

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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



SỐ 19 (467)

Kỳ 1 - Tháng 10/2022

- ❖ CÁC BIỆN PHÁP HOÀ BÌNH GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP LÃNH THỔ THEO PHÁP LUẬT QUỐC TẾ HIỆN NAY
- ❖ HỌC THUYẾT TƯƠNG KỶNG TRONG HẠN CHẾ QUYỀN SỞ HỮU - VẬN DỤNG VÀO VIỆC GIẢI QUYẾT VẤN ĐỀ ĐÈN BÙ KHI THU HỒI ĐẤT
- ❖ PHÒNG, CHỐNG TÁC ĐỘNG TIÊU CỰC CỦA NHÓM LỢI ÍCH TRONG XÂY DỰNG CHÍNH SÁCH, PHÁP LUẬT Ở MỘT SỐ NƯỚC VÀ GIÁ TRỊ THAM KHẢO CHO VIỆT NAM

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

## Mục lục Số 19/2022

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 03** Các biện pháp hoà bình giải quyết tranh chấp lãnh thổ theo pháp luật quốc tế hiện nay

**Hoàng Việt**

- 10** Khả năng kiểm soát tài sản ảo dưới góc độ quyền sở hữu và quyền tự do hợp đồng

**TS. Lê Thị Minh**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 17** Học thuyết tương xứng trong hạn chế quyền sở hữu – Vận dụng vào việc giải quyết vấn đề đền bù khi thu hồi đất

**PGS. TS. Nguyễn Ngọc Điện**

- 26** Vấn đề an toàn thông tin và an ninh mạng trong giao dịch điện tử

**TS. Nguyễn Mai Bộ**

- 32** Mở rộng phạm vi hoạt động của luật sư hành nghề với tư cách cá nhân ở Việt Nam

**TS. Vũ Thế Hoài – ThS. Hồ Trần Hưng –  
ThS. Quách Thị Ngọc Thiện**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 42** Hoàn thiện quy định của pháp luật về thẩm quyền xử lý kỷ luật cán bộ, công chức

**TS. Cao Vũ Minh – Vũ Văn Huân**

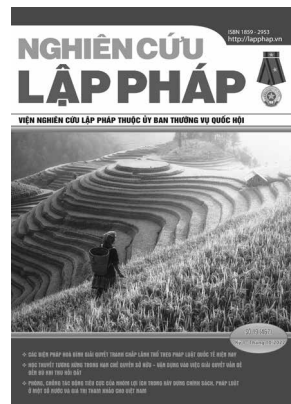
- 50** Hoàn thiện quy định của pháp luật về giao kết hợp đồng lao động thông qua phương tiện điện tử

**Nguyễn Thị Tố Như**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 56** Phòng, chống tác động tiêu cực của nhóm lợi ích trong xây dựng chính sách, pháp luật ở một số nước và giá trị tham khảo cho Việt Nam

**PGS. TS. Vũ Công Giao – Lê Minh Nhâm – Vũ Minh Châu**



#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)  
GS. TSKH. Đào Trí Úc  
GS. TS. Nguyễn Minh Đức  
TS. Hoàng Xuân Hòa  
TS. Lê Hải Đường  
TS. Lương Minh Tuấn (Thư ký)  
PGS. TS. Trương Hồ Hải  
PGS. TS. Bùi Nguyên Khánh  
PGS. TS. Tô Văn Hòa  
PGS. TS. Vũ Công Giao  
PGS. TS. Ngô Huy Cương  
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

#### TRỤ SỞ:

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

#### THIẾT KẾ:

PHẠM VIỆT THÁI

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013  
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

#### PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202; 08044732

#### TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0101138205

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

**GIÁ: 25.000 ĐỒNG**

**Ảnh bìa:** Rượu bậc thang Mù Căng Chải,  
Yên Bái.

**Ảnh:** ST

# LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

## Legis No 19/2022

### STATE AND LAW

- 03** Peaceful Measures for Settlement of Territorial Disputes under the International Laws

**Hoang Viet**

- 10** Controlling of Virtual Property in Terms of Ownership and Freedom of Contract

**Dr. Le Thi Minh**

### DISCUSSION OF BILLS

- 17** The Doctrine of Proportionality in Restriction of Ownership - Application to Compensation for Compulsory Acquisition of Land

**Prof. Dr. Nguyen Ngoc Dien**

- 26** Vấn đề an toàn thông tin và an ninh mạng trong giao dịch điện tử

**Dr. Nguyen Mai Bo**

- 32** The Performance Scope of the Solo Practitioner in Vietnam

**Dr. Vu The Hoai - LL.M. Ho Tran Hung - LL.M. Quach Thi Ngoc Thien**

### LEGAL PRACTICE

- 42** Improvements of Legal Provisions on the Discipline Authority to Cadres and Civil Servants

**Dr. Cao Vu Minh - Vu Van Huan**

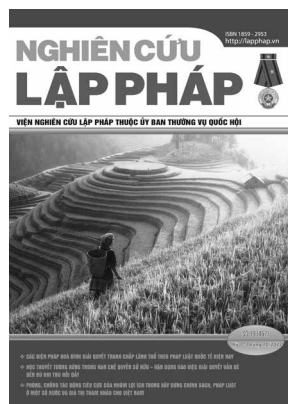
- 50** Improvements of Legal Provisions on Labor Contracts through Electronic Means

**Nguyen Thi To Nhu**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 56** Preventing and Combating Negative Impacts by Interest Groups in the Development of Policies and Laws in Foreign Countries and Suggestions for Vietnam

**Prof. Dr. Vu Cong Giao - Le Minh Nham - Vu Minh Chau**



#### EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)  
Prof. Dr. Dao Tri Uc  
Prof. Dr. Nguyen Minh Duc  
Dr. Hoang Xuan Hoa  
Dr. Le Hai Duong  
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)  
Prof. Dr. Truong Ho Hai  
Prof. Dr. Bui Nguyen Khanh  
Prof. Dr. To Van Hoa  
Prof. Dr. Vu Cong Giao  
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong  
Prof. Dr. Vu Hong Anh

#### CHIEF EDITOR IN CHARGE:

DR. LUONG MINH TUAN

#### OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HA NOI.  
ĐT: 08048376; 024.32121203  
FAX: 0243.2121201  
Email: [nclp@quochoi.vn](mailto:nclp@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### DESIGN:

PHAM VIET THAI

#### LICENSE OF PUBLICATION:

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

#### DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202; 08044732

#### ACCOUNT NUMBER:

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

TAX CODE: 0101138205

PRINTED BY NGUYEN KHANG PRINTING  
TECHNOLOGY DEVELOPMENT JOINT STOCK  
COMPANY

PRICE: **25.000 VND**



# CÁC BIỆN PHÁP HOÀ BÌNH GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP LÃNH THỔ THEO PHÁP LUẬT QUỐC TẾ HIỆN NAY

Hoàng Việt

*Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Lãnh thổ, tranh chấp, toà án, Liên hợp quốc.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 22/07/2022

Biên tập : 14/08/2022

Duyệt bài : 16/08/2022

## Tóm tắt:

Các tranh chấp lãnh thổ trên thế giới cho đến nay vẫn là những tranh chấp dai dẳng, khó giải quyết và có thể gây ra những nguy cơ mất ổn định cho khu vực và thế giới. Nhiều tranh chấp lãnh thổ đã dẫn đến những cuộc chiến tranh giữa các quốc gia, dân tộc với nhau. Kể từ khi Liên hợp quốc được thành lập tới nay, hệ thống luật pháp quốc tế đã được dần hoàn thiện, trong đó việc giải quyết các tranh chấp quốc tế, bao gồm các tranh chấp lãnh thổ, phải được thực hiện bằng biện pháp hoà bình. Trong bài viết này, tác giả giới thiệu các biện pháp giải quyết tranh chấp lãnh thổ bằng biện pháp hoà bình theo quy định của pháp luật quốc tế hiện nay và quan điểm, lập trường của Nhà nước Việt Nam về việc giải quyết các tranh chấp liên quan ở Biển Đông.

## Article Information:

*Keywords:* Territory; disputes; court; the United Nations.

## Article History:

Received : 22 Jul. 2022

Edited : 14 Aug. 2022

Approved : 16 Aug. 2022

## Abstract:

Territorial disputes in the world have so far been facing with persistency and difficulties to settle and may pose risks of instability to the region and the world. Several territorial disputes have led to wars between nations and peoples. Since the establishment of the United Nations, the international legal system has been gradually improved, in which the settlement of international disputes, including territorial disputes must be resolved by the peaceful manner. Under this article, the author introduces a number of measures to resolve the territorial disputes by peaceful manner in accordance with current international law and the views and stance of the State of Vietnam on the settlement of disputes related to Biển Đông.

## 1. Tranh chấp quốc tế

Trong thực tiễn, có nhiều khái niệm khác nhau về tranh chấp quốc tế (international disputes), PCIJ - Tòa án thường trực công lý quốc tế của Hội quốc liên (tiền thân của Tòa án Công lý quốc tế) trong một vụ án, cho rằng: “tranh chấp là sự không thỏa thuận

được với nhau trong một vấn đề nào đó của luật pháp hoặc các sự kiện, là sự đối lập nhau về quan điểm pháp lý và lợi ích giữa hai chủ thể với nhau”<sup>1</sup>. ICJ - Tòa án Công lý quốc tế cho rằng, tranh chấp là “một tình huống mà trong đó cả hai bên đều duy trì một cách rõ ràng quan điểm đối lập nhau liên quan đến

<sup>1</sup> Vụ Mavromatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, PCU, [https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_A/A\\_02/06\\_Mavrommatis\\_en\\_Palestine\\_Arret.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf), tr.12.

việc thể hiện hay không thể hiện nghĩa vụ cụ thể được quy định trong hiệp ước”<sup>2</sup>. Tòa trọng tài trong vụ *Texaco v. Libya* cho rằng, tranh chấp là “tồn tại sự khác biệt về lợi ích và đối lập về quan điểm pháp lý”<sup>3</sup>. Tuy các định nghĩa có những sự khác nhau nhưng đều có điểm chung, đó là sự không thống nhất, thậm chí là xung đột về quan điểm pháp lý cũng như lợi ích của các bên.

Tranh chấp quốc tế xảy ra bởi những mối quan hệ cũng như các lợi ích phức tạp và đan xen trên nhiều lĩnh vực giữa các quốc gia và các chủ thể khác của pháp luật quốc tế.

Trong các tranh chấp quốc tế, tranh chấp lãnh thổ là một trong những tranh chấp dai dẳng, khó giải quyết và tiềm ẩn nguy cơ dẫn đến chiến tranh nhất.

### 2. Lãnh thổ và tranh chấp lãnh thổ

Lãnh thổ quốc gia là một trong những bộ phận cấu thành không thể thiếu của bất kỳ quốc gia nào,<sup>4</sup> đồng thời nó còn là một tiêu chí cơ bản để xác định một quốc gia có phải là chủ thể của pháp luật quốc tế hay không. Lãnh thổ quốc gia gắn liền với những điều kiện kinh tế, chính trị - xã hội, quốc phòng, an ninh của mỗi quốc gia. Do đó lãnh thổ quốc gia là môi trường tự nhiên và cơ sở vật chất để quốc gia tồn tại và phát triển trong cộng đồng quốc tế. Đồng thời, lãnh thổ quốc gia còn liên quan với quốc gia khác, trước hết là với quốc gia láng giềng hay các quốc gia trong khu vực.

Một quốc gia không thể tồn tại nếu không có lãnh thổ. Lãnh thổ được xác lập theo không gian, trong đó quyền lực của chủ quyền quốc gia được thực hiện. “Nếu mất hoàn toàn lãnh thổ, quốc gia sẽ không tồn tại trên thực tế”<sup>5</sup>. Như vậy, khái niệm lãnh thổ không chỉ có ý nghĩa quan trọng đối với bản thân nhà nước đó mà là yếu tố không thể thiếu trong quan hệ quốc tế. Lãnh thổ quốc gia phải được xác định cụ thể theo các quy định của pháp luật quốc tế để mỗi quốc gia tự do thực hiện chủ quyền của mình trong lãnh thổ, đồng thời là điều cần thiết để các quốc gia tôn trọng chủ quyền của quốc gia khác.

Trong số các đối tượng tranh chấp, các tranh chấp có nguyên nhân về chính trị, pháp lý liên quan đến lãnh thổ biên giới quốc gia, an ninh, quốc phòng giữa các quốc gia từ trước đến nay luôn có nguy cơ rất lớn đe dọa hòa bình, an ninh quốc tế nếu tranh chấp, căng thẳng kéo dài và không được giải quyết dứt điểm bằng các biện pháp hòa bình. Thực tiễn lịch sử thế giới đã chứng minh chính tranh chấp lãnh thổ, biên giới quốc gia là nguyên nhân gián tiếp và trực tiếp của nhiều cuộc xung đột quân sự lớn, có thể kể đến như tranh chấp vùng Alsace-Lorraine giữa Pháp và Đức đã là nguyên nhân khiến cho quan hệ hai nước này căng thẳng và là một phần nguyên nhân của hai cuộc Chiến tranh Thế giới 1914 và 1939<sup>6</sup>; Tranh chấp vùng Danzig (nay là

<sup>2</sup> *Interpretation of the Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Advisory Opinion of 30 March 1950 (first phase), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/8/008-19500330-ADV-01-00-EN.pdf>, p. 75.

<sup>3</sup> *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Libyan Arab Republic*, Preliminary Award of 27 November 1975, 53 ILR 389, at 416 (1979).

<sup>4</sup> Malcolm Shaw (2005), *Title to Territory*, Dartmouth Publishing Company, p. 3.

<sup>5</sup> Malcolm Shaw (2005), *id.*, p. 3.

<sup>6</sup> Joseph A. Biesinger (2006), *Germany: a reference guide from the Renaissance to the present* / *Germany: a reference guide from the Renaissance to the present*, Infobase Publishing, 2006, pp. 79-80.

Gdansk, thuộc Ba Lan) giữa Ba Lan và Đức Quốc xã là một trong những nguyên nhân làm bùng nổ Chiến tranh Thế giới thứ hai vào năm 1939<sup>7</sup>; Chiến tranh giữa Anh và Argentina 1982 liên quan đến tranh chấp chủ quyền quần đảo Falkland; Chiến tranh giữa Israel và các quốc gia Ả Rập trong các năm 1948, 1956, 1967, 1973<sup>8</sup>; Chiến tranh Iran - Iraq 1980 - 1988 liên quan đến vùng đất tranh chấp ở Khuzestan và đường biên giới ở cửa sông Sat al - Arap<sup>9</sup>; Chiến tranh vùng Vịnh 1990 -1991 có nguyên nhân chủ yếu là tranh chấp về lãnh thổ giữa Iraq và Kuwait dẫn đến hành động tấn công Kuwait của Iraq<sup>10</sup>... Các cuộc chiến tranh này đã gây ra nhiều thiệt hại to lớn về người và của, không chỉ trong khoảng thời gian đó mà còn để lại những di chứng khủng khiếp cho các thế hệ sau.

### 3. Các biện pháp hoà bình giải quyết tranh chấp lãnh thổ

Tranh chấp quốc tế có thể dẫn đến nguy cơ xung đột quân sự và chiến tranh. Do đó, khi tranh chấp quốc tế xảy ra, việc giải quyết tranh chấp có ý nghĩa quan trọng vì nó liên quan đến duy trì hòa bình, an ninh thế giới, chấm dứt xung đột, bất đồng giữa các bên liên quan. Ngoài ra, giải quyết tranh chấp còn góp phần thúc đẩy các quốc gia tuân

thủ và thực hiện luật quốc tế triệt để hơn. Việc giải quyết này phải được thông qua các biện pháp hòa bình phù hợp với pháp luật quốc tế, trên cơ sở điều ước quốc tế hoặc tập quán quốc tế đã được các bên tranh chấp thừa nhận áp dụng để giải quyết tranh chấp theo khoản 1 Điều 38 Quy chế Tòa án Công lý quốc tế.

*“a. Các điều ước quốc tế, chung hoặc riêng, đã quy định về những nguyên tắc được các bên đang tranh chấp thừa nhận;*

*b. Các tập quán quốc tế như những chứng cứ thực tiễn chung, được thừa nhận như những quy phạm pháp luật;*

*c. Nguyên tắc chung của luật được các quốc gia văn minh thừa nhận;*

*d. Với những điều kiện nêu ở Điều 59, các án lệ và các học thuyết của các chuyên gia có chuyên môn cao nhất về luật quốc tế của các quốc gia khác nhau được coi là phương tiện để xác định các quy phạm pháp luật”<sup>11</sup>.*

Giải quyết các tranh chấp quốc tế bằng phương pháp hòa bình là một trong những nguyên tắc cơ bản của pháp luật quốc tế hiện đại. Đây là hệ quả của nghĩa vụ cấm sử dụng vũ lực trong các quan hệ quốc tế<sup>12</sup>. Nguyên tắc này đã được ghi nhận từ cuối thế kỷ XIX, đầu thế kỷ XX trong Công ước La Hay 1899

<sup>7</sup> A. J. P. Taylor, *The Origins of the Second World War*, Dalum hjaltese debatklub, <http://www.dandebate.dk/eng-taylor6.htm>.

<sup>8</sup> [https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/lingeringconflict-revised\\_chapter.pdf](https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/lingeringconflict-revised_chapter.pdf).

<sup>9</sup> <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2020/10/09/how-the-iran-iraq-war-will-shape-the-region-for-decades-to-come/>.

<sup>10</sup> <https://www.mofa.go.jp/policy/other/bluebook/1991/1991-2-1.htm>.

<sup>11</sup> Quy chế của Tòa án Công lý Quốc tế, bản tiếng Anh tại <https://www.icj-cij.org/en/statute>.

<sup>12</sup> *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, p. 145, para. 290.

và 1907,<sup>13</sup> sau đó tại Hiệp ước Briand-Kellog ngày 27/8/1928<sup>14</sup>. Nó được chính thức thừa nhận là nguyên tắc cơ bản của pháp luật quốc tế lần đầu tiên tại khoản 3 Điều 2 Hiến chương Liên hợp quốc: “*Tất cả các Thành viên giải quyết các tranh chấp quốc tế của họ bằng biện pháp hòa bình, theo cách không làm nguy hại đến hòa bình, an ninh quốc tế và công lý*”<sup>15</sup>, và được khẳng định một lần nữa tại Tuyên bố ngày 24/10/1970 của Đại hội đồng Liên hợp quốc (Nghị quyết số 2625): “*Mọi quốc gia có nghĩa vụ từ bỏ việc sử dụng hoặc đe dọa dùng vũ lực nhằm vi phạm sự tồn tại của các đường biên giới của các quốc gia khác, hoặc sử dụng như là các biện pháp giải quyết tranh chấp quốc tế bao gồm các tranh chấp về lãnh thổ và các vấn đề liên quan đến biên giới của các quốc gia... Tất cả các quốc gia sẽ giải quyết các tranh chấp quốc tế với những quốc gia khác bằng các biện pháp hòa bình mà không làm phương hại đến hòa bình, an ninh và công lý quốc tế*”<sup>16</sup>.

Bên cạnh việc ghi nhận nguyên tắc giải quyết tranh chấp hòa bình, Hiến chương Liên hợp quốc cũng đã xây dựng hệ thống các biện pháp hòa bình giải quyết tranh chấp quốc tế tại Điều 33: “*Các bên đương sự trong các cuộc tranh chấp, mà việc kéo dài các cuộc tranh chấp ấy có thể đe dọa đến hòa bình và an ninh quốc tế, trước hết, phải cố gắng tìm cách giải quyết tranh chấp bằng con đường*

*đàm phán, điều tra, trung gian, hòa giải, trọng tài, tòa án, sử dụng những tổ chức hoặc những hiệp định khu vực, hoặc bằng các biện pháp hòa bình khác tùy theo sự lựa chọn của mình*”. Căn cứ vào nội dung của Điều 33 Hiến chương, các biện pháp hòa bình giải quyết tranh chấp quốc tế có thể chia thành hai nhóm cơ bản:

Nhóm 1, các biện pháp giải quyết tranh chấp mang tính chất ngoại giao, gồm: đàm phán, điều tra, trung gian, hòa giải, sử dụng những tổ chức hoặc những hiệp định khu vực;

Nhóm 2, các biện pháp giải quyết tranh chấp bằng tài phán quốc tế, thông qua các Tòa án quốc tế và Trọng tài quốc tế.

### - Về nhóm biện pháp ngoại giao giải quyết tranh chấp

Những biện pháp ngoại giao dùng để giải quyết tranh chấp quốc tế đã xuất hiện từ rất sớm và luôn đóng vai trò quan trọng. Kết quả của việc sử dụng các biện pháp ngoại giao thường là các nghị quyết, khuyến cáo của các tổ chức quốc tế hoặc các cam kết và các điều ước quốc tế được các bên tranh chấp ký kết.

#### + *Biện pháp đàm phán (thương lượng)*

Trong số các biện pháp giải quyết tranh chấp, đàm phán được đánh giá là dễ sử dụng, áp dụng phổ biến và hiệu quả nhất, có lịch sử lâu đời dựa trên cơ sở trực tiếp nêu ra các quan điểm và tiếp nhận các ý kiến, lập trường của

<sup>13</sup> Điều 1 của Công ước về giải quyết các xung đột quốc tế ký tại La Hay ngày 18/10/1907 quy định: “*Nhằm ngăn ngừa hết mức việc sử dụng vũ lực trong quan hệ giữa các quốc gia, các cường quốc kết ước thỏa thuận sử dụng mọi nỗ lực để bảo đảm hòa bình giải quyết các tranh chấp quốc tế.*”

<sup>14</sup> Hiệp ước này nêu rõ: “*Các bên tham gia ký kết nhân danh các dân tộc mà mình đại diện, trịnh trọng tuyên bố lên án việc dùng chiến tranh để giải quyết các tranh chấp quốc tế, và từ bỏ việc sử dụng chiến tranh như chính sách quốc gia trong quan hệ giữa họ với nhau.*”

<sup>15</sup> [https://treaties.un.org/doc/source/docs/A\\_RES\\_2625-Eng.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_2625-Eng.pdf).

<sup>16</sup> <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement>.

các bên đối thoại và không có sự can dự của bên thứ ba. Mục đích, thành phần, cấp tham gia cũng như hình thức của đàm phán do chính các quốc gia tham gia đàm phán thỏa thuận với nhau, tuy nhiên vẫn phải tuân theo các nguyên tắc cơ bản của pháp luật quốc tế.

So với các biện pháp giải quyết tranh chấp khác, đàm phán có rất nhiều ưu điểm. Thứ nhất, đàm phán linh hoạt và chủ động, không bị khống chế về mặt thời gian, địa điểm. Thứ hai, đàm phán hạn chế được sự can thiệp trực tiếp từ bên thứ ba (thậm chí cả cộng đồng quốc tế), không làm phức tạp thêm nội dung tranh chấp. Thứ ba là tiết kiệm được về mặt kinh phí và thời gian của các bên tranh chấp. Tuy nhiên, đàm phán không phải lúc nào cũng thành công mà nó còn phụ thuộc vào mức độ thiện chí, sự mềm dẻo, linh hoạt và sự nhạy cảm của các bên đàm phán. Thái độ thù địch và sự bất đồng về chính trị là những nguyên nhân làm quá trình đàm phán phức tạp hay nghiêm trọng hơn là không đạt được bất kỳ một sự thỏa thuận nào<sup>17</sup>.

Trong một số trường hợp, đàm phán là nghĩa vụ bắt buộc của các bên tranh chấp quy định trong các điều ước quốc tế song phương hay đa phương<sup>18</sup>. Ngoài ra, các phán quyết của các cơ quan tài phán quốc tế cũng có thể trực tiếp yêu cầu các bên tham gia vào đàm

phán với sự thiện chí cũng như đòi hỏi các bên phải đạt được một thỏa thuận nhất định. Trong vụ *tranh chấp Thềm lục địa Biển Bắc*, Tòa án Công lý quốc tế đã đưa ra phán quyết: “*Các bên phải tiến hành một cuộc đàm phán nhằm đạt được một thỏa thuận và họ phải có nghĩa vụ xử sự sao cho cuộc đàm phán có ý nghĩa, đó không phải là trường hợp mà một trong các bên khẳng định giữ lập trường của riêng mình không có bất kỳ một sự điều chỉnh nào*”<sup>19</sup>.

Về thực tiễn giải quyết tranh chấp lãnh thổ thành công thông qua con đường đàm phán, đã có những vụ việc điển hình như cuộc hòa đàm Gadsden 1853 giải quyết dứt điểm những tranh chấp lãnh thổ giữa Hoa Kỳ và Mexico<sup>20</sup>; đàm phán giải quyết tranh chấp đảo Sakhalin giữa Đế quốc Nga và Nhật Bản với kết quả là Hiệp định Saint Petersburg năm 1875<sup>21</sup>; các cuộc đàm phán hòa bình từ năm 1963 đến năm 1966 giữa Thủ tướng Malaysia Tunku Abdul Rahman, Tổng thống Indonesia Sukarno và Tổng thống Philippines Macapagal cuối cùng đã giải quyết thành công tranh chấp lãnh thổ vùng Borneo<sup>22</sup>; Hiệp định Phân giới và hợp tác trên biển Barents 2010 giải quyết tranh chấp trên biển Barents giữa Liên bang Nga và Na Uy, kết thúc tình hình căng thẳng cản trở việc thăm dò khai thác dầu khí lẫn đánh bắt thủy

<sup>17</sup> Malcolm Nathan Shaw (2003), *International law*, Cambridge Publishing, p. 721.

<sup>18</sup> Như Điều 15 Hiệp ước Mặt trăng (Moon Treaty) 1979, Điều 41 Công ước Vienna 1978 về kế thừa quốc gia, Điều 84 Công ước Viên năm 1975 về Đại diện của các nước tại các tổ chức quốc tế và Điều 283 Công ước Liên hợp quốc về luật biển.

<sup>19</sup> Neil Craik, *The International Law of Environmental Impact Assessment*, Cambridge Publishing, 2010, p. 70.

<sup>20</sup> Mang tên James Gadsden, người được Tổng thống Hoa Kỳ Franklin Pierce cử đến Mexico đàm phán. Kết quả là, ngày 30/12/1853, Mexico đồng ý ký hiệp ước với Hoa Kỳ, trong đó chấp thuận sáp nhập El Paso vào lãnh thổ Hoa Kỳ đồng thời bổ sung thêm các vùng tam giác vào lãnh thổ Hoa Kỳ bao gồm khu vực phía Nam của các bang Arizona và New Mexico. Đổi lại, Hoa Kỳ trả cho Mexico 10 triệu đô la.

<sup>21</sup> <https://www.prlib.ru/en/history/619225>.

<sup>22</sup> Orlando m. Hernando, the Philippine claim to North Borneo, 1966, <https://core.ac.uk/download/pdf/10653126.pdf>.



## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

sản của cả hai quốc gia bắt đầu từ thập niên 1970<sup>23</sup>; những cuộc đàm phán thường xuyên về vịnh Bắc Bộ trong hai năm 1999, 2000 đưa đến kết quả là Hiệp định phân định lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa ở vịnh Bắc Bộ vào ngày 25/12/2000 giữa Việt Nam và Trung Quốc.

### + *Biện pháp hòa giải bởi một bên trung gian*

Trung gian hòa giải là biện pháp giải quyết tranh chấp quốc tế mang tính ngoại giao có sự tham gia của bên thứ ba với sự chấp nhận của các bên tranh chấp, đã được quy định trong các Công ước La Hay 1899 và 1907. Nhiệm vụ của bên trung gian là khuyến khích, động viên các quốc gia có liên quan đến tranh chấp giải quyết vụ tranh chấp bằng biện pháp hòa bình, cụ thể là việc tác động để các bên tiếp xúc ngoại giao và tiến hành các cuộc đàm phán chính thức. Bên trung gian hòa giải này có thể là một hoặc số quốc gia, một hoặc một số cá nhân có uy tín và cũng có thể là thông qua cơ quan của tổ chức quốc tế.

Cùng với sự phát triển của pháp luật quốc tế, biện pháp trung gian hòa giải ngày càng được sử dụng phổ biến, đặc biệt là từ thập niên 90 của thế kỷ XX. Số vụ tranh chấp có sử dụng hòa giải trong thời kỳ này tăng 469% so với giai đoạn trước đó, thậm chí về số lượng còn nhiều hơn toàn bộ giai đoạn 1945-1989.<sup>24</sup> Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp lãnh thổ, trung gian hòa giải đã giải quyết thành công nhiều vụ việc như tranh chấp giữa Algeria và

Marocco 1963-1964, các nước láng giềng Mali và Ethiopia đã đứng ra làm trung gian hòa giải và đồng thời giám sát việc ngừng bắn, vai trò trung gian của Hoa Kỳ đối với tiến trình hòa giải tranh chấp lãnh thổ tại Trung Cận Đông từ năm 1973 cho đến nay<sup>25</sup>, Liên minh Châu Âu (EU) trung gian hòa giải thành công cho tranh chấp lãnh thổ giữa Slovenia và Croatia năm 2010, hai quốc gia châu Phi Eritrea và Djibouti đồng ý để Qatar đứng ra làm trung gian hòa giải cho tranh chấp lãnh thổ biên giới gần Ras Doumeira năm 2010<sup>26</sup>,...

### - Về nhóm biện pháp giải quyết tranh chấp thông các cơ quan tài phán quốc tế

Điều 33 của Hiến chương Liên hợp quốc đã liệt kê các biện pháp giải quyết hòa bình các tranh chấp quốc tế giữa các quốc gia, bao gồm: “*đàm phán, điều tra, trung gian, hoà giải, trọng tài, toà án, sử dụng những tổ chức hoặc những điều ước khu vực, hoặc bằng các biện pháp hoà bình khác tùy theo sự lựa chọn của mình*”<sup>27</sup>. Giải quyết các tranh chấp quốc tế thông qua con đường tài phán quốc tế hay biện pháp pháp lý là việc sử dụng các cơ quan tài phán quốc tế trên cơ sở sự thỏa thuận hoặc thừa nhận của các bên tranh chấp bằng các phương pháp, thủ tục tư pháp. Căn cứ vào sự hình thành, cơ cấu tổ chức, hoạt động, phương thức giải quyết tranh chấp, giá trị hiệu lực của phán quyết cũng như cơ chế đảm bảo thi hành phán quyết để chia cơ quan tài phán quốc tế thành hai loại là Tòa án quốc tế và Trọng tài quốc tế.

<sup>23</sup> <https://www.thearcticinstitute.org/norway-russia-avoid-conflict-svalbard/>

<sup>24</sup> J. Michael Greig, Paul F. Diehl (2012), *International Mediation*, Polity, Cambridge, p. 36.

<sup>25</sup> Nguyễn Thị Thu, Nguyễn Hồng Bích, Nguyễn Văn Sơn (2004), *Lịch sử Trung cận đông*, nxb. Giáo dục, tr. 329.

<sup>26</sup> J. Michael Greig, Paul F. Diehl, *tlđđ*, tr. 37.

<sup>27</sup> <https://www.un.org/en/about-us/un-charter>.

### - Về giải quyết tranh chấp thông qua Hội đồng Bảo an Liên hợp quốc

Theo Điều 24 của Hiến chương Liên hợp quốc, các nước thành viên Liên hợp quốc trao cho Hội đồng Bảo an trách nhiệm chính trong việc giữ gìn hoà bình và an ninh quốc tế. Hội đồng Bảo an có thể áp dụng các biện pháp nhằm giải quyết hoà bình các tranh chấp, xung đột và khi cần thiết, có thể sử dụng các biện pháp, kể cả cưỡng chế và vũ lực, nhằm loại trừ các mối đe dọa, phá hoại hoà bình, hoặc các hành động xâm lược. Các quy định của Hiến chương liên quan đến Hội đồng Bảo an nằm trong các chương V, VI, VII, VIII và XII.

#### 4. Kết luận

Tranh chấp giữa các quốc gia về biên giới quốc gia và lãnh thổ đã tồn tại từ lâu và luôn khó giải quyết. Trước đây, các quốc gia tranh chấp thường sử dụng vũ lực để giải quyết tranh chấp của mình. Điều này đe dọa sự ổn định của hoà bình và an ninh quốc tế. Kể từ khi Liên hợp quốc thành lập năm 1945, luật pháp quốc tế về giải quyết các tranh chấp lãnh thổ và biên giới ngày càng trở nên hữu ích. Các văn kiện về luật pháp quốc tế của Liên hợp quốc đã thúc đẩy giải quyết tranh chấp bằng các biện pháp hoà bình và nghiêm cấm sử dụng vũ lực. Tùy theo tính chất của từng tranh chấp, các bên tranh chấp có thể lựa chọn các thủ tục và thể chế để giải quyết tranh chấp một cách hoà bình.

