

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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



Số 14 (414)  
Kỳ 2 - Tháng 7/2020

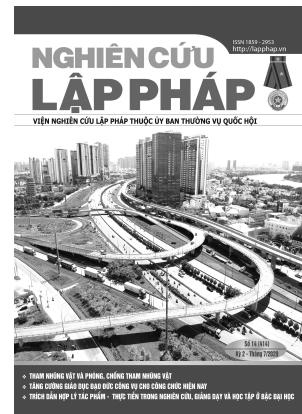
- ❖ THAM NHỮNG VẬT VÀ PHÒNG, CHỐNG THAM NHỮNG VẬT
- ❖ TĂNG CƯỜNG GIÁO DỤC ĐẠO ĐỨC CÔNG VỤ CHO CÔNG CHỨC HIỆN NAY
- ❖ TRÍCH DẪN HỢP LÝ TÁC PHẨM - THỰC TIỄN TRONG NGHIÊN CỨU, GIẢNG DẠY VÀ HỌC TẬP Ở BẬC ĐẠI HỌC



# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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



## Mục lục Số 14/2020

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Một số điểm chưa thống nhất trong văn bản pháp luật ở nước ta hiện nay

**GS. TS. Nguyễn Minh Đoan**

- 7** Tham nhũng vặt và phòng, chống tham nhũng vặt

**PGS. TS. Vũ Công Giao**

- 14** Nội luật hóa các cam kết trong Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương về bảo hộ nhãn hiệu

**ThS. Nguyễn Thị Nguyệt**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 21** Bảo đảm quyền tự do cư trú của công dân

**ThS. Phan Thị Bình Thuận**

### CHÍNH SÁCH

- 25** Tăng cường giáo dục đạo đức công vụ cho công chức hiện nay

**TS. Đoàn Nam Đàn**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 32** Trích dẫn hợp lý tác phẩm - thực tiễn trong nghiên cứu, giảng dạy và học tập ở bậc đại học

**ThS. Trần Quang Trung**

- 43** Bảo đảm quyền của người bị tạm giam theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015

**TS. Nguyễn Ngọc Kiên – ThS. Phạm Xuân Minh**

- 48** Thời điểm thực hiện quyền yêu cầu phản tố của bị đơn theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam

**Nguyễn Ngọc Sơn**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 56** Quy chế quản tài viên trong so sánh với Luật Phá sản của Trung quốc và Singapore

**TS. Đào Thị Thu Hằng**

#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)  
TS. Nguyễn Văn Giàu  
PGS. TS. Nguyễn Thanh Hải  
PGS. TS. Đinh Văn Nhã  
TS. Nguyễn Văn Luật  
TS. Lê Hải Đường  
TS. Lương Minh Tuấn (Thư ký)  
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: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: [nclp@quochoi.vn](mailto:nclp@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

#### PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

#### TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: **25.000 ĐỒNG**

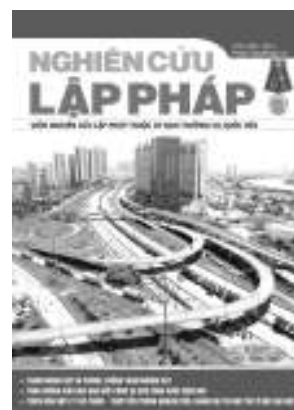
**Ảnh bìa:** Giao thông phát triển

**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 14/2020

### STATE AND LAW

- 3** A number of Inconsistencies in the Current Legal Documents in our Country

**Prof. Dr. Nguyen Minh Doan**

- 7** Petty Corruption and Prevention and Fight against Petty Corruptions

**Prof. Dr. Vu Cong Giao**

- 14** Internalization of the Commitments in the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership Agreement on Trademark Protection

**LLM. Nguyen Thi Nguyet**

### DISCUSSION OF BILLS

- 21** Assurance of Right to Freedom of Residence

**LLM. Phan Thi Binh Thuan**

### POLICIES

- 25** Strengthening Education in Civil Service Ethics for Public Servants

**Dr. Doan Nam Dan**

### LEGAL PRACTICE

- 32** Appropriate Quotations - Practices in Studies, Teaching and Learning in Higher Education

**LLM. Tran Quang Trung**

- 43** Assurance of the Detainees' Rights under the Provisions of the Criminal Procedure Code of 2015

**Dr. Nguyen Ngoc Kien - LLM. Pham Xuan Minh**

- 48** The Time of Exercising of the Counterclaim of the Defendants under the Provisions of the Civil Procedure Code.

**Nguyen Ngoc Son**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 56** The Provisions on Asset Management Officier in Comparison with the Legal Regulations on Bankruptcy of Singapore and China

**Dr. Dao Thi Thu Hang**

#### EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)  
Dr. Nguyen Van Giau  
Prof. Dr. Nguyen Thanh Hai  
Prof. Dr. Dinh Van Nha  
Dr. Nguyen Van Luat  
Dr. Le Hai Duong  
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)  
Prof. Dr. Vu Cong Giao  
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong  
Prof. Dr. Vu Hong Anh

#### CHIEF EDITOR IN CHARGE:

Dr. LUONG MINH TUAN

#### OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HANOI.  
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: [nclp@quochoi.vn](mailto:nclp@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### DESIGN:

HOANG NHI

#### LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

#### DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

#### ACCOUNT NUMBER:

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

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY TAYHO PRINTING  
JOINT STOCK COMPANY

Price: 25.000 VND

# MỘT SỐ ĐIỂM CHƯA THỐNG NHẤT TRONG VĂN BẢN PHÁP LUẬT Ở NƯỚC TA HIỆN NAY

**Nguyễn Minh Đoan**

GS.TS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Tính thống nhất của pháp luật, Hiến pháp, luật, thuật ngữ pháp lý.

## Lịch sử bài viết:

Ngày nhận bài : 08/7/2020

Biên tập : 17/7/2020

Duyệt bài : 22/7/2020

## Article Information:

*Keywords:* The consistency of the laws, the Constitution, laws, legal terms.

## Article History:

Received : 08 Jul. 2020

Edited : 17 Jul. 2020

Approved : 22 Jul. 2020

## Tóm tắt:

Tính thống nhất của pháp luật là điều kiện thuận lợi cho việc nhận thức và thực hiện của các tổ chức và cá nhân, chính xác, thống nhất. Tính thống nhất của pháp luật Việt Nam ngày càng cao, nhiều văn bản được ban hành với chất lượng rất cao, nhưng vẫn còn hiện tượng chưa thống nhất trong các văn bản pháp luật đã được ban hành biểu hiện ở các phương diện khác nhau. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích những điểm chưa thống nhất trong các văn bản pháp luật ở nước ta hiện nay.

## Abstract:

The consistency of the laws is a favorable condition for the perception and implementation of organizations and individuals in an accurate and uniform manner. The consistency of the Vietnamese laws is higher and higher complied, several legal documents have been issued with high quality. However, there is still a phenomenon of inconsistency in the promulgated legal documents, which is manifested in different aspects. Within the scope of this article, the author analyzes the inconsistencies in the current legal documents in our country.

## 1. Về sử dụng thuật ngữ pháp lý

Một trong những tiêu chí quan trọng để đánh giá mức độ hoàn thiện của một hệ thống pháp luật là ngôn ngữ sử dụng và kỹ thuật thể hiện. Theo quy định hiện hành, ngôn ngữ sử dụng trong văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) của Việt Nam phải là tiếng Việt và phải chính xác, phổ thông, cách diễn đạt phải rõ ràng, dễ hiểu. Hầu hết các VBQPPL ở nước ta đều sử dụng ngôn ngữ tiếng Việt phổ thông, dễ hiểu. Tuy nhiên, một số VBQPPL còn sử dụng các thuật ngữ không thống nhất ngay trong cùng văn bản hoặc giữa các văn bản khác nhau để biểu đạt về cùng một nội dung. Ví dụ, theo quy định của Hiến pháp năm 2013, Quốc hội *làm hiến pháp, làm luật* (Điều 70); Ủy ban thường vụ Quốc hội *ra pháp lệnh* (Điều 74); Chủ tịch

nước *ban hành lệnh, quyết định* (Điều 91); Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ *ban hành văn bản pháp luật*... Như vậy, giữa các điều của Hiến pháp cũng chưa có sự thống nhất trong việc sử dụng thuật ngữ (Quốc hội *làm luật*... Ủy ban thường vụ Quốc hội *ra pháp lệnh*... Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng *ban hành* văn bản pháp luật...). Câu hỏi đặt ra là vì sao cùng là hoạt động tạo ra VBQPPL những mỗi cơ quan lại được gắn với một thuật ngữ khác nhau. Vậy, *làm* văn bản, *ra* văn bản với *ban hành* văn bản khác nhau ở những điểm nào, vì sao chúng lại được sử dụng khác nhau như vậy?

Cũng để chỉ các hoạt động nêu trên, Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 (Luật Ban hành VBQPPL) lại chỉ sử dụng thuật

ngữ ban hành (Quốc hội *ban hành luật* đề... (Điều 15); Ủy ban thường vụ Quốc hội *ban hành pháp lệnh* đề... (Điều 16), thậm chí Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 (Luật Tổ chức Quốc hội) cũng quy định: Căn cứ Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam; Quốc hội *ban hành Luật Tổ chức Quốc hội*). Như vậy, giữa Hiến pháp với Luật Ban hành VBQPPL chưa có sự thống nhất trong sử dụng thuật ngữ để chỉ hoạt động sáng tạo VBQPPL.

Điều 5 Luật Tổ chức Quốc hội với tiêu đề “làm luật và sửa đổi luật” quy định:

“1. Quốc hội quyết định chương trình xây dựng luật, pháp lệnh theo đề nghị của Ủy ban thường vụ Quốc hội.

2. Các dự án luật trước khi trình Quốc hội phải được Hội đồng dân tộc hoặc Ủy ban của Quốc hội thẩm tra, Ủy ban thường vụ Quốc hội cho ý kiến.

3. Quốc hội thảo luận, xem xét, thông qua dự án luật tại một hoặc nhiều kỳ họp Quốc hội căn cứ vào nội dung của dự án luật”.

Như vậy, nếu Luật Ban hành VBQPPL hiểu thuật ngữ “làm luật” với “ban hành luật” cùng một nghĩa, thì theo quy định của Luật Tổ chức Quốc hội, “làm luật” khác với “ban hành luật”.

Việc sử dụng các thuật ngữ khác trong Hiến pháp và văn bản luật cũng rất đa dạng và chưa thống nhất. Ví dụ, Hiến pháp năm 2013 quy định: Công dân có nghĩa vụ *tuân theo Hiến pháp và pháp luật*; tham gia bảo vệ an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội và *chấp hành những quy tắc sinh hoạt công cộng* (Điều 46); Viện kiểm sát nhân dân có nhiệm vụ bảo vệ pháp luật, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, góp phần bảo đảm *pháp luật được chấp hành* nghiêm chỉnh và thống nhất (Điều 107); Quốc hội có nhiệm vụ và quyền hạn: Thực hiện quyền giám sát tối cao việc *tuân theo Hiến pháp, luật và nghị quyết* của Quốc hội (Điều 70); Ủy ban thường vụ Quốc

Hội có những nhiệm vụ và quyền hạn... giám sát việc *thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết* của Ủy ban thường vụ Quốc hội (Điều 74); Đại biểu Quốc hội phổ biến và vận động Nhân dân *thực hiện Hiến pháp và pháp luật* (Điều 79)... Câu hỏi đặt ra là *tuân theo* hiến pháp và pháp luật với *chấp hành, thi hành, thực hiện* hiến pháp và pháp luật có khác nhau không? Nếu Quốc hội *giám sát việc tuân theo Hiến pháp, luật...* thì vì sao Ủy ban thường vụ Quốc hội lại *giám sát việc thi hành Hiến pháp, luật...* Ủy ban thường vụ Quốc hội là một cơ quan của Quốc hội nên nhiệm vụ, quyền hạn phải là một bộ phận của nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội, theo cách suy luận này phải hiểu *giám sát việc thi hành* Hiến pháp, luật phải nằm trong *giám sát việc tuân theo* Hiến pháp, luật. Vậy, *tuân theo* và *thi hành* Hiến pháp, luật... khác nhau ở những điểm nào?

Cũng về hoạt động này, Điều 113 Hiến pháp quy định: Hội đồng nhân dân... giám sát việc *tuân theo Hiến pháp và pháp luật* ở địa phương và việc *thực hiện* nghị quyết của Hội đồng nhân dân. Nghị quyết của Hội đồng nhân dân là văn bản quy phạm pháp luật, là một bộ phận của pháp luật. Vậy, vì sao lại phải sử dụng hai thuật ngữ là “giám sát việc tuân theo pháp luật” và “giám sát việc thực hiện nghị quyết”.

Theo quy định của Hiến pháp, công dân có nghĩa vụ *tuân theo Hiến pháp và pháp luật*, vậy họ có nghĩa vụ *thi hành và chấp hành Hiến pháp, pháp luật* không? Đại biểu Quốc hội sao không vận động nhân dân *tuân theo và thi hành Hiến pháp, pháp luật* mà lại vận động nhân dân *thực hiện Hiến pháp, pháp luật*? Viện kiểm sát nhân dân sao lại chỉ bảo đảm cho pháp luật được *chấp hành* nghiêm chỉnh, thống nhất mà không phải là bảo đảm cho *Hiến pháp và pháp luật được tuân theo, thi hành, chấp hành* nghiêm chỉnh, thống nhất. Vấn đề đặt ra là nên hiểu về nội hàm của các thuật ngữ trong Hiến pháp, pháp luật Việt Nam như thế nào cho đúng.

Dưới góc độ ngôn ngữ, các thuật ngữ

nêu trên sẽ được hiểu không giống nhau. Theo Đại từ điển tiếng Việt (Nxb. Văn hóa thông tin, Hà Nội, 1998) thì “*tuân*” là nghe theo, làm đúng theo điều đã định ra; “*tuân thủ*” là *giữ đúng, làm đúng theo điều đã quy định*; “*chấp hành*” là *làm đúng theo điều tổ chức quyết định, đề ra*; “*thi hành*” là thực hiện điều đã chính thức quyết định; “*thực hiện*” là *làm cho trở thành cái có thật bằng hoạt động cụ thể hoặc làm theo trình tự, phép tắc nhất định*<sup>1</sup>. Tương tự như vậy, Từ điển tiếng Việt (Nxb. Đà Nẵng - Trung tâm từ điển học, Đà Nẵng, 2003) cũng cho rằng, “*tuân*” là *làm đúng theo một cách có ý thức điều đã định ra hoặc coi như đã định ra*; “*tuân thủ*” là *giữ và làm đúng theo điều đã quy định*; “*chấp hành*” là *làm theo điều do tổ chức định ra*; “*thực hiện*” là *bằng hoạt động làm cho trở thành sự thật*<sup>2</sup>...

Trong khoa học pháp lý Việt Nam và ở một số quốc gia trên thế giới, các thuật ngữ nêu trên được giải thích với nội hàm khá thống nhất như sau: Giáo trình Lý luận nhà nước và pháp luật của các cơ sở đào tạo luật đều cho rằng, “*thực hiện pháp luật*” là *hành vi thực tế, hợp pháp, có mục đích của các chủ thể được hình thành trong quá trình hiện thực hóa các quy định của pháp luật và có các hình thức thực hiện pháp luật như: “tuân thủ pháp luật, thi hành pháp luật, sử dụng pháp luật, áp dụng pháp luật”*<sup>3</sup>. Từ điển bách khoa Việt Nam (của Hội đồng quốc gia chỉ đạo biên soạn Từ điển bách khoa Việt Nam) cũng mô tả, “*Thực hiện pháp luật*” là đưa pháp luật vào đời sống. Gồm các hình thức cơ bản là áp dụng pháp luật, tuân thủ pháp luật, sử dụng pháp luật. Áp dụng pháp luật là hoạt động của các cơ quan công quyền (Tòa án, các cơ quan hành chính nhà nước);

tuân thủ pháp luật, thi hành pháp luật, sử dụng pháp luật là các hình thức thực hiện pháp luật của mọi chủ thể của các quan hệ pháp luật”<sup>4</sup>. Tương tự như vậy, Từ điển Luật học năm 2006 của Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp cũng xác định: *Thực hiện pháp luật* là “*hành vi của chủ thể (hành động hoặc không hành động) được tiến hành phù hợp với quy định, yêu cầu của pháp luật, tức là không trái, không vượt quá khuôn khổ mà pháp luật quy định*”. Có bốn hình thức thực hiện pháp luật gồm: *Tuân thủ pháp luật* là “*hình thức thực hiện pháp luật một cách thụ động, thể hiện ở sự kiềm chế của chủ thể không vi phạm các quy định cấm đoán của pháp luật*”; *thi hành pháp luật* là: “*hình thức thực hiện pháp luật một cách chủ động. Chủ thể pháp luật phải thực hiện một thao tác nhất định mới có thể thực hiện pháp luật được*”; *sử dụng pháp luật* là “*khả năng của các chủ thể pháp luật có thể sử dụng, khai thác hay không sử dụng, khai thác, hưởng quyền mà pháp luật đã dành cho mình*”; *áp dụng pháp luật* là “*hoạt động của cơ quan nhà nước có thẩm quyền dựa trên các quy định của pháp luật để giải quyết, xử lý những vấn đề cụ thể thuộc trách nhiệm của mình trái, không vượt quá khuôn khổ mà pháp luật đã quy định*”<sup>5</sup>. Như vậy, “*thực hiện pháp luật*” là làm cho các quy định của pháp luật trở thành hiện thực bằng hoạt động cụ thể với bốn cách thức là: tuân thủ pháp luật (đối với quy phạm cấm), thi hành pháp luật (đối với quy phạm bắt buộc), sử dụng pháp luật (đối với quy phạm quy định quyền, tự do pháp lý), áp dụng pháp luật (đối với chủ thể có thẩm quyền). Các tài liệu trên không đề cập đến “*chấp hành pháp luật*” và “*tuân theo pháp luật*”. Điều này cho thấy, đã không

- 1 Xem, Bộ Giáo dục và Đào tạo, Đại từ điển tiếng Việt, Nguyễn Như Ý chủ biên, Nxb. Văn hóa thông tin, Hà Nội 1998, tr.1744, 329, 1471, 42.
- 2 Xem, Viện Ngôn ngữ học, Từ điển tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng- Trung tâm từ điển học, 2003, tr.1601, 143, 876.
- 3 Xem, Giáo trình Lý luận về nhà nước và pháp luật của Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.401- 403; Giáo trình Lý luận về nhà nước và pháp luật của Khoa luật Đại học Quốc gia Hà Nội.
- 4 Từ điển bách khoa Việt Nam, Nxb. Từ điển bách khoa, Hà Nội, 2005, quyển 4 tr.344.
- 5 Viện Khoa học pháp lý Bộ tư pháp, Từ điển Luật học, Nxb. Tư pháp, 2006, tr.758.

có sự thống nhất giữa khoa học pháp lý và các văn bản pháp luật Việt Nam trong việc sử dụng một số thuật ngữ.

Việc sử dụng các thuật ngữ pháp lý không thống nhất trong các văn bản pháp luật, đặc biệt là Hiến pháp và văn bản luật sẽ ảnh hưởng đến sự thống nhất trong nhận thức, giải thích và thực hiện pháp luật cũng như trong hoạt động nghiên cứu, giảng dạy. Câu hỏi đặt ra ở đây là: lý luận có xuất phát từ thực tiễn cuộc sống hay chưa và thực tiễn đã được soi đường bằng lý luận chưa, trong trường hợp này lý luận hay thực tiễn phải thay đổi để tiệm cận lẫn nhau?

### 2. Việc quy định nhiệm vụ, quyền hạn cho các cơ quan nhà nước

Việc quy định nhiệm vụ và quyền hạn cho các cơ quan nhà nước trong các Hiến pháp và văn bản luật cũng chưa thống nhất. Theo quy định của Hiến pháp, Thủ tướng Chính phủ có nhiệm vụ, quyền hạn: Tổ chức thi hành pháp luật (Điều 98); Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ là thành viên Chính phủ tổ chức thi hành và theo dõi việc thi hành pháp luật liên quan đến ngành, lĩnh vực trong phạm vi toàn quốc (Điều 99); Chính quyền địa phương tổ chức và bảo đảm việc thi hành Hiến pháp, pháp luật tại địa phương (Điều 112); Ủy ban nhân dân tổ chức việc thi hành Hiến pháp và pháp luật ở địa phương; tổ chức thực hiện nghị quyết của Hội đồng nhân dân và thực hiện các nhiệm vụ do cơ quan nhà nước cấp trên giao (Điều 114)...

Những quy định trên cho thấy, Thủ tướng Chính phủ, bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ chỉ được tổ chức thi hành pháp luật (Điều 98), tổ chức thi hành và theo dõi việc thi hành pháp luật (Điều 99). Các cơ quan trên không được tổ chức thi hành và theo dõi thi hành Hiến pháp, còn chính quyền địa phương thì lại được tổ chức và bảo đảm việc thi hành Hiến pháp và pháp luật (Điều 112) giám sát việc tuân theo Hiến pháp và pháp luật (Điều 113).

Chúng tôi cho rằng, Thủ tướng Chính phủ và các Bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ cũng phải tổ chức thi hành Hiến

pháp và theo dõi việc thi hành Hiến pháp thì mới đầy đủ. Bên cạnh đó, Hiến pháp trao cho Chính phủ nhiệm vụ tổ chức thi hành Hiến pháp, luật... (Điều 96), Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ tổ chức thi hành pháp luật và theo dõi thi hành pháp luật... (Điều 99), nhưng lại không quy định cho Chính phủ nhiệm vụ “theo dõi thi hành Hiến pháp, luật...” là không tương xứng với nhiệm vụ tổ chức thi hành Hiến pháp, luật... của Chính phủ.

Quốc hội, Hội đồng nhân dân đều là các cơ quan quyền lực nhà nước, nếu Điều 4 Hiến pháp 1959 và Điều 6 ở các Hiến pháp năm 1980, năm 1992 đều quy định: Quốc hội và Hội đồng nhân dân là những cơ quan đại diện cho ý chí và nguyện vọng của nhân dân, do nhân dân bầu ra và chịu trách nhiệm trước nhân dân, thì Hiến pháp năm 2013 chỉ quy định: “Hội đồng nhân dân chịu trách nhiệm trước Nhân dân địa phương và cơ quan nhà nước cấp trên” (Điều 113). Như vậy, trách nhiệm của Quốc hội và Hội đồng nhân dân trước nhân dân không được quy định giống nhau. Câu hỏi đặt ra là vì sao Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của Nhân dân, do Nhân dân cả nước bầu ra nhưng Hiến pháp lại không phải “chịu trách nhiệm trước Nhân dân”?

### 3. Kiến nghị

Những vấn đề chúng tôi nêu trên có ảnh hưởng không nhỏ đến việc nhận thức, giải thích, thực hiện pháp luật và truyền bá khoa học pháp lý trong xã hội. Việc sử dụng không thống nhất các thuật ngữ pháp lý trong các văn bản pháp luật sẽ gây nhiều phiền hà cho việc xây dựng, thực hiện pháp luật, các đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân, các luật gia, người dân... tốn kém rất nhiều thời gian, công sức trong việc tranh cãi về thuật ngữ pháp lý và nội hàm của nó. Để khắc phục những tình trạng này, chúng tôi cho rằng, cần chuẩn hóa và thống nhất nội hàm của các thuật ngữ pháp lý thông qua việc ban hành Luật về các thuật ngữ pháp lý hoặc xây dựng Bộ từ điển về

(Xem tiếp trang 31)



# THAM NHŨNG VẬT VÀ PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG VẬT<sup>1</sup>

Vũ Công Giao

PGS.TS. Khoa Luật ĐHQG Hà Nội.

## Thông tin bài viết:

*Từ khoá:* Tham nhũng; tham nhũng lớn; tham nhũng vật; biện pháp phòng, chống tham nhũng vật.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 21/6/2020

Biên tập : 11/7/2020

Duyệt bài : 15/7/2020

## Article Infomation:

*Keywords:* Corruption; grand corruption; petty corruption; measures to prevent and fight gainst petty corruption.

## Article History:

Received : 21 Jun 2020

Edited : 11 Jul. 2020

Approved : 15 Jul. 2020

## Tóm tắt:

Tham nhũng vật là tệ nạn xã hội xảy ra phổ biến từ lâu ở nhiều quốc gia. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích khái niệm, đặc điểm, hậu quả và các biện pháp phòng, chống tham nhũng vật ở một số quốc gia; đưa ra những nhận xét, đánh giá về khả năng vận dụng những kinh nghiệm đó ở Việt Nam.

## Abstract:

Petty corruption is a social evil commonly occurring for a long time in several countries. Within the scope of this article, the author analyzes the concept, characteristics, consequences and measures to prevent and fight against the petty corruption in some countries; provides comments and evaluations on the applicability of those experiences in Vietnam.

## 1. Khái niệm, đặc điểm của tham nhũng vật

Trong tài liệu của một số tổ chức quốc tế, khái niệm tham nhũng vật (*petty corruption* - có thể dịch là tham nhũng nhỏ hay tham nhũng vật) thường được sử dụng để so sánh với một khái niệm tham nhũng lớn (*grand corruption*)<sup>2</sup>. Trong mối quan hệ so sánh với tham nhũng lớn, Tổ chức Minh bạch quốc tế (TI) định nghĩa, tham nhũng vật là hành vi “lạm dụng quyền lực được giao của các cán bộ, công chức cấp thấp và

cấp trung trong tương tác hàng ngày với người dân, thường khi người dân có nhu cầu tiếp cận với hàng hóa hoặc dịch vụ cơ bản như bệnh viện, trường học, cảnh sát và các cơ quan khác”<sup>3</sup>.

Xét về bản chất, *grand* hay *petty corruption* đều là sự lạm dụng quyền lực được giao để thu lợi riêng, đều là hành vi vi phạm pháp luật, đều là tệ nạn xã hội, và vì thế đều phải đấu tranh để xoá bỏ. Tuy nhiên, trong quản trị nhà nước, xuất hiện nhu cầu

- 1 Bài viết là sản phẩm của Đề tài khoa học và công nghệ trọng điểm cấp Nhà nước “Công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình trong tổ chức và hoạt động của các cơ quan hành chính nhà nước đáp ứng yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa” mã số KX 01.41/16-20.
- 2 Về *grand corruption*, xem: TI, What is grand corruption and how can we stop it?, trên [https://www.transparency.org/news/feature/what\\_is\\_grand\\_corruption\\_and\\_how\\_can\\_we\\_stop\\_it](https://www.transparency.org/news/feature/what_is_grand_corruption_and_how_can_we_stop_it).
- 3 Tổ chức Minh bạch quốc tế 2009.

cần phân loại các hành vi tham nhũng theo các tiêu chí khác nhau, để có thể phòng, chống tham nhũng hiệu quả. Sự phân chia thành tham nhũng lớn, tham nhũng nhỏ không hàm ý có sự khác biệt về bản chất hay mức độ nguy hại của mỗi loại tham nhũng, mà chủ yếu là để xác định các điểm đặc thù, từ đó có chiến lược, giải pháp xử lý phù hợp.

