

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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

NHIỆT LIỆT CHÀO MỪNG NGÀY BẦU CỬ ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI KHÓA XV  
VÀ ĐẠI BIỂU HỘI ĐỒNG NHÂN DÂN CÁC CẤP NHIỆM KỲ 2021 - 2026



23 - 05 - 2021

- ❖ HOÀN THIỆN CƠ CHẾ KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC THEO QUAN ĐIỂM CỦA ĐẠI HỘI ĐẠI BIỂU TOÀN QUỐC LẦN THỨ XIII CỦA ĐẢNG
- ❖ NHẬN DIỆN TIỀN MÃ HÓA, PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ TIỀN MÃ HÓA
- ❖ SỰ THAM GIA CỦA NGƯỜI DÂN Ở ĐỨC VÀ VIỆT NAM TRONG HOẠT ĐỘNG QUY HOẠCH

SỐ 08 (432)  
THÁNG 4/2021

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

## Mục lục Số 08/2021

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước theo quan điểm của Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng

**TS. Hoàng Minh Hội**

- 10** Xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn tại Việt Nam

**ThS. Phạm Công Tùng**

- 16** Rào cản pháp lý khi thực hiện quyền được trợ giúp và tiếp cận các dịch vụ xã hội cơ bản của lao động di cư nội địa

**TS. Nguyễn Thanh Huyền**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 22** Hoàn thiện quy định của Luật Sở hữu trí tuệ về bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm

**ThS. Nguyễn Thị Nguyệt**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 28** Giải quyết tranh chấp đầu tư - những vấn đề đặt ra đối với Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư

**ThS. Lê Đức Ngọc**

- 35** Chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng trước đăng ký doanh nghiệp dưới góc độ so sánh

**ThS. Huỳnh Thiên Tứ**

- 43** Nhận diện tiền mã hóa, pháp luật Việt Nam về tiền mã hóa

**ThS. Lê Hồng Thái**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

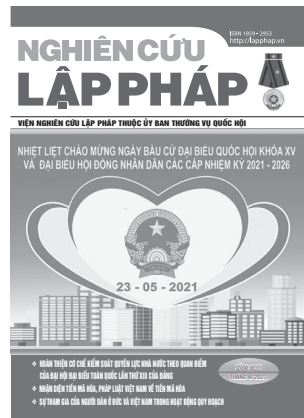
- 51** Sự tham gia của người dân ở Đức và Việt Nam trong hoạt động quy hoạch

**GS.TS. Roland Fritz - TS. KTS. Vũ Hoài Đức**

### CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

- 60** Các quy định của pháp luật về công an xã - thực trạng và kiến nghị

**ThS. Trần Văn Trọng**



#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)  
TS. Nguyễn Văn Giàu  
PGS. TS. Nguyễn Thanh Hải  
PGS. TS. Đinh Văn Nhã  
TS. Nguyễn Văn Luật  
TS. Lê Hải Đường  
TS. Lương Minh Tuân (Thư ký)  
PGS. TS. Vũ Công Giao  
PGS. TS. Ngô Huy Cường  
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUÂN

#### TRỤ SỞ:

35 NGŨ QUYỂN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.  
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: [nclp@quochoi.vn](mailto:nclp@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### THIẾT KẾ:

TẠ ANH

#### 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

#### TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI NHÀ MÁY IN BỘ QUỐC PHÒNG

**GIÁ: 25.000 ĐỒNG**

**Ảnh bìa:** Chào mừng ngày bầu cử đại biểu Quốc hội khóa XV và đại biểu HĐND các cấp nhiệm kỳ 2021 - 2026.

**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 8/2021

### STATE AND LAW

- 3 Improvements of Controlling State Power Mechanism under Spirits of the XIII National Congress of the Party

**Dr. Hoang Minh Hoi**

- 10 Development and Management of National Database on Control of Assets and Incomes of Persons with High Position and Powers in Vietnam

**LLM. Pham Cong Tung**

- 16 Legal Barriers for Exercise of the Rights of Internal Migrant Workers for Assistance and Access to Basic Social Services

**Dr. Nguyen Thanh Huyen**

### DISCUSSION OF BILLS

- 22 Improvements of Law on Intellectual Property Protection of Homogeneous Geographical Indications

**LLM. Nguyen Thi Nguyet**

### LEGAL PRACTICE

- 28 Settlement of Investment Disputes - the Concerned Issues under the Law on Public-Private Partnership

**LLM. Le Duc Ngoc**

- 35 Transfer of rights and responsibilities under Pre-Incorporation Contract

**LLM. Huynh Thien Tu**

- 43 Identification of Cryptocurrencies and Vietnam's Legal Regulations on Cryptocurrencies

**LLM. Le Hong Thai**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 51 Community Participation in Planning in Germany and Vietnam

**Prof. Dr. Roland Fritz - Dr. Arc. Vu Hoai Duc**

### LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

- 60 Legal Regulations on Commune Police: Current Status and Recommendations

**LLM. Tran Van Trong**



#### EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)  
Dr. Nguyen Van Giau  
Prof. Dr. Nguyen Thanh Hai  
Prof. Dr. Dinh Van Nha  
Dr. Nguyen Van Luat  
Dr. Le Hai Duong  
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)  
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 - HANOI.  
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: [nclp@quochoi.vn](mailto:nclp@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### DESIGN:

TA ANH

#### LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

#### DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

#### ACCOUNT NUMBER:

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

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY

PRICE: **25.000 VND**

# HOÀN THIỆN CƠ CHẾ KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC THEO QUAN ĐIỂM CỦA ĐẠI HỘI ĐẠI BIỂU TOÀN QUỐC LẦN THỨ XIII CỦA ĐẢNG

**Hoàng Minh Hội**

*TS. Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Kiểm soát quyền lực, cơ chế kiểm soát quyền lực, Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 23/3/2021

Biên tập : 07/4/2021

Duyệt bài : 10/4/2021

## Article Information:

*Keywords:* Control of state power; power control mechanism; 13th National Congress of the Communist Party of Vietnam

## Article History:

Received : 23 Mar. 2021

Edited : 07 Apr. 2021

Approved : 10 Apr. 2021

## Tóm tắt:

Kiểm soát quyền lực nhà nước là chủ đề được đề cập nhiều lần trong Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích thực trạng hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước ở nước ta và đề xuất một số giải pháp tiếp tục hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước theo quan điểm của Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng.

## Abstract:

Control of state power is a topic mentioned several times in the Document of the 13th National Congress of the Communist Party of Vietnam. In the scope of this article, the author provides introduction of and an analysis of the current status of state power control in our country and proposes a number of solutions to further improve the state power control mechanism from the point of view of 13th National Congress of the Communist Party of Vietnam.

## 1. Cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước ở Việt Nam hiện nay

Thể chế hóa quan điểm của Đảng về kiểm soát quyền lực nhà nước được ghi nhận tại Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (sửa đổi, bổ sung năm 2011) và Nghị quyết Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng, khoản 3 Điều 2 Hiến pháp năm 2013 quy định nguyên tắc “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành

pháp, tư pháp”. Trên cơ sở quy định của Hiến pháp năm 2013, nhiều văn bản luật được ban hành thời gian qua đã cụ thể hóa nguyên tắc hiến định về kiểm soát quyền lực nhà nước. Theo đó, thể chế và các thiết chế kiểm soát quyền lực nhà nước ngày càng được hoàn thiện. Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng nhận định: “Cơ chế phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp ngày

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

càng rõ hơn và có nhiều chuyên biến tích cực”<sup>1</sup>. Hoạt động xây dựng pháp luật, giám sát tối cao và quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước của Quốc hội có nhiều đổi mới, chất lượng và hiệu quả được nâng cao. “Hoạt động của Hội đồng nhân dân các cấp có nhiều đổi mới”<sup>2</sup>.

Cùng với hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước của Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp, kiểm soát quyền lực nhà nước còn được thực hiện bởi các thiết chế thanh tra trong bộ máy hành pháp, các cơ quan tiến hành tố tụng thông qua hoạt động điều tra, truy tố, xét xử các vụ án kinh tế, tham nhũng nghiêm trọng, phức tạp. Văn kiện Đại hội Đảng lần thứ XIII khẳng định: “Hoạt động thanh tra hành chính và chuyên ngành được tăng cường và đạt kết quả tích cực”<sup>3</sup>; đồng thời, “tổ chức bộ máy của Toà án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, cơ quan điều tra, cơ quan hỗ trợ tư pháp tiếp tục được kiện toàn, chất lượng hoạt động có tiến bộ...”<sup>4</sup>. Do vậy, thời gian qua, công tác đấu tranh phòng, chống tham nhũng “với quyết tâm chính trị rất cao, không có vùng cấm, không có ngoại lệ, đạt nhiều kết quả rất quan trọng, được cán bộ, đảng viên và nhân dân đồng tình, ủng hộ. Tham nhũng từng bước được kiềm chế, ngăn chặn và có chiều hướng giảm”<sup>5</sup>, “tạo hiệu

ứng lan toả mạnh mẽ trong toàn xã hội, được nhân dân đồng tình, đánh giá cao, các tổ chức quốc tế ghi nhận”<sup>6</sup>.

Đảng cầm quyền kiểm soát quyền lực nhà nước bằng việc định ra chủ trương, đường lối và lãnh đạo, kiểm tra, giám sát quá trình thực hiện chủ trương, đường lối đó. Báo cáo của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII về tổng kết công tác xây dựng Đảng và thi hành Điều lệ Đảng tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII khẳng định “Bộ Chính trị, Ban Bí thư đã chỉ đạo từng bước hoàn thiện thể chế về công tác cán bộ; xây dựng, bổ sung, sửa đổi và ban hành mới nhiều quy định, quy chế về đánh giá, quy hoạch, luân chuyển, bổ nhiệm, giới thiệu cán bộ ứng cử và kiểm soát quyền lực, chống chạy chức, chạy quyền; đẩy mạnh phân cấp, phân quyền đi đôi với tăng cường kiểm tra, giám sát, kiểm soát quyền lực”<sup>7</sup>. Do đó, “việc chống chạy chức, chạy quyền được coi trọng, đã có tác động cảnh báo, răn đe và ngăn chặn”<sup>8</sup>.

Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, truyền thông báo chí “tiếp tục đổi mới nội dung và phương thức hoạt động, vận động đông đảo nhân dân tham gia các phong trào thi đua yêu nước, phát huy ngày càng tốt hơn vai trò

<sup>1</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.72.

<sup>2</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.72.

<sup>3</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 2, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.54.

<sup>4</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.72- 73.

<sup>5</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.76.

<sup>6</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 2, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.54.

<sup>7</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 2, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.191-192.

<sup>8</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.75.



chăm lo, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của đoàn viên, hội viên và nhân dân; chủ động tham gia giám sát và phản biện xã hội”<sup>9</sup>. Quyền làm chủ của nhân dân không ngừng được “chú trọng thực hiện dân chủ cả trực tiếp và đại diện, nhất là ở cơ sở, bảo đảm công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình; người đứng đầu ở nhiều cấp uỷ đảng, chính quyền đã tăng cường tiếp xúc, đối thoại, lắng nghe, tiếp thu, giải quyết những bức xúc và nguyện vọng chính đáng của nhân dân”<sup>10</sup>.

Quá trình thực hiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước luôn bảo đảm “sự phối hợp giữa kiểm tra, giám sát của Đảng với thanh tra, kiểm toán nhà nước và điều tra, truy tố, xét xử ngày càng chặt chẽ, đồng bộ, hiệu quả hơn, hạn chế sự chông chéo trong thực hiện chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền; kịp thời phát hiện những sơ hở, thiếu sót trong lãnh đạo, quản lý để đề xuất bổ sung, sửa đổi các văn bản có liên quan cho phù hợp”<sup>11</sup>. Sự phối hợp đó góp phần thực hiện có hiệu quả cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước.

Bên cạnh những kết quả đạt được, cơ chế pháp lý kiểm soát quyền lực nhà nước còn bộc lộ một số hạn chế sau:

- “Việc thể chế hoá, cụ thể hoá chủ trương của Đảng về một số nội dung trong công tác cán bộ còn chậm, có nội dung chưa thống nhất giữa pháp luật của Nhà nước và quy định của Đảng”<sup>12</sup>;

- Việc điều tra, phát hiện, xử lý những vụ án tham nhũng “vẫn còn hạn chế, nhất là việc tự kiểm tra, tự phát hiện và xử lý tham nhũng, lãng phí trong nội bộ cơ quan, đơn vị còn yếu”<sup>13</sup>;

- Vẫn còn tình trạng lợi ích cục bộ, sách nhiễu người dân, doanh nghiệp trong giải quyết thủ tục hành chính. Báo cáo đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2016 - 2020 và phương hướng, nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2021-2025 nhận định “việc công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình còn hạn chế”<sup>14</sup>;

- Hoạt động kiểm soát quyền lực của Đảng được thể hiện thông qua quá trình kiểm tra, giám sát việc thực hiện chủ trương, chính sách của Đảng đối với đảng viên, cán bộ, công chức, cơ quan nhà nước. Tuy nhiên, Ủy ban kiểm tra của các tổ chức Đảng chỉ hoạt động khi có khiếu nại, tố cáo, nên thiếu tính chủ động và không mang tính thường xuyên của kiểm soát quyền lực. Vì vậy, công tác kiểm tra, giám sát và kỷ luật của Đảng chưa đủ sức răn đe, ngăn chặn, đẩy lùi suy thoái.

- Một bộ phận đảng viên, cán bộ lãnh đạo quản lý có dấu hiệu vi phạm điều lệ đảng, vi phạm pháp luật nhưng chưa được xử lý kịp thời và công khai. Đảng ta nhận định “công tác kiểm tra, giám sát, kỷ luật đảng chưa đáp ứng đầy đủ yêu cầu trong tình hình mới, chất lượng,

<sup>9</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.70.

<sup>10</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.71.

<sup>11</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 2, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.199.

<sup>12</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.91.

<sup>13</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.92-93.

<sup>14</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 2, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.74-75.

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

hiệu quả chưa đồng đều ở các cấp. Việc kiểm tra, giám sát thực hiện một số nghị quyết của Đảng chưa thường xuyên. Công tác kiểm tra ở một số nơi thiếu trọng tâm, trọng điểm; việc tự kiểm tra, phát hiện và xử lý vi phạm của nhiều cấp ủy, tổ chức đảng vẫn là khâu yếu”<sup>15</sup>.

- Cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước chưa tạo ra sự gắn kết hiệu quả giữa các thiết chế kiểm soát quyền lực nhà nước. Hoạt động giám sát của Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp, hoạt động kiểm tra của Đảng, hoạt động thanh tra, kiểm tra của các cơ quan nhà nước chưa có sự phối hợp chặt chẽ với hoạt động giám sát của Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức chính trị - xã hội và tổ chức xã hội.

- Vai trò lãnh đạo, cầm quyền của Đảng và chức năng quản lý nhà nước của Nhà nước chưa được phân định rõ. Hệ thống chính trị công kênh, có hiện tượng chông chéo về chức năng, nhiệm vụ giữa cơ quan Đảng và Nhà nước, “phương thức lãnh đạo của Đảng đối với hệ thống chính trị còn chậm đổi mới, có mặt còn lúng túng. Cơ chế kiểm soát quyền lực trong Đảng và Nhà nước chưa đầy đủ, đồng bộ; hiệu lực, hiệu quả chưa cao”<sup>16</sup>.

- Hiến pháp quy định nhân dân thực hiện quyền giám sát đối với bộ máy nhà nước thông qua Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội và cá nhân, công dân. Tuy nhiên, trình tự, thủ tục để các cơ quan nhà nước tiếp thu, xử lý những kiến nghị về giám sát của nhân dân chưa thật sự hiệu quả. Trong khi đó, pháp luật hiện hành chưa quy định về các biện pháp theo dõi, kiểm tra việc thực hiện

kiến nghị, đề nghị giám sát của nhân dân. Một số kiến nghị, phản ánh trong hoạt động giám sát của nhân dân gửi đến cơ quan nhà nước chưa kịp thời xử lý, hoặc chưa được giải quyết thấu đáo. Văn kiện Đại hội lần thứ XIII của Đảng nhận định “một bộ phận cán bộ, đảng viên, công chức, viên chức chưa gương mẫu, chưa thực sự tôn trọng ý kiến, kiến nghị của nhân dân và giải quyết kịp thời các quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của người dân”<sup>17</sup>. Do đó, hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước từ phía nhân dân thời gian qua chưa thực sự hiệu quả, “vai trò giám sát của nhân dân chưa được phát huy mạnh mẽ”<sup>18</sup>.

- Mô hình hoạt động giám sát của Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức chính trị - xã hội chưa hoàn toàn độc lập với các cơ quan nhà nước. Các thiết chế này vẫn lệ thuộc vào chính đối tượng bị giám sát, phản biện về ngân sách, biên chế. Mặt trận Tổ quốc các cấp mới chỉ đóng vai trò là cơ quan phối hợp, tham gia thực hiện giám sát chứ chưa thể hiện được hết vai trò giám sát một cách chủ động so với các thiết chế khác. Trên thực tế, “việc đổi mới nội dung và phương thức hoạt động của Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức chính trị - xã hội có mặt chưa theo kịp yêu cầu của tình hình mới, chưa thật sâu sát các tầng lớp nhân dân và cơ sở; chất lượng, hiệu quả hoạt động giám sát, phản biện xã hội chưa đều”<sup>19</sup>. Chính vì vậy, Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng nhận

<sup>15</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 2, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.201.

<sup>16</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.93.

<sup>17</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam (2021), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia. Hà Nội, tr.89.

<sup>18</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.89.

<sup>19</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.88.

định: “cơ chế kiểm soát quyền lực chưa hoàn thiện”<sup>20</sup>.

Những nguyên nhân dẫn tới bất cập nêu trên là:

- Do chưa có sự thống nhất trong nhận thức về yêu cầu hoàn thiện và thực hiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước;

- Những sửa đổi, hoàn thiện pháp luật về kiểm soát quyền lực nhà nước chưa mang tính tổng thể. Do vậy, cơ chế pháp lý kiểm soát quyền lực nhà nước thiếu tính đồng bộ;

- Bên cạnh đó, hoạt động nghiên cứu, tổng kết thực tiễn về hoạt động của các thiết chế thực hiện nhiệm vụ kiểm soát quyền lực nhà nước chưa được quan tâm kịp thời để có những kiến nghị lập pháp phù hợp.

### **2. Giải pháp tiếp tục hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước theo quan điểm của Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng**

- *Bảo đảm sự thống nhất trong nhận thức của đảng viên, cán bộ, công chức, viên chức và các tầng lớp nhân dân về mục đích, yêu cầu của việc hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước*

Kiểm soát quyền lực nhà nước là yêu cầu khách quan, xu thế tất yếu. Mục đích của kiểm soát quyền lực nhà nước không phải cản trở hoạt động của Nhà nước, làm Nhà nước yếu đi mà ngược lại kiểm soát quyền lực nhà nước nhằm nâng cao hiệu lực, hiệu quả hoạt động của Nhà nước. Mặt khác, kiểm soát quyền lực nhà nước nhằm phòng ngừa, ngăn chặn tình trạng vi phạm pháp luật, lạm

quyền; bảo đảm quyền lực nhà nước được sử dụng đúng mục đích. Do vậy, cần nâng cao nhận thức cho đảng viên, cán bộ, công chức, viên chức và các tầng lớp nhân dân nhằm tạo ra sự đồng thuận trong xã hội về sự cần thiết, khách quan phải hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước trong điều kiện mới.

- *Nâng cao năng lực thể chế hóa quan điểm của Đảng về kiểm soát quyền lực nhà nước trong hoạt động xây dựng pháp luật*

Hoạt động xây dựng pháp luật phải thể chế hóa phải kịp thời, đồng bộ; chương trình xây dựng pháp luật về kiểm soát quyền lực nhà nước phải bảo đảm tính khả thi, phù hợp với chủ trương, chính sách của Đảng về kiểm soát quyền lực nhà nước và phù hợp với điều kiện chính trị, kinh tế, xã hội của đất nước. Quán triệt quan điểm của Đảng “đẩy mạnh phân cấp, phân quyền hợp lý, hiệu quả, đồng thời tăng cường kiểm tra, giám sát, kiểm soát quyền lực bằng hệ thống pháp luật”<sup>21</sup>. Do vậy, cần sớm “hoàn thiện các quy định của Đảng, pháp luật của Nhà nước về kinh tế - xã hội, về kiểm tra, giám sát và phòng, chống tham nhũng, lãng phí, nhất là các quy định về kiểm soát quyền lực, trách nhiệm người đứng đầu, trách nhiệm giải trình, bảo đảm dân chủ, công khai, minh bạch”<sup>22</sup>. Đồng thời, tiếp tục nghiên cứu, luận chứng rõ căn cứ khoa học và pháp lý để hoàn thiện “cơ chế bảo vệ Hiến pháp”<sup>23</sup> như là một thiết chế chuyên trách kiểm soát quyền lực nhà nước.

- *Thực hiện đầy đủ nguyên tắc quyền lực nhà nước là thống nhất, phân công rành*

<sup>20</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.88-89.

<sup>21</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam (2021), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.203.

<sup>22</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam (2021), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.194-195.

<sup>23</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam (2021), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.176.



## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

*mạch, phối hợp chặt chẽ, tăng cường kiểm soát quyền lực nhà nước*

Thực hiện sự phân công, phân nhiệm rõ ràng, mạch lạc giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Trong điều kiện chỉ có một đảng duy nhất cầm quyền như ở nước ta hiện nay, việc thực hiện sự phân công quyền lực cụ thể, rõ ràng sẽ tạo điều kiện cho bộ phận quyền lực này có thể kiểm soát được bộ phận quyền lực khác hiệu quả. Ngoài ra, thực hiện sự phân công quyền lực rõ ràng sẽ khắc phục được sự trùng lặp, dựa dẫm, ỷ lại hoặc không rõ trách nhiệm trong tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước. Do vậy, cần quán triệt chủ trương của Đảng: “xác định rõ hơn vị trí, vai trò, chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn của các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp trên cơ sở các nguyên tắc pháp quyền, bảo đảm quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công rành mạch, phối hợp chặt chẽ và tăng cường kiểm soát quyền lực nhà nước”<sup>24</sup>.

*- Nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động của cơ quan điều tra, truy tố, xét xử và cơ quan hỗ trợ tư pháp trong cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước*

Kiện toàn tổ chức bộ máy, nâng cao năng lực của các cơ quan tiến hành tố tụng trong hoạt động điều tra, truy tố, xét xử các vụ án kinh tế, tham nhũng, chức vụ. Quán triệt quan điểm của Đảng: “Tiếp tục đổi mới tổ

chức, nâng cao chất lượng, hiệu lực, hiệu quả hoạt động và uy tín của toà án nhân dân, viện kiểm sát nhân dân, cơ quan điều tra, cơ quan thi hành án và các cơ quan, tổ chức tham gia vào quá trình tố tụng tư pháp... phòng ngừa và đấu tranh có hiệu quả với hoạt động của tội phạm và vi phạm pháp luật”<sup>25</sup>, không ngừng tăng cường sự phối hợp, nâng cao hiệu quả “công tác kiểm tra, giám sát, thanh tra, kiểm toán, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án, phát hiện sớm, xử lý nghiêm minh các vụ việc, vụ án tham nhũng, lãng phí”<sup>26</sup>.

*- Phát huy vai trò của Đảng cầm quyền trong hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước*

Phát huy vai trò và năng lực kiểm tra, giám sát của Ủy ban kiểm tra các cấp đối với đảng viên, nhất là các đảng viên là cán bộ lãnh đạo quản lý trong việc thực hiện nhiệm vụ được giao; kịp thời phát hiện, chấn chỉnh những biểu hiện lệch lạc trong thực hiện quy định Điều lệ Đảng, các quy chế, quy định của Đảng. Các tổ chức đảng có thẩm quyền phải xử lý nghiêm minh, kịp thời và công khai đối với những đảng viên, nhất là đảng viên giữ các chức vụ lãnh đạo, quản lý trong cơ quan nhà nước có hành vi vi phạm pháp luật. Quán triệt và thống nhất “thực hiện tốt quy định về kiểm soát quyền lực trong công tác cán bộ, chống chạy chức, chạy quyền; xử lý nghiêm minh, đồng bộ kỷ luật đảng, kỷ luật hành chính và xử lý bằng pháp luật đối với cán bộ có vi phạm, kể cả khi đã chuyển công tác hoặc nghỉ hưu”<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.174-175.

<sup>25</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.177-178.

<sup>26</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, Tập 1, tr.195; Tập 2, tr.252.

<sup>27</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.187-188.

- Hoàn thiện quy định pháp luật nâng cao vị trí, vai trò của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, các tổ chức chính trị - xã hội, các tổ chức xã hội, xã hội nghề nghiệp và cơ quan truyền thông báo chí trong hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước

Tiếp tục hoàn thiện pháp luật, cơ chế, chính sách nhằm “phát huy vai trò của Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức chính trị xã hội, các đoàn thể nhân dân và các cơ quan thông tin đại chúng trong quá trình hoạch định chiến lược, chính sách phát triển kinh tế - xã hội và trong việc phát hiện, đấu tranh phòng, chống tham nhũng, lãng phí”<sup>28</sup>. Quy định rõ quy trình, thủ tục và trách nhiệm của người đứng đầu tiếp nhận, giải quyết những kiến nghị về giám sát của nhân dân.

- Phát huy vai trò và bảo đảm quyền giám sát trực tiếp của nhân dân, góp phần thực hiện có hiệu quả cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước

Cần quán triệt sâu sắc quan điểm “dân làm chủ”, thật sự tin tưởng, tôn trọng và phát huy quyền làm chủ của nhân dân; tiếp tục thực hiện đúng đắn, hiệu quả dân chủ trực tiếp, dân chủ đại diện, đặc biệt là dân chủ ở cơ sở; thực hiện tốt có hiệu quả phương châm “dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra, dân giám sát, dân thụ hưởng”<sup>29</sup>. Xây dựng kịp thời các đạo luật về quyền con người, quyền công dân. Bên cạnh đó, cần phải hoàn thiện các quy định của pháp luật bảo đảm và tăng cường tính

minh bạch, trách nhiệm giải trình trong hoạt động của các cơ quan nhà nước.

- Bảo đảm sự phối hợp đồng bộ, hiệu quả trong cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước

Một trong những điểm mới về nhận thức của Đảng ta tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII đối với việc hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực là phải tăng cường và bảo đảm sự phối hợp chặt chẽ giữa các thiết chế trong kiểm soát quyền lực. Do vậy, cần quán triệt và bảo đảm sự phối hợp đồng bộ trong hoạt động kiểm soát quyền lực của các cơ quan quyền lực nhà nước như Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp; tăng cường hoạt động kiểm tra của Đảng với hoạt động kiểm toán độc lập, hoạt động của thanh tra Chính phủ và hoạt động của các cơ quan tố tụng trong các vụ án về kinh tế, tham nhũng, chức vụ; tạo sự phối kết hợp trong hoạt động kiểm tra, giám sát của Đảng và hoạt động giám sát của Mặt trận Tổ quốc, các tổ chức chính trị - xã hội và nhân dân đối với hoạt động của bộ máy nhà nước nhằm “tăng cường sức mạnh tổng hợp và nâng cao hiệu lực, hiệu quả giám sát, kiểm tra, tránh chồng chéo, trùng lặp, lãng phí nguồn lực, không hiệu quả”<sup>30</sup>; quán triệt và thực hiện phương châm “tăng cường kiểm tra, giám sát công tác cán bộ, gắn với kiểm soát quyền lực, chống chạy chức, chạy quyền”<sup>31</sup>; bảo đảm sự phối hợp chặt chẽ cơ chế giám sát của Mặt trận Tổ quốc và tổ chức chính trị - xã hội với cơ chế nhân dân trực tiếp giám sát quyền lực nhà nước■

<sup>28</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.288 -289.

<sup>29</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam (2021), Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.173.

<sup>30</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.190.

<sup>31</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021, tr.190.

# XÂY DỰNG, QUẢN LÝ CƠ SỞ DỮ LIỆU QUỐC GIA VỀ KIỂM SOÁT TÀI SẢN, THU NHẬP CỦA NGƯỜI CÓ CHỨC VỤ, QUYỀN HẠN TẠI VIỆT NAM

**Phạm Công Tùng**

*ThS. Khoa Luật, Học viện An ninh nhân dân.*

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Cơ sở dữ liệu quốc gia; người có chức vụ, quyền hạn; kiểm soát tài sản, thu nhập.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 21/02/2021

Biên tập : 13/3/2021

Duyệt bài : 16/3/2021

### Tóm tắt:

Xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia là xu thế chung của thế giới, là nhiệm vụ chính trị quan trọng của mỗi quốc gia, trong đó có Việt Nam. Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung phân tích vai trò, các yêu cầu đặt ra trong quá trình xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn và đưa ra một số kiến nghị nhằm nâng cao năng lực quản lý nhà nước về phòng, chống tham nhũng tại Việt Nam.

### Article Infomation:

*Keywords:* National database; persons with high position and power; controlling of assets, incomes.

*History:*

Received : 21 Feb. 2021

Edited : 13 Mar. 2021

Approved : 16 Mar. 2021

### Abstract:

Development and management of the national database is a common trend followed by several countries in the world, which is an important political task of each country, including Vietnam. In the scope of this article, the author focuses on analyzing the role, requirements set out in the process of development and management of a national database on the aspect of controlling of assets, incomes of persons in high positions, powers and also provides a number of recommendations to improve state management capacity on anti-corruption in Vietnam.

## 1. Vai trò của việc xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn

Cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập được xây dựng và quản lý tập trung tại Thanh tra Chính phủ trên nền tảng cơ sở dữ liệu quốc gia về hệ thống báo cáo công tác thanh tra khiếu nại, tố cáo và phòng, chống tham nhũng được phân theo hệ quản trị, hệ nghiệp vụ. Thanh tra Chính phủ chủ trì hoạt động này và phối hợp với các cơ quan kiểm soát tài sản, thu nhập khác để triển khai xây dựng và quản lý cơ sở dữ

liệu, thông qua đó làm đầu mối giúp Chính phủ nắm bắt kịp thời tình hình công tác phòng, chống tham nhũng trong cả nước, để ra các chủ trương, giải pháp cụ thể.

Cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập bao gồm thông tin về bản kê khai, kết luận xác minh tài sản, thu nhập và các dữ liệu khác có liên quan đến việc kiểm soát tài sản, thu nhập theo quy định của Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018<sup>1</sup>.

Cơ sở pháp lý để thực hiện sáng kiến này thể hiện cụ thể trong các văn bản như Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018; Luật An

<sup>1</sup> Điều 52, Điều 53, Điều 54 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018.

ninh mạng năm 2018; Luật Công nghệ thông tin năm 2017; Nghị quyết số 36-NQ/TW ngày 01/7/2014 của Bộ Chính trị về đẩy mạnh ứng dụng, phát triển công nghệ thông tin đáp ứng yêu cầu phát triển bền vững và hội nhập quốc tế; Nghị quyết số 26-NQ/TW ngày 15/4/2015 của Chính phủ về Ban hành chương trình hành động của Chính phủ thực hiện Nghị quyết số 36- NQ/TW ngày 01/7/2014 của Bộ Chính trị về đẩy mạnh ứng dụng, phát triển công nghệ thông tin đáp ứng yêu cầu phát triển bền vững và hội nhập quốc tế; Nghị định số 64/2007/NĐ-CP ngày 10/4/2007 của Chính phủ về ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động của cơ quan nhà nước; Nghị định số 47/2020/NĐ-CP ngày 09/4/2020 của Chính phủ về quản lý, kết nối và chia sẻ dữ liệu số của cơ quan nhà nước; Nghị định số 130/2020/NĐ-CP ngày 30/10/2020 của Chính phủ về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn trong cơ quan, tổ chức, đơn vị; Quyết định số 714/QĐ-TTg ngày 22/5/2015 của Thủ tướng Chính phủ về việc ban hành danh mục cơ sở dữ liệu quốc gia cần ưu tiên triển khai tạo nền tảng phát triển Chính phủ điện tử; Quyết định số 1819/QĐ-TTg ngày 26/10/2015 của Thủ tướng Chính phủ về việc phê duyệt Chương trình quốc gia về ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động của cơ quan nhà nước giai đoạn 2016 - 2020; Quyết định số 749/QĐ-TTg ngày 03/6/2020 của Thủ tướng Chính phủ về phê duyệt “Chương trình Chuyển đổi số quốc gia đến năm 2025, định hướng đến năm 2030”; Quyết định số 20/2020/QĐ-TTg ngày 22/7/2020 của Thủ tướng Chính phủ về mã định danh điện tử của các cơ quan, tổ chức phục vụ kết nối, chia sẻ dữ liệu với các bộ, ngành, địa phương...

Xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn là một trong các hoạt động đặc trưng, công cụ gián tiếp, kênh lưu trữ dữ

liệu của hoạt động kiểm soát tài sản, thu nhập nói chung. Hoạt động này nhằm giải quyết mối quan hệ giữa quản trị tốt và phòng, chống tham nhũng tại Việt Nam, giúp kiểm chế và kiểm soát tham nhũng; tạo cơ sở, điều kiện để nâng cao chất lượng, hiệu quả quản lý nhà nước và phòng, chống tham nhũng; cụ thể là:

*Thứ nhất, tăng cường sự kiểm soát, giám sát đối với người có chức vụ, quyền hạn khi thực hiện công vụ, nhiệm vụ.*

Bản chất của tham nhũng gắn liền với sự lạm dụng quyền lực nhà nước, là sự tha hóa của người có chức vụ, quyền hạn trong cả khu vực công và tư. Bất cứ chiến lược, cách thức, biện pháp phòng, chống tham nhũng nào cũng phải nhằm mục đích kiểm chế, ngăn chặn có hiệu quả sự lạm dụng quyền lực công. Nếu chúng ta kiểm soát tốt thì sẽ phục vụ tốt cho công việc quản lý, nó là phương tiện, công cụ để tổ chức, quản lý xã hội. Ngược lại, nếu chúng ta không kiểm soát tốt nó sẽ bị lạm dụng để thu lợi cá nhân. Có nhiều cách thức để kiểm soát, giám sát quyền lực công như: hoàn thiện chế độ công vụ; xây dựng quy tắc ứng xử, quy tắc làm việc; quy định về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, quy định về các hoạt động thanh tra, kiểm tra, kiểm toán dưới góc độ truyền thống... Trong đó, việc xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn có một số ưu điểm vượt trội hơn như: tính công khai, minh bạch, chính xác về thông tin khi được cập nhật, chuẩn hóa bằng dữ liệu điện tử; tính lưu trữ ổn định, an toàn của dữ liệu thông tin điện tử; tiết kiệm về chi phí và thời gian trong quá trình khai thác thông tin phục vụ cho hoạt động quản lý cán bộ, quản lý nhà nước nói chung và phòng, chống tham nhũng nói riêng.