Các tranh chấp hiện nay liên quan đến các vấn đề trên biển giữa các quốc gia rất đa dạng và phức tạp. Chúng liên quan đến các vấn đề

như phân định ranh giới trên biển, việc áp dụng và giải thích Công ước Luật biển, hoặc chủ quyền lãnh thổ trên biển. Có những tranh chấp đã kéo dài hàng thế kỷ mà vẫn chưa được giải quyết. Các thể chế quốc tế để giải quyết các tranh chấp này đã có những thay đổi và cải tiến. Tuy nhiên, vẫn còn những hạn chế đòi hỏi phải tiếp tục phát triển để giải quyết các tranh chấp này bằng biện pháp hoà bình, góp phần vào hoà bình, ổn định và phát triển trên thế giới.

Đối với Việt Nam hiện nay, những tranh chấp trên Biển Đông mà chúng ta là một trong các bên tham gia trực tiếp, đã kéo dài từ lâu và đe dọa rất lớn đến môi trường an ninh và hoà bình của khu vực cũng như trên thế giới. Quan điểm chính thức của Nhà nước Việt Nam về vấn đề này như sau: “Lập trường của Việt Nam về việc giải quyết các tranh chấp liên quan ở Biển Đông là rõ ràng và nhất quán, theo đó Việt Nam luôn ủng hộ việc giải quyết các tranh chấp về chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán ở Biển Đông thông qua các tiến trình ngoại giao và pháp lý, không sử dụng hoặc đe dọa sử dụng vũ lực và bằng các giải pháp, biện pháp hoà bình phù hợp với Hiến chương Liên hợp quốc và Công ước của Liên hợp quốc về Luật Biển năm 1982 (Công ước)”<sup>28</sup>.

Theo đó, là một quốc gia yêu chuộng hoà bình và luôn tuân thủ luật pháp quốc tế, Việt Nam đã thể hiện rõ quan điểm áp dụng phương pháp hoà bình trong việc giải quyết tranh chấp. Trong các biện pháp hoà bình đó, biện pháp pháp lý sẽ là biện pháp cuối cùng, nhưng cũng sẽ là biện pháp mà Việt Nam có thể sử dụng để bảo vệ các quyền lợi biển hợp pháp của mình trên Biển Đông ■

<sup>28</sup> <https://baochinhhphu.vn/viet-nam-ung-ho-viec-giai-quet-cac-tranh-chap-o-bien-dong-bang-ngoai-giao-va-phap-ly-102295894.htm>.

# KHẢ NĂNG KIỂM SOÁT TÀI SẢN ẢO DƯỚI GÓC ĐỘ QUYỀN SỞ HỮU VÀ QUYỀN TỰ DO HỢP ĐỒNG

Lê Thị Minh

TS. Trường Đại học Thủ Dầu Một

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Thế giới ảo, tài sản ảo, quyền sở hữu, quyền tự do hợp đồng.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 28/08/2022

Biên tập : 16/09/2022

Duyệt bài : 17/09/2022

## Article Infomation:

*Keywords:* Virtual world; virtual property; property rights; freedom of contract.

## Article History:

Received : 28 Aug. 2022

Edited : 16 Sep. 2022

Approved : 17 Sep. 2022

## Tóm tắt:

Với sự phát triển mạnh mẽ của Internet, thế giới ảo đã trở nên phổ biến và chứa đựng nhiều tài sản ảo có giá trị. Tuy nhiên, quy chế pháp lý điều chỉnh đối với tài sản ảo chưa rõ ràng. Pháp luật Việt Nam hiện hành chưa thể phân loại tài sản ảo có phải là một tài sản thuộc đối tượng của quyền sở hữu hay chỉ là một quan hệ hợp đồng giữa nhà cung cấp dịch vụ và người sử dụng dịch vụ (người chơi). Tác giả bài viết trình bày các đặc điểm của thế giới ảo và đặc điểm của tài sản ảo; các quan điểm khác nhau về vấn đề này và tầm quan trọng của việc nghiên cứu vấn đề điều chỉnh pháp lý đối với tài sản ảo.

## Abstract:

With the vigorous development of the Internet, the virtual world has become popular and contains several valuable virtual properties. However, the legal regulation governing the virtual properties is not precise. Current laws of Vietnam have yet classify the virtual property as an asset subject to ownership or just a contractual relationship between a service provider and a service user (player). The author presents the characteristics of the virtual world and the characteristics of virtual properties, as well as different views on this issue and the importance of studying the issue of legal regulation of virtual properties.

## 1. Khái quát về thế giới ảo

Tài sản ảo bắt nguồn từ bên trong thế giới ảo. Điều này dẫn đến việc tìm kiếm khái niệm về thế giới ảo. Bartle nói rằng “thế giới ảo là môi trường bền bỉ, được kiểm duyệt bởi máy tính, thông qua đó nhiều cá nhân có thể tương tác đồng thời với nhau”<sup>1</sup>. Các định nghĩa về thế giới ảo còn có thể được đưa ra nhiều cách

khác nhau như một “mạng lưới đồng bộ, liên tục của mọi người, được thể hiện dưới dạng hình đại diện, được hỗ trợ bởi máy tính nối mạng”<sup>2</sup>, “một môi trường tự động, chia sẻ, bền bỉ và thông qua đó mọi người có thể tương tác trong thời gian thực bằng các tài khoản ảo”<sup>3</sup>, “một môi trường bền bỉ, được mô phỏng và nhập vai, được hỗ trợ bởi máy tính, cung cấp cho nhiều người dùng hình đại diện và các

<sup>1</sup> Bartle (2004), *Pitfalls of Virtual Property*, Themis Group Durham, 2.

<sup>2</sup> Mark W Bell (2008), *Toward a Definition of Virtual Worlds*, *Journal For Virtual Worlds Research*, 1, 1.

<sup>3</sup> Richard Bartle (2010), *From MUDs to MMORPGs: the history of virtual worlds*, in Jeremy Hunsinger, Lisbeth Klastrup and Matthew Allen: *International Handbook of Internet Research*, Springer, 23 - 39.

công cụ giao tiếp với để hành động trong một thế giới có tương tác, và thời gian thực”<sup>4</sup>. Nhìn chung, thế giới ảo được đặc trưng bởi những đặc điểm sau đây:

*Thứ nhất*, thế giới ảo được kiểm duyệt tự động bởi máy tính<sup>5</sup>. Đây là hệ thống những máy tính được sắp xếp trong một ma trận lớn và được liên kết với nhau, không giống với máy tính cục bộ (máy tính để bàn, máy tính xách tay cá nhân). Tất cả các khía cạnh trong trò chơi liên quan đến tài sản ảo đều được quản lý tự động.

*Thứ hai*, thế giới ảo tồn tại “bền bỉ”<sup>6</sup>. Bền bỉ có nghĩa là liên tục, không có sự gián đoạn, không bị ngắt quãng bởi các điều kiện vật chất. Thế giới ảo phải luôn có sẵn để người chơi tương tác với nhau. Sự bền bỉ là một trong những lý do chính khiến thế giới ảo trở nên “gây nghiện”<sup>7</sup>; bởi vì, từ quan điểm của người chơi, nếu họ tắt máy tính, thế giới ảo vẫn đang diễn ra. Vì vậy, người chơi lo ngại rằng họ đang bỏ lỡ những điều xảy ra trong thế giới ảo khi họ không đăng nhập và tham gia vào nó. Môi trường sống trong thế giới ảo tồn tại lâu dài và phát triển không phụ thuộc vào bất kỳ ai sử dụng nó tại một thời điểm cụ thể. Thế giới ảo

tự nó “ghi nhớ vị trí của mọi người và vật, cũng như quyền sở hữu vật”<sup>8</sup>.

*Thứ ba*, thế giới ảo có tính tương tác<sup>9</sup>. Có nghĩa là mặc dù chúng nằm trên máy chủ, chúng có thể truy cập từ xa đồng thời cho một số lượng lớn người dùng, “với lệnh của một người ảnh hưởng đến kết quả lệnh của người khác”<sup>10</sup>. Điều này diễn ra khi người chơi điều khiển hình đại diện của họ tương tác với các hình đại diện khác hoặc với tài sản ảo. Người chơi dường như cảm thấy thú vị hơn khi có thể tương tác mọi thứ trong thế giới ảo<sup>11</sup>. Điều này khiến người ta nghĩ đến một trong những đặc quyền của quyền sở hữu.

Tương tác không chỉ quan trọng đối với người chơi, mà còn đối với các mối quan hệ xã hội giữa những người chơi. Ví dụ, những người chơi có thể cùng nhau nói chuyện, ăn uống (theo nghĩa ảo)<sup>12</sup>. Chính vì yếu tố nhiều người chơi này mà hầu hết những thế giới ảo được gọi là Trò chơi nhập vai trực tuyến nhiều người chơi (MMORPG). Hiện nay, người chơi còn có thể sử dụng Internet qua giao thức VoIP để trò chuyện với nhau trong thời gian thực, giống như một người thực hiện một cuộc gọi điện thoại bình thường.

<sup>4</sup> Carina Girvan (2013), *What is a Virtual World? Definition and Classification*, School of Computer Science and Statistics (SCSS), Trinity College Dublin.

<sup>5</sup> Richard Bartle (2010), *From MUDs to MMORPGs: the history of virtual worlds*, in Jeremy Hunsinger, Lisbeth Klastrup and Matthew Allen: *International Handbook of Internet Research*, Springer, 23 - 39.

<sup>6</sup> Wian Erlank (2012), *Property in Virtual Worlds*, Ph.D. thesis University of Stellenbosch, 48.

<sup>7</sup> Wian Erlank (2012), 137.

<sup>8</sup> Castronova, Edward (2002), *On Virtual Economies*, <https://ssrn.com/abstract=338500> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.338500>, 17.

<sup>9</sup> Richard Bartle (2010), “From MUDs to MMORPGs: the history of virtual worlds” in Jeremy Hunsinger, Lisbeth Klastrup and Matthew Allen: *International Handbook of Internet Research*, Springer, 2.

<sup>10</sup> Castronova, Edward (2002), *On Virtual Economies*, <https://ssrn.com/abstract=338500> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.338500>, 17

<sup>11</sup> Erlank, Wian (2012), *Property in Virtual Worlds*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2216481> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2216481>, 54-57, 70-74, 137-141.

<sup>12</sup> Erlank, Wian (2012).



### 2. Khái quát về tài sản ảo

Các nhà phát triển hiện đại cố gắng làm cho thế giới ảo giống như ảnh chân thực nhất có thể; tuy nhiên, môi trường ảo cũng có thể sai lệch so với đời sống hàng ngày, hoặc hoàn toàn hư cấu. Về bản chất, việc lựa chọn môi trường phụ thuộc vào chủ đề, cốt truyện của trò chơi hoặc thế giới ảo. Ở khía cạnh này, tài sản ảo trở nên rất quan trọng vì nó sẽ phản ánh những thuộc tính của thế giới ảo. Tài sản ảo là một loại tài sản, vì nó vẫn tồn tại. Tuy nhiên, tài sản này là “ảo” là vì nó là thứ mà người ta không thể chạm vào, không thể ném, và không mang theo<sup>13</sup>.

Theo truyền thống, tài sản được phân loại là tài sản vật chất và tài sản trí tuệ<sup>14</sup>. Luật pháp bảo vệ tài sản vật chất bằng cách cấm những hành vi xâm phạm tài sản thuộc quyền sở hữu của người khác như trộm cắp, phá hoại. Đối với tài sản trí tuệ, luật pháp bảo vệ bằng cách nghiêm cấm việc sao chép hoặc chiếm đoạt tài sản trí tuệ, là kết quả tạo ra từ sự sáng tạo và sức lao động của người khác<sup>15</sup>. Tuy nhiên, tài sản ảo không là tài sản hữu hình, cũng không là tài sản trí tuệ. Trong bài viết “Tài sản ảo”, Fairfield tuyên bố tài sản ảo đó cần phải có ba đặc điểm cốt yếu là tính cạnh tranh, tính bền bỉ và tính liên kết với nhau<sup>16</sup>.

*Thứ nhất*, tài sản ảo có tính cạnh tranh. Tính cạnh tranh là đặc tính của tài sản truyền thống hữu hình, cho phép quyền kiểm soát tài sản, tại bất kỳ thời điểm nào, chỉ dành cho một người<sup>17</sup>. Chẳng hạn, nếu hình đại diện của một người trong thế giới ảo đang giữ một đôi ủng cụ thể, thì không một hình đại diện của ai khác có thể giữ bản sao của đôi ủng đó. Nếu người chơi thoát ra khỏi trò chơi, chiếc ủng vẫn ở đó. Những người khác trong thế giới ảo có thể nhìn thấy và tương tác với những chiếc ủng<sup>18</sup>. Vì điều này mà một số học giả đã kêu gọi xử lý các vật phẩm ảo giống với giống như cách đối xử với tài sản trong thế giới thực<sup>19</sup>.

*Thứ hai*, tài sản ảo có tính bền bỉ. Tính bền bỉ cũng là đặc tính vốn có của tài sản truyền thống. Tính bền bỉ sẽ giúp tài sản không thay đổi, ngay cả khi nó không được sử dụng<sup>20</sup>. “*Một chiếc ô tô đã đậu vẫn tiếp tục tồn tại, và vào cuối ngày, chủ sở hữu sẽ tìm thấy chiếc xe ở nơi anh ta đã đậu nó. Tài sản ảo cũng có đặc tính như vậy*”<sup>21</sup>. Một người dùng các dịch vụ email được lưu trữ từ xa như Gmail, có thể thấy rằng các thư được lưu trong “Hộp thư đến” sẽ tồn tại trong một thời gian dài (nếu không bị chủ sở hữu xóa), mặc dù tài khoản email chỉ được sử dụng vài phút mỗi ngày.

<sup>13</sup> Erlank, Wian (2012).

<sup>14</sup> Saul Levmore (2003), *Property's Uneasy Path and Expanding Future*, University of Chicago Law Review, 70, 181.

<sup>15</sup> Lawrence Lessig (1996), *Symposium: Cyberspace and the Law: Intellectual Property and Code*, ST. JOHN'S J.L. & COMM, 11, 635, 638.

<sup>16</sup> Fairfield, Joshua (2005), *Virtual Property*, The Boston University Law Review, 1053.

<sup>17</sup> Fairfield, Joshua (2005), 1053.

<sup>18</sup> Dustin Stamper (2007), *Taxing Ones and Zeros: Can the IRS Ignore Virtual Economies?*, Tax Analyst, 114, 150.

<sup>19</sup> Charles Blazer (2006), *The Five Indicia of Virtual Property*, PIERCE Law Review, 5, 137, 161.

<sup>20</sup> Fairfield, Joshua (2005), *Virtual Property*, The Boston University Law Review, 1047, 1081, 1054.

<sup>21</sup> Fairfield, Joshua (2005), 1047, 1081, 1054.

*Thứ ba*, tài sản ảo có tính liên kết. Tính liên kết cho phép tài sản này tạo ra ảnh hưởng hoặc bị ảnh hưởng bởi người/tài sản khác<sup>22</sup>. Tính liên kết cho phép nhiều người chơi trực tuyến và tương tác trong cùng một thế giới ảo sử dụng cùng một nguồn tài nguyên chung. Tất cả những điều này phải có khả năng xảy ra đồng thời. Thực tế là mọi người có thể truy cập và sử dụng cùng một trò chơi để tạo ra tài sản ảo và làm tăng giá trị của tài sản. Các hình đại diện có thể đến thăm và tương tác với tài sản của nhau bằng cách ngồi trên ghế ảo và tự rót cho mình đồ uống ảo, giống như trong thế giới thực.

### **3. Quan điểm ủng hộ ghi nhận quyền sở hữu đối với tài sản ảo bằng các học thuyết truyền thống**

Lý do thứ nhất để yêu cầu ghi nhận quyền sở hữu đối với tài sản ảo được thực hiện thông qua việc sử dụng học thuyết lao động của Lockean. Theo lý thuyết lao động của Lockean, “*người đã sử dụng lao động để tạo ra thứ trong tự nhiên thành thứ có giá trị thì xứng đáng để gặt hái giá trị của nó*”<sup>23</sup>. Con người có quyền sở hữu ngay từ khi được sinh ra, đối với những sản vật mà tự nhiên ban phát. Không ai có bất kỳ một quyền lực riêng biệt nào để chiếm giữ thành tài sản riêng của mình trừ khi con người sử dụng sức lao động của mình. Chính lao động làm nên quyền sở hữu cá nhân cho con người, tách nó ra khỏi quyền sở hữu chung<sup>24</sup>. Lập luận cơ bản từ người dùng MMORPG là vì họ đã

dành thời gian và công sức trong việc tạo, phát triển, cải thiện tài sản ảo trong trò chơi. Người chơi xứng đáng nhận được một số quyền lợi tài sản vì sức lao động và chi phí mà họ đã bỏ ra để mang lại giá trị cho các vật phẩm ảo mà họ sở hữu.

*Thứ hai*, lý thuyết nhân cách của Hegel về tài sản có thể tạo ra cơ sở lý luận cho việc công nhận quyền sở hữu đối với tài sản ảo của người chơi. Lý thuyết này nhấn mạnh về mối liên hệ sâu sắc giữa con người với tài sản mà họ tạo ra. Hegel xem tài sản như một phần mở rộng của nhân cách. Và do đó, quyền tài sản của một người được kết nối sâu sắc với danh tính và quyền riêng tư của một người,<sup>25</sup> ví dụ một ngôi nhà hay chiếc nhẫn cưới<sup>26</sup>. Áp dụng lý thuyết nhân cách của Hegel vào cộng đồng ảo không có sự khác biệt rõ ràng so với việc áp dụng vào thế giới thực. Có thể dễ dàng thấy hình đại diện của một người trong thế giới ảo tương tự như một nhẫn cưới ở khía cạnh này. Hình đại diện là hình ảnh mô tả chính người chơi ở hầu hết các MMORPG, có thể thể hiện cá tính của họ đến từng chi tiết nhỏ nhất. Người dùng có thể phát triển mối quan hệ cá nhân với hình đại diện của họ vì chúng cho phép người dùng vượt qua danh tính trong thế giới thực của họ và mô tả một bản thân lý tưởng hơn. Người dùng có thể sử dụng hình đại diện để đạt được những chiến công tuyệt vời ngoài khả năng của họ trong cuộc sống thực, chẳng hạn như bay hoặc sử dụng khả

<sup>22</sup> Fairfield, Joshua (2005), *Virtual Property*, The Boston University Law Review, 1047, 1081, 1054.

<sup>23</sup> Lastowka, supra note 3, at 46-47 (citing Stephen R. Munzer, A Theory of Property (1990) and Margaret Jane Radin, Reinterpreting Property 105-06 (1993)).

<sup>24</sup> Nguyễn Thị Thanh Huyền (2012), *Quan niệm của J. Locke về quyền sở hữu trong tác phẩm Khảo luận thứ hai về chính quyền*, Tạp chí Khoa học ĐHQGHN, Khoa học Xã hội và Nhân văn, Hà Nội.

<sup>25</sup> Jeremy Waldron (1988), *The Right to Private Property*, 49-50, 343, 370-89.

<sup>26</sup> Jeremy Waldron (1988), 295-310.

năng siêu phàm<sup>27</sup>. Hình đại diện thậm chí có thể là một phần của mạng lưới bạn bè và kết nối xã hội rộng lớn được người dùng coi trọng và không có sẵn bên ngoài thế giới ảo<sup>28</sup>.

*Thứ ba*, chủ nghĩa thực dụng của Bentham, với nguyên tắc của chủ nghĩa thực dụng cố gắng tìm ra điều tốt nhất cho số lượng người lớn nhất, đã giúp củng cố yêu cầu ghi nhận quyền sở hữu đối với tài sản ảo<sup>29</sup>. Theo công thức của Bentham, “hạnh phúc” chỉ đơn giản là sự cân bằng của niềm vui và nỗi đau. Theo chủ nghĩa thực dụng, một lợi ích xã hội được định nghĩa là tổng hợp các lợi ích riêng lẻ, do đó nếu việc ghi nhận tài sản ảo có thể được coi là một tài sản, thì tập hợp tất cả các tài sản ảo sẽ tốt hơn cho xã hội<sup>30</sup>. Những người ủng hộ quyền sở hữu đối với tài sản ảo cho rằng, một khi vật phẩm ảo được bảo vệ quyền sở hữu, những hành vi xâm phạm tài sản ảo sẽ phải chịu trách nhiệm pháp lý trong thế giới thực, do đó sẽ ngăn chặn các hành vi vi phạm, và do đó gia tăng tiện ích xã hội<sup>31</sup>. Sự sợ hãi về trách nhiệm pháp lý sẽ ngăn chặn tội phạm và người dùng sẽ cảm thấy yên tâm<sup>32</sup>. Kết quả, trong các thuật ngữ của triết lý thực dụng, sẽ là sự gia tăng lợi ích xã hội về tổng thể<sup>33</sup>. Ngoài ra, những người ủng hộ cho rằng công nhận quyền sở hữu đối với tài sản ảo sẽ tăng đầu tư vào thế giới ảo và từ đó thúc đẩy hiệu quả kinh tế<sup>34</sup>.

*Thứ tư*, lý thuyết về chi phí giao dịch của Ronald Coase cho thấy, trong quá trình đạt đến sự cân bằng giữa cung và cầu, sẽ phát sinh thêm một loại chi phí gọi là *chi phí giao dịch*. Về cơ bản, đây là chi phí phát sinh từ sự tương tác giữa hành vi cơ hội, khả năng con người hạn chế trong môi trường bất định và điều kiện thông tin không cân xứng. Chi phí này gia tăng khi có hành vi lừa dối. Chi phí này được phân thành các loại cơ bản sau: (i) chi phí tìm kiếm và chi phí thông tin; (ii) chi phí thương thảo và ra quyết định; (iii) chi phí theo dõi, kiểm tra và chi phí khắc phục hậu quả. Trên cơ sở lý thuyết của Ronald Coase, tác giả O. Williamson đã khai thác sâu hơn. Ông cho rằng các giao dịch đều có tính đặc thù về tính duy lý hạn chế và hành vi cơ hội<sup>35</sup>. Thị trường vật phẩm ảo là một thị trường lớn, đã và đang phát triển mạnh, nhưng nhận được rất ít sự điều chỉnh về pháp lý. Việc thiếu sự điều chỉnh rõ ràng về pháp lý tạo điều kiện cho sự gian lận và lừa đảo phát triển mạnh trong cộng đồng trực tuyến. Sự gian lận trong giao dịch sẽ làm tăng chi phí giao dịch của các bên liên quan.

#### 4. Quan điểm ủng hộ sử dụng quyền tự do hợp đồng để điều chỉnh đối với tài sản ảo

Bên cạnh quan điểm ủng hộ việc công nhận quyền sở hữu như đã ở trên, một số học giả

<sup>27</sup> New to Aion, NCSOFT, <http://na.aiononline.com/about-aion/new-to-aion>.

<sup>28</sup> F. Gregory Lastowka & Dan Hunter (2004), *The Laws of the Virtual Worlds*, California Law Review, 1, 26-27.

<sup>29</sup> F. Gregory Lastowka & Dan Hunter (2004), 1,44.

<sup>30</sup> F. Gregory Lastowka & Dan Hunter (2004), 1,44.

<sup>31</sup> Brett Burns (2012), “Level 85 Rogue: When Virtual Theft Merits Criminal Penalties”, *UMKC Law Review*, 80, 851.

<sup>32</sup> Brett Burns (2012).

<sup>33</sup> F. Gregory Lastowka & Dan Hunter (2004), 1, 851.

<sup>34</sup> Fairfield, Joshua (2005), *Virtual Property*, The Boston University Law Review, 1101-02.

<sup>35</sup> Nguyễn Đôn Phước (dịch) (2010), *Kinh tế học Doanh nghiệp*, Nxb. Tri Thức, Hà Nội.

lại cho rằng không nhất định phải ghi nhận quyền sở hữu đối với tài sản ảo vì vấn đề này được giải quyết đơn giản bởi quyền tự do hợp đồng. Quyền tự do hợp đồng là vấn đề vốn có sẵn trong mọi hệ thống pháp luật. Ở lý do này, người ta phân tích về bản chất mối quan hệ giữa nhà phát hành thế giới ảo (bên cung cấp dịch vụ/bên cấp phép) và người chơi (bên sử dụng dịch vụ/bên được cấp phép).

Các nhà cung cấp dịch vụ trực tuyến đầu tư một nguồn lực lớn ban đầu vào phần cứng máy tính, phần mềm và tài sản trí tuệ để thiết lập một cộng đồng ảo. Sau đó, các nhà cung cấp dịch vụ cấp phép cho người dùng để được quyền truy cập vào những tài nguyên này. Người dùng thao tác, tương tác và phát triển các tài nguyên này theo các quy tắc nhất định do nhà cung cấp dịch vụ đặt ra. Những thao tác này được thực hiện trong khuôn khổ và giới hạn của sự cấp phép. Ví dụ, MMOG cũng sử dụng một dạng của mô hình giữa bên cấp phép - bên được cấp phép. Mặc dù người chơi có thể mua và cài đặt phần mềm trên máy tính cá nhân để chơi trò chơi, trò chơi ảo của người chơi vẫn được lưu trữ hoàn toàn trên máy tính của nhà cung cấp dịch vụ. Người chơi có thể truy cập hình đại diện cá nhân và kho báu của họ từ bất kỳ máy tính nào có cài đặt MMOG. Bằng cách cấp phép

truy cập vào máy chủ lưu trữ tài nguyên từ xa, người chơi thu được nhiều lợi ích. Ví dụ, nhà cung cấp dịch vụ có thể triển khai các biện pháp bảo mật tốt hơn để ngăn chặn tin tặc giả mạo dữ liệu, cũng như có thể đảm bảo tính toàn vẹn của dữ liệu thông qua các bản sao lưu dự phòng.

Hợp đồng giữa nhà cung cấp dịch vụ và người chơi có thể có nhiều tên gọi khác nhau, chẳng hạn như “Điều khoản dịch vụ” (*Terms of Service*),<sup>36</sup> “Thỏa thuận dịch vụ” (*Service Agreement*),<sup>37</sup> “Điều khoản của Sử dụng” (*Terms of Use*),<sup>38</sup> và “Thỏa thuận cấp phép người dùng cuối” (*End-User License Agreement*)<sup>39</sup>. Tuy nhiên, câu hỏi đặt ra là, nhưng thỏa thuận cấp phép này chỉ đơn giản là sự cấp quyền cho người chơi truy cập vào thế giới ảo, hay còn bao gồm cả việc chuyển giao một phần quyền sở hữu từ nhà phát hành qua người chơi. Sự khác biệt chính giữa các quyền được cấp theo hợp đồng và quyền tài sản nằm ở mức ràng buộc với những người không phải là các bên của hợp đồng. Thông thường, giấy phép được hiểu là sự cấp phép không bao gồm việc chuyển giao quyền sở hữu cho người được cấp phép. Trong sở hữu trí tuệ, giấy phép là sự cho phép để làm điều gì đó, vì nếu không có sự cấp phép này thì hành vi sử dụng sẽ cấu thành hành vi vi phạm<sup>40</sup>. Thông thường, từ

<sup>36</sup> Second Life, Terms of Service, <https://www.lindenlab.com/tos>.

<sup>37</sup> Network Solutions, Service Agreement, <https://www.networksolutions.com/free-website/service-agreement.jsp>.

<sup>38</sup> World of Warcraft, Terms of Use Agreement, [https://wowwikiarchiv.fandom.com/wiki/Terms\\_of\\_Use\\_Agreement#:~:text=The%20Terms%20of%20Use%20Agreement,the%20World%20of%20Warcraft%20servers](https://wowwikiarchiv.fandom.com/wiki/Terms_of_Use_Agreement#:~:text=The%20Terms%20of%20Use%20Agreement,the%20World%20of%20Warcraft%20servers).

<sup>39</sup> World of Warcraft, End User License Agreement, <https://www.blizzard.com/fr-fr/legal/fba4d00f-c7e4-4883-b8b9-1b4500a402ea/blizzard-end-user-license-agreement>.

<sup>40</sup> Ramond T. Nimmer (2002), *Information Law*, Nxb. West Group.



## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

ngữ cấp phép không liên quan đến bất kỳ quyền tài sản nào<sup>41</sup>.

Như vậy, người chơi trong thế giới ảo bên ngoài sở hữu vật phẩm ảo, nhưng phạm vi và thời gian người chơi được kiểm soát vật phẩm ảo sẽ dựa trên các giới hạn được quy định tại thỏa thuận cấp phép. Trong phạm vi thế giới ảo, có thể xem như người chơi đang “mượn” một phần tương đối nhỏ trong vốn đầu tư của nhà cung cấp dịch vụ.

Như vậy, dưới góc nhìn này, thế giới ảo (bao gồm vật phẩm ảo trong đó) thuộc về sự đầu tư của nhà cung cấp dịch vụ. Chính nhà cung cấp dịch vụ, bằng chi phí đầu tư của mình, đã tạo ra thế giới ảo mà trong đó các vật phẩm ảo được tìm thấy. Nhà cung cấp dịch vụ biết rõ ràng và kiểm soát về mọi thứ trong thế giới ảo mà họ tạo ra. Và như vậy sẽ không phù hợp nếu yêu cầu thừa nhận quyền sở hữu đối với vật phẩm ảo cho người chơi.

### 5. Kết luận

Như vậy, cả quan điểm yêu cầu thừa nhận quyền sở hữu đối với tài sản ảo và quan điểm áp dụng quyền tự do hợp đồng đều có lý lẽ riêng để bảo vệ. Và cho dù là dựa trên quan điểm nào, thì các vấn đề về quyền sở hữu và hợp đồng đều đối diện với những khó khăn trong việc điều chỉnh đối với tài sản ảo. Các phản hồi của học giả về hiện tượng này chủ yếu tập trung vào các cuộc tranh luận mang tính quy luật về việc liệu người dùng có được cấp quyền sở hữu đối với các mặt hàng ảo mà họ mua hay không, và liệu quyền tự do hợp đồng nên được giới hạn ở phía các nhà cung cấp, những người đơn phương soạn thảo các điều khoản dịch vụ

trong số các nền tảng này, bảo lưu tất cả các quyền có thể có cho chính họ<sup>42</sup>.

Những khó khăn này xảy ra là vì đối tượng của các quan hệ được đề cập, là tài sản ảo, rất khác với đối tượng tài sản truyền thống. Tài sản ảo không được xếp vào loại tài sản hữu hình hay vô hình, mà là tài sản kỹ thuật số. Chúng tồn tại theo cách “thứ cấp”, chỉ với tư cách là một phần của các nền tảng công nghệ (thế giới ảo). Khi ai đó “tặng” một vật phẩm ảo cho người khác, điều này không có nghĩa là họ chuyển giao vật phẩm ảo, mà chỉ là sự thay đổi của các mục trong cơ sở dữ liệu. Việc người chơi có thể làm được những gì đối với tài sản ảo chủ yếu vào sự cấp quyền của nhà cung cấp dịch vụ.

Việc nhà nước có cần công nhận quyền sở hữu đối với tài sản ảo hay không, hay là đây chỉ là mối quan hệ hợp đồng giữa một bên cung cấp dịch vụ và bên sử dụng dịch vụ, vẫn là vấn đề cần được nghiên cứu nghiêm túc và chuyên sâu hơn. Theo tác giả bài viết, việc sử dụng các lý thuyết truyền thống để chứng minh cho quyền sở hữu đối với tài sản ảo là chưa đầy đủ. Pháp luật hợp đồng nên được sử dụng để điều chỉnh thế giới ảo. Tính linh hoạt của quan hệ hợp đồng rất phù hợp cho sự phát triển của thế giới ảo. Các nhà cung cấp dịch vụ được tự do phát triển, thông qua các điều khoản và điều kiện sử dụng dịch vụ, có thể điều chỉnh thế giới ảo theo đúng mục tiêu đặt ra. Chính điều này sẽ tạo ra một hệ sinh thái hiệu quả trong thế giới ảo, phục vụ cho nhiều đối tượng người dùng khác nhau với những yêu cầu khác nhau đối với vật phẩm ảo ■

<sup>41</sup> ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447, 1449 (7th Cir. 1996), <https://casetext.com/case/procd-incorporated-v-zeidenberg>.

<sup>42</sup> F. Gregory Lastowka & Dan Hunter (2004), *The Laws of the Virtual Worlds*, California Law Review, 1, 92.

# HỌC THUYẾT TƯƠNG XỨNG TRONG HẠN CHẾ QUYỀN SỞ HỮU - VẬN DỤNG VÀO VIỆC GIẢI QUYẾT VẤN ĐỀ ĐỀN BÙ KHI THU HỒI ĐẤT

Nguyễn Ngọc Điện

*Viện sĩ, PGS. TS. Trường Đại học Kinh tế - Luật Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Học thuyết tương xứng, xung đột lợi ích, giới hạn quyền sở hữu, thu hồi đất, đền bù.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 15/08/2022  
Biên tập : 11/09/2022  
Duyệt bài : 14/09/2022

## Article Information:

*Keywords:* Doctrine of proportionality; conflict of interests; restriction of ownership; compulsory acquisition of land; compensation.

