

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

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP



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



- ❖ VẬN ĐỘNG HÀNH LANG VÀ PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG
- ❖ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT PHÒNG, CHỐNG BẠO LỰC GIA ĐÌNH
- ❖ QUYỀN SỬ DỤNG TỰ DO QUYỀN TÁC GIẢ TRONG MÔI TRƯỜNG GIÁO DỤC SỐ

Số 09 (457)

Kỳ 1 - Tháng 5/2022

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

## Mục lục Số 09/2022

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 03** Xây dựng giá trị cốt lõi của nền công vụ Việt Nam  
**PGS. TS. Nguyễn Bá Chiến - ThS. Đoàn Văn Tinh**
- 09** Vận động hành lang và phòng, chống tham nhũng  
**TS. Phạm Thị Duyên Thảo**
- 17** Bảo đảm quyền không bị bắt, giam giữ tùy tiện trong tố tụng hình sự  
**TS. Nguyễn Văn Nam**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 22** Hoàn thiện pháp luật phòng, chống bạo lực gia đình  
**TS. Phan Thị Lan Phương**
- 27** Hoàn thiện quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi nhà nước thu hồi đất  
**ThS. Bùi Hồng Nhung**
- 32** Quyền sử dụng tự do quyền tác giả trong môi trường giáo dục số  
**ThS. Đặng Nguyễn Phương Uyên – ThS. Lê Hoàng Việt Tuấn**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

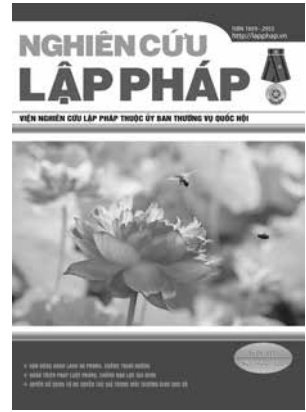
- 39** Những vấn đề pháp lý trong soạn thảo điều khoản sự kiện bất khả kháng và điều khoản hoàn cảnh thay đổi cơ bản trong bối cảnh đại dịch COVID-19  
**PGS. TS. Trần Việt Dũng – Khưư Hồng Linh**
- 46** Hoàn thiện các quy định của pháp luật về xác định vốn điều lệ của công ty cổ phần tại thời điểm thành lập  
**TS. Trần Huỳnh Thanh Nghị**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 53** Kinh tế số và những thách thức đối với pháp luật cạnh tranh - kinh nghiệm quốc tế và gợi mở cho Việt Nam  
**ThS. Nguyễn Thu Trang**

### CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

- 60** Pháp luật và thực tiễn công tác hòa giải ở cơ sở và trách nhiệm của Ủy ban nhân dân cấp xã đối với hòa giải ở cơ sở tại tỉnh Tiền Giang  
**ThS. Nguyễn Dương Thanh Thủy**



#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

#### TRỤ SỞ:

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

#### THIẾT KẾ:

NGUYỄN VĂN SƠN

#### 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:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

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

**GIÁ: 25.000 ĐỒNG**

**Ảnh bìa:** Hoa sen.

**Ảnh:** ST

# LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

## Legis No 09/2022

### STATE AND LAW

- 03** Development of Core Values of Civil Service in Vietnam  
**Prof. Dr. Nguyen Ba Chien - LLM. Doan Van Tinh**

- 09** Lobbying and Anti-corruption  
**Dr. Pham Thi Duyen Thao**

- 17** Assurance of Non-arbitrary Arrest or Detention in Criminal Proceedings  
**Dr. Nguyen Van Nam**

### DISCUSSION OF BILLS

- 22** Improvements of Legal Regulations on Prevention and Control of Domestic Violence  
**Dr. Phan Thi Lan Phuong**

- 27** Improvements of Legal Regulations on Compensation, Assistance and Resettlement under Land Acquisition by the State  
**LM. Bui Hong Nhung**

- 32** Right to Free Use under Digital Education Environment  
**LLM. Dang Nguyen Phuong Uyen - LLM. Le Hoang Viet Tuan**

### LEGAL PRACTICE

- 49** Legal Aspects of the Clause of Force Majeure and Clause of Changed Circumstances under Context of Covid-19 Pandemic  
**Prof. Dr. Tran Viet Dung – Khuu Hong Linh**

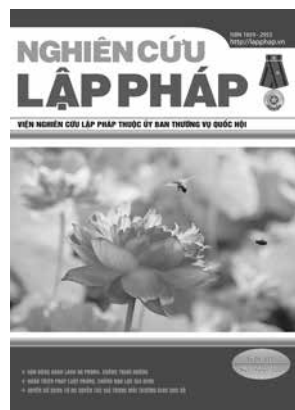
- 46** Improvements of Legal Regulations on Determination of Charter Capital of Joint-stock Company at Establishment Time  
**Dr. Tran Huynh Thanh Nghi**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 53** Digital Economy and Challenges for Competition Law - International Experience and Suggestions for Vietnam  
**LLM. Nguyen Thu Trang**

### LOCAL GOVERNMENT

- 60** Law and Practice of Grassroots Conciliation and Responsibilities of Commune-level People's Committees for Grassroots Conciliation in Tien Giang Province.  
**LLM. Nguyen Duong Thanh Thuy**



#### 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  
Website: <http://lapphap.vn>

#### DESIGN:

NGUYEN VAN SON

#### LISENCE OF PUBLISMENT:

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

#### DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202; 08044732

#### ACCOUNT NUMBER:

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

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY NGUYEN KHANG PRINTING  
TECHNOLOGY DEVELOPMENT JOINT STOCK  
COMPANY

PRICE: **25.000 VND**

# XÂY DỰNG GIÁ TRỊ CỐT LÕI CỦA NỀN CÔNG VỤ VIỆT NAM

Nguyễn Bá Chiến\*

Đoàn Văn Tình\*\*

\*PGS. TS. Hiệu trưởng Trường Trường Đại học Nội vụ Hà Nội

\*\*ThS. Phó Trưởng Khoa Quản trị nguồn nhân lực, Trường Đại học Nội vụ Hà Nội.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Nền công vụ, giá trị cốt lõi, xây dựng nền công vụ.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 05/12/2021

Biên tập : 22/02/2022

Duyệt bài : 25/02/2022

## Article Information:

*Keywords:* Civil services; core values; civil service development;

## Article History:

Received : 05 Dec. 2021

Edited : 22 Feb. 2022

Approved : 25 Feb. 2022

## Tóm tắt:

Giá trị cốt lõi của nền công vụ là hệ thống niềm tin và chuẩn mực điển hình, quan trọng, mang tính nguyên tắc và làm nền tảng để xây dựng văn hóa, đạo đức công vụ, hướng dẫn hành vi ứng xử của người thực thi công vụ. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả trao đổi về khái niệm và sự cần thiết xây dựng giá trị cốt lõi của nền công vụ, đặc biệt là xác định cơ sở để xây dựng giá trị cốt lõi của nền công vụ.

## Abstract:

The core value of the civil service is a typical, important, principled system of beliefs and standards that establish as a ground for developing the civil service culture and ethics, guiding the behavior of real people performing the civil madates. Within the scope of this article, the authors provide discussion of the concept and necessity of developing the core values of the civil service, especially identifying the ground for developing the core values of the civil services.

## 1. Quan niệm về công vụ và sự cần thiết xây dựng giá trị cốt lõi của nền công vụ

### 1.1. Quan niệm về công vụ và giá trị cốt lõi của nền công vụ

Quan niệm về công vụ ở các nước không hoàn toàn giống nhau. Trong tiếng Anh tồn tại hai thuật ngữ: “Public service” được hiểu theo nghĩa rộng bao hàm hoạt động công và dịch vụ công; “Civil service” chỉ hoạt động thực thi công vụ của cán bộ, công chức trong cơ quan nhà nước.

Hiện nay ở Việt Nam, chưa có văn bản pháp luật nào định nghĩa thế nào là “công vụ”. Điều

2 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019) chỉ xác định “hoạt động công vụ của cán bộ, công chức là việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của cán bộ, công chức theo quy định của Luật này và các quy định khác có liên quan”.

Trên diễn đàn khoa học, một số công trình nghiên cứu tiếp cận thuật ngữ “công vụ” dưới nhiều góc độ khác nhau. Ví dụ: Công vụ là công việc mang tính chất nhà nước, vì lợi ích xã hội, lợi ích nhà nước, lợi ích chính đáng của công dân, có tính chuyên nghiệp, chủ yếu do cán bộ, công chức nhà nước thực hiện, có tính thứ bậc chặt chẽ, chính quy và liên tục, được bảo đảm

bằng quyền lực nhà nước<sup>1</sup>; là hoạt động mang tính quyền lực và pháp lý được thực thi bởi đội ngũ công chức nhằm thực hiện các chức năng của nhà nước trong quá trình quản lý toàn diện các mặt của đời sống xã hội<sup>2</sup>; là toàn bộ hoạt động của công chức trong quản lý xã hội theo chức năng được quy định trong pháp luật thực định nhằm mục đích phục vụ nhân dân, xã hội và nhà nước<sup>3</sup>; là hoạt động có tính tổ chức cao, được tiến hành thường xuyên, liên tục theo trật tự do pháp luật quy định trên cơ sở sử dụng quyền lực nhà nước và được bảo đảm bằng quyền lực nhà nước và chủ yếu do đội ngũ công chức chuyên nghiệp thực hiện<sup>4</sup>; là loại lao động mang tính chất quyền lực và pháp lý do đội ngũ công chức thực hiện, sử dụng ngân sách nhà nước để tiến hành các chức năng, nhiệm vụ của Nhà nước trong việc quản lý toàn diện các mặt của đời sống chính trị, kinh tế, văn hóa và xã hội của một quốc gia<sup>5</sup>. Những quan điểm về “công vụ” nêu trên khá đa dạng nhưng đều có điểm tương đồng là thuật ngữ này dùng để chỉ loại hình lao động đặc thù được thực hiện bởi cán bộ, công chức trong quá trình thực thi nhiệm vụ quản lý nhà nước trên cơ sở quy định của pháp luật và được bảo đảm bằng quyền lực, ngân sách nhà nước nhằm phục vụ lợi ích của người dân, xã hội và quốc gia.

Giá trị cốt lõi là những thuộc tính đặc trưng, điển hình, bao quát và là những nguyên tắc, chuẩn mực đóng vai trò quan trọng đối với nền công vụ. Đó được xem là “linh hồn” của nền công vụ với những chuẩn mực có chiều sâu, quan trọng, bền vững, mang tính quy tắc hướng dẫn, chi phối quyết định và hành động của cán

bộ, công chức trong thực thi công vụ. Nói cách khác, giá trị cốt lõi của nền công vụ là hệ thống niềm tin, nguyên tắc, chuẩn mực điển hình, quan trọng và làm cơ sở nền tảng để xây dựng văn hóa, đạo đức công vụ, hướng dẫn hành vi ứng xử của người thực thi công vụ.

### 1.2. Sự cần thiết xây dựng giá trị cốt lõi của nền công vụ

Hiện nay, xây dựng những giá trị cốt lõi của nền công vụ càng đóng vai trò quan trọng, cấp thiết. Trong bối cảnh nền kinh tế tri thức và Cuộc Cách mạng Công nghệ 4.0, Việt Nam đang tích cực đẩy nhanh quá trình công nghiệp hóa, hiện đại hóa, chủ động hội nhập quốc tế nhằm theo kịp xu hướng phát triển kinh tế - xã hội trên thế giới và dẫn dắt sự thay đổi trong nước. Tuy nhiên, Việt Nam cũng đối mặt với nhiều khó khăn, thách thức bởi tình hình thế giới, khu vực và trong nước vẫn tiếp tục diễn biến phức tạp, như Nghị quyết số 26-NQ/TW đã nhận định: các mối đe dọa truyền thống, phi truyền thống và biến đổi khí hậu ngày càng gay gắt. Ở trong nước, bên cạnh những mặt tích cực thì sự nghiệp cách mạng của Đảng và nhân dân ta vẫn đứng trước nhiều khó khăn, thách thức; bốn nguy cơ mà Đảng ta đã chỉ ra vẫn còn hiện hữu, có mặt gay gắt hơn; tình hình an ninh, chính trị, trật tự, an toàn xã hội vẫn tiềm ẩn những nhân tố dễ gây mất ổn định. Sự chống phá của các thế lực thù địch, phản động ngày càng tinh vi, nguy hiểm, phức tạp hơn trong điều kiện phát triển kinh tế thị trường, mở cửa

<sup>1</sup> Bùi Thế Vĩnh (2000), *Một số thuật ngữ hành chính* (2000), Nxb. Thế giới, Hà Nội, tr.131.

<sup>2</sup> Nguyễn Ngọc Hiến (Chủ nhiệm - 2002), *Hoàn thiện phương pháp đánh giá thực thi công vụ cán bộ, công chức hàng năm*.

<sup>3</sup> Cao Minh Công (2012), *Tránh nhiệm công vụ và đạo đức công chức ở nước ta hiện nay*, Luận án tiến sĩ luật học Viện Khoa học xã hội.

<sup>4</sup> Trần Minh Hương và cộng sự (2017), *Giáo trình Luật Hành chính*, Nxb. Công an Nhân dân, tr.229.

<sup>5</sup> Ngô Thành Can, Lê Thị Hằng, Ngô Văn Trân (2018), *Đạo đức công chức trong thực thi công vụ* (tái bản lần thứ nhất), Nxb. Tư pháp.



hội nhập, sự bùng nổ của hệ thống thông tin truyền thông toàn cầu, chiến tranh trên không gian mạng, ... Do đó, xây dựng những giá trị cốt lõi của nền công vụ, đáp ứng yêu cầu cải cách hành chính, xây dựng nền hành chính phục vụ và yêu cầu phát triển đất nước là nhiệm vụ quan trọng nhưng cũng rất khó khăn. Giá trị cốt lõi được thiết lập sẽ hỗ trợ tầm nhìn quốc gia, định hình những chuẩn mực văn hóa tiêu biểu, điển hình mang bản sắc quốc gia.

Mặt khác, thực thi công vụ là hoạt động thực hiện nhiệm vụ của cán bộ, công chức trên cơ sở quy định của pháp luật và chức năng, nhiệm vụ được giao. Hoạt động thực thi công vụ có tính chất đặc thù được bảo đảm bởi quyền lực công, ngân sách nhà nước, mang tính chất phi lợi nhuận để phục vụ nhân dân, xã hội. Hành vi và hiệu quả thực thi công vụ của cán bộ, công chức liên quan mật thiết đến niềm tin của nhân dân vào Đảng, Nhà nước, sự ổn định và vững mạnh của hệ thống chính quyền. Nếu không có những giá trị cốt lõi định hướng, làm chuẩn mực ứng xử, sẽ dẫn đến hiện tượng cán bộ, công chức lạm quyền, sử dụng quyền lực sai mục đích hoặc ỉ lại, dựa dẫm, đối phó, quan liêu trong thực thi công vụ.

Thực tế cho thấy, mặc dù đại đa số đội ngũ cán bộ, công chức có bản lĩnh chính trị vững vàng, đạo đức, lối sống gương mẫu; có ý thức tổ chức kỷ luật, tu dưỡng, rèn luyện; trình độ, năng lực đáp ứng đáp ứng yêu cầu nhiệm vụ được giao. Tuy nhiên, một bộ phận cán bộ, công chức có biểu hiện phai nhạt lý tưởng, giảm sút ý chí, làm việc hời hợt, ngại khó, ngại khổ, suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống, có biểu hiện “tự diễn biến”, “tự chuyển hoá”. Do đó, cần có những giá trị cốt lõi để định hình nhận thức, tư duy và hành vi của đội ngũ cán bộ, công chức. Những giá trị cốt lõi giúp định hướng, định hình và làm

nền tảng để xây dựng văn hóa và đạo đức công vụ. Đó là hệ thống niềm tin ảnh hưởng tới nhận thức, ứng xử của cán bộ, công chức trong quá trình thực thi công vụ, hướng dẫn hành vi trong nội bộ, cũng mối quan hệ của họ với thế giới bên ngoài; định hướng cách ứng xử của cán bộ, công chức trong thực thi công vụ, với tập thể và người dân, doanh nghiệp.

Bên cạnh đó, giá trị cốt lõi khi được xác định chính thức, công khai và được xã hội công nhận sẽ là cơ sở để nhân dân tin tưởng, ủng hộ và giám sát hoạt động thực thi công vụ của cán bộ, công chức. Thông qua giá trị cốt lõi, người dân hiểu được chính quyền đang làm gì, hướng tới những chuẩn mực nào? Đồng thời, đây là cơ sở để các nhà quản lý trong khu vực công định hình chính sách và ban hành các quyết định quản lý; đưa ra những chỉ dẫn, hỗ trợ giải quyết rủi ro, khủng hoảng hoặc các tình huống có vấn đề một cách nhanh chóng nhất.

## 2. Cơ sở để xây dựng giá trị cốt lõi của nền công vụ

Xây dựng những giá trị cốt lõi của nền công vụ là vấn đề khó, phức tạp, cần sự nghiên cứu nghiêm túc trên cơ sở cân nhắc nhiều yếu tố khác nhau. Trong đó, các yếu tố văn hóa, giá trị truyền thống của dân tộc; chủ trương, đường lối của Đảng, tư tưởng của Chủ tịch Hồ Chí Minh; các văn bản quy phạm pháp luật, cũng như kinh nghiệm quốc tế là các vấn đề cần được cân nhắc và tham khảo.

Một là, giá trị cốt lõi của nền công vụ cần đúc kết, kế thừa và phát huy hệ giá trị văn hóa truyền thống của dân tộc và hệ giá trị chuẩn mực của con người Việt Nam. Nghị quyết số 33-NQ/TW ngày 9-6-2014 tại Hội nghị Trung ương 9 khóa XI “Về xây dựng, phát triển văn hóa, con người Việt Nam đáp ứng yêu cầu phát triển bền vững đất nước” đã xác định những

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

vấn đề về xây dựng con người Việt Nam với nhân cách, phẩm chất, lối sống tốt đẹp, với các đặc tính cơ bản: yêu nước, nhân ái, nghĩa tình, trung thực, đoàn kết, cần cù, sáng tạo. Đó chính là hệ giá trị điển hình, cơ bản của người Việt Nam đã được vun đắp, giữ gìn và phát huy qua nhiều thế hệ nên cần được kế thừa trong việc xây dựng giá trị cốt lõi của nền công vụ.

*Hai là*, xây dựng giá trị cốt lõi của nền công vụ cần dựa trên chủ trương, đường lối của Đảng. Đảng Cộng sản Việt Nam là đảng cầm quyền, chính đảng duy nhất theo Hiến pháp, đại diện của giai cấp công nhân, nhân dân lao động và của cả dân tộc. Mục đích của Đảng là phát triển chế độ dân chủ nhân dân, tiến lên xã hội chủ nghĩa, bảo đảm tự do, hạnh phúc cho giai cấp công nhân, nhân dân lao động và tất cả các dân tộc ở Việt Nam. Xã hội chủ nghĩa mà nhân dân ta xây dựng là một xã hội dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh; do nhân dân làm chủ; nhân dân có cuộc sống ấm no, tự do, hạnh phúc; các dân tộc trong cộng đồng Việt Nam bình đẳng, đoàn kết, tôn trọng và giúp nhau cùng phát triển.

*Ba là*, xây dựng những giá trị cốt lõi của nền công vụ cần kế thừa và phát huy giá trị tư tưởng Hồ Chí Minh về văn hóa, đạo đức cách mạng, đạo đức công vụ. Tư tưởng Hồ Chí Minh là tài sản tinh thần, tài sản trí tuệ vô giá của Đảng và dân tộc. Tư tưởng Hồ Chí Minh là kết quả của sự vận dụng sáng tạo chủ nghĩa Mác - Lênin vào điều kiện cụ thể ở nước ta, đồng thời kế thừa và phát triển tinh hoa giá trị truyền thống tốt đẹp của dân tộc. Tư tưởng của Người được thể hiện đa dạng, phong phú, toàn diện trên nhiều góc độ khác nhau, điển hình là:

(1) Tư tưởng trung với nước, với Đảng: cán bộ, công chức phải đặt lợi ích của Đảng và nhân dân lao động lên trên hết; tuyệt đối trung

thành với sự nghiệp cách mạng, với Đảng, Nhà nước; Bảo vệ danh dự Tổ quốc và lợi ích quốc gia; Bảo vệ, quản lý và sử dụng hiệu quả, tiết kiệm tài sản nhà nước được giao; chấp hành nghiêm sự phân công của Đảng, Nhà nước, tổ chức.

(2) Hiếu với dân, xây dựng nhà nước xã hội chủ nghĩa “của dân, do dân, vì dân”. Theo đó, cán bộ, công chức là công bộc của dân, phải hoà mình với quần chúng nhân dân; lắng nghe, thấu hiểu, tin tưởng quần chúng; lời nói và việc làm phải để cho dân tin, dân phục, dân yêu. Muốn vậy, cán bộ, công chức phải tôn trọng nhân dân, tận tụy phục vụ nhân dân; phát huy quyền làm chủ của nhân dân. Trong liên hệ giao tiếp, làm việc với nhân dân tác phong, thái độ phải lịch sự, nghiêm túc, khiêm tốn; ngôn ngữ giao tiếp phải chuẩn mực, rõ ràng, mạch lạc. Trong cung cấp dịch vụ công, giải quyết thủ tục hành chính cần thuận tiện, không sách nhiễu, gây phiền hà; hết lòng phục vụ và tôn trọng dân, tránh thái độ của quyền, ban ơn; sẵn sàng bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, công dân

(3) Cán bộ, công chức cần tu dưỡng và rèn luyện phẩm chất, đạo đức bởi Chủ tịch Hồ Chí Minh đã từng nói: “Những người trong các công sở đều có nhiều hoặc ít quyền hành. Nếu không giữ đúng Cần, Kiệm, Liêm, Chính thì dễ trở nên hủ bại, biến thành sâu mọt của dân”<sup>6</sup>. Đây là 4 giá trị quan trọng là chuẩn mực văn hóa, đạo đức của cán bộ, công chức, cụ thể là:

- Cần theo tư tưởng của Hồ Chí Minh không chỉ là sự cần cù, bền bỉ, vượt khó, khắc phục khó khăn trong thực thi công vụ để bảo đảm tiến độ, chất lượng, hiệu quả công việc. Đó còn là sự siêng năng, chăm chỉ tu dưỡng, rèn luyện đạo đức cách mạng; nâng cao năng lực chuyên

<sup>6</sup> Hồ Chí Minh, (2011), Toàn tập, tập 5, Nxb. Chính trị Quốc gia – sự thật, Hà Nội, tr.122.

môn, tích lũy kiến thức, kinh nghiệm và kỹ năng công tác; bám sát thực tiễn, vận dụng kiến thức vào thực tiễn công tác.

- Kiệm vừa là sự tiết kiệm, không xa xỉ, không hoang phí cả về nguồn lực vật chất (tài chính, cơ sở vật chất,...) vừa không lãng phí về nguồn lực phi vật chất (cơ hội, thời gian, quan hệ,...). Tuy nhiên, tiết kiệm phải gắn với hiệu quả, lấy hiệu quả làm gốc.

- Liêm đó là sự trong sạch, nhất quán, không tham lam tiền tài, địa vị, danh lợi một cách bất chính; không tham ô, tham nhũng, lạm dụng quyền lực và thực hiện các hành vi trái pháp luật; không lợi dụng kẽ hở của pháp luật để thu lợi cho cá nhân, gia đình, người thân. Bất liêm là bất chính, đạo đức giả, cam kết mà không hành động, trốn tránh trách nhiệm, chạy chức, chạy quyền, ...

- Chính là thẳng thắn, đúng đắn, trung thực, khách quan. Cán bộ, công chức làm việc công cần phải công tâm, công minh chính trực, không tư ân, tư huê, tư thù, tư oán.

Bốn yếu tố trên vừa là các tiêu chí đạo đức cơ bản, vừa là thước đo phẩm chất chính trị, bản lĩnh giữ mình và khả năng chống lại sự tha hóa quyền lực của cán bộ, công chức. Bên cạnh đó, cán bộ, công chức phải chí công vô tư, đặt lợi ích của Đảng, Nhà nước, nhân dân và của tập thể lên trên lợi ích của cá nhân; không màng tư lợi, không dùng của công vào việc tư. Mỗi cán bộ, công chức cần kiên trì cuộc đấu tranh chống lại thói hư, tật xấu, nhất là sự lười biếng, sự đố kỵ, tham nhũng, cửa quyền, quan liêu, cách sống buông thả và sa đoạ. Mình vì mọi người, mọi người vì mình. Nếu không tu dưỡng, rèn luyện để giữ được Cần, Kiệm, Liêm, Chính dễ dẫn đến sự biến chất, hủ bại, sâu mọt.

*Bốn là*, xây dựng giá trị cốt lõi của nền công vụ Việt Nam cần tham khảo kinh nghiệm quốc tế để học học, kế thừa những giá trị chung, điển hình và vận dụng phù hợp với bối cảnh văn hóa, thể chế chính trị ở Việt Nam. Mỗi quốc gia công nhận, quy định và đề cao những giá trị khác nhau. Ví dụ, hệ thống giá trị cốt lõi trong nền công vụ phục vụ của Singapore đề cao vai trò của 03 giá trị: (1) Liêm chính (trung thực, minh bạch bộ máy, quy trình và nguồn lực); (2) Phục vụ (dịch vụ chuyên nghiệp, thân thiện, chu đáo); (3) Sự tuyệt hảo (liên tục cải tiến và nỗ lực vượt qua các giới hạn). Trong khi đó, Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD: Organization for Economic Cooperation and Development) lại khuyến nghị 8 giá trị nền tảng mà các quốc gia nên hướng đến, gồm: Liêm chính, Khách quan, Phi đảng phái, Trung thực, Không thiên vị, Chia sẻ, Tình thương, Đấu tranh với những cám dỗ,...

Bên cạnh đó, trong xây dựng những giá trị cốt lõi của nền công vụ cần nghiên cứu đến những quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật Việt Nam qua các giai đoạn lịch sử, đặc biệt là các quy định liên quan đến đạo đức công vụ, trách nhiệm công vụ. Đồng thời, cần nhắc đến bối cảnh kinh tế xã hội, xu hướng quốc tế và mục tiêu xây dựng nền công vụ của Việt Nam.

Trên cơ sở trên, tác giả đề xuất một số giá trị cơ bản, cốt lõi của nền công vụ, gồm: thượng tôn pháp luật, trách nhiệm, liêm chính, minh bạch và phụng sự, cụ thể là:

(1) Thượng tôn pháp luật: Hội nghị đại biểu toàn quốc giữa nhiệm kỳ khóa VII của Đảng đã đề cập đến việc xây dựng “*Nhà nước pháp quyền thực sự của dân, do dân và vì dân*”. Đến



## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

năm 2001, khi sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992, lần đầu tiên thuật ngữ “nhà nước pháp quyền” được hiến định, tạo cơ sở pháp lý quan trọng để hiện thực hóa việc xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa. Trong nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, cán bộ, công chức cần thượng tôn pháp luật để được dân tin tưởng, tôn trọng, ủng hộ. Biểu hiện của việc thượng tôn pháp luật là tuân thủ Hiến pháp và pháp luật; bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, công dân; công khai, minh bạch, đúng thẩm quyền; bảo đảm tính hệ thống, thống nhất, liên tục, thông suốt và hiệu quả, có sự kiểm tra, giám sát việc sử quyền quyền lực công, nguồn lực công.

(2) Trách nhiệm: Người có trách nhiệm là người hiểu rõ vai trò, bổn phận, nghĩa vụ của mình trước Đảng, Nhà nước, nhân dân, tổ chức và đơn vị công tác. Họ sẵn sàng, tự giác, chủ động nhận trách nhiệm và nỗ lực cao nhất để đạt được mục tiêu trong điều kiện nguồn lực có hạn và môi trường biến đổi. Đồng thời, họ cũng sẵn sàng chịu trách nhiệm, xin lỗi và nỗ lực khắc phục hậu quả nếu phát ngôn, hành động, việc làm không đúng như quy định hoặc cam kết.

(3) Liêm chính: Đó là sự trung thực, trong sạch, ngay thẳng trong thực thi công vụ; phân biệt những vấn đề phù hợp, không phù hợp trong thực thi công vụ, dũng cảm đấu tranh với những điều sai trái và bảo vệ những điều đúng đắn, phù hợp; không tham lam địa vị, tiền tài; không sử dụng công cụ, cách thức lừa dối, bịa đặt, gian lận hoặc lợi dụng uy tín của tập thể để đạt được mục tiêu, lợi thế hay lợi ích cho cá nhân. Người có sự liêm chính không chỉ biết giữ gìn sự liêm chính của bản thân, mà còn sẵn

sàng lên tiếng, đấu tranh bảo vệ sự liêm chính của tổ chức và nền công vụ.

(4) Minh bạch: Đó là sự rõ ràng, tường minh và sẵn sàng giải trình trước Đảng, Nhà nước, nhân dân, cơ quan và người có thẩm quyền. Cán bộ, công chức có sự minh bạch sẵn sàng, chủ động thực thi công vụ công khai, cụ thể, không dấu giếm, che đậy, khuất tất; sẵn sàng phối hợp và tạo điều kiện để thanh tra, kiểm tra, giám sát. Sự minh bạch luôn đi liền với bảo đảm trách nhiệm báo cáo, giải trình. Trách nhiệm giải trình không chỉ là trách nhiệm báo cáo đối với cơ quan quản lý, thanh tra, kiểm tra, với lãnh đạo; tuân thủ các quy định, đó còn là trách nhiệm giải trình trước nhân dân. Đồng thời, đó còn là khả năng giải thích, biện minh, bảo vệ cho những quyết định và hành động của tập thể và cá nhân, cũng như vấn đề chịu hậu quả từ những quyết định và hành động đó.

(5) Phụng sự: Mục tiêu thực thi công vụ gắn với bản chất của nhà nước Việt Nam “của dân, do dân, vì dân” với mục đích bảo vệ chế độ; bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích của nhân dân, của cơ quan, tổ chức; bảo vệ trật tự pháp luật; không vì lợi ích cá nhân và không vì mục tiêu lợi nhuận. Người thực thi công vụ phải hết lòng phụng sự, trung thành với sự nghiệp cách mạng của Đảng, đặt lợi ích của Nhà nước, xã hội và công dân lên trước hết. Biểu hiện sự phụng sự là tuyệt đối trung thành và hết lòng phục vụ Đảng, Nhà nước, Nhân dân, tổ chức. Mỗi cán bộ, công chức thực sự là công bộc của dân, gần dân, sâu sát lắng nghe tâm tư, nguyện vọng của nhân dân; chủ động, sáng tạo trong phục vụ nhân dân để mang lại người dân những trải nghiệm tích cực nhất; không được hách dịch, cửa quyền, gây phiền hà, khó khăn cho nhân dân ■

# VẬN ĐỘNG HÀNH LANG VÀ PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG

**Phạm Thị Duyên Thảo**

*TS. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Vận động hành lang; tham nhũng; phòng, chống tham nhũng.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/03/2022  
Biên tập : 15/04/2022  
Duyệt bài : 17/04/2022

## Article Information:

*Keywords:* Lobbying; corruption; anti-corruption.

## Article History:

Received : 20 Mar. 2022  
Edited : 15 Apr. 2022  
Approved : 17 Apr. 2022

## Tóm tắt:

Vận động hành lang và phòng, chống tham nhũng luôn có mối quan hệ biện chứng. Mức độ và tỷ lệ tương tác của chúng ra sao ở mỗi quốc gia phụ thuộc quyết định vào pháp luật. Pháp luật phải được xem là giải pháp tối ưu để mọi khía cạnh của vận động hành lang và phòng, chống tham nhũng đi đúng quỹ đạo của nó. Pháp luật cũng tạo khuôn khổ pháp lý rõ ràng cho sự tham gia, giúp các nhà hoạch định chính sách dễ dàng tiếp nhận ý kiến đóng góp. Điều này giúp chính sách phản ánh tốt hơn nhu cầu của toàn xã hội và cho phép những người liên quan đến chính sách tránh phạm phải hành vi tham nhũng.

## Abstract:

Lobbying and anti-corruption always have a dialectical relationship. The extent and ratio of their interaction in each country depends on the related legal regulations. Legislation must be seen as the optimal solution for all aspects of lobbying and anti-corruption to follow its trajectory. Legislation also provides a clear legal framework for participation, making it easier for policy makers to receive comments from stakeholders. This helps policy to better appropriate with the needs of society as a whole and allows policy stakeholders to avoid committing corrupt practices.

## 1. Tính tất yếu, cơ sở xã hội học của vận động hành lang và phòng, chống tham nhũng

### - Tính tất yếu

Vận động hành lang (VĐHL) là hoạt động gây ảnh hưởng đến quá trình ra quyết định, chính sách của các chủ thể công quyền theo những chủ ý, nhằm tối đa hóa những lợi ích nhất định. Hình thức của VĐHL ngày càng đa dạng và có ảnh hưởng trong đời sống thực tiễn của các quốc gia. Nó “đang tồn tại và phát triển như nhu cầu chính đáng, tự nhiên,... và luôn hiện diện ở mọi xã hội”<sup>1</sup>. Bởi lẽ, lợi ích xã hội và cơ chế pháp lý phản ánh lợi ích xã

hội hiếm khi ở trạng thái lý tưởng. Pháp luật có thể ghi nhận lợi ích cụ thể hoặc bình quân của đa số hay chỉ của một nhóm xã hội nào đó không mang tính đại diện đầy đủ cho các lực lượng xã hội. Phạm vi các lợi ích được thừa nhận luôn tiềm ẩn những mâu thuẫn giữa lợi ích hợp pháp, lợi ích chính đáng và lợi ích mong muốn<sup>2</sup>. Do đó, những chủ thể nhất định muốn cân bằng lợi ích, hoặc muốn lợi ích của mình chiếm ưu thế sẽ tiến hành những động thái tác động tới chính sách, nhằm hiện thực hóa mục đích. Ở góc độ chung hơn, “mọi quyết sách của lực lượng cầm quyền và của nhà nước là kết quả của sự tương tác lợi ích và lực lượng

<sup>1</sup> Mai Văn Thắng, *Lobby ở Liên bang Nga và những gợi mở cho Việt Nam, Vận động chính sách công ở Việt Nam, quan điểm tiếp cận và cơ sở pháp lý*, Kỷ yếu Hội thảo Vận động chính sách công trên thế giới và ở Việt Nam, Hà Nội, tháng 8-2015, tr.151

<sup>2</sup> Đào Trí Úc, *Vận động chính sách công ở Việt Nam, quan điểm tiếp cận và cơ sở pháp lý*, Kỷ yếu Hội thảo Vận động chính sách công trên thế giới và ở Việt Nam, Hà Nội, tháng 8-2015, tr.7

giữa các nhóm xã hội khác nhau. Xây dựng, phát triển xã hội dân sự gắn liền với khuynh hướng tự do hóa xã hội dẫn đến yêu cầu phải làm sao để người dân có thể tác động và gây ảnh hưởng tối đa đến quá trình ra các quyết sách. Đó là lý do tồn tại một cách hợp pháp các trung tâm, văn phòng có mục đích VĐHL”<sup>3</sup>. “Thực tiễn chỉ ra rằng, sự đấu tranh giữa các lợi ích là khách quan và đồng thời là động lực phát triển của xã hội, và quy luật của sự đấu tranh đó tự nó sẽ vạch đường cho một điểm dừng hợp lý - điểm giao thoa giữa các lợi ích”<sup>4</sup>.

Tham nhũng (TN) là “hành vi lạm dụng quyền lực công để thu lợi ích riêng”<sup>5</sup>, là “hành vi của người có chức vụ, quyền hạn đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn đó vì vụ lợi”<sup>6</sup>. TN cũng mang tính khách quan, bởi bản chất của TN là sự lạm dụng, tha hóa của quyền lực - một hiện tượng có tính quy luật xét trên phương diện tâm lý học hành vi của loài người. TN có tính chất là một “căn bệnh” chung, mang tính cố hữu của mọi nhà nước, bất kể thuộc thể chế chính trị nào. TN xuất hiện ngay từ khi nhà nước ra đời và sẽ tồn tại cùng với nhà nước cho tới khi nó tiêu vong. TN có thể kiểm chế, giảm thiểu mà khó có thể xóa bỏ triệt để trong bộ máy nhà nước<sup>7</sup>.

