàng Nhà nước; Tài sản ảo là hàng hoá đặc biệt thì được giao cho Bộ Công thương quản lý. Như vậy, cần xác định rõ tài sản ảo là đối tượng liên quan đến nhiều lĩnh vực và cần có sự phối hợp chuyên môn của nhiều cơ quan... Do đó, quy định của Luật Tài sản ảo cần phân công trách nhiệm cụ thể, rõ ràng, thiết lập cơ chế phối hợp chặt chẽ, hiệu quả giữa các cơ quan<sup>16</sup>.

### **3.3. Về hoàn thiện các quy định pháp luật có liên quan**

*Một là*, hoàn thiện pháp luật về bảo đảm an toàn thông tin và dữ liệu cá nhân. Tài sản ảo là sản phẩm của công nghệ Blockchain và mật mã, lưu trữ và sử dụng dữ liệu cá nhân chuyển giao từ thành viên này sang thành viên khác trên nền tảng Internet. Do đó, những văn bản pháp luật liên quan trong nội dung này cần được nghiên cứu kỹ càng và thận trọng, bảo đảm văn bản về tài sản ảo và những văn bản này phải thống nhất với

nhau, không mâu thuẫn, chồng chéo: Luật Công nghệ Thông tin, Luật An toàn thông tin mạng, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng...

*Hai là*, hoàn thiện pháp luật về điều kiện kinh doanh trên môi trường mạng, quá trình giao kết giao dịch có đối tượng là tài sản ảo. Những giao dịch có đối tượng là tài sản ảo được thực hiện thông qua các phương tiện điện tử và chịu sự điều chỉnh trực tiếp của Luật Giao dịch điện tử. Do đó, trong thời gian tới cần hoàn thiện các quy định về thông điệp dữ liệu, chứng từ điện tử, chữ ký điện tử, bảo mật giao dịch điện tử. Bên cạnh đó cũng cần hoàn thiện các quy định liên quan đến sàn giao dịch điện tử, năng lực của các chủ thể hoạt động kinh doanh liên quan đến tài sản ảo trong Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư...

*Ba là*, hoàn thiện các quy định về phòng chống rửa tiền, tài trợ khủng bố, tham nhũng. Mặc dù tài sản ảo có tính chất phi tập trung, bảo mật, nhanh chóng và tiết kiệm chi phí giao dịch nhưng lại tiềm ẩn nhiều rủi ro như: giá trị không ổn định, tính ẩn danh cao, dễ bị lạm dụng để che giấu pháp luật, trong đó có hoạt động rửa tiền hoặc tài trợ cho hoạt động khủng bố<sup>17</sup>. Chính bởi lẽ đó, khi tài sản ảo chính thức được ghi nhận bản chất pháp lý là tài sản pháp định, cần hoàn thiện các quy định pháp luật về vấn đề này trong các văn bản: Bộ Luật Hình sự; Luật Phòng, chống rửa tiền; Luật Phòng, chống tham nhũng... Ngay cả vấn đề phối hợp điều tra tội phạm xuyên quốc gia liên quan đến tài sản ảo cũng cần được quan tâm (nội dung này cơ bản lại được điều chỉnh bởi các điều ước quốc tế).

*Bốn là*, hoàn thiện các quy định pháp luật về thuế liên quan đến tài sản ảo ■

16 Phan Chí Hiếu, Nguyễn Thanh Tú, tldđ, tr. 273-274.

17 Phan Chí Hiếu, Nguyễn Thanh Tú, tldđ, tr. 251.

# BẢO VỆ QUYỀN LỢI CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG KHI NHÀ NƯỚC THU HỒI ĐẤT

Võ Hoàng Yến \*

Trần Văn Phú \*\*

\* Giảng viên, Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

\*\* TS. Giảng viên, Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

## Thông tin bài viết

*Từ khóa:* Bảo vệ quyền lợi, người lao động, thu hồi đất.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 10/03/2023

Biên tập: 14/04/2023

Duyệt bài: 15/04/2023

## Tóm tắt:

Trong quá trình Nhà nước thu hồi đất, mặc dù đã có nhiều quy định để hỗ trợ người bị thu hồi đất và những người bị ảnh hưởng khác giảm bớt khó khăn, thiệt hại xuất phát từ hoạt động thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh, phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng, nhưng pháp luật hiện nay thiếu những quy định cụ thể để bảo vệ quyền lợi của người lao động khi Nhà nước thu hồi đất. Trong bài viết này, các tác giả phân tích những điểm hạn chế trong quy định của pháp luật liên quan đến việc bảo vệ quyền lợi của người lao động khi Nhà nước thu hồi đất và đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện.

## Article Information

*Keywords:* Benefit protection; workers; land acquisition.

Article History:

Received: 10 Mar. 2023

Edited: 14 Apr. 2023

Approved: 15 Apr. 2023

## Abstract:

In the process of land acquisition by the state, although there have been legal regulations to assist people with land expropriation and other affected people to mitigate difficulties, damages arising from land acquisition for purposes of national defense, national security, and socio-economic development for the national and public interests, there are still absences of specific legal provisions to protect the rights of workers when the state acquires their land. Within this article, the authors provide an analysis of the shortcomings in the provisions of the law related to the protection of the rights of workers when the state acquires land and give recommendations for further improvements.

## 1. Đặt vấn đề

Quá trình đô thị hóa và xây dựng hệ thống hạ tầng, các khu công nghiệp, các công trình phúc lợi là xu hướng tất yếu trong quá trình phát triển. Để phát triển kinh tế bền vững<sup>1</sup> đòi hỏi phải tăng hiệu suất sử dụng các yếu tố đầu vào sản xuất (đất, lao động, vốn) và cải thiện chất lượng của cơ cấu tổ chức và quản lý kinh tế cùng với chuyển đổi cơ cấu kinh tế. Ở Việt Nam hiện nay, chuyển đổi cơ cấu kinh tế gắn liền với quá trình công nghiệp hóa, đô thị hóa và chuyển đổi

cơ cấu lao động. Những thay đổi trên làm chuyển biến cách thức sử dụng đất. Ví dụ, quá trình công nghiệp hóa cần chuyển đổi đất trồng trọt và chăn nuôi sang phục vụ cho mục đích công nghiệp, xử lý nguyên liệu, chế biến, vận chuyển và lưu trữ, xử lý chất thải. Đô thị hóa cần chuyển đổi đất nông nghiệp thành loại đất sử dụng vào mục đích để ở, để phục vụ cho mục đích sản xuất, kinh doanh và vì lợi ích của quốc gia, công cộng. Thay đổi mục đích sử dụng đất luôn đi cùng với dịch chuyển lao động từ những vùng

1 Nguyễn Viết Lợi, Nguyễn Thị Hải Bình (2018), Phát triển kinh tế nhanh, bền vững và những vấn đề đặt ra đối với Việt Nam, [https://mof.gov.vn/webcenter/portal/tncdtb/pages\\_r/l/chi-tiet-tin?dDocName=MOFUCM236545](https://mof.gov.vn/webcenter/portal/tncdtb/pages_r/l/chi-tiet-tin?dDocName=MOFUCM236545), truy cập ngày 10/11/2022.



nông thôn sang những nghề có năng suất lao động cao hơn ở đô thị. Đây là xu hướng điển hình của tăng trưởng kinh tế của các quốc gia trong quá trình phát triển, đặc biệt là tại Việt Nam trong thời gian gần đây. Để những hoạt động trên diễn ra thuận lợi, Nhà nước sẽ tiến hành thu hồi đất để sử dụng theo quy hoạch, kế hoạch đã lập. Điều 61, 62, 64 và Điều 65 Luật Đất đai năm 2013 là căn cứ pháp lý để Nhà nước thực hiện quyền thu hồi đất. Quy định về các trường hợp thu hồi đất trong bốn điều luật vừa nêu có thể phân chia làm hai nhóm: nhóm một (Điều 61 và Điều 62) xuất phát từ nhu cầu của Nhà nước cần sử dụng đất cho các mục đích quốc phòng, an ninh, phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng; nhóm hai (Điều 64 và Điều 65) bị thu hồi xuất phát từ lỗi của người sử dụng như việc thu hồi được áp dụng trong trường hợp đất không được sử dụng hoặc sử dụng không đúng mục đích hoặc người sử dụng đất có hành vi vi phạm pháp luật về đất đai hoặc người sử dụng đất tự nguyện trả lại đất<sup>2</sup>. Do vậy, thu hồi đất đối với nhóm hai không đặt ra vấn đề bồi thường, hỗ trợ, tái định cư. Trong khi đó, thu hồi đất đối với nhóm một vừa góp phần đạt được mục đích của Nhà nước vừa bảo đảm không gây thiệt hại cho người sử dụng đất cho nên Nhà nước đã ban hành những quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư.

Cho dù xuất phát từ mục đích gì thì việc thu hồi đất chắc chắn sẽ có tác động nhiều mặt đến phát triển kinh tế-xã hội. Một trong những chủ thể góp phần quan trọng trong sự phát triển kinh tế-xã hội chính là người lao động. Khái niệm người lao động được tác giả đề cập trong bài viết là người lao động làm việc thông qua giao kết hợp đồng lao động. Người lao động này không phải là

người sử dụng đất theo quy định tại Điều 5 Luật Đất đai năm 2013. Tuy nhiên, khi Nhà nước thu hồi đất của những người sử dụng lao động xét dưới góc độ xã hội đã gây ra sự ảnh hưởng đến việc làm của người lao động, dưới góc độ kinh tế là sự ảnh hưởng đến hoạt động sản xuất, kinh doanh của người sử dụng lao động. Khi phát sinh sự kiện làm ảnh hưởng đến quan hệ lao động trong đơn vị thì người sử dụng lao động phải tìm mọi biện pháp giải quyết để quan hệ lao động được hài hòa, ổn định. Sẽ không hợp lý nếu buộc người sử dụng lao động phải gánh chịu những tổn thất xuất phát từ hoạt động thu hồi đất của Nhà nước gây ra. Cho nên, Nhà nước cần phải bù đắp những tổn thất cho các chủ thể có liên quan bị ảnh hưởng bởi hoạt động thu hồi đất của Nhà nước. Điều này chính là cơ sở lý luận của vấn đề bảo đảm quyền lợi cho người lao động khi Nhà nước thu hồi đất.

### **2. Quy định của pháp luật về bảo vệ quyền lợi của người lao động khi nhà nước thu hồi đất**

Nhà nước thu hồi đất phục vụ cho mục đích quốc phòng, an ninh, phát triển kinh tế-xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng là sự kiện làm ảnh hưởng đến người bị thu hồi đất. Trong số những chủ thể bị thu hồi đất, có thể có các chủ thể có thuê mướn, sử dụng người lao động; quá trình thu hồi đất ảnh hưởng không nhỏ đến hoạt động sản xuất, kinh doanh, dịch vụ của người sử dụng lao động. Những chủ thể này có thể phải ngừng hoặc chấm dứt hoạt động. Như vậy, quyền lợi của những người lao động trong đơn vị sẽ được giải quyết như thế nào?

Mặc dù chế định Nhà nước thu hồi đất đã được luật hóa trong Luật Đất đai năm

2 Điều 61, 62, 64 và Điều 65 Luật Đất đai năm 2013.

1993 cũng như các văn bản hướng dẫn thi hành, nhưng đến Luật Đất đai năm 2003 thì việc hỗ trợ cho người lao động bị ảnh hưởng cũng chưa được quy định rõ. Trong giai đoạn Luật Đất đai năm 2003, vấn đề hỗ trợ cho người lao động bị ảnh hưởng bởi hoạt động thu hồi đất của Nhà nước chỉ thực sự được quan tâm và quy định từ Nghị định số 197/2004/NĐ-CP ngày 03/12/2004 về Bồi thường, hỗ trợ và tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất (Nghị định số 197/2004/NĐ-CP) với nội dung cụ thể: “Tổ chức kinh tế, hộ sản xuất kinh doanh có đăng ký kinh doanh, có thuê lao động theo hợp đồng lao động, bị ngừng sản xuất kinh doanh khi Nhà nước thu hồi đất thì người lao động được áp dụng bồi thường theo chế độ trợ cấp ngừng việc quy định tại khoản 3 Điều 62 của Bộ luật Lao động; đối tượng được bồi thường là người lao động quy định tại điểm a, điểm b khoản 1 Điều 27 của Bộ luật Lao động; thời gian tính bồi thường là thời gian ngừng sản xuất kinh doanh, nhưng tối đa không quá 06 tháng”<sup>3</sup>.

Hiện nay, nội dung này được quy định tại khoản 6 Điều 19 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP: “Người lao động do tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân sản xuất, kinh doanh, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuộc đối tượng quy định tại điểm đ khoản 1 Điều này thuê lao động theo hợp đồng lao động thì được áp dụng hỗ trợ chế độ trợ cấp ngừng việc theo quy định của pháp luật về lao động nhưng thời gian trợ cấp không quá 06 tháng”<sup>4</sup>.

Quy định về hỗ trợ cho người lao động tiếp tục được khẳng định tại Điều 2 Nghị

định số 148/2020/NĐ-CP: “Người lao động do tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân sản xuất, kinh doanh, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuộc đối tượng quy định tại điểm g khoản 1 Điều này thuê lao động theo hợp đồng lao động thì được áp dụng hỗ trợ chế độ trợ cấp ngừng việc theo quy định của pháp luật về lao động nhưng thời gian trợ cấp không quá 06 tháng”<sup>5</sup>. Song song đó, khoản 7 Điều 19 của Nghị định số 47/2014/NĐ-CP và Điều 2 Nghị định số 148/2020/NĐ-CP đều quy định “UBND cấp tỉnh quyết định mức hỗ trợ, thời gian hỗ trợ, định kỳ chi trả tiền hỗ trợ cho phù hợp với thực tế tại địa phương”. Vì thế, trên cơ sở quy định của Chính phủ, để đánh giá quy định này được triển khai trên thực tế như thế nào thì cần phải xem xét đến quy định cụ thể của Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh nơi diễn ra hoạt động thu hồi đất.

Quy định bồi thường, hỗ trợ cho người lao động bị ngừng việc cho thấy sự tiến bộ của pháp luật về đất đai vì đã thừa nhận và chi trả thay cho người sử dụng lao động chi phí lẽ ra người sử dụng lao động sẽ phải gánh chịu. Điều này hoàn toàn hợp lý, bởi vì đây là thiệt hại hữu hình và phát sinh do sự kiện Nhà nước thu hồi đất. Điều 99 Bộ luật Lao động năm 2019 (BLLĐ năm 2019) quy định người sử dụng lao động phải trả lương cho người lao động khi ngừng việc trong ba trường hợp:

- Do lỗi của người sử dụng lao động thì người lao động được trả đủ tiền lương theo hợp đồng lao động;

- Do lỗi của người lao động thì người đó không được trả lương, những người lao

3 Điều 26 Nghị định số 197/2004/NĐ-CP ngày 03/12/2004 của Chính phủ quy định về bồi thường, hỗ trợ và tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

4 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP ngày 15/05/2014 của Chính phủ quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

5 Nghị định số 148/2020/NĐ-CP ngày 18/12/2020 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai.

động khác trong cùng đơn vị phải ngừng việc thì được trả lương theo mức do hai bên thỏa thuận nhưng không được thấp hơn mức lương tối thiểu;

- Do sự cố điện, nước mà không do lỗi của người sử dụng lao động hoặc do thiên tai, hỏa hoạn, dịch bệnh nguy hiểm, dịch họa, di dời địa điểm hoạt động theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc vì lý do kinh tế thì hai bên thỏa thuận về tiền lương ngừng việc như sau: trường hợp ngừng việc từ 14 ngày làm việc trở xuống thì tiền lương ngừng việc được thỏa thuận không thấp hơn mức lương tối thiểu, trường hợp phải ngừng việc trên 14 ngày làm việc thì tiền lương ngừng việc do hai bên thỏa thuận nhưng phải bảo đảm tiền lương ngừng việc trong 14 ngày đầu tiên không thấp hơn mức lương tối thiểu.

### **2. Bất cập liên quan đến quy định về bảo vệ quyền lợi của người lao động khi Nhà nước thu hồi đất**

Quy định về hỗ trợ cho người lao động bị ảnh hưởng bởi hoạt động thu hồi đất của Nhà nước trong Nghị định số 47/2014/NĐ-CP và Nghị định số 148/2020/NĐ-CP vẫn còn tồn tại một số vấn đề sau:

*Thứ nhất*, khoản 6 Điều 19 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP quy định: “Người lao động do tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân sản xuất, kinh doanh, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuộc đối tượng quy định tại điểm đ khoản 1 Điều này thuê lao động theo hợp đồng lao động thì được áp dụng hỗ trợ chế độ trợ cấp ngừng việc theo quy định của pháp luật về lao động nhưng thời gian trợ cấp không quá 06 tháng”. Nội dung Điều 99 BLLĐ năm 2019 đã được trình bày ở phần 2 quy định “trả lương ngừng việc” không phải “trợ cấp ngừng việc” bởi vì bản chất của tiền lương và trợ cấp là khác nhau. Việc sử dụng từ ngữ không thống nhất có thể dẫn đến hiểu

sai quy định. Hơn nữa, thu hồi đất không thuộc ba trường hợp được trả lương ngừng việc theo quy định tại Điều 99 BLLĐ năm 2019. Điều này gây khó khăn trong thực tiễn áp dụng, bởi vì trường hợp do lỗi của người sử dụng lao động thì người lao động được trả đủ lương trong thời gian ngừng việc. Đây là trường hợp mà người lao động được bảo đảm tiền lương theo hợp đồng lao động nên tạm xem như không bị thiệt hại từ hoạt động thu hồi đất nhưng việc Nhà nước thu hồi đất không thể xem là ngừng việc do lỗi của người sử dụng lao động. Do vậy, pháp luật về đất đai viện dẫn áp dụng pháp luật lao động về trả lương ngừng việc chỉ còn trường hợp thứ ba để áp dụng nhưng thực sự miễn cưỡng vì thu hồi đất không phải “lý do kinh tế”, hay “sự cố điện, nước”, “thiên tai, hỏa hoạn, dịch bệnh nguy hiểm”. Một vấn đề quan trọng cần lưu ý trong trường hợp này là cách thức và mức chi trả lương ngừng việc sẽ được thực hiện như thế nào? Khoản 3 Điều 99 BLLĐ năm 2019 quy định “hai bên thỏa thuận về tiền lương ngừng việc như sau: trường hợp ngừng việc từ 14 ngày làm việc trở xuống thì tiền lương ngừng việc được thỏa thuận không thấp hơn mức lương tối thiểu, trường hợp phải ngừng việc trên 14 ngày làm việc thì tiền lương ngừng việc do hai bên thỏa thuận nhưng phải bảo đảm tiền lương ngừng việc trong 14 ngày đầu tiên không thấp hơn mức lương tối thiểu”. Như vậy, vấn đề đặt ra là tiền lương làm căn cứ tính là mức lương tối thiểu hay mức lương thỏa thuận khi ngừng việc hay mức lương trong hợp đồng lao động? Nếu áp dụng trả lương ngừng việc theo khoản 3 Điều 99 BLLĐ năm 2019 sẽ làm ảnh hưởng đến quyền lợi của người lao động vì căn cứ vào mức lương tối thiểu chứ không phải mức lương thỏa thuận theo hợp đồng lao động; và “do hai bên thỏa thuận” nên người lao động được nhận nhiều hay ít

hoàn toàn phụ thuộc vào thiện chí của người sử dụng lao động.

*Thứ hai*, vấn đề đặt ra là Nhà nước sẽ chi hỗ trợ trực tiếp cho người lao động hay trả khoản tiền này cho người sử dụng lao động để họ tự chi trả lại cho người lao động trong đơn vị? Nếu Nhà nước chi trả trực tiếp cho người lao động thì buộc phải có sự xác minh hoặc cung cấp thông tin từ phía người sử dụng lao động và chủ thể thực hiện việc chi trả cũng khó để kiểm chứng tính xác thực của thông tin. Nếu chi trả tiền hỗ trợ thông qua người sử dụng lao động thì liệu rằng người lao động chắc chắn sẽ nhận được, nhận đủ và kịp thời tiền hỗ trợ từ Nhà nước?

*Thứ ba*, thực tế có không ít trường hợp chủ thể sản xuất kinh doanh phải chấm dứt hoạt động khi Nhà nước thu hồi đất vì nếu phải di chuyển đến địa điểm khác thì xa nguồn nguyên liệu hoặc mất địa thế hoặc mất mạng lưới khách hàng hoặc chi phí sản xuất tăng lên đáng kể làm cho giá thành sản phẩm không thể cạnh tranh được trên thị trường. Pháp luật lao động quy định khi chấm dứt hợp đồng với người lao động trong trường hợp đơn vị sử dụng lao động chấm dứt hoạt động thì người lao động được trả trợ cấp thôi việc<sup>6</sup>. Pháp luật về đất đai hiện chưa quy định hỗ trợ cho người lao động trong trường hợp đơn vị sử dụng lao động chấm dứt hoạt động do quyết định thu hồi đất.

*Thứ tư*, khoản 6 Điều 19 Nghị định số 47/2014/ NĐ-CP quy định “thời gian trợ cấp không quá 06 tháng”. Nếu việc ngừng việc kéo dài hơn 06 tháng thì quy định hiện tại chưa bảo đảm được quyền lợi cho người lao động. Trên thực tế có rất nhiều dự án triển khai các hoạt động liên quan đến việc thu hồi đất rất chậm nên khi người sử dụng lao động bị thu hồi đất chưa được bảo đảm những điều kiện cần thiết để hoạt động sản

xuất kinh doanh có thể diễn ra bình thường thì việc ngừng sản xuất kinh doanh có thể kéo dài và khi phải kéo dài hơn 06 tháng thì chi phí trả lương ngừng việc cho thời gian vượt 06 tháng không được Nhà nước hỗ trợ.

*Thứ năm*, trong Nghị định số 47/2014/ NĐ-CP cũng như Nghị định số 148/2020/ NĐ-CP có rất nhiều nội dung liên quan đến bồi thường, hỗ trợ, tái định cư được Chính phủ giao cho UBND cấp tỉnh quy định cụ thể, chi tiết cho phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội của từng địa phương nên những quy định về bồi thường cho người lao động do ngừng việc cũng có rất nhiều sự khác biệt ở các địa phương về thời gian hưởng tiền hỗ trợ, về tiền lương làm căn cứ tính mức hỗ trợ cũng như như điều kiện và cách thức thực hiện việc chi trả. Sự khác biệt này có thể được minh chứng qua quy định của một số địa phương sau:

(i) Quyết định số 15/2014/QĐ-UBND, ngày 13/11/2014 của UBND thành phố Cần Thơ, Điều 15 quy định “Mức trợ cấp ngừng việc được tính bằng tiền lương được ký kết theo nội dung hợp đồng lao động trong thời gian tối đa là 06 tháng; chi trả 01 (một) lần khi thực hiện chi trả tiền bồi thường, hỗ trợ”. Quy định của UBND thành phố Cần Thơ xác định tiền hỗ trợ căn cứ vào tiền lương ký kết trong hợp đồng lao động, chi trả một lần nhưng không quy định rõ là ngừng việc theo trường hợp nào và chi trực tiếp cho người lao động hay thông qua người sử dụng lao động.

