

Số: 18 /QĐ-HĐGSNN

Hà Nội, ngày 30 tháng 6 năm 2020

QUYẾT ĐỊNH

Phê duyệt Danh mục tạp chí khoa học được tính điểm năm 2020

CHỦ TỊCH HỘI ĐỒNG GIÁO SƯ NHÀ NƯỚC

Căn cứ Quyết định số 37/2018/QĐ-TTg ngày 31/8/2018 của Thủ tướng Chính phủ ban hành quy định tiêu chuẩn, thủ tục xét công nhận đạt tiêu chuẩn và bổ nhiệm chức danh giáo sư, phó giáo sư; thủ tục xét hủy bỏ công nhận chức danh và miễn nhiệm chức danh giáo sư, phó giáo sư;

Căn cứ Quyết định số 1814/QĐ-TTg ngày 24/12/2018 của Thủ tướng Chính phủ về việc thành lập Hội đồng Giáo sư nhà nước nhiệm kỳ 2018-2023;

Căn cứ Thông tư số 04/2019/TT-BGDĐT ngày 28/3/2019 ban hành quy chế tổ chức và hoạt động của Hội đồng Giáo sư nhà nước, các Hội đồng Giáo sư ngành, liên ngành và Hội đồng Giáo sư cơ sở, được sửa đổi bổ sung một số điều tại Thông tư số 06/2020/TT-BGDĐT ngày 19/3/2020 của Bộ trưởng Bộ Giáo dục và Đào tạo;

Căn cứ Nghị quyết số 01/2020/NQ-TTHĐGSNN ngày 30/6/2020 của Thường trực Hội đồng Giáo sư nhà nước nhiệm kỳ 2018-2023;

Căn cứ đề xuất của các Hội đồng Giáo sư ngành, liên ngành về Danh mục tạp chí khoa học được tính điểm năm 2020;

Xét đề nghị của Chánh Văn phòng Hội đồng Giáo sư nhà nước,

QUYẾT ĐỊNH:

Điều 1. Phê duyệt Danh mục tạp chí khoa học được tính điểm của 28 Hội đồng Giáo sư ngành, liên ngành năm 2020 (danh mục kèm theo).

Điều 2. Quyết định này có hiệu lực thi hành kể từ ngày ký. Các quy định trước đây trái với Quyết định này đều bãi bỏ.

Điều 3. Các Chủ tịch Hội đồng Giáo sư ngành, liên ngành, Chủ tịch Hội đồng Giáo sư cơ sở năm 2020, Chánh Văn phòng Hội đồng Giáo sư nhà nước, Thủ trưởng các cơ sở giáo dục đại học, các tổ chức và cá nhân có liên quan chịu trách nhiệm thi hành Quyết định này./.

Nơi nhận:

- Như điều 3;
- Các Phó Chủ tịch HĐGSNN (để phối hợp);
- Các HĐGS ngành, liên ngành (để thực hiện);
- Các HĐGS cơ sở (để thực hiện);
- Lưu: VP.

KT. CHỦ TỊCH

PHÓ CHỦ TỊCH



GS. TS. Châu Văn Minh

Kèm theo Quyết định số: 18/QĐ-HĐGSNN ngày 30 tháng 6 năm 2020

28.	Sinh hoạt lý luận	0868-3247	Tạp chí	HV Chính trị Quốc gia HCM – Phân viện Đà Nẵng	0 – 0,5
29.	Tài chính	005-56	Tạp chí	Bộ Tài chính	0 – 0,5
30.	Công thương	0866-7756	Tạp chí	Bộ Công thương	0 – 0,5
31.	Thuế Nhà nước	1859-0756	Tạp chí	Tổng cục Thuế	0 – 0,5
32.	Bảo hiểm xã hội	1859-257	Tạp chí	Bảo hiểm xã hội Việt Nam	0 – 0,5
33.	Công an Nhân dân	1859-4409	Tạp chí	Bộ Công an	0 – 0,5
34.	Quốc phòng toàn dân	0866-7527	Tạp chí	Tổng cục Chính trị Quân đội nhân dân Việt Nam	0 – 0,5
35.	Cảnh sát Nhân dân	1859-4220	Tạp chí	Tổng cục Cảnh sát nhân dân, Bộ Công an	0 – 0,5
36.	Tạp chí Nghề Luật	1859-3631	Tạp chí	Học viện Tư pháp, Bộ Tư pháp	0 – 0,5
37.	Khoa học và Công nghệ Việt Nam (B) (tên cũ: Hoạt động Khoa học)	1859-4794	Tạp chí	Bộ Khoa học và Công nghệ	0 – 0,5
38.	Khoa học Kiểm sát	2354-063X	Tạp chí	Trường ĐH Kiểm sát Hà Nội	0 – 0,5
39.	Tạp chí Khoa học Đại học Sài Gòn	1859-3208	Tạp chí	Trường ĐH Sài Gòn	0 – 0,25
40.	Khoa học	0866-8051	Tạp chí	Viện ĐH Mở Hà Nội	0 – 0,25
41.	Khoa học Xã hội và Nhân văn	2354-1172	Tạp chí	Trường ĐH KHXH & NV, ĐHQG Hà Nội	0 – 0,5 từ 2016
42.	Giáo dục và Xã hội	1859-3917	Tạp chí	Hiệp hội các trường ĐH, CĐ Việt Nam	0 – 0,25 từ 2016 0 – 0,5 từ 2017
43.	Khoa học Nội vụ	2354-1113	Tạp chí	Trường ĐH Nội vụ Hà Nội	0 – 0,5 từ 2017
44.	Pháp luật về quyền con người	2615-899X	Tạp chí	Học viện Chính trị Quốc gia HCM	0 – 0,5 từ 2020
45.	Pháp luật và thực tiễn	2525-2666	Tạp chí	Trường ĐH Luật, ĐH Huế	0 – 0,5 từ 2020
46.	Phát triển Khoa học và Công nghệ (Chuyên san Kinh tế-Luật và quản lý)	2588-1051	Tạp chí	Đại học Quốc gia Tp HCM	0 – 0,5 từ 2020

QUÁ TRÌNH CÔNG NHẬN HÔN NHÂN ĐỒNG TÍNH Ở ĐÀI LOAN VÀ MỘT SỐ ĐỊNH HƯỚNG CHO VIỆT NAM

*HOÀNG THẢO ANH**

*TRẦN THỊ DIỆU HÀ***

Ngày nhận bài: 05/10/2020

Ngày phản biện: 20/10/2020

Ngày đăng bài: 31/12/2020

Tóm tắt:

Bài viết phân tích những dấu mốc quan trọng có ý nghĩa pháp lý trong quá trình tiến tới hợp pháp hóa hôn nhân đồng tính trên đảo Đài Loan. Qua việc nghiên cứu tiến trình này, nhóm tác giả mong muốn mang đến một lối tiếp cận so sánh, giúp các nhà vận động cũng như các nhà lập pháp có những định hướng xây dựng hành lang pháp lý cho hôn nhân đồng tính tại Việt Nam trong tương lai.

Từ khóa:

Hôn nhân đồng tính, quá trình, công nhận, so sánh, Đài Loan.

Abstract:

The article analyses some important milestones in the process of legalizing same-sex marriage in Taiwan. Through studying this process, the authors wish to bring a comparative approach, helping advocates as well as lawmakers have some directions to build a legal framework for same-sex marriage in Vietnam in the future.

Keywords:

Same-sex marriage, process, recognition, comparative, Taiwan.

Đặt vấn đề

Hiện nay, xu thế công nhận Hôn nhân đồng tính (HNĐT) đã trở nên bức thiết và đang lan rộng ở nhiều quốc gia, vùng lãnh thổ trên toàn thế giới. Cho đến thời điểm hiện tại, đã có 29 quốc gia hợp pháp hóa hôn nhân đồng tính, giúp các cặp đôi đồng tính có thể nhận được sự bảo hộ pháp lý như những cặp đôi dị tính khác¹. Ở châu Á, Đài Loan đã đi vào lịch sử khi trở thành nơi đầu tiên hợp pháp hóa vấn đề này vào tháng 05/2019. Là một quốc gia có hiệp định

* ThS., GV Khoa Luật Dân sự, Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: anhht@hul.edu.vn

**GV Khoa Luật Hành chính, Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: hattd@hul.edu.vn

¹ Marriage Equality Around the World, Human rights campaign, <https://www.hrc.org/resources/marriage-equality-around-the-world>. Truy cập ngày 22/8/2020.

tương trợ tư pháp về dân sự với Đài Loan, cũng như có nhiều điểm chung về văn hóa, xã hội, Việt Nam có thể nghiên cứu quá trình hợp pháp hóa HNĐT ở Đài Loan và rút ra cho mình một số bài học nhất định.

1. Quá trình công nhận Hôn nhân đồng tính ở Đài Loan

1.1. Những nỗ lực vận động lập pháp trước thời điểm được công nhận

Tháng 10/2003, Hành chính Viện Đài Loan² đề xuất một dự luật trao cho các cặp đồng tính quyền kết hôn và nhận con nuôi. Tuy nhiên, dự luật vấp phải sự phản đối cả từ phía Nội các (do Đảng Dân tiến nắm quyền kiểm soát) lẫn Lập pháp Viện³ (do liên minh đứng đầu là Quốc dân đảng kiểm soát) nên đã bị đình trệ và do đó không được bỏ phiếu thông qua⁴.

Năm 2011, với mục đích nâng cao nhận thức về hôn nhân đồng tính, khoảng 80 cặp đồng tính nữ đã tổ chức tiệc cưới đồng tính lớn nhất Đài Loan lúc bấy giờ, thu hút khoảng 1.000 bạn bè, người thân và những người tò mò đến xem⁵. Năm 2012, một đám cưới theo nghi thức Phật giáo đồng giới đầu tiên được tổ chức cho Fish Huang và bạn đời You Ya-ting của cô⁶. Năm 2013, Chen Ching-hsueh và Kao Chih-Wei, cặp đôi đồng giới thứ hai người Đài Loan tiến hành kết hôn công khai, sau khi đã từ bỏ kiện tụng lên Tòa án Hành chính Cấp cao Đài Bắc để đòi sự công nhận cho cuộc hôn nhân của họ nhưng thất bại⁷. Cuối năm đó, nhà hoạt động trọn đời vì quyền của người đồng tính Chi Chia-wei đã lần đầu tiên trình vụ việc của cặp đôi nói trên lên Tòa án Hành chính Cấp cao Đài Bắc⁸.

Vào ngày 22/12/2014, một dự thảo sửa đổi đối với Bộ luật Dân sự (BLDS) theo hướng hợp pháp hóa hôn nhân đồng tính được Ủy ban Tư pháp của Lập pháp Viện xem xét. Nội dung sửa đổi bao gồm việc thay thế các điều khoản hiện hành về hôn nhân trong BLDS bằng

² Tiếng Anh: Executive Yuan, cơ quan tương đương Chính phủ. Hành chính Viện là nhánh quyền lực hành pháp theo cơ cấu bộ máy nhà nước Ngũ quyền Hiến Pháp 1947 của Trung Hoa Dân quốc theo tư tưởng của Tôn Trung Sơn.

³ Tiếng Anh: Legislative Yuan, cơ quan tương đương Quốc hội/Nghị viện, là nhánh quyền lực lập pháp theo cơ cấu bộ máy nhà nước Ngũ quyền Hiến Pháp 1947 của Trung Hoa Dân quốc.

⁴ Hogg, Chris, "Taiwan move to allow gay unions", BBC News, 28/10/2003, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/3219721.stm>. Truy cập ngày 01/09/2020.

⁵ Wang, Amber (22 August 2011). "Taiwan hosts its biggest same-sex 'wedding' party". *Taipei Times*, <http://www.taipeitimes.com/News/taiwan/archives/2011/08/22/2003511370>

⁶ Yiu, Derek (11 August 2012). "Lesbian couple in first Buddhist wedding". *Gay Star News*, <https://www.gaystarnews.com/article/lesbian-couple-first-buddhist-wedding110812/>

⁷ Leach, Anna (24 January 2013). "Taiwanese gay couple drop legal fight". *Gay Star News*. <https://www.gaystarnews.com/article/taiwanese-gay-couple-drop-legal-fight240113/>.

⁸ cms2cmsuser (9 October 2013). "Veteran activist takes Taiwan to court over gay marriage". *Gay Star News*. Retrieved 8 April 2018. <https://www.gaystarnews.com/article/veteran-activist-takes-taiwan-to-court-over-gay-marriage/>

các điều khoản trung lập về giới tính, nhằm công nhận một cách có hiệu quả HNĐT; cũng như cho phép các cặp đôi đồng tính nhận con nuôi. Dự luật này đã nhận được sự đón nhận đông đảo từ các nghị viên trong Lập pháp Viện, trong đó có bà Yu Mei-nu của Đảng Dân tiến (DPP) cùng với hơn 20 nghị viên DPP khác, hai nghị viên từ Đảng Liên minh Đoàn kết Đài Loan, một người từ Quốc dân đảng (KMT) cầm quyền và một người từ Đảng Nhân dân⁹. Tuy nhiên, dự luật bị đình trệ và nỗ lực của các nhà lập pháp Đài Loan chính thức thất bại vào tháng 01/2016 khi Lập pháp Viện nhiệm kỳ thứ Tám kết thúc.

Vào tháng 11/2015, khoảng hai tháng trước cuộc tổng tuyển cử, ứng viên Tổng Thống Tsai Ing-wen (Thái Anh Văn) tuyên bố ủng hộ hôn nhân đồng tính¹⁰. Tháng 7/2016, một số nghị viên của Lập pháp Viện nhiệm kỳ thứ Chín thông báo rằng họ sẽ đưa ra dự luật hôn nhân đồng tính tại Quốc hội vào cuối năm¹¹. Đến tháng 10/2016, hai dự luật về hôn nhân đồng tính đã được trình lên Lập pháp Viện¹².

1.2. Sự công nhận về mặt quản lý của chính quyền địa phương

Trước khi đạo luật về công nhận hôn nhân đồng tính chính thức có hiệu lực vào ngày 24/5/2019, quan hệ của các cặp đôi đồng tính đã được một số địa phương ở Đài Loan công nhận dưới một hình thức đặc biệt, đó là thông qua thủ tục “đồng tính bạn lữ chú ký”¹³, được triển khai từ năm 2015. Sự công nhận này về bản chất là việc cho phép các cặp đồng tính *đăng ký kết đôi* tại cơ quan quản lý hộ tịch ở địa phương. Việc *đăng ký quan hệ bạn đời đồng tính* không làm phát sinh quyền thừa kế, không được ghi nhận trong căn cước công dân cũng như giấy chứng nhận đăng ký hộ khẩu. Bên cạnh đó, các cặp đôi đồng tính không được hưởng các quyền phát sinh từ quan hệ hôn nhân trong khi có đến 498 đặc quyền có liên quan theo pháp luật Đài Loan, trong đó có quyền tài sản, phúc lợi xã hội và chăm sóc y tế¹⁴.

Như vậy, *đăng ký kết đôi* không thiết lập quan hệ hôn nhân và không thể thay thế việc *đăng ký kết hôn*, do đó không đảm bảo được quyền lợi của các cặp đồng tính như các cặp vợ

⁹ Lii Wen, "Gay marriage proposal set for review". Taipei Times, 21 December 2014, <http://www.taipeitimes.com/News/taiwan/archives/2014/12/21/2003607251>

¹⁰ Wee, Darren, "Watch: Taiwan presidential frontrunner officially endorses marriage equality". Gay Star News, November 2015, <http://www.gaystarnews.com/article/watch-taiwan-presidential-frontrunner-officially-endorses-marriage-equality/>

¹¹ Gohl, Cody. "Marriage Equality Could Be Coming To Taiwan As Early As Next Year". New Now Net, <http://www.newnownext.com/marriage-equality-could-be-coming-to-taiwan-as-early-as-next-year/07/2016/>

¹² Gerber, Abraham (25 October 2016). "Push for same-sex marriages started by DPP and NPP". Taipei Times, <http://www.taipeitimes.com/News/taiwan/archives/2016/10/25/2003657881>

¹³ Nguyên văn 同性伴侶註記 (Hán Việt: Đồng tính bạn lữ chú ký) - tiếng Anh: Partnership registration. Tác giả không dịch là “đôi tác dân sự” theo tiếng Anh mà giữ nguyên văn cách dùng thuật ngữ trong tiếng Hoa để đảm bảo sát nghĩa nhất với bản chất của việc *đăng ký* này.

¹⁴ “Taiwan poised to legalize same-sex marriage”, Washington Blade, 11/01/2017. Truy cập ngày 09/04/2020. <https://www.washingtonblade.com/2017/01/11/taiwan-poised-legalize-sex-marriage/>

chồng hợp pháp. Tuy nhiên, nếu xảy ra tranh chấp pháp lý, *đồng tính bạn lữ chú ký* vẫn có thể được sử dụng để chứng minh mối quan hệ sống chung như vợ chồng của hai bên đương sự. Bên cạnh đó, các cặp đồng tính đã đăng ký còn có thể ký một *thỏa thuận chia sẻ thông tin* cho phép bệnh viện, tòa án và cơ quan thực thi pháp luật truy cập dữ liệu đăng ký hộ tịch. Trên cơ sở đó, họ có thể đưa ra quyết định thay cho người bạn đời của mình trong trường hợp vắng mặt người đại diện hay họ hàng thân thích, chẳng hạn như các quyết định y tế khi gặp tình huống cấp cứu¹⁵.

Về thẩm quyền, việc *đăng ký kết đôi* thuộc quản lý của chính quyền địa phương. Chính vì vậy mà “*đồng tính bạn lữ chú ký*” không được triển khai đồng bộ trên toàn lãnh thổ Đài Loan tại cùng một thời điểm mà phụ thuộc vào quyết định của lãnh đạo địa phương ở các thời điểm khác nhau có cho phép hay không. Do đó, thủ tục này có những hạn chế nhất định trong quá trình triển khai trên bình diện toàn quốc, trong đó:

- *Một là*, việc ghi nhận *đăng ký kết đôi đồng tính* ở thời gian đầu chỉ có giá trị cục bộ trên địa bàn địa phương triển khai ghi nhận và không được thừa nhận ở địa phương khác nếu không có thỏa thuận công nhận lẫn nhau của các tỉnh/thành phố mà đương sự là thị dân.

- *Hai là*, vì thủ tục chỉ mang ý nghĩa về mặt quản lý nhân khẩu ở địa phương, nên *đồng tính bạn lữ chú ký* chỉ giới hạn đăng ký cho cư dân có hộ khẩu sở tại (ví dụ, thành phố Cao Hùng), hoặc bắt buộc một bên đăng ký phải là người dân địa phương (ví dụ, tỉnh Chương Hóa). Tuy nhiên, vấn đề gần như đã được giải quyết khi tính đến tháng 07/2017, thủ tục *đồng tính bạn lữ chú ký* đã được triển khai tại 18 tỉnh, thành phố của Đài Loan, chiếm 94% dân số cả nước.

Mặc dù không có giá trị pháp lý nhưng đồng tính bạn lữ chú ký là sự thừa nhận về mặt quản lý hành chính của chính quyền địa phương đối với các cặp đồng tính sống chung như vợ chồng. Đây được xem là một sự công nhận quan trọng và là một viên gạch nền tảng để Đài Loan tiến gần hơn đến chính thức hợp pháp hóa hôn nhân đồng tính vào năm 2019.

1.3. Phán quyết của Tòa Bảo hiến và cuộc trưng cầu dân ý toàn quốc

Vào ngày 24/03/2017, Tòa Bảo hiến (hay còn gọi là Tư pháp Viện)¹⁶ đã xét xử vụ việc do nhà hoạt động Chia-wei (người đã nỗ lực đăng ký kết hôn với bạn đời của mình vào năm 2013 nhưng bị từ chối) và Sở Dân vụ của Chính quyền thành phố Đài Bắc đồng đệ đơn. Cả hai nguyên đơn đã yêu cầu Tòa Bảo hiến giải thích hiến pháp về vấn đề quyền được kết hôn của người đồng tính. Tòa đã hợp nhất và quyết định đưa ra phán quyết về việc liệu Bộ

¹⁵ Trudy Ring, “Does Partnership Registration Mean Taiwan Is Ready for Marriage Equality?”, Avocate, 18/06/2015, <https://www.advocate.com/world/2015/06/18/does-partnership-registration-mean-taiwan-ready-marriage-equality>

¹⁶ Judicial Yuan: Tư pháp Viện - nhánh quyền lực tư pháp trong cơ cấu bộ máy nhà nước Đài Loan. Tư pháp Viện được trao quyền giải thích hiến pháp qua cơ chế Tòa Bảo hiến, theo Hiến pháp Trung Hoa Dân quốc.

luật Dân sự hiện hành trên thực tế có cho phép hôn nhân đồng tính hay không và nếu không, liệu nó có vi phạm các điều khoản của Hiến pháp Trung Hoa Dân quốc liên quan đến quyền bình đẳng và tự do kết hôn hay không. Cụ thể, vấn đề pháp lý của phán quyết là:

“Chương 2 về Hôn nhân, Phần IV về Gia đình của Bộ luật Dân sự không cho phép hai người cùng giới tính thành lập một mối quan hệ kết hợp lâu dài có tính thân mật và biệt lập vì mục đích sống chung, có vi phạm quyền tự do kết hôn theo Điều 22 và quyền bình đẳng theo Điều 7 được Hiến pháp bảo vệ hay không?”

Những người tham gia phiên Tòa bao gồm các luật sư của hai bên nguyên đơn, Bộ trưởng Tư pháp Chiu Tai-san (thuộc phía bảo thủ pháp luật hiện hành về hôn nhân) và một hội đồng các học giả pháp lý¹⁷. Sau các phiên tranh luận, Tòa Bảo hiến đã ra phán quyết vào ngày 24/05/2017, với nội dung rằng: *“các điều khoản liên quan đến hôn nhân trong Bộ luật Dân sự là vi hiến”*. Hội đồng thẩm phán đã cho Lập pháp Viện hai năm để sửa đổi hoặc ban hành đạo luật mới. Tòa còn quy định thêm, nếu Lập pháp Viện không hợp pháp hóa hôn nhân đồng tính trong hai năm hạn định, các cặp đồng tính sẽ có thể kết hôn bằng cách làm thủ tục đăng ký kết hôn tại bất kỳ văn phòng đăng ký hộ khẩu nào¹⁸.

Tháng 11/2018, một cuộc trưng cầu dân ý toàn quốc đã được tổ chức tại Đài Loan, với 10 câu hỏi được đưa ra lấy ý kiến¹⁹. Trong đó, có 05 câu liên quan đến quyền của cộng đồng LGBT như: Cấm hôn nhân đồng tính (câu 10), cấm việc giáo dục giới tính dành riêng cho LGBT trong trường học (câu 11), cho phép một dạng thức công nhận khác đối với cặp đôi đồng tính (câu 12), cho phép hôn nhân đồng tính (câu 14) và cuối cùng là duy trì giáo dục giới tính cho người LGBT trong trường học (câu 15). Kết quả của cuộc trưng cầu dân ý cho thấy đa số người dân Đài Loan vẫn còn bảo thủ với ý kiến đồng ý với câu 10, 11 và 12 và bác bỏ câu 14, 15. Như vậy, kết quả trưng cầu dân ý không cho phép hôn nhân đồng tính trong khi Chính phủ Đài Loan vẫn bị ràng buộc pháp lý về việc phải đưa ra được một đạo luật phù hợp với Diễn giải số 748 của Tòa Bảo hiến.

Tuy nhiên, trưng cầu dân ý cũng cho phép HNĐT được công nhận và bảo hộ ở một “dạng thức khác” (câu 12) chứ không phản đối hoàn toàn. Đây được xem là một bước đi “lùi” cho quá trình tiến tới “bình đẳng hôn nhân ở Đài Loan”, nhưng chưa phải là một kết quả gây bế tắc.

Với kết quả trên, việc điều chỉnh luật của Lập pháp Viện theo Diễn giải số 748 đã không thể “sửa đổi, bổ sung HNĐT vào BLDS”, mà phải đi theo hướng “ban hành một đạo luật riêng biệt để công nhận riêng quan hệ của các cặp đồng tính” ở Đài Loan.

¹⁷ “Taiwan top court hears landmark gay marriage case”. BBC News. 24/03/2017. <https://www.bbc.com/news/world-asia-39376423>

¹⁸ Diễn giải số 748 của Tòa Bảo hiến Đài Loan. Xem thêm tại: <https://law.judicial.gov.tw/LAWENG/FINT/data.aspx?NO=748&KW=&SDATE=&EDATE=&PAGE=1>

¹⁹ “The 10 referendum questions Taiwanese are voting on”. CAN, 24/11/2018, <http://focustaiwan.tw/news/aip/201811240010.aspx>

1.4. Đạo luật về công nhận hôn nhân đồng tính Đài Loan

Vào ngày 21/02/2019, Hành chính Viện thông qua dự thảo luật có tên là *Đạo luật thực thi Diễn giải số 748 của Tư pháp Viện* (tiếng Hoa: 司法院釋字第 748 號解釋施行法) và đề trình lên cơ quan lập pháp quốc gia. Ngày 17/05/2019, Lập pháp Viện thông qua dự luật, Tổng thống Tsai Ing-wen (Thái Anh Văn) đã ký ban hành đạo luật vào ngày 22/05/2019, luật chính thức có hiệu lực vào ngày 24/05/2019, trở thành cơ sở pháp lý cho hôn nhân đồng tính ở Đài Loan.

Về cơ bản, đạo luật này trao cho các cặp đôi đồng tính hầu hết tất cả các quyền phát sinh từ quan hệ hôn nhân như các cặp kết hôn dị tính theo Bộ luật Dân sự Đài Loan. Các cặp đôi đồng tính có thể xác lập *quan hệ kết hợp lâu dài có tính biệt lập vì mục đích sống chung*²⁰ thông qua thủ tục đăng ký kết hôn tại Sở Hộ chính, nếu đã đủ 18 tuổi trở lên²¹. Nếu chưa đủ 18 tuổi, thì họ cần phải được sự đồng ý của người đại diện theo pháp luật. Việc xác lập quan hệ kết hợp này tương đương với xác lập quan hệ hôn nhân, và làm phát sinh các quyền nhân thân và quyền tài sản giữa vợ/chồng với nhau. Việc chấm dứt quan hệ kết hợp cũng được quy định tương tự như ly hôn và được tham chiếu áp dụng các quy định về ly hôn của BLDS Đài Loan.

Tuy nhiên, luật vẫn còn nhiều hạn chế khi chỉ cho phép các cặp đồng tính nhận con nuôi nếu đứa trẻ có huyết thống trực tiếp với một trong hai người, cũng như chưa có quy định về xác định cha mẹ con khi thực hiện sinh con bằng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản hay mang thai hộ²². Bên cạnh đó, luật cũng chỉ thừa nhận đối với cặp đôi có ít nhất một người là công dân Đài Loan, các cặp đồng tính là người nước ngoài vẫn chưa nhận được sự bảo hộ hôn nhân của đạo luật mà chỉ có thể đăng ký “đồng tính bạn lữ chú ký” dưới góc độ quản lý hành chính.

Đạo luật nói trên của Đài Loan, dù chưa thực sự mang lại một vị trí pháp lý bình đẳng cho các cặp đôi đồng tính trong tương quan với các cặp kết hôn dị tính, nhưng vẫn có giá trị đáng tham khảo cho Việt Nam. Bởi cũng như Đài Loan, xã hội Việt Nam vẫn còn nhiều tiếng nói phản đối khi đưa HNĐT ra bàn luận và vận động hợp pháp hóa. Vì thế, việc nghiên cứu ban hành một đạo luật tương tự ở Việt Nam có thể xem là một giải pháp trong ngắn hạn, sẽ được làm rõ ở mục 2.

2. Một số định hướng cho tiến trình hoàn thiện pháp luật Việt Nam liên quan đến công nhận hôn nhân đồng tính

2.1. Bối cảnh pháp luật Việt Nam trong vấn đề hôn nhân đồng tính

Trước đây, theo quy định của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, kết hôn giữa những người cùng giới tính là một trong 05 trường hợp cấm kết hôn theo khoản 5 Điều 10. Vào thời

²⁰ Điều 2 Đạo luật về thực thi Diễn giải số 748 của Tư pháp Viện.

²¹ Điều 4 Đạo luật về thực thi Diễn giải số 748 của Tư pháp Viện.

²² Filip Noubel, “*Taiwan's same-sex marriage bill is a half-victory for rainbow families*”, Global Voices, 23/05/2019, <https://globalvoices.org/2019/05/23/taiwans-same-sex-marriage-bill-is-a-half-victory-for-rainbow-families/>. Truy cập ngày 10/09/2020.

điểm này, quan điểm, cách nhìn của các nhà làm luật cũng như mọi người không chấp nhận cuộc hôn nhân giữa những người cùng giới tính với nhau mà họ chỉ thừa nhận hôn nhân hợp pháp là sự kết đôi giữa một nam và một nữ. Tuy nhiên, việc “cấm kết hôn” này cũng không thể loại bỏ hết các đám cưới của những người đồng tính nói riêng và cộng đồng LGBT nói chung khi họ đã cố vượt qua định kiến để đến với nhau. Song, nhiều người đồng tính, song tính, chuyển giới khi làm điều này đã bị xã hội kỳ thị, phân biệt đối xử, thậm chí xa lánh, coi đó là một hiện tượng bất thường cần phải loại trừ ra khỏi xã hội... Một số cơ quan thi hành pháp luật ở một số địa phương và một bộ phận xã hội đã lấy quy định tại khoản 5 Điều 10 Luật Hôn nhân và gia đình 2000 để giải thích cho những ứng xử có tính chất kỳ thị và phân biệt đối xử liên quan đến người đồng tính trong hôn nhân và gia đình²³. Bên cạnh đó, do kết hôn giữa những người cùng giới tính là trường hợp bị cấm nên có thể bị xử phạt vi phạm hành chính theo Nghị định số 87/2001/NĐ-CP về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình với mức phạt tiền sẽ từ 100.000 đồng đến 500.000 đồng²⁴. Tuy nhiên, những quy định này hiện nay đã hết hiệu lực.

Hiện nay, cùng với sự tiến bộ trong nhận thức của toàn xã hội về vấn đề kết hôn đồng giới, nước ta đã có cái nhìn cởi mở hơn về những người đồng tính cũng như hôn nhân giữa họ. Thời điểm Hiến pháp 2013 và Luật Hôn nhân và gia đình 2014 được sửa đổi để ban hành, thì các chiến dịch vận động lập pháp cho quyền kết hôn của người đồng tính đã được tổ chức rất quy mô và rầm rộ và đã gây được tiếng vang lớn. Đáng chú ý là các chiến dịch như “Tôi đồng ý”²⁵, “hành trình hiểu về con”, “yêu là yêu”²⁶... Điều này đã được thể hiện trong Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 hiện hành. Theo đó, pháp luật không còn quy định kết hôn đồng tính thuộc vào các trường hợp bị cấm kết hôn. Tại khoản 2 Điều 8 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 chỉ quy định: “2. Nhà nước không thừa nhận hôn nhân giữa những người cùng giới tính”. Đây là một bước thay đổi lớn trong tư duy của những người làm công tác lập pháp, cũng như là thành công lớn cho các nhà vận động về quyền của người đồng tính sau nhiều năm nỗ lực. Qua quy định này cho thấy pháp luật đã thay đổi cách nhìn với hôn nhân đồng tính: không “*nghiêm cấm*” một cách cứng nhắc như trước đây mà chỉ “*không thừa nhận*” hôn nhân giữa những người đồng giới. Do vậy, các cặp đôi đồng tính vẫn có thể tổ chức đám cưới trên thực tế, vẫn được chung sống với nhau nếu có nhu cầu nhưng về mặt pháp lý thì sẽ không được pháp luật thừa nhận là vợ chồng. Cùng với đó, Nghị định số 110/2013/NĐ-CP

²³ Bàn Quốc Tuấn (2014), *Điều kiện kết hôn theo Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000*, Trường Đại học Kinh tế Luật, Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh.

²⁴ Điểm e khoản 1 Điều 8 Nghị định số 87/2001/NĐ-CP về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình.

²⁵ “Ngày hội Tôi đồng ý - bình đẳng với yêu thương”, Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường ISEE, 13/11/2014, <http://isee.org.vn/ngay-hoi-toi-dong-y-binh-dang-voi-yeu-thuong/>. Truy cập ngày 20/09/2020.

²⁶ <http://ttvn.toquoc.vn/gioi-tre/lgbt-viet-sau-10-nam-dau-tranh-va-di-tim-ban-nga-mot-thap-ky-tu-hao-chung-ta-co-quyen-noi-nhu-vay-2201931127014737.htm>

cũng không quy định về việc xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi kết hôn giữa những người đồng tính²⁷.

Sự thay đổi về quan điểm kết hôn đồng tính cũng phần nào được phản ánh trong Hiến pháp 2013 khi các điều luật không “hạn chế tuyệt đối” mà đã có sự nói lỏng nhất định:

- Hiến pháp 2013 không quy định “*hôn nhân là giữa một nam và một nữ*” mà là “*nam, nữ có quyền kết hôn*”. Thay vì định nghĩa hôn nhân, Hiến pháp 2013 chỉ quy định về quyền kết hôn. Thực tế thì người đồng tính nam là nam giới, người đồng tính nữ là nữ giới, đồng nghĩa với họ cũng có quyền kết hôn theo quy định hiện hành của Hiến pháp. Quy định về “quyền kết hôn của nam, nữ” không ảnh hưởng hay ngăn cản quyền kết hôn của người đồng tính.

- Nguyên tắc “*một vợ một chồng*” mà Hiến pháp 2013 nhắc tới với nội hàm “*đơn hôn*”, có nghĩa “*không ai được kết hôn với người khác khi đang ở trong tình trạng hôn nhân với một người*”, nôm na là một người không được phép có “hai vợ” hoặc “hai chồng”. Nguyên tắc này cũng không có nghĩa rằng hôn nhân phải là giữa một nam và một nữ.

Có thể thấy, dù hiện nay pháp luật chưa thừa nhận kết hôn đồng giới nhưng đây là một hướng đổi mới quan trọng, sự thay đổi nêu trên vẫn được coi là tín hiệu vui đối với những cặp đôi có cùng giới tính, là kết quả của một quá trình vận động và thảo luận trong suốt một thời gian dài.

2.2. Một số định hướng lập pháp nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam

Trên cơ sở nghiên cứu quá trình tiến tới hợp pháp hóa hôn nhân đồng tính ở Đài Loan và căn cứ vào tình hình thực tiễn ở Việt Nam hiện nay, nhóm tác giả nhận thấy rằng tồn tại những khác biệt cơ bản khiến bối cảnh pháp lý cho việc công nhận HNĐT ở Việt Nam có những đặc trưng nhất định và do đó không thể tham khảo áp dụng một cách hoàn toàn lộ trình mà Đài Loan đã và đang thực hiện, cụ thể:

- *Một là*, Việt Nam áp dụng mô hình bảo hiến tập trung, theo đó Quốc hội vừa là cơ quan lập hiến, vừa là cơ quan bảo hiến và không áp dụng mô hình nhà nước phân quyền như Đài Loan²⁸. Chính vì vậy, không thể có sự tác động đủ lớn và đối trọng từ một thiết chế độc lập với Quốc hội để có thể yêu cầu sửa đổi luật như Tư pháp Viện (Tòa Bảo hiến) Đài Loan đã làm.

- *Hai là*, Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam hiện hành tồn tại rất rõ điều khoản “không thừa nhận quan hệ hôn nhân giữa những người có cùng giới tính”, trong khi chế định “Hôn

²⁷ “*Bỏ xử phạt việc kết hôn cùng giới - bước tiến nhỏ của một hành trình dài*”, Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường ISEE, 13/11/2014, <http://isee.org.vn/bo-xu-phat-viec-ket-hon-cung-gioi-buoc-tien-nho-cua-mot-hanh-trinh-dai/>. Truy cập ngày 20/09/2020.

²⁸ Thái Vĩnh Thắng, *Các mô hình cơ quan bảo hiến trên thế giới và lựa chọn mô hình phù hợp với Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử, <http://www.lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=207455>. Truy cập ngày 25/10/2020.

nhân” trong BLDS Đài Loan không hề có điều khoản này. Điều này có nghĩa là, một khi công nhận HNĐT, thì cần phải sửa đổi luật HNGĐ cùng các văn bản hướng dẫn có liên quan.

- *Ba là*, ở Việt Nam, cơ quan quản lý hành chính ở địa phương không có thẩm quyền “công nhận” sự kết đôi của các cặp đồng tính, dù là với mục đích quản lý. Tất cả những sự đăng ký phải theo quy định của Luật Hộ tịch 2014 và văn bản hướng dẫn thi hành, trên tinh thần tuân thủ luật HNGĐ 2014.

Vì thế, nhóm tác giả đề xuất các nhóm giải pháp ứng với hai giai đoạn chiến lược ngắn và dài hạn trong quá trình tiến tới hợp pháp hóa hôn nhân đồng tính phù hợp với bối cảnh ở Việt Nam, cụ thể:

Thứ nhất, nhóm giải pháp ngắn hạn: Tham khảo kinh nghiệm của Đài Loan về việc ban hành một đạo luật riêng công nhận quan hệ “kết đôi tương tự hôn nhân”. Việc công nhận này có thể trao cho các cặp đồng tính sự bảo hộ về mặt pháp lý đối với các quan hệ nhân thân và quan hệ tài sản phát sinh trong quá trình “chung sống như vợ chồng”.

Trước tình hình thực tiễn ở Việt Nam hiện nay vẫn chưa thể đưa đến quyết định công nhận hoàn toàn hôn nhân đồng tính, bởi các quan niệm trái chiều cũng như định kiến về vai trò xã hội mà một gia đình đồng tính có thể đem lại. Ba quan điểm phản đối phổ biến nhất hiện nay cho rằng: *Một là*, sẽ khó ngăn chặn được hiện tượng những người bình thường về giới tính lợi dụng để có quan hệ đồng tính vì mục đích xấu do y học không dễ dàng phân biệt được các trường hợp này. *Hai là*, nếu thừa nhận hai người cùng giới tính là vợ, chồng thì họ có quyền được nhận nuôi con nuôi và đứa trẻ sẽ lớn lên trong một gia đình như vậy khó tránh khỏi bị định hướng sai lệch về giới tính, về chức năng của từng loại giới tính. *Ba là*, việc thừa nhận hôn nhân đồng tính sẽ đi ngược lại truyền thống gia đình Việt Nam, do đó sẽ rất khó được xã hội chấp nhận²⁹.

Vì những lẽ trên, ở giai đoạn hiện tại, song song với quá trình vận động xã hội và vận động lập pháp hướng đến công nhận hoàn toàn hôn nhân đồng tính, thì việc cần thiết cho ra đời một đạo luật về công nhận “sự kết đôi dân sự tương tự hôn nhân” là vô cùng quan trọng và cần thiết, bởi đây sẽ là một bàn đạp, một bước đệm quan trọng cho quá trình vận động sau này. Trên cơ sở tham chiếu kinh nghiệm của Đài Loan có thể thấy những người đồng tính có thể tiến hành đăng ký “kết đôi dân sự” tại địa phương, được công nhận về tình trạng sống chung như vợ chồng của hai bên, tạo điều kiện thuận lợi về phúc lợi xã hội, hoặc hỗ trợ nhau về chăm sóc y tế hay nếu xảy ra tình trạng khẩn cấp. Nếu quá trình sống chung có phát sinh tranh chấp về tài sản thì Tòa án sẽ giải quyết theo hướng áp dụng các quy định về việc nam nữ chung sống như vợ chồng và dẫn chiếu về chế định Hôn nhân để giải quyết như các cặp đôi nam-nữ kết hôn khác. Tuy vẫn có một số hạn chế nhất định về mặt quyền lợi

²⁹ Bàn Quốc Tuấn (2014), *Điều kiện kết hôn theo Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000*, Trường Đại học Kinh tế Luật, Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh.

nhưng đây sẽ là giải pháp hiệu quả trong giai đoạn chờ đợi sự thay đổi, bổ sung của Luật Hôn nhân và gia đình, đồng thời vẫn đảm bảo có mức độ quyền lợi được kết hôn của cộng đồng đồng tính.

Bên cạnh đó, trước tình hình chưa thể được kết hôn hợp pháp tại Việt Nam, nhiều cặp đôi đồng tính hoặc cá nhân Việt Nam sẽ tìm cách ra nước ngoài để kết hôn nhằm tìm kiếm sự bảo hộ pháp lý cho cuộc hôn nhân của họ ở nước sở tại. Vì thế, cần quan tâm đến việc cho phép, tạo điều kiện cho người Việt Nam kết hôn đồng tính tại nước ngoài. Hiện nay, một số quốc gia yêu cầu cung cấp giấy xác nhận tình trạng hôn nhân như một điều kiện cần cho thủ tục đăng ký kết hôn.

Thứ hai, nhóm giải pháp dài hạn: Tiến tới sửa đổi, bổ sung nhằm hoàn thiện pháp Luật Hôn nhân và gia đình.

Có thể nhận thấy vấn đề xây dựng một xã hội công bằng và tiến bộ, trong đó các quyền con người được bảo đảm và thực thi thông qua cơ chế pháp luật hiệu quả là mục tiêu chung của toàn thể nhân loại. Người đồng tính với những đặc điểm riêng về sự hấp dẫn tình dục, quan hệ tình cảm, là đối tượng thường xuyên chịu những tác động tiêu cực từ những phân biệt đối xử, định kiến và kỳ thị dựa trên xu hướng tình dục đặc biệt của mình, trong khi đó pháp luật Việt Nam chưa có quy định cụ thể nào để bảo vệ quyền lợi của họ. Do đó, pháp luật Việt Nam trong thời gian tới cần phải có những thay đổi cần thiết, đặc biệt trong Luật Hôn nhân và gia đình, để bảo vệ quyền lợi của nhóm người này, nhằm đảm bảo quyền mưu cầu hạnh phúc của cá nhân.

Trong tầm nhìn dài hạn, yêu cầu về việc thay đổi, bổ sung nội dung Luật Hôn nhân và gia đình về quyền kết hôn của người đồng tính là vô cùng cần thiết. Bởi lẽ, rõ ràng hình thức “kết đôi dân sự” vẫn không thể thay thế “quan hệ hôn nhân” hợp pháp. Các cặp đôi đồng tính nếu không được công nhận sẽ không có quyền nhận con nuôi - một điều họ vô cùng mong mỏi vì hiện nay, pháp luật Việt Nam chỉ cho phép một đứa trẻ làm con nuôi của một cặp vợ chồng, hoặc một người độc thân mà thôi³⁰. Bên cạnh đó, vấn đề xác định cha mẹ con qua các phương pháp hỗ trợ sinh sản đối với các cặp đồng tính vẫn nằm trong khoảng trống của pháp luật. Vì thế, trong tương lai không xa, nhóm tác giả đề xuất sửa đổi Luật Hôn nhân và gia đình theo hướng sau:

Một là, mở rộng khái niệm “kết hôn” theo hướng công nhận hôn nhân đồng tính, loại bỏ quy định tại khoản 2 Điều 8 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 về: “2. Nhà nước không thừa nhận hôn nhân giữa những người cùng giới tính”.

Hai là, bổ sung và hoàn thiện các quy định về “nhận con nuôi”, “mang thai hộ” hoặc “thụ tinh trong ống nghiệm” và đặc biệt là “xác định cha mẹ con” nếu các cặp đôi đồng tính

³⁰ Khoản 3 Điều 8 Luật Nuôi con nuôi 2010.

mong muốn được có con hoặc nhận con nuôi, với điều kiện họ phải đảm bảo được các yêu cầu về tài chính, kinh tế và quan trọng nhất là điều kiện về đạo đức.

Ba là, song song với việc sửa đổi luật HNGĐ, cũng cần điều chỉnh các quy định của luật Hộ tịch 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành liên quan đến việc ghi chú vào sổ hộ tịch việc kết hôn, ly hôn. Đặc biệt là đối với các trường hợp kết hôn hoặc ly hôn đồng tính ở nước ngoài để đồng bộ hóa hệ thống pháp luật trong nước khi HNĐT đã được thừa nhận.

3. Kết luận

Có thể nhận thấy rằng, dưới góc độ quyền con người, người đồng tính cũng như mọi cá nhân khác, có quyền sống, quyền giải trí, quyền chăm sóc sức khỏe, quyền được yêu thương và mưu cầu hạnh phúc. Đứng ở góc độ quyền công dân, họ được lao động, học tập, khám bệnh, chữa bệnh, khai sinh, khai tử, kết hôn,... có quyền và thực hiện các nghĩa vụ với Nhà nước và xã hội. Vì vậy, cần cho phép kết hôn đồng tính vì nó là quyền được sống thực với gì mình có. Qua việc nghiên cứu tiến trình hợp pháp hóa hôn nhân đồng tính ở Đài Loan, kinh nghiệm thực tế cho thấy đây là một chặng đường lâu dài, cần sự phối hợp và tác động từ nhiều phía, từ nhiều cơ quan chức năng, để có thể từ từ thay đổi cách nhìn nhận và định kiến của xã hội về quyền được kết hôn của người đồng tính. Thông qua bài viết, nhóm tác giả mong muốn mang đến một lối tiếp cận so sánh, giúp các nhà vận động cũng như các nhà lập pháp có những định hướng xây dựng hành lang pháp lý cho hôn nhân đồng tính tại Việt Nam trong tương lai, xác định đây là con đường lâu dài với nhiều giai đoạn và nhiệm vụ riêng tương ứng với từng thời kỳ cụ thể. Chỉ có như vậy mới có thể từng bước đưa quyền được kết hôn của người đồng tính trở thành hiện thực, được xã hội và pháp luật công nhận.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nguyễn Thị Minh Tâm (2013), *Quyền của người đồng tính: lý luận và thực tiễn*, Luận văn thạc sĩ Luật học, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội.
2. Bành Quốc Tuấn (2014), *Điều kiện kết hôn theo Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000*, Trường Đại học Kinh tế Luật, Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh.
3. Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748 (Đạo luật về thực thi Diễn giải số 748 của Tư pháp Viện Đài Loan), <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=B0000008>
4. Constitution of the Republic of China (Hiến pháp Trung Hoa Dân quốc - Đài Loan), <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000001>
5. J. Y. Interpretation No 748 (Diễn giải số 748 của Tư pháp Viện Đài Loan), <https://cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03/show?expno=748>
6. Civil Code of the Republic of China (Bộ luật Dân sự Đài Loan) <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=B0000001>

**THỰC TRẠNG VÀ MỘT SỐ GIẢI PHÁP NÂNG CAO
HIỆU QUẢ PHỔ BIẾN GIÁO DỤC PHÁP LUẬT
CHO NGƯ DÂN BIỂN Ở VIỆT NAM**

LÝ NAM HẢI*

Ngày nhận bài: 05/11/2020

Ngày phản biện: 17/11/2020

Ngày đăng bài: 31/12/2020

Tóm tắt:

Ngư dân biển là lực lượng có vai trò quan trọng trong việc bảo vệ chủ quyền biển đảo, góp phần bảo vệ chủ quyền và an ninh quốc gia, xây dựng kinh tế biển bền vững. Để giúp cho ngư dân biển có thể đảm nhiệm ngày càng tốt hơn vai trò và trách nhiệm đối với đất nước thì phổ biến, giáo dục pháp luật cho họ là một trong những hoạt động có ý nghĩa thiết thực. Bài viết này sẽ đề cập đến thực trạng và đưa ra một số giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển ở Việt Nam hiện nay.

Từ khóa:

Phổ biến, giáo dục, pháp luật, ngư dân biển, thực trạng, giải pháp.

Abstract:

Marine fishermen are a force that plays an important role in protecting sovereignty over the islands, contributing to protecting national sovereignty and security, building a sustainable marine economy. In order to help marine fishermen to better assume their roles and responsibilities to the country, it is common practice to educate them on the law as one of the activities of practical significance. This article will refer to the current situation and offer some solutions to improve the efficiency of law dissemination and education for marine fishermen in Vietnam today.

Keywords:

Dissemination, education, law, fishermen, current situation, solutions.

Đặt vấn đề

Thực hiện “Chiến lược biển Việt Nam đến năm 2020”, trong đó xác định ngư dân biển là lực lượng lao động vừa sản xuất kinh tế, vừa bảo vệ chủ quyền biển đảo quốc gia. Trong những năm qua, Đảng và Nhà nước ta đã có nhiều chủ trương, chính sách hỗ trợ ngư dân khai thác hải sản trên biển. Đến nay, số lượng, chất lượng tàu cá đã phát triển mạnh mẽ. Tuy nhiên, cùng với sự phát triển này, trong thời gian qua đã xuất hiện tình trạng ngư dân biển Việt Nam khai thác trái phép tại vùng biển nước ngoài, đặc biệt là khoảng thời gian từ đầu năm 2017

* ThS., GV Khoa Luật Hành chính, Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: hailn@hul.edu.vn

đến cuối năm 2019 nhất là ở các vùng biên giáp ranh với các nước Campuchia, Indonesia, Malaysia và Thái Lan, điều này tác động xấu đến việc xuất khẩu thủy hải sản của Việt Nam trên thị trường quốc tế. Thực trạng trên xuất phát từ nhiều nguyên nhân, trong đó có nguyên nhân xuất phát từ công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển vẫn chưa được triển khai một cách có hiệu quả, còn có nhiều hạn chế về chủ thể, nội dung, phương thức và điều kiện cơ sở vật chất phục vụ cho công tác này. Việc nghiên cứu thực trạng, phân tích các hạn chế, bất cập qua đó đưa ra một số giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả công tác phổ biến giáo dục pháp luật cho ngư dân biển ở Việt Nam mang ý nghĩa thiết thực về mặt lý luận và thời sự.

1. Một số kết quả đạt được trong hoạt động phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển ở Việt Nam trong thời gian qua

Nhận thức được tầm quan trọng của ngư dân biển đối với hoạt động sản xuất và bảo vệ an ninh quốc gia. Trong thời gian gần đây, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã ban hành và tổ chức thực hiện nhiều chương trình, đề án nhằm thúc đẩy và nâng cao hiệu quả phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển như Đề án “Tăng cường phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân vùng biên giới, hải đảo giai đoạn 2013 - 2016”, Đề án “Tăng cường phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân vùng biên giới, hải đảo giai đoạn 2017 - 2021”... Các chương trình, kế hoạch này đã mang lại nhiều kết quả tích cực và được thể hiện ở những khía cạnh sau:

Thứ nhất, chủ thể phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển khá phong phú và đa dạng, có khá nhiều chủ thể cùng tham gia vào hoạt động phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển như Bộ Tư pháp, Bộ Quốc phòng, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn... Ủy ban nhân dân các cấp, Bộ đội Biên phòng, Cảnh sát biển, Hải quân, Kiểm ngư... Các chủ thể này tham gia dưới hình thức tổ chức hoặc thực hiện các khâu đoạn của công tác phổ biến, giáo dục pháp luật. Dưới sự chỉ đạo của Bộ Quốc phòng và Ủy ban nhân dân các tỉnh theo đề án, các chủ thể này đã thành lập Hội đồng phổ biến giáo dục pháp luật, trực tiếp lên kế hoạch và tổ chức các chương trình phổ biến giáo dục pháp luật cho ngư dân biển và bước đầu đạt được những kết quả như: Bộ Quốc phòng đã xây dựng 198 phóng sự, tin ngắn và bài viết về công tác tuyên truyền, phổ biến giáo dục pháp luật cho nhân dân vùng biên giới, hải đảo. Báo Biên phòng và truyền hình Biên phòng đã đăng 3.254 tin bài, phóng sự phản ánh các hoạt động tuyên truyền, phổ biến giáo dục pháp luật của các đơn vị trong lực lượng. Ngoài chủ thể tổ chức thì còn có các chủ thể thực hiện, được Hội đồng phổ biến giáo dục pháp luật thành lập ở các cấp cơ sở nhằm trực tiếp thực hiện các chương trình phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân, trong năm 2019 đã có hơn 500 tổ tuyên truyền văn hóa của các đơn vị Quân đội, Công an và 1.109 tổ tuyên truyền pháp luật của các xã, phường, thị trấn biên giới được thành lập và duy trì hiệu quả tốt¹. Đội ngũ báo cáo viên, tuyên truyền viên pháp luật trực tiếp tham gia

¹ Bộ Quốc phòng (2019), *Báo cáo kết quả thực hiện Đề án “Tăng cường phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân vùng biên giới, hải đảo giai đoạn 2017 - 2021”*, Hà Nội.

phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển ngày càng được kiện toàn, bổ sung cả về chất lượng và số lượng. Công tác tập huấn, bồi dưỡng nghiệp vụ chuyên môn cũng như bồi dưỡng các kỹ năng sư phạm, kỹ năng mềm cho đội ngũ này đã được thực hiện thường xuyên hơn. Đặc biệt, mỗi khi có các văn bản quy phạm pháp luật mới được ban hành, báo cáo viên, tuyên truyền viên pháp luật đều được tập huấn kiến thức nhất định phục vụ tốt hơn cho công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân. Đội ngũ báo cáo viên, tuyên truyền viên pháp luật ngày càng được trẻ hóa, các tài liệu tập huấn, thông tin, tài liệu phổ biến, giáo dục pháp luật đều được cấp phát đầy đủ và miễn phí cho đội ngũ này.