Trên thế giới hiện nay, đã có một số công trình nghiên cứu nêu ra những đặc điểm có tính chất so sánh để phân biệt giữa tham nhũng lớn và tham nhũng nhỏ<sup>4</sup>. Qua những nghiên cứu đó, có thể thấy sự khác biệt rõ ràng nhất giữa tham nhũng lớn và tham nhũng nhỏ là về chủ thể (hành vi tham nhũng nhỏ thường là của quan chức cấp thấp và cấp trung, tham nhũng lớn thường là của quan chức cấp cao), về bối cảnh, tính chất (tham nhỏ thường diễn ra ở cấp độ cơ sở, có tính chất thường xuyên, tham nhũng lớn thường diễn ra ở cấp độ cao - tức là trong việc xây dựng và quản lý việc thực thi chính sách, mức độ xảy ra ít hơn) và về biểu hiện (tham nhũng nhỏ thường thể hiện dưới dạng những khoản hối lộ có giá trị nhỏ, bằng tiền mà người dân và doanh nghiệp phải trực tiếp trả cho cán bộ, công chức để đẩy nhanh việc cung cấp các dịch vụ công, còn tham nhũng

lớn gắn với khoản hối lộ có giá trị lớn và rất lớn, thường được thực hiện một cách tinh vi, liên quan đến việc xây dựng và điều hành, giám sát thực thi chính sách). Từ góc nhìn của quản trị nhà nước, *tham nhũng vặt thường chỉ “làm trái”, “vi phạm” chính sách một cách đơn thuần, trong khi tham nhũng lớn thường gắn với việc “lợi dụng” hay “lèo lái”, “định hướng” chính sách để thu lợi riêng*. Biểu hiện nguy hiểm nhất của tham nhũng lớn là state capture (thâu tóm nhà nước), trong đó các quan chức cấp cao và doanh nghiệp lớn bắt tay “thao túng” quá trình hoạch định chính sách công để thu lợi bất chính<sup>5</sup>.

Tuy vậy, cần thấy rằng, những yếu tố để phân biệt tham nhũng lớn và tham nhũng vặt chủ yếu mang tính định tính, không phải định lượng. Vì thế, trong thực tế, sự phân loại này chỉ có ý nghĩa trong việc hoạch định chiến lược, chính sách, ít có ý nghĩa trong việc xác định các vi phạm và chế tài cụ thể với các hành vi tham nhũng. Đây chính là lý do dẫn tới những tranh cãi khi cố gắng xác định dạng hành vi, số tiền hối lộ, cấp quan chức... mà có thể được xem là tham nhũng lớn hay tham nhũng vặt trong những tình huống hay bối cảnh cụ thể.

- 4 Xem: - Bohorquez E và Devrim D 2012 Cracking the myth of petty bribery (Khám phá bí ẩn hối lộ và tham nhũng vặt); [https://www.cidob.org/publicaciones/serie\\_de\\_publicacion/notes\\_internacionales/n1\\_51/cracking\\_the\\_myth\\_of\\_petty\\_bribery](https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/notes_internacionales/n1_51/cracking_the_myth_of_petty_bribery).  
- Clarke G. 2008, How petty is petty corruption? evidence from firm survey in Africa (Tham nhũng vặt có còn là vấn đề nhỏ? Bằng chứng từ khảo sát doanh nghiệp ở châu Phi), trên <https://mpr.aub.uni-muenchen.de/15073/>;  
- Bohorquez E và Devrim D 2012. Cracking the myth of petty bribery (Khám phá bí ẩn hối lộ và tham nhũng vặt), trên [https://www.cidob.org/publicaciones/serie\\_de\\_publicacion/notes\\_internacionales/n1\\_51/cracking\\_the\\_myth\\_of\\_petty\\_bribery](https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/notes_internacionales/n1_51/cracking_the_myth_of_petty_bribery);  
- De Rosa, D. Gooroochurn, N. và Görg, H. 2010, Corruption and Productivity: Firm-Level Evidence from the BEEPS Survey (Tham nhũng và năng suất: Bằng chứng ở cấp độ doanh nghiệp từ khảo sát BEEPS), trên <http://ideas.repec.org/p/kie/kieliw/1632.html>;  
- Jahnke B. 2015, How does petty corruption affect tax morale in Sub-Saharan Africa? An empirical analysis (Phân tích thực nghiệm: Tham nhũng vặt ảnh hưởng như thế nào đến tinh thần đóng thuế ở châu Phi cận Sahara?), trên <https://ideas.repec.org/p/han/dpaper/dp-564.html>;  
- Klarify Blog 2018. Why do we care so much about petty corruption? (Vì sao chúng ta cần quan tâm đến tham nhũng vặt?), trên <https://medium.com/klarifyorg/why-do-we-care-so-much-about-petty-corruption-22951e193ca2>.
- 5 Về state capture, xem thêm Vũ Công Giao - Nguyễn Thị Kiều Viễn, Nhận diện và biện pháp phòng, chống lũng đoạn nhà nước, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 22 (398), tháng 11/2019.

## 2. Hậu quả của tham nhũng vặt

Có quan điểm sai lầm là tham nhũng vặt thì hậu quả cũng “vặt” (tức là ít nghiêm trọng), nhưng thực tế không phải như vậy. Khái niệm tham nhũng vặt chủ yếu chỉ hàm ý *tính chất của hành vi* (diễn ra một cách phổ biến trong đời sống nhưng các khoản hối lộ thường có giá trị nhỏ hơn so với tham nhũng lớn) chứ không hàm ý về *hậu quả* của nó. Trong thực tế, tham nhũng vặt hay tham nhũng lớn đều gây hậu quả nghiêm trọng, kể cả về kinh tế và xã hội (thể hiện qua việc phá hoại niềm tin của người dân vào nhà nước). Cần nhận thức rõ như vậy vì quan niệm sai lầm về hậu quả của tham nhũng vặt có thể dẫn đến coi nhẹ việc phòng, chống dạng tham nhũng này.

Marie Chêne<sup>6</sup>, một chuyên gia của Tổ chức Minh bạch quốc tế (TI), đã khái quát và phân tích hậu quả của tham nhũng vặt như sau:

***Một là, tham nhũng vặt có tác động lớn và trực tiếp đến người dân, đặc biệt là người nghèo.***

Điều này là do tham nhũng vặt gắn với việc cung cấp các dịch vụ công phổ biến, như giáo dục, y tế, thủ tục hành chính... cho cuộc sống hàng ngày của người dân. Vì thế, việc phải trả tiền hối lộ để tiếp cận với những dịch vụ này sẽ tác động trực tiếp và đáng kể đến chất lượng cuộc sống của mọi người dân, đặc biệt là những người nghèo. Ở đây, người nghèo thường phụ thuộc vào các dịch vụ công nhiều hơn so với người giàu, nên

người nghèo là nạn nhân chính của tham nhũng vặt<sup>7</sup>. Bên cạnh đó, ảnh hưởng của tham nhũng vặt với người nghèo nghiêm trọng hơn với người giàu, vì các khoản hối lộ thường chiếm tỷ trọng cao trong thu nhập của người nghèo, trong khi chiếm tỷ lệ không đáng kể đối với thu nhập của người giàu. Về vấn đề này, một khảo sát ở Mexico ước tính rằng, số tiền phải hối lộ do tham nhũng vặt chiếm tới 30% thu nhập hàng tháng của một gia đình nghèo, trong khi chỉ chiếm 14% thu nhập hàng tháng của một gia đình trung lưu<sup>8</sup>. Đây cũng là tình trạng tương tự ở nhiều quốc gia khác, như các nước ở khu vực tây Balkan<sup>9</sup>. Về mức độ tác động, một nghiên cứu ước tính tham nhũng vặt có ảnh hưởng đến một phần tư dân số thế giới, tức là gần hai tỷ người<sup>10</sup>, trong đó chủ yếu là người nghèo. Theo Báo cáo Phong vũ biểu tham nhũng toàn cầu (GCB) của TI năm 2017, chỉ riêng tại khu vực châu Á - Thái Bình Dương đã có 900 triệu người phải thường xuyên hối lộ để được tiếp cận các dịch vụ công<sup>11</sup>. Tại Việt Nam, tỷ lệ này là 65% số người được hỏi, trong đó lĩnh vực giáo dục công lập (57%) và chăm sóc sức khỏe (59%)<sup>12</sup>.

***Hai là, tham nhũng vặt tác động tiêu cực đến hoạt động của các tổ chức, doanh nghiệp.***

Vì tham nhũng vặt gắn với việc cung cấp các dịch vụ công phổ biến, bao gồm các dịch vụ hành chính công, nên nó cũng có tác động trực tiếp đến các tổ chức, doanh nghiệp. Mặc dù có quan điểm cho rằng,

6 Marie Chêne (2019), Successful approaches to tackle petty corruption, Transparency International Anti-Corruption Helpdesk Answer, at <https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/kproducts/Fighting-petty-corruption-2019.pdf> (Bản dịch tiếng Việt của Tổ chức hướng tới minh bạch).

7 Klarify Blog 2018, Why do we care so much about petty corruption?, tại <https://medium.com/klarifyorg/why-do-we-care-so-much-about-petty-corruption-22951e193ca2>.

8 Marie Chêne (2014), The impact of corruption on growth and inequality, tại [https://www.transparency.org/files/content/corruption\\_qas/Impact\\_of\\_corruption\\_on\\_growth\\_and\\_inequality\\_2014.pdf](https://www.transparency.org/files/content/corruption_qas/Impact_of_corruption_on_growth_and_inequality_2014.pdf).

9 Bohorquez E và Devrim D (2012), Cracking the myth of petty bribery, tại [https://www.cidob.org/publicaciones/serie\\_de\\_publicacion/notes\\_internacionales/n1\\_51/cracking\\_the\\_myth\\_of\\_petty\\_bribery](https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/notes_internacionales/n1_51/cracking_the_myth_of_petty_bribery).

10 Klarify Blog (2018), Why do we care so much about petty corruption?, tại <https://medium.com/klarifyorg/why-do-we-care-so-much-about-petty-corruption-22951e193ca2>.

11 Báo cáo Phong vũ biểu tham nhũng toàn cầu (GCB) của TI năm 2017.

12 Báo cáo Phong vũ biểu tham nhũng toàn cầu (GCB) của TI năm 2017.

những khoản hối lộ nhỏ không ảnh hưởng đáng kể đến doanh thu của doanh nghiệp, song nhiều nghiên cứu đã chứng minh rằng, mặc dù có giá trị không lớn nhưng có tính chất thường xuyên, lặp đi lặp lại nên các khoản hối lộ nhỏ cũng trở thành những chi phí đáng kể, làm giảm sức tăng trưởng, năng suất và hiệu quả kinh doanh của doanh nghiệp<sup>13</sup>. Quan trọng hơn, sự phổ biến của tham nhũng vật tạo ra những rủi ro về mặt thủ tục pháp lý (làm chậm hoặc sai lệch các quy trình, thủ tục hành chính), làm nản lòng các nhà đầu tư, phá hoại môi trường kinh doanh của quốc gia.

Về vấn đề này, một nghiên cứu ở châu Phi cho thấy, tham nhũng vật có thể làm mất 2,5% đến 4,5% doanh thu, tương đương 20% chi phí trả cho lao động và lớn hơn tổng chi phí trả cho liên lạc (điện thoại, fax, Internet) và chi phí vận chuyển (không bao gồm nhiên liệu) của doanh nghiệp<sup>14</sup>. Không chỉ vậy, tham nhũng vật còn khiến các công ty phải chịu thiệt hại về mặt uy tín vì những rủi ro pháp lý<sup>15</sup>, đồng thời phải mất nhiều thời gian hơn cho hoạt động quản lý vì phải thương thảo với các quan chức tham nhũng<sup>16</sup>. Có nghiên cứu xem việc thương thảo về các khoản phí bôi trơn là “thuế thời gian”, còn bản thân các khoản phí bôi trơn đó là “thuế hối lộ”<sup>17</sup> – cả hai khoản thuế này đều góp phần làm giảm năng suất của doanh nghiệp<sup>18</sup>.

*Ba là, tham nhũng vật làm xói mòn môi trường pháp lý và hiệu quả hoạt động của bộ máy nhà nước.*

Tham nhũng vật có tác động tiêu cực lâu dài đến chất lượng quản trị nhà nước và môi trường pháp lý của một quốc gia, vì nó là nguyên nhân thúc đẩy các quan chức tham nhũng dần dần tạo ra nhiều quy định, hạn chế và thủ tục rườm rà để tăng cơ hội bòn rút tiền hối lộ từ người dân và doanh nghiệp<sup>19</sup>. Nạn tham nhũng vật khiến cho các quan chức tham nhũng có ít động lực để giải quyết tệ quan liêu, vì một hệ thống quan liêu chính là môi trường thuận lợi cho việc ăn hối lộ. Theo nghĩa rộng hơn, các khoản hối lộ dù lớn hay nhỏ cũng luôn dẫn đến việc thực thi pháp luật không nhất quán mà cuối cùng làm suy yếu nghiêm trọng nguyên tắc pháp quyền. Khi tình trạng đòi hối lộ hoành hành trong việc cung cấp dịch vụ công thì cũng sẽ làm xói mòn niềm tin của người dân vào thể chế chính trị cũng như tính chính danh của bộ máy nhà nước. Điều này đã được chứng minh qua một số công trình khảo sát, ví dụ như ở Mexico, khi tham nhũng vật tăng lên thì niềm tin của người dân vào chính quyền giảm xuống<sup>20</sup>, hay ở Sierra Leone và Liberia, tình trạng hối lộ và tham nhũng vật khiến người dân mất niềm tin vào ngành y tế, bệnh nhân tránh sử dụng dịch vụ của các cơ sở y tế công và điều này đã góp phần lan truyền bệnh dịch<sup>21</sup>. Ở Việt Nam, tham nhũng vật

- 13 Marie Chêne (2013), Evidence of the impact of facilitation payments, tại [https://www.transparency.org/whatwedo/answer/evidence\\_of\\_the\\_impact\\_of\\_facilitation\\_payments](https://www.transparency.org/whatwedo/answer/evidence_of_the_impact_of_facilitation_payments).
- 14 Clarke G. (2008), How petty is petty corruption? evidence from firm survey in Africa, tại <https://mpira.ub.uni-muenchen.de/15073/>.
- 15 Marie Chêne (2014), The impact of corruption on growth and inequality, tại [https://www.transparency.org/files/content/corruption\\_qas/Impact\\_of\\_corruption\\_on\\_growth\\_and\\_inequality\\_2014.pdf](https://www.transparency.org/files/content/corruption_qas/Impact_of_corruption_on_growth_and_inequality_2014.pdf).
- 16 Fisman, R. và Svensson, J. (2007), Are Corruption and Taxation Really Harmful to Growth?, tại [https://econpapers.repec.org/article/eedeveco/v\\_3a83\\_3ay\\_3a2007\\_3ai\\_3a1\\_3ap\\_3a63-75.htm](https://econpapers.repec.org/article/eedeveco/v_3a83_3ay_3a2007_3ai_3a1_3ap_3a63-75.htm).
- 17 De Rosa, D. Gooroochurn, N. và Görg, H. (2010), Corruption and Productivity: Firm-Level Evidence from the BEEPS Survey, tại <http://ideas.repec.org/p/kiel/kieliw/1632.html>.
- 18 PricewaterhouseCooper 2008.
- 19 Chene (2013), tài liệu đã dẫn.
- 20 Morris và Klesner (2006), Corruption and trust: theoretical considerations and evidence from Mexico, trên <https://www.vanderbilt.edu/lapop/news/092410a.pdf>.
- 21 Mackey T. K., Kohler J.C.; Savedoff W.D. Vogl F., Lewis M., Michaud J., Vian T. (2016), The disease of corruption: views on how to fight corruption to advance 21st century global health goals, tại <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5041569/#CR5>.

cũng có tác động tương tự - điều mà Tổng Bí thư – Chủ tịch nước Nguyễn Phú Trọng đã từng xem như là: “..như ghê ruồi, rất ngứa ngáy, khó chịu..”<sup>22</sup>, tức là có tác động rất nguy hại đến niềm tin của người dân vào Đảng và Nhà nước.

***Bốn là, tham nhũng vật làm giảm nguồn thu vào ngân sách quốc gia.***

Với hầu hết quốc gia, nguồn thu chủ yếu vào ngân sách là từ thuế. Khi tham nhũng vật hoành hành, việc hối lộ có thể được sử dụng cho mục đích trốn thuế, từ đó làm giảm đáng kể nguồn thu ngân sách<sup>23</sup>. Nghiên cứu của Afrobarometer ở 31 quốc gia châu Phi cho thấy tham nhũng vật không chỉ làm giảm tinh thần đóng thuế của công dân, mà còn phá hoại niềm tin của công chúng với cơ quan thuế<sup>24</sup>.

Ở Việt Nam, tình trạng tham nhũng vật trong một số ngành cũng là vấn đề xảy ra từ lâu, gây nhiều bức xúc trong dư luận nhưng đến nay vẫn chưa có biện pháp khắc phục hiệu quả<sup>25</sup>. Theo VCCI, hiện nay chi phí lót tay trong thanh tra, kiểm tra thuế đã giảm so với mấy năm trước đây, nhưng 30% doanh nghiệp cho biết vẫn phải trả khoản này cho cán bộ thanh tra; và ở đây có phần trách nhiệm của doanh nghiệp, khi bị phát hiện sai

phạm thì muốn “giảm nhẹ tội nên lót tay cho cán bộ thuế”<sup>26</sup>.

**3. Biện pháp phòng, chống tham nhũng vật**

Nghiên cứu của Marie Chêne<sup>27</sup> và một số tác giả khác đã nêu ra một loạt biện pháp phòng, chống tham nhũng vật đã được áp dụng hiệu quả ở một số nước, ví dụ như cải cách khu vực công (đặc biệt là các ngành dễ xảy ra tham nhũng vật như thuế, hải quan, giáo dục, y tế, cảnh sát giao thông<sup>28</sup>...) theo hướng giảm thiểu và minh bạch hoá các thủ tục hành chính, áp dụng công nghệ thông tin vào việc cung cấp dịch vụ công để hạn chế tiếp xúc trực tiếp giữa công chức và người dân, doanh nghiệp khi xử lý các thủ tục hành chính.

Ở Georgia, việc cải cách hành chính được xem là yếu tố mang tính chiến lược để đạt được thành công trong phòng, chống tham nhũng vật. Cải cách hành chính ở nước này bao gồm thiết lập cơ chế một cửa, chia sẻ dữ liệu, chuẩn hóa và đơn giản hóa thủ tục, sử dụng công nghệ thông tin và xây dựng chính phủ điện tử để hạn chế sự tương tác giữa công chức và người dân trong việc cung cấp dịch vụ công, tăng cường các cơ chế thực hiện trách nhiệm giải trình, thiết lập thời hạn giải quyết các thủ tục hành chính dựa trên nguyên tắc “sự im lặng là đồng ý”...<sup>29</sup>.

- 
- 22 Dân trí Online, 19/7/2015, Tổng Bí thư: Tham nhũng vật như ghê ruồi rất khó chịu, tại <https://dantri.com.vn/xa-hoi/tong-bi-thu-tham-nhung-vat-nhu-ghê-ruoi-rat-kho-chiu-1437968185.htm>.
  - 23 Nawaz F. (2010), Exploring the Relationships between Corruption and Tax Revenue, tại <https://www.gov.uk/dfid-research-outputs/exploring-the-relationships-between-corruption-and-tax-revenue>
  - 24 Jahnke (2015), How does petty corruption affect tax morale in Sub-Saharan Africa? An empirical analysis, tại <https://ideas.repec.org/p/han/dpaper/dp-564.html>.
  - 25 Báo Điện tử Chính phủ, 11/4/2018, Phiền nhiễu ‘tham nhũng vật’ trong thuế, hải quan, tại <http://baochinhpvu.vn/Kinh-te/Phien-nhieu-tham-nhung-vat-trong-thue-hai-quan/333813.vgp>.
  - 26 VN Express, 17/12/2019, VCCI: Tham nhũng vật vẫn ‘làm khó’ doanh nghiệp, tại <https://vnexpress.net/vcci-tham-nhung-vat-van-lam-kho-doanh-nghiep-4028531.html>.
  - 27 Marie Chêne (2019), tài liệu đã dẫn.
  - 28 Kupatadze A, (2011), Similar events, different outcomes: accounting for diverging corruption patterns in post-revolution Georgia and Ukraine, tại <https://www.research-collection.ethz.ch/bitstream/handle/20.500.11850/39117/eth-3015-01.pdf>.
  - 29 Martini M. (2012), Best practices in reducing red tape and corruption, tại [https://www.transparency.org/whatwedo/answer/best\\_practices\\_in\\_reducing\\_bureaucracy\\_and\\_corruption](https://www.transparency.org/whatwedo/answer/best_practices_in_reducing_bureaucracy_and_corruption).  
Martini M. 2013, Reducing bureaucracy and corruption affecting small and medium enterprises tại [https://www.transparency.org/files/content/corruption\\_qas/380\\_Reducing\\_bureaucracy\\_and\\_corruption\\_affecting\\_small\\_and\\_medium\\_enterprises.pdf](https://www.transparency.org/files/content/corruption_qas/380_Reducing_bureaucracy_and_corruption_affecting_small_and_medium_enterprises.pdf).

Nhiều nước khác cũng có những cách thức hiệu quả để vận dụng công nghệ thông tin nhằm phòng, chống tham nhũng vật, như:

- Mexico đã xây dựng một ứng dụng dành cho điện thoại thông minh nhằm chống tình trạng tham nhũng vật của cảnh sát giao thông. Ứng dụng này cung cấp hướng dẫn cho các tài xế khi đối mặt với yêu cầu hối lộ của cảnh sát, trong đó bao gồm mọi thông tin cần thiết, từ các quy định của luật giao thông, cách tính tiền phạt vi phạm cho đến các chế tài thường được cảnh sát giao thông áp dụng... Ứng dụng này cũng cho phép kết nối nhanh đến các số điện thoại khẩn cấp để báo cáo tham nhũng. Ba tháng sau khi ra mắt, ứng dụng đã được tải xuống hơn 11.000 lượt<sup>30</sup>.

- Nhiều nước đã đẩy mạnh việc thanh toán điện tử, bao gồm thanh toán qua điện thoại di động. Kết quả là đã làm giảm đáng kể rủi ro tham nhũng. Ở Dar es Salam (Tanzania), dịch vụ thanh toán qua điện thoại di động không chỉ làm giảm tình trạng đòi hỏi hối lộ mà còn tiết kiệm chi phí cho việc xuất hóa đơn và in ấn các giấy tờ thanh toán khác<sup>31</sup>.

- Ngày càng có nhiều nước xây dựng các ứng dụng báo cáo tham nhũng dựa trên nền tảng quần chúng (crowd-based) mà cho phép người dân tố cáo ngay lập tức các vụ hối lộ một cách ẩn danh bằng điện thoại thông minh. Một số ứng dụng còn sử dụng dữ liệu để tạo ra “bản đồ điểm nóng” - xác định các ngành, khu vực hoặc cơ quan, tổ chức xảy ra nhiều tham nhũng nhất<sup>32</sup>. Ở Ấn Độ, ứng dụng nổi tiếng “Tôi đã trả một khoản hối lộ” (*I paid a bribe*) cho phép người dân báo cáo ngay các trường hợp công chức đòi hối lộ đã ghi lại được hơn 180.000 trường hợp kể từ khi ra mắt vào tháng 8/2010. Ứng dụng này

hiện đã được nhân rộng ở hơn 25 quốc gia trên thế giới<sup>33</sup>.

- Một số nước còn sử dụng công cụ trực tuyến để nêu danh và phê phán những công chức tham nhũng, dựa trên niềm tin là sự lên án của xã hội có tác dụng ngăn chặn tham nhũng mạnh mẽ. Ở Indonesia, trang [Korrupedia.org](http://Korrupedia.org) thường xuyên cập nhật danh sách các quan chức tham nhũng bị kết án, bao gồm tên, số tiền tham nhũng và phán quyết của tòa án. Ngoài việc nêu đích danh để làm gương, nền tảng này còn nhằm ngăn chặn khả năng các quan chức tham nhũng có thể quay trở lại vị trí quyền lực nhờ có sự che giấu hay nâng đỡ.

Tóm lại, do tính chất phổ biến và thường xuyên của nó, để phòng, chống hiệu quả tham nhũng vật, việc huy động sự tham gia của công chúng là rất quan trọng. Việc này không chỉ giúp giám sát, gây áp lực với các quan chức tham nhũng, mà còn cho phép xác định và thực hiện những cải cách nhằm giảm tệ quan liêu, đơn giản hóa các thủ tục hành chính rườm rà. Ở Anh, công dân và đại diện của họ có thể đưa ra đề xuất giảm tệ quan liêu và đơn giản hóa các quy định trên một trang web chuyên dụng. Ở Mexico, công dân được khuyến khích nêu ý kiến về “thủ tục hành chính vô dụng nhất” và được thưởng nếu nêu ra được thủ tục quan liêu vô lý nhất hay đề xuất được giải pháp tốt nhất để xóa bỏ tệ quan liêu<sup>34</sup>.

Tham nhũng vật là “căn bệnh” rất khó chữa trị một cách nhanh chóng, triệt để, nên để có thể thu được kết quả bền vững, cần kết hợp thực hiện nhiều biện pháp phòng, chống và cần phải tiến hành thường xuyên với ý chí, quyết tâm chính trị mạnh mẽ<sup>35</sup>. Trong

30 Chene M. (2014b), What can donors do to fight petty corruption in recipient countries?.

31 Krolkowski A. (2014), Can mobile –enabled payment methods reduce petty corruption in urban water provision .

32 Kukutschka R. (2016), Technology against corruption: the potential of online corruption reporting apps and other platforms; <https://www.u4.no/publications/technology-against-corruption-the-potential-of-online-corruption-reporting-apps-and-other-platforms.pdf>.

33 Kukutschka R. (2016), tài liệu đã dẫn.

34 Marie Chêne (2019), tài liệu đã dẫn.

35 Marie Chêne (2013), tài liệu đã dẫn.

vấn đề này, kinh nghiệm của một số quốc gia cho thấy, khi chưa có đủ nguồn lực để “chiến đấu” một cách toàn diện, chính quyền nên ưu tiên tập trung giải quyết tệ nạn tham nhũng vặt trong một hoặc một số lĩnh vực mà ảnh hưởng lớn nhất đến người dân và doanh nghiệp, để tạo dựng niềm tin và huy động sự tham gia của công chúng vào các hoạt động này<sup>36</sup>.

Từ những phân tích ở trên, một câu hỏi đặt ra là: điểm khác biệt giữa các biện pháp phòng, chống tham nhũng lớn và tham nhũng vặt là gì?

Xét tổng quát, mọi biện pháp, bao gồm các biện pháp đã nêu, đều có tác dụng phòng, chống mọi hình thức tham nhũng, bao gồm cả tham nhũng vặt và tham nhũng lớn. Tuy nhiên, cần thấy rằng, các biện pháp nêu trên *có tác dụng nhiều hơn trong việc phòng chống tham nhũng vặt*, vì chúng làm thay đổi cách thức tương tác và giám sát mối quan hệ giữa công chức ở cấp cơ sở với người dân và doanh nghiệp – từ đó hạn chế sự nhũng nhiễu. Các biện pháp đó cũng có tác dụng nhưng không phải là những biện pháp đặc thù để phòng, chống tham nhũng lớn. Với tính chất là tham nhũng chính sách, ở cấp độ cao, được thực hiện bởi các quan chức cấp cao, bằng những thủ đoạn tinh vi, việc phòng chống tham nhũng lớn cần dựa vào các biện pháp khác, cụ thể như: ngăn chặn xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ; minh bạch hoá quy trình hoạch định, thực thi chính sách (đặc biệt cần xây dựng luật về vận động chính sách công), hoàn thiện khung khổ pháp luật và cơ chế mua sắm cho khu vực công; kiểm soát chặt chẽ tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn...