(ii) Khoản 3 Điều 16 Quyết định số 26/2020/QĐ-UBND, ngày 22/12/2020 của UBND tỉnh Kiên Giang quy định “Người lao động... theo hợp đồng lao động bị ngừng sản xuất, kinh doanh khi Nhà nước thu hồi đất thì được hỗ trợ chế độ trợ cấp ngừng việc một lần *tính bằng mức lương tối thiểu* theo

6 Khoản 7 Điều 34 và Điều 46 Bộ luật Lao động năm 2019.

quy định của Chính phủ tại thời điểm quyết định thu hồi đất, *thời gian tính trợ cấp cho mỗi lao động là 06 tháng*". Khác với thành phố Cần Thơ, ở Kiên Giang tiền lương làm căn cứ tính hỗ trợ là mức lương tối thiểu chứ không phải mức lương theo hợp đồng lao động và ấn định luôn thời gian hưởng cho mỗi lao động là 06 tháng chứ không phải tối đa 06 tháng theo Nghị định số 47/2014/NĐ-CP.

(iii) Quyết định số 28/2018/QĐ-UBND, ngày 09/8/2018 của UBND thành phố Hồ Chí Minh, Điều 29 quy định giống quy định của thành phố Cần Thơ nhưng thêm cách thức thực hiện là thông qua người sử dụng lao động để chi tiền cho người lao động "Thời gian trợ cấp ngừng việc... sẽ do UBND cấp thẩm quyền phê duyệt Phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư quyết định tùy vào tình hình thực tế nhưng không quá 06 tháng. Tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường, hỗ trợ, tái định cư và thu hồi đất thông qua người sử dụng lao động để chi tiền hỗ trợ chế độ trợ cấp ngừng việc cho người lao động".

(iv) Điều 32 Quyết định số 04/2019/QĐ-UBND, ngày 14/02/2019 của UBND tỉnh Bình Định ghi nhận "người lao động được áp dụng bồi thường theo chế độ trợ cấp ngừng việc quy định tại khoản 3 Điều 98 của Bộ Luật Lao động năm 2012; *trong thời gian 03 tháng; trường hợp cá biệt do thời gian ngừng sản xuất, kinh doanh kéo dài hơn 03 tháng thì được tính tối đa không quá 06 tháng. Số tiền bồi thường do ngừng việc này chi trả trực tiếp cho người lao động*". UBND tỉnh Bình Định ban hành quy định trước khi BLLĐ năm 2019 được Quốc hội thông qua nên về căn cứ pháp lý là không phù hợp quy định hiện hành. Tuy nhiên, nội dung quy định xác định rõ chế độ trợ cấp ngừng việc thực hiện theo khoản 3 Điều 98

BLLĐ năm 2012, thời gian hưởng tối thiểu là 03 tháng và chi trực tiếp cho người lao động nhưng lại không xác định căn cứ vào mức lương tối thiểu hay mức lương theo hợp đồng lao động.

(v) Khoản 3 Điều 21 Quyết định số 10/2017/QĐ-UBND, ngày 29/3/2017 của UBND thành phố Hà Nội quy định: "Mức trợ cấp ngừng việc được tính bằng tiền lương tối thiểu nhân với số cấp bậc công việc của ngành nghề tương ứng theo quy định hiện hành của Nhà nước trong thời gian tối đa là 06 tháng; chi trả 01 (một) lần khi thực hiện chi trả tiền bồi thường, hỗ trợ". Quy định của thành phố Hà Nội căn cứ vào mức lương tối thiểu nhưng có nhân với số cấp bậc công việc của ngành nghề tương ứng theo quy định của Nhà nước. Mặc dù, quy định thoát nhìn có lợi hơn cho người lao động vì có nhân thêm số cấp bậc công việc nhưng chỉ có người làm việc hưởng lương theo thang, bảng lương do Nhà nước quy định mới có hệ số lương, bậc lương; còn người lao động làm việc theo hợp đồng lao động thì tiền lương theo thỏa thuận và thang, bảng lương là do người sử dụng lao động ban hành. Cho nên, quy định của thành phố Hà Nội không khả thi hoặc gây phức tạp trong khi thực hiện.

### 3. Kiến nghị

*Một là*, cần sửa đổi quy định của pháp luật theo hướng sử dụng thống nhất các từ ngữ, câu chữ và cần có sự giải thích rõ ràng về các từ ngữ quan trọng được sử dụng trong những văn bản quy phạm pháp luật. Khi các văn bản liên quan dẫn chiếu quy định trong văn bản chuyên ngành thì bắt buộc phải sử dụng đúng từ ngữ, câu chữ trong văn bản chuyên ngành (trong bài viết này tiền lương khi ngừng việc chứ không phải trợ cấp ngừng việc).

*Hai là*, khi Nhà nước thu hồi đất mà không may đơn vị sử dụng lao động phải

chấm dứt hoạt động thì pháp luật cần phải quy định người lao động sẽ được hỗ trợ ít nhất bằng trợ cấp thôi việc theo quy định của pháp luật lao động. Trợ cấp thôi việc là trách nhiệm của người sử dụng lao động đối với người lao động trong trường hợp chấm dứt hoạt động và nguyên nhân chấm dứt hoạt động do Nhà nước thu hồi đất thì Nhà nước chi trả khoản tiền hỗ trợ theo quy định về trợ cấp thôi việc là hoàn toàn hợp lý và rất cần thiết.

*Ba là*, Nhà nước nên quy định thời gian tính hỗ trợ là thời gian ngừng sản xuất kinh doanh mà không giới hạn tối đa (không quá 06 tháng như hiện hành), nếu có thì nên ấn định mức tối thiểu để bảo đảm quyền lợi cho người lao động bởi vì nếu một khi phải ngừng việc thì cuộc sống của bản thân và gia đình họ sẽ bị ảnh hưởng rất nhiều. Quy định như đề xuất còn giúp người sử dụng lao động giữ được những người lao động đã thạo việc khi đơn vị khôi phục hoạt động thì người sử dụng lao động không phải đào tạo lại tay nghề cho người lao động mới tuyển dụng, thay vì người lao động nghỉ việc đi tìm công việc khác để được hưởng tiền lương tốt hơn là ngừng việc mà không biết khi nào được làm việc bình thường với tiền hỗ trợ bị giới hạn.

*Bốn là*, Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) hiện nay vẫn chưa quy định về hỗ trợ người lao động ngừng việc liên quan đến thu hồi đất. Do vậy, nên luật hóa quy định về hỗ trợ cho người lao động do ngừng việc để bảo đảm hiệu lực thi hành tốt hơn. Song song đó, khi đã ghi nhận trong Luật Đất đai thì quy định về hỗ trợ cho người lao động do ngừng việc nên có điều luật quy định riêng. Về nội dung thì nên quy định chi tiết về các trường hợp được hỗ trợ, đối tượng nhận, thời gian hưởng, mức hưởng, cách tính tiền lương và cách thức thực hiện việc chi trả để khắc phục tình trạng không thống nhất trong quy định

giữa các địa phương như hiện nay. Việc cho phép UBND cấp tỉnh quy định cụ thể áp dụng trong địa phương tuy bảo đảm phù hợp với điều kiện thực tế của địa phương nhưng nhiều quy định của địa phương làm thu hẹp quyền lợi của người lao động so với quy định của pháp luật. Cho nên, cần phải luật hóa quy định để bảo đảm sự thống nhất và bảo vệ người lao động hiệu quả hơn.

*Năm là*, trong thời gian tới, Nhà nước nên có quy định về hỗ trợ di chuyển cho người lao động giống như người bị thu hồi đất bởi vì theo lẽ thường người lao động luôn tìm nơi cư trú gần nơi làm việc. Khi đơn vị sử dụng lao động phải di chuyển sang địa điểm khác thì người lao động muốn gắn bó với đơn vị thì họ phải di chuyển theo và khi phải quyết định di chuyển thì phát sinh vô số chi phí mà người lao động phải cân nhắc như: chi phí sinh hoạt, ăn, ở, đi lại, học tập, giữ trẻ, chăm sóc sức khỏe... Những chi phí này là có thật và có thể tính toán được cho nên Nhà nước cần phải ghi nhận để bảo đảm quyền lợi cho người lao động. Hỗ trợ người lao động sẽ hiệu quả hơn nhiều so với việc để người lao động thất nghiệp rồi Nhà nước chi ngân sách để đào tạo nghề và giải quyết việc làm.

*Tóm lại*, thu hồi đất phục vụ cho mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng, phát triển kinh tế - xã hội là việc làm tất yếu trong quá trình phát triển của đất nước. Khi việc thu hồi đất để sử dụng vào mục đích chung mà gây thiệt hại cho các chủ thể liên quan, đặc biệt là người lao động - họ là đối tượng nhạy cảm, dễ bị ảnh hưởng bởi vì cuộc sống của bản thân và gia đình họ đều chỉ phụ thuộc vào công việc mà họ thực hiện hằng ngày, thì Nhà nước cần phải giải quyết thỏa đáng để hạn chế đến mức thấp nhất các vụ việc khiếu nại, khiếu kiện về đất đai; đồng thời bảo đảm cho người bị ảnh hưởng ổn định cuộc sống ■

## GÓP Ý HOÀN THIỆN MỘT SỐ QUY ĐỊNH TRONG DỰ THẢO LUẬT NHÀ Ở (SỬA ĐỔI)

**Lê Thị Diễm Phương**

ThS. Khoa Luật Dân sự, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

### Thông tin bài viết

*Từ khóa:* Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi), Luật Nhà ở năm 2014, dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở hình thành trong tương lai.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 17/03/2023

Biên tập: 16/04/2023

Duyệt bài: 17/04/2023

### Tóm tắt:

Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) đang được tiếp tục hoàn thiện để trình Quốc hội xem xét, thông qua. Trong phạm vi bài viết này, tác giả chỉ ra một số hạn chế, bất cập của quy định về dự án đầu tư xây dựng nhà ở; quy định về nhà ở là tài sản hình thành trong tương lai; quy định liên quan đến chủ thể là bên nhận thế chấp dự án xây dựng nhà ở; quy định về giải chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở trong Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) và đưa ra những kiến nghị hoàn thiện.

### Article Information

*Keywords:* Draft Law on Housing (amendment); Law on Housing of 2014; housing investment project; housing to be formed in future. Article

*History:*

Received: 17 Mar. 2023

Edited: 16 Apr. 2023

Approved: 17 Apr. 2023

### Abstract:

Draft Law on Housing 2014 (amendment) is being finalised and to be submitted to the National Assembly for reviews and approval. Within the scope of this article, the author gives out a number of shortcomings and inadequacies found in provisions on housing investment projects; provisions on housing as asset to be formed in the future; provisions on the subject being the mortgagee of the housing construction project; provisions on mortgage settlement of housing investment projects in the draft Law on Housing (amendment) and also provides a number of recommendations for improvements.

## 1. Các quy định về dự án đầu tư xây dựng nhà ở, về nhà ở hình thành trong tương lai, về chủ thể là bên nhận thế chấp dự án xây dựng nhà ở, về giải chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở

### 1.1. Quy định về dự án đầu tư xây dựng nhà ở

Theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014 (Luật Nhà ở) và được giữ nguyên tại Điều 3 của Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi)<sup>1</sup>, khái niệm “dự án đầu tư xây dựng nhà ở” là

tổng hợp các đề xuất có liên quan đến việc sử dụng vốn để xây dựng mới nhà ở, các công trình hạ tầng kỹ thuật, hạ tầng xã hội phục vụ nhu cầu ở hoặc để cải tạo, sửa chữa nhà ở trên một địa điểm nhất định<sup>2</sup>. Trong Dự thảo Luật quy định này vẫn được giữ nguyên.

Khái niệm “nhà ở hình thành trong tương lai” được hiểu là nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng<sup>3</sup>. Khái niệm này cũng được giữ nguyên trong Dự thảo Luật. Về

1 Dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi) – Dự thảo Luật, <https://xaydungchinhsach.chinhphu.vn/toan-van-du-thao-luat-nha-o-sua-doi-119220909105051353.htm>, truy cập ngày 21/2/2023.

2 Khoản 8 Điều 3 Luật Nhà ở.

3 Khoản 19 Điều 3 Luật Nhà ở.

thế chấp tài sản, theo quy định tại Điều 317 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS 2015) thì “thế chấp tài sản là việc một bên dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và không giao tài sản cho bên kia”.

Dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở hình thành trong tương lai (HTTTL) là hai đối tượng được thế chấp theo quy định của pháp luật nhà ở. Cụ thể, theo khoản 1 Điều 147 Luật Nhà ở và được giữ nguyên trong Dự thảo Luật thì “chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở được thế chấp dự án hoặc nhà ở xây dựng trong dự án tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam để vay vốn cho việc đầu tư dự án hoặc xây dựng nhà ở đó”. Theo khoản 2 Điều 147 Luật Nhà ở thì “tổ chức, cá nhân xây dựng nhà ở HTTTL trên thửa đất ở hợp pháp của mình; tổ chức, cá nhân mua nhà ở HTTTL trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở của chủ đầu tư được thế chấp nhà ở này tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam để vay vốn phục vụ cho xây dựng nhà ở hoặc để mua chính nhà ở đó”.

Như vậy, theo các quy định này thì dự án đầu tư xây dựng nhà ở và nhà ở HTTTL là hai đối tượng được thế chấp vay vốn. Tuy nhiên, dưới góc độ của pháp luật dân sự thì dự án đầu tư xây dựng nhà ở và nhà ở HTTTL có được xem là tài sản hay không?

Theo khoản 1, 2 Điều 105 BLDS 2015, tài sản bao gồm: Vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản. Tài sản bao gồm bất động sản và động sản. Bất động sản và động sản có thể là tài sản hiện có và tài sản HTTTL. Về khái niệm tài sản HTTTL, khoản 2 Điều 108 BLDS 2015 quy định: Tài sản HTTTL bao gồm: a) Tài sản chưa hình thành; b) Tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập

quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch.

Đối với Dự án đầu tư xây dựng nhà ở, pháp luật về nhà ở và BLDS hiện hành chưa quy định rõ dự án đầu tư xây dựng nhà ở thuộc loại đối tượng tài sản nào? Là vật, là giấy tờ có giá hay quyền về tài sản. Tác giả cho rằng, cần làm rõ khái niệm để xác định đúng bản chất của đối tượng được phép thế chấp. Để thực hiện đầu tư xây dựng nhà ở, các chủ đầu tư phải lập các dự án đầu tư xây dựng. Theo quy định của pháp luật nhà ở hiện hành, dự án đầu tư xây dựng nhà ở là tổng hợp các đề xuất có liên quan đến việc sử dụng vốn để xây dựng mới nhà ở, các công trình hạ tầng kỹ thuật, hạ tầng xã hội phục vụ nhu cầu ở hoặc để cải tạo, sửa chữa nhà ở trên một địa điểm nhất định. Theo đó, dự án đầu tư xây dựng nhà ở được thế chấp để vay vốn theo quy định là một trong các dự án đầu tư xây dựng nhà ở sau đây: Dự án đầu tư xây dựng mới hoặc cải tạo một phần công trình nhà ở độc lập hoặc một cụm công trình nhà ở. Dự án đầu tư xây dựng khu nhà ở có hệ thống hạ tầng kỹ thuật và hạ tầng xã hội đồng bộ tại khu vực nông thôn. Dự án đầu tư xây dựng khu đô thị hoặc dự án sử dụng đất hỗn hợp mà có dành diện tích đất trong dự án để xây dựng nhà ở. Dự án đầu tư xây dựng công trình có mục đích sử dụng hỗn hợp để ở và kinh doanh<sup>4</sup>.

Nghiên cứu các quy định của pháp luật nhà ở và pháp luật kinh doanh bất động sản, tác giả nhận thấy các loại dự án đầu tư xây dựng nhà ở với mục đích thương mại, thực hiện chính sách nhà ở xã hội hay nhà ở phục vụ tái định cư hay vì mục đích để ở của hộ gia đình, cá nhân thì về nguyên tắc

4 Khoản 2 Điều 17 Luật Nhà ở và Điều 8 Thông tư số 26/2016/TT-NHNN về hướng dẫn trình tự, thủ tục thế chấp và giải chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở HTTTL.



đều phải thông qua các bước lập, thẩm định, phê duyệt và triển khai khi thực hiện theo đúng quy định của pháp luật nhà ở, pháp luật xây dựng<sup>5</sup>. Dự án đầu tư xây dựng được cơ quan có thẩm quyền phê duyệt và đưa vào thực hiện về nguyên tắc phải tuân theo những trình tự, thủ tục nhất định. Điều 147 Luật nhà ở và các văn bản có liên quan như Nghị định số 99/2015/NĐ-CP (đã được sửa đổi bởi Nghị định số 30/2021/NĐ-CP) về hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở, Thông tư số 19/2016/TT-BXD hướng dẫn thực hiện một số nội dung của Luật Nhà ở, Thông tư số 26/2015/TT-NHNN hướng dẫn trình tự, thủ tục thế chấp và giải chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở HTTTL (Thông tư số 26/2015) chỉ nêu đối tượng được thế chấp là dự án đầu tư xây dựng nhà ở nhưng chưa nêu rõ dự án đầu tư xây dựng nhà ở được thế chấp ở giai đoạn nào? Sau khi được cơ quan các cấp có thẩm quyền phê duyệt hay sau khi đã bước đầu triển khai việc xây dựng nhà ở và các công trình hạ tầng kỹ thuật, hạ tầng xã hội trong dự án.

Liên quan đến tài sản được sử dụng bảo đảm, Điều 18 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự (Nghị định số 21/2021) quy định: Dự án đầu tư, tài sản thuộc dự án đầu tư là tài sản bảo đảm, theo đó “chủ đầu tư được dùng dự án đầu tư mà Luật Đầu tư, luật khác liên quan không cấm chuyển nhượng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Chủ đầu tư có thể dùng toàn bộ dự án đầu tư, quyền tài sản của mình về khai thác, quản lý dự án đầu tư và quyền tài sản khác hoặc tài sản khác thuộc dự án đầu tư để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Trường hợp dự án đầu tư dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là dự án xây dựng nhà ở, dự án xây dựng công trình không phải là nhà ở, dự án khác

mà theo quy định của pháp luật liên quan phải có Giấy chứng nhận, Quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc căn cứ pháp lý khác thì việc mô tả trong hợp đồng bảo đảm phải thể hiện được căn cứ pháp lý này”.

Như vậy, Nghị định số 21/2021 đã xác định cụ thể tài sản có thể được sử dụng bảo đảm bao gồm: Dự án đầu tư, tài sản thuộc dự án đầu tư, quyền tài sản của chủ đầu tư về khai thác, quản lý dự án đầu tư và quyền tài sản khác làm tài sản bảo đảm. Quy định này rõ ràng hơn quy định của pháp luật về nhà ở.

Tuy nhiên, vẫn chưa có văn bản pháp luật nào ghi nhận “Dự án đầu tư nhà ở” có phải là một loại tài sản hay không? Nếu là tài sản thì là tài sản hiện có hay HTTTL, động sản hay bất động sản? Theo các quy định hiện hành, dự án đầu tư xây dựng nhà ở được hiểu là tất cả các thông tin liên quan đến việc xây dựng nhà ở bao gồm vốn xây dựng, công trình hạ tầng kỹ thuật như điện, nước, xử lý chất thải, giao thông... hoặc hạ tầng xã hội như công trình y tế, văn hoá, giáo dục, thể thao, thương mại, dịch vụ công cộng, cây xanh, công viên và công trình khác. Các dự án đầu tư xây dựng nhà ở được lập ra có thể nhằm mục đích xây mới, phát triển nhà ở ở hoặc để cải tạo, sửa chữa nhà ở tại một địa điểm nhất định. Như vậy, theo tác giả, dự án đầu tư xây dựng nhà ở là tài sản hiện có của chủ đầu tư và là cơ sở pháp lý cho chủ đầu tư xây dựng nhà ở bao gồm các động sản và bất động sản.

Qua nghiên cứu, tác giả nhận thấy có thể xem dự án đầu tư xây dựng nhà ở là quyền tài sản của chủ đầu tư. Theo quy định tại Điều 115 BLDS “quyền tài sản là quyền trị giá được thành tiền”. Theo một quan điểm:

5 Điều 22, Điều 28, Điều 38, Điều 42, Điều 54 Luật Nhà ở.

“Quyền tài sản có thể được hiểu theo nghĩa rộng là tổng hợp các quyền và lợi ích của chủ thể trong việc chi phối, kiểm soát tài sản gồm chủ sở hữu và người có quyền khác đối với tài sản. Quyền tài sản được hiểu theo nghĩa hẹp nhằm để xác định quyền này đối với tài sản hữu hình hay quyền đối với tài sản vô hình”<sup>6</sup>. Qua đó, tác giả cho rằng, cần xem xét dự án đầu tư như một loại quyền tài sản của chủ đầu tư, thuộc sở hữu của chủ đầu tư, là tổng hợp các đề xuất có liên quan đến việc sử dụng vốn để xây dựng mới nhà ở, các công trình hạ tầng kỹ thuật, hạ tầng xã hội phục vụ nhu cầu ở hoặc để cải tạo, sửa chữa nhà ở trên một địa điểm nhất định. Việc quy định rõ vấn đề này sẽ tạo được cơ sở pháp lý rõ ràng hơn cho chủ đầu tư cũng như các cơ quan, tổ chức hữu quan trong việc đưa vào triển khai, thực hiện, sử dụng cũng như xử lý các giao dịch liên quan đến dự án đầu tư xây dựng nhà ở.

### **1.2. Quy định về nhà ở là tài sản hình thành trong tương lai**

BLDS 2015 không có khái niệm về tài sản HTTTL, BLDS 2015 chỉ liệt kê loại tài sản HTTTL; theo đó, tài sản HTTTL bao gồm: tài sản chưa hình thành; tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch<sup>7</sup>. Có ý kiến cho rằng, tài sản HTTTL được hiểu là tài sản chưa tồn tại trong hiện tại hoặc chưa hình thành đồng bộ vào thời điểm hiện tại nhưng chắc chắn sẽ có hoặc được HTTTL. Ngoài ra, tài sản HTTTL có thể bao gồm tài

sản đã được hình thành tại thời điểm giao kết giao dịch nhưng sau thời điểm giao kết giao dịch tài sản đó mới thuộc sở hữu của các bên (tài sản mua bán, thừa kế nhưng chưa hoàn thành thủ tục chuyển giao cho chủ sở hữu), sau thời điểm nghĩa vụ được xác lập hoặc giao dịch bảo đảm được giao kết<sup>8</sup>.

Nhà ở cũng là một loại tài sản và được ghi nhận là tài sản HTTTL trong quy định của pháp luật về nhà ở, pháp luật kinh doanh bất động sản. Cụ thể, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định: nhà, công trình xây dựng HTTTL là nhà, công trình xây dựng đang trong quá trình xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng<sup>9</sup>. Theo quy định của Luật Nhà ở và Dự thảo Luật thì nhà ở HTTTL là nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng<sup>10</sup>.