Tính đến tháng 11/2019, số lượng báo cáo viên pháp luật của Bộ Tư lệnh Hải quân là 160 người (trong đó báo cáo viên pháp luật cấp trung ương là 07 người, cấp Bộ Quốc phòng là 03 người, cấp quân chủng là 59 người; cấp vùng, trung đoàn, lữ đoàn và tương đương là 91 người). Đáng chú ý trong số 160 báo cáo viên pháp luật có 19 người có trình độ chuyên môn luật. Về tuyên truyền viên pháp luật, Bộ Tư lệnh Hải quân có 472 tuyên truyền viên (trong đó 55 tuyên truyền viên cấp vùng và tương đương; 417 tuyên truyền viên cấp trung đoàn, lữ đoàn và tương đương²).

Ở các địa phương, việc xây dựng đội ngũ cán bộ làm công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cũng được quan tâm, các Sở Tư pháp đều đã thành lập Phòng phổ biến, giáo dục pháp luật. Các huyện ven biển đều đã thành lập Phòng Tư pháp, trong đó có bố trí cán bộ chuyên trách về công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho nhân dân nói chung và ngư dân biển nói riêng. Đối với cấp xã, đội ngũ cán bộ tư pháp, hộ tịch thường xuyên được củng cố và giữ vai trò là lực lượng nòng cốt trong công tác phổ biến, giáo dục pháp luật ở cơ sở. Lực lượng báo cáo viên pháp luật, tuyên truyền viên pháp luật từng bước được rà soát, củng cố, kiện toàn và nâng cao chất lượng hoạt động. Đội ngũ tình nguyện viên phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển như Đoàn Thanh niên, Hội Liên hiệp Thanh niên, sinh viên các trường Cao đẳng, Đại học... là những chủ thể hỗ trợ rất đắc lực cho công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển. Hàng năm, các trường luật, khoa luật đều cử sinh viên tình nguyện phối hợp với chính quyền địa phương để thực hiện công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển. Tham gia vào đội ngũ này còn có các giáo viên, trường thôn và những người có uy tín trên địa bàn.

Như vậy, có thể nói rằng, các chủ thể phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển trong thời gian qua đã tăng nhanh về số lượng và nâng cao về chất lượng, được xây dựng và triển khai đồng bộ ở các cấp, các ngành, đây là cơ sở và là hạt nhân trong việc nâng cao hiệu quả phổ biến giáo dục pháp luật cho ngư dân biển trong thời gian tới.

Thứ hai, phương thức tuyên truyền và phổ biến pháp luật cho ngư dân biển trong thời gian qua được thực hiện khá hiệu quả, điều này được thể hiện thông qua việc các chủ thể đã kết hợp nhiều phương thức phổ biến phù hợp với đối tượng đặc thù là ngư dân biển, các hình

² Bộ Tư lệnh Hải quân (2019), *Báo cáo công tác Phổ biến giáo dục pháp luật năm 2019 và phương hướng nhiệm vụ trọng tâm năm 2020*, Hà Nội.

thức phổ biến, giáo dục pháp luật tại chỗ đã được kết hợp với tư vấn pháp luật lưu động. Ngoài ra, các chủ thể còn áp dụng các hình thức phổ biến lồng ghép trong các hội nghị, tọa đàm, cuộc thi tìm hiểu pháp luật, các chương trình văn hóa văn nghệ của địa phương, cấp phát tờ rơi, tài liệu tại các thôn, đưa tin qua radio, máy thu sóng, đài FM của các chủ tàu, trả lời những thắc mắc của ngư dân qua hộp thư, Facebook, Zalo... Trong năm 2019, đội tuyên truyền văn hóa Bộ đội Biên phòng đã tổ chức trên 3.000 các buổi hội nghị, biểu diễn văn hóa văn nghệ, chiếu phim phục vụ ngư dân³.

Ngoài các hình thức tuyên truyền, phổ biến khá phong phú và đa dạng, việc áp dụng các phương pháp tuyên truyền phù hợp với ngư dân biển cũng mang nhiều hiệu quả nhất định. Ngoài các phương pháp truyền thống như thuyết giảng, nghe nhìn, đọc chép thì các chủ thể phổ biến giáo dục pháp luật đã biết kết hợp nhiều phương pháp học tập chủ động như phương pháp đóng vai thông qua sân khấu hóa nội dung phổ biến, giáo dục pháp luật, phương pháp chơi trò chơi, nêu gương thông qua hoạt động hái hoa dân chủ, chiếu phim tài liệu người tốt việc tốt. Lực lượng Cảnh sát biển, Hải quân, Kiểm ngư trong năm 2019, đã tổ chức được 3.867 buổi tuyên truyền và 400.000 lượt nghe có lồng ghép các phương pháp trên⁴.

Thứ ba, việc xây dựng mạng lưới tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển trong thời gian qua được thiết lập nhằm thực hiện hai nhiệm vụ. Một là, nhằm tổng kết, đánh giá công tác phổ biến giáo dục pháp luật cho ngư dân biển hàng năm theo đề án của Bộ Quốc Phòng. Hai là, nhằm trao đổi kinh nghiệm, tập huấn kỹ năng cho các chủ thể phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển. Trong thời gian qua, việc tổ chức khảo sát, đánh giá công tác đào tạo, bồi dưỡng chuyên môn nghiệp vụ phổ biến, giáo dục pháp luật, dự báo và đánh giá nhu cầu của nguồn nhân lực phổ biến, giáo dục pháp luật trong việc đào tạo và bồi dưỡng nâng cao trình độ đã được các Bộ, ngành quan tâm. Bộ Tư pháp hàng năm tổ chức khoảng ba hội nghị tập huấn tại ba miền nhằm bồi dưỡng kiến thức phổ biến, giáo dục pháp luật cho đội ngũ báo cáo viên cấp tỉnh, huyện (riêng Thành phố Hồ Chí Minh tổ chức tập huấn định kỳ hàng tháng). Một số đơn vị còn phối hợp mở các lớp đào tạo cử nhân luật cho đội ngũ báo cáo viên pháp luật để từng bước chuẩn hóa về đội ngũ⁵.

Thứ tư, nội dung phổ biến giáo dục cho ngư dân biển xác định trên cơ sở mục đích của nó là hình thành ở ngư dân biển một hệ thống tri thức pháp luật, tình cảm pháp luật, thói quen tuân thủ pháp luật. Dựa trên nguyên tắc đó, trong thời gian qua việc lựa chọn nội dung phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển được các chủ thể quan tâm và lựa chọn một cách

³ Bộ Quốc phòng (2019), *Báo cáo kết quả thực hiện Đề án “Tăng cường phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân vùng biên giới, hải đảo giai đoạn 2017 - 2021”*, Hà Nội.

⁴ Bộ Tư lệnh cảnh sát Biển (2019), *Báo cáo công tác Phổ biến giáo dục pháp luật năm 2019 và phương hướng nhiệm vụ trọng tâm năm 2020 của Cục chính trị*, Hà Nội.

⁵ Bộ Tư lệnh Hải Quân (2019), *Báo cáo tổng kết 15 năm thực hiện Chỉ thị số 32-CT/TW của Ban Bí thư về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng trong công tác phổ biến, giáo dục pháp luật, nâng cao ý thức chấp hành pháp luật cho cả bộ nhân dân của hội đồng phối hợp phổ biến, giáo dục pháp luật*, Hà Nội.

khá phù hợp, cụ thể các nội dung được lựa chọn và triển khai phổ biến trong thời gian qua như: *Một là*, quy định của Hiến pháp và văn bản quy phạm pháp luật, trọng tâm là các quy định của pháp luật về dân sự, hình sự, hành chính, hôn nhân và gia đình, bình đẳng giới, đất đai, xây dựng, bảo vệ môi trường, lao động, giáo dục, y tế, quốc phòng, an ninh... Đây là những quy định của pháp luật liên quan trực tiếp đến đời sống của ngư dân biển, đặc biệt là ngư dân đánh bắt hải sản gần bờ. *Hai là*, các điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên, các thỏa thuận quốc tế như Công ước Luật Biển 1982; Hiệp định phân định vịnh Bắc Bộ giữa Việt Nam và Trung Quốc,... và các vấn đề về chủ quyền quốc gia; chủ quyền biển đảo của Việt Nam như các quy định của Luật Biển Việt Nam, Luật Môi trường,... việc phổ biến các quy định này để ngư dân biển không vi phạm vùng biển nước khác khi đánh bắt hải sản, phát hiện và thông báo cho lực lượng Cảnh sát biển và các cơ quan chức năng khi phát hiện tàu nước ngoài vi phạm vùng biển của Tổ quốc để có biện pháp xử lý.

Những nội dung phổ biến pháp luật cơ bản nêu trên sẽ giúp ngư dân biển nhận thức đúng đắn về vai trò, vị trí và nhiệm vụ của mình. Có ý thức tôn trọng pháp luật và Điều ước quốc tế, từ đó hình thành thói quen và ý thức pháp luật.

2. Những hạn chế của hoạt động phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển thời gian qua

Qua nghiên cứu, đánh giá kết quả công tác phổ biến, giáo dục pháp luật đối với ngư dân biển cho thấy, công tác phổ biến, giáo dục pháp luật đã và đang được các cấp, các ngành quan tâm và nghiêm túc thực hiện. Điều đó chứng tỏ công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển có một vị trí, vai trò cực kỳ quan trọng trong sự phát triển hiện nay. Nhận thức được tầm quan trọng này, công tác chỉ đạo, hướng dẫn và tổ chức thực hiện của Đảng, chính quyền đã ngày càng sâu sát, quyết liệt hơn, góp phần nâng cao nhận thức của cán bộ, nhân dân nói chung và ngư dân nói riêng trong việc tuân thủ pháp luật và ngày càng có ý thức chấp hành chủ trương, chính sách pháp luật cao hơn. Tuy nhiên, ngoài các kết quả đạt được nêu trên, công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân cũng còn một số hạn chế nhất định và cần có các biện pháp để nâng cao hiệu quả của công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển hiện nay. Đó là các hạn chế sau:

Thứ nhất, Hội đồng Phối hợp phổ biến, giáo dục pháp luật của một số đơn vị chưa phát huy hết tính năng động sáng tạo nên hoạt động chưa thực sự hiệu quả. Việc phân công, phân cấp các cơ quan chuyên trách làm công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển còn chung chung, chưa xác định rõ ràng dẫn đến hiệu quả phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển còn thấp. Việc phối hợp trong công tác giữa các bộ phận của Hội đồng Phối hợp phổ biến, giáo dục pháp luật Quân chủng với các cơ quan, đơn vị có lúc, có nơi chưa chặt chẽ. Hội đồng Phối hợp phổ biến, giáo dục pháp luật ở một số đơn vị chưa phát huy đầy đủ chức năng làm tham mưu cho cấp uỷ và chỉ huy trong triển khai công tác phổ biến, giáo dục pháp luật ở

đơn vị. Cơ chế phối hợp của các chủ thể trong công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển còn chưa đạt hiệu quả, do có sự tham gia của nhiều chủ thể khác nhau trong công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân. Ví dụ, theo Đề án “Phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân vùng biên giới hải đảo” thì có sự phối hợp tham gia của nhiều chủ thể phổ biến, giáo dục pháp luật, tuy nhiên, nhiều chủ thể chưa tích cực trong công tác phổ biến, giáo dục pháp luật, chưa quan tâm đúng mức, còn có tư duy cho rằng phổ biến, giáo dục pháp luật theo Đề án này là nhiệm vụ riêng của Bộ đội Biên phòng.

Thứ hai, công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển nhiều nơi chưa được thực hiện liên tục, thường xuyên. Nhiều nơi chưa tổ chức theo định kỳ mà thường chỉ tổ chức khi có các văn bản pháp luật mới được ban hành hoặc khi có những diễn biến mới của tình hình kinh tế chính trị trên thế giới và khu vực. Công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển của một số địa phương chưa được coi trọng đúng mức; chưa có những giải pháp kết hợp giữa tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật, nâng cao ý thức công dân với các chế tài xử lý để hạn chế tình trạng ngư dân biển vi phạm vùng biển các nước.

Thứ ba, công tác xây dựng kế hoạch tổ chức thực hiện các nội dung, chương trình phổ biến, giáo dục pháp luật cũng như xây dựng các văn bản thực hiện đề án ở một số đơn vị còn chậm, chưa sát với tình hình thực tiễn của đơn vị, địa bàn. Một số đơn vị chưa xây dựng kế hoạch cụ thể cho từng đợt, từng tuyến để tuyên truyền; hình thức tuyên truyền, phổ biến giáo dục pháp luật chưa phong phú, chưa áp dụng các phương pháp phổ biến, giáo dục pháp luật mang tính chủ động, thu hút được ngư dân biển tham gia; chưa biết lồng ghép với các chương trình khác để thực hiện công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, chiến sĩ trong đơn vị cũng như ngư dân biển.

Thứ tư, chất lượng đội ngũ báo cáo viên, tuyên truyền viên pháp luật chưa đồng đều. Trình độ, năng lực sư phạm và ứng dụng công nghệ thông tin vào tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển còn hạn chế. Công tác tập huấn, bồi dưỡng chưa đi vào thực chất và chưa toàn diện, nặng về kiến thức mà thiếu về kỹ năng. Điều này dẫn đến các báo cáo viên, tuyên truyền viên pháp luật được tập huấn, bồi dưỡng kiến thức pháp luật nhưng lại yếu về kỹ năng truyền tải, kỹ năng sư phạm, do đó khi thực hiện công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển thường nặng về kiến thức dẫn đến người nghe cảm thấy nhàm chán, khó hiểu.

Công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển có nhiều đặc thù nhất định, do thời gian đánh bắt của ngư dân biển thường kéo dài trên biển nên rất khó có thể tập hợp đầy đủ họ vào một thời điểm nhất định để thực hiện nhiệm vụ. Ngoài ra, một số văn bản quy phạm pháp luật cần phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân có tính chất quốc tế, khó hiểu, khó nắm bắt,... điều này đòi hỏi đội ngũ báo cáo viên, tuyên truyền viên pháp luật vừa phải linh hoạt, nắm bắt tập quán, điều kiện sinh kế của ngư dân vừa phải có trình độ chuyên môn, nghiệp vụ tốt, được đào tạo bài bản về pháp luật thì công tác phổ biến, giáo dục pháp luật mới

đạt hiệu quả cao. Tuy nhiên, đội ngũ báo cáo viên, tuyên truyền viên pháp luật còn hạn chế về năng lực chuyên môn, năng lực sư phạm còn yếu, nhiều người chưa được đào tạo về pháp luật. Tính tự giác trong học tập, nghiên cứu nâng cao trình độ chuyên môn và đầu tư cho các chuyên đề phổ biến, giáo dục pháp luật ở một số cán bộ được phân công chưa cao. Công tác kiểm tra, đánh giá kết quả công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật ở nhiều đơn vị thực hiện còn sơ sài, chưa thực chất.

Thứ năm, về kinh phí, cơ sở vật chất phục vụ công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân còn hạn chế. Hiện nay, nguồn kinh phí phục vụ cho công tác phổ biến, giáo dục pháp luật lấy từ nguồn kinh phí từ ngân sách nhà nước là chủ yếu, đối với các đề án phổ biến, giáo dục pháp luật, Nhà nước thường trên cơ sở đề xuất của các chủ thể liên quan mà cấp một nguồn ngân sách nhất định phục vụ cho công tác phổ biến, giáo dục pháp luật. Tuy nhiên, nguồn ngân sách này vẫn chưa đáp ứng, chưa tương xứng với yêu cầu, nhiệm vụ đề ra của công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho cho ngư dân. Công tác xã hội hóa phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân vẫn chưa được các chủ thể vận dụng và áp dụng một cách hiệu quả, chưa huy động hết các nguồn lực và kêu gọi sự ủng hộ của các chủ thể khác trong xã hội.

Thứ sáu, chất lượng hoạt động phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển chưa cao và là nguyên nhân cơ bản dẫn đến tình trạng ngư dân không hiểu biết pháp luật và vi phạm pháp luật, thiếu ý thức trong quá trình tham gia các hoạt động đánh bắt trên biển. Cụ thể, năm 2017, tàu cá ngư dân ta bị nước ngoài kiểm soát, xử lý, bắt giữ là 143 vụ, 236 tàu và 1897 tàu viên. Các nước bắt giữ và xử lý tàu của ngư dân Việt Nam nhiều nhất là Indonexia (53 tàu), Trung Quốc (36 tàu), Campuchia (14 tàu), Thái Lan (11 tàu), Malaysia (10 tàu). Năm 2018, các vụ ngư dân biển của nước ta bị tàu Trung Quốc xua đuổi, đâm va, đập phá, thu giữ tài sản là: 42 vụ/45 tàu/298 tàu viên, so với năm 2017 tăng 06 vụ/01 tàu/70 ngư dân; ngư dân ta bị nước ngoài bắt giữ, xử lý là 117 vụ, 228 tàu, 1.575 tàu viên; các nước bắt giữ các tàu cá của Việt Nam chủ yếu là Thái Lan (26 vụ/39 tàu/250 tàu viên), Campuchia (29 vụ/66 tàu/260 tàu viên), Malaysia (28 vụ/61 tàu/560 tàu viên), Indonesia (28 vụ/53 tàu/421 tàu viên)... So với năm 2017 giảm 26 vụ/08 tàu/309 ngư dân.

Năm 2019, trong 6 tháng đầu năm, có 11 vụ/11 tàu/86 ngư dân ta bị tàu Trung Quốc và Indonesia xua đuổi, đâm va, đập phá, thu giữ tài sản, so với cùng kỳ năm trước giảm 23 vụ/26 tàu/154 ngư dân; có 64 vụ/110 tàu/775 ngư dân ta bị nước ngoài bắt giữ, xử lý, trong đó: Campuchia 13 vụ/24 tàu/92 tàu viên, Thái Lan 11 vụ/16 tàu/110 tàu viên, Indonesia 19 vụ/34 tàu/302 tàu viên, Malaysia 20 vụ/34 tàu/261 tàu viên, Philippines 1 vụ/2 tàu/11 tàu viên). So với cùng kỳ năm trước tăng 15 vụ/19 tàu/87 ngư dân⁶.

⁶ Bộ Tư lệnh Cảnh sát Biển Việt Nam (2019), *Báo cáo công tác phổ biến, giáo dục pháp luật năm 2019 và phương hướng nhiệm vụ trọng tâm 2020 của Hội đồng phối hợp phổ biến, giáo dục pháp luật*, Hà Nội.

Tình hình vi phạm pháp luật của ngư dân trong hoạt động đánh bắt, khai thác hải sản, gây ảnh hưởng tiêu cực đến hình ảnh của Việt Nam đối với quốc tế về chính trị, tác động xấu đến việc xuất khẩu thủy sản của Việt Nam vào thị trường thế giới và đây cũng là một trong những lý do mà Liên minh châu Âu đã rút “thẻ vàng” đối với hoạt động khai thác thủy sản của Việt Nam ngày 23/10/2017.

3. Một số giải pháp nâng cao hiệu quả hoạt động phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển ở nước ta hiện nay

Thực trạng phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển ở nước ta thời gian qua cho thấy, để nâng cao chất lượng hoạt động phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển ở nước ta hiện nay, cần phải thực hiện một số giải pháp cơ bản sau:

Một là, cần xây dựng, hoàn thiện các quy định của pháp luật theo hướng xác định công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân không phải là nhiệm vụ của một vài chủ thể mà là nhiệm vụ của tất cả các cấp, các ngành và của toàn xã hội. Việc nhận thức được tầm quan trọng của công tác này sẽ giúp cho các chủ thể phổ biến, giáo dục pháp luật đưa ra các chương trình, kế hoạch phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân một cách đầy đủ, có hệ thống và phù hợp với đối tượng, đáp ứng được cả nội dung và hình thức. Theo quy định tại Điều 4 Luật phổ biến, giáo dục pháp luật thì Nhà nước khuyến khích và có chính sách hỗ trợ, tạo điều kiện đối với các cơ quan tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân tham gia thực hiện phổ biến giáo dục pháp luật, tuy nhiên “chính sách hỗ trợ”, “tạo điều kiện” như thế nào thì chưa có quy định cụ thể.

Hai là, đổi mới nội dung và hình thức phổ biến giáo dục pháp luật cho ngư dân.

Nội dung phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân không phải chỉ tập trung vào các văn bản quy phạm pháp luật về biển, các điều ước quốc tế mà còn phải chú trọng đến các chính sách, các quy phạm pháp luật liên quan đến đời sống, sinh hoạt hàng ngày của ngư dân như các quy định pháp luật trong các lĩnh vực dân sự, đất đai, hôn nhân và gia đình... Từ đó, sẽ giúp ngư dân nắm được các kiến thức pháp luật cơ bản, cần thiết nhất, có thái độ đúng đắn đối với pháp luật, ủng hộ các hành vi pháp lý hợp pháp, phê phán, lên án các hành vi vi phạm pháp luật, trên cơ sở đó hình thành nhận thức và thói quen xử sự hợp pháp khi tham gia vào các hoạt động khai thác, đánh bắt hải sản trên biển.

Tiếp tục đa dạng hóa các hình thức phổ biến giáo dục pháp luật cho ngư dân, chú trọng công tác tuyên truyền, phổ biến giáo dục pháp luật lưu động trên các tàu đánh bắt xa bờ theo phương pháp “mua dầm thâm lâu” và phân nhóm đối tượng ngư dân theo nhóm đối tượng đánh bắt: ngư dân đánh bắt vùng lộng (gần bờ) và ngư dân đánh bắt vùng khơi (xa bờ) để có các nội dung, hình thức phổ biến, giáo dục pháp luật phù hợp đạt hiệu quả cao.

Ba là, xây dựng đội ngũ báo cáo viên, tuyên truyền viên pháp luật vừa hồng vừa chuyên. Đội ngũ này cần được đào tạo và am hiểu phong tục tập quán, thói quen và sinh kế của ngư dân các vùng miền. Cần có các chương trình, kế hoạch tập huấn thường xuyên cho đội ngũ

làm công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân. Các kế hoạch, chương trình này cần được thực hiện một cách đồng bộ, kết hợp giữa việc tập huấn lý thuyết pháp luật, các nội dung văn bản luật mới với việc tập huấn về kỹ năng, đặc biệt là các kỹ năng sư phạm, nắm bắt tâm lý của ngư dân.

Bốn là, cần khuyến khích và thúc đẩy các thôn, làng ven biển tích cực xây dựng và tổ chức thực hiện nghiêm chỉnh các hương ước mới, trong đó cụ thể hóa để thực hiện các quy định pháp luật liên quan trực tiếp đến đời sống hàng ngày của người dân trong thôn, làng, góp phần nâng cao nhận thức pháp luật của ngư dân biển một cách dễ dàng, nhanh chóng hơn.

Năm là, một trong những nguyên nhân quan trọng góp phần làm cho công tác phổ biến, giáo dục pháp luật chưa đạt hiệu quả cao là do nhận thức và trình độ tiếp nhận các kiến thức pháp lý của đối tượng cần phổ biến, giáo dục pháp luật là ngư dân còn thấp. Do đó, song song với việc tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân, cần có các chương trình phát triển kinh tế vùng biển, tạo sinh kế bền vững cho ngư dân nhưng cũng cần có các hình thức xử lý nghiêm khắc đối với các hành vi vi phạm pháp luật của ngư dân, đặc biệt là trong các hoạt động khai thác đánh bắt của ngư dân trên biển, nhằm hạn chế tình trạng vi phạm pháp luật của ngư dân.

Sáu là, kinh phí phục vụ cho công tác phổ biến giáo dục pháp luật cho ngư dân chủ yếu vẫn từ nguồn ngân sách nhà nước, việc xã hội hóa công tác phổ biến giáo dục pháp luật cho ngư dân cần được các chủ thể đầu tư và quan tâm hơn nữa, huy động được các tổ chức từ thiện, các doanh nghiệp và toàn thể xã hội tham gia vào công tác phổ biến, giáo dục pháp luật, việc xây dựng kinh phí phải mang tính chất dài hơi, liên tục, đáp ứng được các chương trình, kế hoạch đề ra.

4. Kết luận

Hoạt động phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển ở nước ta thời gian qua đã đạt được một số thành tựu đáng ghi nhận, song cũng không tránh khỏi những hạn chế nhất định. Do vậy, trong thời gian tới, việc nâng cao hiệu quả của hoạt động này là nhu cầu tất yếu, bởi vì, hiệu quả phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân không chỉ góp phần nâng cao ý thức pháp luật cho ngư dân, giúp họ cải thiện được đời sống vật chất, tinh thần của mình, thụ hưởng được các quyền con người, quyền công dân của họ, thụ hưởng được những giá trị do sự phát triển kinh tế xã hội của đất nước mang lại, mà còn góp phần nhanh chóng tháo gỡ “thẻ vàng” của EU, bảo vệ vững chắc chủ quyền biển đảo, chủ quyền an ninh quốc gia. Hy vọng, các giải pháp vừa được đề xuất có thể đóng góp được phần nào đó vào việc nâng cao hiệu quả của hoạt động phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển ở nước ta trong thời gian tới.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Ban Bí thư Trung ương Đảng (khóa IX) (2003), *Chỉ thị số 32/CT/TW ngày 09/12/2003 về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng trong công tác phổ biến, giáo dục pháp luật, nâng cao ý thức chấp hành pháp luật của cán bộ, nhân dân*, Hà Nội.
2. Ban Chấp hành Trung ương (2020), Báo cáo “*Tổng kết 15 năm thực hiện Chỉ thị số 32-CT/TW của Ban Bí thư về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng trong công tác phổ biến, giáo dục pháp luật, nâng cao ý thức chấp hành pháp luật cho cán bộ nhân dân của Hội đồng Phối hợp phổ biến, giáo dục pháp luật*”, Hà Nội.
3. Bộ Quốc phòng (2018), Báo cáo kết quả thực hiện Đề án “*Tăng cường phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân vùng biên giới, hải đảo giai đoạn 2017 - 2021*”, Hà Nội.
4. Bộ Quốc phòng (2019), Báo cáo kết quả thực hiện Đề án “*Tăng cường phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân vùng biên giới, hải đảo giai đoạn 2017 - 2021*”, Hà Nội.
5. Bộ Tư lệnh Cảnh sát Biển (2019), Báo cáo “*Tổng kết 15 năm thực hiện Chỉ thị số 32-CT/TW của Ban Bí thư về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng trong công tác phổ biến, giáo dục pháp luật, nâng cao ý thức chấp hành pháp luật cho cán bộ nhân dân của Hội đồng Phối hợp phổ biến, giáo dục pháp luật*”, Hà Nội.
6. Bộ Tư lệnh Cảnh sát Biển (2019), Báo cáo “*Công tác Phổ biến giáo dục pháp luật năm 2019 và phương hướng nhiệm vụ trọng tâm năm 2020 của Cục chính trị*”, Hà Nội.
7. Bộ Tư lệnh Cảnh sát Biển (2019), Báo cáo cảnh sát biển vùng 1 “*Kết quả công tác tuyên truyền pháp luật từ năm 2017 đến năm 2019*”.
8. Bộ Tư lệnh Hải Quân (2019), “*Báo cáo công tác Phổ biến giáo dục pháp luật năm 2019 và phương hướng nhiệm vụ trọng tâm năm 2020*”, Hà Nội.
9. Chính phủ (2013), *Quyết định số 1133/2013/QĐ-TTg ngày 15/7/2013 của Thủ tướng Chính phủ về phê duyệt và tổ chức thực hiện các Đề án tại Quyết định số 409/QĐ-TTg ngày 09/4/2012*, Hà Nội.
10. Lê Khắc Đại (2019), *Công ước về hoạt động đánh bắt cá bất hợp pháp, không có khai báo và không có quản lý (IUU) của Liên minh châu Âu và những tác động tới Việt Nam*, Tạp chí Công Thương, số 6, tháng 4/2019.

QUYỀN TÁC GIẢ ĐỐI VỚI TÁC PHẨM DỊCH TRONG PHÁP LUẬT HOA KỲ VÀ VIỆT NAM

TÀO THỊ HUỆ*

Ngày nhận bài: 25/08/2020

Ngày phản biện: 10/09/2020

Ngày đăng bài: 31/12/2020

Tóm tắt:

Dịch thuật sẽ giúp công dân nước này muốn được tiếp cận các tác phẩm văn học và nghệ thuật của tác giả quốc gia khác trở nên dễ dàng. Dưới góc độ pháp lý, tác phẩm dịch là một tác phẩm phái sinh, liên quan tới bảo hộ quyền tác giả đối với cả tác phẩm gốc và tác phẩm dịch. Trong bài viết này, tác giả phân tích tiêu chuẩn quốc tế về bảo hộ tác phẩm dịch, pháp luật Hoa Kỳ, pháp luật Việt Nam. Trên cơ sở đó, đưa ra khuyến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam về bảo hộ tác phẩm dịch.

Từ khóa:

Pháp luật Hoa Kỳ, pháp luật Việt Nam, quyền tác giả, tác phẩm dịch.

Abstract:

Translation will make it easier for citizens of this country to have access to literary and artistic works of other national. From a legal perspective, the translation is a derivative work, related to the author's right protection of both the original and the translation. In this article, the author analyzes the international standards for the protection of translation, the regulations of the United States and Vietnam. On that basis, it is recommended to improve Vietnamese law on the protection of translation.

Keywords:

U.S law, Vietnamese law, copyright, translations.

Trên thế giới có rất nhiều loại ngôn ngữ và không ai có thể biết, cũng như sử dụng được tất cả các ngôn ngữ. Chính sự khác biệt về ngôn ngữ tạo ra rào cản, khiến cho việc công dân nước này muốn được tiếp cận các tác phẩm văn học và nghệ thuật của tác giả quốc gia khác trở nên khó khăn. Nhưng rào cản này có thể được loại trừ thông qua hoạt động dịch thuật. Người dịch sẽ chuyển tải trung thực nội dung của một tác phẩm gốc từ ngôn ngữ này sang ngôn ngữ khác trong tác phẩm dịch. Tuy nhiên, khi một người dịch tác phẩm của tác giả khác, sẽ đặt ra vấn đề pháp lý liên quan đến bảo hộ quyền tác giả với tác phẩm dịch và mối liên hệ với quyền tác giả của tác phẩm gốc.

* ThS., GV Khoa Pháp luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội. Email: hueqt31a@gmail.com

1. Tiêu chuẩn quốc tế về bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm dịch

Công ước Berne về bảo hộ các tác phẩm văn học và nghệ thuật năm 1886 (sau đây viết tắt là Công ước Berne) là điều ước quốc tế đa phương đầu tiên trong lĩnh vực quyền tác giả, được ký ngày 09/9/1886. Công ước đã được sửa đổi nhiều lần, lần sửa đổi mới nhất là ngày 24/7/1971 và lần bổ sung mới nhất là ngày 28/9/1979¹. Công ước là cơ sở pháp lý cho việc bảo hộ quyền tác giả (copyright) ở nhiều quốc gia khác nhau, bao gồm Hoa Kỳ (là thành viên Công ước Berne từ ngày 01/3/1989) và Việt Nam (là thành viên Công ước này từ ngày 26/10/2004)². Theo Công ước Berne, tác phẩm dịch là một loại “tác phẩm phái sinh” (derivative work), và quyền làm tác phẩm dịch chỉ thuộc về tác giả của tác phẩm gốc. Cụ thể, Điều 8 Công ước Berne quy định: “*tác giả của các tác phẩm văn học nghệ thuật được Công ước này bảo hộ được toàn quyền dịch hay cho phép dịch tác phẩm của mình trong suốt thời hạn hưởng quyền bảo hộ đối với các tác phẩm gốc của mình*”. Theo đó, tác giả có quyền dịch tác phẩm hoặc cho phép người khác dịch tác phẩm của mình. Nhưng, sau khi tác phẩm dịch được thể hiện dưới một hình thức vật chất nhất định, thì tác phẩm dịch được bảo hộ *như các tác phẩm gốc* (as original works), mà không làm phương hại đến quyền tác giả của tác phẩm gốc (khoản 3 Điều 2 Công ước Berne). Như vậy, tác phẩm dịch là đối tượng được bảo hộ quyền tác giả³.

Tác phẩm dịch được bảo hộ quyền tác giả như tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu mà các thành viên Công ước Berne phải thực hiện đối với các tác phẩm gốc, gồm có⁴:

- Quyền nhân thân: Quyền đứng tên tác giả của tác phẩm, quyền phản đối bất kỳ sự cắt xén, bóp méo hoặc sửa đổi tác phẩm hoặc các hành vi xâm phạm khác liên quan đến tác phẩm mà có thể làm phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả.

- Quyền tài sản: Quyền sao chép, quyền phóng tác, cải biên, chuyển thể, quyền truyền đạt tới công chúng, quyền làm bản sao...

Quyền tác giả của tác phẩm dịch sẽ được bảo hộ suốt cuộc đời tác giả của tác phẩm dịch và 50 năm sau khi tác giả chết.

¹ WIPO, *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, website: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>, đường link: <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>. Truy cập ngày 10/11/2020.

² Tính đến tháng 10/2020, Công ước Bern đã có 179 thành viên. Xem: WIPO, *WIPO-Administered Treaties, Contracting Parties > Berne Convention*, website: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>, đường link: https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15. Truy cập ngày 10/11/2020.

³ WIPO (2016), *Understanding Copyright and Related Rights*, p. 13, website: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>, đường link: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf. Truy cập ngày 10/11/2020.

⁴ WIPO, *Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886)*, website: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>, đường link: https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html. Truy cập ngày 10/11/2020.

Trong khuôn khổ WTO, Điều 9 Hiệp định về các khía cạnh thương mại liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ (Hiệp định TRIPS) quy định các nước thành viên phải tuân thủ theo quy định từ Điều 1 đến Điều 21 Công ước Berne (được sửa đổi tại Paris năm 1971), trừ Điều 6^{bis} của Công ước này. Theo đó, Hiệp định TRIPS cũng quy định thành viên phải bảo hộ quyền tác giả với tác phẩm dịch như tác phẩm gốc, với điều kiện không làm phương hại đến quyền tác giả của tác phẩm gốc.

Trong Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (sau đây viết tắt là Hiệp định CPTPP) và Hiệp định thương mại tự do EU - Việt Nam (sau đây viết tắt là EVFTA), bảo hộ quyền tác giả là nghĩa vụ của thành viên các hiệp định này. Cả hai hiệp định đều không đưa ra những tiêu chuẩn bảo hộ quyền tác giả mới, mà quy định thành viên phải tuân thủ các quyền và nghĩa vụ quy định của Công ước Berne về bảo hộ các tác phẩm văn học và nghệ thuật, được sửa đổi tại Paris ngày 24/7/1971 (Điều 18.7 Hiệp định CPTPP và Điều 12.5 EVFTA). Như vậy, theo Hiệp định CPTPP và EVFTA tác phẩm dịch sẽ bảo hộ quyền tác giả như quy định của Công ước Berne.

Quy định của các điều ước quốc tế nêu trên đảm bảo cho tác phẩm dịch được bảo hộ quyền tác giả trên phạm vi quốc tế, và đây là các tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu mà các thành viên điều ước quốc tế phải tuân thủ.

2. Quy định về quyền tác giả đối với tác phẩm dịch tại Hoa Kỳ

Tại Hoa Kỳ, quyền tác giả (copyright) nhằm cung cấp cho các tác giả sự bảo hộ đầy đủ, để họ có thể gặt hái những lợi ích kinh tế từ sức lao động và sự sáng tạo của họ. Bên cạnh đó, bảo hộ quyền tác giả còn mang đến cho các tác giả động lực để sáng tạo thêm ra các tác phẩm, làm phong phú thêm sự hiểu biết và phúc lợi của công chúng⁵.

Lĩnh vực quyền tác giả tại Hoa Kỳ được điều chỉnh bởi Luật Quyền tác giả năm 1976 (Copyright Act 1976) với các sửa đổi, bổ sung được tập hợp trong Phần 17 Bộ luật Hoa Kỳ (Title 17 United States Code)⁶. Nội dung của Luật Quyền tác giả được ghi nhận tại các chương từ 1 đến 8 và 10 đến 12 của Phần 17 Bộ luật Hoa Kỳ⁷. Riêng quyền tác giả đối với chip bán dẫn, thiết kế tàu thuyền sẽ được bảo hộ theo quy định tại Chương 9 và chương 13 Phần 17 Bộ luật Hoa Kỳ⁸.

⁵ Amy B. Cohen (1999), *When Does a Work Infringe the Derivative Works Right of a Copyright Owner?* Cardozo Arts & Entertainment [Vol. 17:623 1999], p.623-658, website: <https://digitalcommons.law.wne.edu>, đường link: <https://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=facschol>. Truy cập ngày 10/11/2020.

⁶ U.S. Copyright Office, *Copyright Law of the United States*, website: <https://www.copyright.gov>, đường link: <https://www.copyright.gov/title17/>. Truy cập ngày 10/11/2020.

⁷ U.S. Copyright Office, *Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code*, June 2020, website: <https://www.copyright.gov>, đường link: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>. Truy cập ngày 10/11/2020.

⁸ U.S. Copyright Office, TLDD 8.

Theo Mục 101 Phần 17 Bộ luật Hoa Kỳ, “tác phẩm dịch” là một loại “tác phẩm phái sinh” (derivative work), bởi tác phẩm này được làm dựa trên một hoặc nhiều tác phẩm đã có từ trước. Tuy nhiên, trong Phần 17 Bộ luật Hoa Kỳ không có định nghĩa “tác phẩm dịch” (translation), nhưng trong án lệ *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.; Apple Computer, Inc. v. 115778 Canada Inc*, Tòa án phúc thẩm liên bang (Federal Court of Appeal) đã xác định bản dịch, trong bối cảnh quyền tác giả, là việc chuyển một thứ gì đó từ ngôn ngữ này (của con người) sang ngôn ngữ khác⁹.

Theo Mục 103(1) Phần 17 Bộ luật Hoa Kỳ, tác phẩm dịch là đối tượng được bảo hộ quyền tác giả, với điều kiện không làm phương hại đến việc bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm gốc được dùng để tạo ra tác phẩm dịch. Về nguyên tắc, quyền tác giả của tác phẩm dịch là độc lập và không ảnh hưởng hoặc mở rộng phạm vi, thời hạn, quyền sở hữu hoặc sự tồn tại của quyền tác giả đối với tác phẩm gốc (Mục 103(2) Phần 17 Bộ luật Hoa Kỳ).

Nhưng không phải cá nhân, tổ chức nào cũng được phép làm tác phẩm dịch. Mục 106(2) Phần 17 Bộ luật Hoa Kỳ quy định, chủ sở hữu quyền tác giả được độc quyền (exclusive rights) làm và cho phép (authorize) cho người khác làm ra tác phẩm dịch (tác phẩm phái sinh) dựa trên tác phẩm gốc. Và đương nhiên, quyền tác giả của tác phẩm dịch sẽ chỉ phát sinh khi tác phẩm này được tạo ra và lưu trữ dưới một hình thức vật chất nhất định.

Những quy định trên cho thấy, pháp luật về quyền tác giả của Hoa Kỳ quy định về bảo hộ quyền tác giả với tác phẩm dịch phù hợp với quy định của Công ước Berne.

Ngoài những nội dung đã nêu, pháp luật về quyền tác giả của Hoa Kỳ còn quy định về tác phẩm dịch là “*tác phẩm được thuê làm*” (Work made for hire), đây là vấn đề chưa được quy định trong Công ước Berne và là ngoại lệ đối với các nguyên tắc bảo hộ quyền tác giả.¹⁰ Theo Mục 101 Phần 17 Bộ luật Hoa Kỳ, tác phẩm dịch là “tác phẩm được thuê làm” trong hai trường hợp:

(i) Tác phẩm dịch được người lao động làm ra trong phạm vi công việc của họ;

(ii) Tác phẩm được dịch theo hợp đồng thuê dịch, mà trong hợp đồng đã thỏa thuận rõ tác phẩm dịch sẽ là một “tác phẩm được thuê làm”. Hợp đồng thuê dịch này phải bằng văn bản, có chữ ký của các bên.

⁹ Nguyên gốc tiếng Anh: “The appellants’ appeal to the Federal Court of Appeal was unanimously dismissed in three concurring judgments: [1988] 1 F.C. 673. Mahoney J. held that the programs embodied in the silicon chips were reproductions rather than translations. Hugessen J. agreed that the silicon chips could not be translations, which he defined in the traditional sense as “the turning of something from one human language into another”. Xem: Supreme Court of Canada, *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.; Apple Computer, Inc. v. 115778 Canada Inc.*, website: <https://scc-csc.lexum.com>, đường link: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/626/index.do>. Truy cập ngày 10/11/2020.

¹⁰ U.S. Copyright Office, *Works Made for Hire*, website: <https://www.copyright.gov>, đường link: <https://www.copyright.gov/circs/circ09.pdf>. Truy cập ngày 10/11/2020.

Khi một tác phẩm dịch được xác định là “tác phẩm được thuê làm”¹¹, tác giả của tác phẩm dịch sẽ là người sử dụng lao động/người thuê làm tác phẩm dịch, chứ không phải người lao động/người được thuê làm ra tác phẩm dịch. Trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác bằng văn bản, tất cả các quyền, bao gồm cả quyền tác giả sẽ thuộc về tác giả của tác phẩm dịch (Mục 201(b) Phần 17 Bộ luật Hoa Kỳ).

Như vậy, người dịch sẽ là tác giả của tác phẩm dịch, và được bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm dịch, trừ trường hợp tác phẩm dịch là “tác phẩm được thuê làm”.

Với các tác phẩm dịch được làm từ 01/1/1978 trở đi, thời hạn bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm dịch là cả cuộc đời tác giả và 70 năm sau khi tác giả chết. Với tác phẩm dịch có đồng tác giả, thời hạn bảo hộ là cả cuộc đời tác giả chết sau cùng và 70 năm sau khi tác giả này chết. Riêng “tác phẩm được thuê làm”, quyền tác giả được bảo hộ trong thời hạn 95 năm, kể từ năm xuất bản đầu tiên hoặc thời hạn 120 năm, kể từ năm tác phẩm được sáng tạo, tùy thời hạn nào nào chấm dứt trước (Mục 302(a), (b), (c) Phần 17 Bộ luật Hoa Kỳ).

3. Quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về quyền tác giả đối với tác phẩm dịch

Tại Việt Nam, nguồn luật chủ yếu điều chỉnh quyền tác giả đối với tác phẩm dịch là Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi năm 2009¹² và 2019¹³ (sau đây viết tắt là Luật Sở hữu trí tuệ) và Nghị định số 22/2018/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 23/02/2018 quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ năm 2009 về quyền tác giả và quyền liên quan (sau đây viết tắt là Nghị định số 22/2018/NĐ-CP). Tuy nhiên, số lượng quy định đối với tác phẩm dịch rất hạn chế.

¹¹ Cách thức xác định “tác phẩm được thuê làm” theo Mục 101 Phần 17 Bộ luật Hoa Kỳ được làm rõ trong án lệ *Community for Creative Non-Violence v. Reed* của Tòa án tối cao (Supreme Court): *trước hết*, tòa án xác định chủ thể, người làm ra tác phẩm phải là người lao động (employee) hoặc bởi một bên độc lập (independent contractor) trong hợp đồng thuê làm tác phẩm; *thứ hai*, loại tác phẩm đang xem xét phải thuộc một trong chín loại tác phẩm được liệt kê ở Mục 101, như tác phẩm dịch (a translation), tác phẩm sưu tầm (a compilation), tác phẩm hướng dẫn (an instructional text)...; *thứ ba*, nếu tác phẩm làm theo hợp đồng thuê thì hợp đồng phải được lập thành văn bản, trong đó nêu rõ tác phẩm hình thành từ hợp đồng là “tác phẩm được thuê làm”.

Xem tại Casetext, Inc., *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, website: <https://casetext.com>, đường link: <https://casetext.com/case/community-for-creative-v-reid>. Truy cập ngày 10/11/2020; và U.S. Copyright Office, *Works Made for Hire*, website: <https://www.copyright.gov>, đường link: <https://www.copyright.gov/circs/circ09.pdf>. Truy cập ngày 10/11/2020.

¹² Theo Luật số 36/2009/QH12 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam khóa XII, kỳ họp thứ 5 thông qua ngày 19/6/2009, có hiệu lực từ ngày 01/01/2010.

¹³ Theo Luật số 42/2019/QH14 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam khóa XIV, kỳ họp thứ 7 thông qua ngày 14/6/2019, có hiệu lực từ ngày 01/11/2019.

Trước hết, theo khoản 8 Điều 4 Luật Sở hữu trí tuệ: “*Tác phẩm phái sinh là tác phẩm dịch từ ngôn ngữ này sang ngôn ngữ khác, tác phẩm phóng tác, cải biên, chuyển thể, biên soạn, chú giải, tuyển chọn*”. Vậy, tác phẩm dịch là một loại “*tác phẩm phái sinh*”, một tác phẩm được tạo ra do dịch một tác phẩm có sẵn sang ngôn ngữ khác.

Pháp Luật Sở hữu trí tuệ Việt Nam quy định trực tiếp bốn vấn đề liên quan đến tác phẩm dịch như sau:

Thứ nhất, chỉ chủ sở hữu quyền tác giả mới có quyền làm tác phẩm phái sinh, trong đó bao gồm tác phẩm dịch (từ Điều 36 đến 41 Luật Sở hữu trí tuệ¹⁴).

Thứ hai, tác phẩm dịch là đối tượng được bảo hộ quyền tác giả, nếu không gây phương hại đến quyền tác giả đối với tác phẩm được dùng để làm tác phẩm dịch và phải do tác giả trực tiếp sáng tạo bằng lao động trí tuệ của mình mà không sao chép từ tác phẩm của người khác (khoản 2, 3 Điều 14 Luật Sở hữu trí tuệ).

Quyền đặt tên cho tác phẩm không áp dụng đối với tác phẩm dịch từ ngôn ngữ này sang ngôn ngữ khác (khoản 1 Điều 20 Nghị định số 22/2018/NĐ-CP).¹⁵ Hay nói cách khác, người dịch không được đặt tên mới cho tác phẩm dịch. Tên của tác phẩm dịch là tên của tác phẩm gốc được dịch sang ngôn ngữ của tác phẩm dịch.

Thứ ba, các tổ chức, cá nhân muốn làm tác phẩm dịch phải xin phép tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả của tác phẩm được dùng để làm tác phẩm phái sinh, nếu không sẽ bị xác định là một hành vi xâm phạm quyền tác giả, trừ các trường hợp sử dụng tác phẩm đã công bố không phải xin phép, không phải trả tiền nhuận bút, thù lao (khoản 7 Điều 28 Luật Sở hữu trí tuệ);

Thứ tư, đăng ký quyền tác giả đối với tác phẩm phái sinh là tác phẩm dịch: tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả có quyền nộp đơn và hồ sơ liên quan yêu cầu cấp Giấy chứng nhận đăng ký quyền tác giả (Điều 49, 50 Luật Sở hữu trí tuệ).

4. Một số khuyến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam về bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm dịch

Những nội dung trên cho thấy, pháp luật Việt Nam hiện hành đã có quy định bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm dịch, phù hợp với Công ước Berne, khá tương đồng với pháp luật quyền tác giả của Hoa Kỳ. Quyền làm tác phẩm dịch chỉ thuộc về tác giả, chủ sở hữu tác

¹⁴ Các quy định này dẫn chiếu đến quyền làm tác phẩm phái sinh, trong đó bao gồm làm tác phẩm dịch là một quyền tài sản thuộc chủ sở hữu quyền tác giả tại điểm a khoản 1 Điều 20 Luật Sở hữu trí tuệ.

Lưu ý: Bài viết không đề cập đến trường hợp Chủ sở hữu quyền tác giả là Nhà nước và Tác phẩm thuộc về công chúng theo Điều 42, 43 Luật Sở hữu trí tuệ.

¹⁵ Đây là quy định duy nhất của Nghị định số 22/2018/NĐ-CP về tác phẩm dịch. Ngoài ra, trong Nghị định này, không có quy định nào về “tác phẩm phái sinh”.

phẩm gốc, tác phẩm dịch là đối tượng bảo hộ quyền tác giả nếu không gây phương hại đến quyền tác giả đối với tác phẩm được dùng để làm tác phẩm dịch. Nhưng pháp luật Việt Nam hiện hành về vấn đề này còn một số điểm bất cập như sau:

Một là, so với quy định của Công ước Berne, Luật Sở hữu trí tuệ của Việt Nam chưa quy định rõ quyền tác giả đối với tác phẩm dịch được bảo hộ như thế nào? Cụ thể, Luật Sở hữu trí tuệ chỉ quy định tác phẩm dịch là “*đối tượng được bảo hộ quyền tác giả*”, nhưng người dịch hoặc chủ sở hữu tác phẩm dịch có đầy đủ quyền tác giả, bao gồm tất cả quyền nhân thân quy định tại Điều 19 Luật Sở hữu trí tuệ và quyền tài sản quy định tại Điều 20 Luật này hay không? Luật Sở hữu trí tuệ chưa quy định rõ. Bất cập thứ nhất này dẫn đến hạn chế thứ hai được trình bày tiếp sau đây:

Hai là, tổ chức, cá nhân sau khi xin phép và được tác giả/chủ sở hữu quyền tác giả đồng ý cho phép dịch tác phẩm, thì tác giả của tác phẩm dịch là ai?

Cách thứ nhất, có thể hiểu rằng người dịch là tác giả của tác phẩm dịch, có quyền đứng tên thật hoặc bút danh trên tác phẩm; được nêu tên thật hoặc bút danh khi tác phẩm được công bố, sử dụng theo khoản 2 Điều 19 Luật Sở hữu trí tuệ. Bởi vì, tác phẩm dịch là đối tượng được bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ.

Mặt khác, cũng có thể hiểu theo cách thứ hai, người dịch chỉ đơn giản là người chuyên ngữ cho tác phẩm, họ không phải là tác giả của tác phẩm dịch. Bởi Luật Sở hữu trí tuệ không quy định rõ ai là tác giả tác phẩm dịch. Một minh chứng rõ ràng cho cách hiểu thứ hai này là quy định về thông tin ghi trên sách dịch của Luật Xuất bản năm 2012 của Việt Nam.

Điểm a, b khoản 1 Điều 27 Luật Xuất bản năm 2012 quy định thông tin phải ghi trên sách dịch như sau:

- Tên sách, tên tác giả hoặc người biên soạn, người chủ biên (nếu có), họ tên người dịch (nếu là sách dịch), người phiên âm (nếu là sách phiên âm từ chữ Nôm); tên nhà xuất bản hoặc cơ quan, tổ chức được cấp giấy phép xuất bản;

- Tên và địa chỉ của tổ chức, họ tên cá nhân liên kết xuất bản (nếu có); họ tên người hiệu đính (nếu có); năm xuất bản, số thứ tự của tập; đối với sách dịch, phải ghi tên nguyên bản; nếu dịch từ ngôn ngữ khác với ngôn ngữ nguyên bản thì phải ghi rõ dịch từ ngôn ngữ nào.

Với những thông tin này trên sách dịch, người đọc hoàn toàn có thể hiểu người dịch không phải là tác giả của sách dịch.

Trong khi đó, Công ước Berne quy định quyền tác giả đối với tác phẩm dịch được bảo hộ *như tác phẩm gốc*. Do vậy, pháp luật Việt Nam về sở hữu trí tuệ cần quy định bổ sung vấn đề này theo Công ước Berne để giải quyết được cả hai bất cập ở trên.

Ba là, pháp luật Việt Nam chỉ quy định về trường hợp tổ chức, cá nhân xin phép dịch tác phẩm của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả, mà bỏ ngỏ trường hợp ngược lại. Đó là khi tác

giả, chủ sở hữu quyền tác giả muốn thuê tổ chức, cá nhân khác dịch tác phẩm của mình sang ngôn ngữ khác và trả thù lao cho họ. Vậy, trong trường hợp này, tác giả tác phẩm dịch là ai? Quy định “*tác phẩm được thuê làm*” theo pháp luật về quyền tác giả của Hoa Kỳ như đã trình bày tại mục 2 nêu trên có thể là một giải pháp hữu ích để tham khảo. Theo đó, pháp luật Việt Nam có thể bổ sung quy định về tiêu chí xác định “*tác phẩm được thuê làm*”, trong đó bao gồm tác phẩm dịch; quy định tác giả và quyền tác giả đối với “*tác phẩm được thuê làm*”.