## Article History:

Received : 15 Aug. 2022  
Edited : 11 Sep. 2022  
Approved : 14 Sep. 2022

## 1. Tổng quan

Học thuyết tương xứng (doctrine of proportionality) được đề xướng từ thế kỷ XIX và được cho là học thuyết nền tảng mà trên đó khung pháp lý chi phối hành vi của chủ

## Tóm tắt:

Học thuyết tương xứng (doctrine of proportionality) được đề xướng từ thế kỷ XIX trên cơ sở kế thừa và phát triển các học thuyết về công lý số học và công lý hình học của các triết gia cổ đại; Học thuyết được xây dựng trong quá trình tìm kiếm giải pháp cho vấn đề làm thế nào giải quyết xung đột giữa các lợi ích trái ngược được các chủ thể khác nhau theo đuổi trong khuôn khổ thực hiện các quyền chủ thể, đặc biệt là quyền sở hữu. Liên quan đến việc thu hồi đất trong pháp luật Việt Nam, học thuyết được thể hiện thành nguyên tắc công bằng, thoả đáng trong đền bù cho người bị thiệt hại do thu hồi đất đã được khẳng định từ lâu. Trong khuôn khổ sửa đổi Luật Đất đai, cần rà soát, đánh giá chất lượng và hiệu quả của các quy định cụ thể hoá nguyên tắc này trong Luật hiện hành, từ đó suy nghĩ về việc hoàn thiện hệ thống quy định liên quan trong khuôn khổ sửa đổi Luật Đất đai.

## Abstract:

The doctrine of proportionality was developed in the nineteenth century on the basis of inheriting and developing the ancient theories of arithmetical and geometrical justice. It is held to serve as the philosophic basis for the settlement of interest conflicts between right holders. Regarding land compulsory acquisition in Vietnamese law, the doctrine is as the principles of equity and adequacy in compensation. On the occasion of revision of the Law on Land, it is necessary to review and make an assessment of the quality and effectiveness of the provisions concretizing these principles in the current law, thereby to think about the improvement the concerned regulations under the Law on Land.

thể trong khuôn khổ thực hiện các quyền con người và quyền công dân được xây dựng<sup>1</sup>. Học thuyết đặc biệt có ý nghĩa trong trường hợp cần hạn chế quyền tự do mưu cầu lợi ích chính đáng của chủ thể để bảo vệ lợi ích chính đáng

<sup>1</sup> Eric Engle (2012), *The History of General Principle of Proportionality: An Overview*, The Darmouth Law Journal, vol. X, no. 1, pp. 1-11.

của chủ thể khác trong trường hợp hai lợi ích xung đột.

Học thuyết tương xứng có nguồn gốc từ các nỗ lực xây dựng cơ sở triết học của hệ thống luật pháp được hiểu là công cụ ngăn chặn, xử lý xung đột lợi ích, bắt đầu từ thời cổ đại và được hoàn thiện không ngừng trong quá trình phát triển hoàn thiện của các nền dân chủ<sup>2</sup>.

### **1.1. Cơ sở triết học của hệ thống luật pháp được hình dung như là công cụ ngăn chặn, xử lý xung đột lợi ích**

Trật tự xã hội, công bằng xã hội: Mục tiêu khách quan cao nhất của luật là bảo đảm trật tự xã hội<sup>3</sup>, điều kiện cơ bản đối với việc sản sinh, bảo tồn và phát triển các giá trị vật chất và tinh thần. Một trật tự pháp lý chỉ được gọi là tốt một khi có khả năng gìn giữ, duy trì cấu trúc xã hội trong trạng thái hài hoà và ổn định.

Trật tự xã hội, về phần mình, là một khái niệm mà sự nhìn nhận có thể rất khác biệt, tùy theo quan điểm tiếp cận. Thế nhưng, vượt lên trên tất cả những khác biệt, nhất là những khác biệt có nguồn gốc ý thức hệ, có một trật tự phổ quát đặc trưng bởi sự thống trị của hai nguyên tắc công bằng xã hội hay, đúng hơn, của một nguyên tắc công bằng kép, được thừa nhận rộng rãi<sup>4</sup>: nguyên tắc công lý số học (arithmetic justice or commutative justice), còn gọi là bình đẳng trong quan hệ song phương; nguyên tắc công lý hình học (geometric justice or distributive justice), còn gọi là bình đẳng trong quan hệ đa phương.

**Công lý số học:** Nguyên tắc bình đẳng trong quan hệ song phương đòi hỏi sự cân đối về quyền và nghĩa vụ giữa hai bên trong giao tiếp xã hội. Tư tưởng chủ đạo là mỗi người phải được và chỉ được hưởng những lợi ích thuộc về mình. Xuất phát từ đó, mọi hoạt động trao đổi sản phẩm, dịch vụ giữa con người phải bảo đảm sự cân xứng về giá trị, sự cân xứng toán học. Một người chuyển giao cho người khác một lợi ích mà không với ý định tặng cho, thì có quyền yêu cầu người nhận lợi ích giao trả cho mình một lợi ích tương đương<sup>5</sup>; một người có hành vi gây thương tích cho một người khác phải bồi thường thiệt hại để khôi phục tình trạng thể chất của nạn nhân như trước khi bị thương; một người có hành vi trộm cắp tài sản của một người khác có nghĩa vụ giao trả tài sản cho người bị mất trộm;...

**Công lý hình học:** Nguyên tắc bình đẳng trong quan hệ đa phương đòi hỏi việc phân phối của cải, phúc lợi xã hội phải được thực hiện tùy theo mức độ xứng đáng của người thụ hưởng. Sự xứng đáng, về phần mình, được đánh giá chủ yếu dựa trên sự cống hiến của con người đối với xã hội: người lao động phải được trả lương theo giá trị của lao động cơ bắp và lao động trí tuệ; người sáng tạo một tác phẩm văn chương, khoa học, nghệ thuật xứng đáng có quyền tác giả đối với tác phẩm đó. Có trường hợp việc xác định mức độ xứng đáng không dựa vào sự cống hiến của con người mà dựa vào giá trị xã hội hoặc đạo đức mà người đó đại diện. Ví dụ, khi người cha chết không để lại

<sup>2</sup> Eric Engle (2012), *The History of General Principle of Proportionality: An Overview*, The Darmouth Law Journal, vol. X, no. 1, pp. 1-11.

<sup>3</sup> H, L & J. Mazeaud (1986), *Leçons de droit civil, Montchrestien*, Paris, vol. 1, no.1, F. Chabas, Iss. 5.

<sup>4</sup> V.C. Despotopoulos (1969), *Les concepts de juste et de justice selon Aristote*, Archives philosophie droit, Paris, p. 283. Các khái niệm công bằng xã hội được Aristote xây dựng và được nhiều người khác góp phần hoàn thiện trong quá trình phát triển của triết học luật.

<sup>5</sup> Đó cũng là triết lý của các hợp đồng song vụ như hợp đồng mua bán, trao đổi, cung ứng dịch vụ,... Người bán, người thuê dịch vụ cần tài sản, cần được phục vụ và sẵn sàng chi trả để thoả mãn nhu cầu. Người mua, người cung ứng dịch vụ chấp nhận giao tài sản, phục vụ cho người khác với điều kiện được chi trả thoả đáng.

di chúc, người con được ưu tiên gọi để nhận di sản thừa kế so với những thành viên khác của gia đình, của xã hội, bởi điều đó cần thiết cho sự kế tục và phát triển của gia đình - tế bào của xã hội.

Việc phân phối của cải, phúc lợi cho một người cũng đồng nghĩa với việc không thừa nhận của cải, phúc lợi ấy thuộc về người khác. Bình đẳng trong quan hệ đa phương, xét theo biểu hiện bề ngoài, là sự bất bình đẳng: công an xử phạt công dân vượt đèn đỏ để bảo đảm an toàn cho công dân vượt đèn xanh; nhà trường cấp học bổng cho học sinh nghèo học giỏi và không cấp học bổng học sinh giàu; người chủ doanh nghiệp dành cơ hội có việc làm cho ứng viên đáp ứng được các yêu cầu của mình và từ chối cơ hội đó đối với ứng viên không đủ điều kiện. Tình trạng bất bình đẳng ấy được lý giải bởi tính công bằng được chứa đựng bên trong nó: suy cho cùng, chính việc đối xử như nhau dành cho tất cả mọi người, bất kể tốt hay xấu, siêng năng hay lười biếng, có tài năng hay tầm thường,... mới là bất công. Nói cách khác, công bằng hình học, bình đẳng trong quan hệ đa phương, là sự bất bình đẳng chính đáng: bất bình đẳng, do có người được hưởng, người khác không được hưởng; chính đáng, bởi nó phù hợp với vị trí, điều kiện, hoàn cảnh của mỗi người thụ hưởng.

## **1.2. Học thuyết tương xứng - kế thừa học thuyết công lý số học và công lý hình học - trong xây dựng các giải pháp cho bài toán xung đột khi thực hiện quyền chủ thể**

Học thuyết tương xứng (*doctrine of*

*proportionality*) được xây dựng trong quá trình tìm kiếm giải pháp cho vấn đề làm thế nào giải quyết xung đột giữa các lợi ích trái ngược được các chủ thể khác nhau theo đuổi trong khuôn khổ thực hiện các quyền chủ thể được thừa nhận trong hiến pháp các nước<sup>6</sup>.

Trên nguyên tắc, chủ thể được hưởng tự do theo nghĩa rộng nhất, hoàn toàn nguyên sơ - muốn đi đâu thì đi; muốn làm gì thì làm; muốn lấy gì lấy. Tuy nhiên, một khi quyền tự do được thừa nhận như nhau cho tất cả chủ thể thì ngay lập tức, khi chủ thể thực hiện quyền tự do của mình trong không gian chung sẽ xuất hiện sự xung đột với chủ thể khác cũng thực hiện quyền tự do của chủ thể đó. Hai người cùng đi trên một con đường theo hướng ngược nhau tất yếu sẽ đối đầu; hai người cùng muốn chiếm giữ một khu đất tất nhiên phải tranh giành để đạt được mục tiêu. Vấn đề đặt ra là làm thế nào để ngăn chặn hoặc chấm dứt cuộc đối đầu, tranh chấp mà hai chủ thể vẫn tồn tại và chấp nhận tình hình. Đặc biệt, trong trường hợp sự đối lập về lợi ích được ghi nhận giữa một bên đại diện là chủ thể tư (*private person*) và bên kia là nhà chức trách (*public authority*) thì việc xây dựng giải pháp pháp lý cần được thực hiện theo các phương pháp thích hợp nhằm ngăn chặn việc đề ra những giải pháp có tính áp đặt, bất công đối với chủ thể tư, được cho là bên yếu thế trong quan hệ với nhà chức trách công.

Kế thừa và phát triển các học thuyết về công lý số học và công lý hình học của các triết gia cổ đại, các nhà lý luận xây dựng Học thuyết tương xứng như là cơ sở của giải pháp pháp lý nêu trên<sup>7</sup>. Theo quan điểm được thừa nhận

<sup>6</sup> Kai Moller (2012), *Proportionality: Challenging the Critics*, International Journal of Constitutional Law, vol. 4, no. 3, pp. 709-731; Matthias Klatt & Moritz Meister (2012), *Proportionality - a benefit to the human rights? Remarks on the I-CON Controversy*, International Journal of Constitutional Law, vol. 4, no. 3, pp. 687-708; E. Thomas Sullivan (2007), *The Doctrine of Proportionality in a Time of War*, Minnesota Journal of International Law, vol. 16, no. 2, pp. 457-469.

<sup>7</sup> Guy Lurie (2020), *Proportionality and the Right to Equality*, German Law Journal, vol. 21, pp. 174-196, <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/proportionality-and-the-right-to-equality/8D435CE149E705134E19EA19CC949B0F>.



## BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

rộng rãi, một giải pháp pháp lý nhằm giải quyết xung đột lợi ích, được ghi nhận dưới hình thức một hoặc một loạt các quy phạm pháp luật được Nhà nước ban hành, cần được đánh giá theo bộ tiêu chí dưới đây để xem liệu có được coi là phù hợp với nguyên tắc tương xứng.

Thứ nhất là tính chính đáng của mục tiêu mà giải pháp muốn đạt tới khi được triển khai. Theo giả thiết, có một vụ xung đột lợi ích giữa hai chủ thể. Cả hai lợi ích đều chính đáng. Việc giải quyết xung đột lợi ích phải được thực hiện như thế nào để không có lợi ích nào bị mất hoặc bị giảm sút mà không có đền bù dưới hình thức này hay hình thức khác. Mặt khác, trong trường hợp một lợi ích hiện hữu cần được xoá bỏ, dù là có đền bù thoả đáng, để nhường sân chơi cho một lợi ích khác, thì lợi ích khác đó phải tỏ ra chính đáng hơn để được nhường sân chơi. Ví dụ, chủ sở hữu một bất động sản cần thiết phải chấp nhận để Nhà nước trưng mua bất động sản của mình do việc trưng mua nhằm phục vụ cho việc triển khai xây dựng một sân bay trong khuôn khổ phát triển hệ thống giao thông công cộng bằng đường hàng không của đất nước.

Thứ hai, biện pháp hạn chế phải thích hợp để đạt được mục tiêu đề ra. Tính thích hợp của biện pháp hạn chế được đánh giá dựa vào nhiều tham số, đặc biệt là thời gian và chi phí để hiện thực hoá mục tiêu. Các yếu tố thời gian và chi phí, đến lượt mình, lại lệ thuộc vào sự chấp nhận của các bên liên quan, đặc biệt là bên chịu sự hạn chế. Ví dụ, trong trường hợp trưng mua đất để triển khai các dự án xây dựng công trình phục vụ lợi ích công cộng, việc đền bù được thực hiện theo cơ chế bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng có vai trò của toà án là hợp lý: người có đất bị trưng mua không thể so đo giữa cái mất của mình và cái được của xã hội, nhưng có quyền yêu cầu đền bù cái mất về phương diện vật chất và tinh thần; sự can thiệp

của toà án trong trường hợp các bên không đạt được thoả thuận cho phép chấm dứt tranh cãi về mức đền bù. Trái lại, trong trường hợp trưng mua đất để triển khai các dự án kinh tế, thì việc đền bù nên được thực hiện theo cơ chế đàm phán, thương lượng hoặc bằng con đường toà án hay trọng tài với sự đồng ý của hai bên: người có đất bị trưng mua có quyền so đo giữa cái mất của mình với cái được của người nhận đất (cũng là một tư nhân) và có quyền đòi hỏi sự đền bù thoả đáng.

Thứ ba, biện pháp hạn chế phải cần thiết để đạt được mục tiêu, và không có cách nào ít tốn kém hơn để đạt được mục tiêu đó. Sự cần thiết của biện pháp được nhìn nhận chủ yếu ở góc độ kinh tế. Người có thẩm quyền ra quyết định có thể có trên bàn làm việc của mình nhiều phương án để lựa chọn. Cần xem xét, đánh giá từng phương án dựa vào kết quả cân đối được và mất ở góc nhìn vĩ mô. Biện pháp được lựa chọn phải là biện pháp ít tốn kém nhất về thời gian, tiền bạc của xã hội.

Thứ tư, biện pháp hạn chế phải hợp lý, có xem xét và cân nhắc được mất về lợi ích đại diện bởi các nhóm chủ thể khác biệt. Tính hợp lý của biện pháp thể hiện ở chỗ cái được của một bên và cái mất của bên kia đều mang ý nghĩa đóng góp tích cực vào sự vun đắp thành quả chung mà toàn xã hội được thụ hưởng. Ví dụ, việc lấy đất tư nhân để mở rộng hẻm khiến diện tích đất của tư nhân bị thu hẹp, nhưng đổi lại, hẻm được mở rộng để việc đi lại được thuận tiện; việc mở rộng hẻm cũng giúp cho bất động sản ở hai bên đường hẻm có giá trị cao hơn. Vấn đề là lấy đất đến giới hạn nào thì vừa, theo nghĩa hẻm được mở rộng để các phương tiện vận chuyển lớn ra vào thuận lợi, đồng thời tư nhân vẫn còn đủ đất để sống cuộc sống bình thường. Nếu lấy đất tư quá nhiều, thì hẻm có thể rất rộng, nhưng đất tư nhân còn lại quá ít, khiến sinh hoạt thường nhật của cư dân

hêm trở nên phức tạp, khó khăn và con người không thấy thoải mái, thì không nên.

## **2. Thiết lập nguyên tắc tương xứng trong hạn chế quyền sở hữu tư nhân trong luật Việt Nam**

**Hiến định quyền sở hữu:** Quyền sở hữu tư nhân được thừa nhận trong các hiến pháp dân chủ như là một trong những quyền cốt lõi của chủ thể. Theo khoản 1 Điều 32 Hiến pháp Việt Nam năm 2013, “Mọi người có quyền sở hữu về thu nhập hợp pháp, của cải để dành, nhà ở, tư liệu sinh hoạt, tư liệu sản xuất, phần vốn góp trong doanh nghiệp hoặc trong các tổ chức kinh tế khác” trên nguyên tắc, quyền sở hữu. Khoản 2 Điều 32 Hiến pháp quy định “Quyền sở hữu tư nhân và quyền thừa kế được pháp luật bảo hộ”. Khoản 3 Điều 32 khẳng định “Trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai, Nhà nước trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của tổ chức, cá nhân theo giá thị trường”.

**Thực hiện quyền sở hữu, nguyên tắc tự do và ngoại lệ hạn chế:** Cụ thể hoá Hiến pháp, Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS) thừa nhận tại khoản 2 Điều 160: “Chủ sở hữu được thực hiện mọi hành vi theo ý chí của mình đối với tài sản nhưng không được trái với quy định của luật, gây thiệt hại hoặc làm ảnh hưởng đến lợi ích quốc gia, dân tộc, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác”.

Các quy tắc liên quan đến quyền sở hữu được ghi nhận trong Hiến pháp và BLDS thể hiện quan điểm của người làm luật, theo đó chủ sở hữu trên nguyên tắc được tự do thực hiện quyền sở hữu của mình đối với tài sản; những hạn chế đối với quyền sở hữu được thừa nhận như những ngoại lệ chỉ nhằm phục vụ lợi ích chung hoặc lợi ích chính đáng của chủ thể khác và những thiệt hại phát sinh từ việc hạn chế đó phải được đền bù theo giá thị trường, nghĩa là giá được cho là thoả đáng đối với tuyệt đại đa số. Tiêu chí “theo giá thị trường”, nghĩa là “thoả đáng”, được đặt ra thể hiện sự thừa nhận nguyên tắc tương xứng trong việc áp đặt sự hạn chế đối với quyền sở hữu tài sản của chủ thể.

## **3. Áp dụng nguyên tắc tương xứng trong xây dựng các quy định về thu hồi đất**

**Khoảng cách giữa lý thuyết và thực tiễn:** Việc bảo đảm nguyên tắc tương xứng trong đền bù cho người bị thiệt hại do có đất bị thu hồi đã được khẳng định từ khi ban hành Luật Đất đai năm 2003<sup>8</sup> và được tái khẳng định tại Luật Đất đai năm 2013<sup>9</sup>. Tuy nhiên, cho đến nay, giữa cam kết được người làm luật đưa ra và kết quả thực thi cam kết dường như vẫn còn khoảng cách quá lớn. Các vướng mắc trong đền bù khi thu hồi đất liên tục được ghi nhận ở nhiều nơi trên cả nước. Hậu quả là nhiều dự án xây dựng phục vụ lợi ích chung hoặc góp phần

<sup>8</sup> Theo khoản 2 Điều 42 Luật Đất đai năm 2003. Khoản 3 Điều 42 quy định “...Khu tái định cư được quy hoạch chung cho nhiều dự án trên cùng một địa bàn và phải có điều kiện phát triển bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ. Trường hợp không có khu tái định cư thì người bị thu hồi đất được bồi thường bằng tiền và được ưu tiên mua hoặc thuê nhà ở thuộc sở hữu của Nhà nước đối với khu vực đô thị”.

<sup>9</sup> Theo khoản 3 Điều 74 Luật Đất đai năm 2013: “Việc bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất phải bảo đảm dân chủ, khách quan, công bằng, công khai, kịp thời và đúng quy định của pháp luật”.

Ngoài ra còn có khoản 1 Điều 83: “Điều 83. Hỗ trợ khi Nhà nước thu hồi đất

1. Nguyên tắc hỗ trợ khi Nhà nước thu hồi đất:

a) Người sử dụng đất khi Nhà nước thu hồi đất ngoài việc được bồi thường theo quy định của Luật này còn được Nhà nước xem xét hỗ trợ;

b) Việc hỗ trợ phải bảo đảm khách quan, công bằng, kịp thời, công khai và đúng quy định của pháp luật”.

thúc đẩy phát triển kinh tế xã hội bị chậm trễ; ở nhiều nơi, nhiều lúc, thậm chí xảy ra xung đột xã hội, gây mất trật tự và tâm trạng bất an cho người dân.

Trong các trường hợp có vướng mắc về đền bù khi thu hồi đất, một trong những nguyên nhân chính được chỉ ra, là người có đất bị thu hồi không chấp nhận giao trả đất để nhận một số tiền đền bù được cho là không thoả đáng, rõ hơn nữa, là rất thấp so với giá trị thật của đất bị thu hồi, nghĩa là không bảo đảm nguyên tắc tương xứng.

**Khung giá đất: nhân tố cản trở tiến trình thương lượng về giá đền bù?** Một trong những nguyên nhân được cho là cơ bản của sự thất bại hoặc ít nhất là không thành công của việc thoả thuận về mức đền bù khi thu hồi đất, là việc xây dựng và áp dụng khung giá đất để xác định mức bồi thường thiệt hại cho người có đất bị thu hồi. Với khung giá đất được thiết lập thành chuẩn mực pháp lý, cơ quan chịu trách nhiệm thu hồi đất và đền bù không có nhiều dư địa trong quá trình thương lượng về giá đền bù với người dân.

Ở góc nhìn nào đó, khung giá đất có thể được nhìn nhận có tác dụng ngăn chặn sự tùy tiện trong việc ấn định mức đền bù có thể gây thiệt hại cho Nhà nước. Nhưng ở một góc nhìn khác, việc ấn định khung giá đất và dùng khung giá này để xác định mức bồi thường khi thu hồi

đất khiến cho việc đền bù bị cho là máy móc và có tính áp đặt, cưỡng bách đối với người dân. Trong khuôn khổ sửa đổi Luật Đất đai, nhiều ý kiến đề xuất bỏ khung giá đất<sup>10</sup>. *Vấn đề là một khi bỏ khung giá đất thì việc ấn định mức đền bù phải được giải quyết như thế nào để bảo đảm nguyên tắc tương xứng được thiết lập trong Hiến pháp và Luật Đất đai.*

#### **4. Bảo đảm nguyên tắc tương xứng trong thu hồi đất như thế nào trong Luật Đất đai (sửa đổi)?**

**Bảo đảm công bằng và tương đương giá trị:** Vấn đề bảo đảm nguyên tắc tương xứng trong đền bù khi thu hồi đất được đặt ra từ khi chế định thu hồi đất được xây dựng trong luật Việt Nam, như đã nêu trên. Giải pháp được liên tục hoàn thiện theo thời gian, trong quá trình hoàn thiện hệ thống pháp luật đất đai. Tuy nhiên, cho đến nay, câu chuyện đôi co, xung đột liên quan đến đền bù giải toả vẫn chưa có hồi kết. Trong khuôn khổ sửa đổi Luật Đất đai, các yêu cầu về bảo đảm sự minh bạch, cân bằng trong định giá đất và đền bù khi thu hồi đất được xác định là một trong những yêu cầu cơ bản mà Luật Đất đai (sửa đổi) phải thoả mãn<sup>11</sup>.

Vấn đề không chỉ riêng của Việt Nam. Theo một báo cáo chính thức của tổ chức Lương thực và Nông nghiệp của Liên hiệp quốc (FAO)<sup>12</sup>, thi giải toả đất đai là một hoạt động nhà nước

<sup>10</sup> Xem, <https://laodong.vn/bat-dong-san/bo-khung-gia-dat-thao-go-nhieu-vuong-mac-ve-dat-dai-1074688.ldo>; <https://vnexpress.net/bo-khung-gia-dat-se-thuc-day-tien-do-du-an-4494723.html> (truy cập ngày 07/8/2022).

<sup>11</sup> <https://nhadat.tuoitre.vn/nguyen-tac-can-bang-cua-luat-dat-dai-moi-20220808000250352.htm> (truy cập ngày 08/8/2022); <https://vnexpress.net/can-co-che-minh-bach-de-dinh-gia-dat-sat-thi-truong-4496173.html> (truy cập ngày 08/8/2022).

<sup>12</sup> FAO (2009), *Compulsory Acquisition of Land and Compensation*, Rome, [https://namati.org/wp-content/uploads/2012/01/Compulsory-acquisition-of-land-and-compensation\\_FAO.pdf](https://namati.org/wp-content/uploads/2012/01/Compulsory-acquisition-of-land-and-compensation_FAO.pdf); J.M. Lindsay, *Compulsory Acquisition of Land and Compensation in Infrastructure Projects*, <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Compulsory%20Acquisition%20of%20Land%20and%20Compensation%20in%20Infrastructure%20Projects.pdf>.

rất dễ bị lạm dụng và do đó, dễ tạo ra bức xúc ở những người bị chèn ép, dẫn đến xung đột xã hội và rối ren. Trên cơ sở đúc kết kinh nghiệm thu thập từ thực tiễn của các nước, FAO đưa ra một số khuyến cáo được cho là hữu ích đối với nhà chức trách công trong việc hoàn thiện chính sách và bộ quy tắc ứng xử trong quan hệ giải toả đất đai và đền bù. Đặc biệt, liên quan đến việc xác định mức bồi thường, FAO nhấn mạnh sự tôn trọng các nguyên tắc công bằng (Equity) và tương đương giá trị (Equivalence) giữa được và mất của người được bồi thường<sup>13</sup>. Có thể cân nhắc vận dụng các kinh nghiệm này trong quá trình hoàn thiện dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi).

#### **4.1. Tạo thế bình đẳng giữa các bên trong thương lượng**

Trên nguyên tắc, việc giải toả đất đai chỉ được thực hiện trong trường hợp cần triển khai một dự án xây dựng phục vụ lợi ích chung. Nhưng chính khái niệm lợi ích chung lại có nguy cơ bị các nhóm lợi ích tìm cách xây dựng theo ý mình, phục vụ cho riêng mình. Nguy cơ này thường xuất hiện trong trường hợp cần có mặt bằng để thực hiện một dự án kinh doanh, chẳng hạn, xây dựng một khu đô thị mới, khu công nghiệp, sân golf. Lợi ích riêng của nhà đầu tư thường được lồng trong lợi ích kinh tế của cả vùng, cả địa phương, thể hiện thành những chỉ tiêu tăng trưởng dự kiến, dễ tạo ấn tượng tốt đối với công chúng về ý nghĩa, tác dụng tích cực của dự án.

Trong khi đó, dù việc giải toả có nhằm phục vụ lợi ích chung lớn đến cỡ nào đi nữa, thì cũng không thể phủ nhận một thực tế; theo đó, sẽ có những người dân do giải toả mà phải

chịu mất nhà cửa, đất đai và cả phương tiện, điều kiện sinh sống quen thuộc. Nếu coi những mất mát ấy là sự đánh đổi đối với những lợi ích mà dự án sẽ mang lại cho xã hội, thì việc đánh đổi chỉ tỏ ra hợp lý và chấp nhận được một khi có đủ hai điều kiện: thứ nhất, lợi ích mang lại phải lớn hơn nhiều so với lợi ích mất đi; thứ hai, người có lợi ích mất đi phải được đền bù thoả đáng.

Nhà đầu tư, theo giả thiết, là người có sức mạnh kinh tế. Họ có thừa khả năng thuê chuyên gia giỏi để lập dự án khả thi dựa trên các luận cứ có tính khoa học và tính thuyết phục cao, đặc biệt để chứng minh, làm rõ các lợi ích mà dự án có thể mang lại cả về mặt định tính lẫn định lượng. Bởi vậy, vấn đề còn lại là làm rõ tham số lớn thứ hai của bài toán giải toả: lợi ích mất đi do thực hiện dự án.

Muốn xác định lợi ích mất đi, việc phải làm trước hết là xác định các chủ thể trực tiếp chịu tác động bất lợi của dự án. Ở điểm này, luật pháp phải tỏ ra mềm dẻo: người làm luật không nên cố gắng lập một danh sách thật chi tiết những loại người có quyền yêu cầu đền bù, bởi thông thường, chẳng người làm luật nào có tầm nhìn đủ bao quát trong không gian và thời gian để bảo đảm không bỏ sót người bị thiệt hại. Tốt nhất là đề ra quy định mở, theo đó bất kỳ người nào tự nhận thấy có những lợi ích của riêng mình sẽ bị hy sinh một khi dự án được thực hiện, đều có quyền yêu cầu bồi thường<sup>14</sup>.

Cũng vậy, các lợi ích có thể được đền bù không nên được liệt kê trong một danh sách đóng. Trên thực tế, người dân vùng giải toả không chỉ buộc phải bán đất và các tài sản gắn

<sup>13</sup> Báo cáo đã dẫn của FAO, tr. 23-24.

<sup>14</sup> Trong Luật hiện hành, chỉ có người có đất bị thu hồi và người có tài sản gắn liền với đất bị thu hồi mới có quyền yêu cầu bồi thường, hỗ trợ. Điều 74 và Điều 88 Luật Đất đai.



liền với đất; việc giải toả còn khiến họ phải rời bỏ nơi ăn chốn ở, với các phương tiện sinh sống, điều kiện, hoàn cảnh sống đã quen. Nhiều thứ có thể bị đánh mất từ đó, có ý nghĩa vật chất hoặc tinh thần hoặc cả hai. Ở một số nước, như Anh, Úc, bên cạnh các thiệt hại liên quan đến tài sản hữu hình, luật còn ghi nhận những thiệt hại gắn với tính chất không tự nguyện của cuộc chuyển giao tài sản mà người dân vùng giải toả phải gánh chịu, chẳng hạn sự tổn thương về tinh cảm của người nông dân mất trang trại, của thương nhân mất cửa hàng.

Đáng nói nữa là trong đại đa số trường hợp, nhà đầu tư thường chọn những vùng có trình độ phát triển chưa cao so với các vùng lân cận để triển khai dự án, do chi phí đền bù thấp. Ở những vùng như thế, cư dân thường chỉ đạt mức xếp hạng từ trung bình trở xuống về nhiều phương diện: học vấn, kỹ năng chuyên môn, kỹ năng giao tiếp,... Trong thương lượng với nhà đầu tư lăm le của và đầy kinh nghiệm, họ hoàn toàn yếu thế. Liên quan đến việc xác định mức bồi thường, họ không có đủ thông tin về giá đất, giá tài sản theo thị trường, cũng không có được tầm nhìn cho phép hình dung một cách bao quát những tổn thất về vật chất, tinh thần mà mình phải chịu, để từ đó đưa ra những yêu cầu hợp lý về đền bù mà nhà đầu tư phải đáp ứng. Khả năng họ bị lợi dụng, bị áp đặt, xử ép là rất lớn.

Bởi vậy, ở các nước, nhà chức trách đặt ra hành lang tạo điều kiện cho người bị lấy đất dễ dàng tiếp cận các dịch vụ trợ giúp như tư vấn pháp lý, tư vấn giá,... để có được các công cụ cần thiết nhằm bảo vệ các quyền lợi chính đáng của mình trong quá trình thương lượng với cơ quan phụ trách giải toả và nhà đầu tư về việc định tính và định lượng thiệt hại, rồi yêu cầu đền bù. Các dịch vụ ấy phải vừa rẻ, vừa có chất lượng, nghĩa là phải được nhà nước trợ giá để

phục vụ cho người cần được bảo vệ nhưng lại không có khả năng chi trả cao.

Cũng có nơi, nhà nước không trợ giá dịch vụ tư vấn cho người bị lấy đất, nhưng cho phép người này mời chuyên gia giỏi và có uy tín hỗ trợ cho mình để có thể đàm phán một cách sòng phẳng trong tư thế không thua kém so với nhà đầu tư và cơ quan phụ trách giải toả. Giá dịch vụ sau đó được cộng vào giá đền bù để trả lại cho họ.

### 4.2. Giải bài toán đền bù thoả đáng như thế nào?

Xác định mức đền bù và hình thức đền bù được cho là vấn đề then chốt, mang tính quyết định đối với sự thành công hay thất bại của một kế hoạch giải toả đất đai. Giải quyết tốt vấn đề này, nghĩa là việc đền bù được thoả đáng, thì giảm thiểu được bức xúc, bất mãn ở người dân và việc giải toả có thể được thực hiện suôn sẻ.

Đối với các tài sản hữu hình, mức đền bù hợp lý nhất phải sát với giá thị trường. Thực ra, trong điều kiện thị trường bất động sản lạnh mạnh và vận hành ổn định, thì việc thu thập thông tin cần thiết dùng làm cơ sở định giá không phải là việc khó. Vấn đề là đối với cùng một miếng đất, giá thị trường có thể được xác định rất khác biệt một khi công dụng của đất thay đổi: đất nông nghiệp thường có giá thấp hơn nhiều so với đất ở, đất xây dựng doanh nghiệp.

