

# STATE OF EMERGENCY, PATERNALISTIC STATE AND CRIMINAL JUSTICE: THE STORIES OF CHINA AND VIETNAM

Lan Chi LE (Ph.D)

Vietnam National University, Hanoi

School of Law

[lelanchi@vnu.edu.vn](mailto:lelanchi@vnu.edu.vn)

## Summary

The declaration of a state of emergency is a responsibility belonging to the State to protect the interests of the society and citizens in special circumstances. When declaring a state of emergency, the State shall, on behalf of its people, choose a minor damage rather than a greater one. In this context, in the name of common interest for the whole family, the State plays a parental role in a large family and provides a highly imposing, non-consultative and unbiased measure regardless of the family members' perspectives. However, in many countries, this type of measure exists even during the normal state, forming a paternalistic state regime.

This writing poses the question: *How does the paternalistic state regime influence the relationship between the State and its people in countries which more or less follow this regime such as China and Vietnam? How do China and Vietnam benefit from this regime once they face an emergency?* When drawing a comparison between the application of measures to restrict human rights in a state of emergency and in criminal justice in paternalistic states, the writing continues to raise the question: *Can there be any similarities in the criteria which restrict human rights in criminal justice and can there be a shift from such criteria in criminal justice into those in an emergency?*

This article utilizes methods of context, history, comparison and analysis of written laws to solve the afore-mentioned matters. Through initial research, it can be seen that the characteristics of the modern state, the paternalistic tradition of the state and the culture of accepting the parental role of the state in these two countries facilitate the transition of the society from a normal state to a state of emergency. During a state of emergency, the formation of criteria that restrict human rights can be referred from the criteria in criminal justice.

## Discussion

### 1. STATE OF EMERGENCY: “FROZEN” AND “HEAT”?

“A state of emergency derives from a governmental declaration made in response to an extraordinary situation posing a fundamental threat to the country... States of emergency have two components: a legal framework consisting of the constitutional and legislative bases for the state of emergency, and an operational framework involving the organisational structure and strategic

plans for dealing with the state”<sup>1</sup>. A state of emergency “freezes” a lot of social relations and civil activities, myriads of production and business activities can be obstructed and transitioned from a dynamic state to a static, or even to a completely immobile state. Compared to the stimulation of the normal state, when it comes to a state of emergency, such stimulation is “frozen”. In essence, a significant number of human rights such as freedom of movement, freedom of residence, freedom to conduct a business, freedom of assembly, etc. are “frozen”. Public services provided to the people can also be “frozen”. “The declaration may suspend certain normal functions of government, may alert citizens to alter their normal behaviour, or may authorise government agencies to implement emergency preparedness plans as well as to limit or suspend civil liberties and human rights”<sup>2</sup>. The people have to reduce and sacrifice their rights and freedom, because “the need to declare a state of emergency may arise from situations as diverse as an armed action against the state by internal or external elements, a natural disaster, civil unrest, an epidemic, a financial or economic crisis or a general strike”<sup>3</sup>, these situations are significant hazards for a great number of people as well as for the whole country.

In contrast, for the State, the heat coming from operation of social management activities during a state of emergency is significant. The reason is that, at this time, “the life of the nation is threatened. This will occur when, in the light of threats facing the nation, the normal powers of the authorities have become inadequate to govern the country”. The State shall instruct and coordinate the emergency rescue, take special measures to avoid or mitigate damage, mobilize internal reserves and call for external support, protect the safety of key positions and infrastructures and maintain public security order, etc. The obligations implemented by the State daily to ensure human rights and individual freedom need to be temporarily delayed in order to focus on more urgent and major tasks.

Nonetheless, these are just the two cold and hot tones of a country's social picture in a state of emergency on the outside. Another layer of the picture can be covered by the dash of the state of emergency, thus becomes uneasy to reveal. It is the heat of frustration, discontent and unrest caused by the State’s abuse of power in the application of a state of emergency and coercive measures in relation to human rights in the name of the state of emergency. It is the coldness of the State's irresponsibility when intentionally failing to take necessary measures or those which can support the people, or the coldness of the insensitivity when applying without consideration the “sacrifice small interests to protect great ones”, “the outcome is more important than the process” or “the purpose is more dominant than the means” formulas in a state of emergency - implicitly considering the sacrifice of a number of people to be natural without any hesitation or torment.

In a state of emergency, the State’s attitudes and behaviors towards the people create the warm and cold tones of the social picture, depending on a number of “variables” such as the timeliness of the information that the State accesses, the level of sensitivity, calmness and wisdom of the head of State in specific circumstances. However, as a whole, the State’s attitudes and behaviors towards the people in a state of emergency depend on an invariable and predictable “constant”, which is the State's social responsibility, the level of human rights and civil rights protection, the respect for people's opinions during a normal state. On the other hand, the State’s attitudes and

---

<sup>1</sup> Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, “States of emergency” (2005), Backgrounder Series, 1 ([https://www.files.ethz.ch/isn/14131/backgrounder\\_02\\_states\\_emergency.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/14131/backgrounder_02_states_emergency.pdf))

<sup>2</sup> Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (n 1), 1

<sup>3</sup> Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, (n 1), 1

behaviors towards people in a state of emergency is also a test to assess the responsibility of the State with regard to its people, and at the same time a measure for the level of human rights and civil rights protection and respect for people's opinions. For China and Vietnam, the two countries which are more or less paternalistic, this model is a “constant” to predict and evaluate the State's conduct with the people when facing a state of emergency.

## 2. PATERNALISTIC STATE: RESPONSIBILITY? IMPOSITION?

Eastern States, including China and Vietnam, have a history of establishment associated with "states of emergency", stemming from the need to unify during “emergency states” caused by floods, natural disasters and foreign invaders. “If compared to Western States, Eastern ones were established earlier regarding time and space, originating from natural, economic and social characteristics. Most Eastern States were established with characteristics such as strong cohesion, high representativeness and weak hierarchy. Strong connections are used to meet the demand for water treatment against floods, for irrigation and the need for defense. The State was originally founded to work as a public agency, performing the function of representing the community, and the aristocracy initially performed social functions to ensure the common interests of the whole community, then became independent and dominate the society”<sup>4</sup>.

However, the later development of the Eastern States had the overall tendency to recognize State power as natural, and the emperors considered themselves as “heavenly beings” (sons of God). The apparatus and bureaucracy of the State continued to identify themselves as parental authorities - the parents who rule over the people<sup>5</sup>. In relation to China, due to geopolitical factors, the influence of Chinese ideology and Chinese law, the governance model of the Vietnamese feudal dynasties in general and of nations belonging to “Chinese imperial legal system” (“中华法系”) is often generalized according to the “Confucianism is the first and Legalism is the second” (“阴儒阳法”) formula. This is created from a combination of two nearly opposite political-legal ideologies which are Confucianism and Legalism. Confucianism emphasized the nature of the power and responsibility of the State in utilizing such power to take care of the people. Confucianism has transformed the State into a parent of the society, creating a parental image for the State. On the other hand, with its practicality, Legalism gives its parent the art of ruling, lawmaking philosophy law and criminal justice with a focus on repression in order to strengthen the ruler's power.

In the “Confucianism is the first and Legalism is the second” formula, “Confucianism” prevailed, taking the leading position. “The political situation in China before the time of Confucius and during the Spring and Autumn period and the Warring States period, the dominant powers, whether they wanted it or not, could not help but to care about the life and the role of the people to a certain extent. This is not the subjective will of the dominant authorities, but rather reflects the fact that in China (as well as other Eastern countries in general), their dominance is not always directly

---

<sup>4</sup> Nguyen Minh Tuan, *Lich su Nha nuoc va phap luat the gioi (The history of the states and laws in the world)*, (Dai hoc Quoc gia Ha Noi, 2016) 55

<sup>5</sup> Paternalistic leadership is a managerial approach that involves a dominant authority figure who acts as a patriarch or matriarch and treats employees and partners as though they are members of a large, extended family. In exchange, the leader expects loyalty and trust from employees, as well as obedience. See: <https://searchcio.techtarget.com/definition/paternalistic-leadership#:~:text=Paternalistic%20leadership%20is%20a%20managerial,employees%2C%20as%20well%20as%20obedience.>

determined by economic status. Even the *Scriptures* show that there were many ideologies expressing an interest of the ruling class in the life and the role of the people... The interest in the life and the role of the people also serves as a constant in the political life of Eastern countries. Therefore, the people and their role is a matter of concern for most Confucian scholars, it is a basic content in socio-political theory and in the Rule of Virtue of Confucianism. Regarding this issue, Chinese Confucian scholars, starting from Confucius onwards paid special attention to the people, upheld their role and required the king and the rulers to truly love and take care of the people the way parents take care of their children”<sup>6</sup>.

In the meantime, Legalism introduced the theory of Law (Fa) và Penalty (Xing). “Fa” is a ruling tool to strengthen the power of the State, the law is the penal code, the penal code is the punishment and the law is the final tool to resolve disputes, which is applied for prevention, the results of law application are more important than its process: “Power regarded as law, law regarded as punishment, contempt for law on proceedings, emphasis for mediation, disregard for rights, and emphasis for prevention”<sup>7</sup>. According to Legalism theory, in addition to “Fa”, “Shu” is considered an administration method, and the art for reigning a country and its people<sup>8</sup> which is one of three pillars of ruling in Legalism, namely “Fa”, “Shi”, and “Shu”. “Fa” and “Shu” are used to reinforce “Shi”. “Shi”, also known as the position, power or authority of the head of the state, the king, which is a fundamental condition for leadership, ruling a country and all lands and commanding over the officials<sup>9</sup>.

As China and Vietnam transitioned to a new regime in the second half of the 20th century with the leadership of the Communist Party<sup>10</sup>, the responsibility to care for the people continued to be asserted. Contradicting to the role of the State as the parent of the people as in the old regimes, the communists asserted themselves as servants for the people. The duty and responsibility of the State led by the Communist Party with regard to the people comes from the nature of the State as of the People, by the People and for the People. The Constitution of the People’s Republic of China (Amended 2018) stipulates: “The State power belongs to the people, the people exercise their State power through the representative body - the National People’s Congress and the People’s Congress at the local level” (Article 2). The 2013 Constitution of Vietnam stipulates: “The State of the Socialist Republic of Vietnam is a socialist rule of law state of the People, by the People, for the People” (Article 2).