*Thứ hai, đáp ứng yêu cầu xây dựng cơ sở dữ liệu quốc gia chung trong quá trình xây dựng Chính phủ kiến tạo.*



## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Dưới góc độ quản lý nhà nước, cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn là một trong các dữ liệu đầu vào cho việc xây dựng cơ sở dữ liệu quốc gia nói chung, phục vụ cho xây dựng Chính phủ điện tử tại Việt Nam. Các cơ sở dữ liệu trong cơ quan nhà nước đều có mối quan hệ liên kết, thống nhất với nhau, có thể tham chiếu lẫn nhau và tạo sự nhất quán và đồng bộ trong toàn hệ thống các cơ sở dữ liệu trong cơ quan nhà nước. Hệ thống cơ sở dữ liệu quốc gia xác định phạm vi dựa trên dữ liệu và mục đích chứ không chỉ dựa trên tên của lĩnh vực, nó giúp phục vụ công tác chỉ đạo, điều hành của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, cơ quan hành chính nhà nước, hỗ trợ lãnh đạo ra quyết định trên cơ sở thông tin, dữ liệu số được hiển thị trực quan; cho phép theo dõi, giám sát việc thực hiện các mục tiêu phát triển kinh tế, xã hội được Quốc hội giao, các chỉ tiêu Chính phủ giao bộ, ngành, địa phương. Như vậy, cơ sở dữ liệu quốc gia góp phần bảo đảm: (i) tái cấu trúc quy trình; (ii) thực hiện chính sách “một cửa”; (iii) chia sẻ và tiêu chuẩn hóa dữ liệu; (iv) kiểm soát lường trước; (v) đảm bảo sự tham gia của các bên liên quan.

*Thứ ba, tăng cường tính liêm chính, công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình.*

Tham nhũng là “hậu quả của sự thiếu hụt ba yếu tố gồm trách nhiệm giải trình, sự liêm chính và tính minh bạch trong bối cảnh sự chuyên quyền, độc đoán và tùy ý hành động do thiếu sự kiểm soát của các cơ quan và công chức nhà nước”<sup>2</sup>. Báo cáo Tổng kết 10 năm thực hiện Luật Phòng, chống tham nhũng<sup>3</sup> của Chính phủ trình Quốc hội khóa XIV, kỳ họp

thứ 4 đã chỉ ra rằng: “*Tình trạng lạm dụng bảo mật thông tin, thiếu công khai, minh bạch với nhân dân và trong nội bộ vẫn diễn ra ở nhiều nơi. Trong một số cơ quan, đơn vị, các quy định về dân chủ, giám sát chưa được quan tâm đúng mức, có nơi thậm chí cản trở, vô hiệu hóa, dẫn đến tình trạng vi phạm kéo dài, sai phạm nghiêm trọng nhưng không được kịp thời phát hiện, xử lý*”. Để khắc phục tình trạng này, cần phải xây dựng, phát triển các công cụ trên nền tảng ứng dụng công nghệ thông tin bảo đảm tính công khai, minh bạch, phân quyền, kiểm soát lẫn nhau, nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước.

Trong hệ thống các biện pháp phòng ngừa tham nhũng thì giáo dục liêm chính là biện pháp phòng ngừa mang tính nền tảng tạo nên hiệu quả lâu dài và bền vững nhất. Việc xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn sẽ giúp mỗi con người tự phòng ngừa từ bên trong, ngăn chặn việc nảy sinh hành vi tham nhũng.

Vấn đề công khai, minh bạch thông tin đã trở thành nguyên tắc chung trong tổ chức và hoạt động của mọi cơ quan, tổ chức, đơn vị, trừ những nội dung thuộc danh mục bí mật nhà nước, bí mật kinh doanh và nội dung khác theo quy định của pháp luật<sup>4</sup>. Tuy nhiên, nội dung xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn tại Việt Nam thì hình thức, phạm vi công khai bị giới hạn bởi chủ thể có thẩm quyền yêu cầu, kiến nghị xác minh tài sản, thu nhập<sup>5</sup> và chủ thể có thẩm quyền tiếp cận, khai thác trực tiếp<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> UNDP Source Book on Accountability, Transparency and Integrity, available at [http://intra.undp.org/b\\_dp/anticorruption/sourcebook\\_anti.htm](http://intra.undp.org/b_dp/anticorruption/sourcebook_anti.htm).

<sup>3</sup> Báo cáo số 330/BC-CP ngày 22/9/2016 của Chính phủ.

<sup>4</sup> Điều 9 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018.

<sup>5</sup> Điều 42 Luật phòng, chống tham nhũng năm 2018.

<sup>6</sup> Điều 53, Điều 54 Luật phòng, chống tham nhũng năm 2018.



Trách nhiệm giải trình được đặt ra trong trường hợp chủ thể thực hiện công vụ, nhiệm vụ được giao phải giải trình về quyết định, hành vi của mình khi có yêu cầu của cơ quan, tổ chức, đơn vị, cá nhân bị tác động trực tiếp bởi quyết định, hành vi đó<sup>7</sup>. Ứng dụng công nghệ trong triển khai nội dung này sẽ tăng cường trách nhiệm giải trình không chỉ riêng cá nhân người có chức vụ, quyền hạn trong kê khai tài sản, thu nhập mà còn thúc đẩy các cơ quan, các địa phương có trách nhiệm giải trình về các vấn đề khác liên quan đến kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn do mình quản lý khi để xảy ra các hành vi tham nhũng, tiêu cực.

*Thứ tư, phục vụ có hiệu quả cho hoạt động phát hiện, xử lý tham nhũng của chủ thể có thẩm quyền.*

Các cơ quan kiểm soát tài sản, thu nhập và các cơ quan chuyên trách trong phòng, chống tham nhũng khác thông qua việc xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn sẽ dễ dàng truy xuất nguồn gốc, thu thập chứng cứ liên quan; kiểm tra, đánh giá các đối tượng có nguy cơ cao tham nhũng, có dấu hiệu xung đột lợi ích; xác định tính hợp pháp từ tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn; theo dõi biến động về tài sản, thu nhập tăng thêm của người có chức vụ, quyền hạn trong khi thực hiện công vụ, nhiệm vụ nhằm phát hiện, ngăn chặn việc người có chức vụ, quyền hạn thực hiện hành vi tham nhũng. Đây là công cụ pháp lý để phát hiện đúng, có cơ sở, tìm ra chứng cứ khách quan, thuyết phục và được đảm bảo bằng sức mạnh cưỡng chế, kiến nghị xử lý vi phạm theo quy định của pháp luật.

*Thứ năm, khắc phục nguyên nhân, điều kiện làm phát sinh tham nhũng.*

Việc thực hiện có hiệu quả công cụ số này tạo điều kiện thuận lợi để xem xét, đánh giá, đo lường các chỉ số trong công tác phòng, chống tham nhũng mà các chủ thể tiến hành trên phạm vi cả nước. Điều này giúp cho cơ quan có thẩm quyền chủ động phát hiện các sơ hở, thiếu sót trong cơ chế quản lý, chính sách pháp luật nhanh hơn, khoa học, khách quan hơn.

## **2. Các yêu cầu đảm bảo việc xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn tại Việt Nam**

*Thứ nhất, yêu cầu về pháp luật:*

Xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn tại Việt Nam phải đảm bảo tuân thủ đầy đủ các quy định của pháp luật về bảo mật thông tin; quyền sở hữu trí tuệ liên quan đến dữ liệu; quyền riêng tư của tổ chức, cá nhân; tuân thủ các quy định, hướng dẫn kỹ thuật về trao đổi dữ liệu, về ứng dụng công nghệ thông tin (CNTT) trong cơ quan nhà nước và các nguyên tắc được quy định; tránh xung đột pháp luật giữa các văn bản pháp luật quy định trực tiếp về chức năng, nhiệm vụ, trách nhiệm của các chủ thể, lực lượng, biện pháp sử dụng trong công tác phòng, chống tham nhũng với các văn bản pháp luật trong việc tạo lập, quản lý và sử dụng dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn<sup>8</sup>...

Giá trị pháp lý của dữ liệu được chia sẻ trong thông điệp dữ liệu được xác định theo giá trị pháp lý của thông điệp dữ liệu quy định tại Mục 1 Chương II Luật Giao dịch điện tử và quy định của pháp luật có liên quan<sup>9</sup>.

*Thứ hai, yêu cầu về mặt xây dựng:*

Cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập có thể được xây dựng theo mô

<sup>7</sup> Điều 15 Luật phòng, chống tham nhũng năm 2018.

<sup>8</sup> Nghị định số 130/2020/NĐ-CP ngày 30/10/2020 của Chính phủ về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn trong cơ quan, tổ chức, đơn vị.

<sup>9</sup> Nghị định số 47/2020/NĐ-CP ngày 09/4/2020 của Thủ tướng chính phủ về quản lý, kết nối và chia sẻ dữ liệu số của cơ quan nhà nước (Nghị định số 47/2020/NĐ-CP).

hình thứ tự ưu tiên là kết nối qua hệ thống trung gian hoặc kết nối trực tiếp giữa các hệ thống thông tin, cơ sở dữ liệu khi các hệ thống trung gian chưa sẵn sàng hoặc cơ quan chủ quản các hệ thống trung gian xác định hệ thống trung gian không đáp ứng được yêu cầu về kết nối, chia sẻ dữ liệu<sup>10</sup>.

Tạo lập thông tin dữ liệu phải sử dụng thống nhất các bảng mã danh mục dùng chung, thống nhất với dữ liệu chủ do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành<sup>11</sup>; mô tả mục đích, phạm vi, nội dung của từng cơ sở dữ liệu; cơ chế thu thập, cập nhật, nguồn dữ liệu được thu thập của từng cơ sở dữ liệu; liệt kê các hạng mục dữ liệu được chia sẻ theo hình thức chia sẻ dữ liệu mặc định, dữ liệu được chia sẻ theo hình thức chia sẻ dữ liệu theo yêu cầu đặc thù của từng cơ sở dữ liệu tương ứng với từng đối tượng khai thác, sử dụng; phải được cập nhật theo nhu cầu ứng dụng công nghệ thông tin của từng giai đoạn phát triển Chính phủ điện tử hoặc khi có đề nghị của các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; dữ liệu đảm bảo giá trị pháp lý tương đương các văn bản giấy chứa thông tin được cơ quan có thẩm quyền cung cấp; phù hợp với Khung kiến trúc Chính phủ điện tử Việt Nam<sup>12</sup>.

Công cụ quản lý số được xây dựng phải có các chức năng cơ bản như quản lý tập trung cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập; hỗ trợ các cơ quan cung cấp dữ liệu khai báo, cập nhật thông tin; hỗ trợ cơ quan nhà nước tìm kiếm, tiếp cận và khai thác; hỗ trợ tiếp nhận yêu cầu kết nối, khai thác. Ngoài ra, việc ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động này cần đảm bảo các yêu cầu về tính liên

thông; tính đồng bộ về dữ liệu giữa các cơ sở dữ liệu của bộ, ngành, địa phương.

*Thứ ba, yêu cầu về quản lý:*

Quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập phải đảm bảo phân cấp quản lý theo trách nhiệm quản lý của cơ quan nhà nước; lịch sử khai thác, sử dụng dữ liệu như thời điểm, hình thức yêu cầu dữ liệu, cung cấp dữ liệu; định danh cơ quan yêu cầu khai thác dữ liệu; nội dung yêu cầu; trạng thái đáp ứng yêu cầu; nội dung dữ liệu đã chia sẻ (nếu cần thiết); các thông tin cần thiết khác làm cơ sở đối chiếu giải quyết các vướng mắc khi sử dụng dữ liệu; thời gian lưu trữ phải được lưu trữ trên hệ thống làm căn cứ đối chiếu, giải quyết các vấn đề về việc sử dụng dữ liệu sau khi khai thác<sup>13</sup>.

Cơ quan cung cấp có quyền chấm dứt việc kết nối, chia sẻ dữ liệu qua môi trường mạng cho cơ quan khai thác dữ liệu khi mục đích đăng ký sử dụng không phù hợp; yêu cầu đăng ký khai thác không đúng theo quy định của pháp luật; việc kết nối không thể khôi phục do sự cố hoặc do điều kiện khách quan mà cơ quan cung cấp dữ liệu không thể tiếp tục duy trì các dịch vụ chia sẻ dữ liệu; kết nối, chia sẻ có khả năng mất an toàn, an ninh<sup>14</sup>...

Việc chia sẻ dữ liệu được lựa chọn thực hiện qua hai hình thức là chia sẻ dữ liệu mặc định và chia sẻ dữ liệu theo yêu cầu đặc thù đáp ứng tất cả các trường hợp chia sẻ dữ liệu thực tế. Chủ thể có yêu cầu khai thác, sử dụng dữ liệu phải sử dụng tài khoản kết nối với hình thức định danh và xác thực phù hợp cho cơ quan, tổ chức có nhu cầu kết nối theo quy định của pháp luật, trừ trường hợp chia sẻ dữ liệu không yêu cầu

<sup>10</sup> Nghị định số 47/2020/NĐ-CP.

<sup>11</sup> Quyết định số 20/2020/QĐ-TTg ngày 22/7/2020 của Thủ tướng Chính phủ về mã định danh điện tử của các cơ quan, tổ chức phục vụ kết nối, chia sẻ dữ liệu với các Bộ, ngành, địa phương.

<sup>12</sup> Nghị định số 47/2020/NĐ-CP.

<sup>13</sup> Nghị định số 47/2020/NĐ-CP.

<sup>14</sup> Nghị định số 47/2020/NĐ-CP.

xác thực cơ quan khai thác dữ liệu (đã thể hiện trong quy chế khai thác, sử dụng dữ liệu chia sẻ đã ban hành). Ngoài ra, phải chỉ định và công khai thông tin về đầu mối phụ trách kết nối, chia sẻ dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập ở các cấp quản lý<sup>15</sup>.

*Thứ tư, yêu cầu khác:*

Xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ quyền hạn phải tận dụng được nguồn nhân lực có chất lượng tại chỗ đang thực hiện quản lý, vận hành các hệ thống thông tin và các nguồn khác theo quy định của pháp luật. Kinh phí bảo đảm kết nối, chia sẻ dữ liệu phải được dự toán trong kinh phí quản lý, vận hành và duy trì các hệ thống thông tin, cơ sở dữ liệu và được cân đối từ nguồn kinh phí chi thường xuyên ngân sách nhà nước hàng năm theo phân cấp ngân sách (kinh phí thực hiện nhiệm vụ không thường xuyên, không thực hiện chế độ tự chủ) của cơ quan nhà nước.

### 3. Một số kiến nghị

*Thứ nhất*, tăng cường vai trò lãnh đạo, chỉ đạo của Chính phủ đối với các cơ quan kiểm soát tài sản thu nhập, đặc biệt là vai trò chủ trì trong xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn từ phía Thanh tra Chính phủ. Chính phủ cần tập trung hoàn thiện thể chế để tạo hành lang pháp lý cho ban hành các văn bản pháp luật hướng dẫn thực hiện.

Sau khi Nghị định số 130/2020/NĐ-CP ngày 30/10/2020 của Chính phủ về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn trong cơ quan, tổ chức, đơn vị được thông qua, Chính phủ cần tiếp tục chỉ đạo xây dựng, ban hành quy chế quản lý, vận hành, khai thác cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn; quy định nhằm nâng cao tính pháp lý của lưu trữ điện tử; xây dựng các quy định cụ thể về

hình thức cập nhật dữ liệu; kế hoạch cập nhật dữ liệu, bộ tiêu chí đánh giá về mức độ hoàn thành nhiệm vụ xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của các cơ quan kiểm soát tài sản, thu nhập; quy định về bảo vệ thông tin cá nhân; quy định về việc thực hiện thủ tục hành chính trên môi trường điện tử; quy định về phối hợp giữa Thanh tra Chính phủ và các cơ quan kiểm soát tài sản khác, các cơ quan khác được pháp luật quy định trong khai thác, sử dụng dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn.

*Thứ hai*, Thanh tra Chính phủ cần khẩn trương:

- Phối hợp với các cơ quan kiểm soát tài sản và các cơ quan liên quan khác rà soát nhu cầu, quy định, điều kiện cần thiết và các hoạt động cần thực hiện để xây dựng và quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn;

- Xây dựng chương trình, kế hoạch thực hiện, kế hoạch kiểm tra, đánh giá dữ liệu theo từng giai đoạn trình Chính phủ;

- Dự kiến các tình huống phát sinh trong quá trình xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn và dự kiến giải pháp khắc phục;

- Tham mưu, đề xuất với Chính phủ nghiên cứu áp dụng phương án là thuê doanh nghiệp đầu tư trên cơ sở đặt hàng của Nhà nước và Nhà nước thuê lại để giải quyết vấn đề nguồn vốn.

*Thứ ba*, các cơ quan kiểm soát tài sản, thu nhập cần nâng cao tinh thần trách nhiệm trong công tác tự kiểm tra, đánh giá, báo cáo khi xây dựng, quản lý cơ sở dữ liệu quốc gia về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn■

<sup>15</sup> Nghị định số 47/2020/NĐ-CP.

# RÀO CẢN PHÁP LÝ KHI THỰC HIỆN QUYỀN ĐƯỢC TRỢ GIÚP VÀ TIẾP CẬN CÁC DỊCH VỤ XÃ HỘI CƠ BẢN CỦA LAO ĐỘNG DI CƯ NỘI ĐỊA

Nguyễn Thanh Huyền\*

\*TS. GVC. Bộ môn Luật Kinh doanh, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Lao động di cư nội địa, các dịch vụ xã hội, trợ giúp xã hội.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 11/3/2021

Biên tập : 27/3/2021

Duyệt bài : 29/3/2021

### Article Infomation:

*Keywords:* Internal migrant workers; social assistance; provision of social services.

*Article History:*

Received : 11 Mar. 2021

Edited : 27 Mar. 2021

Approved : 29 Mar. 2021

### Tóm tắt:

Trợ giúp xã hội và cung cấp các dịch vụ xã hội là một trong những chính sách nhằm đảm bảo an sinh cho người dân luôn được Đảng và Nhà nước quan tâm thực hiện nhằm giúp những người có hoàn cảnh khó khăn có cơ hội tiếp cận các dịch vụ xã hội cơ bản và thoát nghèo. Việt Nam được Liên hợp quốc công nhận là một trong các quốc gia đi đầu trong việc thực hiện một số mục tiêu Thiên niên kỷ (MDGs) như (i) xóa bỏ tình trạng nghèo cùng cực và thiếu đói; (ii) đạt phổ cập giáo dục tiểu học... Tuy nhiên, việc thực hiện quyền được trợ giúp xã hội và tiếp cận các dịch vụ xã hội cơ bản của nhóm lao động di cư nội địa còn gặp nhiều khó khăn. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích những khó khăn trong việc thực hiện quyền được trợ giúp xã hội và tiếp cận các dịch vụ xã hội cơ bản đối với lao động di cư nội địa từ khía cạnh pháp lý và đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật nhằm khắc phục những rào cản này.

### Abstract:

Social assistance and provision of social services are one of the crucial policies to ensure the well-being of the people that the Party and the State always pay attention to help people in difficult circumstances have the opportunity to access the basic social services and getting rid of poverty. Vietnam is recognized by the United Nations as one of the leading countries in the implementation of a number of the Millennium Development Goals (MDGs) such as (i) extreme poverty and hunger eradication; (ii) universal primary education achievement ... However, the implementation of the right to social assistance and access to basic social services of the group of internal migrant workers still faces difficulties. In the scope of this article, the author provides discussions and analysis of difficulties in exercising the right to social assistance and access to basic social services for internal migrant workers from a legal perspective and recommendation for further improvement of the related law to overcome the said barriers.

## 1. Nhận diện rào cản pháp lý trong việc thực hiện quyền được trợ giúp xã hội của lao động di cư nội địa

Hiểu một cách chung nhất, trợ giúp xã hội là sự giúp đỡ về tài chính hoặc các điều kiện sinh sống thích hợp để đối tượng được giúp đỡ có thể phát huy khả năng tự lo liệu cuộc

sống cho mình hoặc cho gia đình, sớm hòa nhập với cộng đồng. Với cách hiểu này thì trợ giúp xã hội có thể được thực hiện bởi bất kỳ chủ thể nào trong xã hội đối với những đối tượng cần trợ giúp. Dưới góc độ pháp lý, *trợ giúp xã hội là tổng hợp các quy định của Nhà nước về chế độ, chính sách đối với những người có hoàn cảnh khó khăn*<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> PGS.TS. Lê Thị Hoài Thu, “Giáo trình pháp luật an sinh xã hội”, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, năm 2019, tr. 265.



Đến cuối năm 2019, cả nước đã có trên 3 triệu đối tượng hưởng trợ cấp xã hội hàng tháng, được hỗ trợ kinh phí chăm sóc và cấp thẻ BHYT; 48.423 người đang được chăm sóc, nuôi dưỡng tại 432 cơ sở trợ giúp xã hội (trong đó có 182 cơ sở công lập), chiếm khoảng 3% dân số; kinh phí thực hiện trợ giúp xã hội thường xuyên hàng năm là 17.563 tỷ đồng<sup>2</sup>. Tuy nhiên, việc thực hiện chính sách và pháp luật về trợ giúp xã hội đối với lao động di cư nội địa gặp không ít khó khăn do vướng mắc bởi rào cản quy định về “sổ hộ khẩu”.

Hiện nay, đối với chế độ trợ giúp xã hội thường xuyên như: đề nghị trợ cấp xã hội hàng tháng; đề nghị hỗ trợ kinh phí chăm sóc nuôi dưỡng đối tượng bảo trợ xã hội; đề nghị hỗ trợ kinh phí chăm sóc đối với người nhận nuôi dưỡng, chăm sóc người khuyết tật đặc biệt nặng; đề nghị hỗ trợ kinh phí chăm sóc đối với gia đình có người khuyết tật đặc biệt nặng... đều có yêu cầu về mặt thủ tục là phải có “sổ hộ khẩu”<sup>3</sup>. Những lao động di cư nội địa hoặc thân nhân của họ thuộc diện được hưởng trợ cấp xã hội thường xuyên (như người khuyết tật đặc biệt nặng) thì khá khó khăn khi thực hiện thủ tục để được nhận trợ giúp tại nơi họ di cư đến, nguyên nhân là họ không có “sổ hộ khẩu”. Theo số liệu thống kê khoảng 44,3% người di cư chưa

đăng ký thường trú hoặc tạm trú với chính quyền<sup>4</sup>. Theo kết quả phỏng vấn thì việc không đăng ký tạm trú của người di cư là do thủ tục đăng ký khá phiền hà, tốn nhiều thời gian. Như vậy, để thực hiện được quyền được trợ giúp xã hội, họ phải trở về nơi đăng ký “hộ khẩu thường trú” để thực hiện.

Những đối tượng đang nhận trợ giúp xã hội thường xuyên mà di cư hoặc di cư theo thân nhân khá khó khăn trong việc nhận tiền trợ giúp xã hội hàng tháng vì không có “sổ hộ khẩu” tại nơi di cư đến. Hiện nay, Nhà nước mới chỉ hướng dẫn thủ tục quyết định trợ cấp xã hội hàng tháng khi đối tượng thay đổi nơi cư trú giữa các xã, phường trong cùng quận, huyện hoặc giữa các quận, huyện, thị xã, thành phố thuộc tỉnh<sup>5</sup> mà chưa có hướng dẫn khi đối tượng thay đổi nơi cư trú giữa các tỉnh.

Đối với những trường hợp trợ giúp xã hội khác như: đề nghị hưởng chính sách hỗ trợ đối với học sinh, hỗ trợ người bị thương nặng, đề nghị hỗ trợ chi phí mai táng... thì cũng yêu cầu phải có “sổ hộ khẩu”. Do đó, những lao động di cư cũng gặp không ít khó khăn do việc tiến hành những đề nghị này được thực hiện từ cơ sở (trường thôn) và thường ưu tiên đối với người dân có hộ khẩu thường trú<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Tuệ Văn, “Nâng cao hiệu quả công tác trợ giúp xã hội”, <http://baochinhphu.vn/Chinh-sach-moi/Nang-cao-hieu-qua-cong-tac-tro-giup-xa-hoi/388072.vgp>, truy cập ngày 06/02/2021.

<sup>3</sup> Điều 20 Nghị định số 28/2012/NĐ-CP ngày 10/4/2012 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Người khuyết tật.

<sup>4</sup> Hà Giang, “Những ‘góc khuất’ của cuộc di cư nội địa”, <http://kinhtevadubao.vn/chi-tiet/91-7330-nhung-goc-khuat-cua-cuoc-di-cu-noi-dia.html>, truy cập ngày 01/02/2021.

<sup>5</sup> Khoản 3, khoản 4 Điều 8 và Điều 12 Nghị định quy định chính sách trợ giúp xã hội đối với đối tượng bảo trợ xã hội (theo văn bản hợp nhất số: 762/2019/VBHN-BLĐTBXH).

<sup>6</sup> Điều 12, Điều 13, Điều 14, Điều 10 Nghị định số 136/2013/NĐ-CP ngày 21/10/2013 của Chính phủ quy định chính sách trợ giúp xã hội đối với đối tượng bảo trợ xã hội.



### 2. Nhận diện rào cản pháp lý trong việc thực hiện quyền tiếp cận các dịch vụ xã hội cơ bản của lao động di cư nội địa

Trong năm 2013 có khoảng 62% dân số là lao động dễ bị tổn thương, bao gồm nhiều người di cư nội địa tạm thời, đặc biệt là khi họ được xếp loại là người dân tạm trú<sup>7</sup>. Đây là rào cản khó khăn đối với lao động di cư khi tiếp cận các dịch vụ xã hội cơ bản như: giáo dục, y tế, nước sạch, điện... Theo kết quả nghiên cứu của Tổ chức Oxfam tại Việt Nam, người lao động di cư cũng phải trả chi phí kèp do không có hộ khẩu tại nơi đến, đặc biệt là các chi trả cho những dịch vụ xã hội cơ bản như: Y tế, giáo dục, nhà ở, điện nước sinh hoạt cao hơn hẳn so với dân cư địa phương, thậm chí họ bị loại ra khỏi các chương trình giảm nghèo, không thể tiếp cận được các chương trình vay vốn tạo việc làm<sup>8</sup>. Những vấn đề khó khăn trong việc tiếp cận các dịch vụ xã hội cơ bản là do các rào cản pháp lý sau đây:

Một là, quy định về đăng ký học tập và miễn, giảm học phí cho con của lao động di cư nội địa. Điều lệ Trường Tiểu học do Bộ Giáo dục và Đào tạo ban hành quy định về quyền học tập của trẻ em như sau: “Được học ở một trường, lớp hoặc cơ sở giáo dục khác thực hiện chương trình giáo dục tiểu học tại nơi cư trú; được chọn trường ngoài nơi cư trú nếu trường đó có khả năng tiếp nhận”<sup>9</sup>. Tuy nhiên, do một lượng lớn người lao động di cư nội địa đến các thành thị hoặc

các trung tâm kinh tế lớn tìm việc làm nên các trường học ở những nơi này đều quá tải. Vì vậy, các trường học thường ưu tiên nhập học đối với học sinh có hộ khẩu thường trú tại địa phương, nếu còn khả năng tiếp nhận mới nhận học sinh có hộ khẩu “tạm trú” hay “trái tuyến”. Do đó, con của lao động di cư nội địa sẽ phải đăng ký cho con học mầm non, tiểu học, trung học cơ sở... ở các trường tư thục với mức chi phí học tập cao hơn nhiều so với trường công lập. Nhiều trường hợp lao động di cư không đủ điều kiện kinh tế và điều kiện chăm sóc con nên đành để con cho ông/bà hoặc người thân nuôi dưỡng ở quê.

Đối với học sinh tiểu học, Luật Giáo dục năm 2019 quy định *học sinh tiểu học trong cơ sở giáo dục công lập không phải đóng học phí; ở địa bàn không đủ trường công lập, học sinh tiểu học trong cơ sở giáo dục tư thục được Nhà nước hỗ trợ tiền đóng học phí, mức hỗ trợ do Hội đồng nhân dân cấp tỉnh quyết định*<sup>10</sup>. Như vậy, mức hỗ trợ đóng học phí cho học sinh tiểu học học tại các cơ sở giáo dục tư thục giữa các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương là khác nhau, phụ thuộc vào quyết định của Hội đồng dân nhân tỉnh, thành đó. Ví dụ: Hội đồng nhân dân tỉnh Bình Định quyết định hỗ trợ tiền đóng học phí cho học sinh cấp tiểu học đang học tại các cơ sở giáo dục tư thục trên địa bàn tỉnh trong năm học 2020-2021, với mức hỗ trợ là 110.000 đồng/tháng/học sinh; thời

<sup>7</sup> Bộ LĐTB&XH, UNDP (2016), “Tổng quan và đề xuất đổi mới hệ thống trợ giúp xã hội Việt Nam”, tr.5.

<sup>8</sup> Kim Thanh, “Lao động di cư phi chính thức: Khó tiếp cận các dịch vụ xã hội”, <http://dangcongsan.vn/xa-hoi/lao-dong-di-cu-phi-chinh-thuc-kho-tiep-can-cac-dich-vu-xa-hoi-362479.html>.

<sup>9</sup> Điều 42 Thông tư số 41/2010/TT-BGDĐT ngày 30/12/2010 của Bộ Giáo dục và Đào tạo ban hành Điều lệ Trường Tiểu học.

<sup>10</sup> Khoản 3 Điều 98 Luật Giáo dục năm 2019.

gian hỗ trợ: không quá 9 tháng/năm học<sup>11</sup>. Quy định này phần nào hỗ trợ được những khó khăn về tài chính đối với con của lao động di cư nội địa, đặc biệt là lao động di cư nội địa.

Đối với trẻ em mầm non 05 tuổi và học sinh trung học cơ sở được miễn học phí theo lộ trình do Chính phủ quy định<sup>12</sup>. Tuy nhiên, Chính phủ hiện nay chưa quy định lộ trình miễn học phí cho đối tượng này. Theo kết quả điều tra năm 2015 của Tổ chức OXFAM tại Việt Nam, trẻ em di cư theo cha mẹ thiệt thòi hơn trẻ em không di cư trong việc tiếp cận giáo dục 21,2% trong tổng số 52 trẻ được khảo sát trong độ tuổi từ 6 -14 tuổi theo cha mẹ là người lao động di cư sinh sống tại nơi đến không đi học<sup>13</sup>. Ở cấp trung học cơ sở và trung học phổ thông, theo số liệu điều tra năm 2019, có tới 83,9% trẻ em không di cư trong độ tuổi 11-18 đang đi học nhưng chỉ có 55,7% trẻ em di cư ngoại tỉnh trong nhóm nhóm tuổi này đang đi học<sup>14</sup>.

Hai là, quy định về dịch vụ bảo hiểm y tế. Nhà nước đã có chính sách để thực hiện bảo

hiểm y tế (BHYT) toàn dân. Theo Ban Quản lý Thu - Sở, Thẻ Bảo hiểm xã hội Việt Nam, đến ngày 20/11/2020, số người tham gia BHYT trên toàn quốc là 86,35 triệu người, đạt tỷ lệ khoảng 89,2% dân số tham gia BHYT<sup>15</sup>. Như vậy, chúng ta vẫn còn 10,8% dân số chưa tham gia BHYT. Theo kết quả điều tra của OXFAM tại Việt Nam, nguyên nhân dẫn đến người lao động di cư sử dụng thẻ BHYT thấp là “không thuận tiện về thời gian, chờ đợi lâu, bất tiện trong đi lại, thủ tục hành chính phức tạp, cộng với thời gian phải dành cho lao động kiếm sống”<sup>16</sup>. Theo một nghiên cứu khác, lao động di cư, đặc biệt là lao động di cư phi chính thức tại Việt Nam khó có khả năng tham gia BHYT hộ gia đình và khả năng tiếp cận các dịch vụ y tế có chất lượng<sup>17</sup>.

Từ ngày 01/01/2016, Luật BHYT đã quy định về thông tuyến khám, chữa bệnh đối với bệnh viện tuyến huyện trong cùng địa bàn tỉnh<sup>18</sup> và từ ngày 01/01/2021 đã áp dụng thông tuyến điều trị nội trú cho người tham gia BHYT khi tự đi khám bệnh, chữa bệnh không đúng tuyến tại các cơ sở khám

<sup>11</sup> Điều 1 Quyết định số 49/2020/QĐ-UBND ngày 30 tháng 7 năm 2020 của Ủy ban nhân dân tỉnh Bình Định quy định mức hỗ trợ tiền đóng học phí cho học sinh tiểu học trong các cơ sở giáo dục tư thục trên địa bàn tỉnh Bình Định.

<sup>12</sup> Khoản 5 Điều 98 Luật Giáo dục năm 2019.

<sup>13</sup> Chương trình Quyền Lao động của OXFAM tại Việt Nam (2015), Báo cáo tóm tắt: “Rào cản pháp luật và thực tiễn đối với người lao động di cư trong tiếp cận an sinh xã hội”, Nxb. Hồng Đức, năm 2015, tr.32.