Có thể nói, quyền tác giả đối với tác phẩm dịch đã được bảo hộ ở cấp độ toàn cầu. Việt Nam với tư cách là thành viên của Công ước Berne, Hiệp định TRIPS, Hiệp định CPTPP, EVFTA, có nghĩa vụ tuân thủ quy định của các điều ước quốc tế này trong bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm dịch. Tuy nhiên, thực trạng pháp luật Việt Nam về vấn đề này còn tồn tại bất cập. Việc nghiên cứu, so sánh với quy định của điều ước quốc tế, tham khảo kinh nghiệm của pháp luật quyền tác giả của Hoa Kỳ sẽ giúp đưa ra những giải pháp cho Việt Nam để hoàn thiện hơn, bảo hộ tốt hơn cho quyền tác giả của tác phẩm dịch.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Amy B. Cohen (1999), *When Does a Work Infringe the Derivative Works Right of a Copyright Owner?* Cardozo Arts & Entertainment [Vol. 17:623 1999], p.623-658, website: <https://digitalcommons.law.wne.edu>, đường link: <https://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=facschol>. Truy cập ngày 10/11/2020.

2. Casetext, Inc., *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, website: <https://casetext.com>, đường link: <https://casetext.com/case/community-for-creative-v-reid>. Truy cập ngày 10/11/2020.

3. Supreme Court of Canada, *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*; *Apple Computer, Inc. v. 115778 Canada Inc.*, website: <https://scc-csc.lexum.com>, đường link: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/626/index.do>. Truy cập ngày 10/11/2020.

4. U.S. Copyright Office, *Copyright Law of the United States*, website: <https://www.copyright.gov>, đường link: <https://www.copyright.gov/title17/>. Truy cập ngày 10/11/2020.

5. U.S. Copyright Office, *Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code*, June 2020, website: <https://www.copyright.gov>, đường link: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>. Truy cập ngày 10/11/2020.

6. U.S. Copyright Office, *Works Made for Hire*, website: <https://www.copyright.gov>, đường link: <https://www.copyright.gov/circs/circ09.pdf>. Truy cập ngày 10/11/2020.

7. WIPO, *Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886)*, website: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>, đường link: https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html. Truy cập ngày 10/11/2020).

8. WIPO, *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, website: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>, đường link: <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>. Truy cập ngày 10/11/2020.

9. WIPO, *WIPO-Administered Treaties, Contracting Parties > Berne Convention*, website: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>, đường link: https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15. Truy cập ngày 10/11/2020.

10. WIPO (2016), *Understanding Copyright and Related Rights*, p.13, website: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>, đường link: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf. Truy cập ngày 10/11/2020.

BẢO ĐẢM VAI TRÒ CHỦ ĐẠO CỦA NGÂN SÁCH TRUNG ƯƠNG TRONG PHÂN CẤP NGÂN SÁCH NHÀ NƯỚC

*LƯƠNG THỊ BÍCH NGÂN**

Ngày nhận bài: 17/08/2020

Ngày phản biện: 05/09/2020

Ngày đăng bài: 31/12/2020

Tóm tắt:

Ngân sách trung ương là cấp ngân sách có vai trò chủ đạo trong ngân sách nhà nước, là nguồn tài chính đảm bảo thực hiện các nhiệm vụ chi quốc gia và điều hòa vốn cho ngân sách địa phương bằng các nguồn chi bổ sung. Tuy nhiên, cùng với sự phát triển kinh tế - xã hội trên cơ sở mở rộng tính độc lập của địa phương đã ảnh hưởng không nhỏ đến vai trò chủ đạo của ngân sách trung ương. Bài viết tập trung phân tích tính chủ đạo ngân sách trung ương đặt trong mối quan hệ với ngân sách địa phương, đồng thời chỉ ra một số hạn chế và kiến nghị gắn với nền kinh tế Việt Nam trong giai đoạn ổn định kinh tế.

Từ khóa:

Vai trò chủ đạo, ngân sách trung ương, ngân sách địa phương, bảo đảm.

Abstract:

The central government budget is the budget level that plays a key role in the State Budget, being the financial source that ensures the implementation of the tasks of national spending and regulates capital for the local government budget with additional sources of spending. However, along with socio-economic development on the basis of expanding the independence of the locality, the leading role of the central budget is considerably affected. The article focuses on analyzing the key role of the central budget in relation to the local budget, and at the same time points out a number of management limitations and recommendations associated with the economy of Vietnam in the period of economic stability.

Keywords:

Directory role, Central budget, Local budget, warranty.

1. Vai trò chủ đạo của nguồn ngân sách trung ương

Ngân sách trung ương và ngân sách địa phương là hai cấp ngân sách của ngân sách nhà nước, đảm bảo cơ cấu nguồn thu, nguồn chi được hình thành và sử dụng một cách có hiệu quả nhằm phát triển kinh tế - xã hội.

*ThS., GV Khoa Luật, Trường Đại học Duy Tân, Đà Nẵng; Email: bichngan2603@gmail.com

Tùy thuộc vào đặc tính của nền kinh tế - chính trị, mỗi quốc gia có sự điều chỉnh khác nhau về vai trò của từng cấp ngân sách. Việt Nam dù đã chuyển đổi từ nền kinh tế tập trung bao cấp sang nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, nhưng vẫn luôn đặt vai trò trọng tâm vào ngân sách trung ương bên cạnh nâng cao tính tự chủ ngân sách địa phương.

Ngay từ những văn bản đầu tiên Luật ngân sách nhà nước (Ngày 20/3/1996), Luật Ngân sách nhà nước 2002 đến Luật Ngân sách nhà nước 2015 (đang có hiệu lực) luôn nhấn mạnh vai trò chủ đạo của cấp ngân sách trung ương, bảo đảm thực hiện các nhiệm vụ chi quốc gia, hỗ trợ địa phương chưa cân đối được ngân sách và hỗ trợ các địa phương khác theo quy định của Pháp luật¹. Luật Ngân sách nhà nước cũng nhấn mạnh, trong những trường hợp Việt Nam thực hiện các Điều ước quốc tế dẫn đến giảm nguồn thu của ngân sách trung ương, Chính phủ trình Quốc hội điều chỉnh việc phân chia nguồn thu giữa ngân sách trung ương và ngân sách địa phương nhằm bảo đảm vai trò chủ đạo của ngân sách trung ương², không vì sự ảnh hưởng trực tiếp hoặc gián tiếp của các chính sách mở cửa đến định hướng quản lý.

Đặt vai trò chủ đạo lên ngân sách trung ương nhằm quản lý tài chính một cách thống nhất, tập trung - dân chủ, đồng thời định hướng ngân sách nhà nước gắn với một cấp ngân sách cụ thể thông qua các chính sách và định hướng nhất định.

Vai trò chủ đạo của nguồn ngân sách trung ương được thể hiện ở những mặt sau:

Thứ nhất, về chính sách và chế độ quản lý ngân sách nhà nước.

Mọi chính sách và các chế độ quản lý Ngân sách được ban hành một cách thống nhất và dựa trên cơ sở quản lý chung của ngân sách trung ương.

Nói chính xác hơn thì các cơ quan thuộc Trung ương (các bộ, cơ quan ngang bộ, các tổ chức xã hội thuộc trung ương và các cơ quan trực thuộc Chính phủ) sẽ là các chủ thể quy định nguồn thu, nguồn chi, tỷ lệ phân chia,... và các vấn đề khác liên quan đến ngân sách, quản lý ngân sách trên cơ sở nhiệm vụ chung của ngân sách nhà nước. Trong đó, Bộ Tài chính có thẩm quyền về lập và trình Chính phủ dự toán ngân sách nhà nước, phương án phân bổ ngân sách trung ương; Bộ Kế hoạch và Đầu tư có trách nhiệm xây dựng nguyên tắc, tiêu chí và định mức phân bổ chi đầu tư phát triển của ngân sách trung ương và ngân sách nhà nước...

Chính từ cách quản lý và phân cấp ngân sách trung ương và ngân sách địa phương theo mô hình lồng ghép “búp bê Nga”³, nên tính thống nhất và quản lý của ngân sách trung ương vẫn được nhấn mạnh một cách rõ ràng nhất nhưng không làm hạn chế khả năng độc lập của ngân sách của địa phương khác.

¹ Khoản 2 Điều 9 Luật Ngân sách nhà nước năm 2015.

² Khoản 2 Điều 10 Luật Ngân sách nhà nước năm 2015.

³ Nguyễn Việt, Việt Nam vẫn dùng mô hình ngân sách nhà nước kiểu búp bê Nga, <https://enternews.vn/vietnam-van-dung-mo-hinh-ngan-sach-nha-nuoc-kieu-bup-be-nga-147663.html>. Truy cập ngày 12/5/2020.

Thứ hai, về cơ cấu nguồn thu.

Nguồn thu ngân sách trung ương bao gồm nguồn thu ngân sách trung ương được hưởng 100% và nguồn thu được hưởng theo tỷ lệ điều tiết giữa Trung ương và địa phương. Cụ thể, theo Luật Ngân sách nhà nước năm 2015, ngân sách trung ương có 16 nhóm nguồn thu được hưởng 100% từ thuế (thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu; thuế tiêu thụ đặc biệt, thuế giá trị gia tăng, thuế bảo vệ môi trường khi có hành vi nhập khẩu..), từ phí, lệ phí (Phí thu từ các hoạt động dịch vụ do các cơ quan nhà nước trung ương thực hiện. Lệ phí do các cơ quan nhà nước trung ương thu, trừ lệ phí trước bạ), từ các khoản viện trợ không hoàn lại của Chính phủ các nước và các khoản thu khác (thu từ phạt hành chính, bán tài sản, các khoản thu hồi vốn, quỹ dự trữ tài chính trung ương hoặc kết dư ngân sách trung ương)..

Khác với các nguồn thu của ngân sách trung ương, nguồn thu ngân sách địa phương được hưởng 100% hầu hết là những nguồn thu có giá trị tài chính nhỏ nhưng ổn định đều qua các năm và gắn với hoạt động quản lý tại địa phương (như hộ tịch, hộ khẩu, giấy chứng nhận quyền sử dụng đất...), cụ thể: Thuế tài nguyên (trừ thuế tài nguyên thu từ hoạt động thăm dò, khai thác dầu, khí); thuế sử dụng đất nông nghiệp và phi nông nghiệp; tiền sử dụng đất, tiền thuê nhà... lệ phí trước bạ và các khoản thu do địa phương quản lý (quỹ dự trữ tài chính công, viện trợ không hoàn lại trực tiếp cho địa phương, lệ phí, tiền phạt vi phạm hành chính...)⁴.

Bên cạnh đó, nguồn thu ngân sách trung ương còn được bổ sung bằng các nguồn thu điều tiết giữa ngân sách trung ương và ngân sách địa phương. Nguồn thu này tập trung từ 5 sắc thuế chính: Thuế thu nhập doanh nghiệp, thuế thu nhập cá nhân, thuế bảo vệ môi trường, thuế giá trị gia tăng và thuế tiêu thụ đặc biệt (không áp dụng đối với hoạt động nhập khẩu). Cụ thể, theo Điều 18 Nghị định số 163/2016/NĐ-CP quy định nguyên tắc xác định tỷ lệ phân chia tùy thuộc vào nhiệm vụ chi và bảo đảm nguồn thu ngân sách địa phương, phần trăm tỷ lệ không cố định cho tất cả các địa phương, mà có sự phân biệt nhất định. Nguyên tắc này, đảm bảo sự phù hợp của nguồn thu Ngân sách gắn với điều kiện kinh tế - xã hội, điều kiện dân số, điều kiện tự nhiên, có tính đến điều kiện vùng miền và tính chất đặc thù của từng khu vực.

Thứ ba, về vai trò ngân sách trung ương.

Ngân sách trung ương đảm bảo nguồn chi Nhà nước. Như chúng ta đã biết, Nhà nước là một thực thể sống, vì vậy muốn tồn tại (chi) cần có nguồn thu hợp lý. Nguồn thu ngân sách trung ương chính là nguồn thu chính giúp thực hiện các khoản chi Nhà nước, đảm bảo các hoạt động chi thường xuyên, chi đầu tư phát triển - đặc biệt các dự án trọng điểm, chi viện trợ,... được thực hiện hiệu quả, phù hợp và có tính đến mối quan hệ giữa Việt Nam với cộng đồng quốc tế. Nguồn chi này có thể tăng hoặc giảm phụ thuộc vào khả năng thu của ngân sách trung ương. Tại Việt Nam, năm 2018 nguồn chi 627.253 tỷ đồng tăng lên 701.859 trong năm 2020 và đang có xu hướng tăng.

⁴ Điều 37 Luật Ngân sách nhà nước năm 2015.

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT, ĐẠI HỌC HUẾ

Ngân sách trung ương không chỉ tập trung vào các khoản chi Nhà nước mà nó còn có vai trò chi bổ sung cho các địa phương khi địa phương không thể cân đối được ngân sách. Cụ thể, trong giai đoạn kinh tế ổn định (2017 - 2020), ngân sách trung ương chi bổ sung cho ngân sách địa phương 321.151 tỷ đồng năm 2018, tăng thêm 203 tỷ đồng trong năm 2019 (321.354 tỷ đồng) và đặc biệt tăng thêm 46.356 tỷ đồng năm 2020. Tuy nhiên trong năm 2020 với tình hình dịch Covid - 19 diễn biến phức tạp, con số dự toán có thể nhiều hơn trên thực tế.

Nguồn thu chi ngân sách trung ương và ngân sách địa phương năm 2018, 2019, 2020

(Đơn vị: Tỷ đồng)

Năm	Ngân sách trung ương				NSDP			
	Tổng thu		Tổng chi		Tổng thu		Tổng chi	
	Thuế, phí	Nguồn viện trợ	Theo phân cấp	Chi bổ sung cho ngân sách địa phương	Theo phân cấp	Thu bổ sung từ ngân sách trung ương	Chi theo phân cấp	Chi bổ sung ngân sách trung ương
2018	748.404	5000	627.253	321.151	565.796	321.151	773.495	122.452
2019	806.099	4.000	698.245	321.354	601.201	321.354	825.152	109.903
2020	846.769	5.000	701.859	367.710	660.531	367.710	897.013	148.229

(Nguồn: Quyết định số 2610/QB-BTC ngày 21/12/2017; Quyết định số 2387/QB-BTC ngày 24/12/2018; Quyết định số 2680/QB-BTC ngày 16/12/2019).

Nguồn chi bổ sung từ ngân sách trung ương về ngân sách địa phương còn thể hiện thông qua mối quan hệ thu - chi của 2 cấp ngân sách này. Cụ thể, trong năm 2019, cả nước có 16 tỉnh và thành phố trực thuộc trung ương tự cân đối thu chi ngân sách địa phương và điều tiết về ngân sách trung ương⁵, nhưng đến 47 tỉnh thành không thể tự cân đối thu chi và đợi bổ sung từ Ngân sách cấp trên chuyển về. Tức là chỉ ¼ địa phương có khả năng độc lập tài chính và không phụ thuộc nguồn ngân sách trung ương, ¾ còn lại phụ thuộc nguồn bổ sung từ ngân sách trung ương, trong đó có những địa phương phụ thuộc nguồn ngân sách trung ương chiếm 95%. Điều này chứng tỏ, dù nhiều địa phương nước ta đã có những bước chuyển về kinh tế nhưng khả năng độc lập về ngân sách vẫn chưa thể thực hiện trên thực tế. Chính vì vậy, ngân sách trung ương vẫn là cơ sở hỗ trợ nguồn thu chủ yếu, giúp các địa phương ổn định nguồn thu và đảm bảo nguồn chi cần thiết (đặc biệt những địa phương còn hạn chế về điều kiện kinh tế - xã hội).

2. Một số hạn chế và kiến nghị nhằm tăng cường vai trò chủ đạo của ngân sách trung ương trong ngân sách nhà nước

Chính sách về phân cấp ngân sách nhà nước đã được áp dụng trong một khoảng thời gian rất dài. Mặc dù các văn bản sửa đổi và bổ sung, thay thế nhiều nhưng nội dung này vẫn

⁵ Nghị quyết số 73/2018 về việc phân bổ ngân sách nhà nước năm 2019.

không thay đổi. Điều này một lần nữa chứng minh tính chất phân cấp tập trung của ngân sách nhà nước Việt Nam. Tuy nhiên cùng với sự phát triển của nền kinh tế Việt Nam nói chung và tính đặc thù của các địa phương nói riêng, nguyên tắc này bắt đầu bộc lộ những hạn chế sau:

Một là, tỷ lệ số địa phương điều tiết nguồn ngân sách về ngân sách trung ương rất thấp.

Như đã phân tích ở trên, Việt Nam chỉ có 16 tỉnh thành/63 tỉnh thành tự chủ về ngân sách và có điều tiết về ngân sách trung ương. Điều đó có nghĩa là, số địa phương phụ thuộc vào cấp trung ương còn rất lớn. Hệ quả là, mặc dù Pháp luật ngân sách nhà nước năm 2015 có sự thay đổi về cơ cấu nguồn thu của các cấp (bỏ hẹp với cấp trung ương và mở rộng với cấp địa phương) so với chính sách năm 2002, nhưng tổng chi bổ sung qua các năm vẫn tăng. Chính điều này gây nên tình trạng bội chi ngân sách trung ương, làm ảnh hưởng đến khả năng chi cho mục đích chiến lược bị giảm. Đồng thời, tạo nên tâm lý thụ động, phụ thuộc vào nguồn ngân sách cấp trên, không tạo được tính tự chủ tại từng cấp địa phương.

Hai là, nguồn thu ngân sách trung ương bị sụt giảm.

Việc đánh giá nguồn thu ngân sách trung ương bị sụt giảm không phải đánh giá dựa trên tổng giá trị thu được mà tác giả dựa trên nguồn tổng giá trị, tổng nguồn thu được phép thu vào. Luật Ngân sách nhà nước năm 2015 quy định hạn chế nguồn thu của ngân sách trung ương hơn so với Luật Ngân sách nhà nước năm 2002; cụ thể, nguồn thu từ thuế thu nhập doanh nghiệp chuyển từ nguồn thu ngân sách trung ương hưởng 100% thành nguồn thu phân chia giữa trung ương và địa phương, bên cạnh đó việc phân định rõ nguồn thu từ xử phạt vi phạm hành chính theo thẩm quyền áp dụng, phân định cụ thể và rõ ràng đối với các khoản thu hồi vốn của Nhà nước đầu tư tại các tổ chức kinh tế; thu cổ tức cũng làm hạn chế không nhỏ nguồn thu ngân sách trung ương⁶. Có thể thấy nguồn ngân sách trung ương Việt Nam năm 2020 mới chiếm dưới 50%/ tổng nguồn thu ngân sách nhà nước⁷ thấp hơn mức bình quân của nhiều nước trên thế giới (cùng nguyên tắc), ví dụ Hàn Quốc, Thái Lan - Ngân sách Trung ương chiếm tỷ trọng trên 70% tổng thu ngân sách quốc gia, thậm chí có những quốc gia chiếm đến 90% (Philippines).

Chính vì nguồn thu giảm, nhưng áp lực chi vẫn tăng nên bội chi ngân sách trung ương chưa thể giải quyết. Điều này gián tiếp ảnh hưởng đến vai trò định hướng của ngân sách trung ương trong việc thực hiện các nhiệm vụ chi có tính chiến lược bao gồm các khoản chi đầu tư dự án, đầu tư có tính liên vùng và các công trình trọng điểm có ý nghĩa quốc gia. Vai trò chủ đạo của ngân sách trung ương vì thế không được phát huy theo yêu cầu chung của Hiến pháp Việt Nam năm 2013 và pháp luật về ngân sách nhà nước.

⁶ Điều 35 Luật Ngân sách nhà nước năm 2015.

Điều 30 Luật Ngân sách nhà nước năm 2002.

⁷ Theo Quyết định số 2680/QĐ-BTC ngày 16/12/2019, nguồn thu ngân sách trung ương 851.769 tỷ đồng/ tổng nguồn thu Ngân sách nhà nước 1.512.300 tỷ đồng.

Ba là, hạn chế về quản lý nguồn chi bổ sung về các địa phương.

Hạn chế này thể hiện ở các nguồn chi bổ sung được ngân sách trung ương chuyển về cho các địa phương, tuy nhiên nguồn chi này không sử dụng hết hoặc sử dụng không hiệu quả hoặc không đúng với yêu cầu được bổ sung.

Mặc dù theo Luật Ngân sách nhà nước năm 2015 (được hướng dẫn thi hành Thông tư số 343/2016/TT/BTC) thi công khai ngân sách địa phương là bắt buộc, cần có báo cáo ngân sách, dự toán ngân sách khá chặt chẽ theo từng năm, tuy nhiên việc quản lý và sử dụng nguồn ngân sách nhà nước, ngân sách trung ương ở các địa phương chưa hiệu quả. Tình trạng địa phương sử dụng phung phí, không đúng mục đích ở các địa phương vẫn còn tồn tại. Nguồn ngân sách địa phương được bổ sung sử dụng không hết nhưng không có chính sách mang tính khuyến khích nhằm tăng số lượng địa phương chuyển nguồn thu dư về lại ngân sách trung ương. Chính điều này dẫn đến tình trạng tài nguyên và tài chính quốc gia sử dụng một cách lãng phí, không gắn với tính phát triển bền vững chung.

Từ những phân tích trên, tác giả cho rằng để nâng cao vai trò chủ đạo của ngân sách nhà nước bên cạnh mở rộng quyền ngân sách địa phương cần phù hợp với tình hình kinh tế - xã hội của Việt Nam trong từng giai đoạn. Riêng trong giai đoạn ổn định ngân sách: 2017 - 2020 và sắp tới 2021 - 2023, đặt trong tình trạng dịch Covid-19, thiết nghĩ vẫn cần đặt vai trò chủ đạo vào ngân sách trung ương, và mở rộng vai trò này bằng các quy định pháp luật hoàn chỉnh, cụ thể:

Thứ nhất, cần quy định mang tính mở rộng hơn đối với các nguồn thu ngân sách trung ương hoặc giảm tỷ lệ phân chia nguồn thu với địa phương. Đảm bảo nguồn thu của ngân sách trung ương chiếm từ 65% trở lên trên tổng thu ngân sách nhà nước nói chung. Kiến nghị này xuất phát từ thực tế nguồn thu trung ương đang dần bị thu hẹp từ tác động gián tiếp của chính sách mở cửa và gia nhập các tổ chức quốc tế, như: WTO, EVFTA, CPTPP... Mở rộng nguồn thu đối với ngân sách trung ương là cơ sở mở rộng các nguồn chi, thực hiện dứt điểm các hoạt động chi đầu tư công trình trọng điểm, thực hiện các chương trình và dự án có tính đột phá cao.

Thứ hai, cần quy định mang tính quy trách nhiệm trong hoạt động chi bổ sung ở nguồn ngân sách địa phương. Đảm bảo các địa phương sử dụng nguồn chi tiết kiệm, không lãng phí. Từ đó, nhấn mạnh tính chính xác gắn với các hoạt động thu - chi trên thực tế. Khuyến khích các địa phương chuyển nguồn ngân sách không sử dụng hết về trung ương thay vì hiện tượng hợp thức hóa các nguồn chi như hiện nay.

Thứ ba, cần nghiên cứu về các tiêu chí phân cấp ngân sách rõ ràng, hiện thực Pháp luật bằng các con số, tỷ lệ phù hợp và thận trọng gắn với từng giai đoạn kinh tế. Đặc biệt, các bản dự toán ngân sách nhà nước cần đánh giá đúng tình hình biến động giá, ngoại thương, xăng dầu,... sự tác động quan hệ thương mại quốc tế như: Mỹ - Trung, Mỹ - châu Âu, tình hình

kinh tế biến động Argentina... Nhằm xây dựng bản dự toán tài chính chính xác và có bước đi phù hợp với từng cấp ngân sách nhà nước.

Thứ tư, cần quy định chặt chẽ về trách nhiệm chi của từng cấp ngân sách nhà nước. Đặc biệt, đối với nhiệm vụ chi đầu tư phát triển, yêu cầu quy kết trách nhiệm đối với các chủ thể cụ thể trong quá trình sử dụng nguồn vốn của Nhà nước của ngân sách trung ương. Không để tình trạng dự án trọng điểm bị treo, không thực hiện hoặc chậm thực hiện. Từ đó, tự bản thân ngân sách trung ương, chứng minh và thể hiện được vai trò chủ đạo về quản lý, điều tiết trong hệ thống ngân sách nhà nước nói chung.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nghị quyết số 73/2018 về việc phân bổ ngân sách nhà nước năm 2019.
2. Nguyễn Việt, *Việt Nam vẫn dùng mô hình ngân sách nhà nước kiểu búp bê Nga*, <https://enternews.vn/viet-nam-van-dung-mo-hinh-ngan-sach-nha-nuoc-kieu-bup-be-nga-147663.html>, truy cập ngày 12/5/2020.
3. Quyết định số 2610/QĐ-BTC ngày 21/12/2017 của Bộ trưởng Bộ Tài chính về việc công bố công khai dự toán ngân sách nhà nước năm 2018.
4. Quyết định số 2387/QĐ-BTC ngày 24/12/2018 của Bộ trưởng Bộ Tài chính về việc công bố công khai dự toán ngân sách nhà nước năm 2019.
5. Quyết định số 2680/QĐ-BTC ngày 16/12/2019 của Bộ trưởng Bộ Tài chính về việc công bố công khai dự toán ngân sách nhà nước năm 2020.

BÀN VỀ THUẬT NGỮ “NHÓM TỘI PHẠM” THEO QUY ĐỊNH CỦA CÔNG ƯỚC CHỐNG TỘI PHẠM CÓ TỔ CHỨC XUYÊN QUỐC GIA VÀ KINH NGHIỆM CHO PHÁP LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM

ĐINH THỊ NGUYỄN*

Ngày nhận bài: 14/07/2020

Ngày phản biện: 28/07/2020

Ngày đăng bài: 31/12/2020

Tóm tắt:

Thuật ngữ “nhóm tội phạm” và hành vi thành lập, tham gia nhóm tội phạm lần đầu tiên được ghi nhận tại khoản 1, Điều 14 Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015 được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (sau đây gọi là BLHS năm 2015). Đây là một trong những tiến bộ của BLHS năm 2015 nhằm nội luật hóa các quy định có liên quan của điều ước quốc tế mà nước ta là thành viên, cụ thể là nội luật hóa quy định Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia (sau đây gọi tắt là CTOC). Trên cơ sở phân tích quy định về nhóm tội phạm trong CTOC, bài viết chỉ ra một số kiến nghị để tiếp tục hoàn thiện BLHS năm 2015 trong thời gian tới.

Từ khóa:

Nhóm tội phạm, CTOC, Bộ luật Hình sự năm 2015.

Abstract:

The term “criminal group” and the act of establishing and joining a criminal group for the first time are recorded in Clause 1, Article 14 of the Vietnamese Criminal Code 2017, amended and supplemented in 2017 (hereinafter referred to as the Criminal Code 2015). This is one of the advances of the Criminal Code 2015 to internalize the relevant provisions of the international treaties to which our country is a party, namely the internalization of the provisions of the Convention against Transnational Organized Crime (hereinafter referred to as CTOC). Based on the analysis of regulations on criminal group in CTOC, this article will provide some recommendations to continue to improve the Criminal Code 2015 in the future.

Keywords:

Criminal group, Convention against Transnational Organized Crime, the Criminal Code of Vietnam.

* GV Khoa Luật học, Trường Đại học Bình Dương. Email: nguyendinh2511@gmail.com

1. Đặt vấn đề

Trong những năm gần đây, tình hình hoạt động của các nhóm tội phạm ở Việt Nam ngày càng gia tăng về số lượng và có diễn biến phức tạp, gây ra nhiều hậu quả nghiêm trọng đến an ninh xã hội và kinh tế. Đặc biệt, các nhóm tội phạm này còn mở rộng quy mô không chỉ trong nước mà còn liên kết với các nhóm tội phạm ở nước ngoài, tạo thành các nhóm tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, đe dọa đến an ninh thế giới và khu vực. Thực trạng trên đã đặt ra yêu cầu cấp thiết cho mỗi quốc gia cũng như cộng đồng quốc tế là phải thiết lập khung pháp lý chung trong phạm vi toàn cầu để đấu tranh có hiệu quả với loại tội phạm này. Việt Nam đã chính thức phê chuẩn Công ước Liên hợp quốc chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia vào ngày 08/6/2012. Với sự phê chuẩn này, Việt Nam đã chính thức cam kết thực hiện các nghĩa vụ pháp lý quốc tế trong Công ước, trong đó bao gồm nghĩa vụ tội phạm hóa quy định về nhóm tội phạm và hành vi thành lập, tham gia nhóm tội phạm được Công ước quy định.

Bộ luật Hình sự năm 2015 đã có quy định về nhóm tội phạm và hành vi thành lập, gia nhập nhóm tội phạm tại Điều 14 là một trong những trường hợp của chuẩn bị phạm tội. Việc bổ sung tại Điều 14 đã thể hiện bước tiến rõ rệt của Việt Nam trong việc nội luật hóa quy định của CTOC. Tuy nhiên, BLHS năm 2015 vẫn chưa có quy định cụ thể về “nhóm tội phạm”. Vì vậy, việc nghiên cứu về vấn đề thuật ngữ “nhóm tội phạm” trên cơ sở so sánh với CTOC sẽ cho chúng ta kinh nghiệm để hoàn thiện hệ thống pháp luật, đáp ứng yêu cầu đấu tranh phòng chống với các nhóm tội phạm.

2. Khái niệm và đặc điểm nhóm tội phạm theo quy định của Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia

Công ước Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia được ban hành bởi Nghị quyết A/RES/55/25 ngày 15/11/2000 tại phiên họp thứ 55 của Đại hội đồng Liên hợp quốc. Công ước mở để các quốc gia ký đến ngày 12/12/2002 và bắt đầu có hiệu lực khi có đủ 40 quốc gia phê chuẩn. Đến ngày 29/9/2003 CTOC chính thức có hiệu lực⁸.

CTOC sử dụng thuật ngữ tiếng anh là “*organized criminal group*” có thể hiểu là “*nhóm người phạm tội có tổ chức*”. Khi dịch cụm từ này sang tiếng Việt thì thuật ngữ “nhóm tội phạm có tổ chức” đang được nhiều học giả sử dụng trong nghiên cứu của mình⁹. Tuy nhiên, để đảm bảo tính chính xác, tác giả xin sử dụng nguyên văn thuật ngữ “*organized criminal group*” khi phân tích về khái niệm này theo quy định của CTOC.

⁸ Lê Minh Tuấn (2004), *Một số nội dung cơ bản của Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia*, Tạp chí Kiểm sát, số tháng 10/2004, tr.49.

⁹ Một số học giả sử dụng như: tác giả Nguyễn Trường Giang, Nguyễn Ngọc Anh trong cuốn *Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia*, Nxb Công an nhân dân; Bùi Đình Tiến trong cuốn *Nội luật hóa các quy định của Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia*, Nxb Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam do tác giả Nguyễn Thị Phương Hoa chủ biên; Bùi Đình Tiến (2010) trong Luận văn thạc sĩ “*Hoàn thiện pháp luật Việt Nam theo Công ước của Liên hợp quốc đối với nhóm tội phạm có tổ chức*”.

Khái niệm “*organized criminal group*” được quy định tại Điều 2 của CTOC: “*Nhóm tội phạm có tổ chức nghĩa là một nhóm có cơ cấu từ ba người trở lên, tồn tại một thời gian và hoạt động có phối hợp để thực hiện một hay nhiều tội phạm nghiêm trọng hoặc các hành vi phạm tội được quy định trong Công ước này, nhằm có được, trực tiếp hay gián tiếp, lợi ích về tài chính hay vật chất khác*”¹⁰.

Dựa vào khái niệm này, có thể rút ra một số đặc điểm của “*organized criminal group*” như sau:

Thứ nhất, về số lượng người của nhóm.

Số lượng người trong “*organized criminal group*” theo quy định của CTOC là nhóm cơ cấu từ ba người trở lên. Điều này có thể lý giải dựa vào nhóm cơ cấu thường có sự phân công vai trò trong quá trình thực hiện tội phạm nói chung nên nhóm không thể có hai người.

Bên cạnh đó, mục đích của nhóm là thực hiện tội phạm để đạt được lợi ích về tài chính hay lợi ích vật chất khác, lấy việc phạm tội để tồn tại, vì vậy khi đứng trước những tình huống khó khăn cần quyết định trong việc thực hiện tội phạm hoặc duy trì nhóm thì phải có ba người trở lên mới thể hiện được ý chí của số đông và buộc những người còn lại phải nghe theo. Với quy định cụ thể về số lượng người, Công ước đã tạo ra sự thống nhất về cách hiểu, tạo điều kiện cho các quốc gia thành viên dễ dàng áp dụng vào thực tiễn quốc gia mình.

Thứ hai, về cơ cấu tổ chức và thời gian tồn tại của nhóm, “organized criminal group” là nhóm cơ cấu từ ba người trở lên và tồn tại trong thời gian nhất định.

Về cách hiểu nhóm cơ cấu: Theo tài liệu hướng dẫn lập pháp được soạn thảo bởi UNODC¹¹ thì nhóm cơ cấu phải được hiểu theo nghĩa rộng, là nhóm tồn tại nhip nhàng trong một thời gian, có thể có cấu trúc dọc phân cấp hoặc cấu trúc phức tạp khác, cũng như các nhóm không phân cấp, trong đó vai trò của các thành viên trong nhóm không được chỉ định chính thức. Một nhóm cấu trúc không cần thiết phải có hình thức tổ chức, với một cấu trúc duy trì được thành viên và xác định rõ vai trò, chức năng của từng thành viên. Tuy nhiên, nó phải được tạo thành một cách ngẫu nhiên để thực hiện hành vi phạm tội ngay lập tức¹².

Về thời gian tồn tại, vì nhóm cơ cấu phải được hình thành một cách ngẫu nhiên theo cấu trúc dọc phân tầng hoặc cấu trúc ngang dàn trải nên nhóm tội phạm sẽ tồn tại trong một thời gian nhất định, không thể xác định cụ thể bởi thời gian tồn tại này sẽ tùy thuộc vào hoạt động

¹⁰ Nguyễn Trường Giang, Nguyễn Ngọc Anh (2005), *Công ước Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia và các nghị định thư bổ sung*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.223.

¹¹ United Nation Office on Drugs and Crimes (UNODC) (2004), “*Legislative guides for the implementation of the united nations convention against transnational organized crime, and the protocols thereto*”, United Nations, New York.

¹² UNODC, “*Legislative guides for the implementation of the united nations convention against transnational organized crime, and the protocols thereto*”, đoạn 28.

phạm tội của nhóm tội phạm. Tuy nhiên, các nhóm tội phạm thường có phạm vi hoạt động xuyên quốc gia và thường xuyên ảnh hưởng nhiều quốc gia cùng một lúc¹³ nên các nhóm này thường có thời gian tồn tại tương đối lâu dài.

Thứ ba, về mục đích phạm tội.

“*Organized criminal group*” có mục đích nhằm trực tiếp hoặc gián tiếp đạt được lợi ích tài chính hay vật chất khác. Như vậy, “*organized criminal group*” sẽ không bao gồm các nhóm tội phạm mà không tìm kiếm bất kỳ lợi ích về tài chính hay lợi ích vật chất nào khác. Theo đó, những nhóm tội phạm có tổ chức như nhóm khủng bố hoặc nhóm nổi loạn sẽ không thuộc phạm vi của “*organized criminal group*”, với điều kiện là các mục tiêu của họ hoàn toàn phi vật chất. Tuy nhiên, CTOC vẫn có thể áp dụng đối với các tội phạm mà những nhóm đó thực hiện trong trường hợp phạm những tội theo quy định của Công ước (ví dụ, phạm tội cướp tài sản để nâng cao lợi ích tài chính và vật chất)¹⁴. Việc giới hạn phạm vi mục đích vật chất mà không đề cập tới các lợi ích khác như lợi ích chính trị là có cơ sở khoa học đúng đắn vì trong thế giới đa cực, đa quốc gia các quốc gia thành viên của Liên hợp quốc khó có thể đồng thuận với nhau về mục đích chính trị của nhóm tội phạm có tổ chức.

Thứ tư, theo quy định của CTOC thì “*organized criminal group*” được thành lập để thực hiện một hay nhiều “tội phạm nghiêm trọng” hoặc các hành vi phạm tội khác được quy định trong CTOC. Tại Điều 2 CTOC có quy định rõ “tội phạm nghiêm trọng là hành vi phạm tội có thể bị trừng phạt bởi hình phạt tù ít nhất là 04 năm hoặc hình phạt khác nặng hơn”. Như vậy, Công ước xác định “tội phạm nghiêm trọng” dựa vào giới hạn tối thiểu của mức hình phạt mỗi quốc gia.

Tuy nhiên quy định về “tội phạm nghiêm trọng” ở pháp luật hình sự mỗi quốc gia sẽ khác nhau, phụ thuộc vào truyền thống pháp lý và điều kiện cụ thể; thậm chí ở mỗi quốc gia quy định về tội phạm nghiêm trọng cũng sẽ có sự thay đổi giữa các thời kỳ. Chính vì vậy, tài liệu hướng dẫn của UNODC có giải thích rằng không yêu cầu một quốc gia thành lập một định nghĩa về tội phạm nghiêm trọng trong Bộ luật Hình sự của mình. Cần lưu ý rằng, nếu các quốc gia thành viên muốn quy định các hành vi phạm tội khác với một nhóm tội phạm theo Điều 5, 6, 8 và 23 của Công ước, phải đảm bảo rằng các hình phạt được cung cấp đáp ứng các điều kiện của định nghĩa về nhóm tội phạm của CTOC¹⁵.

¹³ UNODC, “*Legislative guides for the implementation of the united nations convention against transnational organized crime, and the protocols thereto*”, đoạn 57.

¹⁴ Nguyễn Thị Phương Hoa, Bùi Đình Tiến (2016), *Nội luật hóa các quy định của Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia trong Bộ luật Hình sự Việt Nam*, Nxb Hồng Đức, tr.55.

¹⁵ UNODC, “*Legislative guides for the implementation of the united nations convention against transnational organized crime, and the protocols thereto*”, đoạn 27.

3. Khái niệm và đặc điểm của “nhóm tội phạm” trong quy định của pháp luật hình sự Việt Nam

Nghiên cứu lịch sử lập pháp hình sự của nước ta, nhận thấy khái niệm “nhóm tội phạm” chỉ mới xuất hiện tại BLHS năm 2015, tuy nhiên, nội hàm của khái niệm này đã được thể hiện ở rất nhiều văn bản trước đó, mặc dù chưa được quy định trực tiếp, đầy đủ nhưng đã được thể hiện gián tiếp qua một số quy định có liên quan như:

Trong *Hoàng Việt luật lệ*¹⁶ dưới thời Nguyễn (1802 - 1945) đã đề cập đến một số vấn đề pháp lý liên quan về nhóm tội phạm tại Điều 142: “*Phàm sự kết hội với nhau, không cứ kỳ hạn bao lâu, số người bao nhiêu, và những sự bàn định với nhau mục đích để dự hành hay là thực hành những sự hại đến thân thể hay tài sản người ta thò cho là đại tội cả*”. Điều 143 Hoàng Việt luật lệ cũng quy định trách nhiệm hình sự, chế tài đối với các cá nhân thực hiện hành vi kết hội: “*Hễ ai nhập hội hay là dự cuộc bàn định thuộc về mục đích kể trong Điều nói trên, nếu xét là chánh phạm thò sẽ bị khổ sai từ 10 năm đến 20 năm, những người từng phạm sẽ bị khổ sai từ 5 đến 10 năm*”¹⁷.

Sau cách mạng tháng Tám, khi Nhà nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa được thành lập, cũng có một số sắc lệnh quy định việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với những tổ chức, đảng phái phản động, chống phá Chính phủ. Cụ thể: Sắc lệnh số 133/SL ngày 20/01/1953 trừng trị những tội phạm đến an toàn nhà nước, đối nội và đối ngoại; Sắc lệnh số 151/SL ngày 12/4/1953 trừng trị địa chủ chống pháp luật; Sắc lệnh số 267/SL ngày 15/6/1956 trừng trị những âm mưu và hành động phá hoại tài sản của Nhà nước, của hợp tác xã, của nhân dân làm cản trở việc thực hiện chính sách, kế hoạch của nhà nước. Tuy nhiên, những văn bản pháp luật này cũng chưa đưa ra khái niệm chung về tổ chức phản động nói riêng, nhóm tội phạm nói chung¹⁸.

BLHS năm 1985 lần đầu tiên đưa ra khái niệm đồng phạm, các loại người đồng phạm và hình thức phạm tội có tổ chức. Theo đó, phạm tội có tổ chức còn được Bộ luật quy định là một tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự. Quy định về phạm tội có tổ chức được giữ nguyên tại BLHS năm 1999, sửa đổi, bổ sung năm 2009.

¹⁶ *Hoàng Việt luật lệ* là bộ luật được ban hành dưới triều Nguyễn, thời vua Gia Long, có sự kết hợp giữa đức trị, pháp trị, nhân trị; được xem là cơ sở để các vị vua sau này của nhà Nguyễn sử dụng để thực hiện quyền cai trị tuyệt đối của mình. Bộ luật này được vua Gia Long cho tiến hành biên soạn từ năm 1811, do Nguyễn Văn Thành làm Tổng tài soạn, năm 1812 thì hoàn thành. Đến năm 1815, nhà vua cho ban hành và áp dụng rộng rãi trên phạm vi cả nước. Có thể đánh giá đây là bộ luật đầy đủ và hoàn chỉnh nhất trong hệ thống luật cổ của nước ta và là bộ luật đầu tiên trong lịch sử phong kiến Việt Nam có sự thống nhất từ Bắc vào Nam.

¹⁷ Trần Quang Tiệp (2007), *Đồng phạm trong Luật Hình sự Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr.184.

¹⁸ Nguyễn Ngọc Hiền (2016), *Tổ chức tội phạm ở Việt Nam, những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Nxb Chính trị quốc gia, tr.11.

Tại BLHS năm 2015, thuật ngữ “nhóm tội phạm” lần đầu được ghi nhận tại khoản 1, Điều 14 với nội dung: “*Chuẩn bị phạm tội là tìm kiếm, sửa soạn công cụ, phương tiện hoặc tạo ra những điều kiện khác để thực hiện tội phạm hoặc thành lập, tham gia nhóm tội phạm trừ trường hợp quy định tại Điều 109, điểm a khoản 2 Điều 113 hoặc điểm a khoản 2 Điều 299 của Bộ luật này*”. Quy định này tạo cơ sở pháp lý để chủ động ngăn chặn sớm tội phạm xảy ra, góp phần nâng cao hiệu quả phòng ngừa tội phạm, đồng thời phù hợp với tinh thần của Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia.

Tuy nhiên, BLHS 2015 không đưa ra định nghĩa thế nào là nhóm tội phạm cũng như quy định về số lượng người, thời gian thực hiện, mục đích phạm tội cụ thể của nhóm tội phạm. Trong các bài nghiên cứu khoa học vẫn không tồn tại khái niệm “nhóm tội phạm”, thay vào đó, trong lý luận hình sự tồn tại nhiều khái niệm khác nhau có liên quan như: “tổ chức tội phạm”, “tổ chức phạm tội”, “tội phạm có tổ chức”, “phạm tội có tổ chức”.

4. Một số kiến nghị, đề xuất

Như đã phân tích, BLHS năm 2015 chưa có quy định cụ thể hay giải thích khái niệm “nhóm tội phạm” nên sẽ rất khó khăn khi tìm hiểu các đặc điểm của khái niệm này cũng như việc áp dụng quy định về nhóm tội phạm trong thực tế. Chính vì vậy, việc bổ sung khái niệm này trong Bộ luật Hình sự là điều vô cùng cần thiết về mặt pháp lý cũng như thực tiễn áp dụng. Việc bổ sung khái niệm “nhóm tội phạm” trước hết phải dựa trên một số cơ sở sau:

Thứ nhất, việc bổ sung điều luật quy định về nhóm tội phạm trước hết thể hiện chính sách hình sự nước ta luôn quán triệt các quan điểm tư tưởng chỉ đạo của Đảng và Nhà nước ta trong việc thực hiện các cam kết quốc tế; “tổ chức, thực hiện tốt các điều ước quốc tế mà Nhà nước ta đã tham gia”¹⁹, thể hiện trách nhiệm của Việt Nam với tư cách là thành viên tham gia ký kết CTOC. Trong những năm qua, Đảng và Nhà nước không ngừng đẩy mạnh, nâng cao chất lượng để đảm bảo hoàn thiện hệ thống pháp luật theo định hướng Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về “Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020”²⁰. Đồng thời, “nghĩa vụ nội luật hóa các quy định CTOC vào trong BLHS Việt Nam có tính bắt buộc về mặt pháp lý khi nhà nước ta tham gia và phê chuẩn CTOC”²¹.

Thứ hai, bổ sung quy định nhóm tội phạm còn xuất phát từ đòi hỏi của thực tiễn đấu tranh phòng, chống tội phạm của nước ta hiện nay. Đây là một trong những lý do đặc biệt quan trọng và có tác động lớn đến việc thay đổi quy định pháp luật.

Qua thực tiễn đấu tranh phòng chống đối với các băng nhóm tội phạm, có thể số lượng các băng nhóm ngày càng nhiều, thành viên ngày càng gia tăng, tính tổ chức ngày càng cao.

¹⁹ Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020.

²⁰ Võ Trọng Việt (2018), *Tiếp tục xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật về quốc phòng an ninh trong tình hình mới*, Tạp chí Cộng sản, số 905, tháng 3/2018, tr.27.

Bên cạnh đó, các băng nhóm tội phạm trong nước đã có sự cấu kết với các băng nhóm tội phạm ở nước ngoài để thực hiện tội phạm với quy mô ngày càng mở rộng và thủ đoạn ngày càng tinh vi.

Thứ ba, cần bổ sung quy định về đặc điểm của nhóm tội phạm có tổ chức vì những quy định của pháp luật hình sự Việt Nam hiện hành chưa đáp ứng được yêu cầu đấu tranh với những nhóm tội phạm. Thực tế khi xử lý các vụ án phạm tội có tổ chức, mặc dù các băng, nhóm tội phạm này gây ra hậu quả rất nghiêm trọng nhưng cơ quan có thẩm quyền chỉ có thể xử lý các đối tượng về các tội phạm cụ thể hoặc xử lý “phạm tội có tổ chức” là tình tiết định khung tăng nặng hoặc tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự. Trừ các tội cụ thể được BLHS năm 2015 quy định sẽ truy cứu trách nhiệm hình sự từ khi tham gia, thành lập vào nhóm tội phạm (Điều 109, điểm a khoản 2 Điều 112, điểm a khoản 2 Điều 229), đối với các tội còn lại không có cơ sở pháp lý để xử lý khi có hành vi tham gia, thành lập nên nhóm tội phạm có tổ chức. Pháp luật hình sự Việt Nam chưa tạo cơ sở pháp lý cho việc xử lý về hình sự hành vi thành lập hay tham gia các băng nhóm tội phạm²².

Như vậy, Việt Nam có thể nội luật hóa quy định về “nhóm tội phạm” này theo quy định tại Điều 5(1)(a)(ii) của CTOC vì quy định này tương đồng với truyền thống pháp luật Việt Nam, điều luật này sẽ tạo cơ sở cho việc quy định về tội thành lập, tham gia tổ chức tội phạm cũng như về tội phạm do nhóm tội phạm thực hiện.

Tuy nhiên, theo quan điểm của tác giả, nên sử dụng thuật ngữ “tổ chức tội phạm” thay vì sử dụng thuật ngữ “nhóm tội phạm có tổ chức” như một số tác giả đã dùng hay thuật ngữ “nhóm tội phạm” trong BLHS 2015. Bởi nếu đặt quy định có thuật ngữ “nhóm tội phạm” trong BLHS 2015 trong mối liên hệ với các quy định khác trong BLHS 2015 thì “nhóm tội phạm” ở đây chỉ có thể được hiểu là “nhóm người đồng phạm”, có nghĩa là nhóm từ hai người trở lên được hình thành nhằm cố ý cùng thực hiện một tội phạm cụ thể. Khái niệm “nhóm tội phạm” sẽ không phản ánh được các đặc điểm của nhóm tội phạm có tổ chức theo quy định CTOC. Đồng thời như đã phân tích, các khái niệm khác liên quan như “phạm tội có tổ chức” hay “đồng phạm có tổ chức” đã được thừa nhận trong BLHS 2015 cũng hoàn toàn khác với khái niệm “nhóm tội phạm có tổ chức” trong CTOC.

“Nhóm tội phạm có tổ chức” hay “tổ chức tội phạm” đều là do cách dịch từ thuật ngữ “organized criminal group”. Tuy nhiên, tác giả nhận thấy thuật ngữ “tổ chức tội phạm” sẽ phù hợp hơn vì:

Về bản chất pháp lý, “tổ chức tội phạm” là một tổ chức được lập ra của một nhóm từ ba người trở lên nhằm thực hiện một hoặc nhiều loại hành vi phạm pháp (các hành vi này cấu thành các tội nghiêm trọng, rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng). Do vậy, việc truy cứu trách nhiệm hình sự trong trường hợp này là nhằm hướng đến việc trừng trị sự ra đời, tồn tại

²² Lê Thị Sơn (2013), *Các giai đoạn thực hiện tội phạm, đồng phạm và tổ chức tội phạm với việc hoàn thiện cơ sở pháp lý của trách nhiệm hình sự*, Nxb Tư pháp, tr.126.

của một loại “tổ chức nguy hiểm” trong xã hội. Việc trừng trị trước hết là việc hướng tới các hành vi thành lập hoặc tham gia tổ chức, sau đó mới trừng trị các hành vi phạm tội cụ thể của tổ chức. Khái niệm này tương đồng với nội hàm của thuật ngữ “*organized criminal group*” trong CTOC.

Trên phương diện khoa học pháp lý, khái niệm “tổ chức tội phạm” được pháp luật hình sự nhiều quốc gia đã quy định và có sự tương đồng nhất định với CTOC. Khái niệm “tổ chức tội phạm” đã xuất hiện cách đây khoảng 300 năm cùng với sự hình thành những tổ chức tội phạm đầu tiên trong khu vực châu Âu và châu Á như: tổ chức tội phạm “Yakuza” ở Nhật Bản, “Triaden” ở Trung Quốc và đầu thế kỷ XIX là tổ chức tội phạm “Mafia” ở đảo Szilia (Italia). Ban đầu, những tổ chức tội phạm này chỉ hoạt động trong phạm vi quốc gia, nhưng qua thời gian với việc lợi dụng các điều kiện của quá trình toàn cầu hóa, giao lưu quốc tế, các tổ chức tội phạm đã được hình thành ở nhiều quốc gia trên thế giới²³. BLHS của nhiều quốc gia trên thế giới đã ghi nhận khái niệm “tổ chức tội phạm” ngay trong phần chung hoặc tại điều luật về tội thành lập hoặc tham gia tổ chức tội phạm trong phần các tội phạm như: Cộng hòa Liên bang Nga, Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa, Cộng hòa Liên bang Đức...

Từ những phân tích trên, tác giả đưa ra những kiến nghị bổ sung điều luật quy định khái niệm “tổ chức tội phạm” đặt ngay sau quy định về Đồng phạm, cụ thể như sau:

“Điều... *Tổ chức tội phạm*:

Tổ chức tội phạm là một nhóm từ ba người trở lên có sự liên kết với nhau trong một thời gian nhất định nhằm mục đích thực hiện tội phạm rất nghiêm trọng hoặc đặc biệt nghiêm trọng.

Người thành lập, người tham gia tổ chức tội phạm phải chịu trách nhiệm hình sự về hành vi thành lập, tham gia tổ chức tội phạm theo quy định tại Phần các tội phạm của Bộ luật này”.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nguyễn Trường Giang, Nguyễn Ngọc Anh (2005), *Công ước Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia và các nghị định thư bổ sung*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.

2. Nguyễn Thị Phương Hoa, Bùi Đình Tiến (2016), *Nội luật hóa các quy định của Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia trong Bộ luật Hình sự Việt Nam*, Nxb Hồng Đức.

3. Trần Quang Tiệp (2007), *Đồng phạm trong Luật Hình sự Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.

4. Nguyễn Ngọc Hiền (2016), *Tổ chức tội phạm ở Việt Nam, những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Nxb Chính trị quốc gia.

²³ Lê Thị Sơn (2013), *Các giai đoạn thực hiện tội phạm, đồng phạm và tổ chức tội phạm với việc hoàn thiện cơ sở pháp lý của trách nhiệm hình sự*, Nxb Tư pháp, tr.52.

5. Lê Thị Sơn (2013), *Các giai đoạn thực hiện tội phạm, đồng phạm và tổ chức tội phạm với việc hoàn thiện cơ sở pháp lý của trách nhiệm hình sự*, Nxb Tư pháp.

6. Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020.

7. Lê Minh Tuấn (2004), *Một số nội dung cơ bản của Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia*, Tạp chí Kiểm sát, số tháng 10/2004.

8. Võ Trọng Việt (2018), *Tiếp tục xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật về quốc phòng an ninh trong tình hình mới*, Tạp chí Cộng sản, số 905.

9. United Nation Office on Drugs and Crimes (UNODC) (2004), *“Legislative guides for the implementation of the united nations convention against transnational organized crime, and the protocols thereto”*, United Nations, New York.