Nevertheless, both China and Vietnam more or less follow the paternalistic State style. The paternalistic State is not equal to a dictatorial, monopolistic State. It is rather a social governance style in which the State tends to make decisions which are perceived to be beneficial for the society and for the people by itself. This comes from the State’s social responsibility and diligence. This

---

<sup>6</sup> Nguyen Thanh Binh, “*Tư tưởng về “đạo trị nước” ở các nhà nho Việt Nam*” (The Thoughts on “Philosophy of Governance” of Vietnamese Confucianists) (2007), 1(188) *Triết học*

<sup>7</sup> Du Vinh Can, *Tong quan tu tuong phap luat Nho gia* (Overview on Confucists’ Ideals on Law), (Nhan dan Quang Tay 2000), Vietnamese version translated by Institute of Scientific Information, Hochiminh National Political Academy) 29

<sup>8</sup> Klaus Mühlhahn, *Criminal Justice in China A history* (Harvard University 2009) 37

<sup>9</sup> Mühlhahn (n 8), 35

<sup>10</sup> The 20th century witnessed momentous changes in the national and legislative history of the two countries. On September 2, 1945, the Democratic Republic of Vietnam was established. On October 1, 1949, the People’s Republic of China was formed.

style is expressed in various formulas: “A’s motivation is paternalist, in other words, if A is acting for B’s benefit and if A would go ahead even in the knowledge that B did not consent”<sup>11</sup>, or “In general, any legal rule that prohibits an action on the ground that it would be contrary to the actor’s own welfare is paternalistic”<sup>12</sup>. “Paternalist policies seek to advance people’s (perceived) interests and welfare at some cost to their liberty and freedom of action (autonomy and freedom)”<sup>13</sup>. However, in order to make decisions for the benefit of the people (although through the subjective perspective of the State), the paternalistic State needs to pay attention and hold responsibility for the people. On the other hand, the State requires a lot of authority and tends to centralize power.

The care and responsibility towards the people as well as the tendency to centralize power of the paternalistic State in the society are quite similar to those of the parent in a family to manage a family, to rule and pacify a country (“齊家,治國,平天下”) according to the traditional Confucian formula. In modern political culture, the two nations share the common characteristics of reverence and centralized power for leaders. The leaders are prime representatives of a social regime, a State, from Mao Zedong to Xi Jinping of China, Ho Chi Minh of Vietnam, these leaders are worshiped for one of the reasons being they love and care for people like family members. In this relationship, people are cared for, loved and guided: “东方红, 太阳升中国出了个毛泽东。他为人民谋幸福... 毛主席 · 爱人民 · 他是我们的带路人, 为了建设新中国” (The east is red, the sun is rising. From China, appears Mao Zedong. He strives for the people’s happiness... Chairman Mao loves the people. He is our guide to building a new China)<sup>14</sup>. Therefore, people tend to entrust themselves to the leader and let the State decide for themselves.

Both China and Vietnam organize the State power according to the democratic centralism principle, not the principle of “separation of power”. The Constitution of China states: “The organization and operation of the State system follow the principle of democratic centralism (Article 3), the administrative, judicial and supervisory bodies are elected by National People’s Congress and subject to supervision of this agency”. Similarly, the 2013 Constitution of Vietnam stipulates: The State power is unified, with the allocation, coordination and control among State agencies in the implementation of legislative, executive and judicial rights”(Article 2). At the same time, the one-party regime (Communist Party) of the two nations also facilitate the concentration of power. The Chinese Constitution states that “The socialist system is the basic system of the People’s Republic of China. The defining feature of socialism with Chinese characteristics is the leadership of the Communist Party of China. Disruption of the socialist system by any organization or individual is prohibited” (Article 1) and the Vietnamese Constitution states that the Communist Party of Vietnam “is a force leading the State and the society” (Article 4).

---

<sup>11</sup> David L. Shapiro, “Courts, Legislatures, and Paternalism” (1988), 74 Va. L. Rev. 519

<sup>12</sup> Anthony T. Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts” (1983), 92 Yale L.J. 763

<sup>13</sup> Matthew Thomas, Luke Buckmaster, “Paternalism in social policy when is it justifiable?” (Research Paper no. 8 2010–11,

[https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp1011/11rp08#:~:text=%5B7%5D%20Paternalist%20policies%20seek%20to,particular%20activities%20that%20affect%20the%20m](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp1011/11rp08#:~:text=%5B7%5D%20Paternalist%20policies%20seek%20to,particular%20activities%20that%20affect%20the%20m)

<sup>14</sup> The words of “东方红” (Dong fang hong) - unofficial “National Anthem” of China in the period of the Great Proletarian Cultural Revolution (1966-1976)

On the other hand, the term “dictatorship” was enshrined in the State nature in the contemporary Chinese Constitution and was also recorded in the 1980 Constitution of Vietnam<sup>15</sup>. When the State attaches itself to the so-called “dictatorship”, whether it is the “democratic dictatorship” or the “proletariat dictatorship”, when the State imposes big policies that significantly restrict human rights and civil rights, including the declaration of a state of emergency, the “dictatorship” gets an even more important role and is ready to be utilized by the State.

Due to such concentration of power of the State, the so-called “dictatorship”, trust and the sense of reliance and passivity of the people, the State tends to impose its will on the society without much criticism or opposition. The implementation of the variations of the state of emergency and imposition of coercive measures on the people in the flow of political and historical culture in the two countries happens without facing too many barriers. The Chinese State policies such as “cand “Three Red Banners” movements in the late 1950s of the last century are typical of the imposition of thoughts. The Cultural Revolution and ideology improvement policies later showed the paternalistic style in modern political culture in this country.

In Vietnam, with regard to the wartime policy in 30 years (1945-1975), the Northern and Southwest border wars in the 1980s forced the country to live in different forms of “states of emergency”. The commanding, centralized, bureaucratic, subsidized economy in Vietnam and even in China prior to reform was also typical of the imposition of the will of the State, the State replaced the role of the market in regulating the economy. Thus, although the state of emergency was not applied, the people were not unfamiliar to the policies, circumstances and stages in which the State, in the name of interests of the people, imposed a high level of subjective will on its people.

In Vietnam, the Ordinance on state of emergency was promulgated by the Standing Committee of the National Assembly in 2000, after that, the Government’s Decree No. 71/2002/NĐ-CP dated July 23, 2002 detailing implementation of a number of articles of the Ordinance on state of emergency in case of disaster, dangerous epidemic was announced. In addition, the Law on Prevention and Control of Infectious Diseases in 2007, the Veterinary Law in 2015, the Law on Defense in 2018, the Law on Cyber Security in 2018, etc. also stipulated specific a state of emergency. However, the grounds for restricting human rights in a state of emergency have not been fully stipulated in the Ordinance on state of emergency, since this Ordinance is still inadequate as a large number of issues require amendments. In terms of protecting human rights due to the application of coercive measures in a state of emergency, Decree No. 71/2002/NĐ-CP dated July 23, 2002 only mentioned “the prohibition of abusing the state of emergency to infringe upon the State’s interests, legitimate rights and interests of agencies, organizations and individuals” (Article 6(2)). On the other hand, “The Ordinance on state of emergency was issued 20 years ago. In the last 20 years, a higher-level legal document has been issued with more provisions than this Ordinance... The Ordinance on state of emergency does not fully respond to the new conditions in our country today. The Ordinance should be changed into a Law on state of

---

<sup>15</sup> The Constitution of China The China’s constitution does emphasize the authoritarian power of the State. The China Constitution (2018 Constitutional Amendment), The Constitution of China enshrines: “The People’s Republic of China is a socialist state under the people’s democratic dictatorship led by the working class and based on the alliance of workers and peasants” (Article 1). With respect to Vietnam, the 1980 Constitution: “The Socialist Republic of Vietnam is a proletariat dictatorship state” (Article 2) had been removed by the 1992 Constitution.

emergency to ensure uniformity and consistency in the legal system ... provisions in legal documents related to the state of emergency do not give a clear definition of a state of emergency. There is only a list of situations in which a state of emergency can be declared”<sup>16</sup>. “There exist myriads of conflicts and overlap in legal documents on state of emergency.”<sup>17</sup>

In China, the Emergency Response Law of the People's Republic of China was enacted in 2007. This law was highly expected in this country and certain Chinese scholars said: In China, there is a serious shortage of the laws on state of emergency, the institutionalization of a state of emergency, the protection of citizens' basic rights in the state of emergency, all of which have become a hot issue that requires research in the field of constitutional science and politics<sup>18</sup>. The law on state of emergency is enacted with the aim of “preventing and reducing the occurrence of emergencies, controlling, mitigating and eliminating the serious social harm caused by emergencies, regulating the activities in response to emergencies, protecting the lives and property of the people, and maintaining national security, public security, environmental safety and public order” (Article 1). The measures prescribed by the law to deal with emergencies show that similar to the general formula of the law on state of emergency in other countries, these are also measures used to "freeze" social activities and restrict human rights such as taking control of the buildings, means of transportation, equipment and facilities, blockading the related places and roads, examining the identity certificates...<sup>19</sup>. On the other hand, the State “in accordance with law, imposing severe punishment on persons who disrupt public order by looting, and interfering with and sabotaging emergency handling, etc., to maintain public security” (Article 48(8)). At the same time, the State requires the availability of the police system “when an incident seriously endangering public security occurs, the public security organs shall immediately send out policemen and, in light of the situation at the scene, take the appropriate compulsory measures according to law to restore social order as soon as possible” (Article 50(5)) as well as the flexibility of the court system: “Where litigation, administrative reconsideration or arbitration cannot be conducted normally because of the adoption of emergency response measures, the provisions on suspension of limitation period or of proceedings shall apply, unless otherwise provided for by law” (a 13). The law on state of emergency has raised the responsibility of the State, creating an

---

<sup>16</sup> Bui Thu Hang, “Ban hành văn bản trong tình trạng khẩn cấp nhìn từ dịch bệnh Covid- 19” (The issuance of administration documents in the state of emergency – from the perspectives of Covid-10 pandemic) (2020), *Nghien cuu lap phap* (<http://lapphap.vn/Pages/ChuyenMuc/4015/Thuc-tien-phap-luat.html>)

<sup>17</sup> Luong Le Minh, “Thực trạng pháp luật Việt Nam trước khả năng ban bố tình trạng khẩn cấp về dịch Covid-19” (The legislation of Vietnam to deal with the prospect of imposing the state of emergency due to Covid-10 pandemic) (2020) (<https://vietnamfinance.vn/thuc-trang-phap-luat-viet-nam-truoc-kha-nang-ban-bo-tinh-trang-khan-cap-ve-dich-covid-19-20180504224236897.htm>)

<sup>18</sup> See: 黄学贤, 郭殊 (HUANG Xue-xian, GUO Shu), “试论紧急状态下公民基本权利之保障” (Citizen's Fundamental Rights under the State of Emergency) (2004), *当代法学*(18.4) ([http://en.cnki.com.cn/Article\\_en/CJFDTotat-DDFX200404013.htm](http://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTotat-DDFX200404013.htm))

<sup>19</sup> The Emergency Response Law of China 2007 allows to take one or more of the following measures for handling the emergency: “(1) compulsorily keeping apart the parties that fight each other with tools or participate in conflicts with violence, properly resolving the disputes and controversies on the spot, and taking control of the development of the situation; (2) taking control of the buildings, means of transportation, equipment and facilities and the supply of fuels, gas, power and water in a given area; (3) blockading the related places and roads, examining the identity certificates of the persons at the scene, and restricting the activities held in the related public places; (4) keeping close guard of the key organs and units which are vulnerable to attack, and posting temporary security cordons around such units as the State organs, military organs, State news agencies, radio and TV broadcasting stations, and foreign embassies and consulates in China; and (5) taking other necessary measures as specified by laws and administrative regulations and by the State Council” (Article 49).

initiative for the State when it comes to handling states of emergency, which is an objective request. However, regulations on limiting human rights, support and compensation have not been fully covered<sup>20</sup>.