<sup>14</sup> Bảo Hiệp, “Đảm bảo người di cư được tiếp cận đầy đủ và công bằng các dịch vụ xã hội”, <http://baobao.hiemxahoi.vn/vi/tin-chi-tiet-dam-bao-nguoi-di-cu-duoc-tiep-can-day-du-va-cong-bang-cac-dich-vu-xa-hoi-e120f22c.aspx>.

<sup>15</sup> Minh Anh (2020), “Nhiều du địa mở rộng số người tham gia bảo hiểm y tế”, <https://tapchitaichinh.vn/bao-hiem/nhiều-du-địa-mở-rộng-số-người-tham-gia-bảo-hiêm-y-té>.

<sup>16</sup> Chương trình Quyền Lao động của Oxfam tại Việt Nam (2015) Báo cáo tóm tắt: “Rào cản pháp luật và thực tiễn đối với người lao động di cư trong tiếp cận an sinh xã hội”, Nxb. Hồng Đức, năm 2015, tr.34.

<sup>17</sup> TS. Nguyễn Thanh Huyền và TS. Phạm Thị Thúy Nga (2020), “Nhận diện các rào cản pháp lý trong việc thực hiện các chế độ bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế đối với lao động di cư nội địa và một số khuyến nghị”, Tạp chí Lao động và Xã hội số 632 năm 2020, tr.2-4.

<sup>18</sup> Điểm c khoản 3 Điều 22 Luật Bảo hiểm y tế năm 2008 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2014.

bệnh, chữa bệnh tuyến tinh trong phạm vi cả nước<sup>19</sup>. Quy định này đã tạo điều kiện cho mọi người tham gia BHYT, đặc biệt là lao động di cư có thẻ BHYT có cơ hội được tiếp cận dịch vụ y tế do BHYT chi trả. Tuy nhiên, quy định này vẫn còn hạn chế là mới chỉ thông tuyến khám, chữa bệnh đối với bệnh viện tuyến huyện trong cùng địa bàn tỉnh của người có thẻ BHYT chứ không phải thông tuyến bệnh viện huyện trên phạm vi cả nước. Đối với bệnh viện tuyến tỉnh, BHYT chỉ chi trả đối với trường hợp điều trị nội trú chứ không chi trả đối với trường hợp khám, chữa bệnh ngoại trú. Do đó, khi mắc các bệnh thông thường, lao động di cư dù có thẻ BHYT cũng vẫn phải bỏ tiền túi để khám, chữa bệnh chứ không dùng được thẻ BHYT vì khám bệnh không đúng tuyến.

*Ba là*, quy định về dịch vụ điện, nước sạch sinh hoạt. Dịch vụ điện, nước sạch sinh hoạt gắn liền với điều kiện về nhà ở. Theo kết quả nghiên cứu chuyên sâu Tổng điều tra dân số và nhà ở năm 2019 thì gần một nửa người di cư phải đi thuê/mượn nhà để ở<sup>20</sup> và điều kiện ở và sinh hoạt của hộ dân cư nói chung cũng được cải thiện rõ rệt, có 99,4% hộ sử dụng điện lưới thấp sáng<sup>21</sup>. Tuy nhiên, trong thực tế, tình trạng lao động di cư thuê nhà để ở thường phải trả chi phí điện sinh hoạt theo giá lũy tiến

nên đã ảnh hưởng không nhỏ đến đời sống của họ. Để giải quyết vấn đề này, khoản 5 Điều 1 Thông tư số 25/2018/TT-BCT ngày 12/9/2018 sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 16/2014/TT-BCT ngày 29/5/2014 của Bộ Công thương quy định, chủ nhà kê khai được đầy đủ số người sử dụng điện thì Bên bán điện có trách nhiệm cấp định mức cho chủ nhà căn cứ vào số tạm trú hoặc chứng từ xác nhận tạm trú của cơ quan công an quản lý địa bàn; cứ 4 người được tính là một hộ sử dụng điện để tính số định mức áp dụng giá bán lẻ điện sinh hoạt; cụ thể: 01 người được tính là 1/4 định mức, 02 người được tính là 1/2 định mức, 03 người được tính là 3/4 định mức, 04 người được tính là 1 định mức. Đối với quyền tiếp cận dịch vụ nước sạch sinh hoạt, đa số lao động di cư được tiếp cận nước sạch sinh hoạt, theo số liệu thống kê, tỷ lệ hộ dân sử dụng nguồn nước hợp vệ sinh là 97,4%, trong đó 52,2% hộ sử dụng nguồn nước máy<sup>22</sup>. Tuy nhiên, đa số lao động di cư thuê nhà để ở đều phải trả tiền nước máy sinh hoạt với giá cao do chủ nhà tự quyết định mà chưa có quy định về ưu đãi giá nước máy sinh hoạt như giá điện.

*Bốn là*, quy định về việc tiếp cận vay vốn xóa đói, giảm nghèo. Theo quy định thì người vay là hộ nghèo phải có địa chỉ cư trú hợp pháp<sup>23</sup> và phải có trong danh

<sup>19</sup> Khoản 6 Điều 22 Luật Bảo hiểm y tế năm 2008 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2014

<sup>20</sup> Bảo Hiệp, “Đảm bảo người di cư được tiếp cận đầy đủ và công bằng các dịch vụ xã hội”, <http://baobaohiemxahoi.vn/vi/tin-chi-tiet-dam-bao-nguoi-di-cu-duoc-tiep-can-day-du-va-cong-bang-cac-dich-vu-xa-hoi-e120f22c.aspx>.

<sup>21</sup> Ban chỉ đạo Tổng điều tra Dân số và Nhà ở Trung ương (2019), “Kết quả Tổng điều tra Dân số và Nhà ở năm 2019”, Nxb. Thống Kê, tháng 12/2019, tr.151.

<sup>22</sup> Ban chỉ đạo Tổng điều tra Dân số và Nhà ở Trung ương (2019), “Kết quả Tổng điều tra Dân số và Nhà ở năm 2019”, Nxb. Thống Kê, tháng 12/2019, tr.153.

<sup>23</sup> Được hiểu là phải có hộ khẩu thường trú hoặc có đăng ký tạm trú dài hạn tại địa phương nơi cho vay (hướng dẫn nghiệp vụ cho vay đối với hộ nghèo của ngân hàng chính sách xã hội).

sách hộ nghèo được Ủy ban nhân dân cấp xã quyết định theo chuẩn nghèo do Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội công bố, được Tổ tiết kiệm và vay vốn bình xét, lập thành danh sách có xác nhận của Ủy ban nhân dân cấp xã<sup>24</sup>. Hộ nghèo vay vốn không phải thế chấp tài sản<sup>25</sup>. Tuy nhiên, đối với lao động di cư khá khó để tiếp cận được vốn vay xóa đói giảm nghèo, đặc biệt là di cư tới các thành phố lớn và trong thực tiễn còn khá nhiều dân “nghèo” thành thị chưa được xóa đói, giảm nghèo<sup>26</sup>.

### 3. Một số kiến nghị đảm bảo quyền được trợ giúp xã hội và tiếp cận các dịch vụ xã hội của lao động di cư nội địa

*Một là*, sửa đổi các quy định liên quan đến điều kiện phải có “sổ hộ khẩu” để làm thủ tục hưởng trợ giúp xã hội thường xuyên của các đối tượng. Nhà nước cần có hệ thống dữ liệu về những đối tượng được hưởng trợ giúp xã hội thường xuyên và được liên thông trên cả nước, không trùng lặp. Nếu họ di cư cùng gia đình đến bất kỳ địa phương nào thì họ sẽ tiếp tục hưởng chế độ ở tại địa phương đó; nếu lao động di cư bị rơi vào hoàn cảnh khó khăn, thuộc diện được hưởng trợ giúp xã hội thường xuyên thì họ cũng có thể đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền ngay tại địa phương mà họ di cư đến để thực hiện quyền an sinh xã hội này.

*Hai là*, ban hành văn bản hướng dẫn thi hành Luật Giáo dục năm 2019 theo hướng

mức hỗ trợ học phí cho học sinh tiểu học tại các trường không phải công lập do Hội đồng nhân dân cấp tỉnh quy định mà thống nhất chung trên phạm vi cả nước; ban hành văn bản hướng dẫn lộ trình miễn học phí cho trẻ em mầm non 05 tuổi và học sinh trung học cơ sở.

*Ba là*, sửa đổi Luật BHYT theo hướng thông tuyến khám chữa bệnh BHYT tại các bệnh viện tuyến huyện trên phạm vi cả nước nhằm đảm bảo quyền lợi của người tham gia BHYT, đặc biệt là lao động di cư tham gia BHYT.

*Bốn là*, xây dựng chính sách phù hợp để mọi người nghèo, dù là người không di cư hay người di cư đều có cơ hội được tiếp cận với nguồn vốn ưu đãi, không cần thế chấp để xóa đói, giảm nghèo.

*Năm là*, tăng cường giám sát việc thực hiện quy định về việc thu tiền điện của người thuê nhà theo giá quy định. Để đảm bảo việc tăng giá điện sinh hoạt không ảnh hưởng trực tiếp đến những người có thu nhập thấp, đặc biệt đối với người di cư phải thuê chỗ ở; tăng cường công tác tuyên truyền để người thuê nhà hiểu đúng chính sách về giá điện để bảo vệ quyền lợi của mình, cũng như tăng cường xử phạt vi phạm hành chính đối với những chủ nhà trọ vi phạm quy định này nhằm đảm bảo quyền được tiếp cận dịch vụ xã hội của người thuê nhà■

<sup>24</sup> Khoản 1 Điều 13 Nghị định số 78/2002/NĐ-CP ngày 04/10/2002 của Chính phủ quy định về tín dụng đối với người nghèo và các đối tượng chính sách khác.

<sup>25</sup> Điều 3 Nghị định số 78/2002/NĐ-CP ngày 04/10/2002 của Chính phủ quy định về tín dụng đối với người nghèo và các đối tượng chính sách khác.

<sup>26</sup> Thanh Tùng, “Người nghèo ở đô thị”, <https://nhandan.com.vn/baothoinay-dothi/nguoi-ngheo-o-do-thi-381052/>.



# HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ VỀ BẢO HỘ CHỈ DẪN ĐỊA LÝ ĐỒNG ÂM

**Nguyễn Thị Nguyệt \***

*\*ThS. Khoa Kinh tế - Luật, Đại học Thương mại.*

**Thông tin bài viết:**

*Từ khóa:* Chỉ dẫn địa lý đồng âm, bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm, sở hữu trí tuệ.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 26/01/2021  
Biên tập : 18/02/2021  
Duyệt bài : 22/02/2021

**Article Infomation:**

*Keywords:* Homogeneous geographical indications; protection of homogeneous geographical indications; protection of intellectual property.

*Article History:*

Received : 26 Jan. 2021  
Edited : 18 Feb. 2021  
Approved : 22 Feb. 2021

Ngày nay, có thể thấy, việc sử dụng những dấu hiệu chỉ dẫn địa lý cho sản phẩm, hàng hóa tạo ra những giá trị vô hình cho các sản phẩm tự nhiên ở các vùng miền khác nhau trên thế giới. Khác với nhãn hiệu, tên thương mại, chỉ dẫn địa lý có chức năng chỉ dẫn nguồn gốc địa lý của sản phẩm có chất lượng đặc biệt so với sản phẩm cùng loại đến từ những vùng khác; những khu vực này thường là nơi có điều kiện thổ nhưỡng, tự nhiên hay yếu tố con người độc đáo. Bởi vậy, việc bảo hộ hiệu quả các chỉ dẫn địa lý này sẽ góp phần nâng cao giá trị thương mại của hàng hóa Việt Nam trên thị trường thế giới. Bên cạnh đó, Việt Nam đã ký kết hoặc gia nhập một số điều ước quốc tế (gần đây nhất là Hiệp định

**Tóm tắt:**

Chỉ dẫn địa lý đồng âm là đối tượng được quan tâm trong Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam - Liên minh châu Âu (EVFTA). Hiện nay, pháp luật về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ ở Việt Nam không nhắc đến nhưng cũng không phủ nhận việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm. Tuy nhiên, do tính chất đặc biệt của chỉ dẫn địa lý đồng âm nên pháp luật cần có những quy định cụ thể hơn về đối tượng này. Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung phân tích khái niệm chỉ dẫn địa lý đồng âm, sự cần thiết đối với việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm và đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật sở hữu trí tuệ về vấn đề bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm.

**Abstract:**

Homogeneous geographical indications are an object of interest in the Vietnam - European Union Free Trade Agreement (EVFTA). Currently, the law on the protection of intellectual property rights in Vietnam does not mention but also does not deny the protection of homogeneous geographical indications. However, due to the special nature of the homogeneous geographical indication, the law needs to have more specific provisions on this object. In the scope of this article, the author focuses on an analysis of the concept of homogeneous geographical indications, the need for the protection of homogeneous geographical indications and provides a number of recommendations to further improve the law on intellectual property on the issue of protecting homogeneous geographical indications.

Thương mại tự do Việt Nam - Liên minh châu Âu - EVFTA). Các văn bản này đều nhấn mạnh về vấn đề bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với chỉ dẫn địa lý nói chung cũng như giải quyết vấn đề liên quan đến bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm.

**1. Khái niệm chỉ dẫn địa lý đồng âm**

Hiệp định về các khía cạnh thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (Hiệp định TRIPS) năm 1994 chính thức sử dụng khái niệm “chỉ dẫn địa lý” trên cơ sở hai thuật ngữ “chỉ dẫn nguồn gốc” và “tên gọi xuất xứ hàng hóa” được đề cập trong Công ước Paris năm 1883 và Thỏa ước Madrid năm 1891. Theo Hiệp định này, chỉ dẫn địa lý được hiểu là “những chỉ dẫn về hàng hóa bắt nguồn từ lãnh thổ của một thành viên



hoặc từ khu vực hay địa phương thuộc lãnh thổ đó, có chất lượng, uy tín hoặc đặc tính nhất định chủ yếu do xuất xứ địa lý quyết định”<sup>1</sup>. Khái niệm trên cho thấy, chỉ dẫn địa lý có thể là những dấu hiệu bất kỳ để chỉ ra nguồn gốc của sản phẩm được sản xuất từ lãnh thổ, địa phương hay một khu vực nhất định. Trong đó, sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý có chất lượng, uy tín hoặc đặc tính mà các tính chất này chủ yếu do xuất xứ địa lý quyết định.

Ở Việt Nam, lần đầu tiên chỉ dẫn địa lý được quy định trong Nghị định số 54/200/NĐ-CP ngày 03/10/2000 của Chính phủ và được bảo hộ đồng thời với tên gọi xuất xứ hàng hóa. Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2009 và năm 2019 (Luật SHTT) thống nhất sử dụng thuật ngữ chỉ dẫn địa lý. Khoản 4 Điều 22 Luật SHTT quy định: “Chỉ dẫn địa lý là dấu hiệu dùng để chỉ sản phẩm có nguồn gốc từ khu vực, địa phương, vùng lãnh thổ hay quốc gia cụ thể”. Xuất phát từ đặc trưng của chỉ dẫn địa lý là chỉ dẫn nguồn gốc của sản phẩm nên dấu hiệu được công nhận là chỉ dẫn địa lý phải là những dấu hiệu nhận biết bằng thị giác như từ ngữ, hình ảnh, biểu tượng. Như vậy, chỉ dẫn địa lý có thể là bất cứ dấu hiệu nào để chỉ dẫn nguồn gốc của sản phẩm.

Cũng giống như các chỉ dẫn thương mại khác, hiện tượng tồn tại các chỉ dẫn thương mại giống hệt nhau được sử dụng để chỉ dẫn nguồn gốc của các sản phẩm được sản xuất từ các quốc gia, các vùng lãnh thổ khác nhau có thể xảy ra. Vấn đề này xuất phát từ việc trùng tên gọi của các vùng, lãnh thổ trong một quốc gia hoặc ở các quốc gia khác nhau. Các chỉ dẫn địa lý giống nhau được gán cho các sản phẩm được tiêu thụ trên một

thị trường khiến nhiều người lo điều này dễ gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng về xuất xứ thực sự của sản phẩm. Bởi vậy, trong các văn kiện quốc tế và pháp luật ở các quốc gia bắt đầu đề cập đến bảo hộ cho các chỉ dẫn địa lý đồng âm.

Nếu hiểu theo nghĩa phổ thông, thuật ngữ đồng âm (homonym) được định nghĩa trong Merriam Webster’s Collegiate Dictionary là “một trong hai hoặc nhiều từ được đánh vần và phát âm giống nhau nhưng khác nhau về nghĩa”<sup>2</sup>. Định nghĩa này giúp ta hiểu rằng, chỉ dẫn địa lý đồng âm là những chỉ dẫn địa lý được viết và phát âm giống nhau được dùng để chỉ dẫn nguồn gốc địa lý của sản phẩm xuất phát từ các vùng lãnh thổ, các quốc gia khác nhau.

Hiệp định TRIPs, lần đầu tiên đề cập đến chỉ dẫn địa lý đồng âm<sup>3</sup> và việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm cho sản phẩm rượu vang nhưng không đưa ra khái niệm thế nào là chỉ dẫn địa lý đồng âm. Tuy nhiên, theo cách hiểu trong Hiệp định TRIPs, các chỉ dẫn địa lý đồng âm là các dấu hiệu để chỉ các vùng lãnh thổ có tên gọi giống nhau về nghĩa đen được sử dụng để chỉ nguồn gốc địa lý của các sản phẩm đến từ các quốc gia khác nhau<sup>4</sup>. Ví dụ “Rioja” là tên của một vùng ở Tây Ban Nha và ở Argentina và cụm từ này áp dụng cho rượu vang được sản xuất ở hai quốc gia này. Như vậy “Rioja” là chỉ dẫn địa lý đồng âm dùng để chỉ dẫn xuất xứ của rượu vang đến từ hai quốc gia khác nhau.

Luật SHTT không quy định về khái niệm chỉ dẫn địa lý đồng âm, nhưng khoản 22 Điều 4 Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật SHTT năm 2020 (Dự thảo Luật)<sup>5</sup> đã bổ sung thêm khái niệm này như sau: “Chỉ dẫn địa lý đồng âm được hiểu là các chỉ dẫn địa lý có cách

<sup>1</sup> Khoản 1 Điều 22 Hiệp định TRIPs.

<sup>2</sup> “one of two or more words spelled and pronounced alike but different in meaning (such as the noun *quail* and the verb *quail*).

<sup>3</sup> Xem quy định Điều 23.3 Hiệp định TRIPs.

<sup>4</sup> WIPO Standing Committee On The Law Of Trademarks, Industrial Designs And Geographical Indications, “Possible Solutions For Conflicts Between Trademarks and Geographical Indications and For Conflicts Between homonymous Geographical Indications” WIPO Doc.Sct/5/3, 8 June 2000.

<sup>5</sup> Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật SHTT năm 2020, <https://www.most.gov.vn/vn/Pages/>

phát âm hoặc cách viết trùng nhau”. Việc pháp luật SHTT Việt Nam đưa ra định nghĩa về chỉ dẫn địa lý đồng âm là cần thiết. Bởi lẽ, việc có một định nghĩa chính xác và đầy đủ về chỉ dẫn địa lý đồng âm là cơ sở quan trọng để xác định đối tượng được bảo hộ và các điều kiện cho phép các chỉ dẫn địa lý này đồng thời tồn tại.

### 2. Sự cần thiết bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm

*Thứ nhất*, xuất phát từ đặc điểm của chỉ dẫn địa lý là dù các dấu hiệu chỉ dẫn nguồn gốc sản phẩm được viết hoặc phát âm giống nhau nhưng không làm mất đi tính phân biệt giữa các chỉ dẫn địa lý đồng âm.

Đối với các chỉ dẫn thương mại như nhãn hiệu, tên thương mại là các chỉ dẫn thương mại do con người sáng tạo, lựa chọn để tạo ra sự phân biệt giữa các cơ sở sản xuất, kinh doanh với nhau hay sản phẩm được sản xuất bởi các cơ sở sản xuất, kinh doanh khác nhau. Bởi vậy, nếu pháp luật công nhận sự tồn tại của các nhãn hiệu hay tên thương mại giống hệt nhau tất yếu sẽ gây ra sự nhầm lẫn cho người tiêu dùng về xuất xứ của sản phẩm được cung cấp bởi các nhà sản xuất khác nhau. Hơn nữa, những chỉ dẫn thương mại này do các tổ chức, cá nhân tự sáng tạo ra nên khi đã bị trùng với một nhãn hiệu hay tên thương mại đã có từ trước, họ có thể lựa chọn các dấu hiệu khác để gắn cho sản phẩm hoặc cơ sở kinh doanh của mình. Điều này không làm ảnh hưởng đến chất lượng của sản phẩm mà họ cung cấp. Ví dụ, “Trung Nguyên” là một nhãn hiệu gắn cho sản phẩm cà phê của công ty cà phê Trung Nguyên được dùng để phân biệt với sản phẩm cà phê do các chủ thể khác sản xuất. Tuy nhiên, nếu trước đó, Công ty cà phê Trung Nguyên sử dụng nhãn hiệu khác để gắn lên sản phẩm của mình thì vẫn tạo ra được tính phân biệt và không làm ảnh hưởng đến đánh giá của người tiêu dùng về chất lượng của sản phẩm. Vậy nên đối với nhãn hiệu hay tên thương mại, một nguyên tắc bảo hộ được sử dụng là chủ thể nào sử dụng tên thương mại trước hay đăng ký đối với nhãn hiệu trước thì sẽ

được công nhận quyền trước, các chủ thể kinh doanh khác không được đăng ký hay sử dụng nhãn hiệu, tên thương mại trùng hay tương tự với nhãn hiệu, tên thương mại đã được đăng ký, được sử dụng trước.

Trong khi đó, chỉ dẫn địa lý là các dấu hiệu được sử dụng để chỉ dẫn đến xuất xứ của sản phẩm đến từ một quốc gia, vùng lãnh thổ nhất định. Ý nghĩa của chỉ dẫn địa lý là chỉ dẫn đến nguồn gốc của sản phẩm có chất lượng được đánh giá bởi người tiêu dùng và chất lượng đó do điều kiện thổ nhưỡng, tự nhiên hay yếu tố con người của một vùng lãnh thổ tạo nên. Ngay từ đầu, điều kiện để pháp luật công nhận các dấu hiệu này là chỉ dẫn địa lý xuất phát từ yếu tố đặc biệt của vùng lãnh thổ được chỉ dẫn đến. Ít trường hợp có hai hoặc nhiều vùng lãnh thổ khác nhau nhưng có cùng điều kiện về tự nhiên và con người làm nên chất lượng sản phẩm vượt trội, có chăng phải là các vùng lãnh thổ sát gần nhau. Ví dụ, nước mắm Phú Quốc nổi tiếng trong cả nước và nước ngoài nhờ độ đậm cao, có màu, mùi, vị thơm ngon đặc trưng xuất phát từ nguồn tài nguyên chất lượng và truyền thống làm nước mắm lâu đời của người dân Phú Quốc, Kiên Giang. Hơn nữa, đây chỉ là hiện tượng các dấu hiệu được viết và phát âm giống nhau còn các vùng lãnh thổ thường sẽ nằm ở các vị trí địa lý khác nhau nên không có hiện tượng trùng về chỉ dẫn địa lý. Bởi vậy, dù dấu hiệu của các chỉ dẫn địa lý có thể được viết hoặc phát âm giống nhau nhưng chúng ta vẫn có thể phân biệt được nguồn gốc của sản phẩm thông qua điều kiện đặc biệt từ vùng lãnh thổ tạo ra sản phẩm đó và vị trí địa lý của các vùng lãnh thổ đó.

Bên cạnh đó, khác với nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý không được lựa chọn tùy tiện mà dùng để chỉ đến một khu vực địa lý riêng liên quan đến các sản phẩm có nguồn gốc từ đó. Có thể các vùng địa lý khác nhau có tên gọi giống nhau và là nơi xuất xứ của cùng một loại sản phẩm. Tên gọi của các vùng địa lý được đặt và công

nhận bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc đã được người dân sử dụng lâu đời mang tính truyền thống, nên khó có thể tùy tiện thay đổi tên gọi của các chỉ dẫn này. Bởi vậy, hiện tượng chỉ dẫn địa lý đồng âm tồn tại là điều tất yếu.

*Thứ hai*, xuất phát từ vai trò của chỉ dẫn địa lý. Bảo hộ một chỉ dẫn địa lý là chống lại việc sử dụng các chỉ dẫn thương mại trùng hoặc tương tự với chỉ dẫn địa lý đó cho sản phẩm không đạt các chỉ tiêu pháp lý (không có nguồn gốc từ khu vực địa lý tương ứng, không đạt các chỉ tiêu về sản phẩm hoặc các chỉ tiêu về quy trình sản xuất sản phẩm). Nước mắm Phú Quốc, chè Shan tuyết Mộc Châu, cà phê Ban Mê Thuật, bưởi Đoan Hùng, rượu Bourdeux... là những ví dụ về tên gọi nổi tiếng thường làm chúng ta liên tưởng đến những sản phẩm tự nhiên, có chất lượng cao ở Việt Nam và trên thế giới. Một đặc điểm chung của tất cả các tên gọi này là ý nghĩa về mặt địa lý của chúng, tức là chức năng chỉ dẫn một khu vực, thành phố, huyện, tỉnh... Những ví dụ trên cho chúng ta thấy rằng, chỉ dẫn địa lý có thể nổi tiếng và vì thế có thể là tài sản thương mại có giá trị. Chính vì vậy, các chỉ dẫn địa lý này thường bị giả mạo dẫn tới nhu cầu phải được bảo hộ.

Bảo hộ chỉ dẫn địa lý có hiệu quả tạo ra lợi ích kinh tế cho tất cả các mắt xích tham gia quy trình sản xuất, lưu thông, tiêu dùng sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý. Đặc biệt, việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý có vai trò và ý nghĩa quan trọng trong việc phát triển kinh tế nông nghiệp, nông thôn. Bảo hộ chỉ dẫn địa lý tạo công cụ pháp lý để nhà sản xuất chống lại các hành vi giả mạo chỉ dẫn địa lý. Từ đó, nhà sản xuất có thể gia tăng giá trị cho sản phẩm của mình. Một khi người tiêu dùng biết chắc chắn hàng hóa định mua là sản phẩm thật sự được bảo đảm về nguồn gốc, họ sẵn sàng trả giá cao cho sản phẩm đó. Tuy nhiên, để có được điều đó cũng đòi hỏi bản thân các nhà sản xuất sản phẩm phải tự hoàn thiện và bảo đảm quy trình sản xuất, kinh doanh sản phẩm để có thể đưa ra thị trường các sản phẩm có chất lượng ổn định, có nguồn gốc rõ ràng.

Nếu không công nhận sự tồn tại một trong các chỉ dẫn địa lý đồng âm đồng nghĩa với việc một trong số các chỉ dẫn địa lý này không được bảo hộ, dẫn đến việc có thể có hành vi giả mạo sản phẩm và có thể khó khăn trong việc quản lý và duy trì chất lượng sản phẩm ở những vùng mà chỉ dẫn địa lý không được công nhận. Đây sẽ là một sự mất mát lớn cho sản phẩm truyền thống có chất lượng của một vùng lãnh thổ.

*Thứ ba*, xét về cơ sở pháp lý. Như đã phân tích ở trên, pháp luật về SHTT hiện hành của Việt Nam không đề cập đến thuật ngữ chỉ dẫn địa lý đồng âm và những điều kiện riêng cho bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm. Trên cơ sở quy định của Điều 79 Luật SHTT về điều kiện bảo hộ chỉ dẫn địa lý và các trường hợp loại trừ không bảo hộ chỉ dẫn địa lý quy định tại Điều 80 Luật SHTT, pháp luật không loại trừ việc bảo hộ đồng thời các chỉ dẫn địa lý đồng âm. Bên cạnh đó, pháp luật Việt Nam không căn cứ vào nguyên tắc nộp đơn trước mà vẫn công nhận cho sự tồn tại của các chỉ dẫn địa lý nếu chỉ dẫn đúng về nguồn gốc địa lý và không gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng về nguồn gốc địa lý thực của sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý đó. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, cần quy định cụ thể hơn về chỉ dẫn địa lý đồng âm bởi sự tồn tại nguy cơ xung đột giữa các chỉ dẫn địa lý đồng âm khi được sử dụng trên cùng một thị trường. Ngoài ra, trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam gia nhập hoặc ký kết đều có đề cập đến hiện tượng chỉ dẫn địa lý đồng âm và có quy định riêng cho chỉ dẫn địa lý đồng âm như trong Hiệp định TRIPs và gần đây nhất trong EVFTA đã có những thỏa thuận cụ thể để xử lý các vấn đề liên quan đến bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm.

*Thứ tư*, xuất phát từ đòi hỏi của thực tiễn. Hiện nay, dù ở Việt Nam chưa có trường hợp chỉ dẫn địa lý đồng âm nào được bảo hộ, nhưng có thể nhìn thấy rõ nhu cầu về bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm trong tương lai. Năm 2006, Việt Nam đã chấp nhận bảo hộ chỉ dẫn địa lý Pisco của Peru. Năm 2011, Việt Nam đã công nhận “Pisco” của Chile là chỉ dẫn địa lý theo định nghĩa của Điều

22 Hiệp định TRIPs trong FTA giữa Việt Nam và Chile. Mới đây, Chile đã nộp đơn yêu cầu bảo hộ chỉ dẫn địa lý Pisco ở Việt Nam. Ở Việt Nam cũng có các vùng lãnh thổ trùng tên như huyện Kỳ Sơn tỉnh Nghệ An và huyện Kỳ Sơn tỉnh Hòa Bình... và có thể xuất hiện hiện tượng đồng âm trong tương lai. Vì vậy, pháp luật SHTT của Việt Nam cần thiết phải quy định các điều kiện riêng cho bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm.

### 3. Kiến nghị

Từ những phân tích trên, chúng tôi đề xuất một số kiến nghị cụ thể liên quan đến vấn đề bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm:

*Thứ nhất*, sửa đổi khoản 22 Điều 4 Dự thảo Luật về khái niệm chỉ dẫn địa lý đồng âm theo hướng làm rõ thêm hai vấn đề: (i) Phạm vi bảo hộ chỉ dẫn đồng âm đối với tất cả các sản phẩm hay chỉ một số sản phẩm; (ii) Các chỉ dẫn địa lý được coi là đồng âm khi nó chỉ dẫn đến nguồn gốc của các sản phẩm bất kỳ hay là các sản phẩm cùng loại.

+ Tùy thuộc vào hệ thống pháp luật mỗi quốc gia khác nhau xác định bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm cho các loại sản phẩm khác nhau. Theo quy định của Hiệp định TRIPs và một số quốc gia như Trung Quốc, New Zealand... quy định chỉ bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm đối với rượu vang. Tuy nhiên, hiện nay, việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm cho nhiều sản phẩm bên cạnh sản phẩm rượu vang đã được một số quốc gia thừa nhận, chẳng hạn như Thái Lan đã thừa nhận chỉ dẫn địa lý đồng âm đối với một số sản phẩm đặc biệt<sup>6</sup> hay Ấn Độ thừa nhận bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm đối với tất cả các sản phẩm<sup>7</sup>. Hơn thế nữa, trong cam kết của Việt Nam trong EVFTA, chúng ta đã thừa nhận việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý và cho rằng, chỉ dẫn địa lý đồng âm không nên bị giới hạn trong một, một số sản phẩm cụ thể mà nên mở rộng bảo hộ chỉ dẫn địa lý đồng âm cho tất cả các sản phẩm.

+ Nên xem xét chỉ dẫn địa lý đồng âm đối với các dấu hiệu được chỉ dẫn nguồn gốc của các sản phẩm cùng loại. Việc tồn tại đồng thời các chỉ dẫn địa lý đồng âm hoàn toàn hợp lý bởi vì các chỉ dẫn chỉ ra nguồn gốc địa lý thực sự của các sản phẩm mà chúng được sử dụng. Tuy nhiên, xung đột thường nảy sinh khi các sản phẩm sử dụng các chỉ dẫn địa lý đồng âm được bán vào cùng một thị trường và chỉ dẫn đến nguồn gốc của các sản phẩm giống hệt nhau. Việc sử dụng đồng thời các chỉ dẫn địa lý đồng âm trong cùng một lãnh thổ có thể gây ra vấn đề khi sản phẩm sử dụng chỉ dẫn địa lý có những phẩm chất và đặc điểm riêng biệt mà không có sản phẩm sử dụng từ đồng âm của chỉ dẫn địa lý đó. Trong trường hợp này, việc sử dụng chỉ dẫn địa lý đồng âm sẽ gây hiểu lầm, vì các kỳ vọng liên quan đến chất lượng của sản phẩm mà chỉ dẫn địa lý đồng âm được sử dụng không được đáp ứng. Đối với các chỉ dẫn thương mại khác như nhãn hiệu, khi xét nhãn hiệu đăng ký sau có trùng hay tương tự với nhãn hiệu đã được đăng ký trước, pháp luật cũng chỉ xem xét nhãn hiệu được gắn lên các sản phẩm cùng loại<sup>8</sup>. Trong Hiệp định TRIPs, chỉ dẫn địa lý đồng âm cũng chỉ được xác định đối với các chỉ dẫn đến xuất xứ của các loại rượu vang. Nói cách khác, Hiệp định TRIP chỉ công nhận sự tồn tại đồng thời của các chỉ dẫn địa lý đồng âm được gắn với các sản phẩm cùng loại. Bởi vậy, chỉ xác định là chỉ dẫn địa lý đồng âm để chỉ dẫn nguồn gốc của các sản phẩm cùng loại.

Vì vậy, khoản 22 Điều 4 Dự thảo Luật cần được viết lại như sau: “22. *Chỉ dẫn địa lý đồng âm là các chỉ dẫn địa lý có cách phát âm hoặc cách viết trùng nhau để chỉ dẫn nguồn gốc của các sản phẩm cùng loại*”.

*Thứ hai*, sửa đổi Điều 79 Dự thảo Luật theo hướng bổ sung thêm các yêu cầu cụ thể đảm bảo phân biệt giữa các chỉ dẫn địa lý đồng âm.