Như vậy, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 có quy định cụ thể về khái niệm nhà ở HTTTL. Nhìn chung, theo các quy định này, nhà được xem là HTTTL thì nhà ở đó phải đang trong quá trình hình thành (đầu tư, xây dựng) và chưa hoàn thiện về công dụng, tính chất đặc trưng của sản phẩm hoặc tài sản được hình thành từ vốn vay (là tài sản chưa hình thành khi giao kết giao dịch bảo đảm). Chẳng hạn, nhà chung cư đang xây dựng có thể được xem là tài sản HTTTL vì chưa là “tài sản hiện có” mà là nhà ở đang trong quá trình xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng.

Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là nếu nhà

6 Nguyễn Văn Cừ - Trần Thị Huệ (đồng chủ biên), Bình luận khoa học BLDS năm 2015, Nxb. Công an nhân dân Hà Nội, năm 2017, tr.228

7 Khoản 2 Điều 108 BLDS 2015.

8 Phùng Quốc Hiến (2020), “Đổi mới tư duy, nhận thức và thể chế hóa quyền tài sản vô hình và tài sản HTTTL”, [https://tapchiconsan.org.vn/media-story/-/asset\\_publisher/V8hhp4dK31Gf/content/doi-moi-tu-duy-nhan-thuc-va-the-che-hoa-quyen-tai-san-vo-hinh-va-tai-san-hinh-thanh-trong-tuong-lai](https://tapchiconsan.org.vn/media-story/-/asset_publisher/V8hhp4dK31Gf/content/doi-moi-tu-duy-nhan-thuc-va-the-che-hoa-quyen-tai-san-vo-hinh-va-tai-san-hinh-thanh-trong-tuong-lai).

9 Khoản 4 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

10 Khoản 19 Điều 3 Luật Nhà ở.

chung cư đã được xây dựng, nghiệm thu và đưa vào sử dụng nhưng chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà và tài sản gắn liền với nhà thì thuộc loại tài sản nào? Loại nhà ở này có thể được đưa vào các giao dịch về nhà ở hay không? Pháp luật về nhà ở hiện hành còn đang bỏ ngỏ vấn đề này. Nếu theo quy định tại điểm b khoản 2 Điều 108 BLDS 2015 về tài sản HTTTL thì trường hợp này có thể là “tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch”; đồng thời, theo khoản 1 Điều 55 Nghị định số 21/2021 thì nhà ở trong trường hợp này khi xử lý tài sản bảo đảm có thể xem là “trường hợp tài sản đã hình thành nhưng chưa được cấp Giấy chứng nhận trong trường hợp thuộc đối tượng phải đăng ký theo quy định của pháp luật thì bên nhận bảo đảm có thể chuyển nhượng hợp đồng mua bán tài sản, hợp đồng khác về xác lập quyền đối với tài sản HTTTL, nhận chính tài sản bảo đảm để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm hoặc bán tài sản HTTTL theo quy định của pháp luật”.

Như vậy, BLDS 2015, Nghị định số 21/2021 về giao dịch bảo đảm thừa nhận có hai loại tài sản HTTTL, bao gồm: thứ nhất là tài sản chưa hình thành vào thời điểm xác lập giao dịch và hai là, tài sản đã hình thành nhưng chủ sở hữu chưa được xác lập quyền sở hữu vào thời điểm xác lập giao dịch, trong khi Luật Nhà ở và Dự thảo Luật chỉ thừa nhận một loại nhà ở HTTTL là nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng. Mặt khác, căn cứ theo quy định tại Điều 123 Luật Nhà ở thì các chủ thể được phép chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại cho bên thứ ba nếu bên mua đã ký hợp đồng mua bán nhà ở HTTTL nhưng chưa được chủ đầu tư giao căn hộ hoặc đã được giao căn hộ nhưng chưa làm thủ tục cấp giấy chứng nhận quyền

sở hữu nhà. Tuy nhiên, Dự thảo Luật đã bỏ quy định chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở và chỉ quy định chung về giao dịch mua bán nhà ở. Thiết nghĩ, cần có sự thống nhất giữa các văn bản pháp luật liên quan đến nhà ở HTTTL nên hiểu theo nghĩa rộng như quy định của BLDS hiện hành. Quy định như vậy sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho các chủ thể trong các giao dịch về nhà ở cũng như xử lý tài sản bảo đảm liên quan đến loại nhà ở này.

### ***1.3. Quy định liên quan đến chủ thể là bên nhận thế chấp dự án xây dựng nhà ở***

Theo quy định tại Điều 147 Luật Nhà ở thì: Chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở được thế chấp dự án hoặc nhà ở xây dựng trong dự án tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam để vay vốn cho việc đầu tư dự án hoặc xây dựng nhà ở đó. Theo Điều 147 Luật Nhà ở, Điều 3 Thông tư số 26/2015 về hướng dẫn trình tự, thủ tục thế chấp và giải chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở HTTTL thì bên thế chấp có thể là chủ đầu tư xây dựng dự án đầu tư xây dựng nhà ở; có thể là cá nhân mua nhà ở HTTTL trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở của chủ đầu tư; có thể là tổ chức, cá nhân xây dựng nhà ở HTTTL trên thửa đất ở hợp pháp của mình. Như vậy, tùy theo mục đích, chủ thể của dự án đầu tư xây dựng nhà ở mà bên thế chấp có thể là: Chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở; tổ chức, cá nhân xây dựng nhà ở HTTTL trên thửa đất hợp pháp của mình; tổ chức, cá nhân mua nhà ở HTTTL trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở của chủ đầu tư.

Về phía bên nhận thế chấp là tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam: Luật Nhà ở và các văn bản hướng dẫn quy định bên thế chấp là các chủ thể đã nêu trên “được thế chấp dự án đầu tư nhà ở, nhà ở HTTTL tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam”. Tuy nhiên, quy phạm pháp luật này không nêu rõ là “chỉ được thế chấp...(…)… tại tổ

chức tín dụng”. Như vậy, khoản 1, 2 Điều 147 Luật Nhà ở, Nghị định số 99/2015, Điều 3 Thông tư số 26/2015 không nêu rõ là bên nhận thế chấp ngoài tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam thì có thể là các cá nhân, tổ chức khác được hay không? Trong khoa học pháp lý, có quan điểm cho rằng “bên nhận thế chấp trong trường hợp này chỉ được chấp nhận nếu là các tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam”<sup>11</sup>. Tuy nhiên, theo tác giả, quy định này còn khá mập mờ, chưa rõ ràng. Điều luật không nêu rõ chỉ có tổ chức tín dụng mới là bên nhận thế chấp đối với các dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở HTTTL. Nhưng điều luật rõ ràng có giới hạn bên nhận thế chấp nhà ở. Quy định này có thể hiểu là nhằm đảm bảo được sự kiểm soát rủi ro nếu bên nhận thế chấp là tổ chức tín dụng nhưng cũng có sự hạn chế quyền tự do tham gia giao dịch bảo đảm giữa các bên. Với quy định này, chủ đầu tư không thể lựa chọn bên nhận thế chấp là các tổ chức kinh tế khác hay cá nhân khác có đủ điều kiện. Đặc biệt là đối với trường hợp tổ chức, cá nhân xây dựng nhà ở HTTTL trên đất đã có chủ thì vẫn có thể thế chấp cho cá nhân hay tổ chức khác, quy định như Điều 3 Thông tư số 26/2015 sẽ dẫn đến giới hạn bên nhận thế chấp là cá nhân, tổ chức khác có đủ điều kiện nhận thế chấp<sup>12</sup>.

#### **1.4. Quy định về giải chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở**

*Thứ nhất, sử dụng khái niệm “xoá đăng ký thế chấp” thay thế cho thuật ngữ “giải chấp”.* Theo khoản 1 Điều 147 Luật Nhà ở

thì chủ đầu tư được thế chấp dự án hoặc nhà ở xây dựng trong dự án tại tổ chức tín dụng, trường hợp chủ đầu tư đã thế chấp nhà ở mà có nhu cầu bán, cho thuê mua nhà ở đó thì phải giải chấp nhà ở này trước khi ký hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng; trừ trường hợp được bên mua, thuê mua nhà ở và bên nhận thế chấp đồng ý. Việc xác định nhà ở đã được giải chấp trước khi ký hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng được nêu rõ trong văn bản thông báo nhà ở đủ điều kiện được bán của Sở Xây dựng nơi có nhà ở. Điểm b khoản 2 Điều 19 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP cũng quy định: Chủ đầu tư phải có văn bản gửi Sở Xây dựng nơi có dự án kèm theo giấy tờ chứng minh nhà ở có đủ điều kiện được bán, cho thuê mua. Trường hợp có thế chấp dự án đầu tư xây dựng hoặc thế chấp nhà ở sẽ bán, cho thuê mua, thì chủ đầu tư phải gửi kèm theo giấy tờ chứng minh đã giải chấp hoặc biên bản thống nhất của bên mua, bên thuê mua nhà ở và bên nhận thế chấp về việc không phải giải chấp và được mua bán, thuê mua nhà ở đó; trường hợp không có thế chấp dự án hoặc thế chấp nhà ở sẽ bán, cho thuê mua, thì chủ đầu tư phải ghi rõ cam kết chịu trách nhiệm trong văn bản gửi Sở Xây dựng.

Về thuật ngữ “giải chấp”, khái niệm “giải chấp” trong hệ thống văn bản pháp luật Việt Nam hiện nay đang quy định thiếu thống nhất.

Cụ thể, BLDS 2015 và Nghị định số 21/2021 không có từ ngữ nào là “giải chấp”.

11 Nguyễn Minh Oanh, Bình luận Luật Nhà ở năm 2014, Nxb. Lao động, Hà Nội, năm 2018, tr. 484.

12 Điều 3 Thông tư số 26/2015 về hướng dẫn trình tự, thủ tục thế chấp và giải chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở HTTTL quy định về nguyên tắc thực hiện thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở HTTTL: “1. Tổ chức tín dụng nhận thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở HTTTL phải thực hiện theo quy định tại Thông tư này, quy định của pháp luật khác có liên quan. 2. Chủ đầu tư được thế chấp dự án hoặc nhà ở HTTTL xây dựng trong dự án tại tổ chức tín dụng để vay vốn phục vụ cho việc đầu tư dự án hoặc xây dựng nhà ở đó. 3. Tổ chức, cá nhân xây dựng nhà ở HTTTL trên thửa đất ở hợp pháp của mình được thế chấp nhà ở này tại tổ chức tín dụng để vay vốn phục vụ cho xây dựng nhà ở đó; tổ chức, cá nhân mua nhà ở HTTTL trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở của chủ đầu tư được thế chấp nhà ở này tại tổ chức tín dụng để mua chính nhà ở đó”.

Tại Điều 20 Nghị định số 22/2022/NĐ-CP về đăng ký giao dịch bảo đảm có quy định về “xoá đăng ký”, theo đó người yêu cầu đăng ký có thể nộp hồ sơ xoá đăng ký khi thuộc các trường hợp pháp luật quy định. Hiện nay, hầu như các văn bản pháp luật về giao dịch bảo đảm lấy nguyên tắc đăng ký và xoá đăng ký giao dịch bảo đảm là cơ sở xác định thời điểm và quyền của bên nhận thế chấp. Về nguyên tắc, theo điểm a khoản 1 Điều 4 Nghị định số 99/2022/NĐ-CP về đăng ký giao dịch bảo đảm thì thế chấp dự án đầu tư về nhà ở, nhà ở HTTTL thuộc trường hợp đăng ký giao dịch bảo đảm và xoá đăng ký theo quy định. Như vậy, các văn bản pháp luật liên quan đến giao dịch lấy việc xoá đăng ký giao dịch bảo đảm để xác định chấm dứt hợp đồng thế chấp, tuy nhiên quy định tại Điều 147 Luật Nhà ở và Điều 209 Dự thảo Luật (giữ nguyên Điều 147) sử dụng thuật ngữ “giải chấp” để xác định việc chấm dứt hợp đồng thế chấp.

Thuật ngữ “giải chấp” chỉ được đề cập nhưng không được định nghĩa cụ thể trong Luật Nhà ở cũng như trong Dự thảo Luật. Pháp luật về giao dịch bảo đảm không sử dụng thuật ngữ này mà sử dụng thuật ngữ “xoá đăng ký”. Theo đó, trong quy định này có thể hiểu khái quát là việc bên nhận thế chấp là tổ chức tín dụng có thể thỏa thuận với chủ đầu tư liên quan đến việc xử lý tài sản bảo đảm và chấm dứt hợp đồng thế chấp. Tài sản sau khi được giải chấp sẽ trở thành tài sản “sạch” không còn có sự ràng buộc về giao dịch bảo đảm nữa. Việc chấm dứt hợp

đồng thế chấp theo thỏa thuận trong trường hợp này phù hợp với quy định theo khoản 4 Điều 327, BLDS 2015<sup>13</sup>.

Theo quy định tại Thông tư số 26/2015 thì ngân hàng và chủ đầu tư được thỏa thuận lựa chọn việc giải chấp một phần thông qua việc rút bớt tài sản thế chấp hoặc giải chấp toàn bộ tài sản thế chấp là dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở HTTTL. Thỏa thuận về giải chấp tài sản thế chấp phải được lập thành văn bản. Việc giải chấp tài sản thế chấp là dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở HTTTL được thực hiện theo trình tự: Chủ đầu tư gửi văn bản đề nghị giải chấp và các giấy tờ có liên quan theo thỏa thuận về giải chấp giữa các bên cho ngân hàng. Sau đó, ngân hàng có văn bản đồng ý giải chấp và hoàn trả cho chủ đầu tư văn bản đồng ý giải chấp, các hồ sơ, giấy tờ liên quan đến tài sản thế chấp theo thỏa thuận về giải chấp giữa các bên<sup>14</sup>. Theo quy định của BLDS 2015 về giao dịch bảo đảm, nếu hợp đồng thế chấp không phải đăng ký, thì việc chấm dứt được chấm dứt như theo quy định tại Điều 327 BLDS 2015; còn trường hợp có đăng ký giao dịch bảo đảm thì các bên phải tiến hành thủ tục xoá đăng ký giao dịch bảo đảm. Xoá đăng ký là cơ sở để chấm dứt việc đăng ký giao dịch bảo đảm<sup>15</sup>.

Như vậy, có sự không thống nhất giữa các quy định của pháp luật dân sự, pháp luật nhà ở và pháp luật về giao dịch bảo đảm. Việc chấm dứt hợp đồng thế chấp đối với tài sản có đăng ký giao dịch bảo đảm phải theo thủ tục xoá đăng ký giao dịch bảo đảm, còn pháp luật về nhà ở lại dựa theo thủ tục “giải

13 Điều 327 BLDS 2015 quy định thế chấp tài sản chấm dứt trong trường hợp sau đây: “1. Nghĩa vụ được bảo đảm bằng thế chấp chấm dứt. 2. Việc thế chấp tài sản được hủy bỏ hoặc được thay thế bằng biện pháp bảo đảm khác. 3. Tài sản thế chấp đã được xử lý. 4. Theo thỏa thuận của các bên”.

14 Điều 10 Thông tư số 26/2015 về hướng dẫn trình tự, thủ tục thế chấp và giải chấp tài sản là dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở HTTTL.

15 Điểm b khoản 1 Điều 6 Nghị định số 99/2022/NĐ-CP về đăng ký giao dịch bảo đảm quy định về thời hạn đăng ký giao dịch bảo đảm như sau: “Thời hạn có hiệu lực của đăng ký được tính từ thời điểm có hiệu lực của đăng ký đến thời điểm xoá đăng ký”.

chấp”, dẫn đến việc xác định quyền và nghĩa vụ của các bên liên quan đến xử lý tài sản thế chấp không rõ ràng. Do vậy, tác giả cho rằng cần có quy định thống nhất giữa các văn bản về vấn đề này.

*Thứ hai, điều kiện để chủ đầu tư được chuyển nhượng nhà ở trong dự án.* Theo quy định tại khoản 1 Điều 147 Luật Nhà ở: Trường hợp chủ đầu tư đã thế chấp nhà ở mà có nhu cầu huy động vốn góp để phân chia nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở hoặc có nhu cầu bán, cho thuê mua nhà ở đó thì phải giải chấp nhà ở này trước khi ký hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng, trừ trường hợp được bên góp vốn, bên mua, thuê mua nhà ở và bên nhận thế chấp đồng ý. Việc xác định nhà ở đã được giải chấp trước khi ký hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng theo quy định tại khoản này được nêu rõ trong văn bản thông báo nhà ở đủ điều kiện được bán của cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh nơi có nhà ở”. Về nguyên tắc, chủ đầu tư nhà ở muốn bán nhà ở thì phải giải chấp nhà ở này trước khi ký hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng, trừ trường hợp được khách hàng và bên nhận thế chấp đồng ý. Mặt khác, tại quy định hướng dẫn về vấn đề này cũng quy định “nhà ở đã được giải chấp trước khi ký hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng theo quy định tại khoản này được nêu rõ trong văn bản thông báo nhà ở đủ điều kiện được bán của cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh nơi có nhà ở”<sup>16</sup>.

Quy định này có ý nghĩa trong việc hạn

chế rủi ro cho bên nhận góp vốn, bên mua, bên thuê mua nhà ở hay gọi chung là khách hàng, bảo vệ quyền lợi của khách hàng trong việc cân nhắc khi mua nhà ở HTTTL trong dự án mà chủ đầu tư đang thế chấp vay tại tổ chức tín dụng. Tuy nhiên, tác giả cho rằng quy định của điều luật còn thiếu sự rõ ràng. Quy định này cho phép chủ đầu tư được thế chấp dự án hoặc nhà ở xây dựng trong dự án. Tuy nhiên, việc quy định bắt buộc phải giải chấp trước khi có nhu cầu huy động vốn hoặc có nhu cầu bán, cho thuê mua nhà chỉ áp dụng đối với trường hợp thế chấp nhà ở xây dựng trong dự án, Dự thảo Luật bỏ ngữ quy định đối với dự án đầu tư xây dựng nhà ở đã thế chấp có cần phải được “giải chấp” trước khi bán nhà ở trong dự án hay không?

Mặt khác, Luật Nhà ở và Dự thảo Luật cũng không có quy định cụ thể về việc chủ đầu tư phải có nghĩa vụ cung cấp thông tin về những tài sản đã được thế chấp nhưng chưa giải chấp hay chưa được xoá đăng ký giao dịch bảo đảm đến khách hàng. Điều 6 Thông tư số 26/2015 quy định nghĩa vụ của chủ đầu tư, quy định chủ đầu tư phải cung cấp đầy đủ, trung thực các tài liệu có liên quan đến nhà ở để bên mua nhà ở thực hiện việc thế chấp tại tổ chức tín dụng. Tuy nhiên, Thông tư chỉ đề cập đến nghĩa vụ này đối với nhà ở nhưng bỏ ngữ đối với dự án đầu tư xây dựng nhà ở<sup>17</sup>. Hơn nữa, một vấn đề khác được đặt ra là trong trường hợp, nếu thế chấp nhà ở xây dựng trong dự án nhưng được giải chấp thì việc góp vốn, mua bán, thuê mua nhà ở phải được bên góp vốn, bên mua, bên thuê mua nhà ở và bên nhận thế chấp đồng ý. Vậy, nếu chủ đầu tư không cung cấp thông tin và

16 Khoản 1 Điều 209 Dự thảo Luật.

17 Khoản 2 Điều 55 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định một trong những điều kiện để dự án nhà ở HTTTL muốn đưa ra giao dịch thì “trước khi bán, cho thuê mua nhà ở HTTTL, chủ đầu tư phải có văn bản thông báo cho cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh về việc nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua. Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được thông báo, cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh có trách nhiệm trả lời bằng văn bản cho chủ đầu tư về nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua; trường hợp không đủ điều kiện phải nêu rõ lý do”.

không có thoả thuận cụ thể đối với khách hàng về thông tin này thì sẽ có những biện pháp chế tài nào áp dụng xử lý trong trường hợp này. Trên thực tế, nếu chủ đầu tư không cung cấp hồ sơ giải chấp hoặc giấy xác nhận của cơ quan có thẩm quyền về việc dự án đủ điều kiện bán nhà HTTTL thì có biện pháp xử lý hay không? Nhiều trường hợp xảy ra hậu quả khách hàng mua nhà trong dự án nhưng không được bàn giao, hoặc đã được bàn giao nhưng chưa được cấp chủ quyền do vướng mắc thủ tục liên quan đến thế chấp từ phía chủ đầu tư với bên nhận thế chấp, thì quyền lợi của khách hàng trong trường hợp này sẽ được giải quyết như thế nào? Pháp luật về nhà ở, văn bản hướng dẫn và pháp luật liên quan đến giao dịch bảo đảm chưa quy định cụ thể đối với trường hợp này.

BLDS 2015 tại khoản 1, 3 Điều 387 có quy định về nghĩa vụ cung cấp thông tin trong giao kết hợp đồng. Theo đó, trường hợp một bên có thông tin ảnh hưởng đến việc chấp nhận giao kết hợp đồng của bên kia thì phải thông báo cho bên kia biết. Bên vi phạm nghĩa vụ này mà gây thiệt hại thì phải bồi thường. Như vậy, nếu áp dụng theo quy định của BLDS thì khách hàng có thể yêu cầu phía chủ đầu tư bồi thường nếu không thực hiện nghĩa vụ cung cấp thông tin, nhưng việc chứng minh thiệt hại thực tế từ phía bên mua, bên thuê mua nhà không phải là vấn đề đơn giản. Trường hợp, nếu khách hàng chứng minh bên phía chủ đầu tư không trung thực trong việc cung cấp thông

tin để xác định hành vi lừa dối, từ đó có cơ sở tuyên bố hợp đồng vô hiệu<sup>18</sup> và giải quyết theo hậu quả của hợp đồng vô hiệu<sup>19</sup>. Tuy nhiên, giải pháp thứ hai này không bảo vệ được quyền lợi của khách hàng nếu trên thực tế đây là căn hộ mà người mua vẫn muốn lựa chọn để sở hữu.

Như vậy, nếu muốn mua nhà tại dự án đã thế chấp ngân hàng thì với những quy định chưa chặt chẽ của pháp luật như hiện nay, người mua phải chủ động tìm hiểu về dự án đầu tư xây dựng nhà ở, nhà ở trong dự án mình muốn mua nhằm tránh hoặc giảm thiểu rủi ro. Thông thường thực tế để tránh rủi ro, khi ký hợp đồng mua bán với những dự án đã thế chấp ngân hàng, khách hàng phải yêu cầu chủ đầu tư cung cấp văn bản đã giải chấp căn hộ mình muốn mua. Trường hợp nếu chủ đầu tư chưa giải chấp thì phải có ý kiến của ngân hàng bằng văn bản đồng ý cho chủ đầu tư huy động vốn. Đồng thời, khách hàng phải tự mình tìm hiểu, kiểm tra xem xét dự án đó đã có văn bản thông báo đủ điều kiện huy động vốn đối với việc bán nhà HTTTL hay chưa? Nói cách khác, để đảm bảo an toàn cho tài sản của mình, trước khi quyết định đầu tư vào các dự án bất động sản, khách hàng cần phải tìm hiểu xem uy tín của chủ đầu tư có tốt không, hồ sơ pháp lý của dự án có ổn không... Đó là cách hữu hiệu nhất để giảm thiểu rủi ro trong quá trình đầu tư tại các dự án bất động sản được chủ đầu tư mang đi thế chấp. Tuy nhiên, không phải khách hàng nào cũng hiểu và dự liệu

18 Điều 127 BLDS 2015 quy định: “Khi một bên tham gia giao dịch dân sự do bị lừa dối hoặc bị đe dọa, cưỡng ép thì có quyền yêu cầu Tòa án tuyên bố giao dịch dân sự đó là vô hiệu”. “Lừa dối trong giao dịch dân sự là hành vi cố ý của một bên hoặc của người thứ ba nhằm làm cho bên kia hiểu sai lệch về chủ thể, tính chất của đối tượng hoặc nội dung của giao dịch dân sự nên đã xác lập giao dịch đó”.