Although the institution for state of emergency in both China and Vietnam is gradually being improved, it is mainly approached by means of empowering the State so that it can respond to states of emergency proactively, effectively and promptly. Consultation with the people is not truly necessary when the State acknowledges that the declaration of a state of emergency and the application of coercive measures in a state of emergency is to protect the interests of the people and the society. The mechanism to restrict human rights in a state of emergency is vague. This is a typical characteristic of the paternalistic state style, displaying through the provisions of the law on state of emergency.

### 3. RESTRICTION OF HUMAN RIGHTS IN A STATE OF EMERGENCY – THROUGH THE LENS OF CRIMINAL JUSTICE

The field of criminal justice is the area with an indispensable role of the State to solve crime: detect, investigate and handle crimes. In the paternalistic State, the State is present with the central role of the whole criminal justice system, possessing dominant and governing power. Through criminal justice, the State strengthens its views on social order and justice. The State gives itself the role of restoring social order and justice when violated by criminals. In a parental position, the State exercises the right to prosecute and adjudicate offenders with the capacity of an extremely powerful subject: it has the right as the representative of the society to punish those who cause the most severe damage to the society, it has the necessary tools and means for implementation. With this attitude, the State does not only shown the role of the social representative but also expresses a subjective viewpoint, demonstrating its strong power to prevent and suppress threats to social order and public security such as crime or riot, social unrest or war, natural disasters and epidemics. Moreover, the danger of the power of the State in a state of emergency lies in the risk of abuse of authority against human rights and the rule of law, the risk of using such power as a tool of governance; the basic premise of this power is the maintenance of national security, public order as prescribed by the constitution. However, in fact, it often becomes an excuse for the rulers to protect personal safety or personal dominant status<sup>21</sup>.

The State's coercive measures in criminal justice are those restricting human rights most significantly in a normal state. Restriction of human rights in a state of emergency is the most significant means to limit human rights in abnormal state – one that can threaten the survival of a nation. Restriction of human rights in a state of emergency has a wider scope of application

---

<sup>20</sup> The Emergency Response Law of China 2007 provides several requirements to coercive measures applied such as: “The authority making precautionary plans in response to emergencies shall make timely modification of the same according to actual needs and changes in the situation” (a 17), sanctions to competent government officials: “failing to return the expropriated property of the units or individuals in a timely manner, or failing to compensate according to regulations the units or individuals whose property is expropriated” (Article 63(8).

<sup>21</sup> See: 郭春明 (GUO Chun-ming), “论国家紧急权利” (On the State Emergency Power) (2003), 法律科学.西北政法学院学报 (05)

(<http://new.oversea.cnki.net/kcms/detail/detail.aspx?filename=DOUB200305007&dbcode=CJFQ&dbname=CJFD2003&v=>)



(applied to more people, could be an entire area, a community without discrimination of specific individuals), is more diverse in respect of the subject of application (various types of human rights that are not primarily political civil rights as in criminal justice) as well as differences in the nature of the measures (some measures are only applied in a state of emergency and some are applied only in criminal justice).

Restricting human rights in criminal justice is a serious, objective, necessary and stipulated limitation, with red boundaries between State power and human rights, civil rights and these boundaries have been set reasonably, containing cultural and human values in international human rights law as well as national laws. The question is can we use the formula to restrict human rights in criminal justice to limit human rights in a state of emergency? Which criteria to be used?

The answer is “yes” because, to a certain extent, the application of the State’s coercive measures in criminal justice is relatively similar to the State's imposition on the people in a state of emergency. As a system for handling crimes, criminal justice is a field in which the State also applies coercive measures (to accused and convicted persons). These measures are similar to coercive measures in a state of emergency as they are all used to restrict human rights, resulted from the need to protect the safety of the society and community benefits (to prevent danger to society due to criminals or natural disasters which may continue to occur), can be applied without sufficient information to carefully assess the necessity of application (in many cases, decisions must be made to quickly determine the application to prevent and limit damages, the risks of damage being or about to take place). Thus, it is possible to utilize a formula to restrict human rights in criminal justice to limit human rights in a state of emergency. From the above similarities, general applicable human rights restriction criteria include:

First, the State shall restrict human rights based on the provisions of the Constitution on cases of restriction and the rights that cannot be deprived or restricted. Based on the Constitution, the law shall specify the grounds, order and procedures to restrict rights. For example, the 2013 Constitution of Vietnam sets out the rule that restricts human rights and citizens’ rights: “Human rights and citizens’ rights shall only be restricted when prescribed by law in imperative circumstances for the reasons of national defense, national security, social order and security, social morality and community well-being” (Article 14(2) to determine the scope and manner of the State restricting human rights and citizens’ rights;

Second, the degree of right restriction shall be compatible with the necessity of the situation. The application of coercive measures is the last resort if there is no other alternative to choose from;

Third, the State shall consider the need to continue applying coercive measures on the basis of the practical necessity of the situation and the ability to withstand of the person in order to promptly cancel or replace the measures;

Fourth, the State shall fulfill the information obligation: promptly and fully notify the reason for the application of coercive measures (similar to the information obligation towards arrestees prescribed in the International Convention on political civil rights in 1966: “Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him” (Article 9(2) as well as information about restricted and unrestricted rights, obligations that the enforced person must comply with;

Fifth, the State shall be responsible for apologizing, compensating if there is recklessness or intentions which lead to damages to the people when applying coercive measures (similar to the compensation obligation to people who are illegally arrested in accordance with the 1966 International Convention on political civil rights: “Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation” (Article 9(5)).

The formula to restrict human rights in criminal justice is an essential reference to create regulations on a state of emergency in paternalistic states. The position of judiciary in general and criminal justice in particular in China and Vietnam - where the State power is organized according to the principle of democratic centralism, even though there is a allocation and mutual control among the agencies that exercise legislative, executive and judicial rights, is relatively more limited than in countries with the “separation of power” principle with a “check and balance” relationship among the branches of power. For many countries following the principle of “separation of power”, “The judicial system must continue to ensure the right to fair trial. It also must provide individuals with an effective means of recourse in the event that government officials violate their human rights. In order to guard against infringement of non- derogable rights, the right to take proceedings before a court on questions relating to the law- fulness of emergency measures must be safe- guarded through independence of the judiciary. The courts can play a major role in decisions concerning the legality of a declaration of a state of emergency as well as in reviewing the legality of specific emergency measures”<sup>22</sup>. Nonetheless, the judicial review mechanism in China is still insufficient and the same with Vietnam (without a constitutional court or constitutional council). The judiciary in Vietnam exercises judicial powers as defined in the 2013 Constitution, Article 102(1), but there are no specific provisions on the content of judicial powers and judicial review has not been set.

Thus, the restriction of human rights in a state of emergency with the formulas of criminal justice becomes even more meaningful when it comes to protect human rights.

## **Conclusion**

A state of emergency is an abnormal situation and the State must be prepared to face such anomaly when the society is in a normal state, in which the formation of law on state of emergency is one of the preparation activities. The State shall take the standards of the normal state and at the same time anticipate necessary standards of the abnormal state to design the law on state of emergency. One of the norms of the ordinary state is the standards that restrict human rights when applying coercive measures in criminal justice. These standards must be based on the constitution and laws, compatible between the grounds of restriction and the level of restrictions, transparent in procedures and must have regular consideration of the necessity for continuation of application of restrictive measures, the State must apologize and compensate for damage caused by its coercive measures stemming from its power being misused or abused, etc. These standards are applied to

---

<sup>22</sup> Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (n 1), 3

prevent the state's abuse of authority towards the people in the criminal justice sector, where human rights are most restricted, the risk of abuse of power is highest - in the normal state of society.

The paternalistic State is a style of social management in which the State often imposes its subjective will towards the people, as long as the State thinks it is beneficial for the people and with its position and responsibility, this is what the State needs to do. When overcoming a state of emergency, an ordinary State without paternalism may also have to become a paternalistic one: it must quickly issue orders that are considered favorable for the State and the people without the ability to consult them. The question is, whether these decisions really suit the interests and needs of the people or not? In a state of emergency, the general principle is to sacrifice a small benefit instead of losing a greater one, but can the subjective decisions of the State turn into sacrifice of a great benefit in order to retain a small one?

China and Vietnam are countries where paternalistic states have been shaped throughout history, which stem from the tradition of Confucianism and Legalism in the history of political ideology, acknowledging the paternalistic role of the State and its concentration of power as well as inequality in the relationship between the State and its people. In the modern context, the concentration of State power, the responsibility of the State towards the people, the passive attitude of the people, the somewhat passive culture of people empowering their decision-making power to the State are the factors that cause the remain of present paternalistic style. These are favorable points for the State to enact legislations on state of emergency in the direction of giving many decision-making authority to the State in the event of emergencies. However, in both normal and emergency states, this style also has its downsides when the State is not always a “Mr. Know It All” and does not always eliminate the possibility of abuse of power.

Therefore, the institution on emergency, when promulgated in the normal state, needs to be a quality legislative product, giving the State the initiative to deal with emergencies. It should also records clearly the mechanism to restrict human rights in a state of emergency so that human rights are guaranteed, even though people must accept the principle of “sacrificing smaller interests to protect greater ones”. On the other hand, in their relationship with the “parent”, the people must grow up and mature by themselves to be more fully aware of their rights and responsibilities in order to require the State to listen more. In a state of emergency as well as in a normal one, the people must also play the role of a responsible entity, cooperate and share responsibility with the State.