Phòng, chống tham nhũng (PCTN) sâu xa là chống lại lòng tham của con người và kiểm soát có hiệu quả việc thực hiện quyền lực công. PCTN tuy cần các điều kiện đảm bảo khắt khe, nhưng cũng tồn tại khách quan như TN. Bởi lẽ, chống lại sự tha hóa quyền lực là vấn đề xuyên

suốt lịch sử phát triển của nhân loại, nó có thể được thực hiện “từ bên ngoài” bộ máy nắm giữ quyền lực qua phản ứng của người dân trước việc sử dụng quyền lực không đúng mục đích; có thể được thực hiện “từ bên trong”, thông qua các thiết chế do nhà nước lập ra...<sup>8</sup>

TN hay PCTN, suy cho cùng đều do các mục tiêu về lợi ích chi phối. Nhưng nếu như lợi ích mà TN hướng đến là những lợi ích có được do sự lạm dụng quyền lực, được thực hiện bằng các hành vi bất hợp pháp, nhằm thu lợi riêng cho người TN, thì lợi ích mà PCTN hướng đến là lợi ích chung, được thực hiện bằng các hành vi hợp pháp, được thúc đẩy từ sự đồng thuận của xã hội. “Đồng thuận xã hội khó có thể được xây dựng và tồn tại bền vững trên nền tảng của sự yếu kém kéo dài về mọi mặt trong xã hội, nhất là về kinh tế”<sup>9</sup>. Đồng thuận trong PCTN tạo nên sự đồng lòng một cách tự nguyện về tư tưởng, hành động hoặc đơn giản chỉ là sự khác biệt giữa các thành viên không làm ảnh hưởng đến việc thực hiện cái mà các thành viên đã đồng tình, nhất trí với nhau trong việc phát hiện hoặc thông tin về hành vi TN. Đồng thuận xã hội trong PCTN đến từ mục tiêu bảo vệ lợi ích công, lợi ích chính đáng của từng lực lượng xã hội có thể bị ảnh hưởng bởi hành vi TN, từ đó tạo nên “một trạng thái bền vững xã hội trong những phạm vi cộng đồng nhất định”<sup>10</sup>, làm xã hội gắn kết lại, biến PCTN trở thành vấn đề chung.

**- Cơ sở xã hội học của vận động hành lang và phòng, chống tham nhũng**

<sup>3</sup> Đào Trí Úc, *Vận động chính sách công ở Việt Nam*, tldd, tr. 14.

<sup>4</sup> Đào Trí Úc, *Vận động chính sách công ở Việt Nam*, tldd, tr. 8.

<sup>5</sup> World Bank 1997, *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank*, Washington DC, p.8

<sup>6</sup> Khoản 2 Điều 1 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018.

<sup>7</sup> Nguyễn Đăng Dung, Phạm Hồng Thái, Chu Hồng Thanh, Vũ Công Giao (Đồng chủ biên), *Giáo trình Lý luận và pháp luật về Phòng, chống tham nhũng*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 34-35.

<sup>8</sup> Đinh Văn Minh, Quản trị tốt và PCTN, sách Các lý thuyết, mô hình, cách tiếp cận về quản trị nhà nước và PCTN, Nguyễn Thị Quế Anh, Vũ Công Giao, Nguyễn Hoàng Anh (đồng chủ biên), Nxb. Hồng Đức, tr. 358-360.

<sup>9</sup> Trần Đắc Hiến, *Đồng thuận xã hội - Một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, Tạp chí Cộng sản điện tử, <http://tuyengiao.vn/dien-dan/dong-thuan-xa-hoi-mot-so-van-de-ly-luan-va-thuc-tien-18943>.

<sup>10</sup> Đào Trí Úc, tldd, tr. 10.

Sự tất yếu và mối quan hệ giữa ba hiện tượng xã hội này cũng bởi giữa chúng có những đảm bảo chung mang tính xã hội học, tức là đều có các yếu tố làm cho chúng chắc chắn được thực hiện, duy trì hoặc có đầy đủ những gì cần thiết để được triển khai hiệu quả. Các đảm bảo đó gồm:

*Pháp luật hoàn thiện* là đảm bảo xã hội nền tảng cho PCTN và VĐHL. Hệ thống pháp luật hoàn thiện sẽ tạo nên một họa đồ, mô tả các ứng xử cần thiết của mọi chủ thể nằm trong phạm vi điều chỉnh của nó, bao gồm: từ nguyên tắc, cách thức, phương pháp, quy trình, chủ thể, hệ thống quyền và nghĩa vụ, cơ chế thực thi, xử lý vi phạm trong quá trình PCTN và VĐHL. Pháp luật PCTN tạo môi trường cho VĐHL lành mạnh và ngược lại, nhờ VĐHL hợp pháp mà PCTN. Đây cũng chính là lý do mà đa số các nước trên thế giới đều tham gia Công ước chống TN của Liên hợp quốc năm 2003, và một số nước đã, đang xây dựng một luật riêng nhằm minh bạch hoá, qua đó hạn chế những biến tướng tiêu cực trong VĐHL.

*Dân chủ, sự tham gia*: Tham gia xây dựng thể chế, trong quá trình vận hành của chính quyền, hay cách thức tổ chức xã hội là biểu hiện của đồng thuận xã hội, của việc tập hợp sức mạnh của các lực lượng dân chúng trong PCTN và giám sát tính hợp pháp của VĐHL. Khi ý nguyện của người dân được ghi nhận, lợi ích của họ sẽ không dễ bị lấn át bởi các lợi ích của nhóm người có quyền lực và tài chính khác. Người dân khi được tự quyết định những vấn đề trọng đại, được tính đến trong mọi hoạt động của nhà nước, khi đó sẽ có dân chủ, pháp quyền, PCTN và VĐHL sẽ đi đúng quỹ đạo, phát huy hiệu quả.

- *Minh bạch và trách nhiệm giải trình*

Minh bạch và liêm chính là hai khía cạnh được Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD) đặc biệt quan tâm. Nó được thể hiện

chi tiết trong Bộ nguyên tắc về minh bạch và liêm chính trong VĐHL do Tổ chức này ban hành. Minh bạch là một công cụ, cho phép công chúng giám sát quá trình ra quyết định, tiếp cận các thông tin liên quan đến những cam kết mà chính quyền đưa ra. Nhờ trách nhiệm giải trình, công chúng có thể yêu cầu chính quyền giải đáp tường tận các hoạt động của mình. Trách nhiệm giải trình đến từ sự giải trình và sự chịu trách nhiệm. Trách nhiệm giải trình và minh bạch là hai thành tố của nền dân chủ, chúng “hàm ý rằng các thông tin chính xác và dễ tiếp cận là cơ sở đánh giá xem công việc có được thực hiện tốt hay không”<sup>11</sup>, là điều kiện cần và đủ của PCTN, VĐHL hợp pháp.

*Kiểm soát quyền lực nghiêm minh, hiệu quả*: Kiểm soát nghiêm minh đảm bảo cho quyền lực nhà nước được thực hiện đúng pháp luật, đúng ranh giới ở mọi lĩnh vực, không có ngoại lệ; kiểm soát hiệu quả đảm bảo giải quyết tốt “mối quan hệ giữa các thể chế nhà nước với nhau và với xã hội nhằm bảo đảm quyền lực nhà nước luôn thuộc về nhân dân”<sup>12</sup>. Khi đó, quyền lực nhà nước sẽ không bị lạm dụng cho mục đích thao túng lợi ích, gây mất công bằng xã hội; theo đó mà TN, hay VĐHL bằng cách hối lộ, mua chuộc cũng không có cơ hội phát triển.

*Quyền tiếp cận thông tin*: Quyền tiếp cận thông tin thu hút sự tham gia của dân chúng vào công việc của xã hội, chính quyền; đồng thời tạo ra trách nhiệm của Nhà nước phải cung cấp thông tin trong quá trình thực hiện quyền lực công. Nhờ đó, thúc đẩy chính quyền phản ứng nhanh chóng, hiệu quả hơn với các vấn đề liên quan đến quyền lợi ích chính đáng của người dân. Tiếp cận thông tin là phương tiện để đảm bảo dân chủ, minh bạch và trách nhiệm giải trình. Nó tạo thành vòng tròn các tác động đến PCTN và VĐHL bền vững.

*Liêm chính*: Liêm chính là chính trực, chuyên nghiệp, tận tụy, không vụ lợi. Đảm bảo này cần thiết cho cả chính quyền và những

<sup>11</sup> World Bank: *Báo cáo phát triển Việt Nam 2010*, “Các thể chế hiện đại”, tr.4, <https://www.worldbank.org/vi/news/feature/2009/12/30/Vietnam-development-report-2010-modern-institutions>.

<sup>12</sup> Lê Minh Quân, Nhà nước liêm chính, Bài đăng trên Tạp chí Lý luận chính trị số 7-2017.

người VĐHL. Liêm chính tạo nên một quy trình VĐHL minh bạch với cách thức hợp pháp, mục đích vị nhân sinh. OECD có khuyến nghị về liêm việc nuôi dưỡng văn hóa liêm chính công trong toàn chính phủ và xã hội, biện pháp bao gồm việc thiết lập các tiêu chuẩn và thủ tục liêm chính rõ ràng, đầu tư vào lãnh đạo liêm chính, thúc đẩy khu vực công chuyên nghiệp cống hiến cho lợi ích cộng đồng, đồng thời truyền thông và nâng cao nhận thức về tiêu chuẩn và giá trị của liêm chính<sup>13</sup>.

### 2. Mối liên hệ giữa vận động hành lang và phòng, chống tham nhũng

*- Vận động hành lang góp phần phòng chống tham nhũng*

Sự minh bạch, hợp pháp trong quá trình VĐHL, sẽ loại trừ cách thức VĐHL trực tiếp thúc đẩy TN, như hối lộ, mua chuộc các quan chức chính phủ hoặc người có thẩm quyền trong quá trình ban hành chính sách để phục vụ cho các mục đích tư lợi của chủ thể vận động. VĐHL minh bạch sẽ cung cấp thông tin về những tác động xã hội một cách hệ thống cho nhà hoạch định chính sách, mà vốn “do những giới hạn về nguồn nhân, vật lực thường không thể tự thu thập được đầy đủ thông tin trong quá trình này”<sup>14</sup>. “Vận động chính sách công cũng góp phần chuyển tải ý chí, nguyện vọng của người dân đến các cấp chính quyền... dưới dạng những nghiên cứu toàn diện, chuyên sâu trong đó chứa đựng những kiến nghị, thông điệp rõ ràng về một vấn đề cụ thể trong quản lý xã hội”<sup>15</sup>. Hai nhóm thông tin trên sẽ thúc đẩy việc cho ra đời những chính sách đáp ứng thực tiễn và nhu cầu của các lực lượng xã hội - những yếu tố có lợi cho PCTN.

Ở trạng thái tích cực nhất, VĐHL sẽ hướng đến những chính sách đáp ứng lợi ích của đa số, hài hòa hóa lợi ích, hoặc tạo cơ chế thúc đẩy sự phát triển về kinh tế, nền tảng của đồng thuận xã hội - điều kiện quan trọng để PCTN. “Thực tiễn đã chứng minh, VĐHL cho ô tô xanh, tăng cường luật pháp chống lạm dụng tình dục trẻ em trực tuyến hoặc để tăng cường cạnh tranh trong các lĩnh vực kinh tế đã mang lại lợi ích không chỉ cho các đối tượng trực tiếp mà còn cả cho các nhà hoạch định chính sách, bằng cách cung cấp cho họ các thông tin bổ sung, và cuối cùng là lợi ích tổng thể cho xã hội”<sup>16</sup>.

VĐHL hướng đến thay đổi những chính sách, pháp luật hiện hành, nếu như hệ thống chính sách, pháp luật cũ không hữu hiệu, thậm chí, vốn đang là cơ hội cho TN. Từ đó, góp phần tạo nên một khung khổ pháp luật chung đủ sức kiềm chế các hành vi TN hoặc hệ thống pháp luật PCTN mới, hiệu lực và hiệu quả hơn.

VĐHL nhằm nâng cao trách nhiệm của chính quyền, tạo môi trường thông thoáng cho PCTN. Bởi lẽ, người dân, các nhóm xã hội tác động lên việc ban hành chính sách của nhà nước cũng chính là quá trình người dân thể hiện sự giám sát, phản biện của mình về cách thức vận hành quyền lực, làm cho các chủ thể công quyền phải nỗ lực hơn nữa trong hoạt động. Giám sát của người dân càng thường xuyên, liên tục thì PCTN càng có cơ hội phát triển.

*- Vận động hành lang trái pháp luật là môi trường cho tham nhũng*

VĐHL vốn “không phải là một hoạt động vô tư mà luôn xuất phát từ và để bảo vệ lợi ích của một nhóm chủ thể nhất định”<sup>17</sup>. VĐHL trái pháp luật vốn là “chạy chính sách”, hối lộ, mua

<sup>13</sup> OECD (2021), *Lobbying in the 21st Century: Transparency, Integrity and Access*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/c6d8eff8-en>, tr.86.

<sup>14</sup> Vũ Công Giao, *Một số vấn đề về vận động chính sách công*, Tạp chí Tổ chức nhà nước, [https://tcnn.vn/news/detail/39087/Mot\\_so\\_van\\_de\\_ve\\_van\\_dong\\_chinh\\_sach\\_congall.html](https://tcnn.vn/news/detail/39087/Mot_so_van_de_ve_van_dong_chinh_sach_congall.html).

<sup>15</sup> Vũ Công Giao, *Một số vấn đề về vận động chính sách công*, t.lđđ.

<sup>16</sup> OECD (2021), *Lobbying in the 21st Century: Transparency, Integrity and Access*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/c6d8eff8-en>.

<sup>17</sup> Đào Trí Úc, *Vận động chính sách công ở Việt Nam*, t.lđđ, tr.10



chুক্ত nhằm có được những lợi ích từ chính sách hoặc các dự án có giá trị từ các chủ thể có thẩm quyền. Từ điển The Oxford Unabridged Dictionary định nghĩa: “TN là sự bóp méo hoặc phá hoại tính liêm chính trong thực hiện công vụ bởi hối lộ hay thiên vị”. Khi tiếp xúc với những người có quyền lực, để đạt được mục đích, cách hiệu quả nhất, là mang lại cho người đó những lợi ích lớn, thậm chí rất lớn trong tương quan với những gì họ sẽ nhận được nếu không nhận sự tác động.

Vi phạm pháp luật trong VĐHL không hiếm, vì những quy tắc trong quá trình này khó tuân thủ, nó đòi hỏi sự minh bạch, liêm chính tuyệt đối, sự khách quan, trung thực của chủ thể vận động. “Rất ít quốc gia minh bạch về các hoạt động VĐHL nhắm vào các cơ quan chính phủ. Tính minh bạch vẫn là ngoại lệ ở cấp địa phương... Vào năm 2020, mới có 18 quốc gia đăng ký công khai thông tin về những người hoặc hoạt động VĐHL”, “Việc hoạch định chính sách diễn ra ở nhiều đối tượng công, thuộc tất cả các ngành, các cấp của chính quyền”<sup>18</sup>. VĐHL cũng đòi hỏi về năng lực tài chính, mà năng lực này lại thường đến từ các tập đoàn, doanh nghiệp, nên VĐHL đi liền với hối lộ là điều không hiếm, ngay ở những quốc gia văn minh và có cơ sở pháp lý lâu đời về VĐHL. Tình trạng này đã được Everit Brown và Albert Strauss nhận định: “VĐHL là một thuật ngữ được áp dụng chung cho những người tiến hành việc gây ảnh hưởng tới các nhà lập pháp bằng những biện pháp sai trái... Họ thường đạt tới các mục tiêu của mình thông qua việc trả tiền cho các thành viên cơ quan lập pháp, tuy nhiên bất kỳ biện pháp khả thi nào khác cũng có thể được áp dụng”<sup>19</sup>.

TN trong VĐHL có thể đến ngay từ ban đầu, khi sự “mặc cả” của phía đi vận động thành công, khi đó, chủ thể có thẩm quyền sẽ trực tiếp TN bằng cách nhận các khoản tiền, lợi ích để bóp méo hoặc ban hành những chính sách theo mục đích của bên vận động. TN còn đến một cách “bền vững” sau đó, khi các chính sách pháp luật đã bị bóp méo được đưa vào thực hiện, tiếp tục tạo môi trường cho hành vi TN phát triển từ những cơ hội lần lượt nhau của các loại lợi ích

*- Vận động hành lang trái pháp luật và tham nhũng làm gia tăng bất bình đẳng trong xã hội, gây nguy cơ cho nền dân chủ*

VĐHL trái pháp luật “có thể gây tổn hại đến lợi ích chính đáng của các nhóm yếu thế, làm gia tăng bất bình đẳng trong xã hội, bởi không phải trong mọi trường hợp vận động chính sách công đều bảo đảm sự hài hoà về lợi ích giữa các nhóm trong xã hội”<sup>20</sup>. Không ít các trường hợp VĐHL đến từ các doanh nghiệp, tập đoàn có nguồn lực tài chính lớn, dẫn đến sự mất tương quan về cơ hội đối với các nhóm VĐHL có tiềm lực yếu hơn, khi đó, họ không chỉ có lợi thế mang tính quyết định trong tác động chính sách, mà trong tương lai, họ sẽ còn có được những khoản lợi ích lớn hơn gấp nhiều lần số “vốn” họ đã bỏ ra đầu tư trong quá trình VĐHL. Bất bình đẳng xã hội là nguy cơ đầu tiên của nền dân chủ. “Các nghiên cứu cho thấy, VĐHL không minh bạch, liêm chính, không có sự tham gia của tất cả các bên liên quan đã dẫn đến phân bổ sai các nguồn lực công, giảm năng suất và bất bình đẳng xã hội kéo dài”<sup>21</sup>. Một trong những điển hình là ngành công nghiệp thuốc lá, thông qua VĐHL gian dối, đã làm suy yếu các kết luận khoa học chống lại việc hút thuốc và đã thành công trong việc chống lại các quy định hạn chế hút thuốc trong nhiều thập kỷ qua<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> OECD (2021), *Lobbying in the 21st Century: Transparency, Integrity and Access*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/c6d8eff8-en>, tr. 30 – 31.

<sup>19</sup> Everit Brown và Albert Strauss, trong cuốn Từ điển chính trị Mỹ (Dictionary of American Politics - 1888), tr. 57.

<sup>20</sup> Vũ Công Giao, *Một số vấn đề về vận động chính sách công*, tldd.

<sup>21</sup> OECD (2017), *Preventing Policy Capture: Integrity in Public Decision Making*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264065239-en>

<sup>22</sup> Oreskes, N. and E. Conway (2010), *Merchants of Doubt. How a Handful of Scientists Obscured the Truth on Issues from Tobacco Smoke to Global Warming*, Bloomsbury Press, <https://www.bloomsbury.com/uk/merchants-of-doubt-9781596916104/>.

VĐHL phi pháp khó đảm bảo được tính chất kết nối cần thiết giữa các nhà hoạch định chính sách với các nhóm yếu thế, nhóm có lợi ích nhỏ, cùng những khác biệt về dân tộc, chủng tộc, tôn giáo, tín ngưỡng, nghề nghiệp trong xã hội, khi mà tiếng nói của các nhóm này không đến được, không được công quyền đưa vào trong các cân nhắc chính sách, gây ảnh hưởng đến hiệu quả phản biện, thảo luận dân chủ trong xã hội. Theo một nghiên cứu, ở Hoa Kỳ, 72% số cá nhân và tổ chức VĐHL đăng ký tại Quốc hội là đại diện cho các tổ chức và hiệp hội kinh tế, chỉ có 8% đại diện cho các tổ chức xã hội nghề nghiệp và 5% đại diện cho các nhóm bảo vệ nhân quyền, phúc lợi xã hội, 2% đại diện cho người nghèo và 1% đại diện cho những nhóm yếu thế trong xã hội như người già và người tàn tật<sup>23</sup>. Cũng đã có nhận định rằng, “ưu thế về tài chính trong vận động chính sách đã bóp méo nền dân chủ phương Tây, thao túng đáng kể đời sống chính trị các quốc gia này”<sup>24</sup>.

TN cũng tạo nên những bất bình đẳng về lợi ích, khi mà nhóm chủ thể có thẩm quyền trực tiếp TN hoặc tiếp tay cho TN sẽ có cơ hội biến các nguồn lực hợp pháp, có thể rất lớn của xã hội thành lợi ích riêng của mình. Làm cho vị thế giữa các nhóm xã hội, xung đột lợi ích xã hội càng lớn. Xung đột lợi ích, nhất là trong lĩnh vực công, luôn ẩn chứa nguy cơ lạm dụng quyền lực và tham nhũng, các hành vi TN phần nhiều đến từ xung đột lợi ích. Điều này lý giải nguyên nhân pháp luật về kiểm soát quyền lực nhà nước và PCTN thường có các quy định về kiểm soát xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ.

Bất bình đẳng do VĐHL trái pháp luật và TN còn tác động trực tiếp đến đồng thuận xã hội - nền tảng của dân chủ. Bởi lẽ, TN và VĐHL về cơ bản đều gắn liền với yếu tố quyền lực nhà nước, do các chủ thể đại diện cho quyền lực đóng vai trò quyết định. Cho nên, khi không có đồng thuận xã hội, các lực lượng xã hội sẽ bị phân hóa trong cuộc chiến PCTN, những lực lượng ít thế lực, những người dân bình thường sẽ buông xuôi vì “không thêm quan tâm” hoặc “không có khả năng” chống lại những hành vi vốn tinh vi, phức tạp trong hai lĩnh vực này, vì vậy, mà nguy cơ với nền dân chủ càng cao.

VĐHL phi pháp làm nhiễu loạn thông tin trong xã hội, ảnh hưởng đến việc đảm bảo quyền tiếp cận thông tin của xã hội dân chủ, tác động tiêu cực đến mọi mặt từ thể chất đến tinh thần của con người. “Một nghiên cứu được tài trợ về nguyên nhân gây béo phì đã cho rằng, lý do chính gây béo phì là ít vận động, thay vì thể hiện một quan điểm cân bằng hơn về việc xem xét đầy đủ có tính đến việc tiêu thụ thực phẩm chế biến cao hoặc đồ uống có đường. Nghiên cứu này đã làm lệch bằng chứng, hướng sự chú ý của công chúng và chính sách vào lý do ít vận động chứ không phải một lợi ích sức khỏe toàn diện<sup>25</sup>. Hậu quả trong mục tiêu VĐHL của ngành công nghiệp thực phẩm chế biến đến nền dân chủ đã thể hiện khá rõ trong trường hợp này.

*- Phòng, chống tham nhũng là tiền đề xây dựng một cơ chế vận động hành lang hợp pháp, hiệu quả, một xã hội không còn tham nhũng*

Một trong những xu hướng phát triển của quản trị hiện đại là chuyển dịch từ chính quyền (cai trị) sang quản trị và quản trị tốt<sup>26</sup>. “Hầu hết cho rằng, đây là xu hướng của thế kỷ XXI, phản ánh sự thay đổi lớn trong nhận thức và

<sup>23</sup> Ngọc Hà, *Vận động và hối lộ - lần ranh giới mong manh*, Báo Người Đại biểu nhân dân, ngày 26/9/2007.

<sup>24</sup> Nguyễn Chí Dũng (2006), Tài liệu Tổng quan về VĐHL, Hội thảo: “VĐHL - Thực tiễn và Pháp luật”, Ủy ban Đối ngoại của Quốc hội, Ban Công tác lập pháp phối hợp tổ chức năm 2006.

<sup>25</sup> Fabbri, A., T. Holland and L. Bero (2018), “Food Industry Sponsorship of Academic Research: Investigating Commercial Bias in the Research Agenda”, *Public Health Nutrition*, Vol. 21/18, pp. 3422–30, <https://doi.org/10.1017/S1368980018002100>.

<sup>26</sup> Đỗ Minh Khôi, *Quản trị nhà nước hiện đại, sách Quản trị tốt - Lý luận và thực tiễn*, Vũ Công Giao - Nguyễn Hoàng Anh - Đặng Minh Tuấn - Nguyễn Minh Tuấn (đồng chủ biên), Nxb. Chính trị Quốc gia Sự thật, tr.10.

cách thức thực thi quyền lực chính trị ở các quốc gia”<sup>27</sup>. Văn phòng Cao ủy Liên hợp quốc khẳng định: “Quản trị tốt liên quan đến các tiến trình và kết quả chính trị và thể chế mà cần thiết để đạt được các mục tiêu phát triển. Đó là một tiến trình mà các cơ quan công quyền giải quyết các vấn đề công cộng, quản lý các nguồn lực công và đảm bảo việc thực hiện các quyền con người theo cách thức hoàn toàn không có sự TN, lạm dụng và thực sự tuân thủ nguyên tắc pháp quyền...”, “Nguyên tắc quản trị tốt xuất hiện cùng sự biến đổi sâu sắc của nhà nước đương đại, ... nhà nước từ chỗ cai trị, áp đặt bằng các mệnh lệnh chuyển sang hợp tác, đàm phán với các đối tác phi nhà nước trong việc xây dựng và hoạch định các chính sách công, nhằm hướng tới mục tiêu hiệu quả và hài hòa lợi ích của các chủ thể khác nhau”<sup>28</sup>.

Có thể thấy rằng, PCTN thực sự là mấu chốt của nhiều vấn đề, là phương thức, mục tiêu của quản trị tốt, pháp quyền, đồng thời là yêu cầu cao nhất của VĐHL bền vững. Các nguyên tắc của quản trị tốt như minh bạch, trách nhiệm giải trình... cũng là những yêu cầu, biện pháp nền tảng của PCTN. Chính vì vậy, Công ước của Liên hợp quốc về chống TN năm 2003 có nhiều điều khoản liên quan đến các nguyên tắc của quản trị tốt, như nghĩa vụ của quốc gia phải xây dựng chính sách chống tham nhũng, trong việc tăng cường tính minh bạch trong quá trình ra quyết định, đảm bảo thông tin cho công chúng góp phần đấu tranh không khoan nhượng chống tham nhũng<sup>29</sup>. Như vậy, xu hướng quản trị tốt đã là nhân tố chung tác động khách quan lên PCTN và VĐHL, làm mối tương quan lớn

nhất của chúng là cùng phải trở thành phương châm và mục tiêu bắt buộc của quá trình quản trị nhà nước.

### 3. Kiến nghị

PCTN gần đây là mối quan tâm lớn của Đảng, Nhà nước và toàn xã hội. Quá trình triển khai đã thu được thành tựu nhất định, “TN từng bước được kiểm chế... tạo niềm tin trong nhân dân, tạo hiệu ứng tích cực lan tỏa trong xã hội”<sup>30</sup>. Tuy vậy, năm 2020, theo đánh giá của Tổ chức Hưởng tới minh bạch, Việt Nam đạt 36/100 điểm, giảm 1 điểm so với năm 2019, đứng thứ 104/180 trên bảng xếp hạng toàn cầu, hiện đang thấp hơn điểm trung bình của khu vực ASEAN (42/100) và nằm trong số hai phần ba các quốc gia trên thế giới có điểm dưới 50. Điều đó có nghĩa là, tình trạng TN trong khu vực công vẫn được cho là nghiêm trọng ở Việt Nam.

VĐHL đang hiện diện ở Việt Nam với những tính chất và mức độ khác nhau. Có ý kiến cho rằng: “Thực tiễn hoạt động của Quốc hội cho thấy, trong các hoạt động lập pháp, quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước hay hoạt động giám sát ngoài một số các quy định trong một số VBQPPL; ví dụ tham vấn công chúng, người có lợi ích liên quan, đã xuất hiện những kiến nghị, đề xuất, thậm chí là những hoạt động gặp gỡ, liên hoan, tham quan đều mang dấu ấn vận động chính sách, VĐHL; trong đó có những hoạt động mang tính tích cực, hoạt động không mang tính tích cực...”<sup>31</sup>.

Ý kiến khác chỉ ra: “Qua thực tế hoạt động 2 nhiệm kỳ liên tục ở Quốc hội, chúng tôi cảm nhận rõ rệt lợi ích cục bộ qua một số dự thảo

<sup>27</sup> Benz, A, Paapadopoulos, Y. (Esd): Governance and Democracy: Comparing National. Eoruepan and International Experiences. Routledge, London, 2006.

<sup>28</sup> Nguyễn Văn Quân, sách Quản trị tốt - Lý luận và thực tiễn, Vũ Công Giao - Nguyễn Hoàng Anh - Đặng Minh Tuấn - Nguyễn Minh Tuấn (đồng chủ biên), Nxb. Chính trị Quốc gia Sự thật, tr.91.

<sup>29</sup> Vũ Công Giao, Một số vấn đề lý luận về quản trị tốt, sách Quản trị tốt - Lý luận và thực tiễn, tr.46.

<sup>30</sup> Tổng Bí thư Nguyễn Phú Trọng, phát biểu tại phiên họp lần thứ 14 Ban Chỉ đạo Trung ương về PCTN (16/8/2018) <https://bnews.vn/phien-hop-thu-14-ban-chi-dao-trung-uong-ve-phong-chong-tham-nhung/93686.html>.

<sup>31</sup> Nguyễn Văn Thuận, Vận động chính sách công từ thực tiễn của Quốc hội - những vấn đề đặt ra, Kỳ yếu Hội thảo Vận động chính sách công trên thế giới và ở Việt Nam, tr.109.

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

VBQPPL và dự án phát triển kinh tế, xã hội. Nhiều dự thảo luật mà các bộ liên quan không thống nhất được do có sự tranh chấp quyền lực, đến mức phải ra nhiều phương án để Quốc hội phân giải. Nhiều luật cải cấm những quy định đặc quyền đặc lợi cho ngành chủ trì soạn thảo, như Luật Hải quan, Luật Bảo hiểm xã hội đều có quy định giữ lại từ 2% đến 3% tiền phạt hoặc tổng thu chi để chi cho ngành...<sup>32</sup>.

Như vậy, tuy chưa được pháp luật điều chỉnh, nhưng VĐHL ở nước ta đang tồn tại, làm tăng nguy cơ TN gây ảnh hưởng đến hiệu quả PCTN. Thực tiễn này không chỉ sẽ gây thiệt hại cho nền kinh tế, khi ngầm tạo ra một môi trường kinh doanh không lành mạnh, mà còn ảnh hưởng đến sự phát triển bền vững của đất nước.

Để khắc phục bất cập trên đây, chúng tôi cho rằng, Việt Nam cần thực hiện những giải pháp sau đây:

*Thứ nhất, nhận thức hợp lý về VĐHL và sự tác động của nó với TN và PCTN.*

VĐHL là hiện tượng không thể tránh khỏi ở mọi xã hội, trong đó có Việt Nam. VĐHL cần thiết cho xã hội dân chủ, bởi nó giúp quá trình hoạch định chính sách “vận động” đến quỹ đạo hợp lý, thẩm định và đáp ứng nguyện vọng của dân chúng. Bên cạnh đó, mặt trái của VĐHL là dễ làm gia tăng bất bình đẳng, cản trở sự phát triển bền vững của xã hội. Tuy nhiên, sẽ là sai lầm nếu coi VĐHL như không tồn tại hoặc không thể xử lý chỉ vì chưa có quy chế pháp lý đối với nó. Vì vậy, không thể kéo dài tình trạng, các chủ thể có thẩm quyền nhận thức được vấn đề, nhưng vin vào việc thiếu cơ chế pháp lý mà cấm đoán hoặc bỏ qua, trong khi, các nhóm VĐHL lợi dụng lúc “tranh tối tranh sáng” để trục lợi.

*Thứ hai, xây dựng và ban hành luật điều chỉnh về VĐHL với mục tiêu PCTN.*

Luật về VĐHL phải thể hiện đầy đủ nguyên tắc theo khuyến cáo của OECD, phù hợp với thực trạng xã hội, có phạm vi điều chỉnh rõ ràng, với quyền, nghĩa vụ, quy trình, điều kiện tham gia, vấn đề kiểm soát, giám sát, trách nhiệm pháp lý của các chủ thể liên quan... Luật về VĐHL cũng cần đặt trong tương quan với pháp luật về hội, trung cầu ý dân, PCTN để đảm bảo tính đồng bộ, phù hợp.

*Thứ ba, tăng cường giám sát quyền lực nhà nước từ người dân và xã hội.*

PCTN và chống VĐHL phi pháp thực chất là “ta chống ta”, nên rất khó tránh hình thức. Vì vậy, để đảm bảo tính khách quan, hiệu quả, cần thu hút sự tham gia đồng đẳng của các chủ thể trong xã hội và người dân. Muốn vậy, cần xây một cơ chế khen thưởng thích đáng bằng vật chất, tinh thần với những người có công phát hiện, tố giác tham nhũng, đồng thời bảo vệ được an toàn cho họ và gia đình. Chỉ có như vậy, PCTN mới bền vững, vì mang lại lợi ích cho người dân cả trước mắt và lâu dài.

*Thứ tư, truy cứu trách nhiệm pháp lý triệt để.*

Trách nhiệm pháp lý phải đặt ra đối với mọi chủ thể liên quan đến VĐHL trong tương quan với mục tiêu PCTN. Truy cứu trách nhiệm pháp lý cá nhân triệt để cần sự chính xác và đến cùng. Giải pháp này sẽ có tác dụng vô cùng lớn trong việc giáo dục ý thức pháp luật của mọi chủ thể trong xã hội, nhất là những chủ thể có thẩm quyền - là những người gần hơn cả với các cơ hội có thể tham nhũng, vi phạm pháp luật ■

<sup>32</sup> Nguyễn Minh Thuyết, *Vận động chính sách ở nước ta từ góc nhìn của một cựu đại biểu Quốc hội*, Kỷ yếu Hội thảo Vận động chính sách công trên thế giới và ở Việt Nam, tr.99.

# BẢO ĐẢM QUYỀN KHÔNG BỊ BẮT, GIAM GIỮ TÙY TIỆN TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ

**Nguyễn Văn Nam**

*TS. Phó Trưởng Khoa Luật, Học viện An ninh nhân dân*

**Thông tin bài viết:**

*Từ khóa:* Quyền con người; bảo đảm không bị bắt, giam giữ tùy tiện; tố tụng hình sự.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 10/03/2022  
Biên tập : 13/04/2022  
Duyệt bài : 15/04/2022

**Article Infomation:**

*Keywords:* Human rights; assurance of non-arbitrary arrest or detention; criminal proceedings.

*Article History:*

Received : 10 Mar. 2022  
Edited : 13 Apr. 2022  
Approved : 15 Apr. 2022

**Tóm tắt:**

Cơ sở pháp lý về bảo đảm quyền con người nói chung và quyền không bị bắt, giam giữ tùy tiện nói riêng trong lĩnh vực tố tụng hình sự có sự gắn bó ràng buộc giữa các quy định của pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích quy định của pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam nhằm bảo đảm quyền con người không bị bắt, giam giữ tùy tiện trong lĩnh vực tố tụng hình sự.

**Abstract:**

The legal ground for ensuring the human rights in general and the right of assurance of non-arbitrary arrest or detention in particular in the field of criminal proceedings has a binding bond between the provisions of international law and Vietnamese laws. Within the scope of this article, the author provides an analysis of the provisions of international law and Vietnamese laws to ensure the human rights of assurance of non-arbitrary arrest or detention in the field of criminal proceedings.