Ở nhiều nước, luật pháp cho phép việc định giá được thực hiện không phải dựa vào công dụng hiện hữu lúc tiến hành giải toả mà dựa vào công dụng tương lai, thậm chí công dụng khả dĩ làm cho đất có giá trị kinh tế cao nhất. Tinh hướng giá định được đặt ra là chính người dân đang sinh sống trong vùng, chứ không phải nhà đầu tư, triển khai dự án cải tạo vùng đất; chẳng hạn, người nông dân được phép cải tạo miếng đất ruộng của mình thành khu đô thị.

Việc cải tạo theo công dụng mới làm cho đất có giá trị kinh tế tăng lên. Lấy giá trị kinh tế của đất đã được cải tạo trừ đi các chi phí đầu tư trong khuôn khổ thực hiện dự án, người ta có được giá trị kinh tế tương ứng với công dụng mới của đất. Giá trị này phải được chia sẻ hợp lý giữa nhà đầu tư và người nông dân khi đất bị lấy để thực hiện dự án và sự chia sẻ được thể hiện trong giá đền bù<sup>15</sup>.

Các tài sản gắn liền với đất cũng có thể được xác định theo giá thị trường hoặc dựa theo các tính toán chi phí cần thiết để tạo lập tài sản thay thế. Ví dụ, người ta tự hỏi để xây lại một căn nhà giống hệt như căn nhà bị dỡ bỏ thì cần bao nhiêu tiền. Trả lời câu hỏi đó, người ta đồng thời xác định số tiền cần đền bù liên quan đến nhà.

Việc đền bù cũng phải được cân nhắc thực hiện cả đối với những tài sản được tạo lập không đúng luật (nhà xây dựng không có giấy phép hoặc xây dựng không đúng theo giấy phép, chẳng hạn) sau khi đã trừ các chi phí mà người có tài sản phải trả trong khuôn khổ chấp hành biện pháp chế tài theo pháp luật đối với việc tạo lập tài sản trái quy định.

Và tất nhiên, như đã trình bày, các chi phí cần thiết cho việc di dời và những tổn thất khác về vật chất, cũng như về tinh thần do việc từ bỏ nơi sinh sống và nếp sống đã quen cũng phải được tính toán hợp lý, để bảo đảm cho người ra đi không ở trong tình trạng phải chiến đấu không cân sức chống lại những rủi ro, hiểm họa trên đường làm lại cơ nghiệp từ đầu.

Cơ quan phụ trách giải toả có thể đưa ra đề nghị về mức đền bù và chủ động thương lượng với từng người, từng hộ gia đình. Trong trường hợp không có được tiếng nói chung, thì vụ việc có thể được đưa ra toà án hoặc một uỷ ban độc lập để phân xử. Uỷ ban độc lập có thể bao gồm

các chuyên gia về định giá tài sản, được thành lập theo thể thức thành lập hội đồng trọng tài: mỗi bên tranh chấp cử ra một trọng tài viên của mình, các trọng tài viên của các bên ngồi lại để chỉ định thêm trọng tài thứ ba.

Sau khi giá đền bù được xác định, thì còn lại vấn đề hình thức, thể thức chi trả. Có ba phương án để lựa chọn; trả tiền mặt, trả bằng hiện vật trong khuôn khổ tái định cư hoặc trả một phần bằng tiền và một phần bằng hiện vật. Kinh nghiệm các nước cho thấy việc trả toàn bộ giá đền bù bằng tiền mặt không phải là biện pháp tốt, bởi trong hầu hết trường hợp, người được đền bù không có thói quen nắm giữ và không có kinh nghiệm quản lý một số tiền quá lớn: họ thường tiêu pha tiền của vào những chuyện vô bổ, thậm chí nguy hiểm, rồi nhanh chóng lâm vào cảnh khốn khó do hết tiền, không còn tài sản, không nghề nghiệp, trở thành gánh nặng, thậm chí vấp nạn xã hội.

Bởi vậy, các nhà chức trách thường đòi hỏi cơ quan phụ trách giải toả cân nhắc nghiêm túc giữa các phương thức đền bù bằng tái định cư hoặc kết hợp tái định cư và trả tiền mặt. Đặc biệt, trong trường hợp giải toả đất nông nghiệp, thì kế hoạch tái định cư khả thi được luật pháp nhiều nước coi là một phần bắt buộc của dự án: người nông dân thường gặp rất nhiều khó khăn nếu phải thay đổi phương thức sinh sống, làm ăn; họ cần được bảo đảm tiếp tục sống trong những điều kiện đã quen.

Ở một số nước, khi cần lấy một vùng đất nông nghiệp, người ta quy hoạch hẳn một vùng đất khác có điều kiện sống, canh tác tương tự và đề nghị cả cộng đồng dân cư di dời đến đó. Việc không hề đơn giản, nhưng không phải không làm được; điều quan trọng là nhà chức trách thật sự tận tâm và có trách nhiệm đối với từng số phận cụ thể trong cuộc đời ngoài ý muốn ■

<sup>15</sup> Báo cáo của FAO đã dẫn, tr. 28.

# VẤN ĐỀ AN TOÀN THÔNG TIN VÀ AN NINH MẠNG TRONG GIAO DỊCH ĐIỆN TỬ

**Nguyễn Mai Bộ**

*TS. Tổng cục Chính trị Quân đội nhân dân*

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* An toàn thông tin mạng, an ninh mạng, giao dịch điện tử.

### Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 30/08/2022

Biên tập : 18/09/2022

Duyệt bài : 19/09/2022

### Article Infomation:

*Keywords:* Network information security; network security; electronic transactions.

### Article History:

Received : 30 Aug. 2022

Edited : 18 Sep. 2022

Approved : 19 Sep. 2022

### Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả kiến nghị sửa đổi nội dung ở một số điều khoản trong Dự thảo Luật Giao dịch điện tử (*sửa đổi*) nhằm hoàn thiện các quy định về an toàn thông tin mạng và an ninh mạng trong giao dịch điện tử, bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật Việt Nam.

### Abstract:

Within the scope of this article, the author provides recommendations for amendments of the provisions under a number of articles in the draft Law on Electronic Transactions (amended) in order to improve regulations on network information safety and network security in electronic transactions, to ensure the consistency of the Vietnamese legal system.

## 1. An toàn thông tin mạng và an ninh mạng trong giao dịch điện tử

Vấn đề an toàn thông tin mạng và an ninh mạng trong giao dịch điện tử xuất phát từ bản chất của “giao dịch điện tử là giao dịch được thực hiện bằng phương tiện điện tử”<sup>1</sup> trên môi trường điện tử (là: môi trường mạng theo Luật Công nghệ thông tin; mạng theo

Luật An toàn thông tin mạng; và là không gian mạng theo Luật An ninh mạng). Trong đó, một trong những đối tượng tác động của Luật Giao dịch điện tử là “thông điệp dữ liệu” và “Thông điệp dữ liệu là thông tin được tạo ra, được gửi đi, được nhận và được lưu trữ bằng phương tiện điện tử”<sup>2</sup>. Theo quy định tại Luật Công nghệ thông tin, thì chỉ có khái niệm “Thông tin số là thông tin được tạo lập

<sup>1</sup> Xem: Khoản 1 Điều 2 Dự thảo Luật Giao dịch điện tử (*sửa đổi*) - Dự thảo.

<sup>2</sup> Xem: Khoản 3 Điều 2 Dự thảo.

bằng phương pháp dùng tín hiệu số”<sup>3</sup>. Trong Luật An toàn thông tin mạng có khái niệm “Hệ thống thông tin là tập hợp phần cứng, phần mềm, và cơ sở dữ liệu được thiết lập phục vụ mục đích tạo lập, cung cấp, truyền đưa, thu thập, xử lý, lưu trữ và trao đổi thông tin trên mạng (và mạng công nghệ thông tin là tập hợp các phương pháp khoa học, công nghệ và công cụ kỹ thuật hiện đại để sản xuất, truyền đưa, thu thập, xử lý, lưu trữ và trao đổi thông tin số)<sup>4</sup>. Như vậy:

- Theo Dự thảo Luật Giao dịch điện tử (sửa đổi) thì Luật Giao dịch điện tử điều chỉnh: (1) Giao dịch điện tử; (2) Thành phần cơ bản của giao dịch điện tử (Thông điệp dữ liệu; Dịch vụ tin cậy như chữ ký điện tử, dịch vụ tin cậy như dịch vụ cấp dấu thời gian, dịch vụ chứng thực thông điệp dữ liệu và dịch vụ chữ ký số công cộng; Hệ thống thông tin phục vụ giao dịch điện tử; An toàn thông tin mạng và An ninh mạng trong giao dịch điện tử); (3) Biện pháp bảo đảm và chính sách thúc đẩy giao dịch điện tử.

- Luật An toàn thông tin mạng điều chỉnh hoạt động an toàn thông tin mạng, là hoạt động bảo vệ thông tin và hệ thống thông tin trên mạng tránh bị truy cập, sử dụng, tiết lộ, gián đoạn, sửa đổi hoặc phá hoại nhằm bảo đảm tính nguyên vẹn, tính bảo mật và tính khả dụng của thông tin (trừ hệ thống thông tin quan trọng về an ninh quốc gia do Luật An ninh mạng điều chỉnh).

- Luật Công nghệ thông tin điều chỉnh hoạt động ứng dụng, các biện pháp bảo đảm ứng dụng công nghệ thông tin (với nghĩa công nghệ thông tin là tập hợp các phương pháp khoa học, công nghệ và công cụ kỹ thuật hiện đại để sản xuất, truyền đưa, thu thập, xử lý, lưu trữ và trao đổi thông tin số)..

Vì vậy, vấn đề an toàn thông tin mạng và an ninh mạng trong giao dịch điện tử chỉ nên quy định trong Luật Giao dịch điện tử theo phương pháp viện dẫn Luật Công nghệ thông tin, Luật An toàn thông tin mạng và Luật An ninh mạng.

*Vấn đề an toàn thông tin mạng và an ninh mạng trong giao dịch điện tử được quy định tại Chương VII Dự thảo Luật Giao dịch điện tử (sửa đổi). Theo đó:*

- Điều 53 “Bảo đảm an toàn thông tin mạng và an ninh mạng” Dự thảo quy định: “*Cơ quan, tổ chức, cá nhân tuân thủ quy định của pháp luật về an toàn thông tin mạng và an ninh mạng khi tiến hành các giao dịch điện tử*”. Tác giả cho rằng, nội dung quy định nêu trên mới chỉ là nghĩa vụ của của cơ quan, tổ chức, cá nhân trong việc tuân thủ quy định của pháp luật về an toàn thông tin mạng và an ninh mạng khi tiến hành các giao dịch điện tử mang tính thụ động mà chưa thể hiện được quyền chủ động của các cơ quan quản lý nhà nước trong việc bảo đảm an toàn thông tin mạng và an ninh mạng. Mặt khác, theo quy định tại khoản 4 Điều 3 “Giải thích từ ngữ” của Dự thảo, thì một trong những đối tượng

<sup>3</sup> Xem: Khoản 2 Điều 4 Luật Công nghệ thông tin.

<sup>4</sup> Xem: Khoản 2 Điều 3 Luật An toàn thông tin mạng và khoản 2 Điều 4 Luật Công nghệ thông tin.



## BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

tác động của Luật này là phương tiện điện tử (là phần cứng, phần mềm... hoặc phương tiện điện tử khác hoạt động dựa trên công nghệ thông tin, công nghệ điện, điện tử, kỹ thuật số, từ tính, tuyến dẫn, quan học, điện tử hoặc công nghệ khác tương tự). Và việc bảo đảm an toàn phần cứng, phần mềm... hoặc phương tiện điện tử khác hoạt động dựa trên công nghệ thông tin... lại được thực hiện theo Luật Công nghệ thông tin. Do vậy, cần sửa đổi theo hướng quy định việc bảo đảm an toàn thông tin trong giao dịch điện tử không chỉ được thực hiện theo quy định của Luật An toàn thông tin mạng và Luật An ninh mạng mà còn được thực hiện theo quy định của Luật Công nghệ thông tin.

Từ những lý do trên, tác giả kiến nghị sửa đổi Điều 53 Dự thảo như sau:

### **“Điều... Bảo đảm an toàn mạng, an toàn thông tin mạng và an ninh mạng trong giao dịch điện tử**

1. Việc bảo đảm an toàn mạng, an toàn thông tin mạng và an ninh mạng trong giao dịch điện tử được thực hiện theo quy định của Luật Công nghệ thông tin, Luật An toàn thông tin mạng và Luật An ninh mạng.

2. Cơ quan, tổ chức, cá nhân tuân thủ quy định của pháp luật về an toàn mạng, an toàn thông tin mạng và an ninh mạng khi tiến hành các giao dịch điện tử”.

Đồng thời, nghiên cứu (nếu có thể được), thì gộp nội dung quy định tại Điều 53 vào Điều 52 “Biện pháp bảo vệ giao dịch điện tử”, hoặc

chỉ giữ lại khoản 1 Điều 53 (mà tác giả đã kiến nghị sửa đổi) và chuyển lên thành một khoản của Điều 4 “Nguyên tắc chung tiến hành giao dịch điện tử”.

- Điều 54 “Bảo vệ thông điệp dữ liệu” của Dự thảo quy định:

“1. Thông điệp dữ liệu được phân loại và bảo đảm an toàn thông tin mạng dựa trên mức độ quan trọng.

2. Thông điệp dữ liệu thuộc phạm vi bí mật nhà nước tuân thủ quy định của pháp luật về bảo vệ bí mật nhà nước và cơ yếu.

3. Trách nhiệm của của Bộ Thông tin và Truyền thông:

a) Phối hợp với các bộ, cơ quan Trung ương và các địa phương xây dựng, ban hành hoặc trình cấp có thẩm quyền ban hành và tổ chức thực hiện văn bản quy phạm pháp luật, tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật về bảo đảm an toàn thông điệp dữ liệu;

b) Tổ chức đánh giá rủi ro, giám sát và cảnh báo sớm về an toàn thông điệp dữ liệu;

c) Điều phối quốc gia công tác ứng cứu khẩn cấp sự cố mất an toàn thông tin mạng đối với thông điệp dữ liệu.

4. Trách nhiệm của cơ quan nhà nước:

a) Phân loại, xác định danh mục thông điệp dữ liệu theo mức độ quan trọng và thực hiện các biện pháp bảo đảm an toàn thông điệp dữ liệu theo quy định;

b) Trong trường hợp ủy thác cho doanh nghiệp xây dựng và vận hành hệ thống lưu trữ và xử lý thông điệp dữ liệu, cơ quan nhà nước chịu trách nhiệm giám sát bên được ủy thác thực hiện các nghĩa vụ bảo đảm an toàn thông điệp dữ liệu.

### 5. Trách nhiệm của bên xử lý dữ liệu:

a) Thiết lập hệ thống bảo đảm an toàn thông điệp dữ liệu toàn trình, áp dụng các biện pháp kỹ thuật bảo đảm an toàn thông điệp dữ liệu theo quy định;

b) Thông báo kịp thời cho người dùng về sự cố mất an toàn thông điệp dữ liệu và báo cáo Bộ Thông tin và Truyền thông theo quy định;

c) Tuân thủ quy định của pháp luật về xử lý dữ liệu, chỉ định người phụ trách bảo đảm an toàn thông điệp dữ liệu và thiết lập bộ phận chịu trách nhiệm bảo đảm an toàn thông điệp dữ liệu”.

Tác giả cho rằng quy định tại khoản 1 và khoản 2: “Thông điệp dữ liệu được phân loại và bảo đảm an toàn thông tin mạng dựa trên mức độ quan trọng. Thông điệp dữ liệu thuộc phạm vi bí mật nhà nước tuân thủ quy định của pháp luật về bảo vệ bí mật nhà nước và cơ yếu” có một số bất cập sau:

Thứ nhất, việc phân loại thông điệp dữ liệu thực chất là phân loại thông tin. Theo quy định tại Điều 9 “Phân loại thông tin” và Điều 21 “Phân loại theo cấp độ an toàn hệ thống thông tin” của Luật An toàn thông tin mạng, thì về cơ bản việc phân loại thông tin được thực hiện theo thuộc tính “bí mật để có biện pháp bảo

vệ phù hợp” và phân loại cấp độ an toàn hệ thống thông tin là việc xác định cấp độ an toàn theo cấp độ từ 1 đến 5 để áp dụng biện pháp kỹ thuật quản lý và kỹ thuật nhằm bảo vệ hệ thống thông tin phù hợp theo cấp độ. Như vậy, việc Dự thảo quy định “Thông điệp dữ liệu được phân loại và bảo đảm an toàn thông tin mạng dựa trên mức độ quan trọng” là không đồng bộ với quy định của Luật An toàn thông tin mạng. Tiêu chí phân loại thông điệp dữ liệu “...dựa trên mức độ quan trọng” là không chính xác, vì một thông điệp dữ liệu cụ thể có thể là quan trọng đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân này nhưng lại không quan trọng đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân khác. Mặt khác, “thông điệp dữ liệu” là một trong những thành phần cơ bản của giao dịch điện tử. Do vậy, việc phân loại thông điệp dữ liệu với nghĩa là phân loại thông tin trong hệ thống thông tin đã được thực hiện theo quy định của Luật An toàn thông tin mạng. Đồng thời, “thông điệp dữ liệu” đã là đối tượng được bảo vệ theo quy định của Luật Công nghệ thông tin, Luật An toàn thông tin mạng, Luật An ninh mạng và cũng đã được quy định tại Điều 53 Dự thảo. Cho nên, về kỹ thuật lập pháp, đề nghị nghiên cứu sự cần thiết quy định tại khoản 1 Điều 54 Dự thảo trong mối tương quan với quy định đã có tại Điều 53 Dự thảo.

Thứ hai, quy định thông điệp dữ liệu thuộc phạm vi bí mật nhà nước tuân thủ quy định của pháp luật về bảo vệ bí mật nhà nước và cơ yếu là chưa thật chính xác. Bởi lẽ, giao dịch điện tử là giao dịch được thực hiện bằng phương tiện điện tử, trong đó thông điệp dữ

## BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

liệu được tạo ra, được gửi đi, được nhận và được lưu trữ bằng phương tiện điện tử. Theo quy định của Luật Bảo vệ bí mật nhà nước thì thông tin thuộc phạm vi bí mật nhà nước được phân loại và bảo vệ theo quy định của pháp luật bảo vệ bí mật nhà nước. Việc bảo vệ bí mật nhà nước được thực hiện theo nguyên tắc nghiêm cấm: “*Truyền đưa bí mật nhà nước trên phương tiện thông tin, viễn thông trái với quy định của pháp luật về cơ yếu; Đăng tải, phát tán bí mật nhà nước trên phương tiện thông tin đại chúng, mạng Internet, mạng máy tính và mạng viễn thông*”<sup>5</sup>. Đặt giả sử là trong thông điệp dữ liệu giao dịch điện tử có nội dung thuộc phạm vi bí mật nhà nước, thì việc đăng tải, phát tán bí mật nhà nước trên phương tiện thông tin đại chúng, mạng Internet, mạng máy tính và mạng viễn thông đã là hành vi bị nghiêm cấm.

Còn việc truyền đưa bí mật nhà nước trên phương tiện thông tin, viễn thông trái với quy định của pháp luật về cơ yếu. Theo đó, việc truyền thông tin bí mật nhà nước qua các phương tiện thông tin, viễn thông phải mã hóa bằng mật mã của cơ yếu. Do vậy, tác giả kiến nghị Cơ quan soạn thảo nghiên cứu quy định tại khoản 2 Điều 54 Dự thảo vì không thuộc nội hàm của Chương “An toàn thông tin và an ninh mạng trong giao dịch điện tử”. Nếu thực sự là cần thiết thì phải có quy định về bảo vệ bí mật nhà nước đối với “thông điệp dữ liệu trong giao dịch điện tử, thì chỉ nên quy định

theo phương pháp viện dẫn “...*được thực hiện theo pháp luật về bảo vệ bí mật nhà nước*”.

+ Khoản 3 và khoản 4 quy định về trách nhiệm của Bộ Thông tin và Truyền thông và trách nhiệm của cơ quan nhà nước trong việc quản lý “thông điệp dữ liệu”. Xuất phát từ quan điểm “*Thông điệp dữ liệu là thông tin được tạo ra, được gửi đi, được nhận và được lưu trữ bằng phương tiện điện tử*”<sup>6</sup> và vấn đề được nêu tại khoản 3 và 4 Điều 54 Dự thảo được đề cập trên phương diện (và thuộc nội hàm của chương) an toàn thông tin và an ninh mạng trong giao dịch điện tử, thì nội dung quy định về trách nhiệm của Bộ Thông tin và Truyền thông tại khoản 3 và 4 Điều 54 Dự thảo chính là trách nhiệm của: Bộ Thông tin và Truyền thông, được quy định tại Điều 14 và khoản 2 Điều 52 Luật An toàn thông tin mạng; Bộ, ngành khác được quy định tại các khoản từ khoản 3 đến khoản 11 Luật An toàn thông tin mạng.

Mặt khác, về trách nhiệm của cơ quan nhà nước trong việc “*Phân loại, xác định danh mục thông điệp dữ liệu theo mức độ quan trọng và thực hiện các biện pháp bảo đảm an toàn thông điệp dữ liệu theo quy định*”, thì tiêu chí phân loại thông điệp dữ liệu “...*dựa trên mức độ quan trọng*” là không chính xác.

+ Về quy định tại khoản 5 “Trách nhiệm xử lý dữ liệu”, thì:

Khoản 11 Điều 3 Dự thảo quy định “*Dữ liệu là thông tin dưới dạng ký hiệu, chữ viết, chữ số, hình ảnh, âm thanh hoặc dạng tương tự*”

<sup>5</sup> Xem: Điều 5 và Điều 8 Luật Bảo vệ bí mật nhà nước năm 2018.

<sup>6</sup> Xem: Khoản 3 Điều 2 Dự thảo.

và khoản 2 Điều 1 Dự thảo quy định “*Luật này không quy định về nội dung của giao dịch*”. Cho nên “*dữ liệu*” cần được hiểu theo nghĩa là bộ phận “*cấu trúc*” của “*Thông điệp dữ liệu*” và việc bảo đảm an toàn dữ liệu cũng là một bộ phận của việc bảo đảm an toàn thông điệp giữ liệu. Cho nên, cần nghiên cứu về sự cần thiết phải có quy định này hay không khi đã sửa đổi Điều 52 như tác giả đề xuất.

Mặt khác, về ngôn ngữ thì khoản 15 Điều 3 của Dự thảo quy định “*Xử lý dữ liệu là một hoặc nhiều hành động tác động tới dữ liệu hoặc thông điệp dữ liệu như thu thập, ghi, phân tích, lưu trữ, chỉnh sửa, truy cập, truy xuất, thu hồi, mã hóa, giải mã, sao chép, chia sẻ, truyền đưa, chuyển giao, xóa, hủy dữ liệu hoặc các hành động khác có liên quan*”. Do vậy, các nội dung quy định tại khoản 5 Điều này chưa bao hàm hết trách nhiệm “*của bên xử lý dữ liệu*” đối với các hoạt động xử lý dữ liệu quy định tại khoản 15 Điều 3 của Dự thảo.

## **2. Một số nội dung khác của Dự thảo**

- *Thứ nhất*, đề nghị giải thích lại từ “*xử lý dữ liệu*” - khoản 15 Điều 3 Dự thảo. Bởi lẽ, với giải thích tại khoản 11 Điều 3 Dự thảo “*Dữ liệu là thông tin dưới dạng ký hiệu, chữ viết, chữ số, hình ảnh, âm thanh hoặc dạng tương tự*” thì “*xử lý dữ liệu*” chỉ là những tác động tới thông tin dưới dạng ký hiệu, chữ viết, chữ số, hình ảnh, âm thanh hoặc dạng tương tự. Nếu vẫn cần thiết giữ lại nội dung giải thích “*...là một hoặc nhiều hành động tác động tới dữ liệu hoặc thông điệp dữ liệu như thu thập, ghi, phân tích, lưu trữ, chỉnh sửa, truy cập, truy xuất, thu hồi, mã hóa, giải mã, sao chép, chia sẻ, truyền*

*đưa, chuyển giao, xóa, hủy dữ liệu hoặc các hành động khác có liên quan*”, thì cần phải thay từ được giải thích “*xử lý dữ liệu*” bằng một từ khác.

- *Thứ hai*, chuyển nội dung tại điểm a khoản 3 Điều 54 lên Điều 6 Dự thảo “*Nội dung quản lý nhà nước về giao dịch điện tử*” (nếu việc giữ lại nội dung điểm a khoản 3 Điều 54 Dự thảo là cần thiết); đồng thời, bổ sung nội dung quản lý an ninh mạng vào khoản 6 Điều 6 Dự thảo.

- *Thứ ba*, cần chỉ rõ “*theo quy định của pháp luật*” nào ở tất cả các điều luật có cụm từ này, như khoản 2 Điều 10, điểm a khoản 3 Điều 14, khoản 2 Điều 23, khoản 1 Điều 28, khoản 2 Điều 34 Dự thảo...

- *Thứ tư*, (nếu cần thiết giữ lại nội dung khoản 3 và 4 Điều 54) thì chuyển các nội dung đó về Điều 7 Dự thảo “*Trách nhiệm quản lý nhà nước về hoạt động giao dịch điện tử*”.

- *Thứ năm*, nghiên cứu sửa đổi tên và nội dung Điều 13 Dự thảo “*Thông điệp dữ liệu có giá trị làm chứng cứ*” để chỉ rõ đây là chứng cứ giao dịch điện tử, để phân biệt với chứng cứ trong tố tụng dân sự, tố tụng hình sự.

- *Thứ sáu*, khoản 18 Điều 3 Dự thảo sử dụng từ “*Nền tảng số*” và giải thích là “*hệ thống thông tin tạo môi trường mạng...*”. Tuy nhiên, khoản 17 Điều này lại sử dụng từ “*Môi trường điện tử*” là chưa đồng bộ về mặt ngôn ngữ. Mặt khác, tại Chương VI “*Hệ thống thông tin phục vụ giao dịch điện tử*” lại không sử dụng từ “*Nền tảng số*” mà dùng “*hệ thống thông tin*” cho thấy sự không cần thiết phải giải thích từ “*Nền tảng số*” ■



# MỞ RỘNG PHẠM VI HOẠT ĐỘNG CỦA LUẬT SƯ HÀNH NGHỀ VỚI TƯ CÁCH CÁ NHÂN Ở VIỆT NAM

Vũ Thế Hoài\*

Hồ Trần Hưng\*\*

Quách Thị Ngọc Thiện\*\*\*

\*TS. Giảng viên chính - Phó Trưởng khoa Luật, Trường Đại học Sài Gòn

\*\*ThS. Công ty TNHH Delphi Counsel

\*\*\*ThS. Chuyên viên pháp chế, Trường Đại học Khoa học Xã hội và Nhân văn - Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Luật sư, hành nghề luật sư với tư cách cá nhân, luật sư nội bộ.

### Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/08/2022

Biên tập : 08/09/2022

Duyệt bài : 10/09/2022

### Article Infomation:

*Keywords:* Lawyer; solo practitioner; in-house lawyer.

### Article History:

Received : 11 Aug. 2022

Edited : 08 Sep. 2022

Approved : 10 Sep. 2022

### Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, nhóm tác giả chỉ ra các vướng mắc, bất hợp lý khi thu hẹp phạm vi hành nghề của luật sư hành nghề với tư cách cá nhân thông qua việc phân tích thị trường luật sư hành nghề với tư cách cá nhân hiện nay ở Việt Nam; so sánh với các hình thức hành nghề luật sư thông qua góc nhìn quản trị rủi ro; bàn luận về việc đánh giá mức độ chuyên nghiệp của luật sư; và so sánh quy định về hành nghề luật sư tại Việt Nam với quy định về hành nghề luật sư ở một số quốc gia trên thế giới; và đưa ra các kiến nghị sửa đổi Luật Luật sư năm 2006 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2012.

### Abstract:

Within the scope of this article, the authors give out a number of related obstacles and inconsistencies when it is to narrow the scope of solo practitioner through analyzing the market of solo practitioner in Vietnam; provide a comparison of a range of directions of law practice through the perspective of risk management; discuss the work ethics performed by lawyers; and juxtapose the regulations on work practice of lawyers in Vietnam with those in a number of countries; and made recommendations to amend the Law on Lawyer on 2006, which was amended in 2012.

## 1. Phạm vi hoạt động của luật sư hành nghề với tư cách cá nhân ở Việt Nam

Nghề luật sư là một nghề gắn với việc thực hiện bảo vệ quyền lợi hợp pháp của các chủ thể trong xã hội, góp phần bảo vệ công lý, sự công bằng, lẽ phải. Ở Việt Nam, luật sư là người đáp ứng đủ các tiêu chuẩn, điều

kiện hành nghề theo quy định của Luật Luật sư năm 2006 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2012 (Luật Luật sư). Luật sư được tham gia tổ tụng, tư vấn pháp luật, đại diện ngoài tổ tụng, cung cấp các dịch vụ pháp lý khác. Hoạt động hành nghề của luật sư thuộc nhóm dịch vụ tư nhân, cung cấp dịch vụ bằng kiến thức chuyên môn,

kinh nghiệm trong lĩnh vực pháp luật. Luật sư được lựa chọn hành nghề tại tổ chức hành nghề luật sư (như Văn phòng Luật sư, các loại hình Công ty Luật thuộc Đoàn Luật sư các tỉnh trong cả nước) hoặc hành nghề với tư cách cá nhân (HNCN)<sup>1</sup>.

Luật sư HNCN là luật sư làm việc theo hợp đồng lao động (HĐLĐ) cho một chủ thể không hành nghề luật sư chuyên trách. Luật sư HNCN chỉ được cung cấp dịch vụ pháp lý cho chủ thể mà mình đã giao kết HĐLĐ, không được cung cấp dịch vụ pháp lý cho khách hàng khác, trừ khi được cơ quan có thẩm quyền yêu cầu hoặc Đoàn luật sư phân công hoặc thực hiện công tác trợ giúp pháp lý. Để HNCN, luật sư phải ký kết HĐLĐ với một chủ thể không hành nghề luật sư, đăng ký hành nghề tại Sở Tư pháp địa phương và được cơ quan này cấp giấy đăng ký HNCN, sau đó phải thông báo cho Đoàn luật sư về việc hoạt động HNCN<sup>2</sup>.

Phạm vi hành nghề của luật sư HNCN theo Luật số 20/2012/QH13 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Luật sư (Luật sửa đổi, bổ sung năm 2012) đã bị thu hẹp hơn so với Luật Luật sư năm 2006. Cụ thể là luật sư HNCN theo Luật sửa đổi năm 2012 chỉ là luật sư làm việc theo HĐLĐ cho một chủ thể không hành nghề luật sư chuyên trách, không được hành nghề theo mô hình hộ kinh doanh cá thể, không được tự mình nhận vụ việc như trước. Hệ quả là luật sư HNCN không được cung

cấp dịch vụ pháp lý cho khách hàng nào khác ngoài chủ thể đã giao kết HĐLĐ; nếu cung cấp dịch vụ pháp lý cho khách hàng khác, luật sư HNCN có thể bị xử phạt vi phạm hành chính<sup>3</sup>. Nếu luật sư HNCN có tham gia thành lập tổ chức hành nghề luật sư hoặc giao kết HĐLĐ với tổ chức hành nghề luật sư khác, hành nghề không đúng hình thức thì có thể bị xử phạt đến bảy triệu đồng, đồng thời có thể bị tước quyền sử dụng chứng chỉ hành nghề từ một đến ba tháng<sup>4</sup>.

Trong quá trình xây dựng luật, Ban soạn thảo Luật sửa đổi, bổ sung năm 2012 cho rằng, việc thu hẹp phạm vi hành nghề của luật sư HNCN theo hướng chỉ được ký HĐLĐ với một đơn vị sử dụng lao động là phù hợp với thông lệ hành nghề luật sư trên thế giới và tạo điều kiện để cơ quan, doanh nghiệp sử dụng dịch vụ thường xuyên của luật sư, đa dạng hóa hình thức hành nghề của luật sư. Bên cạnh đó, Báo cáo đánh giá tác động của Dự án Luật sửa đổi, bổ sung năm 2012 do Bộ Tư pháp chủ trì đã cho rằng, việc thu hẹp phạm vi hành nghề có thể mang lại các điểm tích cực như: *tổ chức, doanh nghiệp tăng cơ hội tiếp cận dịch vụ pháp lý của luật sư; phù hợp với nhu cầu thực tiễn ở nước ta, phù hợp với thông lệ quốc tế về “in-house lawyer”; nâng cao tính chuyên nghiệp trong tổ chức, hoạt động hành nghề luật sư; tạo điều kiện thuận lợi cho công tác quản lý nhà nước về luật sư và hành nghề luật*

<sup>1</sup> Điều 22 Luật Luật sư; khoản 13, khoản 19 Điều 1 Luật sửa đổi, bổ sung năm 2012.

<sup>2</sup> Khoản 3 Điều 17 Luật Trợ giúp pháp lý năm 2017; khoản 11, khoản 20 Điều 1 Luật sửa đổi, bổ sung năm 2012.