## References:

Anthony T. Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts” (1983), 92 Yale L.J. 763

Bui Thu Hang, “Ban hành văn bản trong tình trạng khẩn cấp nhìn từ dịch bệnh Covid- 19” (The issuance of administration documents in the state of emergency – from the perspectives of Covid-10 pandemic) (2020), *Nghien cuu lap phap*  
(<http://lapphap.vn/Pages/ChuyenMuc/4015/Thuc-tien-phap-luat.html>)

David L. Shapiro, “Courts, Legislatures, and Paternalism” (1988), 74 Va. L. Rev. 519

Du Vinh Can, *Tong quan tu tuong phap luat Nho gia* (Overview on Confucists’ Ideals on Law), (Nhan dan Quang Tay 2000), Vietnamese version translated by Institute of Scientific Information, Hochiminh National Political Academy)

Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, “States of emergency”,  
Backgrounder Series (2005), 1  
([https://www.files.ethz.ch/isn/14131/backgrounder\\_02\\_states\\_emergency.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/14131/backgrounder_02_states_emergency.pdf))

郭春明 (GUO Chun-ming), “论国家紧急权利” (On the State Emergency Power) (2003), 法律科学.西北政法学院学报 (05)  
(<http://new.oversea.cnki.net/kcms/detail/detail.aspx?filename=DOUB200305007&dbcode=CJFQ&dbname=CJFD2003&v=>)

Klaus Mühlhahn, *Criminal Justice in China A history* (Harvard University 2009)

黄学贤, 郭殊 (HUANG Xue-xian, GUO Shu), “试论紧急状态下公民基本权利之保障” (Citizen's Fundamental Rights under the State of Emergency) (2004), 当代法学(18.4)  
([http://en.cnki.com.cn/Article\\_en/CJFDTotol-DDFX200404013.htm](http://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTotol-DDFX200404013.htm))

Luong Le Minh, “Thực trạng pháp luật Việt Nam trước khả năng ban bố tình trạng khẩn cấp về dịch Covid-19” (The legislation of Vietnam to deal with the prospect of imposing the state of emergency due to Covid-10 pandemic” (2020)  
(<https://vietnamfinance.vn/thuc-trang-phap-luat-viet-nam-truoc-kha-nang-ban-bo-tinh-trang-khan-cap-ve-dich-covid-19-20180504224236897.htm>)

Matthew Thomas, Luke Buckmaster, “Paternalism in social policy when is it justifiable?” (Research Paper no. 8 2010–11,  
[https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp1011/11rp08#:~:text=%5B7%5D%20Paternalist%20policies%20seek%20to,particular%20activities%20that%20affect%20them](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp1011/11rp08#:~:text=%5B7%5D%20Paternalist%20policies%20seek%20to,particular%20activities%20that%20affect%20them)).

Nguyen Thanh Binh, “Tư tưởng về “đạo trị nước” ở các nhà nho Việt Nam” (The Thoughts on “Philosophy of Governance” of Vietnamese Confucianists) 2007, 1(188) *Triết học*

Nguyen Minh Tuan, *Lich su Nha nuoc va phap luat the gioi* (*The history of States and Laws in the World*), (Dai hoc Quoc gia Ha Noi, 2016)

<https://searchcio.techtarget.com/definition/paternalistic-leadership#:~:text=Paternalistic%20leadership%20is%20a%20managerial,employees%2C%20as%20well%20as%20obedience.>)

# TÌNH TRẠNG KHẨN CẤP, NHÀ NƯỚC PHỤ MẪU VÀ TƯ PHÁP HÌNH SỰ: CÂU CHUYỆN CỦA TRUNG QUỐC VÀ VIỆT NAM

## STATE OF EMERGENCY, PATERNALISTIC STATE AND CRIMINAL JUSTICE: THE STORIES OF CHINA AND VIETNAM

### Tóm tắt

Việc ban hành tình trạng khẩn cấp là trách nhiệm của Nhà nước để bảo vệ các lợi ích của xã hội và của công dân trong những tình huống đặc biệt. Khi ban hành tình trạng khẩn cấp, Nhà nước phải thay mặt người dân lựa chọn một thiệt hại nhỏ hơn thay vì một thiệt hại lớn hơn. Trong bối cảnh này, Nhà nước đóng vai trò bậc phụ mẫu trong một gia đình lớn, nhân danh lợi ích chung của cả gia đình, đưa ra một biện pháp mang tính áp đặt cao, không tham vấn và không chiều theo ý kiến của tất cả các thành viên trong gia đình. Tuy nhiên, tại nhiều quốc gia, cách xử sự này của Nhà nước hiện hữu ngay cả trong trạng thái bình thường, tạo thành phong cách nhà nước phụ mẫu.

Bài viết này đặt ra câu hỏi: *Phong cách nhà nước phụ mẫu tác động như thế nào tới mối quan hệ giữa nhà nước và người dân tại những quốc gia ít nhiều theo phong cách này như Trung Quốc và Việt Nam? Do ảnh hưởng bởi phong cách này, Trung Quốc và Việt Nam có thuận lợi như thế nào khi đối diện với tình trạng khẩn cấp? Trong sự so sánh giữa việc áp dụng các biện pháp hạn chế quyền con người trong tình trạng khẩn cấp và trong tư pháp hình sự tại các nhà nước phụ mẫu, bài viết tiếp tục đặt ra câu hỏi: có thể có sự tương đồng và có sự dịch chuyển các tiêu chí hạn chế quyền con người trong tư pháp hình sự thành các tiêu chí hạn chế quyền con người trong tình trạng khẩn cấp hay không?*

Bài viết sử dụng các phương pháp bối cảnh, lịch sử, so sánh và phân tích luật viết để giải quyết các vấn đề nêu trên. Qua nghiên cứu bước đầu, có thể thấy các đặc tính của nhà nước hiện đại, truyền thống phụ mẫu của nhà nước và văn hoá chấp nhận vai trò phụ mẫu của nhà nước tại hai quốc gia này tạo điều kiện thuận lợi cho sự chuyển đổi xã hội từ tình trạng bình thường sang tình trạng khẩn cấp. Trong tình trạng khẩn cấp, việc đặt ra các tiêu chí hạn chế quyền con người cũng có thể tham vấn các tiêu chí của tư pháp hình sự.

### Thảo luận

#### 1. TÌNH TRẠNG KHẨN CẤP: “BĂNG” VÀ “NHIỆT”?

“A state of emergency derives from a governmental declaration made in response to an extraordinary situation posing a fundamental threat to the country... States of emergency have two components: a legal framework consisting of the constitutional and legislative bases for the state of emergency, and an operational framework involving the organisational structure and strategic plans for dealing with the state”<sup>23</sup>. Tình trạng khẩn cấp “đóng băng” nhiều quan hệ xã hội, nhiều hoạt động dân sự, nhiều hoạt động sản xuất, kinh doanh có thể bị ngưng trệ và chuyển từ trạng thái động sang tĩnh, thậm chí bất động hoàn toàn. So sánh với sự sôi động của trạng thái bình thường,

---

<sup>23</sup> Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, “States of emergency” (2005), Backgrounder Series, 1 ([https://www.files.ethz.ch/isn/14131/backgrounder\\_02\\_states\\_emergency.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/14131/backgrounder_02_states_emergency.pdf))

thì khi chuyển sang tình trạng khẩn cấp, sự sôi động ấy bị “đóng băng”. Về bản chất, một số lượng đáng kể các quyền con người như quyền tự do đi lại, tự do cư trú, tự do kinh doanh, tự do hội họp... bị “đóng băng”. Các dịch vụ của nhà nước cung ứng cho người dân cũng có thể bị “đóng băng”. “The declaration may suspend certain normal functions of government, may alert citizens to alter their normal behaviour, or may authorise government agencies to implement emergency preparedness plans as well as to limit or suspend civil liberties and human rights”<sup>24</sup>. Người dân phải chấp nhận giảm thiểu, hy sinh các quyền và tự do của mình, bởi lẽ “The need to declare a state of emergency may arise from situations as diverse as an armed action against the state by internal or external elements, a natural disaster, civil unrest, an epidemic, a financial or economic crisis or a general strike”<sup>25</sup>, các tình huống này là mối nguy hại rất đáng kể chung đối với nhiều người cũng như đối với cả quốc gia.

Ngược lại, đối với Nhà nước, sức nóng từ quá trình vận hành các hoạt động điều hành xã hội trong tình trạng khẩn cấp lại là rất đáng kể. Bởi lẽ, cũng vào lúc này “the life of the nation is threatened. This will occur when, in the light of threats facing the nation, the normal powers of the authorities have become inadequate to govern the country”. Nhà nước phải instruct and coordinate the emergency rescue, take special measures to avoid or mitigate damage, mobilize internal reserves and call for external support, protect the safety of key positions and key infrastructures, and maintaining public security order... Các nghĩa vụ Nhà nước phải thực hiện để bảo đảm quyền con người và tự do cá nhân cho người dân thường ngày phải tạm gác lại để tập trung vào những công việc cấp bách hơn, quan trọng hơn.

Tuy nhiên, đó chỉ là hai gam màu lạnh và gam nóng của bức tranh xã hội của một quốc gia trong tình trạng khẩn cấp, nếu nhìn bề ngoài. Còn một lớp khác của bức tranh mà sự vội vã của tình trạng khẩn cấp có thể che phủ và do đó không dễ lộ diện. Đó là độ nóng của các bức bối, bất bình và bất ổn do sự lạm quyền của nhà nước khi áp dụng tình trạng khẩn cấp, khi áp dụng các biện pháp cưỡng chế quyền con người nhân danh việc áp dụng tình trạng khẩn cấp. Đó là độ lạnh lùng của sự vô trách nhiệm của nhà nước khi cố ý không áp dụng các biện pháp cần áp dụng, có thể áp dụng để giúp đỡ người dân hoặc độ lạnh lùng của sự vô cảm khi áp dụng thiếu cân nhắc công thức “hy sinh lợi ích nhỏ để bảo vệ lợi ích lớn”, công thức “kết quả quan trọng hơn quá trình” hay “mục đích quan trọng hơn phương tiện” trong tình trạng khẩn cấp - mặc nhiên coi sự hy sinh của một bộ phận người dân là đương nhiên, không phải đắn đo, day dứt.

Trong tình trạng khẩn cấp, những thái độ, ứng xử của Nhà nước với người dân tạo nên các gam nóng, lạnh của bức tranh xã hội phụ thuộc nhiều “biến số” như tính kịp thời của thông tin mà nhà nước tiếp cận, mức độ nhạy cảm, bình tĩnh, sáng suốt của người đứng đầu nhà nước trong hoàn cảnh cụ thể. Tuy nhiên, nhìn một cách tổng thể, những thái độ, ứng xử của nhà nước với người dân trong tình trạng khẩn cấp phụ thuộc vào hằng số ít thay đổi và có thể đoán định trước: đó là trách nhiệm xã hội của nhà nước với người dân, mức độ đảm bảo quyền con người, quyền công dân, sự tôn trọng ý nguyện của người dân trong trạng thái bình thường. Mặt khác, những thái độ, ứng xử của nhà nước với người dân trong tình trạng khẩn cấp cũng là phép thử để đánh giá trách nhiệm của nhà nước với người dân, đồng thời cũng là công cụ đo lường mức độ đảm bảo quyền con người, quyền công dân, sự tôn trọng ý nguyện của người dân. Đối với Trung Quốc và Việt Nam, hai quốc gia ít nhiều theo phong cách nhà nước phụ mẫu, thì phong cách này là một “hằng

---

<sup>24</sup> Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (n 1), 1

<sup>25</sup> Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, (n 1), 1

số” để đoán định và đánh giá được những xử sự của nhà nước với người dân khi đối diện với tình trạng khẩn cấp.