PHÁP LUẬT VỀ HỘI CỦA CỘNG HÒA LIÊN BANG ĐỨC, CỘNG HÒA PHÁP - MỘT SỐ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

*NGUYỄN THỊ NỮ**

Ngày nhận bài: 21/10/2020

Ngày phản biện: 02/11/2020

Ngày đăng bài: 31/12/2020

Tóm tắt:

Lập hội là một trong những quyền cơ bản của con người được pháp luật của nhiều quốc gia ghi nhận và bảo vệ. Trong phạm vi bài viết này, tác giả sẽ phân tích khái quát pháp luật về hội của Cộng hòa Liên bang Đức, Cộng hòa Pháp; chỉ rõ những ưu điểm về pháp luật về hội của các quốc gia này từ đó rút ra một số kinh nghiệm tốt mà Việt Nam cần học hỏi nhằm hoàn thiện pháp luật về hội của Việt Nam hiện nay.

Từ khóa:

Hội, tự do hiệp hội, quyền lập hội.

Abstract:

Association is one of the fundamental human rights recognized and protected by the laws of many countries. In the scope of this article, the author will analyze generally the law on associations of the Federal Republic of Germany, the French Republic; clearly indicating the advantages of the law on associations of these countries, from which to draw some good experiences that Vietnam needs to learn in order to perfect the current law on associations.

Keywords:

Association, freedom of association, right to association.

Đặt vấn đề

Quyền tự do hiệp hội còn được gọi là quyền lập hội, được ghi nhận trong Tuyên ngôn Quốc tế về quyền con người năm 1948, Công ước Quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966, là một quyền cơ bản của con người có ý nghĩa quan trọng trong một xã hội tự do, dân chủ, văn minh. Quyền tự do hiệp hội được ghi nhận trong hầu hết Hiến pháp của các quốc gia trên thế giới như một quyền cơ bản, quan trọng. Trong phạm vi bài viết này tác giả sẽ phân tích khái quát pháp luật về hội của Cộng hòa Liên bang Đức, Cộng hòa Pháp; chỉ rõ những ưu điểm về pháp luật về hội của các quốc gia này, từ đó rút ra một số kinh nghiệm tốt mà Việt Nam cần học hỏi nhằm hoàn thiện pháp luật về hội của Việt Nam hiện nay.

* ThS., GV Khoa Luật Hành chính, Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: nunt@hul.edu.vn

1. Pháp luật về hội của Cộng hòa Liên bang Đức

Cộng hòa Liên bang Đức là một trong những quốc gia sớm có hệ thống pháp luật về tự do hiệp hội. Hành lang pháp lý thông thoáng giúp phát triển đa dạng các loại hình hiệp hội tại Đức cả về số lượng¹ và hình thức tổ chức. Các luật của Cộng hòa Liên bang Đức liên quan tới tự do hiệp hội như: Đạo luật cơ bản của Đức năm 1949 sửa đổi năm 2010; Luật về hội năm 1964 sửa đổi các năm 2007, năm 2015; Bộ luật Dân sự; Luật về đối xử công bằng; Luật về các thỏa ước tập thể 1969...

Theo quy định tại Điều 9 Đạo luật cơ bản của Đức thì tất cả người Đức đều có quyền thành lập các công ty và các hội khác; các hội có mục đích hoặc trái với pháp luật hình sự hoặc nhằm chống lại thể chế hiến định hoặc chống lại tư tưởng hiểu biết quốc tế lẫn nhau đều bị cấm. Tại Đức, quyền tự do liên kết được quy định như sau²: “Quyền thành lập các hội nhằm đảm bảo và cải thiện các điều kiện lao động và kinh tế được bảo đảm cho mọi cá nhân và mọi nghề nghiệp hoặc ngành nghề. Các thỏa thuận nhằm hạn chế hoặc tìm cách cản trở quyền này là vô hiệu; các biện pháp nhằm mục đích này là trái luật”. Có thể khái quát một số quy định về quyền lập hội ở Đức ở một số nội dung sau:

Tự do hiệp hội tại Đức được quy định tại Điều 9 Đạo luật cơ bản, theo đó:

- Tất cả người Đức đều có quyền thành lập các công ty và các hội khác.
- Các hội có mục đích hoặc hoạt động trái với pháp luật hình sự, nhằm chống lại thể chế hiến định hoặc chống lại tư tưởng hiểu biết quốc tế lẫn nhau đều bị cấm.

Một điểm đáng chú ý là theo quy định tại Điều 9 Đạo luật cơ bản, quyền tự do hiệp hội chỉ áp dụng cho người Đức, tuy nhiên người nước ngoài ở Đức khi thành lập hội ở Đức có thể viện dẫn Điều 2 Đạo luật cơ bản và Điều 1 Luật về hội³.

Về phạm vi các tổ chức thuộc sự điều chỉnh pháp luật về hội rất rộng, bao gồm cả các hội tôn giáo và các đảng chính trị. Đối với các hội tôn giáo, ngoài tự do hiệp hội còn được bảo đảm quyền tự do tín ngưỡng, lương tâm và tôn giáo theo quy định của Điều 4 Đạo luật cơ bản. Đối với các đảng chính trị, Điều 21 Đạo luật cơ bản quy định: “Các đảng phái chính trị có thể được thành lập một cách tự do, tuy nhiên việc tổ chức nội bộ của các đảng phải tuân thủ các nguyên tắc dân chủ, các đảng phải chịu trách nhiệm công khai về tài sản của đảng, các nguồn lực và việc sử dụng các quỹ của đảng”.

¹ Trích tài liệu hội thảo: “*Cơ chế bảo đảm thực hiện quyền lập hội của công dân: Lý luận và thực tiễn*” do Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội phối hợp với Viện Nghiên cứu lập pháp tổ chức ngày 24/5/2016, tr.132.

² Khoản 3 Điều 9 Đạo luật cơ bản của Cộng hòa Liên bang Đức.

³ Khoản 2 Điều 2 Đạo luật cơ bản quy định: “Mọi người đều có quyền tự do phát huy khả năng và tố chất của mình trong chừng mực nhất định không xâm phạm đến các quyền của người khác hoặc không vi phạm thể chế hiến định hoặc các chuẩn mực đạo đức”

Khoản 1 Điều 1 Luật về Hội quy định: “Việc lập các hội là tự do”.

Về thủ tục thành lập và năng lực pháp lý của hội: Tại Đức, số đăng bạ tại các tòa án cấp cơ sở bao gồm các hội có đăng ký và hội không đăng ký, tuy nhiên luật không quy định nghĩa vụ của các hội phải đăng ký hoạt động. Các hội có đăng ký với tư cách là pháp nhân có năng lực pháp lý (Điều 21 Bộ luật Dân sự 2002, sửa đổi 2011) và năng lực tranh chấp pháp lý (Điều 50 Bộ luật Tố tụng Dân sự Đức năm 2005, sửa đổi bổ sung năm 2013) có thể khởi kiện và có thể bị kiện ra tòa. Các hội không đăng ký cũng có khả năng tranh chấp pháp lý (Điều 50 khoản 2 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2002, sửa đổi bổ sung 2013).

Về vấn đề điều chỉnh về hội thì ở Đức cả pháp luật tư và pháp luật công đều điều chỉnh về hội. Pháp luật tư về hội được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2002, sửa đổi 2011. Nhìn chung các quy định về hội trong Bộ luật Dân sự thông thoáng, thủ tục đơn giản tạo điều kiện cho việc thành lập và hoạt động của hội.

Ví dụ: Hội không mang tính chất kinh doanh sẽ có tư cách pháp nhân bằng việc ghi vào danh bạ hội tại tòa án có thẩm quyền (Điều 21 Bộ luật Dân sự), hội mang tính chất kinh doanh có tư cách pháp nhân khi được cơ quan nhà nước có thẩm quyền tại bang mà hội đó đặt trụ sở công nhận (Điều 22 Bộ luật Dân sự). Bộ luật Dân sự khuyến cáo chỉ nên tiến hành đăng ký khi số hội viên ít nhất là 7 (Điều 56 Bộ luật Dân sự) điều đó có nghĩa là hội nhỏ dưới 7 thành viên có thể hoạt động bình thường mà không cần đăng ký.

Về pháp luật công, Điều 9 Khoản 3 Đạo luật cơ bản liên quan đến tự do hiệp hội quy định: “Quyền thành lập các hội để đảm bảo và cải thiện các điều kiện lao động và kinh tế được bảo đảm cho mọi cá nhân và mọi nghề nghiệp hoặc ngành nghề. Các thỏa thuận nhằm hạn chế hoặc tìm cách cản trở quyền này là vô hiệu, các biện pháp nhằm mục tiêu này là trái luật”⁴.

Về vấn đề cấm hội, tại Điều 3 Luật về hội quy định: Một hội chỉ bị cấm bằng một quyết định của cơ quan có thẩm quyền, trong đó xác định rằng mục đích hoặc hoạt động của hội vi phạm pháp luật hình sự hoặc chống lại thể chế do Hiến pháp quy định hoặc chống lại tư tưởng trao đổi hiểu biết lẫn nhau trong quan hệ quốc tế⁵.

Như vậy qua phân tích ở trên có thể thấy những quy định của pháp luật về hội của Đức rất thông thoáng, tạo điều kiện cho công dân có thể thuận lợi thực hiện được quyền này.

2. Pháp luật về hội của Cộng hòa Pháp

Tự do hiệp hội ở Pháp quy định chủ yếu trong Luật về hội ngày 01/07/1901, nhìn chung mặc dù tồn tại những giới hạn nhất định đối với những hội, những lĩnh vực hoặc vùng lãnh thổ đặc thù nhưng có thể thấy pháp luật về hội của Pháp thể hiện tinh thần bao trùm là sự tôn

⁴ Trích tài liệu hội thảo: “Cơ chế bảo đảm thực hiện quyền lập hội của công dân: Lý luận và thực tiễn” do Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội phối hợp với Viện Nghiên cứu lập pháp tổ chức ngày 24/5/2016, tr.136.

⁵ Trích tài liệu hội thảo: “Pháp luật về Hội của Đức và những gợi ý cho việc xây dựng một Luật về Hội ở Việt Nam” do Trường Đại học Luật, Đại học Huế và Viện Friedrich Ebert Stiftung tổ chức tại Thừa Thiên Huế ngày 08/04/2016, tr.7.

trọng tự do hiệp hội. Tinh thần này không chỉ được ghi nhận trong luật mà còn được bảo vệ mạnh mẽ bằng hoạt động tư pháp: các án lệ của tòa án hành chính, dân sự hay Tòa án Hiến pháp đều thống nhất cao trong việc đề cao tự do hiệp hội. Quyền lập hội của Pháp được quy định ở những nội dung chính sau:

Về thủ tục thành lập hội ở Pháp rất đơn giản: Hội có thể thành lập thông qua khai báo hoặc không khai báo. Việc quản lý khai báo thành lập hội không thuộc thẩm quyền của chính quyền địa phương mà là thẩm quyền của nhà nước trung ương. Luật về hội của Pháp thừa nhận cả những hội không khai báo. Các hội này có thể thành lập một cách tự do không cần có giấy phép hoặc khai báo trước. So với hội khai báo thì hội không khai báo không có tư cách pháp nhân nhưng điều ấy không cản trở hội không khai báo thực thi các quyền năng pháp lý của mình. Việc thừa nhận năng lực pháp lý của hội không khai báo thể hiện quyền lập hội đã được tôn trọng tuyệt đối. Hội thực sự là ý chí tự nguyện của cá nhân, việc tồn tại hội không phụ thuộc vào ý chí của chính quyền.

Luật về hội của Pháp không điều chỉnh nhiều về các hoạt động nội bộ của hội. Trong luật về hội nội dung quản lý nhà nước đối với các hội chỉ bao gồm quy định về các hoạt động chia tách, sáp nhập hội và điều chỉnh về vốn - tài chính của hội.

Cụ thể:

Luật về hội năm 1901 có các quy định về năng lực bảo vệ quyền của hội trước pháp luật, các quy định về tiếp cận quỹ của hội - nhưng cũng theo hướng rất mở.

“Không cần có sự cấp phép riêng, mọi hội khai báo hợp thức có thể tham gia tố tụng, tiếp nhận các khoản hiến tặng trao tay cũng như hiến tặng của các cơ quan công ích” (Điều 6 Luật về hội năm 1901)⁶.

Từ những năm sau Chiến tranh thế giới lần thứ hai, khi mà chính quyền còn quan ngại về việc liên kết giữa các cá nhân thì bằng rất nhiều phán quyết, tòa hành chính đã lên án tính bất hợp pháp của những quyết định giải tán hội không dựa trên quy định của các đạo luật. Không chỉ bảo vệ tự do hiệp hội như là nguyên tắc, mà tòa hành chính bảo vệ tự do hiệp hội trong các hoạt động cụ thể khi tỏ rõ quan điểm: Không hề ủng hộ cơ quan hành chính khi có bất kì hành vi nào can thiệp vào hoạt động của hội.

Đời sống nội bộ của hội là lĩnh vực mà cơ quan hành chính không được can thiệp. Sự can thiệp của hành chính đối với hội chỉ được phép khi có luật quy định về từng trường hợp cụ thể.

Không tìm thấy trong Luật lập hội của Pháp các quy định điều chỉnh về hoạt động nội bộ của hội, không có sự can thiệp vào quyết định hiến chương, điều lệ hay cơ cấu tổ chức của Hội. Cơ quan hành chính không có thẩm quyền trong giải tán hội, do bản chất là một quan hệ

⁶ Pascale FOMBEUR, *La jurisprudence du Conseil d'Etat et la liberté d'association*, Acte de colloque “*La liberté d'association et le droit*”, 29-30 juin 2001, tr.66.

dân sự nên việc giải tán hội thuộc thẩm quyền của tòa dân sự. Cơ quan hành chính không được phép đình chỉ hoạt động của hội hay giải tán hội.

3. Một số kinh nghiệm cho Việt Nam trong việc hoàn thiện pháp luật về hội

Ở Việt Nam, nhu cầu của con người về hội họp, chia sẻ và liên kết thành lập hội là tự nhiên và là một quyền con người đã được thừa nhận, nhưng vấn đề quan trọng là phải được bảo vệ và đảm bảo thực hiện. Hiến pháp Việt Nam năm 2013 đã quy định rõ quyền này ở Điều 25 “*Công dân có quyền tự do lập hội*”.

Việc xây dựng Luật về hội vừa là nhu cầu cấp bách để thực hiện Hiến pháp vừa là để tôn vinh giá trị quyền con người, phát huy nhân tố con người như một động lực cơ bản phát triển xã hội, vì sự nghiệp dân giàu, nước mạnh, công bằng, dân chủ, văn minh.

Mỗi quốc gia có một nền pháp luật đặc thù dựa trên nền tảng lịch sử, văn hóa, kinh tế và chính trị của quốc gia. Tuy nhiên từ việc nghiên cứu pháp luật về hội ở Đức, Pháp tác giả đưa ra một số kinh nghiệm cho Việt Nam như sau:

Một là, thành lập hội là quyền đương nhiên của con người và công dân mà nhà nước cần có trách nhiệm tôn trọng, thực thi và bảo vệ.

Từ kinh nghiệm ở Pháp cho nên khi xây dựng Luật về hội cần xác định đây là đạo luật để bảo vệ và bảo đảm thực thi quyền tự do hiệp hội chứ không phải là đạo luật đơn thuần chỉ để quản lý hội. Cơ quan nhà nước không nên can thiệp sâu vào hoạt động cụ thể của hội như phê duyệt điều lệ, công nhận hay bãi nhiệm người đại diện theo pháp luật, nếu làm ngược lại sẽ mâu thuẫn với nguyên tắc tự nguyện, tự quản, tự chịu trách nhiệm trước pháp luật của hội. Việc lựa chọn người đại diện theo pháp luật của hội là kết quả ý chí của hội viên và ảnh hưởng trực tiếp đến quyền của hội viên nên không thể có sự can thiệp hay phê chuẩn của chính quyền.

Hai là, về phạm vi điều chỉnh của luật.

Từ kinh nghiệm của Cộng hòa Liên bang Đức là người nước ngoài vẫn có thể thành lập hội ở Đức nên việc quy định đối tượng áp dụng của hội nên mở rộng hơn phù hợp với tình hình đất nước trong bối cảnh hội nhập quốc tế.

Để đảm bảo nguyên tắc bình đẳng giữa các cá nhân và giữa các hội, cần mở rộng đối tượng điều chỉnh của luật tới mọi tổ chức xã hội, trong đó xác định rõ các loại hội không cần đăng ký và có loại hội cần đăng kí. Việc quy định công dân chỉ có thể thực hiện quyền lập hội, hội họp khi thành lập một nhóm, một tổ chức nhất định và phải được công nhận là có tư cách pháp nhân là không phù hợp.

Ba là, về thủ tục đăng ký, thành lập hội.

Từ kinh nghiệm của nước Đức nên quy định việc đăng ký thành lập thay cấp phép đồng thời đảm bảo nhà nước tôn trọng, bảo vệ và thúc đẩy các điều kiện thực thi quyền tự do hiệp hội của người dân. Để phù hợp với xu hướng chung của cải cách hành chính Việt Nam có thể quy định thủ tục đăng ký thành lập hội cho cơ quan nhà nước qua Internet hoặc nộp hồ sơ

đăng ký tại một cơ quan nhất định nơi hội có trụ sở tương tự như quy định của Cộng hòa Liên bang Đức.

Bốn là, về việc chấm dứt hoạt động của hội. Các hội có thể chủ động chấm dứt hoạt động hoặc bị cơ quan nhà nước chấm dứt hoạt động. Tuyên bố giải thể được thực hiện sau khi thanh toán các nghĩa vụ về tài sản, thanh lý tài sản và các nghĩa vụ khác của hội. Đặc biệt, với tư cách là một quyền cơ bản thì giải tán hội chỉ có thể xuất phát từ yêu cầu của chính hội viên.

4. Kết luận

Trên cơ sở tìm hiểu khái quát pháp luật về hội của Đức, Pháp, tác giả đưa ra một số gợi mở cho việc xây dựng và hoàn thiện Luật về hội của Việt Nam theo hướng tiếp cận với quy định của các nước có pháp luật tiên tiến về tự do hiệp hội cũng như tương thích với các quy chuẩn quốc tế mà Việt Nam đã cam kết thực hiện.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nguyễn Hoàng Anh (2015), *Pháp luật về quyền tự do lập hội, hội họp hòa bình trên thế giới và của Việt Nam*, NXB Hồng Đức, Hà Nội.
2. Tài liệu hội thảo: *Cơ chế bảo đảm thực hiện quyền lập hội của công dân: Lý luận và thực tiễn*, Hà Nội, 2016.
3. Tài liệu hội thảo: *Góp ý hoàn thiện dự thảo Luật về hội*, Quảng Ninh, ngày 12-13/7/2016.
4. Tài liệu hội thảo: *Góp ý hoàn thiện dự thảo Luật về hội*, Thành phố Huế ngày 10/10/2016.
5. Bộ Nội vụ (2016), Dự thảo Luật về hội trình Quốc hội tại kỳ họp thứ 2, Quốc hội khóa XIV, tháng 10/2016, <http://duthaoonline.quochoi.vn>.
6. Nguyễn Đăng Dung (2016), *Bảo đảm quyền tự do lập hội trong Dự thảo Luật về Hội của Việt Nam*, tài liệu hội thảo: *Cơ chế bảo đảm thực hiện quyền lập hội của công dân: Lý luận và thực tiễn*, Hà Nội.
7. Đạo luật cơ bản của Cộng hòa Liên bang Đức năm 1949 sửa đổi 2010.
8. Vũ Công Giao (2016), *Bảo đảm quyền tự do lập hội theo Hiến pháp năm 2013: Lý luận và thực tiễn* (tài liệu dùng cho hội thảo), NXB Hồng Đức, Hà Nội.
9. Vũ Công Giao (2016), *Hội và tự do hiệp hội ở Việt Nam: Lịch sử phát triển và khung pháp lý*, Tài liệu hội thảo: *Cơ chế bảo đảm thực hiện quyền lập hội của công dân: Lý luận và thực tiễn*, Hà Nội.

**BÀN VỀ BIỆN PHÁP BẢO HỘ QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ
ĐỐI VỚI TRI THỨC TRUYỀN THỐNG BÀI THUỐC CỔ TRUYỀN
TẠI VIỆT NAM**

NGUYỄN VĂN PHÚC*

ĐỖ THỊ DIỆN**

Ngày nhận bài: 22/09/2020

Ngày phản biện: 10/10/2020

Ngày đăng bài: 31/12/2020

Tóm tắt:

Ngày nay, thế giới đang có xu hướng quay trở lại ứng dụng các tri thức truyền thống bài thuốc cổ truyền trong chăm sóc sức khỏe và phát triển kinh tế cộng đồng. Điều này dẫn đến một cuộc chiến pháp lý để xác định quyền sở hữu đối với bài thuốc cổ truyền một cách gay gắt giữa các quốc gia. Tại Việt Nam, việc bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với tri thức truyền thống là các bài thuốc cổ truyền còn thiếu những quy định đặc thù. Thông qua bài viết, tác giả sẽ làm rõ các biện pháp bảo hộ và thực tiễn bảo hộ tri thức truyền thống đối với bài thuốc cổ truyền tại Việt Nam, qua đó đề xuất các giải pháp cho vấn đề nghiên cứu.

Từ khóa:

Bảo hộ, tri thức truyền thống, thuốc, cổ truyền.

Abstract:

Today, the world tends to return to the application of traditional knowledge of traditional remedies in health care and community economic development. This leads to a fierce legal battle to determine ownership of traditional remedies between countries. In Vietnam, the protection of intellectual property rights to traditional knowledge of traditional remedies lacks specific provisions. Through this article, the author will clarify the protective methods and the practice of protecting traditional knowledge of traditional remedies in Vietnam, thereby proposing solutions to the research problem.

Keywords:

Protection, traditional knowledge, medicine, tradition.

1. Khái quát về bảo hộ tri thức truyền thống đối với bài thuốc cổ truyền

1.1. Tiếp cận khái niệm tri thức truyền thống

Mặc dù đã được tiếp cận từ khá sớm nhưng cho đến nay thuật ngữ tri thức truyền thống vẫn chưa được định nghĩa một cách thống nhất. Tổ chức Sở hữu trí tuệ (SHTT) thế giới (WIPO) nghiên cứu từ năm 1978, ban đầu khái niệm chỉ giới hạn ở một loại tri thức truyền

* ThS., GV Khoa Luật, Trường Đại học Duy Tân, Đà Nẵng; Email: nguyenvanphuclaw@gmail.com

** ThS., GV Khoa Luật Dân sự, Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: diendt@hul.edu.vn

thống là "các hình thức thể hiện văn hóa dân gian" (Expressions of Folklore), tuy nhiên, cách hiểu này còn khá hẹp và chưa toàn diện. Để thống nhất về cách dùng thuật ngữ, trong báo cáo của các cuộc khảo sát về SHTT và tri thức truyền thống (1998-1999), dưới góc độ SHTT, WIPO đã mở rộng thuật ngữ "tri thức truyền thống là các sản phẩm văn học, nghệ thuật hoặc khoa học dựa trên truyền thống..."¹.

Cũng có cách tiếp cận tương tự, vào năm 2011 tại Hội nghị đa dạng về sinh học (Convention on Biological Diversity) thuộc Tổ chức Giáo dục, Khoa học và Văn hóa Liên hợp quốc (UNESCO) tri thức truyền thống được hiểu đó là những "Kiến thức được phát triển từ kinh nghiệm, ... kiến thức truyền thống trong các lĩnh vực như nông nghiệp, ngư nghiệp, y tế, làm vườn, quản lý lâm nghiệp và môi trường nói chung"².

Tại Việt Nam, khái niệm tri thức truyền thống mới chỉ được hiểu giới hạn ở lĩnh vực văn học, nghệ thuật dân gian. Nhưng trên thế giới, khái niệm này mở rộng ra cả lĩnh vực khoa học, kỹ thuật, y học cổ truyền, phương pháp chữa bệnh... Từ những cách tiếp cận trên, có thể khái quát "Tri thức truyền thống là hệ thống tri thức mà người dân ở một cộng đồng nắm giữ và phát triển đa dạng trên các lĩnh vực văn hóa, khoa học, kỹ thuật. Dựa trên kinh nghiệm truyền thống được lưu truyền qua các thế hệ và có sự thay đổi để thích nghi với các môi trường văn hóa, xã hội, tạo nên một phần bản sắc văn hóa và tinh thần của một cộng đồng dân tộc".

1.2. Nhu cầu bảo hộ tri thức truyền thống đối với bài thuốc cổ truyền

Bài thuốc cổ truyền là một bộ phận chính của y học cổ truyền được sử dụng từ hàng ngàn năm nay. Những bài thuốc cổ truyền mang bản chất của tri thức truyền thống với sự phối kết hợp các dược liệu có nguồn gốc tự nhiên, dựa trên y học cổ truyền và kinh nghiệm dân gian, bằng việc sử dụng trực tiếp hoặc kết hợp với các phương pháp chữa trị truyền thống khác nhằm chữa trị, chăm sóc sức khỏe cho người bệnh. Một nhu cầu đặt ra hiện nay đó là việc xây dựng và ban hành một cơ chế pháp lý về sở hữu trí tuệ đặc thù để bảo hộ cho đối tượng bài thuốc cổ truyền, xuất phát từ những cơ sở thực tế sau:

Thứ nhất, tri thức truyền thống đối với bài thuốc cổ truyền đang dần bị mai một và có khả năng bị thất truyền. Xuất phát từ bản chất các bài thuốc cổ truyền được tồn tại và lưu truyền trong cộng đồng, gia đình thông qua hình thức truyền miệng nên rất nhiều bài thuốc cổ truyền đang có khả năng bị thất truyền do nhiều nguyên nhân khác nhau như: Không có người kế thừa, không có tài liệu ghi chép với sự xuất hiện nhiều dị bản khác nhau và nguồn dược liệu ngày càng khan hiếm.

¹ WIPO (2001), "Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998 - 1999)", https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo_pub_768.pdf. Truy cập ngày 20/8/2020.

² Convention on Biological Diversity (2011), "Traditional Knowledge and the Convention on Biological Diversity", <https://www.cbd.int/traditional/intro.shtml>. Truy cập ngày 18/8/2020.

Thứ hai, việc bảo hộ tri thức truyền thống đối với bài thuốc cổ truyền giúp phát triển kinh tế. Thị trường dược phẩm toàn cầu có giá trị 1,2 nghìn tỷ USD vào năm 2018 và ước tính đến năm 2023 sẽ đạt giá trị 1,5 nghìn tỷ, tại Việt Nam quy mô thị trường trong năm 2019 đạt giá trị 7,3 tỷ USD³. Giá trị của dược phẩm trong nước và trên thế giới rất lớn, nhưng khả năng đáp ứng thị trường này vẫn còn rất khiêm tốn trong khi chúng ta đang có kho tàng tri thức truyền thống các bài thuốc cổ truyền các dân tộc chưa phát triển hiệu quả.

Thứ ba, các tri thức truyền thống bài thuốc cổ truyền đang trở thành đối tượng bị thương mại hóa trái phép. Một thực tế hiện nay đang diễn ra đó là việc các tập đoàn dược phẩm lớn trên thế giới đang tận dụng cơ chế bảo hộ lỏng lẻo tại các quốc gia có nền tri thức lâu đời để phát triển và đăng ký các sáng chế dược phẩm bài thuốc cổ truyền. Điều này sẽ làm tăng giá thuốc từ 12 - 200%, từ đó sẽ ảnh hưởng đến sự tiếp cận y tế ở những quốc gia này, dẫn đến sự mất cân bằng trong việc chia sẻ quyền lợi giữa cộng đồng nắm giữ tri thức với chủ thể trực tiếp thương mại hóa bài thuốc cổ truyền⁴.

Tóm lại, giá trị của việc bảo hộ tri thức truyền thống đối với bài thuốc cổ truyền về mặt y học và kinh tế là không thể phủ nhận. Tuy nhiên, cần có một hệ thống pháp lý về sở hữu trí tuệ trong phạm vi quốc gia và quốc tế cụ thể để bảo hộ và cân bằng quyền lợi giữa các chủ thể phát sinh trong việc sử dụng, lưu giữ và thương mại hóa bài thuốc cổ truyền.

2. Các biện pháp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với tri thức truyền thống bài thuốc cổ truyền theo pháp luật Việt Nam

Việc bảo hộ đối tượng bài thuốc cổ truyền tại Việt Nam hiện nay đều dựa vào những quy định bảo hộ chung nhất cho các đối tượng của Luật SHTT. Tồn tại dưới các hình thức bảo hộ sau:

Thứ nhất, bảo hộ thông qua quyền tác giả.

Tại Việt Nam, pháp luật về bảo hộ tri thức truyền thống tiếp cận ban đầu dưới góc độ quyền tác giả như tác phẩm văn học, nghệ thuật dân gian với những sáng tạo tập thể trên nền tảng truyền thống của một nhóm hoặc các cá nhân. Ngoài ra, có thể được xem xét mở rộng bảo hộ quyền tác giả theo quy định tại điều 14.1.a. Luật SHTT năm 2005, sửa đổi bổ sung năm 2009 và 2019 “*Tác phẩm văn học, khoa học, sách giáo khoa, giáo trình và tác phẩm khác được thể hiện dưới dạng chữ viết hoặc ký tự khác*”. Ví dụ như bộ sách *Hải Thượng Y tông Tâm lĩnh* của danh y Hải Thượng Lãn Ông Lê Hữu Trác gồm 66 quyển được viết vào năm 1770 bằng chữ Hán tập hợp hơn 305 vị thuốc nam và 2.854 phương thuốc kinh nghiệm được lưu lại, có ý nghĩa rất lớn cho nền y học cổ truyền dân tộc.

³ Xem: BrandsVietNam (2018), “*Ngành dược phẩm hấp dẫn nhà đầu tư ngoại*”, <https://www.brandsvietnam.com/17830>, (truy cập ngày 25/08/2020).

⁴ Xem: United Nations (2001), “*Secret ary-General proposes global fund for the fight against HIV/AIDS and other infectious diseases at African leaders summit*”, <https://www.un.org/press/en/2001/SGSM7779R1.doc.htm>. (truy cập ngày 10/09/2020).

Tuy nhiên, vấn đề đặt ra đối với bảo hộ quyền tác giả cho bài thuốc cổ truyền hiện nay đó là việc cân bằng lợi ích giữa các chủ thể: (i) Cá nhân/gia đình/cộng đồng nắm giữ tri thức; (ii) Nhà khoa học nghiên cứu; (iii) Nhà đầu tư kinh phí cho việc nghiên cứu, đối với những kết quả nghiên cứu bài thuốc cổ truyền tồn tại dưới dạng báo cáo khoa học (tác phẩm khoa học).

Thứ hai, bảo hộ thông qua việc cấp bằng độc quyền sáng chế.

Thông tư số 01/2007/TT-BKHCN về Hướng dẫn thi hành Nghị định số 103/2006/NĐ-CP ngày 22/9/2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật SHTT về sở hữu công nghiệp có quy định tại Điều 23 về việc bổ sung nội dung đối với đơn đăng ký sáng chế liên quan đến nguồn gen hoặc tri thức truyền thống. Đây là văn bản đầu tiên, trực tiếp quy định tri thức truyền thống thuộc đối tượng bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ, kể cả các bài thuốc cổ truyền. Tuy nhiên, kể từ khi Thông tư số 01/2007/TT-BKHCN được ban hành và qua bốn lần sửa đổi, hiện tại là Thông tư số 16/2016/TT-BKHCN chỉ quy định bổ sung đơn đăng ký sáng chế cho đối tượng tri thức truyền thống nhưng không quy định cụ thể về các điều kiện để một sáng chế tri thức truyền thống được cấp. Điều này có thể được hiểu các bài thuốc cổ truyền phải thỏa mãn các điều kiện chung nhất để được cấp bằng bảo hộ bao gồm: tính mới, trình độ sáng tạo và khả năng áp dụng công nghiệp.

Trong các điều kiện để bảo hộ sáng chế là các bài thuốc cổ truyền tại Việt Nam, “*tính mới*” của sáng chế được xem là một trong những tiêu chí khó thỏa mãn nhất, bởi theo quy định tại Điều 60 Luật SHTT năm 2005, sửa đổi bổ sung năm 2009 và 2019 “*Sáng chế được coi là có tính mới nếu chưa bị bộc lộ công khai dưới hình thức sử dụng, mô tả bằng văn bản hoặc bất kỳ hình thức nào khác ở trong nước hoặc ở nước ngoài...*”. Theo cách hiểu này, phạm vi tính mới của một sáng chế được mở rộng ra không chỉ trong nước mà còn ở cả nước ngoài, những sáng chế đã được bộc lộ công khai dù dưới hình thức nào cũng đều được xem là không thỏa mãn điều kiện về tính mới và không có khả năng được bảo hộ. Trong khi đó, các bài thuốc cổ truyền tại Việt Nam đa số đều được bộc lộ phổ biến dưới hình thức sử dụng và lưu truyền trong dân gian, cộng đồng và gia đình nên khó thỏa mãn điều kiện để được cấp bằng độc quyền sáng chế.

Tuy nhiên, so sánh với pháp luật sáng chế một số quốc gia như Hoa Kỳ thì sáng chế chỉ được xem là “*mất tính mới*” khi nó được bộc lộ công khai trong một ấn phẩm ở nước ngoài, còn việc sử dụng hoặc biết đến rộng rãi ở nước ngoài thì không được đề cập⁵. Điều này có thể lý giải cho việc các bài thuốc cổ truyền tại Việt Nam có thể bị từ chối bảo hộ tại Việt Nam nhưng lại trở thành đối tượng sáng chế được bảo hộ và thương mại hóa bất hợp pháp tại Hoa Kỳ, điều đã từng xảy ra với bài thuốc từ củ nghệ và cây neem của Ấn Độ⁶.

⁵ Xem: United States Patent Act, Chapter 35 of the U.S. Code § 102 - Conditions for patentability.

⁶ Xem: Ramesh Menon, “Traditional knowledge receives a boost”, <http://indiatgether.org/tkdl-economy>. Truy cập ngày 10/09/2020.

Thứ ba, bảo hộ thông qua việc đăng ký nhãn hiệu.

Các bài thuốc cổ truyền tại Việt Nam được đưa ra thương mại hóa bởi các cá nhân tổ chức, có thể bảo hộ dưới danh nghĩa nhãn hiệu, nếu nhãn hiệu đó thỏa mãn hai điều kiện quy định tại Điều 72 Luật Sở hữu trí tuệ 2005, sửa đổi bổ sung 2009 và 2019: Dấu hiệu nhìn thấy được và có khả năng phân biệt bài thuốc cổ truyền của chủ sở hữu nhãn hiệu với bài thuốc cổ truyền của chủ thể khác. Ví dụ: Bài thuốc tắm cổ truyền của người Dao đỏ đến từ Sapa đã được đăng ký và bảo hộ nhãn hiệu “Dao`Spa” (số bằng 4-0114012-000), ngày 17/11/2008 do Cục SHTT cấp cho Công ty cổ phần Kinh doanh các sản phẩm bản địa Sapa⁷.

Hiện nay, việc bảo hộ nhãn hiệu bài thuốc cổ truyền còn đặt ra đối với nhãn hiệu là dược phẩm được phát triển trên cơ sở các bài thuốc cổ truyền, nhãn hiệu này có những đặc điểm riêng so với nhãn hiệu trong các lĩnh vực khác. Những nhãn hiệu dược phẩm hiện nay thường dùng các “tiền tố” (prefix) hay “hậu tố” (suffixes) mô tả đến các bộ phận, các bệnh, các khoa, các lĩnh vực liên quan đến công dụng của thuốc hay các chất chủ yếu tạo nên thuốc, những tiền tố hoặc hậu tố dạng này thông thường mang tính chất mô tả và là đối tượng có thể được sử dụng chung (tên generic). Ví dụ, nhãn hiệu “Broncholin” của Công ty Dược phẩm Sanofi được cấp cho các sản phẩm tương tự nhóm 5 là thuốc trị bệnh phổi và phế quản, ở đây tiền tố “Broncho” chỉ bộ phận cơ thể là phế quản mang tính mô tả không có khả năng phân biệt nên có thể được sử dụng chung⁸.

Ngoài các đối tượng bảo hộ trên, tri thức truyền thống đối với bài thuốc cổ truyền hiện nay còn được xem xét bảo hộ dưới các đối tượng khác như: chỉ dẫn địa lý; tên thương mại; bí mật kinh doanh; quyền đối với giống cây trồng hay quyền chống cạnh tranh không lành mạnh theo những quy định của Luật SHTT năm 2005, sửa đổi bổ sung năm 2009 và 2019. Tuy nhiên, điểm chung hiện nay của các đối tượng SHTT nêu trên còn thiếu những quy định riêng đặc thù và đề cập cụ thể đến đối tượng bảo hộ là các tri thức truyền thống nói chung và đối với bài thuốc cổ truyền nói riêng.

3. Thực tiễn đăng ký bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với tri thức truyền thống bài thuốc cổ truyền tại Việt Nam

Để đánh giá được thực tiễn đăng ký bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với tri thức truyền thống bài thuốc cổ truyền, tác giả tập trung phân tích và làm rõ thực tiễn đăng ký bảo hộ tại Cục Sở hữu trí tuệ đối với hai đối tượng sáng chế và nhãn hiệu.

⁷ Xem: Cục Sở hữu trí tuệ Việt Nam “*Thư viện số về sở hữu công nghiệp*”, <http://iplib.noip.gov.vn/WebUI/WDetail.php?intRecNum=1&HitListViewMode=Text&ref=>. Truy cập ngày 10/11/2020.

⁸ Xem: Văn phòng Luật sư Phạm và Liên Danh (2016), “*Một số lưu ý khi đánh giá tính tương tự của nhãn hiệu dược phẩm*”, <http://pham.com.vn/tin-tuc-su-kien-1/mot-so-luu-y-khi-danh-gia-tinh-tuong-tu-cua-nhan-hieu-duoc-pham.htm>. Truy cập ngày 10/09/2020.

3.1. Thực tiễn đăng ký bảo hộ sáng chế bài thuốc cổ truyền tại Việt Nam

Những sáng chế bài thuốc cổ truyền tại Việt Nam được cấp văn bằng bảo hộ theo phân loại sáng chế (IPC) thuộc phân lớp dược phẩm (A61K) tồn tại theo các nhóm: A61K35/70; A61K35/72; A61K35/78; A61K35/80; A61K35/82; A61K35/84; A61K36 có nguồn gốc y học cổ truyền. Để làm rõ hơn tình hình bảo hộ sáng chế bài thuốc cổ truyền, tác giả đã thống kê những sáng chế liên quan đến bài thuốc cổ truyền được cấp từ danh mục bằng sáng chế của Cục SHTT, từ tháng 1/2018 đến tháng 2/2020, cụ thể như sau:

Bảng 1. Tổng số văn bằng bảo hộ bài thuốc cổ truyền được cấp theo nguồn gốc người nộp đơn từ năm 2018 đến tháng 2/2020

Năm	Số paten bài thuốc cổ truyền được cấp theo nguồn gốc nộp đơn	
	Việt Nam	Nước ngoài
Năm 2018	2	1
Năm 2019	3	1
Tháng 2/2020	3	0

Nguồn: Tác giả thống kê từ danh mục bằng sáng chế của Cục SHTT công bố từ tháng 1/2018 đến tháng 2/2020.

Qua số liệu thống kê trên có thể nhận thấy tổng quan số lượng bằng sáng chế (patent) được cấp liên quan đến bài thuốc cổ truyền tại Việt Nam vẫn còn khá khiêm tốn với 10 bằng sáng chế từ năm 2018 đến nay và trong những kết quả nghiên cứu trước đó của PGS.TS. Trần Văn Hải giai đoạn từ năm 2000 đến 2012 chỉ có 44 đơn liên quan đến bài thuốc cổ truyền, trung bình mỗi năm có 3,3 sáng chế bài thuốc cổ truyền được nộp và số patent được cấp cho bài thuốc cổ truyền chỉ 21 patent, trung bình mỗi năm có 1,61 patent được cấp⁹. Điều này xuất phát từ nhiều nguyên nhân liên quan đến năng lực nghiên cứu và phát triển của các công ty dược phẩm tại Việt Nam và việc lựa chọn phổ biến hình thức cấp bằng độc quyền sáng chế dược phẩm sau khi phát triển các bài thuốc cổ truyền đến một giai đoạn nhất định trong phòng thí nghiệm.

Để làm rõ hơn thực tiễn và các điều kiện đăng ký bảo hộ sáng chế đối với bài thuốc cổ truyền, tác giả xin dẫn chứng sáng chế gần nhất được cấp patent số 1-0023239 ngày 25/2/2020 đối với “*Hỗn hợp thảo dược, thuốc đông y chứa hỗn hợp thảo dược này và quy trình bào chế thuốc đông y này*” chữa các bệnh về răng miệng và viêm xoang cấp cho Công ty TNHH Trường Minh Hoàng (Việt Nam) trên cơ sở sự kết hợp từ các loại dược liệu như tỳ giải, ngư tử,




⁹ Xem: Trần Văn Hải (2013), *Tình mới trong việc bảo hộ sáng chế đối với các bài thuốc cổ truyền của Việt Nam*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Luật học, tập 29, số 2 (2013), tr.7-15.

thăng ma, cổ phục linh, hoàng bá... Điểm đặc biệt của sáng chế xuất phát từ quy trình bào chế dược liệu, thời gian điều trị ngắn và triệu chứng bệnh giảm nhanh vì vậy sáng chế này thỏa mãn điều kiện về tính mới, cũng như trình độ sáng tạo và khả năng áp dụng công nghiệp¹⁰.

Tuy nhiên, như đã phân tích ở phần pháp luật về bảo hộ sáng chế (mục 2) hiện nay có không ít sáng chế bị từ chối cấp văn bằng bảo hộ do không đáp ứng điều kiện về “tính mới” của sáng chế. Xin được viện dẫn trường hợp sáng chế bị từ chối cấp patent “*Thuốc đông y chữa đau thắt động mạch vành*” số 1-2006-01845 chủ đơn người Việt Nam là Nguyễn Đức Tào nộp vào năm 2006 và bị Cục SHTT từ chối vào năm 2010. Lý do bị từ chối không đảm bảo điều kiện về tính mới khi bài thuốc này đã được đề cập trong bài thuốc “*Gia vị ích tâm thang*” đăng trong sách “*Thiên gia diệu phương*” vào năm 1989 và sáng chế tương tự đã được Hoa Kỳ cấp patent US 2003/0152651 A1 vào năm 2002. Bên cạnh đó, sáng chế này còn không đảm bảo các điều kiện về trình độ sáng tạo khi người có hiểu biết trung bình về y học cổ truyền có thể kết hợp huyết kiệt với tam thất, băng phiến và đan sâm để thu được thuốc đông y chữa được các bệnh về mắt do đau thắt động mạch vành¹¹.

3.2. Thực tiễn đăng ký bảo hộ nhãn hiệu bài thuốc cổ truyền

Bảng 2. Một số nhãn hiệu liên quan đến bài thuốc cổ truyền đang được bảo hộ tại Cục Sở hữu trí tuệ

	<p>Nhãn hiệu “Dao'Spa” bảo hộ cho chế phẩm dùng để tắm trị liệu y học. Số bằng: 4-0114012-000 ngày hết hạn 16/05/2027. Chủ sở hữu: Công ty cổ phần kinh doanh các sản phẩm bản địa Sapa.</p>
	<p>Nhãn hiệu “Vua voi Ama Kông hình” sản phẩm thuốc đông y, rượu thuốc. Số bằng: 4-0258631-000 ngày hết hạn 27/02/2029. Chủ sở hữu: Khăm Phết Lào.</p>
	<p>Nhãn hiệu “Phong tê thấp Bà Giằng BG Co So San Xuat Thuoc Yhct, Hinh” cho nhóm 05 Thuốc y học cổ truyền các loại. Số bằng: 4-0055215-000 ngày hết hạn 15/11/2022 Chủ sở hữu: Doanh nghiệp tư nhân sản xuất thuốc y học cổ truyền Bà Giằng</p>

Nguồn: Thư viện số về sở hữu công nghiệp - Cục Sở hữu trí tuệ Việt Nam.

¹⁰ Xem: Cục Sở hữu trí tuệ (2020), Công báo sở hữu trí tuệ số 367 tập A năm 2018 và Danh mục bằng sáng chế cấp trong tháng 02/2020.

¹¹ Xem: Trần Văn Hải (2014), *Bàn về trình độ sáng tạo trong việc bảo hộ sáng chế đối với các bài thuốc cổ truyền của Việt Nam*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Luật học, tập 30, số 1, tr.62-72.

Việc đăng ký nhãn hiệu tại Việt Nam dựa theo bảng phân loại hàng hóa/dịch vụ Ni-xơ, theo đó bài thuốc cổ truyền thông thường được đăng ký bảo hộ thuộc nhóm 05 các chế phẩm dược, y tế và thú y như các chế phẩm trị liệu dùng để tắm; chế phẩm để tắm dùng cho mục đích y tế; thuốc sắc dùng cho dược phẩm. Bảng 2 là một số đơn đăng ký nhãn hiệu liên quan đến bài thuốc cổ truyền đang còn thời hạn bảo hộ tại Cục SHTT.

Thực tế hiện nay xuất hiện một số trường hợp đăng ký nhãn hiệu tại Cục SHTT sử dụng những dấu hiệu gây nhầm lẫn hoặc tương tự về nguồn gốc xuất xứ của các bài thuốc cổ truyền đã đăng ký nhằm thương mại hóa trái phép bài thuốc cổ truyền. Có thể lấy ví dụ đối với nhãn hiệu “Ama Kong” liên quan đến bài thuốc gia truyền tăng cường sinh lực, bổ thận tráng dương của “Vua” săn voi Ama Kong và được ông Khăm Phết Lào con trai và là người thừa kế hợp pháp của ông, đã nộp đơn đăng ký các nhãn hiệu liên quan cho sản phẩm này và được cấp văn bằng bảo hộ (số 4-0197749-000; 4-0258631-000; 4-0258632-000; 44-0258633-000; 4-0258861-000). Nhưng trong thời gian này xuất hiện một số công ty nộp các đơn đăng ký tương tự nhãn hiệu bài thuốc này như Công ty TNHH Dược phẩm Tây Nguyên, tại Đắk Lắk (nộp các đơn số 4-2007-23640; 4-2008-18257); Công ty TNHH Dược phẩm An Long, tại Thành phố Hồ Chí Minh (nộp đơn số 4-2008-14735). Ngày 24/6/2010, Cục Sở hữu trí tuệ đã ra công văn từ chối cấp văn bằng bảo hộ với lý do nhãn hiệu yêu cầu đã tương tự tới mức gây nhầm lẫn với nhãn hiệu AMAKONG¹².

Cần hiểu rằng, việc đăng ký bảo hộ nhãn hiệu các bài thuốc cổ truyền chỉ ngăn cấm các đối tượng khác sử dụng hình ảnh, từ ngữ hay biểu tượng lên các sản phẩm, về bản chất chỉ bảo hộ hình thức các sản phẩm tri thức truyền thống này. Nhưng trên thực tế, rất nhiều bài thuốc tắm của người Dao Đỏ được bán không nhãn mác tại Sapa hay những bài thuốc của vua săn voi “Ama Kong” được rao bán rất nhiều tại các quầy thuốc đông y nhưng không sử dụng nhãn hiệu này. Nguyên nhân của tình trạng này đó là việc thiếu một cơ chế bảo hộ toàn diện về hình thức kết hợp với nội dung như một cơ sở dữ liệu hay văn bằng sáng chế, cũng như thiếu một cơ chế thực thi quyền sở hữu trí tuệ hiệu quả.

4. Một số giải pháp cho vấn đề nghiên cứu

Dựa trên cơ sở những nhu cầu về pháp lý và thực tiễn bảo hộ các tri thức truyền thống bài thuốc cổ truyền tại Việt Nam hiện nay, tác giả xin được đề xuất một số giải pháp hoàn thiện các quy định pháp luật và các biện pháp bảo hộ mới cho đối tượng này như sau:

Thứ nhất, cần xem xét và bổ sung thêm quy định pháp luật về tri thức truyền thống. Đặc biệt nên đưa ra một khái niệm thống nhất về tri thức truyền thống, bổ sung vào phần giải thích thuật ngữ (Điều 4 Luật SHTT), có thể tiếp cận theo khái niệm tại Mục 1.1.

¹² Trần Văn Hải (2012), *Khai thác thương mại đối với tri thức truyền thống - Tiếp cận từ quyền sở hữu trí tuệ*, Tạp chí Hoạt động khoa học, số tháng 02/2012.

Thứ hai, bổ sung quy định thừa nhận cộng đồng nắm giữ tri thức là đồng tác giả của sáng chế. Cụ thể, tại khoản 1, Điều 122 Luật SHTT 2005 sửa đổi bổ sung 2009 và 2019 cần điều chỉnh lại theo hướng: “*Tổ chức, cá nhân, cộng đồng dân cư cung cấp tư liệu là tri thức truyền thống do mình nắm giữ cho người khác tạo ra sáng chế chủ yếu dựa trên nguồn tri thức truyền thống đó thì có thể được thừa nhận là đồng tác giả của sáng chế đó*”. Hai chủ thể có thể được ghi nhận là đồng tác giả: chủ thể sáng tạo ban đầu (cộng đồng, cá nhân nắm giữ tri thức) và chủ thể phát triển sáng chế đó (nhà khoa học, nhà nghiên cứu) để tạo nên một sáng chế hoàn thiện.

Thứ ba, rà soát và cập các chỉ dẫn thương mại liên quan đến tri thức truyền thống bài thuốc cổ truyền phù hợp với các sản phẩm gắn liền với cộng đồng bản địa. Việc cập các chỉ dẫn thương mại như nhãn hiệu, tên thương mại, chỉ dẫn địa lý, kiểu dáng bao bì của các sản phẩm từ bài thuốc cổ truyền gắn liền với cộng đồng bản địa là căn cứ hỗ trợ cho việc giải quyết tranh chấp sau này như trường hợp đối với nhãn hiệu “Ama Kong”.

Thứ tư, xây dựng một hệ thống bảo hộ riêng (sui generis) cho các đối tượng của tri thức truyền thống song song với hệ thống Luật Sở hữu trí tuệ. Sui generis là sự kết hợp của sở hữu trí tuệ luật, luật tục, sự chia sẻ lợi ích, điều khoản và thỏa thuận hợp đồng, nhằm mục đích để bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ tập thể và kiến thức truyền thống của người bản địa trên những sáng tạo của họ, đã được áp dụng thành công tại các quốc gia như Nam Phi, Peru, Panama, Costa-Rica, Ấn Độ¹³.

Thứ năm, xây dựng cơ sở dữ liệu thư viện số về tri thức truyền thống y dược học cổ truyền tại Việt Nam theo mô hình Ấn Độ. Thư viện số tri thức truyền thống (Traditional Knowledge Digital Library - TKDL), được khởi xướng tại Ấn Độ vào năm 2001 chứa hơn 34 triệu trang thông tin định dạng trên 2.260.000 công thức các bài thuốc cổ truyền¹⁴. Việc xây dựng cơ sở dữ liệu tri thức truyền thống y dược học cổ truyền tại Việt Nam dựa trên mô hình của Ấn Độ có ý nghĩa rất lớn trong việc lưu trữ các bài thuốc, dược liệu cổ truyền và chống lại hành vi thương mại hóa trái phép đến từ các quốc gia phát triển. Ngoài ra, đây là công cụ hữu hiệu để phản đối trước và yêu cầu hủy việc cấp patent thiếu cơ sở từ các quốc gia phát triển, như trường hợp mà Ấn Độ đã vận dụng với patent được cấp liên quan đến công dụng của củ nghệ trong việc làm lành vết thương (no 5, 401.404).

Ngoài ra, cơ quan nhà nước cần có những chính sách bảo hộ và thực thi quyết liệt về quyền sở hữu trí tuệ, bảo tồn các nguồn gen dược liệu quý và đặc biệt là cần có sự khuyến khích, tuyên truyền người dân sử dụng y học cổ truyền trong khám chữa bệnh và bảo tồn các giá trị tri thức truyền thống của cộng đồng, dân tộc.

¹³ Xem J. Janewa OseiTutu (2011) “*Emerging Scholars Series: A Sui Generis Regime for Traditional Knowledge: The Cultural Divide in Intellectual Property Law*”, 15 MARQ. INTELLECTUAL PROPERTY L. REV. 147.

¹⁴ WIPO (2011) “*About the Traditional Knowledge Digital Library*”, https://www.wipo.int/meetings/en/2011/wipo_tkdl_del_11/about_tkdl.html, (truy cập ngày 20/2/2020).