<sup>3</sup> Khoản 19 Điều 1 Luật sửa đổi, bổ sung năm 2012; điểm a khoản 3 Điều 6 Nghị định số 82/2020/NĐ-CP quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hỗ trợ tư pháp; hành chính tư pháp; hôn nhân và gia đình; thi hành án dân sự; phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã; Điều 4, khoản 1 Điều 49 Luật Luật sư.

<sup>4</sup> Điểm c, d khoản 3, điểm a khoản 8 Điều 6 Nghị định số 82/2020/NĐ-CP.

su, quản lý việc thực hiện nghĩa vụ thuế của luật sư...<sup>5</sup>.

Tuy nhiên, nhìn lại tiến trình sửa đổi, bổ sung Luật Luật sư năm 2006, nhóm tác giả nhận thấy có nhiều luận điểm mà Ban soạn thảo cùng các bên liên quan sử dụng làm cơ sở để trình Quốc hội phê duyệt dự luật là chưa thực sự thuyết phục.

### 2. Các vấn đề vướng mắc phát sinh do thu hẹp phạm vi hành nghề của luật sư hành nghề với tư cách cá nhân

#### - Hạn chế khả năng tiếp cận dịch vụ pháp lý của luật sư hành nghề với tư cách cá nhân do thiếu nhân lực

Thực tế tại Tp. Hà Nội và Tp. Hồ Chí Minh, luật sư HNCN thường làm việc tại các cơ quan, tổ chức ngoài nhà nước, chỉ có thiếu số luật sư HNCN tại cơ quan, tổ chức nhà nước hoặc trong các đơn vị sự nghiệp công lập, hiện trạng trên tương thích với việc không cho phép luật sư kiêm nhiệm cán bộ, công chức, viên chức và ngược lại<sup>6</sup>. Ngoài ra, ngay tại các doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ từ 50% vốn điều lệ hoặc số cổ phiếu có quyền biểu quyết (doanh nghiệp nhà nước- DNNN), chức danh quản lý từ cấp

Phó Tổng Giám đốc trở lên là cán bộ quản lý doanh nghiệp; thậm chí, chức vụ Phó trưởng phòng, ban chuyên môn cũng được tham gia hội nghị cán bộ chủ chốt, mà hội nghị này được tổ chức nhằm quy hoạch nhân sự quản lý; các nhân sự này về sau có thể thuộc diện tiếp nhận làm công chức<sup>7</sup>. Trong tình huống được bổ nhiệm chức vụ quản lý cấp cao tại DNNN, luật sư HNCN đứng trước khả năng phải lựa chọn, nếu giữ chức vụ quản lý thì phải từ bỏ nghề luật sư và ngược lại.

Trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế, doanh nghiệp Việt Nam nhận thấy nhiều lợi ích thiết thực từ việc thiết lập, tổ chức nhóm công ty theo các mô hình điển hình trên thế giới, chẳng hạn mô hình Conglomerate của Đức, Holding ở Hoa Kỳ, Keiretsu tại Nhật Bản, hay Chaebol tại Hàn Quốc, với đặc điểm chung nằm ở sự kết hợp giữa các công ty có quyền và nghĩa vụ riêng biệt, trong đó công ty mẹ có quyền tác động đến hoạt động của công ty con<sup>8</sup>. Sự khác biệt về pháp luật khiến doanh nghiệp Việt Nam khó mô phỏng nguyên trạng mô hình gốc và thường tiến hành thiết lập cấu trúc của nhóm công ty dưới dạng liên doanh giữa các doanh nghiệp, hoặc tổ chức hoạt động theo mô hình

<sup>5</sup> Mục 7 Chương III Bản thuyết minh về Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Luật sư, <https://quochoi.vn/hoatdongcuaquochoi/cackyhophquochoi/quochoikhoaXIII/kyhopthuba/Pages/van-kien-tai-lieu.aspx?ItemID=1348>, truy cập 08/03/2022; Mục 2.1 Báo cáo đánh giá tác động của Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Luật sư do Bộ Tư pháp phát hành, [http://vibonline.com.vn/du\\_thao/du-thao-luat-luat-su-sua-doi](http://vibonline.com.vn/du_thao/du-thao-luat-luat-su-sua-doi), truy cập 08/03/2022.

<sup>6</sup> Thông tin luật sư HNCN tại Tp. Hà Nội, <https://luatsuhanoi.vn/luat-su.html>, truy cập 23/07/2022; Thông tin luật sư HNCN tại Tp. Hồ Chí Minh, <https://sotuphap.hochiminhcity.gov.vn>, truy cập 25/07/2022; khoản 8, 9 Điều 1 Luật sửa đổi, bổ sung năm 2012.

<sup>7</sup> Khoản 1 Điều 4 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019; khoản 4 Điều 2, Điều 28, điểm a khoản 3 Điều 21, Chương IV Nghị định số 159/2020/NĐ-CP về quản lý người giữ chức danh, chức vụ và người đại diện phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp; điểm d khoản 1 Điều 18 Nghị định số 138/2020/NĐ-CP quy định về tuyển dụng, sử dụng và quản lý công chức.

<sup>8</sup> Trần Minh Anh (2019), *Quy định về nhóm công ty trong pháp luật một số quốc gia và những nội dung tham khảo cho Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 13 (389), <http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=210349>, truy cập 20/01/2022.

công ty mẹ - công ty con. Mô hình liên doanh giữa các doanh nghiệp được thực hiện khi hai hoặc nhiều doanh nghiệp cùng nhau góp một phần tài sản, quyền, nghĩa vụ và lợi ích hợp pháp của mình để hình thành một doanh nghiệp mới; mô hình công ty mẹ - công ty con hình thành thông qua quá trình công ty mẹ sở hữu cổ phần hoặc phần vốn góp tại công ty con, từ đó giữ quyền kiểm soát, chi phối; gián tiếp điều hành bộ máy của công ty con theo định hướng của công ty mẹ<sup>9</sup>. Các mô hình tổ chức nêu trên tạo nên sự liên kết mật thiết về định hướng hoạt động, mục tiêu, lợi ích và giúp nâng cao hiệu suất khai thác nguồn lực sẵn có. Trong mỗi liên hệ chặt chẽ đó, khó có thể tránh khỏi việc nhân sự của công ty mẹ kiêm nhiệm công việc, chức vụ tại các công ty con và ngược lại.

Luật sư HNCN tại doanh nghiệp trong nhóm công ty mẹ - công ty con phải thường xuyên tham gia giải quyết công việc tại các doanh nghiệp mà luật sư đó không đăng ký HNCN. Việc điều chuyển, yêu cầu nhân sự kiêm nhiệm công việc, chức danh trong nhóm công ty liên doanh, liên kết, công ty mẹ - công ty con là nhu cầu thực tế của các chủ doanh nghiệp, nhằm khai thác nhân lực một cách hiệu quả và tối ưu về chi phí. Tuy nhiên, xét quy định HNCN, nếu luật sư đã đăng ký HNCN tại một doanh nghiệp trong nhóm công ty, sau đó tiếp tục kiêm nhiệm công việc (có giao kết thêm HĐLĐ) hay thực hiện công việc pháp lý của luật sư cho doanh nghiệp khác trong nhóm công ty đó thì khả năng có thể bị xem là vi phạm quy định tại điểm a khoản 3 Điều 6 Nghị

định số 82/2020/NĐ-CP của Chính phủ ngày 15/7/2020 do bị xem là cung cấp dịch vụ pháp lý cho chủ thể khác ngoài chủ thể mà luật sư đã giao kết HĐLĐ trước.

Theo quan điểm của nhóm tác giả, đây chính là sự cản trở trong việc phát triển đội ngũ luật sư HNCN, đồng thời thể hiện sự thiếu hài hòa giữa pháp luật về HNCN và nguyên tắc thực hiện pháp luật về lao động, việc làm. Chẳng hạn, Điều 35 Hiến pháp năm 2013 đã ghi nhận công dân có quyền làm việc, lựa chọn việc làm và nơi làm việc; bên cạnh đó, Điều 19 Bộ luật Lao động năm 2019 cho phép người lao động được giao kết nhiều HĐLĐ với nhiều người sử dụng lao động, miễn là bảo đảm thực hiện đúng sự cam kết giữa các bên. Tuy nhiên, pháp luật luật sư lại hạn chế quyền làm việc, lựa chọn nơi làm việc và quyền giao kết nhiều HĐLĐ của luật sư HNCN thông qua việc giới hạn phạm vi khách hàng mà luật sư HNCN được tiếp cận, luật sư HNCN chỉ được cung cấp dịch vụ pháp lý cho một chủ thể. Cần lưu ý rằng, hành vi giao kết nhiều HĐLĐ không thuộc nhóm hành vi mà luật sư bị cấm, không được làm; cũng không thuộc nhóm vụ việc không được tiếp nhận theo Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của luật sư. Hạn chế này cũng thiếu tương thích với định hướng phát triển kinh tế của Đảng và Nhà nước, đó là khuyến khích phát triển tập đoàn kinh tế tư nhân nhằm tăng sức cạnh tranh, tầm vóc của doanh nghiệp Việt Nam khi tham gia mạng lưới sản xuất và chuỗi cung ứng khu vực, toàn cầu<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Điểm d khoản 1, khoản 5 Điều 29 Luật Cạnh tranh năm 2018; Điều 195 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

<sup>10</sup> Xem tại: <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Doanh-nghiep/Nghi-dinh-69-2014-ND-CP-tap-doan-kinh-te-nha-nuoc-tong-cong-ty-nha-nuoc-239958.aspx>, truy cập 04/03/2022, và <https://tulieuvankien.dangcongsan.vn/he-thong-van-ban/van-ban-cua-dang/ngghi-quet-so-10-nqtw-ngay-362017-hoi-ngghi-lan-thu-nam-ban-chap-hanh-trung-uong-dang-khoa-xii-ve-phat-trien-kinh-te-tu-3222>, truy cập 04/03/2022.



### *- Phạm vi hành nghề và tính chuyên nghiệp của luật sư*

Để trở thành luật sư chuyên nghiệp, trước hết, người hành nghề cần phải tuân thủ các quy tắc đạo đức nghề nghiệp áp dụng trong phạm vi lãnh thổ hành nghề; nhìn chung, các quy tắc đạo đức hành nghề này được thừa nhận rộng rãi trên thế giới thông qua việc các quốc gia tham khảo quy tắc mẫu do các tổ chức quốc tế về nghề nghiệp luật sư soạn thảo, chẳng hạn như: Bộ quy tắc đạo đức hành nghề của Liên đoàn Luật sư quốc tế (IBA) - phiên bản mới nhất là năm 2011, hay của Hiệp hội Luật sư quốc tế (UIA) - phiên bản mới nhất phát hành năm 2018. Ngoài ra, còn có các bộ quy tắc khác cũng được thừa nhận trên phạm vi khu vực như Quy tắc hành nghề của luật sư Liên minh châu Âu, do Hội đồng các liên đoàn luật sư và cộng đồng hành nghề luật của Liên minh châu Âu - CCBE ban hành<sup>11</sup>. Tựu trung lại, các quy tắc nêu trên đặt ra các chuẩn mực tối thiểu về hành vi mà luật sư phải tuân thủ, chẳng hạn về hạn chế xung đột lợi ích, tính độc lập, mối quan hệ với đồng nghiệp, minh bạch tài chính, bảo hiểm nghề nghiệp, bảo mật thông tin...<sup>12</sup>. Ở Việt Nam, luật sư phải tuân thủ Bộ quy tắc đạo đức hành nghề do Liên đoàn Luật sư Việt Nam ban hành (phiên bản cập nhật mới nhất năm 2019), với các nguyên tắc chung không trái với nội dung quy tắc do IBA ban hành. Bên cạnh các chuẩn mực tối thiểu, luật sư còn phải đáp ứng các tiêu chí khác nhằm đáp ứng

được với nhu cầu của thị trường<sup>13</sup>. Trên thực tế, có rất nhiều tiêu chuẩn, phương pháp để đánh giá hoạt động nghề nghiệp của luật sư và tổ chức hành nghề luật sư và tùy thuộc bộ tiêu chuẩn áp dụng, kết quả đánh giá có thể khác nhau. Cũng cần thống nhất nhận thức rằng, không có hệ quy chiếu nào được xem là “khuôn vàng, thước ngọc”, là duy nhất để đánh giá hoạt động nghề nghiệp của luật sư, bởi sự đa dạng về lĩnh vực hành nghề và các vấn đề mà luật sư cần phải giải quyết trong thực tiễn hoạt động nghề nghiệp.

Tuy nhiên, với các lý do liên quan đến tính chuyên nghiệp của luật sư để làm cơ sở giải trình cho việc thu hẹp phạm vi hành nghề của luật sư HNCN mà Ban soạn thảo nêu tại Bản thuyết minh về Dự án Luật sửa đổi, bổ sung năm 2012 (Mục 7 Phần III), kết quả đánh giá tại Báo cáo đánh giá tác động của Dự án (Mục 9 Phần B), chưa cho thấy được cơ sở thực chứng tại thời điểm giải trình cũng như hiện nay về sự gia tăng mức độ chuyên nghiệp của luật sư HNCN kể từ khi bị thu hẹp phạm vi hành nghề, cũng như nội dung đánh giá. Do đó, cần có các đánh giá, phân tích mang tính định lượng liên quan đến các khía cạnh mà Ban soạn thảo đề cập để bảo đảm rằng việc thu hẹp phạm vi hành nghề của luật sư HNCN là thực sự xác đáng và khoa học.

### *- Việc thu hẹp phạm vi hành nghề chưa xem xét đến yếu tố cân bằng rủi ro và lợi ích*

<sup>11</sup> International Bar Associate, *IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession*; International Union of Lawyers, *Core principles of the legal profession*.

<sup>12</sup> Council for Trade in Service - WTO, *Legal Service: Background note by the Secretariat*, xem tại, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/w43.doc](https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/w43.doc).

<sup>13</sup> Quan điểm của ABA, <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/real-estate-condemnation-trust/practice/2017/top-10-tips-for-civility-and-professionalism-for-new-lawyers/#:~:text=Always%20be%20professional%20and%20courteous,you%20an%20even%20better%20lawyer.>

Để có thể làm rõ thêm được sự thiếu thuyết phục khi thu hẹp phạm vi hành nghề, chúng ta cùng so sánh giữa loại hình tổ chức hành nghề luật sư chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản

là Văn phòng luật sư, Công ty hợp danh với luật sư HNCN, đồng thời so sánh với luật sư HNCN theo Luật Luật sư năm 2006 (trước khi được sửa đổi, bổ sung vào năm 2012),<sup>14</sup> cụ thể:

tiêu chí	VPLS	Công ty hợp danh	HNCN - LLS 2006	HNCN - LLS 2012
<b>Phạm vi trách nhiệm</b>	Bằng toàn bộ tài sản cá nhân	Bằng toàn bộ tài sản cá nhân	Bằng toàn bộ tài sản cá nhân	Theo hợp đồng trách nhiệm dân sự (nếu có) và theo pháp luật lao động
<b>Điều kiện nhân lực tối thiểu</b>	Một cá nhân	Hai cá nhân	Một cá nhân	Một cá nhân
<b>Bảo hiểm nghề nghiệp</b>	Bắt buộc	Bắt buộc	Bắt buộc	Theo hợp đồng lao động
<b>Phạm vi hành nghề</b>	Cung cấp dịch vụ pháp lý cho tất cả các chủ thể	Cung cấp dịch vụ pháp lý cho tất cả các chủ thể	Cung cấp dịch vụ pháp lý cho tất cả các chủ thể	Cung cấp dịch vụ pháp lý cho một chủ thể ( <i>trừ khi được yêu cầu hoặc được sự phân công hoặc trợ giúp pháp lý</i> )

Bộ luật Dân sự năm 2015 ghi nhận rằng, chủ thể vi phạm hợp đồng phải bồi thường toàn bộ thiệt hại (trừ trường hợp có sự thỏa thuận khác); tiếp đến, Bộ luật Lao động năm 2019 ghi nhận người lao động phải bồi thường nếu có hành vi gây thiệt hại về tài sản, mất tài sản hoặc tiêu hao quá mức quy định. Tựu trung lại, quy định về bồi thường theo Bộ luật Dân sự năm 2015 và Bộ luật Lao động năm 2019 khá tương thích, hệ quả là luật sư HNCN vẫn phải bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ khi có thỏa thuận khác; cụ thể, phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản nếu gây thiệt hại giá trị lớn hơn mười tháng lương tối thiểu vùng, hoặc làm mất tài sản mà không thỏa thuận được mức bồi

thường thiệt hại hoặc nội quy lao động không có quy định<sup>15</sup>. Như vậy, so với các hình thức hành nghề mang tính trách nhiệm vô hạn, hình thức HNCN không có sự khác biệt quá lớn nhưng lại bị khống chế về số lượng khách hàng được tiếp cận là không tương xứng, không thực sự hợp lý so với trách nhiệm pháp lý tương ứng mà họ phải gánh chịu.

### 3. Tham khảo kinh nghiệm ở một số quốc gia

*- Hành nghề luật sư với tư cách cá nhân tại Trung Quốc*

Tại Trung Quốc, chủ thể hành nghề luật sư gồm có cơ sở dịch vụ luật sư một chủ (sole partnership), luật sư nội bộ doanh nghiệp

<sup>14</sup> Điểm b khoản 1 Điều 177, khoản 1 Điều 188 Luật Doanh nghiệp năm 2020; khoản 2 Điều 34 Luật Luật sư; Điểm d khoản 2 Điều 52, khoản 1 Điều 49 Luật Luật sư; Điều 129 Bộ luật Lao động năm 2019; khoản 17, khoản 19 Điều 1 Luật sửa đổi, bổ sung năm 2012.

<sup>15</sup> Điều 360, Điều 419 Bộ luật Dân sự năm 2015; khoản 1 Điều 129 Bộ luật Lao động năm 2019; Điều 3 Nghị định số 90/2019/NĐ-CP quy định về mức lương tối thiểu vùng áp dụng đối với người lao động làm việc theo HĐLĐ.

(internal/corporate lawyers), hãng luật hợp danh (partnership law firm), luật sư bán thời gian (part-time practising lawyer), văn phòng luật sư có vốn nhà nước và luật sư quân đội (military lawyers)<sup>16</sup>. Luật sư nội bộ doanh nghiệp là hình thức hành nghề có tính chất tương đồng nhất với hình thức luật sư HNCN tại Việt Nam; theo đó, để được hành nghề luật sư nội bộ doanh nghiệp tại Trung Quốc, cần đáp ứng các điều kiện tiên quyết như: đã được phép hành nghề luật sư, được doanh nghiệp tuyển dụng. Luật sư nội bộ doanh nghiệp tại Trung Quốc cũng không được cung cấp dịch vụ pháp lý cho bên thứ ba ngoài chủ thể đã giao kết HĐLĐ. Bên cạnh hình thức hành nghề luật sư nội bộ, pháp luật Trung Quốc còn cho phép cá nhân không phải luật sư cung cấp dịch vụ pháp lý cho các doanh nghiệp thuộc sở hữu nhà nước, thường gọi là cố vấn pháp lý doanh nghiệp. Cá nhân được phép hành nghề cố vấn pháp lý doanh nghiệp nếu đỗ kỳ thi quốc gia kiểm tra về kiến thức pháp luật chung, pháp luật về dân sự, kinh doanh, thương mại, quản trị doanh nghiệp và kỹ năng tư vấn; cố vấn pháp lý doanh nghiệp được quyền tư vấn pháp luật về vận hành doanh nghiệp (quản trị nội bộ, quản trị kinh doanh...), thẩm tra văn bản pháp luật lao động (hợp đồng, nội quy, cơ cấu tiền lương...), soạn thảo hợp đồng và các tài liệu

pháp lý khác<sup>17</sup>. Giống như luật sư nội bộ, cố vấn pháp lý doanh nghiệp không được cung cấp dịch vụ liên quan đến pháp luật cho chủ thể khác ngoài chủ thể đã giao kết HĐLĐ. Có thể thấy rằng, chính sách pháp luật về hoạt động HNCN giữa Trung Quốc và Việt Nam khá tương đồng, song nếu chỉ dựa trên pháp luật Trung Quốc để cho rằng việc thu hẹp phạm vi hành nghề của luật sư HNCN tại Việt Nam là phù hợp thông lệ quốc tế thì chưa đầy đủ cơ sở thuyết phục.

### **- Hành nghề luật sư với tư cách cá nhân tại Pháp**

Luật sư của Pháp có thể HNCN theo hội nhóm, hoặc là người lao động của luật sư khác hoặc hội nhóm luật sư hoặc công ty luật. Việc HNCN (a self-employed person) được hiểu là việc hợp tác của luật sư cá nhân với chủ thể hành nghề luật sư thông qua hợp đồng cộng tác viên (freelance collaboration contract); theo hình thức này, luật sư HNCN thực hiện công việc một cách độc lập, không bị chi phối, áp đặt, đồng thời, có quyền có khách hàng riêng (có thể là chủ thể hành nghề luật khác, cá nhân, pháp nhân)<sup>18</sup>. Bên cạnh đó, tại Pháp còn có hình thức hành nghề luật sư nội bộ, hình thức này được xác lập thông qua HĐLĐ, luật sư nội bộ không được có khách hàng riêng. Tuy

<sup>16</sup> Điều 12, 15, 16, 20, 57 Luật Luật sư Trung Quốc năm 1996 (sửa đổi 2001, 2007 và 2017), <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=23923&lib=law>, truy cập 06/06/2022; Ding Xiangshun, *Chinese Corporate Lawyers face challenges in maintaining corporate social responsibility in the age of globalization*. *Ind Int's & Comp. L. Rev.*, vol. 21:3, <https://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/download/17663/17818/0>.

<sup>17</sup> Order of the State-Owned Assets Supervision and Administration Committee of the State Council (No. 6), effective, June 1, 2004; Provisional Regulations on the Qualification of Enterprise Legal Advisors promulgated by the Ministry of Justice, Mar. 12, 1997, effective Aug. 14, 2004 (China); Measures for the Administration of In-house Legal Counsels of State-owned Enterprises promulgated by the State Asset Supervision & Admin. Comm., May 11, 2004, effective June 1, 2004, art. 24 (China).

<sup>18</sup> Section 7 of Law No.71-1130 of December 31, 1971 (amended by Article 5 of Law No.2011-331 of March 28, 2011); Law No.90-1258 of December 31, 1990 (Amended by Ordinance No.2016-728 of June 2, 2016 - art. 23 (M)); Clause II of Article 18 of Law No.2005-882 of August 2, 2005 (Amended by Law No.2014-873 of August 4, 2014 - article.17), [https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article\\_lc/LEGIARTI000029336794/](https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000029336794/).

nhiên, luật sư nội bộ được cung cấp dịch vụ pháp lý (tư vấn, soạn thảo văn bản pháp lý) cho cả các công ty có mối quan hệ liên kết, kiểm soát, chi phối với công ty mà luật sư đó đã giao kết HĐLĐ<sup>19</sup>. Có thể thấy, việc xác định hình thức hành nghề luật sư tại Pháp không dựa trên nơi hành nghề của luật sư như ở Việt Nam, mà dựa trên cơ sở loại hợp đồng mà luật sư giao kết; cụ thể là, nếu luật sư giao kết hợp đồng cộng tác viên với chủ thể hành nghề luật thì được xác định là HNCN; nếu giao kết HĐLĐ thì được xác định là luật sư nội bộ. Quy định của pháp luật về luật sư của Pháp nhìn chung khá giống với quy định của Luật Luật sư năm 2006 của Việt Nam trước khi sửa đổi, bổ sung vào năm 2012.

#### ***- Hành nghề luật sư với tư cách cá nhân tại Singapore***

Các chủ thể hành nghề luật sư tại Singapore gồm có chủ thể hành nghề trong nước, hợp tác trong nước - ngoài nước và đơn vị trực thuộc, hành nghề nước ngoài và văn phòng đại diện, formal law alliance, luật sư nước ngoài; trong đó, văn phòng luật một chủ hoặc văn phòng luật hợp danh, công ty luật và hãng luật hợp danh hữu hạn là chủ thể hành nghề trong nước. Về hoạt động hành nghề mang tính chất cá nhân, pháp luật Singapore đề cập

đến hình thức văn phòng luật một chủ (sole proprietor), locum solicator và hợp tác với luật sư nước ngoài. Mô hình văn phòng luật một chủ là mô hình kinh doanh do một chủ thể (cá nhân, pháp nhân, hãng hợp danh) thành lập, kiểm soát và vận hành<sup>20</sup>. Văn phòng luật một chủ không có tư cách pháp nhân, chủ thể đăng ký thành lập phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình. Để được hoạt động theo mô hình trên, trước hết phải đăng ký thành lập cơ sở kinh doanh một chủ, sau đó mới tiến hành đăng ký hành nghề luật sư<sup>21</sup>. Loại hình văn phòng luật một chủ tại Singapore tương tự hình thức doanh nghiệp tư nhân, hộ kinh doanh cá thể, cá nhân kinh doanh tại Việt Nam; đồng thời, tương ứng với mô hình văn phòng luật sư (doanh nghiệp tư nhân), HNCN theo mô hình hộ kinh doanh cá thể (theo quy định của Luật Luật sư năm 2006)<sup>22</sup>. Pháp luật Singapore không phân biệt các loại hình kinh doanh một chủ như ở Việt Nam, do đó, không bắt buộc luật sư phải lựa chọn loại hình một chủ nhất định nào để tham gia thị trường cung cấp dịch vụ pháp lý. Ngược lại, Việt Nam cho phép luật sư đăng ký loại hình tổ chức hành nghề theo loại hình doanh nghiệp tư nhân (văn phòng luật sư), hoặc cá nhân đăng ký kinh doanh (HNCN), nhưng không cho phép hành nghề luật sư với hình thức hộ kinh doanh cá

<sup>19</sup> Section 7 of Law No.71-1130 of December 31, 1971 (amended by Article 5 and 67 of Law No.90-1259 of December 31, 1990); Section 58 of Act 71-1130 of December 31, 1971 (modified by Article 26 of Law No.2011-331 of March 28, 2011); Article L233-1 of Commercial Code of France.

<sup>20</sup> Điều 2, Điều 75C Luật về hành nghề luật sư của Singapore 1966 (sửa đổi năm 2021); Điều 2, Tiết iv, v Điểm b Khoản 1 Điều 6 Luật về đăng ký tên chủ thể kinh doanh năm 2014 của Singapore, <https://sso.agc.gov.sg/Act/BNRA2014>; theo Điểm e Khoản 1 Điều 25D Luật Công ty Singapore 1967 (sửa đổi 2022), <https://sso.agc.gov.sg/Act/CoA1967>.

<sup>21</sup> Điều 75, khoản 5 Điều 131 Luật về hành nghề luật sư của Singapore 1966 (sửa đổi 2021); khoản 1 Điều 5 Luật về đăng ký tên chủ thể kinh doanh năm 2014 của Singapore.

<sup>22</sup> Khoản 1 Điều 188 Luật Doanh nghiệp năm 2020; khoản 1 Điều 79 Nghị định số 01/2021/NĐ-CP về đăng ký doanh nghiệp; khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại năm 2005; khoản 1 Điều 33, khoản 1 Điều 49 Luật Luật sư.

thể, mặc dù các hình thức trên đều không có tư cách pháp nhân và tương đồng về chế độ trách nhiệm pháp lý.

Ngoài hình thức hành nghề thông qua văn phòng luật một chủ, luật sư tại Singapore còn được hành nghề thông qua hình thức “locum solicitor”, được hiểu là luật sư hợp tác tạm thời với một hoặc nhiều tổ chức hành nghề luật sư; luật sư được đăng ký hành nghề “locum solicitor” nếu có quốc tịch hoặc cư trú dài hạn tại Singapore, đồng thời có thời gian hành nghề không dưới ba năm liên tục hoặc năm năm không liên tục và đã hoàn thành thời gian đào tạo<sup>23</sup>. Cuối cùng, cá nhân luật sư nước ngoài được phép hợp tác chia sẻ lợi nhuận với chủ thể hành nghề luật sư thành lập trong nước theo pháp luật Singapore. Tóm lại, pháp luật Singapore phân biệt hình thức hành nghề của luật sư dựa trên mức độ được tham gia vào trình tự tố tụng thay vì phân biệt dựa theo hình thức hành nghề và không có giới hạn nào nhằm đến các luật sư HNCN.

### **- Hành nghề luật sư với tư cách cá nhân tại Thái Lan**

Tại Thái Lan, luật sư là người đã đăng ký hành nghề và được cấp giấy phép hành nghề bởi Hội đồng luật sư quốc gia; luật sư chỉ được đăng ký một địa điểm hành nghề, là nơi luật sư đã kê khai tại hồ sơ đề nghị cấp phép hành nghề

và phải thông báo nếu đăng ký địa điểm khác<sup>24</sup>. Pháp luật Thái Lan không phân biệt luật sư hành nghề tại tổ chức và luật sư HNCN; đồng thời, không phân biệt luật sư tranh tụng và luật sư tư vấn. Tuy nhiên, để hành nghề trong các lĩnh vực chuyên biệt, luật sư ở Thái Lan phải được cấp chứng chỉ phù hợp<sup>25</sup>. Đặc biệt, ngoại trừ các công việc liên quan đến tố tụng tại Tòa án, pháp luật Thái Lan không hạn chế bất kỳ ai cung cấp dịch vụ tư vấn pháp lý và đại diện ngoài tố tụng. Có thể nhận thấy, pháp luật Thái Lan không phân nhóm luật sư theo nơi hành nghề như hành nghề tại tổ chức hành nghề hay HNCN, do đó mà không có giới hạn cụ thể nào đối với luật sư HNCN.

### **- Hành nghề luật sư với tư cách cá nhân tại Hoa Kỳ**

Khoảng một nửa số bang ở Hoa Kỳ buộc người hành nghề luật sư phải là thành viên đoàn luật sư của bang mình, còn khi xuất hiện ở Tòa án Liên bang, luật sư phải là thành viên của đoàn luật sư liên bang. Nói chung, chỉ có giấy phép hành nghề dành riêng cho từng tiểu bang, không có giấy phép quốc gia để hành nghề luật sư ở Hoa Kỳ. Do đó, một luật sư được cấp phép ở một tiểu bang chỉ có thể hành nghề ở một tiểu bang khác nếu được pháp luật của tiểu bang thứ hai đó cho phép<sup>26</sup>. Điều lệ mẫu của

<sup>23</sup> Khoản 1 Điều 2, khoản 1A Điều 26 Luật về hành nghề luật sư của Singapore 1966 (sửa đổi 2021).

<sup>24</sup> Nandana Indananda & Manaswee Wongsuryrat, *An overview of the Legal profession in Thailand*, [https://www.tilleke.com/wp-content/uploads/2019/07/NEW2\\_\\_CH01-An-Overview-of-the-Legal-Profession-in-Thailand\\_20190515\\_0.pdf](https://www.tilleke.com/wp-content/uploads/2019/07/NEW2__CH01-An-Overview-of-the-Legal-Profession-in-Thailand_20190515_0.pdf).

<sup>25</sup> Điều 42 Luật Luật sư Thái Lan 1985, [https://www.imolin.org/doc/amlid/Thailand\\_Lawyers%20Act.pdf](https://www.imolin.org/doc/amlid/Thailand_Lawyers%20Act.pdf); Notification of the DIP regarding Registration for Patent Agent B.E. 2552 (2009); Notification of RD regarding Qualification, Application, Issuance, Renewal and Apply for Replacement of the Tax Agent Certificate for Filing a Tax Form and Handling Tax Payments or Other Regulated Actions for Taxpayers through RD’s website B.E. 2547 (2004) and the updated Notification B.E. 2552 (2009).

<sup>26</sup> Robert M. Buchholz, Cassidy E. Chivers, Noah D. Fiedler, Alyssa A. Johnson, Katherine G. Schnake, Joanna L. Storey and Suzanne M. Walsh, Hinshaw & Culbertson LLP, *Regulation of the legal profession in the United States: overview*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-633-6340?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-633-6340?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).



Liên đoàn luật sư Hoa Kỳ (ABA Model Rule 5.4(d)) ngăn cấm luật sư làm việc trong tổ chức hành nghề có cá nhân không phải là luật sư mà có các quyền lợi trực tiếp trong tổ chức đó, hoặc là Giám đốc, hoặc giữ chức quản lý điều hành khác, hoặc có quyền kiểm soát, tác động đến hoạt động nghề nghiệp của luật sư. Tuy nhiên, ở tiểu bang Columbia - bang Arizonachó phép một luật sư có thể hành nghề luật sư trong một công ty hợp danh hoặc các hình thức tổ chức khác, trong đó có cá nhân không phải luật sư nắm giữ lợi ích tài chính hoặc quyền quản lý, nhưng phải đáp ứng các điều kiện tùy thuộc vào từng địa phương. Chẳng hạn, ở bang Arizona thì chỉ luật sư và các cá nhân nào được Tòa án Tối cao Arizona cho phép mới được quyền cung cấp dịch vụ pháp lý. Tại tiểu bang Columbia, tổ chức hành nghề chỉ được có mục đích duy nhất là cung cấp dịch vụ pháp lý; người có quyền quản lý hoặc nắm giữ lợi ích tài chính của tổ chức đó cam kết tuân thủ các Quy tắc ứng xử nghề nghiệp, các luật sư chia sẻ quyền tài chính hoặc quyền quản lý trong công ty hợp danh cam kết chịu trách nhiệm cho thành viên hợp danh khác không phải là luật sư ở mức độ tương tự như thể những người này là luật sư<sup>27</sup>. Tóm lại, ngoại trừ việc phải tuân theo các quy tắc ứng xử nghề nghiệp tại nơi được cấp phép, không có quy định cụ thể nào nhắm đến việc hạn chế phạm vi hành nghề của các luật sư cung cấp dịch vụ pháp lý theo dạng hành nghề tự do (freelance) hay luật sư HNCN.