**1. Quyền không bị bắt, giam giữ tùy tiện theo pháp luật quốc tế**

Từ tuyên bố nền tảng trong Tuyên ngôn toàn thế giới về quyền con người năm 1948, Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR)<sup>1</sup> đã cụ thể hoá quyền con người không bị bắt, giam giữ tùy tiện tại Điều 9 với 5 Khoản gồm: 1. Mọi người đều có quyền hưởng tự do và an toàn cá nhân. Không ai bị bắt hoặc bị giam giữ vô cớ. Không ai bị tước quyền tự do trừ trường hợp việc tước quyền đó là có lý do và theo đúng những thủ tục mà luật pháp đã quy định; 2. Bất cứ người nào bị bắt giữ đều phải được thông báo vào lúc bị bắt về những lý do họ bị bắt và phải được thông báo không chậm trễ về sự buộc tội đối

với họ; 3. Bất cứ người nào bị bắt hoặc bị giam giữ vì một tội hình sự phải được sớm đưa ra toà án hoặc một cơ quan tài phán có thẩm quyền thực hiện chức năng tư pháp và phải được xét xử trong thời hạn hợp lý hoặc được trả tự do. Việc tạm giam một người trong thời gian chờ xét xử không được đưa thành nguyên tắc chung, nhưng việc trả tự do cho họ có thể kèm theo những điều kiện để bảo đảm họ sẽ có mặt tại toà án để xét xử vào bất cứ khi nào và để thi hành án nếu bị kết tội; 4. Bất cứ người nào do bị bắt hoặc giam giữ mà bị tước tự do đều có quyền yêu cầu được xét xử trước toà án, nhằm mục đích để toà án đó có thể quyết định không chậm trễ về tính hợp pháp của việc giam giữ và ra lệnh

<sup>1</sup> Công Ước quốc tế về các quyền dân Sự và chính Trị - ICCPR năm 1966, Việt Nam gia nhập năm 1982.



trả lại tự do cho họ, nếu việc giam giữ là bất hợp pháp; 5. Bất cứ người nào trở thành nạn nhân của việc bị bắt hoặc giam giữ bất hợp pháp đều có quyền yêu cầu bồi thường.

Các quốc gia thành viên của Công ước ICCPR phải thực hiện nghiêm các quy định nêu trên trong lĩnh vực pháp luật tố tụng hình sự về biện pháp bắt, giữ người. Pháp luật quốc tế về quyền con người đưa ra yêu cầu, trong bất cứ trường hợp nào, mỗi quốc gia phải đảm bảo việc bắt, tạm giữ, tạm giam người phải đảm bảo tuân theo đúng quy định của pháp luật.

Theo khuyến cáo của Ủy ban nhân quyền quốc tế, các quốc gia thành viên cần quy định rất rõ ràng về thời hạn tạm giữ, tạm giam người bị bắt theo thủ tục tố tụng hình sự. Đồng thời, khi thực hiện quyền giữ người, bắt người để tạm giữ, tạm giam như là các biện pháp ngăn chặn, các cơ quan có thẩm quyền phải bảo đảm các quyền của bị can, bị cáo theo quy định của pháp luật. Đó là các quyền: được tiếp cận sự trợ giúp pháp lý; được thông báo; được tòa án đưa ra quyết định việc tạm giữ, tạm giam là đúng hay sai theo quy định của pháp luật.

Năm 1988, Đại hội đồng Liên hợp quốc (LHQ) đã đưa ra Nghị quyết số 43/173 quy định về các nguyên tắc các quốc gia phải thực hiện để bảo đảm việc bắt giữ, giam không tùy tiện. Theo đó: *Một*, việc giữ người, giam người dưới bất kỳ hình thức nào phải được thực hiện bởi lệnh của cơ quan có thẩm quyền và phải được kiểm soát bởi các cơ quan trong hệ thống cơ quan tư pháp (Tòa án, hoặc cơ quan công tố). *Hai*, bất kỳ việc bắt giữ, giam người nào được thực hiện bởi cơ quan nhà nước có thẩm

quyền thì cơ quan này phải thông báo cho người bị giữ, bị giam biết về lý do họ bị bắt, giữ, và bị giam về tội phạm gì theo quy định của pháp luật và thời hạn bị tạm giữ, tạm giam. *Ba*, cơ quan có thẩm quyền của mỗi quốc gia không nên áp dụng việc giữ người, giam người tùy tiện. Bảo đảm cho người bị giam, giữ được quyền tự bào chữa và quyền tiếp cận luật sư và các hình thức trợ giúp pháp lý<sup>2</sup>.

Để khẳng định hơn nữa quyền không bị bắt, giam giữ tùy tiện trong tố tụng hình sự, Công ước ICCPR còn quy định cụ thể các trường hợp cấm vi phạm quyền con người như: quyền không bị tra tấn, đối xử hoặc trừng phạt tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm (Điều 7); nghiêm cấm hình sự hoá quan hệ dân sự trên cơ sở quy định “Không ai bị bỏ tù chỉ vì lý do không có khả năng hoàn thành nghĩa vụ theo hợp đồng” (Điều 11).

Để ngăn ngừa các hành vi xâm phạm quyền của người bị bắt, giam giữ trước những hành vi tra tấn, đối xử hoặc trừng phạt tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm, ngày 10/12/1984, Đại hội đồng LHQ đã thông qua Công ước chống tra tấn và các hình thức đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục con người - UNCAT theo (Nghị quyết số 39/46) và đề nghị cho các quốc gia ký kết<sup>3</sup>.

### **2. Bảo đảm quyền con người không bị bắt, giam giữ tùy tiện trong tố tụng hình sự ở Việt Nam**

Hiện nay, Việt Nam đã tham gia vào 7 trong số 9 Công ước quốc tế cơ bản về quyền con

<sup>2</sup> GS. TSKH. Lê Văn Cẩm (2009), *Sách tham khảo Hệ thống tư pháp hình sự trong giai đoạn xây dựng nhà nước pháp quyền*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 34.

<sup>3</sup> Công ước của Liên hợp quốc về chống tra tấn và các đối xử hoặc trừng phạt vô nhân đạo và hạ nhân phẩm – UNCAT, Việt Nam gia nhập năm 2014.

người<sup>4</sup>. Đồng thời, Việt Nam đã nội luật hoá quy định của pháp luật quốc tế về quyền con người không bị bắt, giam giữ tùy tiện trong hệ thống pháp luật từ những quy định của Hiến pháp năm 2013 đến quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) năm 2015, Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015), Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015, Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam năm 2015, Luật Khiếu nại năm 2011, Luật Tố cáo năm 2011, Luật Thi hành án hình sự năm 2019, Luật Trách nhiệm bồi thường nhà nước năm 2017.

Cơ sở pháp lý bảo đảm quyền không bị bắt, giam giữ tùy tiện trong TTHS của Việt Nam thể hiện ở hai điểm sau đây:

*Thứ nhất*, quy định của pháp luật về quyền không bị bắt, giam giữ tùy tiện.

Hiến pháp năm 2013 đặt nền tảng cho cơ sở pháp lý bảo vệ quyền con người không bị bắt, giam giữ tùy tiện. Khoản 2 Điều 20 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Không ai bị bắt nếu không có quyết định của Tòa án nhân dân, quyết định hoặc phê chuẩn của Viện kiểm sát nhân dân, trừ trường hợp phạm tội quả tang. Việc bắt, giam, giữ người do luật định*”.

Cụ thể hoá Hiến pháp năm 2013, Bộ luật TTHS năm 2015 quy định các nguyên tắc, căn cứ, trình tự, thủ tục, thẩm quyền về việc bắt, giam giữ người theo quy định của pháp luật.

Điều 8 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định nguyên tắc chung về “*Tôn trọng và bảo vệ quyền con người, quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân*”; Điều 10 quy định: “*Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về thân thể. Không ai bị bắt nếu không có quyết định của Tòa án hoặc phê chuẩn của Viện kiểm sát, trừ trường hợp phạm tội quả tang.*”

*Việc giữ người trong trường hợp khẩn cấp, việc bắt, tạm giữ, tạm giam người phải theo quy định của Bộ luật này. Nghiêm cấm tra tấn, bức cung, nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử nào khác xâm phạm thân thể, tính mạng, sức khoẻ của con người*”.

Quy định trên đây tương thích với Điều 9 Công ước ICCPR và Công ước UNCAT. Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 109 Bộ luật TTHS năm 2015 còn quy định cụ thể các trường hợp bắt người gồm: bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, bắt người phạm tội quả tang, bắt người đang bị truy nã, bắt bị can, bị cáo để tạm giam, bắt người bị yêu cầu dẫn độ. Để bảo đảm không ai bị giữ tùy tiện trong TTHS, khoản 1 Điều 110 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định các trường hợp giữ người trong trường hợp khẩn như sau: “*Khi thuộc một trong các trường hợp khẩn cấp sau đây thì được giữ người: a) Có đủ căn cứ để xác định người đó đang chuẩn bị thực hiện tội phạm rất nghiêm trọng hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng; b) Người cùng thực hiện tội phạm hoặc bị hại hoặc người có mặt tại nơi xảy ra tội phạm chính mắt nhìn*

<sup>4</sup> Hiện nay Việt Nam đã phê chuẩn 7/9 Công ước quốc tế cơ bản về quyền con người gồm: (1) Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị - ICCPR năm 1966, Việt Nam gia nhập năm 1982; (2) Công ước về quyền kinh tế, xã hội và văn hoá - ICESCR, Việt Nam gia nhập năm 1982; (3) Công ước về quyền trẻ em - CRC, Việt Nam gia nhập năm 1990; (4) Công ước của Liên hợp quốc về chống tra tấn và các đối xử hoặc trừng phạt vô nhân đạo và hạ nhân phẩm - UNCAT, Việt Nam gia nhập năm 2013; (5) Công ước về chống kỳ thị sắc tộc - CERD, Việt Nam gia nhập (1982); (6) Công ước về cấm kỳ thị phụ nữ - CEDAW, Việt Nam gia nhập năm 1980; (7) Công ước về quyền của người khuyết tật - CRPD, Việt Nam gia nhập năm 2014. Hai Công ước quốc tế mà Việt Nam chưa gia nhập gồm: Công ước về bị mất tích bởi chính quyền - CED; Công ước về người lao động di dân và gia đình của họ - CMW.

thấy và xác nhận đúng là người đã thực hiện tội phạm mà xét thấy cần ngăn chặn ngay việc người đó trốn; c) Có dấu vết của tội phạm ở người hoặc tại chỗ ở hoặc nơi làm việc hoặc trên phương tiện của người bị nghi thực hiện tội phạm và xét thấy cần ngăn chặn ngay việc người đó trốn hoặc tiêu hủy chứng cứ.

Ngoài ra, quyền không bị bắt, giam giữ tùy tiện còn được bảo đảm bởi quy định của Bộ luật TTHS năm 2015 về những biện pháp ngăn chặn cụ thể: Giữ người trong trường hợp khẩn cấp (Điều 110); Bắt người phạm tội quả tang (Điều 111); Bắt người đang bị truy nã (Điều 112); Bắt bị can, bị cáo để tạm giam (Điều 113); Tạm giam (Điều 119); đồng thời quy định rõ các căn cứ để áp dụng nội dung các biện pháp tạm giữ (Điều 117), thời hạn tạm giữ (Điều 118), tạm giam (Điều 119), thời hạn tạm giam để điều tra (Điều 173).

Quyền không bị bắt, giam giữ tùy tiện còn được bảo đảm bởi nguyên tắc quản lý, thi hành tạm giữ, tạm giam quy định nguyên tắc như sau:

- Tuân thủ Hiến pháp và pháp luật; bảo đảm quyền con người, lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân” trong thi hành tạm giữ, tạm giam;

- Bảo đảm thực hiện nghiêm chỉnh lệnh, quyết định về tạm giữ, tạm giam, trả tự do của cơ quan, người có thẩm quyền;

- Bảo đảm nhân đạo; không tra tấn, truy bức, dùng nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử nào khác xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của người bị tạm giữ, người bị tạm giam;

- Bảo đảm cho người bị tạm giữ, người bị tạm giam thực hiện quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân nếu không bị hạn chế bởi Luật này và luật khác có liên quan;

- Áp dụng các biện pháp quản lý giam giữ

phải căn cứ vào tính chất, mức độ của hành vi phạm tội, độ tuổi, giới tính, sức khỏe; bảo đảm bình đẳng giới, quyền, lợi ích chính đáng của phụ nữ, trẻ em và các đặc điểm nhân thân khác của người bị tạm giữ, người bị tạm giam” (Điều 4 Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam năm 2015).

*Thứ hai, quy định của pháp luật về biện pháp xử lý những vi phạm quyền con người trong trường hợp bị bắt, giam giữ trái pháp luật.*

Cơ sở pháp lý về các biện pháp xử lý những vi phạm quyền con người trong trường hợp bị bắt, giam giữ trái pháp luật được ghi nhận trong các bản Hiến pháp của nước ta. Khoản 5 Điều 31 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Người bị bắt, tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án trái pháp luật có quyền được bồi thường thiệt hại về vật chất, tinh thần và phục hồi danh dự. Người vi phạm pháp luật trong việc bắt, giam, giữ, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án gây thiệt hại cho người khác phải bị xử lý theo pháp luật”. Cụ thể hóa quy định của Hiến pháp năm 2013, BLHS năm 2015 đã định danh các tội sau đây: Tội bắt hoặc giam giữ người trái pháp luật; Tội lợi dụng chức vụ quyền hạn, bắt, giữ, giam người trái pháp luật (Điều 377); Tội ra bản án trái pháp luật (Điều 370); Tội ra quyết định trái pháp luật (Điều 371); Tội dùng nhục hình (Điều 373); Tội bức cung (Điều 374)...

Đối với hành vi gây thiệt hại về vật chất và tinh thần của người bị bắt, giam giữ trái pháp luật, về nguyên tắc cơ quan, tổ chức, cá nhân gây thiệt hại phải bồi thường cho bên bị vi phạm. Trong TTHS nếu quyền của người bị buộc tội bị vi phạm trong việc bắt, giam giữ, tùy theo mức độ, cơ quan tiến hành tố tụng phải có nghĩa vụ bồi thường thiệt hại về vật chất và tinh thần cho người bị bắt, giam giữ trái pháp luật. Khoản 2 Điều 6 Bộ luật TTHS năm

2015 quy định: “Việc xác định trách nhiệm bồi thường của Nhà nước trong hoạt động tố tụng hình sự phải có các căn cứ sau đây: a) Có bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong hoạt động tố tụng hình sự xác định người bị thiệt hại thuộc các trường hợp được bồi thường quy định tại Điều 26 của Luật này; b) Có thiệt hại thực tế do người tiến hành tố tụng hình sự gây ra đối với người bị thiệt hại”.

Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017 quy định trách nhiệm bồi thường của Nhà nước đối với cá nhân, tổ chức bị thiệt hại do người thi hành công vụ gây ra trong hoạt động quản lý hành chính, tố tụng dân sự, TTHS. Theo quy định của Điều 18 Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017, Nhà nước có trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong các trường hợp sau đây: 1. Người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp mà không có căn cứ theo quy định của Bộ luật TTHS và người đó không thực hiện hành vi vi phạm pháp luật; 2. Người bị bắt, người bị tạm giữ mà có quyết định của cơ quan, người có thẩm quyền trong hoạt động tố tụng hình sự quyết định trả tự do, hủy bỏ quyết định tạm giữ, không phê chuẩn lệnh bắt, quyết định gia hạn tạm giữ vì người đó không thực hiện hành vi vi phạm pháp luật; 3. Người bị tạm giam mà có bản án, quyết định của cơ quan, người có thẩm quyền trong hoạt động tố tụng hình sự xác định không có sự việc phạm tội hoặc hành vi không cấu thành tội phạm hoặc đã hết thời hạn điều tra vụ án mà không chứng minh được bị can đã thực hiện tội phạm; 4. Người đã chấp hành xong hoặc đang chấp hành hình phạt tù có thời hạn, tù chung thân, người đã bị kết án tử hình, người đã thi hành án tử hình mà có bản án, quyết định của cơ quan, người có thẩm quyền trong hoạt động tố tụng hình sự xác định không có sự việc phạm tội hoặc hành vi không cấu thành tội phạm. Ngoài ra, Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017 cũng quy định cụ thể trường hợp người bị bắt, giam giữ trái pháp luật sẽ được

phục hồi danh dự bằng hình thức trực tiếp xin lỗi và cải chính công khai tại nơi cư trú (trong trường hợp người bị thiệt hại là cá nhân) hoặc tại nơi đặt trụ sở (trong trường hợp người bị thiệt hại là pháp nhân thương mại); đăng báo xin lỗi và cải chính công khai.

Có thể nói rằng, việc cụ thể hóa quy định quyền phục hồi danh dự theo Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017 góp phần bảo đảm thực hiện quyền con người, quyền công dân mà còn thể hiện trách nhiệm của cơ quan nhà nước có thẩm quyền phải sửa chữa thông tin đúng sự thật, khôi phục lại danh dự và bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của Nhân dân trong thời gian họ phải gánh chịu những oan sai từ hành vi vi phạm pháp luật mà người thi hành công vụ gây ra.

Ngoài ra, quyền con người không bị bắt, giam giữ trái pháp luật còn được bảo đảm bởi quy định của Hiến pháp về quyền khiếu nại, tố cáo. Theo đó, Điều 30 Hiến pháp năm 2013 quy định: “1. Mọi người có quyền khiếu nại, tố cáo với cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền về những việc làm trái pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân”; “2. Cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền phải tiếp nhận, giải quyết khiếu nại, tố cáo. Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường về vật chất, tinh thần và phục hồi danh dự theo quy định của pháp luật”. Cụ thể hóa quy định của Hiến pháp năm 2013, khoản 1 Điều 469 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định: “Cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền giải quyết khiếu nại, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng khi có căn cứ cho rằng quyết định, hành vi đó là trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của mình”; Điều 478 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định: “Cá nhân có quyền tố cáo với cơ quan, người có thẩm quyền về hành vi vi phạm pháp luật của bất kỳ người có thẩm quyền tiến hành tố tụng nào gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân” ■

# HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT PHÒNG, CHỐNG BẠO LỰC GIA ĐÌNH

Phan Thị Lan Phương

TS. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

## Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Bao lực gia đình; phòng, chống bạo lực gia đình; Luật Phòng, chống bạo lực gia đình.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 25/04/2022  
Biên tập : 06/05/2022  
Duyệt bài : 07/05/2022

## Article Infomation:

**Keywords:** Domestic violence; prevention of and control over domestic violence; Law on Prevention of and Control over Domestic Violence.

## Article History:

Received : 25 Apr. 2022  
Edited : 06 May. 2022  
Approved : 07 May. 2022

## Tóm tắt:

Bạo lực gia đình là hành vi vi phạm quyền con người trong môi trường gia đình, phá vỡ những giá trị cốt lõi của gia đình làm ảnh hưởng xấu đến đời sống gia đình, cộng đồng và xã hội. Do đó, Đảng và Nhà nước luôn dành sự quan tâm đặc biệt đến việc phòng, chống bạo lực gia đình để bảo vệ các quyền lợi của thành viên trong gia đình, tạo sự ổn định trong đời sống xã hội. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các quy định của pháp luật về phòng, chống bạo lực gia đình, chỉ ra những bất cập và kiến nghị hoàn thiện Luật Phòng, chống bạo lực gia đình.

## Abstract:

Domestic violence is a violation of human rights in the family environment which breaks the core values of the family, adversely affecting family life, community and also society. Therefore, the Party and State always pay special attention to the prevention and control of domestic violence to protect the interests of family members and provide the stability in social life. Within the scope of this article, the author gives out an analysis of the provisions of the Law on Prevention of and Control over Domestic Violence, also a number of inadequacies and provides recommendations for further improve the Law on Prevention of and Control over Domestic Violence.

## 1. Quy định của pháp luật về phòng, chống bạo lực gia đình

Trong thời gian qua, tình trạng bạo lực gia đình có nhiều diễn biến phức tạp, khó lường, thậm chí nhiều trường hợp xuất phát từ bạo lực gia đình nhưng đã để lại hậu quả vô cùng nghiêm trọng<sup>1</sup>. Hơn thế nữa, việc vừa mới trải qua 02 năm chống dịch COVID - 19 cũng đã làm cho cuộc sống có nhiều xáo trộn, ảnh hưởng nhiều đến các mối quan hệ trong gia đình, tâm lý cũng như hành vi của nhiều người, dẫn tới nhiều vụ việc đáng tiếc về bạo lực gia đình đã diễn ra trên thực tế.

Theo số liệu thống kê của Trung tâm Phụ nữ và Phát triển, Hội Liên hiệp phụ nữ Việt Nam, trong 06 tháng đầu năm 2021, tổng đài 1900 96 96 80 đã tiếp nhận đến hơn 1.300 cuộc gọi, tăng khoảng 140% so với năm 2020, trong đó có khoảng 83% các cuộc gọi liên quan đến bạo lực gia đình; số trường hợp được tham vấn về bạo lực gia đình đã tăng gần 60% so với năm 2020 và tăng hơn 230% so với năm 2019; trong thời gian đợt dịch thứ 4 bùng phát tại Việt Nam, có tới 30% các cuộc đến tổng đài với mục đích yêu cầu giải cứu khẩn cấp do

<sup>1</sup> Qua thực tế về các trường hợp em bé 3 tuổi ở Hà Nội bị người tình của mẹ có hành vi bạo lực bị thiệt mạng và 8 tuổi ở Thành phố Hồ Chí Minh bị người tình của bố có hành vi bạo lực dẫn đến thiệt mạng



bị bạo lực gia đình của các phụ nữ sống ở khu vực miền Nam<sup>2</sup>.

Ngoài ra, số liệu điều tra quốc gia về bạo lực với phụ nữ đã được Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Tổng Cục thống kê cùng Quỹ dân số Liên hợp quốc tại Việt Nam thực hiện năm 2019 và công bố năm 2020 cho thấy: Có 31,6% phụ nữ phải chịu ít nhất một hình thức bạo lực trong 12 tháng, cứ 3 phụ nữ có gần 1 người (32%) bị chồng bạo lực về thể xác hoặc bạo lực tình dục; 90,4% phụ nữ bị chồng bạo lực thể xác và/hoặc tình dục không tìm kiếm sự giúp đỡ, chỉ có 4,8% tìm kiếm sự giúp đỡ của công an; bạo lực gia đình với phụ nữ gây thiệt hại 1,8% GDP mỗi năm<sup>3</sup>.

Phòng, chống bạo lực gia đình được quy định các văn bản pháp luật dưới đây:

**Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014** quy định một số vấn đề trong phòng, chống bạo lực gia đình như nguyên tắc của chế độ hôn nhân và gia đình “vợ chồng bình đẳng; xây dựng gia đình ấm no, tiến bộ, hạnh phúc; các thành viên gia đình có nghĩa vụ tôn trọng, quan tâm, chăm sóc, giúp đỡ nhau; không phân biệt đối xử giữa các con”<sup>4</sup>; quyền và nghĩa vụ của các thành viên trong gia đình quan tâm, chăm sóc, giúp đỡ, tôn trọng nhau.

**Luật Trẻ em năm 2016** xác định bạo lực trẻ em là hành vi hành hạ, ngược đãi, đánh đập; xâm hại thân thể, sức khỏe; lăng mạ, xúc phạm danh dự, nhân phẩm; cô lập, xua đuổi và các hành vi cố ý khác gây tổn hại về thể chất, tinh thần của trẻ em<sup>5</sup>; xác định những hành vi bị nghiêm cấm, bao gồm: bạo lực trẻ em hoặc có hành vi không cung cấp, che giấu hoặc ngăn cản việc cung cấp thông tin trẻ em bị bạo lực gia đình; kỳ thị, phân biệt đối xử<sup>6</sup>.

**Bộ luật Lao động năm 2019** quy định người sử dụng lao động chưa thành niên phải được sự đồng ý của cha, mẹ hoặc người giám hộ; lập sổ

theo dõi riêng, ghi đầy đủ họ tên, ngày tháng năm sinh, công việc đang làm, kết quả những lần kiểm tra sức khỏe định kỳ và xuất trình khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền yêu cầu. Quy định này bảo đảm tính phòng ngừa tránh tình trạng người chưa thành niên chịu bạo lực dưới dạng ép buộc lao động và lạm dụng sức lao động để làm ảnh hưởng đến sức khỏe, tinh thần của họ.

**Luật Bình đẳng giới năm 2006** khẳng định mục tiêu xóa bỏ sự phân biệt đối xử trong giới tính, từ đó, tạo ra sự bình đẳng về giới<sup>7</sup>. Bên cạnh đó, Luật bình đẳng giới năm 2006 cũng còn có một số quy định khác mang tính phòng ngừa bạo lực gia đình qua việc quy định về sự bình đẳng giữa vợ và chồng trong gia đình; các con có quyền bình đẳng, không bị phân biệt về giới tính; quy định cả về trách nhiệm san sẻ các công việc chung giữa các thành viên trong gia đình<sup>8</sup>.

**Bộ luật Hình sự năm 2015** đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 quy định chế tài đối với hành vi ngược đãi hoặc hành hạ ông bà, cha mẹ, vợ chồng, con, cháu hoặc người có công nuôi dưỡng mình với khung hình phạt từ 6 tháng đến 5 năm.

**Luật Phòng, chống bạo lực gia đình năm 2007** là văn bản điều chỉnh trực tiếp và toàn diện nhất về phòng, chống bạo lực gia đình. Luật gồm 6 chương, 46 điều điều chỉnh khá toàn diện những vấn đề liên quan đến phòng, chống bạo lực gia đình từ định nghĩa, xác định nguyên tắc phòng, chống bạo lực gia đình; trách nhiệm của các cá nhân cơ quan, tổ chức trong phòng, chống bạo lực gia đình; bảo vệ và hỗ trợ nạn nhân bạo lực gia đình; cơ sở trợ giúp nạn nhân bạo lực gia đình; xử lý vi phạm pháp luật về phòng, chống bạo lực gia đình; khiếu nại và tố cáo. Ngoài ra, ngày 19/6/2020 Quốc hội thông qua Nghị quyết 121/2020 về tiếp tục tăng cường hiệu quả việc thực hiện chính sách, pháp luật về phòng, chống xâm hại trẻ em. Nghị

<sup>2</sup> Báo điện tử Đại biểu nhân dân (2021), *Ngăn chặn, đẩy lùi bạo lực gia đình*, <https://www.daibieunhandan.vn/ngan-chan-day-lui-bao-luc-gia-dinh-tucekjolyz-64695>, truy cập ngày 18/1/2022.

<sup>3</sup> Báo điện tử Đại biểu nhân dân (2021), *Ngăn chặn bạo lực gia đình*, <https://daibieunhandan.vn/ngan-chan-bao-luc-gia-dinh>, truy cập 19/1/2022.

<sup>4</sup> Xem Điều 2 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

<sup>5</sup> Xem khoản 6 Điều 4 Luật Trẻ em năm 2016.

<sup>6</sup> Xem Điều 6 Luật Trẻ em năm 2016.

<sup>7</sup> Xem Điều 4 Luật Bình đẳng giới năm 2006.

<sup>8</sup> Xem các Điều 18, Điều 41 của Luật Bình đẳng giới năm 2006.

quyết này đã đề cập đến việc phòng, chống bạo lực trẻ em trong môi trường gia đình.

Bên cạnh kết quả đạt được, quy định của pháp luật về phòng, chống bạo lực gia đình còn bộc lộ một số hạn chế, bất cập sau đây:

*Thứ nhất, chưa bảo đảm được nguyên tắc phòng ngừa và kết hợp với chống lại bạo lực gia đình trong hoạt động phòng, chống bạo lực gia đình.*

Quy định của pháp luật về phòng, chống bạo lực gia đình chưa có quy định về biện pháp nhằm bảo đảm thực hiện nghĩa vụ cá nhân trong phòng, chống bạo lực gia đình; chưa quy định cụ thể về phương án bảo vệ thông tin cá nhân của người báo tin về tình trạng bạo lực gia đình để đảm bảo sự an toàn cho họ trước nguy cơ bị trả thù từ phía người thực hiện hành vi bạo lực gia đình. Các quy định hiện hành mới chỉ dừng lại ở cách thức giải quyết các hậu quả nếu họ bị trả thù hoặc có thiệt hại về thể chất, tinh thần hoặc vật chất<sup>9</sup>.

*Thứ hai, chưa đáp ứng được nguyên tắc kịp thời bảo vệ, giúp đỡ nạn nhân của bạo lực gia đình.*

Nguyên tắc kịp thời bảo vệ, giúp đỡ nạn nhân của bạo lực gia đình này đã được đặt ra, nhưng lại quy định khi bạo lực gia đình xảy ra, nạn nhân và người thực hiện hành vi bạo lực gia đình cần có nơi ở khác nhau trong thời gian cấm tiếp xúc. Về vấn đề này, ngay cả Luật Phòng, chống bạo lực gia đình năm 2007 và Dự thảo Luật Phòng, chống bạo lực gia đình (sửa đổi)<sup>10</sup> cũng chưa giải quyết được vì không quy định rõ về người thực hiện hành vi bạo lực gia đình bắt buộc phải ở đâu để có thể ngăn chặn triệt để việc tiếp xúc trái với ý muốn của nạn nhân. Còn việc quy định rõ về khoảng cách giữa nạn nhân và người thực hiện hành vi bạo lực gia đình tối thiểu là 50m như trong dự thảo sửa đổi Luật hiện nay chưa hợp lý vì với khoảng cách này thực sự chưa đảm bảo an toàn cho nạn nhân của bạo lực gia đình và cũng gây

khó khăn trong việc giám sát thực hiện quyết định cấm tiếp xúc, đặc biệt là ở nơi đông người như trong đám cưới, đám ma<sup>11</sup>.

Đối với việc ra quyết định cấm tiếp xúc, Luật Phòng, chống bạo lực gia đình năm 2007 quy định phải có đơn yêu cầu, dự thảo sửa đổi Luật quy định phải có yêu cầu dựa trên sự đồng thuận của nạn nhân, như vậy bản chất quy định này là như nhau bởi vì không phải nạn nhân nào cũng có thể hiểu đúng về bạo lực gia đình, thậm chí có những nạn nhân còn bị đe dọa làm cho sợ hãi nên sẵn sàng cam chịu, không bày tỏ sự đồng thuận.

Ngoài một số bất cập về mặt nguyên tắc đã nêu ở trên thì trong các quy định của pháp luật về phòng, chống bạo lực gia đình vẫn còn những vấn đề cần được cân nhắc, sửa đổi sau đây:

Thứ nhất, khoản 2 Điều 1 Luật Phòng, chống bạo lực quy định khái niệm bạo lực gia đình “*bạo lực gia đình là hành vi cố ý của thành viên gia đình gây tổn hại hoặc có khả năng gây tổn hại về thể chất, tinh thần, kinh tế đối với thành viên khác trong gia đình ở Việt Nam*”.

Như vậy, quy định về hành vi bạo lực gia đình hiện vẫn còn chung chung và rất rộng, do đó bất cứ hành vi nào là cố ý và gây ra hậu quả làm tổn hại về thể chất, tinh thần hoặc kinh tế với thành viên khác trong gia đình đều được coi là bạo lực gia đình. Nhưng tại khoản 1 Điều 2, bạo lực gia đình đã được thu hẹp lại ở Luật phòng, chống bạo lực gia đình năm 2007 với chỉ 9 nhóm hành vi, còn tại Điều 4 của dự thảo sửa đổi Luật thì đã mở rộng hơn, nhưng cũng chỉ mới liệt kê được 14 nhóm hành vi.

Như vậy, với cách quy định hiện nay, có thể đã bỏ sót những hành vi khác của bạo lực gia đình nếu xảy ra thì không có căn cứ giải quyết, rất khó xác định đủ, chính xác hành vi bạo lực gia đình, hơn thế nữa còn có thể gây ra những cách hiểu khác nhau về các quy định này. Ví dụ : việc phân biệt giới tính của cha mẹ với

<sup>9</sup> Xem Điều 13 dự thảo Luật Phòng, chống bạo lực gia đình (sửa đổi).

<sup>10</sup> Dự thảo được Ủy ban Thường vụ Quốc hội cho ý kiến tại phiên họp thứ 10, Quốc hội Khóa XV, ngày 16/4/2022.

<sup>11</sup> Xem Điều 22 của Luật phòng, chống bạo lực gia đình và Điều 39 dự thảo Luật Phòng, chống bạo lực gia đình (sửa đổi).

các con còn khá phổ biến trong nhiều gia đình hiện nay do vẫn còn ảnh hưởng bởi tư tưởng trọng nam, khinh nữ, gây ra sự bất bình đẳng về giới và để lại hậu quả tiêu cực. Chính vì vậy, rất cần được quy định cụ thể chứ không nên để chơi vơi.

Thứ hai, trong Luật Phòng, chống bạo lực gia đình các thuật ngữ: mâu thuẫn, tranh chấp quy định tại mục 2, từ Điều 12 đến Điều 15 của Luật vẫn còn chung chung, chưa được làm rõ. Vì thế, gây ra nhiều khó khăn trong việc hiểu và áp dụng đúng.

Ngoài ra, việc quy định về cách phân chia thẩm quyền hòa giải ở mục 2 cũng gây khó khăn trong việc xác định thẩm quyền và chưa đáp ứng được tính phòng ngừa bạo lực gia đình. Hơn nữa, quy định về việc trang bị kiến thức kỹ năng cho các thành viên tổ tư vấn và tư vấn viên còn chưa hợp lý, vì quy định chỉ trang bị kiến thức pháp luật cho tư vấn viên trong khi bất kỳ một sự việc bạo lực gia đình nào xảy ra thì thành viên tổ tư vấn là khâu đầu tiên tiếp cận để thực hiện hòa giải bước đầu thì lại không được trang bị các kiến thức pháp luật cần thiết, tạo ra các trở ngại cho tổ hòa giải trong quá trình thực thi nhiệm vụ.

Thứ ba, về xử lý vi phạm bạo lực gia đình, gồm có xử lý vi phạm hành chính, xử lý kỷ luật và truy cứu trách nhiệm hình sự, bồi thường thiệt hại nếu có; như vậy ở đây sẽ có những trường hợp bạo lực gia đình xảy ra và người có hành vi bạo lực bị phạt tiền, điều này sẽ gặp khó khăn trong việc xác định nguồn tiền để nộp phạt sẽ được lấy từ đâu. Nếu lấy từ quỹ chung của gia đình trong trường hợp người chồng thực hiện hành vi bạo lực với vợ, hoặc có gia đình bạo lực xảy ra nhưng khi bị phạt tiền lại lấy từ chính người bị bạo lực do một số gia đình người chồng vì nghiện rượu hoặc các chất kích thích khác nên không có khả năng làm ra tiền thì quy định này không đủ sức răn đe<sup>12</sup>.

Thứ tư, quy định về biện pháp cai nghiện bắt buộc đối với những trường hợp người có hành vi bạo lực gia đình là người nghiện rượu đánh đập vợ con. Việc này khá phổ biến đối với

một số dân tộc thiểu số ở những vùng núi, vùng sâu, xa. Trong dự thảo sửa đổi mới chỉ đề cập đến ở khoản 2 Điều 56, bắt buộc cai nghiện khi hành vi bạo lực tiếp tục diễn ra như vậy đã có thể xảy ra hậu quả đáng tiếc đối với nạn nhân bạo lực gia đình.

### - Một số nguyên nhân

Có rất nhiều nguyên nhân dẫn tới tình trạng bạo lực gia đình hiện nay, điển hình như:

+ *Sự hạn chế trong các quy định pháp luật về Phòng, chống bạo lực gia đình.*

Các quy định pháp luật về phòng, chống bạo lực gia đình còn quy định tán mạn trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau, tạo ra nhiều khó khăn khi tiếp cận làm cho họ không hiểu hoặc chưa hiểu đúng dẫn đến các hành vi bạo lực gia đình.

Luật Phòng, chống bạo lực gia đình là văn bản pháp luật điều chỉnh trực tiếp lĩnh vực này, nhưng một số quy định vẫn còn thiếu, chưa cụ thể, đặc biệt là chưa quy định rõ chế tài đối với hành vi bạo lực dẫn đến tính phòng ngừa và răn đe chưa cao.

Các quy định của pháp luật về trách nhiệm phòng, chống bạo lực gia đình còn gây ra những khó khăn trong việc áp dụng pháp luật của các cơ quan, tổ chức.

+ *Hạn chế trong nhận thức của các cá nhân, gia đình, cộng đồng về vấn đề phòng, chống bạo lực gia đình.*

Quan niệm của người dân về vấn đề phòng, chống bạo lực gia đình còn bị coi nhẹ, tư tưởng gia trưởng, trọng nam khinh nữ còn hiện hữu trong mỗi gia đình, đặc biệt là ở những vùng nông thôn, những nơi còn gặp nhiều khó khăn về kinh tế. Do vậy, họ coi hành vi bạo lực gia đình là chuyện riêng tư của mỗi gia đình nên chưa ý thức đúng được trách nhiệm của mỗi cá nhân trong việc phát hiện, ngăn chặn và báo tin, tố giác các vụ việc bạo lực gia đình.