19 Điều 131 BLDS 2015 quy định: “1. Giao dịch dân sự vô hiệu không làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của các bên kể từ thời điểm giao dịch được xác lập. 2. Khi giao dịch dân sự vô hiệu thì các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận. Trường hợp không thể hoàn trả được bằng hiện vật thì trị giá thành tiền để hoàn trả. 3. Bên ngay tình trong việc thu hoa lợi, lợi tức không phải hoàn trả lại hoa lợi, lợi tức đó. 4. Bên có lỗi gây thiệt hại thì phải bồi thường. 5. Việc giải quyết hậu quả của giao dịch dân sự vô hiệu liên quan đến quyền nhân thân do Bộ luật này, luật khác có liên quan quy định”.

những rủi ro có thể xảy ra để có những bước tìm hiểu cụ thể, nên cần thiết phải có các quy định chặt chẽ hơn trong luật đối với những vấn đề đã được phân tích.

## 2. Kiến nghị hoàn thiện

*Một là, về dự án đầu tư xây dựng nhà ở.* Theo tác giả, cần làm rõ khái niệm dự án đầu tư xây dựng nhà ở và xác định rõ dự án đầu tư là quyền tài sản nhằm tích hợp và có sự thống nhất với các văn bản pháp luật khác. Quy định này bên cạnh việc làm rõ nội hàm của Dự án đầu tư, tránh trường hợp các bên nhầm lẫn đối tượng tài sản được đưa vào thế chấp là bộ hồ sơ (bao gồm hồ sơ dự án, có thiết kế kỹ thuật của dự án được phê duyệt và đã có Giấy chứng nhận hoặc quyết định giao đất, cho thuê đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền), mà thực chất đây chỉ là điều kiện thế chấp dự án đầu tư xây dựng chứ không phải tài sản được sử dụng để thế chấp<sup>20</sup>, dẫn đến những rủi ro cho bên nhận thế chấp trong trường hợp nhận thế chấp mà không có những bước kiểm tra, thẩm định kỹ càng, đồng thời có thể gây lúng túng trong việc xử lý hậu quả từ cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

*Hai là, về khái niệm nhà ở HTTTL:* Khoản 20 Điều 3 Luật Nhà ở (khoản 20 Điều 3 Dự thảo Luật) nên sửa lại theo hướng: *nhà ở HTTTL là nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng theo quy định của pháp luật về xây dựng hoặc nhà ở đã xây dựng và đã được nghiệm thu đưa vào sử dụng nhưng chưa được cấp Giấy chứng nhận theo quy định của pháp luật.*

*Ba là, Điều 209 Dự thảo Luật nên được sửa đổi như sau:*

1. Chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở được thế chấp dự án hoặc nhà ở xây dựng trong dự án tại tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đang hoạt động tại Việt Nam theo quy định của pháp luật để vay vốn cho việc đầu tư dự án hoặc xây dựng nhà ở đó; trường hợp chủ đầu tư đã thế chấp nhà ở mà có nhu cầu huy động vốn góp để phân chia nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở hoặc có nhu cầu bán, cho thuê mua nhà ở đó thì phải *xoá đăng ký thế chấp* nhà ở này trước khi ký hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng, trừ trường hợp được bên góp vốn, bên mua, thuê mua nhà ở và bên nhận thế chấp đồng ý. *Nếu vi phạm quy định này thì chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở phải bồi thường thiệt hại và bị xử lý theo quy định của pháp luật hiện hành.*

Việc xác định nhà ở đã được *xoá đăng ký thế chấp* trước khi ký hợp đồng huy động vốn góp, hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở với khách hàng theo quy định tại khoản này được nêu rõ trong văn bản thông báo nhà ở đủ điều kiện được bán của cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh nơi có nhà ở.

2. Tổ chức, cá nhân xây dựng nhà ở HTTTL trên thửa đất ở hợp pháp của mình; tổ chức, cá nhân mua nhà ở HTTTL trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở của chủ đầu tư được thế chấp nhà ở này tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam, tổ chức kinh tế đang hoạt động tại Việt Nam đủ điều kiện cho vay theo quy định của pháp luật để vay vốn phục vụ cho xây dựng nhà ở hoặc để mua chính nhà ở đó ■

20 Điểm a khoản 1 Điều 148 Luật Nhà ở (được giữ nguyên tại Điều 210 Dự thảo Luật) quy định: Điều kiện thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở và thế chấp nhà ở HTTTL: “Điều kiện thế chấp dự án đầu tư xây dựng nhà ở, thế chấp nhà ở HTTTL được quy định như sau: Trường hợp chủ đầu tư thế chấp một phần hoặc toàn bộ dự án đầu tư xây dựng nhà ở thì phải có hồ sơ dự án, có thiết kế kỹ thuật của dự án được phê duyệt và đã có Giấy chứng nhận hoặc quyết định giao đất, cho thuê đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền”.



## HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ TỔ CHỨC HOẠT ĐỘNG THANH TRA VÀ TIẾP CÔNG DÂN CỦA CẤP HUYỆN

**Phạm Thị Huệ**

TS. Viện Chiến lược và Khoa học thanh tra, Thanh tra Chính phủ.

### Thông tin bài viết

*Từ khóa:* Luật Thanh tra, tổ chức hoạt động thanh tra, tiếp công dân.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 18/03/2023

Biên tập: 10/04/2023

Duyệt bài: 12/04/2023

### Article Information

*Keywords:* Law on Inspection; organization of inspection activities; reception of citizens.

*Article History:*

Received: 18 Mar. 2023

Edited: 10 Apr. 2023

Approved: 12 Apr. 2023

### Tóm tắt:

Tổ chức hoạt động thanh tra là một trong những vấn đề được đưa ra bàn thảo nhiều nhất trong quá trình xây dựng dự thảo Luật sửa đổi Luật Thanh tra năm 2010, trong đó có vấn đề tổ chức thanh tra địa phương: Thanh tra tỉnh, Thanh tra sở và Thanh tra huyện. Luật Thanh tra năm 2022 đã có những điều chỉnh đáng kể về cơ cấu tổ chức, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Thanh tra tỉnh, Thanh tra sở. Tuy nhiên, vấn đề tổ chức hoạt động thanh tra cấp huyện – là đề tài được tranh luận sôi nổi trên diễn đàn Quốc hội và truyền thông – lại gần như không có thay đổi so với Luật hiện hành đã đặt ra câu hỏi cần tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện.

### Abstract:

The organization of inspection activities is one of the most discussed matters during the process of developing the law amending the Law on Inspection of 2010, including the one for the arrangement of local inspection: the Provincial Inspectorate, Provincial Department Inspectorate, and District Inspectorate. The Law on Inspection of 2022 has made significant adjustments to the organizational structure, functions, mandates, and powers of provincial and departmental inspectorates. However, the matter of arrangements for district inspection activities - which is a hotly debated topic on the National Assembly forums and in the media - has remained almost unchanged compared to the current law, which raises questions that need to be reviewed, studied for further improvements.

### 1. Điểm mới của Luật Thanh tra năm 2022 về tổ chức hoạt động thanh tra, tiếp công dân của cấp huyện

Luật Thanh tra đã được Quốc hội thông qua ngày 14/11/2022 và có hiệu lực từ ngày 01/7/2023. Với mục đích khắc phục những hạn chế, bất cập của Luật, giải quyết những khó khăn, vướng mắc trong quá trình thực hiện Luật hiện hành (Luật Thanh tra năm 2010), Luật Thanh tra năm 2022 (Luật

2022) đã có nhiều sửa đổi, bổ sung quan trọng và được kỳ vọng sẽ là công cụ pháp lý góp phần nâng cao hiệu quả, hiệu lực hoạt động thanh tra, đáp ứng được yêu cầu của tình hình mới trong bối cảnh phát triển kinh tế thị trường và hội nhập quốc tế ngày càng mạnh mẽ. Một trong những sửa đổi được thể hiện trong Luật 2022 là điều chỉnh mô hình các cơ quan thanh tra theo cấp hành chính để phù hợp hơn với thực tiễn quản lý

nhà nước của các Bộ, ngành, địa phương. Tuy nhiên, với thanh tra cấp huyện, cơ cấu tổ chức, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan thanh tra cấp huyện về cơ bản được giữ nguyên so với Luật hiện hành. Luật 2022 chỉ bổ sung một chức năng của thanh tra huyện đó là: "...giúp Ủy ban nhân dân cấp huyện quản lý nhà nước về tiếp công dân; thực hiện nhiệm vụ tiếp công dân... theo quy định pháp luật<sup>1</sup>.

Như vậy, có thể nói, Luật 2022 dường như chưa giải quyết triệt để những vấn đề còn vướng mắc trong tổ chức và hoạt động của thanh tra cấp huyện.

### ***Thứ nhất, về tổ chức hoạt động thanh tra***

Theo quy định tại Điều 30 Luật Thanh tra năm 2022, Thanh tra huyện có nhiệm vụ giúp Ủy ban nhân dân (UBND) cấp huyện quản lý nhà nước về công tác thanh tra, tiếp công dân, giải quyết khiếu nại, tố cáo và phòng, chống tham nhũng, tiêu cực; thực hiện nhiệm vụ thanh tra trong phạm vi quản lý nhà nước của UBND cấp huyện; thực hiện nhiệm vụ tiếp công dân, giải quyết khiếu nại, tố cáo và phòng, chống tham nhũng, tiêu cực theo quy định của pháp luật. Như vậy, với việc bổ sung thêm chức năng quản lý nhà nước về tiếp công dân, thực hiện nhiệm vụ tiếp công dân, Luật 2022 đã quy định chức năng của Thanh tra huyện trên tất cả các lĩnh vực công tác của ngành giống như Thanh tra tỉnh.

Trong lĩnh vực thanh tra, Thanh tra huyện giúp UBND cùng cấp quản lý nhà nước về công tác thanh tra, nhiệm vụ, quyền hạn của Thanh tra huyện được quy định cụ thể, bao gồm: Xây dựng dự thảo kế hoạch thanh tra của Thanh tra huyện, báo cáo Chủ

tịch UBND cấp huyện xem xét, quyết định trước khi gửi Thanh tra tỉnh tổng hợp vào kế hoạch thanh tra của tỉnh; Tổ chức thực hiện nhiệm vụ của Thanh tra huyện trong kế hoạch thanh tra của tỉnh; thanh tra việc thực hiện chính sách, pháp luật và nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp huyện và của UBND cấp xã; Thanh tra vụ việc khác khi được Chủ tịch UBND cấp huyện giao; Theo dõi, đôn đốc, kiểm tra việc thực hiện kết luận, kiến nghị của Thanh tra huyện và quyết định xử lý về thanh tra của Chủ tịch UBND cấp huyện; Tổng hợp, báo cáo kết quả công tác thanh tra<sup>2</sup>.

Theo quy định này, Thanh tra huyện sẽ không chủ động trong xây dựng và thực hiện kế hoạch thanh tra như quy định trong Luật Thanh tra hiện hành. Để tránh trùng lặp, chồng chéo trong hoạt động thanh tra, Điều 23 Luật 2022 đã quy định Thanh tra cấp tỉnh có nhiệm vụ: Xây dựng dự thảo kế hoạch thanh tra của tỉnh, hướng dẫn Thanh tra sở, Thanh tra huyện xây dựng dự thảo kế hoạch thanh tra để tổng hợp vào kế hoạch thanh tra của tỉnh trình Chủ tịch UBND cấp tỉnh ban hành; Tổ chức thực hiện kế hoạch thanh tra của Thanh tra tỉnh; theo dõi, đôn đốc, kiểm tra việc thực hiện kế hoạch thanh tra của Thanh tra sở, Thanh tra huyện. Đồng thời, Luật quy định nhiệm vụ của Thanh tra huyện là xây dựng dự thảo kế hoạch thanh tra của Thanh tra huyện, báo cáo Chủ tịch UBND cấp huyện xem xét, quyết định trước khi gửi Thanh tra tỉnh tổng hợp vào kế hoạch thanh tra của tỉnh. Sau khi Thanh tra tỉnh tổng hợp, trình Chủ tịch UBND cấp tỉnh ban hành kế hoạch thanh tra chung của tỉnh thì Thanh tra huyện có nhiệm vụ:

1 Khoản 1 Điều 30 Luật Thanh tra năm 2022.

2 Khoản 1 Điều 31 Luật Thanh tra năm 2022.

Tổ chức thực hiện nhiệm vụ của Thanh tra huyện trong kế hoạch thanh tra của tỉnh. Một số nhiệm vụ, quyền hạn thực hiện theo Luật hiện hành như: Thanh tra vụ việc phức tạp, có liên quan đến trách nhiệm của nhiều cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp huyện, UBND cấp xã. Tuy nhiên, xét về bản chất hoạt động, Thanh tra huyện vẫn sẽ thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn này nếu nó được thể hiện trong Kế hoạch thanh tra chung do Chủ tịch UBND tỉnh ký. Ngoài ra, Thanh tra huyện vẫn sẽ thực hiện nhiệm vụ khác do Chủ tịch UBND huyện giao.

Nếu so sánh về câu từ trong điều khoản, quy định của Luật 2022 dường như chú trọng hơn đến chức năng giúp UBND cùng cấp quản lý nhà nước về công tác thanh tra và hạn chế nhiệm vụ, quyền hạn thực hiện thanh tra trực tiếp của Thanh tra huyện. Khi Luật 2022 có hiệu lực thi hành, việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn thanh tra trực tiếp của Thanh tra huyện có hai khả năng xảy ra: khả năng thứ nhất, có thể giữ nguyên như hiện tại nếu dự thảo kế hoạch thanh tra ban đầu của họ gửi lên được Thanh tra tỉnh giữ nguyên và đưa vào kế hoạch thanh tra chung của tỉnh. Khả năng thứ hai, việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của Thanh tra huyện sẽ bị thu hẹp khi nội dung dự thảo kế hoạch thanh tra ban đầu của họ bị đưa ra khỏi kế hoạch thanh tra chung của tỉnh hoặc được lồng ghép vào là một phần trong kế hoạch thanh tra chung. Khi đó, Thanh tra huyện hoặc không tổ chức thanh tra theo dự thảo kế hoạch ban đầu, hoặc sẽ tham gia một phần vào những cuộc thanh tra chung theo kế hoạch của tỉnh với tư cách thành viên Đoàn thanh tra. Khả năng thứ hai dễ xảy ra hơn bởi mục đích quy định của Luật 2022 là trao quyền cho Thanh tra tỉnh trong việc xây dựng kế

hoạch thanh tra chung để tránh trùng lặp, chồng chéo trong hoạt động thanh tra tại địa phương.

Như vậy, việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn thanh tra trực tiếp của Thanh tra huyện sẽ phụ thuộc nhiều hơn vào Thanh tra tỉnh. Đồng thời, họ vẫn có nhiệm vụ: Thanh tra vụ việc khác khi được Chủ tịch UBND cấp huyện giao. Vấn đề đặt ra là nếu như dự thảo kế hoạch do Thanh tra huyện đưa lên và Thanh tra tỉnh đưa ra khỏi kế hoạch thanh tra chung của tỉnh nhưng Chủ tịch UBND huyện vẫn giao Thanh tra huyện tiến hành nếu thấy không trùng lặp, chồng chéo với nội dung kế hoạch thanh tra chung thì Thanh tra huyện vẫn phải thực hiện. Trong trường hợp này, việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ trong lĩnh vực thanh tra của Thanh tra huyện không khác gì so với hiện tại. Từ góc độ phân tích như vậy, có thể thấy quy định của Luật 2022 chưa giải quyết được vấn đề chất lượng, hiệu quả hoạt động thanh tra của Thanh tra huyện còn nhiều hạn chế trong thời gian qua.

Thực tiễn thực hiện Luật Thanh tra hiện hành cho thấy, về cơ bản, Thanh tra huyện thực hiện chức năng trên tất cả các lĩnh vực công tác của ngành, tuy nhiên mức độ thực hiện có sự khác biệt rõ rệt. Trong đó, việc “thực hiện nhiệm vụ thanh tra trong phạm vi quản lý nhà nước của UBND cấp huyện” là mảng chức năng còn nhiều hạn chế. Báo cáo Tổng kết thi hành Luật Thanh tra năm 2010 cũng cho thấy hiệu quả hoạt động của cơ quan thanh tra cấp huyện còn hạn chế... không phát huy được vai trò trong phát hiện, kiến nghị khắc phục sơ hở trong cơ chế quản lý, chính sách, pháp luật, phòng ngừa và phát hiện, xử lý các hành vi vi phạm pháp luật, nâng cao hiệu

quả, hiệu lực quản lý nhà nước của Chủ tịch UBND cấp huyện... Số cuộc thanh tra được triển khai trong năm rất ít. Tính trung bình số cuộc thanh tra do Thanh tra huyện tiến hành trong vòng 05 năm (2015-2020) trở lại đây của tỉnh Hà Tĩnh là 2,54, thành phố Cần Thơ là 2,67, tỉnh Bắc Kạn là 3,13, tỉnh Bạc Liêu là 2,86...<sup>3</sup>.

Một số hạn chế khác trong thực trạng tổ chức hoạt động thanh tra của cấp huyện cũng được chỉ ra trong các nghiên cứu, khảo sát như: (1) Hầu hết các cuộc thanh tra đều có phạm vi nhỏ, ngắn ngày, chỉ mang tính chất kiểm tra chuyên ngành<sup>4</sup>. Sau khi tiến hành thanh tra, nếu nội dung thanh tra có thể mở rộng hơn, có tính chất phức tạp hơn, Thanh tra huyện sẽ báo cáo, đề xuất chuyển cuộc thanh tra đó lên cho Thanh tra tỉnh/thành phố thực hiện, thanh tra huyện/quận sẽ phối hợp nếu được yêu cầu; (2) Việc giám sát hoạt động đoàn thanh tra của thanh tra cấp huyện chỉ mang tính hình thức. Thực tế cho thấy, các cuộc thanh tra của thanh tra cấp huyện đều do người ra quyết định thanh tra thực hiện giám sát và thể hiện trong quyết định thanh tra.

Có thể chỉ ra một số nguyên nhân của thực trạng này đó là:

*Một là*, từ góc độ tổ chức bộ máy, biên chế hiện nay của Thanh tra huyện được giao trên cơ sở vị trí việc làm, gắn với chức năng, nhiệm vụ, phạm vi hoạt động và nằm trong tổng số biên chế công chức trong các cơ quan, tổ chức hành chính của huyện được cấp có thẩm quyền giao. Số lượng công chức, người lao động tại Thanh

tra huyện trung bình từ 04 - 07 người (01 Chánh thanh tra và không quá 02 Phó Chánh thanh tra<sup>5</sup> áp dụng cho tất cả các cơ quan thanh tra huyện trên toàn quốc. Tuy nhiên, cũng có những địa phương, số lượng biên chế trung bình của Thanh tra huyện khá ít. Ví dụ: Bắc Kạn từ 02 đến 03 biên chế, Cao Bằng từ 03 đến 04 biên chế, Quảng Trị 03 đến 04 biên chế,... Bên cạnh đó, trong cơ cấu nhân sự của cơ quan thanh tra huyện thì số lượng công chức được bổ nhiệm vào ngạch thanh tra chưa nhiều do những yêu cầu khắt khe về chuyên môn, nghiệp vụ, lại thường xuyên có sự thay đổi do sự điều động, luân chuyển công tác từ phía UBND. Thực trạng đó dẫn đến việc xây dựng và phát triển đội ngũ cán bộ thanh tra huyện hoàn toàn bị động bởi không thể kế hoạch hóa được việc đào tạo, quy hoạch đội ngũ cán bộ thanh tra chuyên nghiệp và tâm huyết, gắn bó với nghề. Sự thiếu ổn định về nhân sự và hạn chế về chuyên môn, nghiệp vụ dẫn đến việc khó đảm bảo về chất lượng cán bộ, trình độ chuyên môn, nghiệp vụ khó đáp ứng yêu cầu công tác. Với số lượng biên chế có hạn lại thường xuyên biến động như vậy, cùng với việc phải tập trung nhiều hơn vào thực hiện nhiệm vụ giải quyết khiếu nại, tố cáo - là lĩnh vực được cơ quan này thực hiện nhiều nhất - thì nhân sự dành cho thực hiện nhiệm vụ thanh tra là không đủ, không thể tiến hành các cuộc thanh tra có quy mô lớn, dài ngày. Do vậy, chất lượng, hiệu quả hoạt động thanh tra trên thực tế rất hạn chế.

*Hai là*, việc quy định cứng số lượng biên chế của cơ quan thanh tra huyện trên

3 Báo cáo số 276/BC-TTCTP, ngày 28/02/2022 của Thanh tra Chính phủ “Tổng kết thi hành Luật Thanh tra năm 2010”.

4 Báo cáo kết quả khảo sát thuộc đề tài khoa học cấp bộ năm 2022-2023: “Tổ chức hoạt động thanh tra, tiếp công dân, giải quyết khiếu nại, tố cáo ở cấp huyện”, Thanh tra Chính phủ.

5 Điều 8 Thông tư liên tịch số 03/2014/TTLT-TTCTP-BNV, ngày 08/09/2014 của Tổng Thanh tra Chính phủ phối hợp Bộ trưởng Bộ Nội vụ ban hành.

phạm vi cả nước vừa không phù hợp với thực tiễn từng địa phương, vừa không đáp ứng được những yêu cầu về nhiệm vụ của Thanh tra huyện. Bởi lẽ, tại những địa phương có quy mô dân số lớn, có mức độ phát triển kinh tế, xã hội hơn, vai trò của cơ quan thanh tra cấp huyện sẽ lớn hơn nhưng số lượng biên chế cũng ngang bằng như cơ quan thanh tra ở những địa phương có dân số ít, kinh tế chưa phát triển, tình hình xã hội không phức tạp. Điều này dẫn đến việc “quá tải” đối với cơ quan thanh tra huyện ở chỗ này nhưng lại lãng phí nguồn lực ở nơi khác. Ví dụ, Thanh tra huyện Quán Bạ, tỉnh Hà Giang số cuộc thanh tra trung bình một năm tính từ 2011 đến 2017 là 03 cuộc trong khi thanh tra quận Hà Đông, thành phố Hà Nội là 07 cuộc<sup>6</sup>. Đây cũng là một hạn chế trong thực hiện Luật Thanh tra năm 2010 đặt ra yêu cầu cần có sự điều chỉnh trong Luật mới. Quá trình sửa đổi Luật Thanh tra năm 2010, vấn đề không tổ chức thanh tra huyện để tinh giản đầu mối cũng đã từng được đưa vào Dự thảo Luật. Tuy nhiên, trong quá trình thảo luận, ý kiến cho rằng huyện là một cấp chính quyền hoàn chỉnh nên cần thiết phải có tổ chức thanh tra để giúp cho UBND trong công tác quản lý đã thuyết phục được đa số. Quan điểm giữ lại Thanh tra huyện và tăng cường đổi mới tổ chức, nâng cao hiệu quả đã được thể hiện bằng quy định về Thanh tra huyện hiện nay trong Luật 2022.