#### **4. Kiến nghị mở rộng phạm vi hoạt động luật sư hành nghề với tư cách cá nhân ở Việt Nam**

*Thứ nhất*, cần thiết mở rộng phạm vi hoạt động của luật sư hành nghề với tư cách cá nhân ở Việt Nam. Trước mắt, nên cho phép luật sư HNCN được cung cấp dịch vụ pháp lý cho cả các doanh nghiệp có sự liên kết, kiểm soát, chi phối trong nhóm công ty (chẳng hạn như: quan hệ liên doanh, quan hệ công ty mẹ - công ty con) với chủ thể mà luật sư đã giao kết HĐLĐ. Việc này tạo ra lợi ích ở nhiều khía cạnh, như giúp tối ưu hóa việc khai thác nguồn lực của doanh nghiệp, tăng cơ hội tiếp cận dịch vụ pháp lý của doanh nghiệp; góp phần mở rộng thị trường, cơ hội làm việc cho luật sư HNCN, qua đó tạo môi trường tốt hơn để luật sư ở Việt Nam phát triển năng lực chuyên môn, đáp ứng kịp thời nhu cầu về dịch vụ pháp lý của thị trường. Đồng thời, đây là cách tiếp cận phù hợp với định hướng phát triển kinh tế - xã hội của hệ thống chính trị, tạo sự hài hòa giữa các quy định về HNCN và quyền lao động của công dân.

*Thứ hai*, về mô hình hoạt động, nhóm tác giả khuyến nghị tham khảo mô hình hành nghề luật sư với tư cách cá nhân của Cộng hòa Pháp, đặc biệt là các quy định về luật sư nội bộ để làm cơ sở xem xét điều chỉnh hoạt động hành nghề của luật sư HNCN ở Việt Nam; bởi lẽ, quy định của Cộng hòa Pháp và quy định của Việt Nam về HNCN có sự tương thích nhất định như đã phân tích ở phần trên. Do đó, việc điều chỉnh như vậy để thực hiện hơn trong thực tiễn, mà vẫn hạn chế và kiểm soát được các tác động không mong muốn của việc thay đổi quy định của pháp luật ■

<sup>27</sup> Section 501(c)(3) of the Internal Revenue Code, Washington, D.C. Rules, [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional\\_responsibility/mrpc\\_washington\\_dc.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/mrpc_washington_dc.pdf).

# HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ THẨM QUYỀN XỬ LÝ KỶ LUẬT CÁN BỘ, CÔNG CHỨC

Cao Vũ Minh\*

Vũ Văn Huân\*\*

\*TS. Trường Đại học Kinh tế - Luật Thành phố Hồ Chí Minh

\*\*Viện Nghiên cứu lập pháp.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Xử lý kỷ luật cán bộ, công chức; thẩm quyền xử lý kỷ luật; hình thức kỷ luật.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/06/2022

Biên tập : 12/08/2022

Duyệt bài : 14/08/2022

## Article Information:

*Keywords:* Discipline to cadres and civil servants; authority for discipline; type of discipline.

## Article History:

Received : 09 Jun 2022

Edited : 12 Aug. 2022

Approved : 14 Aug. 2022

## Tóm tắt:

Thẩm quyền xử lý kỷ luật cán bộ, công chức là một trong những nội dung quan trọng của pháp luật công vụ. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả tập trung phân tích những hạn chế, bất cập trong các quy định của pháp luật hiện hành về thẩm quyền xử lý kỷ luật cán bộ, công chức, và đề xuất hướng hoàn thiện.

## Abstract:

The authority for discipline to cadres and civil servants is one of the important provisions under the legal regulations on civil services. Within the scope of this article, the authors focus on analysis of the shortcomings and inadequacies in the current legal provisions on the competence to discipline cadres and civil servants, and propose directions for further improvements.

## 1. Khái quát về thẩm quyền xử lý kỷ luật cán bộ, công chức

### 1.1. Trách nhiệm kỷ luật

Trách nhiệm kỷ luật là dạng trách nhiệm pháp lý được thực hiện trong quan hệ nội bộ của các cơ quan, tổ chức<sup>1</sup>. Hiểu theo nghĩa

“tích cực”, trách nhiệm kỷ luật của cán bộ, công chức là bổn phận của cán bộ, công chức khi thực hiện hoạt động công vụ phải tuân thủ nghiêm chỉnh các trách nhiệm, nghĩa vụ của mình. Với cách hiểu này, có thể thấy, trách nhiệm kỷ luật ở đây không phải là một chế tài mà là một nghĩa vụ, bổn phận. Tuy nhiên,

<sup>1</sup> Nguyễn Cửu Việt (2013), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 549.

theo cách hiểu khá phổ biến hiện nay<sup>2</sup>, thì trách nhiệm kỷ luật của cán bộ, công chức là các biện pháp chế tài của Nhà nước mang tính chất bất lợi, được áp dụng đối với cán bộ, công chức vi phạm các quy định của Nhà nước về chế độ công vụ.

Như vậy, trách nhiệm kỷ luật đối với cán bộ, công chức là một dạng trách nhiệm pháp lý đặc thù dành riêng cho cán bộ, công chức; bao gồm những yếu tố cơ bản như: (i) Chủ thể bị xem xét trách nhiệm kỷ luật là chủ thể đặc biệt - đó phải là cán bộ, công chức; (ii) Cơ sở của trách nhiệm là những hành vi vi phạm - đó là những hành vi có lỗi, vi phạm các quy tắc và nghĩa vụ trong hoạt động công vụ; (iii) Cơ sở thực tế để xem xét trách nhiệm kỷ luật không chỉ là vi phạm pháp luật mà còn bao gồm cả vi phạm các quy tắc đạo đức, làm giảm uy tín của cơ quan, tổ chức và Nhà nước nói chung. Từ đây, có thể hiểu, xử lý kỷ luật cán bộ, công chức chính là việc người có thẩm quyền áp dụng hậu quả pháp lý bất lợi đối với cán bộ, công chức vi phạm pháp luật mà theo quy định phải bị xử lý kỷ luật.

Trách nhiệm kỷ luật luôn tồn tại quan hệ trực thuộc về mặt tổ chức giữa người có thẩm quyền quyết định kỷ luật và cán bộ, công chức bị xử lý kỷ luật. Chính vì vậy, xác định đúng thẩm quyền xử lý kỷ luật là một nội dung pháp lý quan trọng trong việc truy cứu trách nhiệm kỷ luật.

### 1.2. Thẩm quyền xử lý kỷ luật

Dưới góc độ ngôn ngữ, “thẩm quyền” là một từ gốc Hán Việt. Từ điển Từ và Ngữ

giải thích “thẩm quyền” là “quyền chính thức được quyết định về một vấn đề”<sup>3</sup>. Theo Từ điển Luật học thì “thẩm quyền” là: “quyền chính thức được xem xét để kết luận và định đoạt, quyết định một vấn đề. Thẩm quyền gắn liền với quyền và nhiệm vụ mà pháp luật quy định cho cơ quan nhà nước, người nắm giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý trong các cơ quan đó để thực hiện chức năng và nhiệm vụ của họ. Thẩm quyền của mỗi cơ quan và cá nhân được phân định theo lĩnh vực, khu vực hành chính, cấp hành chính”<sup>4</sup>. Như vậy, thẩm quyền là quyền xem xét, quyết định, gắn với quyền hạn, nhiệm vụ của một chủ thể nhất định<sup>5</sup>.

Dưới góc độ pháp lý, thẩm quyền là một hệ thống các yếu tố cấu thành bao gồm hai nhóm sau: (i) Các quyền và nghĩa vụ chung để thực hiện chức năng nhất định mà một chủ thể được trao để giải quyết những vấn đề phát sinh trong hoạt động của mình; (ii) Những quyền hạn cụ thể để thực hiện các quyền và nghĩa vụ chung nêu trên<sup>6</sup>.

Trong trách nhiệm kỷ luật, thẩm quyền xử lý kỷ luật là một chế định pháp lý bao gồm tổng thể các quy phạm pháp luật quy định quyền và nghĩa vụ của những chủ thể có thẩm quyền xử lý kỷ luật trong việc áp dụng hình thức kỷ luật đối với chủ thể vi phạm. Nghị định số 112/2020/NĐ-CP ngày 18/9/2020 về xử lý kỷ luật cán bộ, công chức, viên chức đã quy định rất cụ thể về thẩm quyền xử lý kỷ luật đối với cán bộ, công chức, tạo ra sự rõ ràng trong việc xem xét xử lý kỷ luật cán bộ, công chức, bởi sai sót về thẩm quyền có thể dẫn đến việc phải hủy

<sup>2</sup> Đinh Văn Mậu (2010), *Về kỷ luật nhà nước và trách nhiệm của công chức*, Tạp chí Tổ chức nhà nước, số 4; Bùi Thị Đào (2010), *Một số vấn đề về kỷ luật cán bộ, công chức*, Tạp chí Luật học, số 6.

<sup>3</sup> Nguyễn Lâm (2006), *Từ điển Từ và Ngữ Việt Nam*, Nxb. Tổng hợp Tp. Hồ Chí Minh, tr.1702.

<sup>4</sup> Bộ Tư pháp, Viện khoa học pháp lý (2006), *Từ điển Luật học*, Nxb Từ điển bách khoa, Nxb. Tư pháp, tr.701.

<sup>5</sup> Phạm Hồng Thái (2009), *Thẩm quyền chức vụ nhà nước*, Tạp chí Quản lý nhà nước, số 163.

<sup>6</sup> Nguyễn Cửu Việt (2005), *Cải cách hành chính: Về khái niệm thẩm quyền*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 8.

toàn bộ quyết định kỷ luật cán bộ, công chức. Tuy nhiên, các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành lại không có điều khoản quy định thế nào là “thẩm quyền xử lý kỷ luật”.

Theo các tác giả, thẩm quyền xử lý kỷ luật đối với cán bộ, công chức là tổng thể các quy phạm pháp luật quy định quyền và nghĩa vụ của một chủ thể nhất định trong việc áp dụng hình thức kỷ luật đối với cán bộ, công chức vi phạm pháp luật mà theo quy định phải bị xử lý kỷ luật.

Theo Điều 20 Nghị định số 112/2020/NĐ-CP, thẩm quyền xử lý kỷ luật đối với *cán bộ* được quy định như sau:

- “Đối với cán bộ được phê chuẩn, quyết định phê duyệt kết quả bầu cử thì cấp có thẩm quyền phê chuẩn, quyết định phê duyệt kết quả bầu cử sẽ tiến hành xử lý kỷ luật”.

- “Đối với các chức vụ, chức danh trong cơ quan hành chính nhà nước do Quốc hội phê chuẩn thì Thủ tướng Chính phủ ra quyết định xử lý kỷ luật”.

Tương tự, Điều 24 Nghị định số 112/2020/NĐ-CP quy định về thẩm quyền xử lý kỷ luật *công chức*, cụ thể là:

“1. Đối với công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý, người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị có thẩm quyền bổ nhiệm hoặc được phân cấp thẩm quyền bổ nhiệm tiến hành xử lý kỷ luật và quyết định hình thức kỷ luật.

2. Đối với công chức không giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý, người đứng đầu cơ quan quản lý hoặc người đứng đầu cơ quan được phân cấp quản lý công chức tiến hành xử lý kỷ luật và quyết định hình thức kỷ luật.

3. Đối với công chức biệt phái, người đứng đầu cơ quan nơi công chức được cử đến biệt

phái tiến hành xử lý kỷ luật, thống nhất hình thức kỷ luật với cơ quan cử biệt phái trước khi quyết định hình thức kỷ luật. Trong trường hợp này, hồ sơ, quyết định kỷ luật công chức biệt phái phải được gửi về cơ quan quản lý công chức biệt phái.

4. Đối với trường hợp công chức có hành vi vi phạm trong thời gian công tác tại cơ quan, tổ chức, đơn vị cũ mà khi chuyển sang cơ quan mới mới phát hiện hành vi vi phạm đó và vẫn còn trong thời hiệu xử lý kỷ luật thì cơ quan cũ nơi công chức đã công tác tiến hành xử lý kỷ luật. Hồ sơ, quyết định xử lý kỷ luật phải được gửi về cơ quan nơi công chức đang công tác. Trường hợp cơ quan có thẩm quyền xử lý kỷ luật đã giải thể, chia, tách, hợp nhất, sáp nhập thì những người có trách nhiệm liên quan phải bàn giao hồ sơ để cơ quan nơi công chức đang công tác thực hiện việc xử lý kỷ luật. Hồ sơ, quyết định kỷ luật công chức phải được gửi về cơ quan quản lý công chức”.

Cần lưu ý, quy định tại khoản 4 Điều 24 nêu trên sử dụng thuật ngữ “*chuyển sang cơ quan mới*”, có nghĩa việc “*chuyển sang cơ quan mới*” không làm mất đi tư cách chủ thể đặc biệt - công chức - của người có hành vi vi phạm. Theo đó, khi “*chuyển sang cơ quan mới*” và người có hành vi vi phạm vẫn còn là công chức, vẫn có “*cơ quan nơi công chức đang công tác*” thì người có thẩm quyền xử lý kỷ luật cần phải gửi hồ sơ, quyết định kỷ luật về cơ quan nơi công chức đang công tác để cùng phối hợp thực hiện.

- “Đối với công chức làm việc trong Tòa án nhân dân và Viện kiểm sát nhân dân thì thẩm quyền xử lý kỷ luật được thực hiện theo quy định của cơ quan có thẩm quyền quản lý công chức”<sup>7</sup>. Đơn cử, theo khoản 2 Điều 7 Nghị định số 06/2010/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung

<sup>7</sup> Theo khoản 5, Điều 24 Nghị định số 112/2020/NĐ-CP.

bởi Nghị định số 138/2020/NĐ-CP thì “*Thẩm phán Tòa án nhân dân cấp tỉnh*” là công chức. Theo khoản 3 Điều 88 Hiến pháp năm 2013 thì Chủ tịch nước có quyền bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Thẩm phán các Tòa án. Do đó, thẩm quyền áp dụng hình thức kỷ luật cách chức đối với Thẩm phán các Tòa án chỉ thuộc về Chủ tịch nước<sup>8</sup>.

## **2. Bất cập trong các quy định của pháp luật về thẩm quyền xử lý kỷ luật cán bộ, công chức**

### ***2.1. Thẩm quyền xử lý kỷ luật đối với cán bộ được phê chuẩn, quyết định phê duyệt kết quả bầu cử được quy định không bảo đảm tính thống nhất trong hệ thống pháp luật***

Khoản 1 Điều 20 Nghị định số 112/2020/NĐ-CP quy định: “*Cấp có thẩm quyền phê chuẩn, quyết định phê duyệt kết quả bầu cử thì có thẩm quyền xử lý kỷ luật*”. Tuy nhiên, quy định về thẩm quyền xử lý kỷ luật này cũng phát sinh một số điểm bất hợp lý. Cụ thể, theo khoản 6 Điều 83 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật Tổ chức chính quyền địa phương) thì kết quả bầu Chủ tịch Hội đồng nhân dân (HĐND), Phó Chủ tịch HĐND cấp huyện phải được Thường trực HĐND cấp tỉnh phê chuẩn; kết quả bầu Chủ tịch HĐND, Phó Chủ tịch HĐND cấp xã phải được Thường trực HĐND cấp huyện phê chuẩn. Như vậy, theo quy định tại khoản 1 Điều 20 Nghị định số 112/2020/NĐ-CP thì Thường trực HĐND cấp tỉnh sẽ có thẩm quyền xử lý kỷ luật đối với Chủ tịch HĐND, Phó Chủ tịch HĐND cấp huyện. Tương tự, Thường trực HĐND cấp huyện xử lý kỷ luật đối với Chủ tịch HĐND, Phó Chủ tịch HĐND cấp xã. Việc đồng

nhất thẩm quyền phê chuẩn kết quả bầu với thẩm quyền xử lý kỷ luật trong Nghị định số 112/2020/NĐ-CP là không phù hợp với Luật Tổ chức chính quyền địa phương bởi đạo luật này không hề quy định cho Thường trực HĐND cấp tỉnh và Thường trực HĐND cấp huyện thẩm quyền xử lý kỷ luật.

Theo Điều 19 và Điều 40 Luật Tổ chức chính quyền địa phương thì HĐND cấp tỉnh bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch HĐND, Phó Chủ tịch HĐND. Khoản 5 Điều 53 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 (Luật Tổ chức Quốc hội) lại quy định Ủy ban Thường vụ Quốc hội phê chuẩn kết quả bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch, Phó Chủ tịch HĐND cấp tỉnh. Với quy định tại khoản 1 Điều 20 Nghị định số 112/2020/NĐ-CP thì Ủy ban Thường vụ Quốc hội sẽ có thẩm quyền xử lý kỷ luật đối với Chủ tịch, Phó Chủ tịch HĐND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Tuy nhiên, quy định này còn vượt ra khỏi phạm vi Hiến pháp năm 2013 vì Điều 74 không hề quy định thẩm quyền xử lý kỷ luật cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Cần lưu ý là thẩm quyền của Ủy ban Thường vụ Quốc hội được quy định bởi Hiến pháp năm 2013 và các đạo luật do Quốc hội ban hành. Do đó, Chính phủ không thể ban hành nghị định để quy định thêm thẩm quyền cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Ngoài ra, quy định trên cũng không phù hợp với tính chất hoạt động của Ủy ban Thường vụ Quốc hội lần Thường trực HĐND cấp tỉnh và cấp huyện. Với tư cách là cơ quan thường trực, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Thường trực HĐND cấp tỉnh và cấp huyện không có thẩm quyền ban hành văn bản hành chính nói chung và văn bản xử lý kỷ luật hành chính nói riêng<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Điều 83 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014.

<sup>9</sup> Hoàng Thị Lan (2020), *Một số vướng mắc khi áp dụng xử lý kỷ luật đối với người giữ chức vụ do Hội đồng nhân dân bầu*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 19.



**2.2. Thẩm quyền xử lý kỷ luật cán bộ trong cơ quan hành chính nhà nước do Quốc hội phê chuẩn được quy định không phù hợp với các văn bản quy phạm pháp luật khác, trong đó có cả Hiến pháp năm 2013**

Khoản 2 Điều 20 Nghị định số 112/2020/NĐ-CP quy định: “*Đối với các chức vụ, chức danh trong cơ quan hành chính nhà nước do Quốc hội phê chuẩn thì Thủ tướng Chính phủ ra quyết định xử lý kỷ luật*”. Theo các tác giả, quy định này đã tạo ra sự mâu thuẫn với các văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn. Cụ thể, theo Hiến pháp năm 2013 thì Thủ tướng Chính phủ trình Quốc hội phê chuẩn đề nghị bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Phó Thủ tướng, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ (khoản 3 Điều 98). Trên cơ sở đó, Quốc hội phê chuẩn đề nghị bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Phó Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng và thành viên khác của Chính phủ (khoản 7 Điều 70). Căn cứ vào Nghị quyết của Quốc hội, Chủ tịch nước sẽ tiến hành bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Phó Thủ tướng, Bộ trưởng và các thành viên khác của Chính phủ (khoản 2 Điều 88). Như vậy, việc thành lập chức danh Phó Thủ tướng, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ có sự tham gia của ba chủ thể là Thủ tướng Chính phủ, Quốc hội và Chủ tịch nước. Trong đó, phê chuẩn của Quốc hội đóng vai trò quyết định. Trên cơ sở sự phê chuẩn của Quốc hội, Chủ tịch nước mới tiến hành bổ nhiệm Phó Thủ tướng, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ. Đi cùng với cơ chế bổ nhiệm là quyền cách chức Phó Thủ tướng, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ. Cách chức Phó Thủ tướng, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ đương nhiên là một hình thức kỷ luật áp dụng đối với cán bộ. Thẩm quyền áp dụng hình thức kỷ luật này thuộc về Chủ tịch nước chứ không thể thuộc

về Thủ tướng Chính phủ. Thế nhưng với quy định “*đối với các chức vụ, chức danh trong cơ quan hành chính nhà nước do Quốc hội phê chuẩn thì Thủ tướng Chính phủ ra quyết định xử lý kỷ luật*”, có thể hiểu rằng, Phó Thủ tướng, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ - những chức vụ, chức danh trong cơ quan hành chính nhà nước do Quốc hội phê chuẩn sẽ do Thủ tướng Chính phủ ra quyết định kỷ luật, thậm chí là ra quyết định xử lý kỷ luật với hình thức kỷ luật cách chức. Điều này không chỉ trái với Hiến pháp năm 2013 mà còn trái với thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ được quy định trong Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật Tổ chức Chính phủ).

**2.3. Thẩm quyền xử lý kỷ luật công chức đã không theo kịp với sự thay đổi của các quan hệ phát sinh trong việc xem xét xử lý kỷ luật công chức**

Thứ nhất, Điều 20 và Điều 41 Luật Tổ chức chính quyền địa phương quy định Ủy viên Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh gồm các Ủy viên là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh, Ủy viên phụ trách quân sự, Ủy viên phụ trách công an. Đây là một quy định mới của Luật Tổ chức chính quyền địa phương hiện hành so với Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003.

Theo Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003 thì Ủy viên UBND cấp tỉnh không nhất thiết là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh. Thực tế cho thấy, những ủy viên của UBND cấp tỉnh phụ trách các lĩnh vực quan trọng sẽ được cơ cấu làm người đứng đầu các cơ quan chuyên môn cấp tỉnh phụ trách những lĩnh vực đó. Như vậy, trong những ủy viên UBND cấp tỉnh sẽ có những người có hai tư cách: vừa là thành viên

UBND cấp tỉnh, vừa là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh. Điều này đã bộc lộ sự không bình đẳng về mặt địa vị pháp lý giữa các ủy viên là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh với những ủy viên không là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh. Khắc phục sự bất bình đẳng này, Luật Tổ chức chính quyền địa phương hiện hành quy định tất cả Ủy viên UBND cấp tỉnh đều là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh. Tuy nhiên, quy định này chưa được nhìn nhận thấu đáo dưới góc độ thẩm quyền xử lý kỷ luật công chức.

Điều 19, Điều 40 Luật Tổ chức chính quyền địa phương quy định HĐND cấp tỉnh bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm các Ủy viên UBND cấp tỉnh. Theo Điều 13 Nghị định số 24/2014/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 107/2020/NĐ-CP) thì Chủ tịch UBND cấp tỉnh bổ nhiệm người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh (bổ nhiệm Giám đốc Sở, Phó Giám đốc Sở). Theo đó, HĐND cấp tỉnh sẽ bầu ra các Ủy viên UBND cấp tỉnh. Sau đó, Chủ tịch UBND cấp tỉnh chỉ căn cứ vào danh sách các Ủy viên UBND cấp tỉnh mà bổ nhiệm thành người đứng đầu các cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh. Khi người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh vi phạm pháp luật thì có thể bị áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức hoặc cách chức, và người có thẩm quyền xử lý kỷ luật là Chủ tịch UBND cấp tỉnh. Giả sử một Giám đốc Sở có hành vi sử dụng giấy tờ không hợp pháp để được bổ nhiệm chức vụ. Hành vi này bị Chủ tịch UBND cấp tỉnh xử lý kỷ luật hình thức cách chức. Khi bị cách chức thì người này không còn là Giám đốc Sở, vậy người này có còn là Ủy viên UBND cấp tỉnh hay không?

Tương tự, Luật Tổ chức chính quyền địa phương cũng quy định HĐND cấp huyện bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm các Ủy viên UBND cấp huyện. Trên cơ sở đó, Chủ tịch UBND cấp huyện căn cứ vào danh sách các Ủy viên UBND cấp huyện mà bổ nhiệm thành người đứng đầu các cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp huyện (Trường phòng). Khi người đứng đầu các cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp huyện vi phạm pháp luật đến mức bị giáng chức hoặc cách chức thì thẩm quyền xử lý kỷ luật thuộc về Chủ tịch UBND cấp huyện.

Dưới góc độ pháp lý, khi bị giáng chức hoặc cách chức Giám đốc Sở (hoặc Trường phòng) thì công chức này cũng không thể là Ủy viên UBND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện). Do đó, HĐND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) nhất thiết phải bãi nhiệm tư cách Ủy viên UBND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) của người này. Như vậy, cơ chế phối hợp giữa Chủ tịch UBND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) với HĐND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) trong việc kỷ luật giáng chức hoặc cách chức Giám đốc Sở (hoặc Trường phòng) và bãi nhiệm tư cách Ủy viên UBND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) của người này được thể hiện như thế nào? Các quy định của pháp luật hiện hành không quy định cụ thể và chắc chắn rằng bất cập này sẽ ảnh hưởng không nhỏ đến thẩm quyền xử lý kỷ luật của Chủ tịch UBND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện).

*Thứ hai*, theo khoản 3 Điều 24 Nghị định số 112/2020/NĐ-CP quy định: “*đối với công chức biệt phái, người đứng đầu cơ quan nơi công chức được cử đến biệt phái tiến hành xử lý kỷ luật, thống nhất hình thức kỷ luật với cơ quan cử biệt phái trước khi quyết định hình thức kỷ luật. Hồ sơ, quyết định kỷ luật công chức biệt phái phải được gửi về cơ quan quản lý công chức biệt phái*” có thể tạo ra sự bất khả thi trong triển khai thi hành.

Giả sử, một công chức công tác tại Sở Tư pháp tỉnh Y được biệt phái về làm việc tại UBND huyện X, tỉnh Y. Trong thời gian biệt phái, công chức này vi phạm kỷ luật. Theo khoản 3 Điều 24 thì Chủ tịch UBND huyện X, tỉnh Y sẽ có thẩm quyền xử lý kỷ luật. Nếu công chức này bị xử lý với hình thức kỷ luật khiển trách hay cảnh cáo thì không có gì đáng bàn. Tuy nhiên, nếu công chức này bị áp dụng hình thức kỷ luật là hạ bậc lương hay buộc thôi việc thì phát sinh nhiều nghịch lý. Theo Điều 53 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật Cán bộ, công chức) thì công chức được cử biệt phái vẫn thuộc biên chế của cơ quan, tổ chức, đơn vị cử biệt phái nên việc hạ bậc lương hay buộc thôi việc công chức này vẫn thuộc thẩm quyền của cơ quan, tổ chức, đơn vị cử biệt phái. Do đó, nếu người đứng đầu cơ quan nơi công chức được cử đến biệt phái tiến hành xử lý kỷ luật thì có thể dẫn đến sự bất khả thi trong việc thi hành trên thực tế.

So với Nghị định số 34/2011/NĐ-CP, Nghị định số 112/2020/NĐ-CP đã bổ sung thêm quy định “*thống nhất hình thức kỷ luật với cơ quan cử biệt phái trước khi quyết định hình thức kỷ luật*” nhằm bảo đảm sự phối hợp giữa cơ quan nơi công chức được cử đến biệt phái với cơ quan cử biệt phái trong việc quyết định hình thức kỷ luật đối với công chức biệt phái. Tuy nhiên, Nghị định số 112/2020/NĐ-CP lại không quy định rõ ràng về thủ tục phối hợp này. Quyền và nghĩa vụ pháp lý của các chủ thể tham gia vào quá trình xử lý kỷ luật công chức chỉ có thể thực hiện thông qua thủ tục hành chính. Vì vậy, cần phải có các quy phạm thủ

tục để các chủ thể pháp luật hành chính có thể thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình<sup>10</sup>.

### 3. Kiến nghị hoàn thiện

Để bộ máy nhà nước hoạt động chính xác, nhịp nhàng và hiệu quả, Nhà nước tiến hành “phân công lao động” giữa các bộ phận của bộ máy, nghĩa là phân định thẩm quyền<sup>11</sup>. Thẩm quyền của mỗi chủ thể nếu được quy định hợp lý sẽ khắc phục tình trạng bỏ sót công việc, cũng như loại trừ hiện tượng công việc bị giao chồng chéo, trùng lặp. Từ những bất cập đã phân tích ở trên, các tác giả có một số kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định của pháp luật về thẩm quyền xử lý kỷ luật cán bộ, công chức như sau:

*Thứ nhất*, tình trạng Nghị định của Chính phủ “*giao thêm*” thẩm quyền cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Thường trực HĐND cấp tỉnh và cấp huyện không chỉ ảnh hưởng tới nguyên tắc pháp quyền, mà còn tạo ra sự không thống nhất trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Chính vì vậy, Chính phủ cần bãi bỏ quy định tại khoản 1 Điều 20 Nghị định số 112/2020/NĐ-CP. Nếu cần quy định thẩm quyền xử lý kỷ luật đối với cán bộ do cơ quan dân cử bầu thì có thể quy định nội dung này tại một văn bản luật riêng do Quốc hội ban hành hoặc điều chỉnh trong một điều khoản riêng của các đạo luật về tổ chức bộ máy nhà nước. Thiết nghĩ, trong giai đoạn hiện nay, việc sửa đổi các đạo luật về tổ chức và hoạt động của các cơ quan dân cử như Luật Tổ chức chính quyền địa phương, Luật Tổ chức Quốc hội để quy định về thẩm quyền xử lý kỷ luật đối với cán bộ do cơ quan dân cử bầu sẽ là giải pháp mang tính khả thi và tiết kiệm hơn.

<sup>10</sup> Nguyễn Cảnh Hợp chủ biên (2018), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, Nxb. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, tr. 515 - 516.

<sup>11</sup> Nguyễn Cửu Việt (2005), *Cải cách hành chính: Về khái niệm thẩm quyền*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 8.

*Thứ hai*, ở nước ta, chỉ có Chủ tịch nước mới có quyền bổ nhiệm Phó Thủ tướng, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ. Do đó, khoản 2 Điều 20 Nghị định số 112/2020/NĐ-CP quy định thẩm quyền xử lý kỷ luật Phó Thủ tướng, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ cho Thủ tướng Chính phủ là không phù hợp với Hiến pháp năm 2013. Thực tiễn triển khai thi hành pháp luật cũng không cho phép Thủ tướng Chính phủ được quyền kỷ luật Phó Thủ tướng, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ. Thẩm quyền này vẫn đương nhiên thuộc về Chủ tịch nước. Vừa qua, ngày 7/6/2022, Chủ tịch nước đã ký Quyết định số 658/QĐ-CTN để áp dụng hình thức kỷ luật cách chức Bộ trưởng Bộ Y tế nhiệm kỳ 2021 - 2026 đối với ông Nguyễn Thanh Long. Như vậy, về lý luận lẫn thực tiễn, khoản 2 Điều 20 Nghị định số 112/2020/NĐ-CP là một quy phạm không có giá trị, nên huỷ bỏ.

*Thứ ba*, việc xử lý kỷ luật trong đó có áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức hoặc cách chức Giám đốc Sở (hoặc Trưởng phòng) thuộc thẩm quyền của Chủ tịch UBND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện). Khi bị giáng chức hoặc cách chức Giám đốc Sở (hoặc Trưởng phòng) thì công chức này cũng không thể là Ủy viên UBND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện). Trên cơ sở đó, HĐND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) nhất thiết phải bãi nhiệm tư cách Ủy viên UBND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) của người này. Chính vì vậy, pháp luật cần quy định cụ thể cơ chế phối hợp giữa Chủ tịch UBND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) với HĐND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) trong việc kỷ luật giáng chức hoặc cách chức Giám đốc Sở (hoặc Trưởng phòng) và bãi nhiệm tư cách Ủy viên UBND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) của người này. Do đó, nhằm bảo đảm cơ chế phối hợp cũng như cụ thể hóa thẩm quyền của Chủ tịch UBND cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) trong

việc áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức hoặc cách chức, pháp luật cần quy định: “*đối với người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND thì Chủ tịch UBND có thẩm quyền xử lý kỷ luật và quyết định hình thức kỷ luật. Trong trường hợp Chủ tịch UBND áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức hoặc cách chức đối với người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND thì HĐND cùng cấp phải bãi nhiệm tư cách Ủy viên UBND của người này*”.