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. BrandsVietnam (2018) “Ngành dược phẩm hấp dẫn nhà đầu tư ngoại”, <https://www.brandsvietnam.com/17830>. Truy cập ngày 25/08/2020.
2. Cục Sở hữu trí tuệ (2020), Công báo sở hữu trí tuệ, số 367 tập A năm 2018 và Danh mục bằng sáng chế cấp trong tháng 2/2020.
3. Trần Văn Hải (2012), *Khai thác thương mại đối với tri thức truyền thống - Tiếp cận từ quyền sở hữu trí tuệ*, Tạp chí Hoạt động khoa học, số tháng 02/2012.
4. Trần Văn Hải (2013), *Tình mới trong việc bảo hộ sáng chế đối với các bài thuốc cổ truyền của Việt Nam*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Luật học, tập 29, số 2, tr.7-15.
5. Trần Văn Hải (2014), *Bàn về trình độ sáng tạo trong việc bảo hộ sáng chế đối với các bài thuốc cổ truyền của Việt Nam*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Luật học, tập 30, số 1.
6. Convention on Biological Diversity (2011), “*Traditional Knowledge and the Convention on Biological Diversity*”, <https://www.cbd.int/traditional/intro.shtml>. Truy cập ngày 18/8/2020.
7. J. Janewa OseiTutu (2011) “*Emerging Scholars Series: A Sui Generis Regime for Traditional Knowledge: The Cultural Divide in Intellectual Property Law*”, 15 Marq. Intellectual property l. Rev. 147 .
8. Ramesh Menon (2020), “*Traditional knowledge receives a boost*”, <http://indiatogether.org/tkdl-economy>. Truy cập ngày 10/09/2020.
9. United States Patent Act, Chapter 35 of the U.S. Code § 102 - Conditions for patentability.
10. United Nations (2001), “*Secretary-General proposes global fund for the fight against HIV/AIDS and other infectious diseases at African leaders summit*”, <https://www.un.org/press/en/2001/SGSM7779R1.doc.htm>. Truy cập ngày 10/09/2020.
11. WIPO (2001), “*Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)*” <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768.pdf>. Truy cập ngày 10/09/2020.

**XÂY DỰNG KHUNG PHÁP LÝ QUẢN LÝ GIAO DỊCH TIỀN ẢO
- QUA NGHIÊN CỨU PHÁP LUẬT NHẬT BẢN
VÀ MỘT SỐ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM**

*NGUYỄN LƯU LAN PHƯƠNG**

*LÊ THỊ THÙY NHỊ***

Ngày nhận bài: 10/11/2020

Ngày phản biện: 23/11/2020

Ngày đăng bài: 31/12/2020

Tóm tắt:

Dưới sự phát triển của công nghệ 4.0, thị trường giao dịch tiền ảo trên thế giới ngày càng sôi động dẫn đến các quốc gia khác nhau có các góc độ quản lý khác nhau từ cấm, từ chối cho đến cho phép hoạt động. Vì vậy, nghiên cứu khung pháp lý quản lý tiền ảo từ pháp luật Nhật Bản - một trong những quốc gia đầu tiên xây dựng khung pháp lý này - đóng vai trò là bài học kinh nghiệm quan trọng cho Việt Nam để chủ động hội nhập cũng như ứng phó với tác động của cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư.

Từ khóa:

Tiền ảo, pháp luật Nhật Bản, Việt Nam.

Abstract:

Due to the development of technology 4.0, the virtual currency trading market in the world is expanding, leading to countries having different management angles from prohibition, denial, or agreement. Therefore, research the legal framework for virtual currency management from Japanese law - one of the first countries building this legal framework - serves as an essential lesson for Vietnam to actively integrate as well as responding to the effects of the fourth industrial revolution.

Key words:

Virtual currency, Japanese law, Vietnam.

Đặt vấn đề

Tại Việt Nam, tính hợp pháp của tiền ảo hoàn toàn không được công nhận. Theo các quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015 hiện hành thì tiền ảo không được xem là một loại tài sản, vì nó không thỏa mãn các dấu hiệu để được xác định là tiền. Dưới phương diện pháp luật ngân hàng thì tiền ảo không phải là phương tiện thanh toán hợp pháp tại Việt Nam, không thuộc các đối tượng Séc, lệnh chi, ủy nhiệm chi, nhờ thu, ủy nhiệm thu, thẻ ngân hàng và các

* GV Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Luật, Đại học Huế. Email: phuongnll@hul.edu.vn

** GV Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Luật, Đại học Huế. Email: nhiltt@hul.edu.vn

phương tiện thanh toán khác theo quy định của Ngân hàng Nhà nước. Dokhung pháp lý về việc quản lý các giao dịch tiền ảo tại Việt Nam vẫn chưa có nên các giao dịch liên quan đến phương tiện thanh toán là tiền ảo đều được xem là không hợp pháp tại Việt Nam và không được nhà nước bảo hộ. Vì vậy, mục đích của bài viết này là phân tích các quan điểm pháp lý về quản lý giao dịch tiền ảo trên thế giới, thực tiễn áp dụng khung pháp lý về quản lý giao dịch tiền ảo tại Nhật Bản cùng với thực trạng các vấn đề pháp lý liên quan đến việc quản lý tiền ảo tại Việt Nam, từ đó đưa ra một số gợi ý mở cho Việt Nam trong việc xây dựng khung pháp lý quản lý giao dịch tiền ảo hiện nay.

1. Tổng quan về tiền ảo và quan điểm pháp lý về quản lý giao dịch tiền ảo trên thế giới

Cho đến nay, trên thế giới chưa có một định nghĩa chính thức nào về tiền ảo, tuy nhiên có rất nhiều tổ chức tài chính, ngân hàng đã định nghĩa khái niệm này như sau:

Năm 2012, *Ngân hàng Trung ương châu Âu* định nghĩa, tiền ảo là một loại tiền điện tử không được kiểm soát, được phát hành bởi Chính phủ và thường có thể được phát hành, quản lý và kiểm soát bởi các nhà phát hành tư nhân, nhà phát triển hoặc tổ chức sáng lập. Loại tiền này được sử dụng và chấp nhận giữa các thành viên của một cộng đồng ảo cụ thể¹.

Năm 2013, *mạng lưới thực thi tội phạm tài chính của Hoa Kỳ (FinCEN)* đã định nghĩa tiền ảo là phương tiện trao đổi hoạt động giống như tiền tệ (tiền xu và tiền giấy) trong một số môi trường nhưng không có các thuộc tính của tiền thật. Đặc biệt, tiền ảo không có tư cách pháp lý trong bất kỳ cơ quan thực thi nào của chính phủ².

Năm 2014, *ECB (European Central Bank - Ngân hàng trung ương Châu Âu)* đã định nghĩa, tiền ảo là đại diện kỹ thuật số của giá trị không phải do Ngân hàng Trung ương hoặc các cơ quan công quyền phát hành, cũng không nhất thiết phải gắn với tiền định danh (tiền tệ fiat) nhưng được các thể nhân hoặc pháp nhân chấp nhận như một phương tiện thanh toán, có thể được chuyển nhượng, lưu trữ hoặc giao dịch điện tử³.

Từ những định nghĩa về tiền ảo nói trên, có thể thấy rằng, tiền ảo là một phương tiện trao đổi hoạt động giống như tiền tệ trong một số môi trường, nhưng không có tất cả các thuộc tính của tiền “thật”. Đặc biệt, tiền ảo không phải là tiền tệ hợp pháp trong bất kỳ khu vực tài phán nào,

¹ European Central Bank (October 2012). “1. *Virtual Currency Schemes*”. Frankfurt am Main: European Central Bank. p. 5. ISBN 978-92-899-0862-7 from the original on 2012-11-06.

<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf> truy cập ngày 10/10/2020.

² “FIN-2013-G001: *Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies*”. *Financial Crimes Enforcement Network*. 18 March 2013. p. 6. Archived from the original on 19 March 2013. Retrieved 29 May 2015, <https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf>. Truy cập ngày 10/10/2020.

³ EBA Opinion on “*virtual currencies*” European Banking Authority. 4 July 2014. p.46. Retrieved 8 July 2014.

chúng không có giá trị nội tại và giá trị của chúng được xác định bởi tiền định danh hoặc giá thị trường và được một số cộng đồng (ảo) cụ thể nào đó chấp thuận. Do đó, tiền ảo không đáp ứng các tiêu chí để được coi là tiền tệ vì nó là không phải là tiền tệ hợp pháp.

Xuất phát từ nhiều quan điểm khác nhau về bản chất của tiền ảo do đó mỗi quốc gia trên thế giới có những cách tiếp cận và quản lý khác nhau đối với đồng tiền này: Có quốc gia chấp nhận như một loại phương tiện thanh toán, có quốc gia hoàn toàn không thừa nhận, không cho phép lưu thông và cũng có quốc gia không cấm cũng không quản lý, cụ thể có thể chia làm ba nhóm sau:

Nhóm I - Các quốc gia dung hòa. Đây là nhóm chiếm số lượng đông nhất, đồng thời cũng là nhóm có những quốc gia đi đầu về công nghệ trên thế giới. Nhìn chung, phản ứng của nhóm này là không cấm vũ giao dịch tiền ảo, nhưng cũng không cấm đoán mà chỉ đưa ra các chính sách để truy thu thuế và các biện pháp nhằm giám sát, giảm thiểu khả năng buôn lậu hay rửa tiền thông qua tiền ảo. Tiêu biểu như: Nhật Bản, Australia, Mỹ, Hàn Quốc, Singapore, Phillipinnes, Newzealand...

Nhóm II - Các nước từ chối tiền ảo. Tại các quốc gia thuộc nhóm này, dù không cấm hay coi hành vi giao dịch tiền ảo là bất hợp pháp, nhưng các chính phủ có quan điểm thiếu thiện cảm với loại tiền này. Theo đó, các chính sách được đưa ra trên cơ sở giảm thiểu hoạt động giao dịch tiền ảo. Tiêu biểu như: Nga, Trung Quốc, Ấn độ, Brazil và các nước thuộc khu vực Nam Á, Trung Đông.

Nhóm III - Các nước cấm triệt để giao dịch tiền ảo. Hiện nay, có 6 quốc gia trong danh sách cấm triệt để việc sử dụng tiền ảo gồm: Iceland, Bolivia, Ecuador, Bangladesh, Kyrgyzstan và Việt Nam. Điểm chung của các quốc gia này là tiền ảo không được coi là một loại tiền tệ và lý do cấm hầu hết đều nhằm bảo hộ đồng tiền quốc gia. Tuy nhiên, mức độ cấm ở các quốc gia cũng không giống nhau.

Dưới khía cạnh nghiên cứu lập pháp khung pháp lý quản lý giao dịch tiền ảo tại Việt Nam, bài nghiên cứu tập trung vào nhóm các quốc gia dung hòa, cụ thể là Nhật Bản - Quốc gia có nhiều đặc điểm tương đồng với Việt Nam về lịch sử, văn hóa và cùng áp dụng hệ thống “Civil law”. Dưới góc độ hợp tác, kinh nghiệm của Nhật Bản luôn được Việt Nam “tin tưởng” và có mối quan hệ xây dựng hợp tác lâu dài trên mọi lĩnh vực, bao gồm cả lập pháp. Vì vậy, các chế định tiền ảo Nhật Bản có thể được coi là tương đối phù hợp để nghiên cứu, so sánh với thực tiễn pháp luật của Việt Nam, từ đó đưa ra được những góc nhìn mới, những kinh nghiệm cần tham khảo nhằm đề xuất kiến nghị xây dựng chế định quản lý tiền ảo tại Việt Nam.

2. Thực tiễn áp dụng khung pháp lý về quản lý giao dịch tiền ảo tại Nhật Bản

Trên thực tế, Nhật Bản là quốc gia đầu tiên trên thế giới ban hành các đạo luật điều chỉnh các giao dịch liên quan đến tiền ảo, đồng thời đặt ra các yêu cầu, điều kiện một chủ thể phải đáp ứng để trở thành Nhà cung cấp dịch vụ trao đổi tiền ảo (sàn giao dịch tiền ảo) cho

người dân ở Nhật Bản. Mục đích của đạo luật này nhằm bảo vệ khách hàng của các sàn giao dịch tiền ảo cũng như chống các hoạt động rửa tiền và tài trợ cho khủng bố.

Thuật ngữ “*Tiền ảo*” được định nghĩa trong đạo luật Dịch vụ thanh toán “*The Payment Services Act*” 2017 là (i) “*giá trị tài sản*” được lưu trữ điện tử không rơi vào phạm vi “*tiền*” hoặc “*tài sản được xem là tiền*” và có thể sử dụng để thanh toán hàng hóa và/hoặc dịch vụ và có thể được bán và mua giữa những người không xác định, và cũng có thể được chuyển nhượng sử dụng một hệ thống xử lý dữ liệu điện tử; hoặc (ii) “*giá trị tài sản*” có thể được giao dịch với một “*tiền ảo*” khác và cũng có thể được giao dịch sử dụng một hệ thống xử lý dữ liệu điện tử⁴. Quan trọng nhất là tháng 5/2019 Hạ viện Nhật Bản đã sửa đổi các đạo luật liên quan đến “*tiền ảo*” (*Virtual Currency*), trong đó Hạ viện đã tiến hành sửa đổi thuật ngữ “*tiền ảo*” thành “*tài sản mã hóa*” (*Crypto Asset*)⁵. Việc điều chỉnh này giúp mô tả chính xác hơn về bản chất của tiền ảo.

Bên cạnh định nghĩa về “*tiền ảo*”, các nhà lập pháp Nhật Bản cũng ban hành các quy định điều chỉnh “*dịch vụ giao dịch tiền ảo*” (*virtual currency exchange services*). Dịch vụ giao dịch tiền ảo là việc thực hiện một trong các hoạt động sau đây:

- (i) Mua và/hoặc bán tiền ảo hoặc giao dịch trao đổi giữa các đồng tiền ảo khác nhau;
- (ii) Trung gian, đại lý hoặc ủy thác cho các hoạt động được liệt kê ở mục (i);
- (iii) Quản lý tiền hoặc tiền ảo của chủ thể thực hiện các hành vi được liệt kê tại (i) và (ii).

Nhà cung cấp dịch vụ giao dịch tiền ảo (sàn giao dịch tiền ảo) phải được thành lập dưới hình thức công ty cổ phần (*Kabushiki-Kaisha*) theo quy định Luật Công ty Nhật Bản hoặc là nhà cung cấp dịch vụ giao dịch tiền ảo nước ngoài có văn phòng đại diện hoặc chi nhánh tại Nhật Bản. Theo đó, bất kỳ tổ chức nước ngoài nào muốn đăng ký làm nhà cung cấp dịch vụ giao dịch tiền ảo phải thành lập công ty con (dưới hình thức *Kabushiki-Kaisha*) hoặc chi nhánh, văn phòng đại diện tại Nhật Bản. Ngoài ra, để trở thành nhà cung cấp dịch vụ giao dịch tiền ảo chủ thể trên còn phải đáp ứng các điều kiện sau: (a) đủ cơ sở tài chính (số vốn tối thiểu 10 triệu JPY và tài sản ròng tối thiểu dương); (b) cơ cấu tổ chức chặt chẽ và thiết lập một hệ thống cần thiết để thực thi/cung cấp phù hợp và an toàn cho dịch vụ giao dịch tiền ảo; và (c) thiết lập một hệ thống cần thiết để đảm bảo tuân thủ các quy định liên quan đến tiền ảo.

Ngày 01/5/2020, bản sửa đổi đạo luật Dịch vụ thanh toán “*The Payment Services Act*” (PSA) chính thức có hiệu lực thi hành. Bản sửa đổi mới này được cải cách thắt chặt quy định

⁴ Sự phát triển khung pháp lý về tiền ảo (Cryptocurrency) tại Nhật Bản - Phần 2, https://www.kvbros.com/help/ky-nang-co-ban/ngan-hang/su-phat-trien-khung-phap-ly-ve-tien-ao-cryptocurrency-tai-nhat-ban-phan-ii/#2727883nh_ngh297a_Ti7873n_7843o. Truy cập ngày 20/10/2020.

⁵ Sarah Tran (2020), *What are the New Amendments in Japan's Crypto Laws to be Enforced Next Month?* <https://blockchain.news/news/new-amendments-japan-crypto-laws-enforced-next-month>. Truy cập ngày 21/10/2020.

về tiền ảo nhằm tăng cường bảo vệ người dùng, điều chỉnh mạnh mẽ hơn giao dịch phái sinh tiền ảo, giảm thiểu rủi ro trong ngành như hack và thiết lập rộng rãi khung pháp lý minh bạch hơn cho tài sản kỹ thuật số. Trong phần PSA sửa đổi có hai điểm khá nổi trội, đó là:

(i) Như đã trình bày ở trên, bản sửa đổi đã thiết lập một sự thay đổi tên hợp pháp đối với tiền mã hóa (cryptocurrencies) là tài sản mã hóa (crypto assets), trước đây được chỉ định gọi là tiền ảo (virtual currencies).

(ii) Các nhà cung cấp dịch vụ giao dịch tiền ảo (sàn giao dịch tiền ảo) được yêu cầu quản lý dòng tài sản tiền ảo tách biệt với dòng tiền thật của khách hàng thông qua ví lạnh. Việc đưa tài sản tiền điện tử của khách hàng vào ví lạnh sẽ hạn chế các trường hợp lấy cắp tiền gây ra rủi ro lớn cho khách hàng vì ví không được mở và truy cập thường xuyên nên độ bảo mật và an toàn khá cao. Nếu người dùng tiền ảo khăng khăng sử dụng ví nóng để thường xuyên kiểm tra dòng tiền và thanh toán giao dịch, sàn giao dịch phải trích lại đúng số tiền tương với khoản tiền mà người dùng lưu lại trong ví nóng, trong một tài khoản khác. Điều này như một “*bảo hiểm*” cho khoản tiền của khách hàng trong trường hợp các vụ hack tiền trong tài khoản xảy ra⁶.

Năm 2018, cơ quan quản lý tài chính Nhật Bản (FSA) đã giao vai trò giám sát tiền ảo cho Hiệp hội trao đổi tiền ảo Nhật Bản (JVCEA) - Một hiệp hội tự quản các sàn giao dịch tiền ảo. Điều này có nghĩa là JVCEA có quyền giám sát tất cả các sàn giao dịch tiền ảo trong nước. Nó cũng có thể áp đặt các biện pháp trừng phạt đối với các sàn giao dịch không tuân thủ các quy tắc và quy định đã đặt ra.

Năm 2019, Hiệp hội trao đổi tiền tệ ảo Nhật Bản (JVCEA) đã ban hành các quy tắc cho “*đợt phát hành tiền ảo đầu tiên*” ICO⁷, gọi tắt là “*Quy tắc ICO*”. Theo Quy tắc ICO, dù thực hiện giao dịch tiền ảo theo phương thức tự mình phát hành và giao dịch tiền ảo hay tổ chức phát hành ủy quyền cho sàn giao dịch phát hành thì các sàn giao dịch tiền ảo và nhà giao dịch tiền ảo cũng phải tuân thủ các quy định bảo đảm an toàn như duy trì các điều kiện hoạt động đối với một sàn giao dịch tiền ảo hợp pháp; công khai các thông tin liên quan đến đồng tiền ảo dự định phát hành; tách biệt dòng tiền ảo và dòng tiền thật của khách hàng và của sàn giao dịch trong quá trình ICO; công khai các thông tin tài chính của các bên tham gia vào quá trình phát hành tiền ảo ICO...

Về góc độ pháp luật thuế thì cơ quan thuế Nhật Bản (NTA) không buộc các giao dịch tiền ảo phải chịu thuế tiêu thụ hàng hóa nhưng quy định lợi nhuận từ các giao dịch tiền ảo thuộc nhóm đối tượng “*thu nhập khác*”. Nói một cách đơn giản, các giao dịch tiền ảo đều phải

⁶ Luật tiền điện tử tại Nhật Bản sửa đổi sẽ có hiệu lực từ đầu tháng 5, <https://tygia.vn/tin-tuc/luat-tien-dien-tu-tai-nhat-ban-sua-doi-se-co-hieu-luc-tu-dau-thang-5-579>. Truy cập ngày 19/10/2020.

⁷ ICO (Initial Coin Offering - Đợt phát hành Coin đầu tiên) là một phương thức để huy động vốn cho tất cả các loại dự án liên quan đến blockchain bằng cách bán tiền ảo.

TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT, ĐẠI HỌC HUẾ

chịu thuế thu nhập. Trên thực tế, nhóm đối tượng nộp thuế thuộc “*thu nhập khác*” không có thuế suất nhất định mà sẽ áp dụng mức thuế suất theo tổng thu nhập nhà đầu tư tiền ảo kiếm được từ các giao dịch tiền ảo đó.

Tổng thu nhập	Thuế suất tiền ảo	Thuế suất tiền ảo dành cho công dân Nhật Bản <i>(Thêm 10% thuế suất cố định -Thuế cư trú)</i>
200 nghìn ¥ đến dưới 1.95 triệu ¥	5%	15%
1,95 triệu ¥ đến dưới 3,3 triệu ¥	10%	20%
3,3 triệu ¥ đến dưới 6,95 triệu ¥	20%	30%
6,95 triệu ¥ đến dưới 9 triệu ¥	23%	33%
9 triệu ¥ đến dưới 18 triệu ¥	33%	43%
Từ 18 triệu ¥ đến dưới 40 triệu ¥	40%	50%
Từ 40 triệu ¥	45%	55%

Chỉ sau khi Đạo luật Dịch vụ Thanh toán (PSA) có hiệu lực thi hành vào năm 2017 thì tính đến năm 2020, dưới sự thất chặt đạo luật PSA sửa đổi cũng như chịu sự tác động mạnh mẽ của khủng hoảng dịch Covid-19, Nhật Bản vẫn thống kê được số lượng nhà đầu tư giao dịch tiền ảo khá cao, khoảng hơn 2 triệu người và vẫn là quốc gia có lượng người tham gia giao dịch tiền ảo hợp pháp lớn nhất khu vực châu Á - Thái Bình Dương⁸. Đồng thời, nhiều nhà cung cấp dịch vụ giao dịch tiền ảo (sàn giao dịch tiền ảo) không đạt chuẩn điều kiện cũng bị buộc đóng cửa, đến hiện tại toàn Nhật Bản chỉ có 23 sàn giao dịch tiền ảo được phép hoạt động⁹.

Như vậy, dường như sau nhiều lần cải cách chế định tiền ảo, các nhà hành pháp Nhật Bản đã có thể sàng lọc tốt những sàn giao dịch đủ khả năng hoạt động và minh bạch trong giao dịch. Việc hạn chế được số lượng nhà cung cấp dịch vụ giao dịch tiền ảo không chỉ giúp bộ máy nhà nước dễ quản lý hoạt động giao dịch tiền ảo mà còn giảm thiểu được nguy cơ lạm dụng rửa tiền, tài trợ khủng bố.

Chính sự can thiệp mạnh mẽ của các nhà lập pháp Nhật Bản vào xu hướng phát triển của thị trường giao dịch tiền ảo đã tạo ra một môi trường pháp lý uy tín đối với các nhà đầu tư giao dịch tiền ảo trên thế giới. Theo một bảng xếp hạng chỉ số các quốc gia an toàn trong giao

⁸ GCR Team (2020), *Japan Crypto Snapshot - Pre-Covid-19 Japanese Market Showed the 4th Biggest Growth*, <https://globalcoinresearch.com/2020/07/09/japan-crypto-snapshot-pre-covid19-japanese-market-showed-the-4th-biggest-growth/>. Truy cập ngày 15/10/2020.

⁹ The official disclosure platform, Xangle Research -Crypto Asset Market: Japan in 2020 - Regulation & Policies, accessed 2020.

dịch tiền ảo trên thế giới năm 2019 của tổ chức *Trading education* thì Nhật Bản có chỉ số an toàn lên đến 6.3, cao hơn hai trung tâm tài chính khác của châu Á cũng chấp nhận tính hợp pháp của tiền ảo là Singapore (5.6) và Hàn Quốc (5.1)¹⁰. Điều này càng chứng minh thêm các khách hàng nước ngoài cực kì tin tưởng vào môi trường đầu tư tiền ảo an toàn tại Nhật Bản so với các quốc gia khác trong cùng khu vực.

Bên cạnh những mặt đạt được của pháp luật Nhật Bản trong việc quy định pháp luật về tiền ảo thì vẫn đang tồn tại rất nhiều nhược điểm mà chính phủ cũng như các nhà đầu tư nên quan tâm.

Thứ nhất, tiền ảo được vận hành trên hệ thống công nghệ máy tính nên không thể khẳng định hệ thống này không có lỗ hổng kỹ thuật. Hầu hết các sàn giao dịch đều lưu trữ dữ liệu của người dùng, vì vậy dữ liệu này có thể bị đánh cắp bởi tin tặc, cho phép chúng truy cập vào rất nhiều tài khoản. Chính vì hình thức giao dịch ẩn danh, không được kiểm soát, cho nên tiền ảo đã được nhiều nhóm đối tượng tội phạm nhắm đến, điều mà hệ thống công nghệ Nhật Bản vẫn chưa kiện toàn được. Điển hình như vụ việc cuối tháng 02/2014, toàn bộ số tiền ảo khoảng 750.000 Bitcoin của khách hàng và 100.000 Bitcoin của Mt. Gox đã biến mất, tương đương với số tiền 460 triệu USD lúc đó và 3,5 tỷ USD với mức giá ở thời điểm hiện nay.

Thứ hai, theo bản sửa đổi mới của PSA thì các sàn giao dịch tiền ảo hiện nay cần phải đăng ký với cơ quan giám sát tài chính và xác minh danh tính của khách hàng mở tài khoản. Cơ quan Dịch vụ Tài chính FSA khẳng định rằng “*Luật mới sẽ giải quyết các vấn đề về rửa tiền và bảo vệ người tiêu dùng*”¹¹. Tuy nhiên, những người chỉ trích phong trào tiền ảo cho rằng tính ẩn danh và thiếu quy định của nó khiến nó trở nên lý tưởng để bọn tội phạm sử dụng.

Thứ ba, cơ quan Dịch vụ Tài chính (FSA) đã chỉ định Hiệp hội Trao đổi tiền ảo Nhật Bản cung cấp các quy tắc nhằm tạo ra một thị trường lành mạnh ở Nhật Bản. Cơ quan Dịch vụ Tài chính (FSA) đã đưa ra vấn đề với những khiếm khuyết trong hệ thống quản lý nội bộ của các nhà giao dịch tiền ảo và việc họ thiếu các biện pháp chống rửa tiền. Bên cạnh đó, Hiệp hội cũng sẽ cấm các giao dịch tiền ảo khó theo dõi, chẳng hạn như các giao dịch không tiết lộ địa chỉ cá nhân và lịch sử giao dịch. Tuy nhiên, một vấn đề còn tồn tại là làm thế nào để đảm bảo các quy định này có hiệu lực trên thực tế.

Thứ tư, giá thị trường của tiền ảo không chỉ phụ thuộc vào độ hiếm của nó mà còn phụ thuộc vào những biến động thường xuyên, liên tục theo nhu cầu và tâm lý đầu tư trên thị trường. Mặt khác, vì không có cơ quan nhà nước quản lý khung biên độ giá, nên sự biến động của tiền ảo vượt xa mức độ biến động của các đồng tiền truyền thống.

¹⁰ Trading education, Cryptocurrency Regulation Around The World In 2019 Ranked, <https://complyadvantage.com/blog/cryptocurrency-regulations-around-world/>. Truy cập ngày 20/8/2020.

¹¹ Japan regulates virtual currency after Bitcoin scandal, <https://phys.org/news/2016-05-japan-virtual-currency-bitcoin-scandal.html>. Truy cập ngày 25/10/2020.

Trên thực tế, các chính sách về các giao dịch điện tử, nhất là trong lĩnh vực tiền ảo tuy đã được ban hành nhưng việc triển khai, thực hiện các quy định này vẫn còn khó khăn, vướng mắc trên thực tế. Bởi vì, có thể thấy rằng, đây là một lĩnh vực rất mới, trong khi đó như đúng bản chất của tiền ảo, đây là một loại tiền rất rủi ro và rất dễ bị các tin tặc xâm nhập, tấn công, đánh cắp dữ liệu của người dùng. Chính vì vậy, các cơ quan nhà nước ở Nhật Bản cũng rất “thận trọng” khi áp dụng các quy định của pháp luật vào thực tiễn, bởi vì việc đưa một đồng tiền mới vào giao dịch có thể gây ra nhiều xáo trộn và khiến nền kinh tế trở nên bất ổn. Ngoài ra, thị trường tiền ảo là “mảnh đất màu mỡ” để các tội phạm công nghệ cao thực hiện việc phạm tội thông qua các sàn giao dịch điện tử bởi lợi nhuận từ các giao dịch tiền ảo mang lại là rất lớn, nên người mua các đồng tiền ảo này thường bất chấp những lời “nhắc nhở” của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ở Nhật Bản.

3. Thực trạng các vấn đề pháp lý liên quan đến việc quản lý tiền ảo tại Việt Nam

Ở Việt Nam, từ ngày 01/01/2018, các nhà lập pháp chính thức quy định các hành vi phát hành, cung ứng, sử dụng tiền ảo như các phương tiện thanh toán đều không hợp pháp¹² (bao gồm cả bitcoin và các loại tiền ảo tương tự khác). Việc phát hành, sử dụng tiền ảo là tiền tệ, phương tiện thanh toán sẽ bị xử phạt hành chính¹³ và có thể truy cứu trách nhiệm hình sự về tội phạm liên quan đến tiền ảo¹⁴.

Dưới tư cách tiền tệ hay phương tiện thanh toán, Việt Nam hoàn toàn bác bỏ tư cách hợp pháp của tiền ảo nhưng dưới khía cạnh tài sản thì tiền ảo có phải là tài sản hay không thì vẫn còn đang gây tranh cãi giữa các nhà hành pháp trong quá trình áp dụng pháp luật đối với các vụ việc cụ thể liên quan đến giao dịch tiền ảo.

Trong các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành (bao gồm cả Bộ luật Dân sự năm 2015) chưa có quy định cụ thể về tài sản ảo (bao gồm cả tiền ảo với tư cách là một loại hình tài sản ảo). Điều 105 BLDS năm 2015 quy định: “Tài sản bao gồm vật, tiền, giấy tờ có giá và các quyền tài sản”, từ căn cứ trên thì (1) Vật phải là bộ phận của thế giới vật chất, tồn tại dưới dạng chất rắn, lỏng, khí và con người có thể chiêm ngưỡng, kiểm soát được; (2) Tiền do Ngân hàng Nhà nước phát hành và được Nhà nước bảo hộ dùng để định giá các loại tài sản khác; (3) 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 khác¹⁵; (4) Quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền, bao gồm quyền tài sản đối

¹² Xem thêm khoản 6 Điều 1 Nghị định số 80/2016/NĐ-CP của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 101/2012/NĐ-CP ngày 22/11/2012 về thanh toán không sử dụng tiền mặt.

¹³ Xem thêm Nghị định số 96/2014/NĐ-CP của Chính phủ ngày 17/10/2014 quy định xử phạt hành chính trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng.

¹⁴ Xem thêm Điều h khoản 1 Điều 206 Bộ luật Hình sự năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017: Tội vi phạm quy định về hoạt động ngân hàng, hoạt động khác liên quan đến hoạt động ngân hàng.

¹⁵ Xem thêm khoản 8 Điều 6 Luật Ngân hàng Nhà nước Việt Nam năm 2010.

với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, quyền sử dụng đất và các quyền tài sản khác¹⁶. Đối chiếu các quy định trên, tiền ảo không đáp ứng yêu cầu của ba dạng tài sản vật, tiền, giấy tờ có giá, riêng đối với quyền tài sản thì tiền ảo có thể xếp vào dạng quyền tài sản khác không cũng chưa được làm rõ và việc xác định này sẽ tùy thuộc vào từng cơ quan thực thi pháp luật đối với các trường hợp thực tế khác nhau.

Trên thực tế, vì bản chất tài sản của tiền ảo vẫn chưa được làm rõ cũng như tiền ảo không thuộc đối tượng bị cấm kinh doanh nên các hoạt động giao dịch tiền ảo vẫn tăng nhanh, hoạt động công khai, rầm rộ với quy mô lớn để trục lợi, đặc biệt dưới hình thức lừa đảo đa cấp biến tướng diễn biến ngày càng phức tạp. Chúng ta cùng phân tích trường hợp thực tế sau:

Tháng 4/2018, lãnh đạo Công ty CP Modern Tech (Quận 1, TP. Hồ Chí Minh) bị tố cáo đã chiếm đoạt hơn 15.000 tỷ đồng của nhà đầu tư. Theo đó, công ty này mời chào mua đồng tiền ảo iFan, Pincoin, với cam kết lợi nhuận thấp nhất 48% một tháng, cao gấp 50-80 lần lãi suất gửi ngân hàng, thời gian hoàn vốn tối đa 4 tháng. Sau 4 tháng ra đời, iFan đã sụp đổ và không có giá trị giao dịch quốc tế. Nhà đầu tư chỉ còn lại danh mục có giá trị được cho là lên đến 15.000 tỷ đồng nhưng không thể rút ra, lãi lùi về 0%. Nạn nhân ước tính có khoảng 32.000 người. Hay vụ việc liên quan đến Công ty Sky Mining bán các gói từ 100 USD đến 5.000 USD để nhà đầu tư mua máy đào. Sau 12 tháng, công ty sẽ trả lại vốn và lãi đến 300% mức đầu tư. Tuy nhiên, sau một thời gian nhiều đơn tố cáo gửi đến cơ quan nhà nước vì hành vi lừa đảo của công ty¹⁷.

Đánh vào tâm lý của các nhà đầu tư tiền ảo là lợi nhuận và sùng bái các mô hình đầu tư tiên tiến nhưng lại không biết gì về công nghệ thông tin, các đối tượng lừa đảo dễ dàng dẫn dụ người dân bỏ vốn ra đầu tư vào những đồng tiền ảo vô giá trị. Tuy nhiên, các hợp đồng giao dịch tiền ảo có được xem là giao dịch dân sự thuộc đối tượng điều chỉnh của pháp luật dân sự Việt Nam thì không có văn bản pháp lý hướng dẫn. Điều này đồng nghĩa với việc đa số tranh chấp liên quan tới hợp đồng giao dịch tiền ảo cũng khó được tòa án giải quyết. Bên cạnh đó, thủ đoạn phạm tội của các đối tượng thường rất tinh vi, thường yêu cầu người chơi dùng tiền mặt mua một loại đồng tiền ảo có giá trị như đồng Bitcoin, rồi đổi tiếp sang đồng tiền ảo trên sàn giao dịch của chúng. Việc này sẽ gây khó khăn cho việc chứng minh thiệt hại.

Với thực trạng như trên, đã đến lúc các nhà lập pháp Việt Nam cần nghiên cứu hoàn thiện khung pháp lý về tiền ảo một cách hoàn chỉnh. Việc quy định này được xem như là một giải pháp mà Việt Nam chủ động hội nhập cũng như ứng phó với tác động của cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư.

¹⁶ Xem thêm Điều 115 Bộ luật Dân sự năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017.

¹⁷ Đào Trung Hiếu - Cục Truyền thông Công an nhân dân, *Xây dựng và hoàn thiện khung pháp lý về tiền ảo: Giải pháp phòng ngừa tội phạm lừa đảo theo phương thức đa cấp trong thời kỳ cách mạng công nghiệp 4.0*, https://kiemsat.vn/xay-dung-va-hoan-thien-khung-phap-ly-ve-tien-ao-giai-phap-phong-ngua-toi-pham-lua-dao-theo-phuong-thuc-da-cap-trong-thoi-ky-cach-mang-cong-nghiep-4-0-57889.html?fbclid=IwAR3Wh3e3t0y_RKliGJBdf1smFC0A5NRqc8Ef3UjUxwUechsLBr-eydtRJiQ. Truy cập ngày 09/10/2020.

4. Một số gợi mở cho Việt Nam xây dựng khung pháp lý quản lý giao dịch tiền ảo

Có thể khẳng định rằng, tiền ảo là sản phẩm tài chính dựa trên công nghệ hiện đại, vì vậy, xu thế tồn tại và phát triển của tiền ảo là tất yếu trong tiến trình toàn cầu hóa nền kinh tế quốc tế. Trước thực tế này, yêu cầu thay đổi dưới góc nhìn lập pháp đối với tiền ảo được đặt ra một cách cấp thiết. Thay vì chính sách “từ chối”, “cấm”, các cơ quan quản lý tiền tệ của Việt Nam cần sớm nghiên cứu và xây dựng khung pháp lý phù hợp với thị trường giao dịch tiền ảo trong nước.

Như đã trình bày, các giá trị lập pháp về khung pháp lý tiền ảo của Nhật Bản xứng đáng là nguồn tham khảo tốt trong quá trình xây dựng các chế định tiền ảo tại Việt Nam. Tuy nhiên, dù có nhiều điểm tương đồng thì mỗi quốc gia vẫn tồn tại một số đặc điểm đặc thù của thị trường kinh tế, do đó tiến trình xây dựng và hoàn thiện khung pháp lý tiền ảo tại Việt Nam cần được thực hiện theo lộ trình cụ thể dưới sự học hỏi có chọn lọc phù hợp với thị trường kinh tế tiền tệ trong nước:

Giai đoạn 1: Chưa công nhận tiền ảo là phương tiện thanh toán nhưng vẫn công nhận tiền ảo là tài sản để bảo vệ quyền lợi người tham gia các giao dịch tiền ảo.

Qua các phân tích trên thì tiền ảo có phải là tài sản không thì vẫn chưa có câu trả lời rõ ràng. Chính vì vậy, bên cạnh việc xác định các hành vi có nguy cơ vi phạm pháp luật liên quan tới tiền ảo, thì việc cấp thiết đó là phải phân biệt rõ tiền ảo như một phương tiện thanh toán với tiền ảo như một loại tài sản, trên cơ sở đó bảo vệ được quyền lợi hợp pháp của các bên trong các giao dịch tiền ảo. Theo đó, cần xây dựng khái niệm, bản chất pháp lý của các đồng tiền ảo trước khi tiến đến hoàn thiện khung pháp lý dành cho tiền ảo¹⁸.

Thực tế, tiền ảo về bản chất đã đáp ứng đầy đủ các đặc điểm để được liệt kê vào nhóm “quyền tài sản khác” - Đó là một loại tài sản vô hình và có thể trị giá được bằng tiền. Vì vậy, bước đầu tiên trong tiến trình xây dựng chế định tiền ảo là phải công nhận bản chất pháp lý của tiền ảo chính là “quyền tài sản khác” trong một văn bản pháp luật cụ thể, từ đó đặt nền móng xây dựng các điều kiện đặc thù cho phép tiền ảo được lưu thông; là đối tượng của các giao dịch dân sự (mua bán, trao đổi, tặng cho, thừa kế hoặc có thể dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ); cuối cùng là cơ chế kiểm soát và giám sát các hoạt động phát hành và giao dịch tiền ảo.

Giai đoạn 2: Thí điểm tiền ảo là phương tiện thanh toán trong không gian và đối tượng hạn chế.

Sau khi xác định rõ được bản chất của tiền ảo để bảo vệ quyền lợi người sử dụng ở giai đoạn một, pháp luật Việt Nam nên phát triển các dự án thí điểm công nhận một số loại tiền ảo

¹⁸ Phạm Thị Thúy Hằng, *Giải pháp quản lý tiền ảo, tài sản ảo*, <http://tapchitaichinh.vn/nguyen-cuu--trao-doi/trao-doi-binh-luan/giai-phap-quan-ly-tien-ao-tai-san-ao-139865.html>. Truy cập ngày 20/10/2020.

có chỉ số an toàn cao theo tiêu chuẩn quốc tế như đồng Bitcoin là phương tiện thanh toán trong một số giao dịch đặc biệt.

Các nhà hoạch định chính sách Việt Nam có thể thí điểm một số sàn giao dịch do nhà nước kiểm soát. Trong đó, các sàn giao dịch này chỉ chấp nhận phương tiện thanh toán là một số loại tiền ảo có chỉ số đánh giá an toàn cao theo quyết định sàng lọc thường niên của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam dựa trên các bảng xếp hạng tiền ảo uy tín trên thế giới. Bên cạnh đó, để tránh rủi ro cho các bên tham gia giao dịch trong bối cảnh vẫn chưa hoàn thiện được hệ thống giao dịch công nghệ thông tin thì Ngân hàng nhà nước nên xây dựng hạn mức trần giao dịch đối với các loại tiền ảo này, có thể chỉ được giao dịch tối đa một tỷ VNĐ đối với mỗi nhà đầu tư xác định.

Việc chủ động xây dựng một cách linh hoạt, thí điểm phương án tích cực, cởi mở hơn trong ứng xử với tiền ảo không chỉ tạo được cơ hội thu hút các nhà đầu tư công nghệ Blockchain vào Việt Nam mà còn tạo cảm giác an toàn đối với những nhà đầu tư Việt Nam muốn giao dịch tiền ảo. Giai đoạn thí điểm này là cơ hội tốt để các nhà hoạch định chính sách xác định rõ các nhiệm vụ, công việc cụ thể và những định hướng để xây dựng, hoàn thiện pháp luật về tài sản ảo nói chung và tiền ảo nói riêng nhằm đảm bảo an toàn toàn hệ thống tương ứng; kiểm soát, giảm thiểu các rủi ro tiềm ẩn nhưng vẫn không ảnh hưởng đến hệ sinh thái khởi nghiệp sáng tạo, đảm bảo bảo tính linh hoạt để phù hợp với sự thay đổi trong sự phát triển không ngừng của công nghệ thông tin, thương mại điện tử.

Giai đoạn 3: Công nhận tiền ảo là phương tiện thanh toán

Để có thể tiến đến công nhận và vận hành tốt chế định về tiền ảo, bắt buộc các nhà hoạch định chính sách của Việt Nam phải xây dựng được các tiêu chí, yêu cầu nghiêm ngặt về vốn, cơ cấu hoạt động, mức độ an toàn,... đối với các đồng tiền ảo được phép hoạt động trong nước cũng như các doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực tiền ảo. Trên cơ sở nghiên cứu pháp chế tiền ảo Nhật Bản, các quy phạm pháp luật điều chỉnh giao dịch tiền ảo dưới tư cách là phương tiện thanh toán ở Việt Nam nên được xây dựng theo hướng sau:

- Doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực tiền ảo phải được thành lập dưới mô hình doanh nghiệp có tư cách pháp nhân theo quy định pháp luật Việt Nam. Bởi lẽ, tư cách pháp nhân tạo cho doanh nghiệp sự ổn định và uy tín hơn xuất phát từ các ràng buộc pháp lý trong bản chất của pháp nhân tại Việt Nam.

- Doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực tiền ảo phải đáp ứng điều kiện về cơ sở tài chính, do đó, cần thiết áp dụng mức vốn pháp định đối với ngành nghề kinh doanh tiền ảo. Bên cạnh đáp ứng cơ cấu tổ chức tương ứng với loại hình pháp nhân quy định ở pháp luật doanh nghiệp Việt Nam, cấp thiết bổ sung thêm các quy định chặt chẽ hơn nữa về cơ cấu tổ chức đối với các doanh nghiệp này như các yêu cầu về bộ máy tổ chức của tổ chức tín dụng.

- Xây dựng các quy phạm pháp luật thể chế hóa các biện pháp cần thiết bảo đảm cho việc quản lý an toàn thông tin như trách nhiệm của doanh nghiệp trong vấn đề cung cấp thông

tin cho người sử dụng (về nội dung giao dịch, phác thảo từng loại tiền ảo do doanh nghiệp xử lý, hồ sơ giao dịch...); các biện pháp bảo vệ người sử dụng như tách riêng tài sản của người sử dụng với tài sản của mình, định kỳ thực hiện kiểm toán tình trạng quản lý riêng biệt đó bởi kiểm toán nhà nước; các biện pháp đảm bảo sự an toàn của các dịch vụ được phép cung cấp như ký quỹ tại Ngân hàng nhà nước Việt Nam, báo cáo kèm tài liệu tài chính theo quý hoặc hàng năm tình hình hoạt động đối với Ngân hàng nhà nước Việt Nam...

- Các nhà lập pháp Việt Nam cũng nên học hỏi kinh nghiệm từ Nhật Bản về việc thành lập một tổ chức độc lập hoặc hiệp hội quản lý giao dịch tiền ảo Việt Nam. Tổ chức này sẽ thay mặt Ngân hàng nhà nước Việt Nam cùng các Bộ, ngành liên quan để quản lý và giám sát trực tiếp tất cả hoạt động của các doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực tiền ảo trong nước nhằm đảm bảo hệ thống hoạt động một cách an toàn và hiệu quả.

5. Kết luận

Trong phạm vi bài báo, nhóm tác giả dựa trên các phân tích khung pháp lý Nhật Bản về quản lý giao dịch tiền ảo, thực tiễn áp dụng pháp luật Nhật Bản trong quản lý các giao dịch tiền ảo nhằm khẳng định chính sách pháp luật Nhật Bản hiện nay xứng đáng là các kinh nghiệm “*quý báu*” để học hỏi, qua đó đặt trong bối cảnh thực trạng các giao dịch tiền ảo ở Việt Nam, nhóm tác giả gợi mở một số góc nhìn xây dựng khung pháp lý quản lý giao dịch tiền ảo mới đồng thời định hướng lộ trình thực hiện nhằm hình thành thể chế quản lý các giao dịch tiền ảo tại Việt Nam hiện nay.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Chính phủ (2016), Nghị định số 80/2016/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 101/2012/NĐ-CP về thanh toán không sử dụng tiền mặt.
2. Chính phủ (2014), Nghị định số 96/2014/NĐ-CP quy định xử phạt hành chính trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng.
3. Đào Trung Hiếu (2020), *Xây dựng và hoàn thiện khung pháp lý về tiền ảo: Giải pháp phòng ngừa tội phạm lừa đảo theo phương thức đa cấp trong thời kỳ cách mạng công nghiệp 4.0*, Tạp chí Kiểm sát online.
4. Phạm Thị Thúy Hằng (2018), *Giải pháp quản lý tiền ảo, tài sản ảo*, Tạp chí Tài chính online.
5. European Banking Authority (2014), *EBA Opinion on “virtual currencies”*.
6. European Central Bank (2012). *Virtual Currency Schemes*. Frankfurt am Main: EuropeanCentralBank. 5. ISBN978-92-899-08627, <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>
7. European Central Bank (October 2012), *Virtual Currency Schemes*.

8. “*FIN-2013-G001: Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies*”. *Financial Crimes Enforcement Network*. 18 March 2013. p. 6. Archived from the original on 19 March 2013. Retrieved 29 May 2015, <https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf>

9. *Japan regulates virtual currency after Bitcoin scandal*, <https://phys.org/news/2016-05-japan-virtual-currency-bitcoin-scandal.html>

10. Trading education, Cryptocurrency Regulation Around The World In 2019 Ranked, <https://complyadvantage.com/blog/cryptocurrency-regulations-around-world/>

11. The Payment Services Act of Japan (Act No. 2019).

12. Xangle Research, Crypto Asset Market: *Japan in 2020 - Regulation & Policies*.

**PHÁP LUẬT VỀ GÓP VỐN BẰNG TÀI SẢN LÀ QUYỀN SỞ HỮU
CÔNG NGHIỆP ĐỐI VỚI SÁNG CHẾ**

TRẦN CAO THÀNH*

Ngày nhận bài: 26/10/2020

Ngày phản biện: 02/11/2020

Ngày đăng bài: 31/12/2020

Tóm tắt:

Quyền sở hữu công nghiệp (QSHCN) là một tài sản được pháp luật Việt Nam cho phép thương mại hoá, trong đó có hình thức góp vốn vào doanh nghiệp. Tại Việt Nam, thực tiễn đã ghi nhận một số trường hợp góp vốn bằng tài sản là QSHCN, trong đó có sáng chế. Hoạt động góp vốn bằng QSHCN đối với sáng chế đã được điều chỉnh bởi các văn bản như Luật Sở hữu trí tuệ 2005, sửa đổi bổ sung 2009 (gọi tắt là Luật SHTT năm 2005), Luật Doanh nghiệp 2014, Luật Khoa học và Công nghệ 2013, Luật Chuyển giao công nghệ 2017, Thông tư số 06/2014/TT-BTC Ban hành tiêu chuẩn thẩm định giá số 13 ngày 07/01/2014 của Bộ Tài chính... Tuy nhiên, trong quá trình thực thi, pháp luật về góp vốn bằng tài sản là QSHCN đối với sáng chế bộc lộ một số bất cập: (i) Bất cập trong quy định về chủ thể góp vốn; (ii) Bất cập trong quy định về đối tượng góp vốn. Trong phạm vi bài viết, tác giả tập trung giải quyết các vấn đề nêu trên.

Từ khóa:

Góp vốn, tài sản, quyền sở hữu công nghiệp, sáng chế.

Abstract:

Industrial property right is an asset that Vietnamese law has allowed for commercialization, including capital contribution to enterprises. In Vietnam, the reality has marked a number of capital contributions with assets as industrial property rights, including inventions. The capital contribution by industrial property rights as inventions has been governed by regulations such as Law on Intellectual Property (No. 50/2005/QH11) - as amended by the Law No. 36/2009/QH12 (referred to as the IP Law 2005), Law on Enterprises (No. 68/2014/QH13), Law on Science and Technology (No.29/2013/QH13), Law on Technology Transfer (No.07/2017/QH14), Circular 06/2014/TT-BTC valuation standard No 13, etc. However, regulations on capital contribution with the intellectual property rights as inventions have some inadequacies: (i) Inadequacies on capital contributors; (ii) Inadequacies on capital objects. Within the scope of the article, the author focuses on solving the above issues.

Keywords:

Capital contribution, assets, industrial property rights, inventions.

* ThS., GV Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: thanhct@hul.edu.vn

Đặt vấn đề

Tài sản vô hình đang dần chiếm tỉ trọng lớn trong cơ cấu vốn của các doanh nghiệp. Theo nhận định của Tổ chức Sở hữu trí tuệ Thế giới (WIPO) thì tổng giá trị của vốn vô hình (*Intangible capital*) đã lớn hơn tổng giá trị của vốn hữu hình (*Tangible capital*) trong tổng giá trị vốn của các doanh nghiệp¹. Theo đó, vốn vô hình của các doanh nghiệp thuộc 19 ngành sản xuất đã tăng từ 27,8% (năm 2000) lên 75% (năm 2014), chiếm tới 5,9 nghìn tỷ USD vào năm 2014². Tài sản trí tuệ (một thành phần của tài sản vô hình) đang chiếm tỷ trọng cao trong cơ cấu giá trị của một DN trên thế giới nói chung và Việt Nam nói riêng³. Theo khảo sát của 3.500 công ty hàng đầu ở Mỹ, tạp chí Fortune lưu ý rằng tài sản vô hình chiếm 72% giá trị thị trường (so với chỉ 5% năm 1978)⁴. Qua kết quả một nghiên cứu cho thấy, sở hữu trí tuệ (SHTT) của Hoa Kỳ ngày nay có giá trị từ 5 nghìn tỷ USD⁵ đến 5,5 nghìn tỷ USD, tương đương khoảng 45 phần trăm GDP⁶ của Hoa Kỳ và lớn hơn GDP của bất kỳ quốc gia nào trên thế giới.

Có thể dễ dàng nhận thấy, trong các đối tượng của quyền SHTT thì sáng chế có vai trò to lớn đóng góp vào sự tăng trưởng kinh tế, theo WIPO (2017.2), trong năm 2016 đã có tổng cộng 3,1 triệu đơn yêu cầu cấp bằng độc quyền sáng chế (patent) trên toàn thế giới, trong đó riêng Trung Quốc đã có 1,3 triệu đơn. Với sự gia tăng về số lượng đơn sáng chế, các hoạt động của doanh nghiệp có liên quan đến tài sản vô hình, trong đó có hoạt động góp vốn bằng QSHCN đối với sáng chế ngày càng phổ biến. Dù vậy, tại Việt Nam, hoạt động góp vốn bằng QSHCN đối với sáng chế vẫn đang ở giai đoạn manh nha, chưa thực sự sôi nổi. Một trong số những nguyên nhân lớn dẫn đến các hoạt động thương mại hóa sáng chế nói chung và góp vốn bằng sáng chế nói riêng chưa được các doanh nghiệp mặn mà chính là ở hành lang pháp lý. Do đó, hoàn thiện pháp luật về góp vốn bằng tài sản là QSHCN đối với sáng chế là cần thiết nhằm đem lại cho các doanh nghiệp sự an tâm và tạo ra những tiền lệ tốt cho hoạt động này trong thời gian tới. Để đưa ra những luận giải cũng như luận cứ khoa học trong bài viết này, tác giả tiếp cận trên phương diện quy luật “Bàn tay vô hình” trong tác phẩm vĩ đại *Bàn về tài sản quốc gia* (Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations) của nhà

¹ WIPO (2017), *Báo cáo về sở hữu trí tuệ thế giới năm 2017* với chủ đề “Vốn vô hình trong chuỗi giá trị toàn cầu” (Intangible Capital in Global Value Chains).

² WIPO (2017.1), *World Intellectual Property Report 2017 Intangible Capital in Global Value Chains*, ISBN: 978-92-805-2895-4.

³ Nguyễn Minh Hằng, Trần Cao Thành (2018), *Pháp luật về góp vốn bằng giá trị thương hiệu*, Tạp chí Nghề Luật, tập 1 số (5), tr.44.

⁴ Richard Jones (2005), *Finding sources of brand value: Developing a stakeholder model of brand equity*, 1479-1803 BRAND MANAGEMENT VOL. 13, NO. 1, 10-32 OCTOBER 2005.

⁵ United States dollar - USD: Đơn vị tiền tệ chính thức của Hoa Kỳ.