#### 4. Liên hệ với Việt Nam

Thực tế ở Việt Nam cho thấy, trong thời gian qua, nhờ những nỗ lực to lớn của Đảng, Nhà nước và toàn thể xã hội, công cuộc phòng, chống tham nhũng đã thu được những kết quả đáng khích lệ. Tuy nhiên, có thể thấy, thắng lợi đạt được chủ yếu là trong

phòng, chống *tham nhũng lớn* – cụ thể là qua việc phát hiện và đưa ra xét xử nhiều vụ tham nhũng của các quan chức cấp cao; kết quả đạt được trong phòng, chống tham nhũng vặt còn hạn chế. Tình trạng tham nhũng vặt vẫn rất phổ biến, diễn biến phức tạp, tiếp tục gây ra nhiều bức xúc trong Nhân dân.

Nguyên nhân chính dẫn đến tình trạng này là, việc áp dụng các biện pháp phòng, chống tham nhũng vặt ở nước ta, đặc biệt là ở chính quyền địa phương, còn chưa triệt để, thiếu kiên quyết. Do đó, để nâng cao hiệu quả phòng, chống tham nhũng vặt ở nước ta, trong thời gian tới, cần rà soát, củng cố các biện pháp đã được áp dụng, đặc biệt là cơ chế tổ chức thực hiện và giám sát, đánh giá việc thực hiện các biện pháp đó. Ngoài ra, cần vận dụng kinh nghiệm thế giới, áp dụng một số biện pháp khác để huy động, phát huy vai trò của xã hội vào phòng, chống tham nhũng vặt, bao gồm:

- Vận dụng kinh nghiệm của Mexico về việc thiết kế một ứng dụng dành cho điện thoại thông minh nhằm cung cấp thông tin và hướng dẫn cho người dân khi đối mặt với yêu cầu hối lộ của quan chức khi sử dụng các dịch vụ công hoặc trong những hoàn cảnh khác. Ứng dụng cũng cho phép kết nối nhanh đến các số điện thoại khẩn cấp để tố cáo việc đòi hối lộ.

- Vận dụng kinh nghiệm của Ấn Độ (đã được học tập bởi hơn 25 nước khác) về việc thiết kế một ứng dụng báo cáo tham nhũng cho phép người dân tố cáo các vụ hối lộ và các hành vi tham nhũng khác một cách ẩn danh bằng điện thoại thông minh hay laptop ngay lập tức, với những chứng cứ hình ảnh và âm thanh thực tế.

- Vận dụng kinh nghiệm của Indonesia công bố danh sách cập nhật những công chức bị kết án tham nhũng cùng thông tin chi tiết về hành vi tham nhũng trên Internet (tốt nhất là của một cơ quan phòng, chống tham nhũng) để làm gương cho những quan chức thoái hoá, biến chất ■

36 Marie Chêne (2019), tài liệu đã dẫn.

# NỘI LUẬT HÓA CÁC CAM KẾT TRONG HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC TOÀN DIỆN VÀ TIẾN BỘ XUYẾN THÁI BÌNH DƯƠNG VỀ BẢO HỘ NHÃN HIỆU

**Nguyễn Thị Nguyệt**

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

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* CPTPP, bảo hộ nhãn hiệu, sở hữu trí tuệ.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 17/3/2020

Biên tập : 27/3/2020

Duyệt bài : 05/4/2020

### Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các thỏa thuận trong Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) về bảo hộ nhãn hiệu, đối chiếu với quy định của pháp luật Việt Nam và đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật sở hữu trí tuệ về bảo hộ nhãn hiệu phù hợp với CPTPP.

### Article Infomation:

*Keywords:* CPTPP; trademark protection, intellectual property.

### Article History:

Received : 17 Mar. 2020

Edited : 27 Mar. 2020

Approved : 05 Apr. 2020

### Abstract:

Within the scope of this article, the author analyzes the agreements in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) on trademark protection, makes comparisons with the provisions of Vietnamese laws and also provides a number of recommendations to improve the legal regulations on intellectual property, particularly on the trademark protection in accordance with the CPTPP.

## 1. Khái quát nội dung cam kết trong Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương về bảo hộ nhãn hiệu

Sở hữu trí tuệ là một trong những vấn đề được coi là khó nhất trong quá trình đàm phán CPTPP. Các nội dung đàm phán trong được phân chia thành 4 nhóm chủ yếu sau: (i) Nhóm cam kết chung về việc gia nhập các Công ước về sở hữu trí tuệ; (ii) Nhóm các cam kết về tiêu chuẩn bảo hộ đối với các đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ; (iii) Nhóm các cam kết về một số sản phẩm sở hữu trí tuệ đặc thù; (iv) Nhóm các cam kết liên quan tới việc thực thi các quyền sở hữu trí tuệ.

Trong đó, cam kết về nhãn hiệu tập trung vào những khía cạnh sau đây:

- Đối tượng được bảo hộ: Ngoài các đối tượng truyền thống mà pháp luật Việt Nam đang bảo hộ (như chữ, ký hiệu, từ ngữ, hình

ảnh), CPTPP còn mở rộng ra cả âm thanh, và khuyến khích các nước bảo hộ cả mùi hương. Về việc phải bảo hộ nhãn hiệu dưới hình thức âm thanh, Việt Nam chỉ phải thực hiện nghĩa vụ này sau 3 năm kể từ ngày CPTPP có hiệu lực.

- Đối với nhãn hiệu nổi tiếng, CPTPP yêu cầu các nước không được lấy tiêu chí số lượng các quốc gia đã bảo hộ nhãn hiệu, đã công nhận nhãn hiệu nổi tiếng hoặc đã nằm trong danh mục nhãn hiệu nổi tiếng để quyết định bảo hộ nhãn hiệu nổi tiếng. Pháp luật Việt Nam hiện vẫn còn một số tiêu chí dạng này, vì vậy, sẽ phải điều chỉnh cho phù hợp.

- Thời gian bảo hộ: CPTPP yêu cầu các nước thành viên phải bảo hộ nhãn hiệu thương mại tối thiểu 10 năm, và có thể được gia hạn nhiều lần, tương tự pháp luật Việt Nam hiện hành.



- Quyền của chủ sở hữu: Chủ thể này có đặc quyền ngăn cản các chủ thể khác sử dụng các dấu hiệu (bao gồm cả chỉ dẫn địa lý có sau) giống hệt hoặc tương tự cho các sản phẩm hàng hóa, dịch vụ cùng loại hoặc gần với loại hàng hóa, dịch vụ đã đăng ký nhãn hiệu của mình nếu việc sử dụng này có thể gây nhầm lẫn (dấu hiệu trùng hoặc được suy đoán đương nhiên là “có thể gây nhầm lẫn”). Tuy nhiên, CPTPP vẫn cho phép việc sử dụng các thuật ngữ mô tả có trong nhãn hiệu nếu việc sử dụng đó ngay tình, và có tính đến lợi ích của chủ nhãn hiệu và các bên thứ ba.

- Cải cách thủ tục hành chính: CPTPP yêu cầu các nước thành viên phải áp dụng các biện pháp cụ thể để đảm bảo thủ tục hành chính ngắn gọn, minh bạch trong đăng ký, gia hạn nhãn hiệu thương mại, đảm bảo cơ hội phản hồi của người nộp đơn cũng như cơ hội phản đối của các bên thứ ba, đồng thời khuyến khích các nước sử dụng hệ thống đăng ký nhãn hiệu thương mại điện tử để minh bạch hóa các quy trình này.

CPTPP có hiệu lực đối với Việt Nam từ ngày 14/01/2019, Việt Nam cần thực thi cam kết theo lộ trình được đặt ra trong CPTPP. Quốc hội đã thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ (Luật số 42/2019/QH14), trong đó có các nội dung liên quan đến bảo hộ nhãn hiệu.

Đối với các nghĩa vụ có thời gian chuyển tiếp 3-5 năm liên quan đến việc phải sửa đổi Luật Sở hữu trí tuệ (bảo hộ nhãn hiệu âm thanh, bảo đảm thông tin và thời gian cho chủ bằng sáng chế thực thi quyền trước khi sản phẩm được đưa ra thị trường, bảo hộ độc quyền đối với dữ liệu thử nghiệm nông hóa phẩm, thẩm quyền mặc nhiên tiến hành các thủ tục biên giới của cơ quan hải quan), Cục Sở hữu trí tuệ đang tiến hành nghiên cứu và xây dựng các phương án thi hành một cách có hiệu quả nhất, từ đó xác định phương án sửa đổi các quy định của Luật Sở hữu trí tuệ để đưa vào Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội theo lộ trình để có hiệu lực vào năm 2022.

## 2. Những quy định đã được sửa đổi trong Luật Sở hữu trí tuệ về bảo hộ nhãn hiệu

Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi năm 2009, năm 2019 (Luật Sở hữu trí tuệ) có ba sửa đổi cơ bản đối với quy định về bảo hộ nhãn hiệu, ba sự sửa đổi này vừa nhằm phù hợp với các quy định của CPTPP vừa khắc phục được một số hạn chế của Luật về bảo hộ nhãn hiệu.

*Một là, pháp luật công nhận việc sử dụng nhãn hiệu của người nhận chuyển nhượng nhãn hiệu cũng chính là hành vi sử dụng nhãn hiệu của chủ sở hữu.*

Chủ sở hữu nhãn hiệu có nghĩa vụ phải sử dụng nhãn hiệu mà mình được bảo hộ không gián đoạn quá 5 năm. Trong trường hợp ngược lại, bất kỳ người nào cũng có quyền yêu cầu Cục Sở hữu trí tuệ đình chỉ hiệu lực văn bằng bảo hộ. Điều này nhằm hạn chế tình trạng một số chủ thể chỉ đăng ký nhãn hiệu mà không sử dụng chúng; sau đó dùng văn bằng bảo hộ bán lại cho những người có nhu cầu sử dụng nhãn hiệu. Việc quy định nghĩa vụ sử dụng nhãn hiệu được áp dụng ở hầu hết các nước, nhằm tập trung vào mục tiêu tối hậu của việc bảo hộ nhãn hiệu: bảo hộ uy tín sáng tạo của các chủ thể.

Khoản 3 Điều 136 Luật Sở hữu trí tuệ quy định chủ sở hữu nhãn hiệu có nghĩa vụ sử dụng nhãn hiệu một cách liên tục, nếu không sử dụng liên tục trong năm năm, văn bằng bảo hộ nhãn hiệu bị chấm dứt hiệu lực. Như vậy, khoản 3 Điều 136 chỉ đề cập đến việc chủ sở hữu phải là người trực tiếp sử dụng nhãn hiệu, trong khi đó tại điểm d khoản 1 Điều 95 Luật Sở hữu trí tuệ quy định việc chấm dứt hiệu lực của văn bằng bảo hộ như sau: “Nhãn hiệu không được chủ sở hữu hoặc người được chủ sở hữu cho phép sử dụng trong thời hạn năm năm liên tục trước ngày có yêu cầu chấm dứt hiệu lực mà không có lý do chính đáng, trừ trường hợp việc sử dụng được bắt đầu hoặc bắt đầu lại trước ít nhất ba tháng tính đến ngày có yêu cầu chấm dứt hiệu lực”. Quy định của Điều 95 là hợp lý và rõ ràng hơn, thống nhất với khoản 1 Điều 143 Luật này về chuyển quyền sử dụng độc quyền đối với nhãn hiệu mà không làm ảnh hưởng đến hiệu lực của

văn bằng bảo hộ: “1. Hợp đồng độc quyền là hợp đồng mà theo đó trong phạm vi và thời hạn chuyển giao, bên được chuyển quyền được độc quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp, bên chuyển quyền không được ký kết hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp với bất kỳ bên thứ ba nào và chỉ được sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp đó nếu được phép của bên được chuyển quyền”.

Bên cạnh đó, CPTPP cũng quy định không ghi nhận hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng (li-xăng), không bên nào được yêu cầu ghi nhận hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng nhãn hiệu:

(a) Nhằm thiết lập hiệu lực của hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng: hoặc

(b) Như là điều kiện để việc sử dụng nhãn hiệu bởi người nhận chuyển giao quyền sử dụng được xem như là sử dụng bởi người nắm quyền trong thủ tục liên quan tới việc xác lập, duy trì và thực thi nhãn hiệu.

Đề phù hợp với quy định này của CPTPP, khoản 2 Điều 136 Luật Sở hữu trí tuệ quy định: “Chủ sở hữu nhãn hiệu có nghĩa vụ sử dụng liên tục nhãn hiệu. Việc sử dụng nhãn hiệu bởi bên nhận chuyển quyền theo hợp đồng sử dụng nhãn hiệu cũng được coi là hành vi sử dụng nhãn hiệu của chủ sở hữu nhãn hiệu. Trong trường hợp nhãn hiệu không được sử dụng liên tục từ năm năm trở lên thì Giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu đó bị chấm dứt hiệu lực theo quy định tại Điều 95 của Luật này”.

*Hai là, thừa nhận giá trị pháp lý của hợp đồng chuyển quyền sử dụng nhãn hiệu trước bên thứ ba không căn cứ vào việc đăng ký hay không đăng ký tại Cục Sở hữu trí tuệ.*

Nhãn hiệu là tài sản dễ chuyển nhượng nhưng rất khó xác định, khó đánh giá và khó bảo vệ. Nếu không kiểm soát, các bên có thể khai giá của giao dịch quá cao nhằm chuyển vốn ra nước ngoài, hoặc tránh thuế. Tuy nhiên, việc kiểm soát giao dịch thông qua cơ chế đăng ký đôi khi gây ra hậu quả bất lợi hơn là có lợi. Việt Nam sẽ bị mất lợi thế cạnh tranh với các nước khác, một phần vì ở các nước

này không có những hạn chế về đăng ký chuyển nhượng nhãn hiệu như ở Việt Nam.

Chuyển quyền sử dụng đối với sở hữu công nghiệp được quy định tại Điều 141 Luật Sở hữu trí tuệ, theo đó “Chuyển quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp là việc chủ sở hữu quyền sở hữu công nghiệp cho phép tổ chức, cá nhân khác sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp thuộc phạm vi quyền sử dụng của mình”. Trong các văn bản pháp luật nhiều nước trên thế giới và của nước ta trước đây, hoạt động này được gọi là li-xăng. Đây chỉ là việc “cho phép” sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp chứ không phải là “bán đứt” quyền sở hữu công nghiệp.

Khoản 2 Điều 148 Luật Sở hữu trí tuệ quy định: “Hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp có hiệu lực theo thỏa thuận giữa các bên, nhưng chỉ có giá trị pháp lý đối với bên thứ ba khi đã được đăng ký tại cơ quan quản lý nhà nước về quyền sở hữu công nghiệp”. Như vậy, theo Luật này cho phép việc chuyển giao quyền sử dụng nhãn hiệu giữa hai tổ chức, cá nhân có thể chuyển giao và phát sinh quyền giữa hai đối tượng đó mà không cần đăng ký, nhưng khi phát sinh tranh chấp thì quy định cứng không có giá trị pháp lý đối với bên thứ ba.

Ở một số quốc gia, pháp luật không yêu cầu phải đăng ký ký hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu; ví dụ, pháp luật bảo hộ nhãn hiệu của Anh. Luật Nhãn hiệu năm 1994 (thay thế Luật Nhãn hiệu năm 1938) của Anh đã loại bỏ các điều khoản về việc đăng ký người sử dụng nhãn hiệu mà thay vào đó là duy trì một mẫu đăng ký li-xăng nhãn hiệu với mục đích để minh bạch hóa các chi tiết cơ bản của việc li-xăng nhãn hiệu. Cụ thể, mục đích của việc đăng ký hợp đồng li-xăng nhãn hiệu là thông báo với bên thứ ba biết về sự tồn tại của việc li-xăng nhãn hiệu này và cung cấp những quyền hạn cho người nhận li-xăng khi bị xâm phạm quyền<sup>1</sup>.

Khoản 27 Điều 18 CPTPP đã loại bỏ vấn đề này, quy định rõ ràng rằng, không một

1 Hoàng Lan Phương (2019), Pháp luật quốc tế về chuyển quyền sử dụng đối với nhãn hiệu và những khuyến nghị cho Việt Nam, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 2 (388).

quốc gia thành viên nào có thể yêu cầu đăng ký cấp phép sử dụng nhãn hiệu để thiết lập hiệu lực của việc cấp phép đó. Để tuân thủ khoản 27 Điều 18 CPTPP, Luật Sở hữu trí tuệ đã sửa đổi Điều 136 và Điều 148. Theo đó, đối với các loại quyền sở hữu công nghiệp được xác lập trên cơ sở đăng ký theo quy định tại điểm a khoản 3 Điều 6 của Luật này, hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp có hiệu lực theo thỏa thuận giữa các bên; hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp tại khoản 2 Điều này, trừ hợp đồng sử dụng nhãn hiệu, phải đăng ký tại cơ quan quản lý nhà nước về quyền sở hữu công nghiệp mới có giá trị pháp lý đối với bên thứ ba.

Như vậy, các giao dịch chuyên giao nhãn hiệu giữa các bên với nhau không cần thiết phải đăng ký tại Cục Sở hữu trí tuệ và có giá trị pháp lý đối với tất cả các bên. Điều này đang hướng đến sự đơn giản hóa trong thủ tục hành chính, tạo thuận lợi hơn cho doanh nghiệp trong các giao dịch. Tương tự, khi mở ra quy định về chuyên giao giữa chủ thể không cần đăng ký tại Cục Sở hữu trí tuệ, vấn đề đảm bảo ghi nhận bằng chứng người được chuyên giao đang sử dụng là cần thiết, và doanh nghiệp phải biết để tránh thiệt hại, rủi ro. Do chuyên giao giữa hai chủ thể không đăng ký nên nội dung trong hợp đồng chuyên giao các doanh nghiệp phải kiểm soát cẩn thận. Bởi thực tế cho thấy, hợp đồng chuyên giao các doanh nghiệp đôi khi đưa vào những điều khoản bất lợi cho chính mình; do vậy, doanh nghiệp cần phải nắm được quy định mới để đảm bảo quyền.

*Ba là, quy định về nộp hồ sơ trực tuyến.*

Các dịch vụ công trực tuyến, dịch vụ online cần được phát triển là điều tất yếu, tạo ra tính minh bạch và nhanh chóng tiện lợi cho các tổ chức, cá nhân cũng như phía cơ quan quản lý nhà nước.

Đối với việc đăng ký bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ nói chung cũng như bảo hộ nhãn hiệu nói riêng cũng không ngoại lệ. Vấn đề này càng trở nên cấp thiết khi CPTPP yêu cầu các nước thành viên phải thiết lập một hệ thống điện tử trực tuyến để nộp đơn, gia

hạn hiệu lực nhãn hiệu và một hệ thống thông tin điện tử mở để có thể truy cập công cộng, tra cứu nhãn hiệu trực tuyến. Theo khoản 24 Điều 18 của CPTPP về “Hệ thống nhãn hiệu điện tử”, mỗi quốc gia thành viên phải cung cấp: (i) một hệ thống cho đơn xin đăng ký điện tử và duy trì nhãn hiệu; và (ii) một hệ thống thông tin điện tử có sẵn công khai, bao gồm cơ sở dữ liệu trực tuyến, về các đơn xin đăng ký nhãn hiệu và nhãn hiệu đã đăng ký.

Từ trước khi CPTPP có hiệu lực, Nghị quyết số 36a/NQ-CP ngày 14/12/2015 của Chính phủ về “Chính phủ điện tử” quy định về yêu cầu xây dựng hệ thống thông tin quản lý đề tài, dự án khoa học, công nghệ trên mạng điện tử và thực hiện đăng ký bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp qua mạng điện tử (đăng ký nhãn hiệu trực tuyến). Thực hiện Nghị quyết này, Cục Sở hữu trí tuệ đã xây dựng hệ thống nộp đơn điện tử trực tuyến đối với các đối tượng sở hữu công nghiệp, trong đó có nhãn hiệu và hệ thống này đã hoạt động từ năm 2017.

Bên cạnh đó, ngày 24/9/2018, Việt Nam đã có những thỏa thuận hợp tác với Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới (WIPO). Trong đó, WIPO sẽ cung cấp miễn phí và hỗ trợ triển khai phần mềm WIPO IPAS tại Cục Sở hữu trí tuệ. Ngoài ra, các chuyên gia của WIPO sẽ hỗ trợ Cục Sở hữu trí tuệ xây dựng một trang thư viện điện tử mới, đó là hệ thống “Thư viện số về sở hữu công nghiệp” trên nền tảng WIPO Publish. Thư viện này sẽ giúp người dùng có thể tra cứu đầy đủ các thông tin về các đối tượng sở hữu công nghiệp đã được công bố với tần suất cập nhật thông tin theo chu kỳ công bố 01 lần/01 tháng<sup>2</sup>.

Như vậy, cho đến trước thời điểm CPTPP, Việt Nam đã xây dựng được hệ thống điện tử phục vụ cho việc nộp đơn và tra cứu nhãn hiệu. Tuy nhiên, hệ thống này còn chưa được hoàn thiện và cần được tiếp tục nâng cấp để đáp ứng nhu cầu về tra cứu nhãn hiệu, đăng ký bảo hộ nhãn hiệu ngày càng tăng.

Để đảm bảo về mặt pháp lý cho việc

2 Cục Sở hữu trí tuệ, Cục Sở hữu trí tuệ thử nghiệm hệ thống “Thư viện số về sở hữu công nghiệp” trên nền tảng WIPO Publish.

đăng ký nhãn hiệu trực tuyến phù hợp với yêu cầu của CPTPP, Luật Sở hữu trí tuệ đã bổ sung khoản 3 Điều 89 như sau:

*“3. Đơn đăng ký xác lập quyền sở hữu công nghiệp được nộp dưới hình thức văn bản ở dạng giấy cho cơ quan quản lý nhà nước về quyền sở hữu công nghiệp hoặc dạng điện tử theo hệ thống nộp đơn trực tuyến”.*

Quy định trên thực sự phù hợp với bối cảnh công nghệ số ngày càng phát triển, đồng thời tạo thuận lợi cho các chủ sở hữu nhãn hiệu khi họ tiến hành nộp đơn yêu cầu cấp văn bằng bảo hộ.

### **3. Tiếp tục hoàn thiện Luật Sở hữu trí tuệ về bảo hộ nhãn hiệu**

Để bảo đảm thực thi cam kết trong CPTPP về bảo hộ nhãn hiệu, chúng tôi cho rằng cần tiếp tục hoàn thiện quy định của Luật Sở hữu trí tuệ về một số vấn đề sau:

#### ***Một là, mở rộng phạm vi đối tượng được bảo hộ là nhãn hiệu.***

Chế độ bảo hộ nhãn hiệu khác biệt giữa các quốc gia gây ảnh hưởng không nhỏ tới quyền và lợi ích của các chủ sở hữu nhãn hiệu trong hoạt động kinh doanh quốc tế, đặc biệt vấn đề nổi cộm hiện nay là xác định các dấu hiệu được bảo hộ là nhãn hiệu. Bên cạnh nhãn hiệu hình là nhãn hiệu truyền thống được bảo hộ, các nước có nền kinh tế phát triển như Mỹ, Anh, Nhật... đều quy định về bảo hộ các nhãn hiệu phi truyền thống như mùi, âm thanh... Bởi vậy, các chủ sở hữu của các nhãn hiệu này khi tiến hành lưu thông hàng hóa sản phẩm của mình sang các quốc gia khác cũng mong muốn các dấu hiệu đó được bảo hộ là nhãn hiệu ở các nước đó.

Theo tinh thần của Hiệp định Trips, Luật Sở hữu trí tuệ Việt Nam mới chỉ dừng lại ở việc bảo hộ các dấu hiệu truyền thống là nhãn hiệu. Cụ thể tại quy định tại khoản 1 Điều 72 Luật Sở hữu trí tuệ, dấu hiệu được đăng ký là nhãn hiệu phải là dấu hiệu nhìn

thấy được dưới dạng chữ cái, từ ngữ, hình vẽ, hình ảnh, kể cả hình ba chiều hoặc sự kết hợp các yếu tố đó, được thể hiện bằng một hoặc một số màu sắc nhất định. Pháp luật Việt Nam chỉ bảo hộ những dấu hiệu có thể nhận biết được bằng thị giác.

Tuy nhiên, khoản 18 Điều 18 CPTPP quy định không bên nào được yêu cầu nhãn hiệu phải là dạng nhìn thấy mới được nộp đơn xin bảo hộ, cũng như cơ quan có thẩm quyền cũng không được từ chối đơn đăng ký của chủ đơn chỉ vì nhãn hiệu xin đăng ký dưới dạng âm thanh. Ngoài ra, mỗi quốc gia thành viên đều có trách nhiệm nỗ lực để tiến hành mở đăng ký cho các nhãn hiệu mùi hương.

Như vậy, CPTPP đã đặt ra cho các quốc gia thành viên nhiệm vụ phải nhanh chóng thiết lập cơ chế bảo hộ đối với các nhãn hiệu phi truyền thống mà trước hết là nhãn hiệu âm thanh. Đã có 9 quốc gia trong số 11 quốc gia thành viên CPTPP quy định về bảo hộ nhãn hiệu âm thanh, 5 quốc gia thành viên chấp thuận bảo hộ nhãn hiệu mùi, riêng Việt Nam và Malaysia chưa chấp thuận bảo hộ “dấu hiệu không nhìn thấy được” là nhãn hiệu bao gồm cả nhãn hiệu là âm thanh và mùi<sup>3</sup>. Bảo hộ nhãn hiệu phi truyền thống là một nội dung mới cho pháp luật sở hữu trí tuệ của Việt Nam. Theo cam kết, Việt Nam sẽ phải điều chỉnh các quy định để bảo hộ nhãn hiệu âm thanh trong thời hạn 3 năm kể từ ngày CPTPP có hiệu lực. Sự thay đổi này có thể sẽ dẫn đến thay đổi căn bản toàn bộ cơ chế đăng ký và bảo hộ nhãn hiệu tại Việt Nam. Việc bảo hộ nhãn hiệu âm thanh, mùi hương sẽ giúp doanh nghiệp yên tâm sáng tạo với những ý tưởng của mình. Tuy nhiên, đây cũng là thách thức cho các cơ quan quản lý và thực thi sở hữu trí tuệ cũng như các doanh nghiệp Việt Nam khi chưa có nhiều kiến thức và kinh nghiệm về loại nhãn hiệu mới này.

3 Nguyễn Khánh Linh, Thực tiễn bảo hộ nhãn hiệu âm thanh và mùi ở các nước phát triển và gợi ý cho Việt Nam <https://vjst.vn/vn/tin-tuc/2736/thuc-tien-bao-ho-nhan-hieu-am-thanh-va-mui-o-cac-nuoc-phat-trien-va-goi-y-cho-viet-nam.aspx>.

Việt Nam có thể tiếp thu kinh nghiệm lập pháp cũng như thực tiễn bảo hộ từ các quốc gia để xây dựng một cơ chế bảo hộ riêng cho cả nhãn hiệu âm thanh và mùi.