Sự hiểu biết pháp luật về quyền con người, cũng như về bình đẳng giới vẫn còn hạn chế, trong thực tế, nhiều vụ bạo lực gia đình khi bị

<sup>12</sup> Xem Điều 42 Luật Phòng, chống bạo lực gia đình năm 2007 và Điều 47 Dự thảo Luật Phòng, chống bạo lực gia đình (sửa đổi).

phát hiện cho thấy người phụ nữ vì chưa hiểu đúng quyền của mình, về bạo lực gia đình nên thường tìm cách che đậy, lựa chọn cam chịu, không dám đấu tranh làm cho tình trạng bạo lực gia đình bị kéo dài, có những trường hợp để lại hậu quả nghiêm trọng.

Đối với trường hợp trẻ em bị bạo lực gia đình tuy có nhiều nguyên nhân dẫn đến, nhưng trong đó có phần nhận thức về quyền của trẻ em chưa đầy đủ, nên khi xảy ra bạo lực từ các thành viên trong gia đình thì những đối tượng này lại lo sợ, không biết cầu cứu ở đâu. Bạo lực từ gia đình khác với bạo lực từ bên ngoài ở mối quan hệ thân thiết, sự phụ thuộc của trẻ em với người bạo lực mình, nếu phản kháng lại thì không biết tìm ai để nương tựa cho nên hành vi bạo lực gia đình ở trẻ em thường diễn ra trong một thời gian dài, thậm chí chỉ khi để lại hậu quả đáng tiếc thì mới được phát hiện<sup>13</sup>.

Hoạt động tuyên truyền về phòng, chống bạo lực gia đình tuy đã được thực hiện nhưng chưa thực sự hiệu quả, dẫn đến sự hiểu biết pháp luật, hiểu biết về quyền con người của nạn nhân chịu bạo lực gia đình còn bị hạn chế.

### 3. Một số gợi ý sửa đổi, hoàn thiện Luật phòng, chống bạo lực gia đình

Trước thực trạng của bạo lực gia đình ở nước ta hiện nay, việc sửa đổi Luật Phòng, chống bạo lực gia đình là thực sự cấp thiết. Tuy nhiên, để luật đi vào đời sống, đủ sức mạnh bảo vệ quyền con người, Luật cần phải đáp ứng tiêu chí sau đây:

Để có thể giảm thiểu nguy cơ và ngăn chặn những hành vi bạo lực gia đình, cần phải xây dựng các quy định của pháp luật ưu tiên việc phòng ngừa bạo lực gia đình, vì khi làm tốt công tác phòng ngừa thì sẽ hạn chế tối đa bạo lực gia đình.

Tuy nhiên, để đạt được điều này cần phải chú trọng vào việc quy định để nâng cao ý thức cho người dân trong phát hiện để kịp thời ngăn chặn bạo lực gia đình, thay vì chỉ quy định chung chung đó là quyền và nghĩa vụ như hiện nay, cần phải làm rõ chế tài trong các trường

hợp biết mà im lặng, không hành động theo quy định của pháp luật. Đồng thời, luật cũng cần quy định rõ về cách thức bảo vệ người đã báo tin, tố giác bạo lực gia đình để tránh trường hợp họ bị trả thù, và giúp khuyến khích người khác tích cực tham gia vào hoạt động phòng, chống bạo lực gia đình.

Với quy định cấm tiếp xúc, nên quy định người thực hiện hành vi bạo lực gia đình không được tiếp xúc với nạn nhân trong thời gian thực hiện quyết định cấm tiếp xúc và loại bỏ quy định về khoảng cách 50m như hiện nay.

Bên cạnh đó, các biện pháp xử phạt hành chính cần phải tăng mức phạt đối với các hành vi bạo lực gia đình, quy định rõ nguồn tiền dùng sử dụng nộp phạt đối với hành vi bạo lực gia đình phải độc lập với lợi ích của nạn nhân và của các thành viên khác trong gia đình. Trường hợp không phân tách được nguồn tiền nộp phạt thì phải có biện pháp xử lý khác thay thế như là cưỡng chế lao động công ích.

Nên bổ sung chế tài tương xứng với các hành vi bạo lực tinh dục, trên thực tế đây là hành vi ít bị phát giác do văn hóa của người Việt vẫn còn né tránh, nhưng lại rất cần thiết trong việc bảo vệ nạn nhân bị bạo lực tinh dục.

Về vấn đề tư vấn, hòa giải, Luật Phòng, chống bạo lực gia đình nên quy định bổ sung: tổ tư vấn hòa giải được trang bị kiến thức pháp luật chứ không phải chỉ mình kỹ năng như hiện nay. Trên thực tế, ở công tác tư vấn, hòa giải, tổ tư vấn là những người có khả năng tiếp cận vụ việc bạo lực gia đình đầu tiên. Cho nên, cần phải nắm chắc được kiến thức pháp luật và có kỹ năng tư vấn hòa giải tốt thì công việc mới đạt hiệu quả.

Cũng nên sửa Luật bằng cách bỏ quy định tại khoản 1 Điều 35 của dự thảo sửa đổi Luật hiện nay, thay bằng chỉ cần có hành vi bạo lực gia đình nếu sự việc đủ điều kiện thì Ủy ban nhân dân hoặc Tòa án nhân dân ra quyết định cấm tiếp xúc thì sẽ ban hành quyết định cấm tiếp xúc chứ không cần phải có yêu cầu hay sự đồng thuận của nạn nhân nữa ■

<sup>13</sup> Qua thực tế về các trường hợp em bé 3 tuổi ở Hà Nội bị người tình của mẹ có hành vi bạo lực bị thiệt mạng và 8 tuổi ở Thành phố Hồ Chí Minh bị người tình của bố có hành vi bạo lực dẫn đến thiệt mạng.



# HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ BỒI THƯỜNG, HỖ TRỢ, TÁI ĐỊNH CƯ KHI NHÀ NƯỚC THU HỒI ĐẤT

Bùi Hồng Nhung

ThS. Khoa Pháp luật Kinh tế - Trường Đại học Luật Hà Nội

## Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Thu hồi đất; Bồi thường, hỗ trợ, tái định cư; Luật Đất đai.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 02/11/2021  
Biên tập : 18/12/2021  
Duyệt bài : 20/12/2021

## Article Infomation:

**Keywords:** Land acquisition; compensation; assistance; resettlement, Land on Law.

## Article History:

Received : 02 Nov. 2021  
Edited : 18 Dec. 2021  
Approved : 20 Dec. 2021

## Tóm tắt:

Vấn đề bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất luôn được coi là một nội dung quan trọng, gây ảnh hưởng trực tiếp tới quyền và lợi ích của người sử dụng đất. Qua gần 8 năm thi hành Luật Đất đai năm 2013, những quy định liên quan tới vấn đề này đã bộc lộ nhiều điểm bất cập, hạn chế gây bức xúc cho các chủ thể bị Nhà nước thu hồi đất. Do vậy, cần thiết phải xem xét, sửa đổi một số quy định liên quan đến bồi thường, hỗ trợ, tái định cư hướng tới đảm bảo quyền lợi cho các chủ thể bị Nhà nước thu hồi đất.

## Abstract:

The issue of compensation, assistance and resettlement once the state acquire land is always considered an important matter because it directly affects the rights and interests of land users. After nearly 8 years of enforcement of the Law on Land of 2013, the regulations related to this issue have gradually revealed a number of inappropriate points, causing frustration for people whose land are acquired by the State. Therefore, it is necessary to review and amend a number of provisions related to compensation, assistance and resettlement towards ensuring the rights of subjects whose land is acquired by the State.

## 1. Những nội dung chưa phù hợp trong quy định của pháp luật hiện hành về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất

Bên cạnh những mặt được, các quy định của Luật Đất đai năm 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành liên quan đến bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất còn một số điểm bất cập, hạn chế sau đây:

**Thứ nhất,** về trường hợp Nhà nước thu hồi đất để thực hiện các dự án do Hội đồng nhân dân cấp tỉnh chấp thuận chủ trương đầu tư.

Luật Đất đai năm 2013 quy định rất cụ thể các trường hợp Nhà nước được phép thu hồi đất của người sử dụng đất bao gồm: Thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh (Điều 61);

Thu hồi đất để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng (Điều 62); Thu hồi đất do vi phạm pháp luật về đất đai (Điều 64) và Thu hồi đất do chấm dứt việc sử dụng đất theo pháp luật, tự nguyện trả lại đất, có nguy cơ đe dọa tính mạng con người (Điều 65).

Trong số trường hợp thu hồi đất để thực hiện dự án do Hội đồng nhân dân cấp tỉnh chấp thuận chủ trương đầu tư có trường hợp quy định tại điểm d khoản 3 Điều 62 Luật Đất đai năm 2013 - *dự án chỉnh trang đô thị, khu dân cư nông thôn* chưa được hướng dẫn cụ thể. Khoản 1 Điều 146 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “*Đất sử dụng để chỉnh trang, phát triển đô thị gồm đất chỉnh trang khu vực nội thành, nội thị hiện có; đất được quy hoạch*



để mở rộng đô thị hoặc phát triển đô thị mới. Đất sử dụng để chỉnh trang, phát triển khu dân cư nông thôn gồm đất chỉnh trang trong khu dân cư hiện có, đất thuộc quỹ đất nông nghiệp sử dụng vào mục đích công ích, đất được quy hoạch để mở rộng khu dân cư nông thôn”. Như vậy, trong trường hợp này, việc “chỉnh trang” không chỉ có ý nghĩa là sắp xếp, bố trí, chỉnh sửa cơ sở hạ tầng sẵn có của đô thị, khu dân cư nông thôn trở nên phù hợp hơn, mà còn là việc xây mới của nhiều dự án mở rộng trên diện tích đất được coi là có quy hoạch. Điều này đã dẫn đến tình trạng lợi dụng cơ chế Nhà nước thu hồi đất cho những dự án đầu tư phát triển kinh tế - xã hội nói chung, không thuộc trường hợp Nhà nước tiến hành thu hồi đất. Theo quy định, khi thực hiện những dự án này, chủ đầu tư phải thực hiện theo cơ chế dân sự.

*Thứ hai*, về giá đất làm căn cứ để tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất.

Việc Luật Đất đai năm 2013 quy định sử dụng giá đất cụ thể làm căn cứ để tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất<sup>1</sup> là một trong những nội dung tiên bộ đáng ghi nhận của văn bản này. Bởi lẽ, giá đất cụ thể được coi là loại giá đất không quy định về thời hạn áp dụng giống như Khung giá đất hay Bảng giá đất, có thể nói đây là loại giá đất mang tính chất áp dụng một lần, cho từng đối tượng và trong từng trường hợp cụ thể. Chính điều này khiến cho giá đất bồi thường cho người sử dụng đất phù hợp hơn, tiến tới sát với giá thị trường tại thời điểm Nhà nước thu hồi đất. Tuy nhiên, trên thực tế, giá đất bồi thường cho người sử dụng đất vẫn còn một khoảng cách xa so với giá thị trường. Nguyên nhân dẫn đến tình trạng này là quy định của pháp luật liên quan đến cơ chế xác định giá đất, cụ thể:

*Một là*, quy định về quy trình xác định giá đất tính tiền bồi thường cho người sử dụng đất chưa thực sự khách quan, chưa có sự tham gia ý kiến từ phía chính các chủ thể có đất bị thu hồi. Theo quy định của pháp luật hiện hành, trong trình tự xác định giá đất cụ thể, cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh được thuê tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất<sup>2</sup>, đây là một tổ chức dịch vụ tư có trình độ chuyên môn, nghiệp vụ trong việc xác định giá đất được lựa chọn theo cơ chế đấu thầu. Tuy nhiên, pháp luật không có quy định ràng buộc trách nhiệm của cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh trong trường hợp không thực hiện hoặc thực hiện không đúng quy định này.

Bên cạnh đó, theo quy định hiện hành, Chủ tịch Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh là Chủ tịch Hội đồng thẩm định giá đất, đồng thời là ký quyết định phê duyệt giá đất. Chúng tôi cho rằng, quy định này là không hợp lý, không bảo đảm nguyên tắc minh bạch trong hoạt động quản lý nhà nước. Người đứng đầu cơ quan hành chính cấp tỉnh không nên tham gia là thành viên của Hội đồng tư vấn thẩm định giá đất nhằm tránh tình trạng “vừa đá bóng, vừa thổi còi”.

*Hai là*, quy định về căn cứ xác định giá đất bồi thường chưa đầy đủ. Giá đất cụ thể được xác định dựa trên cơ sở điều tra, thu thập thông tin về thửa đất, giá đất thị trường và thông tin về giá đất trong cơ sở dữ liệu đất đai. Với những căn cứ này, việc xác định giá đất mới chỉ đáp ứng sự phù hợp vào chính thời điểm bị thu hồi mà chưa giải quyết được sự cân bằng về mặt lợi ích giữa các bên chủ thể. Bởi trên thực tế, không thiếu những trường hợp thu hồi đất của người sử dụng đất là đất nông nghiệp, sau đó trao lại cho các chủ đầu tư và “biến” thành

<sup>1</sup> Điều 4 khoản 4 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013.

<sup>2</sup> Khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013.

đất phi nông nghiệp. Mức chênh lệch giữa giá đất nông nghiệp với giá đất phi nông nghiệp là không thể phủ nhận. Việc người sử dụng đất nhận được một khoản tiền ít ỏi hoàn toàn trái ngược với khoản thu lợi nhuận lớn mà các chủ đầu tư có được ngay trên cùng một vị trí đất. Quy định này của pháp luật dường như đang thiếu đi tính công bằng, chưa thực sự đảm bảo được sự hài hoà về mặt lợi ích giữa người sử dụng đất và chủ đầu tư trong cùng một vấn đề.

*Ba là*, chưa có quy định về điều chỉnh với giá đất cụ thể. Nghị định số 44/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định về giá đất (Nghị định số 44) điều chỉnh các vấn đề về xây dựng, điều chỉnh Khung giá đất, Bảng giá đất, Định giá đất cụ thể<sup>3</sup>, nhưng không có nội dung về việc điều chỉnh đối với loại giá đất này. Do vậy, khi có tranh chấp giữa người sử dụng đất và UBND cấp tỉnh do người sử dụng đất không đồng ý với mức giá đất do UBND cấp tỉnh quyết định để tính tiền bồi thường hoặc có những khiếu kiện về vấn đề này thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc sẽ phải tiến hành lại toàn bộ quy trình xác định giá đất cụ thể gây tốn kém về mặt nhân lực, vật lực và cả về thời gian cho các bên, hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ áp dụng biện pháp cưỡng chế buộc người sử dụng đất phải nhận số tiền tương ứng với mức bồi thường không thoả đáng.

*Thứ ba*, quy định về mức hỗ trợ cho người sử dụng đất có thể ổn định được đời sống, sản xuất và phát triển chưa phù hợp.

Đối với người sử dụng đất, chính sách hỗ trợ thực sự rất cần thiết khi họ bị Nhà nước thu hồi đất. Nếu như bồi thường là việc Nhà nước trả lại những thiệt hại về tài sản, có thể tính toán được cụ thể thì bên cạnh đó người

sử dụng đất còn có những thiệt hại về mặt tinh thần khác từ việc bị Nhà nước thu hồi đất. Đất đai được coi là “nơi ăn chốn ở” đối với mỗi người, việc bị mất đi quyền sử dụng đất không chỉ ảnh hưởng tới đời sống của người dân vào thời điểm hiện tại mà còn cả một quãng thời gian rất lâu sau đó mới có thể trở lại bình thường. Do vậy, việc bù đắp về mặt vật chất đối với người có đất bị thu hồi là chưa đủ, cần thiết phải đặt ra những trợ giúp khác đó chính là chính sách hỗ trợ.

Tuy nhiên, quy định hiện hành về mức chi trả trong các khoản hỗ trợ người sử dụng đất bị thu hồi đất chưa phù hợp, chưa tương xứng với những thiệt hại mà người sử dụng đất bị ảnh hưởng. Cụ thể, với trường hợp hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp khi họ đáp ứng đủ các điều kiện sẽ được nhận hỗ trợ ổn định đời sống với mức hỗ trợ cho một nhân khẩu được tính bằng tiền tương đương 30kg gạo trong một tháng theo thời giá trung bình tại địa phương. Thời hạn dài nhất áp dụng cho mức chi trả này là 36 tháng khi hộ gia đình, cá nhân phải di chuyển tới nơi có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn hoặc có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn và diện tích đất bị thu hồi trên 70% diện tích đất nông nghiệp đang sử dụng<sup>4</sup>. Đối tượng hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp được coi là đối tượng yếu thế trong xã hội, điều kiện kinh tế của họ được coi là ở mức thấp nên Nhà nước đã tạo cơ hội trong việc được giao đất không thu tiền sử dụng đất để sản xuất nông nghiệp. Nhưng khi bị thu hồi đất, họ không chỉ mất đi chính nơi ở mà còn cả công cụ duy nhất giúp họ đảm bảo được đời sống và bù lại, mức hỗ trợ được coi là giúp họ “ổn định đời sống” đơn giản chỉ được tính theo giá gạo trung bình của địa phương

<sup>3</sup> Mục 3 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP quy định về giá đất.

<sup>4</sup> Khoản 3 Điều 19 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

thì thực sự không thoả đáng. Bên cạnh đó, có thể hộ gia đình, cá nhân còn được hỗ trợ đào tạo nghề và tìm kiếm việc làm với một khoản tiền không quá 05 lần giá đất nông nghiệp cùng loại trong bảng giá đất của địa phương với toàn bộ diện tích đất nông nghiệp thu hồi<sup>5</sup>. Giá đất nông nghiệp trên thị trường hay do Nhà nước quy định thì chưa bao giờ được coi là “cao” để có thể đạt được sự tương xứng với công việc mà người nông dân đã gắn bó cả đời nay bị mất đi.

Bên cạnh đó, những đối tượng khác được hưởng chính sách hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm với các mức chi trả: 02 triệu đồng; 2,5 triệu đồng; 03 triệu đồng; 04 triệu đồng và cao nhất là 06 triệu đồng/người/khoá học đào tạo trình độ sơ cấp dưới 03 tháng<sup>6</sup>. Quy định về cố định số tiền chi trả cho một khoá đào tạo nghề là không phù hợp với thực tế; bởi lẽ, mức học phí tại tất cả các cơ sở đào tạo đều tăng dần theo thời gian.

*Thứ tư*, chưa có quy định cụ thể về nguyên tắc cũng như điều kiện để người sử dụng đất được hưởng tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

Trong quy định của Luật đất đai năm 2013, các nội dung liên quan đến tái định cư còn khá mờ nhạt. Các nội dung quan trọng liên quan đến vấn đề này như: nguyên tắc, điều kiện được hưởng chính sách tái định cư, quy trình thực hiện... chưa được pháp luật quy định.

## 2. Hoàn thiện quy định của pháp luật về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất

Để khắc phục những hạn chế, bất cập trong quy định của pháp luật về bồi thường, hỗ trợ,

tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất, chúng tôi cho rằng, cần thực hiện những giải pháp sau:

*Thứ nhất*, bổ sung thêm quy định hướng dẫn làm rõ trường hợp Nhà nước thu hồi đất để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng với các dự án “*chính trang đô thị, khu dân cư nông thôn mới*” thuộc thẩm quyền của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh chấp thuận chủ trương đầu tư. Nội dung trong các quy định hướng dẫn cần thể hiện rõ được các vấn đề: (i) Như thế nào được coi là “chính trang” đô thị; (ii) Tính chất của những dự án chính trang đô thị, khu dân cư nông thôn mới; (iii) Liệt kê những dự án cụ thể phục vụ cho mục đích chính trang đô thị; (iv) Điều kiện, nhu cầu thành lập khu dân cư nông thôn mới ở các địa phương. Việc có những hướng dẫn cụ thể này thực sự cần thiết, bởi không chỉ tạo được cơ chế pháp lý chặt chẽ trong quá trình chấp thuận và phê duyệt các dự án của chủ đầu tư mà quan trọng hơn là vấn đề bảo đảm được quyền lợi của người sử dụng đất, tránh trường hợp người dân bị thu hồi đất một cách thiếu khách quan.

*Thứ hai*, trong cơ chế xác định giá đất cụ thể để tính tiền bồi thường cho người sử dụng đất cần xem xét chỉnh sửa và bổ sung các vấn đề:

+ Quy định trách nhiệm bắt buộc về việc thuê tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất trong quá trình xác định giá đất cụ thể cũng như chế tài đặt ra khi cơ quan tài nguyên và môi trường không thực hiện thủ tục này;

+ Thành phần của Hội đồng thẩm định giá đất xem xét thay thế vai trò của Chủ tịch hội đồng là một chủ thể khác thay vì Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh theo quy định hiện hành. Hoặc trong nội dung thẩm định giá đất

<sup>5</sup> Khoản 6 Điều 4 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP ngày 6/1/2017 sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai.

<sup>6</sup> Điều 4 Quyết định số 46/2015/QĐ-Ttg quy định chính sách hỗ trợ đào tạo trình độ sơ cấp, đào tạo dưới 03 tháng.

cụ thể hoàn toàn quy định trách nhiệm cho Cơ quan tài nguyên và môi trường, sau đó trình lên Ủy ban nhân dân cấp tỉnh để phê duyệt và quyết định. Điều này sẽ tạo được cơ chế phù hợp và thống nhất với quy định về trình tự lập, thẩm định và quyết định phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất;

+ Trong trình tự xác định giá đất cụ thể áp dụng cho trường hợp tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất bổ sung thêm hướng dẫn riêng về thủ tục lấy ý kiến từ phía những người sử dụng đất trực tiếp bị ảnh hưởng. Điều này không chỉ giúp đảm bảo được quyền lợi cho chính người dân mà còn hạn chế những thủ tục rườm rà phát sinh về sau khi người sử dụng đất không đồng ý với mức giá đất để tính tiền bồi thường, nhưng quan trọng hơn là sự thể hiện rõ nguyên tắc dân chủ của Nhà nước ta.

*Thứ ba*, bổ sung thêm hướng dẫn về căn cứ xác định giá đất cụ thể trong trường hợp sử dụng để tính tiền bồi thường cho người sử dụng đất theo hướng “*dựa trên mức giá trung bình của hai loại giá đất trước và sau khi bị thu hồi đất*”. Điều này sẽ khắc phục được thực trạng vấn đề người dân bị thu hồi đất nông nghiệp bị trả với mức giá quá thấp, sau đó đất trao lại cho chủ đầu tư, chuyển mục đích thành đất thương mại, dịch vụ với sự tăng lên giá trị của đất gấp nhiều lần.

*Thứ tư*, bổ sung quy định liên quan đến vấn đề điều chỉnh giá đất cụ thể với các nội dung: (i) Các trường hợp điều chỉnh; (ii) Chủ thể có thẩm quyền điều chỉnh; (iii) Trình tự, thủ tục điều chỉnh và (iv) Áp dụng giá đất cụ thể sau khi điều chỉnh. Điều này không chỉ có ý nghĩa cho người sử dụng đất mà còn giúp cho chính phía cơ quan Nhà nước tiết kiệm được thời gian, chi phí trong trường hợp giá đất xác định lần đầu chưa phù hợp.

*Thứ năm*, điều chỉnh lại mức hỗ trợ theo hướng tăng lên so với quy định hiện nay, cụ thể: (i) *Thứ nhất*, với mức hỗ trợ ổn định đời sống cho hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp bị thu hồi đất quy định tăng thêm giá trị của khoản hỗ trợ trên cơ sở tính toán mức độ ảnh hưởng không chỉ với quá trình sản xuất nông nghiệp mà còn cả nơi ở khiến họ phải di chuyển tới các vị trí khác; (ii) *Thứ hai*, tăng thêm mức hỗ trợ chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm cho hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp; đồng thời với các đối tượng khác bị mất việc làm cần quy định linh động về khoản tiền chi trả cho một khoá học nghề theo hướng tăng lên theo lộ trình của học phí tại các cơ sở đào tạo thay vì quy định cứng nhắc cố định mức chi trả như hiện nay.

Bên cạnh việc điều chỉnh lại mức hỗ trợ, pháp luật cũng cần xem xét bổ sung thêm một số khoản hỗ trợ phù hợp theo tính chất pháp định bên cạnh những khoản hỗ trợ khác tùy cho các địa phương quyết định phù hợp với điều kiện. Ví dụ: hỗ trợ cho tài sản gắn liền trên đất của người sử dụng đất; hỗ trợ chi phí di chuyển tài sản;...

*Thứ sáu*, bổ sung nguyên tắc và điều kiện tái định cư cho người sử dụng đất bị thu hồi đất. Về điều kiện tái định cư cần thể hiện được: Tính pháp lý của loại đất bị thu hồi để được hưởng chính sách tái định cư; Chủ thể được tái định cư; Các trường hợp được tái định cư. Cùng với đó, về nguyên tắc tái định cư, cần xem xét tới việc đáp ứng đủ điều kiện tái định cư; Chất lượng của dự án tái định cư với việc đảm bảo mức sống tương ứng cho người dân trước khi bị thu hồi đất và đồng thời phải thể hiện được một trong những nguyên tắc mang tính Hiến định: “Công dân có quyền có nơi ở hợp pháp” (Khoản 1 Điều 22 Hiến pháp năm 2013) ■

# QUYỀN SỬ DỤNG TỰ DO QUYỀN TÁC GIẢ TRONG MÔI TRƯỜNG GIÁO DỤC SỐ

Đặng Nguyễn Phương Uyên\*

Lê Hoàng Việt Tuấn\*\*

\*, \*\* ThS. GV. Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Quyền tác giả, quyền sử dụng tự do quyền tác giả, môi trường giáo dục số, Luật Sở hữu trí tuệ.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/11/2021  
Biên tập : 12/12/2021  
Duyệt bài : 15/12/2021

## Article Information:

*Keywords:* Copyright; free use right; digital educational environment; Law on Intellectual Property.

## Article History:

Received : 06 Nov. 2021  
Edited : 12 Dec. 2021  
Approved : 15 Dec. 2021

## Tóm tắt:

Bảo hộ quyền tác giả nói riêng và bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ nói chung nhằm khuyến khích sự sáng tạo, đầu tư của tác giả, đồng thời thúc đẩy phát triển nền kinh tế, văn hoá của đất nước. Để tạo nền tảng cho việc hội nhập sâu, rộng và bảo vệ cân bằng lợi ích giữa chủ thể quyền tác giả với cộng đồng, không những cần có những chính sách, cơ chế bảo vệ phù hợp mà còn có ý thức tôn trọng thành quả của tác giả, chủ sở hữu sử dụng, khai thác tác phẩm. Việc sử dụng tự do quyền tác giả trong môi trường giáo dục số còn tồn tại nhiều vấn đề cần được quan tâm và khắc phục để việc tiếp cận nguồn tri thức không chỉ từ học viên, mà còn cả giảng viên được dễ dàng hơn mà không làm ảnh hưởng đến quyền lợi khai thác kinh tế bình thường của tác phẩm.

## Abstract:

Protection of copyright in particular and protection of intellectual property rights in general aims to encourage the creation of authors, and at the same time promote the development of the economy and culture of the country. It is necessary not only to provide appropriate policies and protection mechanisms but also to have a sense of respect for copyright owners so that it is to establish a solid ground for deep and wide integration and protect the harmonized interests between copyright holders and the community and the results of the author or owner they use and exploit their art works. The free use of copyright in the digital education environment still has many questions that need to be discussed and overcome to make it easier to access knowledge resources not only from students, but also from teachers without prejudice to the normal economic exploitation of the work.

## 1. Quyền sử dụng tự do quyền tác giả trong môi trường giáo dục trực tuyến

Môi trường số hay Internet đã và đang đóng góp vai trò vô cùng quan trọng dưới sự ảnh hưởng của đại dịch Covid-19. Khác với cách học truyền thống trước đây, hình thức học tập trực tuyến là sự kết hợp giữa truyền thông đa phương tiện và nền tảng Internet. Bên cạnh những thành công bước đầu của quá trình chuyển đổi từ dạy học trực tiếp sang trực tuyến cũng làm phát sinh nhiều vấn đề liên quan đến

việc sử dụng nguồn tài nguyên trực tuyến. Có thể kể đến ở đây một số hành vi sử dụng như sau:

- Chia sẻ các giáo trình, giáo án điện tử trên các nền tảng cộng đồng (website, mạng xã hội...) mà không thật sự nắm rõ bản quyền của bài giảng thuộc về cá nhân, tổ chức nào.
- Đối với buổi học trực tuyến được người học thu thập (record) thông qua các phần mềm quay phim màn hình một cách tự do mà không được sự cho phép của người dạy.



- Đối với các học liệu giảng dạy (bài giảng điện tử (slide), các bài thực hành...) được xây dựng bằng rất nhiều công sức và kinh phí sau khi cung cấp cho người học với mục đích phục vụ khóa học đã được chia sẻ rộng rãi một cách trái phép, thậm chí thương mại hóa.

- Các sản phẩm được hình thành thông qua quá trình thực hành, thị phạm về chương trình học của người dạy để minh họa cho bài học, khóa học được lưu hành nội bộ thì nay bị công khai trên môi trường số một cách khó kiểm soát.

### 1.1. Quyền sử dụng tự do quyền tác giả

Theo triết học Locke, bất cứ tài sản gì là thành quả lao động của người nào thì người đó có quyền sở hữu<sup>1</sup>. Quyền tác giả là quyền của tổ chức, cá nhân đối với tác phẩm do mình sáng tạo ra hoặc sở hữu. Tương tự như các loại tài sản trí tuệ khác, chủ sở hữu quyền gần như độc quyền trong việc sử dụng tài sản của mình trong một khoảng thời gian nhất định. Tuy nhiên, pháp luật về sở hữu trí tuệ (SHTT) cũng đưa ra các nguyên tắc sử dụng hoặc các trường hợp sử dụng sản phẩm trí tuệ này trong thời hạn bảo hộ mà không cần phải xin phép. Điều này nhằm đảm bảo cân bằng lợi ích giữa chủ thể quyền và cộng đồng, thúc đẩy sự phát triển của văn học, khoa học và kỹ thuật. Một trong những nguyên tắc cơ bản trong việc sử dụng tự do tác phẩm là nguyên tắc sử dụng hợp lý (fair use). Công ước Bern năm 1886 về quyền tác giả (Công ước Bern) cho phép các quốc gia thành viên có quyền quy định việc sao chép,

trích dẫn... với mức độ phù hợp với thông lệ, không nhằm mục đích kinh doanh và không xâm hại tới quyền lợi hợp pháp của tác giả thì việc sử dụng đó không phải xin phép, không phải trả tiền bản quyền<sup>2</sup>. Như vậy, Công ước Bern chỉ quy định những nguyên tắc chung về sử dụng tự do tác phẩm và trao quyền quy định các trường hợp cụ thể cho các quốc gia thành viên. Giới hạn và ngoại lệ quyền tác giả cũng được quy định tại Điều 18.65 và 18.66 Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP)<sup>3</sup> trong đó cho phép các quốc gia tự xác định các trường hợp ngoại lệ bao gồm luôn cả môi trường số, xem xét các mục đích hợp pháp như phê bình; bình luận; đưa tin; giảng dạy, học tập, nghiên cứu, và các mục đích tương tự khác; tạo điều kiện tiếp cận với tác phẩm được công bố cho người mù, người khiếm thị, hay người có các khuyết tật khác không thể đọc được tài liệu in. Tương tự, Luật Bản quyền Hoa Kỳ<sup>4</sup> xem xét việc sử dụng hợp lý trên bốn yếu tố sau: (1) mục đích và đặc điểm của việc sử dụng, bao gồm việc sử dụng đó có tính chất thương mại không hay chỉ nhằm mục đích giáo dục phi lợi nhuận; (2) bản chất của tác phẩm được bảo hộ; (3) số lượng và thực chất của phần được sử dụng trong tác phẩm được bảo hộ như là một tổng thể; (4) vấn đề ảnh hưởng của việc sử dụng đó đối với tiềm năng thị trường hoặc đối với giá trị của tác phẩm được bảo hộ. Nguyên tắc này không yêu cầu người sử dụng phải xin phép chủ sở hữu quyền nếu việc sử dụng không vì mục đích lợi nhuận và trên cơ sở tôn trọng quyền tác giả.

<sup>1</sup> Nguyễn Thị Thanh Huyền, *Quan niệm của J. Locke về quyền sở hữu trong tác phẩm “Khảo luận thứ hai về chính quyền”*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội (HQGHN), Khoa học Xã hội và Nhân văn 28 (2012), tr.166-172.

<sup>2</sup> Công ước Bern 1886.

<sup>3</sup> Chương 18 CPTPP.

<sup>4</sup> Điều 107 Luật Bản quyền Hoa Kỳ.

Khác với Hoa Kỳ, các quốc gia chọn phương thức liệt kê các trường hợp quyền tác giả bị giới hạn như Nhật Bản quy định tại Mục 5 (Điều 30 đến Điều 50) Luật Quyền tác giả<sup>5</sup> và Thụy Điển quy định tại Chương II (Điều 11 đến Điều 26) Luật Quyền tác giả tác phẩm văn học và nghệ thuật<sup>6</sup>. Nhìn chung, các trường hợp được liệt kê đều là hành vi sử dụng tác phẩm không vì mục đích lợi nhuận và không cần sự cho phép của chủ sở hữu quyền tác giả. Theo Điều 5 Chỉ thị số 2001/29/EC<sup>7</sup> của Liên minh châu Âu, các quốc gia thành viên áp dụng các ngoại lệ trong danh sách thoả thuận cùng với những ngoại lệ khác đã có trong pháp luật về SHTT riêng của mỗi quốc gia. Chỉ thị dẫn quy định rằng, sao chép tạm thời hoặc ngẫu nhiên như một phần của quá trình truyền mạng hoặc sử dụng hợp pháp được xem là trường hợp ngoại lệ. Vì lẽ đó, các nhà cung cấp dịch vụ Internet không chịu trách nhiệm pháp lý đối với dữ liệu trên hệ thống ngay cả khi đó là những tác phẩm vi phạm quyền tác giả.

Theo quy định của khoản 1 Điều 14 Luật SHTT năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009<sup>8</sup> (Luật SHTT), các loại hình tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả bao gồm tác phẩm văn học, nghệ thuật và khoa học. Trong đó, bài giảng, bài nói cũng được bảo hộ quyền tác giả khi thể hiện bằng ngôn ngữ nói và định hình dưới một hình thức vật chất nhất định<sup>9</sup>. Trong

trường hợp, tác giả tự thực hiện việc định hình bài giảng dưới hình thức bản ghi âm, ghi hình thì tác giả được hưởng quyền tác giả đối với bài giảng đó, đồng thời là chủ sở hữu quyền đối với bản ghi âm, ghi hình (khoản 2 Điều 44 Luật SHTT). Quyền tác giả được bảo hộ một cách tự động khi tác phẩm được định hình mà không cần công bố cũng như không cần thông qua thủ tục đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Như vậy, việc công bố tác phẩm chỉ nhằm mục đích giới thiệu tác phẩm đến công chúng. Quyền tác giả bao gồm quyền nhân thân và quyền tài sản, mà trong đó, quyền công bố hoặc cho người khác công bố và quyền tài sản được bảo hộ trong khoảng thời gian nhất định tùy vào từng loại hình tác phẩm<sup>10</sup>. Khi một tác phẩm được công bố hay được truyền đạt đến công chúng qua mạng thông tin điện tử như truyền tải lên Internet, nó trở thành nguồn thông tin công cộng có thể dễ dàng được truy cập và lan truyền với tốc độ nhanh chóng. Để đưa một tác phẩm lên môi trường số, tác phẩm đó phải được số hoá. Điều này có thể hiểu là tác phẩm trên môi trường Internet sẽ tồn tại dưới hình thức file mềm, bản chụp hay bản ghi. Trong thời hạn bảo hộ, về nguyên tắc, chủ sở hữu quyền tác giả có quyền khai thác và sử dụng tác phẩm của mình; những chủ thể không phải là chủ thể quyền nếu thực hiện hành vi sử dụng tác phẩm mà không được sự cho phép của chủ thể quyền sẽ bị coi là hành vi xâm phạm

<sup>5</sup> Luật Quyền tác giả Nhật Bản – Luật số 48 ngày 06/5/1970 sửa đổi năm 2013.