⁶ Gross Domestic Product - GDP: Tổng sản phẩm quốc nội.

kinh tế học Adam Smith, theo đó, ông cho rằng trong nền kinh tế thị trường tự do, mỗi cá nhân theo đuổi một mối quan tâm và xu hướng lợi ích riêng cho cá nhân mình, và chính các hành động của những cá nhân này lại có xu hướng thúc đẩy nhiều hơn và củng cố lợi ích cho toàn cộng đồng thông qua một “bàn tay vô hình”. Ông biện luận rằng, mỗi một cá nhân đều muốn thu lợi lớn nhất cho mình sẽ làm tối đa lợi ích của cả cộng đồng, điều này giống như việc cộng toàn bộ tất cả các lợi ích của từng cá nhân lại. Nói cách khác, điều kiện cần cho hoạt động góp vốn bằng tài sản là QSHCN đối với sáng chế là một nền kinh tế thị trường đúng nghĩa.

1. Khái quát về góp vốn bằng tài sản là quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế

1.1. Góp vốn (Capital Contribution)

Theo Điều 4.13 Luật Doanh nghiệp 2014, *Góp vốn là việc góp tài sản để tạo thành vốn điều lệ của công ty. Góp vốn bao gồm góp vốn để thành lập doanh nghiệp hoặc góp thêm vốn điều lệ của doanh nghiệp đã được thành lập.*

Theo Sullivan, A., Steven M. Sheffrin (2003), khi tiếp cận ở góc độ kinh tế học, tài sản là một khái niệm được dùng để chỉ nguồn tài nguyên kinh tế (*Economic Resource*) dù thể hiện ở dạng hữu hình hay dạng vô hình mà có thể được sở hữu hoặc kiểm soát để tạo ra giá trị dương tính về kinh tế (*Positive Economic Value*) đều được coi là một tài sản. Một cách đơn giản, có thể nói tài sản đại diện cho giá trị của quyền sở hữu có thể được chuyển đổi thành tiền mặt (mặc dù tiền mặt chính nó cũng được coi là một tài sản).

Điều 105 Bộ luật Dân sự 2015 định nghĩa: “*Tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản, tài sản bao gồm bất động sản và động sản. Bất động sản và động sản có thể là tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai*”. Như vậy, đối tượng được coi là tài sản không chỉ những vật có thực mà cả những vật được hình thành trong tương lai.

Khi dựa vào đặc tính cấu tạo của vật chất, người ta phân loại tài sản thành tài sản hữu hình (*Tangible Asset*) và tài sản vô hình (*Intangible Asset*).

Theo Downes J., Goodman J. E. (2003), tài sản vô hình (*Intangible Asset*) là thuật ngữ được dùng để chỉ tài nguyên phi vật thể (*Non-Physical Resources*) và có giá trị cho người sở hữu nó, vì nắm được lợi thế trên thị trường, ví dụ uy tín (*Goodwill*) của doanh nghiệp, quyền tác giả, nhãn hiệu, bằng độc quyền sáng chế, chương trình máy tính, trái phiếu và cổ phiếu (*Bonds and Stocks*).

Tài sản vô hình được chia thành:

- Tài sản vô hình không xác định, ví dụ uy tín của doanh nghiệp trong hoạt động sản xuất, kinh doanh, quan hệ khách hàng...;
- Tài sản vô hình xác định, ví dụ các kết quả nghiên cứu trong hoạt động khoa học và công nghệ (KH&CN), như tác phẩm khoa học, sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố

trí mạch tích hợp bán dẫn, bí mật kinh doanh, nhãn hiệu... Những đối tượng này hợp thành những đối tượng của quyền SHTT⁷.

Từ những phân tích trên, thuật ngữ góp vốn trong bài viết được hiểu là:

- Là việc góp tài sản được thể hiện bằng QSHCN đối với sáng chế để tạo thành vốn điều lệ của doanh nghiệp;

- Việc góp vốn bằng QSHCN đối với sáng chế nêu trên bao gồm góp vốn để thành lập doanh nghiệp hoặc góp thêm vốn điều lệ của doanh nghiệp đã được thành lập.

1.2. Tài sản (Assets)

Trong cuốn *Deluxe Back's Law Dictionary*, tài sản được giải nghĩa là một từ được sử dụng chung để chỉ mọi thứ là đối tượng của quyền sở hữu, hoặc hữu hình hoặc vô hình, hoặc động sản hoặc bất động sản. Như vậy, nếu xét dưới góc độ luật học thì khái niệm tài sản được nhìn nhận trong mối quan hệ với quyền sở hữu và được xem xét dưới các khía cạnh đa dạng như tài sản hữu hình, tài sản vô hình, động sản và bất động sản.

Theo luật La Mã, tài sản bao gồm các vật và quyền tài sản. Các nước theo hệ thống Luật Dân sự (Civil Law) như Pháp, Nhật Bản, Quebec (Canada) đều không có định nghĩa về tài sản trong các BLDS mà chỉ quy định về tài sản thông qua việc phân loại chúng. Theo BLDS Pháp, tài sản bao gồm động sản và bất động sản (Điều 516); tài sản có thể là động sản do tính chất hoặc do pháp luật quy định (Điều 527). Như vậy, tài sản được nhận diện thông qua các khái niệm như vật (mang tính hữu hình) và quyền (mang tính vô hình), động sản và bất động sản.

Các học giả Common Law lại thể hiện quan niệm tài sản là các mối quan hệ giữa người với người liên quan đến vật, hơn là nhấn mạnh đến các đặc tính vật lý hay chất liệu như các học giả Civil Law, theo đó tài sản được hiểu là một mớ quyền (abundle of rights): Tài sản bao gồm bất kể những gì có khả năng sở hữu hoặc bởi cá nhân, tập thể hoặc cho lợi ích của người khác.

Tại Việt Nam, Điều 105 BLDS 2015 quy định: “*Tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản. Tài sản bao gồm bất động sản và động sản. Bất động sản và động sản có thể là tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai*”. Như vậy, Việt Nam quy định theo hướng liệt kê các loại tài sản, đồng thời xác định cụ thể: Tài sản bao gồm bất động sản và động sản. Bất động sản và động sản có thể là tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai.

Từ những khái niệm đã đề cập ở trên, trong phạm vi bài viết này, tài sản được khu trú trong phạm vi QSHCN đối với sáng chế dưới dạng bằng độc quyền sáng chế (patent), sáng chế đang trong giai đoạn thẩm định hình thức và thẩm định nội dung đơn, mà chưa được bảo hộ (chưa được cấp bằng độc quyền sáng chế). Nói cách khác, tác giả nhận định sáng chế đang trong giai đoạn thẩm định hình thức và thẩm định nội dung đơn là dạng tài sản hình thành trong tương lai theo tinh thần của Điều 105 BLDS 2015.

⁷ Trần Văn Hải (2019), *Những vấn đề pháp lý trong việc góp vốn khởi nghiệp bằng quyền sở hữu trí tuệ*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học Quốc gia năm 2019 “Start up - Những khía cạnh pháp lý về gọi vốn đầu tư”, Nxb Đại học Kinh tế Quốc dân 2019, tr.92.

1.3. Quyền sở hữu công nghiệp (*Industrial Property Rights*)

Quyền sở hữu công nghiệp (*Industrial Property Rights*) là một quyền trong quyền SHTT, QSHCN được hiểu là “quyền của tổ chức, cá nhân đối với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, nhãn hiệu, tên thương mại, CDĐL, bí mật kinh doanh do mình sáng tạo ra hoặc sở hữu và quyền chống cạnh tranh không lành mạnh”⁸. Trong nội hàm của quyền SHCN cũng rất rộng, nhưng trong phạm vi bài viết này, tác giả chỉ đề cập đến đối tượng duy nhất của QSHCN là sáng chế.

1.4. Sáng chế (*Inventions*)

Điều 4.12 Luật SHTT 2005 định nghĩa: “Sáng chế là giải pháp kỹ thuật dưới dạng sản phẩm hoặc quy trình nhằm giải quyết một vấn đề xác định bằng việc ứng dụng các quy luật tự nhiên”.

Trong định nghĩa vừa nêu thì thuật ngữ “giải pháp kỹ thuật” là đối tượng của sáng chế, như vậy các giải pháp khác (ví dụ: giải pháp nâng cao hiệu quả quản lý hộ tịch, giải pháp quản lý nguồn nhân lực chất lượng cao...) không phải là đối tượng của sáng chế. Giải pháp kỹ thuật có thể tồn tại ở dạng sản phẩm (sản phẩm có thể tồn tại ở dạng vật thể hoặc chất thể) hoặc quy trình. Đồng thời, cần nhấn mạnh rằng, không phải sáng chế nào cũng được cấp bằng độc quyền sáng chế (patent), sáng chế chỉ được cấp bằng độc quyền sáng chế nếu nó đạt đủ 3 điều kiện: tính mới, trình độ sáng tạo và khả năng áp dụng công nghiệp. Do đó, trong bài viết này, sáng chế được hiểu ở cả ba giai đoạn:

Giai đoạn 1: Sáng chế ở dạng chưa được bộc lộ. Giai đoạn này sáng chế chỉ mới ở dạng ý tưởng của tác giả tạo ra sáng chế.

Giai đoạn 2: Sáng chế ở giai đoạn thẩm định hình thức và thẩm định nội dung đơn, mà chưa được bảo hộ;

Giai đoạn 3: Sáng chế được cấp bằng độc quyền sáng chế (patent). Patent có hiệu lực bảo hộ trên lãnh thổ Việt Nam trong thời hạn 20 năm tính từ thời điểm nộp đơn hợp lệ.

Như vậy, từ việc thống nhất cách hiểu các thuật ngữ được sử dụng nêu trên, trong bài viết này, thuật ngữ góp vốn bằng tài sản là quyền SHCN đối với sáng chế được hiểu thống nhất như sau: Góp vốn bằng tài sản là QSHCN đối với sáng chế là việc góp tài sản bằng QSHCN đối với sáng chế tạo thành vốn điều lệ của doanh nghiệp nhằm mục đích thành lập doanh nghiệp hoặc tăng vốn điều lệ của doanh nghiệp.

2. Quy định pháp luật về góp vốn bằng tài sản là quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế

Pháp luật Việt Nam có nhiều quy định liên quan đến hoạt động góp vốn bằng tài sản là QSHCN đối với sáng chế. Song, trong phạm vi bài viết này, tác giả chỉ đề cập đến một số quy định chứa đựng bất cập làm có sở để phân tích và làm rõ trong mục tiếp theo của bài viết.

⁸ Luật Sở hữu trí tuệ 2005, sửa đổi bổ sung 2009, Điều 4.4.

2.1. Quy định về chủ thể góp vốn

Theo quy định của pháp luật, QSHCN đối với sáng chế là tài sản được nhà nước thừa nhận và bảo hộ, chủ sở hữu có quyền đem tài sản trí tuệ đi góp vốn vào doanh nghiệp. Tuy nhiên, không phải bất cứ ai, cũng có thể sử dụng QSHCN đối với sáng chế để mang đi góp vốn, chủ thể có quyền góp vốn bằng QSHCN đối với sáng chế phải đáp ứng 2 điều kiện lớn sau:

Thứ nhất, chủ thể góp vốn phải là chủ sở hữu hợp pháp của QSHCN đối với sáng chế.

Điều 35.2 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: “... *Chỉ cá nhân, tổ chức là chủ sở hữu hợp pháp đối với các quyền nói trên mới có quyền sử dụng các tài sản đó để góp vốn*”, quyền trong điều luật là quyền SHTT đối với các đối tượng (trong đó có sáng chế). Nghĩa là, bên góp vốn phải được cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền cấp văn bằng bảo hộ đối với sáng chế (patent) muốn góp vốn, và đồng thời không rơi vào những trường hợp hạn chế chuyển nhượng theo quy định của pháp luật SHTT.

Thứ hai, bên góp vốn phải là những chủ thể có quyền góp vốn thành lập DN, góp vốn vào DN đang tồn tại.

Tại Điều 18.2 và Điều 18.3 Luật Doanh nghiệp 2014, Luật đã liệt kê một loạt các chủ thể không được quyền góp vốn, trong đó có rất nhiều đối tượng nhưng tuyệt nhiên không hề đề cập đến người nước ngoài. Nói cách khác, người nước ngoài hoàn toàn có quyền góp vốn vào các doanh nghiệp Việt Nam theo tinh thần mọi người có quyền tự do kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm được quy định trong Hiến pháp 2013⁹. Cũng cần lưu ý, trong quy định của Luật Đầu tư 2014 cũng không có quy định hạn chế các nhà đầu tư nước ngoài góp vốn vào các doanh nghiệp tại Việt Nam.

2.2. Quy định về đối tượng góp vốn

Sáng chế dùng để góp vốn vào doanh nghiệp phải thỏa mãn điều kiện về đối tượng góp vốn, trong đó có nhấn mạnh đến hai yếu tố là phạm vi góp vốn và điều kiện đối với sáng chế sử dụng góp vốn.

Thứ nhất, phạm vi góp vốn bằng tài sản là QSHCN đối với sáng chế.

Theo quy định, hành vi góp vốn vào công ty TNHH hoặc công ty hợp danh thì chủ thể góp vốn sẽ trở thành thành viên của công ty, đối với CTCP thì thành viên sở hữu phần vốn trong công ty được gọi là cổ đông. Chủ thể muốn trở thành cổ đông/ thành viên phải thông qua việc mua lại cổ phần/phần vốn góp trên cơ sở hợp đồng mua bán cổ phiếu/ nhận chuyển nhượng phần vốn góp, việc thanh toán hợp đồng này được thanh toán bằng tiền hoặc tài sản khác tùy theo sự thống nhất giữa các bên. Đối với tài sản góp vốn là QSHCN đối với sáng chế thì bản chất hoạt động này là sự chuyển nhượng quyền sở hữu/ quyền sử dụng QSHCN đối

⁹ Hiến pháp 2013, Điều 33.

với sáng chế của chủ sở hữu hợp pháp sang cho doanh nghiệp. Chủ sở hữu QSHCH đối với sáng chế chỉ được chuyển nhượng trong phạm vi được bảo hộ. Theo quy định của Luật SHTT 2005 thì phạm vi bảo hộ bao gồm 2 yếu tố cấu thành:

Một là, phạm vi bảo hộ về không gian.

Phạm vi bảo hộ về không gian là sự giới hạn về không gian bảo hộ QSHCN đối với sáng chế được tính theo đơn vị lãnh thổ quốc gia. Một sáng chế chỉ được cấp văn bằng bảo hộ tại một quốc gia duy nhất. Bởi lẽ, khi đăng ký bảo hộ thì sáng chế đã mất tính mới, vì thế không thể đăng ký bảo hộ tại quốc gia khác. Tuy nhiên, việc không cấp văn bằng bảo hộ sáng chế với việc không thừa nhận sáng chế là khác nhau. Đối với các quốc gia tham gia Hiệp ước Hợp tác Sáng chế 1970 (PCT)¹⁰ thì sáng chế được thừa nhận tại các quốc gia là thành viên của Hiệp ước này (trong đó có Việt Nam)¹¹.

Hai là, phạm vi bảo hộ về thời gian.

Phạm vi bảo hộ về thời gian là sự giới hạn về thời gian bảo hộ QSHCN đối với sáng chế. Theo quy định tại Điều 93.2 Luật SHTT 2005, bằng độc quyền sáng chế có hiệu lực từ ngày cấp và kéo dài đến hết hai mươi năm kể từ ngày nộp đơn.

Việc chuyển nhượng QSHCN đối với sáng chế cũng chỉ có hiệu lực trong phạm vi thời gian bảo hộ. Trường hợp hết thời gian bảo hộ thì công ty nhận góp vốn bằng tài sản là QSHCN sẽ mất đi các quyền của chủ sở hữu đối với sáng chế nhận chuyển nhượng. Đương nhiên, việc góp vốn trong thời gian bao lâu là tùy thuộc vào thỏa thuận giữa các chủ thể, tuy nhiên, cần cần nhắc đến yếu tố thời hạn bảo hộ sáng chế của chủ sở hữu quyền.

Thứ hai, điều kiện đối với sáng chế sử dụng góp vốn.

Một là, QSHCN đối với sáng chế góp vốn phải còn trong phạm vi bảo hộ. Phạm vi này bao gồm phạm vi về không gian và thời gian, tùy theo địa điểm và pháp luật áp dụng để bảo hộ đối với sáng chế.

Hai là, chuyển giao QSHCN đối với sáng chế có những điều kiện hạn chế nhất định. Những yếu tố này chính là các hạn chế của QSHCH nói chung theo quy định pháp luật, bao gồm quyền của người sử dụng trước đối với sáng chế và một số điều kiện khác.

Ba là, QSHCN đối với sáng chế góp vốn không thuộc những trường hợp không được chuyển nhượng theo quy định pháp luật về SHTT.

¹⁰ Cần lưu ý rằng, bất kỳ quốc gia nào tham gia Công ước Paris về bảo hộ sở hữu công nghiệp đều có thể trở thành thành viên của PCT. Phần lớn các nước trên thế giới là các bên tham gia PCT, bao gồm tất cả các nước công nghiệp hóa chủ yếu (với một số ngoại lệ, bao gồm Argentina và Đài Loan). Tính đến ngày 16/3/2017, đã có 152 quốc gia ký kết hiệp ước với PCT. Jordan đã trở thành quốc gia ký kết 152 vào ngày 9/3/2017.

¹¹ http://noip.gov.vn/NOIP/RESOURCE.NSF/VWRESOURCELIST/C9F6EE_3867F6444A4725768000119B50/Thutuc3%20DKSC%20chidinhVN.pdf. Truy cập ngày 22/07/2020.

3. Một số bất cập trong quy định pháp luật về góp vốn bằng tài sản là quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế

3.1. Bất cập trong quy định về chủ thể tham gia góp vốn bằng tài sản là quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế

Xuất phát từ quy định tại Điều 35.2 Luật Doanh nghiệp 2014 như đã phân tích tại Mục 2.1, có thể nhận thấy, Luật đã bộc lộ hai điểm bất cập lớn sau đây:

Một là, chủ sở hữu sáng chế là người nước ngoài không được phép góp vốn vào doanh nghiệp tại Việt Nam.

Công ước Paris 1883 về bảo hộ QSHCN quy định nguyên tắc bảo hộ độc lập đối với sáng chế, có nghĩa là quốc gia nào cấp patent cho sáng chế thì patent chỉ có hiệu lực bảo hộ trên lãnh thổ quốc gia đó. Ví dụ, năm 2014, Cơ quan sáng chế và nhãn hiệu Hoa Kỳ (USPTO) cấp patent số US 8658833 B2 cho quy trình chế biến tỏi (*Garlic processing*), Cục SHTT Việt Nam không cấp patent cho sáng chế này, có nghĩa là nó không được bảo hộ tại Việt Nam.

Như vậy, trong trường hợp này, chủ sở hữu patent số US 8658833 B2 không thể góp vốn đầu tư vào doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực chế biến tinh dầu tỏi tại Việt Nam vì không thỏa mãn điều kiện là chủ sở hữu hợp pháp theo quy định tại Điều 35.2 Luật Doanh nghiệp 2014 như đã dẫn chứng ở trên.

Hai là, chủ sở hữu sáng chế chưa được cấp Bằng độc quyền sáng chế (patent) không được góp vốn vào doanh nghiệp.

Theo quy định của hệ thống pháp luật về góp vốn vào doanh nghiệp bằng QSHCN đối với sáng chế thì chủ thể góp vốn phải là chủ sở hữu của sáng chế được bảo hộ. Nói cách khác, trong trường hợp này chỉ có chủ sở hữu patent mới có quyền góp vốn, các chủ thể còn lại mặc nhiên bị loại khỏi đối tượng được quyền góp vốn. Tuy nhiên, để trở thành chủ sở hữu của sáng chế, chủ thể có sáng chế phải tiến hành thủ tục đăng ký xác lập quyền đối với sáng chế đó. Trình tự thủ tục này phải diễn ra trong những khoảng thời gian nhất định (không dưới 18 tháng). Bởi vậy, trong những trường hợp này người đăng ký xác lập quyền chưa được coi là chủ sở hữu quyền tài sản đối với sáng chế, và đương nhiên sẽ không được quyền tham gia góp vốn theo quy định. Soi chiếu vào định nghĩa về tài sản đã phân tích tại Mục 1.2, tác giả bài viết cho rằng, sáng chế phải được xem là tài sản theo nghĩa nguyên vẹn nhất, bao gồm cả tài sản hiện hữu (patent) và tài sản hình thành trong tương lai (sáng chế trong giai đoạn thẩm định đơn).

3.2. Bất cập trong quy định về đối tượng góp vốn

Sáng chế được xem là đối tượng của QSHCN phổ biến nhất hiện nay, trong các đối tượng của QSHCN được thương mại hóa thì sáng chế chiếm đa số. Hoạt động góp vốn vào

doanh nghiệp bằng sáng chế cũng không phải ngoại lệ, thế nhưng, pháp luật hiện hành vẫn còn những bất cập trong quy định về đối tượng góp vốn vào doanh nghiệp là sáng chế.

Một là, đối với sáng chế chưa được cấp patent.

Như đã phân tích, hiện nay, chỉ có sáng chế được cấp Bằng độc quyền sáng chế mới là đối tượng góp vốn vào doanh nghiệp. Tuy nhiên, nhìn nhận về mặt bản chất, có thể thấy bản thân sáng chế mang trong mình giá trị của một tài sản. Nghĩa rằng, dù sáng chế có được cấp patent hay không thì quyền tài sản vẫn thuộc về chủ sở hữu sáng chế đó. Vấn đề ở chỗ, chủ thể góp vốn cần chứng minh quyền sở hữu của mình đối với sáng chế trước chủ thể nhận góp vốn. Điều này tuân thủ theo nguyên tắc của một nền kinh tế thị trường, trong đó có thị trường vốn. Các chủ thể tham gia thị trường vốn tự do thỏa thuận với nhau về đối tượng nhận góp vốn và giá trị của tài sản đó, cụ thể ở đây là sáng chế. Trong trường hợp này patent chỉ là vấn đề về mặt thủ tục.

Hai là, sáng chế của người nước ngoài tại Việt Nam.

Một sáng chế để được cấp patent cần phải đảm bảo ba điều kiện, trong đó có điều kiện về tính mới. Do đó, người nước ngoài sở hữu patent không được bảo hộ tại Việt Nam như trường hợp patent số US 8658833 B2 cho quy trình chế biến tỏi (*Garlic processing*) cần được cho phép góp vốn vào doanh nghiệp chế biến tỏi tại Việt Nam nếu chủ sở hữu patent có nhu cầu. Bởi lẽ, trong số các trường hợp không được góp vốn vào doanh nghiệp theo quy định tại Điều 18.2 và 18.3 Luật Doanh nghiệp 2014 không có người nước ngoài. Do đó, việc quy định tại Điều 35.2 Luật Doanh nghiệp 2014 là bất hợp lý.

Ba là, sáng chế dạng vô hình (quy trình/ phương pháp).

Như đã phân tích, sáng chế là một giải pháp kỹ thuật có thể tồn tại:

- Dạng hữu hình: vật thể, chất thể;
- Dạng vô hình: quy trình/phương pháp.

Khi góp vốn bằng sáng chế dạng quy trình/phương pháp thì chỉ bao gồm các thông tin về nó, mà các thông tin này lại được bộc lộ công khai trong bản mô tả sáng chế đáp ứng điều kiện: “*Bộc lộ đầy đủ và rõ ràng bản chất của sáng chế đến mức căn cứ vào đó người có hiểu biết trung bình về lĩnh vực kỹ thuật tương ứng có thể thực hiện được sáng chế đó*”.

Trong thực tế, rất có thể một sáng chế chỉ được vận hành kèm theo bí quyết công nghệ (know-how), nhưng chính bí quyết công nghệ cũng tồn tại ở dạng vô hình và không thể hiện trong bản mô tả sáng chế, bởi vậy nó là chi tiết kèm theo sáng chế nhưng lại không được bảo hộ¹².

¹² Trần Văn Hải (2019), *Những vấn đề pháp lý trong việc góp vốn khởi nghiệp bằng quyền sở hữu trí tuệ*, Kỳ yếu Hội thảo khoa học Quốc gia năm 2019 “Start up - Những khía cạnh pháp lý về gọi vốn đầu tư”, Nxb Đại học Kinh tế Quốc dân 2019, tr.100.

Trạng thái ngược lại của góp vốn là rút vốn, rút vốn là sáng chế dạng quy trình/phương pháp trong trường hợp vừa phân tích là vô nghĩa. Do đó, khi góp vốn bằng sáng chế dạng quy trình/phương pháp thì rủi ro pháp lý cao hơn so với việc góp vốn bằng sáng chế dạng hữu hình. Đây là một điểm các chủ sở hữu sáng chế nên cân nhắc kỹ lưỡng khi nhận góp vốn bằng sáng chế, bởi tỷ lệ rủi ro và mất trắng của chủ sở hữu sáng chế là rất lớn

Bốn là, góp vốn đối với chương trình máy tính được cấp patent.

Chương trình máy tính là một phần không thể thiếu trong nền kinh tế tri thức, nhất là trong bối cảnh cách mạng lần thứ 4 hiện nay. Tuy nhiên, chủ sở hữu chương trình máy tính vẫn còn khó khăn trong việc tham gia góp vốn bằng chính tài sản là chương trình máy tính do mình tạo ra. Vấn đề ở chỗ, các quy định không nhất quán đã tạo cho tác giả của chương trình máy tính những rào cản nhất định trong việc thương mại hóa tài sản trí tuệ của mình bằng hình thức góp vốn. Cụ thể, theo quy định tại Điều 22 Luật SHTT chương trình máy tính được bảo hộ như một tác phẩm văn học, sẽ chẳng có gì cần bàn luận nếu Cục SHTT (2010) không ban hành *Quy chế thẩm định đơn đăng ký sáng chế* (Ban hành kèm theo Quyết định số 487/QĐ-SHTT ngày 31/3/2010 của Cục trưởng Cục Sở hữu trí tuệ, theo đó văn bản quy định rằng “*Mặc dù chương trình máy tính thuộc danh mục các đối tượng không được bảo hộ với danh nghĩa sáng chế nhưng nếu đối tượng yêu cầu bảo hộ có đặc tính kỹ thuật và thực sự là một giải pháp kỹ thuật, nhằm giải quyết một vấn đề kỹ thuật bằng một phương tiện kỹ thuật để tạo ra một hiệu quả kỹ thuật thì nó có thể được bảo hộ với danh nghĩa sáng chế*”. Cụm từ gạch chân với hàm ý rằng chương trình máy tính được bảo hộ với danh nghĩa sáng chế khi nó liên kết với một cấu trúc hữu hình.

Nhưng trong thực tế, USPTO đã cấp patent cho chương trình máy tính khi nó không liên kết với một cấu trúc hữu hình. Có thể dẫn chứng:

- Patent số US8195953 (B1) cho “Chương trình máy tính được gắn liền với phần mềm bảo vệ độc hại” (*Computer program with built-in malware protection*).

- Patent số US8196206 (B1) cho “Trình duyệt hệ thống mạng, phương pháp, sản phẩm chương trình máy tính để quét dữ liệu cho nội dung không mong muốn và các trang web liên quan không mong muốn” (*Network browser system, method, and computer program product for scanning data for unwanted content and associated unwanted sites*).

Nói cách khác, thông lệ quốc tế đã có việc cấp patent cho chương trình máy tính ngay cả trong trường hợp nó tồn tại ở dạng vô hình.

Chính vì việc quy định phức tạp này mà có rất nhiều chương trình máy tính không được Cục SHTT Việt Nam cấp patent với danh nghĩa là sáng chế. Bởi vậy, chủ sở hữu các chương trình máy tính này lại không thể góp vốn đầu tư vì không thỏa mãn quy định tại Điều 35.2 Luật Doanh nghiệp 2014.

4. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về góp vốn bằng tài sản là quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế

4.1. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật trong quy định về chủ thể tham gia góp vốn bằng tài sản là quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế

Cả hai điểm bất cập đã phân tích tại Mục 3.1 đề xuất phát từ Điều 35.2, do đó, tác giả bài viết kiến nghị bỏ quy định "... Chỉ cá nhân, tổ chức là chủ sở hữu hợp pháp đối với các quyền nói trên mới có quyền sử dụng các tài sản đó để góp vốn" tại Điều 35.2 Luật Doanh nghiệp 2014.

Như đã phân tích, việc quy định như cụm từ gạch chân tại Điều 35.2 sẽ hạn chế quyền góp vốn bằng sáng chế của chủ thể mà sáng chế của họ đang trong giai đoạn thẩm định đơn và chủ thể có sáng chế được bảo hộ ở nước ngoài. Điều này là vô lý, bởi trong trường hợp thứ nhất, đối với chủ thể mà sáng chế của họ trong giai đoạn thẩm định đơn thì quyền đối với sáng chế đó vẫn là của tác giả tạo ra sáng chế đó. Trong thực tiễn, qua khảo sát, tại Cục SHTT Việt Nam đã ghi nhận rất nhiều trường hợp các chủ thể chuyển nhượng/ chuyển quyền sử dụng đối với sáng chế trong giai đoạn đang nộp đơn mà chưa được cấp văn bằng bảo hộ mặc dù mục đích chuyển nhượng/ chuyển giao không được ghi nhận. Nghĩa là, rất nhiều người nộp đơn đã bán "lúa non" khi sáng chế vẫn còn đang trong giai đoạn thẩm định. Cần khẳng định là hoạt động chuyển nhượng/ chuyển quyền này hoàn toàn hợp pháp. Và rõ ràng, các chủ thể tham gia hoạt động chuyển nhượng/ chuyển quyền này đều tự nguyện và tuân thủ nguyên tắc "bàn tay vô hình" của nền kinh tế hiện nay. Mặc dù chưa có số liệu thống kê, nhưng chắc chắn trong số các trường hợp chuyển nhượng/ chuyển quyền khi sáng chế đang trong quá trình thẩm định đơn có mục đích góp vốn.

Trong trường hợp thứ hai, chủ thể có sáng chế được cấp patent ở nước ngoài muốn góp vốn bằng patent đó tại Việt Nam rất cần được khuyến khích. Về mặt pháp lý, Việt Nam không có quy định cấm người nước ngoài đầu tư, góp vốn vào doanh nghiệp Việt Nam. Do đó, nếu bỏ cụm từ gạch chân ở trên thì vấn đề này sẽ được giải quyết. Các patent được cấp ở nước ngoài thông thường có khả năng thương mại hóa tại Việt Nam, việc chủ sở hữu patent được cấp ở nước ngoài tham gia góp vốn vào các doanh nghiệp Việt Nam, nhất là các doanh nghiệp công nghệ sẽ góp phần phát triển kinh tế, khoa học và công nghệ ở Việt Nam. Xét về khía cạnh rủi ro pháp lý đối với chủ thể nhận góp vốn bằng sáng chế trong trường hợp này hoàn toàn không đáng lo ngại. Bởi lẽ, để nhận góp vốn bằng patent được cấp ở nước ngoài cũng phải thỏa mãn điều kiện tự do thỏa thuận giữa chủ thể góp vốn và chủ thể nhận góp vốn. Cần nhấn mạnh rằng, chủ thể nhận góp vốn sẽ không bao giờ đồng ý hợp tác nếu chủ thể góp vốn không chứng minh được sáng chế thuộc sở hữu của mình, chưa tính đến khả năng thương mại hóa sáng chế đó. Do đó, trong góc độ này, thiết nghĩ nên để cho các chủ thể tham gia hoạt động góp và nhận góp vốn bằng tài sản là sáng chế được cấp patent ở nước ngoài theo cơ chế

tự do thỏa thuận. Đây là xu hướng phù hợp với tinh thần của Hiến pháp 2013 mà tác giả đã đề cập trong bài viết này.

4.2. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật trong quy định về đối tượng góp vốn

Việc hoàn thiện pháp luật trong quy định về đối tượng góp vốn là cần thiết, nhằm mục đích tạo ra động lực để các chủ thể quyền tiến hành thương mại hóa tài sản trí tuệ (sáng chế). Đối tượng góp vốn bằng sáng chế càng đa dạng thì càng tạo điều kiện cho các hoạt động thương mại hóa phát triển, tiến tới hình thành sản giao dịch công nghệ đáp ứng nhu cầu và xu hướng trên thế giới. Trong mục này, tác giả đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật, cụ thể:

Đối với hai điểm bất cập đầu tiên đã phân tích ở Mục 3.2 thì kiến nghị trùng với kiến nghị trong mục 4.1 nên tác giả không nhắc lại. Kiến nghị mới được đề cập trong mục này là:

Quy định thống nhất Chương trình máy tính được bảo hộ với hình thức duy nhất là tác phẩm văn học (bảo hộ quyền tác giả) như Điều 22 Luật SHTT hiện nay. Đồng nghĩa với việc bãi bỏ quy định về nội dung đang đề cập tại Quy chế thẩm định đơn đăng ký sáng chế ban hành kèm theo Quyết định số 487/QĐ-SHTT ngày 31/3/2010 của Cục trưởng Cục Sở hữu trí tuệ. Việc quy định thống nhất như vừa trình bày sẽ loại bỏ khả năng chương trình máy tính không được cấp văn bằng bảo hộ sáng chế vì lý do không liên kết với một cấu trúc hữu hình. Bảo hộ chương trình máy tính theo hình thức tác phẩm văn học sẽ theo cơ chế bảo hộ tự động, tạo cơ sở pháp lý vững chắc và thuận lợi hơn cho các chủ thể tham gia hoạt động thương mại hóa tài sản trí tuệ. Nếu bảo hộ Chương trình máy tính như danh nghĩa một sáng chế thì sẽ gặp rất nhiều khó khăn trong khâu xác lập quyền, như vậy sẽ hạn chế khả năng góp vốn bằng sáng chế là chương trình máy tính đối với các chủ thể liên quan.

5. Kết luận

Trong bối cảnh cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ 4, kinh tế tri thức càng trở nên quan trọng hơn hết. Một nền kinh tế thị trường, trong đó có thị trường vốn là điều kiện tối quan trọng. Xu hướng phát triển chung tại các nước tiên tiến trên thế giới đều hình thành sản giao dịch công nghệ, nơi các tài sản trí tuệ được mua bán, chuyên nhượng, góp vốn,...theo một cơ chế thị trường đúng nghĩa. Khi đó, việc xác định giá trị của các tài sản trí tuệ trong đó có sáng chế phụ thuộc vào các doanh nghiệp, các nhà đầu tư và chủ sở hữu sáng chế. Để đón đầu và chuẩn bị kỹ lưỡng cho xu hướng nói trên, cần thiết phải xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật về góp vốn bằng tài sản trí tuệ nói chung và sáng chế nói riêng ngay từ bây giờ. Các kiến nghị của tác giả góp phần làm rõ nét bức tranh về một thị trường công nghệ Việt Nam trong một tương lai không xa.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. WIPO (2017), *Báo cáo về sở hữu trí tuệ thế giới năm 2017* với chủ đề “Vốn vô hình trong chuỗi giá trị toàn cầu” (Intangible Capital in Global Value Chains).

2. WIPO (2017.1), *World Intellectual Property Report 2017 Intangible Capital in Global Value Chains*, ISBN: 978-92-805-2895-4.

3. Nguyễn Minh Hằng, Trần Cao Thành (2018), *Pháp luật về góp vốn bằng giá trị thương hiệu*, Tạp chí Nghề Luật, tập 1 số (5).

4. Richard Jones (2005), *Finding sources of brand value: Developing a stakeholder model of brand equity*, 1479-1803 BRAND MANAGEMENT VOL. 13, NO. 1, 10-32 OCTOBER 2005.

5. Trần Văn Hải (2019), *Những vấn đề pháp lý trong việc góp vốn khởi nghiệp bằng quyền sở hữu trí tuệ*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học Quốc gia năm 2019 “Start up - Những khía cạnh pháp lý về gọi vốn đầu tư”, Nxb. Đại học Kinh tế Quốc dân.

6. <http://noip.gov.vn/NOIP/RESOURCE.NSF/VWRESOURCELIST/C9F6EE3867F6444A4725768000119B50/Thutuc3%20DKSC%20chidinhVN.pdf> truy cập ngày 22/07/2020.

7. Trần Văn Hải (2019), *Những vấn đề pháp lý trong việc góp vốn khởi nghiệp bằng quyền sở hữu trí tuệ*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học Quốc gia năm 2019 “Start up - Những khía cạnh pháp lý về gọi vốn đầu tư”, Nxb Đại học Kinh tế Quốc dân.

**NHẬN DIỆN MỘT SỐ NGUYÊN TẮC CỦA VIỆC HÌNH SỰ HÓA
TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM**

DƯƠNG THỊ HỒNG THUẬN*

DƯƠNG THỊ CẨM NHUNG**

Ngày nhận bài: 08/09/2020

Ngày phản biện: 21/10/2020

Ngày đăng bài: 31/12/2020

Tóm tắt:

Hình sự hóa đối với hành vi nguy hiểm cho xã hội là vấn đề luôn được đặt ra trong quá trình xây dựng và hoàn thiện chính sách hình sự về hình phạt. Để bảo đảm sự phù hợp của chính sách về hình phạt với yêu cầu bảo vệ quyền con người, với điều kiện phát triển nội tại của đất nước về chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội cũng như với xu hướng phát triển chung của thế giới thì nhà làm luật luôn phải tuân theo những nguyên tắc nhất định khi tiến hành hình sự hóa. Bài viết này nghiên cứu, làm rõ một số nguyên tắc cơ bản khi tiến hành hình sự hóa trong Bộ luật Hình sự Việt Nam.

Từ khóa:

Nguyên tắc, hình sự hóa, hình phạt, Bộ luật Hình sự Việt Nam.

Abstract:

The penalization of behaviors that are dangerous to society is an issue which is always set out in the process formulating and completing the criminal policy on punishment. To ensure the suitability of the punishment policy with the request for protection of human rights, with the development conditions of the country in politics, economy, culture, society as well as with the world's general development trend, lawmakers always have to follow certain principles when conducting penalization. This article studies and clarifies some basic principles when conducting penalization in the Vietnamese Criminal Code.

Keywords:

Principles, penalization, punishment, the Criminal Code of Vietnam.

1. Đặt vấn đề

Từ trước đến nay, theo quan niệm phổ biến trong xã hội và trong khoa học pháp lý hình sự thì “hình sự hóa hay phi hình sự hóa cũng như tội phạm hóa, phi tội phạm hóa” là những vấn đề thuộc thẩm quyền của nhà làm luật. Bởi vì, việc đánh giá một hành vi nào đó là nguy

* ThS., GV Khoa Luật, Trường Đại học Quảng Bình; Email: dththuan.law@gmail.com

** ThS., GV Khoa Luật Hình sự, Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: nhungdte@hul.edu.vn

hiếm cho xã hội, có lỗi, đáng bị trừng phạt và cần được quy định trong Bộ luật Hình sự (BLHS); cũng như việc quyết định công nhận một hành vi, một loại hành vi nào đó thường xảy ra trong đời sống xã hội là tội phạm, hoặc quyết định đưa ra khỏi BLHS hành vi nào đó từng bị coi là tội phạm; quy định tăng nặng trách nhiệm hình sự và hình phạt hoặc giảm nhẹ trách nhiệm hình sự và hình phạt đối với những hành vi nào đó đã được quy định trong BLHS chỉ thuộc thẩm quyền của nhà làm luật.

Theo đó, hiểu một cách chung nhất về hình sự hóa trong BLHS năm 2015 thì: Hình sự hóa là việc nhà làm luật quy định loại hình phạt, khung hình phạt, điều kiện quyết định hình phạt đối với loại tội phạm này hay loại tội phạm khác được quy định trong Bộ luật Hình sự theo hướng nghiêm khắc hơn hoặc tăng nặng hơn¹.

Quá trình hình sự hóa trong xây dựng và hoàn thiện pháp luật hình sự thể hiện rõ ràng quan điểm của Nhà nước ta là cần răn đe và trừng trị nghiêm khắc đối với một số hành vi phạm tội ở từng thời điểm nhất định. Tuy vậy, thực tiễn xã hội - lịch sử trong đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm cũng khẳng định rằng, hiệu quả của các quy phạm pháp luật hình sự đạt được không hoàn toàn bằng sự mở rộng phạm vi áp dụng hoặc tăng nặng hình phạt, mà phải bằng việc phân hóa tối đa trách nhiệm hình sự và cá thể hóa hình phạt để đảm bảo nguyên tắc nhân đạo, nguyên tắc công bằng trong Luật Hình sự. Thực tiễn này đặt ra yêu cầu cho những nhà làm luật khi cân nhắc phạm vi và mức độ hình sự hóa đối với một hành vi nào đó phải xem xét toàn diện nhiều vấn đề, trong đó không thể không tuân theo những nguyên tắc nhất định trong quá trình hình sự hóa để từ đó có sự điều chỉnh phù hợp, vì theo C. Mác “nhà làm luật thông minh là phải ngăn ngừa tội phạm để khỏi phải trừng phạt vì nó,... và đừng biến thành tội phạm hành vi nào chỉ mang tính vi cảnh”².

Để việc mở rộng phạm vi của việc áp dụng hình phạt đối với những hành vi bị coi là tội phạm thực sự phản ánh được nhu cầu của xã hội là quy định hình phạt vừa đủ để răn đe, trừng trị, giáo dục người, pháp nhân thương mại phạm tội tuân theo pháp luật và các quy tắc của cuộc sống; ngăn ngừa họ phạm tội mới; giáo dục người, pháp nhân thương mại khác tôn trọng pháp luật, phòng ngừa và đấu tranh chống tội phạm, thì việc hình sự hóa cần phải được đặt trên những yêu cầu nhất định, phản ánh đúng quan điểm của Đảng và Nhà nước ta trong việc thực hiện chính sách hình sự. Những yêu cầu, những đòi hỏi đó có thể hình thành nên những nguyên tắc cơ bản để tiến hành hình sự hóa.

Vậy nguyên tắc của việc hình sự hóa là gì? Theo *Từ điển Tiếng Việt* thì nguyên tắc được hiểu là “những quy định, phép tắc, tiêu chuẩn làm cơ sở, chỗ dựa để xem xét, làm việc”³. Từ đó, cho phép chúng tôi có thể hiểu rằng: *Nguyên tắc của việc hình sự hóa là những tiêu chí và*

¹ Xem thêm: Dương Thị Hồng Thuận (2018), *Các hình thức thể hiện hình sự hóa trong Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015*, Tạp chí Pháp luật và Thực tiễn, số 35, tr.78-83.

² C. Mác - Ph. Ăngghen (1978), *Toàn tập*, tập 1, NXB Sự thật, Hà Nội, tr.125.

³ Nguyễn Như Ý (1999), *Đại Từ điển tiếng Việt*, NXB Văn hóa - Thông tin, Thành phố Hồ Chí Minh, tr.1217.

quy tắc khoa học dùng làm tư tưởng chỉ đạo, định hướng và điểm xuất phát cho việc đánh giá sự cần thiết và tính khả thi của việc sửa đổi, bổ sung các quy định của Bộ luật Hình sự về hình phạt theo hướng mở rộng hơn, nghiêm khắc hơn.

2. Một số nguyên tắc cơ bản của việc hình sự hóa

Vấn đề hình sự hóa mặc dù đã được nghiên cứu, sử dụng từ lâu, song cho đến nay việc xác định cụ thể các nguyên tắc của việc hình sự hóa còn “bỏ ngỏ” chưa được đề cập trong khoa học luật hình sự, mà mới chỉ được đề cập chung với nguyên tắc tội phạm hóa ở một số ít công trình nghiên cứu hoặc cũng có công trình nghiên cứu soi quy định hình phạt dưới nguyên tắc của luật hình sự. Do vậy, chúng tôi mạnh dạn chỉ ra một số nguyên tắc cơ bản sau đây để làm cơ sở cho việc tiến hành hình sự hoá.

2.1. Nguyên tắc về sự phù hợp của việc hình sự hóa với các điều kiện kinh tế - xã hội

Đây là một trong những nguyên tắc xuất phát điểm và là căn nguyên của việc hình sự hoá. Bởi lẽ, theo nghiên cứu về xã hội học hình phạt thì tội phạm đi ra từ xã hội, trong khi hình phạt đi ra từ tội phạm; do đó, xã hội là cái có trước, hình phạt là cái có sau và bị quyết định bởi xã hội; xã hội vận động, biến đổi làm thay đổi tính chất các quan hệ xã hội cũng như tính chất và mức độ nguy hiểm của hành vi (tội phạm) dẫn đến sự thay đổi trong chính sách về hình phạt. Mặt khác, hình sự hóa là một trong những phương thức thực hiện chính sách hình sự, trong khi đó phương thức thực hiện chính sách hình sự bao giờ cũng do điều kiện kinh tế - xã hội quyết định⁴. Do đó, để có một chính sách hình sự nói chung, hình sự hóa hành vi nguy hiểm cho xã hội bị coi là tội phạm nói riêng phải tính đến các điều kiện kinh tế - xã hội. Việc hình sự hóa hành vi bị coi là tội phạm ở mỗi giai đoạn phát triển kinh tế - xã hội khác nhau đều đặt ra những yêu cầu khác nhau về việc bảo vệ các quan hệ xã hội trong giai đoạn đó. Việc xác định có tiến hành hình sự hóa hay không đối với một hành vi nào đó nếu phù hợp với các điều kiện kinh tế - xã hội thì sẽ phát huy được tác dụng trong việc đấu tranh phòng, chống tội phạm và ngược lại. Về vấn đề này, C. Mác và Ph. Ăngghen đã chỉ ra rằng: “Pháp luật không bao giờ lại có thể cao hơn chế độ kinh tế và sự phát triển văn hóa của xã hội do chế độ kinh tế đó tạo nên” và “Sự vi phạm pháp luật thường là kết quả của các yếu tố kinh tế”⁵.

Nguyên tắc về sự phù hợp của việc hình sự hóa với các điều kiện kinh tế - xã hội đặt ra những yêu cầu, đòi hỏi nhất định, thể hiện ở chỗ: khi tiến hành hình sự hóa hành vi này hay hành vi khác bị coi là tội phạm, nhà làm luật phải xuất phát từ điều kiện tồn tại khách quan để xem xét, phân tích, đánh giá đặc điểm, tính chất, kết cấu cũng như xu hướng thay đổi của các loại quan hệ xã hội. Nhà làm luật phải làm sáng tỏ tính công bằng, dân chủ trong xã hội, đánh giá trình độ dân trí, ý thức pháp luật và các yếu tố khác; đồng thời, đánh giá tính chất và mức

⁴ Phạm Văn Lợi (2007), *Chính sách hình sự trong thời kỳ đổi mới ở Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.

⁵ Đào Trí Úc (1994), *Tội phạm học, Luật Hình sự và Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.147.

độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi kết hợp với việc xem xét các yếu tố chính trị - pháp lý, tư tưởng - tâm lý và văn hóa - xã hội. Ngoài ra, cần phải làm sáng tỏ sự tác động của việc áp dụng hình phạt hiện có đến cơ cấu và động thái của tình hình tội phạm và tình hình vi phạm pháp luật nói chung. Từ đó, nhà làm luật dự báo nhu cầu quy định hay thay đổi hình phạt, đồng thời cân nhắc dư luận xã hội, các công trình nghiên cứu đối với hình phạt hiện có hay hình phạt cần phải có và điều quan trọng là phải tính đến lợi ích của các chủ thể khi quy định hình phạt để có thể đạt được mục đích của hình phạt.

Như vậy, khi thực hiện hình sự hóa thì việc dự báo được nhu cầu xã hội để từ đó xác định loại hình phạt, mức hình phạt đủ sức răn đe, trừng trị, giáo dục và ngăn ngừa phạm tội mới là vấn đề hết sức quan trọng. Phạm vi và mức độ quy định hình phạt không thể quá nặng cũng không thể quá nhẹ mà phải được cân nhắc trên cơ sở phù hợp với các điều kiện kinh tế - xã hội cụ thể. Ví dụ, BLHS năm 2015 đã thực hiện hình sự hóa bằng việc mở rộng phạm vi áp dụng hình phạt tiền đối với các loại tội phạm mang tính kinh tế như các tội phạm trong lĩnh vực sản xuất, kinh doanh, thương mại; lĩnh vực thuế, tài chính, ngân hàng, chứng khoán, bảo hiểm; công nghệ thông tin, mạng viễn thông; môi trường; tham nhũng;... là phù hợp với “tính chất kinh tế” trong tình hình kinh tế - xã hội nước ta hiện nay, vừa phù hợp với định hướng cải cách tư pháp theo Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005. Dù vậy, sau hơn 16 năm đổi mới (từ khi có BLHS năm 1999) nền kinh tế nước ta đã có bước phát triển vượt bậc, song Điều 35 BLHS năm 2015 vẫn quy định mức tối thiểu của hình phạt tiền 1.000.000 đồng trên cơ sở kế thừa quy định của BLHS năm 1999, theo tác giả là quá thấp, chưa phù hợp với điều kiện kinh tế hiện nay ở nước ta. Điều đó phần nào sẽ làm giảm đi tính hiệu quả của hình phạt⁶. Như vậy, bên cạnh những nội dung mà nhà làm luật thực hiện hình sự hóa đảm bảo nguyên tắc về sự phù hợp của việc hình sự hóa với các điều kiện kinh tế - xã hội thì vẫn còn đó những quy định chưa thực sự đảm bảo được nguyên tắc này trong quá trình hình sự hóa, cần được tiếp tục nghiên cứu để hoàn thiện.

Việc phân tích và đánh giá đầy đủ, chính xác các điều kiện kinh tế - xã hội sẽ cho chúng ta một cái nhìn bao quát về yêu cầu của sự phù hợp của việc hình sự hóa với các điều kiện kinh tế - xã hội, sẽ giúp nhà làm luật hình sự hóa chính xác những hành vi bị coi là tội phạm, sẽ bảo đảm việc hình sự hóa được thực thi có hiệu quả trong đời sống xã hội và sẽ là yếu tố thúc đẩy kinh tế - xã hội phát triển.

2.2. Nguyên tắc về sự phù hợp, thống nhất của việc hình sự hóa với hệ thống pháp luật trong nước cũng như luật pháp quốc tế

Nguyên tắc này còn được gọi là nguyên tắc đồng bộ và thống nhất về mặt biện pháp pháp lý trong quá trình hình sự hóa. Việc quy định một hành vi phạm tội hay hành vi vi phạm

⁶ Xem thêm: Dương Thị Hồng Thuận (2019), *Hoàn thiện quy định về một số loại hình phạt chính tại Phần chung của Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015*, Tạp chí Pháp luật và Thực tiễn, số 41, tr.95-103.

kéo theo đó là các chế tài phải phù hợp với quy định của hệ thống pháp luật. Đây là yêu cầu rất quan trọng nhằm đảm bảo tính đồng bộ và chặt chẽ, tránh những “lỗ hổng”, sự chông chéo của pháp luật và có ý nghĩa rất lớn trong áp dụng pháp luật hình sự. Nguyên tắc này đòi hỏi khi nhà làm luật hình sự hóa hành vi nào đó không được trái với quy định của các ngành luật khác trong hệ thống pháp luật quốc gia, cũng như các nguyên tắc và quy phạm được thừa nhận trong pháp luật quốc tế. Do vậy, vấn đề đặt ra là quy định của các ngành luật trong hệ thống pháp luật chung cũng như các quy định trong cùng một ngành luật không được mâu thuẫn nhau mà phải phù hợp, thống nhất với nhau và đòi hỏi hành vi trái pháp luật thuộc phạm vi của ngành luật nào phải sử dụng đúng mức độ biện pháp của ngành luật đó để điều chỉnh. Đặc biệt, quy phạm pháp luật hình sự phải thống nhất, đồng bộ với các quy phạm pháp luật dân sự, hành chính, kinh tế. Có thể nói, đây là những ngành luật có đối tượng điều chỉnh bao gồm những quan hệ xã hội gần hoặc thậm chí rất gần với luật hình sự. Ranh giới giữa hành vi phạm tội với hành vi vi phạm pháp luật hành chính, dân sự, kinh tế chỉ là mức nguy hiểm “đáng kể” hay “chưa đáng kể”. Vì vậy, quá trình hình sự hóa cùng với tội phạm hóa nhất thiết phải đảm bảo sự phù hợp với những quy định trong luật dân sự, luật kinh tế, luật hành chính và các ngành luật khác để từ đó xác định đúng vị trí, vai trò của hình phạt trong hệ thống các biện pháp cưỡng chế hình sự nhằm bảo vệ các quan hệ xã hội và mối quan hệ giữa chúng.

Trong các biện pháp cưỡng chế của Nhà nước đối với các hành vi vi phạm pháp luật, thì biện pháp cưỡng chế hình sự được coi là biện pháp cưỡng chế nghiêm khắc nhất, cho nên việc hình sự hóa chỉ nên thực hiện khi mà các biện pháp pháp luật khác không thể đưa lại kết quả mong muốn; hoặc là, chế tài hình sự hiện có không còn phù hợp, không đáp ứng được yêu cầu của sự thay đổi các quan hệ xã hội. Vì lẽ đó, khi tiến hành hình sự hóa phải đảm bảo sao cho các biện pháp cưỡng chế của luật hình sự đạt mức độ nghiêm khắc nhất theo thứ bậc trong hệ thống pháp luật nước ta. Theo đó, mức độ nghiêm khắc giữa các hành vi bị coi là tội phạm cũng phải tương xứng với tính chất nghiêm trọng của hành vi. Chính vì thế, điều chỉnh, sử dụng đúng mức biện pháp pháp luật hình sự để đấu tranh phòng, chống tội phạm sẽ đem lại hiệu quả cao nhất và tạo ra một trật tự pháp luật đồng bộ, thống nhất với hệ thống pháp luật chung.