Vấn đề đặt ra là, khi Luật 2022 có hiệu lực, cơ quan thanh tra cấp huyện sẽ chính thức thực hiện thêm một lĩnh vực là quản lý

nhà nước về tiếp công dân. Thực hiện nhiệm vụ tiếp công dân nhưng số lượng biên chế và chất lượng cán bộ, công chức thanh tra không thay đổi như hiện nay thì việc tổ chức hoạt động thanh tra sẽ khó đảm bảo duy trì hiệu quả như hiện tại chứ chưa nói đến việc nâng cao hiệu quả.

Ngược trở lại vấn đề tổ chức hoạt động thanh tra ở địa phương, khi tổng kết thực hiện Luật Thanh tra năm 2010, việc tổ chức hoạt động thanh tra sở cũng có nhiều điểm tương đồng như tổ chức hoạt động thanh tra cấp huyện từ vấn đề biên chế ít và thường xuyên bị điều động, luân chuyển nên khó khăn trong nâng cao chuyên môn, nghiệp vụ; số lượng Đoàn thanh tra thực hiện được tính trung bình trong năm rất ít<sup>7</sup> và chủ yếu là Đoàn thanh tra có quy mô nhỏ; việc giám sát hoạt động Đoàn thanh tra chủ yếu do người ra quyết định thanh tra tự giám sát do hạn chế về số lượng biên chế; hiệu quả hoạt động thanh tra cấp sở rất hạn chế. Trên cơ sở tổng kết thực tiễn, xuất phát từ đặc điểm và nhu cầu quản lý trong các lĩnh vực ở từng địa phương khác nhau, đồng thời để bảo đảm phù hợp với quy định của pháp luật về tổ chức cơ quan chuyên môn của chính quyền địa phương, Luật 2022 đã có những thay đổi căn bản về tổ chức hoạt động thanh tra sở. Theo đó, Thanh tra sở được thành lập tại sở có phạm vi quản lý rộng và yêu cầu quản lý chuyên ngành phức tạp; tại sở, do UBND tỉnh quyết định căn cứ vào yêu cầu quản lý nhà nước tại địa phương và biên chế được giao. Với những lĩnh vực quản lý nhà nước của các sở không thành lập Thanh

6 Xem: <http://www.thanhtravietnam.vn/tin-trong-nganh/thanh-tra-quan-ha-dong-thanh-tra-de-dam-bao-quyen-va-loi-ich-hop-phap-cua-nguoi-dan-193927>.

7 Theo Báo cáo số 276/BC-TTCTP, ngày 28/02/2022 của Thanh tra Chính phủ: Tính trung bình số cuộc thanh tra do Thanh tra huyện tiến hành trong vòng 05 năm (2015-2020) trở lại đây của tỉnh Hà Tĩnh là 2,54, thành phố Cần Thơ là 2,67, tỉnh Bắc Kạn là 3,13, tỉnh Bạc Liêu là 2,86... Số cuộc thanh tra trung bình do Thanh tra sở tiến hành như sau: Thanh tra Sở Nội vụ là 2,49, Thanh tra Sở Kế hoạch và Đầu tư là 2,89, Thanh tra Sở Tư pháp là 2,1, Thanh tra Sở Ngoại vụ là 2,95...

tra sở, Thanh tra tỉnh sẽ thực hiện thanh tra hành chính và thanh tra chuyên ngành đối với đối tượng thuộc phạm vi quản lý nhà nước của sở đó. Theo tác giả, đây là điểm mới rất tích cực của Luật Thanh tra năm 2022 không chỉ thu gọn đầu mối cơ quan nhà nước, giải quyết căn cơ những hạn chế trong hoạt động thanh tra tại địa phương. Vậy nhưng, với Thanh tra huyện có những tồn tại, hạn chế từ thực tiễn lại không được Luật 2022 giải quyết dứt điểm như với Thanh tra sở vì cho rằng, Thanh tra huyện thuộc UBND huyện là một cấp chính quyền hoàn chỉnh nên cần phải có tổ chức thanh tra để giúp cho UBND trong công tác quản lý có lẽ chưa thực sự thuyết phục. Bởi lẽ, UBND huyện có nhiều công cụ khác để quản lý nhà nước chứ không chỉ có tổ chức thanh tra và việc không tổ chức hoạt động thanh tra cho Thanh tra cấp huyện (nếu có) cũng không có nghĩa là lĩnh vực này ở huyện bị bỏ trống mà sẽ được thực hiện bởi cơ quan nhà nước khác.

### ***Hai là, về tổ chức hoạt động tiếp công dân***

Với quy định tại Điều 30 Luật 2022, cơ quan thanh tra cấp huyện chính thức thực hiện chức năng giúp UBND cùng cấp quản lý nhà nước về tiếp công dân, thực hiện nhiệm vụ tiếp công dân. Trên thực tế hiện nay, Thanh tra huyện vẫn thực hiện nhiệm vụ này nhưng là nhiệm vụ do Chủ tịch UBND tỉnh yêu cầu và giao chứ không phải nhiệm vụ do luật định. Theo quy định của pháp luật tiếp công dân, nhiệm vụ này của Ban tiếp công dân ở cấp huyện thuộc văn phòng UBND cùng cấp.

Việc thể chế hóa nhiệm vụ này của Thanh tra huyện trong Luật 2022 đã khẳng định vai trò quan trọng của Thanh tra huyện trong lĩnh vực tiếp công dân tại địa phương.

Đồng thời, với việc quy định chính thức là một chức năng, nhiệm vụ trong Luật thì cơ quan thanh tra sẽ phải thực hiện nhiều công việc hơn, vốn trước đây là nhiệm vụ của Ban tiếp công dân. Chất lượng công tác tiếp công dân, xử lý đơn thư theo lý thuyết khi chuyển về là nhiệm vụ của cơ quan thanh tra sẽ đảm bảo hơn, bởi đội ngũ cán bộ thanh tra có chuyên môn, nghiệp vụ và được đào tạo bài bản, có kinh nghiệm trong lĩnh vực này. Mặc dù Luật 2022 không làm phát sinh thêm chức năng, nhiệm vụ trên thực tế của Thanh tra huyện nhưng quy định này đặt ra vấn đề là khi Luật này có hiệu lực, việc tổ chức hoạt động tiếp công dân ở cấp huyện sẽ thực hiện như thế nào? Ban tiếp công dân hiện tại được tổ chức và hoạt động theo Luật Tiếp công dân và Luật Tổ chức chính quyền địa phương nên sẽ không đương nhiên bị thay đổi bởi quy định của Luật 2022. Việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ liên quan đến quản lý nhà nước về tiếp công dân, thực hiện nhiệm vụ tiếp công dân trên thực tế của Ban tiếp công dân cấp huyện và cơ quan thanh tra huyện vẫn cần Chủ tịch UBND phân công, giao nhiệm vụ. Như vậy, quy định này của Luật 2022 chỉ là chính thức hóa một nhiệm vụ vốn được Thanh tra huyện thực hiện trên thực tế chứ dường như chưa thể giải quyết được vấn đề căn cơ là hiệu quả công tác tiếp công dân tại địa phương. Bởi lẽ, Ban tiếp công dân hay cơ quan thanh tra thực tế chỉ phân loại, xử lý đơn và chuyển đến các cơ quan chuyên môn cấp huyện để giải quyết. Cơ quan thanh tra chủ yếu tham mưu giúp Thủ trưởng cơ quan quản lý nhà nước giải quyết mà không trực tiếp giải quyết. Vấn đề căn cơ để nâng cao chất lượng, hiệu quả công tác tiếp công dân là để tiếp nhận, xử lý đơn nhanh chóng cho công dân, giải quyết đúng thẩm quyền, dứt

điểm triệt để vấn đề của người dân thì sẽ không giải quyết được bằng quy định này của Luật 2022.

### 2. Một số kiến nghị

#### *Một là, tiếp tục hoàn thiện cơ chế tổ chức hoạt động thanh tra cấp huyện*

Trước mắt, khi Luật 2022 có hiệu lực, việc tổ chức thực hiện quy định của Luật về tổ chức hoạt động thanh tra cấp huyện nên theo hướng Thanh tra huyện chủ yếu tập trung thực hiện nhiệm vụ giúp UBND cùng cấp quản lý nhà nước về công tác thanh tra; thực hiện thanh tra hành chính đối với cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp huyện và của UBND cấp xã. Hạn chế tối đa, dần tiến tới bỏ chức năng thanh tra kinh tế - xã hội của Thanh tra huyện. Bên cạnh đó, chính quyền địa phương cần có sự điều chỉnh linh hoạt về số lượng biên chế đối với Thanh tra huyện phù hợp với nhu cầu thực tiễn tại địa phương và yêu cầu thực hiện chức năng quản lý nhà nước về thanh tra của Thanh tra huyện.

Về lâu dài, cần tiếp tục nghiên cứu, tổng kết thực tiễn để hoàn thiện pháp luật về tổ chức và hoạt động của Thanh tra huyện. Theo tác giả, quy định về tổ chức và hoạt động của Thanh tra huyện cần có sự đổi mới mạnh mẽ trên cơ sở tiếp cận từ tổ chức bộ máy và hiệu quả hoạt động. Tránh tổ chức dàn trải, đồng nhất cứng nhắc theo một mô hình ở tất các địa phương trên phạm vi cả nước như hiện nay. Tiếp tục nghiên cứu, xem xét phương án tổ chức Thanh tra huyện theo cách tiếp cận như tổ chức Thanh tra sở của Luật 2022: chỉ tổ chức hoạt động Thanh tra huyện tại những tỉnh/thành phố lớn có đông dân cư, mức độ phát triển kinh tế - xã hội cao, nhu cầu quản lý phức tạp. Giao quyền chủ động cho UBND tỉnh quyết định

việc tổ chức hoạt động thanh tra cấp huyện tùy thuộc vào yêu cầu quản lý nhà nước tại địa phương.

#### *Hai là, cần hoàn thiện cơ chế tổ chức hoạt động tiếp công dân cấp huyện*

Từ thực tiễn thực hiện tiếp công dân của cấp huyện, theo tác giả, để nâng cao chất lượng, hiệu quả công tác này trong điều kiện nhân sự còn khá hạn chế của cơ quan thanh tra, cần giảm tải công việc tiếp nhận, xử lý đơn cho cơ quan thanh tra, đồng thời tăng tính chủ động, trách nhiệm của các cơ quan chuyên môn cấp huyện. Cụ thể, sửa đổi Luật Tiếp công dân năm 2013 theo hướng:

- Chuyển Ban tiếp công dân từ thuộc UBND cấp huyện như hiện tại về thuộc Thanh tra huyện. Đồng thời, quy định trách nhiệm của cơ quan thanh tra huyện trong việc nhận đơn thuộc thẩm quyền giải quyết của nhiều cơ quan, đơn vị, cá nhân hoặc đơn chưa rõ thuộc thẩm quyền của cơ quan, đơn vị, cá nhân nào. Thanh tra huyện thực hiện chức năng, nhiệm vụ giúp UBND cấp huyện quản lý nhà nước về tiếp công dân; thực hiện tiếp công dân đối với trường hợp không thuộc thẩm quyền tiếp của phòng, ban chuyên môn.

- Quy định cụ thể về trách nhiệm tiếp công dân của các phòng, ban chuyên môn cấp huyện theo hướng những đơn thư khiếu nại, tố cáo, kiến nghị, phản ánh của người dân thuộc lĩnh vực quản lý nhà nước nào sẽ do phòng, ban chuyên môn cấp huyện thực hiện chức năng quản lý nhà nước chuyên ngành tiếp nhận, xử lý và giải quyết. Khi nhận được đơn không thuộc thẩm quyền, phòng, ban chuyên môn sẽ giải thích, hướng dẫn cụ thể để người dân (hoặc trực tiếp chuyển đơn) đến đúng cơ quan có thẩm quyền giải quyết ■

# TƯ CÁCH CHỦ THỂ CỦA ROBOT THÔNG MINH TỪ GÓC ĐỘ LUẬT SO SÁNH VÀ HÀM Ý CHO VIỆT NAM <sup>1</sup>

**Trần Kiên**

TS. GV. Khoa Luật dân sự, Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

## Thông tin bài viết

*Từ khóa:* Robot thông minh, trí tuệ nhân tạo, luật tài sản, luật về chủ thể, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 05/03/2023

Biên tập: 05/04/2023

Duyệt bài: 06/04/2023

## Tóm tắt:

Trong bài viết này, tác giả phân tích về các chế định pháp luật có thể áp dụng để điều chỉnh robot thông minh từ góc độ luật so sánh: như phân tích lý thuyết và quy định của một số hệ thống pháp luật lớn trên thế giới đặc biệt là châu Âu lục địa và Thông luật Anh - Mỹ, chỉ ra hai hướng tiếp cận chính hiện nay để điều chỉnh robot thông minh là luật về chủ thể (law of persons) và luật về tài sản (law of property) với sự nhấn mạnh vào luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Cả hai cách tiếp cận này đều có những ưu, nhược điểm riêng mà Việt Nam có thể tham khảo để tiếp cận, xây dựng hoặc hoàn thiện các quy định của pháp luật có liên quan.

## Article Information

*Keywords:* Smart robot; artificial intelligence; law of property; law of persons; compensation for off-contract loss.

*Article History:*

Received: 05 Mar. 2023

Edited: 05 Apr. 2023

Approved: 06 Apr. 2023

## Abstract:

Within this article, the author provides an analysis of available legal regimes to regulate smart robots from the perspective of comparative law: such as a theoretical and regulatory analysis of some major legal systems in the world, especially in continental European law and Anglo-American common law, gives out two main current approaches to regulating smart robots: the law of persons and the law of property, with an emphasis on the law of non-contractual damages, or tort. Both of these approaches have their own advantages and disadvantages that Vietnam might use to analyze, develop, or improve relevant legal regulations.

## 1. Cách mạng 4.0 và sự phát triển của Robot thông minh

Từ điển tiếng Anh Oxford định nghĩa, robot là một cỗ máy có khả năng thực hiện một loạt các hành động phức tạp một cách tự động, đặc biệt là các cỗ máy được lập trình bởi một máy tính<sup>2</sup>. Giải thích rõ hơn, Đại từ điển Bách khoa toàn thư Britannica giải thích, robot là các cỗ máy tự hành nhằm thay

thế lao động của con người<sup>3</sup>. Tuy ý tưởng về máy móc tự động đã được tìm thấy trong lịch sử cổ đại, nhưng từ Robot lại chỉ được bắt đầu sử dụng từ năm 1920 trong một vở kịch của Karel Čapek<sup>4</sup>, có nguồn gốc từ tiếng Séc có nghĩa là “lao động cưỡng bức”. Ngày nay, thuật ngữ Robot không chỉ bao gồm các máy móc hữu hình mà còn hàm chứa các phần mềm, chương trình máy tính. Ở góc độ này,

1 Bài viết là một phần kết quả nghiên cứu thuộc Đề tài KH&CN cấp Đại học Quốc gia Hà Nội: “Cải cách pháp luật dân sự đáp ứng yêu cầu của cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư ở Việt Nam”, mã số: QG.19.56.

2 Robot, Oxford English Dictionary tại <https://en.oxforddictionaries.com/definition/robot> lên mạng ngày 10/12/2017.

3 Hans Peter Moravec, ‘Robot’ Encyclopædia Britannica February 24, 2017 tại <https://www.britannica.com/technology/robot-technology> lên mạng ngày 10/12/2017.

4 Hans Peter Moravec, ‘Robot’ Encyclopædia Britannica.



thậm chí một con virus máy tính cũng được xem là robot<sup>5</sup>.

Các chuyên gia đồng ý rằng, để được xem là robot thì một máy móc hay chương trình phải có một trong các chức năng sau: chấp nhận chương trình điện tử, xử lý dữ liệu hoặc thông điệp vật lý qua quy trình điện tử, vận hành tự động đến mức độ nhất định, di chuyển, vận hành các bộ phận hữu hình hoặc các thông điệp vật lý, cảm biến và phản ứng với môi trường, và có khả năng thực hiện các hành vi thông minh giống như con người hoặc một loài động vật khác<sup>6</sup>.

Robot có thể được phân loại theo nhiều cách: Robot tự hành hoặc được điều khiển; Robot bán tự động và robot tự động; Robot công nghiệp hoặc robot dịch vụ<sup>7</sup>. Mỗi cách phân loại có giá trị nhất định trong việc đánh giá, sử dụng và nghiên cứu phát triển robot. Từ góc độ thực tế, Robot đã được con người sử dụng từ rất lâu trong nhiều lĩnh vực khác nhau: từ y tế, giáo dục, quân sự, công nghiệp, đến cả gia đình và luật pháp. Những máy móc bán tự động đầu tiên đã xuất hiện trên thế giới từ rất lâu, các hệ thống ròng rọc chuyển động, các cối giã gạo tự động lợi dụng sức nước của dòng bào dân tộc thiểu số ở Việt Nam đều là những ví dụ cho các loại máy móc tự hành này. Tuy nhiên, máy móc bán tự động hoàn chỉnh chính xác được thừa nhận đầu tiên lại là chiếc đồng hồ thiên văn của Tô Tụng vào thế kỷ thứ 11<sup>8</sup>. Phải gần

1000 năm sau đó, vào thế kỷ 20, con robot tự động hóa hoàn toàn đầu tiên mới được Devol chế tạo ra vào năm 1954 và sử dụng trong các nhà máy ô tô của General Motors. Sáng chế của Devol phát minh có tính bản lề cho công nghiệp robot hiện đại<sup>9</sup>. Một thống kê vào năm 2010 cho biết, thế giới có 8,6 triệu robots công nghiệp đang hoạt động. Dự đoán của Liên đoàn Robot quốc tế cho biết vào năm 2019, số lượng robot bán ra hàng năm sẽ vào khoảng 1,9 triệu robot hàng năm<sup>10</sup>. Đây là chưa kể đến số lượng phần mềm, chương trình máy tính được phát triển hàng năm. Sự phát triển nhanh chóng về số lượng và cả phạm vi chức năng của robot này là một điều tích cực trong điều kiện bình thường. Tuy nhiên, với sự xuất hiện của các công nghệ mới của cuộc cách mạng công nghiệp 4.0, một loạt các lo ngại về xã hội, đạo đức và pháp lý đã xuất hiện liên quan đến việc sản xuất, phát triển và sử dụng robot.

Cách mạng công nghiệp 4.0 là thuật ngữ được dùng để chỉ những đột phá công nghệ lớn, mang tính thay đổi căn bản các công nghệ cũ đang diễn ra hiện nay<sup>11</sup>. Klaus gọi đó là những thay đổi có tính đứt gãy, triệt để<sup>12</sup>. Trong cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 này xuất hiện các công nghệ và phương thức sản xuất mới mang tính đột phá, ví dụ như Internet kết nối vạn vật, điện toán đám mây, trí tuệ nhân tạo, năng lượng tái tạo, công

5 Bot, ATIS Telecom Glossary tại <http://www.atis.org/glossary/definition.aspx?id=5906> lên mạng ngày 10/12/2017. Xem thêm, M. Guravaiah và Dr. K. Daniel, 'Robotics' (2015) Vol.4, Issue 10 World Journal of Pharmaceutical Research, trích dẫn số 4.

6 Tom Harris, How robots work, <https://science.howstuffworks.com/robot.htm>, lên mạng ngày 10/12/2017.

7 M. Guravaiah và Dr. K. Daniel, 'Robotics' (2015) Vol.4, Issue 10 World Journal of Pharmaceutical Research, 406.

8 Fowler, Charles B. (October 1967). "The Museum of Music: A History of Mechanical Instruments". *Music Educators Journal*. MENC\_ The National Association for Music Education. 54 (2): 45–49.

9 M. Guravaiah và Dr. K. Daniel, 'Robotics' (2015) Vol.4, Issue 10 World Journal of Pharmaceutical Research, 407.

10 Erico Guizzo, World Robot Population Reaches 8.6 Million, <https://spectrum.ieee.org/automaton/robotics/industrial-robots/041410-world-robot-population>, lên mạng ngày 10/12/2017. Xem thêm, International Federation of Robotics, World Robotics Report 2016, <https://ifr.org/ifr-press-releases/news/world-robotics-report-2016>, lên mạng ngày 10/12/2017.

11 Nguyễn Văn Bình (chủ biên), Việt Nam với cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư, 26, 34.

12 Klaus Schwab, The fourth industrial revolution (World Economic Forum 2016) 12, 13.

nghệ sinh học, kinh tế chia sẻ ...<sup>13</sup>. Tuy thuật ngữ Cách mạng công nghiệp 4.0 hàm chứa một loạt các khái niệm mà việc phân loại hay phân tách chúng không phải là dễ dàng thì các nhà nghiên cứu vẫn chỉ ra được một khuynh hướng chung nảy sinh trong cuộc cách mạng này: đó là sự kết hợp giữa các hệ thống thực (physical systems) với các hệ thống ảo (cyber systems) thành các hệ thống công nghệ mới<sup>14</sup>. Trong đó, sự kết hợp mang tính điển hình nhất chính là giữa robot với trí tuệ nhân tạo trên cơ sở dữ liệu lớn (big data) và có thể được hỗ trợ bởi vật liệu mới, năng lượng tái tạo và công nghệ sinh học. Điều này dẫn đến hiện tượng là “máy móc thay thế, trợ giúp cho suy nghĩ, tư duy hay năng lực trí tuệ của con người”<sup>15</sup>. Và người máy thông minh, sau khi thành công trong việc thay thế người lao động chân tay giản đơn trong cuộc Cách mạng công nghiệp 3.0 bây giờ sẽ thay thế luôn cả người lao động trí óc<sup>16</sup>. Một nghiên cứu chi tiết của các nhà nghiên cứu thuộc Đại học Oxford đã chỉ ra 702 công việc hiện do con người đảm nhiệm có thể bị thay thế bởi robot thông minh trong tương lai theo các mức độ khác nhau, trong đó có đến 70 công việc là có khả năng bị thay thế cao<sup>17</sup>. Công ty tư vấn Mckinsey thậm chí còn dự đoán rằng robot sẽ thay thế đến 1/3 lực lượng lao động làm việc vào năm 2030, tương đương 800 triệu người<sup>18</sup>.