<sup>6</sup> Luật Quyền tác giả tác phẩm văn học và nghệ thuật Thụy Điển – Luật số 729 ngày 30/12/1960 sửa đổi, bổ sung năm 2000.

<sup>7</sup> Chỉ thị số 2001/29/EC do Liên minh châu Âu ban hành để thực hiện Hiệp ước WIPO và để hài hoà các khía cạnh cạnh tranh quyền tại châu Âu.

<sup>8</sup> Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009.

<sup>9</sup> Khoản 1 Điều 8 Nghị định số 22/2018 ngày 23/2/2018 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ năm 2009 về quyền tác giả và quyền liên quan.

<sup>10</sup> Điều 18, 27 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009.

quyền sở hữu trí tuệ. Tuy nhiên, Điều 25 Luật SHTT cũng liệt kê những trường hợp được xem là ngoại lệ quyền tác giả, tức là những trường hợp sử dụng tác phẩm mà không phải xin phép, không phải trả tiền nhuận bút, thù lao. Nhìn chung, những trường hợp này đều vì mục đích phi thương mại, phục vụ cho việc giảng dạy và nghiên cứu khoa học. Việc sử dụng này không làm ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường của tác phẩm, không gây phương hại đến quyền của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả và phải thông tin về tác giả và nguồn gốc, xuất xứ của tác phẩm. Luật SHTT Việt Nam loại trừ tác phẩm kiến trúc, tác phẩm tạo hình, chương trình máy tính khỏi các nguyên tắc áp dụng ngoại lệ này.

### ***1.2. Thực thi quyền sử dụng tự do quyền tác giả trong môi trường giáo dục số***

Quyền sử dụng tự do quyền tác giả nói chung và quyền sử dụng tự do quyền tác giả trong môi trường số nói riêng trên thực tiễn còn nhiều bất cập. Trong những năm gần đây, các loại hình dịch vụ trên mạng phát triển mạnh mẽ bao gồm học tập, nghiên cứu đến mua sắm, giải trí đều có thể được thực hiện. Sự tiến bộ của khoa học công nghệ làm cho các hình thức, phương pháp khai thác tác phẩm đa dạng hơn và việc truyền bá chúng được thực hiện trong thời gian ngắn hơn. Trên thực tế, Bộ Giáo dục và Đào tạo đã công bố, giới thiệu kho bài giảng điện tử và học liệu số nhằm phục vụ học và dạy học cho các đối tượng bao gồm giáo viên, sinh viên và phụ huynh trên khắp cả nước nhằm hỗ

trợ việc dạy và học trực tuyến trong khoảng thời gian đại dịch Covid 19 đang bùng phát<sup>11</sup>. Một giáo viên có thể sử dụng một nội dung trích dẫn từ tác phẩm khác để làm minh họa cho bài giảng của mình. Nếu việc trích dẫn này không gây phương hại đến quyền tác giả và được thông tin về nguồn gốc đầy đủ thì thuộc các trường hợp ngoại lệ của quyền tác giả theo quy định của Luật SHTT. Tuy nhiên, nếu việc giảng dạy này được tiến hành trực tuyến với sự tham gia của nhiều người học từ nhiều quốc gia trên khắp thế giới, thì bài giảng này vẫn có khả năng vi phạm quyền tác giả; bởi lẽ, nếu quốc gia đó không áp dụng nguyên tắc sử dụng hợp lý cho việc sử dụng một hình thức tác phẩm cụ thể để minh họa cho bài giảng<sup>12</sup>. Bên cạnh đó, cùng một nội dung và cách thức thể hiện được đăng tải lên một website, không khó để tìm thấy những bản sao y hệt hoặc tương tự được đăng tải trên một website học trực tuyến khác<sup>13</sup>.

Một trong những quyền tài sản của chủ sở hữu quyền tác giả chính là quyền sao chép, và cũng là quyền thường bị xâm phạm nhiều nhất trong môi trường giáo dục số. Trong quá trình học trực tuyến, thông thường, giảng viên gửi bài giảng, slides minh họa và video những tài liệu học tập cho người học. Như vậy, có thể hiểu rằng, người học chỉ được sử dụng tài liệu này với mục đích học tập của bản thân mà thôi. Tuy nhiên, trên thực tế, người học vẫn thường ghi âm, ghi hình lại bài giảng trực tuyến mà không có sự đồng ý của giảng viên, hoặc sao chép những tài liệu mình nhận được để bán cho

<sup>11</sup> Công bố kho bài giảng điện tử phục vụ dạy học, <https://laodong.vn/giao-duc/cong-bo-kho-bai-giang-dien-tu-phuc-vu-day-hoc-truc-tuyen-951952.lido>, truy cập lần cuối ngày 27/10/2021.

<sup>12</sup> Marketa Trimble, “COVID-19 and transational Issues in copyright and related rights”, IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law, số 51/2020, tr. 407-210.

<sup>13</sup> Bảo vệ quyền nội dung giảng dạy trên môi trường số, <https://vtv.vn/chuyen-dong-24h/bao-ve-ban-quyen-noi-dung-giang-day-tren-moi-truong-so-20200502141518234.htm>, truy cập ngày 27/10/2021.

những sinh viên khác hoặc đưa lên các trang mạng xã hội. Căn cứ vào Luật SHTT hiện hành, các hành vi sao chép, ghi âm ghi hình, sao chép vì mục đích học tập hay truyền đạt, truyền tải nêu trên không được xem là hành vi sử dụng hợp lý quyền tác giả. Thực trạng về vi phạm quyền tác giả là câu chuyện không còn mới và ngày càng nghiêm trọng ở nước ta. Bởi lẽ, cùng với sự phát triển của Internet, tần suất vi phạm ngày càng cao hơn, tinh vi hơn và khả năng kiểm soát của chủ thể quyền trên nền tảng này dần kém đi khi gặp rất nhiều khó khăn trong việc xác định chủ thể thực hiện hành vi xâm phạm, khó khăn trong việc xác định thiệt hại, cũng như khó khăn trong việc ngăn chặn hành vi xâm phạm vì khả năng phát tán quá nhanh. Bên cạnh đó, pháp luật về sở hữu trí tuệ cũng chưa theo kịp với tốc độ phát triển của công nghệ thông tin dẫn đến việc ảnh hưởng đến quyền lợi của chủ thể quyền tác giả trong môi trường Internet<sup>14</sup>.

### 2. Giải pháp hỗ trợ cho việc thực thi quyền sử dụng tự do quyền tác giả trong môi trường giáo dục số

Những thách thức trong việc bảo vệ quyền tác giả và thực thi quyền sử dụng tự do quyền tác giả ở môi trường giáo dục số đặt ra các vấn đề về tìm kiếm các cách thức mới và công cụ mới để thực thi hiệu quả hơn. Ngoài ý thức tôn trọng thành quả sáng tạo của người khác, người sử dụng còn cần phải tôn trọng quyền tác giả khi sử dụng, khai thác tác phẩm của người khác. Để có một thị trường bản quyền trong sạch và lành mạnh, các tác giả đề xuất một số giải pháp sau:

<sup>14</sup> Lê Thị Nam Giang, *Những thách thức về mặt pháp lý trong việc bảo hộ quyền tác giả trong môi trường Internet*, Hội thảo bảo hộ quyền tác giả trong môi trường số tại Việt Nam, 2016.

<sup>15</sup> Sáng kiến truy cập mở Budapest được công bố vào ngày 14/02/2002 với các nguyên tắc tác liên quan đến việc truy cập mở đối với các tài liệu nghiên cứu (research literature).

<sup>16</sup> Bethesda Statement on Open Access Publishing.

#### 2.1. Xây dựng hạ tầng công nghệ thông tin

Phương án cấp thiết: sử dụng các phương pháp đánh dấu tác quyền cho sản phẩm: watermark cho các tài liệu văn bản, slide (MS Word, MS PowerPoint), gắn các dấu tác quyền như logo, tên tổ chức giáo dục, tên người dạy trong các video bài giảng. Đồng thời, tuyên bố tác quyền với các sản phẩm đó, nhằm truyền tải thông điệp răn đe đến người sử dụng rằng hành vi xâm phạm sẽ chịu kết quả nặng nề.

Phương án nghiên cứu phát triển: Các tổ chức, cá nhân cung cấp hạ tầng và nền tảng số phải bảo đảm thông tin đáng tin cậy, an toàn, phát triển hệ thống nền tảng, hạ tầng, mạng lưới gắn với bảo đảm an toàn, an ninh mạng, có khả năng tự sàng lọc, phát hiện tấn công từ hacker.

Phát triển các công cụ có thể kiểm tra, theo dấu thao tác người dùng: khi sử dụng các nền tảng giáo dục trực tuyến, quản lý người học thông qua các tài khoản, tiến hành khóa tài khoản khi phát hiện các hành vi xâm phạm trong suốt quá trình học trực tuyến với người dạy. Đồng thời, thông báo các hành vi vi phạm này đến các cơ quan, phòng, ban quản lý của cơ sở đào tạo để có hình thức kỷ luật răn đe thích đáng.

#### 2.2. Xây dựng chính sách về truy cập mở

“Truy cập mở” (Open Access) lần đầu được đề cập đến trong văn kiện Sáng kiến truy cập mở Budapest<sup>15</sup> sau đó là ở Tuyên bố Bethesda về xuất bản truy cập mở<sup>16</sup> và Tuyên bố Berlin về truy cập mở đối với kiến

thức khoa học và nhân văn<sup>17</sup>. Truy cập mở là việc người sử dụng được tự do truy cập đến tài liệu từ Internet, cho phép tất cả người sử dụng đọc, tải về, sao chép, phân phối, in ấn, tìm kiếm hoặc liên kết đến toàn văn của tài liệu đó để làm chỉ mục, chuyển đổi chúng thành dữ liệu cho phần mềm hoặc sử dụng chúng cho bất kì mục đích hợp pháp nào mà không có rào cản về tài chính, pháp lý hoặc kỹ thuật<sup>18</sup>. Việc tiếp cận với những nghiên cứu, những sáng tạo khoa học là cần thiết để làm tăng cơ hội cho tri thức khoa học và công nghệ mới được ứng dụng vào những lĩnh vực khác nhau. Trước hết, những tác phẩm được hình thành từ ngân sách nhà nước có thể được xem là tài sản công được tạo lập vì lợi ích công và cần được mở cho truy cập công cộng với sự hạn chế tối thiểu<sup>19</sup>. Trong phạm vi cơ sở giáo dục, thư viện cần phải xây dựng kho nội bộ trong đó chứa đựng các bài viết, các nghiên cứu khoa học của giảng viên và người học thuộc các hệ đào tạo. Kho nội bộ thuộc quản lý của các trường đại học lưu trữ và bảo quản tài sản trí tuệ hay chính những tác phẩm của nhà trường. Thiết lập kho nội bộ giúp cho nguồn tài liệu tham khảo được đầy đủ, phong phú hơn. Một số quan điểm cho rằng, chính sách truy cập mở có thể làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể quyền tác giả cũng như hàm lượng

nghiên cứu, kiến thức trong các công trình sẽ không được đảm bảo. Tuy nhiên, không thể phủ nhận được lợi ích của truy cập mở làm gia tăng số lượng tiếp cận tác phẩm bao gồm cả xem trực tuyến và tải xuống cũng như số lần được “nhắc đến” tại các diễn đàn phi học thuật, bởi lẽ, những công trình nghiên cứu khoa học không dừng lại ở việc tham khảo mà còn ứng dụng trong nhiều ngành nghề, nhiều lĩnh vực khác nhau<sup>20</sup>. Như vậy, để xây dựng chính sách liên quan đến truy cập mở cho những tác phẩm tạo từ ngân sách nhà nước và những tác phẩm khác cần có sự kết hợp giữa Chính phủ, Bộ Khoa học và công nghệ, Cục Bản quyền trên cơ sở Luật Tiếp cận thông tin, Luật Khoa học và công nghệ, Luật SHTT và một số luật liên quan.

### **2.3. Trách nhiệm của tổ chức trung gian**

Tình trạng xâm phạm quyền tác giả trong môi trường Internet hiện nay tại Việt Nam rất phổ biến với tất cả loại hình tác phẩm. Hành vi xâm phạm là vô cùng đa dạng từ xâm phạm quyền sao chép, quyền truyền đạt, phân phối tác phẩm... đến những quyền nhân thân như bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm hay quyền công bố tác phẩm... Việc ban hành Luật Công nghệ thông tin<sup>21</sup> năm 2006, Việt Nam đã xây dựng cơ chế trách nhiệm giới hạn đối với xâm phạm quyền tác giả của các tổ chức trung gian. Bên cạnh đó, Thông tư liên tịch số 07/2012/TTLT-

<sup>17</sup> Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities.

<sup>18</sup> Budapest Open Access Initiative, <https://www.budapestopenaccessinitiative.org>, truy cập lần cuối ngày 26/10/2021.

<sup>19</sup> Cao Minh Kiểm, Chính sách truy cập mở đến kết quả nghiên cứu số sử dụng kinh phí công trên thế giới và một số đề xuất đối với Việt Nam, Hội thảo “Xây dựng và phát triển thư viện số Việt Nam – Hiện tại – Tương lai”.

<sup>20</sup> Khi truy cập mở “lên ngôi”, <https://tapchigiaoduc.edu.vn/article/86786/222/khi-truy-cap-mo-len-ngoi/>, truy cập ngày 26/10/2021.

<sup>21</sup> Luật Công nghệ thông tin năm 2006.



BTTTT-BVHTTDL<sup>22</sup> quy định cụ thể trách nhiệm pháp lý của các nhà cung cấp dịch vụ trung gian về quyền tác giả, quyền liên quan trên môi trường Internet. Theo đó, doanh nghiệp cung cấp dịch vụ trung gian có quyền thiết lập hệ thống kiểm tra, giám sát, xử lý các thông tin được đưa vào, lưu trữ và truyền đi trên mạng Internet; đồng thời cũng có trách nhiệm trong việc lưu trữ nội dung thông tin số trong hệ thống cung cấp dịch vụ của mình chỉ mang tính chất trung chuyển, tạm thời, tự động, có thời hạn, đủ để đáp ứng yêu cầu kỹ thuật của việc truyền tải nội dung thông tin số. Theo quy định hiện hành, các nhà cung cấp dịch vụ Internet được miễn trừ phần lớn trách nhiệm; đồng thời, không có nghĩa vụ phải gỡ bỏ những nội dung vi phạm quyền tác giả trừ khi có yêu cầu từ cơ quan có thẩm quyền. Dự thảo Luật SHTT chỉnh lý lại quy định về trách nhiệm pháp lý về quyền tác giả đối với doanh nghiệp cung cấp dịch vụ trung gian (Điều 198b được bổ sung theo khoản 88 Điều 1), đã liệt kê cụ thể các trường hợp doanh nghiệp cung cấp dịch vụ trung gian được miễn trừ trách nhiệm pháp lý đối với hành vi xâm phạm quyền tác giả trên môi trường mạng Internet, đồng thời những doanh nghiệp này phải tự giám sát dịch vụ của mình hoặc chủ động tìm kiếm các bằng chứng chỉ ra hành vi xâm phạm. Điều này là phù hợp với các cam kết quốc tế mà Việt Nam là thành viên, đồng thời cũng cho thấy sự bắt kịp thực tiễn trong thời đại công nghệ thông tin ngày một phát triển và các tác phẩm – dưới dạng số ngày càng phong phú và đa dạng về số lượng lẫn chất lượng.

### 2.4. Quy định về ngoại lệ quyền tác giả

Điểm c khoản 1 Điều 8 Dự thảo Luật SHTT (sửa đổi) (trích nguồn đầy đủ?) quy định về sử dụng hợp lý tác phẩm để minh họa trong các ấn phẩm, bản ghi âm, ghi hình, chương trình phát sóng nhằm mục đích giảng dạy. Việc sử dụng này có thể bao gồm việc cung cấp trong mạng máy tính nội bộ với điều kiện phải có các biện pháp kỹ thuật để đảm bảo chỉ học sinh, sinh viên và giáo viên tham gia học tập, giảng dạy trong buổi học đó mới có thể tiếp cận các tác phẩm này. Bên cạnh đó, việc trích dẫn hợp lý tác phẩm mà không làm sai ý tác giả để bình luận, giới thiệu hoặc minh họa để giảng dạy cũng được xem là các trường hợp ngoại lệ quyền tác giả<sup>23</sup>. Nhìn chung, những quy định này cho phép giảng viên sử dụng một phần hoặc toàn bộ nội dung tác phẩm khác để minh họa trong quá trình giảng dạy trực tiếp cũng như trực tuyến của mình nếu việc sử dụng đó không gây phương hại đến quyền tác giả. Ngoài ra, điểm e khoản 1 Điều này cũng cho phép sao chép hợp lý một phần tác phẩm cho người khác phục vụ nghiên cứu, học tập như một trường hợp ngoại lệ quyền tác giả. Kỹ thuật công nghệ thông tin càng phát triển, vấn đề sao chép toàn bộ hay một phần không còn khó khăn mà thậm chí còn được diễn ra nhanh chóng và chính xác. Do đó, Dự thảo Luật SHTT (sửa đổi) cần giới hạn tỷ lệ sao chép hợp lý cụ thể về nội dung của tác phẩm để nghiên cứu và học tập. Cụ thể hơn, cần xác định phần nội dung nào là trọng yếu, thể hiện sự sáng tạo của tác giả để tránh những hành vi dựa vào quy định về trường hợp ngoại lệ quyền tác giả mà sao chép tràn lan, ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của tác giả và chủ sở hữu quyền tác giả ■

<sup>22</sup> Thông tư liên tịch số 07/2012/TTLT-BTTTT-BVHTTDL của Bộ Thông tin và Truyền thông, Bộ Văn hoá, Thể thao và Du lịch ngày 19/6/2012 quy định trách nhiệm của doanh nghiệp cung cấp dịch vụ trung gian trong việc bảo hộ quyền tác giả và quyền liên quan trên môi trường mạng Internet và mạng viễn thông.

<sup>23</sup> Điểm đ Khoản 1 Điều 8 Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung Luật SHTT.

# NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁP LÝ TRONG SOẠN THẢO ĐIỀU KHOẢN SỰ KIỆN BẤT KHẢ KHÁNG VÀ ĐIỀU KHOẢN HOÀN CẢNH THAY ĐỔI CƠ BẢN TRONG BỐI CẢNH ĐẠI DỊCH COVID-19

Trần Việt Dũng\*

Khưu Hồng Linh\*\*

\*PGS.TS. Trưởng Khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

\*\*Chuyên viên pháp lý, Victory LLC

## Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** COVID-19, sự kiện bất khả kháng, miễn trách nhiệm, hợp đồng.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 17/01/2022  
Biên tập : 21/02/2022  
Duyệt bài : 22/02/2022

## Article Information:

**Keywords:** COVID-19, force majeure, changed circumstances, hardship, exempt from liabilities, contract.

## Article History:

Received : 17 Jan. 2022  
Edited : 21 Feb. 2022  
Approved : 22 Feb. 2022

## Tóm tắt:

Đại dịch COVID-19 kéo dài suốt từ đầu năm 2020 đến nay với nhiều đợt bùng phát liên tiếp dẫn đến sự đình trệ hoặc chấm dứt hoạt động sản xuất kinh doanh của nhiều doanh nghiệp. Do các tác động từ COVID-19 phát sinh nhiều tranh chấp liên quan đến việc một bên chậm trễ hoặc không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Để hạn chế trách nhiệm pháp lý phát sinh trong bối cảnh đại dịch, bên vi phạm hợp đồng có thể viện dẫn tới tình trạng bất khả kháng hoặc hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Tuy nhiên, việc vận dụng các điều khoản này cũng đòi hỏi các điều kiện nhất định và để tránh tranh cãi, các bên cần quy định về vấn đề này một cách phù hợp.

## Abstract:

The COVID-19 pandemic has lasted since the beginning of 2020 until now with several consecutive outbreaks leading to the stagnation or termination of business activities of the businesses. There is an increased number of disputes due to delay or failure of performance of the contractual obligations by one of the parties due to the COVID-19. A breaching party may invoke the provisions of force majeure or changed circumstances to limit liability arising in the context of the pandemic. However, the application of these provisions also requires certain conditions and, in particular, to avoid controversy, the parties need to specify them appropriately.

Một trong những nguyên tắc căn bản của pháp luật hợp đồng là *Pacta Sunt Servanda* – tuân thủ các thỏa thuận. Theo đó, mỗi bên trong quan hệ hợp đồng phải có nghĩa vụ thực hiện các thỏa thuận được quy định trong hợp đồng và chịu trách nhiệm pháp lý về việc không hoàn thành nghĩa vụ đã thỏa thuận liên quan. Nguyên tắc này phản ánh lẽ công bằng tự nhiên và yêu cầu về mặt kinh tế bởi nó ràng buộc các bên trong hợp đồng với lời hứa của họ, qua đó bảo vệ quyền lợi của các bên trong hợp đồng cũng như mục tiêu của hợp đồng.

Tuy nhiên, thực tế cho thấy, việc áp dụng một cách cứng nhắc nguyên tắc này có thể dẫn đến những hậu quả ngược lại với mục tiêu của nó. Bởi lẽ, trong rất nhiều trường hợp, hoàn cảnh tại thời điểm ký kết hợp đồng có thể đã hoàn toàn thay đổi dẫn đến việc thay đổi vị thế các bên trong quan hệ hợp đồng mà nếu theo lẽ thông thường, các bên có thể sẽ không thỏa thuận như trong hợp đồng hoặc sẽ không đi tới thỏa thuận của hợp đồng. Các tình huống này thường ít khi xảy ra trong các hợp đồng ngắn hạn, nhưng trong thương mại quốc tế,

nhiều hợp đồng thường dài hạn và có cấu trúc phức tạp hoặc ngay cả khi chúng không phải là những hợp đồng dài hạn thì hoàn cảnh thay đổi cũng có thể xảy đến trong một giai đoạn quan trọng của quá trình kinh doanh. Để bảo đảm lẽ công bằng, thông qua quy định về tình trạng bất khả kháng (*Force majeure*) hoặc tình trạng hoàn cảnh thay đổi cơ bản (*Hardship/ Changed circumstances*), pháp luật đã trù liệu khả năng các bên điều chỉnh quyền và nghĩa vụ hợp đồng<sup>1</sup>. Theo quy định của các điều khoản này, bên vi phạm có thể được hưởng quyền miễn trừ một phần hoặc toàn bộ trách nhiệm (đối với sự kiện bất khả kháng), hoặc yêu cầu hợp đồng phải được sửa đổi để phù hợp với hoàn cảnh hiện tại và cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên (đối với hoàn cảnh thay đổi cơ bản), bên cạnh các hệ quả theo các trường hợp miễn trừ khác tùy vào thỏa thuận giữa các bên.

Trong bối cảnh đại dịch COVID-19, các quy định giãn cách xã hội rõ ràng là một rào cản vô hình ảnh hưởng trực tiếp tới hoạt động kinh doanh thông thường của doanh nghiệp và sẽ dẫn tới những vi phạm nghĩa vụ trong thực thi hợp đồng. Nhằm bảo toàn quan hệ kinh doanh và duy trì khả năng hợp tác sau khi đại dịch chấm dứt, các bên trong hợp đồng có xu hướng tự thương lượng để đi đến các giải pháp như tạm hoãn thực hiện, chấm dứt hợp đồng, v.v. theo thỏa thuận trước tình hình nhiều biến động do đại dịch. Mặc dù vậy, vẫn có những trường hợp các bên buộc phải giải quyết tranh chấp thông qua trọng tài hoặc tòa án, do không tự thống nhất được việc xem đại dịch COVID-19 hoặc một sự kiện cụ thể có liên quan đến đại dịch có phải là một sự kiện bất khả kháng (SKBKK) hay hoàn cảnh thay đổi cơ bản (HCTĐCB) hay không.

### 1. Sự kiện bất khả kháng và các vấn đề cần lưu ý

#### 1.1. Khái niệm sự kiện bất khả kháng và điều kiện áp dụng quy định miễn trách do sự kiện bất khả kháng

Theo quy định của khoản 1 Điều 161 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS), sự kiện bất khả kháng là sự kiện xảy ra một cách khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép. Cách tiếp cận này về cơ bản là tương đồng với các định nghĩa tương đương trong Công ước Viên năm 1980 về mua bán hàng hóa quốc tế - CISG cũng như quy định của Bộ quy tắc về hợp đồng thương mại quốc tế của UNIDROIT - PICC năm 2010. Một sự kiện được coi là bất khả kháng khi đảm bảo ba thành tố sau: (i) Sự kiện xảy ra một cách khách quan, ngoài sự kiểm soát của các bên; (ii) Các bên không thể lường trước được một cách hợp lý về sự xuất hiện của sự kiện này tại thời điểm ký kết hợp đồng; và (iii) Hậu quả của sự kiện không thể khắc phục mặc dù bên vi phạm hoặc các bên đã áp dụng mọi biện pháp trong khả năng của mình<sup>2</sup>.

Về nguyên tắc chung, khi xảy ra SKBKK thì bên không thực hiện đúng hay đầy đủ, nghĩa vụ theo hợp đồng sẽ được miễn trách nhiệm, nếu các bên không có thỏa thuận khác. Cả BLDS và Luật Thương mại Việt Nam đều khẳng định nguyên tắc này<sup>3</sup>. Một khi quy định về miễn trách do SKBKK được quy định trong luật, các bên có thể không cần đưa điều khoản SKBKK vào hợp đồng. Khi có hành vi vi phạm xảy ra thì bên vi phạm vẫn có thể viện dẫn các quy định pháp luật về SKBKK để được miễn trách nhiệm pháp lý.

Quay lại với thực tiễn, câu hỏi được đặt ra là các bên có được viện dẫn đại dịch COVID-19

<sup>1</sup> “Điều kiện thay đổi cơ bản” trong một số hợp đồng được soạn thảo tại Hoa Kỳ thì điều khoản HCTĐCB được gọi là “Gross inequity clause”. Xem thêm: Harold Ullman (1988), “Enforcement of Hardship Clauses in the French and American Legal Systems”, California Western International Law Journal, Vol. 19, Issue 1.

<sup>2</sup> Trần Việt Dũng (chủ biên), *Giáo trình Luật thương mại quốc tế - Đại học Luật TP. HCM*, Nxb. Hồng Đức, 2015, tr. 110

<sup>3</sup> Khoản 2 Điều 351 Bộ luật Dân sự năm 2015, điểm b khoản 1 Điều 294 Luật Thương mại.

như một SKBKK để miễn trách nhiệm hay không? Nhiều người sẽ không ngần ngại cho rằng, COVID-19 là một sự kiện bất khả kháng, hoàn toàn ngoài tầm kiểm soát của doanh nghiệp. Nhưng, từ góc độ pháp lý, vấn đề không đơn giản như vậy. Như đã phân tích ở trên, cấu thành của SKBKK phải là một sự việc ngoài dự kiến của các bên vào thời điểm giao kết hợp đồng. Như vậy, xác định COVID-19 có phải là SKBKK đối với các bên hay không phải xem xét thời điểm giao kết hợp đồng. Nếu việc đàm phán ký kết hợp đồng diễn ra trước tháng 1/2020 thì dịch bệnh và những hệ quả của nó rõ ràng là điều không thể lường trước. Tuy nhiên, nếu vào thời điểm giữa năm 2021, sau 2 năm kể từ khi đại dịch bùng phát thì bản thân dịch bệnh sẽ không còn là một SKBKK nữa. Vào thời điểm hiện nay, các bên đều phải biết và lường trước được các điều kiện đặc thù do đại dịch COVID-19 gây ra. Nói cách khác, các bên sẽ không có cơ sở để viện dẫn đại dịch Covid là một SKBKK để được miễn trách nhiệm.

Mặc dù vậy, trong bối cảnh đại dịch kéo dài và khó lường thì các sự kiện có liên quan tới đại dịch vẫn có thể là SKBKK. Ví dụ, việc người lao động bị nhiễm virus corona, trở thành F0 khiến toàn bộ công ty bị cách ly, hoặc chính quyền địa phương ban hành các biện pháp giãn

cách, cấm di chuyển một cách đột ngột, không báo trước hoặc thời gian báo trước không đủ dài để chuẩn bị. Bên cạnh đó, hạn chế rõ ràng nhất của phương án này là các bên có thể gặp bất đồng trong việc xác định SKBKK dựa trên các tiêu chí định tính và tùy theo từng trường hợp cụ thể của dạng quy định chung này. Vấn đề gây tranh cãi dễ thấy nhất là hành vi nào sẽ có thể được miễn trách, các bên có lường trước được rủi ro xảy ra vi phạm vào thời điểm giao kết hợp đồng hay không, cần phải thực hiện những công việc gì để được miễn trách nhiệm. Ngoài ra, đối với các hợp đồng được điều chỉnh bởi luật nước ngoài không quy định về SKBKK, đặc biệt là các quốc gia theo hệ thống thông luật như pháp luật của Anh<sup>4</sup> và Singapore<sup>5</sup>. Đối với các quốc gia này, trong trường hợp các bên có tranh chấp về việc miễn trách nhiệm do ảnh hưởng của SKBKK, Tòa án sẽ áp dụng và giải thích các án lệ, bên cạnh nhiều yếu tố khác, để đưa ra phán quyết cuối cùng. Ví dụ, ở Anh, Tòa án sẽ phân tích vấn đề SKBKK dựa vào học thuyết bất khả thi (doctrine of impossibility) được hình thành từ vụ kiện *Taylor vs. Caldwell*<sup>6</sup>. Theo đó, khi hợp đồng không tuyệt đối khi có sự kiện ngoài dự tính, ngoài tầm kiểm soát và không phải do lỗi của các bên thì việc quy xét miễn trách nhiệm sẽ dựa vào nhiều tiêu chí khác nhau.

<sup>4</sup> Schwenzer, Hachem, và Kee (2012), “Global Sales and Contract Law”, Nxb.. Oxford University Press, p. 652

<sup>5</sup> Sarah Hanson (2021), Law and regulation of force majeure in Singapore, <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-force-majeure/singapore>, truy cập lần cuối ngày 04/08/2021.

<sup>6</sup> *Taylor v Caldwell*, [1863] EWHC J1 (QB), (1863) 3 B & S 826, 122 ER 309 (6 May 1863), Court of Queen’s Bench. Nội dung vụ án cơ bản như sau: Nguyên đơn (Taylor & Lewis) thuê một nhà hát của bị đơn (Caldwell & Bishop) cho 4 ngày. Một tuần trước ngày thuê đầu tiên thì nhà hát bị cháy toàn bộ. Trong hợp đồng thuê giữa hai bên không có điều khoản liên quan đến việc chuyển giao rủi ro xảy ra với cơ sở vật chất cho thuê. Nguyên đơn khởi kiện bị đơn với lý do bị đơn đã vi phạm hợp đồng khi không thể cho thuê nhà hát được. Thẩm phán Colin Blackburn đã tuyên các bên được miễn trừ trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng trên những cơ sở sau:

- (i) Việc nhà hát bị hủy hoại toàn bộ không phải là lỗi của bất kỳ bên nào và khiến việc thực hiện nghĩa vụ nghĩa đồng của mỗi bên là hoàn toàn không thể;
- (ii) Căn cứ vào diễn giải của bộ luật dân sự của Pháp, Luật La Mã về việc đối tượng của hợp đồng bị hủy hoại mà không phải là lỗi của bên bán thì các bên được miễn nghĩa vụ thực hiện hợp đồng;
- (iii) So sánh với trường hợp một hợp đồng yêu cầu một bên là cá nhân phải tự chính mình thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng, mà khi cá nhân này chết thì những người thừa kế nghĩa vụ trong hợp đồng của cá nhân này được miễn trách nhiệm.

[...]

Có thể nói rằng, việc vận dụng điều khoản SKBKK không thể cứng nhắc mà phải cân nhắc tình huống cụ thể và bảo đảm thực thi quyền lợi hợp pháp của các bên.

### 1.2. Soạn thảo điều khoản sự kiện bất khả kháng

Một khi đã quyết định đưa điều khoản SKBKK vào trong hợp đồng, vấn đề tiếp phải giải quyết là các trường hợp nào được xem là bất khả kháng. Nhìn chung, ta có ba hướng tiếp cận như sau:

*Thứ nhất*, đưa ra các tiêu chí để xác định thế nào là một SKBKK, tương tự các tiêu chí theo quy định của pháp luật với sự điều chỉnh cho phù hợp với giao dịch và bản chất của hợp đồng. Đối với các hợp đồng được điều chỉnh bởi pháp luật Việt Nam, khoản 1 Điều 156 BLDS quy định các tiêu chí của một SKBKK và các bên không thể sửa đổi. Nói cách khác, một sự kiện thỏa mãn các tiêu chí quy định tại khoản 1 Điều 156 BLDS được mặc định là SKBKK và bên vi phạm do SKBKK xảy ra được miễn trách nhiệm dân sự. Trong trường hợp này, nếu các bên có thỏa thuận hoặc loại bỏ bớt một hoặc nhiều tiêu chí quy định tại khoản 1 Điều 156 BLDS, thì bản thân bên vi phạm vẫn hoàn toàn có thể viện dẫn các tiêu chí này để chứng minh sự kiện xảy ra là SKBKK và được miễn trách nhiệm.

Đối với các hợp đồng được điều chỉnh bởi pháp luật nước ngoài, trước khi soạn thảo, cần tìm hiểu pháp luật điều chỉnh có đưa ra các tiêu chí cho SKBKK hay không, hay là có quy định về một chế định khác cho phép miễn trách nhiệm khi xảy ra một sự kiện khách quan. Trường hợp pháp luật không quy định về các tiêu chí xác định SKBKK, các bên sẽ tự đặt ra các tiêu chí của riêng mình. Chúng tôi cho rằng, các tiêu chí xác định SKBKK trong BLDS có thể được áp dụng tương tự trong các hợp đồng quốc tế. Bên cạnh đó, các bên cần lồng ghép thêm các tiêu chí theo từng giao dịch của riêng mình. Ví dụ, trong hợp đồng phân phối hàng hóa, nếu là bên sản xuất cung

ứng sản phẩm, và sản phẩm này có nguyên liệu chỉ có thể được lấy từ một nguồn duy nhất, tiêu chí xác định SKBKK cụ thể nên được đưa ra là khi giá nguyên liệu này tăng vượt một mức nhất định so với thời điểm giao kết hợp đồng, ví dụ 200%, hoặc nguồn cung cấp nguyên liệu này bị hạn chế hoặc bị cản trở.

*Thứ hai*, liệt kê cụ thể những trường hợp mà các bên xem là SKBKK. Thường những sự kiện sau sẽ được quy định trong điều kiện về SKBKK: thiên tai, hỏa hoạn, dịch bệnh, đình công, lãn công và thay đổi chính sách, biện pháp của Chính phủ, các hành vi các cơ quan công quyền, v.v.. Các bên có thể liệt kê rõ việc bùng phát đại dịch COVID-19, các quyết định hành chính về việc áp dụng biện pháp hạn chế về đi lại, kinh doanh của các cơ quan có thẩm quyền... sẽ được xem là SKBKK. Một hạn chế có thể thấy rõ của cách tiếp cận này là việc không thể liệt kê hết các SKBKK có khả năng xảy ra. Để khắc phục hạn chế này, cách tốt nhất là khẳng định danh sách liệt kê không phải là hữu hạn, nó có thể được mở rộng sang các trường hợp khác có bản chất tương tự. Trong kỹ thuật soạn thảo hợp đồng, cụm từ “bao gồm nhưng không giới hạn” thường được sử dụng để khẳng định điều này. Trong một số trường hợp, để tránh hiểu lầm các bên còn có thể ghi rõ hơn “... hoặc bất cứ sự kiện hay trường hợp nào không nằm trong tầm kiểm soát hợp lý của bên chịu ảnh hưởng, bất kể có tương tự hay không với các sự kiện, trường hợp được nêu trước đó”.

*Thứ ba*, hướng tiếp cận này là kết hợp cả hai hướng tiếp cận trên. Cụ thể, đầu tiên các bên sẽ nêu tiêu chí xác định và sau đó sẽ liệt kê các trường hợp cụ thể. Tùy thuộc vào bản chất của giao dịch giữa các bên, tính chất phức tạp của hợp đồng, khả năng xảy ra SKBKK, v.v.. mà các bên lựa chọn hướng tiếp cận phù hợp. Đánh giá một cách tổng thể thì hướng tiếp cận thứ ba là tối ưu nhất, vì nó khắc phục được tính thiếu cụ thể của hướng tiếp cận thứ nhất và sự giới hạn trong việc liệt kê của hướng tiếp cận thứ hai. Bên cạnh đó, hạn chế của hướng



tiếp cận này là do tính phức tạp cao hơn nên đòi hỏi người soạn thảo hợp đồng phải có kiến thức về pháp luật và kinh nghiệm kinh doanh.