Việc hình sự hóa hành vi nào đó đã được tội phạm hóa đòi hỏi phải nghiên cứu kỹ những văn bản pháp lý quốc tế để đảm bảo sự phù hợp và tương thích với luật pháp quốc tế (hình phạt không được quá nhẹ mà cũng không nên quá nặng). Thực hiện tốt những yêu cầu này sẽ tạo được sự thống nhất, đồng bộ giữa pháp luật hình sự với hệ thống pháp luật trong nước cũng như luật pháp quốc tế. Ví dụ, xuất phát từ tình hình vi phạm pháp luật của pháp nhân ở Việt Nam trong những năm gần đây mang tính phổ biến, với mức độ nguy hiểm ngày càng cao, gây thiệt hại nghiêm trọng cho kinh tế - xã hội và cho đời sống của người dân; song, việc áp dụng biện pháp xử phạt hành chính hay nghĩa vụ phải tự mình chứng minh thiệt hại trong thủ tục đòi bồi thường thiệt hại trong pháp luật dân sự đã làm cho việc xử lý đối với những hành vi vi phạm do pháp nhân gây ra không hiệu quả, gây khó khăn cho người dân (đổi

tượng bị thiệt hại chính), thậm chí không thể đòi bồi thường thiệt hại. Chính vì vậy, đòi hỏi cần phải có biện pháp nghiêm khắc hơn để ngăn chặn loại hành vi này và BLHS năm 2015 đã thực hiện hình sự hóa trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại đối với 33 tội danh, nhằm đáp ứng yêu cầu bức xúc của thực tiễn đấu tranh phòng, chống vi phạm pháp luật của các pháp nhân thương mại ở nước ta hiện nay, vừa để hoàn thiện hệ thống pháp luật khi hội nhập sâu rộng vào đời sống kinh tế quốc tế; đồng thời, cũng phù hợp với khuyến nghị của quốc tế trong các điều ước quốc tế mà nước ta là thành viên. Như vậy, việc hình sự hóa trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại trong BLHS năm 2015 là khá hợp lý và đã tuân thủ nguyên tắc này.

2.3. Nguyên tắc về sự bảo đảm công bằng của việc hình sự hóa đối với các hành vi tội phạm

Nguyên tắc này xuất phát từ nguyên tắc công bằng trong pháp luật hình sự, từ nguyên tắc trách nhiệm chỉ được áp dụng đối với những hành vi cụ thể, nguy hiểm cho xã hội, trái pháp luật và có lỗi dẫn đến luận điểm quan trọng được rút ra là, biện pháp trách nhiệm hình sự (hình phạt) phải được quy định và quyết định tương xứng với tính chất và mức độ nghiêm trọng của tội phạm đã thực hiện. Một chế tài hình sự chỉ được coi là công bằng khi nó phù hợp với mức độ nghiêm trọng của hành vi phạm tội (tức là không được quy định nhẹ hay nặng hơn so với hành vi phạm tội). Đồng thời, chế tài đó lại tương xứng trong sự so sánh với các chế tài áp dụng đối với các tội khác. Đó là một trong những đòi hỏi quan trọng của nguyên tắc về sự bảo đảm công bằng trong việc quy định hình phạt đối với tội phạm. Bởi vì giữa tội phạm và hình phạt có mối liên hệ chặt chẽ, loại và mức hình phạt cần phải tương xứng với hành vi - tội phạm, nghĩa là phải được đo lường. Theo GS.TS. Võ Khánh Vinh: Để đạt được sự tương xứng giữa tội phạm và hình phạt cần phải có những tiêu chuẩn bao gồm những đặc điểm về chất và lượng cho phép để nếu như không đo lường được thì cũng so sánh được⁷. Vì rằng “giới hạn của hành vi phải là giới hạn của sự trừng phạt mới là công bằng”, cho nên quan điểm công bằng đối với những tội phạm khác nhau cần phải có loại và mức hình phạt khác nhau phù hợp với mức độ nguy hiểm của các tội phạm, và do vậy, khi tiến hành hình sự hóa cũng phải đặt trong nội hàm đó. Ví dụ, Tội dùng nhục hình (Điều 373) và Tội bức cung (Điều 374) của BLHS năm 2015 đã quy định bổ sung loại hình phạt cao nhất là tù chung thân (trong khi BLHS năm 1999, Tội dùng nhục hình tại Điều 298 quy định loại hình phạt cao nhất là tù có thời hạn và mức phạt tù tối đa là 12 năm, Tội bức cung tại Điều 299 quy định loại hình phạt cao nhất là tù có thời hạn và mức phạt tù tối đa là 10 năm). Tội dùng nhục hình và Tội bức cung có thể nói là biểu hiện của tội cố ý gây thương tích theo Điều 104 BLHS năm 1999 (Điều 134 BLHS năm 2015) có yếu tố lợi dụng chức vụ, quyền hạn và do đó, về mặt nguyên tắc phải xử lý tương ứng, thậm chí nặng hơn tội cố ý gây thương tích thông thường do có tình tiết tăng nặng lợi dụng chức vụ, quyền hạn. Vì vậy, việc tăng nặng hơn loại hình phạt đối với

⁷ Võ Khánh Vinh (1992), *Những đòi hỏi của nguyên tắc công bằng đối với việc quy định hệ thống hình phạt*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3, tr.43.

02 tội danh này nhằm bảo đảm sự cân xứng về hình phạt cũng như bảo đảm sự công bằng trong xử lý tội phạm giữa những tội giống nhau về bản chất.

Một trong những biểu hiện rõ nét nhất của nguyên tắc về sự bảo đảm công bằng của việc hình sự hóa đối với hành vi tội phạm đó là phải có một hệ thống hình phạt công bằng. Hệ thống hình phạt công bằng được quy định ở Phần chung là những luận điểm xuất phát cho việc quy định các chế tài công bằng đối với các tội phạm cụ thể ở Phần các tội phạm của BLHS. Điều này thể hiện ở các yêu cầu, đòi hỏi như sau: hệ thống có mức độ nghiêm khắc (loại và mức hình phạt) tương xứng với mức độ nghiêm trọng của các loại tội phạm; các hình phạt phải được sắp xếp theo một trình tự nhất định theo sự sắp xếp của việc phân loại tội phạm; các hình phạt thể hiện được sự cân đối nhất định, các hình phạt kế tiếp nhau, xét về bản chất, nội dung, điều kiện áp dụng không khác biệt nhau quá lớn; quy định rõ loại hình phạt nào được áp dụng đối với loại tội phạm nào, đối với chủ thể phạm tội nào và loại hình phạt nào không được áp dụng đối với ai, đối với tội phạm nào; mỗi loại hình phạt được quy định rõ ràng, cụ thể về nội dung và điều kiện áp dụng nó; quy định rõ giới hạn tối thiểu và giới hạn tối đa đối với từng loại hình phạt trong sự tương xứng chung; các hình phạt quy định ở Phần chung và hình phạt được quy định ở các chế tài của các điều luật trong Phần các tội phạm cụ thể phải có sự tương xứng, hài hòa nhất định; các hình phạt được quy định đối với những loại tội phạm khác nhau cần phải tuân theo một tỷ lệ tương xứng nhất định, đối với các tội phạm đặc biệt nghiêm trọng cần áp dụng các hình phạt nghiêm khắc nhất, đối với các tội ít nghiêm trọng và nguy hiểm không lớn cho xã hội cần áp dụng những hình phạt ít nghiêm khắc hơn. Như vậy, khi quy định hình phạt cũng như khi tiến hành hình sự hoá, nếu các nhà làm luật bảo đảm được các yêu cầu, đòi hỏi đó thì sẽ bảo đảm được sự công bằng khi áp dụng hình phạt đối với các chủ thể phạm tội.

2.4. Nguyên tắc bảo đảm sự bảo vệ đầy đủ và có hiệu quả hơn

Nguyên tắc này đòi hỏi khi tiến hành hình sự hóa cần phải nghiên cứu sâu sắc những thay đổi về “chất” đã và đang diễn ra trên đất nước ta, những thay đổi đó đòi hỏi một sự bảo vệ tương ứng từ phía Nhà nước thông qua việc hình sự hoá. Chúng ta biết rằng, mọi sự trừng trị bằng pháp luật hình sự đều là giải pháp sau cùng khi không thể nào làm khác được và xét đến cùng thì đó là sự hy sinh một loại giá trị này vì một loại giá trị khác cần hơn, cao hơn. Chẳng hạn như, trường hợp người phạm tội bị áp dụng hình phạt tù thì rõ ràng mục tiêu cần đạt được của hình phạt ở đây là trừng trị người phạm tội, thể hiện sự nghiêm minh của xã hội và Nhà nước, khẳng định công lý, răn đe, giáo dục, cải tạo người phạm tội để họ trở thành người có ích cho xã hội. Tuy nhiên, đằng sau đó là những hệ quả tiêu cực của hình phạt có thể nhìn thấy trước được như: ảnh hưởng xấu của môi trường tội phạm đối với người phạm tội; mối liên hệ với gia đình, người thân, xã hội bị gián đoạn; làm mất đi hoặc giảm đi thói quen lao động hoặc tay nghề, trình độ chuyên môn, lối ứng xử bình thường của con người;...

Vì rằng, mục đích của việc hình sự hóa là bảo đảm sự bảo vệ đầy đủ và có hiệu quả hơn các quan hệ xã hội và trật tự pháp luật, vậy nên, mỗi một quyết định về hình sự hóa phải xuất phát từ quan điểm về mối tương ứng cho phép giữa hệ quả tích cực với những hệ quả tiêu cực có thể xảy ra nhằm chủ động hạn chế đến mức tối đa những hệ quả nằm ngoài mong muốn đó. Chỉ nên tiến hành hình sự hóa khi chúng ta hoàn toàn tin chắc rằng, hệ quả tích cực dứt khoát sẽ vượt trội so với những hệ quả tiêu cực mà quá trình hình sự hóa sẽ làm phát sinh. Ví dụ, BLHS năm 2015 đã hình sự hóa đối với chủ thể của tội phạm là pháp nhân thương mại phạm tội, trong đó có hình phạt đình chỉ hoạt động vĩnh viễn, thì hệ quả tiêu cực có thể nhìn thấy trước đối với hình phạt này là gây ra tình trạng mất việc làm cho rất nhiều công nhân, ảnh hưởng đến đời sống của người lao động và gia đình của họ là những người không có lỗi đối với hành vi phạm tội của pháp nhân. Tuy nhiên, nếu hành vi phạm tội của pháp nhân gây ra hậu quả đặc biệt nghiêm trọng cho xã hội như gây sự cố môi trường trên diện rộng mà không có khả năng khắc phục hậu quả gây ra, trong khi hành vi đó gây thiệt hại cho tính mạng, sức khỏe, gây ảnh hưởng đến đời sống sản xuất, sinh hoạt của rất nhiều người,... thì hậu quả mà những pháp nhân này để lại là rất nặng nề, cao gấp nhiều lần so với hệ quả tiêu cực có thể thấy trước được như đã nói ở trên, và nếu cho phép những pháp nhân này tiếp tục hoạt động thì không ai đảm bảo được rằng pháp nhân đó sẽ không tiếp tục phạm tội và những hậu quả tương tự đó sẽ không tiếp diễn. Trong trường hợp này, hệ quả tích cực từ việc thực hiện hình sự hóa khi áp dụng hình phạt chấm dứt hoạt động của pháp nhân là có thể ngăn chặn pháp nhân đó tiếp tục thực hiện hành vi nguy hiểm ảnh hưởng đến môi trường, môi sinh, bảo đảm sự nghiêm minh của pháp luật cũng như sự bình đẳng trong chính sách xử lý tội phạm.

Chính vì thế, khi tiến hành hình sự hóa hành vi này hay hành vi khác phải xem xét, đánh giá để bảo đảm sự bảo vệ đầy đủ và có hiệu quả hơn các quan hệ xã hội và trật tự pháp luật nhằm đạt được mục đích của hình sự hóa.

2.5. Nguyên tắc về sự bảo đảm tính khả thi trong thực tiễn áp dụng các quy định được hình sự hóa

Khi tiến hành hình sự hóa nhà làm luật thận trọng xem xét, cân nhắc để bảo đảm rằng việc hình sự hóa đó có tính khả thi cao khi áp dụng trong thực tiễn. Chẳng hạn như, khi quy định một hình phạt mới thì phải xem xét nhiều khía cạnh, góc độ của xã hội để đánh giá hình phạt đó có phù hợp với văn hóa tinh thần và đạo đức xã hội, có được đại đa số nhân dân đồng tình, ủng hộ hay chỉ là ý chí của nhà làm luật; hình phạt đó có phù hợp với chủ thể của tội phạm, có đủ sức răn đe, trừng trị, giáo dục, cải tạo họ trở thành người hoặc pháp nhân thương mại có ích cho xã hội, có đạt được mục đích phòng ngừa riêng và phòng ngừa chung... Bên cạnh đó, khi hình sự hóa đối với hành vi phạm tội nào đó bằng cách tăng nặng hơn loại hình phạt hay mức hình phạt cũng cần phải chứng minh được rằng, phải sử dụng biện pháp nghiêm khắc hơn thì mới có thể giáo dục, cải tạo và ngăn ngừa được các hành vi phạm tội, khi đó việc

hình sự hóa mới có thể đạt được mục đích của mình. Ngoài ra, phải cân nhắc, lựa chọn để việc hình sự hóa bảo đảm phù hợp với tính chất và mức độ hành vi phạm tội cũng là yếu tố nhằm bảo đảm tính khả thi trong thực tiễn áp dụng. Bởi việc hình sự hoá, tức là quy định một hình phạt nào đó quá nghiêm khắc so với mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội thì sẽ làm cho người bị kết án và những người khác nhận thức là không công bằng, không hợp lý. Trong trường hợp này, chủ thể phạm tội luôn luôn mang tư tưởng cho rằng mình phải chịu một hình phạt không phù hợp hoặc gây ra oán hờn và không tin tưởng vào pháp luật. Và tất nhiên, trong những điều kiện như vậy, việc cải tạo và giáo dục người bị kết án khó mà đạt được hiệu quả cao và vì vậy tính khả thi sẽ không cao.

Tính khả thi của việc hình sự hóa còn thể hiện ở chỗ, bằng việc thông qua các trình tự, thủ tục được pháp luật quy định, tức là khả năng chứng minh về mặt tố tụng hình sự, để chứng minh cho được các dấu hiệu của tội phạm xảy ra trên thực tế, mức độ lỗi, động cơ, mục đích,... từ đó để xử lý chủ thể đã thực hiện hành vi phạm tội, một mặt để giáo dục, cải tạo và mặt khác để trừng trị kẻ đã đi ngược lại lợi ích cộng đồng. Tính khả thi này bắt nguồn từ quá trình tội phạm hoá. Các dấu hiệu trong cấu thành tội phạm cụ thể phải cần và đủ để có thể định tội danh một cách chính xác, từ đó mới có thể quyết định hình phạt phù hợp, đúng mức. Nếu không chứng minh được hành vi thỏa mãn những dấu hiệu trong cấu thành tội phạm cụ thể, nghĩa là không chứng minh được tội phạm thì sẽ không áp dụng được hình phạt, vì thế việc quy định hình phạt là không có ý nghĩa. Do đó, chỉ có trên cơ sở khả năng chứng minh được tội phạm về mặt tố tụng thì hoạt động hình sự hóa mới có ý nghĩa, mới đạt được mục đích đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm có hiệu quả.

3. Kết luận

Kết quả của quá trình hình sự hóa có thể mang lại hiệu quả tích cực trong thực tiễn áp dụng pháp luật, bảo vệ đầy đủ hơn, hiệu quả hơn các quan hệ xã hội trong mỗi giai đoạn nhất định và đấu tranh có hiệu quả với tội phạm nếu xác định đúng đắn, chuẩn xác giới hạn của việc hình sự hoá. Tuy nhiên cũng có thể là tiêu cực nếu hình sự hóa không chính xác, không phản ánh đúng nhu cầu xã hội, từ đó sẽ không đáp ứng được yêu cầu trong công tác phòng ngừa, đấu tranh chống tội phạm. Chính vì lẽ đó, quá trình hình sự hóa đòi hỏi các nhà làm luật phải tuân thủ đầy đủ các nguyên tắc cơ bản của việc hình sự hóa.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. C. Mác - Ph. Ăngghen (1978), *Toàn tập*, tập 1, Nxb Sự thật, Hà Nội.
2. Phạm Văn Lợi (2007), *Chính sách hình sự trong thời kỳ đổi mới ở Việt Nam*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.
3. Dương Thị Hồng Thuận (2018), *Các hình thức thể hiện hình sự hóa trong Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015*, Tạp chí Pháp luật và Thực tiễn, số 35.

4. Dương Thị Hồng Thuận (2019), *Hoàn thiện quy định về một số loại hình phạt chính tại Phần chung của Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015*, Tạp chí Pháp luật và Thực tiễn số 41.

5. Đào Trí Úc (1994), *Tội phạm học, Luật Hình sự và Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội.

6. Võ Khánh Vinh (1992), *Những đòi hỏi của nguyên tắc công bằng đối với việc quy định hệ thống hình phạt*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3.

MỘT SỐ ĐỀ XUẤT CÁCH THỨC ÁP DỤNG ÁN LỆ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRONG KINH DOANH, THƯƠNG MẠI

*NGUYỄN THỊ HOÀI THƯƠNG**

Ngày nhận bài: 09/10/2020

Ngày phản biện: 20/10/2020

Ngày đăng bài: 31/12/2020

Tóm tắt:

Xuất phát từ hiện trạng pháp luật cũng như bối cảnh pháp lý ở Việt Nam hiện nay, đồng thời dựa trên tinh thần kế thừa có chọn lọc những kinh nghiệm quý báu từ các quốc gia đi trước trong hoạt động áp dụng án lệ, bài viết đề xuất cách thức áp dụng án lệ để giải quyết các tranh chấp kinh doanh, thương mại ở Việt Nam hiện nay. Trong đó bao gồm việc xác định giá trị áp dụng của án lệ, cách thức áp dụng án lệ của Thẩm phán, việc tuân theo hoặc bác bỏ án lệ, kết hợp áp dụng án lệ và các nguồn luật khác trong việc giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh, thương mại.

Từ khóa:

Án lệ, tranh chấp kinh doanh thương mại.

Abstract:

Derived from the current state of the law as well as the current legal context in Vietnam, and based on the selective inheritance of valuable experiences from the countries that take the lead in the application of precedents, this article proposes on how to apply case law to resolve business and commercial disputes in Vietnam today. This includes determining the validity of the cases, how the judges apply the cases, the compliance or rejection of the cases, and the combination of case law and other sources of law in dealing with disputes in business and commerce.

Keywords:

Case law, commercial business disputes.

1. Đặt vấn đề

Việt Nam hiện nay đã chính thức thừa nhận áp dụng án lệ như một nguồn luật được áp dụng trong công tác xét xử của Tòa án. Tuy nhiên, so với các nước khác trên thế giới thì đối với Việt Nam, việc áp dụng án lệ trong công tác xét xử vẫn đang còn rất mới mẻ. Với nhiệm vụ, quyền hạn mà luật quy định, Tòa án nhân dân tối cao phải thường xuyên tổng kết thực tiễn xét xử và hướng dẫn các tòa án áp dụng thống nhất pháp luật. Song song với đó, cần thường xuyên quán triệt và thực hiện các giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả của việc áp dụng án lệ để giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh, thương mại.

* GV. Trường Đại học Sư phạm, Đại học Đà Nẵng; Email: hoaituong26489@gmail.com

2. Giá trị áp dụng của án lệ giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh, thương mại

Hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay mang nhiều nét đặc trưng của hệ thống pháp luật xã hội chủ nghĩa truyền thống và những nhân tố của pháp luật nước ngoài được du nhập có chọn lọc vào Việt Nam. Xét về hình thức pháp lý như tiêu chí về nguồn luật, phương pháp, cách thức xây dựng pháp luật thì hệ thống Việt Nam có nhiều điểm tương đồng với hệ thống các nước dân luật thành văn như Pháp, Đức hơn là hệ thống Thông luật Anh - Mỹ. Chính vì vậy, hoạt động áp dụng án lệ giải quyết các tranh chấp kinh doanh, thương mại vào thực tiễn xét xử nên được vận dụng mềm mại và linh hoạt như các nước theo hệ thống dân luật, không quá cứng nhắc như Anh - Mỹ.

Với đặc điểm pháp luật của Việt Nam hiện nay thì án lệ giải quyết các tranh chấp trong kinh doanh, thương mại sẽ là nguồn luật có giá trị tham khảo trong các phán quyết giải quyết tranh chấp, án lệ không thể là nguồn duy nhất để Tòa án đưa ra các quyết định trong xét xử tranh chấp. Luật thành văn như Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự, Luật Thương mại, cũng như các Nghị quyết, Nghị định liên quan đến tranh chấp là nguồn giải quyết tranh chấp chủ yếu, các phán quyết của Tòa án phải dựa trên cơ sở là các văn bản quy phạm này. Sự viện dẫn và tham khảo án lệ sẽ làm cho lập luận trong phán quyết của các Tòa án chặt chẽ hơn, tạo tình huống thống nhất trong áp dụng pháp luật. Giá trị tham khảo án lệ giải quyết tranh chấp trong kinh doanh, thương mại được thể hiện ở chỗ khi các Thẩm phán giải quyết các vụ tranh chấp có tình tiết tương tự, các Thẩm phán vẫn phải dựa trên nguyên tắc của các quy phạm được quy định từ Nghị quyết số 04/2019/NQ-HĐTP, Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự, Luật Thương mại đồng thời viện dẫn án lệ để đảm bảo tính thống nhất của pháp luật và kết quả tranh chấp.

Việc viện dẫn án lệ trong phán quyết sẽ làm tăng tính thuyết phục của bản án¹. Từ quy định tại Nghị quyết số 04/2019/NQ-HĐTP, án lệ giải quyết tranh chấp trong kinh doanh, thương mại sẽ được viện dẫn làm cơ sở trong các phán quyết của Tòa án với vai trò nhằm hỗ trợ cho phần lập luận của Thẩm phán².

Áp dụng án lệ đã được công nhận từ Tòa án nhân dân tối cao. Hiện nay, Tòa án nhân dân tối cao là chủ thể duy nhất có thẩm quyền phê duyệt và công nhận án lệ giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại. Điều này khác với các nước thuộc hệ thống Thông luật, tất cả các Tòa phúc thẩm đều có thẩm quyền xây dựng và ban hành án lệ³. Chính vì vậy, dù mọi bản án giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại nếu đáp ứng đầy đủ tiêu chuẩn có thể sẽ

¹ Tòa án nhân dân tối cao (2012), *Quyết định số 74/QĐ-TANDTC ngày 31/10/2012 Quyết định phê duyệt đề án “Phát triển án lệ của tòa án nhân dân tối cao”*, Hà Nội.

² Tòa án nhân dân tối cao (2019), *Nghị quyết số 04/2019/NQ-HĐTP về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ*, Hà Nội.

³ Nguyễn Đức Lam (2012), *Án lệ ở Anh quốc: Lịch sử, khái niệm nguyên tắc và cơ chế thực hiện*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 3, tr 21.

được đề xuất thành án lệ, nhưng chỉ những bản án đã được thông qua từ Tòa án nhân dân tối cao mới có giá trị áp dụng trên thực tiễn. Giá trị đó thể hiện ở sự công nhận và thừa nhận chính thức những phương án và lập luận pháp lý chứa đựng trong án lệ từ phía nhà nước. Bởi thế, trong hoạt động giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại của Tòa án, Thẩm phán chỉ vận dụng những bản án đã được công bố và có quyết định công nhận của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao. Đây cũng là điểm cần lưu ý đối với các chủ thể trong hoạt động giải quyết tranh chấp ngoài Tòa án như hòa giải viên, Trọng tài thương mại và cả những chủ thể tham gia các quan hệ thương mại đang diễn ra trong xã hội.

3. Cách thức áp dụng án lệ của Thẩm phán trong hoạt động giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại

Sau khi các án lệ đã được công bố thì các Thẩm phán nên áp dụng và viện dẫn nó trong hoạt động giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại, nếu sự viện dẫn đến án lệ thực sự có giá trị làm sáng tỏ cho phần lập luận của Tòa án, giải quyết được tranh chấp và đưa kết quả công bằng nhất cho các bên tranh chấp. Việc áp dụng và viện dẫn án lệ vào một quyết định của Tòa án không có nghĩa là án lệ làm cơ sở pháp lý cho quyết định của vụ án mà Tòa án xét xử. Cơ sở cho quyết định của Tòa án ở nước ta luôn phải dựa trên cơ sở luật trong hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật và các nguồn luật được thừa nhận khác như Điều ước quốc tế, tập quán. Việc áp dụng án lệ có giá trị ở chỗ các Thẩm phán sẽ dùng các lập luận chứa đựng trong án lệ đó để đi đến đường lối giải quyết hợp lý và công bằng nhất, việc trích dẫn án lệ sẽ làm tăng tính thuyết phục của phán quyết đó. Đương nhiên, cơ chế để tăng tính hiệu quả và gián tiếp giám sát việc áp dụng án lệ vào hoạt động giải quyết tranh chấp chính là trao quyền kháng cáo và khiếu nại cho đương sự nếu có căn cứ cho rằng Thẩm phán không áp dụng án lệ để giải quyết trong vụ án có tình tiết tương tự dẫn đến kết quả thiếu công bằng cho đương sự. Như vậy, phương pháp áp dụng án lệ trong công tác giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại của Thẩm phán nên được thiết lập như sau:

Trước hết, khi tiếp cận với một tranh chấp kinh doanh, thương mại, Thẩm phán cần xác định mối quan hệ pháp luật và các tranh chấp chủ chốt, làm sáng tỏ các tình tiết của diễn biến tranh chấp thông qua chứng cứ, lời khai của các bên tranh chấp và thông qua các phương tiện khác.

Tiếp đó, xác định và xem xét các quy phạm pháp luật liên quan đến tranh chấp thông qua nghiên cứu pháp luật. Phạm vi các quy phạm này có thể chỉ giới hạn trong Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự, Luật Thương mại, các văn bản như Nghị quyết, Quyết định, Thông tư liên quan, cũng có thể có phạm vi rộng hơn, khi cần phải nghiên cứu cả Điều ước quốc tế hay Tập quán pháp. Đây chính là hoạt động ưu tiên áp dụng pháp luật thành văn của các Thẩm phán. Cơ sở pháp lý trước tiên cần phải được xem xét và dựa vào phải là những quy phạm pháp luật thành văn.

Mặt khác, tiếp cận với các án lệ giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại đã được công nhận và công bố bởi Tòa án nhân dân tối cao. Ở bước này, cần kết hợp so sánh và đối

chiều vụ án đang giải quyết với vụ án chứa trong án lệ và những vụ án có liên quan về mặt pháp lý thông qua sự tương đồng. Điều này, bao gồm hoạt động xác định và giành ưu tiên cho những tình tiết pháp lý nổi bật trong tranh chấp đang giải quyết. Việc cân nhắc lựa chọn án lệ trong bước này cần lưu ý những vấn đề sau: Án lệ của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao sẽ có giá trị cao nhất và có tính thuyết phục hơn so với các án lệ của các Tòa án cấp dưới⁴; khi không có án lệ của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thì các án lệ của các Tòa án cấp dưới có thể sẽ được viện dẫn.

Đồng thời, rút ra những nguyên tắc và kết luận pháp lý phù hợp từ những án lệ giải quyết tranh chấp để chuẩn bị cho phần lập luận giải quyết. Xác định xem những tình tiết nào trong tranh chấp là tình tiết nổi bật về mặt pháp lý và đánh giá sức nặng của chúng, có xét đến những nguyên tắc pháp lý của pháp luật thành văn và án lệ có thể áp dụng được. Quá trình này bao gồm cả việc đánh giá những tình tiết nổi bật từ vụ án chứa trong án lệ và có thể là cả các vụ án tương đồng khác, đồng thời phân tích, cân nhắc những sự khác biệt so với vụ án trên thực tế. Phương pháp này có thể học hỏi theo như phương pháp lập luận tương tự trong kỹ thuật áp dụng án lệ của các Thẩm phán Thông luật.

Áp dụng các quy phạm như đã xác định ở bước thứ nhất từ Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự, Luật Thương mại cũng như những văn bản dưới luật, đồng thời vận dụng nguyên tắc và giải thích pháp lý từ các án lệ giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại đối với những tình tiết trong vụ án đang giải quyết để đi đến quyết định hướng giải quyết, kết quả tranh chấp.

Đối với việc viện dẫn án lệ trong các phán quyết giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại, nên thiết lập một số quy tắc như sau:

Thứ nhất, việc viện dẫn án lệ vào bản án giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại của Thẩm phán là biện pháp hỗ trợ Thẩm phán bày tỏ lập luận cho quyết định của vụ án. Đối với các nước Thông luật, việc viện dẫn nội dung của án lệ là điều kiện tiên quyết cho hầu hết các quyết định của Thẩm phán. Ngày nay, một số quốc gia Civil Law như Đức, Nhật Bản, các Thẩm phán của họ đã hình thành văn hóa viện dẫn những án lệ trong phần nhận định của bản án [4]. Các Thẩm phán của Việt Nam hiện nay cũng nên học tập cách viện dẫn án lệ như cách các Thẩm phán ở một số nước trên vẫn thực hiện.

Thứ hai, Thẩm phán cần cân nhắc thật kỹ về nội dung của án lệ và lập luận viện dẫn một án lệ cụ thể trong bản án, quyết định của họ. Theo cách viết bản án truyền thống ở nước ta thì việc viện dẫn án lệ có thể sẽ được triển khai trong phần “*Xét thấy*” của mỗi bản án. Có thể chúng ta sẽ thêm vào phần “*Xét thấy*” một đoạn lập luận có tên gọi: Căn cứ vào án lệ (số/ngày công nhận của TANDTC), cho thấy “...” (trong dấu ngoặc kép là phần lập luận của

⁴ Tòa án nhân dân tối cao (2012), *Quyết định số 74/QĐ-TANDTC ngày 31/10/2012 Quyết định phê duyệt đề án “Phát triển án lệ của tòa án nhân dân tối cao”*, Hà Nội.

Thẩm phán⁵. Chúng ta không nên hiểu máy móc khi đã viện dẫn đến một án lệ thì Thẩm phán (hoặc Hội đồng xét xử một tranh chấp tương tự phải có nghĩa vụ tuân theo một cách bắt buộc cứng nhắc đường lối xét xử của vụ án đó. Việc viện dẫn án lệ nên được hiểu là cách bày tỏ quan điểm về sự tôn trọng tính thống nhất trong áp dụng pháp luật của Thẩm phán và họ sẽ quyết định theo đường lối xét xử mà án lệ viện dẫn. Nhưng cũng có trường hợp Thẩm phán đưa ra quyết định ngược lại đường lối xét xử đã thiết lập trong án lệ. Đây là trường hợp Thẩm phán đã tạo ra một quyết định mà nó có thể ảnh hưởng đến việc thiết lập một án lệ mới so với án lệ đã tồn tại trước đây.

4. Tuân theo hoặc bác bỏ án lệ trong giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại

Án lệ trong hoạt động giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại không nên được áp dụng một cách quá cứng nhắc và nghiêm ngặt như trong hệ thống Thông luật. Theo đó, chúng ta không nên áp dụng án lệ theo nguyên tắc bắt buộc phải tuân theo án lệ. Các án lệ giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại do Tòa án nhân dân tối cao ban hành sẽ có vai trò định hướng áp dụng thống nhất những vấn đề pháp lý trong hoạt động giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại trên cả nước. Đương nhiên, vai trò “định hướng” đó không phải là tiêu chí không được kiểm định và giám sát. Một bản án về giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại do không áp dụng án lệ đưa đến kết quả khác biệt so với các bản án khác có thể bị kháng cáo hoặc khiếu nại nếu đủ các văn cứ, cộng với chế tài đánh giá năng lực công tác, thi đua và điều kiện tái bổ nhiệm Thẩm phán khi họ đưa ra nhiều phán quyết bị sửa hoặc bị hủy bởi Tòa án cấp trên. Để án lệ được áp dụng hiệu quả trong hoạt động giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại hiện nay, trong thời gian tới, Tòa án nhân dân tối cao nên nghiên cứu quy chế xác định năng lực của Thẩm phán thông qua việc thiếu trách nhiệm trong việc không tham khảo án lệ của Tòa án nhân dân tối cao khi thực hiện nhiệm vụ xét xử tranh chấp kinh doanh, thương mại.

Tuy nhiên, cũng không nên sử dụng án lệ một cách cứng nhắc trong lĩnh vực tranh chấp kinh doanh, thương mại bởi những yếu tố đặc thù của hệ thống pháp luật Việt Nam, đồng thời cũng xuất phát từ tính phức tạp, đa dạng của các tranh chấp kinh doanh, thương mại ở Việt Nam hiện nay. Theo đó, các Thẩm phán có thể không tuân theo những giải pháp xét xử đã được thiết lập tại án lệ trong quá trình xét xử. Tuy nhiên, sự bác bỏ án lệ này phải được giải thích hợp lý và hợp pháp ngay trong các bản án. Có thể có những căn cứ dẫn đến việc bác bỏ án lệ của các Thẩm phán đó là: bác bỏ án lệ vì cho rằng nó không phù hợp với luật thành văn; bác bỏ án lệ vì cho rằng nó không còn phù hợp với thực tiễn tranh chấp kinh doanh, thương mại. Dù xuất phát từ căn cứ nào, các Thẩm phán cũng phải lập luận và kiến giải cho quan điểm của mình. Sự giải thích hợp lý của Thẩm phán sẽ góp phần nhận diện về tính thuyết

⁵ Ngô Cường (2012), *Bàn về cách thức xây dựng án lệ*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 22, tr.5-10.

phục đối với án lệ, cũng như đối với bản án mà Thẩm phán đưa ra. Việc Tòa án nhân dân tối cao ủng hộ Tòa án cấp dưới trong lập luận không tuân theo án lệ của Tòa án nhân dân tối cao có thể coi như một động thái để án lệ này sẽ bị bãi bỏ.

5. Áp dụng án lệ kết hợp với nhiều nguồn luật khác nhau trong hoạt động giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại

Đặc điểm của hệ thống pháp luật Việt Nam cộng với những đặc thù của các tranh chấp kinh doanh, thương mại đang diễn ra không bao giờ cho phép án lệ là nguồn luật duy nhất được áp dụng để tranh chấp dù chúng hữu hiệu và linh động⁶. Theo đó, khi Thẩm phán tiếp cận một tranh chấp kinh doanh, thương mại cần giải quyết, trong quá trình tìm kiếm những cơ sở pháp lý để dẫn tới đường lối giải quyết, nguồn đầu tiên mà Thẩm phán bắt buộc phải tiếp cận và nghiên cứu là luật thành văn, đó chính là các quy phạm trong Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự, Luật Thương mại cũng như các văn bản dưới luật. Các quy phạm trong luật thành văn có thể trực tiếp điều chỉnh tranh chấp hoặc nếu không trực tiếp điều chỉnh tranh chấp đó thì có thể là những nguyên tắc pháp luật chung mang tính định hướng để các Thẩm phán dựa vào nhằm đưa ra những phán quyết cuối cùng. Trong quá trình tìm kiếm cơ sở pháp luật giải quyết tranh chấp đó, nếu như luật thành văn chưa có các quy phạm điều chỉnh thì Thẩm phán tiếp tục áp dụng đến án lệ để giải quyết. Tuy nhiên, thực tiễn hoạt động xét xử tranh chấp cho thấy, các tranh chấp kinh doanh, thương mại xảy ra trên thực tế vô cùng đa dạng, phức tạp và không ngừng nảy sinh những tranh chấp mới mà cả luật thành văn và án lệ đều chưa thể dự liệu và bao quát đủ. Đồng thời, xuất hiện những tranh chấp kinh doanh, thương mại phức tạp với nhiều sự kiện tình tiết pháp lý đôi khi khiến cho ngay cả những án lệ cũng không thể giải quyết được hết các mâu thuẫn pháp lý chứa đựng trong tranh chấp đó. Chính vì vậy, ngoài các nguồn luật như luật thành văn và án lệ, Thẩm phán trong thực tiễn xét xử khi giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại còn phải kết hợp vận dụng với nhiều nguồn luật khác như tập quán pháp, áp dụng tương tự pháp luật hay lẽ công bằng. Sự kết hợp giữa các nguồn luật sẽ đóng vai trò tương hỗ nhau, giúp cho Thẩm phán tìm kiếm được giải pháp giải quyết tranh chấp tối ưu nhất.

Bên cạnh đó, trong hoạt động tranh chấp kinh doanh, thương mại, việc áp dụng các loại nguồn để đi đến những phán quyết pháp lý luôn phải tuyệt đối tuân thủ Hiến pháp. Việc vận dụng án lệ, tập quán pháp hay lẽ công bằng được khuyến khích để tìm ra công lý cho nhân dân, tuy nhiên, hoạt động đó không được đi ngược lại với những nguyên tắc cơ bản của Hiến pháp. Khi áp dụng án lệ cũng như các loại nguồn luật khác trong hoạt động tranh chấp kinh doanh, thương mại, Thẩm phán phải bị ràng buộc bởi quy định khác như không làm trái Hiến pháp, trái chức năng nhiệm vụ của Tòa án, của phiên tòa, trong đó có cả sơ thẩm, phúc thẩm,

⁶ Hoàng Mạnh Hùng (2013), *Án lệ trong hệ thống các loại nguồn pháp luật*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.26.

giám đốc thẩm. Giới hạn này sẽ không cho phép Thẩm phán đưa ra một phán quyết thiếu cơ sở và xa rời với các nguyên tắc hiến định.

6. Kết luận

Đối với hoạt động áp dụng án lệ, cần khẳng định giá trị tham khảo của án lệ, án lệ có giá trị áp dụng đứng sau luật thành văn, tuy nhiên phải có những biện pháp, chế tài cụ thể nhằm tạo ra thói quen sử dụng án lệ cho các Thẩm phán. Bên cạnh đó, cần tạo ra một khung pháp lý về cách thức vận dụng, viện dẫn, tuân thủ hoặc bác bỏ án lệ; các quy định này càng chặt chẽ sẽ càng nâng cao hiệu quả áp dụng án lệ. Ngoài ra, trong quá trình xét xử tranh chấp kinh doanh, thương mại trên thực tế, các Thẩm phán cần sử dụng án lệ kết hợp với nhiều loại nguồn khác nhau như tập quán pháp, áp dụng tương tự pháp luật, sẽ công bằng để có thể mang đến hiệu quả giải quyết tối ưu nhất và bảo vệ tốt nhất quyền lợi của các bên trong tranh chấp kinh doanh, thương mại.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Ngô Cường (2012), *Bàn về cách thức xây dựng án lệ*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 22.
2. Hoàng Mạnh Hùng (2013), *Án lệ trong hệ thống các loại nguồn pháp luật*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội.
3. Nguyễn Đức Lam (2012), *Án lệ ở Anh quốc: Lịch sử, khái niệm nguyên tắc và cơ chế thực hiện*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 3.
4. Nguyễn Văn Nam (2011), *Án lệ trong hệ thống pháp luật dân sự các nước Pháp, Đức và việc sử dụng án lệ ở Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp.
5. Tòa án nhân dân tối cao (2019), *Nghị quyết số 04/2019/NQ-HĐTP về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ*, Hà Nội.
6. Tòa án nhân dân tối cao (2012), *Quyết định số 74/QĐ-TANDTC ngày 31/10/2012 Quyết định phê duyệt đề án “Phát triển án lệ của tòa án nhân dân tối cao”*, Hà Nội.

**PHÁP LUẬT VỀ PHÒNG, CHỐNG BỆNH TRUYỀN NHIỄM
TRONG CÔNG TÁC PHÒNG, CHỐNG DỊCH COVID-19
Ở VIỆT NAM**

LƯU THỊ TƯƠI*

Ngày nhận bài: 09/11/2020

Ngày phản biện: 22/11/2020

Ngày đăng bài: 31/12/2020

Tóm tắt:

Ở nước ta, hệ thống các quy định của pháp luật về phòng, chống bệnh truyền nhiễm được ban hành tương đối đầy đủ, tạo cơ sở pháp lý để quản lý nhà nước về công tác phòng, chống các bệnh truyền nhiễm, góp phần bảo vệ, chăm sóc sức khỏe nhân dân và phát triển kinh tế - xã hội. Tuy nhiên, để nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước về công tác này, cần hoàn thiện một số quy định của pháp luật cho phù hợp với thực tiễn, đặc biệt là trong công tác phòng, chống dịch bệnh Covid-19 hiện nay.

Từ khóa:

Pháp luật về phòng, chống bệnh truyền nhiễm; bệnh Covid-19; hành vi bị cấm; xử phạt hành chính về phòng, chống bệnh truyền nhiễm; xử lý hình sự về phòng, chống bệnh truyền nhiễm.

Abstract:

In our country, the system of regulations on the prevention and control of infectious diseases is relatively complete, creating a legal basis for the state management of the prevention of infectious diseases, contributing to the protection and care for people's health and developing socio-economic. However, in order to improve the efficiency of state management on this work, it is necessary to perfect a number of legal provisions to accord with the reality, especially in the prevention and control of the current covid-19 epidemic.

Keywords:

Law on prevention of infectious diseases; Covid-19 disease; prohibited acts; administrative sanctions on the prevention and control of infectious diseases; dealing with criminals against infectious diseases.

1. Dịch bệnh viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của vi rút Corona

Dịch bệnh viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của vi rút Corona (bệnh Covid-19) là một bệnh đường hô hấp cấp tính truyền nhiễm gây ra bởi chủng virus corona SARS-CoV-2, xuất hiện lần đầu tiên vào tháng 12/2019 tại thành phố Vũ Hán, tỉnh Hồ Bắc, Trung Quốc và

* ThS., Khoa Nhà nước và Pháp luật, Trường Chính trị Đà Nẵng. Email: luuthituoitct@gmail.com

bắt đầu lây lan nhanh chóng, sau đó trở thành một đại dịch toàn cầu. Phương thức lây truyền chủ yếu của bệnh Covid-19 là lây truyền từ người sang người, thông qua các giọt dịch hô hấp mà con người hắt hơi, ho hoặc thở ra. Virus corona chủ yếu ảnh hưởng đến đường hô hấp dưới có các triệu chứng giống như cúm, bao gồm sốt, ho, khó thở, đau cơ và mệt mỏi, với sự phát triển cao hơn nữa sẽ dẫn đến viêm phổi, hội chứng suy hô hấp cấp tính, nhiễm trùng huyết, sốc nhiễm trùng và có thể gây tử vong¹. Vì vậy, về tính chất, mức độ nguy hiểm, dịch Covid-19 được xem là bệnh truyền nhiễm nhóm A.

Trên thế giới, tính đến 18h00' ngày 10/11/2020 (giờ Việt Nam), số ca nhiễm Covid-19 là 51.358.916 người, với 1.271.382 trường hợp tử vong².

Tại Việt Nam, dịch bệnh viêm đường hô hấp cấp do virus corona xảy ra từ ngày 23/1/2020 khi xác định người đầu tiên nhiễm bệnh. Đến ngày 01/02/2020, Thủ tướng Chính phủ Nguyễn Xuân Phúc ký Quyết định số 173/QĐ-TTg công bố dịch viêm đường hô hấp cấp do chủng mới của vi rút Corona gây ra khi có 6 trường hợp mắc bệnh. Tiếp đó, vào ngày 01/04/2020, Thủ tướng Chính phủ đã ký ban hành tiếp Quyết định 447/QĐ-TTg công bố dịch Covid-19 xác định quy mô, địa điểm của dịch bệnh là trên toàn quốc. Tính đến 18h00' ngày 10/11/2020, Việt Nam có 1.226 ca nhiễm Covid-19, với 35 người tử vong³. Đa phần các trường hợp tử vong ở nước ta đều là người cao tuổi, trên nền bệnh lý nặng.

2. Một số quy định pháp luật về phòng, chống bệnh truyền nhiễm

Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm được Quốc hội thông qua ngày 21/11/2007 và bắt đầu có hiệu lực từ ngày 01/7/2008 gồm 6 chương, 64 điều quy định về phòng, chống bệnh truyền nhiễm; kiểm dịch y tế biên giới; chống dịch; các điều kiện bảo đảm cho công tác phòng, chống bệnh truyền nhiễm ở người. Luật ban hành đã tạo cơ sở pháp lý nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước về công tác phòng, chống bệnh truyền nhiễm, góp phần bảo vệ, chăm sóc sức khỏe nhân dân và phát triển kinh tế - xã hội của đất nước.

Ngoài ra, các quy định về phòng, chống bệnh truyền nhiễm còn được quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật khác như: Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017); Nghị định số 176/2013/NĐ-CP ngày 14/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế; Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường; Nghị định số 109/2013/NĐ-CP ngày 24/9/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực quản lý giá, phí, lệ phí, hóa đơn (được sửa đổi, bổ sung tại Nghị định số 49/2016/NĐ-CP)...

¹ Bách khoa toàn thư mở Wikipedia, *Bệnh virus corona 2019*, https://vi.wikipedia.org/wiki/Bệnh_virus_corona_2019. Truy cập ngày 20/8/2020.

² Bộ Y tế, <https://ncov.moh.gov.vn/>. Truy cập ngày 10/11/2020.

³ Bộ Y tế, <https://ncov.moh.gov.vn/>. Truy cập ngày 10/11/2020.

2.1. Hành vi bị cấm trong Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm

Theo quy định tại Điều 8 Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007, các hành vi sau đây bị cấm:

“1. Cố ý làm lây lan tác nhân gây bệnh truyền nhiễm.

2. Người mắc bệnh truyền nhiễm, người bị nghi ngờ mắc bệnh truyền nhiễm và người mang mầm bệnh truyền nhiễm làm các công việc dễ lây truyền tác nhân gây bệnh truyền nhiễm theo quy định của pháp luật.

3. Che giấu, không khai báo hoặc khai báo không kịp thời các trường hợp mắc bệnh truyền nhiễm theo quy định của pháp luật.

4. Cố ý khai báo, thông tin sai sự thật về bệnh truyền nhiễm.

5. Phân biệt đối xử và đưa hình ảnh, thông tin tiêu cực về người mắc bệnh truyền nhiễm.

6. Không triển khai hoặc triển khai không kịp thời các biện pháp phòng, chống bệnh truyền nhiễm theo quy định của Luật này.

7. Không chấp hành các biện pháp phòng, chống bệnh truyền nhiễm theo yêu cầu của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền”⁴.

Các điều cấm của luật là những quy định không cho phép chủ thể thực hiện một hoặc một số hành vi nhất định nào đó mang tính chất nguy hiểm cho xã hội và nếu vi phạm sẽ bị áp dụng các biện pháp chế tài để xử lý. Tùy thuộc vào tính chất vi phạm và mức độ nguy hiểm của hành vi mà chủ thể vi phạm có thể chịu trách nhiệm dân sự, hành chính, kỷ luật hoặc trách nhiệm hình sự đối với hành vi vi phạm.

Các hành vi bị nghiêm cấm nêu trên tuy biểu hiện ở mức độ khác nhau nhưng đều là những hành vi gây nguy hiểm cho xã hội, làm tăng nguy cơ lây lan dịch bệnh nguy hiểm, tăng chi phí phòng chống dịch, ảnh hưởng đến sức khỏe và tính mạng của con người và quá trình phát triển kinh tế - xã hội. Chẳng hạn như hành vi “Cố ý làm lây lan tác nhân gây bệnh truyền nhiễm”. Trong thực tế, có trường hợp đưa người nhập cảnh trái phép vào Việt Nam, khi bị phát hiện đưa đi cách ly tập trung và theo dõi y tế, phải xét nghiệm đến lần thứ 4 mới phát hiện người có kết quả dương tính với SARS-CoV-2. Nếu trường hợp này không được đưa đi cách ly tập trung sẽ làm lây lan dịch bệnh ngoài cộng đồng, từ đó lây cho nhiều người và dẫn đến số người mắc bệnh Covid-19 sẽ tăng lên theo cấp số nhân. Hoặc hành vi “Cố ý khai báo, thông tin sai sự thật về bệnh truyền nhiễm”, dù động cơ khai báo không trung thực có thể khác nhau như để không bị cách ly y tế, để không bị cấm xuất cảnh, nhập cảnh... nhưng khi đưa ra thông tin không đúng sẽ gây nên những hệ lụy xấu như bỏ sót đối tượng cần cách ly, không đánh giá đúng mức độ nguy hiểm của dịch bệnh để có các biện pháp ứng phó kịp thời, gây nhiễu loạn thông tin, ảnh hưởng đến an ninh, trật tự an toàn xã hội...

⁴ Quốc hội khóa 12, Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007 (Luật số 03/2007/QH12).

Thực tiễn phòng, chống dịch Covid-19 thời gian qua cho thấy, các chủ thể vi phạm các quy định cấm phổ biến là “Không chấp hành các biện pháp phòng, chống bệnh truyền nhiễm theo yêu cầu của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền”. Cụ thể như: không đeo khẩu trang theo quy định, tụ tập đông người, không chấp hành cách ly y tế, ra đường trong trường hợp không cần thiết, không thực hiện cam kết tạm ngưng kinh doanh...

2.2. Các quy định về xử phạt hành chính đối với các hành vi vi phạm pháp luật liên quan đến phòng, chống bệnh truyền nhiễm

Theo quy định, các hình thức xử phạt vi phạm hành chính có thể bao gồm: Cảnh cáo; phạt tiền; tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn; tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính; trục xuất. Đối với các hành vi vi phạm hành chính liên quan đến phòng, chống dịch bệnh truyền nhiễm nói chung, dịch bệnh Covid-19 nói riêng, Nghị định số 176/NĐ-CP ngày 14/11/2013 của Chính phủ về xử phạt hành chính trong lĩnh vực y tế quy định tương đối đầy đủ, cụ thể trên cơ sở các quy phạm nghiêm cấm hoặc nghĩa vụ, trách nhiệm phải thực hiện và hình thức xử phạt tương ứng với từng hành vi vi phạm⁵. Cụ thể như:

- *Vi phạm quy định về thông tin, giáo dục truyền thông trong phòng, chống bệnh truyền nhiễm*: Phạt tiền từ 3.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng đối với hành vi cung cấp hoặc đưa tin sai về số liệu, tình hình dịch bệnh truyền nhiễm so với số liệu, tình hình dịch bệnh truyền nhiễm mà cơ quan nhà nước có thẩm quyền về y tế đã công bố (điểm a khoản 2 Điều 5 Nghị định số 176/2013/NĐ-CP).

- *Vi phạm quy định về giám sát bệnh truyền nhiễm*: Phạt tiền từ 200.000 đồng đến 500.000 đồng đối với hành vi không khai báo khi phát hiện người mắc bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm A. Phạt tiền từ 500.000 đồng đến 1.000.000 đồng đối với một trong các hành vi: (i) Che giấu hiện trạng bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm A của bản thân hoặc của người khác mắc bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm A; (ii) Không thực hiện việc xét nghiệm phát hiện bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm A theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền (Điều 6 Nghị định số 176/2013/NĐ-CP).

- *Vi phạm quy định về phòng lây nhiễm bệnh truyền nhiễm tại cơ sở khám bệnh, chữa bệnh*: Phạt tiền từ 100.000 đồng đến 300.000 đồng đối với một trong các hành vi: (i) Không khai báo hoặc khai báo không trung thực, kịp thời diễn biến bệnh truyền nhiễm của bản thân với thầy thuốc, nhân viên y tế được giao nhiệm vụ; (ii) Không tuân thủ chỉ định, hướng dẫn phòng, chống lây nhiễm bệnh truyền nhiễm của thầy thuốc, nhân viên y tế và nội quy, quy chế của cơ sở khám bệnh, chữa bệnh; (iii) Không đăng ký theo dõi sức khỏe với trạm y tế xã, phường, thị trấn nơi cư trú của người mắc bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm A sau khi ra khỏi

⁵ Chính phủ, *Nghị định số 176/2013/NĐ-CP ngày 14/11/2013 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế.*

cơ sở khám bệnh, chữa bệnh. Phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 2.000.000 đồng nếu thực hiện một trong các hành vi: (i) Không bảo đảm trang phục phòng hộ, điều kiện vệ sinh cá nhân cho thầy thuốc, nhân viên y tế, người bệnh và người nhà người bệnh; (ii) Không thông báo thông tin liên quan đến người mắc bệnh truyền nhiễm đang được khám, điều trị tại cơ sở khám bệnh, chữa bệnh của mình cho cơ quan y tế dự phòng trên địa bàn; (iii) Không tư vấn về các biện pháp phòng, chống bệnh truyền nhiễm cho người bệnh và người nhà người bệnh; (iv) không theo dõi sức khỏe của thầy thuốc, nhân viên y tế trực tiếp tham gia chăm sóc, điều trị người mắc bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm A (Điều 9 Nghị định số 176/2013/NĐ-CP).