Khi thực hiện cam kết bảo hộ nhãn hiệu là âm thanh đồng nghĩa với việc chúng ta phải sửa đổi các quy định về bảo hộ nhãn hiệu, cụ thể:

*Thứ nhất*, sửa đổi, bổ sung khoản 1 Điều 72 Luật Sở hữu trí tuệ về xác định các dấu hiệu được bảo hộ nhãn hiệu theo hướng, bên cạnh bảo hộ nhãn hiệu là dấu hiệu có thể nhìn thấy được thì còn bảo hộ đối với dấu hiệu không nhìn thấy được; đồng thời, cần bổ sung quy định để chỉ rõ thế nào là dấu hiệu âm thanh có thể được bảo hộ.

*Thứ hai*, sửa đổi, bổ sung Điều 73, Điều 74 Luật Sở hữu trí tuệ theo hướng loại trừ các dấu hiệu không nhìn thấy được không được coi là nhãn hiệu, và các trường hợp nhãn hiệu âm thanh bị coi là không có khả năng phân biệt.

**Hai là, hoàn thiện tiêu chí bảo hộ nhãn hiệu nổi tiếng.**

Nhãn hiệu nổi tiếng thường bị xâm phạm dù vô tình hay hữu ý. Do vậy, bảo hộ đối với nhãn hiệu nổi tiếng luôn là vấn đề được quan tâm của nhiều quốc gia. Khi trở thành thành viên của Công ước Paris 1883 và Hiệp định TRIPS, Việt Nam đã tích cực xây dựng các quy định về bảo hộ nhãn hiệu nổi tiếng để thực hiện các cam kết trong các điều ước quốc tế này.

Một trong các nội dung quan trọng trong bảo hộ nhãn hiệu nổi tiếng là xác định các tiêu chí đánh giá mức độ nổi tiếng của nhãn hiệu. Mỗi quốc gia sẽ đưa ra các quy định về tiêu chí này là khác nhau. Tuy nhiên, các tiêu chí này đều hướng đến việc làm rõ mức độ ảnh hưởng của nhãn hiệu đối với người tiêu dùng và nền kinh tế. Trên thế giới, các quốc gia thường dựa trên hai nguyên tắc: nguyên tắc “quyền ưu tiên” (first-to-file) và nguyên

tắc “quyền sử dụng” (first-to-use) áp dụng cho việc đăng ký bảo hộ đối với các đối tượng sở hữu công nghiệp, trong đó, nguyên tắc quyền ưu tiên đăng ký được sử dụng phổ biến hơn cả. Đối với nhãn hiệu nổi tiếng, việc bảo hộ không chỉ được thực hiện trên cơ sở nguyên tắc “quyền ưu tiên” (first-to-file) mà còn dựa trên nguyên tắc “quyền sử dụng” (first-to-use)<sup>4</sup>. Do vậy, nhãn hiệu hàng hóa nổi tiếng có thể được bảo hộ ngay cả khi chúng chưa được đăng ký bởi cơ quan có thẩm quyền.

Ở Việt Nam, bên cạnh việc đưa ra định nghĩa chính thức về nhãn hiệu nổi tiếng, pháp luật sở hữu trí tuệ còn đưa ra những tiêu chí cụ thể để xác định một nhãn hiệu là nổi tiếng. Đây cũng là hành động cụ thể đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ thành viên của Việt Nam khi ký kết Công ước Paris. Việt Nam cũng xây dựng cơ chế bảo hộ đặc biệt cho nhãn hiệu nổi tiếng, cũng như nhiều quốc gia khác, chấp nhận bảo hộ cho nhãn hiệu nổi tiếng dựa trên nguyên tắc “quyền sử dụng” (first-to-use). Theo khoản 2 Điều 6 Nghị định số 103/2013/NĐ-CP hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ về sở hữu công nghiệp (Nghị định số 103), quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu nổi tiếng được xác lập trên cơ sở thực tiễn sử dụng rộng rãi nhãn hiệu đó theo quy định của Điều 75 Luật Sở hữu trí tuệ mà không cần thực hiện thủ tục đăng ký nhãn hiệu như các nhãn hiệu thông thường.

Bên cạnh đó, khoản 6, khoản 7 Điều 75 Luật Sở hữu trí tuệ cũng xác định tiêu chí đánh giá mức độ nổi tiếng của nhãn hiệu thông qua việc xem xét số lượng quốc gia bảo hộ nhãn hiệu và số lượng quốc gia công nhận nhãn hiệu là nổi tiếng. Tiêu chí này định lượng này tạo ra sự dễ dàng cho các cơ quan có thẩm quyền xác nhận mức độ nổi tiếng của nhãn hiệu, đồng thời gián tiếp công nhận việc áp dụng nguyên tắc “quyền ưu tiên” (first-to-file), ngược với nguyên tắc

4 ThS. Phan Ngọc Tâm, Bảo hộ nhãn hiệu nổi tiếng theo pháp luật châu Âu và Hoa Kỳ, Tạp chí Khoa học pháp lý số 4/2006, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2008/02/20/798/>.

“quyền sử dụng” (first-to-use) được đề cập đến tại khoản 2 Điều 4 Luật Sở hữu trí tuệ và khoản 2 Điều 6 Nghị định số 103. Chúng tôi cho rằng, thực tiễn sử dụng là một tiêu chí quan trọng nhất để một nhãn hiệu được công nhận là một nhãn hiệu nổi tiếng. Chính nhờ quá trình sử dụng liên tục mà nhãn hiệu mới được người tiêu dùng biết đến.

Ngoài ra, còn có sự mâu thuẫn giữa quy định của khoản 6 Điều 75 về số lượng quốc gia bảo hộ nhãn hiệu và quy định của khoản 2 Điều 4 Luật Sở hữu trí tuệ. Định nghĩa tại Điều 4 chỉ yêu cầu nhãn hiệu nổi tiếng chỉ cần được người tiêu dùng biết đến rộng rãi trên toàn lãnh thổ Việt Nam trong khi tiêu chí công nhận lại nêu số lượng quốc gia.

CPTPP quy định về tiêu chí xác định

mức độ nổi tiếng của nhãn hiệu như sau: “Không Bên nào được quy định rằng điều kiện để xác định một nhãn hiệu là nổi tiếng là nhãn hiệu đó đã được đăng ký tại Bên đó hoặc trong một lãnh thổ tài phán khác, hoặc được liệt kê trong một danh sách các nhãn hiệu nổi tiếng, hoặc đã được công nhận là một nhãn hiệu nổi tiếng”. Như vậy, CPTPP yêu cầu các nước không được lấy tiêu chí số lượng các quốc gia đã bảo hộ nhãn hiệu, đã công nhận nhãn hiệu nổi tiếng hoặc đã nằm trong danh mục nhãn hiệu nổi tiếng để quyết định bảo hộ nhãn hiệu nổi tiếng. Vì vậy, để phù hợp với yêu cầu của CPTPP, cần sửa đổi Điều 75 Luật Sở hữu trí tuệ theo hướng bỏ quy định của khoản 6 và khoản 7 về tiêu chí đánh giá nhãn hiệu nổi tiếng ■

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Cục Sở hữu trí tuệ, Báo cáo tổng kết Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ.
2. Cục Sở hữu trí tuệ, *Cục Sở hữu trí tuệ thử nghiệm hệ thống “Thư viện số về sở hữu công nghiệp” trên nền tảng WIPO Publish*.
3. Dự thảo sửa đổi Luật Sở hữu trí tuệ “Vượt trần” cam kết CPTPP, <https://www.thienhien.net/2019/05/06/du-thao-sua-doi-luat-so-huu-tri-tue-vuot-tran-cam-ket-cptpp/>.
4. Intellectual Property Code of France (1992-1996), Art.L711, [http://www.wipo.int/clea/docs\\_new/pdf/en/fr/fr065en.pdf.18/2/2013](http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/en/fr/fr065en.pdf.18/2/2013).
5. Hiệp định về các khía cạnh liên quan tới thương mại của quyền Sở hữu trí tuệ (gọi tắt là Hiệp định TRIPS, ký ngày 15/4/1994 tại Marrakesh, Maroc).
6. Hoàng Lan Phương (2019), *Pháp luật quốc tế về chuyển quyền sử dụng đối với nhãn hiệu và những khuyến nghị cho Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 2 (388).
7. TS. Lê Đình Nghị & TS. Vũ Thị Hải Yến (2009), *Giáo trình Luật Sở hữu trí tuệ*, Nhà xuất bản Giáo dục Việt Nam.
8. Lê Nét, *Quyền sở hữu trí tuệ*, Nhà xuất bản Đại học quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2006.
9. Lê Xuân Thảo (2007), *Hội nhập quốc tế và đổi mới cơ chế thực thi, bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ của Việt Nam*, Tạp chí Cộng sản (số 4).
10. Nguyễn Khánh Linh, *Thực tiễn bảo hộ nhãn hiệu âm thanh và mùi ở các nước phát triển và gợi ý cho Việt Nam*; <https://vjst.vn/vn/tin-tuc/2736/thuc-tien-bao-ho-nhan-hieu-am-thanh-va-mui-o-cac-nuoc-phat-trien-va-goi-y-cho-viet-nam.aspx>.
11. Nguyễn Anh Tú (2008), *Bảo hộ nhãn hiệu theo pháp luật Cộng hòa Pháp*, Tạp chí Luật học (số 12), trang 47-48.
12. Ths. Phan Ngọc Tâm, Bảo hộ nhãn hiệu nổi tiếng theo pháp luật châu Âu và Hoa Kỳ, Tạp chí Khoa học pháp lý số 4/2006; <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2008/02/20/798/>.
13. TS. Phùng Trung Tập (2004), *Các yếu tố của quyền Sở hữu trí tuệ*, Nhà xuất bản Tư pháp.
14. *Sửa đổi Luật sở hữu trí tuệ cho phù hợp với các quy định của Hiệp định CPTPP*, <http://vision-associates.com/vi/amendments-to-the-law-on-intellectual-property-in-the-light-of-the-cptpp/>.
15. Văn kiện Hiệp định CPTPP và các tóm tắt (bản tiếng Việt được dịch bởi VCCI).

# BẢO ĐẢM QUYỀN TỰ DO CƯ TRÚ CỦA CÔNG DÂN

**Phan Thị Bình Thuận**

ThS. Đoàn đại biểu Quốc hội TP. Hồ Chí Minh.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Quyền tự do cư trú, quyền công dân, Luật Cư trú.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 03/7/2020

Biên tập : 15/7/2020

Duyệt bài : 17/7/2020

## Article Infomation:

*Keywords:* Right to freedom of residence; right of citizens; Law on Residence.

*Article History:*

Received : 03 Jul. 2020

Edited : 15 Jul. 2020

Approved : 17 Jul. 2020

## Tóm tắt:

Quyền tự do cư trú của công dân là một trong những quyền cơ bản, quan trọng được xác định trong Tuyên ngôn Quốc tế nhân quyền (UDHR), Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR), cũng như được hiến định trong tất cả các bản Hiến pháp của nước ta. Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung phân tích các quy định của pháp luật về bảo đảm quyền tự do cư trú của công dân và đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

## Abstract:

The citizens' right to freedom of residence is one of the fundamental and important rights defined in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), as well as being constituted in all the Constitutions of our country. Under the scope of this article, the author focuses on analyzing the provisions of the law on ensuring the citizens' right to freedom of residence and provides a number of recommendations to improve the related laws.

## 1. Công dân và quyền công dân

Khái niệm về công dân thường gắn với một quốc gia cụ thể. Theo từ điển Merriam-Webster online, “công dân” có nghĩa là “một cá nhân [hợp pháp] thuộc về một quốc gia và có các quyền và sự bảo vệ của quốc gia đó”; theo từ điển Cambridge online thì công dân “là thành viên của một quốc gia cụ thể và có các quyền bởi được sinh ra tại đó hoặc được trao các quyền”; theo Bách khoa toàn thư Stanford Enclopedia of Philosophy “công dân là thành viên của một cộng đồng

chính trị, người mà được hưởng các quyền và thừa nhận các nghĩa vụ của [một] thành viên”<sup>1</sup>.

Quyền công dân có thể hiểu là tình trạng pháp lý của công dân ở một quốc gia được hưởng các quyền dân sự, chính trị và xã hội<sup>2</sup>.

Trong đó, một số quyền cơ bản liên quan trực tiếp đến quyền công dân chính là quyền có quốc tịch<sup>3</sup>, quyền có nơi ở hợp pháp<sup>4</sup>, quyền tự do đi lại và cư trú ở trong nước, có quyền ra nước ngoài và từ nước ngoài về nước<sup>5</sup>.

1 Vũ Công Giao, Nguyễn Minh Tâm (2015) Quyền công dân và cơ chế bảo vệ quyền công dân theo Hiến pháp năm 2013, <http://lapphap.vn>pages.tintuc.tinchitiet>, truy cập ngày 12/6/2020.

2 Isin, Engin, Bryan Turner 2002, Handbook of Citizenship Studies, London: Sage.

3 Điều 17 Hiến pháp năm 2013.

4 Điều 22 Hiến pháp năm 2013.

5 Điều 23 Hiến pháp năm 2013.

### 2. Quyền tự do cư trú của công dân

Quyền tự do cư trú của công dân thuộc nhóm quyền dân sự và chính trị, được ghi nhận và bảo vệ trong pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia.

Điều 13 Tuyên ngôn Quốc tế nhân quyền (UDHR) nêu rằng: “Mọi người đều có quyền tự do đi lại và tự do cư trú trong phạm vi lãnh thổ của một quốc gia. Mọi người đều có quyền rời khỏi bất kỳ nước nào, kể cả nước mình, cũng như có quyền trở về nước mình”<sup>6</sup>.

Quy định này tiếp tục được tái khẳng định và cụ thể hóa trong Điều 12 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR):

“1. Bất cứ ai cư trú hợp pháp trên lãnh thổ của một quốc gia đều có quyền tự do đi lại và tự do lựa chọn nơi cư trú trong phạm vi lãnh thổ quốc gia đó.

2. Mọi người đều có quyền tự do rời khỏi bất kỳ nước nào, kể cả nước mình.

3. Những quyền trên đây sẽ không phải chịu bất kỳ hạn chế nào, trừ những hạn chế do luật định và là cần thiết để bảo vệ an ninh quốc gia, trật tự công cộng, sức khỏe hoặc đạo đức xã hội hoặc các quyền tự do của người khác, và phải phù hợp với những quyền khác được Công ước này công nhận.

4. Không ai bị tước đoạt một cách tùy tiện quyền được trở về nước mình”<sup>7</sup>.

Ở Việt Nam, tự do cư trú là một trong những quyền cơ bản của công dân được ghi nhận trong các bản Hiến pháp. Điều 10 Hiến pháp năm 1946, bản Hiến pháp đầu tiên của nước ta đã ghi nhận quyền tự do cư trú của công dân như sau: “Công dân Việt Nam có quyền tự do cư trú, đi lại trong nước và ra nước ngoài”; Điều 28 Hiến pháp năm 1959 quy định: “Công dân nước Việt Nam dân chủ

cộng hoà có quyền tự do cư trú và đi lại”; Điều 72 Hiến pháp năm 1980 quy định: “Quyền tự do đi lại và cư trú được tôn trọng, theo quy định của pháp luật”; Điều 68 Hiến pháp năm 1992 quy định: “Công dân có quyền tự do đi lại và cư trú ở trong nước”; và Điều 23 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Công dân có quyền tự do đi lại và cư trú ở trong nước, có quyền ra nước ngoài và từ nước ngoài về nước. Việc thực hiện các quyền này do pháp luật quy định”.

Có thể thấy rằng, quy định của Hiến pháp Việt Nam về quyền tự do cư trú của công dân phù hợp với nguyên tắc, tinh thần của pháp luật quốc tế. Theo đó, quyền tự do cư trú được công nhận, bảo đảm và tôn trọng đối với mọi công dân, không có sự phân biệt đối xử nào dựa trên cơ sở tuổi tác, giới tính, tôn giáo, tín ngưỡng, trình độ học vấn... Ngoài ra, quyền tự do cư trú còn thể hiện ở việc công dân được tự do lựa chọn nơi sinh sống trên lãnh thổ quốc gia theo quy định của pháp luật, được sinh cơ lập nghiệp ở những nơi mà mình lựa chọn mà không phụ thuộc vào mục đích hay lý do của việc lựa chọn.

### 3. Cơ chế bảo đảm quyền tự do cư trú của công dân ở Việt Nam

Trên cơ sở Hiến pháp, quyền tự do cư trú của công dân được cụ thể hóa trong các văn bản quy phạm pháp luật.

Điều 1 Luật Cư trú<sup>8</sup> quy định: “Cư trú là việc công dân sinh sống tại một địa điểm thuộc xã, phường, thị trấn dưới hình thức thường trú hoặc tạm trú”. Để thực hiện quyền thường trú và tạm trú thì công dân phải được bảo đảm quyền có chỗ ở hợp pháp. Như vậy, nhà ở đóng vai trò quan trọng để công dân thực hiện quyền có chỗ ở. Theo Luật Nhà ở năm 2015, quyền có chỗ ở

6 Tuyên ngôn Quốc tế về nhân quyền (Universal Declaration of Human Rights), [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/vie.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/vie.pdf).

7 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (International Covenant on Civil and Political Rights), Tiếng Anh: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, Tiếng Việt: <https://moj.gov.vn/tttp/thongbao/Lists/ThongBao/Attachments/15/1.%20Cong%20uoc%20ICCPR%20-%20VN.pdf>.

8 Luật Cư trú năm 2006 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2013.



được thực hiện thông qua nhiều hình thức: đầu tư xây dựng, mua, thuê, thuê mua, nhận tặng cho, nhận thừa kế, nhận góp vốn, nhận đổi, mượn, ở nhờ, quản lý nhà ở theo ủy quyền và các hình thức khác theo quy định của pháp luật. Hơn nữa, để bảo đảm quyền cư trú của công dân tại chỗ ở của mình, Nhà nước công nhận và bảo hộ quyền sở hữu hợp pháp về nhà ở của các chủ sở hữu theo quy định. Đồng thời, Nhà nước có các chính sách, biện pháp để bảo đảm quyền cư trú của công dân, thể hiện qua việc xem xét, tính toán tỷ lệ chi phí liên quan nhà ở phù hợp với mức thu nhập, có chế độ trợ cấp về nhà ở cho những người không có khả năng chi trả, cũng như những hỗ trợ khác để đáp ứng một cách thích đáng nhu cầu về nhà ở, như cơ chế, chính sách miễn, giảm thuế, miễn giảm tiền sử dụng đất, tiền thuê đất, tín dụng dài hạn với lãi suất ưu đãi, các cơ chế ưu đãi tài chính khác và hỗ trợ từ nguồn vốn của Nhà nước để thực hiện chính sách hỗ trợ về nhà ở xã hội.

Điều 3 Luật Cư trú quy định: “Công dân có quyền tự do cư trú theo quy định của Luật này và các quy định khác của pháp luật có liên quan”. Không những tái khẳng định quyền tự do cư trú của công dân theo Hiến pháp, Luật Cư trú còn quy định trách nhiệm của Nhà nước trong việc bảo đảm quyền tự do cư trú của công dân; việc xử lý nghiêm minh trường hợp cơ quan, tổ chức, cá nhân xâm phạm quyền tự do cư trú của công dân; cũng như Nhà nước phải có các chính sách và biện pháp đồng bộ để bảo đảm ngày càng tốt hơn quyền tự do cư trú của công dân (Điều 5).

Quyền tự do cư trú của công dân còn được bảo đảm thông qua việc nghiêm cấm các hành vi cản trở công dân thực hiện quyền tự do cư trú, lạm dụng quy định về điều kiện, thủ tục đăng ký thường trú, cấp sổ hộ khẩu... để hạn chế quyền, lợi ích hợp pháp của công dân. Ngoài ra, trong quản lý cư trú, trình tự, thủ tục đăng ký thường trú, tạm trú phải công khai, minh bạch, đơn giản hóa giấy tờ, giảm thời gian, chi phí; xóa bỏ các thủ tục hành chính rườm rà, dễ bị lợi dụng để gây

phiền hà cho người dân; qua đó, bảo đảm tốt hơn nữa việc thực hiện quyền tự do cư trú của công dân.

Thời gian qua, việc bảo đảm quyền tự do cư trú của công dân đã được Nhà nước quan tâm thực hiện thông qua nhiều chính sách, cơ chế. Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện cũng đã phát sinh nhiều bất cập, tồn tại ảnh hưởng đến quyền tự do cư trú của công dân. Cụ thể như sau:

- Khoản 1 Điều 12 Luật Cư trú quy định: “Nơi cư trú của công dân là chỗ ở hợp pháp mà người đó thường xuyên sinh sống. Nơi cư trú của công dân là nơi thường trú hoặc nơi tạm trú”; Điều 40 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS) quy định: “Nơi cư trú của cá nhân là nơi người đó thường xuyên sinh sống”; Luật Xử lý vi phạm hành chính lại đưa ra quy định về nơi cư trú ổn định và nơi cư trú không ổn định. Bên cạnh đó, Luật Cư trú và BLDS còn có các quy định về nơi cư trú của người chưa thành niên; nơi cư trú của người được giám hộ; nơi cư trú của vợ, chồng; nơi cư trú của quân nhân; nơi cư trú của người làm nghề lưu động.

- Luật Cư trú sử dụng nhiều thuật ngữ liên quan đến cư trú, như: nơi cư trú, nơi thường trú, nơi tạm trú, lưu trú, nơi đang sinh sống... Những quy định không thống nhất như trên gây phức tạp, khó khăn trong việc xác định nơi cư trú, không đi đúng vào bản chất của nơi cư trú đó là xác định nơi thực tế công dân, cá nhân đang sinh sống. Từ đó, gây khó khăn, lúng túng cho người dân trong thực hiện quyền cư trú và các thủ tục hành chính liên quan, cũng như cho công tác quản lý dân cư của Nhà nước.

- Trong những giai đoạn, hoàn cảnh nhất định, trong những trường hợp đặc thù thì cần có những quy định hạn chế về cư trú, như việc quy định các điều kiện riêng cho việc đăng ký thường trú tại thành phố trực thuộc trung ương với mục đích không làm tăng nhanh quá mức quy mô dân số tại các đô thị lớn, dẫn đến phá vỡ quy hoạch, vượt quá khả năng đáp ứng của hạ tầng kỹ thuật đô thị và năng lực quản lý của chính quyền, gây áp lực lớn cho hệ thống giáo dục, y tế, chỗ ở...

Tuy nhiên, trong giai đoạn hiện nay, việc thực thi các chính sách, quy định này không còn phù hợp, mang nặng tính thủ tục và hạn chế quyền của công dân về cư trú. Thực tế người dân vẫn di chuyển về các thành phố lớn để tìm kiếm việc làm, làm việc và sinh sống, từ đó phát sinh nhu cầu về cư trú. Đây là xu hướng tất yếu của quá trình phát triển kinh tế - xã hội, không nên đặt ra các điều kiện riêng, không phù hợp với thực tiễn để hạn chế quyền tự do cư trú của người dân. Việc đặt ra các điều kiện riêng sẽ làm ảnh hưởng đến quyền, lợi ích của một bộ phận công dân đang làm việc và sinh sống tại các thành phố trực thuộc trung ương, nhưng chưa đủ điều kiện đăng ký thường trú.

Thay vì đặt ra các điều kiện riêng, thì Nhà nước nên quan tâm, đầu tư và có các chính sách quy hoạch phát triển kinh tế-xã hội phù hợp cho từng vùng, tỉnh, thành phố khác, để người dân có việc làm và có thể sinh sống được ở chính quê hương của họ. Từ đó, vừa hạn chế được việc di dân đến các thành phố lớn, vừa đảm bảo được quyền tự do cư trú của công dân.

Vì vậy, để bảo đảm thực hiện tốt hơn nữa quyền tự do cư trú của công dân Việt Nam, góp phần nâng cao hiệu quả công tác quản lý nhà nước về an ninh, trật tự trong tình hình mới, thì việc xem xét sửa đổi, bổ sung Luật Cư trú và các quy định của pháp luật có liên quan về cư trú là cần thiết.

#### 4. Một số kiến nghị

Để góp phần hoàn thiện Luật Cư trú, tác giả có một số kiến nghị sau:

1) Thống nhất cách hiểu về nơi cư trú: đề nghị xác định nơi cư trú của công dân, cá nhân là nơi thường trú hoặc tạm trú, đồng thời quy định rõ thế nào là thường trú và thế nào là tạm trú, vì hiện nay có các giải thích liên quan đến nơi cư trú khác nhau.

2) Rà soát và sửa đổi, bổ sung các quy định về hạn chế quyền tự do cư trú của công dân theo hướng: việc hạn chế quyền tự do cư trú của công dân phải được pháp luật quy định cụ thể, rõ ràng về các trường hợp bị hạn chế, và phải bảo đảm phù hợp với các nguyên tắc của pháp luật quốc tế để tránh việc tùy tiện, xâm phạm đến quyền tự do cư trú của công dân.

3) Bỏ các quy định riêng về điều kiện đăng ký thường trú tại thành phố trực thuộc trung ương.

4) Cải cách thủ tục hành chính liên quan đến việc cư trú của công dân theo hướng công khai, minh bạch, cụ thể, rõ ràng để tạo điều kiện thuận lợi tối đa cho người dân khi thực hiện thủ tục đăng ký cư trú; Tạo sự chuyển biến căn bản trong quan hệ giải quyết thủ tục đăng ký cư trú giữa cơ quan nhà nước với người dân; Ứng dụng mạnh mẽ công nghệ thông tin trong thực hiện thủ tục hành chính và trong công tác quản lý nhà nước về cư trú.

Ngoài ra, Nhà nước có những chính sách, cơ chế thiết thực về chỗ ở cho công dân để từ đó phát huy hiệu quả việc đảm bảo quyền tự do cư trú của công dân mà Hiến pháp đã quy định ■

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Tờ trình số 229/TTr-CP ngày 16/5/2020 của Chính phủ về Dự án Luật Cư trú (sửa đổi).
2. Báo cáo thẩm tra dự án Luật Cư trú (sửa đổi) số 3203/BC-UBPL14 ngày 21/5/2020 của Ủy ban Pháp luật của Quốc hội khóa XIV.
3. Nguyễn Quốc Sửu (2017), Quyền Tự do cư trú: Nội dung và giới hạn; <http://noichinh.vn>nguyen-cuu-trao-doi>quyen-tu-do-cu-tru>>, truy cập ngày 15/6/2020;
4. Nguyễn Thùy Dương (2019), Quyền tự do đi lại theo pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam; <http://lapphap.vn>pages.tintuc.tinchitiet>, truy cập ngày 15/6/2020.
5. Vũ Công Giao, Nguyễn Minh Tâm (2015), Quyền công dân và cơ chế bảo vệ quyền công dân theo Hiến pháp năm 2013; <http://lapphap.vn>pages.tintuc.tinchitiet>, truy cập ngày 12/6/2020.

# TĂNG CƯỜNG GIÁO DỤC ĐẠO ĐỨC CÔNG VỤ CHO CÔNG CHỨC HIỆN NAY

**Đoàn Nam Đàn**

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

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Đạo đức công vụ; công chức.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 24/6/2020

Biên tập : 03/7/2020

Duyệt bài : 06/7/2020

## Article Information:

*Keywords:* Public service ethics; public servants.