Để nắm rõ hơn về điều khoản SKBKK, các bên còn có thể tham khảo các điều khoản mẫu do các tổ chức quốc tế ban hành, ví dụ: Điều khoản mẫu về SKBKK do Phòng Thương mại và Công nghiệp Quốc tế (ICC) ban hành năm 2020,<sup>7</sup> Điều 19 của các “Sách Đỏ”, “Sách Vàng”, “Sách Bạc” của Hiệp hội Quốc tế các kỹ sư tư vấn quốc tế (FIDIC),<sup>8</sup> v.v..

Vấn đề tiếp theo cần lưu ý là quy định về phạm vi miễn trách nhiệm cho bên vi phạm. Đây là điều quan trọng nhất và không thể thiếu trong mỗi điều khoản SKBKK trong hợp đồng. Đầu tiên, về vấn đề miễn trách nhiệm, bên đàm phán hợp đồng có thể quy định bên vi phạm do SKBKK có thể được (hoặc không được) miễn trừ một hoặc nhiều chế tài được quy định trong luật hay hợp đồng. Trách nhiệm mà bên này được miễn có thể bao gồm bồi thường thiệt hại, phạt vi phạm, trả lãi chậm trả, nghĩa vụ thực hiện hợp đồng, hoặc các trách nhiệm khác mà các bên thỏa thuận. Hoặc bên vi phạm chỉ được miễn trừ một phần (ví dụ: 50%) tổng giá trị nghĩa vụ bồi thường thiệt hại<sup>9</sup>. Ngoài ra, các bên còn có thể đưa thêm các quy định về những công việc mà bên vi phạm phải thực hiện để được hưởng miễn trách nhiệm. Đối với các nghĩa vụ mà bên vi phạm phải thực hiện để được miễn trách nhiệm, trong một số trường hợp, hợp đồng sẽ quy định bên vi phạm phải thông báo cho (các) bên còn lại được biết trong

một thời hạn hợp lý. Ở đây, cần phải hiểu là nghĩa vụ chứng minh SKBKK thuộc về bên vi phạm, vì vậy việc thông báo phải đi kèm với các minh chứng rõ ràng về sự việc chứ không chỉ đơn thuần là thông báo. Ví dụ, nếu doanh nghiệp bị chậm trễ trong việc giao hàng cho đối tác nước ngoài vì các biện pháp phòng chống dịch COVID-19 thì sẽ cần phải gửi cho đối tác các thông tin từ nguồn thông tin đại chúng và bản sao văn bản hành chính của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Bên cạnh đó, các bên còn có thể đưa thêm quy định về việc bên vi phạm phải chứng minh cho bên còn lại rằng mình không hề có lỗi trong việc gây ra SKBKK, đồng thời đã áp dụng các biện pháp cần thiết trong khả năng của mình để giảm thiểu thiệt hại nhưng vẫn không ngăn chặn được. Vấn đề chứng minh yếu tố “lỗi” trong việc gây ra SKBKK cũng như ngăn chặn thiệt hại gây ra bởi SKBKK là đặc biệt quan trọng đối với các nước theo hệ thống Dân luật (Civil Law) như Việt Nam. Trong khi đó, theo hệ thống Thông luật (Common Law) thì không cần chứng minh yếu tố này<sup>10</sup>.

Cuối cùng, một giải pháp để giải quyết hậu quả do SKBKK gây ra cũng là điều các bên cần cân nhắc là có nên cho phép hợp đồng chấm dứt hiệu lực nếu SKBKK kéo dài liên tục trong một thời gian nhất định, khiến cho việc tìm kiếm lợi nhuận từ giao dịch giữa hai bên bị triệt tiêu hoặc gần như là không còn nữa. Việc chấm dứt hợp đồng do một sự kiện mặc dù gây thiệt hại nhưng lại tạo điều kiện cho một giao

<sup>7</sup> International Chamber of Commerce (2020), “ICC Force Majeure and Hardship Clauses”, <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>, truy cập lần cuối ngày 04/08/2021.

<sup>8</sup> Sách Đỏ, Sách Vàng, Sách Bạc là các hợp đồng mẫu trong lĩnh vực xây dựng do FIDIC ban hành nhằm hỗ trợ các chủ thể kinh doanh xử lý các vấn đề hợp đồng.

<sup>9</sup> Khoản 2 Điều 351 BLDS quy định: “Bên có nghĩa vụ không thực hiện đúng nghĩa vụ do sự kiện bất khả kháng thì không phải chịu trách nhiệm dân sự, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”. Do đó, các thỏa thuận không được miễn trách nhiệm khi xảy ra SKBKK hoặc chỉ được miễn một phần trách nhiệm là hoàn toàn được phép.

<sup>10</sup> Điều 74 của CISG khi đề cập tới trách nhiệm bồi thường thiệt hại quy định bên vi phạm hợp đồng phải bồi thường cho bên bị vi phạm, không cần tính tới yếu tố lỗi. Trần Thị Thuận Giang, *Điều khoản miễn trách do hành vi giao hàng không phù hợp theo Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế*, Tạp chí Khoa học Pháp lý Việt Nam, Số 1(110), 2017, tr. 68-73.

dịch mới trong tương lai. Trong một số trường hợp, để hạn chế thiệt hại cho bên có quyền lợi bị ảnh hưởng, các bên có thể thỏa thuận về việc bên vi phạm có nghĩa vụ giới thiệu một bên thứ ba có khả năng thay thế bên vi phạm.

### 3. Trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản và các vấn đề cần lưu ý

HCTĐCB là trường hợp những điều kiện khách quan, môi trường kinh tế-chính trị thay đổi tới mức gây ảnh hưởng đặc biệt xấu đến quyền lợi của một bên, làm mất đi cân bằng kinh tế hợp đồng, làm cho việc thực hiện hợp đồng trở nên khó khăn và tốn kém. Trong trường hợp này, để bảo đảm sự cân bằng về lợi ích, các bên có thể quyết định đổi điều kiện thực hiện hợp đồng hoặc chấm dứt hợp đồng.

Tại Việt Nam, so với SKBKK, trường hợp HCTĐCB ít được chú ý hơn và không được quy định rõ ràng như một điều khoản trong hợp đồng. Vấn đề HCTĐCB cũng chỉ mới được đưa vào BLDS và được quan tâm nhiều hơn khi đại dịch COVID-19 xảy ra. Một số doanh nghiệp đã vận dụng quy định này để bảo vệ quyền lợi của mình. Ví dụ, Công ty TNHH CJ CGV Việt Nam (CGV), hoạt động trong lĩnh vực chiếu phim, khởi kiện Công ty cổ phần Quốc tế truyền thông (IMC) sau khi các bên không thỏa thuận được việc giảm giá thuê mặt bằng<sup>11</sup>.

Về bản chất, SKBKK và HCTĐCB đều là những sự kiện khách quan mà các bên không thể lường trước được tại thời điểm giao kết hợp đồng và bên chịu ảnh hưởng đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết mà vẫn không thể ngăn chặn hoặc giảm thiểu thiệt hại. Tuy nhiên, về cách tiếp cận giải quyết vấn đề thì khác nhau. Điều khoản SKBKK sẽ làm cho một bên không thể thực hiện đúng và đầy đủ nghĩa vụ trong hợp đồng, còn đối với HCTĐCB thì bên chịu ảnh hưởng vẫn còn khả năng tiếp tục thực hiện hợp đồng, nhưng sẽ gây gánh nặng tài chính

hoặc thiệt hại nghiêm trọng về mặt chi phí cho bên này, hay làm giảm một cách đáng kể giá trị, lợi ích của nghĩa vụ mà bên còn lại được nhận<sup>12</sup>. Về hậu quả pháp lý, SKBKK thường gắn liền với việc chấm dứt hiệu lực hợp đồng hoặc tạm hoãn thực hiện nghĩa vụ, trong khi đó HCTĐCB yêu cầu các bên tiến hành sửa đổi các điều khoản trong hợp đồng theo hướng cân bằng lại lợi ích giữa các bên để phù hợp với hoàn cảnh hiện tại.

Ví dụ sau cho thấy điểm khác biệt giữa SKBKK và HCTĐCB: Bên A, một công ty thuê lại quyền sử dụng đất trong khu công nghiệp X, gửi công văn cho bên B, công ty quản lý hạ tầng của khu công nghiệp X, để yêu cầu được miễn 06 tháng chi phí thuê với lý do nhà xưởng của công ty này bị cháy toàn bộ và đã có kết luận của cơ quan cảnh sát điều tra về nguyên nhân gây cháy là chập mạch điện và không phải do cố ý gây ra. Đồng thời, trong hợp đồng thuê lại quyền sử dụng đất có ghi nhận sự kiện “Cháy nổ” là một sự kiện bất khả kháng. Ở đây, Bên A có sự nhầm lẫn trong việc áp dụng Điều khoản SKBKK trong hợp đồng. Đối tượng của hợp đồng thuê lại quyền sử dụng đất đã ký giữa các bên là quyền sử dụng đất, chứ không phải thuê nhà xưởng hay công trình trên đất. Do đó, không thể áp dụng điều khoản SKBKK trong hợp đồng với việc cháy nhà xưởng. Đồng thời, việc nhà xưởng bị cháy không làm cản trở việc sử dụng khu đất của bên thuê lại mà chỉ gây khó khăn cho hoạt động kinh doanh của bên thuê lại và bản thân bên A vẫn có khả năng thanh toán chi phí thuê, nên đây về bản chất chỉ nên được xem là một HCTĐCB.

Tương tự như SKBKK, đối với hợp đồng chịu sự điều chỉnh của pháp luật Việt Nam thì một bên hoàn toàn có thể căn cứ vào các quy định của pháp luật sẵn có về HCTĐCB, yêu cầu

<sup>11</sup> Tuyết Mai, Mi Ly (2021), “Lại thêm ‘chủ nhà’ bị CGV kiện ra tòa đòi đơn phương chấm dứt hợp đồng mà không bồi thường”, <https://tuoitre.vn/lai-them-chu-nha-bi-cgv-kiem-ra-toa-doi-don-phuong-cham-dut-hop-dong-ma-khong-boi-thuong-20210507174451205.htm>, truy cập lần cuối ngày 04/08/2021.

<sup>12</sup> Art. 6.2(2), UNIDROIT Principles 2016, p. 219.

sửa đổi hợp đồng theo hướng cân bằng lại lợi ích giữa các bên. Hạn chế của cách tiếp cận này là các bên sẽ có thể mất thời gian tranh luận để xác định hoàn cảnh mà bên chịu ảnh hưởng đưa ra có ảnh hưởng đáng kể hay không, và việc sửa đổi hợp đồng sẽ không theo nguyên tắc nào mà chủ yếu dựa vào thiện chí giữa các bên. Bên có quyền trong hợp đồng có khả năng sẽ chỉ đàm phán một cách chiếu lệ vì thiếu đi động lực để sửa đổi hợp đồng, trong khi bên chịu ảnh hưởng vẫn phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của mình cho đến khi hợp đồng được sửa đổi hoặc chấm dứt theo thoả thuận<sup>13</sup>. Điều đáng lưu ý là, nếu các bên đàm phán không thành, bên bị ảnh hưởng bởi HCTĐCB chỉ có thể khởi kiện ra tòa án hoặc trọng tài. Trong trường hợp này, thẩm phán/ trọng tài viên sẽ chỉ ra quyết định yêu cầu sửa đổi hợp đồng nếu xét thấy việc chấm dứt hợp đồng sẽ gây thiệt hại lớn hơn so với các chi phí để thực hiện hợp đồng nếu được sửa đổi<sup>14</sup>. Tuy nhiên, trong quá trình diễn ra thủ tục giải quyết tranh chấp, các bên vẫn phải tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ của mình.

Đối với các hợp đồng quốc tế, phía Việt Nam cần chú ý việc liệu pháp luật điều chỉnh hợp đồng mà các bên chọn có quy định về HCTĐCB hay không. Trường hợp pháp luật không điều chỉnh thì việc áp dụng chế định HCTĐVB sẽ hoàn toàn phụ thuộc vào thoả thuận giữa các bên trong hợp đồng. Các bên tham gia đàm phán hợp đồng thương mại quốc tế có thể tham khảo là điều khoản mẫu về HCTĐCB do ICC ban hành năm 2020<sup>15</sup>.

Khác với SKBKK, các trường hợp được xem là HCTĐCB rất khó có thể liệt kê một cách chi tiết và cụ thể tại thời điểm soạn thảo hợp đồng. Do đó, hướng tiếp cận phù hợp nên được áp dụng là đưa ra các tiêu chí xác định

trường hợp nào là HCTĐCB. Thông thường, các tiêu chí xác định HCTĐCB bao gồm tiêu chí xác định khái quát và tiêu chí xác định cụ thể. Ví dụ về tiêu chí xác định khái quát: các hoàn cảnh, sự kiện xảy ra sau khi giao kết hợp đồng mà khiến việc một bên hoặc các bên tiếp tục thực hiện hợp đồng sẽ gây thiệt hại đáng kể đến quyền lợi của bên có nghĩa vụ hoặc khiến lợi ích nhận mà bên có quyền nhận được bị giảm xuống gần như không đáng kể. Đối với tiêu chí xác định cụ thể, tùy thuộc nội dung của từng loại hợp đồng, đặc điểm của từng ngành nghề, lĩnh vực mà ta có thể đưa thêm các tiêu chí cụ thể hơn. Các tiêu chí cụ thể nên được ưu tiên mang yếu tố định lượng hơn để dễ dàng cho các bên trong việc xác định. Ví dụ, trong hợp đồng phân phối hàng hóa, nhà cung cấp và nhà phân phối có thể thoả thuận: *“Trong quá trình thực hiện hợp đồng, việc giá nguyên vật liệu tăng 150% so với giá trị tại thời điểm giao kết sẽ là căn cứ để các bên tiến hành đàm phán sửa đổi giá bán hàng hóa”*.

Bên đàm phán hợp đồng cũng cần lưu ý các tiêu chí sửa đổi hợp đồng cụ thể sẽ phải căn cứ vào các tiêu chí xác định HCTĐCB. Tiếp tục ví dụ về hợp đồng phân phối hàng hóa nêu trên, các bên có thể ghi nhận: giá bán hàng hóa sau thoả thuận sửa đổi giữa các bên sẽ phải bằng hoặc cao hơn 150% giá trị bán hàng hóa cũ. Ngoài ra, thời gian tiến hành đàm phán và thời gian phải hoàn thành việc sửa đổi hợp đồng cũng cần phải được đưa vào. Nếu trong các khoảng thời gian này mà các bên không tiến hành đàm phán hoặc sửa đổi hợp đồng thì một trong các bên có quyền: (i) Đình chỉ hợp đồng, hoặc (ii) Yêu cầu tòa án/ trọng tài sửa đổi hợp đồng theo hướng có lợi cho các bên ■

<sup>13</sup> Nguyễn Quốc Bảo (2021), “Điều khoản ‘hoàn cảnh thay đổi cơ bản’: Đã đến lúc cần phải đưa vào là một điều khoản mặc định trong hợp đồng (phần 2)”, <https://kienthucphaply.com/dieu-khoan-hoan-canh-thay-doi-co-ban-da-den-luc-can-phai-dua-va-la-mot-dieu-khoan-mac-dinh-trong-hop-dong-phan-2/>, truy cập lần cuối ngày 04/08/2021.

<sup>14</sup> Điểm b khoản 2 Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>15</sup> International Chamber of Commerce (2020), “ICC Force Majeure and Hardship Clauses”, <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>, truy cập lần cuối ngày 04/08/2021.

# HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ XÁC ĐỊNH VỐN ĐIỀU LỆ CỦA CÔNG TY CỔ PHẦN TẠI THỜI ĐIỂM THÀNH LẬP

Trần Huỳnh Thanh Nghị

TS. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh

## Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Vốn điều lệ, công ty cổ phần, pháp luật về doanh nghiệp.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/01/2022  
Biên tập : 16/02/2022  
Duyệt bài : 17/02/2022

## Article Infomation:

**Keywords:** Charter capital; joint stock company; legal regulations on enterprise.

## Article History:

Received : 20 Jan. 2022  
Edited : 16 Feb. 2022  
Approved : 17 Feb. 2022

## Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích việc xác định vốn điều lệ của công ty cổ phần tại thời điểm thành lập theo quy định của pháp luật doanh nghiệp Việt Nam, có liên hệ với pháp luật doanh nghiệp một số quốc gia trên thế giới. Việc cho phép cổ đông có thời hạn 90 ngày để góp đủ vốn vào vốn điều lệ của công ty cổ phần đã dẫn đến hệ quả vốn điều lệ của công ty cổ phần có thể “ảo” trong thời hạn nêu trên, gây khó cho quản lý nhà nước về sau. Ngoài ra, mức phạt hành chính đối với vi phạm trên vẫn còn quá thấp là những hạn chế cơ bản của pháp luật doanh nghiệp Việt Nam. Để khắc phục hạn chế trên, thì việc bãi bỏ quy định thời hạn góp vốn 90 ngày trong Luật Doanh nghiệp năm 2020, đồng thời thu lệ phí đăng ký doanh nghiệp trên vốn điều lệ của công ty cổ phần khi đăng ký kinh doanh cũng như nâng mức phạt tiền đối với hành vi đăng ký vốn doanh nghiệp không trung thực khi thành lập là cần thiết.

## Abstract:

Under this article, the author provides an analysis of the determination of the charter capital of a joint-stock company at the time of establishment in accordance with the provisions of Vietnamese enterprise law, which is related to the law on enterprise in a number of countries. Currently, it is allowed by the enterprise law, the shareholders fulfill their capital contribution into charter capital within 90 days from registration date. As a result, those regulations causes the “virtual capital” and creates hurdle to the government for management of the economy in reality. Therefore, the administrative penalty on the violation is still so low. All of these existence expose the legal aperture in Vietnam. To overcome the above shortcomings, the abolition of the 90-day period of capital contribution in the Law on Enterprise of 2020, and the collection of business registration fees on the charter capital of joint-stock companies upon business registration, is also required such as raising the fine in money for the act of dishonestly registering enterprise capital upon establishment is necessary.

## 1. Các quy định của pháp luật doanh nghiệp Việt Nam về xác định vốn điều lệ của công ty cổ phần tại thời điểm thành lập qua các thời kỳ lịch sử

Ở Miền Nam Việt Nam, trước thời điểm năm 1975, mô hình công ty cổ phần đã được hình thành và phát triển mạnh mẽ và được luật hoá tại Bộ luật Thương mại Sài Gòn năm 1972

với tên gọi là Hội cổ phần (công ty cổ phần). Theo đó, *Hội cổ phần chỉ được thành lập sau khi vốn hội đã được ký thuận mua đủ số và những người ký thuận mua cổ phần đã đóng bằng tiền mặt ít nhất 1/4 giá gạch cổ phần mà họ muốn mua. Thời hạn phải đóng đủ chậm nhất là 5 năm, kể từ ngày Hội được thành lập hẳn. Những phần hùn bằng hiện vật phải*



đóng đủ ngay khi thành lập<sup>1</sup>. Đồng thời, sáng lập viên phải đem ký thác những số tiền đóng của các hội viên vào quỹ cung thác hay một trương mục đặc biệt mở ở một ngân hàng với danh sách những người đã ký thỏa thuận mua cổ phần và số tiền mà mỗi người đã đóng. Hội chỉ có thể lấy số tiền này ra sau khi hội đã được chính thức thành lập<sup>2</sup>.

Sau năm 1975, Luật Công ty năm 1990 và Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990 - những văn bản luật đầu tiên của thời kỳ mở cửa kinh tế đã được ban hành. Khoản 4 Điều 3 Luật Công ty năm 1990 lần đầu tiên định nghĩa vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) và công ty cổ phần (CTCP) là số vốn do các thành viên đóng góp và được ghi vào Điều lệ công ty. Các sáng lập viên phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% số cổ phiếu dự tính phát hành của công ty. Trong trường hợp các sáng lập viên không đăng ký mua tất cả cổ phiếu công ty, thì họ phải công khai gọi vốn từ những người khác<sup>3</sup>. Ngoài ra, Điều 9 Luật Công ty năm 1990 cũng xác định yêu cầu *nếu thành viên CTCP góp vốn bằng hiện vật hoặc bản quyền sở hữu công nghiệp thì phải được Đại hội đồng thành lập xem xét, chấp thuận, định giá và được ghi vào Điều lệ công ty; phần vốn góp này phải được nộp đủ ngay khi công ty chính thức thành lập. Các sáng lập viên phải gửi tất cả số tiền đóng góp của người đăng ký mua cổ phiếu vào tài khoản phong tỏa tại một ngân hàng ở trong nước. Số tiền gửi chỉ được lấy ra khi công ty đã được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh hoặc sau một năm, kể từ ngày được cấp giấy phép thành lập mà công ty không thành lập được.* Có thể nói, những quy định trên của Luật Công ty năm 1990, đặc biệt là yêu cầu các sáng lập viên của CTCP phải đăng ký mua ít nhất 20% số cổ phiếu dự tính phát hành của công ty đã đặt nền móng ban đầu cho việc xác định vốn điều lệ của CTCP tại các văn bản luật doanh nghiệp về sau.

Sau đó, Luật Doanh nghiệp năm 1999 ra đời, thay thế cho Luật công ty năm 1990 và Luật doanh nghiệp tư nhân năm 1990. Khoản 6 Điều 3 Luật Doanh nghiệp năm 1999 định nghĩa, *vốn điều lệ là số vốn do tất cả thành viên góp và được ghi vào Điều lệ công ty.* Tuy nhiên, Luật Doanh nghiệp năm 1999 và các văn bản hướng dẫn thi hành luật như Nghị định 03/2000/NĐ-CP, Nghị định 125/2004/NĐ-CP không quy định cụ thể về việc xác định vốn điều lệ của CTCP là dựa trên số cổ phần đã phát hành hay cổ phần được quyền phát hành. Do đó, trong giai đoạn từ năm 2000 – đến giữa năm 2006, vốn điều lệ của CTCP được hiểu tính trên số lượng cổ phần được quyền phát hành, chứ không phải là số cổ phần thực phát hành thành công. Cũng trong giai đoạn này, *các cổ đông sáng lập trong 03 năm đầu, kể từ ngày công ty được cấp giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh phải cùng nhau nắm giữ ít nhất 20% số cổ phần phổ thông được quyền chào bán.*<sup>4</sup> Song, Luật Doanh nghiệp năm 1999 lại không quy định thời hạn thanh toán cho số cổ phần mà cổ đông sáng lập nắm giữ theo tỷ lệ 20% nêu trên. Vì vậy, việc xác định vốn điều lệ của CTCP tại thời điểm thành lập trong giai đoạn này là chưa nhất quán, do nhiều cách hiểu khác nhau.

Khắc phục hạn chế trên của Luật Doanh nghiệp năm 1999, Luật Doanh nghiệp năm 2005 xác định cụ thể hơn về vốn điều lệ. Khoản 6 Điều 3 Luật Luật Doanh nghiệp năm 2005 định nghĩa, *vốn điều lệ của các loại hình công ty, trong đó có CTCP là số vốn do các thành viên, cổ đông góp hoặc cam kết góp trong một thời hạn nhất định và được ghi vào Điều lệ công ty.* Và các cổ đông sáng lập phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% tổng số cổ phần phổ thông được quyền chào bán và phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký

<sup>1</sup> Xem: Điều 238 Bộ luật Thương mại Sài Gòn năm 1972, Nxb. Thành Chung, 1973.

<sup>2</sup> Xem: Điều 241 Bộ luật Thương mại Sài Gòn năm 1972, Nxb. Thành Chung, 1973.

<sup>3</sup> Xem: Khoản 1 Điều 32 Luật Công ty năm 1990.

<sup>4</sup> Xem: Điều 58 Luật Doanh nghiệp năm 1999.



kinh doanh<sup>5</sup>. Khoản 4 Điều 6 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP ngày 01/10/2010 về Hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp năm 2005 (Nghị định số 102) cụ thể hóa khái niệm vốn điều lệ của CTCP. Theo đó, vốn điều lệ của CTCP là *tổng giá trị mệnh giá số cổ phần đã phát hành*. Số cổ phần đã phát hành là số cổ phần mà các cổ đông đã thanh toán đủ cho công ty. Tại thời điểm thành lập, vốn điều lệ của CTCP là tổng giá trị mệnh giá các cổ phần do các cổ đông sáng lập và các cổ đông phổ thông khác đã đăng ký mua và được ghi trong Điều lệ công ty; số cổ phần này phải được thanh toán đủ trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Còn cổ phần được quyền phát hành là số cổ phần mà Đại hội đồng cổ đông quyết định sẽ phát hành để huy động thêm vốn.<sup>6</sup> Cổ phần này không được tính vào vốn điều lệ của CTCP.

Như vậy, kể từ ngày 15/11/2010, ngày Nghị định số 102 có hiệu lực, vốn điều lệ của CTCP chính thức được xác định dựa trên tổng số cổ phần đã phát hành thành công của công ty, còn những cổ phần được quyền phát hành nhưng chưa được nhà đầu tư đăng ký mua thanh toán đủ tiền thì không được tính vào vốn điều lệ của CTCP. Còn tại thời điểm thành lập CTCP thì vốn điều lệ của CTCP được xác định dựa trên số cổ phần mà cổ đông sáng lập và cổ đông khác đăng ký mua và thanh toán tiền trong 90 ngày. Sau thời hạn 90 ngày này thì vốn điều lệ của CTCP có thể được điều chỉnh giảm nếu cổ đông sáng lập và cổ đông khác vi phạm nghĩa vụ thanh toán tiền mua cổ phần.

Các văn bản Luật Doanh nghiệp năm 2014, Luật Doanh nghiệp năm 2020 đã tiếp tục kế thừa quy định về vốn điều lệ của CTCP tại Nghị định số 102/2010/NĐ-CP.

### **2. Quy định của pháp luật doanh nghiệp tại một số quốc gia về xác định vốn điều lệ của công ty cổ phần tại thời điểm thành lập**

Trong điều kiện kinh tế thị trường, CTCP là loại hình doanh nghiệp được các quốc gia ưu tiên phát triển cho nên việc góp vốn của nhà đầu tư vào công ty này có ý nghĩa quan trọng đối với nền kinh tế. Bởi lẽ, cổ phần của CTCP biểu hiện cho sự đầu tư của cổ đông vào công ty<sup>7</sup>. Và khi nhà đầu tư bỏ vốn dưới dạng thức trách nhiệm tài sản hữu hạn của CTCP cũng với mục đích nhằm bảo vệ tài sản cá nhân của nhà đầu tư trong trường hợp các quyết định kinh doanh sai lầm có thể gây các tổn thất kinh tế cho họ<sup>8</sup>. Hơn nữa, CTCP là hình thức huy động vốn trên quy mô lớn hiệu quả nhất<sup>9</sup>. Phát hành cổ phiếu để huy động vốn trong công chúng là ưu điểm nổi bật của CTCP đồng thời khối lượng cổ phiếu lưu hành đó phản ánh vốn điều lệ của công ty cổ phần trong nền kinh tế. Vì vậy, việc luật hóa vốn điều lệ và việc góp vốn của nhà đầu tư vào vốn điều lệ của CTCP tại thời điểm thành lập thường được pháp luật doanh nghiệp các quốc gia quy định dưới các góc độ khác nhau.

Tại Nhật Bản, theo quy định của Luật Công ty năm 2005 thì các cổ đông sáng lập phải góp đủ vốn vào vốn điều lệ mà họ đã đăng ký mua tương ứng với số cổ phần được phát hành tại thời điểm thành lập CTCP. Họ không được trì hoãn việc thực hiện nghĩa vụ này<sup>10</sup>. Luật Công

<sup>5</sup> Xem: Khoản 1 Điều 84 Luật Doanh nghiệp năm 2005.

<sup>6</sup> Xem: Khoản 4 và Khoản 5 Điều 6 Nghị định 102/2010/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 01/10/2010 về Hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp năm 2005.

<sup>7</sup> Xem: Stephen Griffin : “*Company Law : Fundamental Principles*, 4<sup>th</sup> edition, 2006, Publisher : Pearson Longman, p.156.

<sup>8</sup> Xem: John M.B. Balouziyeh: *A Legal Guide to United States Business Organizations : The Law of Partnerships, Corporations, and Limited Liability Companies*, edition 2<sup>nd</sup>, Publisher : Springer, 2013, p. 47.

<sup>9</sup> Xem : Ts. Đoàn Duy Khương (chủ biên) : *Sự phát triển của cộng đồng doanh nghiệp Việt Nam sau khi gia nhập WTO*”, Sách tham khảo, Nxb. Chính trị Quốc gia, 2013, tr. 66.

<sup>10</sup> Xem: Điều 34 Luật Công ty Nhật Bản ban hành ngày 26/07/2005, có thể truy cập tại địa chỉ <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2035&vm=02&re=02>.

ty năm 2005 không giới hạn việc các cổ đông sáng lập phải đăng ký mua tối thiểu bao nhiêu cổ phần tại thời điểm thành lập công ty. Tuy nhiên, trong trường hợp có cổ đông sáng lập không hoàn thành việc góp đủ vốn thì các cổ đông sáng lập còn lại sẽ ấn định một thời hạn và thông báo cho cổ đông sáng lập vi phạm góp vốn theo thời hạn ấn định đó. Nếu cổ đông sáng lập lại vi phạm không góp đủ vốn theo thời hạn ấn định đó thì họ mất quyền trở thành cổ đông của công ty<sup>11</sup>.

Tại Trung Quốc, theo quy định của Luật Công ty năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2018 thì vốn điều lệ của công ty cổ phần do các cổ đông sáng lập tham gia thành lập công ty được xác định tại thời điểm thành lập là tổng số cổ phần mà cổ đông sáng lập đăng ký mua. Còn đối với các CTCP được thành lập theo hình thức phát hành cổ phần thì các cổ đông sáng lập phải đăng ký mua ít nhất là 35% tổng số lượng cổ phần của công ty. Luật Công ty Trung Quốc không quy định thời hạn thanh toán của cổ đông sáng lập mà thời hạn thanh toán này sẽ do thỏa thuận giữa các cổ đông hoặc do Điều lệ công ty quy định. Trường hợp, nếu cổ đông sáng lập vi phạm việc góp vốn thì họ sẽ chịu trách nhiệm cho vi phạm trên phụ thuộc vào thỏa thuận cổ đông<sup>12</sup>.

Tại Đức, theo quy định của Luật Công ty cổ phần năm 1965, các cổ đông khi góp vốn mua cổ phần vào vốn điều lệ của CTCP có thể góp bằng tiền mặt hoặc góp bằng hiện vật. Luật Công ty Đức không ràng buộc nghĩa vụ của

cổ đông sáng lập phải đăng ký mua tối thiểu bao nhiêu % số lượng cổ phần của CTCP tại thời điểm thành lập, mà điều này phụ thuộc vào thỏa thuận giữa các cổ đông. Tuy nhiên, trong chứng thư thành lập các CTCP thì phải ghi rõ khối lượng cổ phần đã được thanh toán<sup>13</sup>. Thỏa thuận cổ đông được xem như một hợp đồng giữa công ty và cổ đông tương lai của công ty. Nếu những người góp vốn không thanh toán đủ tiền mua cổ phần theo thỏa thuận trong hợp đồng này thì công ty có thể thực hiện các hành động pháp lý chống lại họ<sup>14</sup>.

Tại Anh Quốc, Luật Công ty năm 2006 không quy định cụ thể số sở phần mà các cổ đông của CTCP phải nắm giữ khi thành lập công ty cũng như không luật hóa việc thanh toán cổ phần của các cổ đông này như thế nào. Tất cả các vấn đề liên quan đến góp vốn mua cổ phần của cổ đông đều được các cổ đông thỏa thuận và ghi vào điều lệ công ty nhưng phải được thông báo cho cơ quan đăng ký kinh doanh<sup>15</sup>.

Tại tiểu bang New York (Hoa Kỳ) theo quy định của Luật Công ty thương mại năm 2016 thì việc góp của các cổ đông vào vốn điều lệ của CTCP tại thời điểm thành lập có thể được thực hiện trước hoặc sau sau thời điểm thành lập công ty nhưng họ phải thanh toán đủ tiền mua cổ phần vào các thời điểm đó, trừ khi những người góp vốn có thỏa thuận khác bằng văn bản<sup>16</sup>.

Còn tại Tây Ban Nha, theo quy định tại Luật Doanh nghiệp Công ty năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2013), khi thành lập CTCP các cổ đông phải mua được ít nhất 25% giá trị cổ

<sup>11</sup> Xem: Điều 36 Luật Công ty Nhật Bản ban hành ngày 27/06/2005, có thể truy cập tại địa chỉ : <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2035&vm=02&re=02>.

<sup>12</sup> Xem: Điều 80, Điều 83, Điều 84 Luật Công ty Trung Quốc năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2013, 2018). Có thể truy cập tại địa chỉ, [http://subsites.chinadaily.com.cn/InvestinChina/2018-05/31/c\\_231571.htm](http://subsites.chinadaily.com.cn/InvestinChina/2018-05/31/c_231571.htm).

<sup>13</sup> Xem: Section 23, section 27 Luật Công ty cổ phần CHLB Đức 1965, sửa đổi gần nhất là ngày 27/07/2017, có thể truy cập tại địa chỉ [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_aktg/englisch\\_aktg.html#p0013StockCorporationAct](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_aktg/englisch_aktg.html#p0013StockCorporationAct).

<sup>14</sup> Xem: Angela Schneeman : "The Law of corporations and other business organizations", 5<sup>th</sup> edition, Delmar Cengage Learning, 2010, trang 290.

<sup>15</sup> Xem: Section 10 Luật Công ty năm 2006 của Anh. Có thể truy cập tại địa chỉ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/10>.

<sup>16</sup> Xem: Điều 503 Luật Công ty thương mại New York (Hoa Kỳ) năm 2016, có thể truy cập tại địa chỉ : [https://newyork.public.law/laws/n.y.\\_business\\_corporation\\_law\\_section\\_503](https://newyork.public.law/laws/n.y._business_corporation_law_section_503).

phần phát hành, việc thanh toán tiền mua cổ phần của cổ đông sẽ thực hiện qua tài khoản ngân hàng mang tên công ty. Luật Công ty Tây Ban Nha không quy định thời hạn cụ thể cho các cổ đông thanh toán tiền mua cổ phần. Tuy nhiên, trong vòng 1 tháng kể từ khi hết hạn góp vốn mua cổ phần thì các cổ đông sáng lập phải chốt được danh sách cổ đông đã góp vốn mua cổ phần với các nội dung chính như giá trị cổ phần, loại cổ phần, khối lượng cổ phần được sở hữu bởi các cổ đông trước khi công chứng thành lập doanh nghiệp<sup>17</sup>.