## 2. NHÀ NƯỚC PHỤ MẪU: TRÁCH NHIỆM? ÁP ĐẶT?

Nhà nước ở phương Đông, including China and Vietnam, có lịch sử ra đời gắn với các “tình trạng khẩn cấp”, xuất phát từ nhu cầu đoàn kết xã hội trong các “trạng thái khẩn cấp” do lũ lụt, thiên tai và giặc ngoại xâm gây ra. “Nếu so sánh với các nhà nước ở phương Tây, các nhà nước ở phương Đông ra đời sớm hơn cả về thời gian và không gian, xuất phát từ đặc điểm đặc thù về tự nhiên, kinh tế, xã hội. Đa phần các nhà nước ở phương Đông ra đời đều mang các đặc tính như: tính liên kết mạnh, tính đại diện cao và tính giai cấp yếu. Liên kết mạnh để giải quyết nhu cầu trị thủy chống lũ lụt, tưới tiêu và nhu cầu tự vệ. Nhà nước ra đời ban đầu để thực hiện với tư cách cơ quan công quyền, thực hiện chức năng đại diện cho cộng đồng, tầng lớp quý tộc ban đầu vốn thực hiện chức năng xã hội bảo đảm lợi ích chung cho cả cộng đồng, rồi chuyển sang độc lập với xã hội và thống trị xã hội”<sup>26</sup>.

Tuy nhiên, sự phát triển sau này của các nhà nước phương Đông có xu hướng chung là thừa nhận quyền lực nhà nước là mang tính tự nhiên, các hoàng đế nhận mình là “thiên tử” (con trời). Bộ máy nhà nước, hệ thống quan liêu, quan lại của nhà nước lại tiếp tục nhận mình là quan phụ mẫu—cha mẹ của dân, để cai trị người dân<sup>27</sup>. Trong mối quan hệ với Trung Hoa, do yếu tố địa – chính trị, ảnh hưởng của hệ tư tưởng Trung Hoa và pháp luật Trung Hoa, mô hình cai trị của các triều đại phong kiến Việt Nam nói chung và của các quốc gia thuộc “Trung Hoa pháp hệ” (“中华法系”: Chinese imperial legal system) thường được khái quát theo công thức “Dương Nho Âm Pháp” (“阴阳法”: Confucianism is the first and Legalism is the second). Công thức này được thiết lập xuất phát từ sự kết hợp giữa hai tư tưởng chính trị pháp lý gần như đối lập nhau là Nho (Confucianism) và Pháp (Legalism). Nho giáo đề cao tính tự nhiên của quyền lực nhà nước và trách nhiệm của nhà nước trong việc sử dụng quyền lực này chăm lo cho người dân. Nho giáo đã biến nhà nước thành một bậc phụ mẫu của xã hội, xây dựng hình tượng phụ mẫu của nhà nước. Trong khi đó, Pháp gia với tính thực tế của mình, đã trao cho bậc phụ mẫu này nghệ thuật cai trị và triết lý xây dựng pháp luật và hệ thống tư pháp hình sự nặng về trấn áp để củng cố quyền lực của người cai trị.

Trong công thức “Dương Nho Âm Pháp”, “Nho” chiếm ưu thế, chiếm vị trí chủ đạo. “Trong đời sống chính trị ở Trung Quốc từ trước thời Khổng Tử và trong suốt thời Xuân Thu - Chiến Quốc, các thế lực thống trị, dù muốn hay không, không thể không quan tâm, dù ở một mức độ nào đó, đến đời sống và vai trò của người dân. Điều này không phải là ý muốn chủ quan của các thế lực thống trị mà nó phản ánh một thực tế ở Trung Quốc (cũng như các nước phương Đông nói chung) là, địa vị thống trị của họ không phải bao giờ và lúc nào cũng bị quyết định trực tiếp bởi địa vị kinh tế. Ngay *Kinh Thư* đã cho thấy nhiều tư tưởng thể hiện sự quan tâm của tầng lớp thống trị đến đời sống và vai trò của dân... Điều đó nói lên rằng, việc quan tâm đến đời sống và vai trò của dân

---

<sup>26</sup> Nguyen Minh Tuan, *Lịch sử Nhà nước và pháp luật thế giới (The history of States and Laws in the World)*, (Đại học Quốc gia Hà Nội, 2016) 55

<sup>27</sup> Paternalistic leadership is a managerial approach that involves a dominant authority figure who acts as a patriarch or matriarch and treats employees and partners as though they are members of a large, extended family. In exchange, the leader expects loyalty and trust from employees, as well as obedience. See: <https://searchcio.techtarget.com/definition/paternalistic-leadership#:~:text=Paternalistic%20leadership%20is%20a%20managerial,employees%2C%20as%20well%20as%20obedience.>

còn có ý nghĩa như một hằng số trong đời sống chính trị của các nước phương Đông. Bởi vậy mà cũng là tất yếu, dân và vai trò của dân là một vấn đề được hầu hết các nhà Nho quan tâm, là một nội dung cơ bản trong học thuyết chính trị - xã hội, trong đường lối Đức trị của Nho giáo. Đề cập đến vấn đề này, các nhà Nho Trung Quốc từ Khổng Tử trở đi đều đặc biệt quan tâm đến dân, đề cao vai trò của dân, đều đòi hỏi nhà vua, người cầm quyền phải thật sự yêu thương, chăm sóc dân như cha mẹ đối với con cái”<sup>28</sup>.

Trong khi đó, Pháp gia đưa ra lý thuyết về Law (Fa) và Penalty (Xing). “Fa” là một công cụ cai trị để củng cố quyền lực của Nhà nước, pháp luật là hình luật, hình luật là hình phạt và luật là công cụ cuối cùng để giải quyết các tranh chấp, luật được áp dụng để phòng ngừa, kết quả áp dụng luật được coi trọng hơn quá trình áp dụng luật: “Power regarded as law, law regarded as punishment, contempt for law on proceedings, emphasis for mediation, disregard for rights, and emphasis for prevention”<sup>29</sup>. Theo lý thuyết của Pháp gia, ngoài “Fa”, “Shu” is considered an administration method, and the art for reigning a country and its people<sup>30</sup> which is one of three pillars of ruling in Legalism, namely “Fa”, “Shi”, and “Shu”. “Fa” and “Shu” are used to reinforce “Shi”. “Shi”, also known as the position, power or authority of the head of the state, the king, which is a fundamental condition for leadership, ruling a country and all lands and commanding over the officials<sup>31</sup>.

Khi Trung Quốc và Việt Nam chuyển sang chế độ mới nửa sau thế kỷ XX với sự lãnh đạo của Đảng cộng sản<sup>32</sup>, trách nhiệm chăm lo cho người dân tiếp tục được khẳng định. Phủ định vai trò của nhà nước là cha mẹ của dân như trong các chế độ cũ, người cộng sản khẳng định mình là công bộc, nô bộc của dân. Bản phận, trách nhiệm của nhà nước do Đảng cộng sản lãnh đạo đối với người dân xuất phát từ bản chất nhà nước là của dân, do dân và vì dân. The Constitution of China (the Constitution of the People’s Republic of China (Admended 2018) quy định: “Quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước thông qua cơ quan đại diện là Đại hội đại biểu nhân dân toàn quốc và đại hội đại biểu nhân dân các cấp địa phương” (Điều 2). The Constitution of Vietnam (the 2013 Constitution of Vietnam) quy định: “Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân” (Điều 2).

Tuy nhiên, cả Trung Quốc và Việt Nam đều ít nhiều theo phong cách Nhà nước phụ mẫu. Nhà nước phụ mẫu không có nghĩa nhà nước độc tài, độc quyền mà là một phong cách quản trị xã hội trong đó nhà nước có xu hướng tự quyết định những việc mà chỉ cần theo nhận thức của nhà nước là có lợi cho xã hội, cho người dân, xuất phát từ trách nhiệm xã hội của nhà nước, sự miễn cưỡng của nhà nước. Phong cách này được diễn đạt theo nhiều công thức khác nhau: “A’s motivation is paternalist, in other words, if A is acting for B’s benefit and if A would go ahead even in the

---

<sup>28</sup> Nguyen Thanh Binh, “Tu tưởng về “đạo trị nước” ở các nhà nho Việt Nam” (The Thoughts on “Philosophy of Governance” of Vietnamese Confucianists) (2007), 1(188) Triết học

<sup>29</sup> Du Vinh Can, *Tong quan tu tuong phap luat Nho gia* (Overview on Confucists’ Ideals on Law), (Nhan dan Quang Tay 2000), Vietnamese version translated by Institute of Scientific Information, Hochiminh National Political Academy) 29

<sup>30</sup> Klaus Mühlhahn, *Criminal Justice in China A history* (Harvard University 2009) 37

<sup>31</sup> Mühlhahn (n 8), 35

<sup>32</sup> The 20th century witnessed momentous changes in the national and legislative history of the two countries. On September 2, 1945, the Democratic Republic of Vietnam was established. On October 1, 1949, the People’s Republic of China was formed.



knowledge that B did not consent”<sup>33</sup> hay “In general, any legal rule that prohibits an action on the ground that it would be contrary to the actor's own welfare is paternalistic”<sup>34</sup>. “Paternalist policies seek to advance people’s (perceived) interests and welfare at some cost to their liberty and freedom of action (autonomy and freedom)”<sup>35</sup>. Tuy nhiên, để có thể ra các quyết định vì lợi ích của người dân (dù theo lăng kính chủ quan của nhà nước), nhà nước phụ mẫu cần có sự quan tâm và trách nhiệm với người dân, mặt khác nhà nước cần nhiều quyền lực, có xu hướng tập trung quyền lực.

Sự quan tâm và trách nhiệm với người dân cũng như xu hướng tập trung quyền lực của nhà nước phụ mẫu trong xã hội khá tương đồng với bậc phụ mẫu trong gia đình đề “tề gia, trị quốc, bình thiên hạ” (“齊家,治國,平天下” to manage a family, to rule and pacify a country) theo công thức truyền thống của Nho giáo. Trong văn hoá chính trị hiện đại, hai quốc gia đều có chung đặc điểm suy tôn lãnh tụ, quyền lực được quy tụ vào các lãnh tụ. Lãnh tụ là đại diện ưu tú cho một chế độ xã hội, một nhà nước, từ Mao Zedong đến Xi Jinping của Trung Quốc, Hồ Chí Minh của Việt Nam các lãnh tụ này đều được suy tôn với một trong các lý do là họ yêu thương, chăm lo cho người dân như người thân trong gia đình. Trong mối quan hệ này, người dân được lo lắng, yêu thương, dẫn đường: “东方红, 太阳升中国出了个毛泽东。他为人民谋幸福... 毛主席, 爱人民, 他是我们的带路人, 为了建设新中国” (Phương đông hồng, mặt trời lên, Trung Quốc có một Mao Trạch Đông, Người lo lắng cho hạnh phúc của nhân dân... Mao chủ tịch, yêu nhân dân, Người là người dẫn đường của chúng ta, Để xây dựng Trung Quốc mới)<sup>36</sup>, vì thế người dân có xu hướng phó thác cho lãnh tụ, cho nhà nước quyết định thay cho bản thân họ.