## Article History:

Received : 24 Jun. 2020

Edited : 03 Jul. 2020

Approved : 06 Jul. 2020

## Tóm tắt:

Trước tình trạng suy thoái đạo đức đang diễn ra trong xã hội, đặc biệt là ở một bộ phận công chức với ý thức trách nhiệm kém, tiêu cực, tham nhũng,... làm ảnh hưởng đến lòng tin, cuộc sống của người dân, cản trở sự phát triển kinh tế - xã hội, đạo đức công vụ đang trở thành vấn đề được xã hội rất quan tâm. Tăng cường giáo dục nâng cao đạo đức công vụ cho công chức được xác định là một trong những nhiệm vụ quan trọng hàng đầu của công tác xây dựng Đảng, xây dựng chính quyền nhà nước, là việc làm rất cần thiết trong bối cảnh Việt Nam đang đẩy mạnh sự nghiệp công nghiệp hóa, hiện đại hóa và hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng trên các lĩnh vực của đời sống xã hội.

## Abstract:

Ethics in the public service are becoming a matter of great concerns to the society once there is ongoing moral decline of public-service ethic in the society, especially in a part of public servants with a poor sense of responsibility, negative acts, corruption behaviors, which gives impacts to the people's trust and life, hindering the socio-economic developments. Strengthening education is crucial necessary for the public servants to improve the public service ethics, which has been identified as one of the most important tasks of development of the Party, of the governmental authority in the context of Vietnam when is to promote the industrialization, modernization and international integration in all fields of social life.

## 1. Yêu cầu về đạo đức công vụ đối với công chức

Công vụ là một hoạt động mang tính quyền lực nhà nước - quyền lực công. Về thực chất, quyền lực nhà nước thể hiện ý chí của Nhân dân, do Nhân dân ủy quyền cho các cơ quan nhà nước, mà đội ngũ công chức có trách nhiệm thực thi theo nguyên tắc “*công chức chỉ được phép làm những việc do pháp luật quy định*”. Đây là sự ủy quyền gián tiếp, đòi hỏi công chức cần ý thức rõ

ràng trách nhiệm của mình, có những chuẩn mực giá trị đạo đức, hành vi ứng xử phù hợp, phải gần dân, nghe dân, hiểu dân và thực sự “*là đây tớ của Nhân dân*”. Những yêu cầu này sẽ tạo nên mối quan hệ tốt đẹp giữa Nhà nước với Nhân dân, hình thành những giá trị đạo đức mới cho đội ngũ công chức trong thực thi công vụ.

Việc nâng cao đạo đức công vụ là vấn đề rất quan trọng đối với mọi nhà nước. Khi quyền lực nhà nước được thực thi, phản ánh qua nền công vụ và hoạt động công vụ, nếu

không có những tiêu chí đạo đức làm chuẩn mực thì uy tín của nhà nước sẽ bị xói mòn. Vì vậy, bất kỳ nhà nước nào đều phải định ra các chuẩn mực đạo đức cho nền công vụ của mình. Bên cạnh những nội dung đạo đức chuẩn mực chung mà phần lớn các quốc gia đều áp dụng, thì tùy theo đặc điểm văn hóa, tâm lý xã hội, dân tộc, mỗi quốc gia lại có chuẩn mực đạo đức đặc thù riêng cho nền công vụ của mình.

Ở Việt Nam, đạo đức công vụ được quan niệm là một dạng cụ thể của đạo đức xã hội, bao gồm những hệ thống các chuẩn mực, quy tắc, nguyên tắc, quy định hành vi, quan hệ của công chức nhằm điều chỉnh thái độ, cách ứng xử, chức trách bổn phận, nghĩa vụ của họ trong hoạt động công vụ. Giá trị cốt lõi mà công chức đảm nhận thể hiện ở cách xử sự và đóng góp cho xã hội tốt đẹp hơn, bao gồm hoạt động dịch vụ công tốt, từng công chức phải rèn luyện, bồi dưỡng nâng cao mọi mặt để xây dựng một nền công vụ chuyên nghiệp, trong sạch và tận tụy, công tâm trước Nhân dân.

Với đặc trưng của hoạt động công vụ mang tính quyền lực nhà nước do các công chức tiến hành theo quy định của pháp luật nhằm thực hiện các chức năng, nhiệm vụ và phục vụ lợi ích của Nhà nước, xã hội. Cho nên, trong nhiều trường hợp, nếu lương tâm công chức không sáng, trách nhiệm không cao sẽ dẫn đến lạm quyền, gây tổn hại cho dân, cho nước. Chủ tịch Hồ Chí Minh 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>1</sup>. Giáo dục đạo đức công vụ không chỉ là công việc thường xuyên của bản thân đội ngũ công chức, mà còn là trách nhiệm của các chủ thể quản lý công chức.

Trong thời kỳ nước ta chuyển sang nền kinh tế thị trường, công chức đang phải đối

mặt với nhiều vấn đề như: tiền lương, tiền thưởng hay phụ cấp, môi trường làm việc đều được đem ra so sánh với khu vực tư nhân và sự chênh lệch thu nhập giữa hai khu vực này đã làm cho tư duy về giá trị công vụ, công chức thay đổi. Để hạn chế những mặt trái của nền kinh tế thị trường tác động đến đạo đức công chức, chúng ta cần xây dựng nền tảng đạo đức công vụ vững chắc. Nền tảng này phải được xây dựng dựa trên một hệ thống pháp luật nhằm bảo đảm cho các chuẩn mực đạo đức được thi hành trong công vụ.

Yêu cầu về đạo đức công vụ đối với công chức hiện nay là:

- *Sự trung thành và ý thức chấp hành Hiến pháp, pháp luật của người thực thi công vụ.*

Một trong những yêu cầu đối với phẩm chất đạo đức không thể thiếu của người công chức ở bất kỳ thời đại nào là phải trung thành với Nhà nước và tổ chức nơi mình làm việc, phấn đấu vì mục tiêu của tổ chức. Sự phát triển của tổ chức là cơ sở, tiền đề mang lại những lợi ích, nguồn lực cho người phục vụ trong tổ chức. Đây không chỉ là cơ sở để đánh giá công chức, mà còn là yêu cầu của Nhà nước, cơ quan, tổ chức đối với những người thực thi công vụ. Do vậy, người thực thi công vụ không thể phản bội lại cơ quan, tổ chức mà mình đang phục vụ.

Việc chấp hành Hiến pháp, pháp luật của công chức trong hoạt động công vụ là yêu cầu quan trọng để đánh giá đạo đức công vụ của công chức, vì chính họ là người thực hiện, áp dụng pháp luật để đưa ra các quyết định quản lý khác nhau. Công chức cũng như mọi đối tượng khác trong xã hội không chấp hành Hiến pháp, pháp luật, hay chấp hành không nghiêm minh thì không thể nói rằng người đó có đạo đức. Mặt khác, quy chế làm việc của cơ quan, đơn vị cũng có vai trò rất lớn về củng cố kỷ cương, kỷ luật trong

1 Hồ Chí Minh: Toàn tập, T5, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr.104.

thực thi công vụ. Bởi lẽ, nó trực tiếp điều chỉnh quan hệ công vụ như: quan hệ giữa người lãnh đạo, quản lý cấp trên với cấp dưới; quan hệ giữa người lãnh đạo, quản lý cùng cấp; giữa người lãnh đạo, quản lý với nhân viên, giữa các nhân viên với nhau,...

*- Tính hiệu quả của hoạt động công vụ, sự trung thực không vụ lợi trong thực thi công vụ của công chức và việc thực hành tiết kiệm, chống tham ô, lãng phí, quan liêu.*

Người công chức thực thi công vụ được trả lương từ ngân sách nhà nước, tức là từ tiền thuế của Nhân dân, do đó hoạt động công vụ của họ phải mang lại hiệu quả nhất định nhằm góp phần tạo ra những giá trị xã hội, đáp ứng các yêu cầu chính đáng của người dân, cơ quan, tổ chức. Hiệu quả hoạt động công vụ, việc hoàn thành nghĩa vụ, nhiệm vụ công vụ của công chức là thước đo đánh giá sự phục vụ, cống hiến của họ đối với nhà nước, xã hội và phải được coi là một trong những yêu cầu cơ bản để đánh giá đạo đức công vụ của công chức.

Sự trung thực không vụ lợi của công chức quyết định tính đúng đắn, khách quan trong mọi quan hệ ứng xử của quá trình thực thi công vụ. Sự thiếu trung thực, vụ lợi trong hoạt động công vụ sẽ dẫn đến những quyết định sai trái gây tổn hại cho nhà nước, tổ chức và cá nhân. Chính sự thiếu trung thực, vụ lợi của công chức như khai gian lý lịch, thành tích để được khen thưởng, phong hàm, cấp, dẫn tới thiên vị, bẻ phái sẽ dẫn họ tới những vi phạm pháp luật trong công vụ.

Thực hành tiết kiệm, chống lãng phí không đơn thuần chỉ là tiền bạc, vật chất, thời gian. Đối với công chức, vấn đề quan trọng là sắp xếp, bố trí, phân phối công việc phù hợp, kể cả bố trí cán bộ. Nói đến tiết kiệm là nói đến năng suất, hiệu quả, là gắn liền với chống lãng phí. Trong công tác cán bộ mà không bố trí đúng người, đúng việc theo kiểu “thợ mộc làm thợ rèn, thợ rèn làm

thợ mộc” khiến cho cả hai người đều lúng túng, không hoàn thành nhiệm vụ, thì đó là một biểu hiện lãng phí. Người tài không được sử dụng đúng chỗ là lãng phí chất xám, đây là lãng phí lớn nhất xét dưới góc độ phát triển bền vững.

*- Xây dựng mối quan hệ gắn bó, hợp tác giữa công chức với đồng nghiệp, nâng cao ý thức, trách nhiệm phục vụ Nhân dân.*

Trong hoạt động công vụ sẽ hình thành nhiều mối quan hệ giữa người thực thi công vụ với nhau, với người dân, cơ quan, tổ chức mà hoạt động công vụ hướng tới phục vụ. Mục tiêu của hoạt động công vụ là phục vụ Nhà nước, xã hội và người dân. Người công chức có đạo đức công vụ tốt là người phải biết xây dựng mối quan hệ gắn bó với đồng nghiệp trong công vụ, phải biết chia sẻ kinh nghiệm, hợp tác, không chỉ hoàn thành nghĩa vụ công vụ của mình mà phải biết giúp đỡ, tạo điều kiện để đồng nghiệp cùng phát triển, cùng hoàn thành mọi nhiệm vụ được giao.

Quá trình thực thi công vụ, người công chức thường xuyên tiếp xúc và giải quyết những công việc của người dân, vì thế phải tôn trọng, lắng nghe ý kiến của người dân, phải xác định cái gì lợi cho dân phải tận tâm, tận lực làm tròn phần việc được giao. Cần có sự ràng buộc giữa lời nói và hành vi của người công chức, bảo đảm nói đi đôi với làm, nói thì phải làm và làm cho tốt. Nếu nói không đi đôi với làm, nói nhiều làm ít, nói một đường làm một nẻo thì người công chức phải chịu sự phán xét của người dân và cần phải bị xử lý kỷ luật. Chủ tịch Hồ Chí Minh chỉ rõ: “Sửa chữa sai lầm, cố nhiên cần dùng cách giải thích, thuyết phục, cảm hóa, dạy bảo. Song không phải tuyệt nhiên không dùng xử phạt. Làm lỗi có việc to, việc nhỏ. Nếu nhất luật không xử phạt thì sẽ mất cả kỷ luật, thì sẽ mở đường cho bọn cố ý phá hoại. Vì vậy, hoàn toàn không xử phạt là không đúng”<sup>2</sup>.

2 Hồ Chí Minh, Toàn tập, T5, Nxb. CTQG, Hà Nội 1995, tr.284.

### 2. Thực trạng về đạo đức công vụ đối với công chức hiện nay

Với bản chất Nhà nước của dân, do dân và vì dân, yêu cầu về chuẩn mực đạo đức công vụ được xem như là “cái nền”, “cái gốc” của đội ngũ công chức. Chính vì vậy, để hoạt động công vụ của công chức thực thi nghiêm minh, đúng pháp luật và hiệu quả, Đảng và Nhà nước đã ban hành chính sách, pháp luật, các quy định về quy tắc ứng xử, đạo đức nghề nghiệp, thể hiện rõ nhất là các quy định về quyền, nghĩa vụ, đạo đức, văn hóa giao tiếp, những việc không được làm của cán bộ, công chức tại Luật Cán bộ, công chức, Luật Phòng, chống tham nhũng, Luật Doanh nghiệp,... Từng bước thực hiện tinh giản, sắp xếp lại bộ máy hành chính, đi kèm với giữ nghiêm kỷ luật hành chính, từ đó nâng cao hiệu quả thực thi công vụ. Việc tổ chức thực hiện Nghị quyết số 39-NQ/TW ngày 14-4-2015 về *tinh giản biên chế và cơ cấu lại đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức* và Nghị quyết số 26-NQ/TW ngày 19-5-2018, Hội nghị lần thứ bảy Ban Chấp hành Trung ương Khóa XII về *tập trung xây dựng đội ngũ cán bộ các cấp, nhất là cấp chiến lược, đủ phẩm chất, năng lực và uy tín, ngang tầm nhiệm vụ* đã được tiến hành thực chất, hiệu quả. Khung năng lực vị trí việc làm từng bước được xác định rõ, góp phần lựa chọn, bố trí đúng người, đúng việc, giúp đánh giá chất lượng thực thi nhiệm vụ sâu sát hơn, chính xác hơn. Việc tinh giản biên chế, cải cách thủ tục hành chính được tiến hành đồng bộ, rộng khắp, hiệu quả ở tất cả các bộ, ngành, địa phương. Các cơ quan ở Trung ương đã ban hành quy tắc ứng xử của cán bộ, công chức. Bộ Nội vụ ban hành quy tắc ứng xử của cán bộ, công chức ở địa phương.

Nhiều cơ quan, đơn vị, doanh nghiệp, tổ chức xã hội - nghề nghiệp đã xây dựng và phát động thực hiện quy tắc đạo đức nghề nghiệp.

Công tác giáo dục đạo đức công vụ được coi trọng, đã tạo nên đội ngũ công chức có lập trường tư tưởng, chính trị vững vàng, có ý thức rèn luyện nâng cao phẩm chất đạo đức, lối sống, ý thức tổ chức kỷ luật, tôn trọng và tận tâm phục vụ nhân dân, lắng nghe ý kiến, nguyện vọng và chịu sự giám sát của nhân dân, được Nhân dân tin tưởng; luôn nêu cao tinh thần trách nhiệm, ý thức tập thể; có lòng yêu nghề, tận tụy với công việc; tôn trọng đồng nghiệp, hoàn thành tốt nhiệm vụ được giao. Nhiều công chức năng động, sáng tạo, thích ứng với xu thế hội nhập, có khả năng làm việc trong môi trường quốc tế...

Bên cạnh những kết quả đạt được nêu trên, thực tiễn hiện nay cho thấy, tình trạng vi phạm quy tắc ứng xử, quy tắc đạo đức nghề nghiệp còn diễn ra khá phổ biến; kỷ luật, kỷ cương chưa nghiêm; tham nhũng, lãng phí còn nghiêm trọng. Tình trạng lợi dụng truyền thống văn hóa về tặng quà, cảm ơn để biểu xén, đưa hối lộ vì động cơ vụ lợi còn diễn ra. Quy định và việc thực hiện quy định nộp lại quà tặng còn hình thức, thiếu khả thi, hiệu quả thấp và trên thực tế cũng rất khó kiểm soát do phụ thuộc nhiều vào tính tự giác, đạo đức của công chức. Một bộ phận công chức chưa đặt lợi ích của Nhân dân, của đất nước, của dân tộc lên trên hết, trước hết, “cá nhân chủ nghĩa, sống ích kỷ, thực dụng, cơ hội, vụ lợi; chỉ lo thu vén cá nhân, không quan tâm đến lợi ích tập thể; tham ô, tham nhũng, lợi dụng chức vụ, quyền hạn được giao để dung túng, bao che, tiếp tay cho tham nhũng, tiêu cực; sử dụng quyền lực được giao

3 Đảng Cộng sản Việt Nam, Nghị quyết Hội nghị Trung ương 4 khóa XII.

để phục vụ lợi ích cá nhân hoặc để người thân, người quen lợi dụng chức vụ, quyền hạn của mình để trục lợi<sup>3</sup>. Trong đó, “tình trạng suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống của một bộ phận không nhỏ cán bộ, đảng viên chưa bị đẩy lùi, có mặt, có bộ phận còn diễn biến tinh vi, phức tạp hơn; tham nhũng, lãng phí, tiêu cực vẫn còn nghiêm trọng, tập trung vào số đảng viên có chức vụ trong bộ máy nhà nước”<sup>4</sup>.

Một bộ phận công chức quan liêu, xa rời quần chúng, không sâu sát cơ sở, thiếu kiểm tra, đôn đốc, không nắm chắc tình hình địa phương, cơ quan, đơn vị mình; thờ ơ, vô cảm, thiếu trách nhiệm trước những khó khăn, bức xúc và đòi hỏi chính đáng của Nhân dân; vẫn còn hiện tượng cố ý làm trái các quy định của pháp luật trong thực thi công vụ; bảo thủ, trì trệ, thiếu năng động, sáng tạo; ngại tìm tòi, đổi mới; chất lượng và hiệu quả làm việc còn thấp; một số công chức chưa gương mẫu về đạo đức và lối sống sinh hoạt, tiêu dùng, giải trí xa hoa, lãng phí; “đánh bạc, rượu chè bê tha, mê tín dị đoan, ủng hộ hoặc tham gia các tổ chức tôn giáo bất hợp pháp; sa vào các tệ nạn xã hội, vi phạm thuần phong, mỹ tục, truyền thống văn hóa tốt đẹp của dân tộc, chuẩn mực đạo đức gia đình và xã hội”<sup>5</sup>.

Hiện nay, nhiệm vụ xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa đặt ra những yêu cầu mới về xây dựng đội ngũ công chức một cách toàn diện, cả số lượng, chất lượng và cơ cấu, cả phẩm chất, năng lực và phương pháp, tác phong công tác. Đại hội toàn quốc lần thứ XII của Đảng xác định một

trong bốn nội dung lớn để xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam là xây dựng đội ngũ cán bộ, công chức có bản lĩnh chính trị vững vàng, phẩm chất đạo đức trong sáng, có trình độ, năng lực chuyên môn phù hợp, đáp ứng yêu cầu của giai đoạn mới...; khuyến khích cán bộ, công chức nâng cao trình độ chuyên môn, nghiệp vụ, đạo đức công vụ, hoàn thành tốt nhiệm vụ; đẩy mạnh đấu tranh phòng, chống tham nhũng, lãng phí, quan liêu, hách dịch, cửa quyền; thực hành tiết kiệm.

### 3. Giải pháp nâng cao đạo đức công vụ đối với công chức

Để tạo sự chuyển biến mạnh mẽ trong xây dựng đội ngũ công chức vừa “hồng”, vừa “chuyên”, đáp ứng yêu cầu, nhiệm vụ của cách mạng nước ta trong thời kỳ mới, cần thực hiện một số giải pháp sau:

- *Phát huy tính tích cực, chủ động, nêu cao tinh thần tự giác, gương mẫu của đội ngũ công chức trong thực thi công vụ.*

Vận động là một quá trình tự thân, những nhân tố tác động từ bên ngoài để nâng cao đạo đức công vụ cho công chức là hết sức quan trọng. Song nhân tố quyết định quá trình ấy phải ở bên trong, từ chủ thể đạo đức (đối tượng được nâng cao) chứ không phải là chủ thể nâng cao. Bởi lẽ, đạo đức cách mạng của đội ngũ công chức “không phải trên trời sa xuống. Nó do đấu tranh, rèn luyện bền bỉ hàng ngày mà phát triển và củng cố”<sup>6</sup>. Tư cách của người công chức phải được thể hiện ở tinh thần tự giác, tính tiên phong, gương mẫu trong mọi lúc, mọi nơi, mọi lĩnh vực của đời sống xã hội. Điều

4 Đảng Cộng sản Việt Nam, Nghị quyết Hội nghị Trung ương 4 khóa XII về tăng cường xây dựng, chỉnh đốn Đảng; ngăn chặn, đẩy lùi sự suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống, những biểu hiện “tự diễn biến”, “tự chuyển hóa” trong nội bộ, Hà Nội 2016.

5 Đảng Cộng sản Việt Nam, Nghị quyết Hội nghị Trung ương 4 khóa XII.

6 Hồ Chí Minh, Toàn tập, T11, Nxb. CTQG, Hà Nội 2011, tr.612.

đó không thể tự nhiên mà có, phải do chính người công chức tự tu dưỡng rèn luyện thông qua quá trình phấn đấu không ngừng trong thực tiễn. Người công chức phải thực sự tự giác, gương mẫu và sự tự giác, gương mẫu đó phải được thể hiện cụ thể ở việc giải quyết các mối quan hệ xã hội, trong quá trình thực thi công vụ.

*- Hoàn thiện hệ thống pháp luật về đạo đức công vụ, có chế tài xử phạt nghiêm các hành vi vi phạm đạo đức công vụ và tăng cường công tác kiểm tra, giám sát.*

Đối với công chức, hệ thống pháp luật hoàn chỉnh là cơ sở để hoàn thiện thể chế về đánh giá, giám sát hoạt động của công chức, đặc biệt là giám sát trực tiếp từ người dân. Kết quả đánh giá công chức khách quan, trung thực vừa là cơ sở để tiến hành đề bạt, bổ nhiệm, khen thưởng hay kỷ luật, vừa thúc đẩy vai trò tích cực của công chức trong hoạt động quản lý.

Để đáp ứng yêu cầu nâng cao đạo đức công vụ, cần nghiên cứu xây dựng và ban hành Luật Đạo đức công vụ hay Luật Đạo đức của công chức. Việc ban hành luật này nhằm luật hóa nguyên tắc, chuẩn mực về đạo đức công vụ, xác định cụ thể mục đích, hành vi và công cụ đạo đức của công chức trong quá trình tiếp xúc, làm việc với cơ quan, doanh nghiệp và người dân. Việc ban hành luật còn tạo cơ sở pháp lý cho hoạt động giám sát việc thực thi đạo đức công vụ.

Thực hiện công khai hóa các quy định về hành vi công chức được làm và không được làm, có chế tài xử phạt nghiêm các hành vi vi phạm đạo đức công vụ, những hành vi gây những phiền hà trong giải quyết công việc của công dân. Đối với các trường hợp tái phạm, có tổ chức, có tình tiết nghiêm trọng cần phải được xử lý kiên quyết, nghiêm minh, kịp thời và công bằng nhằm góp phần giáo dục, răn đe cán bộ, công chức, từ đó củng cố niềm tin của Nhân dân vào Nhà nước và pháp luật.

Tăng cường công tác kiểm tra, giám sát nhằm phát hiện các nguy cơ dẫn đến tiêu cực, tham nhũng; phát huy dân chủ cơ sở để người dân thực hiện vai trò giám sát hoạt động công vụ; hoàn thiện cơ chế quản lý công chức ở từng cấp, từng ngành, cơ quan, đơn vị; xác định rõ quyền hạn, trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức trong quản lý hoạt động công vụ của cấp dưới thuộc quyền; xây dựng và hoàn thiện cơ chế khen thưởng xứng đáng cho những ai chấp hành nghiêm túc chuẩn mực đạo đức công vụ.

*- Tăng cường giáo dục và đổi mới phương pháp giáo dục đạo đức công vụ.*

Giáo dục đạo đức công vụ cho đội ngũ công chức giúp họ hiểu được giá trị của đạo đức công vụ và tiêu chuẩn hành vi trong thực thi công vụ, qua đó khơi dậy động cơ và thúc đẩy hành vi đạo đức của công chức. Mục đích của giáo dục đạo đức công vụ là làm cho công chức hiểu được vai trò và nghĩa vụ của mình, hiểu được giá trị, ý nghĩa của công việc mà bản thân mình đang thực hiện; nắm được các tiêu chuẩn hành vi trong thực thi công vụ. Các nước thuộc Liên minh châu Âu đã thành lập cơ quan chuyên trách thực hiện chức năng đào tạo, bồi dưỡng và chịu trách nhiệm chính trong việc thiết kế chương trình đào tạo, bồi dưỡng về đạo đức công vụ; tổ chức các khóa đào tạo, bồi dưỡng định kỳ cho các đối tượng khác nhau. Việc đào tạo, bồi dưỡng không nặng về lý thuyết, coi trọng hơn thực hành đạo đức công vụ, giúp cho người học có khả năng đưa ra lựa chọn hợp lý trong bối cảnh có sự xung đột giữa lợi ích tư và lợi ích công. Chúng ta có thể nghiên cứu học hỏi từ mô hình này để xây dựng chương trình, kế hoạch đào tạo, bồi dưỡng đạo đức cho đội ngũ công chức ở nước ta hiện nay.

*- Phát huy vai trò lãnh đạo của cấp ủy đảng, quản lý của chính quyền và các tổ chức chính trị - xã hội trong việc nâng cao đạo đức công vụ của đội ngũ công chức.*



Hiện nay, nhiều nước trên thế giới rất coi trọng hệ thống quản lý đạo đức công vụ, trong đó chú trọng khung pháp lý và khung tổ chức (hệ thống tổ chức chuyên trách hay kiêm nhiệm từ trung ương đến địa phương để quản lý về đạo đức công vụ). Việt Nam chưa có hệ thống quản lý chuyên biệt này, nhưng hệ thống chính trị đã và đang tích cực góp phần tham gia vào việc nêu cao kỷ cương đạo đức công vụ cho đội ngũ công chức. Do vậy, các cấp ủy đảng, chính quyền,

các tổ chức chính trị - xã hội cần phát huy hơn nữa vai trò của mình trong việc nêu cao kỷ cương đạo đức công vụ cho đội ngũ công chức; thường xuyên kiểm tra, đánh giá mức độ hoàn thành nhiệm vụ được giao trong quá trình thực thi công vụ của công chức. Bên cạnh đó, cần huy động sự tham gia của các tổ chức xã hội vào hoạt động giám sát, phản biện một cách thiết thực đối với tổ chức, hoạt động của bộ máy nhà nước nói chung, công chức trong thực thi công vụ nói riêng ■

## TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2016.
2. Đảng Cộng sản Việt Nam, Nghị quyết Hội nghị Trung ương 4 khóa XII về tăng cường xây dựng, chỉnh đốn Đảng; ngăn chặn, đẩy lùi sự suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống, những biểu hiện “tự diễn biến”, “tự chuyển hóa” trong nội bộ, Hà Nội 2016.
3. Hồ Chí Minh, Toàn tập, tập 5, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 1995.
4. Hồ Chí Minh, Toàn tập, tập 11, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội 2011.

## MỘT SỐ ĐIỂM CHƯA THỐNG NHẤT...

(Tiếp theo trang 6)

thuật ngữ pháp lý mang tính chất quy chuẩn quốc gia quy định thống nhất về các thuật ngữ pháp lý được sử dụng ở Việt Nam. Yêu cầu tất cả các tổ chức, cá nhân khi xây dựng VBQPPL cũng như văn bản cá biệt đều phải thống nhất trong việc sử dụng các thuật ngữ pháp lý. Trong trường hợp bắt buộc phải sử dụng các thuật ngữ pháp lý với cách hiểu và nội hàm khác so với Luật hoặc Bộ từ điển về các thuật ngữ pháp lý thì phải giải thích rõ ngay trong văn bản đó.