<sup>6</sup> Xem Điều 29 Luật Bảo hộ chỉ dẫn địa lý của Thái Lan năm 2003.

<sup>7</sup> Xem Điều 10 Luật Đăng ký và bảo hộ chỉ dẫn địa lý đối với hàng hóa của Ấn Độ năm 1999.

<sup>8</sup> Xem điểm e khoản 2 Điều 74 Luật SHTT.



Điều 23.3 của Hiệp định TRIPs đặt ra một quy tắc cụ thể cho các chỉ dẫn địa lý đồng âm cho rượu vang bằng cách quy định cụ thể các trường hợp chỉ dẫn địa lý đồng âm cho các loại rượu mà việc sử dụng không thể hiện sai cho công chúng rằng hàng hóa có nguồn gốc từ lãnh thổ khác như quy định tại Điều 22.4 của Hiệp định TRIPs. Trong trường hợp này, cả hai chỉ dẫn phải được bảo hộ và các thành viên WTO liên quan phải xác định các điều kiện cần thiết để phân biệt các chỉ dẫn đồng âm cho rượu vang. Khi làm như vậy, họ phải đảm bảo rằng người tiêu dùng không bị lừa dối và các nhà sản xuất liên quan được đối xử công bằng. Hiệu quả thực tế của quy định này là nó thúc đẩy các thành viên WTO mở cửa thị trường của mình trong các trường hợp có chỉ dẫn địa lý đồng âm và buộc phải tìm ra các giải pháp thích hợp để các sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý đồng âm đó cùng tồn tại. Tương tự như Hiệp định TRIPs, EVFTA cũng đề cho các quốc gia thành viên tự quy định về điều kiện thực tế để có thể hạn chế sự nhầm lẫn cho người tiêu dùng về xuất xứ của các sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý đồng âm.

Theo pháp luật của Ấn Độ, có hai điều kiện cần được xem xét trước khi quyết định bảo hộ các chỉ dẫn địa lý đồng âm. Cơ quan cấp phép bảo hộ cho một chỉ dẫn địa lý này so với chỉ dẫn địa lý kia; trong đó, hai chỉ dẫn địa lý đồng âm với nhau chỉ được bảo hộ khi đáp ứng các điều kiện sau: 1) Xác suất thực tế có thể phân biệt được các sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý đó về tính chất, chất lượng, hình dáng, công dụng và cảm nhận tổng thể của sản phẩm để tránh mọi khả năng nhầm lẫn của người tiêu dùng; 2) Trong trường hợp cơ quan có thẩm quyền có thể đảm bảo đối xử công bằng đối với các nhà sản xuất hai sản phẩm liên quan và bảo vệ quyền của các nhà sản xuất<sup>9</sup>.

Năm 1999, Đại hội đồng văn phòng rượu nho quốc tế (OIV) đã thông qua Nghị quyết

ECO/3/99, xử lý các chỉ dẫn địa lý đồng âm. Nghị quyết khuyến nghị các quốc gia thành viên OIV, khi đặt ra các quy tắc phân biệt cho các tên đồng âm, cần xem xét những điều kiện sau: (i) Sự công nhận chính thức được sử dụng ở nước xuất xứ; (ii) Khoảng thời gian tên đã được sử dụng; (iii) Việc sử dụng có trung thực hay không; (iv) Tầm quan trọng của việc trình bày các nhãn đồng âm đối với hoạt động tiếp thị; (v) Khuyến khích đề cập đầy đủ thông tin phân biệt để tránh sự nhầm lẫn của người tiêu dùng.

Chúng tôi cho rằng, Điều 79 Dự thảo Luật cần được bổ sung thêm các yêu cầu để đảm bảo hạn chế nhầm lẫn của người tiêu dùng về các chỉ dẫn địa lý đồng âm cùng tồn tại trên thị trường như: tầm quan trọng của việc trình bày các nhãn đồng âm; đề cập đầy đủ thông tin để phân biệt tránh sự nhầm lẫn của người tiêu dùng...

*Thứ ba*, cần bổ sung quy định về quyền được thông báo và được góp ý của chủ sở hữu chỉ dẫn địa lý đã được bảo hộ trước khi chỉ dẫn địa lý đồng âm được xem xét bảo hộ.

Đây là nội dung mà Việt Nam đã cam kết trong EVFTA, cụ thể: “Nếu một Bên, trong đàm phán với một nước thứ ba, đề xuất bảo hộ một chỉ dẫn địa lý của nước thứ ba đó đồng âm với một chỉ dẫn địa lý của Bên kia được bảo hộ theo Tiêu Mục này thì phải thông báo cho Bên kia và dành cho Bên kia cơ hội để góp ý trước khi chỉ dẫn địa lý của nước thứ ba được bảo hộ”. Biết trước về việc sẽ bảo hộ cho một chỉ dẫn địa lý đồng âm với chỉ dẫn địa lý đã được bảo hộ là quyền chính đáng của chủ sở hữu; đồng thời, đây cũng là một nội dung mà Việt Nam đã cam kết trong EVFTA. Vì vậy, Dự thảo Luật cần bổ sung thêm nội dung liên quan quyền được thông báo và quyền được góp ý trước khi bảo hộ một chỉ dẫn địa lý đồng âm với chỉ dẫn địa lý đã được bảo hộ của chủ sở hữu chỉ dẫn địa lý đó■

<sup>9</sup> Xem Điều 10 Luật Đăng ký và bảo hộ chỉ dẫn địa lý đối với hàng hóa của Ấn Độ năm 1999, có thể dịch là Đạo luật chỉ dẫn địa lý hàng hóa (Đăng ký và bảo hộ - GIG) năm 1999 của Ấn Độ. <https://legislative.gov.in/sites/default/files/A1999-48.pdf>.



# GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP ĐẦU TƯ - NHỮNG VẤN ĐỀ ĐẶT RA ĐỐI VỚI LUẬT ĐẦU TƯ THEO PHƯƠNG THỨC ĐỐI TÁC CÔNG TƯ

Lê Đức Ngọc\*

\*ThS. Vụ Chính sách thương mại đa biên, Bộ Công Thương.

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* CPTPP, EVIPA, PPP, giải quyết tranh chấp về đầu tư.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 23/3/2021

Biên tập : 14/4/2021

Duyệt bài : 16/4/2021

### Tóm tắt:

Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư năm 2020 (Luật PPP) có hiệu lực từ ngày 01/01/2021 được kỳ vọng sẽ tạo dựng một nền tảng pháp lý cởi mở, minh bạch, công bằng nhằm thu hút các nhà đầu tư thực hiện các dự án về cơ sở hạ tầng tại Việt Nam. Tuy nhiên, liên quan đến các quy định về giải quyết tranh chấp về đầu tư, Luật PPP vẫn còn tồn tại những sự khác biệt so với hai điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên: Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) và Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (EVIPA). Trong phạm vi bài viết này, tác giả giới thiệu những nét chính về cơ chế giải quyết tranh chấp theo CPTPP, EVIPA và Luật PPP; phân tích chỉ ra một số khác biệt cũng như các hạn chế, bất cập trong cơ chế giải quyết tranh chấp giữa CPTPP, EVIPA và Luật PPP; và đưa ra các kiến nghị.

### Article Infomation:

*Keywords:* CPTPP; EVIPA; PPP; investment; dispute settlement

*Article History:*

Received : 23 Mar. 2021

Edited : 14 Apr. 2021

Approved : 16 Apr. 2021

### Abstract:

The Law on Public-Private-Partnership (Law on PPP), coming into effectiveness from January 1, 2021, is expected to create an open, transparent and fair legal foundation to attract investors to do projects related to infrastructure in Vietnam. However, regarding the provisions on the investment dispute settlement, the Law still exists some differences compared to the two international treaties to which Vietnam is a member, the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) and the Investment Protection Agreement between Vietnam and the European Union (EVIPA). In the scope of this article, the author provides introduction of the main features of the dispute settlement mechanism under CPTPP, EVIPA and the Law on PPP, an analysis of some differences as well as shortcomings in the dispute settlement mechanism between CPTPP, EVIPA and the Law on PPP; and also recommendations.

Trong năm 2019 và năm 2020, Việt Nam đã tham gia và thiết lập ba nền tảng pháp lý quan trọng nhằm thực hiện mục tiêu thu hút tốt hơn dòng vốn đầu tư trực tiếp từ nước ngoài (FDI) vào Việt Nam: Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP), Hiệp định Thương mại tự do và Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (EVFTA/EVIPA) và Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư (Luật PPP). Trong đó, việc Luật PPP ra

đòi được kỳ vọng sẽ trở thành một khung pháp lý mang hướng “tiêu chuẩn” để minh định rõ ràng mục tiêu thu hút đầu tư mà Việt Nam đã đề ra. Không khó để nhận ra, trong các dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư (dự án PPP), mục tiêu của nhà đầu tư không nhất thiết phải giống với mục đích của Nhà nước, và do vậy, khả năng xảy ra xung đột luôn sẵn sàng thường trực. Trong các hợp đồng đầu tư, một khía cạnh thường bị các bên bỏ qua nhưng lại đóng vai trò

quan trọng là nội dung giải quyết tranh chấp khi có những bất đồng xảy ra. Đối với các nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, trước khi có các Hiệp định Thương mại tự do (FTA) thế hệ mới, hầu như chỉ có Tòa án Việt Nam là “địa chỉ” duy nhất để giải quyết bất kỳ tranh chấp nào trong quá trình thực hiện hoạt động đầu tư của họ; chỉ có một số ít các nhà đầu tư nước ngoài khởi kiện ra các cơ quan tài phán quốc tế. Điều này ít nhiều đã gây ra những quan ngại nhất định cho các nhà đầu tư nước ngoài trên thực tế.

Hầu hết các dự án cơ sở hạ tầng đều là các dự án có quy mô vốn đầu tư lớn, chi phí vận hành cao và thời gian dài tính từ thời điểm bắt đầu triển khai đến lúc hoàn thiện dự án. Các nhà đầu tư đến từ các nước thành viên CPTPP và các nước thành viên Liên minh châu Âu (EU) thường có nguồn lực và kinh nghiệm đáng kể và có thể mang lại lợi ích cho Việt Nam về mặt này. Tuy nhiên, tâm lý chung của các nhà đầu tư nước ngoài khi mang vốn và sức của mình sang một “phương trời xa lạ” đều là muốn các khoản đầu tư của mình được bảo vệ một cách hợp lý nhất có thể. Do vậy, các điều khoản giải quyết tranh chấp sẽ đóng vai trò như là một phương tiện mà các nhà đầu tư nước ngoài có thể sử dụng để đảm bảo an toàn và bảo vệ thận trọng cho hàng triệu đô-la đầu tư của họ.

### **1. Giải quyết tranh chấp đầu tư trong CPTPP, EVIPA và Luật PPP**

Hiện nay, trên thế giới phổ biến ba (03) cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế là: Trọng tài, Tòa án hai cấp xét xử, Tòa án trong nước. Cho đến nay, theo các cam kết quốc tế mà Việt Nam là thành viên và pháp luật về đầu tư của Việt Nam, Việt Nam đã tham gia cả ba cơ chế giải quyết tranh chấp này, cụ thể như sau:

#### ***1.1. CPTPP và giải quyết tranh chấp đầu tư trong CPTPP***

CPTPP là một FTA thế hệ mới, gồm 11 nước thành viên là: Australia, Brunei, Canada, Chile, Nhật Bản, Malaysia, Mê-hi-cô, New Zealand, Peru, Singapore và Việt Nam. Hiệp định đã được ký kết ngày 08/3/2018, và chính thức có hiệu lực từ ngày 30/12/2018 đối với nhóm 6 nước đầu tiên hoàn tất thủ tục phê chuẩn Hiệp định gồm Mê-hi-cô, Nhật Bản, Singapore, New Zealand, Canada và Australia. Đối với Việt Nam, Hiệp định có hiệu lực từ ngày 14/01/2019<sup>1</sup>. Tính đến ngày 14/01/2021, Việt Nam đã trải qua 02 năm thực thi CPTPP.

CPTPP đưa ra các điều khoản và điều kiện để đảm bảo thủ tục đầu tư sẽ dễ dàng và minh bạch hơn cho các nhà đầu tư nước ngoài. Chương 9 Hiệp định quy định cơ chế bảo vệ đầu tư nước ngoài vào các quốc gia CPTPP, đề cập cụ thể về giải quyết tranh chấp giữa các nhà đầu tư nước ngoài và các quốc gia tiếp nhận đầu tư. Trong trường hợp các tài sản được đầu tư bị quốc hữu hóa, CPTPP yêu cầu cơ quan có thẩm quyền bồi thường tương đương với giá trị thị trường ngay trước khi việc quốc hữu hóa diễn ra.

Liên quan đến vấn đề giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nước tiếp nhận đầu tư, CPTPP khuyến khích các bên nỗ lực giải quyết thông qua các biện pháp như tham vấn, đàm phán hoặc thông qua bên thứ ba. Trong trường hợp tham vấn không thành công, nhà đầu tư có thể đơn phương gửi yêu cầu ra trọng tài. Nhà đầu tư nước ngoài, với tư cách là bên khiếu nại, có thể chọn Tòa án để giải quyết tranh chấp. Khi thành lập ban hội thẩm, nhà đầu tư cũng có thể chọn một trong ba hội thẩm viên. Hơn nữa, họ có thể thương lượng để áp dụng những quy tắc có liên quan, và đưa ra hướng dẫn để đảm bảo

<sup>1</sup> Bộ Công Thương, Công thông tin về Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP), [http://cptpp.moit.gov.vn/?page=overview&category\\_id=9040e56c-c3f5-4592-9fe7-baa47f75a7c0](http://cptpp.moit.gov.vn/?page=overview&category_id=9040e56c-c3f5-4592-9fe7-baa47f75a7c0), truy cập ngày 17 tháng 3 năm 2021.

các trọng tài viên độc lập và vô tư trong vụ việc của họ. Do đó, CPTPP tạo ra cho các nhà đầu tư nước ngoài nhiều thời gian và kênh hơn để bảo vệ khoản đầu tư của họ ở nước tiếp nhận đầu tư.

Tuy nhiên, có một số ngoại lệ nhất định áp dụng cho Việt Nam. Nhà đầu tư nước ngoài sẽ mất quyền khởi kiện theo điều khoản giải quyết tranh chấp nếu nhà đầu tư nước ngoài tuân theo các thủ tục khiếu nại tại Tòa án Việt Nam. Lựa chọn giải quyết tại một Tòa án Việt Nam là cuối cùng và duy nhất, ngăn cản nhà đầu tư khởi kiện đến bất kỳ Trọng tài nào khác. Nếu các quy định của Tòa án có lợi cho nhà đầu tư, nhưng Việt Nam từ chối thực hiện, nhà đầu tư nước ngoài có thể khiếu nại nước sở tại của mình để yêu cầu đình chỉ lợi ích cho Việt Nam cho đến khi Việt Nam tuân thủ.

Theo các thỏa thuận song phương nhất định của CPTPP, có một số ngoại lệ đối với các cơ chế mà CPTPP đặt ra cho việc giải quyết tranh chấp. Ví dụ, New Zealand và Việt Nam đồng ý không áp dụng cơ chế giải quyết tranh chấp đối với Chính phủ của mỗi quốc gia theo Mục B của Chương 9, trừ khi Chính phủ đồng ý đặc biệt đối với việc áp dụng cơ chế giải quyết tranh chấp đó. Thỏa thuận song phương này hạn chế một số quyền tự do đối với các nhà đầu tư khi gửi hồ sơ tranh chấp ra trọng tài. Trong trường hợp này, các nhà đầu tư từ New Zealand vẫn có thể sử dụng một cơ chế khác theo luật pháp Việt Nam hoặc các điều ước quốc tế khác mà Việt Nam và New Zealand đã ký kết.

### **1.2. EVIPA và giải quyết tranh chấp đầu tư trong EVIPA**

Hiệp định EVIPA được ký kết vào ngày 30/6/2019. Ban đầu, EVIPA nằm trong EVFTA, tuy nhiên vào tháng 9/2017, do phát sinh một số vấn đề liên quan đến thẩm quyền

phê chuẩn các FTA của EU, EU đã chính thức đề nghị Việt Nam tách riêng nội dung bảo hộ đầu tư, và cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Nhà nước ra khỏi EVFTA thành một hiệp định riêng<sup>2</sup>. Hiện tại, EVIPA vẫn chưa có hiệu lực. Để có hiệu lực, Hiệp định này phải được Nghị viện châu Âu và từng thành viên EU phê chuẩn.

Đặc điểm nổi bật nhất của EVIPA là Hiệp định này thiết lập một Tòa án gồm hai cấp xét xử sơ thẩm và phúc thẩm. Các thành viên của hai cấp xét xử này sẽ đảm nhiệm vai trò như các thẩm phán trong nhiệm kỳ 04 năm và có thể được tái bổ nhiệm 01 lần; 5 trên tổng số 9 thành viên được bổ nhiệm từ thời điểm Hiệp định có hiệu lực sẽ có nhiệm kỳ 6 năm. Trong số đó, ba thành viên mang quốc tịch của một trong các nước thành viên EU, ba thành viên mang quốc tịch Việt Nam và ba thành viên mang quốc tịch của nước thứ ba, một trong số các thành viên được bổ nhiệm là Chủ tịch Hội đồng tài phán và một trong số các thành viên được bổ nhiệm là Phó Chủ tịch Hội đồng tài phán, thông qua bốc thăm ngẫu nhiên bởi Chủ tịch Ủy ban đầu tư. Ngoài ra, EVIPA cũng quy định, Hội đồng tài phán phúc thẩm xem xét lại các phán quyết tạm thời của Hội đồng tài phán thông qua thủ tục phúc thẩm; theo đó sẽ có 6 trọng tài viên, trong đó 2 trọng tài viên có quốc tịch một trong số nước thành viên EU, 2 trọng tài viên có quốc tịch Việt Nam, và 2 trọng tài viên có quốc tịch nước thứ ba.

Hiện tại, cơ chế này mới bắt đầu manh nha được sử dụng tại một số ít các hiệp định về đầu tư, chủ yếu là các hiệp định có sự tham gia đàm phán của EU.

Trên thực tế, cơ chế Tòa án hai cấp xét xử là không mới, đã từng được nhiều quốc gia lựa chọn giải quyết tranh chấp trong các điều ước quốc tế mà mình tham gia. Trong đó,

<sup>2</sup> Bộ Công Thương, Công thông tin về Hiệp định Thương mại tự do giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (EVFTA); [http://evfta.moit.gov.vn/?page=overview&category\\_id=fb203c7b-54d6-4af7-85ca-c51f227881dd](http://evfta.moit.gov.vn/?page=overview&category_id=fb203c7b-54d6-4af7-85ca-c51f227881dd), truy cập ngày 17 tháng 3 năm 2021.

phổ biến nhất là cơ chế giải quyết tranh chấp của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) hay các Hiệp định trong khuôn khổ ASEAN hay ASEAN+. Tuy nhiên, điểm chung của cơ chế đó là chỉ giải quyết các khúc mắc, tranh chấp giữa Nhà nước với Nhà nước, với phạm vi liên quan đến thương mại hàng hóa, dịch vụ, mà không chuyên biệt cho tranh chấp giữa nhà đầu tư với Nhà nước trong lĩnh vực đầu tư. Do đó, việc EU có cách tiếp cận giải quyết tranh chấp đầu tư bằng Tòa án hai cấp xét xử là khá mới khi so sánh với các Hiệp định Bảo hộ đầu tư song phương (BIT) trước đây hay ngay cả CPTPP. EVIPA đánh dấu lần đầu tiên Việt Nam áp dụng phương thức giải quyết tranh chấp này trong một hiệp định bảo hộ đầu tư<sup>3</sup>. Không chỉ với Việt Nam, EU đã lựa chọn Tòa án hai cấp xét xử làm cơ chế giải quyết tranh chấp về đầu tư trong các hiệp định về đầu tư khác mà EU tham gia như Hiệp định Kinh tế và thương mại toàn diện EU và Canada (CETA), Hiệp định bảo vệ đầu tư giữa EU và Singapore (EUSIPA).

Về trình tự khởi kiện, giống như các phương thức giải quyết tranh chấp khác, để bắt đầu quá trình khởi kiện, trước hết, nhà đầu tư phải gửi yêu cầu tham vấn đến bên còn lại. Nếu tranh chấp không thể giải quyết bằng cách giải quyết tranh chấp thay thế ngoài tài phán như đàm phán hay hòa giải, trong vòng 06 tháng kể từ ngày nguyên đơn yêu cầu tiến hành các cuộc đàm phán giải quyết tranh chấp hoặc trong vòng 03 tháng kể từ ngày họ gửi thông báo dự định nộp hồ sơ khiếu kiện, Hội đồng tài phán sẽ được thành lập trong vòng 90 ngày kể từ ngày nộp hồ sơ khiếu kiện và sẽ tiến hành tố tụng theo một thủ tục chặt chẽ về thời gian. Trong vòng 18 tháng kể từ ngày nộp hồ sơ khiếu kiện, Hội đồng tài phán sẽ ban hành phán quyết tạm

thời và thời hạn giải quyết khiếu nại dựa trên yêu cầu của bên tranh chấp sẽ không vượt quá 06 tháng. Theo đó, thời hạn thủ tục tố tụng trong EVIPA chỉ kéo dài khoảng 02 năm và không cho phép bất cứ sự trì hoãn nào đối với quá trình tố tụng nêu trên.

Về phương thức giải quyết tranh chấp thân thiện, Điều 3.4, 3.29 và 3.31 EVIPA quy định về phương thức giải quyết tranh chấp bằng thương lượng, hòa giải và khuyến khích việc đạt được thỏa thuận ngoài tố tụng. Cụ thể, Phụ lục 10 EVIPA quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp thông qua trung gian hòa giải<sup>4</sup>.

### **1.3. Luật PPP và giải quyết tranh chấp đầu tư trong Luật PPP**

Điều 97 là điều khoản duy nhất của Luật PPP điều chỉnh về giải quyết tranh chấp. Điều 97 Luật PPP quy định từng loại tranh chấp trên cơ sở phân định các chủ thể tranh chấp, để từ đó làm cơ sở xác định cơ quan, tổ chức nào có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp đó. Khoản 1 Điều 97 quy định: “*Tranh chấp giữa cơ quan có thẩm quyền, cơ quan ký kết hợp đồng với nhà đầu tư hoặc doanh nghiệp dự án PPP và tranh chấp giữa doanh nghiệp dự án PPP với các tổ chức kinh tế tham gia thực hiện dự án được giải quyết thông qua thương lượng, hòa giải, Trọng tài hoặc Tòa án*”. Theo đó, điều khoản này đã phân nhóm các loại tranh chấp hợp đồng PPP cụ thể như sau: (i) Một là tranh chấp giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền, cơ quan ký kết hợp đồng với nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP; (ii) Hai là tranh chấp giữa doanh nghiệp dự án PPP với các tổ chức kinh tế tham gia thực hiện dự án. Luật PPP quy định 04 phương thức giải quyết tranh chấp bao gồm thương lượng, hòa giải, Trọng tài hoặc Tòa án.

<sup>3</sup> Hoàng Phước, Lương Văn Lý, “*Thận trọng trong giải quyết tranh chấp theo EVIPA*”, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, <https://www.thesaigontimes.vn/301224/than-trong-trong-giai-quyet-tranh-chap-theo-evipa-.html>, truy cập ngày 23 tháng 3 năm 2020.

<sup>4</sup> Nguyễn Thị Nhung, “*EVFTA, EVIPA và cơ chế giải quyết tranh chấp*”, <https://tapchitaichinh.vn/tai-chinh-phap-luat/evfta-evipa-va-co-che-giai-quyet-tranh-chap-318992.html>, truy cập ngày 18 tháng 03 năm 2021.



### 2. Một số hạn chế, bất cập về giải quyết tranh chấp đầu tư trong Luật PPP trên cơ sở tham chiếu CPTPP và EVIPA

#### 2.1. Thời điểm tiến hành các phương thức giải quyết tranh chấp thân thiện

Khoản 1 Điều 97 Luật PPP quy định: “*Tranh chấp giữa cơ quan có thẩm quyền, cơ quan ký kết hợp đồng với nhà đầu tư hoặc doanh nghiệp dự án PPP và tranh chấp giữa doanh nghiệp dự án PPP với các tổ chức kinh tế tham gia thực hiện dự án được giải quyết thông qua thương lượng, hòa giải, Trọng tài hoặc Tòa án*”. Điều này được hiểu rằng, Luật PPP quy định thương lượng, hòa giải là hai phương thức giải quyết tranh chấp thân thiện mà các bên có tranh chấp có thể sử dụng. Tuy nhiên, quy định này không cho thấy thương lượng, hòa giải được sử dụng trong thời điểm nào của quá trình giải quyết tranh chấp.

Trong khi đó, đối chiếu đến CPTPP và EVIPA thì trường hợp phát sinh tranh chấp đầu tư, các bên nên đầu tiên giải quyết tranh chấp thông qua tham vấn và đàm phán, tức là sử dụng các thủ tục không mang tính chất ràng buộc, có thể có sự tham gia của bên thứ ba (Điều 9.18 CPTPP), và các tranh chấp cần được giải quyết một cách thân thiện thông qua đàm phán và hòa giải, và nếu có thể, trước khi nộp yêu cầu tham vấn (Điều 3.29 EVIPA). Theo đó, có thể thấy, CPTPP và EVIPA quy định rất rõ ràng hoạt động thương lượng, hòa giải nên được tiến hành vào thời điểm nào của hoạt động giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, nội dung này lại không được Luật PPP quy định và điều đó không chỉ không khuyến khích các bên sử dụng các biện pháp giải quyết thân thiện, tránh câu chuyện “*cơm không lành, canh chẳng ngọt*”, mà còn sẽ đặt ra câu hỏi về việc công nhận kết quả thương lượng, hòa giải sau này.

#### 2.2. Quy định về việc có tiếp tục thực hiện dự án đầu tư trong quá trình giải quyết tranh chấp hay không

Một trong những thiếu sót của Luật PPP là chưa dự liệu trường hợp, khi các bên tranh chấp đang trong quá trình giải quyết tranh chấp, các bên có tiếp tục thực hiện những nghĩa vụ của mình hay không. Về vấn đề này, tương tự như Luật PPP, bản thân CPTPP và EVIPA không đưa ra quy định cụ thể nào để điều chỉnh.

Thực tế cho thấy, một quy trình giải quyết tranh chấp đầy đủ có thể chiếm một khoảng thời gian tương đối dài và trong suốt khoảng thời gian đó, bên khởi kiện có thể sẽ phải liên tục chịu các tổn hại về kinh tế. Về sau, ngay cả trong trường hợp bên khởi kiện thắng kiện, pháp luật hiện hành cũng không có một điều khoản nào quy định về biện pháp tạm thời bảo vệ lợi ích của họ trong suốt quá trình bắt đầu đến khi kết thúc vụ tranh chấp.

Ví dụ, trong thời gian gần đây, trong khi hàng chục dự án giao thông theo phương thức Hợp đồng Xây dựng - Kinh doanh - Chuyển giao (BOT) đang hoàn tất quá trình chuyển sang thu phí tự động không dừng thì có 9 dự án khác đang tạm dừng thu phí với lý do sắp kết thúc hợp đồng. Có dự án phải dừng bất khả kháng do không tìm được phương án thu phí khả thi (BOT Cai Lậy) hoặc có dự án hoàn tất doanh thu trước thời hạn hợp đồng kết thúc nên cơ quan quản lý yêu cầu dừng thu phí. Hiện 9 dự án đó là: Quốc lộ 2 đoạn Nội Bài - Vĩnh Yên, Quốc lộ 1 đoạn tránh Hà Tĩnh, Quốc lộ 1K đoạn Km2+478, Quốc lộ 1 đoạn tránh Cai Lậy, dự án cầu Đồng Nai, Quốc lộ 20 đoạn qua các thị trấn và Quốc lộ 1 đoạn Hòa Cầm - Hòa Phước và Tứ Câu - Vĩnh Điện<sup>5</sup>.

Các dự án nêu trên thuộc diện chưa thanh lý được hợp đồng, bàn giao hoàn tất cho cơ quan quản lý nhà nước vì giữa Nhà nước và nhà đầu

<sup>5</sup> Lan Nhi, “*Chín dự án BOT dừng khai thác không có tiền cho hoạt động bảo trì*”, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, <https://www.thesaigontimes.vn/td/314736/chin-du-an-bot-dung-khai-thac-khong-co-tien-cho-hoat-dong-bao-tri.html>, truy cập ngày 21 tháng 3 năm 2021.

tư chưa thống nhất được các tiêu chí xác định về lợi nhuận nhà đầu tư trong quá trình xây dựng, các chi phí lãi vay... nên chưa xác định thời điểm dừng thu phí. Việc tạm dừng mà chưa quyết toán xong dự án khiến nhà đầu tư dừng việc bảo trì, không cấp kinh phí vận hành hoặc bảo trì cho có. Nhiều nhà đầu tư dừng không bảo trì hoặc bảo trì cho có. Để khắc phục tình trạng này, các cơ quan chức năng của Việt Nam đang tiến hành đàm phán, thương thảo nhiều lần nhưng do không có quy định pháp lý bắt buộc nhà đầu tư phải bảo trì nên các dự án bị bỏ mặc, từ đó kéo theo những rủi ro về nguy hiểm cho người và xe đi qua những đoạn tuyến này. Thậm chí, có 4 dự án hoàn toàn không được bảo trì trong đó có dự án Quốc lộ 1 đoạn tránh Cai Lậy (Tiền Giang)<sup>6</sup>.

Mặc dù các trường hợp được nêu ở trên chưa đến giai đoạn giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, điều này cho thấy sự cần thiết phải quy định về việc có tiếp tục thực hiện dự án đầu tư trong quá trình giải quyết tranh chấp hay không cho dù CPTPP và EVIPA không quy định về vấn đề này.

### **2.3. Quy định về phối hợp giải quyết các tranh chấp có nội dung về cùng một vấn đề**

Các dự án PPP có đặc điểm chung là bao gồm nhiều hợp đồng riêng biệt với sự tham gia của nhiều bên. Do đó, khi phát sinh tranh chấp trong một hợp đồng thì có thể gây ra hiệu ứng “Domino”, tác động tiêu cực và gây phát sinh tranh chấp trong các hợp đồng khác. Vì vậy, để tránh tạo ra hiệu ứng tiêu cực đó, đòi hỏi mọi tranh chấp liên quan đến cùng một vấn đề sẽ được kết hợp và giải quyết cùng lúc như một tranh chấp duy nhất. Tuy nhiên, Luật PPP không quy định về nội dung này, trong khi đó, EVIPA và CPTPP đã có những quy định để điều chỉnh, cụ thể như sau:

Điều 3.59 EVIPA quy định: “*Trường hợp có hai vụ kiện hoặc nhiều hơn được nộp có*

*cùng vấn đề về pháp lý và sự kiện thực tế phát sinh từ cùng sự kiện và hoàn cảnh, bị đơn có thể nộp yêu cầu hợp nhất các vụ kiện đó hoặc một phần của các vụ kiện đến Chủ tịch Cơ quan giải quyết tranh chấp. Bị đơn phải gửi bản yêu cầu đến từng nguyên đơn trong từng vụ kiện mà bị đơn yêu cầu hợp nhất”. Điều 9.28 CPTPP quy định: “Nếu hai hay nhiều khiếu kiện được trình độc lập ra trọng tài... và các khiếu kiện đó có cùng vấn đề về pháp luật hoặc thực tế và phát sinh từ cùng sự kiện hoặc tình huống, bất kỳ bên tranh chấp nào đều có thể yêu cầu hợp nhất các vụ kiện phù hợp với thỏa thuận của tất cả các bên tranh chấp...”.*

Việc Luật PPP thiếu quy định cho phép hợp nhất các vụ tranh chấp có nội dung liên quan cùng một vấn đề có thể sẽ gây ra khả năng không chỉ tốn kém về chi phí, mà còn dẫn đến những phán quyết khác nhau liên quan đến cùng một vấn đề. Điều này gây khó khăn trong việc áp dụng và thực thi các phán quyết được đưa ra. Do vậy, việc bổ sung quy định về phối hợp giải quyết các tranh chấp có nội dung về cùng một vấn đề là hết sức cần thiết.

### **2.4. Áp dụng tập quán quốc tế trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế**

Điều 9.6 CPTPP quy định: “*Mỗi Bên sẽ dành cho khoản đầu tư theo hiệp định này sự đối xử phù hợp với các nguyên tắc áp dụng của luật tập quán quốc tế, bao gồm đối xử công bằng và thoả đáng, và bảo hộ an toàn và đầy đủ”. Để làm rõ phạm vi của “luật tập quán quốc tế”, Phụ lục 9-A đã quy định: “Các Bên xác nhận cách hiểu chung rằng “luật tập quán quốc tế” nói chung... được hình thành từ thực tiễn chung và nhất quán mà các Quốc gia tuân theo dựa trên nghĩa vụ pháp lý. Tiêu chuẩn đối xử tối thiểu của luật tập quán quốc tế đối với người nước ngoài dẫn chiếu đến tất cả nguyên tắc luật*

<sup>6</sup> Lan Nhi, Tlđđ.

*tập quán quốc tế bảo vệ đầu tư của người nước ngoài*”. Luật PPP chưa quy định về việc áp dụng tập quán quốc tế. Thay vào đó, trong hệ thống pháp luật của Việt Nam, Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 là nguồn luật duy nhất quy định về nguyên tắc áp dụng tập quán quốc tế. Theo đó, Điều 666 BLDS năm 2015 quy định: “... Nếu hậu quả của việc áp dụng tập quán quốc tế đó trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam thì pháp luật Việt Nam được áp dụng”.