*Cuối cùng*, vì công chức được cử biệt phái vẫn thuộc biên chế của cơ quan, tổ chức, đơn vị cử biệt phái, nên cần sửa đổi Nghị định số 112/2020/NĐ-CP theo hướng quy định thẩm quyền xử lý kỷ luật công chức vi phạm pháp luật trong thời gian biệt phái vẫn thuộc về người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị cử biệt phái. Sẽ là hợp lý và khả thi nếu pháp luật quy định cơ quan nơi công chức được cử biệt phái sẽ tiến hành xem xét kỷ luật, đề nghị hình thức kỷ luật, còn việc quyết định hình thức kỷ luật vẫn thuộc về người đứng đầu cơ quan cử biệt phái công chức quyết định. Quy định hợp lý này cũng được thể hiện trong Nghị định số 27/2012/NĐ-CP về xử lý kỷ luật viên chức. Theo đó, khoản 3 Điều 14 Nghị định số 27/2012/NĐ-CP quy định: “*đối với viên chức biệt phái, người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị nơi viên chức được cử đến biệt phái tiến hành xem xét xử lý kỷ luật, đề nghị hình thức kỷ luật và gửi hồ sơ xử lý kỷ luật về đơn vị sự nghiệp công lập cử viên chức biệt phái để ra quyết định kỷ luật theo thẩm quyền*”. Do vậy, trên cơ sở hài hòa hóa pháp luật, cần sửa đổi khoản 3 Điều 24 Nghị định số 112/2020/NĐ-CP theo hướng: “*đối với công chức biệt phái, người đứng đầu cơ quan nơi công chức được cử đến biệt phái tiến hành xem xét xử lý kỷ luật, đề nghị hình thức kỷ luật và gửi hồ sơ xử lý kỷ luật về cơ quan cử công chức biệt phái để ra quyết định kỷ luật theo thẩm quyền*” ■



# HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ GIAO KẾT HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG THÔNG QUA PHƯƠNG TIỆN ĐIỆN TỬ

Nguyễn Thị Tố Như

*Khoa Luật, Đại học Lao động - Xã hội.*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Hợp đồng lao động điện tử, giao dịch điện tử, người lao động, người sử dụng lao động.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 28/06/2022  
Biên tập : 26/08/2022  
Duyệt bài : 27/08/2022

## Article Information:

*Keywords:* E-labor contract; e-transaction; employee; employer.

## Article History:

Received : 28 Jun 2022  
Edited : 26 Aug. 2022  
Approved : 27 Aug. 2022

## Tóm tắt:

Giao kết hợp đồng lao động thông qua phương tiện điện tử là hình thức giao kết không mới, nhưng lần đầu được luật hoá. Bộ luật Lao động năm 2019 và Luật Giao dịch điện tử năm 2005 đã tạo lập các cơ sở pháp lý cơ bản nhằm bảo đảm cho người lao động và người sử dụng lao động có đầy đủ quyền và nghĩa vụ từ hợp đồng lao động điện tử giống như hợp đồng lao động truyền thống. Tuy nhiên, để hiện thực hóa việc triển khai hình thức giao kết này, các quy định của pháp luật liên quan cần phải được hoàn thiện nhằm tạo cơ sở pháp lý đầy đủ và phù hợp với thực tế.

## Abstract:

Entering into labor contracts through electronic means is a form of contract that has been legalized for the first time in Vietnam. The Labor Code of 2019 and the Law on Electronic Transactions of 2005 establish a legal framework to ensure that employees and employers have full rights and obligations similar to the traditional labor contracts. However, the regulations need to be reviewed and further improved to make the types of contracts to be applicable in practical performance.

## 1. Tính pháp lý của hợp đồng lao động ký kết theo phương thức điện tử

Bộ luật Lao động năm 2019 lần đầu tiên quy định về việc giao kết hợp đồng lao động theo phương thức điện tử; theo đó, từ ngày 01/01/2021, người sử dụng lao động (NSDLĐ) và người lao động (NLĐ) được giao kết hợp đồng lao động (HĐLĐ) điện tử dưới hình thức thông điệp dữ liệu. Cụ thể, khoản 1 Điều 14 Bộ luật Lao động năm 2019 quy định:

“Điều 14. Hình thức hợp đồng lao động

1. Hợp đồng lao động phải được giao kết bằng văn bản và được làm thành 02 bản, người

lao động giữ 01 bản, người sử dụng lao động giữ 01 bản, trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này.

Hợp đồng lao động được giao kết thông qua phương tiện điện tử dưới hình thức thông điệp dữ liệu theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử có giá trị như hợp đồng lao động bằng văn bản”.

Việc giao kết HĐLĐ điện tử được dẫn chiếu tới các điều kiện theo quy định tại Luật Giao dịch điện tử năm 2005 (Luật GDĐT). Theo quy định tại Điều 10 của Luật GDĐT, thông điệp dữ liệu được thể hiện dưới các hình thức:



trao đổi dữ liệu điện tử, chứng từ điện tử, thư điện tử, điện tín, điện báo, fax và các hình thức tương tự khác. Các hình thức của thông điệp dữ liệu được hiểu là có giá trị như văn bản khi đáp ứng được điều kiện quy định tại Điều 12 Luật GDĐT với yêu cầu có thể truy cập và sử dụng được để tham chiếu khi cần thiết. Về yêu cầu kỹ thuật trong lưu trữ, Luật GDĐT đòi hỏi thông điệp dữ liệu phải đáp ứng: (i) Nội dung của thông điệp dữ liệu đó có thể truy cập và sử dụng được để tham chiếu khi cần thiết; (ii) Nội dung của thông điệp dữ liệu đó được lưu trong chính khuôn dạng mà nó được khởi tạo, gửi, nhận hoặc trong khuôn dạng cho phép thể hiện chính xác nội dung dữ liệu đó; (iii) Thông điệp dữ liệu đó được lưu trữ theo một cách thức nhất định cho phép xác định nguồn gốc khởi tạo, nơi đến, ngày giờ gửi hoặc nhận thông điệp dữ liệu. Việc gửi và nhận thông điệp dữ liệu cũng cần thiết phải được thực hiện theo quy trình và phương thức quy định bởi Luật GDĐT; theo đó, việc gửi và nhận thông điệp dữ liệu có thể được thực hiện thông qua một hệ thống thông tin được chỉ định bởi người nhận hoặc bất kỳ hệ thống thông tin nào của người nhận trong trường hợp không có chỉ định.

HĐLĐ điện tử là thỏa thuận giữa NLD và NSDLĐ về việc làm có trả công, trong đó quy định điều kiện lao động, quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động và được gửi đi, được nhận và được lưu trữ bằng phương tiện điện tử. Áp dụng các quy định của Luật GDĐT, để HĐLĐ điện tử có giá trị, bên cạnh các điều kiện của văn bản điện tử, yêu cầu đối với việc sử dụng chữ ký điện tử cũng được đặt ra dành cho các bên giao kết hợp đồng. Chữ ký điện tử đã được tổ chức cung cấp dịch vụ chứng thực chữ ký điện tử chứng thực được xem là bảo đảm các điều kiện an toàn theo quy định của Luật GDĐT. Theo quy định của pháp luật hiện hành, chứng thực chữ ký điện tử là ngành nghề kinh doanh có điều kiện, chỉ được

cấp phép bởi Bộ Thông tin và Truyền thông khi đáp ứng các tiêu chuẩn quy định tại Nghị định số 130/2018/NĐ-CP của Chính phủ ngày 27/09/2018 quy định chi tiết thi hành Luật Giao dịch điện tử về chữ ký số và dịch vụ chứng thực chữ ký số.

Như vậy, các quy định của Bộ luật Lao động năm 2019 và Luật Giao dịch điện tử năm 2005 cùng các văn bản hướng dẫn thi hành đã tạo ra cơ sở pháp lý cho phép xác định một HĐLĐ được giao kết theo phương thức điện tử là hợp pháp. Quy định mới đã cung cấp thêm cho NSDLĐ một công cụ ứng dụng công nghệ hiện đại trong xác lập quan hệ với NLD, ấn định những khuôn khổ quản lý quan trọng đối với NLD trong quan hệ lao động. Điều này đặc biệt có ý nghĩa đối với các doanh nghiệp có sử dụng số lượng lớn NLD và xu hướng ứng dụng lưu trữ và cho phép truy cập các chính sách của doanh nghiệp trên môi trường thông tin điện tử.

## **2. Khả năng ứng dụng hợp đồng lao động điện tử**

So với HĐLĐ truyền thống, các bên sẽ tốn chi phí in ấn, cần nhân sự để chuẩn bị thông tin, dữ liệu, mất nhiều thời gian ở công đoạn sửa chữa mỗi khi có thay đổi. Với HĐLĐ điện tử, mọi thao tác của người dùng được xác thực qua Internet một cách nhanh chóng, văn bản có nhiều định dạng sẵn và ít phải sửa chữa. HĐLĐ điện tử như đã đề cập có tiềm năng ứng dụng cao đối với các doanh nghiệp có quy mô lớn. Trong điều kiện thực tế ở Việt Nam, khi đa số cá nhân NLD chưa sử dụng chữ ký điện tử - hiện là công cụ duy nhất cho phép việc xác thực sự tham gia giao kết hợp đồng, thì pháp luật về giao dịch điện tử cũng quy định: “Giao kết hợp đồng điện tử là việc sử dụng thông điệp dữ liệu để tiến hành một phần hoặc toàn bộ giao dịch trong quá trình giao kết hợp đồng”<sup>1</sup>. Điều đó cho phép một bên của hợp đồng, thường là cá nhân NLD không sử dụng chữ ký điện tử vẫn

<sup>1</sup> Khoản 1 Điều 36 Luật Giao dịch điện tử năm 2005.

có thể giao kết hợp đồng được ký điện tử bởi NSDLĐ. Tuy vậy, dù cơ sở pháp lý bước đầu đã được tạo lập, hệ thống pháp luật của Việt Nam vẫn tồn tại một số vướng mắc có khả năng gây trở ngại trong quá trình áp dụng quy định mới này, cụ thể:

*Thứ nhất*, Bộ luật Lao động chưa liên thông chặt chẽ với quy định của pháp luật dân sự về chế độ đại diện. Việc pháp luật lao động quy định quá cụ thể và không tương thích với nội dung vốn đã được điều chỉnh bởi Bộ luật Dân sự và Luật Doanh nghiệp là vấn đề đang tồn tại với hệ thống pháp luật Việt Nam. Theo các quy định tại điểm a khoản 3 và khoản 5 Điều 18 Bộ luật Lao động:

“Điều 18. Thẩm quyền giao kết hợp đồng lao động

3. Người giao kết hợp đồng lao động bên phía người sử dụng lao động là người thuộc một trong các trường hợp sau đây:

a) Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp hoặc người được ủy quyền theo quy định của pháp luật;

...

5. Người được ủy quyền giao kết hợp đồng lao động không được ủy quyền lại cho người khác giao kết hợp đồng lao động”.

Cách quy định như trên không chỉ tạo ra rào cản cho doanh nghiệp trong thực hiện ký kết HĐLĐ trên thực tế mà còn không tương thích với các quy định hiện hành. Quy định không cho phép ủy quyền lại của Bộ luật Lao động là không phù hợp với nội dung chế độ về ủy quyền của pháp luật dân sự và làm hạn chế một cách không có căn cứ khả năng thực hiện quyền của NSDLĐ. Bên cạnh đó, việc ấn định tư cách đại diện ký kết HĐLĐ đối với tất cả đối tượng là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp cũng không quan tâm tới các điều luật của Luật Doanh nghiệp hiện hành. Trong trường hợp một doanh nghiệp lựa chọn có từ hai người đại diện theo pháp luật trở lên, “những người chủ doanh nghiệp”

có quyền xác định cơ chế phân quyền dành cho mỗi người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp là khác nhau. Như vậy, có thể xảy ra trường hợp, trên cơ sở phân quyền theo pháp luật doanh nghiệp, một cá nhân người đại diện của doanh nghiệp không có thẩm quyền ký kết HĐLĐ, nhưng lại có thẩm quyền ký kết HĐLĐ theo Bộ luật Lao động năm 2019. Điều này sẽ trở nên bất lợi cho người lao động trong trường hợp người đại diện doanh nghiệp đã giao kết HĐLĐ với họ nhưng không có thẩm quyền theo quy định nội bộ của doanh nghiệp.

Mặt khác, pháp luật cũng không có quy định, và các ứng dụng chữ ký điện tử hiện nay được cung cấp cho doanh nghiệp cũng không thể hiện chữ ký điện tử của doanh nghiệp đó được thực hiện bởi người đại diện theo pháp luật theo quy định của Bộ luật Lao động. Do đó, việc ký kết một hợp đồng điện tử có thể hiện tư cách đại diện theo pháp luật lao động hay không hoàn toàn phụ thuộc vào phương thức quản trị của doanh nghiệp, pháp luật và các cơ quan chức năng không có cơ sở và điều kiện để xác định tính phù hợp của một chữ ký điện tử của doanh nghiệp. Những vấn đề phức tạp vì thế có thể phát sinh do cách quy định tại Điều 18 của Bộ luật Lao động năm 2019.

*Thứ hai*, pháp luật Việt Nam chưa cho phép cách hiểu chính xác đối với điều kiện có hiệu lực đối với hợp đồng bằng văn bản khi bàn về phạm trù chữ ký. Hiện không có quy định nào cho phép xác định yêu cầu về chữ ký là bắt buộc trong xác lập một giao dịch dân sự theo phương thức hợp đồng. Điều này càng trở nên phức tạp hơn khi áp dụng với hợp đồng điện tử. Bởi lẽ, nếu như hợp đồng bằng văn bản, các lựa chọn chỉ giới hạn ở chữ ký, con dấu hoặc điểm chỉ để xác định việc xác lập sự ràng buộc của một chủ thể với một văn kiện, thì các phương thức điện tử cho phép có rất nhiều những sự lựa chọn khác, không chỉ là chữ ký điện tử.

Theo quy định tại khoản 2 Điều 24 Luật Giao dịch điện tử:

“Điều 24. Giá trị pháp lý của chữ ký điện tử

2. Trong trường hợp pháp luật quy định văn bản cần được đóng dấu của cơ quan, tổ chức thì yêu cầu đó đối với một thông điệp dữ liệu được xem là đáp ứng nếu thông điệp dữ liệu đó được ký bởi chữ ký điện tử của cơ quan, tổ chức đáp ứng các điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 22 của Luật này và chữ ký điện tử đó có chứng thực”.

Với quy định trên, chữ ký điện tử có thể được hiểu là yêu cầu bắt buộc đối với hợp đồng điện tử mà không có phương thức khác cho phép xác thực ý chí của người tạo lập hợp đồng theo phương thức điện tử. Sự hạn chế này sẽ không cho phép mở rộng tính ứng dụng của các công nghệ hiện đại trong giao kết HĐLĐ điện tử nói riêng và hợp đồng điện tử nói chung. Bởi lẽ, việc xác thực cá nhân về bản chất đã bảo đảm quyền tự do ý chí của người thực hiện việc xác thực theo các công cụ được cung cấp bởi đơn vị cung ứng nền tảng kỹ thuật. Không có cơ sở nào khẳng định rằng, một xác thực bằng chữ ký điện tử sẽ đủ an toàn hơn so với các phương thức khác ngoại trừ yếu tố tiên kiểm về điều kiện ban đầu dành cho doanh nghiệp kinh doanh trong lĩnh vực này. Trên thực tế, rất nhiều giao dịch dân sự vẫn được xác lập và thực hiện trên cơ sở ứng dụng các công nghệ xác thực cá nhân khác với chữ ký điện tử, như xác thực bằng tin nhắn OTP, xác thực bằng sinh trắc cá nhân,...

*Thứ ba*, chưa có quy định cho phép xác định tính ràng buộc trách nhiệm của NSDLĐ trong giai đoạn tiền HĐLĐ. Mặc dù việc ứng dụng các phương thức điện tử trong giai đoạn tiền HĐLĐ là phổ biến nhất, nhưng quy định của pháp luật chuyên ngành về lao động lại không có quy định chi tiết về nội dung này. Khoản 1 Điều 11 của Bộ luật Lao động năm 2019 chỉ quy định: “Người sử dụng lao động có quyền

trực tiếp hoặc thông qua tổ chức dịch vụ việc làm, doanh nghiệp hoạt động cho thuê lại lao động để tuyển dụng lao động theo nhu cầu của người sử dụng lao động”. Trên thực tế, các thông báo tuyển dụng sẽ ghi nhận nhiều thông tin là những nội dung chính yếu của HĐLĐ về sau và các nội dung đó cũng tác động trực tiếp tới ý chí của người tiếp nhận thông tin để ứng tuyển theo các phương thức được hướng dẫn trong thông báo tuyển dụng. Câu hỏi được đặt ra là khi thông tin trong nội dung thông báo tuyển dụng và các trao đổi về sau trong suốt quá trình tuyển dụng của một trong hai bên có giá trị ràng buộc áp dụng như thế nào và hậu quả pháp lý của việc không thực hiện đúng các trao đổi và cam kết đó sẽ ra sao khi pháp luật không điều chỉnh. Những liên hệ liên quan đến việc áp dụng chế định đề nghị giao kết hợp đồng của pháp luật dân sự áp dụng trong trường hợp này là rất bấp bênh do thiếu cơ sở chắc chắn cho phép áp dụng, mặc dù pháp luật dân sự luôn được coi là pháp luật gốc cho các mối quan hệ pháp luật. Mở rộng việc tìm hiểu các quy định của pháp luật dân sự, một đề nghị giao kết hợp đồng trong dân sự là một cam kết được pháp luật đảm bảo cơ chế thực thi trên thực tế và việc vi phạm sẽ phải gánh chịu hậu quả pháp lý. Việc chấp thuận đề nghị giao kết hợp đồng hoặc đề xuất những nội dung điều chỉnh cũng có giá trị ràng buộc theo cách tương tự. Đối với trường hợp được điều chỉnh bởi pháp luật lao động, đã không có một tiêu chuẩn hay quy định nào cho phép xác định tính ràng buộc trong các thông điệp được trao đổi giữa hai bên trong giai đoạn này. Cũng cần lưu ý rằng trong nền kinh tế số hiện nay, các thông báo được đăng tải trên các nền tảng công nghệ, đặc biệt thuận tiện cho việc tham gia và trích xuất nội dung làm căn cứ xác định tính ràng buộc của mỗi chủ thể.

*Thứ tư*, là một trường hợp riêng của vấn đề đã nêu trên về giai đoạn tiền hợp đồng, tuy nhiên, tác giả lựa chọn phân tích một nội dung

riêng, đó là vấn đề pháp luật chưa tạo lập cơ sở cho phép xác định phương thức ký kết và thời điểm có hiệu lực của HĐLĐ điện tử với tư cách là một loại hợp đồng đặc thù, có nhiều khác biệt trong phương thức đàm phán và ký kết giữa NLĐ và NSDLĐ. Kể cả đối với HĐLĐ truyền thống, phương thức ký kết hợp đồng đã có nhiều đặc trưng khác biệt so với các giao dịch thông thường nhưng cũng chưa được điều chỉnh một cách chi tiết và phù hợp. Trên thực tế, NLĐ thường không trực tiếp gặp mặt và ký kết hợp đồng với người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp mà thay vào đó, hợp đồng sẽ được xử lý và chuyển tiếp bởi nhân viên hành chính của công ty. Trong nhiều trường hợp, do đặc trưng về cách tổ chức các đơn vị bộ phận của công ty, thậm chí người lao động được tuyển dụng bởi các đơn vị bộ phận đã làm việc tại doanh nghiệp nhưng chỉ nhận được HĐLĐ trong thời gian sau đó nhiều ngày, thậm chí nhiều tuần, do thẩm quyền ký kết HĐLĐ thuộc về quản lý cấp cao hơn tại doanh nghiệp. Rõ ràng điều đó đòi hỏi các quy phạm cho phép xác định phương thức giao kết hợp đồng linh hoạt cũng như xác định thời điểm xác lập của hợp đồng lao động trong cả hai phương thức truyền thống và phương thức điện tử. Rà soát hệ thống pháp luật hiện hành, có thể tham khảo quy định của Luật Kinh doanh bảo hiểm; trong đó, do đặc thù phân phối sản phẩm bảo hiểm thường được thực hiện qua nhiều khâu hoặc nhiều bên trung gian, pháp luật đã ghi nhận bằng chứng giao kết hợp đồng bảo hiểm là hợp đồng, giấy chứng nhận bảo hiểm, đơn bảo hiểm hoặc hình thức khác<sup>2</sup>. Một phương thức quy định tương tự cũng có thể áp dụng đối với trường hợp của HĐLĐ, theo đó, các văn kiện hoặc thông điệp dữ liệu chính thức có sự xác nhận của cả hai bên về việc xác lập HĐLĐ, bao gồm việc xác nhận các điều khoản cơ bản cũng cần được cho phép hiểu rằng đó là bằng chứng cho việc xác lập HĐLĐ. Đối với HĐLĐ, một xác nhận của NLĐ trên thư mời nhận việc có

thể là một gợi ý cho các nhà làm luật nghiên cứu tính khả thi trong áp dụng như một căn cứ rõ ràng cho việc xác định các bên đã thể hiện ý chí giao kết HĐLĐ. Mặc dù không tồn tại quá nhiều rủi ro và ảnh hưởng tới quyền và nghĩa vụ của các bên như đối với hợp đồng bảo hiểm, việc xác định này đối với HĐLĐ có ý nghĩa trong việc hoàn thiện các quy định của pháp luật, và trong một số trường hợp có thể làm cơ sở để xác định trách nhiệm bồi thường của các bên nếu xảy ra vi phạm.

### 3. Kiến nghị hoàn thiện quy định pháp luật

*Thứ nhất*, bảo đảm tính liên thông trong quy định của Bộ luật Lao động với các quy định của pháp luật có liên quan tới chế độ đại diện. Theo đó, pháp luật lao động nên dẫn chiếu tới các quy định của Bộ Luật Dân sự và Luật Doanh nghiệp thay vì áp đặt các quy định hạn chế thiếu chính xác. Do Bộ luật Lao động năm 2019 mới có giá trị áp dụng trong thời gian không lâu, nên có một văn bản hướng dẫn ở cấp độ Nghị định để điều chỉnh cách hiểu và áp dụng linh hoạt cho phép việc đại diện ký kết HĐLĐ thực tế và phù hợp hơn. Các hướng dẫn tham chiếu sẽ cho phép doanh nghiệp và NLĐ có cơ sở tham chiếu tới pháp luật dân sự và pháp luật doanh nghiệp với các quy định hoàn chỉnh hơn về chế độ đại diện. Cụ thể: (i) Giới hạn về việc không cho phép ủy quyền lại trong giao kết HĐLĐ cần được loại bỏ vì tính không phù hợp với nguyên tắc cơ bản của pháp luật nói chung và pháp luật dân sự nói riêng; (ii) Cần có quy định khẳng định một giao kết HĐLĐ được xác lập bởi người đại diện theo pháp luật của NLĐ hoặc người khác được ủy quyền bởi người này làm phát sinh hiệu lực pháp lý của HĐLĐ không phụ thuộc các quy định nội bộ của doanh nghiệp về phân quyền đại diện.

Ngoài ra, văn bản hướng dẫn nên bổ sung quy định khắc phục cho những giới hạn vốn có được tạo ra do cách quy định của pháp luật dân

<sup>2</sup> Điều 18 Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022.



sự hiện hành. Cụ thể, pháp luật dân sự không cho phép một cá nhân được đại diện cho người khác xác lập giao dịch dân sự với chính mình<sup>3</sup>, điều này sẽ tạo thành trở ngại cho các doanh nghiệp có NLD giữ chức danh giám đốc đồng thời là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp. Trong mỗi trường hợp như vậy, pháp luật nên bổ sung quy định cho phép người đại diện cho doanh nghiệp giao kết HĐLĐ có thể là cá nhân được chỉ định hoặc giao nhiệm vụ bởi cơ quan quản trị phù hợp với mỗi loại hình doanh nghiệp là đại hội đồng cổ đông hoặc hội đồng quản trị đối với công ty cổ phần, hội đồng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn,...

*Thứ hai*, pháp luật về giao dịch điện tử cần cho phép ứng dụng các phương thức xác thực người dùng khác hơn so với chỉ phương thức xác thực chữ ký điện tử. Trong mỗi trường hợp như vậy, về bản chất đều thỏa mãn việc xác thực sự tự do ý chí và chủ định xác lập giao dịch dân sự thông qua các hành vi cụ thể được thực hiện trên môi trường mạng bằng việc gửi và nhận các thông điệp dữ liệu điện tử phù hợp với các điều kiện theo quy định của Luật Giao dịch điện tử. Cụ thể, trong số các phương thức xác thực cá nhân, cơ quan có thẩm quyền cần thiết lập một yêu cầu tối thiểu cho nền tảng kỹ thuật chung cần được đáp ứng trong việc xác thực một giao dịch là có thực. Trong trường hợp tiếp tục áp dụng phương thức quản lý tiền kiểm đối với doanh nghiệp cung ứng dịch vụ xác thực cá nhân, pháp luật cũng cần khẳng định rằng một giao dịch nói chung và HĐLĐ nói riêng không đương nhiên mất đi hiệu lực pháp lý chỉ vì lý do các điều kiện kỹ thuật hoặc điều kiện khác của bên cung ứng dịch vụ không được bảo đảm ở từng thời điểm. Cuối cùng, hoàn thiện pháp luật đối với nội dung này, cơ quan quản lý cũng nên có phương thức công

nhận các bên cung ứng dịch vụ xác thực ngoài Việt Nam khi họ đáp ứng đủ điều kiện theo quy định của pháp luật Việt Nam hoặc thông qua các trình tự đăng ký hợp lý khác.

*Thứ ba*, nên có quy định hướng dẫn dẫn chiếu tới việc áp dụng các quy định trong chế định đề nghị giao kết hợp đồng trong pháp luật dân sự<sup>4</sup>, theo đó cho phép xác định tính ràng buộc trong từng thông báo tuyển dụng cũng như các trao đổi thông tin khác giữa bên tuyển dụng và các cá nhân ứng tuyển. Việc không tuân thủ hoặc không thực hiện đầy đủ các nội dung như được thể hiện trong thông báo tuyển dụng sẽ bị áp dụng chế tài tương ứng.

*Thứ tư*, pháp luật lao động nên bổ sung quy định cho phép linh hoạt xác định phương thức giao kết hợp đồng, bổ sung trường hợp thư mời nhận việc cùng các dẫn chiếu khác gửi kèm cho phép cá nhân NLD truy cập tới các chính sách của doanh nghiệp áp dụng trong HĐLĐ bảo đảm điều kiện ghi nhận đầy đủ những yêu cầu tối thiểu phải có trong HĐLĐ sẽ có giá trị pháp lý tương đương với đề nghị giao kết hợp đồng trong dân sự. Theo đó, một thông điệp dữ liệu xác nhận của NLD đối với các thư mời nhận việc sẽ tạo lập chứng cứ đầy đủ cho phép khẳng định HĐLĐ đã được xác lập.

*Cuối cùng*, để bảo đảm các hợp đồng điện tử đáp ứng được các yêu cầu về kỹ thuật pháp lý, pháp luật nên cho phép các dẫn chiếu của hợp đồng điện tử tới các điều khoản hoặc bộ điều khoản được lưu trữ hoặc đăng tải tại các kho dữ liệu của NSDLĐ. Song hành với đó, pháp luật cũng cần quy định các nghĩa vụ cơ bản của NSDLĐ trong việc bảo đảm các dẫn chiếu có thể truy cập bởi người được đề nghị giao kết hợp đồng, NLD; nghĩa vụ trong việc thông báo tới NLD vào bất cứ thời điểm nào có sự thay đổi trong nội dung của các điều khoản, bộ điều khoản đã được dẫn chiếu tới đó trong một thời hạn tối thiểu trước khi áp dụng ■

<sup>3</sup> Khoản 3 Điều 141 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định về phạm vi đại diện.

<sup>4</sup> Tiểu mục 1, Mục 7, Chương XV Bộ luật Dân sự năm 2015.



# PHÒNG, CHỐNG TÁC ĐỘNG TIÊU CỰC CỦA NHÓM LỢI ÍCH TRONG XÂY DỰNG CHÍNH SÁCH, PHÁP LUẬT Ở MỘT SỐ NƯỚC VÀ GIÁ TRỊ THAM KHẢO CHO VIỆT NAM<sup>1</sup>

Vũ Công Giao\*

Lê Linh Nhâm\*\*

Vũ Minh Châu\*\*\*

\*PGS.TS. Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

\*\* , \*\*\*Học viên Cao học QTNN và PCTN Khoá IV, Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Nhóm lợi ích, tham nhũng, chính sách, pháp luật.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 25/08/2022

Biên tập : 16/09/2022

Duyệt bài : 17/09/2022

## Tóm tắt:

Trong bài viết này, các tác giả phân tích quan điểm của một số chuyên gia, tổ chức quốc tế về nhóm lợi ích, tác động của các nhóm lợi ích, cũng như những biện pháp phòng ngừa khả năng các nhóm lợi ích tác động tiêu cực đến quá trình xây dựng chính sách, pháp luật ở một số quốc gia; so sánh và nêu ra những gợi ý cho việc hoàn thiện pháp luật để phòng, chống tác động tiêu cực của các nhóm lợi ích đến việc xây dựng chính sách, pháp luật ở Việt Nam hiện nay.

## Article Infomation:

*Keywords:* Interest groups; corruption; policy; law; Vietnam.

## Article History:

Received : 25 Aug. 2022

Edited : 16 Sep. 2022

Approved : 17 Sep. 2022

## Abstract:

Within this article, the authors provide an analysis of the viewpoints of international experts and from international organizations on the interest groups, the impact by the interest groups, as well as measures to prevent their negative impacts on policy and law-making in a number of countries, also make comparison with relevant legal provisions of Vietnam, and provide recommendations for the improvement of the related law in order to better prevent the negative impacts by interest groups on the law making in Vietnam.

Khái niệm “nhóm lợi ích” (interest group) là thuật ngữ đang được sử dụng phổ biến bởi nhiều tổ chức quốc tế và học giả trên thế giới khi bàn về vấn đề quản trị quốc gia và phòng,

chống tham nhũng. “Nhóm lợi ích” là một khái niệm “trung tính”, nhưng trong bối cảnh nhiều nhóm lợi ích tìm cách gây ảnh hưởng nhằm lũng đoạn quá trình xây dựng chính sách, pháp

<sup>1</sup> Bài viết được thực hiện trong khuôn khổ Đề tài cấp bộ “Quản trị tốt nhằm phòng, chống tham nhũng ở Việt Nam hiện nay” do Viện Chiến lược và Khoa học Thanh tra chủ trì thực hiện trong các năm 2021-2022. Nội dung bài viết được củng cố, bổ sung từ tham luận với tiêu đề “Quan điểm, kinh nghiệm nước ngoài về phòng, chống tác động tiêu cực của các nhóm lợi ích đến việc xây dựng chính sách, pháp luật và các giá trị tham khảo cho Việt Nam” của nhóm tác giả, đã được trình bày tại Hội thảo “Những vấn đề lý luận và thực tiễn về kiểm soát quyền lực, phòng, chống “lợi ích nhóm”, tham nhũng, tiêu cực trong công tác xây dựng pháp luật” do Đảng đoàn Quốc hội tổ chức ngày 5/8/2022 tại Đà Nẵng.

luật, nên ở nhiều quốc gia, trong đó có Việt Nam, thuật ngữ này thường được hiểu theo nghĩa tiêu cực.

### 1. Nhóm lợi ích và tác động của nó đến việc xây dựng chính sách, pháp luật ở các quốc gia

Nhóm lợi ích (interest group) là “bất kỳ tập thể nào gồm các cá nhân, tổ chức được hình thành dựa trên một hoặc nhiều mối quan tâm chung và nỗ lực gây ảnh hưởng đến chính sách công theo hướng có lợi cho nhóm họ thông qua vận động hành lang (lobbying) các quan chức chính quyền”<sup>2</sup>. Có thể phân loại các nhóm lợi ích theo động cơ hoạt động của họ, cụ thể như: (1) Nhóm lợi ích về kinh tế, bao gồm các công ty và hiệp hội doanh nghiệp...; (2) Nhóm lợi ích về chuyên môn, bao gồm các liên đoàn lao động, hội nông dân...; (3) Nhóm lợi ích về lợi ích cộng đồng, bao gồm các tổ chức hoạt động vì môi trường, bình đẳng giới, quyền con người... Tùy bối cảnh mà có các nhóm lợi ích nhất định nổi lên đóng vai trò chính trong việc vận động hành lang. Trong bài viết này, nhóm tác giả chủ yếu tập trung bàn về các nhóm lợi ích về kinh tế.

Các nhóm lợi ích thường nỗ lực gây ảnh hưởng đến việc xây dựng chính sách, pháp luật của quốc gia theo hướng có lợi cho nhóm họ bằng cách tự mình thực hiện hoặc thuê các cá nhân hay tổ chức vận động hành lang. Vận

động hành lang có thể được thực hiện thông qua những cách thức khác nhau, bao gồm trực tiếp tác động đến các cơ quan, nhà hoạch định chính sách; tham gia các phiên thảo luận công khai; thể hiện ý kiến trên các phương tiện truyền thông đại chúng; thực hiện các chiến dịch gây quỹ, gửi dự thảo, cung cấp thông tin hay chuyên gia về chính sách, văn bản pháp luật mà họ mong muốn đến các cơ quan, quan chức có liên quan<sup>4</sup>....