Đối với Hiến pháp, luật - những văn bản có giá trị pháp lý cao và vì vậy, chúng cần phải là những văn bản điển hình của việc sử dụng chính xác, thống nhất các thuật ngữ

pháp lý để “làm mẫu” cho việc ban hành các văn bản dưới luật.

Việc thống nhất trong sử dụng thuật ngữ pháp lý sẽ tạo cơ sở cho sự thống nhất về ngôn ngữ, kỹ thuật thể hiện văn bản pháp luật, giám sát hoạt động giải thích, những tranh luận không cần thiết về các thuật ngữ pháp lý.

Ngoài ra, đối với các văn bản luật quan trọng, sau khi hoàn thành dự thảo, cần có sự tham gia của các chuyên gia ngôn ngữ, các nhà nghiên cứu, giảng dạy luật học để kiểm tra, rà soát tránh những sai sót về mặt kỹ thuật ■

## TRÍCH DẪN HỢP LÝ TÁC PHẨM - THỰC TIỄN TRONG NGHIÊN CỨU, GIẢNG DẠY VÀ HỌC TẬP Ở BẬC ĐẠI HỌC

**Trần Quang Trung**

ThS. Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Trích dẫn tác phẩm, trích dẫn hợp lý tác phẩm, môi trường giáo dục đại học.

### Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/5/2020  
Biên tập : 16/6/2020  
Duyệt bài : 19/6/2020

### Article Information:

*Key words:* Quotations; appropriate quotations; higher education environment.

### Article History:

Received : 26 May. 2020  
Edited : 16 Jun. 2020  
Approved : 19 Jun. 2020

### Tóm tắt:

Trong môi trường giáo dục đại học, trích dẫn là việc rất phổ biến trong nghiên cứu khoa học, giảng dạy và học tập. Tuy nhiên, vì nhiều lý do khác nhau, sinh viên, học viên, kể cả giảng viên thực hiện trích dẫn rất tùy tiện, nhất là vi phạm trích dẫn hợp lý. Điều này gây tác động tiêu cực và ảnh hưởng nghiêm trọng đến uy tín, chất lượng giáo dục đại học. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích thực trạng, nguyên nhân vi phạm trích dẫn hợp lý trong môi trường giáo dục đại học và đề xuất một số giải pháp khắc phục tình trạng này.

### Abstract:

The quotation is very common in scientific studies, teaching and learning in higher education. However, for different reasons, the students, the learners, even the teachers make quotations in a very arbitrary manner, especially in violation of quotation rules, which gives a negative impact on the reputation and quality of the higher education. Within the scope of this article, the author analyzes the current situation, the cause of violation of the quotation rules in higher education, and proposes recommendations to overcome this situation.

## 1. Đặt vấn đề

Hoạt động nghiên cứu, giảng dạy ở bậc đại học Việt Nam hướng đến mục tiêu “Đào tạo người học có khả năng sáng tạo và giải quyết những vấn đề thuộc ngành được đào tạo”<sup>1</sup>. Nước ta hiện có 237 trường đại học, học viện; bao gồm: 172 trường công lập, 60 trường ngoài công lập, 5 trường có 100%

vốn nước ngoài (ngoài ra còn có 37 Viện nghiên cứu khoa học được giao nhiệm vụ đào tạo trình độ tiến sĩ) với 74.991 giảng viên (59.232 công lập và 15.759 ngoài công lập). Ở đó, có hơn 1,5 triệu sinh viên đại học hệ chính chính quy (chưa kể hàng trăm ngàn học viên hệ vừa học vừa làm)<sup>2</sup>. Để hướng đến mục tiêu sáng tạo, giảng viên và sinh

1 Điều 5 Luật Giáo dục đại học năm 2013 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2018.

2 <https://giaoduc.net.vn/giao-duc-24h/nhung-con-so-noi-bat-cua-giao-duc-dai-hoc-viet-nam-post201566.gd>.

viên đều tham gia vào các hoạt động nghiên cứu, giảng dạy, học tập. Các sản phẩm nghiên cứu trong giảng dạy, học tập ở bậc đại học có thể là tập bài giảng, giáo trình, sách chuyên khảo, sách tham khảo (gọi chung là sách) hoặc đề tài khoa học, đề án, luận văn, luận án, báo cáo thuyết trình, tham luận khoa học hoặc một sản phẩm cụ thể khác (gọi chung là đề tài). Trong quá trình thực hiện, các chủ thể luôn tìm tòi, nghiên cứu, học hỏi lẫn nhau nên việc trích dẫn nội dung từ tác phẩm này vào tác phẩm khác là việc hết sức bình thường. Để tránh việc trích dẫn gây ra những hệ lụy tiêu cực (như gian dối, chiếm đoạt tri thức...) xâm hại quyền và lợi ích chính đáng của tác giả, pháp luật có những quy định điều chỉnh hành vi trích dẫn. Tuy nhiên, vì nhiều lý do khác nhau, các quy định này vẫn chưa phát huy hết hiệu quả, khiến môi trường giáo dục đại học rất dễ rơi vào tình trạng kém chất lượng. Vi phạm trích dẫn có nhiều cách thức, mức độ khác nhau như: trích dẫn không hợp lý, không ghi tên tác giả, nguồn gốc xuất xứ tác phẩm...

## **2. Quy định của pháp luật về trích dẫn hợp lý tác phẩm**

Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009 và năm 2019 (Luật SHTT) dành 57/ 222 Điều quy định về quyền tác giả (QTG) và cùng với đó, nhiều văn bản dưới luật cũng được ban hành. Tuy các văn bản này có quy định về “trích dẫn” nhưng không định nghĩa thế nào trích dẫn? Có thể hiểu nôm na rằng, trích dẫn là việc lấy nội dung, ý tưởng ngôn ngữ, dữ liệu hay các thông tin từ tác phẩm hình thành trước đưa vào tác phẩm hình thành sau. Mặc dù không định nghĩa nhưng Luật SHTT có 05 quy định về trích dẫn, trong đó hai lần quy

định “trích dẫn hợp lý”. Điểm b khoản 1 Điều 25 Luật SHTT quy định: “*Trích dẫn hợp lý tác phẩm mà không làm sai ý tác giả để bình luận hoặc minh họa trong tác phẩm của mình*”; và điểm c khoản 1 Điều 32 cho phép việc trích dẫn hợp lý nhằm mục đích cung cấp thông tin không phải xin phép, không phải trả tiền nhuận bút, thù lao. Để thi hành những điều khoản này, Điều 23 Nghị định số 22/2018/NĐ-CP<sup>3</sup> quy định:

*Trích dẫn hợp lý tác phẩm mà không làm sai ý tác giả để bình luận hoặc minh họa trong tác phẩm của mình quy định tại điểm b khoản 1 Điều 25 của Luật SHTT phải đáp ứng đủ hai điều kiện sau:*

- *Phần trích dẫn chỉ nhằm mục đích giới thiệu, bình luận hoặc làm sáng tỏ vấn đề được đề cập trong tác phẩm của mình;*

- *Phần trích dẫn từ tác phẩm được sử dụng để trích dẫn không gây phương hại đến quyền tác giả đối với tác phẩm được sử dụng để trích dẫn; phù hợp với tính chất, đặc điểm của loại hình tác phẩm được sử dụng để trích dẫn.*

Từ những luận cứ trên, có thể thấy, trích dẫn hợp lý tác phẩm là hành vi hợp pháp, được pháp luật cho phép và có một số nội dung cơ bản sau:

*Về mặt nội dung*, việc trích dẫn lại một đoạn, một phần văn bản (mà không phải toàn bộ) tác phẩm hoặc ý tưởng nhưng phải bảo đảm tính chính xác tuyệt đối.

*Về mặt kỹ thuật*, việc trích dẫn phải tạo ra sự khác biệt đoạn văn bản được trích dẫn với các nội dung xung quanh bằng các hình thức định dạng cụ thể.

*Về mục đích*, việc trích dẫn chỉ nhằm mục đích giới thiệu, bình luận hoặc làm sáng tỏ vấn đề được đề cập trong tác phẩm của

3 Nghị định số: 22/2018/NĐ-CP được ban hành ngày 23/02/2018 nhằm 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, quyền liên quan.

mình. Có thể hiểu rằng, phần trích dẫn không được trở thành phần chính hay nội dung trọng tâm của tác phẩm mới.

Về yêu cầu, việc trích dẫn không làm sai ý tác giả, không gây phương hại quyền tác giả có tác phẩm được trích dẫn; phù hợp với tính chất, đặc điểm của loại hình tác phẩm được sử dụng để trích dẫn.

Như vậy, hành vi trích dẫn hợp lý tác phẩm chịu sự điều chỉnh của pháp luật và phải tuân theo những chuẩn mực nhất định. Trong môi trường giáo dục đại học, tuân thủ các quy định trích dẫn hợp lý có ý nghĩa cực kỳ quan trọng, cụ thể:

*Một là, bảo đảm tính khoa học của tác phẩm cũng như uy tín, đạo đức của người thực hiện tác phẩm:* một cuốn sách, đề tài hàng chục, hàng trăm trang mà không có bất kỳ nguồn tài liệu tham khảo, trích dẫn hay trích dẫn mơ hồ thì liệu có bảo đảm tính khoa học? Tác phẩm đó liệu có tạo ra sự tin tưởng đối với người đọc, người học không, nhất là đối với các tác phẩm có tính hàn lâm hoặc chứa đựng nhiều thông tin mang tính dữ liệu? Do đó, việc công khai minh bạch những nội dung trích dẫn không những nâng cao giá trị khoa học cho chính tác phẩm, mà còn bảo đảm nguồn kiểm chứng rõ ràng. Bên cạnh đó, hành vi trích dẫn hợp lý thể hiện ý thức pháp luật, thái độ làm việc nghiêm túc, đạo đức và trung thực; phản ánh trình độ,

năng lực của người nghiên cứu cũng như, thể hiện sự tôn trọng đối với tác giả có tác phẩm được trích dẫn.

*Hai là, đối với người sử dụng tác phẩm là sinh viên,* khi được tiếp xúc với tác phẩm có giá trị về mặt khoa học, bao gồm những trích dẫn hợp lý sẽ giúp sinh viên được định hướng kỹ năng nghiên cứu khoa học. Qua đó, biết cách trích dẫn, khai thác, sử dụng thông tin tư liệu trong sách, đề tài phục vụ việc học tập, nghiên cứu. Ngoài ra, việc trích dẫn hợp lý còn định hình tính trung thực trong học tập, thi cử cũng như việc hành nghề sau này. Bởi lẽ, tính trung thực trong môi trường giáo dục đại học phải được bắt đầu từ những hành vi cụ thể, mà trước hết là thông qua việc trích dẫn.

*Ba là, đối với tác phẩm cũng như tác giả có tác phẩm được trích dẫn:* Việc trích dẫn hợp lý tác phẩm góp phần bảo đảm quyền và lợi ích vật chất, tinh thần cũng như uy tín khoa học và thành quả lao động, sáng tạo của tác giả có tác phẩm được trích dẫn. Để dễ hình dung hơn, chúng ta thử đặt vào bối cảnh khi mình có một tác phẩm nhưng được nhiều, rất nhiều tác giả khác trích dẫn hợp lý ở những khía cạnh, mức độ khác nhau sẽ thấy rất rõ ý nghĩa của việc trích dẫn đối với tác giả có tác phẩm được trích. Nói cách khác, tác phẩm có chỉ số, tỷ lệ được trích dẫn khác nhau phản ánh được nhiều vấn đề của tác phẩm cũng như tác giả<sup>4</sup>.

4 “Chỉ số trích dẫn (citation index) của một ấn phẩm, do Eugene Garfield đề xuất năm 1995, là số lần ấn phẩm này được trích dẫn, được tham khảo trong tất cả các ấn phẩm khác. Từ đó đến nay, chỉ số trích dẫn đã được dùng làm một độ đo quan trọng để đánh giá các công trình nghiên cứu, là cơ sở để định nghĩa các độ đo khác cho các tạp chí và nhà khoa học. Câu hỏi có thể làm ta ngạc nhiên là tại sao một chỉ số đơn giản như vậy lại được dùng rộng rãi cho đến nay để đo chất lượng và giá trị các công trình khoa học? Có thể nói, chỉ số trích dẫn được “tin dùng” do dựa trên một giả định được thừa nhận rộng rãi, là các nhà khoa học có ảnh hưởng hơn, các công trình quan trọng và có giá trị sử dụng hơn thường được trích dẫn nhiều hơn. Nói nôm na, chỉ số trích dẫn đo mức độ “Hữu xạ tự nhiên hương” của các ấn phẩm”. Xem thêm: Hồ Tú Bảo: bài viết “Đánh giá định lượng kết quả nghiên cứu khoa học”, đăng trên trang thông tin điện tử của “Hội đồng giáo sư Nhà nước” ngày 12/03/2019 (đường link <http://hdgsnn.gov.vn/tin-tuc/danh-gia-dinh-luong-ket-qua-nghien-cuu-khoa-hoc-425>).

*Bốn là, đối với các cơ sở giáo dục đại học cũng như nền giáo dục đại học. Trước hết, khác với giáo dục phổ thông, ở bậc học đại học vừa giáo dục, vừa đào tạo nên đề cao tính chủ động, tinh thần sáng tạo, tự học, tự nghiên cứu với yêu cầu: “Sinh viên, học viên có nhiệm vụ học tập, nghiên cứu khoa học, rèn luyện theo quy định”<sup>5</sup>. Đối với giảng viên không chỉ thực hiện việc giảng dạy thuần túy mà còn có nghĩa vụ “Nghiên cứu, phát triển ứng dụng khoa học và chuyển giao công nghệ, bảo đảm chất lượng đào tạo”<sup>6</sup>. Ngoài ra, theo Nghị định số 73/2015/NĐ-CP<sup>7</sup>, một trong những tiêu chí quan trọng nhất để xếp hạng cơ sở giáo dục đại học là hoạt động nghiên cứu khoa học của giảng viên và sinh viên. Như vậy, trong bối cảnh pháp luật đề cao vai trò nghiên cứu khoa học trong giáo dục đại học, việc nâng cao nhận thức và tuân thủ pháp luật QTG trở nên cấp thiết. Bởi lẽ, hoạt động nghiên cứu khoa học luôn đòi hỏi tư duy độc lập, sáng tạo kết hợp tham khảo, kế thừa, phát triển những tri thức đã có nhưng tuyệt nhiên phải bảo đảm tôn trọng pháp luật QTG bằng những hành vi cụ thể, trong đó có hành vi trích dẫn. Nền giáo dục liêm chính và khai phóng phải tuyệt đối ngăn chặn những kiểu hành vi “Sáng tạo lại trên sự sáng tạo của người khác” bằng những thủ thuật bất chấp đạo lý, đạo đức, pháp luật. Qua đó, chúng ta tạo dựng được niềm tin với bạn bè quốc tế, nâng cao vị thế của nền giáo dục đại học Việt Nam trên trường quốc tế; thu hút vào Việt Nam các nguồn lực giáo dục quốc tế có chất lượng, trình độ cao.*

### **3. Thực trạng vi phạm trích dẫn hợp lý trong nghiên cứu, giảng dạy ở bậc đại học**

Như trên đã đề cập, trích dẫn trong nghiên cứu, giảng dạy, học tập ở bậc đại học là việc cần thiết, phổ biến. Tuy nhiên, vì nhiều lý do khác nhau dẫn đến việc trích dẫn vi phạm quy định về QTG, cũng như quyền và lợi ích hợp pháp của tác giả. Có thể điểm qua thực trạng vi phạm trích dẫn hợp lý với một số biểu hiện cụ thể như sau:

*Thứ nhất, trích dẫn nội dung là thành phần chính trong tác phẩm khác để hình thành tác phẩm mới. Nghiên cứu khoa học có hai dạng, gồm nghiên cứu cơ bản và nghiên cứu ứng dụng. Kết quả nghiên cứu cơ bản có thể hình thành các lý thuyết, những quan niệm, định nghĩa mới về bản chất của sự vật, hiện tượng. Trong khi đó, nghiên cứu ứng dụng thường có kết quả bao gồm các giải pháp, biện pháp do tác giả đề xuất nhằm hoàn thiện lĩnh vực nào đó trong đời sống xã hội. Những quan niệm, lý thuyết mới hay các giải pháp, kiến nghị luôn là nội dung trọng tâm, thành phần chính của đề tài/tác phẩm nghiên cứu. Do vậy, sẽ là trích dẫn không hợp lý, nếu một người “Chiếm đoạt” cơ sở lý thuyết, giải pháp từ tác phẩm khác đưa vào tác phẩm mình đang thực hiện và xem đó là của mình, trừ khi những nội dung trích dẫn đó nhằm minh họa cho những giải pháp, kiến nghị do mình nghĩ ra. Mặt khác, cần lưu ý thêm, vi phạm trích dẫn hợp lý trong trường hợp trên thường đi kèm với vi phạm không ghi rõ tác giả, nguồn gốc tác phẩm có nội dung được trích. Tháng 1/2017, Nội san của Trường Đại học Sư phạm kỹ*

5 Khoản 2 Điều 5 Luật Giáo dục đại học năm 2013 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2018.

6 Khoản 2 Điều 55 Luật Giáo dục đại học năm 2013 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2018.

7 Nghị định số 73/2015/NĐ-CP ban hành ngày 08 tháng 09 năm 2015 về “Tiêu chuẩn phân tầng khung xếp hạng tiêu chuẩn xếp hạng cơ sở giáo dục đại học”.

thuật thành phố Hồ Chí Minh (TP. HCM) đăng bài viết của học viên cao học với tựa đề “Khảo sát đánh giá mức độ ô nhiễm môi trường do khí thải của mô tô xe máy tại TP. HCM”. Tuy nhiên, sự việc ngay sau đó được phát hiện là một nửa bài báo này lấy lại phần đề xuất giải pháp trong văn luận văn thạc sĩ khác (của trường Đại học Bách khoa TP. HCM bảo vệ năm 2015) nhưng không ghi nguồn tham khảo<sup>8</sup>. Một ví dụ khác, cuốn “Xây dựng và bảo vệ Hiến pháp – Kinh nghiệm thế giới và Việt Nam” do Nhà xuất bản Giáo dục Việt Nam xuất bản năm 2010 cũng bị một tác phẩm vi phạm trích dẫn 153 dòng, trong đó rất nhiều kiến nghị, đề xuất được trích dẫn nhưng không ghi rõ tác giả, nguồn gốc, xuất xứ tác phẩm<sup>9</sup>.

Để chống lại thực trạng vi phạm này, quy chế thư viện nhiều trường đại học không cho phép sinh viên/học viên sao chép, photo kiến nghị, đề xuất trong các tác phẩm, nhất

là luận văn, luận án, đề tài khoa học...

*Thứ hai, tác phẩm có tỷ lệ nội dung trích dẫn quá lớn, dẫn đến không tương quan giữa lượng nội dung do tác giả sáng tạo, tự nghĩ ra với phần trích dẫn.* Trong trường hợp này, phần nội dung trích dẫn không còn mang tính bình luận, minh họa mà nghiêm nhiên trở thành thành phần chính của tác phẩm. Trường Đại học Lạc Hồng đã từng ban hành Quyết định số 841/QĐ – ĐHLH<sup>10</sup> thi hành kỷ luật cùng lúc đối với 15 sinh viên nghiên cứu khoa học, vì có hành vi trích một lượng lớn thông tin từ tác phẩm của tác giả khác, chiếm từ một nửa đến hai phần ba đề tài nghiên cứu.

Để hạn chế vi phạm như những trường hợp này, quy chế chống đạo văn nhiều trường đại học giới hạn tỷ lệ nội dung trích dẫn trong sản phẩm khoa học, kể cả trích dẫn có ghi nguồn. Quy chế trường Đại học Lạc Hồng<sup>11</sup> và trường Đại học Khoa học xã hội

- 8 Hồng Nhung: Sao chép trong khoa học, được không? Bài đăng trên Báo Tuổi trẻ, số ra ngày 11/01/2017 09:36 GMT+7 (<https://tuoitre.vn/sao-chep-trong-khoa-hoc-duoc-khong-1250308.htm>): “Tháng 1 năm 2017, Nội san của Trường ĐH Sư phạm kỹ thuật TP. HCM đăng bài viết của học viên cao học Võ Thành Nhân với tựa đề “Khảo sát đánh giá mức độ ô nhiễm môi trường do khí thải của mô tô xe máy tại TP. HCM”. Bài viết gồm 10 trang khổ A4, (đăng trên trang 41 đến trang 50 của Nội san. Trong đó, trang đầu giới thiệu tóm tắt bài viết, trang cuối dẫn nguồn tài liệu tham khảo, còn lại 8 trang trình bày nội dung nghiên cứu khảo sát và giải pháp kỹ thuật cùng với các sơ đồ, biểu đồ, hình minh họa. Tuy nhiên, sự việc ngay sau đó được phát hiện là một nửa bài báo này (từ trang 46 đến trang 49) là lấy nguyên văn luận văn thạc sĩ của một học viên trường Đại học Bách khoa TP. HCM bảo vệ thành công năm 2015. Trường khoa đào tạo chất lượng cao ĐH Sư phạm kỹ thuật TP. HCM, xác nhận: trong bài báo này, học viên Nhân chỉ làm phần khảo sát đánh giá mức độ ô nhiễm môi trường do khí thải của mô tô xe máy tại TP. HCM, sau đó sao chép phần đề xuất giải pháp của một học viên trường Đại học Bách khoa TP. HCM mà không ghi nguồn tham khảo”. Như vậy, việc trích dẫn trong tình huống này vi phạm khoản 1 Điều 23 Nghị định số 22/2018/NĐ-CP. Bởi lẽ, việc trích dẫn ở đây không còn nhằm mục đích giới thiệu, bình luận hoặc làm sáng tỏ vấn đề được đề cập trong tác phẩm của mình mà toàn bộ phần trích dẫn (chiếm tỷ lệ 50%) nghiêm nhiên trở thành thành phần chính nhất trong tác phẩm – đó là những giải pháp.
- 9 Các tác giả Vũ Văn Nhiêm, Nguyễn Mạnh Hùng và Lưu Đức Quang viết cuốn “Cơ chế giám sát Hiến pháp với việc bảo đảm quyền con người” (Nxb. Giáo dục Việt Nam, năm 2012) đã trích tổng cộng 153 dòng (tương ứng khoảng 7 trang) từ phần viết của PGS.TS. Trương Đắc Linh trong cuốn “Xây dựng và bảo vệ Hiến pháp – kinh nghiệm thế giới và Việt Nam” nhưng hoàn toàn không có bất kỳ chú thích nào về nguồn trích dẫn, tức không thể hiện đoạn này là trích dẫn. Sách sau đó bị thu hồi.
- 10 Quyết định số 841/QĐ – ĐHLH của Hiệu trưởng trường Đại học Lạc Hồng ký ngày 15/06/2010 về việc thi hành kỷ luật đối với sinh viên đạo văn trong nghiên cứu khoa học sinh viên lần thứ 14.
- 11 Quyết định Số 1130/QĐ-ĐHLH ngày 31/12/2016 của trường Đại học Lạc Hồng ban hành “Quy định về việc kiểm soát và xử lý đạo văn trong các sản phẩm học thuật” (xem khoản 2 Điều 4)

và Nhân văn<sup>12</sup> không chế dưới 20% (Điều 4); trong khi đó, trường Đại học Luật TP. HCM<sup>13</sup> và trường Đại học Kinh tế - Tài chính TP. HCM<sup>14</sup> không chế dưới 50%... Sản phẩm khoa học có tỷ lệ nội dung trích dẫn vượt quá giới hạn đó bị xác định trích dẫn không hợp lý. Để kiểm soát quy định này, nhiều trường trang bị phần mềm kiểm tra tỷ lệ trùng lặp trích dẫn. Tuy nhiên, biện pháp này không phải là giải pháp tối ưu, nếu người thực hiện sản phẩm khoa học trích dẫn từ những tác phẩm không nằm trong dữ liệu của phần mềm.

*Thứ ba, trích dẫn làm sai ý tác giả.*

Khoản 1 Điều 25 Luật SHTT liệt kê các trường hợp sử dụng tác phẩm đã công bố tuy không phải xin phép, không phải trả tiền nhuận bút, thù lao nhưng không làm sai ý tác giả, trong đó quy định rõ: Trích dẫn hợp lý tác phẩm mà không làm sai ý tác giả để bình luận hoặc minh họa trong tác phẩm của mình (điểm b); trích dẫn tác phẩm để giảng dạy trong nhà trường mà không làm sai ý tác giả, không nhằm mục đích thương mại (điểm d). Trong môi trường giáo dục đại học, trích dẫn trong giáo trình, tập bài giảng làm sai ý tác giả không chỉ khiến thông tin bị nhiễu, người học hoang mang, mà còn gây phương hại uy tín khoa học của tác giả. Do vậy, trích dẫn hợp lý phải bảo đảm tính chính xác tuyệt đối nội dung nguyên tác, ngược lại là trích dẫn không hợp lý theo khoản 2 Điều 22 Nghị định số 22/2018/NĐ-CP. Người thực hiện tác phẩm có thể đồng tình, phản biện nội dung trích dẫn, nhưng tuyệt nhiên không

được suy diễn sai ý tác giả đối với phần trích dẫn. Mỗi câu trong tác phẩm thể hiện một ý nào đó của tác giả; nhiều câu tạo thành một đoạn và nhiều đoạn tạo thành tác phẩm trong một chỉnh thể logic về nội dung, ý tưởng. Tuy nhiên, nhiều người trích dẫn cố tình ngắt một phần câu/đoạn nên không truyền tải hết logic nội dung, ngữ cảnh phần trích dẫn, cũng như ý tưởng của tác giả có tác phẩm được trích; thậm chí chèn thêm hoặc bớt một vài từ trong phần trích dẫn để tăng tính thuyết phục. Trong trường hợp, trích dẫn ý tưởng có thể viết lại nội dung trích dẫn theo ngôn ngữ của mình, nhưng vẫn phải bảo đảm không làm sai lệch ý tưởng của tác giả.

*Thứ tư, sản phẩm khoa học được hình thành trên cơ sở cóp nhặt từ nhiều tác phẩm khác.* Trong môi trường giáo dục đại học, khi thực hiện sản phẩm khoa học, tác giả phải xác định nội dung và mục tiêu vấn đề cần giải quyết; thậm chí đối với đề tài khoa học, luận văn, luận án... còn yêu cầu phải có tính mới. Những điều này tạo nên nội dung chính của tác phẩm và phải do tác giả giả thực hiện bằng chính lao động trí tuệ, nghiên cứu của mình. Nếu cần, có thể trích dẫn tác phẩm khác để làm nổi bật kết quả nghiên cứu của mình. Do vậy, không thể gọi là sản phẩm khoa học, nếu nó được hình thành bằng cách chắp vá, cóp nhặt mỗi tác phẩm một ít; những nội dung tự nghiên cứu rất mờ nhạt, thậm chí không có. Nhất là trong điều kiện hiện nay, việc tải và sao chép quá dễ dàng thông tin đa dạng từ mạng internet, cộng thêm thiếu ý thức tuân thủ pháp luật

- 12 Quyết định số 02/QĐ ĐHLHNV-TTPC-SHTT ngày 19/1/2018 về việc ban hành Quy định về trích dẫn và chống đạo văn của Trường Đại học Khoa học Xã hội và Nhân văn, Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh (khoản 3 Điều 5).
- 13 Quyết định số 250/QĐ-ĐHL ngày 03/03/2015 của Trường Đại học Luật TP.HCM quy định về trích dẫn và chống đạo văn (khoản 3 Điều 5).
- 14 Quyết định số 291/QĐ-UEF ngày 30/8/2015 ban hành Quy định về trích dẫn và chống đạo văn của Trường Đại học Kinh tế - Tài chính Thành phố Hồ Chí Minh (khoản 3 Điều 5).