Có thể thấy rằng, BLDS năm 2015 thể hiện rõ sự ưu tiên cho phía Nhà nước hơn nhà đầu tư nước ngoài trong việc áp dụng tập quán quốc tế. Thực tế, việc BLDS quy định như hiện nay là hoàn toàn dễ hiểu và ở khía cạnh nào đó là hợp lý. Bởi lẽ, quy định này sẽ đảm bảo các lợi ích của Việt Nam. Tuy nhiên, quy định này vô hình chung có thể gây ra sự quan ngại cho các nhà đầu tư nước ngoài. Do đó, điều cần thiết không phải chỉ cần phải có một quy định riêng về việc áp dụng tập quán quốc tế trong giải quyết các tranh chấp đầu tư giữa Nhà nước với nhà đầu tư nước ngoài, mà đòi hỏi quy định đó còn phải hài hòa hóa được lợi ích của cả hai bên là Nhà nước và nhà đầu tư nước ngoài.

### 3. Một số kiến nghị

*Thứ nhất*, bổ sung quy định thương lượng, hòa giải là một bước bắt buộc và phải được tiến hành trước khi các bên đưa vụ tranh chấp ra giải quyết tại Tòa án hoặc Trọng tài. Quy định như vậy sẽ đảm bảo được hai mục tiêu: (i) Thúc đẩy và khuyến khích các bên sử dụng các phương thức giải quyết tranh chấp thân thiện, không mang tính tài phán để tránh gia tăng căng thẳng, tiết kiệm thời gian, chi phí, nhân lực, trí lực cho giai đoạn tố tụng phức tạp sau này; (ii) Đảm bảo sự thống nhất với không chỉ quy định của Luật Đầu tư năm 2020 mà còn phù hợp với cam kết trong CPTPP, và EVIPA.

*Thứ hai*, bổ sung quy định yêu cầu các

bên tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ của mình khi đang trong quá trình giải quyết tranh chấp. Để đảm bảo công bằng cho các bên liên quan đến nghĩa vụ thực hiện của bên này là tiền đề để bên kia thực hiện nghĩa vụ của mình, bổ sung quy định về việc bồi thường thiệt hại gây ra do một bên không thực hiện nghĩa vụ trong quá trình giải quyết tranh chấp.

*Thứ ba*, bổ sung quy định về việc cho phép các bên có thể hợp nhất các vụ tranh chấp có cùng vấn đề pháp lý và sự kiện thực tế phát sinh từ cùng sự kiện và hoàn cảnh. Điều này sẽ giúp các bên tiết kiệm được các chi phí theo đuổi vụ tranh chấp cũng như chắc chắn hơn về kết quả giải quyết các tranh chấp.

*Thứ tư*, bổ sung quy định về việc áp dụng tập quán quốc tế. Trong đó, thay quy định điều kiện áp dụng tập quán là “không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam” bằng quy định về điều kiện “không trái với trật tự công cộng”. Trật tự công cộng là một thuật ngữ chung của thế giới, được dùng để diễn đạt nguyên tắc bảo đảm trật tự công cộng hay không trái trật tự công cộng. Nguyên tắc này vừa có thể cho phép cơ quan có thẩm quyền thực hiện nhiệm vụ bảo vệ cộng đồng thông qua việc loại bỏ một hoặc một số điểm không phù hợp với hoàn cảnh tranh chấp cụ thể, vừa đảm bảo không ảnh hưởng tiêu cực đến mục tiêu thu hút đầu tư chất lượng cao vào các cơ sở hạ tầng của Việt Nam.

Về phương thức quy định, chúng tôi cho rằng Luật PPP và Luật Đầu tư mới được thông qua năm 2020 nên trước mắt, cần đưa những vấn đề nêu trên vào nghị định hướng dẫn thi hành Luật PPP. Tuy nhiên, về lâu dài, cần sửa đổi Luật PPP, Luật Đầu tư nhằm bảo đảm hiệu lực pháp lý cao và tính ổn định của các quy định này■

# CHUYỂN GIAO QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ THEO HỢP ĐỒNG TRƯỚC ĐĂNG KÝ DOANH NGHIỆP DƯỚI GÓC ĐỘ SO SÁNH

Huỳnh Thiên Tứ\*

\*NCS. ThS. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Hợp đồng trước đăng ký doanh nghiệp, chuyển giao quyền và nghĩa vụ, Luật Doanh nghiệp.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 24/12/2020

Biên tập : 14/01/2021

Duyệt bài : 17/01/2021

## Tóm tắt:

Luật Doanh nghiệp năm 2020 sửa đổi quy định về đối tượng ký kết hợp đồng trước đăng ký doanh nghiệp, đồng thời bổ sung quy định về chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng giữa các bên theo quy định của Bộ luật Dân sự. Quy định mới không chỉ thay đổi về cách nhìn nhận đối với tư cách chủ thể giao kết mà còn tạo cơ chế chịu trách nhiệm rõ ràng hơn cho các bên liên quan đến hợp đồng trước đăng ký doanh nghiệp. Trên cơ sở đánh giá lý thuyết về hợp đồng trước đăng ký doanh nghiệp và so sánh với hướng tiếp cận của pháp luật Trung Quốc, tác giả phân tích các quy định của pháp luật Việt Nam về chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng trước đăng ký doanh nghiệp, và đưa ra kiến nghị hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

## Article Information:

*Keywords:* Pre-incorporation contract, transfer of rights and responsibilities, Law on Enterprises

*Article History:*

Received : 24 Dec. 2020

Edited : 14 Jan. 2021

Approved : 17 Jan. 2021

## Abstract:

The Law on Enterprises of 2020 consists of provisions on on the legal subject who entered into a pre-incorporation contract, moreover, it requires the contractual parties to transfer respective rights and responsibilities in accordance with the Civil Code. With this new rule, a new regard has been given to the promoter who enters into a pre-incorporation contract, at the same time, parties are entitled to liabilities in a clearer manner. This article provides an analysis of the Vietnamese approach to pre-incorporation contractual rights and responsibilities transfer and also provides recommendations for further improvements.

## 1. Hợp đồng trước đăng ký doanh nghiệp

### 1.1. Khái quát hợp đồng trước đăng ký doanh nghiệp theo pháp luật Việt Nam

Theo quy định của Điều 18 Luật Doanh nghiệp (DN) năm 2020, hợp đồng trước đăng ký DN là hợp đồng được giao kết bởi một bên là người thành lập DN, phục vụ cho việc thành lập và hoạt động của DN trước và trong quá trình đăng ký DN.

Hợp đồng trước đăng ký DN có các đặc điểm sau đây:

*Thứ nhất*, một trong các bên giao kết hợp đồng là người thành lập DN. Theo khoản 25 Điều 4 Luật DN năm 2020, người thành lập DN là cá nhân, tổ chức thành lập hoặc góp vốn để thành lập DN. Như vậy, người ký kết hợp đồng trước đăng ký DN theo Luật DN năm 2020 có thể vừa là (a) cá nhân, tổ chức thành lập



DN, cũng có thể là (b) cá nhân, tổ chức góp vốn để thành lập DN.

*Thứ hai*, mục đích của việc giao kết hợp đồng là nhằm phục vụ cho việc thành lập và hoạt động của DN. DN có tư cách pháp nhân, nên DN phải chịu trách nhiệm bằng tài sản của chính pháp nhân đối với nghĩa vụ và trách nhiệm phát sinh do vi phạm hợp đồng<sup>1</sup>. DN tương lai sẽ phải tiếp nhận thực hiện các nghĩa vụ phát sinh từ một hợp đồng mà chính pháp nhân DN không ký kết.

*Thứ ba*, thời điểm giao kết hợp đồng là trước và trong quá trình thành lập DN. Như đã phân tích ở trên, thời điểm DN chưa thành lập thì chưa có tư cách pháp nhân để trở thành một bên chủ thể của hợp đồng. Có thể dựa trên các quy định riêng tại từng chế định về các loại hình DN để xác định thời điểm DN được thành lập. Công ty<sup>2</sup> có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký DN, chính vì vậy, từ thời điểm ấy trở đi, các công ty mới có thể tự mình xác lập, thực hiện và thay đổi hợp đồng với chủ thể khác. Trước thời điểm ấy, các hợp đồng được giao kết vì lợi ích công ty thì do người thành lập công ty giao kết.

*Thứ tư*, trường hợp DN không được thành lập, người mang nghĩa vụ và chịu trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng là người trực tiếp giao kết hợp đồng, trong trường hợp này là người thành lập DN. Trường hợp DN được thành lập, DN phải tiếp tục thực hiện hợp đồng.

Bốn đặc điểm trên đã khái quát hoá định nghĩa của hợp đồng trước đăng ký DN theo cách nhìn nhận hiện đại của pháp luật Việt Nam. Các hợp đồng này có thể là hợp đồng được người thành lập DN giao kết với người không phải người thành lập DN, hoặc có thể là hợp đồng giao kết giữa những người thành lập DN với nhau<sup>3</sup>. Tuy nhiên, vấn đề được quan tâm nhất về dạng hợp đồng này là sự xung đột giữa chủ thể giao kết và chủ thể thực hiện hợp đồng, từ đó gây ra sự khó khăn trong việc xác định chủ thể chịu trách nhiệm với bên đối ứng.

### **1.2. Hợp đồng trước đăng ký doanh nghiệp theo lý thuyết hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba**

Theo học giả Liang Yuxian (Lương Vũ Hiền) của Đài Loan (Trung Quốc), một trong các lý thuyết về hợp đồng được áp dụng để định vị hợp đồng trước thành lập DN là thuyết hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba. Theo thuyết hợp đồng vì lợi ích của bên thứ ba, hợp đồng trước đăng ký DN có thể được lý giải như sau:

*Thứ nhất*, người thành lập DN nhân danh chính mình giao kết hợp đồng với bên dự hứa vì lợi ích của DN chưa được thành lập. Đây là một dạng thỏa thuận, theo đó một bên yêu cầu bên kia thực hiện một nghĩa vụ vì lợi ích của một bên thứ ba. Theo Nguyễn Thị Quỳnh Yên và Ngô Quốc Chiến, có thể chia dạng hợp đồng này thành hai loại: loại thứ nhất, người giao kết vẫn được hưởng lợi ích từ việc thực hiện nghĩa vụ của bên đối

<sup>1</sup> PGS. TS. Nguyễn Ngọc Điện, “*Giáo trình Luật Dân sự tập 1*,” Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2016, tr.74-85.

<sup>2</sup> Ở Việt Nam, các DN có tư cách pháp nhân bao gồm công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên (khoản 2 Điều 46 Luật DN năm 2020), công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên (khoản 2 Điều 74 Luật DN năm 2020), công ty cổ phần (khoản 2 Điều 111 Luật DN năm 2020) và hợp danh (khoản 2 Điều 177 Luật DN năm 2020). Hợp tác xã có tư cách pháp nhân, nhưng không nằm trong phạm vi nghiên cứu của bài viết này.

<sup>3</sup> Xem Phạm Hoài Huân (Chủ biên), Nguyễn Thị Thanh Lê, Đặng Quốc Chương, Lê Nhật Bảo, “*Luật DN Việt Nam Tình huống - Dẫn giải - Bình luận*”, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, năm 2019, tr. 66-67. Trong sách này, các tác giả nhận định thỏa thuận cổ đông/thành viên có thể được xem là hợp đồng trước đăng ký DN.

ứng và loại thứ hai, người giao kết không được hưởng lợi ích gì mà chỉ có bên thứ ba ngoài hợp đồng hưởng lợi ích mà thôi<sup>4</sup>.

*Thứ hai*, thời điểm DN chưa thành lập, DN vẫn có thể là bên thứ ba nhận lợi ích từ hợp đồng này. GS. Vũ Văn Mẫu xác nhận quan điểm này theo tinh thần của dân luật Pháp; theo đó, án lệ ở Pháp cho phép hợp đồng được giao kết vì lợi ích của một đệ tam nhân, ngay cả trong trường hợp đệ tam nhân ấy chưa tồn tại vào thời điểm hợp đồng được giao kết<sup>5</sup>.

Tuy nhiên, lý thuyết này không đứng vững khi giải quyết vấn đề trách nhiệm chủ thể của hợp đồng bởi hai lý do sau:

*Một là*, theo cách tiếp cận của lý thuyết hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba, người thứ ba không phải là một chủ thể của kết ước, vì thế, không giải trừ các bên kết ước khỏi địa vị chủ thể giao kết. Nếu nhìn nhận hợp đồng trước đăng ký DN theo lý thuyết này, DN sau đăng ký sẽ là bên hưởng lợi ích từ hợp đồng chứ không phải một bên chủ thể, cũng không đương nhiên trở thành chủ thể. Các chủ thể của hợp đồng vẫn phải chịu trách nhiệm phát sinh từ việc không thực hiện nghĩa vụ.

*Hai là*, cũng theo GS. Vũ Văn Mẫu, Bộ Dân luật Pháp cho phép người giao kết hợp

đồng bất ước, với điều kiện người đệ tam chưa chấp thuận việc giao kết này. Tiếp cận từ lý thuyết này, DN sau thành lập sẽ có quyền lực tuyệt đối trong việc quyết định bản thân có là một bên của hợp đồng hay không. Nếu DN sau thành lập chấp thuận việc giao kết, người giao kết hợp đồng không được bất ước, tức sửa đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng. Quy định từ lý thuyết này vẫn nguyên giá trị và được thể hiện qua Điều 417 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015.

### **1.3. Hợp đồng trước đăng ký doanh nghiệp theo cách tiếp nhận của hệ thống thông luật “Common law”**

Các nước theo hệ thống Common law tiếp cận theo hướng quy định trách nhiệm của chủ thể thực sự của hợp đồng. Theo đó, chủ thể của hợp đồng cần phải có đầy đủ tư cách chủ thể. Chủ thể chưa hình thành không thể là chủ thể của hợp đồng, vì lý do đó, pháp luật về công ty Anh, Mỹ đều quy định hợp đồng trước đăng ký DN chỉ bao gồm quyền và nghĩa vụ giữa người thành lập DN với bên đối ứng mà thôi<sup>6</sup>.

Theo khoản 1 Điều 51 Luật Công ty Anh<sup>7</sup>, người duy nhất chịu trách nhiệm phát sinh từ hợp đồng là người khởi xướng, tức người thành lập công ty, nếu không có các

<sup>4</sup> Nguyễn Thị Quỳnh Yên và Ngô Quốc Chiến, “Người thứ ba trong Bộ luật dân sự 2015”, Tạp chí Quản lý và Kinh tế quốc tế, số 86, <http://tapchi.ftu.edu.vn/cac-so-tap-ch%C3%AD-ktđn/tap-ch%C3%AD-ktđn-số-81-90/tap-ch%C3%AD-ktđn-số-86/1401-người-thứ-ba-trong-bộ-luật-dân-sự-2015.html>.

<sup>5</sup> Vũ Văn Mẫu, “Việt Nam Dân Luật Lược Khảo - Quyển II: Khế ước và nghĩa vụ”, tr. 297.

<sup>6</sup> S. Le Gall, “Pre-Incorporation Contracts: Legislation v. Common Law”, Anglo-Am. Law Rev., kỳ 21, số p.h 4, tr.425-429, tháng 10 1992, doi: 10.1177/147377959202100403. Xem thêm: Lipton, P., Herzberg, A., & Welsh, M. “Understanding company law”, Thompson Reuters Australia, năm 2016.

<sup>7</sup> Khoản 1 Điều 51 Luật Công ty Anh: “A contract that purports to be made by or on behalf of a company at a time when the company has not been formed has effect, subject to any agreement to the contrary, as one made with the person purporting to act for the company or as agent for it, and he is personally liable on the contract accordingly”. Tạm dịch: “Một hợp đồng được giao kết bởi một công ty, hoặc được giao kết nhân danh công ty vào thời điểm công ty đó chưa được thành lập thì hợp đồng này có hiệu lực như hợp đồng giao kết với cá nhân thay mặt công ty hoặc đại diện cho công ty, theo đó, người này sẽ tự chịu trách nhiệm cá nhân đối với hợp đồng này”, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/51>, truy cập ngày 02/4/2021.

thỏa thuận khác. Không có gì chắc chắn rằng công ty sẽ được cấp Giấy chứng nhận đăng ký công ty, một khi công ty không được thành lập, người khởi xướng cần tự mình chịu trách nhiệm đối với hợp đồng đã giao kết.

Có thể lý giải hướng tiếp cận của Common law bằng hai lý do sau:

*Thứ nhất*, người giao kết hợp đồng trước đăng ký công ty không đương nhiên là thành viên công ty sau thời điểm thành lập công ty. Điều này xuất phát từ thực tiễn, trong quá trình chuẩn bị phục vụ công tác thành lập công ty, những người khởi xướng không có quyền và nghĩa vụ ràng buộc đối với công ty chưa thành hình. Trong nhiều trường hợp, sợi dây duy nhất ràng buộc người thành lập DN với công ty chưa hình thành là quan hệ uỷ thác; cụ thể, người khởi xướng có nghĩa vụ trung thành và thiện chí với các thành viên khác của công ty<sup>8</sup>.

*Thứ hai*, việc tiếp nhận hay phê duyệt hợp đồng vi phạm điều kiện về ý chí chủ thể hợp đồng<sup>9</sup>. Giả sử khi giao kết, người khởi xướng không nêu rõ mình đang hành động vì lợi ích của công ty, cũng không có thỏa thuận chuyển giao với bên còn lại của hợp đồng. Bên đối ứng không thể biết sự tồn tại của công ty tương lai với tư cách là một chủ thể của hợp đồng. Vì vậy, quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng này chỉ có hiệu lực ràng buộc với người khởi xướng mà không có hiệu lực ràng buộc đối với DN hình thành trong tương lai.

Muốn trở thành một bên bị ràng buộc bởi trách nhiệm phát sinh từ hợp đồng, bên

có quyền, người khởi xướng và công ty đã thành lập phải tiến hành ký kết một thỏa thuận thay thế nghĩa vụ (novation). Thỏa thuận thay thế nghĩa vụ là một thỏa thuận lại về nghĩa vụ, có hiệu lực thay thế thỏa thuận cũ, xác định lại nội dung của các thỏa thuận trước đó và có giá trị<sup>10</sup>. Thỏa thuận này có thể được xem như một hợp đồng riêng, tạm gọi là hợp đồng chuyển giao. Hợp đồng chuyển giao này được giao kết bởi ít nhất ba bên trong quan hệ chuyển giao, trong đó gồm người khởi xướng, người đại diện công ty đã thành lập mà không phải người khởi xướng và bên còn lại của hợp đồng<sup>11</sup>. Như vậy, sau thỏa thuận thay thế nghĩa vụ, hợp đồng trước đăng ký DN chấm dứt hiệu lực, nghĩa vụ từ hợp đồng bị thay thế bởi thỏa thuận mới giữa DN và bên đối ứng.

Tiếp cận theo hướng thỏa thuận thay thế nghĩa vụ của Common law tạo ra cơ chế bảo vệ quyền lợi của bên đối ứng, bởi thời điểm DN được đăng ký không còn nhiều ý nghĩa trong việc xác định chủ thể chịu trách nhiệm từ hợp đồng. Muốn xác định chủ thể chịu trách nhiệm, chỉ cần lưu ý thời điểm các bên thực hiện chuyển giao nghĩa vụ: trước thời điểm chuyển giao, người khởi xướng vẫn phải chịu trách nhiệm đối với hợp đồng. Kể từ sau thời điểm chuyển giao, một thỏa thuận mới hình thành trên nền thỏa thuận cũ giữa DN và bên đối ứng, DN thực hiện hợp đồng và chịu trách nhiệm trong trường hợp vi phạm theo hợp đồng mới, hình thành trên tinh thần của hợp đồng đã bị thay thế.

<sup>8</sup> S. McLaughlin, “Unlocking Company Law”, Routledge, năm 2013, tr.126-129.

<sup>9</sup> S. Le Gall, tldd.

<sup>10</sup> PGS. TS. Nguyễn Ngọc Điện, “Nhận dạng lợi ích gắn với nghĩa vụ trong quan hệ kết ước - kinh nghiệm của Anh và Pháp”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 01+02 (210+211), năm 2012.

<sup>11</sup> S. McLaughlin, tldd, tr. 129.

**2. Pháp luật Trung Quốc về chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng ký kết trước đăng ký doanh nghiệp**

Trong hệ thống pháp luật Trung Quốc, cơ chế chịu trách nhiệm từ hợp đồng được quy định ở các điều từ Điều 1 đến Điều 4 Quy định thứ ba của Pháp viện nhân dân tối cao Trung Quốc về áp dụng một số quy định của Luật Công ty Nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa (Quy định III)<sup>12</sup>.

**2.1. Từ “phát khởi nhân” đến doanh nghiệp đang thành lập - người ký kết hợp đồng trước đăng ký doanh nghiệp**

Khác với quy định của pháp luật Việt Nam, pháp luật Trung Quốc có cách tiếp cận “mở” hơn khi gián tiếp thừa nhận sự tồn tại của các DN ngay cả trong quá trình đang thành lập<sup>13</sup>. Điều đó phản ánh qua quy định cho phép người khởi xướng thành lập DN thực hiện việc thành lập DN theo sự uỷ quyền của tổ chức chưa có tư cách pháp nhân. Theo nghiên cứu của các nhà luật học Trung Quốc, hợp đồng trước thành lập DN được hiểu là các hợp đồng được ký kết bởi người khởi xướng (phát khởi nhân) và những người khác không phải người khởi xướng, trong phạm vi được uỷ quyền, vì lợi ích của công ty<sup>14</sup>.

Cần lý giải hướng tiếp cận của pháp luật Trung Quốc qua lý thuyết về hợp đồng trước đăng ký DN của các nhà luật

học theo trường phái luật thực định. Về mặt kỹ thuật, công ty chỉ bắt đầu tồn tại từ lúc được cấp Giấy Chứng nhận đăng ký DN. Trên cơ sở này, công ty đang trong quá trình thành lập thì không có tư cách pháp nhân, không phải là công ty. Nhằm giải quyết vấn đề chủ thể chịu trách nhiệm của hợp đồng trước đăng ký DN, các nhà nghiên cứu thuộc trường phái luật lục địa đã đề xuất nhiều lý thuyết về quan hệ giữa người ký kết và công ty đang hình thành. Một vài lý thuyết điển hình có thể kể đến là: thuyết hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba, thuyết đại diện theo uỷ quyền, thuyết kế thừa nghĩa vụ và thuyết người ký kết là cơ quan không tách rời của công ty đang hình thành<sup>15</sup>.

Ở Trung Quốc, khái niệm “phát khởi nhân” được hiểu rộng hơn khái niệm “người thành lập DN” của Việt Nam, bao gồm: (a) những người ký tên vào điều lệ công ty; (b) những người thực tế tham gia vào quá trình thành lập và thực hiện các giao dịch phục vụ cho việc thành lập công ty<sup>16</sup>. Đi xa hơn, học giả Wang Baoshu và Cui Qinzhi cho rằng, pháp luật Trung Quốc nhìn nhận các phát khởi nhân như thành viên của công ty, họ cũng là một bộ phận cấu thành công ty đang thành lập. Rõ ràng, giới nghiên cứu luật học Trung Quốc ủng hộ thuyết người ký kết là cơ quan hữu cơ, không tách rời khỏi công ty, bất luận

<sup>12</sup> Tham khảo Điều 1 và Điều 4 của Quy định thứ ba của Pháp viện nhân dân tối cao Trung Quốc về áp dụng một số quy định của Luật Công ty Nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa tại <https://wenku.baidu.com/view/fb5d7ff4700abb68a982fb6d.html>.

<sup>13</sup> ZHANG Lu, “论发起人对公司成立前合同的责任 (Trách nhiệm của phát khởi nhân đối với hợp đồng trước thành lập công ty)”, Tạp chí Legal System and Society (Trung Quốc), năm 2010.

<sup>14</sup> TIAN Jinhua, “Study on the Effect of Pre-Incorporation Contract and Its Relative Liability (公司成立前合同之效力及其责任归属探析)”, Journal of Social Science of Jiamusi University (佳木斯大学社会科学学报), số p.h 1, năm 2013.

<sup>15</sup> LIANG Yuxian, “Corporation law (公司法論)”, Tam Dân Thư Cục (三民書局), năm 2015, tr.269.

<sup>16</sup> ZHANG Lu, tldd.



công ty ấy đã được cấp Giấy Chứng nhận đăng ký DN hay chưa<sup>17</sup>.

Xuất phát từ cách nhìn nhận trên, phát khởi nhân có thể ký kết hợp đồng nhân danh chính mình hoặc nhân danh công ty; từ đó, cơ chế chịu trách nhiệm từ hợp đồng, cũng như việc chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng sẽ có sự khác nhau trong các trường hợp cụ thể.

### **2.2. Cơ chế chịu trách nhiệm với hợp đồng trước đăng ký doanh nghiệp trong pháp luật Trung Quốc**

Với trường hợp doanh nghiệp không được thành lập, Điều 4 “Quy định III” quy định, người thành lập DN tự mình chịu trách nhiệm liên đới đối với nghĩa vụ từ hợp đồng. Tuy nhiên, khi DN được thành lập, do tính “tuy hai mà một”, “Quy định III” quy định, trường hợp công ty phải chịu trách nhiệm từ hợp đồng tại đoạn 2 Điều 2. Theo đó, điều kiện để DN trở thành chủ thể chịu trách nhiệm là:

(a) DN được thành lập;

(b) DN trực tiếp thừa nhận sự tồn tại của hợp đồng, hoặc thực tế đã thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng, hoặc hưởng lợi ích thực tế từ hợp đồng giao kết bởi người khởi xướng và bên đối ứng. Trường hợp sau, dấu không có sự chuyển giao chính thức, DN phải chịu trách nhiệm khi bên còn lại có yêu cầu.

Như vậy, ở Trung Quốc, bên đối ứng có quyền yêu cầu hoặc cá nhân, hoặc DN thực hiện hợp đồng và chịu trách nhiệm theo hợp đồng, giữa người thành lập giao kết hợp đồng và DN sau thành lập không cần thực hiện chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng. Điều này nhằm bảo vệ quyền lợi của bên đối ứng trước việc giao

kết hợp đồng với chủ thể không rõ là ai. Trên thực tế, sau khi DN được thành lập, các bên thường có xu hướng thỏa thuận lại hợp đồng, bên đối ứng chỉ thực thi quyền lựa chọn người thực hiện hợp đồng một lần trong thỏa thuận ấy.

Từ phân tích trên đây, có thể rút ra nhận xét sau:

*Thứ nhất*, không có sự chuyển giao nghĩa vụ giữa các bên trong hợp đồng, vì thế, hợp đồng trước thành lập DN không mất hiệu lực, không bị thay thế bởi một thỏa thuận nào khác.

*Thứ hai*, pháp luật không quy định rõ thế nào là “hưởng lợi ích theo hợp đồng”. Trường hợp xác định được là DN đã hưởng lợi ích từ hợp đồng, DN sau thành lập đương nhiên trở thành chủ thể mang nghĩa vụ và chịu trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

Hệ quả từ hai điều trên là người giao kết hợp đồng ban đầu không đương nhiên bị giải trừ khỏi nghĩa vụ hợp đồng. Bên đối ứng có quyền lựa chọn người tiếp tục thực hiện hợp đồng là DN hay người giao kết ban đầu. Trường hợp đã chọn công ty làm người tiếp tục thực hiện hợp đồng, có khả năng người giao kết hợp đồng ban đầu vẫn phải chịu trách nhiệm liên đới đối với hợp đồng, quy định cho phép bên yêu cầu lựa chọn người ký kết ban đầu chịu trách nhiệm tại Điều 3 “Quy định III” càng củng cố cho lập luận này.

### **3. Chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng ký kết trước đăng ký doanh nghiệp ở Việt Nam**

Về nguyên tắc, người giao kết hợp đồng bị ràng buộc bởi quyền và nghĩa vụ được ghi nhận trong hợp đồng. Đây là nguyên tắc mang tính nền tảng của chế định hợp đồng, bởi hợp

<sup>17</sup> XIAO Zhigang, “Debt before the Establishment of Company (公司成立前所生债的承担)”, Tạp chí National Judges College Law Journal (Trung Quốc), vol 197, số 8, năm 2002, tr.43.

đồng là nguồn gốc căn bản và quan trọng của nghĩa vụ<sup>18</sup>. Nếu không có sự chuyển giao hoặc pháp luật không quy định thì người thành lập DN đã giao kết hợp đồng trước đăng ký DN phải tiếp tục thực hiện và chịu trách nhiệm phát sinh từ việc vi phạm hợp đồng đó, bất luận hợp đồng có được giao kết vì lợi ích của công ty hay không<sup>19</sup>. Chỉ khi công ty không được thành lập thì lúc ấy, người thành lập DN mới phải chịu trách nhiệm cá nhân từ việc vi phạm nghĩa vụ của hợp đồng đã giao kết.

Để bảo vệ quyền lợi chính đáng của người thành lập DN và của cả bên có quyền yêu cầu, trước đây, pháp luật về DN quy định công ty sau thành lập tiếp nhận quyền và nghĩa vụ phát sinh theo hợp đồng. Luật DN năm 2014 đã sửa đổi điều khoản này. Theo đó, DN sau thành lập phải tiếp tục thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, tiếp tục thực hiện hợp đồng không có nghĩa là phải chịu trách nhiệm toàn bộ đối với hợp đồng đã được giao kết; đồng thời, việc quy định như thế không giải trừ nghĩa vụ của người thành lập DN khỏi hợp đồng ký kết trước đăng ký DN. Vô hình chung, cách tiếp cận này lại tương đồng với cách tiếp cận của pháp luật Trung Quốc. Điểm mới mang tính đột phá trong Luật DN năm 2020 là quy định các quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng được người thành lập DN chuyển giao cho công ty theo quy định của BLDS.

Tuy nhiên, thế nào là chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng theo quy định của BLDS thì Luật DN năm 2020 không giải thích thêm. Đối chiếu các quy định về chuyển giao quyền và nghĩa vụ trong BLDS, có một số vấn đề chưa thật sự sáng tỏ sau đây:

*Thứ nhất*, việc buộc các bên thực hiện chuyển giao nếu không có thỏa thuận khác tạo ra một ngoại lệ cho nguyên tắc tự do giao kết hợp đồng. Đối với công ty được thành lập, pháp nhân này buộc phải nhận chuyển giao toàn bộ quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng từ người thành lập DN, nếu các bên không có thỏa thuận khác. Giả sử sau khi thành lập, công ty mới không mặn mà với việc nhận chuyển giao thì có quyền không tiến hành chuyển giao hay không? Luật Doanh nghiệp chưa dự liệu chế tài đối với trường hợp này.

*Thứ hai*, người thành lập DN giao kết hợp đồng vẫn phải thực hiện nghĩa vụ và chịu trách nhiệm từ việc vi phạm hợp đồng nếu bên có quyền không đồng ý việc chuyển giao (khoản 1 Điều 370 BLDS năm 2015). Mặc dù quy định đã đề cao nguyên tắc thỏa thuận, song thực tế vẫn có thể xảy ra trường hợp các bên không thỏa thuận do nhiều lý do, nếu bên có quyền không đồng ý việc chuyển giao thì công ty không thể trở thành chủ thể của hợp đồng.

*Thứ ba*, quyền và nghĩa vụ hợp đồng được chuyển giao toàn bộ hay các bên có thể chuyển giao một phần quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng? Hiện tại, BLDS năm 2015 chưa dự liệu vấn đề chuyển giao toàn bộ quyền và nghĩa vụ theo một hợp đồng, mà chỉ dự liệu việc chuyển giao quyền và nghĩa vụ chung chung. Điều này có thể dẫn đến việc các bên chỉ chuyển giao một phần quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng, và vì thế, không giải phóng hoàn toàn chủ thể giao kết hợp đồng ban đầu khỏi nghĩa vụ và trách nhiệm phát sinh từ việc vi phạm hợp đồng<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> PGS. TS. Ngô Huy Cương, “*Giáo trình Luật Hợp đồng Phần chung*”, Nxb. Đại học Quốc Gia Hà Nội, năm 2013, tr. 366.

<sup>19</sup> S. Le Gall, tldd.

<sup>20</sup> Trần Thị Như Thủy, “*Chuyển giao hợp đồng theo pháp luật dân sự Việt Nam*”, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, năm 2017.

Đây là một bất cập cần sớm được khắc phục

*Thứ tư*, hình thức của việc chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng không được xác định trong văn bản luật. Các bên có thể áp dụng Điều 119 BLDS năm 2015 để nhìn nhận tính hợp lệ của việc chuyển giao thể hiện qua lời nói, qua văn bản, qua thông điệp điện tử hoặc hành vi cụ thể hay không? Đi xa hơn, có thể suy luận rằng, quy định các bên chuyển giao nghĩa vụ theo hình thức công ty tiếp nhận nghĩa vụ (novation); trong đó, các bên có cần đạt được sự thỏa thuận chung trước khi chuyển giao nghĩa vụ hay không? Trường hợp việc chuyển giao được ghi nhận thành một hợp đồng chuyển giao, hợp đồng này có thay thế hợp đồng trước đó, và từ đó chấm dứt hiệu lực của hợp đồng giao kết trước đăng ký DN hay không? Đây là những câu hỏi chưa tìm được câu trả lời từ quy định của pháp luật hiện nay.

#### 4. Kiến nghị hoàn thiện các quy định của pháp luật về chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng trước đăng ký doanh nghiệp

Để hoàn thiện quy định của pháp luật về chuyển giao quyền và nghĩa vụ theo hợp đồng trước đăng ký DN, tác giả đề xuất một số kiến nghị sau đây:

*Một là*, quy định rõ các chủ thể tham gia việc chuyển giao quyền, nghĩa vụ theo hợp đồng, trong đó, ít nhất ba bên cần tham gia là bên chuyển giao, bên nhận chuyển giao, bên đối ứng. Trong trường hợp này, có thể tham khảo quy định của Luật Công ty Anh về việc tiếp nhận nghĩa vụ sau khi công ty được thành lập<sup>21</sup>; theo đó, ba bên phải tiến

hành chuyển giao nghĩa vụ bằng một thỏa thuận mới. Thỏa thuận này có hiệu lực như một hợp đồng mới, thay thế hiệu lực cho hợp đồng đã giao kết trước đó. Quy định theo hướng này tránh được tình trạng mập mờ về chủ thể mang nghĩa vụ và gánh chịu trách nhiệm trong trường hợp vi phạm hợp đồng, nhất là đối với trách nhiệm phát sinh trong quá trình chưa hoàn thành chuyển giao: “ai ký, nấy chịu”.