Sự tác động của nhóm lợi ích đến quá trình xây dựng chính sách, pháp luật ở các quốc gia về bản chất không phải là hành vi tham nhũng hay bất hợp pháp, mà ngược lại, đây là một yếu tố có tính tất yếu, khách quan và có vai trò quan trọng trong quá trình đó<sup>5</sup>. Tuy nhiên, nếu không có cơ chế kiểm soát phù hợp thì các nhóm lợi ích rất dễ lũng đoạn quá trình xây dựng chính sách, pháp luật, từ đó gây ra những hậu quả tiêu cực đối với nhà nước và xã hội.

Nhìn từ góc độ tích cực, các nhóm lợi ích có thể cung cấp nhiều kiến thức, thông tin, dữ liệu chuyên sâu có giá trị thực tiễn cao về những vấn đề cụ thể để giúp chính sách, pháp luật được xây dựng phù hợp với thực tế cuộc sống. Sự tham gia lành mạnh của các nhóm lợi ích giúp bảo đảm các quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của các nhóm xã hội, nhất là những nhóm dễ bị tổn thương, trong các chính sách, pháp luật dự kiến được ban hành, cũng như bảo

<sup>2</sup> Maira Martini (2012), *Influence of interest groups on policy-making*, Transparency International & AntiCorruption Resource Centre, <https://www.u4.no/publications/influence-of-interest-groups-on-policy-making.pdf>.

<sup>3</sup> Chari. R, Hogan. J, Murphy. G (2010), *Regulating Lobbying: A Global Comparison*, Manchester University Press. Về phân loại lợi ích nhóm, xem thêm: *Defining and classifying interest groups*, <https://link.springer.com/article/10.1057/iga.2014.9>; Campos. N (2009), *In pursuit of policy influence: Can lobbying be a legitimate alternative to corruption in developing countries?*, U4 Anti-Corruption Resource Centre Brief, <https://www.u4.no/publications/in-pursuit-of-policy-influence-can-lobbying-be-a-legitimate-alternative-to-corruption-in-developing-countries.pdf>.

<sup>4</sup> Dur. A, Bievre. D (2007), *The Question of Interest Group Influence*, International Public Policy, 27, I, pp. 1-12.

<sup>5</sup> Zinnbauer. D (2009), *The role of investors in strengthening corporate integrity and responsibility*, in *Global Corruption Report: Corruption and the Private Sector*, Transparency International.

đảm trách nhiệm giải trình của các cơ quan và nhà hoạch định chính sách, pháp luật<sup>6</sup>.

Nhìn từ góc độ tiêu cực, nếu không được kiểm soát hợp lý, sự tác động của các nhóm lợi ích có thể dẫn tới việc lũng đoạn quá trình xây dựng chính sách, pháp luật, định hình các chính sách, pháp luật đang được xây dựng theo mong muốn của nhóm lợi ích mà bỏ qua hoặc coi nhẹ lợi ích chính đáng của nhà nước, xã hội hoặc của các nhóm lợi ích khác. Tuy nhiên, theo Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD), khác với hồi lộ, sự tác động không chính đáng của các nhóm lợi ích đến quá trình xây dựng chính sách, pháp luật khó nhận biết hơn, và không nhất thiết bao giờ cũng bị xem là bất hợp pháp<sup>7</sup>. Điều này đặt ra yêu cầu với các quốc gia về việc phải có những quy định của pháp luật phù hợp để có thể nhận biết, phát hiện và xử lý kịp thời những hành vi thao túng quá trình chính sách, pháp luật của các nhóm lợi ích.

### 2. Kinh nghiệm ở một số quốc gia về kiểm soát tác động của các nhóm lợi ích đến việc xây dựng chính sách, pháp luật

#### 2.1. Xây dựng luật về vận động hành lang

Theo OECD, vận động hành lang là “nỗ lực của các nhóm lợi ích hay các chủ thể khác gây ảnh hưởng đến các quyết định của chính quyền, đặc biệt trong việc xây dựng chính sách, pháp luật hay trong việc giao thầu”<sup>8</sup>. Giống như tác động của nhóm lợi ích, về bản chất, vận động hành lang không phải là hành động xấu hay hành vi phạm pháp, mà ngược lại, là những việc

làm có tính chất tất yếu, khách quan, và ở nhiều quốc gia, được xem là cần thiết cho hoạt động hoạch định chính sách, pháp luật của nhà nước.

Dù vậy, kinh nghiệm nhiều nước cho thấy, vận động hành lang rất dễ bị “biến tướng” theo hướng trở thành sự tác động tiêu cực, không chính đáng đến quá trình xây dựng chính sách, pháp luật, vì vậy cần được luật hoá để bảo đảm hoạt động này của các nhóm lợi ích được minh bạch, đúng đắn và có trách nhiệm giải trình. Yêu cầu phổ biến với pháp luật về vấn đề này cần quy định công khai danh tính của các nhà vận động hành lang, khách hàng của họ, lĩnh vực hoạt động, mục tiêu, kỹ thuật cũng như thông tin tài chính, đồng thời quy định một cơ chế giám sát chặt chẽ. Ví dụ, ở Hoa Kỳ, Đạo luật công khai hoạt động vận động hành lang năm 1995 (*Lobbying Disclosure Act*) yêu cầu các nhà vận động hành lang hoặc bất kỳ tổ chức nào thuê các nhà vận động hành lang phải đăng ký và phải công khai thông tin về người vận động, thông tin về khách hàng, về các vấn đề được vận động cũng như thu nhập của họ từ nghề nghiệp sau mỗi 3 tháng<sup>9</sup>. Hoặc ở Liên minh châu Âu (EU), từ tháng 6/2001, hệ thống đăng ký minh bạch đã được thiết lập, theo đó tất cả các nhà vận động hành lang được yêu cầu phải công khai khách hàng và thu nhập có được từ hoạt động của họ<sup>10</sup>. Thêm vào đó, Bộ quy tắc ứng xử mới cho các thành viên Nghị viện châu Âu (MEPs) năm 2011 cũng yêu cầu các nghị sĩ phải công khai những lợi ích tài chính cũng như cấm nhận tiền hoặc bất kỳ phần thưởng nào để đổi lấy việc gây ảnh hưởng đến các quyết định

<sup>6</sup> OECD (2009), *Lobbyists, government and public trust: Promoting integrity by self-regulation*, <http://www.oecd.org/officialdocuments>.

<sup>7</sup> Xem OECD (2009), *tlđđ*.

<sup>8</sup> OECD & ADB (2008), *Managing Conflict of Interest: Frameworks, Tools, and Instruments for Preventing, Detecting, and Managing Conflict of Interest*, <http://www.adb.org/publications/managing-conflict-interestframeworks-tools-and-instruments-preventing-detecting-andma>.

<sup>9</sup> Xem Maira Martini, *tlđđ*.

<sup>10</sup> Nghị viện châu Âu: Văn phòng thúc đẩy Dân chủ Nghị viện, 2011.

của Nghị viện theo mong muốn của các nhà vận động hành lang<sup>11</sup>. Ở châu Á, Đài Loan đã ban hành Luật về vận động hành lang từ năm 2007, trong đó yêu cầu các nhà vận động hành lang phải đăng ký hoạt động và phải công khai chi phí vận động hành lang của họ cho các cơ quan hữu quan. Các quan chức phải báo cáo về sự tiếp xúc của họ với các nhà vận động hành lang (nếu có) trong vòng 7 ngày và bị cấm từ thực hiện hoặc đại diện đứng ra vận động hành lang trong vòng 03 năm sau khi rời nhiệm sở<sup>12</sup>.

## 2.2. Kiểm soát xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ

Theo Tổ chức Minh bạch quốc tế, xung đột lợi ích được định nghĩa là *“tình trạng cá nhân hoặc tổ chức nơi họ làm việc, dù là chính phủ, doanh nghiệp, cơ quan truyền thông, hay tổ chức xã hội, phải đối mặt với việc lựa chọn giữa nghĩa vụ và yêu cầu của vị trí công việc với sở thích cá nhân của họ”*. Xung đột lợi ích có thể xảy ra *“khi một cá nhân có trách nhiệm chính là phục vụ cộng đồng lại tham gia vào hoạt động mà có khả năng gây ảnh hưởng tiêu cực đến phán đoán chuyên môn và sự khách quan, độc lập của họ”*<sup>13</sup>.

Mặc dù chưa phải là tham nhũng, song xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ là “ngưỡng cửa” của tham nhũng nếu không được kiểm soát chặt chẽ. Vì vậy, kiểm soát xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ cũng là một yêu cầu quan trọng nhằm nâng cao tính minh bạch, trách nhiệm giải trình và phòng, chống tác động tiêu cực của nhóm lợi ích trong xây dựng chính

sách, pháp luật. Xét tổng quát, có 03 nhóm quy định chính để kiểm soát xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ, bao gồm: cấm quan chức thực hiện một số hoạt động nhất định; buộc quan chức phải tuyên bố về lợi ích của mình có liên quan đến công việc sắp thực hiện; loại trừ quan chức khỏi quá trình ra quyết định một vấn đề mà họ có khả năng có lợi ích liên quan<sup>14</sup>. Những quy định này có tác dụng phòng, chống tình trạng “cửa xoay” (*“revolving door”*), tức là ngăn chặn các quan chức và cựu quan chức thực hiện vận động hành lang cho doanh nghiệp<sup>15</sup>.

## 2.3. Kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn

Cơ chế kiểm soát tài sản thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn cơ bản dựa trên việc yêu cầu những đối tượng đó kê khai, công khai tài sản, thu nhập của mình với cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo định kỳ hoặc theo mức gia tăng của tài sản, thu nhập. Cơ chế này đã được áp dụng tại nhiều quốc gia và được xem như một phương thức quan trọng để nâng cao tính minh bạch, liêm chính cũng như niềm tin của công dân vào bộ máy công quyền.

Trong khi xung đột lợi ích thường được quy định rải rác tại các văn bản pháp luật khác nhau thì quy định về kê khai, công khai tài sản thường được đề cập trong các văn bản pháp luật cụ thể. Ví dụ, ở Hoa Kỳ, Đạo luật về đạo đức trong chính quyền (*the Ethics in Government Act*) yêu cầu các ứng cử viên làm tại các văn phòng dân cử, quan chức được dân bầu hay quan chức được bổ nhiệm ở cấp cao đều phải nộp báo cáo

<sup>11</sup> Nguồn: <http://www.euractiv.com/future-eu/journalisticspoof-traps-meps-br-news-503281>, truy cập 25/7/2022.

<sup>12</sup> Nguồn: <http://www.chinapost.com.tw/taiwan/national/national-news/2008/08/04/168456/p2/Taiwan's-Lobbying.htm>, truy cập 25/7/2022.

<sup>13</sup> Transparency International (2009), *Controlling Corporate Lobbying and Financing of Political Activities*, Policy Position, [http://www.transparency.org/whatwedo/pub/policy\\_position\\_06\\_2009\\_controlling\\_corporate\\_lobbying\\_and\\_financing\\_of\\_pol](http://www.transparency.org/whatwedo/pub/policy_position_06_2009_controlling_corporate_lobbying_and_financing_of_pol).

<sup>14</sup> Reed, Q (2008), *Sitting on the fence: conflicts of interest and how to regulate them*, U4, Iss. 6, <http://www.u4.no/publications/sitting-on-the-fence-conflicts-of-interest-and-how-to-regulate-them/downloadasset/113>.

<sup>15</sup> Xem Transparency International (2009), tlđđ.

tài chính cá nhân để công bố công khai<sup>16</sup>. Ở Canada, pháp luật yêu cầu công chức phải thực hiện báo cáo về tài sản và nghĩa vụ tài chính, bao gồm cả các hoạt động hiện tại hay trong quá khứ của họ và của vợ/chồng, con đã trưởng thành của họ. Luật này còn đưa ra các quy tắc cụ thể liên quan đến việc xác định các loại tài sản phải kê khai, cũng như đưa ra những giới hạn đối với các hoạt động bên ngoài của công chức, cùng việc nhận quà, nhận lời mời tham dự các sự kiện hay dịch vụ nhà hàng, lưu trú đặc biệt, các hoạt động sau khi nghỉ việc, và đặt ra cơ chế hồi ty (*recusal mechanism*) để giúp các quan chức cấp cao tránh khỏi những tình huống xung đột lợi ích trong quá trình thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình<sup>17</sup>. Ở Indonesia, các thành viên của Chính phủ được yêu cầu phải kê khai, công khai tài sản, thu nhập cũng như các nghĩa vụ tài chính trước khi nhậm chức, sau 2 năm ở nhiệm sở, khi rời nhiệm sở và bất kỳ khi nào được Ủy ban chống tham nhũng (KPK) yêu cầu. Các bản kê khai tài sản sẽ được Ủy ban này xem xét một cách kỹ lưỡng và việc xác minh tính trung thực được thực hiện đối với 1-5% tổng số bản khai<sup>18</sup>.

#### **2.4. Bảo đảm công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình trong xây dựng chính sách, pháp luật**

Tính minh bạch trong việc ra quyết định của cơ quan công quyền phụ thuộc vào nhiều yếu tố, trong đó có một yếu tố quan trọng là sự quan tâm, tham gia của người dân vào quá trình. Công chúng càng quan tâm đến việc ra quyết định của cơ quan công quyền về một

vấn đề cụ thể nào đó, thì các nhóm lợi ích càng khó tác động không chính đáng đến việc ra quyết định<sup>19</sup>. Như vậy, để ngăn ngừa tác động không chính đáng của các nhóm lợi ích trong xây dựng chính sách, pháp luật, nhà nước cần khuyến khích sự tham gia của người dân vào quá trình này, bao gồm việc bắt buộc và tạo điều kiện để các cơ quan nhà nước có liên quan tổ chức các cuộc thảo luận công khai về các chính sách, pháp luật đang xây dựng, cũng như tổ chức tham vấn với các chủ thể khác nhau, đặc biệt là những chủ thể chịu sự tác động của chính sách, pháp luật đang được xây dựng<sup>20</sup>.

Ngoài các biện pháp nêu trên, kinh nghiệm ở nhiều nước cho thấy còn có một số biện pháp khác có thể giúp nâng cao tính minh bạch và trách nhiệm giải trình trong xây dựng chính sách, pháp luật, đồng thời giúp xác định những mối quan hệ đáng ngờ giữa các nhóm lợi ích và các cơ quan, nhà hoạch định chính sách, bao gồm: xây dựng pháp luật về tiếp cận thông tin mà cho phép tiếp cận với các tài liệu của các cơ quan nhà nước nắm giữ liên quan đến quá trình xây dựng chính sách, pháp luật; thiết lập các hình thức liên lạc trực tuyến để khuyến khích sự tham vấn và góp ý của người dân vào các dự thảo văn bản pháp luật; quy định về việc biểu quyết công khai, và công khai kết quả biểu quyết các dự án luật trong Quốc hội v.v..<sup>21</sup>

#### **2.5. Chống độc quyền, bảo đảm cạnh tranh lành mạnh trong hoạt động kinh doanh, phát huy vai trò của các tổ chức xã hội và các cơ quan truyền thông**

<sup>16</sup> Xem OECD (2009), t.lđđ.

<sup>17</sup> Xem OECD (2009), t.lđđ.

<sup>18</sup> World Bank (2011), *Public Accountability mechanisms: Indonesia*, <https://www.agidata.org/Pam/ProfileIndicator.aspx?c=93&i=10601>.

<sup>19</sup> Xem Dur, Bievre, t.lđđ.

<sup>20</sup> Transparency International (2009), t.lđđ.

<sup>21</sup> Xem Maira Martini, t.lđđ.



Thực tế ở nhiều nước cho thấy, tình trạng các ngành, lĩnh vực kinh doanh bị chi phối bởi các công ty độc quyền hoặc các tập đoàn mạnh cũng là nguyên nhân dẫn đến tác động không chính đáng của các công ty, tập đoàn đó đến hoạt động xây dựng chính sách, pháp luật<sup>22</sup>. Vì vậy, cần có biện pháp chống độc quyền, thúc đẩy sự cạnh tranh lành mạnh trong hoạt động kinh doanh, chẳng hạn như tái cấu trúc các công ty độc quyền chủ chốt, tăng thẩm quyền của các cơ quan chống độc quyền, loại bỏ các lợi thế cạnh tranh, dỡ bỏ các rào cản gia nhập thị trường của các công ty mới, cải thiện môi trường đầu tư<sup>23</sup>.

Ví dụ ở Hàn Quốc, nơi trước đây giới kinh doanh thường duy trì mối quan hệ thiếu minh bạch với các chính trị gia, từ đó dẫn đến việc các doanh nghiệp lớn lũng đoạn quá trình xây dựng chính sách, pháp luật<sup>24</sup>. Để khắc phục tình trạng đó, Hàn Quốc đã xây dựng một đạo luật chống độc quyền vào cuối thập kỷ 1980<sup>25</sup> và thực hiện một số cải cách khác vào cuối những năm 1990 nhằm tăng cường trách nhiệm giải trình của các nhà lãnh đạo và nâng cao tính minh bạch trong hoạt động quản lý của các Chaebol<sup>26</sup>. Chính phủ cũng củng cố cơ quan chống độc quyền (Ủy ban Thương mại công bằng) bằng việc trao cho cơ quan này quyền lực bán tự pháp. Kết quả là đã làm giảm những ảnh hưởng tiêu cực

của các Chaebol vào quá trình xây dựng chính sách, pháp luật ở Hàn Quốc<sup>27</sup>.

Các tổ chức xã hội và cơ quan truyền thông có thể đóng vai trò quan trọng trong việc giám sát hoạt động vận động hành lang của các doanh nghiệp, qua đó phòng ngừa khả năng tác động không chính đáng của các nhóm lợi ích đến quá trình xây dựng chính sách, pháp luật<sup>28</sup>. Ví dụ, ở Hoa Kỳ, Trung tâm Chính trị đáp ứng (*Centre for Responsive Politics*) đã giám sát và công bố kết quả nghiên cứu về sự lưu chuyển của dòng tiền trong hoạt động chính trị ở Hoa Kỳ và ảnh hưởng của nó đến bầu cử và hoạch định chính sách công, qua đó giúp các cơ quan nhà nước và công chúng nhận biết và có phản ứng kịp thời với những hành vi phạm pháp luật vận động hành lang ở Hoa Kỳ. Ở Bangladesh, một tổ chức phi chính phủ có tên là Jagoree đã thiết lập một nền tảng ứng dụng trực tuyến để cung cấp thông tin và giúp người dân dễ dàng tham gia và giám sát hành động của các nhóm lợi ích trong quá trình xây dựng chính sách, pháp luật<sup>29</sup>.

### 3. Kiểm soát tác động của các nhóm lợi ích đến việc xây dựng chính sách, pháp luật ở Việt Nam

Ở Việt Nam, đã có một số nghiên cứu cho thấy tình trạng các nhóm lợi ích tác động tiêu cực đến hoạt động thực thi chính sách, pháp

<sup>22</sup> Hellman. J (2011), *Strategies to Combat State Capture and Administrative Corruption in Transition Economies*, Background Paper Prepared for the Conference: “Economic Reform and Good Governance: Fighting Corruption in Transition Economies”, <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources>.

<sup>23</sup> Xem Hellman (2011), tlđđ.

<sup>24</sup> Transparency International (2006), *National Integrity System: South Korea*, Transparency International.

<sup>25</sup> Petersen. N (2011), *Antitrust Law and the Promotion of Democracy and Economic Growth*, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, [http://www.coll.mpg.de/pdf\\_dat/2011\\_03online.pdf](http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2011_03online.pdf).

<sup>26</sup> Yanagimachi. I (2004), *Chaebol Reform and Corporate Governance in Korea*, <http://coe21-policy.sfc.keio.ac.jp/D62F531C-B642-457D-8CD8-690300F9644F/FinalDownload/DownloadId>.

<sup>27</sup> Xem Maira Martini, tlđđ.

<sup>28</sup> Transparency International (2009), *TI Plain Language Guide*, [www.transparency.org](http://www.transparency.org).

<sup>29</sup> Xem Maira Martini, tlđđ.

luật,<sup>30</sup> tiêu biểu như vụ Tổng Công ty viễn thông Mobifone mua 95% cổ phần của Công ty nghe nhìn toàn cầu (AVG), vụ Phan Văn Anh Vũ (Vũ Nhôm)<sup>31</sup>... Mặc dù vậy, khác với việc thực thi pháp luật, có quan điểm cho rằng “hiện nay chưa phát hiện ra biểu hiện lợi ích nhóm trong hoạt động lập pháp”<sup>32</sup>, hoặc “lợi ích nhóm trong xây dựng, ban hành văn bản pháp luật rất khó xảy ra”<sup>33</sup>, trong khi quan điểm khác lại cho rằng hiện đã có biểu hiện, tác động không chính đáng của nhóm lợi ích lên quá trình hoạch định chính sách, thậm chí có nơi “nhóm lợi ích” đã can thiệp sâu vào quá trình hướng lái chính sách ở một số lĩnh vực<sup>34</sup>. Nếu nhìn nhận khái niệm “lợi ích nhóm” theo nghĩa rộng hơn, có nhiều ý kiến của đại biểu Quốc hội chỉ ra tình trạng một số bộ, ngành khi đề xuất một dự án luật “cài cắm” lợi ích cục bộ của bộ, ngành mình mà không tính đến lợi ích chung, chẳng hạn như quy định về quỹ tài chính, hay tổ chức và bộ máy trong các đạo luật không phải chuyên ngành; quy định về chế độ, chính sách, điều kiện gia nhập thị trường và điều kiện sản xuất, kinh doanh bất hợp lý, có lợi cho quản lý, điều hành, chỉ đạo của bộ, ngành mình mà đẩy khó khăn cho người dân, doanh nghiệp<sup>35</sup>...

Xét về mặt pháp lý, có thể thấy khung khổ pháp luật hiện hành của Việt Nam đã gồm nhiều quy định có tác dụng phòng, chống việc các nhóm lợi ích gây tác động không chính đáng đến việc xây dựng chính sách, pháp luật. Cụ thể, theo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật và các văn bản hướng dẫn thi hành Luật này, quy trình soạn thảo, ban hành văn bản quy phạm pháp luật bao gồm nhiều bước, nhiều giai đoạn bắt buộc phải tuân thủ, mỗi giai đoạn có tính chất độc lập tương đối (từ lập chương trình xây dựng pháp luật; soạn thảo; thẩm tra; trình Quốc hội xem xét, thông qua), với nhiều chủ thể tham gia, bảo đảm quyền của các chủ thể tham gia không bị sự tác động, sự chi phối tiêu cực của các chủ thể khác<sup>36</sup>. Ngoài ra, ở Việt Nam còn có quy định về hoạt động kiểm tra, giám sát của Đảng đối với các cơ quan nhà nước, bao gồm các cơ quan hoạch định chính sách, pháp luật; quy định về kiểm soát lẫn nhau giữa các cơ quan, tổ chức tham gia mỗi công đoạn của hoạt động lập pháp; quy định về hoạt động giám sát của nhân dân, của các tổ chức xã hội, của báo chí<sup>37</sup>;... qua đó góp phần phòng, chống tác động tiêu cực của nhóm lợi ích trong xây dựng chính sách, pháp luật. Xét rộng hơn, giống như ở nhiều nước, Việt

<sup>30</sup> Nguyễn Ngọc Trương, *Nhận diện “lợi ích nhóm”, “nhóm lợi ích” và biện pháp phòng, chống*, Báo Quân đội nhân dân, <https://www.qdnd.vn/phong-chong-tu-dien-bien-tu-chuyen-hoa/nhan-dien-loi-ich-nhom-nhom-loi-ich-va-bien-phap-phong-chong-624853>, truy cập 25/7/2022.

<sup>31</sup> Nguyễn Văn Chung (2020), *Kiểm soát, ngăn chặn “nhóm lợi ích” ở Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Cộng sản, <https://www.tapchicongsan.org.vn/web/guest/chinh-tri-xay-dung-dang/->, truy cập 25/7/2022.

<sup>32</sup> Nguyễn Mạnh Cường (2022), *Hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực để phòng, chống “lợi ích nhóm” trong hoạt động xây dựng chính sách, pháp luật*, Cổng thông tin điện tử Bộ Nội vụ, <https://moha.gov.vn/baucu/van-ban-huong-dan/hoan-thien-co-che-kiem-soat-quyen-luc-de-phong-chong-loi-ich-nhom-trong-hoat-dong-xay-dung-chinh-sach-phap-luat-47743.html>, truy cập 25/7/2022.

<sup>33</sup> Diệp Trương (2022), *Lợi ích nhóm trong xây dựng, ban hành văn bản pháp luật rất khó xảy ra*, TTXVN/Vietnam+, <https://www.vietnamplus.vn/loi-ich-nhom-trong-xay-dung-ban-hanh-van-ban-phap-luat-rat-kho-xay-ra/797012.vnp>.

<sup>34</sup> Xem Nguyễn Văn Chung, *tlđđ*.

<sup>35</sup> Hà An (2018), *Ngăn chặn lợi ích cục bộ*, Báo Đại biểu nhân dân, <https://daibieunhandan.vn/Goc-nhin/Ngan-chan-loi-ich-cuc-bo-i48988/>.

<sup>36</sup> Nguyễn Mạnh Cường, *tlđđ*.

<sup>37</sup> Nguyễn Mạnh Cường, *tlđđ*.

Nam cũng đã có những quy định của pháp luật điều chỉnh nhiều vấn đề khác có liên quan đến kiểm soát tác động của các nhóm lợi ích, cụ thể như các vấn đề quản lý xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ; kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn; công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình trong hoạt động của bộ máy nhà nước; vai trò và trách nhiệm tham gia của các tổ chức xã hội và người dân vào phòng, chống tham nhũng... Những vấn đề này được quy định trong Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 và một số luật chuyên ngành khác.

Mặc dù vậy, nội dung và việc tổ chức thực hiện các văn bản pháp luật nêu trên, đặc biệt là Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật và các văn bản hướng dẫn thi hành Luật này vẫn còn một số bất cập, tạo ra kẽ hở cho các nhóm lợi ích tác động không chính đáng đến quá trình xây dựng chính sách, pháp luật, trong đó tiêu biểu như<sup>38</sup>: Quy trình lập pháp còn có điểm thiếu hợp lý, nhất là về thời gian dành cho việc thẩm định, thẩm tra dự thảo luật; sự tham gia của các cơ quan hữu quan, của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên trong xây dựng và giám sát hoạt động lập pháp còn chưa thực sự hiệu quả; Việc đánh giá tác động, lấy ý kiến đối với dự thảo luật đôi khi còn mang tính hình thức; chất lượng tờ trình, báo cáo đánh giá tác động của chính sách, báo cáo rà soát thủ tục hành chính, báo cáo thẩm định, thẩm tra... có lúc, có nơi chưa đáp ứng yêu cầu; tình trạng “nề nang”, “lợi ích cục bộ ngành, địa phương” trong quá trình xây dựng luật vẫn còn xảy ra<sup>39</sup>. Tương tự, hiệu quả thực thi những quy định của pháp luật về quản lý xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ; kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn; công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình trong

hoạt động của bộ máy nhà nước; vai trò và trách nhiệm tham gia của các tổ chức xã hội và người dân vào phòng, chống tham nhũng... cũng còn hạn chế.

Tuy nhiên, vấn đề lớn hơn liên quan đến cách thức tiếp cận hay chiến lược kiểm soát tác động của các nhóm lợi ích với việc xây dựng chính sách, pháp luật. Nhìn từ góc độ này, đối chiếu với một số quốc gia khác, có thể thấy rằng, khung pháp luật hiện hành của Việt Nam đã nêu ở trên mới chỉ tập trung vào việc giám sát các cơ quan đề xuất, soạn thảo dự án luật, mà *chưa chú ý đến việc kiểm soát hoạt động của cán bộ, công chức tham gia vào quá trình đó, cũng như hoạt động của các nhóm lợi ích, đặc biệt là nhóm lợi ích về kinh tế, trong việc tác động đến các cơ quan, tổ chức và cán bộ, công chức tham gia vào quá trình xây dựng chính sách, pháp luật.*

Sự bất cập về cách tiếp cận như nêu trên có thể xem là một trong những nguyên nhân dẫn đến hậu quả là Việt Nam chưa có luật vận động hàng lang - một đạo luật rất quan trọng để minh bạch hoá hoạt động lập pháp và phòng, chống việc các nhóm lợi ích gây tác động không chính đáng đến việc xây dựng chính sách, pháp luật. Thực tế ở nhiều quốc gia đã cho thấy, luật vận động hàng lang là một trong những công cụ pháp lý nòng cốt, không thể thiếu để vừa phát huy được những khía cạnh tích cực, vừa phòng ngừa được những tác động tiêu cực của các nhóm lợi ích tới hoạt động xây dựng chính sách, pháp luật.

#### 4. Kết luận và đề xuất

Sự hình thành, tồn tại, phát triển của các nhóm lợi ích là vấn đề mang tính tất yếu, khách quan trong mọi xã hội. Vì thế, sự tác động của các nhóm lợi ích đối với Nhà nước

<sup>38</sup> Xem Nguyễn Mạnh Cường, t.lđd.

<sup>39</sup> Xem Nguyễn Mạnh Cường, t.lđd.

nói chung, với hoạt động xây dựng chính sách, pháp luật của Nhà nước nói riêng, cũng là tất yếu khách quan. Tác động của các nhóm lợi ích đến hoạt động xây dựng chính sách, pháp luật mang tính hai mặt. Mặt tích cực là giúp các cơ quan nhà nước có thẩm quyền có nhiều dữ liệu, thông tin để xây dựng chính sách, pháp luật phù hợp thực tiễn. Mặt tiêu cực là nếu không được quản lý phù hợp, các nhóm lợi ích có thể gây tác động một cách không chính đáng, bất tương xứng hay bất hợp lý đến cơ quan, nhà hoạch định chính sách, khiến cho chính sách, pháp luật ban hành ra không phản ánh đúng thực tiễn, chỉ phục vụ lợi ích của một, một số nhóm xã hội, làm thiệt hại lợi ích của Nhà nước, cộng đồng và các nhóm xã hội khác.

Kinh nghiệm nhiều quốc gia trên thế giới cho thấy, để quản lý hiệu quả tác động của các nhóm lợi ích đến xây dựng chính sách, pháp luật, cần luật hoá hoạt động vận động hành lang để buộc mọi hành động của các nhóm lợi ích tác động đến cơ quan, nhà hoạch định chính sách phải công khai, minh bạch, có trách nhiệm giải trình, và chịu sự giám sát của mọi cơ quan nhà nước, tổ chức xã hội, báo chí và người dân. Bên cạnh đó, cần củng cố khung pháp lý về một loạt vấn đề có liên quan khác, như kiểm soát xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ; kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn; công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình trong xây dựng chính sách, pháp luật; chống độc quyền, bảo đảm cạnh tranh lành mạnh trong hoạt động kinh doanh, phát huy vai trò của các tổ chức xã hội và các cơ quan truyền thông trong quản trị quốc gia và phòng, chống tham nhũng.

Ở Việt Nam, vấn đề phòng, chống tác động tiêu cực của các nhóm lợi ích với hoạt động của Nhà nước, trong đó bao gồm hoạt động xây dựng chính sách, pháp luật, gần đây được

Đảng và Nhà nước rất quan tâm. Việt Nam đã có khung pháp luật khá toàn diện, cụ thể về việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật, góp phần làm giảm khả năng các nhóm lợi ích tác động tiêu cực đến quá trình này. Bên cạnh đó, Việt Nam cũng đã có những quy định của pháp luật khá toàn diện về hầu hết những vấn đề liên quan cần thiết để góp phần kiểm soát tác động của các nhóm lợi ích đến việc xây dựng chính sách, pháp luật.

Dù vậy, trong thực tế hiện nay ở nước ta vẫn có hiện tượng nhóm lợi ích tác động tiêu cực đến hoạt động xây dựng chính sách, pháp luật. Một trong những nguyên nhân là do khung pháp luật có liên quan, kể cả trong vấn đề ban hành văn bản quy phạm pháp luật, vẫn còn những hạn chế nhất định. Cùng với đó là việc tổ chức thực hiện, giám sát thực hiện pháp luật trong một số vấn đề còn thiếu kiên quyết, chặt chẽ, hiệu quả. Tuy nhiên, quan trọng hơn đó là pháp luật Việt Nam chưa chú ý đúng mức đến việc kiểm soát hoạt động của cán bộ, công chức tham gia vào quá trình xây dựng chính sách, pháp luật và hoạt động vận động hành lang của các nhóm lợi ích trong quá trình đó.

Cùng với quá trình phát triển, đổi mới, hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng, trong thời gian tới ở nước ta sẽ còn có thêm nhiều nhóm lợi ích và tác động của các nhóm lợi ích đến hoạt động xây dựng chính sách, pháp luật sẽ ngày càng mạnh mẽ hơn. Điều đó đặt ra yêu cầu cấp thiết phải khắc phục những hạn chế đã nêu ở mục trên để hoàn thiện khung khổ pháp luật có liên quan, trong đó đặc biệt là việc nghiên cứu luật hoá các quy định về vận động hành lang để phát huy những khía cạnh tích cực, ngăn ngừa những khía cạnh tiêu cực trong quá trình các nhóm lợi ích tham gia xây dựng chính sách, pháp luật ■