### 3. Quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2020 về vốn điều lệ của công ty cổ phần

Hiện nay, theo quy định của khoản 34 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2020, vốn điều lệ của CTCP là *tổng mệnh giá cổ phần đã bán hoặc được đăng ký mua khi thành lập công ty cổ phần*. Đồng thời, khoản 1 Điều 112 Luật Doanh nghiệp năm 2020 cũng xác định *vốn điều lệ của CTCP là tổng mệnh giá cổ phần các loại đã bán. Vốn điều lệ của CTCP khi đăng ký thành lập doanh nghiệp là tổng mệnh giá cổ phần các loại đã được đăng ký mua và được ghi trong Điều lệ công ty*. Các cổ đông phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua trong thời hạn 90 ngày kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, trừ trường hợp Điều lệ công ty hoặc hợp đồng đăng ký mua cổ phần quy định một thời hạn khác ngắn hơn<sup>18</sup>. Quy định trên của Luật Doanh nghiệp năm 2020 đã tạo sự thuận lợi cho nhà đầu tư khi góp vốn mua cổ phần tại CTCP. Bởi lẽ, với thời hạn 90 ngày linh hoạt trong thanh toán tiền mua cổ phần sẽ giúp cho nhà đầu tư có thể thu xếp tài chính để tham gia công ty với mức góp vốn cao nhất có thể, thay vì chỉ góp trọn góp một lần tại thời điểm thành lập thì cứng nhắc, gây khó cho họ. Tuy nhiên, thực tiễn thực hành

Luật Doanh nghiệp năm 2020 cho thấy quy định của Luật về vốn điều lệ của công ty cổ phần bộc lộ một số hạn chế sau đây:

*Thứ nhất, tạo ra tình trạng vốn “ảo” của CTCP khi thành lập.*

Với quy định thông thoáng về thời hạn góp vốn 90 ngày nêu trên thì nhà đầu tư có thể đăng ký vốn ảo ở giai đoạn đầu thành lập doanh nghiệp theo chiều thức phổ biến là cam kết góp số vốn lớn vào vốn điều lệ của CTCP tại thời điểm thành lập, sau đó có thể điều chỉnh giảm xuống theo thực góp. Thực tế này đã được kiểm chứng qua ví dụ sau: Ngày 20/5/2021, Công ty cổ phần Tập đoàn Đầu tư Công nghệ Tự động Toàn Cầu (Auto Investment Group) được thành lập, trụ sở chính tại tầng 46 tòa nhà BITECO (Quận 1, TP.HCM) đăng ký tại cơ quan đăng ký kinh doanh vốn điều lệ đăng ký lên đến 500.000 tỷ đồng, với chỉ 3 cổ đông cá nhân. Các nhà sáng lập công ty này đã đăng ký mức vốn “khủng” với mục đích khó đoán định, gây khó cho hoạt động quản lý nhà nước, làm méo mó quy định có tính linh hoạt tại Luật Doanh nghiệp năm 2020, gây ra những rủi ro cho các đối tác trong quan hệ thương mại, dân sự trong nền kinh tế.

Ngày cả số liệu thống kê của Bộ Kế hoạch & Đầu tư cũng chỉ ra rằng: Năm 2021, cả nước có 116.839 doanh nghiệp thành lập mới với tổng số vốn đăng ký mới là 1.611.109 tỷ đồng. Vốn bình quân của một doanh nghiệp đăng ký lên đến 13,7 tỷ đồng<sup>19</sup>. Xu thế doanh nghiệp Việt Nam đăng ký vốn điều lệ ngày càng cao, trong khi nhà nước khó xác định tính xác thực của số vốn đăng ký đó tại thời điểm thành lập. Trong khi trước đó, vào thời điểm năm 2019, vốn đăng ký bình quân trên một doanh nghiệp chỉ đạt 12,5 tỷ đồng nhưng tăng 11,2% so với năm 2018<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Xem: Điều 44 Luật Doanh nghiệp Công ty Tây Ban Nha năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2013), truy cập tại [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Corporate\\_Enterprises\\_Act\\_2015\\_-\\_Ley\\_de\\_Sociedades\\_de\\_Capital.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Corporate_Enterprises_Act_2015_-_Ley_de_Sociedades_de_Capital.PDF).

<sup>18</sup> Xem: Khoản 1 Điều 113 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

<sup>19</sup> Nguồn: <https://dangkykinhdoanh.gov.vn/vn/tin-tuc/598/5732/tinh-hinh-dang-ky-doanh-nghiep-thang-12-va-nam-2021.aspx>.

<sup>20</sup> Nguồn: Có thể truy cập tại địa chỉ <https://dangkykinhdoanh.gov.vn/vn/tin-tuc/598/5051/tinh-hinh-dang-ky-doanh-nghiep-nam-2019.aspx#:~:text=C%E1%BB%A5%20th%E1%BB%83%2C%20trong%20n%C4%83m%202019,2%25%20so%20v%E1%BB%9Bi%20n%C4%83m%202018>.

*Thứ hai, Việt Nam chưa có quy định bắt buộc tất cả các chủ thể thành lập doanh nghiệp đều phải thanh toán tiền mua cổ phần qua tài khoản ngân hàng.*

Hiện tại, theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2020, tài sản góp vốn vào doanh nghiệp là Đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, quyền sử dụng đất, quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật, tài sản khác có thể định giá được bằng Đồng Việt Nam<sup>21</sup>. Đối với tài sản không đăng ký quyền sở hữu, việc góp vốn phải được thực hiện bằng việc giao nhận tài sản góp vốn có xác nhận bằng biên bản, trừ trường hợp được thực hiện thông qua tài khoản<sup>22</sup>. Như vậy, Luật Doanh nghiệp năm 2020 không quy định cụ thể về hình thức thanh toán tiền góp vốn của nhà đầu tư tại CTCP. Tuy nhiên, theo quy định của Điều 6 Nghị định số 222/2013/NĐ-CP ngày 31/12/2013 về Thanh toán bằng tiền mặt (Nghị định số 122) và Điều 3 Thông tư số 09/2015/TT-BTC ngày 29/01/2015 của Bộ Tài Chính về Hướng dẫn Điều 6 của Nghị định số 222/2013/NĐ-CP, chỉ có doanh nghiệp khi góp vốn vào doanh nghiệp khác mới bắt buộc phải qua ngân hàng, còn cá nhân góp vốn, mua cổ phần tại doanh nghiệp thì có thể lựa chọn qua ngân hàng hoặc góp bằng tiền mặt. Điều đó có nghĩa là, các cá nhân khi góp vốn vào doanh nghiệp bằng tiền VND không buộc phải thanh toán tiền góp vốn đó qua tài khoản ngân hàng. Quy định trên đã tạo khoảng trống, dễ bị các nhà đầu tư không chân chính lợi dụng để đối phó cơ quan quản lý nhà nước trong việc góp vốn điều lệ trên thực tế. Điển hình, vụ việc tại Công ty cổ phần Địa ốc Alibaba tại Tp. HCM trong năm 2020: Chỉ từ một doanh nghiệp khởi sự kinh doanh đăng ký vốn điều lệ lần đầu ngày 05/05/2016 với 1 tỷ đồng, đăng ký thay đổi lần thứ 1 ngày 03/12/2016 với vốn điều lệ 20 tỷ đồng và đăng ký thay đổi vốn lần thứ 3 ngày

26/09/2017 thì vốn điều lệ đã lên đến 1.600 tỷ đồng (góp vốn bằng tiền mặt). Trong đó, có 3 cổ đông là ông Nguyễn Thái Lĩnh, Giám đốc là đại diện pháp luật góp 10% vốn điều lệ. Ông Nguyễn Thái Luyện, chiếm 80% vốn điều lệ và bà Võ Thị Thanh Mai góp 10% vốn điều lệ<sup>23</sup>. Trong khi thực tế, mọi người đều biết các biên bản góp vốn bằng tiền mặt giữa các cổ đông là hoàn toàn không có thực.

*Thứ ba, chế tài xử lý hành vi gian dối của nhà đầu tư trong góp vốn vào vốn điều lệ của CTCP tại thời điểm thành lập còn nhẹ và chưa đủ sức răn đe.*

Trước năm 1975, theo quy định tại Bộ luật Thương mại Sài Gòn năm 1972 thì các biện pháp chế tài xử phạt hành vi gian dối trong góp vốn thành lập doanh nghiệp hết sức nghiêm khắc. Theo đó, nhà đầu tư có thể bị xử lý hình sự về tội lường gạt theo quy định tại Bộ Hình luật nếu việc góp vốn là giả tạo, gian dối hoặc có thể bị phạt tiền từ 100.000 đồng – 500.000 đồng nếu không góp đủ vốn trong thời hạn luật định<sup>24</sup>.

Trong khi đó, theo quy định của Điều 43 Nghị định số 122/2021/NĐ-CP ngày 28/12/2021 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư (Nghị định số 122), mức phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 30.000.000 đồng đối với hành vi kê khai không trung thực, không chính xác nội dung hồ sơ đăng ký doanh nghiệp, trong đó bao gồm cả việc kê khai, đăng ký không trung thực số vốn của doanh nghiệp khi thành lập. Và biện pháp khắc phục hậu quả kèm theo là buộc đăng ký thay đổi và thông báo lại các thông tin doanh nghiệp đã kê khai không trung thực, không chính xác.

Như vậy, trong bất luận trường hợp nào khi có sự vi phạm về tính chính xác, trung thực của

<sup>21</sup> Xem: Khoản 1 Điều 34 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

<sup>22</sup> Xem: Khoản 1 Điều 35 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

<sup>23</sup> Nguồn: Có thể truy cập tại địa chỉ : <https://kinhtenongthon.vn/tu-viec-alibaba-tang-von-ao-ban-du-an-ma-va-nhung-bai-hoc-cho-thi-truong-bds-post7811.html>.

<sup>24</sup> Xem: Điều 325, Điều 329 Bộ luật Thương mại Sài Gòn năm 1972, Nxb. Thần Chung, 1973



số vốn kê khai khi đăng ký doanh nghiệp, nhà đầu tư chỉ bị phạt tối đa 30 triệu đồng, không áp dụng chế tài hình sự cho hành vi gian dối góp vốn của nhà đầu tư khi thành lập doanh nghiệp. Có thể nói, mức phạt tiền tại Nghị định số 122 đối với hành vi đăng ký vốn ảo của nhà đầu tư là còn thấp so với mặt bằng kinh tế hiện nay tại Việt Nam, chưa đủ sức răn đe, trong khi hành vi vi phạm trên có thể gây những hệ lụy tiêu cực cho nền kinh tế như làm mất niềm tin của các nhà đầu tư vào quy định thông thoáng của Luật Doanh nghiệp năm 2020, dễ phát sinh các doanh nghiệp “ma” đăng ký vốn khủng để khuếch trương thanh thế trước đối tác, tham gia đấu thầu dự án, đấu giá tài sản với số vốn không có thực trong nền kinh tế.

#### 4. Kiến nghị

Để khắc phục tình trạng vốn “ảo” ở CTCP đã xảy ra trong thời gian qua, tác giả kiến nghị hoàn thiện các quy định của pháp luật về vốn điều lệ của CTCP với các nội dung sau:

*Thứ nhất*, sửa đổi Luật Doanh nghiệp năm 2020 theo hướng bỏ quy định về thời hạn 90 ngày kể từ ngày thành lập để nhà đầu tư góp đủ vốn vào vốn điều lệ của CTCP. Thay vào đó, cho phép cho các nhà đầu tư tự quyết định tiến độ góp vốn nhưng với điều kiện là họ phải đăng ký vốn điều lệ theo số vốn thực góp của họ tại thời điểm thành lập (vốn điều lệ chỉ tính số vốn thực góp tại thời điểm thành lập).

*Thứ hai*, sửa đổi Nghị định số 122 theo hướng tăng mức xử phạt tiền nhà đầu tư đối với hành vi đăng ký vốn không trung thực lên gấp ít nhất 3 lần so với quy định hiện nay.

*Thứ ba*, sửa đổi Nghị định số 222 theo hướng quy định bắt buộc cá nhân góp vốn, mua cổ phần tại doanh nghiệp bằng tiền VND, ngoại tệ thì phải qua tài khoản ngân hàng, thay vì chỉ có doanh nghiệp như hiện tại. Thiết nghĩ,

trong giai đoạn bùng nổ công nghệ số hiện nay cũng như hình thức thanh toán không dùng tiền mặt là một xu thế tất yếu không thể đảo ngược trong nền kinh tế thì việc quy định nhà đầu tư dù là pháp nhân hay cá nhân phải thanh toán tiền góp vốn qua ngân hàng là cần thiết. Sự thay đổi này sẽ giúp nhà nước kiểm soát được tính xác thực của vốn điều lệ của CTCP khi thành lập và phòng chống các hoạt động rửa tiền trong nền kinh tế, phù hợp với xu thế chung của thế giới.

*Thứ tư*, bổ sung quy định thu lệ phí đăng ký doanh nghiệp trên tỷ lệ vốn đăng ký của nhà đầu tư vào vốn điều lệ của doanh nghiệp khi thành lập. Hiện tại, lệ phí đăng doanh nghiệp ở Việt Nam thuộc diện thấp hàng đầu so với các nước khác trên thế giới (chỉ từ 0 đồng đến 50.000 đồng). Mặt trái, của quy định này là tạo tâm lý thoải mái cho nhà đầu tư trong đăng ký vốn điều lệ mà không phải quan tâm đến số tiền họ phải trả cho lệ phí thành lập doanh nghiệp. Kinh nghiệm trong quản lý vốn điều lệ của công ty tại Thái Lan cho thấy, công ty phải nộp 2 loại lệ phí tại thời điểm thành lập: (1) Lệ phí đăng ký Hợp đồng thành lập công ty *có định là 500 Bath*; (2) Mức lệ phí tính theo vốn đăng ký, theo đó, nếu vốn đăng ký dưới 1 triệu Bath thì lệ phí là 50 Bath, còn với mỗi bước vốn đăng ký tăng thêm 100.000 Bath thì lệ phí là 50 Bath, nếu vốn đăng ký lớn hơn 50 triệu Bath thì lệ phí là 25.000 Bath<sup>25</sup>. Việc tính mức lệ phí thành lập doanh nghiệp dựa trên tỷ lệ % của vốn điều lệ đăng ký tại thời điểm thành lập như tại Thái Lan sẽ tác động đến tâm lý của nhà đầu tư trong việc đăng ký vốn điều lệ, buộc doanh nghiệp phải đăng ký theo số vốn thực có nếu không muốn phải chịu chi phí tài chính lớn do đăng ký vốn ảo, qua đó góp phần hạn chế những doanh nghiệp có vốn “ảo” trong nền kinh tế trong thời gian tới ■

<sup>25</sup> <https://dangkykinhdoanh.gov.vn/vn/tin-tuc/600/3481/quy-trinh-thanh-lap-doanh-nghiep-tai-thai-lan-doi-voi-loai-hinh-cong-ty-tnhh.aspx>.



# KINH TẾ SỐ VÀ NHỮNG THÁCH THỨC ĐỐI VỚI PHÁP LUẬT CẠNH TRANH - KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

**Nguyễn Thu Trang**

*ThS. Trường Đại học Luật Hà Nội*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Kinh tế số, pháp luật cạnh tranh, kinh nghiệm quốc tế.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 31/12/2021  
Biên tập : 12/02/2022  
Duyệt bài : 14/02/2022

## Article Information:

*Keywords:* Digital economy; competition law; international experience.

## Article History:

Received : 31 Dec. 2021  
Edited : 12 Feb. 2022  
Approved : 14 Feb. 2022

## Tóm tắt:

Kinh tế số tạo cơ hội cho các doanh nghiệp nhỏ và vừa tiếp cận thị trường. Trong bối cảnh kinh tế toàn cầu cần phục hồi toàn diện sau cuộc khủng hoảng do đại dịch gây ra, việc hỗ trợ tiếp cận thị trường của các doanh nghiệp này là quan trọng hơn bao giờ hết, đặc biệt là ở các nước đang phát triển. Tuy nhiên, kinh tế số luôn tiềm ẩn nhiều nguy cơ tạo nên hành vi phản cạnh tranh, gây ảnh hưởng tới sự phát triển của các doanh nghiệp truyền thống và gây bất ổn định cho nền kinh tế. Vì vậy, các quốc gia trên thế giới cũng như Việt Nam cần xác định được các đặc trưng của kinh tế số và sự tác động đến pháp luật cạnh tranh để củng cố, hoàn thiện hệ thống pháp luật.

## Abstract:

The digital economy provides opportunities for micro enterprises, and small and medium enterprises to access the market. In light of the need for a full economic recovery from the pandemic crisis, it is more important to support the market access of such businesses, especially in developing countries. However, the digital economy has many potential risks of creating anti-competitive behavior, affecting the development of traditional businesses and destabilizing the economy. Therefore, most countries in the world in general as well as Vietnam in particular need to identify the characteristics of the digital economy and the impact on competition law in order to strengthen and perfecting the legal system.

## 1. Các mô hình kinh tế trong nền kinh tế số

Cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 với xu hướng số hóa hay công cuộc chuyển đổi số đang thực sự xuất hiện mạnh mẽ ở mọi lĩnh vực, và trong lĩnh vực kinh tế, một khái niệm mới xuất hiện, đó là khái niệm “kinh tế số”. Theo định nghĩa chung của nhóm cộng tác Kinh tế số của Oxford, kinh tế số là “một nền kinh tế vận hành chủ yếu dựa trên công nghệ

số, đặc biệt là các giao dịch điện tử tiến hành thông qua Internet”<sup>1</sup>. Ở Việt Nam, tại “Diễn đàn Kinh tế tư nhân Việt Nam năm 2019”, kinh tế số được hiểu là toàn bộ hoạt động kinh tế dựa trên nền tảng số, và phát triển kinh tế số là sử dụng công nghệ số và dữ liệu để tạo ra những mô hình kinh doanh mới<sup>2</sup>. Trong thời gian gần đây, một số mô hình kinh tế trong nền kinh tế số đã hình thành và phát triển rộng trên quy mô quốc tế như: kinh tế nền tảng (platform

<sup>1</sup> Willemys, I., “The Impact of Digitisation on International Trade. In *Digital Services in International Trade Law*”, Cambridge International Trade and Economic Law, tr.34-54, Cambridge: Cambridge University Press, doi:10.1017/9781108946353.003, <https://www.cambridge.org/core/books/abs/digital-services-in-international-trade-law/impact-of-digitisation-on-international-trade/537CA626C926BD21141CA151B6E3A427>, truy cập ngày 19/04/2022.

<sup>2</sup> TS. Tô Trọng Hùng, “Nhận thức về kinh tế số và một số giải pháp phát triển nền kinh tế số ở Việt Nam”, Tạp chí Công Thương - Các kết quả nghiên cứu khoa học và ứng dụng công nghệ, Số 9, 4/2021.

economics), kinh tế chia sẻ (sharing economy), kinh tế dữ liệu (economics of (big) data).

### 1.1. Kinh tế nền tảng

Nền kinh tế nền tảng được hiểu là một phần của nền kinh tế số mà tại đó các hoạt động kinh tế, xã hội được diễn ra trên các nền tảng kỹ thuật số và được đặc trưng bởi thị trường lưỡng diện. Trên thị trường lưỡng diện, nhà quảng cáo sẽ luôn bị hấp dẫn bởi những trang web, kênh truyền hình hay tạp chí có số lượng người theo dõi lớn, trong khi người tiêu dùng chưa hẳn đã theo dõi, trừ phi đó là những hàng hóa hay dịch vụ mà họ quan tâm. Chính tác động của hiệu ứng không cân bằng giữa hai nhóm đối tượng trên đã khiến cho một trong hai nhóm có giá trị hơn đối với doanh nghiệp trong việc tạo ra động lực thu hút nhóm đối tượng còn lại. Đặc tính đó cho phép các doanh nghiệp lưỡng diện giảm giá đối với nhóm khách hàng tạo ra hiệu ứng mạng lưới gián tiếp mạnh hơn và định giá cao hơn cho khách hàng ở phía bên kia<sup>3</sup>. Ví dụ như Google, nền tảng tìm kiếm này cung cấp tiện ích cho người dùng với mức giá gần như miễn phí nhưng thu phí rất cao khi cung cấp không gian quảng cáo cho các doanh nghiệp.

### 1.2. Kinh tế chia sẻ

“Kinh tế chia sẻ” - “sharing economy” là một mô hình thị trường kết hợp giữa sở hữu và chia sẻ, trong đó đề cập vai trò ngang hàng (peer-to-peer network) dựa trên sự chia sẻ quyền sử dụng hàng hóa và dịch vụ nhằm gia tăng lợi ích cho các bên tham gia. Con người, thay vì sở hữu để thỏa mãn nhu cầu của mình, sẽ tìm những nguồn lực trong cộng đồng có khả năng thỏa mãn nhu cầu mà không cần sở hữu nó. Nền kinh tế chia sẻ đang phát triển vì nó tái phân phối tài nguyên đang không được sử dụng hiệu quả (sản phẩm mua rồi nhưng không dùng, máy móc không được khai thác

tối đa thời gian sử dụng) sang chỗ mà nó được dùng hiệu quả hơn<sup>4</sup>.

Một ví dụ cho kinh tế chia sẻ chính là Grab. Grab không hề sở hữu một chiếc xe nào cả mà họ chỉ sở hữu nền tảng công nghệ và cách thức để kết nối các chủ thể sở hữu các nguồn lực “vật chất” tìm đến với nhau để đáp ứng nhu cầu.

### 1.3. Kinh tế dữ liệu (Big Data), quyền riêng tư và giao tiếp trực tuyến

Kinh tế dữ liệu được hiểu là một hệ sinh thái kỹ thuật số toàn cầu, trong đó, dữ liệu được thu thập, tổ chức và trao đổi bởi một mạng lưới các nhà cung cấp với mục đích thu được giá trị từ thông tin tích lũy. Trong nền kinh tế dữ liệu, ngành công nghiệp dữ liệu là ngành cơ bản tạo nền tảng cho toàn bộ hệ thống kinh tế; ngành này tạo ra tài nguyên là dữ liệu và cung cấp tài nguyên đó cho nền kinh tế<sup>5</sup>.

Trong nền kinh tế dữ liệu, đặc điểm chung của các dịch vụ được cung cấp là “miễn phí” (nếu xét về vẻ bên ngoài). Đặc biệt là các giao tiếp trực tuyến thông qua các nền tảng mạng xã hội (như Facebook, Twitter, Instagram), dịch vụ nhắn tin (như Whatsapp), hoặc các dịch vụ điện thoại và video trực tuyến (như Skype hay Zalo). Nếu như trong nền kinh tế nền tảng, các lý thuyết giải thích được mức giá “0 đồng” là do khoản tiền được trả bởi nhà quảng cáo, thì với nền kinh tế dữ liệu, sự giải thích cho mức giá này đến từ định giá quyền riêng tư thông qua dữ liệu cá nhân, và đây được xem như sự phát triển từ thị trường lưỡng diện lên thị trường đa diện. Dữ liệu cá nhân này bao gồm cả dữ liệu cổ điển (như địa chỉ email, tên, thông tin giới tính, tuổi, thậm chí có thể cả thông tin về nơi cư trú và thông tin về tài khoản thanh toán), và dữ liệu nâng cao (bao gồm các dữ liệu về lịch sử duyệt web, tìm kiếm và mua sắm trực tuyến,

<sup>3</sup> ThS. Trương Trọng Hiếu, Đào Minh Châu, Phùng Thị Kim Hà, Nguyễn Thị Hồng Hương, Lê Thị Hà Trang, “Kinh doanh lưỡng diện và một số vấn đề liên quan đến pháp luật cạnh tranh”, Nghiên cứu lập pháp, số 23(327), 12/2016, tr.53.

<sup>4</sup> TS. Hoàng Ngọc Hải-TS. Hồ Thanh Thủy, *Quan hệ sở hữu trong xu thế phát triển kinh tế chia sẻ ở Việt Nam*, <https://www.tapchicongsan.org.vn/web/guest/kinh-te/-/2018/823958/quan-he-so-huu-trong-xu-the-phat-trien-kinh-te-chia-se-o-viet-nam.aspx>, truy cập ngày 16/11/2021.

<sup>5</sup> TS. Nguyễn Hải Đăng, “Kinh nghiệm phát triển kinh tế dữ liệu của Hàn Quốc và khuyến nghị cho Việt Nam”, Tạp chí Tài chính, Số kỳ 1 tháng 4/2021, tr.77.

các lượt “thích” trên facebook... để từ đó đánh giá được sở thích tiêu dùng cá nhân).

## 2. Những thách thức của kinh tế số tới pháp luật cạnh tranh

Sự ra đời của nền kinh tế số đã tạo ra nhiều thách thức với pháp luật cạnh tranh. Với cấu trúc kinh tế khác biệt lớn so với các mô hình kinh tế truyền thống, pháp luật cạnh tranh thiếu các cơ sở để xác định các hành vi hạn chế cạnh tranh, phân tích sáp nhập. Bên cạnh đó, các biện pháp trừng phạt không phải lúc nào cũng có hiệu quả vì không có khả năng áp dụng trên thực tế hoặc nếu có thể áp dụng thì ảnh hưởng không đủ để làm thay đổi hành vi vi phạm; các vụ kiện về pháp luật cạnh tranh kéo dài quá mức so với tốc độ thay đổi của nền kinh tế số; và luật chống độc quyền gặp phải khoảng trống pháp lý vì về cơ bản dựa trên các tiêu chí đặt ra theo ngưỡng doanh thu<sup>6</sup>.

### 2.1. Những thách thức khi xây dựng pháp luật cạnh tranh

Một số cơ quan cạnh tranh, ví dụ như Brazil, Ai Cập và Thổ Nhĩ Kỳ, đề cập đến thách thức trong việc xây dựng pháp luật cạnh tranh vì phải đảm bảo rằng, pháp luật sẽ không làm chậm quá trình đổi mới và đầu tư vào nền kinh tế số. Điều quan trọng không chỉ là xác định thời điểm can thiệp mà còn cả cách can thiệp (ví dụ, thông qua các biện pháp khắc phục, biện pháp tạm thời hoặc quy định của chính phủ), một mặt, để duy trì cạnh tranh và mặt khác, để tránh kìm hãm sự đổi mới. Một yếu tố quan trọng khác là việc thiết kế các biện pháp phù hợp với đặc thù của nền kinh tế số trong một môi trường đổi mới và tiên bộ công nghệ xa hơn trong tương lai. Đồng thời, tính chất xuyên quốc gia của nền kinh tế kỹ thuật số cho thấy tầm quan trọng của sự hợp tác giữa các cơ quan cạnh tranh từ các khu vực tài phán khác nhau. Trong khi đó, nhu cầu đảm bảo sự cân bằng giữa bảo vệ cạnh tranh và tôn trọng quyền sở hữu trí tuệ của các công ty kỹ thuật số cũng

là vấn đề trọng tâm của nhiều quốc gia. Trong các cuộc điều tra cạnh tranh trên thị trường kỹ thuật số, các bên có thể lập luận rằng, các hoạt động đang được cơ quan quản lý xem xét chỉ là thực thi quyền sở hữu trí tuệ mà luật chống độc quyền không thể được áp dụng.

Có thể thấy, mức độ kiểm soát của pháp luật cạnh tranh đối với nền kinh tế số còn đang là một vấn đề thách thức trong việc tìm ra điểm cân bằng với sự phát triển của nền kinh tế và các quyền năng khác của chủ thể kinh doanh.

Đối với các hành vi hạn chế cạnh tranh, một số quốc gia như: Brazil, Indonesia, Kenya, Liên bang Nga và Thổ Nhĩ Kỳ... đã chỉ ra, các cơ chế phân tích kinh tế tiêu chuẩn và các công cụ cạnh tranh truyền thống như căn cứ vào thị phần hay phương pháp “thử độc quyền giả định” (thử SSNIP - Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price) vốn thường được sử dụng để xác định thị trường liên quan và xác định sức mạnh thị trường khi đánh giá các hành vi hạn chế cạnh tranh, đã bị “vô hiệu” với các trường hợp liên quan đến các nền tảng kỹ thuật số<sup>7</sup>. Thông thường, theo pháp luật cạnh tranh, thị trường liên quan là một tập hợp các sản phẩm có thể thay thế cho nhau trong một khu vực địa lý nhất định. Ở các thị trường lưỡng diện/đa diện với các nhóm khách hàng và hiệu ứng mạng lưới đáng kể, nếu cơ quan cạnh tranh chỉ tiến hành tăng giá giả định và đánh giá lợi nhuận giảm sút trên một nhóm khách hàng mà bỏ qua nhóm khách hàng còn lại và tác động phản hồi giữa hai nhóm khi giá tăng, sẽ vô tình dẫn đến thị trường được xác định quá hẹp, thị phần sẽ cao hơn trên thực tế. Sai lầm ở bước xác định thị trường sẽ dẫn đến những phân tích tiếp theo trong vụ việc cạnh tranh không còn đáng tin cậy.

Đối với hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường với sức ảnh hưởng của các nền tảng truyền thông và kỹ thuật số, việc kiểm soát hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trở nên phức tạp hơn do

<sup>6</sup> Valéria Faure-Muntian (Đại biểu Quốc hội Pháp), *Competitive Dysfunction: Why competition law is failing in a digital world*, <https://www.oecd-forum.org/posts/competitive-dysfunction-why-competition-law-is-failing-in-a-digital-world>, truy cập ngày 21/11/2021.

<sup>7</sup> UNCTAD, *Competition law, policy and regulation in the digital era*, [https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd57\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd57_en.pdf), truy cập ngày 22/11/2021.

hiệu ứng mạng lưới và thuật toán. Trong nhiều năm, Google luôn bị cáo buộc bởi những nghi ngờ về việc họ đã thường xuyên thay đổi, điều chỉnh thuật toán tìm kiếm của mình sao cho vừa đem tới kết quả tìm kiếm liên quan tới người dùng, vừa khơi thông dòng chảy lợi nhuận, thứ giúp góp phần vào khoản lãi thường niên hiện đã vượt qua mốc 30 tỷ USD của công ty mẹ. Hiện nay, Google đã trở thành trang web có lưu lượng truy cập lớn nhất trên thế giới, chiếm trên 90% thị phần chiếc bánh mang tên công cụ tìm kiếm; Công ty mẹ của Google, là Alphabet, hiện đang có giá trị vốn hóa thị trường trên 900 tỷ đô la; tính riêng trong năm 2018, Google đã thực hiện hơn 3.200 điều chỉnh cho thuật toán của mình, vượt xa con số 2.400 lần vào năm 2017 và 500 lần của năm 2010<sup>8</sup>. Tuy nhiên, phải cho tới gần đây, các cơ quan quản lý cạnh tranh của các quốc gia tại châu Âu mới thu thập được đủ bằng chứng và tiến hành xử phạt với công ty này. Cụ thể, Italy phát hiện Google đã không cho phép Enel X Italia phát triển phiên bản ứng dụng JuicePass tương thích với Android Auto. Ứng dụng JuicePass cung cấp các dịch vụ liên quan việc sạc điện cho xe, chẳng hạn tìm trạm sạc gần nhất và giữ chỗ tại trạm sạc đó. Theo cơ quan chống độc quyền Italy, với việc không tích hợp ứng dụng Enel X Italia vào Android Auto, Google đã hạn chế không công bằng khả năng tiếp cận của người dùng đối với ứng dụng Enel X Italia khi họ lái xe và sạc điện cho xe. Cơ quan này nêu rõ hành động trên của Google đã tiếp diễn hơn 2 năm qua và nếu tiếp tục, điều này có thể tước đoạt cơ hội của Enel X Italia gây dựng một lượng lớn người dùng trong bối cảnh doanh số bán xe điện tăng mạnh. Vì vậy, ngày 13/5/2021, cơ quan chống độc quyền của Italy đã phạt Google hơn 100 triệu euro (120 triệu USD) vì lạm dụng vị thế trên thị trường khi loại một ứng dụng điện thoại thông minh của đối thủ<sup>9</sup>.

Đối với hành vi sáp nhập và mua lại (M&A), cơ quan quản lý cạnh tranh một số quốc gia đã đề cập đến những thách thức trong việc phân tích hiệu quả trong các hoạt động mua bán và sáp nhập trong nền kinh tế số. Để xác định các tác động về sức mạnh thị trường của một vụ sáp nhập có liên quan đến doanh nghiệp lưỡng diện, cần phải tính đến các tác động liên quan đến cả hai mặt của thị trường. Điều này ngụ ý rằng, một số công cụ truyền thống để phân tích sáp nhập, chẳng hạn như thị phần, chỉ số tập trung, tỷ lệ dòng, thiệt hại tới hạn,... sẽ không thể được áp dụng, trừ khi các công cụ này được thay đổi phù hợp và có tính đến hai hoặc nhiều nhóm khách hàng của doanh nghiệp trên thị trường lưỡng diện/đa diện<sup>10</sup>. Cơ quan quản lý cạnh tranh phải giải quyết những thách thức này bằng cách tăng cường hiểu biết về công nghệ cơ bản trong những lĩnh vực liên quan và theo dõi chặt chẽ sự phát triển của thị trường kỹ thuật số. Để làm được như vậy, cơ quan quản lý cạnh tranh cần có được những thông tin từ người tiêu dùng về những vấn đề người tiêu dùng sẽ phải đối mặt và cách các công ty sau sáp nhập và mua lại sẽ giải quyết.

### 2.2. Những thách thức khi điều tra vụ việc hạn chế cạnh tranh

Trong thị trường đa diện, số lượng các bên tham gia là vô cùng đông đảo, với nhiều nhà cung cấp và nhiều người tiêu dùng, bên cạnh đó, với tính chất xuyên biên giới của nền kinh tế số, cơ quan quản lý cạnh tranh của các quốc gia khó lòng yêu cầu các bên tham gia bắt buộc cung cấp thông tin. Và nếu không có đầy đủ thông tin cần thiết, một cuộc điều tra về hành vi hạn chế cạnh tranh sẽ phải chấm dứt. Ngoài ra, để tiến hành điều tra vụ việc hạn chế cạnh tranh, đòi hỏi người điều tra phải có kinh nghiệm và các kỹ năng chuyên môn trong xử lý các hành vi hạn chế cạnh tranh trên nền tảng

<sup>8</sup> Google can thiệp vào thuật toán để sửa kết quả. Phần 1: Sự thiên vị, <https://vnreview.vn/thread-old/google-can-thiep-vao-thuat-toan-de-sua-ket-qua-phan-1-su-thien-vi.2994648?oldvnr=true>, truy cập ngày 19/11/2021.

<sup>9</sup> Minh Minh, Google liên tiếp bị phạt vì lạm dụng “vị thế thống lĩnh”, <https://thitruongtaichinhhtiente.vn/google-lien-tiep-bi-phat-vi-lam-dung-vi-the-thong-linh-36233.html>, truy cập ngày 19/11/2021.

<sup>10</sup> OECD, *Policy Roundtables: Two sided market*, DAF/COMP (2009) 20, <http://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>, truy cập ngày 22/11/2021.



trực tuyến và phân tích số liệu của thị trường kỹ thuật số, và trong một số trường hợp, điều tra viên có thể bị cáo buộc ngược lại về hành vi xâm phạm bí mật kinh doanh.

Những thách thức trên đây cho thấy, xử lý hạn chế cạnh tranh trong thị trường kỹ thuật số không chỉ là thách thức đối với các cơ quan quản lý cạnh tranh ở các quốc gia đang phát triển, mà ngay cả ở các quốc gia phát triển.

### 3. Giải pháp hoàn thiện pháp luật cạnh tranh trong nền kinh tế số và những gợi mở cho Việt Nam

Trước những thách thức mà nền kinh tế số đặt ra đối với pháp luật cạnh tranh, các nước trên thế giới đã thực hiện một số giải pháp hoàn thiện pháp luật cạnh tranh theo các hướng sau: sửa đổi Luật Cạnh tranh; ban hành luật điều chỉnh hoạt động của các nền tảng số, hoàn thiện văn bản hướng dẫn thực hiện Luật Cạnh tranh.

#### 3.1. Sửa đổi Luật Cạnh tranh

Luật Cạnh tranh được các nước sửa đổi theo hướng sau:

- Bổ sung quy định xác định rõ những khái niệm mới liên quan đến thị trường kỹ thuật số như nền tảng số, hiệu ứng mạng lưới, thị trường đa diện (Liên Bang Nga)<sup>11</sup>.