- *Vi phạm quy định về cách ly y tế, cưỡng chế cách ly y tế*: Phạt tiền từ 2.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng (trừ những người mắc bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm A) đối với một trong các hành vi sau đây: (i) Không tổ chức thực hiện việc cách ly y tế, cưỡng chế cách ly y tế đối với trường hợp phải thực hiện việc cách ly y tế theo quy định của pháp luật; (ii) Từ chối hoặc trốn tránh việc áp dụng biện pháp cách ly y tế, cưỡng chế cách ly y tế của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng đối với một trong các hành vi: (i) Không tổ chức thực hiện việc cách ly y tế đối với người mắc bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm A; (ii) từ chối hoặc trốn tránh việc áp dụng quyết định cách ly y tế, cưỡng chế cách ly y tế của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với người mắc bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm A, đối tượng kiểm dịch y tế biên giới mắc bệnh hoặc mang tác nhân gây bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm A (Điều 10 Nghị định số 176/2013/NĐ-CP).

- *Vi phạm quy định về áp dụng biện pháp chống dịch*: Phạt tiền từ 100.000 đồng đến 300.000 đồng đối với một trong các hành vi sau đây: (i) Không thực hiện biện pháp bảo vệ cá nhân đối với người tham gia chống dịch và người có nguy cơ mắc bệnh dịch theo hướng dẫn của cơ quan y tế (chẳng hạn như không đeo khẩu trang nơi công cộng); (ii) Không thông báo Ủy ban nhân dân và cơ quan y tế dự phòng trên địa bàn về các trường hợp mắc bệnh dịch theo quy định của pháp luật. Phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 2.000.000 đồng đối với một trong các hành vi: (i) Che giấu tình trạng bệnh của mình hoặc của người khác khi mắc bệnh truyền nhiễm đã được công bố là có dịch; (ii) Không thực hiện hoặc từ chối thực hiện các biện pháp vệ sinh, diệt trùng, tẩy uế trong vùng có dịch. Phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng đối với một trong các hành vi sau đây: (i) Không thực hiện quyết định áp dụng biện pháp tạm đình chỉ hoạt động của cơ sở dịch vụ ăn uống công cộng có nguy cơ làm lây truyền bệnh dịch tại vùng có dịch; (ii) Không thực hiện quyết định áp dụng biện pháp cấm kinh doanh, sử dụng loại thực phẩm là trung gian truyền bệnh; (iii) Không thực hiện quyết định áp dụng biện pháp hạn chế tập trung đông người hoặc tạm đình chỉ hoạt động kinh doanh, dịch vụ tại nơi công cộng (Điều 11 Nghị định số 176/2013/NĐ-CP).

- *Vi phạm quy định về kiểm dịch y tế biên giới*: Phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 2.000.000 đồng đối với một trong các hành vi sau đây: (i) Không thực hiện khai báo về kiểm dịch y tế biên giới theo quy định; (ii) Từ chối kiểm tra y tế đối với đối tượng phải kiểm dịch y tế. Phạt

tiền từ 2.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng đối với hành vi không chấp hành hướng dẫn thực hiện kiểm tra thực tế của kiểm dịch viên y tế đối với đối tượng phải kiểm dịch y tế (Điều 12 Nghị định số 176/2013/NĐ-CP).

Bên cạnh đó, các văn bản quy phạm pháp luật khác cũng quy định một số hành vi liên quan đến phòng, chống bệnh truyền nhiễm như: tại điểm c, d khoản 1 Điều 20 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường quy định: Phạt tiền từ 3.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng đối với hành vi vứt, thải, bỏ rác thải sinh hoạt không đúng nơi quy định tại khu chung cư, thương mại, dịch vụ hoặc nơi công cộng. Phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 7.000.000 đồng đối với hành vi vứt, thải rác thải sinh hoạt trên vỉa hè, đường phố hoặc vào hệ thống thoát nước thải đô thị hoặc hệ thống thoát nước mặt trong khu vực đô thị⁶. Chẳng hạn, người vứt khẩu trang đã sử dụng không đúng nơi quy định tại nơi công cộng có thể bị phạt tiền tối đa đến 5.000.000 đồng; nếu vứt ra vỉa hè, đường phố có thể bị phạt tối đa đến 7.000.000 đồng.

2.3. Các quy định về xử lý hình sự đối với các hành vi vi phạm pháp luật liên quan đến phòng, chống bệnh truyền nhiễm

Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) đã đưa ra mức chế tài cao nhất để xử lý hành vi nguy hiểm cho xã hội. Một số trường hợp bị xử lý hình sự liên quan đến phòng, chống bệnh truyền nhiễm như:

- *Tội làm lây lan dịch bệnh truyền nhiễm nguy hiểm cho người:*

Điều 240 Bộ luật Hình sự⁷ quy định:

“1. Người nào thực hiện một trong các hành vi sau đây, làm lây lan dịch bệnh truyền nhiễm nguy hiểm cho người, thì bị phạt tiền từ 50.000.000 đồng đến 200.000.000 đồng hoặc phạt tù từ 01 năm đến 05 năm:

a) Đưa ra hoặc cho phép đưa ra khỏi vùng có dịch bệnh động vật, thực vật, sản phẩm động vật, thực vật hoặc vật phẩm khác có khả năng lây truyền dịch bệnh nguy hiểm cho người, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác;

b) Đưa vào hoặc cho phép đưa vào lãnh thổ Việt Nam động vật, thực vật hoặc sản phẩm động vật, thực vật bị nhiễm bệnh hoặc mang mầm bệnh nguy hiểm có khả năng lây truyền cho người;

c) Hành vi khác làm lây lan dịch bệnh nguy hiểm cho người.

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 05 năm đến 10 năm:

a) Dẫn đến phải công bố dịch thuộc thẩm quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh hoặc Bộ trưởng Bộ Y tế;

⁶ Chính phủ, *Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường.*

⁷ Quốc hội khóa 13, *Bộ luật Hình sự năm 2015 (Luật số 100/2015/QH13).*

b) Làm chết người.

3. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 10 năm đến 12 năm:

a) Dẫn đến phải công bố dịch thuộc thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ;

b) Làm chết 02 người trở lên.

4. Người phạm tội còn có thể bị phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng, cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ 01 năm đến 05 năm”.

- Tội vu khống:

Trong tình hình dịch bệnh mà tung tin đồn thất thiệt có tính chất vu khống thì sẽ bị xử lý hình sự về Tội vu khống. Theo quy định tại Điều 156 Bộ luật Hình sự, hành vi “Bịa đặt hoặc loan truyền những điều biết rõ là sai sự thật nhằm xúc phạm nghiêm trọng nhân phẩm, danh dự hoặc gây thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của người khác” thì bị phạt tiền từ 10.000.000 đồng đến 50.000.000 đồng, phạt cải tạo không giam giữ đến 02 năm hoặc phạt tù từ 03 tháng đến 01 năm; hành vi “Sử dụng mạng máy tính hoặc mạng viễn thông, phương tiện điện tử để phạm tội” bị phạt tù từ 01 năm đến 03 năm...

- Tội đầu cơ:

Trong trường hợp dịch bệnh, người nào có hành vi đầu cơ gây ảnh hưởng nghiêm trọng tới cộng đồng, đến việc phòng ngừa dịch bệnh sẽ bị xử lý hình sự về tội đầu cơ. Chẳng hạn đầu cơ khẩu trang y tế. Theo quy định tại Điều 196 Bộ luật Hình sự: Người nào lợi dụng tình hình khan hiếm hoặc tạo ra sự khan hiếm giả tạo trong tình hình thiên tai, dịch bệnh, chiến tranh hoặc tình hình khó khăn về kinh tế mua vét hàng hóa thuộc danh mục mặt hàng bình ổn giá hoặc thuộc danh mục hàng hóa được Nhà nước định giá nhằm bán lại để thu lợi bất chính thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tiền từ 30.000.000 đồng đến 300.000.000 đồng hoặc phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm: (i) Hàng hóa trị giá từ 500.000.000 đồng đến dưới 1.500.000.000 đồng; (ii) Thu lợi bất chính từ 100.000.000 đồng đến dưới 500.000.000 đồng.

- Tội đưa hoặc sử dụng trái phép thông tin mạng máy tính, mạng viễn thông:

Theo quy định tại Điều 288 Bộ luật Hình sự, người nào đưa lên mạng máy tính, mạng viễn thông thông tin giả mạo, thông tin sai sự thật, thông tin xuyên tạc về tình hình dịch bệnh truyền nhiễm có thể bị phạt tù đến 07 năm.

- Tội vi phạm quy định về an toàn lao động, vệ sinh lao động, về an toàn ở nơi đông người:

Theo quy định tại Điều 295 Bộ luật Hình sự, người nào vi phạm quy định về an toàn lao động, vệ sinh lao động, về an toàn ở nơi đông người gây thiệt hại cho người khác thì có thể bị phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng, phạt tù đến 12 năm.

Trong công tác phòng chống dịch bệnh, hành vi trốn khỏi nơi cách ly, không tuân thủ quy định về cách ly; từ chối, trốn tránh việc áp dụng biện pháp cách ly, cưỡng chế cách ly

hoặc hành vi thực hiện hoạt động kinh doanh khi đã có quyết định tạm đình chỉ hoạt động kinh doanh để phòng chống dịch bệnh, gây thiệt hại từ 100.000.000 đồng trở lên do phát sinh chi phí phòng, chống dịch bệnh thì bị xử lý theo điều 295 Bộ luật Hình sự.

- Tội vi phạm quy định về khám bệnh, chữa bệnh, sản xuất, pha chế, cấp phát, bán thuốc hoặc dịch vụ y tế khác.

Hành vi trốn khỏi nơi cách ly còn có thể bị truy cứu theo Điều 315 Bộ luật Hình sự. Nếu bị truy tố, tùy theo mức độ gây thiệt hại mà người phạm tội có thể bị phạt tù lên đến 10 năm.

3. Một số hạn chế, bất cập trong các quy định của pháp luật về phòng, chống bệnh truyền nhiễm

Mặc dù các quy định của pháp luật về phòng, chống bệnh truyền nhiễm tương đối đầy đủ tuy nhiên thực tiễn phòng, chống dịch bệnh Covid-19 thời gian qua cho thấy một số quy định của pháp luật còn có những hạn chế, bất cập gây khó khăn, vướng mắc nhất định trong xử lý hành vi vi phạm pháp luật. Cụ thể:

Một là, một số mức phạt quy định tại Nghị định số 176/2013/NĐ-CP ngày 14/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế còn thấp, chưa đủ sức răn đe trong tình hình dịch bệnh hiện nay. Đơn cử như mức phạt vi phạm quy định về áp dụng biện pháp chống dịch tại Điều 11, Điều 12, Điều 13 của Nghị định: Hành vi không thực hiện biện pháp bảo vệ cá nhân đối với người tham gia chống dịch, người có nguy cơ mắc bệnh dịch theo hướng dẫn của cơ quan y tế hoặc không thông báo Ủy ban nhân dân và cơ quan y tế dự phòng trên địa bàn về các trường hợp mắc bệnh dịch thì mức phạt chỉ là cảnh cáo hoặc phạt tiền từ 100.000 đồng đến 300.000 đồng. Còn hành vi che giấu tình trạng bệnh của mình hoặc của người khác khi mắc bệnh truyền nhiễm đã được công bố là có dịch; không thực hiện hoặc từ chối thực hiện các biện pháp vệ sinh, diệt trùng, tẩy uế trong vùng có dịch; hay hành vi không thực hiện khai báo về kiểm dịch y tế biên giới theo quy định hoặc từ chối kiểm tra y tế đối với đối tượng phải kiểm dịch y tế,... mức phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 2.000.000 đồng.

Hai là, một số quy định của pháp luật chưa cụ thể. Chẳng hạn, Điều 17 Nghị định số 109/2013/NĐ-CP ngày 24/9/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực quản lý giá, phí, lệ phí, hóa đơn⁸ (được sửa đổi, bổ sung tại Nghị định số 49/2016/NĐ-CP) quy định về hành vi lợi dụng dịch bệnh để định giá bán hàng hóa bất hợp lý bị phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 30.000.000 đồng⁹. Tuy nhiên, pháp luật hiện nay chưa quy định cụ thể về tăng giá bán bao nhiêu là bất hợp lý, gây khó khăn trong việc xử lý vi phạm.

Mặt khác, Điều 240 Bộ luật Hình sự 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) về “Tội làm lây lan dịch bệnh truyền nhiễm nguy hiểm cho người” trong đó tại điểm c khoản 1 điều luật này

⁸ Chính phủ, *Nghị định số 109/2013/NĐ-CP ngày 24/9/2013 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực quản lý giá, phí, lệ phí, hóa đơn.*

⁹ Chính phủ, *Nghị định số 49/2016/NĐ-CP ngày 27/5/2016 sửa đổi, bổ sung Nghị định số 109/2013/NĐ-CP ngày 24/9/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực quản lý giá, phí, lệ phí, hóa đơn.*

quy định “Hành vi khác làm lây lan dịch bệnh nguy hiểm cho người”. Tuy nhiên, quy định này hiện chưa được cơ quan có thẩm quyền hướng dẫn áp dụng bằng văn bản quy phạm pháp luật. Mặc dù mới đây, để góp phần ngăn chặn sự gia tăng phức tạp của dịch bệnh Covid-19, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành Công văn số 45/TANDTC-PC ngày 30/3/2020, theo đó đã liệt kê cụ thể một số hành vi vi phạm có thể bị xử lý hình sự quy định tại điểm c, khoản 1 Điều 240 Bộ luật Hình sự như: Trốn khỏi nơi cách ly; không tuân thủ quy định về cách ly; từ chối, trốn tránh việc áp dụng biện pháp cách ly, cưỡng chế cách ly; không khai báo y tế, khai báo không đầy đủ hoặc khai báo gian dối... Tuy nhiên, Công văn 45/TANDTC-PC không phải là văn bản quy phạm pháp luật và không có giá trị pháp lý để hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử. Do vậy, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cần phải ban hành Nghị quyết để triển khai thực hiện đồng bộ, thống nhất. Bên cạnh đó, Công văn số 45/TANDTC-PC mới hướng đến các đối tượng “người đã được thông báo mắc bệnh”, “người nghi ngờ mắc bệnh hoặc trở về từ vùng có dịch bệnh Covid-19 đã được thông báo cách ly”. Như vậy, đối tượng là người nghi ngờ mắc bệnh nhưng chưa được thông báo cách ly lại không thể xử lý hình sự, mặc dù họ có thực hiện các hành vi vi phạm làm lây lan dịch bệnh¹⁰.

Ba là, Điều 240 Bộ luật Hình sự quy định hành vi làm lây lan dịch bệnh truyền nhiễm nguy hiểm cho người bị phạt tù đến 12 năm nếu làm chết 02 người trở lên. Nếu một hành vi nào đó (như trốn cách ly) làm lây lan dịch bệnh truyền nhiễm nguy hiểm cho người, từ đó số người bị lây bệnh tăng lên theo cấp số nhân, dẫn tới “vỡ trận”, nếu không được kiểm soát kịp thời có thể làm chết rất nhiều người. Ngoài ra, còn gia tăng rất lớn chi phí phòng, chống dịch, ảnh hưởng lớn đến đời sống nhân dân và sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. Như vậy là đã gây ra hậu quả đặc biệt nghiêm trọng. Trường hợp này có thể coi đó là tội phạm đặc biệt nghiêm trọng. Do vậy, Bộ luật Hình sự cần có đưa ra những chế tài nặng hơn để đủ sức răn đe tương ứng với hành vi phạm tội.

Bốn là, liên quan công tác phòng chống dịch bệnh nói chung, Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm, các văn bản hướng dẫn thi hành Luật và văn bản quy phạm pháp luật có liên quan đã quy định khá đầy đủ trình tự và thủ tục cũng như các biện pháp phòng chống khi có dịch bệnh xảy ra, tuy nhiên lại chưa đưa ra kịch bản ứng phó cụ thể khi xảy ra dịch bệnh truyền nhiễm đặc biệt nguy hiểm. Các kịch bản ứng phó phòng chống dịch bệnh từ cách ly, khoanh vùng, dập dịch, điều trị, xét nghiệm,... cần phải quy định cụ thể trong văn bản quy phạm pháp luật.

Như vậy, có thể nói rằng, các quy định của pháp luật về phòng, chống dịch bệnh truyền nhiễm ở nước ta hiện nay đã được ban hành tương đối đầy đủ. Tuy nhiên, thực tiễn phòng,

¹⁰ Trần Thanh, *Cần hoàn thiện quy định pháp luật về phòng chống các bệnh truyền nhiễm*, <http://baoquangninh.com.vn/xa-hoi/202004/can-hoan-thien-quy-dinh-phap-luat-ve-phong-chong-cac-benh-truyen-nhiem-2480218/index.htm>. Truy cập ngày 23/04/2020.

chống dịch bệnh Covid-19 thời gian qua cho thấy một số quy định về phòng, chống dịch bệnh truyền nhiễm còn hạn chế, bất cập. Trong thời gian tới, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần nhanh chóng khắc phục nhằm tạo ra hành lang pháp lý đầy đủ, đồng bộ, thống nhất, khả thi, đủ sức răn đe đối với các hành vi vi phạm pháp luật. Qua đó, góp phần nâng cao chất lượng công tác phòng, chống dịch bệnh truyền nhiễm nói chung và dịch bệnh Covid-19 nói riêng.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ Y tế & lt, <https://ncov.moh.gov.vn/>>. Truy cập ngày 10/11/2020.
2. Bộ Y tế, <https://ncov.moh.gov.vn/>. Truy cập ngày 10/11/2020.
3. Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).
4. Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm năm 2007.
5. Nghị định số 176/2013/NĐ-CP ngày 14/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế.
6. Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường.
7. Nghị định số 109/2013/NĐ-CP ngày 24/9/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực quản lý giá, phí, lệ phí, hóa đơn.
8. Nghị định số 49/2016/NĐ-CP ngày 27/5/2016 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung Nghị định số 109/2013/NĐ-CP ngày 24/9/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực quản lý giá, phí, lệ phí, hóa đơn.
9. Trần Thanh, *Cần hoàn thiện quy định pháp luật về phòng chống các bệnh truyền nhiễm*, <http://baoquangninh.com.vn/xa-hoi/202004/can-hoan-thien-quy-dinh-phap-luat-ve-phong-chong-cac-benh-truyen-nhiem-2480218/index.htm>. Truy cập ngày 23/04/2020.

MỘT SỐ KIẾN NGHỊ NHẪM HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ KIỂM SÁT THI HÀNH ÁN HÀNH CHÍNH

*LÊ VIỆT SƠN**

Ngày nhận bài: 24/08/2020

Ngày phản biện: 10/09/2020

Ngày đăng bài: 31/12/2020

Tóm tắt:

Bài viết phân tích, đánh giá những quy định về nội dung kiểm sát thi hành án hành chính (THAHC) theo Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân năm 2014 (Luật Tổ chức VKSND năm 2014), Luật Tổ tụng hành chính năm 2015 (Luật TTHC năm 2015) và theo Quy chế công tác kiểm sát thi hành án dân sự (THADS) và THAHC được ban hành kèm theo Quyết định số 810/QĐ-VKSTC ngày 20/12/2016 của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao; trên cơ sở đó, chỉ ra những điểm hạn chế của các quy định này và đưa ra các giải pháp để hoàn thiện.

Từ khóa:

Tổ tụng hành chính, nội dung kiểm sát, thi hành án hành chính.

Abstract:

The article analyzes and evaluates the regulations on the content of the administrative judgment execution supervision according to the 2014 Law on Organization of the People's Procuracy, the 2015 Law on Administrative Procedures and according to the Regulation on the supervision of civil judgment execution and enforcement of administrative judgments issued together with Decision No. 810/QĐ-VKSTC dated December 20, 2016 of the Chairman of the Supreme People's Procuracy; On that basis, points out the shortcomings of these regulations and provide solutions for improvement.

Keywords:

Administrative proceedings, control contents, administrative execution.

Kiểm sát THAHC có ý nghĩa rất quan trọng đối với quá trình giải quyết vụ án hành chính nói chung và đối với hoạt động THAHC nói riêng. Thông qua việc thực hiện hoạt động này, Kiểm sát viên sẽ kịp thời phát hiện những hành vi vi phạm pháp luật của các cơ quan, tổ chức và cá nhân có liên quan trong quá trình THAHC để đưa ra những yêu cầu, kiến nghị người có thẩm quyền xử lý hoặc khắc phục các hành vi vi phạm nhằm bảo đảm cho các bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án được thi hành nghiêm minh. Chính vì tầm quan trọng như trên, Luật Tổ chức VKSND năm 2014 và Luật TTHC năm 2015 đã có những

* ThS, Phó Trưởng Bộ môn phụ trách Bộ môn Luật Tổ tụng hành chính, Khoa Luật hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh; Email: vietsonel@yahoo.com.

quy định điều chỉnh về vấn đề này. Trong đó, đáng chú ý là ngày 20/12/2016, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao ra Quyết định số 810/QĐ-VKSTC về việc ban hành Quy chế công tác kiểm sát THADS và THAHC (sau đây gọi tắt là Quy chế). Đây là những căn cứ quan trọng giúp Kiểm sát viên thực hiện được nhiệm vụ, công vụ được giao một thuận lợi, đúng đắn và khách quan trong việc kiểm sát THAHC.

1. Những quy định về nội dung kiểm sát thi hành án hành chính

Điều 28 Luật Tổ chức VKSND 2014 quy định Viện kiểm sát nhân dân khi kiểm sát THADS, THAHC có nhiệm vụ, quyền hạn sau: kiểm sát việc cấp, chuyển giao, giải thích, đính chính bản án, quyết định của Tòa án; trực tiếp kiểm sát việc thi hành án của cơ quan THADS cùng cấp và cấp dưới, Chấp hành viên, cơ quan, tổ chức và cá nhân có liên quan; kiểm sát hồ sơ về thi hành án; tham gia phiên họp, phát biểu quan điểm của Viện kiểm sát nhân dân về việc xét miễn, giảm nghĩa vụ thi hành án đối với khoản thu nộp ngân sách nhà nước; kiểm sát hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan trong việc thi hành án. Trong khi đó, Luật TTHC năm 2015 không dành một điều khoản riêng để quy định về nội dung kiểm sát THAHC mà được quy định lồng ghép chung tại Điều 315 về kiểm sát THAHC, cụ thể như sau: *“Viện kiểm sát kiểm sát việc tuân theo pháp luật của đương sự, cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan đến việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án bảo đảm việc thi hành bản án, quyết định kịp thời, đầy đủ, đúng pháp luật. Viện kiểm sát có quyền kiến nghị với cơ quan, tổ chức, cá nhân có nghĩa vụ thi hành án hành chính và cơ quan, tổ chức cấp trên trực tiếp của cơ quan, tổ chức phải chấp hành bản án, quyết định của Tòa án để có biện pháp tổ chức thi hành nghiêm chỉnh bản án, quyết định của Tòa án”*. Theo quy định trên của Luật TTHC năm 2015, nội dung kiểm sát trong THAHC bao gồm kiểm sát tất cả các trình tự, thủ tục liên quan đến việc thi hành bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án.

Tại Chương II của Quy chế đã có những hướng dẫn cụ thể về nội dung kiểm sát THAHC, bao gồm: kiểm sát việc cấp, chuyển giao bản án, quyết định; giải thích, đính chính, sửa chữa, bổ sung; giải quyết yêu cầu, kiến nghị đối với bản án, quyết định của Tòa án; kiểm sát việc ra quyết định thi hành án, yêu cầu, đôn đốc thi hành bản án, quyết định hành chính; kiểm sát việc thi hành các biện pháp khẩn cấp tạm thời của Tòa án; kiểm sát việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính...

1.1. Kiểm sát việc cấp, chuyển giao bản án, quyết định; giải thích, đính chính, sửa chữa, bổ sung; giải quyết yêu cầu, kiến nghị đối với bản án, quyết định của Tòa án

Điều 5 của Quy chế quy định về kiểm sát việc cấp, chuyển giao bản án, quyết định; giải thích, đính chính, sửa chữa, bổ sung; giải quyết yêu cầu, kiến nghị đối với bản án, quyết định của Tòa án. Theo đó, Kiểm sát viên kiểm sát các nội dung sau: kiểm sát việc cấp, chuyển giao bản án, quyết định của Tòa án; kiểm sát việc giải thích, đính chính, sửa chữa, bổ sung bản án,

quyết định của Tòa án; kiểm sát việc giải quyết yêu cầu, kiến nghị đối với bản án, quyết định của Tòa án.

- Đối với kiểm sát việc cấp, chuyển giao bản án, quyết định của Tòa án: Khoản 1 Điều 5 của Quy chế quy định rất rõ là kiểm sát việc cấp, chuyển giao đối với các bản án, quyết định được quy định tại các Điều 75, 196, 197, 244, 264, 279 và 286 Luật TTHC năm 2015. Căn cứ vào các điều luật này thì bản án, quyết định được kiểm sát việc cấp, chuyển giao bao gồm: quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp khẩn cấp tạm thời; bản án của Tòa án cấp sơ thẩm; bản án, quyết định của Tòa phúc thẩm; quyết định kháng nghị giám đốc thẩm; quyết định giám đốc thẩm; quyết định tái thẩm. Với việc quy định rất rõ ràng của Quy chế đã tạo điều kiện thuận lợi cho Kiểm sát viên nắm rõ được những bản án, quyết định nào của Tòa án cần được kiểm sát việc cấp, chuyển giao tránh trường hợp bỏ sót hoặc nhầm lẫn đối tượng gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự. Nội dung kiểm sát của Kiểm sát viên bao gồm việc kiểm sát việc cấp chuyển giao có được thực hiện đầy đủ, đúng thời hạn, đúng đối tượng theo quy định của Luật TTHC năm 2015 hay không, cụ thể:

+ Đối với quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp khẩn cấp tạm thời thì Kiểm sát viên kiểm sát Tòa án có cấp hoặc gửi ngay quyết định cho đầy đủ các đối tượng là đương sự, Viện kiểm sát cùng cấp và cơ quan THADS cùng cấp theo quy định tại Điều 75 Luật TTHC năm 2015.

+ Đối với bản án của Tòa án cấp sơ thẩm, Kiểm sát viên kiểm sát các nội dung: Tòa án phải cấp, gửi bản án cho các đương sự và Viện kiểm sát cùng cấp trong thời hạn 07 ngày kể từ ngày tuyên án. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày hết thời hạn kháng cáo, kháng nghị mà không có kháng cáo, kháng nghị, Tòa án cấp, gửi bản án đã có hiệu lực pháp luật cho đương sự, Viện kiểm sát cùng cấp, cơ quan THADS cùng cấp, cơ quan cấp trên trực tiếp của người bị kiện.

+ Đối với bản án của Tòa án cấp phúc thẩm, Kiểm sát viên sẽ kiểm sát Tòa án cấp phúc thẩm phải gửi bản án, quyết định phúc thẩm cho các đương sự, Viện kiểm sát và Tòa án đã giải quyết vụ án ở cấp sơ thẩm, Viện kiểm sát cùng cấp, cơ quan THADS có thẩm quyền và cơ quan cấp trên trực tiếp của người bị kiện trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày ra bản án, quyết định phúc thẩm.

+ Đối với quyết định kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm phải được gửi ngay cho Tòa án đã ra bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị, đương sự, cơ quan THADS có thẩm quyền và những người khác có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến nội dung kháng nghị. Trường hợp Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao hoặc Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp cao kháng nghị thì quyết định kháng nghị phải được gửi ngay cho Tòa án có thẩm quyền giám đốc thẩm.

+ Đối với quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm: trong thời hạn 05 ngày làm việc kể từ ngày ra quyết định, Hội đồng xét xử giám đốc thẩm phải gửi quyết định giám đốc thẩm cho

các cơ quan, tổ chức, cá nhân sau đây: 1. Đương sự; 2. Tòa án ra bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị, bị hủy, bị sửa; 3. Viện kiểm sát cùng cấp và Viện kiểm sát có thẩm quyền kiểm sát thi hành án; 4. Cơ quan THADS có thẩm quyền; 5. Cơ quan cấp trên trực tiếp của người bị kiện. 6. Quyết định giám đốc thẩm được Tòa án cấp giám đốc thẩm công bố trên Cổng thông tin điện tử của Tòa án (nếu có), trừ quyết định của Tòa án có chứa thông tin quy định tại khoản 2 Điều 96 của Luật TTHC năm 2015.

- Đối với việc kiểm sát việc giải thích, đính chính, sửa chữa, bổ sung bản án, quyết định của Tòa án và kiểm sát việc giải quyết yêu cầu, kiến nghị đối với bản án, quyết định của Tòa án thì Kiểm sát viên xem Tòa án có thực hiện đúng theo quy định tại Điều 310 của Luật TTHC năm 2015 hay không. Cụ thể, Kiểm sát viên sẽ xem xét xem chủ thể yêu cầu giải thích bản án, chủ thể giải thích bản án, nội dung và căn cứ giải thích có được thực hiện đúng với quy định của pháp luật.

Một vấn đề đặt ra là trong quá trình kiểm sát việc cấp, chuyển giao bản án, quyết định; giải thích, đính chính, sửa chữa, bổ sung; giải quyết yêu cầu, kiến nghị đối với bản án, quyết định của Tòa án, Kiểm sát viên phát hiện vi phạm của Tòa án trong các hoạt động này thì sẽ xử lý như thế nào? Khoản 5 Điều 3 của Quy chế đã nêu rõ về cách thức xử lý của Kiểm sát viên trong trường hợp này là khi phát hiện vi phạm của Tòa án trong việc cấp, chuyển giao bản án, quyết định cho đương sự, Cơ quan THADS; vi phạm trong việc giải thích, đính chính, sửa chữa, bổ sung bản án, quyết định thì Viện kiểm sát nhân dân kiến nghị Tòa án thực hiện đầy đủ trách nhiệm theo quy định của pháp luật.

1.2. Kiểm sát việc ra quyết định thi hành án, yêu cầu, đơn đốc thi hành bản án, quyết định hành chính

Khoản 4 Điều 7 Quy chế quy định Viện kiểm sát nhân dân kiểm sát “*Việc Tòa án ra quyết định buộc THAHC, việc Cơ quan THADS đơn đốc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính theo quy định tại Điều 312 Luật Tố tụng Hành chính năm 2015*”. Việc Tòa án ra quyết định buộc THAHC là quy định mới của Luật TTHC năm 2015 và được áp dụng trong trường hợp người có nghĩa vụ thi hành án đã không thi hành bản án, quyết định của Tòa án khi hết thời hạn thi hành tự nguyện theo quy định của pháp luật tố tụng hành chính. Mặc dù, Luật TTHC năm 2015 và Quy chế không chỉ rõ các nội dung cần kiểm sát khi Tòa án ra quyết định buộc THAHC nhưng căn cứ vào Điều 312 Luật TTHC năm 2015 thì những nội dung cần được kiểm sát là: kiểm sát thời hạn người được thi hành án làm đơn đề nghị Tòa án đã xét xử sơ thẩm ra quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của Tòa án; thời hạn Tòa án đã xét xử sơ thẩm phải ra quyết định buộc THAHC; đối tượng được gửi quyết định buộc thi hành án... Trên cơ sở các nội dung kiểm sát này, Viện kiểm sát nhân dân nếu phát hiện ra các sai phạm sẽ thực hiện quyền yêu cầu hoặc kiến nghị các cá nhân, cơ quan, tổ

chức có liên quan đến việc THAHC thực hiện đúng quy định nhằm bảo đảm cho việc thi hành án được triển khai thực hiện đúng pháp luật.

Tuy nhiên, đối với nội dung kiểm sát việc Cơ quan THADS đôn đốc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính mà Quy chế quy định là không phù hợp bởi lẽ Luật TTHC năm 2015 đã bỏ đi quy định Cơ quan THADS đôn đốc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính mà thay vào đó chỉ có Thủ trưởng cơ quan cấp trên trực tiếp của người phải thi hành án có trách nhiệm kiểm tra, đôn đốc và xử lý trách nhiệm của người phải thi hành án theo quy định của pháp luật. Đối với cơ quan THADS chỉ có nhiệm vụ theo dõi THAHC¹.

1.3. Kiểm sát việc thi hành các biện pháp khẩn cấp tạm thời của Tòa án

Biện pháp khẩn cấp tạm thời là biện pháp Tòa án quyết định áp dụng trong quá trình giải quyết vụ án hành chính nhằm giải quyết yêu cầu cấp bách của đương sự, bảo vệ chứng cứ, bảo toàn tình trạng hiện có tránh gây thiệt hại không thể khắc phục được, bảo đảm thi hành án². Điều 68 Luật TTHC năm 2015 quy định có 3 biện pháp khẩn cấp, tạm thời gồm: tạm đình chỉ việc thi hành quyết định hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc, quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh; tạm dừng việc thực hiện hành vi hành chính; cấm hoặc buộc thực hiện hành vi nhất định. Như vậy, Viện Kiểm sát nhân dân khi kiểm sát thi hành các biện pháp khẩn cấp tạm thời của Tòa án là kiểm sát việc thi hành ba biện pháp trên.

Khoản 1 Điều 15 của Quy chế về kiểm sát việc thi hành các biện pháp khẩn cấp tạm thời của Tòa án có nội dung quy định: trong quá trình giải quyết vụ án hành chính, Tòa án có quyền tự mình hoặc theo yêu cầu của đương sự, người đại diện hợp pháp của đương sự hoặc của cơ quan, tổ chức khởi kiện vụ án để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khác áp dụng một hoặc nhiều biện pháp khẩn cấp tạm thời theo quy định tại Điều 68 Luật TTHC năm 2015. Khi kiểm sát các biện pháp này, Kiểm sát viên sẽ kiểm sát việc thực hiện thủ tục thi hành các biện pháp này cũng như kiểm sát việc thi hành quyết định thay đổi, áp dụng bổ sung biện pháp khẩn cấp tạm thời.

1.4. Kiểm sát việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính

Điều 23 của Quy chế chia kiểm sát việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính thành hai trường hợp: (i) Kiểm sát việc thi hành quyết định về phần tài sản trong bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính; (ii) Kiểm sát việc tuân theo pháp luật của đương sự, cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan đến việc thi hành bản án, quyết định của Tòa

¹ Lê Việt Sơn (2018), *Theo dõi thi hành án hành chính theo quy định của pháp luật tố tụng hành chính*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 23, tr. 28 - 30, 48.

² Học viện Tòa án (2016), *Tài liệu tập huấn nghiệp vụ giải quyết các vụ án hành chính*, Nxb. Công an nhân dân, tr.15.

án về vụ án hành chính theo quy định tại Điều 311 Luật TTHC năm 2015 (tạm gọi là kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính không liên quan đến tài sản). Việc phân tách nội dung kiểm sát theo Quy chế là hợp lý để bảo đảm tính đồng bộ với quy định của Luật TTHC năm 2015 vì Luật này đã chỉ rõ: quyết định về phần tài sản trong bản án, quyết định của Tòa án được thi hành theo quy định của pháp luật về THADS, còn đối với việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính không liên quan đến tài sản được thi hành theo Luật TTHC năm 2015.

Đối với trường hợp kiểm sát việc thi hành quyết định về phần tài sản trong bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính thì khi kiểm sát nội dung này, Viện kiểm sát nhân dân có nhiệm vụ, quyền hạn như kiểm sát việc thi hành bản án, quyết định dân sự quy định tại Điều 28 Luật tổ chức Viện kiểm sát nhân dân 2014. Trong khi đó, đối với trường hợp kiểm sát việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính mà không liên quan đến tài sản thì Kiểm sát viên kiểm sát trình tự, thủ tục thi hành án có được thực hiện đúng với quy định tại Điều 311 của Luật TTHC năm 2015 hay không. Bên cạnh đó, khoản 3 của Điều 23 của Quy chế cũng nêu rõ kiểm sát việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính còn bao gồm: kiểm sát việc Tòa án ra quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính; quyết định đôn đốc THAHC của Cơ quan THADS và trách nhiệm kiểm tra, đôn đốc của Thủ trưởng cơ quan cấp trên trực tiếp của người phải thi hành án theo quy định tại Điều 312 Luật TTHC năm 2015. Khi kiểm sát việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính theo các nội dung tại khoản 2 và khoản 3 Điều 23 Quy chế, Viện kiểm sát nhân dân có nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại Điều 315 Luật TTHC năm 2015.

1.5. Kiểm sát việc xử lý vi phạm hành chính trong thi hành án hành chính

Khoản 1 Điều 27 Quy chế khẳng định kiểm sát việc xử lý vi phạm hành chính trong THAHC theo quy định tại Điều 314 Luật TTHC năm 2015. Điều 314 Luật TTHC năm 2015 quy định về xử lý trách nhiệm trong THAHC như sau:

1. Cơ quan, tổ chức, cá nhân phải thi hành án cố ý không chấp hành bản án, quyết định của Tòa án, quyết định buộc thi hành án của Tòa án thì tùy từng trường hợp mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của luật.

2. Người lợi dụng chức vụ, quyền hạn cố ý cản trở việc thi hành án thì tùy từng trường hợp mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của luật; nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật.

Quy định trên cho thấy việc xử lý trách nhiệm trong THAHC gồm nhiều biện pháp xử lý khác nhau như: xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính, xử lý hình sự và phải bồi thường thiệt hại trong trường hợp gây ra thiệt hại trong quá trình THAHC. Tuy nhiên, quy định tại Điều 27 của Quy chế chỉ giới hạn việc điều chỉnh hoạt động kiểm sát việc xử phạt vi phạm hành chính trong THAHC mà không quy định về việc kiểm sát đối với các biện pháp xử lý khác.

Nội dung việc kiểm sát xử phạt hành chính trong THAHC được chỉ rõ tại khoản 2 Điều 27 của Quy chế bao gồm: kiểm sát về căn cứ xác định vi phạm, thẩm quyền và mức xử phạt; về giải quyết khiếu nại, tố cáo về xử lý vi phạm hành chính trong THAHC.

Ngoài các nội dung kiểm sát đã phân tích ở trên, Quy chế còn quy định các nội dung kiểm sát khác như: Kiểm sát việc tiếp nhận, từ chối yêu cầu thi hành án, kiểm sát việc chuyển giao quyền, nghĩa vụ thi hành án, Kiểm sát việc áp dụng biện pháp bảo đảm thi hành án, kiểm sát việc áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành án, kiểm sát việc xét miễn, giảm nghĩa vụ thi hành án đối với khoản thu nộp ngân sách nhà nước... Tuy nhiên, các nội dung kiểm sát này chủ yếu được điều chỉnh để kiểm sát THADS nên chúng tôi không phân tích các nội dung này.

2. Một số bất cập từ các quy định về nội dung kiểm sát thi hành án hành chính và kiến nghị hoàn thiện

Thứ nhất, nội dung kiểm sát THAHC được quy định chung một quy chế với kiểm sát THADS là điều không phù hợp. Quyết định số 810/QĐ-VKSTC về việc ban hành Quy chế công tác kiểm sát THADS và THAHC được áp dụng chung cho cả kiểm sát THAHC và THADS, chính vì vậy tại Chương II của Quy chế điều chỉnh cả nội dung kiểm sát THAHC và THADS. Với việc quy định như thế này dẫn đến bất cập là Kiểm sát viên gặp khó khăn trong việc xác định nội dung kiểm sát THAHC là bao gồm những nội dung nào vì phương thức xây dựng các điều trong Quy chế hiện nay rất khó để các Kiểm sát viên lựa chọn đúng quy phạm pháp luật để áp dụng. Theo quy định tại Chương II của Quy chế thì một số điều điều chỉnh cả nội dung kiểm sát THAHC và THADS như Điều 5, Điều 7, Điều 15, Điều 27, một số điều chỉ quy định nội dung của kiểm sát THADS như Điều: 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 25, trong khi đó một số điều có tên gọi không nói rõ đó là nội dung của kiểm sát THAHC hay THADS như các Điều: 8, 19, 24, 26, 28... Với quy định không có sự phân tách rõ ràng như trên dẫn đến trường hợp Kiểm sát viên mất nhiều thời gian lựa chọn quy định áp dụng hoặc lựa chọn không đúng quy định để áp dụng khi kiểm sát việc THAHC. Ngoài ra, một điểm đáng lưu ý là một số điều có tên gọi quy định chung nội dung của kiểm sát THAHC và THADS nhưng nội dung thể hiện chỉ điều chỉnh về THADS như Điều 26 quy định về kiểm sát việc giải quyết khiếu nại, tố cáo về thi hành án nhưng nội dung các điều luật này chỉ đề cập rất ít đến THAHC, mà tập trung điều chỉnh về THADS. Càng khó khăn hơn khi hiện nay Viện kiểm sát nhân dân các cấp chưa có tổ chức bộ máy tách riêng giữa kiểm sát THADS với kiểm sát THAHC³. Vì vậy, cần phải có quy chế quy định riêng về THAHC để giúp Kiểm sát viên có thể nhận diện được một cách chính xác nội dung của kiểm sát THAHC.

Thứ hai, một số quy định về kiểm sát việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính được quy định trong quy chế chưa đồng bộ với quy định của Luật TTHC năm 2015.

³ Nguyễn Thị Thùy Khiêm (2016), *Nhiệm vụ của công tác kiểm sát việc giải quyết vụ án hành chính và kiểm sát thi hành án hành chính trong thời gian tới*, Tạp chí Kiểm sát, số 24.

Một trong những điểm mới của Luật TTHC năm 2015 về THAHC là đã bỏ đi quy định cơ quan THADS được quyền đôn đốc người phải thi hành án thi hành án trong trường hợp họ không thi hành như quy định của Luật TTHC năm 2010⁴ mà thay vào đó là Thủ trưởng cơ quan cấp trên trực tiếp kiểm tra, đôn đốc việc thi hành án của người có nghĩa vụ thi hành án. Trong khi đó, Khoản 3 Điều 23 của Quy chế lại quy định Viện kiểm sát có quyền kiểm sát quyết định đôn đốc THAHC của Cơ quan THADS là điều không hợp lý. Vì vậy, Khoản 3 Điều 23 của Quy chế cần phải bỏ nội dung này và nên được sửa đổi lại như sau: “*Kiểm sát việc Tòa án ra quyết định buộc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính; trách nhiệm kiểm tra, đôn đốc của Thủ trưởng cơ quan cấp trên trực tiếp của người phải thi hành án theo quy định tại Điều 312 Luật Tố tụng Hành chính năm 2015*”.

Ngoài ra, một nội dung hạn chế đối với quy định về kiểm sát thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính là chưa quy định rõ về nhiệm vụ, quyền hạn của Viện Kiểm sát nhân dân khi phát hiện sai phạm trong hoạt động này. Khoản 3 Điều 23 của Quy chế quy định khi kiểm sát việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về vụ án hành chính, Viện kiểm sát nhân dân có nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại Điều 315 Luật TTHC năm 2015 nhưng Điều 315 của Luật TTHC năm 2015 chỉ quy định một cách chung chung mà chưa quy định cách thức xử lý của Viện kiểm sát. Vì vậy, cần bổ sung quy định rõ hướng dẫn cách xử lý trong trường hợp Kiểm sát viên phát hiện ra các hành vi vi phạm của các nhân, cơ quan và tổ chức có liên quan khi kiểm sát việc THAHC.

Thứ ba, pháp luật chưa quy định rõ về việc kiểm sát thi hành các biện pháp khẩn cấp tạm thời của Tòa án.

Khoản 2 Điều 15 của Quy chế quy định “*Viện kiểm sát nhân dân có trách nhiệm kiểm sát việc Cơ quan THADS thi hành các quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của Tòa án, của Trọng tài thương mại theo quy định của pháp Luật THADS (các Điều 130, 131, 132 và 133 Luật THADS 2014; Điều 35 Nghị định 62/2015/NĐ-CP)*”. Có thể thấy quy định này của Quy chế chỉ có thể được áp dụng kiểm sát việc thi hành các biện pháp khẩn cấp tạm thời đối với vụ án dân sự bởi lẽ trong tố tụng hành chính thì cơ quan THADS chỉ tham gia thi hành quyết định của Tòa án về phần tài sản trong vụ án hành chính⁵. Đối với các biện pháp khẩn cấp tạm thời được quy định tại Điều 68 Luật TTHC năm 2015 thì việc thi hành các biện pháp này phần lớn phải do chính các đương sự trong vụ án hành chính mới có thể thi hành và được thực hiện đang trong quá trình giải quyết vụ án⁶. Vì vậy, Quy chế cần bổ sung quy định riêng về kiểm sát thi hành biện pháp khẩn cấp tạm thời trong TTHC. Theo đó, bổ sung quy

⁴ Nguyễn Thị Phương Hà (2016), *Pháp luật về thi hành án hành chính tại Việt Nam*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 23/2016, tr.1.

⁵ Lê Việt Sơn (2013), *Thi hành án hành chính theo Luật Tố tụng Hành chính*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 10+11/2013, tr.19-22.

⁶ Nguyễn Cảnh Hợp (Chủ biên) (2017), *Giải thích và bình luận Luật Tố tụng Hành chính năm 2015*, Nxb Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr. 429.

định khi kiểm sát các biện pháp này, Kiểm sát viên sẽ kiểm sát việc thực hiện thủ tục thi hành các biện pháp này, việc thi hành quyết định thay đổi, áp dụng bổ sung biện pháp khẩn cấp tạm thời.

Thứ tư, nội dung kiểm sát về việc xử phạt trong THAHC chưa được quy định đầy đủ một cách đầy đủ.

Như trong phần trên đã phân tích, các nội dung kiểm sát việc xử phạt hành chính trong THAHC được Quy chế quy định bao gồm: kiểm sát về căn cứ xác định vi phạm, thẩm quyền và mức xử phạt; về giải quyết khiếu nại, tố cáo về xử lý vi phạm hành chính trong THAHC. Chúng tôi cho rằng, quy định của Quy chế còn thiếu các nội dung cần được kiểm sát như: hình thức của quyết định xử phạt, trình tự, thủ tục ban hành quyết định xử phạt, thời hiệu, thời hạn ban hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính. Đây là những nội dung rất quan trọng cần được bổ sung vì liên quan trực tiếp đến tính hợp pháp của quyết định xử phạt vi phạm hành chính. Với việc kiểm sát các nội dung này Kiểm sát viên sẽ giúp chủ thể ban hành quyết định xử phạt khắc phục những sai sót tránh xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp với chủ thể bị áp dụng và các cá nhân, cơ quan, tổ chức có liên quan đến việc thi hành án.

Ngoài ra, Quy chế chưa quy định về cách thức xử lý của Kiểm sát viên khi phát hiện ra các sai sót trong quá trình kiểm sát việc xử phạt vi phạm hành chính trong THAHC. Do đó, dẫn đến thực trạng là, Kiểm sát viên sẽ gặp lúng túng trong cách xử lý khi phát hiện việc xử phạt vi phạm hành chính trong THAHC là trái pháp luật. Vì vậy, để giúp công tác kiểm sát việc xử phạt vi phạm hành chính của Kiểm sát viên được diễn ra thuận lợi, Quy chế cần bổ sung quy định Viện kiểm sát có quyền kiến nghị với người có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính tiến hành xử phạt vi phạm hành chính đúng pháp luật, kịp thời khắc phục, sửa chữa những sai lầm, thiếu sót trong việc xử phạt vi phạm hành chính về THAHC.

Thứ năm, nội dung kiến nghị của Viện kiểm sát khi kiểm sát THAHC chưa được quy định cụ thể. Như trong phần trên đã phân tích, Viện kiểm sát có quyền kiến nghị với cơ quan, tổ chức, cá nhân có nghĩa vụ THAHC và cơ quan, tổ chức cấp trên trực tiếp của cơ quan, tổ chức phải chấp hành bản án, quyết định của Tòa án. Tuy nhiên, các văn bản đã đề cập trên lại không quy định Viện kiểm sát sẽ kiến nghị những nội dung gì. Tác giả đồng ý với ý kiến cho rằng bản kiến nghị phải trích dẫn phần phán quyết của Tòa án trong bản án, quyết định về vụ án hành chính có liên quan đến cơ quan, tổ chức bị kiến nghị; tiếp theo, cần nêu diễn biến việc THAHC liên quan đến phán quyết của Tòa án; đồng thời, Kiểm sát viên sẽ đánh giá, nhận xét về vi phạm trong việc THAHC, việc dẫn căn cứ pháp lý để chứng minh cho vi phạm; cuối cùng, nêu nội dung và hướng kiến nghị (ví dụ, tùy theo đối tượng kiến nghị mà yêu cầu đương sự phải THAHC; yêu cầu cơ quan, tổ chức cấp trên trực tiếp của cơ quan, tổ chức cấp trên trực tiếp của cơ quan, tổ chức có nghĩa vụ chấp hành án hành chính có biện pháp tổ chức THAHC hoặc yêu cầu Tòa án ra quyết định buộc THAHC)⁷.

⁷ Nguyễn Nông (2016), *Luật TTHC 2015 và những vấn đề cần đặt ra cho công tác kiểm sát thi hành án hành chính*, Tạp chí Kiểm sát, số 24, tr.12.

Tóm lại, nội dung kiểm sát THAHC được Quy chế triển khai phù hợp với các quy định của Luật TTHC năm 2015. Với những hướng dẫn chi tiết, cụ thể về nội dung kiểm sát THAHC giúp công tác kiểm sát THAHC của Kiểm sát viên được thuận lợi và đạt hiệu quả cao. Tuy nhiên, một số quy định của Quy chế còn chưa đầy đủ, hợp lý, vì vậy việc hoàn thiện các quy định này theo những kiến nghị nêu trên là điều cần thiết phải thực hiện trong khoảng thời gian tới.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Học viện Tòa án (2016), *Tài liệu tập huấn nghiệp vụ giải quyết các vụ án hành chính*, Nxb Công an nhân dân.
2. Nguyễn Cảnh Hợp (Chủ biên) (2017), *Giải thích và bình luận Luật Tố tụng Hành chính năm 2015*, Nxb Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, Hà Nội.
3. Nguyễn Thị Phương Hà (2016), *Pháp luật về thi hành án hành chính tại Việt Nam*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 23/2016.
4. Nguyễn Thị Thủy Khiêm (2016), *Nhiệm vụ của công tác kiểm sát việc giải quyết vụ án hành chính và kiểm sát thi hành án hành chính trong thời gian tới*, Tạp chí Kiểm sát, số 24.
5. Nguyễn Nông (2016), *Luật Tố tụng Hành chính 2015 và những vấn đề cần đặt ra cho công tác kiểm sát thi hành án hành chính*, Tạp chí Kiểm sát, số 24.
6. Lê Việt Sơn (2018), *Theo dõi thi hành án hành chính theo quy định của pháp luật tố tụng hành chính*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 23.
7. Lê Việt Sơn (2013), *Thi hành án hành chính theo Luật Tố tụng Hành chính*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 10+11/2013.

THÔNG TIN KHOA HỌC

Hội thảo khoa học quốc gia **“Kỹ năng trong đào tạo cử nhân Luật đáp ứng nhu cầu thị trường lao động”**. Tổ chức vào ngày 15 tháng 01 năm 2020, Hội thảo đã nhận được 72 bài viết, sau khi phản biện đã có 42 bài viết chính thức được chấp nhận; trong đó có các bài viết của các tác giả từ 16 cơ sở đào tạo Luật ở Việt Nam (27 bài), 05 bài từ các công ty Luật. Các chủ đề về tư duy pháp lý trong đào tạo Luật, kỹ năng trong chuẩn đầu ra của chương trình đào tạo và các học phần cụ thể; những kỹ năng mềm trong đào tạo Luật. Để đạt được những kỹ năng thì các phương pháp giảng dạy Luật được các bài viết đề cập rất cụ thể. Hội thảo diễn ra trong thời gian 01 ngày với những tranh luận sôi nổi. Các bài viết của Hội thảo được biên tập, xuất bản thành sách trong thời gian tới. Đồng hành cùng hội thảo của Trường là Công ty Luật FDVN và Công ty Luật Công Khánh. Kết quả của Hội thảo là những ý kiến đóng góp hoàn thiện khung trình độ quốc gia đào tạo đại học cho nhóm ngành Luật và chia sẻ những kinh nghiệm thực tiễn quý giá.

Hội thảo khoa học quốc gia **“Bảo vệ quyền trẻ em và phụ nữ - Lý luận và thực tiễn”**. Tổ chức vào ngày 20 tháng 01 năm 2020, Hội thảo đã nhận được 30 bài viết, sau khi phản biện đã có 27 bài viết chính thức được chấp nhận. Nội dung các bài viết và thảo luận tại hội thảo đã tập trung vào những bất cập và giải pháp; thực tiễn bảo vệ các quyền này được các đại biểu đến từ các tổ chức xã hội, các cơ quan tư pháp,... phân tích, bình luận qua các vụ việc cụ thể. Kết quả nghiên cứu góp phần hoàn thiện pháp luật và thực tiễn cho các cơ quan thực thi pháp luật.