Không chỉ liên quan mật thiết đến lao động và việc làm, robot thông minh còn đặt ra nhiều vấn đề xã hội, đạo đức và pháp lý

cần phải quan tâm. Việc sử dụng robot thông minh vào các hoạt động như chiến tranh (robot chiến đấu), dân dụng (ô tô tự hành), giúp việc gia đình, y tế, pháp lý, chương trình máy tính, nhất là trong bối cảnh các robot này có khả năng tư duy, tự ra quyết định, độc lập với người chế tạo hoặc sở hữu đặt ra nhiều câu hỏi về giới hạn và kiểm soát hành vi của các loại robot này, tránh gây hại cho con người. Và quan trọng nhất, con người sẽ phản ứng thế nào nếu một ngày robot thông minh tự ý thức được về bản thân và yêu cầu được thừa nhận là bình đẳng với con người<sup>19</sup>?

## 2. Cơ chế pháp lý kiểm soát và quản lý robot: Robot với tư cách là một tài sản

Các tiềm năng và nguy cơ mà robot có thể mang đến cho con người và xã hội đã buộc các nhà nghiên cứu, hoạch định chính sách và lập pháp phải suy xét về các cơ chế pháp lý hiệu quả để kiểm soát và điều chỉnh robot. Các cơ chế pháp lý này không những phải ngăn ngừa, giải quyết hiệu quả các nguy cơ mà robot có thể gây ra mà còn phải thúc đẩy và áp dụng được các tiềm năng mà robot có thể mang lại. Nhiều giải pháp đã được đề xuất, một số dựa trên việc áp dụng các chế định pháp lý hiện hành, một số là các giải pháp pháp lý mới.

Đầu tiên, cần phải nhắc đến ba nguyên tắc căn bản áp dụng cho robot của Asimov. Ba nguyên tắc này được Asimov đưa ra trong một tiểu thuyết khoa học giả tưởng vào năm 1942 nhưng đã nhanh chóng được cộng đồng

13 Nguyễn Văn Bình (chủ biên), Việt Nam với cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư, 34 – 67. Xem thêm, Lasi, H., Fettke, P., Kemper, HG. et al. *Bus Inf Syst Eng* (2014) 6: 239, <https://doi.org/10.1007/s12599-014-0334-4>.

14 Nguyễn Văn Bình (chủ biên), Việt Nam với cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư, 28 – 31. Xem thêm, Fettke, P., Kemper, HG. et al. *Bus Inf Syst Eng*, 240.

15 Nguyễn Văn Bình (chủ biên), Việt Nam với cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư, 29.

16 Linda Bonekamp & Mathias Sure, Consequences of industry 4.0 on human labour and work organisation (2015) 6 Issue 1 *Journal of Business and Media Psychology*, 33 – 40.

17 Carl Benedikt Frey & Michael A. Osborne, ‘The Future of Employment: How susceptible are jobs to computerisation?’, <https://www.google.com.vn/search?q=THE+FUTURE+OF+EMPLOYMENT&oq=THE+FUTURE+OF+EMPLOYMENT&aqs=chrome..69i57j69i59j0l4.1681j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

18 Dom Galeon, McKinsey Finds Automation Could Eradicate a Third of America’s Workforce by 2030, <https://futurism.com/mckinsey-finds-automation-eradicate-third-americas-workforce-2030/>, lên mạng ngày 10/12/2017.

khoa học quốc tế thừa nhận và áp dụng trong việc nghiên cứu, sản xuất robot. Ba nguyên tắc đó là:

*Thứ nhất*, robot không được gây tổn thương cho con người hoặc qua việc không hành động, để cho con người bị tổn thương.

*Thứ hai*, robot phải chấp hành các mệnh lệnh do con người đưa ra trừ trường hợp mệnh lệnh đó vi phạm nguyên tắc *thứ nhất*.

*Thứ ba*, robot phải bảo vệ sự tồn tại của chính nó trong chừng mực mà sự tồn tại đó không xung đột với nguyên tắc *thứ nhất* và *thứ hai*<sup>20</sup>.

Tuy được thừa nhận là ba nguyên tắc căn bản và phổ quát áp dụng với robot nhưng có thể dễ dàng nhận thấy một số điểm yếu của ba nguyên tắc này. Thứ nhất, đây không phải là các nguyên tắc pháp lý và do đó không thể được cưỡng chế thực thi. Thứ hai, bản thân khái niệm “con người” và “robot” cũng chưa được định nghĩa một cách đầy đủ, rõ ràng. Và thứ ba, nhiều trường hợp bản thân robot cũng không ý thức được rằng mình đang có hành vi gây hại cho con người. Ví dụ điển hình nhất cũng từ chính một câu chuyện của Asimov, trong đó robot được chế tạo với nhận thức rằng chỉ có những người nói một ngôn ngữ nhất định thì mới là con người, còn nói ngôn ngữ khác thì không<sup>21</sup>.

Thực tiễn hơn, các nhà nghiên cứu và lập pháp đã đề xuất áp dụng hai chế định pháp lý

sau để kiểm soát robot. Thứ nhất, coi robot là một tài sản, một loại sản phẩm, hàng hóa và từ cơ sở này áp dụng các chế tài về hợp đồng và trách nhiệm dân sự, đặc biệt chế định trách nhiệm do bất cẩn/cẩu thả hoặc trách nhiệm sản phẩm đối với nhà sản xuất, chủ sở hữu hoặc người sử dụng khi robot gây hại. Thứ hai, trao cho robot tư cách chủ thể (electronic personality) để robot tự chịu trách nhiệm về hành vi của mình.

Từ góc độ thứ nhất, quy chế pháp lý áp dụng cho robot sẽ là các quy tắc về tài sản, hàng hóa và trách nhiệm bảo vệ người tiêu dùng<sup>22</sup>. Theo đó, robot được xem là một loại tài sản, một vật, cụ thể hơn là một động sản hữu hình<sup>23</sup>. Từ đó, trách nhiệm đối với thiệt hại do robot gây ra sẽ được xác định và áp đặt giữa nhiều chủ thể (cá nhân và/hoặc pháp nhân) có liên quan tới việc sáng tạo, huấn luyện, sở hữu, sử dụng robot thông minh dựa trên yếu tố lỗi. Ví dụ như, nếu robot được sản xuất ra có khiếm khuyết thì nhà sản xuất sẽ phải chịu trách nhiệm đối với các thiệt hại do sản phẩm gây ra theo chế định trách nhiệm nghiêm ngặt trong việc bảo vệ người tiêu dùng<sup>24</sup>. Trong trường hợp này, nhà sản xuất sẽ phải chịu trách nhiệm đối với thiệt hại do robot gây ra dù mình không có lỗi<sup>25</sup>, với điều kiện nhà sản xuất là thương nhân và khiếm khuyết xảy ra trước hoặc tại thời điểm giao kết hợp

19 Klaus Schwab, The fourth industrial revolution (World Economic Forum 2016), 31 – 98.

20 Ronald Leenes & Federica Lucivero (2014), ‘Laws on Robots, Laws by Robots, Laws in Robots: Regulating Robot Behaviour by Design’, Law, Innovation and Technology, DOI:10.5235/17579961.6.2.194, 1-3.

21 Isaac Asimov, Foundation and Earth (1986 Doubleday, New York), <http://www.gotterdammerung.org/books/isaac-asimov/foundation-and-earth.html>, lên mạng ngày 10/12/2017.

22 Enrique Schaerer et al, ‘Robots as Animals: A Framework for Liability and Responsibility in Human-Robot Interactions’ The 18th IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication Toyama, Japan, Sept. 27-Oct. 2, 2009.

23 Ví dụ như theo Điều 105, 107 Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2015. Điều 3 khoản 2 Luật Thương mại Việt Nam năm 2005. Hoặc The sale of goods act 1979 của Vương quốc Anh, Điều 61 khoản 1.

24 Ví dụ Điều 608 Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2015. Xem thêm, Richard Kelley et al, ‘Liability in Robotics: An International Perspective on Robots as Animals, 3-4, <https://pdfs.semanticscholar.org/8174/98e6a34922df365854c6d7fd2f18a8d1900d.pdf>, lên mạng ngày 10/12/2017.

25 Chris Holder et al, ‘Robotics and law: Key legal and regulatory implications of the robotics age (Part I of II)’ (2016) 32 Computer law and security review 386 – 387.

đồng mua bán, thậm chí kể cả khi chủ sở hữu robot bất cẩn<sup>26</sup>.

Nếu nhà sản xuất không có lỗi, khi đó sẽ áp dụng cơ chế trách nhiệm bồi thường thiệt hại không có lỗi hay còn gọi là bất cẩn đối với chủ sở hữu robot. Với chế định này, chủ sở hữu phải có lỗi vô ý hay lỗi bất cẩn (negligence) trong việc để cho robot gây thiệt hại đối với người khác. Lỗi bất cẩn này được hiểu là chủ sở hữu có một nghĩa vụ cẩn trọng (duty of care) đối với người khác trong việc sử dụng robot của mình và chủ sở hữu đã vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng đó dẫn đến thiệt hại cho người khác<sup>27</sup>. Ở đây, trách nhiệm của chủ sở hữu robot giống như trách nhiệm của người chủ sở hữu vật nuôi trong nhà, các con vật đã được thuần hóa và hành vi là có thể đoán định được chứ không phải giống với trách nhiệm của chủ sở hữu động vật hoang dã, vốn chịu trách nhiệm nghiêm ngặt<sup>28</sup>.

Dựa trên ý tưởng về sự phân loại giữa động vật hoang dã và vật nuôi trong nhà, các tác giả đã tiếp tục nghiên cứu so sánh pháp luật châu Âu và châu Á và đề xuất nên phân loại robot thành robot nguy hiểm cao và robot an toàn. Với robot nguy hiểm thì chủ sở hữu phải chịu trách nhiệm nghiêm ngặt và có thể bị áp đặt cả chế tài hình sự. Còn đối với robot an toàn thì chủ sở hữu chỉ phải chịu trách nhiệm dân sự do lỗi vô ý<sup>29</sup>.

Cho đến bây giờ, đây vẫn là khung khổ pháp lý chính thức điều chỉnh robot thông minh. Robot thông minh, dù là hữu hình như

một vật hay vô hình như một chương trình máy tính, đều được coi là đối tượng của quyền tài sản (ví dụ như quyền sở hữu hay quyền tác giả)<sup>30</sup>. Trên cơ sở đó, trách nhiệm giữa các chủ thể liên quan tới robot thông minh sẽ được điều chỉnh bởi luật hợp đồng hoặc luật về trách nhiệm dân sự (bồi thường ngoài hợp đồng). Đặc biệt, luật về trách nhiệm dân sự với chế định về trách nhiệm sản phẩm đang được xem là chế định cơ bản điều chỉnh các thiệt hại do robot thông minh gây ra<sup>31</sup>. Nghị viện châu Âu đã nhấn mạnh trong Nghị quyết của mình rằng: “Cho rằng trách nhiệm dân sự đối với thiệt hại do robot gây ra là một vấn đề quan trọng cần được phân tích và giải quyết ở cấp độ Liên minh để đảm bảo mức độ hiệu quả, minh bạch và nhất quán trong việc đảm bảo sự chắc chắn về mặt pháp lý trên toàn Liên minh châu Âu đối với lợi ích của người dân, người tiêu dùng và doanh nghiệp”<sup>32</sup>.

Tuy nhiên, từ góc độ chính sách lập pháp và kỹ thuật pháp lý thì tồn tại nhiều khó khăn và hạn chế khi áp dụng chế định trách nhiệm dân sự trên cơ sở lỗi cho robot thông minh<sup>33</sup>. Nhóm chuyên gia về công nghệ mới và trách nhiệm (dân sự) (Expert Group on Liability and New Technologies) đã phân tích một cách chi tiết các thách thức đặt ra đối với việc áp dụng chế định trách nhiệm dân sự cho robot thông minh từ xác định thiệt hại tới lỗi, tới quan hệ nhân quả và cả thủ tục tố tụng<sup>34</sup>. Thách thức lớn nhất tới từ việc xác định chủ thể chịu trách nhiệm bồi thường khi

26 Richard Kelley et al, ‘Liability in Robotics: An International Perspective on Robots as Animals, 3-4

27 Richard Kelley et al, ‘Liability in Robotics: An International Perspective on Robots as Animals, 4.

28 Richard Kelley et al, ‘Liability in Robotics: An International Perspective on Robots as Animals, 4-5.

29 P. M. Asaro, “Robots and Responsibility from a Legal Perspective,” in Proc. of the IEEE 2007 International Conference on Robotics and Automation (ICRA07), Rome, April 2007. Richard Kelley et al, ‘Liability in Robotics: An International Perspective on Robots as Animals, 5-7.

30 European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union, Bertolini, A. (2020). Artificial intelligence and civil liability, European Parliament. <https://data.europa.eu/doi/10.2861/220466>.

31 Ibid, p. 10.

32 European Parliament resolution of 16 February 2017, 49.

33 European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, (2019). Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies, Publications Office. <https://data.europa.eu/doi/10.2838/573689>.

34 Ibid, p. 19-32.

có rất nhiều chủ thể có liên quan tới robot thông minh từ người lập trình, chế tạo, huấn luyện, sở hữu, sử dụng robot thông minh. Và hệ thống pháp luật hiện hành không đủ hữu hiệu để giải quyết các vấn đề phức tạp liên quan tới trách nhiệm với các thiệt hại do robot thông minh gây ra cho các chủ thể<sup>35</sup>.

Cơ chế pháp lý kiểm soát và quản lý robot: Robot với tư cách là một chủ thể. Ngoài các nhược điểm đã nêu ở trên, cơ chế pháp lý kiểm soát robot thông qua các quy tắc của luật tài sản cũng có một số nhược điểm khác. Nhược điểm thứ nhất là không tính đến thực tế ngày càng xuất hiện nhiều robot thông minh với trí tuệ bằng hoặc vượt xa con người, có khả năng chủ động tư duy và ra quyết định. Nhược điểm thứ hai ở chỗ robot không chỉ có khả năng gây ra các thiệt hại về nhân thân hay tài sản đối với người khác, mà trên thực tế còn tạo ra các ảnh hưởng tiêu cực đối với xã hội, ví dụ như tình trạng thất nghiệp, sự sụt giảm về thuế thu nhập cá nhân, hay là việc robot tự mình tạo lập ra các tài sản khác. Chính vì lẽ đó, các nhà luật học đã nghĩ tìm kiếm một giải pháp khác để có thể điều chỉnh hành vi của robot tốt hơn, xử lý các vấn đề mà robot gây ra cho xã hội trong khi vẫn thu lợi được từ các tiềm năng của robot, và một số luật gia đã đề xuất nên thừa nhận tư cách chủ thể pháp luật cho robot<sup>36</sup>. Đi đầu trong việc đề xuất này là Nghị viện châu Âu. Đầu năm 2017, Nghị viện châu Âu đã thông qua một dự thảo Nghị quyết của Ủy ban pháp luật châu Âu và đệ trình lên Hội đồng châu Âu để ban hành. Trong dự thảo Nghị quyết,

tại Đoạn 31, điểm f, Nghị viện châu Âu đã kiến nghị Hội đồng châu Âu:

*Thiết lập một tư cách pháp lý riêng cho robot, chỉ ít là thừa nhận các robot tự động thông minh nhất có thể được trao tư cách chủ thể điện tử (electronic persons) với các quyền và nghĩa vụ cụ thể, bao gồm cả việc bồi thường thiệt hại robot gây ra và áp dụng tư cách chủ thể điện tử đó trong các trường hợp mà robot đưa ra các quyết định thông minh độc lập (smart autonomous decisions) hoặc giao thiệp với bên thứ ba một cách độc lập<sup>37</sup>.*

Sau khi thảo luận tại Nghị viện, nội dung Nghị quyết đã được mở rộng hơn rất nhiều từ 38 điều khoản chính như trong dự thảo lên thành 68 điều khoản<sup>38</sup>. Điều 31(f) cũng thay đổi thành Điều 59(f) với một số thay đổi về câu chữ. Cụ thể là:

Nghị quyết đã bỏ đi cụm từ *với quyền và nghĩa vụ cụ thể* và chữ *thông minh*. Tuy việc bỏ cụm từ *với quyền và nghĩa vụ cụ thể* không thật sự quan trọng thì việc bỏ đi chữ *thông minh* có thể được hiểu là mở rộng phạm vi điều chỉnh của Nghị quyết.

Tuy nhiên, trong phần Phụ lục của Nghị quyết cũng đề xuất khái niệm với tiêu chí chung để áp dụng cho các robot thông minh tự hành (smart autonomous robots) là sự kết hợp giữa robot và trí tuệ nhân tạo. Robot thông minh tự hành được định nghĩa là robot có các đặc điểm sau:

*Thứ nhất*, đạt được sự tự chủ qua các cảm biến hoặc/và trao đổi dữ liệu với môi trường và chuyển giao cũng như phân tích dữ liệu.

35 Janosch Delcker, Europe divided over robot ‘personhood’ (Politico ngày 11/04/2018) lên mạng ngày 20/02/2023, <https://www.politico.eu/article/europe-divided-over-robot-ai-artificial-intelligence-personhood/#>.

36 Lawrence B. Solum, ‘Legal Personhood for Artificial Intelligences’ (1992) North Carolina Law Review 1231 – 1287. Chris Holder et al, ‘Robotics and law: Key legal and regulatory implications of the robotics age (Part I of II)’ (2016) 32 Computer law and security review 387.

37 European Parliament – Committee on Legal Affairs, Draft Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), Đoạn 31 điểm f.

38 European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)) 59(f).

*Thứ hai*, có thể tự học tập.

*Thứ ba*, có cơ chế hỗ trợ vật lý (physical support).

*Thứ tư*, thay đổi hành vi và hành động thích ứng với môi trường xung quanh<sup>39</sup>.

Qua cách hành văn của Nghị quyết cũng như lập luận của Ủy ban soạn thảo, có thể nhận thấy luận điểm ủng hộ việc thừa nhận tư cách chủ thể cho robot này xuất phát từ hai luận cứ chủ yếu là thuyết giá trị luận và thuyết vị lợi. Theo thuyết vị lợi, việc thừa nhận tư cách chủ thể pháp luật cho robot cũng giống như việc thừa nhận tư cách pháp nhân cho các thực thể phi nhân tính khác, ví như công ty hay Nhà nước; đó là nó có các mục tiêu nhất định chứ không phải tự thân các thực thể đó xứng đáng được thừa nhận là chủ thể. Chỉ có con người, cá nhân mới là chủ thể tự nhiên và đương nhiên duy nhất của luật.

Thuyết vị lợi có thể được tìm thấy ngay trong dự thảo Nghị quyết của Nghị viện châu Âu. Nghị viện châu Âu đã dẫn chiếu một loạt lý do bên ngoài cho khuyến nghị của mình. Đầu tiên là thực tế phát triển mạnh mẽ của công nghệ robot và các công nghệ khác đã dẫn đến một cuộc cách mạng công nghiệp khác với rất nhiều tiềm năng và nguy cơ: rằng robot có thể mang lại lợi ích to lớn về hiệu năng và sản lượng, đặc biệt trong các lĩnh vực vốn nguy hiểm cho con người; rằng sự phát triển này có thể dẫn đến sự mất việc hàng loạt của lao động gây ra tình trạng bất bình đẳng thu nhập và của cải. Hơn thế nữa, robot có thể có các hành vi gây thiệt hại cho con người, xâm phạm về quyền bí mật đời tư, bí mật thông tin, và đặc biệt khả năng cao là

trí tuệ robot sẽ vượt qua trí tuệ con người, qua đó đe dọa chính sự tồn vong của nhân loại<sup>40</sup>. Chính vì thế, việc thừa nhận tư cách chủ thể cho robot sẽ giúp:

- Buộc robot phải tuân thủ các quy tắc pháp lý do con người đặt ra, đặc biệt là trong mối quan hệ với con người.

- Chịu trách nhiệm về các hành vi gây thiệt hại của mình gây ra đối với con người hoặc với các chủ thể khác.

- Đóng thuế, qua đó duy trì hệ thống an sinh xã hội, góp phần bảo đảm bình đẳng thu nhập, phúc lợi tối thiểu cho con người.

- Buộc robot phải đăng ký và mua bảo hiểm trách nhiệm.

- Thiết lập một cơ sở dữ liệu chung để kiểm soát robot<sup>41</sup>.

Có thể nhận thấy rõ sự ảnh hưởng của mục tiêu trong khuyến nghị thừa nhận tư cách chủ thể cho robot thông minh của Nghị viện châu Âu. Các mục tiêu này ít hoặc gần như không gắn gì với câu chuyện bản chất của chủ thể pháp luật.

Luận cứ thứ hai được sử dụng để ủng hộ việc thừa nhận tư cách chủ thể cho robot xuất phát từ thuyết giá trị. Xuất phát từ những luận điểm mạnh mẽ của Locke và Kant vốn tập trung vào giá trị tự thân của khái niệm. Locke cho rằng, chủ thể là khái niệm để chỉ các thực thể thông minh (intelligent being), tức là các thực thể có khả năng tư duy và tự vấn kể cả về chính bản thân nó dù ở các thời gian và địa điểm khác nhau<sup>42</sup>. Kant thì cho rằng, chủ thể là người có khả năng chịu trách nhiệm cho chính hành vi của mình<sup>43</sup>. Hai luận điểm này

39 European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)) Annex to the resolution..

40 European Parliament – Committee on Legal Affairs, Draft Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), A – K.

41 Alex Hern, ‘Give robots “personhood” status, EU committee agrees’ (The Guardian, 12/01/2017), <https://www.theguardian.com/technology/2017/jan/12/give-robots-personhood-status-eu-committee-argues>, lên mạng ngày 10/12/2017.

42 Bartosz Brożek, ‘The Troublesome ‘Person’ trong Visa A.J. Kurki & Tomasz Pietrzykowski (chủ biên), Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn (Springer 2017), 5-6.

43 Bartosz Brożek, ‘The Troublesome ‘Person’ 6.

tuy tưởng chừng là đối lập nhau nhưng thực tế lại cùng có thể được sử dụng để biện minh cho việc thừa nhận tư cách chủ thể pháp luật cho robot thông minh với tư cách là một thực thể có các tố chất cần thiết như biết suy nghĩ, biết cảm nhận, thấu hiểu, tự vấn, tự chủ và tự diễn tưởng về bản thân trong tương lai<sup>44</sup>. Những tố chất đó không chỉ tìm thấy trong con người mà có thể cả ở động vật bậc cao hay robot nữa. Thậm chí, một số con người vì thế cũng không đủ tố chất để được coi là chủ thể nếu họ không minh mẫn, sáng suốt hoặc vì một lý do nào đó. Dưới luận thuyết này, việc thừa nhận robot là chủ thể là một việc tự nhiên, dựa trên chính các đặc tính vốn có của robot<sup>45</sup>.