*Hai là*, phân biệt giữa chuyển giao toàn bộ quyền, nghĩa vụ theo hợp đồng đăng ký DN và chuyển giao một phần quyền, nghĩa vụ theo hợp đồng trước đăng ký DN. Trường hợp chuyển giao toàn bộ quyền, nghĩa vụ theo hợp đồng đăng ký DN, chủ thể giao kết hợp đồng ban đầu cần được giải phóng toàn bộ khỏi quyền và nghĩa vụ của hợp đồng, pháp nhân DN sau thành lập trở thành chủ thể thực hiện toàn bộ quyền và nghĩa vụ của hợp đồng. Trường hợp chuyển giao một phần quyền, nghĩa vụ theo hợp đồng, cả hai chủ thể là người thành lập DN và pháp nhân DN đều có trách nhiệm thực hiện một phần hợp đồng. Trong trường hợp này, các bên có thể thỏa thuận về phần quyền, nghĩa vụ mà mình sẽ thực hiện theo hợp đồng.

*Ba là*, bổ sung điều kiện có hiệu lực của việc chuyển giao quyền và nghĩa vụ, theo đó bên đối ứng có quyền phản đối việc chuyển giao, nếu ngay từ đầu bên đối ứng không biết việc giao kết hợp đồng là vì lợi ích của công ty chưa thành lập. Trong trường hợp này, bên đối ứng và công ty sau thành lập có thể thỏa thuận giao kết lại hợp đồng mới. Hợp đồng mới này không thay thế hợp đồng mà người thành lập DN đã giao kết với bên đối ứng trước đó■

<sup>21</sup> Tham khảo thêm tại S. McLaughlin, “Unlocking company law”, Routledge, năm 2013. Xem thêm Ngô Quốc Chiến, “Bộ luật Dân sự cần bổ sung quy định về chuyển giao hợp đồng”, <https://tks.edu.vn/thong-tin-khoa-hoc/chi-tiet/81/574>.

## NHẬN DIỆN TIỀN MÃ HÓA, PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ TIỀN MÃ HÓA

Lê Hồng Thái\*

\* ThS. Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Tiền ảo, tiền mã hóa, tài sản mã hóa.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 13/3/2021  
Biên tập : 25/3/2021  
Duyệt bài : 27/3/2021

## Article Information:

*Keywords:* Virtual currency; crypto currency; crypto assets.

*Article History:*

Received : 13 Mar. 2021  
Edited : 25 Mar. 2021  
Approved : 27 Mar. 2021

## Tóm tắt:

Hiện nay, vấn đề tiền mã hóa đang được nhiều người quan tâm với nhiều tên gọi khác nhau (tiền ảo, tài sản mã hóa...). Trên cơ sở phân tích kinh nghiệm quốc tế cũng như một số nghiên cứu tại Việt Nam, tác giả trình bày làm rõ bản chất của tiền mã hóa, phân tích các quy định của pháp luật Việt Nam về tiền mã hóa và đưa ra các khuyến nghị hoàn thiện các quy định này.

## Abstract:

Currently, cryptocurrencies has received a lot of scrutinies through various names (virtual currencies, crypto assets...). Based on reviews of the international experience as well as related studies of Vietnamese researchers, the author clarifies the concept of cryptocurrencies, provides assessments of several matters stemming from Vietnamese laws, and then gives an initial recommendation to develop and improve the crypto legislation accordingly.

## 1. Nhận diện tiền mã hóa

Tiền mã hóa (crypto currency) đang được tiếp cận dưới nhiều khía cạnh, nhiều hình thức khác nhau và cũng chưa có một thuật ngữ chung thống nhất<sup>1</sup>, như tiền ảo (virtual currency), tài sản mã hóa (crypto assets)<sup>2</sup>,...

Tiền ảo là khái niệm được sử dụng nhiều tại Việt Nam. Tuy vậy, vào năm 2018, theo Quỹ Tiền tệ quốc tế (IMF), loại “tài sản” này có tiềm năng kết hợp lợi ích của tiền tệ và hàng hóa, nên việc sử dụng từ “tiền” trong các thuật ngữ nêu trên có thể gây nhầm lẫn<sup>3</sup>. Trong khi đó, những đối tượng này được tạo lập trên cơ

<sup>1</sup> Nguyễn Thanh Tú, “Thực trạng quản lý và lưu hành tài sản mã hóa ở Việt Nam và những vấn đề pháp lý đặt ra”, Tham luận tại Hội thảo “Cách mạng công nghiệp lần thứ tư và một số vấn đề pháp lý về hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường”, Hà Nội, ngày 30/7/2020, tr.3.

<sup>2</sup> Bitcoin, được một người lấy tên là Satoshi Nakamoto tạo lập vào tháng 01/2009, là một ví dụ điển hình, có thể được coi là tiền mã hóa đầu tiên và hiện nay là tiền mã hóa có giá trị vốn hóa lớn nhất với cộng đồng sử dụng rất đông, ở nhiều nơi trên thế giới. Xem tại: Nguyễn Thanh Tú, “Thực trạng quản lý và lưu hành tài sản mã hóa ở Việt Nam và những vấn đề pháp lý đặt ra”, tldđ, tr.2.

<sup>3</sup> International Monetary Fund (IMF), Global Financial Stability Report: A Bumpy Road Ahead, 4/2018, p. 21-23. Xem <https://www.imf.org/en/Publications/GFSR/Issues/2018/04/02/Global-Financial-Stability-Report-April-2018#:~:text=Chapter%201%3A%20A%20Bumpy%20Road,somewhat%20since%20the%20previous%20GFSR.&text=Emerging%20market%20have%20generally%20improving,tightening%20of%20global%20financial%20conditions>, truy cập ngày 10/03/2021.



sử dụng công nghệ blockchain<sup>4</sup> kết hợp kỹ thuật mã<sup>5</sup>. Do đó, IMF khuyến nghị sử dụng thuật ngữ tài sản mã hóa cho loại “tài sản” này. Sau đó, tại một văn kiện của Ngân hàng Trung ương châu Âu (ECB) cũng chỉ ra quan điểm rằng, tiền ảo (virtual currencies) là một khái niệm về tài sản rộng hơn so với tài sản mã hóa<sup>6</sup>. Bởi vậy, ở Nhật Bản, mặc dù thuật ngữ tiền ảo được đưa vào Luật Dịch vụ thanh toán trong lần sửa đổi vào tháng 4/2016 (có hiệu lực từ ngày 01/4/2017)<sup>7</sup>, nhưng trong lần sửa đổi tiếp theo vào tháng 5/2019 (có hiệu lực từ ngày 07/6/2020), thuật ngữ “tài sản mã hóa” đã được sử dụng để thay thế thuật ngữ “tiền ảo”<sup>8</sup>.

Tiền ảo, theo Lực lượng đặc nhiệm về hoạt động tài chính (FATF), là một biểu hiện của giá trị dưới dạng số có thể có trong giao dịch kỹ thuật số và có các chức năng như: (i) Một phương tiện trao đổi; và/hoặc (ii) Một đơn vị kế toán; và/hoặc (iii) Một hình thức lưu trữ giá trị nhưng không phải là tiền pháp định trong

một quốc gia, vùng lãnh thổ nào; không được bất cứ một quốc gia, vùng lãnh thổ nào phát hành hoặc bảo đảm; các chức năng trên chỉ được thực hiện trên cơ sở thỏa thuận trong cộng đồng người sử dụng của loại tiền ảo đó<sup>9</sup>.

Tương tự như vậy, Chỉ thị số 2108/843 ngày 30/5/2018 của Liên minh châu Âu (EU) liên quan đến phòng, chống rửa tiền, tài trợ khủng bố đã chỉ ra tiền ảo có nghĩa là một đại diện kỹ thuật số của giá trị không được phát hành hoặc bảo đảm bởi một ngân hàng trung ương hoặc cơ quan nhà nước, không gắn với tiền pháp định hay mang giá trị pháp lý như tiền pháp định, nhưng được cá nhân hoặc pháp nhân chấp nhận như một phương tiện trao đổi và có thể được chuyển giao, lưu trữ và giao dịch điện tử<sup>10</sup>.

Cũng theo Tổ chức quốc tế về tiêu chuẩn hóa (ISO)<sup>11</sup>, tiền ảo là loại tài sản ảo có tính chất tiền tệ, tức là có thể được sử dụng làm phương tiện trao đổi hay một tài sản có giá

<sup>4</sup> Blockchain là công nghệ chuỗi - khối, một dạng số cái phân tán, cho phép truyền tải dữ liệu một cách an toàn trên không gian mạng dựa trên hệ thống mã hóa vô cùng phức tạp, tương tự như cuốn sổ cái kế toán của một công ty, nơi mà tiền được giám sát chặt chẽ và ghi nhận mọi giao dịch trên mạng ngang hàng.

<sup>5</sup> Phan Chí Hiếu, Nguyễn Thanh Tú (chủ biên), *Một số vấn đề pháp lý về tài sản mã hóa, tiền mã hóa*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2019, tr.33.

<sup>6</sup> European Central Bank (ECB), *Crypto-Assets: Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures*, May 2019, p. 7. Xem <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op223~3ce14e986c.en.pdf>, truy cập ngày 10/3/2021.

<sup>7</sup> Trước đó, Luật Dịch vụ thanh toán của Nhật Bản (được ban hành vào năm 2009, có hiệu lực từ năm 2010) không có quy định liên quan đến tiền mã hóa. Xem Stewart Plant, Yoshiko Kawanami, *International briefings Japanese law on payment services*, DLA Piper, 4/2016, [https://www.dlapiper.com/~media/files/people/kawanami-yoshiko/win\\_wise\\_japanese\\_law\\_v9.ashx](https://www.dlapiper.com/~media/files/people/kawanami-yoshiko/win_wise_japanese_law_v9.ashx), truy cập ngày 12/03/2021.

<sup>8</sup> T. Omagari, Y. Sako, *Japan's New Crypto Regulation: 2019 Amendments to Payment Services Act and Financial Instruments and Exchange Act of Japan*, K&L Gate Legal Insight, 26/11/2019. Xem <https://www.klgates.com/Japans-New-Crypto-Regulation-2019-Amendments-to-Payment-Services-Act-and-Financial-Instruments-and-Exchange-Act-of-Japan-11-26-2019>, truy cập ngày 10/03/2021.

<sup>9</sup> Financial Action Task Force (FATF), *Virtual Currency: Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, 2014, p. 4. Xem tại: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>, truy cập ngày 11/03/2021.

<sup>10</sup> Directive (eu) 2018/843 of the European parliament and of the council of amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU. Xem <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/843/oj>, truy cập ngày 10/03/2021.

<sup>11</sup> ISO/IEC 27032:2012(en), *Information Technology - Security Techniques - Guidelines for Cybersecurity*, Mục 4.50. Xem <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:27032:ed-1:v1:en>, truy cập ngày 11/03/2021.

trị trong một môi trường cụ thể như trò chơi điện tử hay trong một trò chơi mô phỏng giao dịch tài chính.

Có thể thấy, những khái niệm tiền ảo trên đang còn rất rộng, có thể bao gồm cả những vật phẩm trong các game trực tuyến (game online), điểm thưởng của chương trình khách hàng thân thiết (như chương trình tích điểm VinMart...). Đây chỉ là các tài sản được hình thành trên môi trường kỹ thuật số thông thường hoặc cơ bản đã được điều chỉnh bởi pháp luật hiện hành (hoặc hợp đồng giữa nhà phát hành hoặc người sở hữu). Trong khi đó, tài sản mã hóa được tạo dựng trên cơ sở nền tảng ứng dụng công nghệ blockchain và kỹ thuật mã hóa trong một hệ thống máy tính, đang thu hút được sự quan tâm nghiên cứu, đầu tư, kinh doanh của nhiều tổ chức, cá nhân do những kỳ vọng về ưu điểm vượt trội mà công nghệ blockchain đem lại.

Về tài sản mã hóa, theo Ngân hàng Trung ương châu Âu, đây là thuật ngữ dùng để chỉ bất kỳ tài sản nào được ghi nhận ở hình thức kỹ thuật số. Nó không phải và không đại diện cho bất kỳ yêu cầu tài chính nào hay nghĩa vụ tài chính của một cá nhân hay pháp nhân nào. Nó cũng không hàm chứa quyền đối với tài sản. Tuy nhiên, tài sản mã hóa được người sử

dụng xem là có giá trị (là tài sản) với tư cách là một khoản đầu tư vào/hoặc phương tiện trao đổi. Việc kiểm soát hoạt động cung ứng tài sản mã hóa và thỏa thuận về việc chuyển giao tài sản mã hóa không được thực hiện bởi một bên trung gian nào mà được thực hiện bởi việc sử dụng kỹ thuật mật mã. Tài sản mã hóa đã được kích hoạt bởi công nghệ sổ cái phân tán (DLT<sup>12</sup>). Công nghệ này cho phép việc cung cấp tài sản mã hóa được kiểm soát và giới hạn bằng cách cho phép người dùng kiểm tra các liên kết mật mã chứng nhận tính nhất quán của các bản cập nhật thông tin theo thời gian và bảo đảm rằng không có sự tạo ra tài sản mã hóa không chính đáng<sup>13</sup>.

Thêm vào đó, theo Tổ chức quốc tế của các ủy ban chứng khoán (IOSC), tài sản mã hóa, với giá trị nội tại hay giá trị được đánh giá, là một loại tài sản tư nhân, sử dụng công nghệ DLT hay tương tự và kỹ thuật mã hóa. Tài sản mã hóa có thể đại diện cho một tài sản hay quyền sở hữu một tài sản, như: tiền, hàng hóa, chứng khoán hoặc một loại phái sinh (derivative) của hàng hóa hay chứng khoán<sup>14</sup>.

Dựa trên thực tế sử dụng và bản chất kinh tế liên quan, tài sản mã hóa hiện nay được nhiều chuyên gia, tổ chức và thậm chí cơ quan quản lý nhà nước phân thành ba nhóm chính<sup>15</sup>:

<sup>12</sup> Sổ cái phân tán là một bản ghi thông tin hoặc cơ sở dữ liệu được chia sẻ trên một mạng. Từ góc độ kỹ thuật, nó có thể được sử dụng; ví dụ, để ghi lại các giao dịch trên các địa điểm khác nhau. Một trong những công nghệ làm cho điều này trở nên khả thi được gọi là “blockchain”. Tên gọi này xuất phát từ thực tế là một số giải pháp DLT lưu trữ tất cả các giao dịch riêng lẻ theo nhóm hoặc khối, được gắn với nhau theo thứ tự thời gian để tạo ra một chuỗi dài. Chuỗi dài này được kết hợp với nhau bằng cách sử dụng mật mã, do đó đảm bảo tính bảo mật và tính toàn vẹn của dữ liệu. Chuỗi này sau đó tạo thành một bản ghi các giao dịch mà người dùng của nó coi là bản ghi chính thức. Ngoài blockchains, sổ cái đồng thuận là một loại DLT khác; theo đó, thay vì nhóm và chuỗi các giao dịch, chỉ số dư tài khoản của thành viên được cập nhật sau mỗi vòng xác thực. Xem Pinna, A. and Ruttenberg, “*Distributed ledger technologies in securities post-trading. Revolution or Evolution?*”, Occasional Paper Series, No.176, European Central Bank, Frankfurt am Main, April, W. (2016).

<sup>13</sup> European Central Bank (ECB), *Crypto-Assets: Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures*, May 2019, p.7. Xem <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op223~3ce14e986c.en.pdf>, truy cập ngày 10/3/2021.

<sup>14</sup> IOSC, Issues, Risks and Regulatory Considerations Relating to Crypto-Asset Trading Platforms, FR02/2020, 2020, p. 3. Xem <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD649.pdf>, truy cập ngày 11/03/2021.

<sup>15</sup> FINMA, Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings, 16/02/2018, p.3-8; FCA, Guidance on Cryptoassets, CP19/3, 01/2019, p. 8-9.

*Thứ nhất*, tài sản mã hóa tương tự chứng khoán (security token), là một loại tài sản mã hóa có các đặc trưng của chứng khoán theo pháp luật chứng khoán của quốc gia, là bằng chứng xác nhận quyền và lợi ích hợp pháp của người sở hữu đối với tài sản hoặc phần vốn (tương tự trái phiếu hay cổ phiếu) của người phát hành ra tài sản mã hóa đó. Nói cách khác, nếu tài sản mã hóa, thông thường được bán cho người mua qua hình thức phát hành ra công chúng, là một khoản đầu tư của người mua vào doanh nghiệp phát hành thì đó là (tương tự là) chứng khoán.

*Thứ hai*, tài sản mã hóa tương tự phương tiện trao đổi, thanh toán (exchange/payment token), còn có thể được gọi là tiền mã hóa, là một loại tài sản mã hóa được tin tưởng và có thể được sử dụng tương tự như một phương tiện trao đổi, thanh toán trong một cộng đồng nhất định mà không cần qua trung gian tập trung. Bitcoin là một ví dụ điển hình.

*Thứ ba*, tài sản mã hóa là phương tiện để tiếp cận và sử dụng một dịch vụ nhất định trong một hệ sinh thái được phát triển trên nền tảng công nghệ blockchain, còn gọi là xu (mã) tiện ích (utility token) hay xu (mã) tiếp cận (access token). Nếu thuộc trường hợp này, tài sản mã hóa được coi như một loại tài sản truyền thống thông thường.

Như vậy, tiền mã hóa (như Bitcoin, Ethereum, Litecoin, XRP...) là một dạng của tài sản mã hóa. Về cơ bản, có thể hiểu, tiền mã hóa là: (i) biểu hiện của giá trị dưới dạng số (vô hình); (ii) không được quốc gia hay ngân hàng trung ương nào bảo đảm; (iii) được tạo ra trên cơ sở sử dụng công nghệ blockchain hay DLT kết hợp kỹ thuật mã hóa nhằm tạo lập và xác thực giao dịch

một cách minh bạch, bảo mật, đáng tin cậy; (iv) là một dạng tài sản mã hóa phi chứng khoán, có chức năng tương tự phương tiện trao đổi, thanh toán; (v) được tin tưởng và có thể được sử dụng trong một cộng đồng nhất định mà không cần qua trung gian tập trung.

## 2. Pháp luật Việt Nam về tiền mã hóa

Trên thực tế, tiền mã hóa đang đặt ra nhiều câu hỏi cho pháp luật Việt Nam bởi ba vấn đề:

- Tiền mã hóa có thể được “sở hữu” và người “nắm giữ” tiền mã hóa có thể bảo vệ quyền “sở hữu” nhờ các cơ chế công nghệ tương tự như tài sản<sup>16</sup>. Như vậy, tiền mã hóa có nên được coi là tài sản?

- Tiền mã hóa có nên được công nhận là hàng hóa, dịch vụ hay không? Khi mà trên thực tế, nó đang được trao đổi, mua bán, lưu thông tương tự hàng hóa hoặc được sử dụng như một dạng dịch vụ.

- Tiền mã hóa có thể trở thành phương tiện thanh toán trong một cộng đồng nhất định. Vậy tiền mã hóa có thể là phương tiện thanh toán hay không?

### 2.1. Dưới góc độ là tài sản

Theo quy định của Điều 105 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015, tài sản bao gồm vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản. Do đó, tiền mã hóa có được coi là tài sản theo pháp luật dân sự Việt Nam hay không cần đánh giá thông qua bốn loại tài sản trên:

*Thứ nhất*, đối với tài sản là vật: Theo quy định của BLDS năm 2015, “vật” là những bộ phận hữu hình của thế giới vật chất theo nghĩa rộng bao gồm cả vật vô cơ, hay hữu cơ, động vật hay thực vật<sup>17</sup>. Khái niệm vật

<sup>16</sup> Nguyễn Thanh Tú, “Thực trạng quản lý và lưu hành tài sản mã hóa ở Việt Nam và những vấn đề pháp lý đặt ra”, t.đđ, tr. 3.

<sup>17</sup> Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, Đề tài Khoa học cấp Bộ “Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự năm 2015”, TS. Đinh Trung Tụng (Chủ nhiệm), 2017, tr. 169.

trong pháp luật dân sự rộng hơn khái niệm vật trong cách hiểu đời sống thực tế. Vật bao hàm không những các vật dụng sinh hoạt, tiêu dùng, sản xuất bình thường, mà còn bao gồm cả các tập hợp vật chất phức tạp như nhà máy, công xưởng, tuyến giao thông đường sắt, sân bay, giàn khoan dầu, hệ thống công trình xây dựng... Trong khi đó, tiền mã hóa là vô hình; bởi vậy, không phải là “vật”.

*Thứ hai*, đối với tài sản là tiền: Mặc dù theo quy định của BLDS năm 2015, tiền là một loại tài sản, nhưng pháp luật hiện hành của nước ta không định nghĩa cụ thể thế nào tiền. Trên thực tế, ở Việt Nam hay ở các quốc gia khác trên thế giới, tiền pháp định có thể tồn tại dưới dạng tiền giấy, tiền kim loại. Ngoài ra, theo quy định của Điều 4 Nghị định số 101/2012/NĐ-CP ngày 22/11/2012 đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 80/2016/NĐ-CP ngày 01/7/2016<sup>18</sup> về thanh toán không dùng tiền mặt, phương tiện thanh toán không dùng tiền mặt sử dụng phương tiện 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 (như thanh toán qua ví điện tử). Như vậy, theo quy định của pháp luật Việt Nam, tiền mã hóa không phải là tiền pháp định hay phương tiện thanh toán.

<sup>18</sup> Sau đây gọi tắt là Nghị định số 101/2012/NĐ-CP.

<sup>19</sup> Khoản 8 Điều 6 Luật Ngân hàng nhà nước Việt Nam năm 2010 quy định: “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”. Khoản 9 Điều 3 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm (đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 83/2010/NĐ-CP ngày 23/7/2010 của Chính phủ về đăng ký giao dịch bảo đảm và Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/2/2012 của Chính phủ) quy định: “Giấy tờ có giá bao gồm cổ phiếu, trái phiếu, hối phiếu, kỳ phiếu, tín phiếu, chứng chỉ tiền gửi, séc, chứng chỉ quỹ, giấy tờ có giá khác theo quy định của pháp luật trị giá được thành tiền và được phép giao dịch”.

<sup>20</sup> Điều 450 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định về mua bán quyền tài sản.

<sup>21</sup> Quyền tài sản như quyền đòi nợ được trị giá bằng tiền, xác lập và chuyển giao quyền sở hữu theo Điều 221, 117 Bộ luật Dân sự năm 2015 về căn cứ xác lập quyền sở hữu và điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự; Điều 365, 450 của Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định về chuyển giao quyền yêu cầu, mua bán quyền tài sản.

*Thứ ba*, đối với tài sản là giấy tờ có giá<sup>19</sup>: Giấy tờ có giá là một hình thức pháp lý thể hiện giá trị, mang nội dung khẳng định quyền tài sản của một người (người nắm giữ giấy tờ có giá) đối với chủ thể khác (chủ thể phát hành giấy tờ có giá), được pháp luật công nhận là một loại tài sản. Tiền mã hóa không có chức năng giống tài sản mã hóa tương tự chứng khoán. Do đó, theo pháp luật Việt Nam, tiền mã hóa sẽ không là giấy tờ có giá.

*Thứ tư*, đối với tài sản là quyền tài sản: Điều 115 BLDS năm 2015 quy định: “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”. Trong đó, quyền sở hữu trí tuệ, quyền sử dụng đất hay quyền đòi nợ<sup>20</sup> đều giá trị được bằng tiền và được pháp luật Việt Nam thừa nhận là một dạng tài sản. Ngoài ra, việc BLDS năm 2015 quy định mở về “các quyền tài sản khác” nhằm bao quát các trường hợp chưa dự liệu được ngay tại thời điểm ban hành, cũng như tạo điều kiện linh hoạt hơn cho pháp luật chuyên ngành có thể quy định cụ thể về các quyền tài sản mới phát sinh trong tương lai. Ở khía cạnh này, tiền mã hóa cũng tương tự như quyền tài sản với đặc điểm vô hình có thể trị giá được bằng tiền, được xác lập, chuyển giao quyền sở hữu<sup>21</sup>. Mặt khác,



theo pháp luật dân sự Việt Nam, nếu coi tiền mã hóa mang tính đại diện cho quyền “nắm giữ” tiền mã hóa thì tiền mã hóa có thể được coi là quyền tài sản.

Cuối cùng, với thực tế là tiền mã hóa có thể được tạo ra, chiếm hữu, sử dụng và chuyển nhượng cho người khác, thì việc xác lập quyền và thực hiện các giao dịch liên quan đến tiền mã hóa cũng có thể làm phát sinh các quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm pháp lý cho các chủ thể tham gia giao dịch theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam<sup>22</sup>. Hay nói cách khác, theo pháp luật dân sự Việt Nam, tuy chưa được công nhận là một loại tài sản nhưng tiền mã hóa có thể trở thành khách thể của quyền dân sự<sup>23</sup>. Bởi vậy, tiền mã hóa nên được coi là tài sản - tài sản “đặc biệt” phi truyền thống<sup>24</sup> hoặc quyền tài sản - và cần cho phép giao dịch có kiểm soát đối với tài sản này, miễn là tài sản đặc biệt này được cộng đồng hay hệ sinh thái chấp nhận sử dụng, trao đổi.

### 2.2. Dưới góc độ là hàng hóa, dịch vụ

Dưới góc độ là hàng hóa, theo quy định của Luật Thương mại (TM) năm 2005, khi tiền mã hóa (không phải là phương tiện thanh toán) là khách thể của quyền dân sự, được giao dịch thì có thể được xem là hàng hóa. Hàng hóa đưa vào lưu thông giao dịch trước hết cần được ghi nhận là một loại tài sản (động sản hoặc bất động sản)<sup>25</sup>. Theo quy định của Điều 107 BLDS năm 2015, bất động sản bao gồm: đất đai;

nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất đai; tài sản khác gắn liền với đất đai, nhà, công trình xây dựng; tài sản khác theo quy định của pháp luật; và động sản là những tài sản không phải là bất động sản. Việc xác định tiền mã hóa là một loại tài sản như phân tích ở phần trên là cơ sở để ghi nhận tiền mã hóa là hàng hóa trong pháp luật TM. Việc ghi nhận tiền mã hóa là một loại hàng hóa là cơ sở để có thể xem xét áp dụng các loại thuế và xác định mức thuế phù hợp.

Dưới góc độ là dịch vụ, Luật TM năm 2005 không định nghĩa về dịch vụ, nhưng khoản 9 Điều 3 quy định, cung ứng dịch vụ là hoạt động thương mại, theo đó một bên có nghĩa vụ thực hiện dịch vụ cho một bên khác và nhận thanh toán; bên sử dụng dịch vụ (khách hàng) có nghĩa vụ thanh toán cho bên cung ứng dịch vụ và sử dụng dịch vụ theo thỏa thuận. Điều 513 và Điều 514 BLDS năm 2015 quy định: “Hợp đồng dịch vụ là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên cung ứng dịch vụ thực hiện công việc cho bên sử dụng dịch vụ, bên sử dụng dịch vụ phải trả tiền dịch vụ cho bên cung ứng dịch vụ” và đối tượng của hợp đồng dịch vụ là “công việc có thể thực hiện được, không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội”. Do đó, dịch vụ được hiểu là một dạng “công việc” mà một bên cung ứng cho bên kia. Đối chiếu với các quy định này thì tiền mã hóa chưa rõ ràng là dịch vụ.

<sup>22</sup> Điều 221, 117 Bộ luật Dân sự năm 2015 về căn cứ xác lập quyền sở hữu và điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự.

<sup>23</sup> Điều 8 Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>24</sup> Bộ Tư pháp, *Báo cáo số 255/BC-BTP ngày 29/10/2018 về việc rà soát, đánh giá toàn diện thực trạng pháp luật, thực tiễn về tài sản ảo, tiền ảo ở Việt Nam và quốc tế; nhận diện, đề xuất các định hướng hoàn thiện*, Hà Nội, 2018. Xem thêm: Phan Chí Hiếu, Nguyễn Thanh Tú (chủ biên), *Một số vấn đề pháp lý về tài sản mã hóa, tiền mã hóa*, tldd, tr. 244.

<sup>25</sup> Khoản 2 Điều 3 Luật Thương mại năm 2005, hàng hóa bao gồm: (i) tất cả các loại động sản, kể cả động sản hình thành trong tương lai; và (ii) những vật gắn liền với đất đai (bất động sản).

### **2.3. Dưới góc độ phương tiện thanh toán, ngoại hối**

Dưới góc độ phương tiện thanh toán, tiền giấy, tiền kim loại do Ngân hàng Nhà nước Việt Nam phát hành là phương tiện thanh toán hợp pháp trên lãnh thổ Việt Nam<sup>26</sup>. Tuy nhiên, ngoài tiền giấy và tiền kim loại do Ngân hàng Nhà nước Việt Nam phát hành còn có các phương tiện thanh toán khác được sử dụng. Khoản 6 Điều 4 Nghị định số 101/2012/NĐ-CP quy định 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 Việt Nam, như dịch vụ ví điện tử. Theo khoản 8 Điều 4 Nghị định số 101/2012/NĐ-CP, dịch vụ ví điện tử là dịch vụ cung cấp cho khách hàng một tài khoản điện tử định danh do các tổ chức cung ứng dịch vụ trung gian thanh toán tạo lập trên vật mang tin (như chip điện tử, sim điện thoại di động, máy tính...), cho phép lưu giữ một giá trị tiền tệ được đảm bảo bằng giá trị tiền gửi tương đương với số tiền được chuyển từ tài khoản thanh toán của khách hàng tại

ngân hàng vào tài khoản đảm bảo thanh toán của tổ chức cung ứng dịch vụ ví điện tử theo tỷ lệ 1:1. Tiền trên ví điện tử thực chất là tiền điện tử (không phải là tài sản mã hóa, tiền mã hóa hay tiền ảo) và có thể được sử dụng để thanh toán<sup>27</sup>. Đồng thời, khoản 7 Điều 4 Nghị định số 101/2012/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”. Từ cuối năm 2014 đến nay, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam đã nhiều lần khẳng định tiền ảo như Bitcoin (tiền mã hóa) không phải là phương tiện thanh toán hợp pháp tại Việt Nam và việc phát hành, cung ứng, sử dụng Bitcoin và các loại tiền ảo tương tự khác làm phương tiện thanh toán là hành vi bị cấm tại Việt Nam<sup>28</sup>.

Như vậy, theo pháp luật Việt Nam hiện nay, tiền mã hóa không phải là phương tiện thanh toán. Việc sử dụng tiền mã hóa làm phương tiện thanh toán là hành vi vi phạm pháp luật, có thể bị xử lý hành chính<sup>29</sup>.

Dưới góc độ ngoại hối, căn cứ điểm a khoản 2 Điều 6 Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam năm 2010 và điểm a khoản 1

<sup>26</sup> Khoản 2 Điều 17 Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam năm 2010.

<sup>27</sup> Thông tư số 39/2014/TT-NHNN ngày 11/12/2014 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam hướng dẫn về dịch vụ trung gian thanh toán (đã được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư số 20/2016/TT-NHNN ngày 30/6/2016 và Thông tư số 30/2016/TT-NHNN ngày 14/10/2016).

<sup>28</sup> Thông cáo báo chí ngày 27/02/2014, ngày 11/12/2014, ngày 28/10/2017 của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam. Xem [https://www.sbv.gov.vn/webcenter/portal/vi/menu/sm/tcbc/ttvhdnhtt/ttvhdnhtt\\_chitiet?leftWidth=20%25&showFooter=false&showHeader=false&dDocName=CNTHWEBAP0116211755883&rightWidth=0%25&centerWidth=80%25&\\_afrLoop=17388302872705297#%40%3F\\_afrLoop%3D17388302872705297%26centerWidth%3D80%2525%26dDocName%3DCNTHWEBAP\\_0116211755883%26leftWidth%3D20%2525%26rightWidth%3D0%2525%26showFooter%3Dfalse%26showHeader%3Dfalse%26\\_adf.ctrl-state%3Dfjnlc1kr\\_4](https://www.sbv.gov.vn/webcenter/portal/vi/menu/sm/tcbc/ttvhdnhtt/ttvhdnhtt_chitiet?leftWidth=20%25&showFooter=false&showHeader=false&dDocName=CNTHWEBAP0116211755883&rightWidth=0%25&centerWidth=80%25&_afrLoop=17388302872705297#%40%3F_afrLoop%3D17388302872705297%26centerWidth%3D80%2525%26dDocName%3DCNTHWEBAP_0116211755883%26leftWidth%3D20%2525%26rightWidth%3D0%2525%26showFooter%3Dfalse%26showHeader%3Dfalse%26_adf.ctrl-state%3Dfjnlc1kr_4), truy cập ngày 11/3/2021.

<sup>29</sup> Điểm b khoản 9, điểm d khoản 6 Điều 27 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, chủ thể phát hành, cung ứng, sử dụng các phương tiện thanh toán không hợp pháp sẽ bị xử phạt từ 150 đến 200 triệu đồng. Ngoài ra, chủ thể này còn có thể bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung như tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm và bị buộc nộp vào ngân sách nhà nước số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi vi phạm.

Điều 4 Pháp lệnh Ngoại hối năm 2005 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2013), ngoại hối bao gồm: “a) Đồng tiền của quốc gia khác hoặc đồng tiền chung châu Âu và đồng tiền chung khác được sử dụng trong thanh toán quốc tế và khu vực (sau đây gọi là ngoại tệ); b) Phương tiện thanh toán bằng ngoại tệ gồm séc, thẻ thanh toán, hối phiếu đòi nợ, hối phiếu nhận nợ và các phương tiện thanh toán khác; c) Các loại giấy tờ có giá bằng ngoại tệ gồm trái phiếu Chính phủ, trái phiếu công ty, kỳ phiếu, cổ phiếu và các loại giấy tờ có giá khác; d) Vàng thuộc Dự trữ ngoại hối nhà nước, trên tài khoản ở nước ngoài của người cư trú; vàng dưới dạng khối, thỏi, hạt, miếng trong trường hợp mang vào và mang ra khỏi lãnh thổ Việt Nam; và đ) Đồng tiền của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong trường hợp chuyển vào và chuyển ra khỏi lãnh thổ Việt Nam hoặc được sử dụng trong thanh toán quốc tế”.