Cả Trung Quốc và Việt Nam đều tổ chức quyền lực nhà nước theo nguyên tắc tập trung dân chủ mà không phải là nguyên tắc “separation of power”. The Constitution of China quy định: “Tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước theo nguyên tắc tập trung dân chủ (Điều 3), các cơ quan hành chính, cơ quan xét xử và cơ quan kiểm sát đều do đại hội đại biểu nhân dân bầu ra và chịu sự giám sát của cơ quan này”. Tương tự như vậy, the Constitution of Vietnam (the 2013 Constitution of Vietnam) quy định: “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp” (Điều 2). Đồng thời, chế độ một đảng lãnh đạo (Đảng Cộng sản) của hai quốc gia cũng tạo điều kiện cho sự tập trung quyền lực. Hiến pháp Trung Quốc khẳng định “Nhân dân các dân tộc Trung Hoa sẽ tiếp tục dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Trung Hoa” (Lời nói đầu) còn Hiến pháp Việt Nam quy định Đảng Cộng sản Việt Nam “là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội” (Điều 4).

Mặt khác, khái niệm “chuyên chính” được ghi nhận trong quy định về tính chất nhà nước trong Hiến pháp Trung Quốc đương đại và cũng đã từng được ghi nhận trong Hiến pháp Việt Nam năm 1980<sup>37</sup>. Khi Nhà nước tự gắn mình với cái gọi là “chuyên chính” (dictatorship), dù là “democratic

<sup>33</sup> David L. Shapiro, “Courts, Legislatures, and Paternalism” (1988), 74 Va. L. Rev. 519

<sup>34</sup> Anthony T. Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts” (1983), 92 Yale L.J. 763

<sup>35</sup> Matthew Thomas, Luke Buckmaster, “Paternalism in social policy when is it justifiable?” (Research Paper no. 8 2010–11,

[https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp1011/11rp08#:~:text=%5B7%5D%20Paternalist%20policies%20seek%20to,particular%20activities%20that%20affect%20the m\).](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp1011/11rp08#:~:text=%5B7%5D%20Paternalist%20policies%20seek%20to,particular%20activities%20that%20affect%20the m).)

<sup>36</sup> Lời bài hát “Đông phương hồng” - “Quốc ca” không chính thức của Trung Quốc giai đoạn Cách mạng Văn hoá, do Lưu Hoán (李涣) cải biên đề biễu diễn hợp xướng

<sup>37</sup> The Constitution of China The China ‘s constitution does emphasize the authoritarian power of the State. The China Constitution (2018 Constitutional Amendment), The Constitution of China enshrines: “The People’s Republic of

dictatorship” hay “proletariat dictatorship” thì khi nhà nước áp đặt các chính sách lớn hạn chế đáng kể quyền con người, quyền công dân, trong đó có việc ban hành lệnh tình trạng khẩn cấp thì “chuyên chính” càng có vai trò quan trọng và ở tư thế sẵn sàng để nhà nước sử dụng.

Chính vì có sự tập trung quyền lực của Nhà nước, có cái gọi là “chuyên chính”, có sự tin cậy và cả ý thức dựa dẫm, thụ động của người dân mà Nhà nước có xu hướng áp đặt ý chí của mình đối với xã hội mà không gặp phải nhiều phản biện hay phản đối. Việc thi hành các biến thể khác nhau của tình trạng khẩn cấp, áp đặt các biện pháp cưỡng chế đối với người dân, trong dòng chảy của văn hoá chính trị - lịch sử tại hai quốc gia, không gặp phải quá nhiều rào cản. Các chính sách của Nhà nước Trung Quốc như “Đại nhảy vọt”, các phong trào “Toàn dân làm gang thép”, “Ba ngọn cờ hồng” trong thập niên 60, 70 của thế kỷ trước là điển hình của sự áp đặt ý chí. Cách mạng Văn hoá và sau đó là các chính sách cải tạo tư tưởng cho thấy phong cách phụ mẫu trong văn hoá chính trị hiện đại tại quốc gia này.

Ở Việt Nam, chính sách thời chiến trong 30 năm chiến tranh (1945-1975), các cuộc chiến tranh biên giới phía Bắc và phía Tây Nam những năm 80 đã buộc đất nước phải sống trong các dạng “tình trạng khẩn cấp” khác nhau. Nền kinh tế chỉ huy, tập trung, quan liêu, bao cấp tại Việt Nam và kể cả tại Trung Quốc trước khi tiến hành cải cách cũng là điển hình của sự áp đặt ý chí của Nhà nước, nhà nước làm thay vai trò của thị trường trong việc điều tiết nền kinh tế. Như vậy, dù không áp dụng tình trạng khẩn cấp, nhưng người dân đã không còn xa lạ với những chính sách, những hoàn cảnh, những giai đoạn mà Nhà nước nhân danh lợi ích của người dân, áp đặt cao độ ý chí chủ quan của nhà nước đối với người dân.

Tại Việt Nam, Pháp lệnh về tình trạng khẩn cấp đã được Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành năm 2000, sau đó, Nghị định số 71/2002/NĐ-CP ngày 23/7/2002 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Pháp lệnh tình trạng khẩn cấp trong trường hợp có thảm họa lớn, dịch bệnh nguy hiểm đã được công bố. Ngoài ra, Luật Phòng, chống dịch bệnh truyền nhiễm năm 2007, Luật Thú y năm 2015, Luật Quốc phòng năm 2018, Luật An ninh mạng năm 2018... cũng đã quy định về các trường hợp khẩn cấp cụ thể. Tuy nhiên, các căn cứ hạn chế quyền con người trong tình trạng khẩn cấp chưa được đặt ra đầy đủ trong Pháp lệnh về tình trạng khẩn cấp do Pháp lệnh này còn sơ sài trên rất nhiều vấn đề cần được điều chỉnh. Ở khía cạnh bảo vệ quyền con người do bị áp dụng các biện pháp cưỡng chế trong tình trạng khẩn cấp, Nghị định số 71/2002/NĐ-CP ngày 23/7/2002, mới chỉ đề cập ở mức độ “nghiêm cấm việc lợi dụng tình trạng khẩn cấp để xâm phạm lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân” (a 6 (2)). Mặt khác, “Pháp lệnh về tình trạng khẩn cấp đã ban hành được 20 năm. Trong 20 năm qua, một loại văn bản luật có hiệu lực pháp lý cao hơn được ban hành với nhiều quy định rộng hơn Pháp lệnh này... Pháp lệnh về tình trạng khẩn cấp không thực sự đáp ứng với điều kiện mới ở nước ta hiện nay, đòi hỏi cần nâng cấp pháp lệnh lên thành Luật về tình trạng khẩn cấp để bảo đảm tính đồng bộ, thống nhất trong hệ thống pháp luật... quy định trong các VBPL liên quan đến tình trạng khẩn cấp không định nghĩa rõ thế nào là tình trạng khẩn cấp, mà chỉ liệt kê những tình huống có thể ban bố tình

---

China is a socialist state under the people’s democratic dictatorship led by the working class and based on the alliance of workers and peasants” (a 1). With respect to Vietnam, the 1980 Constitution, a 2: “The Socialist Republic of Vietnam is a proletariat dictatorship state” had been removed by the 1992 Constitution.

trạng khẩn cấp”<sup>38</sup>. “Các văn bản qui phạm pháp luật về tình trạng khẩn cấp đang tồn tại những mâu thuẫn, chồng chéo nhau”<sup>39</sup>.

Tại Trung Quốc, the Emergency Response Law of the People's Republic of China đã được ban hành năm 2007. Đây là đạo luật được thông qua tại quốc gia này, đã có ý kiến của một số học giả Trung Quốc từng cho rằng: Trung Quốc thiếu hụt tầm trọng của hệ thống pháp luật khẩn cấp, việc thể chế hoá tình trạng khẩn cấp, bảo vệ các quyền cơ bản của công dân trong tình trạng khẩn cấp trở thành vấn đề nóng cần được nghiên cứu trong lĩnh vực khoa học hiến pháp và chính trị<sup>40</sup>. Luật tình trạng khẩn cấp được ban hành với mục đích “preventing and reducing the occurrence of emergencies, controlling, mitigating and eliminating the serious social harm caused by emergencies, regulating the activities in response to emergencies, protecting the lives and property of the people, and maintaining national security, public security, environmental safety and public order” (a 1). Những biện pháp được luật quy định để đối phó với tình trạng khẩn cấp cho thấy cũng theo công thức chung của luật về tình trạng khẩn cấp tại các quốc gia khác, đây cũng đồng thời là những biện pháp “đóng băng” các hoạt động dân sinh, hạn chế quyền con người như: taking control of the buildings, means of transportation, equipment and facilities, blockading the related places and roads, examining the identity certificates...<sup>41</sup>. Mặt khác, Nhà nước “in accordance with law, imposing severe punishment on persons who disrupt public order by looting, and interfering with and sabotaging emergency handling, etc., to maintain public security” (a 48 (8)). Đồng thời Nhà nước yêu cầu sự sẵn sàng của hệ thống công an cảnh sát “When an incident seriously endangering public security occurs, the public security organs shall immediately send out policemen and, in light of the situation at the scene, take the appropriate compulsory measures according to law to restore social order as soon as possible” (a 50 (5) cũng như sự thả lỏng của hệ thống toà án: “Where litigation, administrative reconsideration or arbitration cannot be conducted normally because of the adoption of emergency response measures, the provisions on suspension of limitation period or of proceedings shall apply, unless otherwise provided for by law” (a 13). Luật về tình trạng khẩn cấp đã đề cao trách nhiệm của nhà nước, tạo sự chủ động cho Nhà nước trong việc xử lý tình

---

<sup>38</sup> Bui Thu Hang, “Ban hành văn bản trong tình trạng khẩn cấp nhìn từ dịch bệnh Covid- 19” (The issuance of administration documents in the state of emergency – from the perspectives of Covid-10 pandemic) (2020), Nghiên cứu lập pháp (<http://lapphap.vn/Pages/ChuyenMuc/4015/Thuc-tien-phap-luat.html>)

<sup>39</sup> Luong Le Minh, “Thực trạng pháp luật Việt Nam trước khả năng ban bố tình trạng khẩn cấp về dịch Covid-19” (The legislation of Vietnam to deal with the prospect of imposing the state of emergency due to Covid-10 pandemic) (2020) (<https://vietnamfinance.vn/thuc-trang-phap-luat-viet-nam-truoc-kha-nang-ban-bo-tinh-trang-khan-cap-ve-dich-covid-19-20180504224236897.htm>)

<sup>40</sup> See: 黄学贤, 郭殊 (HUANG Xue-xian, GUO Shu), “试论紧急状态下公民基本权利之保障” (Citizen's Fundamental Rights under the State of Emergency) (2004), 当代法学(18.4) ([http://en.cnki.com.cn/Article\\_en/CJFDTotal-DDFX200404013.htm](http://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTotal-DDFX200404013.htm))

<sup>41</sup> Luật về tình trạng khẩn cấp của Trung Quốc năm 2007 cho phép take one or more of the following measures for handling the emergency: “(1) compulsorily keeping apart the parties that fight each other with tools or participate in conflicts with violence, properly resolving the disputes and controversies on the spot, and taking control of the development of the situation; (2) taking control of the buildings, means of transportation, equipment and facilities and the supply of fuels, gas, power and water in a given area; (3) blockading the related places and roads, examining the identity certificates of the persons at the scene, and restricting the activities held in the related public places; (4) keeping close guard of the key organs and units which are vulnerable to attack, and posting temporary security cordons around such units as the State organs, military organs, State news agencies, radio and TV broadcasting stations, and foreign embassies and consulates in China; and (5) taking other necessary measures as specified by laws and administrative regulations and by the State Council” (a 49).

trạng khẩn cấp, đây là đòi hỏi mang tính khách quan. Tuy nhiên, những quy định về hạn chế quyền con người, hỗ trợ, đền bù chưa được đề cập nhiều<sup>42</sup>.