Cả hai luận điểm ủng hộ này được củng cố bởi một thực tế pháp lý khác là khái niệm chủ thể (person) chưa bao giờ phát sinh từ hoặc gắn với cá nhân (individual). Phân tích luật La Mã, hệ thống pháp luật đầu tiên trên thế giới có định nghĩa về chủ thể cho thấy, từ chủ thể (person) là từ mà các học giả La Mã vay mượn từ thuật ngữ (persona) có nghĩa là chiếc mặt nạ (mask) trong nghệ thuật sân khấu Hy – La<sup>46</sup>. Điều này hàm ý rằng, chủ thể và cá nhân là hai thực thể khác biệt nhau, một cá nhân có thể có nhiều tư cách chủ thể trong khi có cá nhân lại không có bất kỳ tư cách nào, ví dụ như nô lệ. Bản thân cá nhân muốn trở thành chủ thể phải có các tư cách mà trong đó quan trọng nhất là tự do, quốc tịch và địa vị gia đình<sup>47</sup>. Chính từ luận thuyết này mà các nhà luật học về sau đã định nghĩa chủ thể là thực thể được pháp luật trao cho quyền lợi và nghĩa vụ. Và chính qua việc trao quyền cho một thực thể luật pháp đã thiết lập tư cách

chủ thể cho thực thể đó. Mỗi chủ thể, do đó, sẽ có các quyền và nghĩa vụ khác nhau<sup>48</sup>. Lý do của việc trao quyền cho một thực thể nhất định là câu hỏi nằm về chính sách, tôn giáo, tâm lý hay xã hội, ví như, pháp nhân đầu tiên trên thế giới được thừa nhận lại là một nhà thờ dưới ảnh hưởng của Thiên chúa giáo.

Một số nghiên cứu công bố sau đó đã bổ sung thêm các luận giải để ủng hộ cho hướng tiếp cận này, đặc biệt là từ lý thuyết chức năng. Chúng ta có thể xác định một số điều kiện theo đó nó có thể phù hợp để trao tư cách chủ thể mang tính hư cấu cho một nhóm ứng dụng cụ thể giống như đã làm với các công ty. Những điều kiện như vậy bao gồm nhu cầu (i) thúc đẩy sự phối hợp giữa nhiều bên có liên quan, chẳng hạn như khi có nhiều đối tượng cùng tham gia cung cấp dịch vụ dựa trên AI hoặc sản phẩm và tách biệt trách nhiệm của từng người mà thường là khó khăn, nếu không muốn nói là không thể; (ii) tách bạch tài sản riêng và giới hạn trách nhiệm để dễ dàng phân phối doanh thu cũng như phân bổ thiệt hại do công nghệ gây ra; (iii) thúc đẩy sự công khai minh bạch thông qua cơ chế đăng ký và cáo bạch trách nhiệm, qua đó xác định những bên có lợi ích kinh tế hoặc lợi ích khác trong hoạt động của thiết bị; (iv) áp đặt các mức thuế khác nhau để khuyến khích sự phát triển của các sản phẩm và dịch vụ được xem là phù hợp<sup>49</sup>.

Ý tưởng thừa nhận tư cách chủ thể cho robot không phải là không có phản đối. Ví dụ như trong một nghiên cứu độc lập khác do Ủy ban pháp luật thuộc Nghị viện châu Âu tài trợ, các tác giả đã phản đối ý tưởng thừa nhận tư cách chủ thể cho robot và gọi

44 Bartosz Brożek, 'The Troublesome 'Person' 7-8.

45 Visa A.J. Kurki, Why Things Can Hold Rights: Reconceptualizing the Legal Person, Visa A.J. Kurki & Tomasz Pietrzykowski (chủ biên), Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn (Springer 2017), 69 – 90.

46 Bartosz Brożek, 'The Troublesome 'Person' 4.

47 R.W.Lee, The elements of Roman law (4th ed, Sweet & Maxwell 1956), 46.

48 Lawrence B. Solum, 'Legal Personhood for Artificial Intelligences' (1992) North Carolina Law Review, 1238 – 1240.

49 European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union, Bertolini, A. (2020). Artificial intelligence and civil liability, European Parliament. <https://data.europa.eu/doi/10.2861/220466>, pp. 9-10.

đó là khoa học giả tưởng<sup>50</sup>. Các tác giả cũng phê bình ý tưởng đó là vô ích và không cần thiết. Có hai lý do mà các tác giả nêu ra để phản đối ý tưởng. Thứ nhất, chủ thể là khái niệm có trọng tâm là con người và vì con người. Do đó, khi pháp luật thừa nhận tư cách chủ thể cho một thực thể khác thì tức là pháp luật đang muốn đồng hóa thực thể đó với con người. Do đó, chỉ có những thực thể nào có các tố chất gần với con người, ví như động vật bậc cao thì mới có thể được thừa nhận là chủ thể, còn robot thì không vì cuối cùng đó vẫn chỉ là một cỗ máy được lập trình trước<sup>51</sup>. Thứ hai, một số thực thể được thừa nhận là chủ thể theo thuyết giả tưởng, ví dụ như pháp nhân, cuối cùng nó vẫn có con người đứng sau và cần đến con người để duy trì cuộc sống pháp lý của mình. Còn nếu chỉ vì muốn áp đặt trách nhiệm pháp lý lên các hành vi của robot thì các chế định hiện hành khác có hiệu quả tốt hơn, ví như các quy định về tài sản, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, trách nhiệm sản phẩm, bảo hiểm trách nhiệm chứ không cần phải trao tư cách chủ thể cho robot<sup>52</sup>. Cuối cùng, thừa nhận tư cách chủ thể cho robot cũng đồng nghĩa với việc xóa nhòa biên giới giữa người và vật, giữa sự sống và bất động, giữa nhân tính và phi nhân tính. Nói cách khác, máy sẽ lên thành người và con người sẽ bị xem là một cỗ máy<sup>53</sup>.

Khuyến nghị trao tư cách chủ thể cho robot thông minh cũng vấp phải nhiều phản

đối khác, mạnh mẽ nhất là ý kiến của 156 chuyên gia trong nhiều lĩnh vực tại 14 quốc gia châu Âu. Trong bức thư mở của mình, 156 chuyên gia đã phê bình ý tưởng trao tư cách chủ thể cho robot thông minh là không phù hợp từ cả các góc độ kỹ thuật, đạo đức và luật pháp. Cụ thể, từ góc độ kỹ thuật, các tác giả Nghị quyết đã đánh giá quá cao khả năng, năng lực của robot thông minh. Từ góc độ đạo đức, việc trao tư cách chủ thể là cách để giúp nhà sản xuất lảng tránh trách nhiệm của mình. Và từ góc độ luật pháp thì việc trao tư cách chủ thể cho robot thông minh không phù hợp với kỹ thuật và hệ thống pháp lý hiện hành vốn chỉ thừa nhận cá nhân và pháp nhân<sup>54</sup>.

Nhóm chuyên gia về công nghệ mới và trách nhiệm (dân sự) cũng chia sẻ phản đối này khi cho rằng các thiệt hại do robot thông minh gây ra có thể quy trách nhiệm cho cá nhân hoặc pháp nhân có liên quan. Trường hợp quy định hiện hành chưa khả thi thì có thể ban hành luật mới để quy trách nhiệm cho các chủ thể hiện hữu thay vì phải sáng tạo ra một loại chủ thể mới<sup>55</sup>. Ủy ban kinh tế và xã hội châu Âu của European Union cũng phản đối khuyến nghị trao tư cách chủ thể cho robot<sup>56</sup>. World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST) của UNESCO trong ý kiến tư vấn của mình vào năm 2017 cũng phản đối khuyến nghị này của Nghị viện châu Âu<sup>57</sup>.

50 Nathalie Nevejans, European civil law rules in robotics: Study (the Policy Department for “Citizens’ Rights and Constitutional Affairs” 2016) Executive summary.

51 Nathalie Nevejans, European civil law rules in robotics: Study, 14.

52 Nathalie Nevejans, European civil law rules in robotics: Study, 15.

53 Nathalie Nevejans, European civil law rules in robotics: Study, 16. Xem thêm, Natasha N. Aljalian, ‘Fourteenth Amendment Personhood: Fact or Fiction?’ (2012) Issue 2 Volume 73 Number 2 St. John’s Law Review, 495 – 540.

54 Open Letter To The European Commission Artificial Intelligence And Robotics (05/04/2018) lên mạng ngày 20/02/2023 tại <http://www.robotics-openletter.eu/>.

55 European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, (2019). Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies, Publications Office. <https://data.europa.eu/doi/10.2838/573689>, p. 38.

56 Opinion of the European Economic and Social Committee on ‘Artificial intelligence — The consequences of artificial intelligence on the (digital) single market, production, consumption, employment and society’ (own-initiative opinion), Đoạn 3.33.

57 <https://unesco.blob.core.windows.net/pdf/UploadCKEditor/REPORT%20OF%20COMEST%20ON%20ROBOTICS%20ETHICS%2014.09.17.pdf>



### 3. Hàm ý cho Việt Nam

Những khuyến nghị và phản đối đã nêu trên về việc trao tư cách chủ thể cho robot thông minh là một cơ hội để chúng ta đánh giá lại hệ thống pháp luật Việt Nam có liên quan và đưa ra khuyến nghị chính sách lập pháp phù hợp. Đầu tiên có thể nhận thấy rằng, hệ thống pháp luật Việt Nam đã xây dựng được các chế định pháp lý cơ bản và cần thiết về tài sản, chủ thể, hợp đồng, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, trách nhiệm sản phẩm có thể áp dụng cho robot thông minh<sup>58</sup>. Trong bối cảnh của các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành, có thể nói rằng robot thông minh sẽ chịu sự điều chỉnh của quy định về tài sản và trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, chưa có cơ sở pháp lý cho việc thừa nhận robot là chủ thể: dù là cá nhân hay pháp nhân.

Tuy nhiên, trong tương lai, ý tưởng thừa nhận tư cách chủ thể cho robot thông minh là một ý tưởng nên được cân nhắc một cách nghiêm túc, bởi nó có khả năng tạo ra các giải pháp pháp lý tốt hơn so với các cơ chế hiện hành. Đầu tiên, các luận giải nên trao tư cách chủ thể cho robot từ góc độ chức năng đi kèm với việc xác lập một hệ thống bảo hiểm, đăng ký và công khai là khá thuyết phục, đặc biệt trong việc bảo vệ những người bị thiệt hại, giúp họ dễ dàng tìm kiếm công lý và khắc phục thiệt hại xảy ra với mình hơn. Thứ hai, các ý kiến phản đối trên cơ sở khung khổ lý thuyết và quy định hiện hành về phân loại chủ thể thành thể nhân và pháp nhân cũng không chính xác và thuyết phục. Đầu tiên, chủ thể đã luôn là một khái niệm giả tưởng, là một kiến tạo của pháp luật dù đó là thể nhân hay pháp nhân. Trong lịch sử lâu dài, không phải con người nào cũng được pháp luật thừa nhận là thể nhân (natural persons)<sup>59</sup>. Cho đến bây giờ vẫn có những con người không được thừa nhận là chủ thể, ví dụ như

thai nhi vẫn còn trong bụng mẹ. Thứ hai, nói rằng việc trao tư cách thể nhân cho robot thông minh sẽ dẫn đến thừa nhận quyền con người cho robot cũng là lo ngại và cách hiểu không chính xác. Tư cách thể nhân và quyền con người không phải là các vấn đề có quan hệ nhân quả với nhau và cũng không hẳn là hệ quả pháp lý chính yếu. Thậm chí, khuynh hướng luật quốc tế về quyền con người hiện nay còn muốn xóa bỏ khái niệm thể nhân (natural persons), chỉ giữ lại khái niệm con người (human beings) để xóa nhòa đi sự phân biệt đối xử và các rào cản pháp lý cho việc hưởng và bảo vệ quyền con người. Tương tự, lập luận rằng tư cách pháp nhân chỉ áp dụng cho các công ty hay các tổ chức có con người đứng đằng sau cũng là không chính xác, vẫn còn có các pháp nhân là các tập hợp tài sản như Quỹ hay Trust (trong Thông luật) hay pháp nhân đơn nhất, ví dụ như các chức danh nhà nước. Và cuối cùng, bản thân hai mô hình thể nhân và pháp nhân hiện hành cũng không thích hợp cho robot thông minh, một sản phẩm do con người sáng tạo ra nhưng có sự hiện hữu vật chất và có khả năng tự đưa ra các quyết định độc lập, một điều chưa từng xuất hiện trong lịch sử nhân loại cho đến thời điểm này.

Nhu cầu kiểm soát và điều chỉnh robot, nhất là robot thông minh là một nhu cầu thực tế đặc biệt là trong bối cảnh của cuộc Cách mạng công nghiệp 4.0. Robot có thể được điều chỉnh bởi các quy tắc của luật tài sản, nghĩa vụ hoặc thậm chí cả hình sự hoặc robot có thể được điều chỉnh bởi các quy định về chủ thể. Mỗi cách tiếp cận có các ưu nhược điểm và cơ sở triết lý riêng đòi hỏi nhà làm luật trên thế giới cần phải cân nhắc kỹ lưỡng để làm sao vừa tận dụng được tiềm năng do robot mang lại, vừa kiểm soát và hạn chế tối đa các rủi ro, nguy cơ đối với xã hội ■

58 Các quy định đó được pháp điển trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật như Bộ luật Dân sự năm 2015, Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, Luật Bảo vệ người tiêu dùng năm 2010, Luật Chất lượng sản phẩm, hàng hóa năm 2007.

59 Kurki, Visa AJ, A Theory of Legal Personhood (Oxford, 2019; online edn, Oxford Academic, 19 Sept. 2019), <https://doi.org/10.1093/oso/9780198844037.001.0001>, accessed 15 Feb. 2023.

# HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ TỔ CHỨC VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

**Nguyễn Thanh Tùng**

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

## Thông tin bài viết

*Từ khóa:* Chính quyền địa phương, nguyên tắc, tổ chức và hoạt động.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 30/12/2022

Biên tập: 24/03/2023

Duyệt bài: 25/03/2023

## Tóm tắt:

Trong bài viết này, tác giả tập trung phân tích một số bất cập trong các quy định của pháp luật về tổ chức và hoạt động của Chính quyền địa phương ở Việt Nam hiện nay và đưa ra những kiến nghị hoàn thiện.

## Article Information

*Keywords:* Local government, organization and operation.

Article History:

Received: 30 Dec. 2022

Edited: 14 Mar. 023

Approved: 15 Mar. 023

## Abstract:

Within this article, the author focuses on analyzing a number of shortcomings in the current legal regulations on the organization and operation of local governments in Vietnam, and on that basis also provides a number of recommendations to further improve the legal provisions on organization and operation of local governments in the coming time.

## 1. Nguyên tắc trong tổ chức và hoạt động của Chính quyền địa phương

Luật Tổ chức chính quyền địa phương (CQĐP) năm 2015 đã xác định năm nguyên tắc quan trọng trong tổ chức và hoạt động của CQĐP, bao gồm:

“1. Tuân thủ Hiến pháp và pháp luật, quản lý xã hội bằng pháp luật; thực hiện nguyên tắc tập trung dân chủ.

2. Hiện đại, minh bạch, phục vụ Nhân dân, chịu sự giám sát của Nhân dân.

3. Hội đồng nhân dân (HĐND) làm việc theo chế độ hội nghị và quyết định theo đa số.

4. Ủy ban nhân dân (UBND) hoạt động theo chế độ tập thể UBND kết hợp với trách nhiệm của Chủ tịch UBND”.

Việc thực hiện các nguyên tắc trên là cần thiết, vì điều này bảo đảm tính hiệu lực, thống nhất trong chỉ đạo điều hành của các cơ quan hành chính nhà nước, mặt khác ngăn chặn nguy cơ lạm dụng quyền lực, chuyên quyền, độc đoán làm tổn hại đến lợi ích của người dân, của Nhà nước. Trong tổ chức và hoạt động của CQĐP thì việc thực hiện nguyên tắc trên thể hiện ở những nét đặc trưng sau:

*Thứ nhất*, trong tổ chức và hoạt động của CQĐP có sự phân công và phối hợp

giữa các cơ quan, đơn vị trong việc thực hiện chức năng quản lý hành chính nhà nước tại địa phương.

*Thứ hai*, trong tổ chức và hoạt động của CQDP phải bảo đảm sự liên hệ chặt chẽ với nhân dân, chịu sự giám sát chặt chẽ của nhân dân, trực tiếp nhất là thông qua cơ chế giám sát của HĐND các cấp.

*Thứ ba*, những vấn đề quan trọng thuộc thẩm quyền quản lý của các cấp chính quyền cần tạo điều kiện thuận lợi để nhân dân thảo luận, đóng góp ý kiến hoặc trực tiếp quyết định.

*Thứ tư*, trên cơ sở quy định của pháp luật về nhiệm vụ, quyền hạn của mình và căn cứ vào đặc điểm, tình hình, lợi ích của địa phương, CQDP có quyền chủ động, sáng tạo trong việc thực hiện quyết định của cấp trên như UBND cấp trên, các cơ quan nhà nước trung ương.

*Thứ năm*, trong tổ chức và hoạt động của CQDP, có sự định rõ ràng những vấn đề thuộc thẩm quyền tập thể, những nhiệm vụ, quyền hạn thuộc thẩm quyền của người đứng đầu. Những vấn đề thuộc thẩm quyền tập thể thì thiếu số phục tùng đa số nhưng thiếu số có quyền bảo lưu ý kiến, đa số cũng cần xem xét, tham khảo ý kiến của thiểu số để kiểm tra tính đúng đắn trong quyết định của mình. Những vấn đề cá nhân có quyền quyết định thì cá nhân phải chịu trách nhiệm về quyết định của mình<sup>1</sup>.

## 2. Thực tiễn tổ chức và hoạt động của Chính quyền địa phương

Qua hơn 4 năm thực hiện những quy

định mới của Luật Tổ chức Chính quyền địa phương năm 2015 (Luật Tổ chức CQDP), tổ chức và hoạt động của CQDP đã bước đầu có những chuyển biến tích cực, nâng cao được vị thế, trách nhiệm của CQDP. Bộ máy chính quyền các cấp ở đô thị, nông thôn bước đầu được đổi mới trên cơ sở phân biệt rõ ràng hơn chức năng, nhiệm vụ của chính quyền nông thôn, đô thị và hải đảo<sup>2</sup>.

Xét về mặt lý luận và thực tiễn, trong tổ chức và hoạt động của CQDP cần chú ý đáp ứng các yêu cầu quan trọng sau:

- “Bảo đảm tính thống nhất của quyền lực nhà nước trong nhà nước đơn nhất. Trong Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, sự thống nhất của quyền lực nhà nước, sự thống nhất trong tổ chức và hoạt động của chính quyền trung ương và CQDP là yêu cầu có tính chất cốt lõi.

- Dân chủ trong tổ chức bộ máy nhà nước: Dân chủ không nên hiểu chỉ là cho CQDP, trong các thể hiện cụ thể. Xét về bản chất, đó là dân chủ cho cộng đồng dân cư ở địa phương;

- Nâng cao hiệu quả hoạt động của CQDP. Xét cho cùng, tổ chức ra bộ máy CQDP không phải chỉ là vấn đề tổ chức quyền lực, quản lý ở địa phương. Phân cấp, phân quyền còn có yếu tố quan trọng là tổ chức khoa học hoạt động quản lý và cung ứng dịch vụ công để đạt được hiệu quả cao nhất;

- Bảo đảm sự kiểm tra, giám sát đối với CQDP. Tăng thẩm quyền cho CQDP cấp dưới là xu hướng trong đổi mới tổ chức và

1 Đồng Văn Quân, Về nguyên tắc tập trung dân chủ, Tạp chí Khoa học và Công nghệ Đại học Thái Nguyên, số 225 (15): 127 – 134.

2 Nguyễn Minh Phương, Đổi mới mô hình tổ chức và hoạt động của CQDP ở nước ta hiện nay, Tạp chí sinh hoạt lý luận, số 04/2021, tr. 51.

hoạt động của bộ máy nhà nước, cải cách hành chính hiện nay. Nhưng, đồng thời sự kiểm tra, giám sát nhà nước và xã hội cần bảo đảm để CQĐP thực hiện quản lý và cung ứng dịch vụ công hợp pháp và hiệu quả”<sup>3</sup>.

Thực tiễn những năm qua cho thấy tổ chức và hoạt động của CQĐP vẫn chưa đáp ứng đầy đủ các yêu cầu trên. Điều này xuất phát từ những nguyên nhân khách quan và chủ quan, biểu hiện ở những nội dung chủ yếu sau:

*Thứ nhất, vấn đề phân cấp, phân quyền giữa UBND và các cơ quan hành chính nhà nước khác.*

Báo cáo Việt Nam 2035 nhận định: Sự thiếu vắng cơ chế phân bổ thẩm quyền một cách rõ ràng, làm cho mỗi cơ quan khó có thể kháng cự lại những quyết định mà họ cho rằng không phù hợp với lợi ích của mình. Điều này làm cho quá trình ra quyết định rơi vào bế tắc hoặc quyết định được ban hành không phải là quyết định tối ưu nhất dưới góc nhìn lợi ích chung của toàn xã hội<sup>4</sup>. Bên cạnh đó, sự phân định thẩm quyền không rành mạch giữa các cơ quan nhà nước dẫn đến trách nhiệm giải trình không cao. Sự thiếu hụt các quy định về phân định thẩm quyền giữa chính quyền trung ương và CQĐP, giữa các cấp CQĐP với nhau sẽ làm mờ nhạt trách nhiệm giải trình của CQĐP và cá nhân người có thẩm quyền.

Báo cáo tổng hợp kết quả Dự án Điều tra đánh giá thực trạng và đề xuất giải pháp hoàn thiện phân cấp quản lý nhà nước giữa Trung ương và địa phương do Viện Khoa

học tổ chức nhà nước, Bộ Nội vụ hoàn thành năm 2017 cho thấy, việc phân cấp mạnh mẽ của Trung ương và địa phương và giữa các cấp CQĐP đang là xu hướng nổi trội ở Việt Nam những năm gần đây. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy có nhiều vấn đề đặt ra qua điều tra và theo ý kiến của các địa phương<sup>5</sup>.

Báo cáo số 1219/BCBNV Tổng kết 3 năm thi hành Luật Tổ chức CQĐP ngày 23/3/2019 do Bộ Nội vụ chủ trì nhận định rằng: “Một số nhiệm vụ, quyền hạn của CQĐP cấp tỉnh, cấp huyện, cấp xã chưa được quy định rõ...” và “...Việc phân công, phân cấp, phân quyền giữa các ngành, các cấp... chưa hợp lý, mạnh mẽ, đồng bộ”.

Bên cạnh đó, sự thiếu vắng phân quyền rành mạch trong luật có thể dẫn đến những khả năng nhiễu loạn trong thực tiễn khi áp dụng. Thí dụ, có những quy định theo hướng thắt chặt hơn quyền hạn của địa phương như Nghị định số 08/2016/NĐ-CP quy định các cấp CQĐP phải báo cáo cấp có thẩm quyền trước khi bầu Chủ tịch, Phó Chủ tịch UBND cấp huyện, xã, trong khi các văn bản khác của các cơ quan có thẩm quyền ở trung ương lại không quy định nội dung này. Và, có những giải thích theo hướng không thuận lợi cho quyền hạn của địa phương. Câu chuyện về thu phí và thu giá từ các dự án BOT trong thời gian qua là ví dụ điển hình. Trong đó, Luật Phí và lệ phí chưa làm rõ sự khác biệt tại Phụ lục số 2 – Danh mục các sản phẩm dịch vụ chuyển phí sang giá dịch vụ do Nhà nước định giá. Sự chưa rõ ràng về giải thích của cơ quan hành chính có thể không tương

4 Ngân hàng thế giới, Bộ Kế hoạch và đầu tư (2017), Báo cáo Việt Nam 2035 hướng tới thịnh vượng, sáng tạo, công bằng và dân chủ, tr. 102.