QTG, dẫn đến vi phạm trích dẫn không hợp lý dạng này. Không quá khó để thấy vi phạm trích dẫn dưới hình thức này trong các bài tiểu luận, khóa luận tốt nghiệp, báo cáo thuyết trình của sinh viên, kể cả luận văn cao học, luận án tiến sĩ, thậm chí sách do giảng viên biên soạn.

Như vậy, vi phạm trích dẫn hợp lý có bốn biểu hiện cơ bản nêu trên và phổ biến nhất trong môi trường giáo dục đại học hiện nay. Thực hiện nghiêm túc việc trích dẫn hợp lý tránh tình trạng nhập nhèm “vàng thau lẫn lộn” thể hiện sự mập mờ, thiếu minh bạch nên không thể xác định nội dung do tác giả sáng tạo là thành phần chính của tác phẩm, với nội dung trích dẫn mang tính minh họa, giới thiệu, bình luận...

Thực tế có sự nhầm lẫn giữa hai hành vi trích dẫn với sao chép tác phẩm. Khoản 10 Điều 4 Luật SHTT định nghĩa: “Sao chép là việc tạo ra một hoặc nhiều bản sao của tác phẩm hoặc bản ghi âm, ghi hình bằng bất kỳ phương tiện hay hình thức nào, bao gồm cả việc lưu trữ thường xuyên hoặc tạm thời tác phẩm dưới hình thức điện tử”. Như vậy, sao chép được hiểu là lấy lại một phần hoặc toàn bộ nội dung tác phẩm để tạo ra bản sao và có thể nhằm tiếp tục thực hiện hành vi trái pháp luật QTG khác như: phân phối, lưu trữ hay sử dụng. Trong khi đó, trích dẫn là lấy thông tin, dữ liệu từ tác phẩm này đưa vào tác phẩm khác. Vì không phân biệt sự khác nhau giữa hai hành vi này nên việc xử lý không thỏa đáng trong trường hợp xảy ra vi phạm. Cụ thể, một nhóm giảng viên Trường Đại học Công nghiệp TP. HCM lấy nguyên xi tác phẩm của một học viên, lồng ghép thêm một số nội dung trong các tác phẩm khác để hình thành đề tài nghiên cứu khoa

học với tên gọi mới nhưng bị xử lý hành vi sao chép trái pháp luật<sup>15</sup>.

Chúng tôi cho rằng, không thể xem hành vi của nhóm này là sao chép tác phẩm bởi họ không có ý tạo ra bản sao tác phẩm của học viên. Mặt khác, việc lấy toàn bộ nội dung tác phẩm của tác giả khác lồng ghép nhiều tác phẩm của nhiều tác giả khác một cách có hệ thống và chủ ý để hình thành tác phẩm mới thì không thể cho rằng đó là hành vi vi phạm trích dẫn hợp lý. Trong trường hợp này, định danh hành vi này thuộc loại vi phạm gì là câu hỏi còn bỏ ngỏ, nhưng nhà trường xử lý vi hành vi sao chép trái pháp luật!

#### 4. Kiến nghị

##### *Thứ nhất, hoàn thiện quy định của pháp luật về SHTT*

*Một là*, sửa đổi Luật SHTT theo hướng bổ sung định nghĩa “trích dẫn”; theo đó, “trích dẫn là việc tái tạo chính xác hoặc sử dụng lại nguyên văn một câu, đoạn văn bản, thông tin từ tác phẩm này vào tác phẩm khác”.

Trước hết, trích dẫn là tái tạo chính xác nội dung từ tác phẩm khác vào tác phẩm của tác giả đang thực hiện. Tức người trích dẫn có thể diễn giải, sắp xếp ý câu hoặc lấy ý tưởng từ tác phẩm khác và sử dụng vốn ngôn ngữ, kỹ năng trình bày của mình để diễn đạt. Ở đây, chỉ tái tạo mà không lấy nguyên văn phong, thông tin nhưng phải đảm bảo nội dung chính xác tuyệt đối. Quy định như vậy nhằm tránh trường hợp, lấy ý tưởng của tác phẩm khác, “xào nấu” văn phong và cho đó là nội dung sáng tạo của mình, nên không ghi rõ nguồn.

- Trích dẫn còn có thể là sử dụng chính xác một câu, một đoạn văn bản, thông tin. Sử dụng chính xác ở đây được hiểu là lấy

15 <https://baovephapluat.vn/van-hoa-xa-hoi/giao-duc/ung-vien-dat-chuan-pho-giao-su-2017-bi-to-sao-chep-luan-van-50787.html>, truy cập ngày 02/03/2018.



nguyên nội dung, văn phong, thông tin... mà không có bất kỳ thay đổi nào về câu chữ, cấu trúc, ngôn ngữ... Mặt khác, “*Một câu, một đoạn văn bản thông tin*” trong định nghĩa này cũng có nghĩa là, khi sử dụng nhiều câu, nhiều đoạn, thông tin vẫn được xem là trích dẫn, tức là những lần trích dẫn khác nhau, độc lập nhau. Do vậy, một tác phẩm mới có thể trích dẫn nhiều lần, nhiều câu, nhiều đoạn khác nhau trong cùng một tác phẩm hình thành trước. Sở dĩ phải giới hạn một câu, một đoạn nhằm loại bỏ trường hợp hành vi lấy toàn bộ nội dung của tác phẩm này đưa vào tác phẩm khác thì không thể xem là trích dẫn.

Nhiều định nghĩa dùng lại đối tượng trích dẫn là nội dung văn bản nên chưa sát thực tế. Theo Từ điển từ và ngữ Việt Nam “*trích dẫn*” là “*Rút từ tác phẩm khác một câu hay một đoạn để làm sáng tỏ lý luận của mình*”<sup>16</sup>. Theo Đại từ điển tiếng Việt “*Trích dẫn*” là “*Dẫn nguyên văn một câu hay một đoạn văn để làm bằng*”<sup>17</sup>. Theo định nghĩa của một tác giả, “*Trích dẫn là việc sử dụng một tác phẩm (không đáng kể) của người khác để nêu bật ý tác giả*”<sup>18</sup>. Một định nghĩa khác, “*Trích dẫn là dẫn nguyên văn một câu hay một đoạn văn*”<sup>19</sup>. Trong khi đó, Từ điển Việt – Vietgle định nghĩa, “*Trích dẫn là dẫn nguyên văn một câu hoặc một đoạn để làm bằng*”<sup>20</sup>.

Tuy nhiên, nội dung được trích dẫn có thể thể hiện dưới hình thức phi văn bản, nên chúng tôi mở rộng hơn *thông tin từ tác phẩm khác*. Cụ thể, chúng ta vẫn có thể trích dẫn

nội dung trên bản tin truyền hình, truyền thanh, băng ghi âm, ghi hình bài giảng, lời phát biểu trong hội thảo, tọa đàm... Tuy không thể hiện thành văn bản nhưng các loại hình này vẫn là tác phẩm, được bảo hộ QTG. Điểm b khoản 1 Điều 14 Luật SHTT xác định bài giảng, bài phát biểu và bài nói khác thuộc loại hình tác phẩm được bảo hộ QTG. Do vậy, việc giới hạn đối tượng trích dẫn chỉ bao gồm các nội dung trong văn bản là hạn hẹp và chưa tương thích với thực tế.

**Hai là**, sửa đổi Điều 23 Nghị định số 22/2018/NĐ-CP theo hướng quy định điều kiện cụ thể “trích dẫn hợp lý”.

Trước đây Điều 12 Nghị định số 76/1996/NĐ-CP<sup>21</sup> quy định: “*Phần trích dẫn tác phẩm đã công bố của người khác không trở thành phần chính của tác phẩm mới; phần trích dẫn này chỉ giới hạn trong phạm vi giới thiệu, bình luận hoặc làm sáng tỏ vấn đề trong tác phẩm của mình và phải ghi rõ tên tác giả và nguồn gốc tác phẩm được trích dẫn*”. Quy định này hàm chứa nhiều nội dung súc tích hơn, gồm 03 điều kiện:

Nội dung trích dẫn không được trở thành phần chính của tác phẩm mới (tức nghiêm cấm việc lấy phần trích dẫn làm nội dung chính của tác phẩm mới);

Phần trích dẫn chỉ giới hạn trong phạm vi giới thiệu, bình luận hoặc làm sáng tỏ vấn đề trong tác phẩm của mình (tức xác định mục đích trích dẫn);

Phải ghi rõ tên tác giả và nguồn gốc tác phẩm được trích dẫn (nhằm tạo ra sự minh

16 Nguyễn Lâm, Từ điển từ và ngữ Việt Nam, Nxb. Tổng Hợp Tp. Hồ Chí Minh, năm 2006, tr.1906.

17 Nguyễn Như Ý (chủ biên), Đại từ điển tiếng Việt (tái bản lần thứ 13), Nxb. Đại học quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, năm 2013, tr.1977.

18 Lê Nét: Quyền SHTT, Đại học Quốc gia, năm 2006, tr.72.

19 Viện Ngôn ngữ học: Từ điển Tiếng Việt phổ thông, Nxb. Phương Đông, 2002, tr.952.

20 <http://tratu.coviet.vn/hoc-tieng-anh/tu-dien/lac-viet/V-V/tr%c3%adch%20d%e1%ba%abn.html>.

21 Nghị định số 76/1996/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 29/11/1996 “Hướng dẫn thi hành một số quy định về quyền tác giả trong Bộ luật Dân sự 1995”.

bach, bảo đảm cơ sở kiểm chứng và trên hết là tôn trọng và bảo vệ quyền và lợi ích của tác giả có tác phẩm được trích).

Như vậy, so với Nghị định số 76/1996/NĐ-CP, quy định của Nghị định số 22/2018/NĐ-CP vừa thiếu, vừa thừa. Thiếu là vì không có yêu cầu “trích dẫn phải ghi rõ tác giả, nguồn, xuất xứ tác phẩm” và không làm sai ý tác giả có tác phẩm được trích”. Khoản 2 thừa đoạn “Phù hợp với tính chất, đặc điểm của loại hình tác phẩm được sử dụng để trích dẫn”, bởi không dễ trả lời câu hỏi “Thế nào là tính chất, đặc điểm của loại hình tác phẩm?”. Từ những lập luận trên, chúng tôi đề xuất sửa đổi Điều 23 Nghị định số 22/2018/NĐ-CP như sau:

*Phần trích dẫn chỉ nhằm mục đích giới thiệu, bình luận hoặc làm sáng tỏ vấn đề được đề cập trong tác phẩm;*

*Nội dung trích dẫn không được trở thành trở thành phần chính của tác phẩm;*

*Trích dẫn không được làm sai ý của tác giả có tác phẩm được trích dẫn;*

*Phải ghi rõ tên tác giả và nguồn gốc, xuất xứ tác phẩm được trích dẫn.*

Ngoài ra, cần quy định hành vi vi phạm trích dẫn hợp lý là xâm phạm QTG. Điều 28 Luật SHTT liệt kê 34 hành vi xâm phạm QTG nhưng không có quy định nào về trích dẫn. Trong môi trường giáo dục đại học, hành vi trích dẫn không hợp lý có thể gây ảnh hưởng tiêu cực uy tín khoa học, danh dự của tác giả, xâm phạm quyền được nêu tên thật hoặc bút danh khi tác phẩm được công bố, sử dụng (khoản 2 Điều 19 Luật SHTT).

**Ba là,** sửa đổi Nghị định số 22/2018/NĐ-CP theo hướng bổ sung quy định về hình thức và phương pháp trích dẫn, giới hạn tỷ lệ nội dung trích dẫn hợp lý trong tác phẩm.

Quy định tỷ lệ tối thiểu buộc người thực hiện đề tài phải tăng cường tìm đọc, tham khảo, nghiên cứu trích dẫn; quy định tỷ lệ tối

đa sẽ giảm thiểu tình trạng lạm dụng trích dẫn với mục đích làm cho tác phẩm hoành tráng hơn, tăng số trang nhiều hơn... nhưng sản phẩm ít có tính sáng tạo, kém chất lượng. Hiện nay, tùy đặc thù mỗi trường sẽ quy định tỷ lệ này khác nhau tạo ra sự không công bằng cho sinh viên/học viên, bởi cùng một chuyên ngành đào tạo nhưng nghiên cứu, học tập ở những cơ sở khác nhau, tỷ lệ nội dung trích dẫn khác nhau. Hiện một số trường đã có quy định nhưng không giống nhau và chủ yếu quy định mức tối đa như đã nêu ở trên.

Bên cạnh đó, cần quy định “*Một tác phẩm có thể được trích dẫn nhiều lần nhưng không quá 10% nội dung tác phẩm mới; vượt quá có thể xem là trích dẫn không hợp lý*”. Quy định này sẽ bảo đảm phần trích dẫn không thể trở thành thành phần chính trong tác phẩm mới; tránh trường hợp tác phẩm hình thành sau có quá nhiều điểm tương đồng về nội dung với tác phẩm được trích.

**Thứ hai, tăng cường giáo dục pháp luật về bảo vệ quyền tác giả cho sinh viên, giảng viên.**

Đối với sinh viên, trước hết cần đa dạng hóa các hình thức nhằm nâng cao hiểu biết, nhận thức pháp luật QTG, trong đó tập trung vào hai trụ cột chính là giáo dục và tuyên truyền pháp luật QTG. Giáo dục pháp luật QTG có thể hiểu là nhà trường thông qua các hình thức, phương pháp khác nhau tác động lên người học một cách có hệ thống, kế hoạch với những định hướng, nguyên tắc nhất định; qua đó hình thành ở họ tri thức, tình cảm đối với pháp luật QTG. Trong khi đó, tuyên truyền pháp luật QTG thông qua các hoạt động ngoại khóa giúp sinh viên nhận thức đúng đắn, đầy đủ hơn pháp luật QTG, đồng thời làm chuyển biến thái độ theo chiều hướng tích cực, thúc đẩy họ hành động theo những điều đã nhận thức. Một trong những ưu thế của hoạt động giáo dục,

tuyên truyền pháp luật QTG trong môi trường giáo dục đại học là mặt bằng nhận thức khá đồng đều, các điều kiện vật chất và nguồn nhân lực thực hiện sẵn có, có thể lồng ghép vào chương trình đào tạo, giảng dạy, ngoại khóa...

Bên cạnh đó, đối với sinh viên tham gia nghiên cứu khoa học, thực hiện đề tài tốt nghiệp hay sinh viên các ngành đào tạo thiên về xu hướng nghiên cứu, nhà trường cần tổ chức tập huấn, giảng dạy trang bị kỹ năng nghiên cứu, thực hành việc trích dẫn. Đây là điều gần như còn bỏ ngỏ, chưa được sự quan tâm đúng mức ở các trường đại học. Trong khi đó, hiện nay nhiều trường chỉ tập trung nguồn lực xây dựng phần mềm, ban hành quy chế... kiểm soát đạo văn, trích dẫn không ghi rõ nguồn.

Đối với đội ngũ giảng viên, cần nêu cao tinh thần “liêm chính và đạo đức học thuật” bằng những cơ chế cụ thể. Giảng viên đại học có 02 nhiệm vụ trọng tâm là giảng dạy và nghiên cứu nên không thể cho rằng nhiệm vụ nào quan trọng hơn mà cả hai quan trọng như nhau. Tuy nhiên, lâu nay chúng ta gần như tập trung vào nhiệm vụ giảng dạy, chẳng hạn quy định để trở thành giảng viên bắt buộc phải tham gia khóa đào tạo nghiệp vụ sư phạm, kỹ năng giảng dạy. Trong khi đó, hiện không có bất kỳ điều luật nào quy định điều kiện để trở thành giảng viên phải được đào tạo, tập huấn chuyên sâu về kỹ năng nghiên cứu. Do vậy, tuy là giảng viên nhưng không phải ai cũng có thể nhận thức đầy đủ ý nghĩa, vai trò của hoạt động nghiên cứu, kỹ năng và ứng dụng kỹ năng nghiên cứu. Năng lực nghiên cứu của mỗi giảng viên được hình thành do sự trải nghiệm bản thân, khả năng lĩnh hội kinh nghiệm từ các thế hệ trước, được hun đúc và hình thành qua thực tiễn, thời gian, qua quá trình tôi luyện... Nhưng không ít giảng viên bỏ qua sự hun đúc này lại mau chóng muốn khẳng định tên

tuổi, thể hiện năng lực của mình cộng với việc thiếu hiểu biết phương pháp nghiên cứu, trích dẫn nên sẵn sàng sao chép, copypast một cách tùy tiện, cấu thả hình thành nên những tác phẩm, ấn trong đó sự lừa dối người đọc, chiếm đoạt tri thức của thầy, cô, đồng nghiệp, thậm chí của học trò mình. Mặt khác, một bộ phận giảng viên chạy theo “danh và lợi” nên bất chấp đạo đức, liêm chính học thuật. Những trường hợp này dứt khoát phải có cơ chế mạnh mẽ, thậm chí kỷ luật cho thôi việc và cấm vô thời hạn quyền hoạt động trong lĩnh vực giáo dục, tức cho ra khỏi ngành vĩnh viễn. Thậm chí những người tiếp tay, hỗ trợ cũng phải xem xét xử lý một cách nghiêm minh.

***Thứ ba, cần xác định các mức độ bảo đảm ngăn ngừa hành vi trích dẫn trái pháp luật cũng như sự tuân thủ pháp luật quyền tác giả trong môi trường giáo dục đại học.***

Mặc dù trong thời gian qua, nhiều trường đã nỗ lực bảo vệ QTG, chống nạn đạo văn, vi phạm trích dẫn... nhưng vẫn chưa tạo ra sự thay đổi đột biến, mới giải quyết phần ngọn của vấn đề và cho thấy sự lúng túng trong việc tìm những giải pháp, định hướng căn cơ bảo vệ QTG. Chẳng hạn, thay vì nỗ lực ngăn ngừa hành vi vi phạm trích dẫn ngay từ đầu thì lại tập trung vào việc kiểm tra, xử lý việc đã rồi. Chúng tôi cho rằng, việc bảo vệ QTG nói chung, nhất là đối với hành vi vi phạm trích dẫn nói riêng, cần ngăn ngừa theo các bậc với thứ tự ưu tiên sau:

(1) *Dựa vào cam kết tính trung thực, thành thật của sinh viên, giảng viên.* Chẳng hạn, cần quy định, sinh viên, giảng viên khi viết sách, đề tài phải cam kết mạnh mẽ trong lời dẫn nhập/mở đầu rằng: “*Sản phẩm này là kết quả nghiên cứu nghiêm túc, trung thực của tôi/chúng tôi; hoàn toàn không có bất kỳ sự gian lận nào, không vi phạm về trích dẫn cũng như pháp luật QTG và sẽ chịu mọi*

*trách nhiệm nếu cam kết này không đúng sự thật*". Để những dòng này thể hiện ngay lời nói đầu cũng là cách nhắc nhở sinh viên, giảng viên khi sử dụng tác phẩm của tác giả khác với sự tôn trọng, trung thực nhất.

(2) *Người chủ biên* (đối với sách có nhiều tác giả) và người hướng dẫn (đối với đề tài). Thường những giảng viên có kinh nghiệm, có học hàm, học vị nhất định mới có thể thực hiện những vai trò này. Do vậy, bằng uy tín khoa học, đạo đức nghề nghiệp, liêm chính học thuật họ tạo ra sự ảnh hưởng rất lớn đến các đồng tác giả hoặc sinh viên/học viên họ hướng dẫn. Bằng kinh nghiệm, năng lực của mình và thông qua một trao đổi, nghi vấn sẽ không khó phát hiện những "bất thường" hay "bình thường" trong nội dung nghiên cứu. Qua đó, có thể xác định những nội dung do sinh viên/học viên, đồng tác giả nghiên cứu nghiêm túc hay vay mượn, cóp nhặt.

(3) *Sử dụng các công cụ phần mềm kiểm tra*. Tuy nhiên, các công cụ này không phải là giải pháp hoàn toàn tối ưu mà vẫn còn những hạn chế nhất định, nhất là vi phạm trích dẫn, đạo văn ngày càng tinh vi và từ nhiều nguồn tài liệu khác nhau nên không thể phát hiện hết. Các phần mềm này chỉ nhận diện những thông tin trùng lặp với tác phẩm đã được mã hóa trước. Việc tác phẩm vi phạm trích dẫn đối với những tài liệu chưa được mã hóa hoặc trích dẫn không cụ thể, mờ hồ các phần mềm không thể phát hiện được.

(4) *Người phản biện, thẩm định, đánh giá*. Đây là "cánh cửa" rất quan trọng, thậm chí "định đoạt" số phận của tác phẩm là phải sửa lại hay hủy bỏ. Bằng kinh nghiệm, kỹ năng của mình người giữ vai trò này có quyền đặt ra câu hỏi, truy vấn đến cùng những điều họ cho là bất thường hay những nội dung chưa thật sự thuyết phục, qua đó có thể phát hiện những sai sót trong trích dẫn mà phần mềm máy tính không thể phát hiện được.

(5) *Dur luận xã hội* (thông qua mạng xã hội, báo chí, phát thanh, truyền hình...). Đây là những kênh quan trọng, góp phần hỗ trợ đắc lực trong việc bảo vệ QTG nói chung. Bốn bậc ngăn ngừa trên mang tính nội bộ nhưng khi sản phẩm đến xã hội cũng đồng nghĩa là chịu sự phản biện, giám sát của dư luận nên khó vượt qua, nếu thực sự có vi phạm. Các vụ vi phạm trích dẫn, đạo văn trong thời gian qua bị phanh phui chủ yếu bởi truyền thông hay cư dân mạng.

(6) *Các biện pháp xử lý vi phạm QTG*. Biện pháp xử lý trước hết mang tính chất trừng phạt người vi phạm QTG phải gánh chịu những hậu quả, tổn thất nhất định. Đồng thời, nếu vi phạm xảy ra liên quan nhiều người, phải thiết lập các biện pháp mang tính "Cộng đồng và liên đới trách nhiệm". Chẳng hạn, trong trường hợp, nhóm đồng tác giả nghiên cứu có người vi phạm thì chủ biên và các đồng tác giả khác cũng phải chịu trách nhiệm ở những mức độ khác nhau; hoặc học viên thực hiện đề tài vi phạm, giáo viên hướng dẫn, hội đồng bảo vệ cũng phải có trách nhiệm, nếu chứng minh có dung túng, thiếu trách nhiệm. Như vậy, qua việc răn đe còn có tác dụng phòng, chống, ngăn ngừa, tức buộc người học phải trung thực, người dạy, người hướng dẫn phải nâng cao trách nhiệm.

Tóm lại, những giải pháp nêu trên góp phần chấn chỉnh vấn nạn đạo văn, trích dẫn tùy tiện trong giảng dạy, học tập, nghiên cứu ở bậc đại học. Vấn đề còn lại là chúng ta cần phải khẩn trương: (1) sửa đổi, bổ sung pháp luật QTG sát thực tế nhất và (2) thực thi pháp luật QTG một cách nghiêm túc, triệt để nhất có thể. Trong môi trường giáo dục đại học Việt Nam hiện nay, cần chú ý đến các bậc ngăn ngừa vi phạm trích dẫn nói riêng, pháp luật QTG nói chung để có lộ trình, định hướng chiến lược và giải pháp cụ thể ■

# BẢO ĐẢM QUYỀN CỦA NGƯỜI BỊ TẠM GIAM THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015<sup>1</sup>

Nguyễn Ngọc Kiện\*

Phạm Xuân Minh\*\*

\* TS. Trường Đại học luật, Đại học Huế.

\*\* ThS. Viện kiểm sát nhân dân tỉnh Bình Phước.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Tạm giam, người bị tạm giam, Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 15/06/2020

Biên tập : 25/6/2020

Duyệt bài : 28/6/2020

## Article Infomation:

*Key words:* Detention; detainee; Criminal Procedure Code of 2015

## Article History:

Received : 16 Jun 2020

Edited : 25 Jun 2020

Approved : 28 Jun 2020

## Tóm tắt:

Bài viết phân tích những điểm tiến bộ và bất cập của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 về bảo đảm quyền con người khi áp dụng biện pháp tạm giam; từ đó có những kiến nghị hoàn thiện pháp luật tố tụng hình sự nhằm giải quyết khó khăn, vướng mắc trên thực tế áp dụng biện pháp tạm giam hiện nay.

## Abstract:

This article provides analysis of the advanced provisions of and also inadequacies of the Criminal Procedure Code of 2015 on the human rights once detention measures are applied for enforcement. Since then, the article are also to provide recommendations to improve the criminal procedure law in order to solve the shortcomings and inadequacies in practice of applying the current detention measures.

## 1. Thực trạng quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 về bảo đảm quyền con người khi áp dụng biện pháp tạm giam

1.1. Trong hoạt động hỏi cung, theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 (BLTTHS), bị can, bị cáo “không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội” (Điều 60, Điều 61). Quy định này bảo đảm cho bị can, bị

cáo bị tạm giam thực hiện quyền được im lặng. Ngoài ra, quy định về việc ghi âm, ghi hình có âm thanh trong hoạt động lấy lời khai, hỏi cung và trước khi hỏi cung, cơ quan điều tra (CQĐT) phải thông báo thời gian, địa điểm hỏi cung cho người bào chữa, kiểm sát viên (KSV) biết để tham gia (Điều 183, BLTTHS), đã bảo đảm sự khách quan, công khai trong hoạt động tố tụng. Điều này

1 Bài viết là sản phẩm của Đề tài khoa học và công nghệ cấp Bộ “Bảo đảm quyền con người khi áp dụng biện pháp tạm giam theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự Việt Nam năm 2015” mã số B2019-DHH-15, (Cơ quan chủ trì: Đại học Huế; Chủ nhiệm: TS. Nguyễn Ngọc Kiện).

giúp người bị tạm giam tự tin hơn trong việc cung cấp thông tin và đề xuất các biện pháp để bảo vệ mình.

1.2. Trong hoạt động giám định, định giá tài sản, BLTTHS năm 2015 quy định đương sự hoặc người đại diện của họ có quyền đề nghị cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng trung cầu giám định những vấn đề liên quan đến quyền và lợi ích hợp pháp của họ; được xem kết quả, được bảo đảm thời hạn (các Điều 207 đến Điều 222). Quy định này bảo đảm cho người bị tạm giam quyền yêu cầu trung cầu giám định, định giá lại để không bị thiệt hại, vì điều này liên quan đến hậu quả của tội phạm và trách nhiệm hình sự, trách nhiệm bồi thường dân sự mà người bị tạm giam phải gánh chịu. Thực tế thường thấy, người bị tạm giam thực hiện quyền yêu cầu giám định lại, định giá lại tài sản ở giai đoạn xét xử khi có hướng dẫn, tư vấn của người bào chữa là luật sư. Bị can, bị cáo thường không thực hiện quyền yêu cầu giám định lại, định giá lại vì họ không biết mình có quyền đó và cũng không có điều kiện để thực hiện các quyền này<sup>2</sup>.