Mặc dù thể chế về tình trạng khẩn cấp tại cả Trung Quốc và Việt Nam đều đang từng bước được hoàn thiện nhưng mới chủ yếu tiếp cận ở cách tiếp cận trao quyền cho nhà nước để nhà nước chủ động đối phó hiệu quả, kịp thời với tình trạng khẩn cấp. Sự tham vấn người dân là không thật sự cần thiết khi nhà nước nhận thấy việc ban hành tình trạng khẩn cấp, áp dụng các biện pháp cưỡng chế trong tình trạng khẩn cấp là vì bảo vệ lợi ích của người dân và xã hội. Cơ chế hạn chế quyền con người trong tình trạng khẩn cấp mờ nhạt. Đây là dấu ấn điển hình của phong cách nhà nước bảo mẫu, thể hiện qua các quy định của pháp luật về tình trạng khẩn cấp.

### 3. HẠN CHẾ QUYỀN CON NGƯỜI TRONG TÌNH TRẠNG KHẨN CẤP – NHÌN TỪ LĂNG KÍNH CỦA TƯ PHÁP HÌNH SỰ

Lĩnh vực tư pháp hình sự là lĩnh vực có vai trò tất yếu của Nhà nước để giải quyết bài toán tội phạm: phát hiện, điều tra, xử lý tội phạm. Trong nhà nước bảo mẫu, Nhà nước hiện diện với vai trò trung tâm của cả hệ thống tư pháp hình sự, với quyền lực bao trùm và chi phối. Thông qua tư pháp hình sự, Nhà nước củng cố các quan điểm của mình về trật tự xã hội và công bằng xã hội và tự cho mình vai trò khôi phục trật tự xã hội và công bằng xã hội khi bị tội phạm xâm hại. Với tâm thế bậc phụ mẫu, Nhà nước thực hiện quyền buộc tội và xét xử người phạm tội với tư cách của một chủ thể siêu quyền lực: có sự chính danh của người đại diện cho xã hội trừng phạt người gây ra những thiệt hại nghiêm trọng nhất cho xã hội, có các công cụ, phương tiện cần thiết để thực hiện. Với tâm thế này, Nhà nước đã không chỉ thể hiện vai trò của người đại diện xã hội mà còn thể hiện quan điểm chủ quan, thể hiện quyền lực mạnh mẽ của chính nhà nước để ngăn chặn và trấn áp các nguy cơ đe dọa trật tự xã hội, an toàn xã hội như tội phạm hoặc bạo loạn, bất ổn xã hội hoặc chiến tranh, thiên tai, dịch bệnh. Ngoài ra, mối nguy hiểm của quyền lực nhà nước trong tình trạng khẩn cấp nằm ở nguy cơ lạm dụng chính quyền lực này để chống lại nhân quyền và pháp quyền, nguy cơ sử dụng quyền lực này như một công cụ cai trị; tiền đề cơ bản của quyền lực này là việc duy trì an ninh quốc gia, trật tự công cộng mà hiến pháp đã quy định, nhưng trên thực tế, nó thường trở thành cái cớ cho những người cai trị bảo vệ sự an toàn cá nhân hoặc địa vị thống trị cá nhân<sup>43</sup>.

Các biện pháp cưỡng chế của Nhà nước trong tư pháp hình sự là những biện pháp hạn chế quyền con người một cách đáng kể nhất trong trạng thái bình thường. Còn việc hạn chế quyền con người trong tình trạng khẩn cấp là những biện pháp hạn chế quyền con người đáng kể nhất trong trạng thái bất bình thường - trạng thái thậm chí có thể đe dọa sự sống còn của quốc gia. Việc hạn chế

---

<sup>42</sup> Luật về tình trạng khẩn cấp của Trung Quốc năm 2007 đã đặt ra một số yêu cầu đối với các biện pháp cưỡng chế như: “The authority making precautionary plans in response to emergencies shall make timely modification of the same according to actual needs and changes in the situation” (a 17); các chế tài đối với người có thẩm quyền “failing to return the expropriated property of the units or individuals in a timely manner, or failing to compensate according to regulations the units or individuals whose property is expropriated” 63 (8).

<sup>43</sup> See: 郭春明 (GUO Chun-ming), “论国家紧急权利” (On the State Emergency Power) (2003), 法律科学.西北政法学院学报 (05) (<http://new.oversea.cnki.net/kcms/detail/detail.aspx?filename=DOUB200305007&dbcode=CJFQ&dbname=CJFD2003&v=>)

quyền con người trong tình trạng khẩn cấp có sự rộng hơn về phạm vi áp dụng (đối với nhiều người hơn, có thể là cả một khu vực, một cộng đồng mà không có sự phân biệt các cá nhân cụ thể), đa dạng hơn về đối tượng áp dụng (đa dạng các loại quyền con người khác nhau mà không phải chủ yếu là các quyền dân sự chính trị như trong tư pháp hình sự) cũng như có những khác biệt về tính chất các biện pháp áp dụng (một số biện pháp chỉ được áp dụng trong tình trạng khẩn cấp và một số biện pháp cưỡng chế chỉ áp dụng trong tư pháp hình sự).

Hạn chế quyền con người trong tư pháp hình sự là sự hạn chế nghiêm trọng, mang tính cần thiết khách quan và đã được quy định ổn định, với những ranh giới rõ giữa quyền lực nhà nước và quyền con người, quyền công dân và những ranh giới này đã được thiết lập một cách có lập luận, hàm chứa các giá trị văn hoá, nhân văn trong luật nhân quyền quốc tế<sup>44</sup> cũng như pháp luật quốc gia. Câu hỏi đặt ra là có thể sử dụng công thức hạn chế quyền con người trong tư pháp hình để hạn chế quyền con người trong tình trạng khẩn cấp không? Sử dụng các tiêu chí nào?

Câu trả lời là “có” bởi lẽ, ở một chừng mực nhất định, có thể thấy sự áp dụng các biện pháp cưỡng chế của Nhà nước trong tư pháp hình sự tương đối giống với sự áp đặt của Nhà nước đối với người dân trong tình trạng khẩn cấp. Với tính chất là một hệ thống xử lý vấn đề tội phạm, tư pháp hình sự là lĩnh vực mà trong đó Nhà nước cũng áp dụng các biện pháp cưỡng chế (đối với người bị buộc tội, người bị kết án). Các biện pháp này giống với các biện pháp cưỡng chế trong tình trạng khẩn cấp khi đều là các biện pháp hạn chế quyền con người, đều xuất phát từ sự cần thiết bảo vệ an toàn xã hội, lợi ích cộng đồng (để ngăn chặn mối nguy hiểm cho xã hội do tội phạm hoặc thiên tai, nhân tai có thể sẽ tiếp tục xảy ra), đều có thể bị áp dụng khi chưa có đủ thông tin để đánh giá một cách thận trọng tính cần thiết của việc áp dụng (trong nhiều trường hợp phải nhanh chóng quyết định việc áp dụng để phòng tránh và hạn chế các thiệt hại, các nguy cơ thiệt hại đang hoặc sắp sửa diễn ra). Như vậy, có thể sử dụng công thức hạn chế quyền con người trong tư pháp hình để hạn chế quyền con người trong tình trạng khẩn cấp. Từ sự giống nhau nêu trên, các tiêu chí hạn chế quyền con người có thể áp dụng chung bao gồm:

Thứ nhất, nhà nước hạn chế quyền con người phải trên cơ sở quy định của Hiến pháp về các trường hợp hạn chế, các quyền không thể bị tước bỏ hoặc hạn chế. Trên cơ sở Hiến pháp, luật sẽ quy định cụ thể về căn cứ, về trình tự, thủ tục hạn chế quyền. Ví dụ the 2013 Constitution of Vietnam sets out the rule that restricts human rights and citizens’ rights: “Human rights and citizens’ rights shall only be restricted when prescribed by law in imperative circumstances for the reasons of national defense, national security, social order and security, social morality and community well-being” (a14 (2) to determine the scope and manner of of the State restricting human rights and citizens’ rights;

---

<sup>44</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (1966): “In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin” (Trong thời gian có tình trạng khẩn cấp xảy ra đe dọa sự sống còn của quốc gia và đã được chính thức công bố, các quốc gia thành viên có thể áp dụng những biện pháp hạn chế các quyền nêu ra trong Công ước này, trong chừng mực do nhu cầu khẩn cấp của tình hình, với điều kiện những biện pháp này không trái với những nghĩa vụ khác của quốc gia đó xuất phát từ luật pháp quốc tế và không chứa đựng bất kỳ sự phân biệt đối xử nào về chủng tộc, màu da, giới tính, ngôn ngữ, tôn giáo hoặc nguồn gốc xã hội). (a 4 (1)).

Thứ hai, mức độ hạn chế quyền phải tương xứng với sự cần thiết của hoàn cảnh. Việc áp dụng các biện pháp cưỡng chế chỉ là giải pháp cuối cùng nếu không còn giải pháp khác để lựa chọn;

Thứ ba, nhà nước phải xem xét tính cần thiết của việc tiếp tục áp dụng các biện pháp cưỡng chế trên cơ sở sự cần thiết thực tế của hoàn cảnh áp dụng và khả năng chịu đựng của người bị áp dụng các biện pháp cưỡng chế để kịp thời huỷ bỏ hoặc thay thế;

Thứ tư, nhà nước phải thực hiện các nghĩa vụ thông tin: thông báo kịp thời, đầy đủ về lý do áp dụng biện pháp cưỡng chế (trương tự nghĩa vụ thông tin đối với người bị bắt quy định tại Công ước quốc tế về các quyền dân sự chính trị năm 1966: “Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him” (a 9(2) cũng như thông tin về các quyền bị hạn chế, không bị hạn chế, các nghĩa vụ mà người bị cưỡng chế phải tuân thủ;

Thứ năm, nhà nước phải có trách nhiệm xin lỗi, bồi thường nếu nhà nước có sự tắc trách hoặc cố ý dẫn tới các thiệt hại cho người dân khi áp dụng các biện pháp cưỡng chế (trương tự nghĩa vụ bồi thường đối với người bị bắt giữ trái pháp luật quy định tại Công ước quốc tế về các quyền dân sự chính trị năm 1966: “Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation” (a 9(5)).