Như vậy, tiền mã hóa không phải là ngoại hối, cụ thể hơn là ngoại tệ. Tuy nhiên, theo pháp luật Việt Nam, với trường hợp một quốc gia phát hành và xác định tiền mã hóa là tiền pháp định của quốc gia đó thì tiền mã hóa là ngoại tệ. Và các giao dịch liên quan đến tiền mã hóa đó trên lãnh thổ Việt Nam với tư cách là tiền pháp định của một quốc gia khác sẽ phải tuân thủ các quy định của Pháp lệnh Ngoại hối năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2013.

### 3. Kết luận và khuyến nghị

Những phân tích trên đây cho thấy, tiền mã hóa là một tài sản mới, phi truyền thống. Mặc dù một số cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã có các cảnh báo, khuyến nghị các rủi ro, ảnh hưởng tiêu cực của các loại tiền ảo; thậm chí chỉ đạo áp dụng biện pháp tăng cường kiểm soát các giao dịch, hoạt động liên quan đến tiền ảo và khẳng định không chấp nhận tài sản mã hóa, tiền mã hóa là phương tiện thanh toán, song về cơ bản, Việt Nam đang đi theo xu hướng của nhiều quốc gia trên thế giới là chưa quản lý loại tài sản mới này<sup>30</sup>.

Trong khi đó, tiền mã hóa đang có sức ảnh hưởng lớn khi chiếm 4% giá trị vốn hóa thị trường và 1% GDP khu vực đồng Euro<sup>31</sup> và có đến khoảng 80% giao dịch tiền kỹ thuật số xuất hiện từ các nước châu Á. Việt Nam là một trong 5 quốc gia hàng đầu truy cập các trang web và nền tảng tiền kỹ thuật số<sup>32</sup>. Thêm vào đó, khung pháp lý trong giai đoạn tới cần đáp ứng được việc hạn chế tác động tiêu cực của các đối tượng mới và tạo môi trường thuận lợi cho việc khuyến khích ứng dụng, sáng tạo, đổi mới. Bởi vậy, tác giả cho rằng, Việt Nam cần luật hóa và xác định tiền mã hóa là tài sản đặc biệt; đồng thời, xây dựng khung pháp lý quản lý giao dịch liên quan đến tiền mã hóa nhằm bảo vệ quyền lợi nhà đầu tư, người tiêu dùng. Bên cạnh đó, Nhà nước cần tập trung phát triển cơ sở hạ tầng công nghệ thông tin cũng như xây dựng, hoàn thiện nền tảng số hóa tại Việt Nam ■

<sup>30</sup> Khoảng 150 quốc gia cơ bản chưa thể hiện quan điểm quản lý tiền mã hóa. Xem: Jan Lansky: “Possible Approaches to Cryptocurrencies”, Journal of Systems Integration, Vol. 9(1), 2018, p. 22-23.

<sup>31</sup> European Central Bank (ECB), Crypto-Assets: Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures, May 2019, p. 7. Xem <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op223~3ce14e986c.en.pdf>, truy cập ngày 10/3/2021.

<sup>32</sup> David Abel, Vietnam forms group for digital currency policy research, 17 May 2020. [https://coingeek.com/vietnam-forms-group-for-digital-currency-policy-research/?fbclid=IwAR20bQOAItoDfDa-JdkIt\\_j1Kn9CKgv9FWtFswGuXNY7wO33362MtHkum-Y](https://coingeek.com/vietnam-forms-group-for-digital-currency-policy-research/?fbclid=IwAR20bQOAItoDfDa-JdkIt_j1Kn9CKgv9FWtFswGuXNY7wO33362MtHkum-Y), truy cập ngày 10/3/2021.

# SỰ THAM GIA CỦA NGƯỜI DÂN Ở ĐỨC VÀ VIỆT NAM TRONG HOẠT ĐỘNG QUY HOẠCH

**Roland Fritz\***

**Vũ Hoài Đức\*\***

\*GS.TS. Trường Đại học tổng hợp Justus-Liebig, thành phố Gießen, CHLB Đức

\*\*TS. KTS. Đại học Quốc gia Hà Nội

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Sự tham gia của người dân, hoạt động tham vấn - xin ý kiến cộng đồng.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 27/02/2021

Biên tập : 18/3/2021

Duyệt bài : 22/3/2021

## Article Information:

*Keywords:* Community participation, activity of community consultation

## Article History:

Received : 27 Feb. 2021

Edited : 18 Mar. 2021

Approved : 22 Mar. 2021

## Tóm tắt:

Ở Cộng hòa liên bang Đức nói riêng và các nước phát triển nói chung, các quy định của pháp luật về hoạt động tham vấn cộng đồng đối với việc triển khai các dự án xây dựng đã được hoàn thiện và có những bước phát triển theo xu hướng tạo lập môi trường để người dân được tham gia sâu rộng. Hiện nay, giới nghiên cứu ở Đức đã tìm tòi những phương thức mới nhằm tạo được sự đồng thuận cao trong xã hội để các dự án quy hoạch sớm được triển khai. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả giới thiệu về tầm quan trọng và vị trí của hoạt động tham vấn cộng đồng và sự tham gia của người dân trong hoạt động quy hoạch ngày nay tại Đức, đồng thời hướng cái nhìn tới tình hình về hoạt động này ở Việt Nam.

## Abstract:

In the Federal Republic of Germany in particular and the developed countries in general, the legal provisions on community consultation activities for the implementation of construction projects have been improved on orientation toward creating an environment for the community's full participation. Currently, the researchers in Germany have been seeking new approaches for a high consensus in society so that the projects as in the master plan are soon implemented. In the scope of this article, the authors provide an introduction of the importance and position of community consultation and community participation in planning activities in Germany and also provide discussions on the activity in Vietnam.

## 1. Sự tham gia của người dân trong hoạt động quy hoạch tại Đức

Ở Cộng hòa liên bang (CHLB) Đức ngày nay, nếu ai đó muốn triển khai những dự án xây dựng lớn, mà không được sự đồng thuận của người dân, thì người đó chắc chắn sẽ phải đối mặt với rất nhiều trở lực, cả về thời gian, nguồn lực lẫn tài chính. Vì lý do đó, các nhà chuyên môn và giới khoa học đưa ra khuyến cáo rằng, đối với các dự án xây dựng, đặc biệt là các dự án cơ sở hạ tầng như làm đường giao thông, lắp đặt đường dây truyền tải điện, phát triển các khu công nghiệp v.v., cần thiết phải triển khai tham vấn cộng đồng,

sớm nhất có thể; có như vậy mới có thể tiết kiệm được chi phí và thời gian trong quá trình thực hiện dự án sau này. Trong những năm vừa qua, khung khổ pháp lý ở Đức liên quan tới việc triển khai sớm các hoạt động tham vấn cộng đồng, đã từng bước được cải thiện. Mặc dầu vậy, thực tiễn áp dụng pháp luật không phải lúc nào cũng thỏa mãn được các quy định của luật pháp và trong nhiều trường hợp chưa đáp ứng được các yêu cầu của những người dân bị ảnh hưởng bởi dự án.

Tính chính đáng của các dự án lớn ngày nay không đơn thuần có được đơn giản chỉ vì chúng là hợp pháp. Có thể nhận thấy điều



này qua hàng loạt vụ tranh chấp xảy ra, liên quan tới các dự án xây dựng các công viên năng lượng gió, khu công nghiệp hay làm đường. Ở đây, việc tham vấn những người bị tác động trực tiếp mới chỉ thể hiện một mặt của vấn đề. Phần còn lại bao gồm những đại biểu dân cử tại các nghị viện ở cấp liên bang, cấp bang và cấp địa phương (cấp cuối cùng trong bộ máy hành chính ở Đức - ND); trong thể chế dân chủ đại diện của CHLB Đức, những người này được giao nhiệm vụ hoạch định chính sách. Để có thể đưa ra những quyết sách dài hạn, hợp lý và có hiệu lực đối với toàn xã hội, cần phải làm sao để tạo được sự thống nhất giữa hai mặt nêu trên<sup>1</sup>.

Trong bối cảnh như vậy, để thực thi quyền được tham gia của người dân trong công tác quy hoạch, ngoài biện pháp truyền thống là tham khảo ý kiến người dân và thảo luận, còn có một công cụ đặc biệt hữu hiệu nữa. Công cụ này nằm ngoài khuôn khổ các cơ chế do luật định và có tác dụng bổ trợ cho quy trình ra quyết định hiện hành<sup>2</sup>. Nội dung chính của cách làm này là tổ chức đối thoại theo tinh thần hợp tác, nhằm đạt được những giải pháp lâu dài, được tất cả các bên chấp thuận. Nếu được vận dụng một cách khéo léo, cách làm này có thể giúp đưa các dự án tưởng như đã thất bại đến thành công, với điều kiện, chính giới và bộ máy chính quyền có quyết tâm rời bỏ những con đường cũ, những cách làm quen thuộc, để thử nghiệm cái mới.

### **- Khuôn khổ pháp luật tại CHLB Đức**

Sự tham gia và hợp tác của người dân đã từ lâu không còn là những khái niệm xa lạ

đối với lĩnh vực luật hành chính chung và luật hành chính chuyên ngành ở Đức, chúng xuất hiện trong một loạt các quy định của pháp luật. Tuy nhiên, hiện các quy định này được thiết kế rất khác nhau, và đó là lý do cho việc xuất hiện những ý kiến phê bình xác đáng. Ví dụ, ngoài khoản 3 Điều 25 Luật về thủ tục hành chính (VwVfG) thì một loạt các luật chuyên ngành như Luật xây dựng liên bang, Luật quy hoạch không gian, Luật thẩm định quy hoạch toàn diện, Luật kinh tế năng lượng, Luật về kiểm tra tác động môi trường v.v.. cũng chứa đựng những quy phạm pháp luật về đảm bảo minh bạch ngay từ trước khi triển khai thủ tục cấp phép hoặc thủ tục thẩm định quy hoạch toàn diện, để thông qua đó nâng cao mức độ chấp thuận của cộng đồng, đặc biệt là của những người dân bị ảnh hưởng, đối với những quyết định của chính quyền. Các tác giả không có ý định bàn sâu hơn về những ý kiến phê phán đã được phát biểu nhiều lần, liên quan tới những hạn chế của khoản 3 Điều 25 Luật thủ tục hành chính và những quy định khác của pháp luật; trên thực tế điều khoản này đã không quy định nghĩa vụ pháp luật của cơ quan hành chính nhà nước, cũng không quy định trách nhiệm của chủ dự án trong việc tổ chức tham vấn cộng đồng sớm<sup>3</sup>. Điều khoản hiện tại chỉ quy định cơ quan hành chính nhà nước có “nghĩa vụ tác động” để chủ dự án tổ chức tham vấn cộng đồng<sup>4</sup>.

### **- Luật Quy hoạch xây dựng**

Ngược với những quy định của pháp luật nêu trên, khoản 1 Điều 3 Luật Quy hoạch xây

<sup>1</sup> Xem thêm về nỗ lực của Chính phủ liên bang trong việc triển khai một số dự án cơ sở hạ tầng thông qua luật, chứ không phải bằng quyết định hành chính, với quy định rõ về việc triển khai sớm hoạt động tham vấn cộng đồng: Dự thảo Luật đề chuẩn bị cho việc ban hành luật về thực hiện các dự án xây dựng trong lĩnh vực giao thông, BR-Drucks. 579/19.

<sup>2</sup> Renn/Wachinger/Kinn/Altendorf-Bayha, Lessons learned aus Stuttgart 21, Spektrum der Mediation 2011, 4 ff.

<sup>3</sup> Xem Stürer, Das Planvereinheitlichungsgesetz, DVBl. 2013, 700 ff (702, Fn 33, 34).

<sup>4</sup> Stender-Vorwachs, Bürgerbeteiligung im Verfahren und frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 1 ff (www.km-kongress.de/konfliktmanagement/Module/Media/Thome,-Buergerbeteiligung-im-Verfahren\_194.pdf); BDVR, Stellungnahme zu dem Entwurf des Bundesministeriums des Innern für ein Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren (PIVereinHG) (st\_2012-02\_PIVereinHG-2.pdf).

dựng lại nhấn mạnh rằng<sup>5</sup>, phải thông báo công khai, sớm nhất có thể, cho cộng đồng về những mục đích và mục tiêu chung của quy hoạch xây dựng chủ đạo của địa phương<sup>6</sup> (Bauleitplanung), về các giải pháp khác nhau - tức các lựa chọn khác nhau - đối với việc cải tạo hoặc phát triển mới một khu vực, và những tác động có thể của đề án quy hoạch. Phải tạo điều kiện cho cộng đồng, bao gồm cả trẻ em và thanh thiếu niên, có cơ hội phát biểu quan điểm và thảo luận về đề án quy hoạch. Mặc dù luật không đưa ra quy định cụ thể về quy trình tham vấn cộng đồng, thế nhưng với quy định như vậy, luật cũng đã tạo điều kiện cho việc tổ chức đối thoại thực sự, với sự tham gia của Bên thứ Ba: Điều 4b Bộ luật Xây dựng (BauGB) cho phép chính quyền địa phương, trong quá trình lập quy hoạch xây dựng chủ đạo của mình, thuê Bên thứ Ba đảm nhận việc chuẩn bị và triển khai một số công việc liên quan tới đối thoại với người dân, trên cơ sở “áp dụng phương pháp trung gian hòa giải hoặc một phương pháp giải quyết xung đột phi tố tụng khác”. Quy định này của Bộ luật Xây dựng có liên hệ với Luật Khuyến khích trung gian hòa giải (tháng 7. 2012), đạo luật này cũng đề cập tới “những phương thức

giải quyết xung đột phi tố tụng”, nhưng không quy định cụ thể nội hàm của khái niệm này<sup>7</sup>. Bộ tư liệu về quá trình soạn thảo và ban hành Luật Khuyến khích trung gian hòa giải không thực sự phong phú. Trong tờ trình về sự cần thiết của việc ban hành luật, có nêu và đưa ra phân tích một số phương thức giải quyết xung đột, kể cả phương thức hòa giải. Người ta cho rằng, việc phát triển thêm những phương thức giải quyết xung đột phi tố tụng mới, sẽ còn được tiếp tục trong thời gian tới<sup>8</sup>. Sở dĩ nhà lập pháp không liệt kê tất cả các quy trình, tham vấn cộng đồng phi chính thức quen thuộc và đã được áp dụng trước đây, có lẽ là vì ở những quy trình đó, thường các quyết định đã được chuẩn bị trước, và hiếm khi đạt được kết quả khả thi một cách dứt điểm.

#### ***- Những nhân tố thành công và điều kiện khung cho hoạt động tham vấn cộng đồng***

Việc lựa chọn phương thức giải quyết xung đột phi tố tụng nào cho phù hợp, phụ thuộc vào đối tượng xung đột và các bên xung đột. Nếu là một dự án cơ sở hạ tầng như lắp đặt đường dây truyền tải điện hay làm đường tránh, thì rất có thể sẽ phải áp dụng những phương thức, phương pháp và kỹ thuật khác, so với trường hợp quy

<sup>5</sup> Seifert, Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung bei Bauvorhaben, Grundeigentum 2013, 1046 ff; Portz, Bürgerbeteiligung bei Planungsvorhaben und plebiszitäre Elemente in der Bauleitplanung nach den Gemeindeordnungen, Gemeinde 2013, 191 ff; Gatz, Öffentliche Bekanntmachung des Bebauungsplanentwurfs, jurisPR-BVerwG 11/2009 Anm. 5; Erler/Arndt, Die Verwaltungsvorschrift Öffentlichkeitsbeteiligung für die Landesverwaltung Baden-Württemberg - auf dem Weg zu mehr Bürgerbeteiligung im Planungswesen, VBIBW 2014, 81 ff.

<sup>6</sup> Quy hoạch xây dựng chủ đạo của địa phương (Bauleitplanung) là bản quy hoạch về việc sử dụng đất cho xây dựng và cho các mục đích khác trong địa bàn thuộc địa phương. Công tác lập quy hoạch xây dựng chủ đạo của địa phương được thực hiện qua hai cấp độ: Ở cấp độ một, người ta lập quy hoạch sử dụng đất (Flächennutzungsplan), với những quy định về mục đích sử dụng các diện tích khác nhau. Ở cấp độ hai, quy hoạch sử dụng đất nêu trên được cụ thể hóa, chi tiết hóa, đối với từng khu vực thuộc địa bàn. Kết quả của giai đoạn này là sự ra đời của bản quy hoạch xây dựng của địa phương (Bebauungsplan). Bản quy hoạch xây dựng này có giá trị pháp lý bắt buộc. Theo quy định ở khoản 5 Điều 1 Bộ luật Xây dựng, quy hoạch xây dựng chủ đạo của các địa phương phải đảm bảo cho một sự phát triển đô thị bền vững, đáp ứng hài hòa các đòi hỏi về xã hội, kinh tế và bảo vệ môi trường, thể hiện trách nhiệm đối với các thế hệ tương lai. Chúng đồng thời phải thỏa mãn được yêu cầu về sử dụng đất công bằng, phục vụ lợi ích chung của cộng đồng. Quy hoạch xây dựng chủ đạo của các địa phương có nhiệm vụ góp phần xây dựng một môi trường sống phù hợp với nhân phẩm con người, bảo vệ và phát triển các cơ sở tự nhiên của cuộc sống, bảo vệ khí hậu, duy trì và phát triển kiến trúc đô thị, diện mạo văn hóa và cảnh quan của địa phương.

<sup>7</sup> Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, Kommentar, Handbuch, Mustertexte, Andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, Einführung Rdn. 3f.

<sup>8</sup> Xem Begründung BT-Drucks. 17/5335 A. II.

hoạch xây dựng mới một khu vực hay cải tạo khu đô thị.

Mục tiêu của hoạt động tham vấn cộng đồng luôn là: khai thác những hiểu biết sẵn có trong cộng đồng, tiếp thu những ý tưởng sáng tạo của người dân nhằm mang lại lợi ích cho dự án<sup>9</sup>: việc thu hút sự tham gia của những chủ thể quan trọng luôn mang lại những nguồn lực mới (nhân sự, ý tưởng và tài chính), đồng thời việc làm này cũng giúp gia tăng mức độ chấp thuận và tính chính đáng của dự án trong con mắt của người dân. Trên thực tế chỉ có thể triển khai dự án khi có sự tham gia của các chủ thể. Ở đây cần phân biệt không chỉ giữa các mức độ tham gia khác nhau (từ thông tin, tư vấn, cùng làm, hợp tác, cho đến cả trao quyền), mà còn cả giữa quy trình chính thức<sup>10</sup> và quy trình phi chính thức. Phần trình bày sau đây sẽ tập trung chủ yếu vào quy trình phi chính thức.

Muốn triển khai thành công hoạt động tham vấn cộng đồng theo tinh thần nêu trên, cần lưu ý một số điều kiện khung<sup>11</sup>: theo thuật ngữ chuyên môn, đó là các phạm trù “tham gia một cách bình đẳng” (tiếng Đức là “Inklusion” và “điều kiện và hoàn cảnh cụ thể cho việc ra quyết định” (tiếng Đức là “Schließung”<sup>12</sup>).

Với “Inklusion”, người ta xác định ai và cái gì cần phải được tham gia vào quy trình tham vấn. Ai ở đây được hiểu là những chủ thể quan trọng, đó có thể là người dân, các chuyên gia, những nhóm người bị ảnh hưởng bởi dự án, những đại diện được cử v.v... Việc xác định

những chủ thể nào là quan trọng và cần được mời tham gia vào quy trình tham vấn, hoàn toàn không phải là chuyện đơn giản; trên thực tế, trong nhiều trường hợp, các đối tượng hoài nghi dự án còn sử dụng việc này như là một sân chơi cho các cuộc tranh giành quyền lực của họ. Đây là tiêu chí cực kỳ quan trọng, mang tính quyết định đối với tính chính danh của toàn bộ quy trình tham vấn cộng đồng - và theo tinh thần như vậy thì có thể phải chấp nhận cả những phương án không thực sự mong muốn. Kinh nghiệm cho thấy, những sai lầm trong việc lựa chọn các nhóm hoặc các chủ thể tham gia bao giờ cũng là dấu hiệu dẫn đến thất bại. Phạm trù “Inklusion” cũng đồng thời xác định rõ yêu cầu đặt ra đối với hoạt động tham vấn cộng đồng: có thể giải quyết những vấn đề gì, không thể giải quyết được những vấn đề gì, sự tham gia của người dân diễn ra ở cấp độ nào (địa phương, vùng v.v.), bối cảnh triển khai hoạt động (không gian, thời gian, tính ràng buộc pháp lý).

Phạm trù thứ hai liên quan tới cái gọi là “Schließung”. Ở đây người ta cố tình không chỉ nhắc tới việc “ra quyết định”, bởi khái niệm “Schließung” có nội hàm rộng hơn. Trong quy trình tham vấn cộng đồng, các quyết định sẽ được đưa ra như thế nào, kiến thức nào được sử dụng, kiến thức nào không, xử lý những ý kiến bất đồng như thế nào? Tất cả những câu hỏi đó đều là những câu hỏi quan trọng đối với quy trình tham vấn, và nếu những vấn đề này không được quan tâm

<sup>9</sup> Gärditz, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderungen an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, GewArch 2011, 273 (276).

<sup>10</sup> Xem thêm Weitz, Bürgerbeteiligung: Handlungsfelder und Qualitätskriterien, 17 ff (19), in: Landeszentrale für politische Bildung u.a., Formen der Bürgerbeteiligung für eine nachhaltige Stadt- und Gemeindeentwicklung, Stuttgart 2006.

<sup>11</sup> Xem thêm Thesen des Bundesverbandes Mediation, Fachgruppe Planen und Bauen, zur Ausgestaltung von Planungsverfahren durch Bürgermitwirkung, Spektrum der Mediation 2011, 9ff.

<sup>12</sup> Goldschmidt/Sellke/Renn: Wie ist kompetente Beteiligung von Bürgern möglich? Schlussfolgerungen von drei europäischen Beteiligungsverfahren nach dem Modell der „Planungszelle“. In: Dienel et al. (Hrsg.): Die Qualität von Bürgerbeteiligungsverfahren. Evaluation und Sicherung von Standards am Beispiel von Planungszellen und Bürgergutachten. Oekom, 2014.

đúng mức, thì chính chúng sẽ dẫn tới thất bại sau này. Cái gì được coi là dữ kiện thực tế được thừa nhận, cái gì được nhìn nhận là lập luận chuẩn mực, và quyết định cuối cùng sẽ được đưa ra như thế nào, tất cả những điều này được mô tả bởi phạm trù “Schliessung”. Từ đó suy ra: để có thể triển khai thành công hoạt động tham vấn cộng đồng, cần đảm bảo tối thiểu những điều kiện sau: chính giới ủng hộ và bảo đảm cho tính chính danh và các quy tắc của hoạt động này; quy trình được triển khai sớm, kết quả đề ngỏ, khách quan, đảm bảo công bằng về cơ hội đối với tất cả những người tham gia, mọi hạn chế nếu có, đều phải được thông báo ngay từ đầu; có sự tham gia của các chuyên gia trung lập; quy trình được điều hành bởi những người điều hành chuyên nghiệp; đảm bảo hiệu quả theo nghĩa tỷ lệ hợp lý giữa công sức bỏ ra (thời gian, chi phí) và kết quả thu được<sup>13</sup>.

**- Các hình thức tham vấn cộng đồng phi chính thức**

Sở dĩ hoạt động tham vấn cộng đồng trong thời gian qua có được thành công còn bởi sự ra đời của nhiều phương thức tham vấn công đồng phi chính thức, phù hợp với từng loại hình xung đột và đối tượng bị ảnh hưởng. Ngoài phương thức trung gian hòa giải như đã đề cập ở trên, còn có các phương thức như Diễn đàn công dân<sup>14</sup> (Bürgerforum), Không gian mở<sup>15</sup> (Open Space), Công xưởng tương lai<sup>16</sup> (Zukunftswerkstatt), Bàn tròn<sup>17</sup> (Runder Tisch) hoặc Phân biện công dân<sup>18</sup> (Planungszelle) và còn nhiều phương thức khác nữa<sup>19</sup>. Các phương thức khác nhau này, trừ phương thức trung gian hòa giải, có thể được vận dụng kết hợp, và đó cũng là một điểm mạnh của chúng. Phương thức trung gian hòa giải là phương thức duy nhất được điều chỉnh bởi pháp luật<sup>20</sup>. Tuy nhiên, các phương pháp, nguyên tắc và kỹ thuật sử dụng trong phương thức trung gian hòa giải cũng hoàn toàn có thể được áp dụng trong khuôn khổ các quy trình áp dụng các phương pháp khác<sup>21</sup>.

<sup>13</sup> Xem aktuell die von Wachinger u.a. erarbeitete “Broschüre Partizipation“ unter: <https://www.enahrgie.de/tools/index.php/umsetzung/partizipation/broschuere> .

<sup>14</sup> Diễn đàn công dân thường được áp dụng lúc bắt đầu, để đưa ra những ý kiến đề xuất chuẩn bị cho việc ra các quyết định quan trọng. Sau đó, từ hình thức hội nghị toàn thể sẽ chuyển sang làm việc theo nhóm, dưới sự điều hành của một người điều hành chuyên nghiệp.

<sup>15</sup> Không gian mở (Open Space) là một cấu trúc mở, tự tổ chức, tại đó diễn ra những hoạt động cả dưới dạng hội nghị toàn thể lẫn làm việc theo nhóm; những người tham dự có thể tự do di chuyển để tham gia thảo luận ở các nhóm khác nhau. Open Space được áp dụng chủ yếu cho các quá trình chuyển đổi cơ cấu.

<sup>16</sup> Công xưởng tương lai (Die Zukunftswerkstatt) nhắm tới mục tiêu phát triển và thu thập các ý tưởng trong những bối cảnh khác nhau. Quy trình này gồm ba giai đoạn, bắt đầu với giai đoạn phê phán, tiếp đó là giai đoạn đưa ra ý tưởng và kết thúc bởi giai đoạn triển khai thực hiện. Phương thức này được triển khai thông qua một vài Workshops, điều hành bởi những người điều hành chuyên nghiệp.

<sup>17</sup> Hội nghị bàn tròn (Der Runde Tisch) tập hợp các đại diện của các nhóm lợi ích khác nhau, những người được giao nhiệm vụ thay mặt cho nhóm của họ để quyết định. Công tác điều hành được thực hiện bởi một chuyên gia trung gian hòa giải hoặc một người điều hành chuyên nghiệp, sử dụng phương pháp trung gian hòa giải.

<sup>18</sup> Phân biện của người dân (Planungszellen) được sử dụng, cho việc xây dựng hình mẫu cho một số dự án nhất định, chẳng hạn như cải cách hành chính. Những người tham dự được lựa chọn một cách ngẫu nhiên, được nghỉ làm việc trong thời gian tham gia và được trả thù lao cho sự tham gia của họ. Kết quả làm việc được công bố dưới dạng một phân biện của người dân.

<sup>19</sup> Tùy theo cách phân loại, có thể liệt kê hơn chục phương pháp khác nhau, các phương pháp này nhiều khi cũng được vận dụng kết hợp, ví dụ như “Hội nghị bàn tròn kết hợp với Diễn đàn công dân” hoặc “Thông tin cho người dân kết hợp với đảo chủ đề”.

<sup>20</sup> Xem Điều 1 Luật Khuyến khích áp dụng phương thức trung gian hòa giải và các phương thức giải quyết xung đột phi tố tụng khác ngày 21.7.2012 (BGBl I S. 1577).

<sup>21</sup> Về vấn đề này, xem thêm Fritz/Pielsticker, Luật trung gian hòa giải - Bình luận, sổ tay tra cứu, văn bản mẫu, các phương pháp và kỹ thuật.



### **- Điều kiện đảm bảo cho thành công: Hoạt động điều hành được thực hiện độc lập với cơ quan nhà nước**

Ngoài các nhân tố bảo đảm thành công nêu trên, còn một điều kiện tiên quyết nữa, đó là toàn bộ quá trình được **điều hành một cách trung lập và khách quan**, do những **chuyên gia điều hành độc lập** thực hiện - những người này không được có quan hệ trực tiếp với cơ quan nhà nước hữu trách. Bởi lẽ, nguyện vọng của những người bị ảnh hưởng và những người tham dự khác là, họ sẽ có cơ hội để trình bày lập luận và phát biểu quan điểm của mình, không phụ thuộc vào địa vị hay chức vụ của bản thân. Và chỉ có những người điều hành chuyên nghiệp, trung lập, theo nghĩa là không có nghĩa vụ phải hướng kết quả tham vấn tới một đích nhất định, mới đảm bảo được điều này.

### **- Điều kiện đối với cơ quan nhà nước hữu trách**

Các cơ quan nhà nước hữu trách phải ý thức được rõ về tất cả những điều trình bày ở trên. Điều này có nghĩa là các cán bộ, nhân viên hữu trách của cơ quan phải được giải thích đầy đủ, cặn kẽ để hiểu rõ, quy trình tham vấn cộng đồng sớm sẽ được tổ chức như thế nào và cần phải chú ý những gì cụ thể.

## **2. Tham vấn cộng đồng ở Việt Nam trên con đường “đổi mới”**

Việt Nam, sau hơn 30 năm „Đổi mới“, đã hội nhập ngày một sâu rộng hơn với thế giới. Tình hình kinh tế - xã hội ở Việt Nam, vì thế cũng đã có rất nhiều đổi thay. Đất nước đang phát triển mạnh mẽ, trong một xã hội cởi mở hơn. Ở Việt Nam, việc lấy ý kiến của người dân mới được pháp luật quy định từ năm 2003 tại Luật Xây dựng. *Điều này được đánh giá là là một bước ngoặt,*

*khi thực thi sẽ được hưởng ứng nhiệt tình trước hết là từ phía người dân bởi vị thế của họ đã được đặt lên tầm cao hơn và có ý nghĩa quan trọng đối với bất kỳ một đồ án quy hoạch nào<sup>22</sup>.*

Cũng tương tự như tại CHLB Đức, sự không đồng thuận của người dân ở Việt Nam cũng là thách thức cũng như trở ngại lớn trong việc thực hiện các dự án cơ sở hạ tầng. *Báo cáo tại Phiên họp thứ 37 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Tổng Thanh tra Chính phủ cho biết, năm 2019, khiếu nại, tố cáo vẫn tập trung chủ yếu ở lĩnh vực đất đai với số lượng đơn chiếm tới 67,7 % tổng số đơn khiếu nại (tăng 5,9% so với năm 2018). Trong đó tập trung chủ yếu vào các vấn đề như: thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư..., khiếu kiện, tranh chấp tại các dự án bất động sản, thu phí tại các trạm BOT<sup>23</sup>.* Như vậy, tuy đã tạo nên chuyển biến lớn, nhưng việc xin ý kiến người dân ở Việt Nam vẫn còn có nhiều hạn chế cả trong các quy định của pháp luật lẫn việc triển khai trên thực tiễn.

### **- Khôn khổ pháp luật về quy hoạch - xây dựng ở Việt Nam**

Hiện nay ở Việt Nam, việc đề người dân tham gia ý kiến đã xuất hiện trong hầu hết các luật cơ bản và trở thành một hoạt động mang tính định kỳ đến tận các khu dân cư. Từ năm 2003, sự tham gia của người dân trong công tác quy hoạch đã được đề cập tại Luật Xây dựng, dần được cụ thể hơn tại Luật Quy hoạch đô thị năm 2009 và đặc biệt là trong Luật Quy hoạch năm 2019 và các nghị định hướng dẫn như Nghị định số 37/2019/NĐ-CP ngày 07/5/2019 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Quy hoạch. Trong các luật này đều có quy định về hình thức lấy ý kiến, thời gian, trách nhiệm của các chủ thể

<sup>22</sup> Doãn Hồng Nhung (2010), *Hoàn thiện pháp luật về quy hoạch đô thị ở Việt Nam*, Nxb. Xây dựng, Hà Nội, tr.51.

<sup>23</sup> [quochoi.vn/UserControls/Publishing/News/BinhLuan/pFormPrint.aspx?UrlListProcess=/content/tintuc/Lists/News&ItemID=41808](http://quochoi.vn/UserControls/Publishing/News/BinhLuan/pFormPrint.aspx?UrlListProcess=/content/tintuc/Lists/News&ItemID=41808).

tham gia<sup>24</sup>. Nhà nước phải bảo đảm tiếp thu ý kiến người dân và là căn cứ quan trọng cho việc thẩm định và phê duyệt quy hoạch<sup>25</sup>.

Việc xin ý kiến người dân thực tế hiện đã được thực hiện từ bước lập nhiệm vụ quy hoạch; trong quá trình nghiên cứu trước khi trình duyệt quy hoạch. Tuy nhiên, như đã nêu trên: tranh chấp, khiếu nại vẫn xảy ra, thậm chí kéo dài - dai dẳng, thậm chí kể cả khi quy hoạch đã được phê duyệt và được triển khai trên thực địa. Một số nhà khoa học đã nhận xét mô hình lấy ý kiến cộng đồng trong lập quy hoạch tại Việt Nam hiện tại thực hiện còn gặp nhiều khó khăn, mang tính hình thức và chưa đạt hiệu quả bởi các lý do: (1) Hệ thống văn bản pháp luật mới quy định chung mà chưa có các hướng dẫn cụ thể về quy trình, cách thức; (2) Trình độ và nhận thức của các bên liên quan về vai trò cộng đồng và sự tham gia còn hạn chế; (3) Chưa hoàn toàn thống nhất về lấy ý kiến thông qua cơ chế đại diện, mô hình của các nước phát triển không sử dụng cơ chế đại diện gián tiếp khi lấy ý kiến liên quan đến quyền lợi trực tiếp; (4) Việc lấy ý kiến không thực hiện ngay từ đầu mà thường ở giai đoạn quy hoạch gần như ổn định và khó có sự thay đổi; (5) Thời gian lấy ý kiến ngắn, thông tin quy hoạch thiếu minh bạch; (6) Các ý kiến đóng góp chưa có quy định phản hồi hoặc xử lý như thế nào? Cơ quan hay cá nhân nào có trách nhiệm giải trình và thực sự ý kiến của cộng đồng có được lắng nghe?<sup>26</sup>.