- Bổ sung thẩm quyền của cơ quan quản lý cạnh tranh quốc gia (Cộng hòa Liên bang Đức). Ngày 19/01/2021, bản sửa đổi lần thứ 10 Đạo luật chống hạn chế cạnh tranh của Cộng hòa Liên bang Đức (Tenth Act Amending the Act Against Restraints of Competition), hay còn được gọi là “Đạo luật cạnh tranh kỹ thuật số” (Digital Competition Act-ARC) đã bổ

sung thêm Điều 19a cho phép Cơ quan Liên bang quản lý cạnh tranh (German Federal Competition Office - FCO) được tham gia vào điều tra các doanh nghiệp kỹ thuật số ngay từ khi có những dấu hiệu “gây ảnh hưởng” đến tính cạnh tranh trên thị trường<sup>12</sup>. Theo điều khoản này, FCO có quyền cấm một số hành vi của các doanh nghiệp là nền tảng kỹ thuật số “người gác cổng” (gatekeeper), tức là các nền tảng chỉ cho phép người dùng tiếp cận thông tin có chọn lọc, bao gồm hành vi tự ưu tiên cung cấp thông tin các dịch vụ do doanh nghiệp đó cung cấp và/hoặc không cho phép người dùng nền tảng được tiếp cận thông tin của các doanh nghiệp khác tham gia thị trường. Ngoài ra, Điều 19a cũng bổ sung thêm hai tiêu chí được đưa ra khi xác định sức mạnh thị trường, cụ thể là quyền truy cập vào dữ liệu liên quan đến hành vi cạnh tranh và sức mạnh trung gian của nền tảng kỹ thuật số. Để đo lường hai tiêu chí mới này, FCO được quyền yêu cầu các nền tảng kỹ thuật số phải chia sẻ cho FCO quyền truy cập vào hệ thống dữ liệu của nền tảng cũng như các doanh nghiệp phụ thuộc vào nền tảng (ví dụ là công ty con hoặc các công ty mà nền tảng có góp vốn sở hữu). Tuy nhiên, trong trường hợp nền tảng chứng minh được quá trình điều tra của FCO thông qua việc truy cập hệ thống dữ liệu gây thiệt hại cho nền tảng, thì quy trình bồi thường cho nền tảng sẽ được đơn giản hóa về hồ sơ cũng như trình tự thủ tục so với quy trình bồi thường cho một doanh nghiệp thông thường<sup>13</sup>.

- Bổ sung quy định về tiêu chí trong xem xét hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên thị trường kỹ thuật số, như hiệu ứng mạng lưới,

<sup>11</sup> Iana Fremer, *Russian Federation: New Law Enables Restrictions on Digital Platforms*, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-02-22/russian-federation-new-law-enables-restrictions-on-digital-platforms/>, truy cập ngày 22/11/2021.

<sup>12</sup> Franck, Jens-Uwe and Peitz, Martin, *Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 12, Issue 7, September 2021, tr.513–528, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab055>, truy cập ngày 19/04/2022.

<sup>13</sup> Sylvia DeTar, Friedrich Andreas Konread, Laura Melusine Baudenbacher, Eric Silva, Johannes Natus, *The FCO's Activities In The First Half Of 2020*, *German Competition Law Newsletter*, September-October 2020, <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/german-competition-law-newsletters/germancompetitionnewsletterseptemberoctober2020-pdf.pdf>, truy cập ngày 22/11/2021.



hiệu quả kinh tế theo quy mô, khả năng thu thập và xử lý dữ liệu có liên quan (Trung Quốc)<sup>14</sup>.

### 3.2. Ban hành văn bản pháp luật “độc lập” điều chỉnh riêng hoạt động của các nền tảng số

Một số quốc gia và tổ chức liên kết khu vực trên thế giới, thay vì sửa đổi luật cạnh tranh, đã đề xuất việc ban hành một văn bản mang tính chất “luật gốc” quy định riêng cho các nền tảng số.

Ủy ban Châu Âu, vào tháng 7 năm 2019, đã chính thức kích hoạt hiệu lực của Quy định số 2019/1150<sup>15</sup> về thúc đẩy sự công bằng và minh bạch cho người dùng của các dịch vụ trung gian trực tuyến. Tiếp đó, để cụ thể hóa văn bản này và tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện quy định, cũng như sự tuân thủ của các nền tảng số, vào tháng 12 năm 2020, Ủy ban Châu Âu đã thông qua các hướng dẫn về xếp hạng tính minh bạch nhằm hỗ trợ các nền tảng số áp dụng các yêu cầu của Quy định số 2019/1150<sup>16</sup>. Đồng thời, Ủy ban Châu Âu cũng đang chuẩn bị cho việc ban hành một văn bản riêng đối với các nền tảng “người gác cổng”, cụ thể là Đạo luật thị trường kỹ thuật số (Digital Markets Act), trong đó sẽ xác định các tiêu chí để một nền tảng được coi là “người gác cổng” và xây dựng bộ nguyên tắc chung cho các nền tảng này hoạt động, bao gồm việc cấm các nền tảng này ưu tiên cho các dịch vụ của các công ty “phụ thuộc” và yêu cầu các nền tảng không được tạo ra bất cứ hạn chế nào đối với người dùng khi họ muốn xóa các ứng dụng/phần mềm đã được cài đặt sẵn. Để đảm bảo tính hiệu quả của các quy định mới, dự thảo luật dự

kiến các biện pháp trừng phạt trong trường hợp không tuân thủ, với mức phạt lên đến 10% tổng doanh thu hàng năm của một công ty trên toàn thế giới và, trong trường hợp vi phạm có hệ thống, các biện pháp bổ sung sẽ được áp dụng, bao gồm cả việc cưỡng chế doanh nghiệp chia tách hoặc giải thể<sup>17</sup>.

Còn tại Nhật Bản, vào tháng 2 năm 2021, Nhật Bản đã ban hành Đạo luật về Cải thiện tính minh bạch và công bằng của các nền tảng số nhằm cải thiện tính minh bạch và công bằng trong các giao dịch, tuy nhiên vẫn lưu ý rằng các quy định không được can thiệp vào đổi mới kỹ thuật số. Điều 3 về nguyên tắc cơ bản nêu rõ: “các nền tảng kỹ thuật số góp phần gia tăng lợi ích cho người dùng và đóng một vai trò quan trọng trong việc đạt được sự phát triển kinh tế bền vững ở đất nước. Do đó, bất kỳ biện pháp cải thiện tính minh bạch và công bằng của các nền tảng số nên được thực hiện chủ yếu dựa trên các sáng kiến tự nguyện và chủ động của chính các nền tảng đó và sự tham gia của Chính phủ hoặc thông qua các quy định khác cần được giữ ở mức tối thiểu”. Đạo luật này yêu cầu các nền tảng phải: (a) tiết lộ thông tin liên quan, bao gồm các điều khoản và điều kiện sử dụng nền tảng, đồng thời thông báo trước khi có bất kỳ thay đổi nào; (b) thiết lập các thủ tục nội bộ thích hợp để đảm bảo tính công bằng của các giao dịch hoặc giải quyết tranh chấp với người dùng; và (c) đệ trình báo cáo tự đánh giá hàng năm về tình trạng của (a) và (b) cho Bộ trưởng Bộ Kinh tế, Thương mại và Công nghiệp. Nếu có bất kỳ nghi ngờ nào về việc vi phạm pháp luật cạnh tranh, các thông tin này sẽ được chuyển đến Ủy ban Thương mại Công bằng Nhật Bản<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Donghao Cui, Tracy Lu, Alastair Mordaunt, Hazel Yin, Ninette Dodoo, *The Chinese Competition authority launches a public consultation on proposed amendments to China's Anti-monopoly Law*, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/january-2020/the-chinese-competition-authority-launches-a-public-consultation-on-proposed>, truy cập ngày 22/11/2021.

<sup>15</sup> ‘Quy định’ (‘Regulation’) là loại văn bản pháp luật có hiệu lực ràng buộc do Ủy ban châu Âu ban hành và được phê chuẩn bởi Hội đồng bộ trưởng. ‘Quy định’ được áp dụng trực tiếp cho tất cả các nước thành viên mà không cần ‘nội luật hoá’ vào luật quốc gia của nước thành viên.

<sup>16</sup> Xem: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019R1150>, truy cập ngày 19/04/2022.

<sup>17</sup> Xem: *Amendments adopted by the European Parliament on 15 December 2021 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0499\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0499_EN.html), truy cập ngày 19/04/2022.

<sup>18</sup> *Summary of a Bill on Improving Transparency and Fairness of Specified Digital Platforms*, [https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/pdf\\_e/documents\\_200218.pdf](https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/pdf_e/documents_200218.pdf), truy cập ngày 22/11/2021.

### 3.3. Ban hành các văn bản hướng dẫn về hành vi phản cạnh tranh trong nền tảng số

Tại một số quốc gia trên thế giới, quy định trong các văn bản luật, trong đó có Luật Cạnh tranh, luôn dự phòng các điều khoản có tính chất “mở”, trao quyền cho cơ quan hành pháp được quy định các “trường hợp khác”. Vì vậy, ở những quốc gia này, trong khi chờ việc sửa đổi, bổ sung Luật cạnh tranh, hoặc các đạo luật mới về nền tảng số ra đời, các quốc gia có thể “xử lý tình thế” bằng việc các cơ quan hành pháp sẽ ban hành các văn bản hướng dẫn dưới luật để quy định chi tiết về hành vi phản cạnh tranh cho nền tảng số.

Ví dụ như tại Trung Quốc, vào tháng 2 năm 2021, Cục Quản lý Nhà nước về quản lý Thị trường, đã ban hành hướng dẫn chống độc quyền trong nền kinh tế số, nhằm ngăn chặn và chấm dứt hành vi độc quyền của các nền tảng trực tuyến và hướng dẫn họ tuân thủ luật cạnh tranh quốc gia. Các nguyên tắc trong hướng dẫn nhất quán với đề xuất sửa đổi luật cạnh tranh. Hướng dẫn này đưa ra tiêu chí để nhận diện các hoạt động phản cạnh tranh liên quan đến các nền tảng số, ví dụ như các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh sử dụng dữ liệu và thuật toán trên các nền tảng để thu thập hoặc trao đổi thông tin nhạy cảm. Ngoài ra, hướng dẫn bao gồm các yếu tố cần tính đến trong việc thiết lập vị trí thống lĩnh thị trường của nền tảng số và hành vi có thể bị coi là lạm dụng vị trí thống trị, chẳng hạn như từ chối giao dịch mà không có lý do chính đáng. Hướng dẫn cũng đề cập đến các đánh giá sáp nhập của Trung Quốc liên quan đến các nền tảng trực tuyến. Các biện pháp khắc phục có thể bao gồm việc thu hồi dữ liệu, chấm dứt các thỏa thuận độc quyền và sửa đổi các quy tắc hoặc thuật toán của nền tảng<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Hướng dẫn chống độc quyền của Ủy ban chống độc quyền của Quốc vụ viện trong nền kinh tế (Trung Quốc), [http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/t20210207\\_325967.html](http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/t20210207_325967.html), truy cập ngày 22/11/2021.

<sup>20</sup> Luật Cạnh tranh năm 2018 trao quyền tương đối lớn cho Chính phủ để quy định chi tiết về nhiều nội dung quan trọng liên quan đến xác định hành vi hạn chế cạnh tranh, bao gồm: Xác định thị trường liên quan và thị phần (Điều 9, Điều 10); Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh và tập trung kinh tế (Điều 13, Điều 31); Xác định sức mạnh thị trường đáng kể (Điều 26).

### 3.4. Một số gợi mở cho Việt Nam

Thông qua những nghiên cứu trên đây, tác giả rút ra một số gợi mở cho Việt Nam như sau:

*Thứ nhất*, với tốc độ phát triển kinh tế số tại Việt Nam, Việt Nam nên lựa chọn theo xu hướng ban hành các văn bản hướng dẫn dưới luật<sup>20</sup>, đồng thời tạo ra các mô hình sandbox ở từng lĩnh vực kinh tế. Điều này sẽ cho phép các doanh nghiệp Việt Nam được tự do sáng tạo các mô hình kinh doanh mới trong nền kinh tế số, nhưng vẫn đảm bảo nằm trong sự kiểm soát nhất định của Nhà nước nếu gây ra những hành vi phản cạnh tranh trên thị trường.

*Thứ hai*, cần luật hóa một số khái niệm của nền kinh tế số và đưa ra bộ dấu hiệu nhận diện các hành vi được xác định là hành vi hạn chế cạnh tranh và cạnh tranh không lành mạnh trên nền tảng số. Đây là tiền đề để thực hiện việc ban hành văn bản Luật sau khi các mô hình sandbox thử nghiệm thành công.

*Thứ ba*, do tính chất toàn cầu và xuyên biên giới của các nền tảng số, việc hợp tác giữa các quốc gia ngày càng trở nên quan trọng hơn trong thực thi pháp luật cạnh tranh. Hợp tác khu vực trong các tổ chức kinh tế khu vực sẽ là cơ hội tốt để các quốc gia thành viên tìm kiếm các giải pháp chung, trong đó, Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN) có thể đi tới tìm kiếm các sáng kiến cạnh tranh và tiến tới xây dựng thể chế cạnh tranh khu vực.

Như vậy, có thể thấy, việc các quốc gia lựa chọn sửa đổi luật cạnh tranh hay ban hành các quy định hoặc hướng dẫn mới sẽ phụ thuộc vào hệ thống pháp luật, nguồn lực và quy mô của nền kinh tế. Tuy nhiên, phải lưu ý rằng, việc thay đổi pháp luật đòi hỏi phải có các nghiên cứu đánh giá kỹ lưỡng về thị trường kỹ thuật số ở từng quốc gia, cũng như đánh giá về năng lực của cơ quan quản lý cạnh tranh ■

# PHÁP LUẬT VÀ THỰC TIỄN CÔNG TÁC HÒA GIẢI Ở CƠ SỞ VÀ TRÁCH NHIỆM CỦA ỦY BAN NHÂN DÂN CẤP XÃ ĐỐI VỚI HÒA GIẢI Ở CƠ SỞ TẠI TỈNH TIỀN GIANG

Nguyễn Dương Thanh Thủy  
*Trường Chính trị Tiền Giang*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Hòa giải ở cơ sở, Ủy ban nhân dân cấp xã.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/03/2022  
Biên tập : 12/04/2022  
Duyệt bài : 14/04/2022

## Article Infomation:

*Keywords:* Grassroots Conciliation; People's Committee.

## Article History:

Received : 09 Mar. 2022  
Edited : 12 Apr. 2022  
Approved : 14 Apr. 2022

## Tóm tắt:

Luật Hòa giải ở cơ sở đã tạo lập cơ sở pháp lý cho hoạt động hòa giải ở cơ sở. Tuy nhiên, hòa giải ở cơ sở cần được củng cố và phát huy vai trò hơn nữa từ các cấp lãnh đạo, các cơ quan quản lý, đặc biệt là Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã với vai trò trực tiếp củng cố, tạo điều kiện cơ sở vật chất và kiện toàn hoạt động hòa giải ở cơ sở. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các quy định của pháp luật và thực tiễn triển khai Luật Hòa giải ở cơ sở trong thời gian qua và đưa ra các kiến nghị đối với UBND cấp xã nhằm nâng cao hiệu quả hoạt động công tác hòa giải ở cơ sở.

## Abstract:

Law on Grassroots Conciliation has provided a legal ground for grassroots conciliation. However, grassroots conciliation needs to be strengthened and promoted further from the leadership levels and management agencies, especially the People's Commune Committees with the direct role of strengthening , providing favorable conditions for facilities and consolidating conciliation activities at the grassroots level. Within the scope of this article, the author gives out an analysis of the legal provisions and practical implementation of the Law on Grassroots Conciliation in recent years and provides a number of recommendations to the People's Commune Committees to improve the efficiency of grassroots conciliation.

## 1. Một số lý luận về công tác hòa giải ở cơ sở - Khái niệm hòa giải ở cơ sở

Hòa giải ở cơ sở được hiểu theo Điều 2 Luật Hòa giải ở cơ sở năm 2013 như sau: “*Hòa giải ở cơ sở là việc hòa giải viên hướng dẫn, giúp đỡ các bên đạt được thỏa thuận, tự nguyện giải quyết với nhau các mâu thuẫn, tranh chấp, vi phạm pháp luật theo quy định của Luật này*”<sup>1</sup>. Như vậy, có thể hiểu rằng, hòa giải ở cơ sở là việc hòa giải viên hướng dẫn, giúp đỡ các bên tranh chấp đạt được thỏa thuận, tự nguyện giải quyết với nhau những vi phạm pháp luật nhằm giữ gìn đoàn kết và tranh chấp nhỏ trong nội bộ

nhân dân, củng cố, phát huy những tình cảm và đạo lý truyền thống tốt đẹp trong gia đình và cộng đồng dân cư, phòng ngừa, hạn chế vi phạm pháp luật, bảo đảm trật tự an toàn xã hội trong cộng đồng dân cư. Cơ sở được hiểu là thôn, làng, ấp, bản, buôn, phum, sóc, tổ dân phố, khu phố, khối phố và cộng đồng dân cư khác. Hoạt động hòa giải được thông qua các hòa giải viên ở các tổ hòa giải.

## - Trách nhiệm của Ủy ban nhân dân cấp xã đối với công tác hòa giải ở cơ sở

Hoạt động hòa giải ở cơ sở là hoạt động mang tính tự nguyện, tự quản của nhân dân,

<sup>1</sup> Luật Hòa giải ở cơ sở năm 2013.

nên quản lý nhà nước không nhằm “hành chính hóa” hoạt động này, mà chủ yếu là tạo ra hành lang pháp lý và những điều kiện thuận lợi cho hoạt động này được duy trì, phát triển. Luật Hòa giải ở cơ sở quy định rõ trách nhiệm quản lý nhà nước của Ủy ban nhân dân cấp xã trong việc thực hiện công tác quản lý nhà nước về hòa giải ở cơ sở. Theo Luật Hòa giải ở cơ sở, UBND cấp xã có trách nhiệm sau đây:

+ Chủ trì, phối hợp với Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam xã, phường, thị trấn (sau đây gọi là Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam cấp xã) hướng dẫn, tổ chức thực hiện các văn bản pháp luật về hòa giải ở cơ sở; lồng ghép thực hiện pháp luật về hòa giải ở cơ sở trong xây dựng và thực hiện hương ước, quy ước của thôn, làng, bản, ấp, cụm dân cư; hỗ trợ tài liệu, phổ biến pháp luật phục vụ hoạt động hòa giải ở cơ sở cho cá nhân có uy tín trong gia đình, dòng họ, cộng đồng dân cư tham gia hòa giải ở cơ sở.

+ Phối hợp với Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam cấp xã hướng dẫn Ban công tác Mặt trận phối hợp với trưởng thôn, tổ trưởng tổ dân phố thành lập, kiện toàn tổ hòa giải và công nhận, cho thôi tổ trưởng tổ hòa giải, hòa giải viên.

+ Xây dựng dự toán kinh phí hỗ trợ cho hoạt động hòa giải trình Hội đồng nhân dân cùng cấp hoặc cơ quan có thẩm quyền xem xét, quyết định; thực hiện hỗ trợ kinh phí cho hoạt động hòa giải tại xã, phường, thị trấn.

+ Chủ trì, phối hợp với Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam cấp xã tổ chức kiểm tra, sơ kết, tổng kết và khen thưởng về hòa giải ở cơ sở theo quy định của pháp luật về thi đua, khen thưởng; tiếp nhận, tổ chức thực hiện, khen thưởng hoặc đề nghị Ủy ban nhân dân cấp huyện khen thưởng tổ chức, cá nhân tham gia, đóng góp, hỗ trợ cho công tác hòa giải ở cơ sở của xã, phường, thị trấn khi cần thiết; định

kỳ sáu tháng, hằng năm và đột xuất khi có yêu cầu thực hiện thông kê, báo cáo Hội đồng nhân dân cùng cấp, Phòng Tư pháp kết quả thực hiện pháp luật về hòa giải ở cơ sở<sup>2</sup>.

### **2. Thực trạng công tác hòa giải ở cơ sở tại Tiền Giang từ năm 2021 đến 6 tháng đầu năm 2022**

Qua khảo sát trực tiếp, thu thập báo cáo, tài liệu từ năm 2021 đến 6 tháng đầu năm 2022, tác giả nhận thấy: Trong thời gian qua, Ủy ban nhân dân cấp xã đã ban hành các văn bản như Công văn về việc tăng cường thực hiện công tác hòa giải tại cơ sở năm 2021; triển khai Bộ tài liệu Chương trình khung bồi dưỡng kiến thức pháp luật, nghiệp vụ hòa giải ở cơ sở cho hòa giải viên cơ sở trên địa bàn. Đồng thời, UBND cấp xã tiếp tục thực hiện Kế hoạch liên tịch giữa UBND cấp xã với Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam về triển khai các đề án và kế hoạch như: Đề án “Củng cố, kiện toàn tổ chức và nâng cao hiệu quả hoạt động hòa giải cơ sở” trên địa bàn; Đề án “Nâng cao năng lực cho đội ngũ hòa giải viên ở cơ sở giai đoạn 2019-2022”; Kế hoạch tập huấn tập huấn phổ biến giáo dục pháp luật, hòa giải cơ sở; chuẩn tiếp cận pháp luật. Ngoài ra, UBND cấp xã đã rà soát, củng cố ra quyết định kiện toàn các tổ hòa giải. Hiện nay, hầu hết trên địa bàn cấp xã khắp ở các ấp, khu phố, cụm dân cư đều được bố trí các tổ hòa giải; hòa giải viên hầu hết là những người có hiểu biết pháp luật, có uy tín trong nhân dân.

Trong thời gian qua, công tác hòa giải ở cơ sở được xem như là cách thức hiệu quả nhất trong công tác tuyên truyền và phổ biến giáo dục pháp luật ở cơ sở của tỉnh Tiền Giang. Hòa giải ở cơ sở đã góp phần trực tiếp tác động đến việc nâng cao ý thức chấp hành pháp luật của nhân dân trên địa bàn tỉnh. Các hòa giải viên ở cơ sở đã vận dụng những quy định pháp luật để

<sup>2</sup> Nghị Quyết số 04/2017/NQ-HĐTP hướng dẫn một số quy định tại khoản 1 và khoản 3 Điều 192 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 về trả lại đơn khởi kiện, quyền nộp đơn khởi kiện lại vụ án.

giải thích, phân tích, hướng dẫn các bên, hòa giải viên đã giúp họ hiểu được quyền và nghĩa vụ của mình để từ đó xử sự phù hợp với quy định pháp luật. Bên cạnh đó, khi tiến hành hòa giải, các hòa giải viên không chỉ dựa trên các quy định của pháp luật mà còn dựa vào những chuẩn mực đạo đức, văn hóa ứng xử, phong tục, tập quán tốt đẹp để tác động tới tâm tư, tình cảm của các bên, làm cho các giá trị văn hóa truyền thống được bảo tồn và phát huy. Từ đó, công tác hòa giải ở cơ sở đã góp phần tích cực giữ gìn, duy trì đoàn kết trong nội bộ nhân dân; củng cố, phát huy tình cảm và đạo lý truyền thống tốt đẹp trong gia đình, cộng đồng.

Thêm vào đó, thực tế hoạt động công tác hòa giải ở cơ sở, đã cho thấy hoạt động hòa giải ở cơ sở góp phần tích cực trong việc giảm áp lực cho các cơ quan Nhà nước, cơ quan tư pháp; hạn chế đơn thư khiếu nại, tố cáo, nhất là hạn chế khiếu nại vượt cấp, kéo dài trên địa bàn tỉnh Tiền Giang. Hiện nay, vụ việc hòa giải ở cơ sở không tính phí, hòa giải viên làm việc trên cơ sở tự nguyện, vì lợi ích xã hội, lợi ích cộng đồng. Trong khi đó nếu giải quyết tranh chấp theo tố tụng dân sự nếu vụ việc được hòa giải thành do Thẩm phán tiến hành trước khi mở phiên tòa thì các đương sự phải chịu 50% án phí dân sự sơ thẩm. Đối với trường hợp vụ án dân sự đưa ra xét xử thì các đương sự phải nộp án phí theo quy định tại Nghị quyết số 326/2016/NQ-UBTVQH14 ngày 30/12/2016 của Ủy ban thường vụ Quốc hội quy định về mức thu, miễn, giảm, thu, nộp, quản lý và sử dụng án phí và lệ phí Tòa án. Đối với tranh chấp về dân sự, hôn nhân và gia đình không có giá ngạch thì mức án phí dân sự sơ thẩm là 300.000 đồng. Đối với

tranh chấp về dân sự, hôn nhân và gia đình có giá ngạch thì mức án phí căn cứ vào giá trị tài sản có tranh chấp<sup>3</sup>. Thực tế có không ít vụ án dân sự phải qua nhiều vòng tố tụng (sơ thẩm, phúc thẩm; giám đốc thẩm lại trở về sơ, phúc thẩm...), bên thắng kiện đôi khi không đủ bù đắp chi phí tố tụng; ngoài ra công việc của các bên đương sự bị ảnh hưởng do phải có mặt theo giấy triệu tập của Tòa án, điều này ảnh hưởng đến hoạt động bình thường của các bên, ảnh hưởng đến hoạt động sản xuất kinh doanh, thu nhập bị giảm sút. Thực tế từ khi triển khai Luật Hòa giải ở cơ sở năm 2013, công tác hòa giải ở cơ sở đã giúp giải quyết tranh chấp tại Tiền Giang một cách nhanh chóng, kịp thời; giảm thiểu rất nhiều chi phí kinh tế, tiết kiệm thời gian cho người dân và hạn chế tổn kém về nhân lực các cơ quan nhà nước của tỉnh Tiền Giang.

Tuy nhiên, công tác hòa giải ở cơ sở cũng những hạn chế nhất định như sau: hoạt động hòa giải ở cơ sở chưa chú trọng chiều sâu, chưa thể hiện đầy đủ và đúng nghĩa công tác hòa giải cơ sở. UBND cấp xã chưa quan tâm thực hiện tốt chế độ thống kê, kiểm tra, báo cáo, chưa theo dõi tình hình biến động về số liệu thực tế trong báo cáo cũng như chất lượng hòa giải cơ sở; chưa xây dựng kế hoạch khuyến khích các tổ hòa giải xây dựng mô hình mới cách làm hay mà hầu như chỉ khi có vụ việc phát sinh tổ hòa giải nhận đơn yêu cầu hòa giải và tiến hành hòa giải; UBND cấp xã chưa thực sự chú trọng công tác sơ kết, tổng kết rút kinh nghiệm trong công tác quản lý kiện toàn bộ máy, cơ chế khuyến khích, tuyên dương, công tác chi bồi dưỡng,.. cũng như chưa khuyến khích các tổ hòa giải tổ chức rút kinh nghiệm công tác hòa giải ở cơ sở.

<sup>3</sup> Giá trị tranh chấp từ trên 60 triệu đồng đến 400 triệu đồng thì nộp 5% của giá trị tranh chấp; từ trên 400 triệu đồng đến 800 triệu đồng thì nộp 20 triệu đồng + 4% của phần giá trị tranh chấp vượt quá 400 triệu đồng; từ trên 800 triệu đồng đến 2 tỷ đồng thì nộp 36 triệu đồng + 3% của phần giá trị tranh chấp vượt quá 800 triệu đồng; từ trên 2 tỷ đồng đến 4 tỷ đồng thì nộp 72 triệu đồng + 2% của phần giá trị tranh chấp vượt 2 tỷ đồng; từ trên 4 tỷ đồng thì nộp 112 triệu đồng + 0,1% của phần giá trị tranh chấp vượt 4 tỷ đồng.



Mặc dù, UBND cấp xã tạo điều kiện cho các hòa giải viên tham gia các lớp tập huấn nghiệp vụ, bồi dưỡng kiến thức pháp luật có liên quan cho hòa giải viên, nhưng, UBND cấp xã chưa có cơ chế kiểm tra chất lượng của các hòa giải viên cơ sở sau khi tập huấn bồi dưỡng. Bên cạnh đó, trong năm 2021, do tình hình dịch Covid-19 kéo dài nên các kế hoạch và việc triển khai thực hiện các đề án cũng gặp những khó khăn nhất là vấn đề tổ chức tập huấn nâng cao năng lực cho đội ngũ hòa giải viên ở cơ sở đến nay vẫn chưa được triển khai thực hiện kịp thời. Trong công tác tham mưu, bộ phận tư pháp chưa thực sự quan tâm tham mưu về quản lý hòa giải ở cơ sở đến lãnh đạo UBND cấp xã để có chế độ khen thưởng, chi thù lao kịp thời cho hòa giải viên ở cơ sở cũng như là chế độ báo cáo đúng đắn, kịp thời các trường hợp hòa giải ở cơ sở.

Công tác phối hợp giữa UBND cấp xã với Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam cấp xã hướng dẫn Ban công tác Mặt trận phối hợp với trường thôn, tổ trưởng tổ dân phố đối với việc kiện toàn tổ hòa giải đôi lúc chưa được nhịp nhàng, vẫn có nơi có lúc công tác hòa giải thiếu đi sự tham gia hoặc chưa phát huy hết vai trò của Ủy ban Mặt trận Tổ quốc. Việc UBND cấp xã hỗ trợ kinh phí cho hoạt động hòa giải ở cơ sở có nơi, có lúc hầu như chưa hỗ trợ kinh phí cho hòa giải viên: *“Kết quả, trong năm các tổ hòa giải ở cơ sở nhận được 01 vụ việc; đã hòa giải 01 vụ việc, trong đó hòa giải thành 01 vụ việc, đạt tỷ lệ 100%. Kinh phí đã chi: 0đ”; “Kinh phí dành cho công tác hòa giải ở cơ sở đã chi 0đ/2.450.000đ”*<sup>4</sup>.

Trong quản lý, UBND cấp xã cũng gặp không ít khó khăn như các quy định về hòa

giải ở cơ sở chưa được người dân, các cấp, các ngành quan tâm thực hiện đúng đắn và kịp thời. Trong công tác triển khai một số đề án của cấp trên còn chưa thể thực hiện như: Trong quá trình triển khai thực hiện Đề án: *“Tăng cường thực hiện công tác hòa giải tại cơ sở năm 2021”*; theo đó, UBND cấp xã cần tuyên truyền, hướng dẫn các bên thực hiện việc yêu cầu Tòa án nhân dân công nhận kết quả hòa giải thành theo quy định tại Chương XXXIII của Bộ Luật tố tụng dân sự năm 2015 và Hướng dẫn của Bộ Tư pháp tại Công văn số 1503/BTP-PBGDPL ngày 05/5/2017. Đến nay, hầu hết chưa có trường hợp nào hòa giải thành ở cơ sở đề nghị Tòa án công nhận kết quả hòa giải thành<sup>5</sup>.

### **3. Một số giải pháp nâng cao hiệu quả công tác hòa giải ở cơ sở và trách nhiệm của Ủy ban nhân dân cấp xã đối với hòa giải ở cơ sở tại tỉnh Tiền Giang**

*Một là*, UBND cấp xã cần tranh thủ sự quan tâm, chỉ đạo thường xuyên, kịp thời từ cấp ủy Đảng, chính quyền các cấp trong việc đề xuất chi chế độ cho công tác hòa giải ở cơ sở, chi phí về đầu tư hỗ trợ tài liệu, khuyến khích khen thưởng hòa giải viên xuất sắc,... và tạo những điều kiện thuận lợi khác.

*Hai là*, UBND cấp xã cần tiếp tục đôn đốc, tổ chức thực hiện có hiệu quả Đề án *“Nâng cao năng lực đội ngũ hòa giải viên ở cơ sở giai đoạn 2019-2022”* gắn với điều kiện, tình hình thực tế tại địa phương, cơ sở. Ngay khi tình hình dịch Covid-19 được kiểm soát, UBND cấp xã cần khẩn trương đề xuất mở lớp tập huấn nghiệp vụ nâng cao năng lực đội ngũ hòa giải viên ở cơ sở. Bên cạnh đó, UBND cấp xã cần xây dựng kế hoạch theo từng lộ trình và

<sup>4</sup> Báo cáo số 1198/BC-UBND về kết quả thực hiện công tác phổ biến giáo dục pháp luật; hòa giải ở cơ sở, xây dựng xã đạt chuẩn tiếp cận pháp luật năm 2021, UBND xã Đạo Thạnh, tr.7, tr.8.

<sup>5</sup> Báo cáo số 226/BC- PTP của Phòng Tư pháp Huyện Tân Phước về Tổng kết công tác Tư pháp năm 2021 và phương hướng, nhiệm vụ năm 2022.

## CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

triển khai thực hiện có hiệu quả các kế hoạch tăng cường năng lực cho Hòa giải viên, Tổ trưởng hòa giải, Trưởng thôn/xóm, cán bộ các tổ chức quần chúng ở thôn/xóm; công chức tư pháp hộ tịch cấp xã; Thực hiện tốt cơ chế phối hợp quản lý nhà nước về hòa giải ở cơ sở theo hướng dẫn tại Nghị quyết liên tịch số 01/2014/NQLT/CP-UBTUMTTQVN; UBND cấp xã cần khuyến khích xây dựng mô hình hòa giải cơ sở, đặc biệt các mô hình có sự liên kết với Tổ hòa giải và hội viên Hội Luật gia cư trú ở cơ sở để được hướng dẫn việc áp dụng pháp luật, đưa ra được tiên liệu hậu quả pháp lý bất lợi nếu các bên không lựa chọn con đường hòa giải mà chọn con đường khiếu nại, tố cáo hay khởi kiện.

*Ba là*, UBND cấp xã cần có kế hoạch tăng cường thường xuyên hiệu quả hoạt động, phát huy tính chủ động, sáng tạo của bộ phận tư pháp trong việc đề xuất, tham mưu UBND cấp xã quản lý nhà nước về công tác hòa giải ở cơ sở.

Trong đó, kế hoạch cần nâng cao nhận thức và trách nhiệm cho đội ngũ cán bộ, công chức cấp xã trong lãnh đạo, chỉ đạo công tác hòa giải ở cơ sở để hiểu rõ mục đích và ý nghĩa hết sức to lớn, thiết thực của công tác hòa giải, hướng dẫn, giúp đỡ, thuyết phục các bên tranh chấp đạt được thỏa thuận, tự nguyện giải quyết với nhau những việc vi phạm pháp luật và tranh chấp ngay từ đầu, không để việc nhỏ phát sinh thành việc lớn dẫn đến phức tạp, kéo dài, gây ra những hậu quả nghiêm trọng. Khi đề xuất tham mưu đến lãnh đạo UBND cấp xã trong quản lý nhà nước về hòa giải ở cơ sở, bộ phận tư pháp nên quan tâm đến những đặc thù riêng về phong tục tập quán để đề xuất tham mưu về hướng các chế độ chính sách, thù lao hòa giải sao cho kịp thời và phù hợp với quy định, đảm bảo chế độ cho hòa giải viên ở cơ sở. Bộ phận tư pháp cần phổ biến kịp thời đề cương phổ biến luật và kỹ năng nghiệp vụ hòa giải ở cơ sở mà Bộ Tư pháp ban hành.

*Bốn là*, UBND cấp xã cần tăng cường phối hợp với Ủy ban Mặt trận Tổ quốc cùng cấp trong quản lý công tác hòa giải ở cơ sở và tổ chức phổ biến sâu rộng Luật Hòa giải ở cơ sở và các văn bản hướng dẫn có liên quan.

Kế hoạch phối hợp tổ chức phổ biến sâu rộng Luật Hòa giải ở cơ sở và các văn bản hướng dẫn có liên quan cần theo lộ trình nhất định, trước hết là cho Ban hòa giải cấp xã, Tổ hòa giải và Hòa giải viên, sau đó cho người dân từng thôn/xóm/tổ dân phố. Đồng thời, các bộ phận phối hợp cần khéo léo đề xuất lồng ghép thực hiện pháp luật về hòa giải ở cơ sở trong xây dựng và thực hiện hương ước, quy ước của thôn, làng, bản, ấp, cụm dân cư.

*Năm là*, UBND cấp xã cần triển khai việc đề nghị công nhận kết quả hòa giải thành từ Tòa án, đưa pháp luật về Hòa giải ở cơ sở và Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 vào đời sống.

Thực tiễn công tác hòa giải nói chung cho thấy, hoà giải ở cơ sở đã góp phần giải quyết có hiệu quả các tranh chấp, tiết kiệm thời gian, chi phí, công sức của nhân dân cũng như của Nhà nước. Việc hòa giải thành thông qua hòa giải ở cơ sở hoặc tại UBND cấp xã do các bên thỏa thuận phương án giải quyết tranh chấp và tự nguyện thi hành; trong trường hợp các bên không thi hành, thì có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết. Để tạo điều kiện cho các bên tham gia hòa giải ngoài Tòa án được Tòa án công nhận kết quả hòa giải thành, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 đã dành 01 chương (Chương XXXIII) quy định về thủ tục công nhận kết quả hòa giải thành ngoài Tòa án. UBND cấp xã cần triển khai tiếp tục đề nghị công nhận kết quả hòa giải thành từ Tòa án, đưa pháp luật về Hòa giải ở cơ sở và Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 vào đời sống; thực hiện tốt trách nhiệm quản lý nhà nước về công tác hòa giải ở cơ sở của UBND cấp xã ■