5 Trần Văn Ngợi (2017), Báo cáo Tổng hợp kết quả Dự án “Điều tra đánh giá thực trạng và đề xuất giải pháp hoàn thiện phân cấp quản lý nhà nước giữa Trung ương và địa phương”, do TS. Trần Văn Ngợi, Viện trưởng Viện Khoa học tổ chức nhà nước chủ nhiệm, Bộ Nội vụ chủ trì, Hà Nội, tr. 45-142.

## CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

thích với khả năng phân cấp, phân quyền và sự tham gia của địa phương. Việc một số trạm thu phí đã từng đổi tên thành trạm thu giá rồi ngược lại từ tháng 3/2018 đến nay có liên quan ít nhiều vấn đề xử lý mối quan hệ giữa trung ương và địa phương<sup>6</sup>.

*Thứ hai, về mối quan hệ giám sát giữa HĐND với UBND.*

Từ khi có Hiến pháp năm 1992 và đặc biệt là sau khi có Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003, sau đó là Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019, thiết chế HĐND dần được củng cố và phát huy vai trò của cơ quan quyền lực, đặc biệt trong việc giám sát hoạt động của UBND và hệ thống quản lý nhà nước ở địa phương.

Tuy nhiên, HĐND vẫn là một thiết chế không thực sự “chuyên nghiệp”. Nhiều địa phương nhân sự các ban của HĐND cấp huyện hầu hết đều mới tham gia lần đầu nên còn lúng túng trong hoạt động; một số nơi thành viên ban của HĐND cũng đồng thời là thành viên của UBND huyện. Điều này mặc dù không trái quy định nhưng phần nào ảnh hưởng đến việc thực hiện nhiệm vụ của thành viên ban. Đa phần các ban của HĐND ở một số huyện, thị xã, thành phố đã phát huy được chức năng, nhiệm vụ trong hoạt động thẩm tra các báo cáo, đề án, dự thảo nghị quyết trình kỳ họp, nhưng một vài địa phương thực hiện nhiệm vụ này chất lượng chưa cao. Việc tổ chức giám sát, khảo sát phục vụ thẩm tra các nội dung trình kỳ họp chưa nhiều. Hoạt động

giám sát thường xuyên, giám sát chuyên đề cũng còn hạn chế. Bên cạnh đó, các tổ đại biểu HĐND cấp huyện chủ yếu chỉ phát huy trong việc tổ chức cho đại biểu tiếp xúc cử tri sau kỳ họp, chưa tổ chức được các cuộc họp thường kỳ theo quy chế; hoạt động giám sát của tổ còn lúng túng, hầu như chưa triển khai. Các điều kiện bảo đảm cho hoạt động HĐND cấp huyện như cơ sở vật chất, kinh phí, bộ máy tham mưu, giúp việc còn mỏng<sup>7</sup>.

Hoạt động giám sát bằng hình thức xét báo cáo của UBND và các cơ quan chuyên môn trước HĐND còn lúng túng. Hình thức xét báo cáo chủ yếu là nghe các báo cáo, chưa có điều kiện đi sâu thâm nhập thực tế và mổ xẻ vấn đề để tìm nguyên nhân, trách nhiệm của tổ chức, cá nhân đối với những yếu kém tồn tại. Điều này dẫn đến những kiến nghị giám sát chung chung, thiếu cụ thể và thiếu khả thi; hiệu lực sau giám sát chưa cao, kiến nghị chưa đủ mạnh. Thêm vào đó, hoạt động giám sát bằng hình thức xem xét các báo cáo tại kỳ họp thường bị động, còn tình trạng phụ thuộc vào nội dung báo cáo của các đối tượng giám sát chuẩn bị sẵn. Điều này ảnh hưởng đến chất lượng giám sát, nhất là còn tình trạng sau khi xem xét báo cáo không xác định được trách nhiệm của cá nhân, tập thể đối với sai phạm hay việc thực hiện chức năng nhiệm vụ của các cơ quan hữu quan chưa tốt<sup>8</sup>.

Cho dù số đại biểu chuyên trách đã và đang gia tăng, HĐND chưa có điều kiện hoạt động một cách đầy đủ và thường xuyên

6 Hồ Đức Hiệp (2020), Thực trạng phân cấp, phân quyền và vấn đề tự quản địa phương tại Việt Nam hiện nay, Tạp chí Kinh tế - Kỹ thuật, (Đại học Kinh tế - Kỹ thuật Bình Dương), số 31, tr.127- 128.

7 Thanh Hiền, Nhiều bất cập trong hoạt động HĐND cấp huyện, cấp xã, [http://dbnd.quangnam.gov.vn/Default.aspx?tabid=286&Group=20&NID=3719&nhiều-bat-cap-trong-hoat-dong-hdnd-cap-huyen-cap-xa&dnn\\_ctr905\\_Main\\_rg\\_danh sach khac ChangePage=18&dnn\\_ctr905\\_Main\\_rg\\_danh sach moi ChangePage=2](http://dbnd.quangnam.gov.vn/Default.aspx?tabid=286&Group=20&NID=3719&nhiều-bat-cap-trong-hoat-dong-hdnd-cap-huyen-cap-xa&dnn_ctr905_Main_rg_danh sach khac ChangePage=18&dnn_ctr905_Main_rg_danh sach moi ChangePage=2), truy cập ngày 13/7/2021.

8 Hồ Thức Tài, Nâng cao hiệu quả hoạt động giám sát của HĐND huyện vùng Tây Nam Bộ Việt Nam hiện nay, hạn chế và giải pháp, Tạp chí Khoa học chính trị, số 5/2019, tr.81.

như UBND. Chưa nói đến việc đại đa số đại biểu không chuyên trách cũng đang kiêm nhiệm các vị trí then chốt trong bộ máy quản lý nhà nước. Đơn cử, như tiêu chuẩn đại biểu HĐND cấp huyện nhiệm kỳ 2021-2026 được quy định cụ thể tại Hướng dẫn số 36-HD/BTCTW năm 2021 về công tác nhân sự đại biểu Quốc hội khóa XV và đại biểu HĐND các cấp nhiệm kỳ 2021-2026. Theo đó, cán bộ ứng cử phó chủ tịch HĐND chuyên trách phải là huyện ủy viên, giữ chức vụ từ trưởng phòng hoặc tương đương ở cấp huyện trở lên và đã được quy hoạch phó chủ tịch HĐND, phó chủ tịch UBND cấp huyện trở lên; cán bộ ứng cử trưởng ban chuyên trách của HĐND phải giữ chức vụ từ phó trưởng phòng hoặc tương đương ở cấp huyện trở lên; ứng cử phó trưởng ban của HĐND phải có thời gian giữ ngạch chuyên viên từ 05 năm trở lên và đã được quy hoạch vào chức vụ từ phó trưởng phòng hoặc tương đương ở cấp huyện trở lên. Đối với các đồng chí dự kiến bố trí làm Trưởng các ban của HĐND cấp tỉnh, cấp huyện kiêm nhiệm, cần có năng lực, trình độ, sức khỏe và thời gian để đáp ứng yêu cầu công việc.

*Thứ ba, vấn đề xác định người chịu trách nhiệm đối trong tổ chức và hoạt của UBND.*

Đối với người đứng đầu, việc thực hiện trách nhiệm người đứng đầu sẽ dễ dàng hơn, bởi Luật Tổ chức CQĐP tại Điều 29 đã có quy định nhiệm vụ, quyền hạn của Chủ tịch UBND. Nhưng đối với các quyết định của UBND thì việc xác định người chịu trách nhiệm lại hoàn toàn khác.

Trong khung cảnh pháp luật hiện hành,

HĐND và UBND tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc tập trung dân chủ<sup>9</sup>. Nguyên tắc này đòi hỏi nêu cao vai trò của tập thể trong việc đưa ra những quyết định quan trọng. Vấn đề là UBND cũng quyết định dựa vào ý chí của đa số<sup>10</sup>. Quyết định sai của cơ quan quản lý có thể gây tác hại, có lúc rất nghiêm trọng; nhưng trách nhiệm lại khó được quy kết cho một vị trí quản lý cụ thể. Trong khi đó, việc áp dụng chế tài đồng loạt đối với cả một tập thể lãnh đạo lại không thể thực hiện được do thiếu quy trình pháp lý.

*Thứ tư, vấn đề về cơ cấu, tổ chức của UBND các cấp.*

Sự thống nhất trong cách thức hình thành nên cơ cấu tổ chức của UBND là một trong đòi hỏi của thực hiện nguyên tắc tập trung dân chủ. Bởi đây là cơ sở, tiền đề cho việc thống nhất trong chỉ đạo điều hành hoạt động của UBND, cũng như phục vụ hoạt động giám sát của HĐND.

Số lượng thành viên và cơ cấu tổ chức của UBND các cấp được quy định cụ thể trong Luật Tổ chức CQĐP bao gồm: Chủ tịch, các Phó Chủ tịch và các Ủy viên. Các thành viên UBND là thủ trưởng các cơ quan chuyên môn của UBND, do HĐND bầu<sup>11</sup> và tại Điều 3 Nghị định số 08/2016/NĐ-CP ngày 25/01/2016 của Chính phủ quy định về số lượng Phó Chủ tịch UBND và quy trình, thủ tục bầu, từ chức, miễn nhiệm, bãi nhiệm, điều động, cách chức thành viên UBND. Tuy nhiên, Luật Tổ chức CQĐP lại chưa quy định cụ thể về trình tự, thủ tục bầu Ủy viên UBND, cụ thể là bầu Ủy viên UBND trước hay bỏ nhiệm giữ chức vụ người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND trước;

9 Điều 5 Luật Tổ chức CQĐP.

10 Điều 117 Luật Tổ chức CQĐP. Xem thêm: Vũ Hữu Kháng, Phân định thẩm quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân, tập thể Ủy ban nhân dân, Tạp chí Quản lý nhà nước, số 3/2003, tr. 11 - 14.

11 Các Điều 20, 27, 34, 41, 48, 55, 69 và Điều 123 Luật Tổ chức CQĐP.

và nếu bầu không được chức danh Ủy viên UBND thì người đó có được bổ nhiệm vào chức danh người đứng đầu cơ quan chuyên môn hay không. Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã có Hướng dẫn số 1138/HD-UBTVQH13 ngày 03/6/2016 hướng dẫn một số nội dung về việc tổ chức kỳ họp thứ nhất của HĐND các cấp nhiệm kỳ 2016 - 2021, tại điểm 5 có nêu “Căn cứ vào kết quả bầu của HĐND, Chủ tịch UBND cấp tỉnh, cấp huyện ra quyết định bổ nhiệm Ủy viên UBND vào chức danh người đứng đầu cơ quan chuyên môn tương ứng thuộc UBND cùng cấp (trừ Ủy viên phụ trách công an và Ủy viên phụ trách quân sự)”. Tuy nhiên, do đây là Hướng dẫn chỉ áp dụng cho việc tổ chức kỳ họp thứ nhất, nên các địa phương không có cơ sở pháp lý để áp dụng lâu dài.

*Thứ năm, sự tham gia của người dân vào các công việc quản lý nhà nước tại một số địa phương vẫn còn hình thức.*

Hình thức tham gia gián tiếp của Nhân dân vào việc quản lý nhà nước phụ thuộc rất nhiều vào người đại diện. Nhưng nếu cách tiếp xúc cử tri chủ yếu thực hiện theo hình tiếp xúc với các “đại biểu của cử tri” thì có thể người có ý kiến thật không được gặp, người đi đại diện thì có nhiều lý do để không thể truyền đạt hết ý chí nguyện vọng của cử tri<sup>12</sup>. Đa số các đại biểu HĐND cấp huyện làm việc kiêm nhiệm nên không có đủ thời gian để giữ quan hệ với cử tri cũng như giải quyết các kiến nghị của cử tri...

### 3. Kiến nghị giải pháp hoàn thiện

*Thứ nhất, hoàn thiện các quy định về phân cấp, phân quyền cho CQĐP theo hướng:*

i) Tiếp tục cụ thể hóa khoản 1, khoản 2 Điều 112 Hiến pháp năm 2013 ghi nhận về thẩm quyền riêng của địa phương. Đây là thẩm quyền riêng biệt, độc lập so với thẩm quyền của các cơ quan nhà nước cấp trên và thừa nhận khả năng phân cấp, phân quyền cho mỗi địa phương<sup>13</sup>;

ii) Nghiên cứu sửa đổi và cụ thể hóa điểm đ khoản 2 Điều 11 Luật Tổ chức CQĐP về thẩm quyền giải quyết vấn đề phân định thẩm quyền thuộc phạm vi từ hai đơn vị hành chính trở lên, theo đó: “Những vấn đề liên quan đến phạm vi từ hai đơn vị hành chính cấp xã trở lên thì thuộc thẩm quyền giải quyết của CQĐP cấp huyện; những vấn đề liên quan đến phạm vi từ hai đơn vị hành chính cấp huyện trở lên thì thuộc thẩm quyền giải quyết của CQĐP cấp tỉnh; những vấn đề liên quan đến phạm vi từ hai đơn vị hành chính cấp tỉnh trở lên thì thuộc thẩm quyền giải quyết của cơ quan nhà nước ở trung ương”;

iii) Chính phủ cần sớm ban hành quy định phân cấp về ngành, lĩnh vực, trong đó cần làm rõ: Quan điểm, nguyên tắc phân cấp; các ngành, lĩnh vực cần tập trung phân cấp phù hợp với đặc điểm đô thị, nông thôn và yêu cầu quản lý đối với ngành, lĩnh vực; xác định chủ thể, nội dung, phạm vi, đối tượng, quyền hạn và trách nhiệm của đối tượng được phân cấp; tăng cường công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình của cơ quan nhà nước được phân cấp. Đề cao nguyên tắc kết hợp quản lý nhà nước về ngành, lĩnh vực và quản lý theo lãnh thổ. Phát huy tính năng động, sáng tạo của CQĐP, nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước là điều kiện tiên quyết

12 Lê Thị Thiếu Hoa, Một số vấn đề đặt ra về quyền tham gia quản lý nhà nước của công dân và nhu cầu hoàn thiện pháp luật, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11/2014, tr. 39-40.

13 Nguyễn Hoàng Anh (2018), Phân cấp, phân quyền và thực tiễn triển khai theo Hiến pháp năm 2013, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội: Luật học, Tập 34, Số 4, 41-50.

để kiến tạo tổ chức bộ máy hành chính nhà nước, đảm bảo sự quản lý thống nhất của trung ương về thể chế, chính sách, chiến lược... Thực hiện được các nội dung trên sẽ khắc phục những hạn chế như: Phân cấp không phân biệt về điều kiện tự nhiên, kinh tế xã hội giữa các địa phương, không đồng bộ, cơ chế phối hợp hạn chế, cơ chế kiểm tra, giám sát chưa cụ thể, tình trạng cục bộ và cạnh tranh giữa các địa phương... Trong phân cấp quản lý nhà nước giữa Chính phủ và UBND tỉnh, thành phố, giữa Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và UBND cấp huyện<sup>14</sup>.

iv) Cụ thể hóa khoản 1 Điều 14 Luật Tổ chức CQĐP và điểm 7, Điều 2 Luật sửa đổi, bổ sung luật Tổ chức Chính phủ và CQĐP năm 2019, theo hướng làm rõ “trường hợp cần thiết” cơ quan hành chính nhà nước cấp trên có thể ủy quyền cho UBND cấp dưới trực tiếp, UBND có thể ủy quyền cho cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp hoặc đơn vị sự nghiệp công lập trực thuộc, Chủ tịch UBND có thể ủy quyền cho Phó Chủ tịch UBND cùng cấp, người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cùng cấp, Chủ tịch UBND cấp dưới trực tiếp thực hiện một hoặc một số nhiệm vụ, quyền hạn của mình trong khoảng thời gian xác định kèm theo các điều kiện cụ thể. Cụ thể hóa quy định này sẽ hạn chế việc thực hiện ủy quyền tùy tiện tại cơ quan hành chính nhà nước các cấp và cá nhân người có thẩm quyền, khó xác định trách nhiệm giải trình liên quan đến các nhiệm vụ, quyền hạn ủy quyền<sup>15</sup>.

*Thứ hai, xây dựng HĐND là cơ quan đại diện chuyên trách.* Lời giải của bài toán tăng cường năng lực giám sát của HĐND

đối với UBND có nhiều yếu tố. Nhưng, một trong những yếu tố cơ bản là xây dựng thiết chế đại biểu dân cử chuyên nghiệp. Tất cả các đại biểu HĐND phải làm việc toàn thời gian cho việc thực hiện chức năng đại diện dân cử và không được phép làm gì khác trong nhiệm kỳ đại diện của mình để tránh áp lực công việc do các nghề, các chức năng khác tạo ra, cũng như để tránh đương đầu với vấn đề xung đột lợi ích tế nhị.

Theo tác giả, cần lựa chọn giữa hai giải pháp: Hoặc Chủ tịch UBND do cử tri trực tiếp bầu, giống như bầu đại biểu HĐND, hoặc Chủ tịch UBND được cấp hành chính cao hơn bổ nhiệm. Trong cả hai trường hợp, Chủ tịch UBND có trách nhiệm giải trình trước HĐND. Cơ quan đại diện dân cử, về phần mình, phải được trao quyền bỏ phiếu tín nhiệm đối với Chủ tịch UBND. Trong trường hợp số phiếu bất tín nhiệm đạt một tỷ lệ áp đảo, thì cấp có thẩm quyền phải bổ nhiệm một người khác vào cương vị đứng đầu UBND hoặc phải tổ chức bầu Chủ tịch UBND mới.

*Thứ ba, cá nhân hoá trách nhiệm quản lý.* Trong tổ chức vận hành bộ máy, nên giới hạn việc áp dụng nguyên tắc dựa vào ý chí tập thể trong phạm vi quan hệ nội bộ UBND. Đối với nhân dân địa phương, chính Chủ tịch UBND là người phải chịu trách nhiệm về các quyết định nhân danh UBND. Có thể, trong quá trình bàn bạc, thảo luận về việc xây dựng phương án quản lý, Chủ tịch UBND có trách nhiệm và có quyền tham khảo ý kiến của các thành viên UBND. Nhưng, một khi được lựa chọn và trở thành quyết định chính thức, phương án

14 Trần Thị Diệu Oanh (2013), Phân cấp giữa Chính phủ và UBND cấp tỉnh, Tạp chí Quản lý nhà nước, Học viện hành chính Quốc gia, tháng 10/2019.

15 Hà Ngọc Anh (2020), Trách nhiệm giải trình của CQĐP theo pháp luật Việt Nam, Luận án Tiến sĩ luật học, Học viện Khoa học xã hội, Hà Nội, tr.130.



đó phải mang tên cá nhân Chủ tịch và gắn với trách nhiệm của người này.

Giải pháp này cũng hoàn toàn phù hợp với các ý tưởng cải cách liên quan đến việc tổ chức cơ quan chấp hành, điều hành ở địa phương như đã đề cập ở trên: một khi được bổ nhiệm hoặc được dân trực tiếp bầu ra, người đứng đầu cơ quan chấp hành, điều hành tất nhiên phải chịu trách nhiệm cá nhân, tương ứng với những quyền hạn rộng rãi mà cấp bổ nhiệm hoặc nhân dân trao cho riêng mình để thực thi phận sự.

*Thứ tư, xây dựng quy định thống nhất cách thức hình thành nên cơ cấu tổ chức của UBND.*

Đối với hầu hết các chức danh khi trình HĐND bầu làm Ủy viên UBND cấp tỉnh, cấp huyện thì trước đó, các chức danh này đều đã được bổ nhiệm làm người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cùng cấp. Nếu sau khi trình HĐND bầu làm Ủy viên UBND, lại tiến hành bổ nhiệm chức danh này vào vị trí người đứng đầu cơ quan chuyên môn UBND lần nữa sẽ dẫn đến tình trạng “bổ nhiệm lại” chức danh này (vì thời điểm đó vẫn đang là người đứng đầu cơ quan chuyên môn). Nếu thực hiện việc bổ nhiệm người đứng đầu cơ quan chuyên môn sau khi HĐND cùng cấp bầu làm Ủy viên UBND thì Luật Tổ chức CQĐP, Quy chế tổ chức và hoạt động của HĐND cần quy định cụ thể quy trình, thủ tục tiến hành bổ nhiệm chức danh này, vì hiện nay chưa có quy định và cần làm rõ thời điểm tính thời hạn bổ nhiệm là như thế nào. Thời điểm bổ nhiệm sẽ tính theo nhiệm kỳ của HĐND, UBND hay theo Quyết định số

27/2003/QĐ-TTg ngày 19/02/2003 của Thủ tướng Chính phủ về việc ban hành Quy chế bổ nhiệm, bổ nhiệm lại, luân chuyển, từ chức, miễn nhiệm cán bộ, công chức lãnh đạo. Đối với quy trình, thủ tục bầu Ủy viên UBND, cần cần nhắc quy định người nào được HĐND tín nhiệm bầu đạt chức danh Ủy viên UBND mới đủ cơ sở để thực hiện thủ tục bổ nhiệm vị trí đứng đầu cơ quan chuyên môn của UBND<sup>16</sup>.

*Thứ năm, hoàn thiện pháp luật nhằm tăng cường sự tham gia của người dân vào hoạt động quản lý nhà nước tại địa phương.*

Để sự tham gia quản lý nhà nước thông qua các cơ quan đại diện trở nên hiệu quả, cần chuyển các đại biểu được bầu sang chế độ hoạt động chính trị chuyên nghiệp. Tách bạch, không để vai trò đại biểu nhân dân và vai trò hành chính do cùng một cá nhân thực hiện<sup>17</sup>. Ngoài ra, cần đổi mới phương thức hoạt động của các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội nghề nghiệp. Chuyển dần hoạt động của các tổ chức này theo hướng tự chủ về kinh phí hoạt động trên cơ sở huy động các nguồn đóng góp tự nguyện, từ đó tạo tiền đề cho các tổ chức này ngày càng độc lập để thực hiện tốt hơn chức năng đại diện, tập trung chuyên tải những ý kiến, nguyện vọng của người dân tới các cơ quan nhà nước có thẩm quyền... Đi kèm với đó, cần có cơ chế khuyến khích mở rộng việc sử dụng các phương tiện truyền thông đại chúng, Internet, mạng xã hội, các báo điện tử trong việc tuyên truyền các chính sách, pháp luật của Nhà nước và thu thập, phản ánh các ý kiến đóng góp của nhân dân ■

16 Nguyễn Thị Hương, Luật Tổ chức CQĐP - thực tế áp dụng và một số kiến nghị, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 12 (388), tháng 6/2019.

17 Trương Văn Dũng, Sự tham gia của người dân trong hoạt động quản lý nhà nước và xã hội vì mục tiêu phát triển con người, Tạp chí Nghiên cứu Con người số 5 (38) 2008, tr.23-24.