Các quy hoạch ở Việt Nam được lập như một dự án do các chủ đầu tư thuê các đơn vị tư vấn lập trong một thời hạn nhất định. Tại Điều 20 và 21 Luật Quy hoạch đô thị đã quy định trách nhiệm, hình thức, thời gian, nhưng chưa quy định về quy trình lấy ý kiến

về quy hoạch đô thị. Nhưng trên thực tế, đơn vị tư vấn thường phối hợp với chủ đầu tư để trình bày bản quy hoạch trong các buổi họp do chính quyền tổ chức để xin ý kiến cộng đồng dân cư và niêm yết các bản vẽ tại địa phương trong thời gian quy định. Các ý kiến của người dân được ghi nhận tại các phiếu, người dân cũng có thể tham gia thông qua phương tiện thông tin đại chúng. Biên bản họp, tổng hợp ý kiến sau thời gian kéo dài theo quy định của Luật được thành lập và là cơ sở để tư vấn cùng với chủ đầu tư nghiên cứu, thể hiện trong nội dung quy hoạch trình duyệt, kèm theo văn bản tiếp thu, hay giải trình các nội dung cần bảo lưu.

Thực tế này cho thấy, việc xin ý kiến cộng đồng ở Việt Nam về bản chất đang được thực hiện theo hình thức đối thoại giữa hai bên: chủ đầu tư và cộng đồng dân cư, thường đối lập nhau về lợi ích hoặc khác biệt về các vấn đề quan tâm. Cách thức thực hiện vì vậy cũng theo chiều hướng mà tính chủ động thuộc về nhà đầu tư hơn là thuộc về người dân. Việc diễn giải quy hoạch hoàn toàn thuộc về chủ đầu tư, dù thông qua tư vấn; hoặc sẽ mang tính chuyên môn sâu khó để cộng đồng tiếp cận, hoặc được thiết kế theo mong muốn (lợi ích) của chủ đầu tư; hoặc chưa thể bao hàm được hết những vấn đề liên quan đến mọi mặt của đời sống người dân bị tác động bởi quy hoạch, do cách nhìn từ một phía. Đối tượng được chính quyền mời tham gia xin ý kiến là đại diện cộng đồng dân cư, bởi đây cũng là thành phần được quy định là đơn vị có trách nhiệm tổng hợp ý kiến của người dân theo quy định của pháp luật về thực hiện dân chủ ở cơ sở<sup>27</sup>. Thực tế hiện nay, Việt Nam chưa ban hành Luật thực hiện Dân chủ cơ sở mà

<sup>24</sup> Mục 2 của Chương 2 Luật Quy hoạch đô thị năm 2009, Điều 19 Luật Quy hoạch năm 2019.

<sup>25</sup> Luật Quy hoạch đô thị năm 2009.

<sup>26</sup> Tạ Quỳnh Hoa, *Quy hoạch đô thị có sự tham gia của cộng đồng - Các vấn đề lý thuyết và thực tiễn áp dụng tại Việt Nam*, Tạp chí Quy hoạch số 93, 2018.

<sup>27</sup> Khoản 2, Điều 21, Mục 2, Chương 2 Luật Quy hoạch đô thị năm 2009.

mới chỉ có Pháp lệnh về thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn<sup>28</sup>. Điều này khiến việc tổng hợp ý kiến của cộng đồng đang được giao không đúng chủ thể thực hiện, chưa kể việc mời đại diện cộng đồng hầu hết theo hình thức phủ kín các tổ chức đoàn thể xã hội mang tính chính trị nhiều, ít khách quan và thực chất. Trên thực tế, nếu đại bộ phận người dân muốn tham gia ý kiến, thì đại diện cộng đồng cũng không thể thực hiện được bởi sẽ có quá nhiều các vấn đề cần được thu gom thành những nhóm nội dung, và thường xuyên có xung đột ngay giữa các ý kiến với nhau. Cần những kỹ năng, phương pháp do những người chuyên nghiệp thực hiện mới khắc phục từ căn cốt vấn đề này. Để người dân được “tham gia” vào quy hoạch thông qua hoạt động có tính tham vấn chứ không đơn thuần là “xin ý kiến như” hiện nay.

Mặt khác, quy hoạch ở Việt Nam chưa được định nghĩa là một “tiến trình” từ lúc ban đầu đến khi hình thành trên thực tế - vốn kéo dài nhiều năm. Nên các vấn đề sẽ luôn phát sinh theo thời gian do cách quy định đã thay đổi, và các ý kiến có thể trước đây có thể sẽ không còn phù hợp, hoặc quy hoạch triển khai trên thực tiễn có những điều chỉnh, bổ sung do tình hình kinh tế - xã hội có thay đổi. Điều này đặt ra vấn đề phức tạp hơn khi quy hoạch được duyệt bằng văn bản pháp luật có tính cá biệt - thực chất là cứng, và chỉ được thay đổi khi có các lý do hợp lý, hoặc quá 5 năm sau khi rà soát phát hiện những điểm cần điều chỉnh. Hoạt động xin ý kiến cộng đồng như hiện nay không kéo dài đến khi quy hoạch thành hiện thực thông các dự án đầu tư xây dựng - một trong những khâu cuối cùng cần chính quyền ra quyết định. Đây là một hạn chế lớn trong

quan niệm về quy hoạch cần được điều chỉnh, nếu điều chỉnh nội dung này thì vấn đề tham vấn ý kiến cộng đồng dân cư cũng cần có những đổi thay tương xứng.

Như vậy, tuy đã tạo nên chuyển biến lớn, nhưng việc để khắc phục những nhược điểm hiện nay, có lẽ cần có sự thay đổi về nhận thức, tiếp tục cải cách thể chế để thực hiện quyền được tham gia của người dân trong cả một tiến trình quy hoạch lâu dài.

### **- Những kinh nghiệm từ CHLB Đức mà Việt Nam có thể thử nghiệm**

Một số nhà nghiên cứu và đại diện của các tổ chức xã hội đã khuyến nghị: *Cần có phương pháp thực hiện xin ý kiến đảm bảo quyền lợi của người dân*<sup>29</sup>, và *cần xem xét lại thời điểm hợp lý cho người dân tham gia ý kiến*<sup>30</sup>. Điều này cho thấy, tại Việt Nam cũng đã xuất hiện nhận thức tương đồng với CHLB Đức về sự cần thiết phải có sự tham vấn sớm đối với các dự án quy hoạch với một phương pháp hoàn toàn mới nhằm hướng đến sự thống nhất - hay thỏa hiệp để quá trình thực hiện quy hoạch đi vào cuộc sống; đảm bảo sự hài hòa lợi ích của ba chủ thể: Nhà nước - Người dân - Doanh nghiệp. Kinh nghiệm tạo dựng công cụ “triển khai sớm hoạt động tham vấn cộng đồng” từ nước Đức nên tham khảo, nhưng khác với ở Đức - việc này cần được luật hóa cho phù hợp với thể chế và bối cảnh ở Việt Nam; nếu không sẽ khó có thể thành công.

Giống như tại Đức, ở Việt Nam, luật không đưa ra quy định cụ thể về quy trình xin ý kiến cộng đồng. Nhưng khác với ở Đức, Luật Quy hoạch ở Việt Nam đã đưa ra quy định về thời điểm xin ý kiến cộng đồng, nhưng lại chưa đề cập đến (thuê) bên thứ ba áp dụng phương pháp trung gian hòa giải

<sup>28</sup> Pháp lệnh số 34/2007/PL-UBTVQH11.

<sup>29</sup> Doãn Hồng Nhung (2010), *Hoàn thiện pháp luật về quy hoạch đô thị ở Việt Nam*, Nxb. Xây dựng, Hà Nội, tr.80.

<sup>30</sup> Nguyễn Thị Hiền (2009), Hội thảo khoa học: *Hoàn “Khai thác hiệu quả công viên - Vườn hoa thành phố Hà Nội”*, (3.2009), Hà Nội. [https://moc.gov.vn/vn/\\_layouts/15/NCS.Webpart.MOC/mt\\_poup/Intrangweb.aspx?IdNews=51573](https://moc.gov.vn/vn/_layouts/15/NCS.Webpart.MOC/mt_poup/Intrangweb.aspx?IdNews=51573).

hoặc một phương pháp giải quyết xung đột như tại Đức. Hiện nay, việc xin ý kiến cộng đồng đối với dự án quy hoạch ở Việt Nam hoàn toàn do Chính quyền hoặc cơ quan lập quy hoạch thực hiện; về cơ bản, đây vẫn là do Chủ đầu tư thực hiện. Do đó, tính khách quan của việc xin ý kiến chưa đảm bảo triệt để. Với kinh nghiệm từ Đức, Việt Nam hoàn toàn có thể luật hóa việc chính quyền thuê đơn vị độc lập thuộc các tổ chức chính trị xã hội trong việc tham vấn ý kiến của cộng đồng; đóng vai trò như bên thứ ba, thay cho vai trò của chính quyền và đơn vị tư vấn dự án quy hoạch hiện nay. Vai trò của bên thứ ba này cần được nghiên cứu để thể hiện được vai trò độc lập nhất có thể; độc lập với chính quyền, người dân, đơn vị lập và thực hiện quy hoạch. Điều này đảm bảo triệt tiêu những nghi ngờ.

Trong điều kiện hiện nay của Việt Nam, có lẽ đơn vị tư vấn độc lập nêu trên cần có sự góp mặt của các luật sư hoặc các chuyên gia xã hội học bên cạnh những nhà chuyên môn về quy hoạch để thực thi công tác trung gian giữa các bên nhằm đảm bảo truyền tải minh bạch thông tin và thích hợp với nhận thức của nhiều cá thể đối với dự án quy hoạch.

Các đơn vị thực hiện các dự án quy hoạch ở Việt Nam cũng nên nhìn nhận việc “tham vấn sớm cộng đồng là điều kiện cần” để dự án quy hoạch của họ khả thi trong tương lai; tránh những hệ lụy lâu dài. Muốn vậy, họ cần hợp tác với đơn vị tư vấn và bên thứ ba ngay từ ban đầu... khi xây dựng nhiệm vụ. Việc phối hợp với các bên có chất lượng thông qua việc trao đổi - xử lý thông tin, ý kiến nhằm giải quyết sớm các bất đồng với người dân và các tổ chức có liên quan.

Những phương pháp tham vấn từ nước Đức thực sự rất có ích đối với Việt Nam trong việc tổ chức xin ý kiến cộng đồng. Trong đó, việc phân loại đối tượng, thiết lập các nhóm với quy mô thích hợp tham gia vào quá trình tham vấn dự án quy hoạch là

kỹ thuật mà mỗi cá nhân của bên tổ chức lấy ý kiến ở Việt Nam hoàn toàn có thể học hỏi. Những mong muốn của mỗi người dân trong các nhóm có mối quan tâm tương đồng được lắng nghe, tổng hợp để có những biện pháp giải quyết phù hợp... người dân có thể sẽ đồng thuận và ủng hộ, kể cả phải giảm bớt các yêu cầu cá nhân khi đã thấy vấn đề mình nêu được giải quyết (phần nào) trong một môi trường được chia sẻ, để thấu hiểu như vậy. Như vậy, kinh nghiệm về việc quan tâm đúng mức đến các bất đồng bằng việc đưa ra quyết định trên cơ sở các kiến thức được sử dụng để thuyết phục nhà đầu tư, và người dân đồng thuận với nhau từ phương pháp tham vấn nêu trên của các chuyên gia Đức là kỹ năng người Việt Nam hoàn toàn có thể tiếp thu trong việc xin ý kiến người dân. Ai tiếp thu và sử dụng thành thạo kỹ năng này sẽ trở thành người điều hành chuyên nghiệp việc tham vấn cộng đồng. Họ chính là những trung gian hòa giải, người khâu nối những mong muốn của những nhóm (lợi ích) khác nhau thành sự thống nhất cho những dự án thành công.

Việc điều chỉnh các nội dung có liên quan đến xin ý kiến cộng đồng dân cư - theo hướng tham vấn cộng đồng bằng sự có mặt của bên thứ ba là những đơn vị chuyên nghiệp có năng lực, trong cả một tiến trình từ quy hoạch đến triển khai dự án đầu tư xây dựng trên thực tế, nên được nghiên cứu bổ sung tại Luật Quy hoạch và các luật có liên quan khác. Cũng nên quy định khuyến khích việc tham vấn cộng đồng sớm, hoặc có thể là một nội dung của quá trình điều tra, đánh giá thực tiễn của các quy hoạch, dự án. Ngoài ra, cần trang bị những kỹ năng, phương pháp nhằm đảm bảo tính khách quan cho các cá nhân thuộc bên thứ ba, trong việc tạo sự đồng thuận của người dân với các quy hoạch, dự án ở Việt Nam - một đất nước đang phát triển mạnh■



# CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ CÔNG AN XÃ - THỰC TRẠNG VÀ KIẾN NGHỊ

**Trần Văn Trọng\***

\* Khoa Quản lý nhà nước về an ninh, trật tự,  
Học viện An ninh nhân dân

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Quản lý nhà nước về an ninh, trật tự; công an xã.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 12/3/2021

Biên tập : 28/3/2021

Duyệt bài : 04/4/2021

### Article Infomation:

*Keywords:* State management on security and order; commune police.

*Article History:*

Received : 12 Mar. 2021

Edited : 28 Mar. 2021

Approved : 04 Apr. 2021

### Tóm tắt:

Công an xã là một cấp công an thuộc tổ chức của Công an nhân dân, có vai trò quan trọng trong bảo đảm an ninh, trật tự nói chung và quản lý nhà nước về an ninh, trật tự nói riêng ở địa bàn cơ sở. Để đáp ứng yêu cầu thực tiễn cũng như bảo đảm tương xứng giữa trọng trách, nhiệm vụ được giao với thẩm quyền của công an xã, cần tiếp tục hoàn thiện các quy định của pháp luật về an ninh, trật tự của công an xã. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích các quy định của pháp luật hiện hành về công an xã và đề xuất kiến nghị hoàn thiện.

### Abstract:

Commune police is a subdivision in the organizational system of the People's Public Security force with an important role of ensuring security and social order in general and state management on security and social order in the local area in particular. In order to meet the practical requirement and ensure the equivalence between the assigned tasks, responsibilities and the authority of commune police force, it is necessary to proceed with the perfection of provisions of law on the state management on security and social order of commune police force. In the scope of this article, the author provides discussion and analysis of the current regulations of law on the commune police and proposes recommendations for improvement.

## 1. Các quy định của pháp luật về Công an xã

Công an xã là Công an cấp cơ sở, lực lượng giữ vai trò quan trọng trong bảo đảm an ninh, trật tự ở địa bàn cơ sở. Những năm qua, vấn đề xây dựng lực lượng Công an xã ngày càng được Đảng, Nhà nước quan tâm. Đặc biệt, từ sau Nghị quyết số 22-NQ/TW ngày 15/3/2018 về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy Bộ Công an tinh gọn, hoạt

động hiệu lực, hiệu quả theo hướng “Bộ tinh, tỉnh mạnh, huyện toàn diện, xã bám cơ sở”<sup>1</sup> được ban hành, Bộ Công an đã thực hiện bố trí công an chính quy đảm nhiệm chức danh Công an xã trên phạm vi cả nước<sup>1</sup>. Bước thay đổi quan trọng và đột phá về xây dựng lực lượng Công an xã đã đáp ứng yêu cầu bảo vệ an ninh quốc gia, bảo đảm trật tự, an toàn xã hội trong tình hình hiện nay<sup>2</sup>. Tuy nhiên, hiện nay cơ sở pháp lý cho tổ chức và hoạt động của Công an xã nói chung và trong thực

<sup>1</sup> Nghị quyết số 22-NQ/TW ngày 15/3/2018 của Bộ Chính trị về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy Bộ Công an tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả”.

<sup>2</sup> Tô Lâm, *Xây dựng lực lượng công an nhân dân theo hướng “Bộ tinh, tỉnh mạnh, huyện toàn diện, xã bám cơ sở” - Nhìn từ đổi mới phương thức lãnh đạo của Đảng*, <https://www.tapchicongsan.org.vn/quoc-phong-an-ninh-oi-ngoai/1/-/2018/814409/xay-dung-luc-luong-cong-an-nhan-dan-theo-huong%E2%80%9C9Cb0-tinh%2C-tinh-manh%2C-huyen-toan-dien%2C-xa-bam-co-so%E2%80%9D---nhin-tu-doi-moi-phuong-thuc-lanh-dao-cua-dang.aspx>, truy cập ngày 14/11/2020.

hiện chức năng, nhiệm vụ quản lý nhà nước (QLNN) về an ninh, trật tự (ANTT) ở địa bàn xã còn những hạn chế, bất cập, cần được hoàn thiện đáp ứng yêu cầu thực tiễn.

Ở nước ta, xã là địa bàn rộng lớn, chiếm trên 80% diện tích cả nước nên những vấn đề phức tạp về an ninh, trật tự phát sinh cũng hết sức đa dạng. Đặc biệt, các loại tội phạm, vi phạm pháp luật khác vốn trước đây chủ yếu diễn ra ở địa bàn đô thị đang có chiều hướng phát sinh, gia tăng ở địa bàn xã như: tội phạm có yếu tố nước ngoài, tội phạm có tổ chức, tội phạm sử dụng công nghệ cao, bảo kê, cho vay nặng lãi, tội phạm chống người thi hành công vụ, tình trạng vi phạm pháp luật của tuổi vị thành niên. Với tính chất là cấp công an gần dân nhất, gắn với địa bàn, đối tượng quản lý trực tiếp, tại chỗ, Công an xã có điều kiện, khả năng để nắm bắt, giải quyết các vấn đề an ninh, trật tự phát sinh ở địa bàn cơ sở. Vì vậy, việc bố trí công an chính quy đảm nhiệm chức danh Công an xã trên phạm vi cả nước là chủ trương đúng đắn, cấp thiết giúp thực hiện có hiệu quả chức năng, nhiệm vụ QLNN về ANTT ở địa bàn cơ sở. Tuy nhiên, theo nguyên tắc phân cấp QLNN, việc tăng cường chức năng, nhiệm vụ phải gắn với việc trao thêm quyền hạn. Do đó, để giúp Công an xã thực hiện tốt chức năng, nhiệm vụ QLNN về ANTT ở địa bàn cơ sở cần phải tiếp tục hoàn thiện cơ sở pháp lý cho lực lượng này.

Hiện nay, cơ sở pháp lý cho việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ QLNN về ANTT của Công an xã được quy định trong hai nhóm văn bản quy phạm pháp luật.

*Nhóm thứ nhất*, các văn bản quy phạm pháp luật quy định về tổ chức, hoạt động và các điều kiện bảo đảm hoạt động của Công an xã như: Luật Công an nhân dân năm 2018; Pháp lệnh Công an xã năm 2008; Nghị định số 73/2009/NĐ-CP ngày 07/9/2009 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Pháp lệnh Công

an xã; Thông tư số 12/2010/TT-BCA ngày 08/4/2010 của Bộ Công an quy định cụ thể thi hành một số điều của Pháp lệnh Công an xã và Nghị định số 73/2009/NĐ-CP ngày 07/9/2009; Thông tư số 32/2009/TT-BCA ngày 28/5/2009 của Bộ Công an quy định về chương trình bồi dưỡng, huấn luyện đối với Công an xã; Thông tư số 15/2010/TT-BCA ngày 24/5/2010 của Bộ Công an quy định việc điều động sĩ quan, hạ sĩ quan Công an nhân dân đảm nhiệm các chức danh Công an xã ở các xã trọng điểm, phức tạp về an ninh, trật tự... Các văn bản này quy định chung về vị trí, vai trò, nguyên tắc tổ chức, hoạt động và nhiệm vụ của Công an xã trong thực hiện chức năng QLNN về ANTT.

*Nhóm thứ hai*, các văn bản quy phạm pháp luật quy định về thẩm quyền của Công an xã trong các lĩnh vực quản lý cụ thể như: quản lý cư trú, người nước ngoài; quản lý ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện về ANTT; quản lý vũ khí, vật liệu nổ, tiền chất nổ, công cụ hỗ trợ; quản lý phòng cháy, chữa cháy, cứu hộ, ứng phó sự cố, thiên tai và tìm kiếm cứu nạn... Thẩm quyền của Công an xã trong các lĩnh vực quản lý nêu trên được quy định tại nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau như: Luật Cư trú năm 2006 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2013; Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014; Luật phòng cháy và chữa cháy năm 2001 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2013; Luật Phòng, chống bạo lực gia đình năm 2007; Nghị định số 31/2014/NĐ-CP ngày 18/4/2014 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Cư trú; Nghị định số 167/2013/NĐ-CP, ngày 12/11/2013 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội; phòng, chống tệ nạn xã hội; phòng cháy, chữa cháy; phòng, chống bạo lực gia đình; Nghị định số 79/2014/NĐ-CP ngày 31/7/2014 của Chính phủ quy định chi tiết thi

hành một số điều của Luật Phòng cháy và chữa cháy; Thông tư số 66/2014/TT-BCA của Bộ trưởng Bộ Công an hướng dẫn Nghị định số 79/2014/NĐ-CP,...

### 2. Những hạn chế, bất cập trong các quy định của pháp luật về Công an xã

Các văn bản quy phạm pháp luật nêu trên đã tạo cơ sở pháp lý quan trọng cho việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ QLNN về ANTT tại cơ sở của Công an xã thời gian qua. Tuy nhiên, thực tiễn bảo đảm ANTT tại địa bàn xã, đặc biệt là sau khi Bộ Công an thực hiện bố trí công an chính quy đảm nhiệm chức danh Công an xã cho thấy, quy định trong các văn bản nêu trên đã bộc lộ những bất cập, hạn chế sau đây:

*Thứ nhất*, quy định về tổ chức, hoạt động và chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Công an xã chưa thống nhất, đồng bộ.

Đây là bất cập lớn nhất, có tính cốt lõi nhất. Theo quy định hiện hành, địa vị pháp lý của Công an xã vừa chịu sự điều chỉnh bởi Luật Công an nhân dân năm 2018, Nghị định số 01/NĐ-CP ngày 06/8/2018 của Chính phủ quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Công an<sup>3</sup>, vừa chịu sự điều chỉnh của Pháp lệnh Công an xã năm 2008 và Luật Cán bộ, công chức năm 2008 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2019 và các văn bản hướng dẫn thi hành.

Điều 17 Luật Công an nhân dân năm 2018 quy định: “*Hệ thống tổ chức của Công an nhân dân bao gồm: Bộ Công an; Công an tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương; Công an huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương; Công an xã, phường, thị trấn*”. Theo quy định này, Công an xã được xác định là một cấp công an trong hệ thống tổ chức của Công an nhân dân (cấp bộ, cấp tỉnh, cấp huyện

và cấp xã). Như vậy, về mặt hành chính, Công an xã và Công an phường là cùng cấp, nhưng hiện nay, Bộ Công an mới chỉ ban hành thông tư quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và tổ chức bộ máy của Công an phường.

Theo quy định của Điều 3 Pháp lệnh Công an xã năm 2008: “*Công an xã là lực lượng vũ trang bán chuyên trách, thuộc hệ thống tổ chức của Công an nhân dân, làm nòng cốt trong phong trào toàn dân bảo vệ an ninh Tổ quốc, giữ gìn trật tự, an toàn xã hội trên địa bàn xã*”, Theo quy định này, Công an xã là lực lượng vũ trang bán chuyên trách. Ngoài ra, theo quy định của Luật cán bộ, công chức năm 2008, Trưởng Công an xã được xác định là công chức cấp xã<sup>4</sup>. Như vậy, rõ ràng, địa vị pháp lý của Công an xã đang bị chòng chéo bởi nhiều quy định khác nhau, lại chưa thống nhất. Do đó, trên thực tế, dù đã thực hiện bố trí công an chính quy đảm nhiệm chức danh Công an xã (tức là về mặt lực lượng đã thực hiện chính quy), nhưng chưa có văn bản quy phạm pháp luật quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và tổ chức bộ máy của Công an xã (như đã quy định đối với Công an phường). Ngoài ra, do chưa có quy định rõ ràng về địa vị pháp lý của Công an xã nên có địa phương, Ủy ban nhân dân (UBND) cùng cấp vẫn giữ quan điểm, cách thức chỉ đạo Công an xã như là lực lượng bán chuyên trách trước đây, tức là Công an xã phải thực hiện những nhiệm vụ ngoài chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền thuộc lĩnh vực an ninh, trật tự. Những hạn chế, vướng mắc này ảnh hưởng không nhỏ đến việc tổ chức thực hiện chức năng, nhiệm vụ bảo đảm ANTT ở địa bàn xã, trong đó có QLNN về ANTT của Công an xã.

*Thứ hai*, quy định về thẩm quyền của Công an xã chưa tương xứng với trách

<sup>3</sup> Nghị định số 01/2018/NĐ-CP, ngày 6-8-2018, của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Công an.

<sup>4</sup> Khoản 3 Điều 61 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

nhệm được giao trong bảo đảm ANTT tại địa bàn cơ sở.

Với những điều kiện sẵn có về trình độ chuyên môn, nghiệp vụ và kinh nghiệm đã được đào tạo, bồi dưỡng và rèn luyện trong thực tiễn, công an chính quy khi đảm nhiệm chức danh Công an xã được giao nhiều trọng trách, nhiệm vụ nặng nề, áp lực lớn hơn trong bảo đảm ANTT so với Công an xã là lực lượng bán chuyên trách trước đây. Tuy nhiên, thẩm quyền của Công an xã hiện nay trong các lĩnh vực quản lý cụ thể chưa tương xứng với các nhiệm vụ đặt ra đối với hoạt động của Công an xã tại địa bàn cơ sở.

Thời gian qua, nhiều văn bản quy phạm pháp luật đã bổ sung trách nhiệm của Công an xã như: Luật Căn cước công dân; Luật Xử lý vi phạm hành chính; Luật Sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Phòng cháy và chữa cháy; Luật Cư trú; Luật Đặc xá; Luật Thi hành án hình sự; Pháp lệnh Quản lý, sử dụng vũ khí, vật liệu nổ và công cụ hỗ trợ;... Tuy nhiên, nhiều lĩnh vực quản lý mà thẩm quyền của Công an xã chủ yếu là thu thập thông tin, tiếp nhận, báo cáo Công an cấp trên, tuyên truyền phổ biến pháp luật hay phối hợp thực hiện nhiệm vụ của công an cấp trên khi có yêu cầu... Do đó, dù gắn với địa bàn, đối tượng quản lý trực tiếp nhưng thẩm quyền được giao còn mức độ nên “sức mạnh quyền uy” (dưới góc độ khoa học quản lý) của Công an xã còn hạn chế. Ví dụ, trong lĩnh vực quản lý công dân Việt Nam xuất cảnh ra nước ngoài, quy định hiện hành yêu cầu Công an xã phải nắm số lượng công dân trên địa bàn xuất cảnh ra nước ngoài nhất là trường hợp có dấu hiệu xuất cảnh trái phép, nhưng quy trình, thủ tục giải quyết cho công dân xuất cảnh lại không có cơ chế bảo đảm cho Công an xã nắm bắt được thông tin cần thiết cho việc thống kê số lượng công dân trên địa bàn xã xuất cảnh ra nước ngoài; trong quản lý ngành nghề đầu tư, kinh doanh có điều kiện về ANTT, pháp luật

giao trách nhiệm cho Công an xã tiếp nhận thông báo của cơ sở kinh doanh, xử lý các vụ việc vi phạm có liên quan đến lĩnh vực ANTT tại cơ sở kinh doanh theo thẩm quyền, nhưng Công an xã không có thẩm quyền trong kiểm tra cũng như tham gia vào quá trình xử lý vi phạm của cơ sở kinh doanh có điều kiện về ANTT...

*Thứ ba*, các quy định về điều kiện bảo đảm về cơ sở vật chất, kỹ thuật và nguồn lực khác cho Công an xã trong thực hiện chức năng, nhiệm vụ QLNN về ANTT cũng như chế độ, chính sách còn thiếu, ảnh hưởng đến việc huy động các nguồn lực cho hoạt động bảo đảm ANTT tại địa bàn xã.

Hiện nay, các quy định về bảo đảm cơ sở vật chất, trang bị vũ khí, công cụ hỗ trợ, phương tiện, trụ sở làm việc... của Công an xã là chưa cụ thể và chưa đáp ứng được yêu cầu thực tiễn hoạt động bảo đảm ANTT của Công an xã. Bên cạnh đó, sự chồng chéo, thiếu thống nhất trong các quy định về tổ chức và hoạt động của Công an xã cũng gây trở ngại nhất định cho việc áp dụng quy định về điều kiện bảo đảm về cơ sở vật chất, kỹ thuật, trang thiết bị, phương tiện cho thực hiện nhiệm vụ bảo đảm ANTT tại địa bàn xã. Ngoài ra, phần lớn trụ sở làm việc và các điều kiện về cơ sở vật chất khác của Công an xã đang sử dụng hiện nay là UBND xã cũng là một trong những trở ngại cho việc tổ chức thực hiện nhiệm vụ bảo đảm ANTT, nhất là với những vụ việc yêu cầu công tác phải đảm bảo bí mật về chuyên môn nghiệp vụ, bảo vệ thông tin nội bộ...

Một điểm nữa là về ngân sách cho hoạt động của Công an xã. Các quy định hiện hành vẫn chưa xác định thống nhất nguồn ngân sách cho hoạt động của Công an xã. Vì vậy, nhiều hoạt động không rõ nguồn kinh phí do Công an huyện cấp hay ngân sách của UBND xã.



*Thứ tư*, quy định về tiêu chuẩn và vấn đề đào tạo, bồi dưỡng cũng như quy định về công tác cán bộ khác (quy hoạch, bổ nhiệm, điều động, luân chuyển) cho lực lượng Công an xã chưa rõ ràng, thống nhất.

Hiện nay, việc bố trí Công an chính quy đảm nhiệm chức danh Công an xã được thực hiện cơ học trên cơ sở điều chỉnh, sắp xếp nội bộ mà chưa có văn bản quy định về tiêu chuẩn của Công an xã nói chung và việc tuyển chọn vào Công an xã nói riêng cũng như vấn đề về tiêu chí, căn cứ để đánh giá, phân loại công tác cán bộ hằng năm.

Những hạn chế, bất cập trong quy định của pháp luật nêu trên đã ảnh hưởng không nhỏ đến việc tổ chức thực hiện chức năng, nhiệm vụ QLNN về ANTT của Công an xã thời gian qua. Chính vì vậy, việc hoàn thiện cơ sở pháp lý cho tổ chức, hoạt động của Công an xã nói chung, trong đó có nhiệm vụ QLNN về ANTT là yêu cầu bức thiết hiện nay.

### 3. Một số kiến nghị

Trên cơ sở những phân tích nêu trên, tác giả đề xuất một số kiến nghị sau đây:

*Một là*, cần sớm ban hành mới hoặc sửa đổi văn bản pháp luật hiện hành (Luật Công an nhân dân) để xác định rõ địa vị pháp lý của Công an xã. Việc chính quy hóa Công an xã phải được thực hiện trên ba phương diện cơ bản: i) Chính quy về tổ chức hay nói cách khác là phải có chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và tổ chức bộ máy của Công an xã; ii) Chính quy về lực lượng (tức con người); iii) Chính quy các điều kiện bảo đảm cho hoạt động bảo đảm ANTT của Công an xã. Đến nay, Bộ Công an mới thực hiện được nội dung thứ hai là chính quy về lực lượng sau khi hoàn tất việc bố trí Công an chính quy đảm nhiệm chức danh Công an xã trên phạm vi cả nước. Do vậy, vấn đề có tính căn cơ là phải sớm xây dựng,

ban hành được văn bản quy phạm pháp luật quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và tổ chức bộ máy của Công an xã. Văn bản quy phạm pháp luật này phải được nghiên cứu, đánh giá một cách kỹ lưỡng, toàn diện để bảo đảm thống nhất với các văn bản quy phạm pháp luật khác quy định về trách nhiệm, thẩm quyền của Công an xã hiện hành.

*Hai là*, từng bước nghiên cứu, ban hành văn bản hướng dẫn, cụ thể hóa nhiệm vụ, quyền hạn của Công an xã trong các văn bản luật như: Luật Cư trú; Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam; Luật phòng cháy và chữa cháy; Luật Phòng, chống bạo lực gia đình năm 2007; Luật Căn cước công dân; Luật Xử lý vi phạm hành chính; Luật Đặc xá; Luật Thi hành án hình sự;... Đồng thời, cần sửa đổi các quy định về quyền hạn của Công an xã theo hướng tương xứng với trách nhiệm bảo đảm ANTT được giao, tránh tình trạng phân cấp nhưng không phân quyền.

*Ba là*, cần nghiên cứu, đánh giá thực tiễn kết quả thực hiện bố trí Công an chính quy đảm nhiệm chức danh Công an xã để rà soát, xây dựng tiêu chuẩn cho Công an xã cũng như quy định về vấn đề đào tạo, bồi dưỡng cho Công an xã. Đây là cơ sở quan trọng để tiếp tục thực hiện chính quy lực lượng Công an xã đáp ứng yêu cầu, nhiệm vụ bảo đảm ANTT nói chung và QLNN về ANTT nói riêng.

*Bốn là*, nghiên cứu xây dựng cơ chế bảo đảm các điều kiện về ngân sách, cơ sở vật chất, kỹ thuật, trụ sở làm việc... cho lực lượng Công an xã; ban hành quy định về chế độ, chính sách như chế độ phụ cấp trách nhiệm quản lý, phụ cấp đặc thù, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, chế độ bồi dưỡng khi được cử đi tập trung đào tạo... cho lực lượng Công an xã. ■