Công thức hạn chế quyền con người từ quy định của tư pháp hình sự là một tham chiếu cần thiết để quy định về tình trạng khẩn cấp tại các quốc gia theo phong cách nhà nước phụ mẫu. Vị trí của tư pháp nói chung và tư pháp hình sự nói riêng tại Trung Quốc và Việt Nam - nơi quyền lực nhà nước được tổ chức theo nguyên tắc tập trung dân chủ, dù có đặt ra sự phân công và kiểm soát lẫn nhau giữa các cơ quan thực hiện quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp, cũng sẽ hạn chế hơn so với các quốc gia theo nguyên tắc “separation of power” và giữa các nhánh quyền lực có mối quan hệ “check and balance”. Đối với nhiều quốc gia theo nguyên tắc “separation of power”, “The judicial system must continue to ensure the right to fair trial. It also must provide individuals with an effective means of recourse in the event that government officials violate their human rights. In order to guard against infringement of non-derogable rights, the right to take proceedings before a court on questions relating to the lawfulness of emergency measures must be safeguarded through independence of the judiciary. The courts can play a major role in decisions concerning the legality of a declaration of a state of emergency as well as in reviewing the legality of specific emergency measures”<sup>45</sup>. Tuy nhiên, the judicial review mechanism in China is still insufficient and the same with Vietnam (without a constitutional court or constitutional council). The judiciary in Vietnam exercises judicial powers as defined in the 2013 Constitution, a 102(1), but there are no specific provisions on the content of judicial powers and judicial review has not been set.

Như vậy, sự hạn chế quyền con người trong tình trạng khẩn cấp bằng các công thức của tư pháp hình sự lại càng có ý nghĩa quan trọng để bảo vệ quyền con người.

---

<sup>45</sup> Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (n 1), 3

## Kết luận

Tình trạng khẩn cấp là tình trạng bất bình thường và nhà nước phải chuẩn bị tâm thế để đối diện với tình trạng bất bình thường ấy khi xã hội đang trong trạng thái bình thường mà thiết kế luật về tình trạng khẩn cấp là một trong những hoạt động chuẩn bị. Nhà nước vừa phải lấy cái chuẩn của trạng thái bình thường, lại vừa phải dự liệu những cái chuẩn cần có của trạng thái bất bình thường để thiết kế luật về tình trạng khẩn cấp. Một trong những cái chuẩn của trạng thái bình thường chính là những tiêu chuẩn hạn chế quyền con người khi áp dụng các biện pháp cưỡng chế trong tư pháp hình sự. Đó là các tiêu chuẩn hạn chế quyền con người phải trên cơ sở hiến pháp và luật, phải tương xứng giữa căn cứ hạn chế với mức độ hạn chế, phải minh bạch về thủ tục hạn chế, phải thường xuyên xem xét tính cần thiết của việc tiếp tục áp dụng các biện pháp hạn chế quyền, phải xin lỗi bồi thường nếu gây ra thiệt hại do quyền lực cưỡng chế của nhà nước bị áp dụng sai hoặc bị lạm dụng... Các tiêu chuẩn này được áp dụng để ngăn chặn sự lạm quyền của nhà nước đối với người dân trong tư pháp hình sự, lĩnh vực mà quyền con người bị hạn chế nhiều nhất, có nguy cơ xảy ra khả năng lạm quyền nhiều nhất - trong trạng thái bình thường của xã hội.

Nhà nước phụ mẫu là một phong cách quản lý xã hội mà nhà nước thường áp đặt ý chí chủ quan của mình đối với người dân, chỉ cần nhà nước cho rằng đây là điều tốt cho người dân và với vị thế, trách nhiệm của mình, nhà nước cần phải làm điều này. Đối diện với tình trạng khẩn cấp, một nhà nước bình thường không theo phong cách phụ mẫu cũng có thể phải trở thành một nhà nước phụ mẫu: phải nhanh chóng đưa ra các mệnh lệnh mà chỉ cần theo nhà nước là có lợi cho quốc gia, cho người dân mà không có đủ điều kiện để tham vấn người dân. Vấn đề đặt ra là, liệu những quyết định đó có thực sự phù hợp với lợi ích, với nhu cầu của người dân hay không? Trong tình trạng khẩn cấp, nguyên lý chung là hy sinh một lợi ích nhỏ thay vì mất đi một lợi ích lớn, nhưng những quyết định chủ quan của nhà nước liệu có trở thành hy sinh một lợi ích lớn để giữ lại một lợi ích nhỏ hay không?

Trung Quốc và Việt Nam là các quốc gia mà phong cách phụ mẫu được định hình trong suốt chiều dài lịch sử, điều này xuất phát từ truyền thống của Nho và Pháp trong lịch sử tư tưởng chính trị, thừa nhận vai trò phụ mẫu của nhà nước và sự tập trung quyền lực của nhà nước cũng như sự bất bình đẳng trong mối quan hệ giữa nhà nước và người dân. Trong bối cảnh hiện đại, sự tập trung quyền lực của nhà nước, trách nhiệm của nhà nước đối với người dân, thái độ thụ động của người dân, người dân trao quyền tự quyết định của mình cho nhà nước là những yếu tố khiến cho phong cách phụ mẫu vẫn còn tiếp tục hiện diện. Đây là những điểm thuận lợi cho nhà nước khi ban hành pháp luật về tình trạng khẩn cấp theo hướng trao nhiều quyền quyết định cho nhà nước khi đối diện với tình trạng khẩn cấp. Tuy nhiên, cả trong tình trạng bình thường và tình trạng khẩn cấp, phong cách này cũng có những mặt trái khi nhà nước không phải lúc nào cũng là “quý ông biết tuốt” và không phải lúc nào cũng loại trừ được nguy cơ lạm dụng quyền lực.

Vì vậy, thể chế về tình trạng khẩn cấp, khi được ban hành trong trạng thái bình thường, cần phải là một sản phẩm lập pháp có chất lượng, trao quyền chủ động cho nhà nước để đối phó với tình trạng khẩn cấp, đồng thời cũng ghi nhận rõ ràng cơ chế hạn chế quyền con người trong tình trạng khẩn cấp để quyền con người được bảo đảm, dù người dân phải chấp nhận nguyên tắc “hy sinh lợi ích nhỏ hơn để bảo vệ lợi ích lớn hơn”. Mặt khác, đối với người dân, trong mối quan hệ với “phụ mẫu”, cũng phải tự lớn lên, tự trưởng thành để ý thức được đầy đủ hơn về quyền và trách nhiệm của mình, để đòi hỏi nhà nước lắng nghe nhiều hơn của tiếng nói của mình. Trong tình trạng khẩn

cấp cũng như trong tình trạng bình thường, người dân cũng phải đóng vai trò của một chủ thể có trách nhiệm, hợp tác và chia sẻ trách nhiệm với nhà nước.

## References:

Anthony T. Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts” (1983), 92 Yale L.J. 763

Bui Thu Hang, “Ban hành văn bản trong tình trạng khẩn cấp nhìn từ dịch bệnh Covid- 19” (The issuance of administration documents in the state of emergency – from the perspectives of Covid-10 pandemic) (2020), Nghiên cứu lập pháp

(<http://lapphap.vn/Pages/ChuyenMuc/4015/Thuc-tien-phap-luat.html>)

David L. Shapiro, “Courts, Legislatures, and Paternalism” (1988), 74 Va. L. Rev. 519

Du Vinh Can, *Tong quan tu tuong phap luat Nho gia* (Overview on Confucists’ Ideals on Law), (Nhan dan Quang Tay 2000), Vietnamese version translated by Institute of Scientific Information, Hochiminh National Political Academy)

Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, “States of emergency”, Backgrounder Series (2005), 1

([https://www.files.ethz.ch/isn/14131/backgrounder\\_02\\_states\\_emergency.pdf](https://www.files.ethz.ch/isn/14131/backgrounder_02_states_emergency.pdf))

郭春明 (GUO Chun-ming), “论国家紧急权利” (On the State Emergency Power) (2003), 法律科学.西北政法学院学报 (05)

(<http://new.oversea.cnki.net/kcms/detail/detail.aspx?filename=DOUB200305007&dbcode=CJFQ&dbname=CJFD2003&v=>)

Klaus Mühlhahn, *Criminal Justice in China A history* (Harvard University 2009)

黄学贤, 郭殊 (HUANG Xue-xian, GUO Shu), “试论紧急状态下公民基本权利之保障” (Citizen's Fundamental Rights under the State of Emergency) (2004), 当代法学(18.4)

([http://en.cnki.com.cn/Article\\_en/CJFDTotat-DDFX200404013.htm](http://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTotat-DDFX200404013.htm))

Luong Le Minh, “Thực trạng pháp luật Việt Nam trước khả năng ban bố tình trạng khẩn cấp về dịch Covid-19” (The legislation of Vietnam to deal with the prospect of imposing the state of emergency due to Covid-10 pandemic) (2020)

(<https://vietnamfinance.vn/thuc-trang-phap-luat-viet-nam-truoc-kha-nang-ban-bo-tinh-trang-khan-cap-ve-dich-covid-19-20180504224236897.htm>)

Matthew Thomas, Luke Buckmaster, “Paternalism in social policy when is it justifiable?” (Research Paper no. 8 2010–11,

[https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp1011/11rp08#:~:text=%5B7%5D%20Paternalist%20policies%20seek%20to,particular%20activities%20that%20affect%20them](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp1011/11rp08#:~:text=%5B7%5D%20Paternalist%20policies%20seek%20to,particular%20activities%20that%20affect%20them)).



Nguyen Thanh Binh, “Tu tưởng về “đạo trị nước” ở các nhà nho Việt Nam” (The Thoughts on “Philosophy of Governance” of Vietnamese Confucianists) 2007, 1(188) Triết học

Nguyen Minh Tuan, *Lich su Nha nuoc va phap luat the gioi (The history of States and Laws in the World)*, (Dai hoc Quoc gia Ha Noi, 2016)

<https://searchcio.techtarget.com/definition/paternalistic-leadership#:~:text=Paternalistic%20leadership%20is%20a%20managerial,employees%2C%20as%20well%20as%20obedience.>)