1.3. Theo quy định từ Điều 201 đến Điều 204 BLTTHS năm 2015, hoạt động khám nghiệm hiện trường, thực nghiệm điều tra phải có sự tham gia của KSV; CQĐT phải lập biên bản, chụp bản ảnh, lập biên bản lưu giữ đầy đủ dấu vết, mô tả dấu vết, để bảo đảm quyền cho người bị tạm giam khi xem xét lại các tình tiết mình bị buộc tội. Trong một số trường hợp, người bị tạm giam có thể được chứng kiến cuộc khám nghiệm hiện trường và đóng vai trong hoạt động thực nghiệm điều tra, nhằm kiểm tra, đối chiếu tính xác thực của tình tiết vụ án.

1.4. Các hoạt động đối chất, nhận dạng, nhận biết giọng nói quy định tại các Điều 189, 190, 191 của BLTTHS năm 2015 bắt buộc KSV phải tham gia giám sát để đảm bảo điều tra viên thực hiện đúng thủ tục, trình tự tố tụng.

1.5. Biện pháp điều tra đặc biệt được thiết lập mới tại Chương 16 BLTTHS. Theo đó, các điều kiện để được áp dụng các thủ tục đặc biệt như: ghi âm, ghi hình bí mật, nghe điện thoại bí mật, thu thập bí mật dữ liệu điện tử, chỉ được áp dụng đối với những loại tội phạm đặc biệt nghiêm trọng, tội phạm xâm phạm an ninh quốc gia, tội phạm về ma túy, tội phạm về tham nhũng, tội khủng bố, tội rửa tiền và việc áp dụng phải do cơ quan cấp tỉnh áp dụng, có sự phê chuẩn của Viện trưởng VKS cấp tỉnh... đã tránh được tình trạng lạm dụng, vi phạm các quyền được bảo mật về thư tín, điện tín, bí mật đời tư của con người.

1.6. Các hoạt động điều tra khác như: tạm đình chỉ điều tra, đình chỉ điều tra, bắt buộc chữa bệnh, kết thúc điều tra được quy định cụ thể, rõ ràng, đã khắc phục tình trạng lạm dụng kéo dài thời hạn giải quyết, gây bất lợi, thiệt hại cho người bị tạm giam.

Bên cạnh đó, các quy định về bảo đảm quyền của người đang bị tạm giam trong BLTTHS năm 2015 còn một số bất cập sau đây:

- Chế định biện pháp cưỡng chế nói chung, biện pháp tạm giam trong TTHS Việt Nam nói riêng còn thiếu đồng bộ, chưa thể hiện chủ trương giảm tỷ lệ tạm giam trước khi xét xử. Trong nhiều năm, quy định của pháp luật TTHS nước ta về căn cứ, điều kiện

2 Đối với vụ án không có luật sư tham gia thì người bị tạm giam thường gặp khó khăn trong việc thực hiện quyền yêu cầu giám định lại, định giá lại do thiếu hiểu biết pháp luật.

áp dụng biện pháp tạm giam còn thiếu cụ thể. Trong đó, quy định về trách nhiệm của các cơ quan tiến hành tố tụng trong việc thay thế, hủy bỏ biện pháp tạm giam chưa chặt chẽ, như được áp dụng, thay thế, hủy bỏ “khi cần thiết”, hoặc là “có thể” tạm giam. Điều này tạo điều kiện cho việc lạm quyền trong tạm giam kéo dài, ảnh hưởng đến quyền con người của người bị tạm giam.

- Khoản 1 Điều 119 BLTTHS năm 2015 quy định: “Tạm giam có thể áp dụng đối với bị can, bị cáo về tội đặc biệt nghiêm trọng, tội rất nghiêm trọng”. Quy định thiếu cụ thể này đã gây trở ngại về mặt tâm lý cho người có thẩm quyền, vì nếu như không áp dụng biện pháp tạm giam đối với người phạm tội rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng, có thể dễ xảy ra bị can, bị cáo tiếp tục thực hiện tội phạm hoặc bỏ trốn thì người có thẩm quyền tiến hành tố tụng lại có nguy cơ bị xử lý về tội “Thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng” (Điều 360 BLHS). Vì vậy, thông thường cứ phạm tội rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng sẽ bị áp dụng biện pháp tạm giam.

- Quy định của khoản 2 Điều 125 và khoản 7 Điều 173 BLTTHS về trách nhiệm của CQĐT, VKS, Tòa án trong việc hủy bỏ, thay thế biện pháp tạm giam bằng biện pháp ngăn chặn khác còn mang tính thụ động, như căn cứ để hủy bỏ “khi thấy không còn cần thiết”, “hoặc có thể thay thế bằng biện pháp ngăn chặn khác”. Trường hợp nào là cần thiết và không cần thiết phải tạm giam chưa được điều luật giải thích, phụ thuộc vào ý thức chủ quan của CQĐT, VKS và Tòa án,

làm cho thực tế người bị tạm giam được hủy bỏ, thay thế bằng biện pháp khác chiếm tỷ lệ rất thấp.

Điều 241 BLTTHS quy định: “Sau khi nhận hồ sơ vụ án và bản kết luận điều tra, VKS có quyền quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế theo quy định của BLTTHS”. Quy định này không xác định rõ căn cứ để áp dụng, thay thế, hủy bỏ biện pháp ngăn chặn. Vì vậy, trên thực tế, khi vụ án được chuyển đến VKS để truy tố, cán bộ, KSV thường tiếp tục đề xuất ra lệnh tạm giam mà không đề xuất thay đổi biện pháp tạm giam sang biện pháp khác<sup>3</sup> (cấm đi khỏi nơi cư trú, bảo lãnh, đặt tiền cho bị can). Việc thay thế biện pháp tạm giam sang biện pháp khác trong giai đoạn truy tố làm cho cán bộ, KSV dễ bị nghi ngờ có tiêu cực vì không có căn cứ pháp lý rõ ràng.

Điều 278 BLTTHS quy định: “Sau khi thụ lý vụ án,... việc áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp tạm giam do Chánh án, Phó Chánh án Tòa án quyết định; đối với bị cáo đang bị tạm giam mà đến ngày mở phiên tòa thời hạn tạm giam đã hết, nếu xét thấy cần tiếp tục tạm giam... thì Hội đồng xét xử ra lệnh tạm giam cho đến khi kết thúc phiên tòa”. Quy định này không xác định rõ căn cứ tạm giam trong giai đoạn xét xử, nhưng lại cho phép Chánh án, Phó Chánh án Tòa án và Hội đồng xét xử quyết định một cách dễ dàng “nếu thấy cần tiếp tục tạm giam” là chưa bảo đảm quyền lợi của bị tạm giam, của bị cáo.

3 VKS thường đề xuất cần tiếp tục tạm giam bị can “để đảm bảo việc truy tố”, mặc dù nhiều trường hợp không tạm giam bị can thì cũng không ảnh hưởng gì đến việc truy tố như các trường hợp phạm tội quả tang, căn cứ đã rõ, bị can thành khẩn khai nhận hành vi phạm tội, đã bồi thường khắc phục hậu quả, bị can tỏ ra ăn năn hối cải.

Theo quy định của Điều 119 và Điều 278 của BLTTHS, Tòa án được áp dụng biện pháp tạm giam trong giai đoạn xét xử dựa trên các lý do: bảo đảm việc bị cáo không bỏ trốn, cản trở hoạt động xét xử, có hành vi mua chuộc, cưỡng ép, xúi giục người khác khai báo gian dối, cung cấp tài liệu sai sự thật, tiêu hủy, giả mạo chứng cứ, tài liệu, đồ vật của vụ án, tẩu tán tài sản liên quan đến vụ án; đe dọa, khống chế, trả thù người làm chứng, bị hại. Tuy nhiên, căn cứ để hủy bỏ, thay thế biện pháp tạm giam bằng biện pháp khác lại tạo ra sự tùy nghi cho Tòa án. Đó là Tòa án có quyền thay thế, hủy bỏ biện pháp ngăn chặn khi cần thiết nhằm bảo đảm cho việc xét xử, dẫn đến bị can, bị cáo bị tạm giam một cách không cần thiết, làm cho họ khó tiếp cận các quyền như quyền tự bào chữa, quyền được nghiên cứu tài liệu, quyền thu thập chứng cứ gỡ tội để tranh tụng, bảo vệ quyền lợi hợp pháp của họ.

Điều 329 BLTTHS quy định: “Trường hợp bị cáo đang bị tạm giam mà bị xử phạt tù nhưng xét thấy cần tiếp tục tạm giam để bảo đảm thi hành án thì Hội đồng xét xử ra quyết định tạm giam bị cáo; thời hạn tạm giam bị cáo là 45 ngày kể từ ngày tuyên án...”. Quy định về căn cứ tiếp tục tạm giam của điều luật “xét thấy cần tiếp tục” mang tính tùy nghi, theo nhận định chủ quan của Hội đồng xét xử, dẫn đến thực tế: bị cáo đang bị tạm giam thì đương nhiên cứ tiếp tục bị tạm giam. Đây là nguyên nhân của thực trạng người bị tạm giam trong giai đoạn sau khi tuyên án, chờ thi hành án chiếm tỷ lệ cao.

### **2. Giải pháp hoàn thiện Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 nhằm bảo đảm quyền con người khi áp dụng biện pháp tạm giam**

*Thứ nhất*, nhập khoản 1 Điều 119 BLTTHS vào chung với khoản 2 Điều 119

BLTTHS, theo hướng bị can, bị cáo phạm tội đặc biệt nghiêm trọng phải bị tạm giam, còn các trường hợp khác chỉ bị tạm giam khi xác định người đó phạm tội mà Bộ luật Hình sự quy định hình phạt tù trên 02 năm và thuộc một trong các trường hợp: a) Đã bị áp dụng biện pháp ngăn chặn khác nhưng vi phạm; b) Không có nơi cư trú rõ ràng hoặc không xác định được lý lịch của bị can; c) Bỏ trốn và bị bắt theo quyết định truy nã hoặc có dấu hiệu bỏ trốn; d) Tiếp tục phạm tội hoặc có dấu hiệu tiếp tục phạm tội; đ) Có hành vi mua chuộc, cưỡng ép, xúi giục người khác khai báo gian dối, cung cấp tài liệu sai sự thật; tiêu hủy, giả mạo chứng cứ, tài liệu, đồ vật của vụ án, tẩu tán tài sản liên quan đến vụ án; đe dọa, khống chế, trả thù người làm chứng, bị hại, người tố giác tội phạm và người thân thích của những người này. Giải pháp này nhằm khắc phục thực trạng cơ quan có thẩm quyền lạm dụng biện pháp tạm giam theo quy định tại khoản 1 Điều 119 BLTTHS. Mặt khác, khi đã nhập khoản 1 và khoản 2 Điều 119 của BLTTHS, thì điều kiện tạm giam chung cho mọi trường hợp được xác định sẽ tránh sự tùy nghi và sẽ giảm mạnh tỷ lệ số người bị tạm giam trong vụ án hình sự trong trường hợp phạm tội rất nghiêm trọng. Như vậy, giải pháp nêu trên có tính đột phá, nhằm giảm thiểu số người bị tạm giam trong vụ án hình sự, bảo đảm tốt hơn quyền con người trong lĩnh vực TTHS.

*Thứ hai*, bổ sung vào khoản 4 Điều 119 BLTTHS về trường hợp bị can, bị cáo là người duy nhất đang phải nuôi, chăm sóc người thân thích của mình là người tàn tật nặng, bệnh nặng, già yếu, có nhược điểm về tâm thần nhưng họ thiếu sự chăm sóc và không thể tự mình sinh sống được thì có thể không bị áp dụng biện pháp tạm giam. Họ



chỉ bị tạm giam trong trường hợp có dấu hiệu bỏ trốn, có các hành động gây cản trở hoạt động điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án. Giải pháp này nhằm bổ sung trường hợp bị can, bị cáo có hoàn cảnh éo le, không có người chăm sóc người thân thích của mình như đã nêu; như vậy sẽ phù hợp với hoàn cảnh của bị cáo và khẳng định được tính nhân văn của chính sách pháp luật.

*Thứ ba*, để khắc phục việc tạm giam kéo dài do các cơ quan tố tụng không hủy bỏ biện pháp tạm giam mặc dù việc tạm giam đó là không cần thiết, thì cần sửa đổi, bổ sung khoản 2 Điều 125, khoản 7 Điều 173 BLTTHS theo hướng quy định rõ hơn trách nhiệm của CQĐT, VKS và Tòa án trong việc xem xét quyết định hủy bỏ biện pháp ngăn chặn hoặc có thể thay thế bằng biện pháp ngăn chặn khác khi không còn căn cứ áp dụng. Theo đó, khoản 2 Điều 125 BLTTHS được thiết kế lại như sau: “Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án phải hủy bỏ biện pháp ngăn chặn hoặc có thể thay thế bằng biện pháp ngăn chặn khác khi không còn căn cứ áp dụng...”; và sửa đổi, bổ sung khoản 7 Điều 173 BLTTHS như sau: “Trong thời hạn tạm giam, khi không còn căn cứ tiếp tục tạm giam thì Cơ quan điều tra phải kịp thời đề nghị Viện kiểm sát hủy bỏ việc tạm giam để trả tự do cho người bị tạm giam hoặc xét thấy cần thiết thì áp dụng biện pháp ngăn chặn khác”.

*Thứ tư*, sửa đổi, bổ sung Điều 241 BLTTHS theo hướng quy định rõ trách nhiệm của VKS sau khi nhận hồ sơ vụ án và bản kết luận điều tra phải xem xét, kiểm tra toàn diện các căn cứ áp dụng biện pháp tạm giam để xác định có cần thiết phải tiếp tục tạm giam với bị can hay không, nếu không còn cần thiết, không có căn cứ áp dụng biện pháp tạm giam thì phải thay đổi, hủy bỏ kịp

thời. Theo đó, Điều 241 BLTTHS được thiết kế lại như sau: “Sau khi nhận hồ sơ vụ án và bản kết luận điều tra, Viện kiểm sát có quyền quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế theo quy định của Bộ luật này. Trường hợp có bị can đang bị tạm giam, Viện kiểm sát phải xem xét, kiểm tra toàn diện các căn cứ áp dụng biện pháp tạm giam để áp dụng, thay đổi, hủy bỏ kịp thời”.

*Thứ năm*, sửa đổi Điều 278 BLTTHS về điều kiện áp dụng biện pháp tạm giam thay cho thuật ngữ “quyết định” và “nếu thấy cần tiếp tục” mang tính tùy nghi, không rõ ràng. Điều 278 BLTTHS cần được thiết kế như sau: “Sau khi thụ lý vụ án, Thẩm phán chủ tọa phiên tòa quyết định việc áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế, trừ việc áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp tạm giam do Chánh án, Phó Chánh án Tòa án quyết định sau khi xem xét đầy đủ các căn cứ, điều kiện áp dụng biện pháp tạm giam theo quy định của Bộ luật này; đối với bị cáo đang bị tạm giam mà đến ngày mở phiên tòa thời hạn tạm giam đã hết, nếu có căn cứ xác định cần phải tiếp tục tạm giam để hoàn thành việc xét xử thì Hội đồng xét xử ra lệnh tạm giam cho đến khi kết thúc phiên tòa”.

*Thứ sáu*, sửa đổi Điều 329 BLTTHS về căn cứ tạm giam “xét thấy cần tiếp tục” mang tính tùy nghi, theo nhận định chủ quan của Hội đồng xét xử, thành điều kiện áp dụng biện pháp cụ thể như sau: “Trường hợp bị cáo đang bị tạm giam mà bị xử phạt tù nhưng có căn cứ xác định cần phải tiếp tục tạm giam để bảo đảm thi hành án thì Hội đồng xét xử ra quyết định tạm giam bị cáo; thời hạn tạm giam bị cáo là 45 ngày kể từ ngày tuyên án...” ■

## THỜI ĐIỂM THỰC HIỆN QUYỀN YÊU CẦU PHẢN TỐ CỦA BỊ ĐƠN THEO QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ VIỆT NAM

Nguyễn Ngọc Sơn

Công ty Luật TNHH MTV E&V

### Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Quyền yêu cầu phản tố, bị đơn, Bộ luật Tố tụng dân sự.

### Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 29/5/2020  
Biên tập : 12/6/2020  
Duyệt bài : 19/6/2020

### Article Information:

**Key words:** Counterclaim, defendants, Civil Procedure Code.

### Article History:

Received : 29 May 2020  
Edited : 12 Jun 2020  
Approved : 19 Jun 2020

### Tóm tắt:

Quyền yêu cầu phản tố là một quyền đặc trưng của bị đơn trong vụ án dân sự. Việc xác định thời điểm đưa ra yêu cầu phản tố của bị đơn không chỉ đảm bảo quyền lợi cho chính bị đơn mà còn đảm bảo quyền lợi cho các đương sự khác, tạo điều kiện thuận lợi cho cơ quan tiến hành tố tụng trong quá trình giải quyết vụ án. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích những nội dung liên quan đến thời điểm đưa ra yêu cầu phản tố của bị đơn, qua đó nêu ra một số hạn chế, bất cập trong quá trình áp dụng pháp luật và đưa ra các kiến nghị hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

### Abstract:

The right to request a counterclaim is a specific right of the defendant in a civil case. The determination of the time to make a counterclaim of the defendant not only guarantees the interests of the defendant but also the rights of the other involved parties, creating favorable conditions for the procedure-conducting agencies in process of the civil case resolution itself. This article is focused on analysis of the contents related to the time of making the counterclaim of the defendant, thereby pointing out some limitations and shortcomings in the process of applying laws and also proposed recommendations for further improvements in the related laws.

## 1. Quy định của pháp luật tố tụng dân sự về thời điểm thực hiện quyền yêu cầu phản tố của bị đơn

Việc xác định thời điểm thực hiện quyền yêu cầu phản tố có ý nghĩa đặc biệt quan trọng đối với các đương sự và cơ quan tiến hành tố tụng trong quá trình giải quyết vụ án dân sự. Trước đây, Bộ luật Tố tụng dân sự (TTDS) năm 2004 không có quy định về

thời điểm đưa ra yêu cầu phản tố của bị đơn nên đã xuất hiện nhiều ý kiến khác nhau về thời hạn bị đơn đưa ra yêu cầu phản tố, tại thời điểm đó có ba quan điểm như sau:

*Quan điểm thứ nhất cho rằng*, thời điểm đưa ra yêu cầu phản tố chỉ trong khoảng thời hạn bị đơn phải nộp cho Tòa án văn bản ghi ý kiến của mình đối với yêu cầu của người khởi kiện<sup>1</sup>.

1 Phạm Thị Thúy (2017), Quyền của bị đơn trong tố tụng dân sự, Luận văn Thạc sĩ luật học, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, tr.31.

Theo đó, cùng với việc phải nộp cho Tòa án văn bản ghi ý kiến của mình đối với yêu cầu của người khởi kiện thì bị đơn có quyền yêu cầu phản tố đối với nguyên đơn<sup>2</sup>. Bên cạnh đó, Bộ luật TTDS năm 2004 còn quy định người được thông báo phải nộp cho Tòa án văn bản ghi ý kiến của mình đối với yêu cầu của người khởi kiện và tài liệu, chứng cứ kèm theo, nếu có trong thời hạn mười lăm ngày kể từ ngày nhận được thông báo. Trong trường hợp cần gia hạn thì người được thông báo phải có đơn xin gia hạn gửi cho Tòa án nêu rõ lý do; nếu việc xin gia hạn là có căn cứ thì Tòa án phải gia hạn, nhưng không quá mười lăm ngày<sup>3</sup>.

Như vậy, theo quy định trên thì hoàn toàn có thể hiểu rằng bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trong thời hạn mười lăm ngày, kể từ ngày nhận được thông báo của Tòa án. Trong trường hợp gia hạn thì thời gian được gia hạn là không quá mười lăm ngày. Tóm lại, thời hạn tối đa để bị đơn phải đưa ra yêu cầu phản tố là ba mươi ngày kể từ ngày nhận được thông báo của Tòa án.

*Quan điểm thứ hai cho rằng*, bị đơn có thể đưa ra yêu cầu phản tố trong suốt quá trình giải quyết vụ án<sup>4</sup>.

“Quan điểm này dựa trên cơ sở quyền tự định đoạt của đương sự trong quá trình giải quyết vụ án”<sup>5</sup>. Như vậy, bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố ngay cả trong phiên tòa xét xử sơ thẩm.

Tuy nhiên, quan điểm trên tạo nên bất cập trong quá trình giải quyết vụ án. Bởi lẽ,

nếu bị đơn đưa ra yêu cầu phản tố sau thời điểm Tòa án quyết định đưa vụ án ra xét xử thì Tòa án buộc phải tạm hoãn phiên tòa và tiến hành lại các thủ tục cần thiết như giao nộp chứng cứ, thu thập chứng cứ, công bố chứng cứ, hòa giải,... dẫn đến vụ án sẽ bị kéo dài thời hạn giải quyết, gây khó khăn cho cơ quan tiến hành tố tụng. Bên cạnh đó, quyền của các đương sự khác sẽ không được đảm bảo nếu thời hạn của yêu cầu phản tố được hiểu như trên. Họ sẽ không chuẩn bị kịp tài liệu, chứng cứ để chống lại yêu cầu phản tố của bị đơn.

*Quan điểm thứ ba cho rằng*, bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trong giai đoạn Tòa án chuẩn bị xét xử sơ thẩm cho đến trước khi Tòa án ra quyết định đưa vụ án ra xét xử sơ thẩm<sup>6</sup>.

Quan điểm này được chấp nhận rộng rãi hơn vì nó phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của Bộ luật TTDS, hài hòa quyền và lợi ích giữa nguyên đơn, bị đơn có yêu cầu phản tố và người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan (NCQLNVLQ) có yêu cầu độc lập.

Trước những quan điểm trái chiều nêu trên, Bộ luật TTDS năm 2004 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011, đã quy định rõ về thời điểm bị đơn đưa ra yêu cầu phản tố, cụ thể: “*Bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trước khi Tòa án ra quyết định đưa vụ án ra xét xử sơ thẩm*”<sup>7</sup>.

Mặc dù đã có những sửa đổi, bổ sung hoàn thiện quy định về yêu cầu phản tố của bị đơn nhưng qua thực tiễn áp dụng Bộ luật

2 Khoản 1 Điều 176 Bộ luật TTDS năm 2004.

3 Khoản 1 Điều 175 Bộ luật TTDS năm 2004.

4 Nguyễn Minh Hằng, Hà Văn Nâu (2010), Yêu cầu phản tố và thời điểm thực hiện yêu cầu phản tố từ quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự, Tạp chí Nghề luật, số 01, tr.44 – 45.

5 Nguyễn Văn Cường, Trần Anh Tuấn, Đặng Thanh Hoa (Chủ biên) và các tác giả khác (2012), Bình luận khoa học Bộ luật Tố tụng dân sự sửa đổi, Nxb. Lao động – Xã hội, Hà Nội, tr.100.

6 Nguyễn Văn Cường, Trần Anh Tuấn, Đặng Thanh Hoa (Chủ biên) và các tác giả khác (2012), Bình luận khoa học Bộ luật Tố tụng dân sự sửa đổi, Nxb. Lao động – Xã hội, Hà Nội, tr.100.

7 Khoản 3 Điều 176 Bộ luật TTDS năm 2004 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011.

TTDS năm 2004 đã được sửa đổi, bổ sung 2011 cũng đã dẫn bộc lộ những hạn chế nhất định. Điển hình là bị đơn căn cứ vào quy định trên để cố tình kéo dài quá trình giải quyết vụ án bằng cách đưa ra yêu cầu phản tố ngay trước khi Tòa án ra quyết định đưa vụ án ra xét xử. Điều này ảnh hưởng đến thời gian giải quyết vụ án như thời gian hòa giải, thời gian thu thập chứng cứ và gây khó khăn cho các đương sự khác trong việc phản đối yêu cầu phản tố của bị đơn.

Để khắc phục bất cập trên, Bộ luật TTDS năm 2015 đã thay đổi về thời điểm đưa ra yêu cầu phản tố của bị đơn. Cụ thể, bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trước thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải<sup>8</sup>.

Để hiểu rõ hơn, chúng ta có thể tham khảo pháp luật một số quốc gia và vùng lãnh thổ trên thế giới có những quy định về thời điểm bị đơn đưa ra yêu cầu phản tố, cụ thể:

Luật TTDS Vương quốc Anh quy định: Bị đơn có thể đưa ra yêu cầu phản tố đối với nguyên đơn - (a) mà không có sự cho phép của Tòa án nếu bị đơn nộp đơn bảo vệ; hoặc là (b)

bất cứ lúc nào với sự cho phép của Tòa án<sup>9</sup>.

Luật TTDS Nhật Bản quy định: Bị đơn có thể nộp đơn phản tố lên Tòa án, nơi mà có yêu cầu chính đang chờ xử lý cho đến khi tranh luận bằng miệng có kết luận, nhưng chỉ khi đối tượng của yêu cầu phản tố liên quan đến yêu cầu chính hoặc liên quan đến bài biện hộ<sup>10</sup>.

Luật TTDS Liên bang Hoa Kỳ quy định: Trừ khi một thời điểm khác được quy định bởi Luật này hoặc Quy chế liên bang, thời gian để đưa phản tố phải đáp ứng như sau: (A) Bị đơn phải gửi câu trả lời: (i) trong vòng 21 ngày sau khi được gửi giấy triệu tập và khiếu nại; hoặc là (ii) nếu câu trả lời kịp thời từ bỏ sự tổng đạt theo Quy tắc 4 (d), trong vòng 60 ngày sau khi yêu cầu từ bỏ được gửi, hoặc trong vòng 90 ngày sau khi được gửi đến bị đơn bên ngoài bất kỳ khu vực tư pháp nào của Hoa Kỳ<sup>11</sup>.

Luật TTDS Đài Loan quy định: Trước khi kết thúc phản tranh luận, bị đơn có thể đưa ra yêu cầu phản tố đối với nguyên đơn và những người liên quan đến yêu cầu phản tố<sup>12</sup>.

8 Khoản 3 Điều 200 Bộ luật TTDS năm 2015.

9 Part 20.4 of The Civil Procedure Rules of England: “A defendant may make a counterclaim against a claimant – (a) without the court’s permission if he files it with his defence; or (b) at any other time with the court’s permission”; <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part20>, truy cập ngày 11/08/2019.

10 Article 146 of Code of Civil Procedure of Japan: “(1) The defendant may file a counterclaim with the court where the principal action is pending up until such time as oral arguments have reached a conclusion, but only if the subject matter of the counterclaim is a claim with a bearing on the claim that is the subject matter of the principal action or with a bearing on the means of defense”; <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2834&vm=02&re=02>, truy cập ngày 11/08/2019.

11 Rule 12 of Federal Rules of Civil Procedure in US: “(1) In General. Unless another time is specified by this rule or a federal statute, the time for serving a responsive pleading is as follows:

(A) A defendant must serve an answer:

(i) within 21 days after being served with the summons and complaint; or

(ii) if it has timely waived service under Rule 4(d), within 60 days after the request for a waiver was sent, or within 90 days after it was sent to the defendant outside any judicial district of the United States”; [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv\\_rules\\_eff\\_dec\\_1\\_2018\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/cv_rules_eff_dec_1_2018_0.pdf), truy cập ngày 11/08/2019.

12 Article 259 of Taiwan Code of Civil Procedure: “The defendant may, prior to the conclusion of the oral argument, raise a counterclaim against the plaintiff and the persons with regard to whom the counterclaim shall be adjudicated jointly in the court where the plaintiff’s claim is pending”; <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=B0010001>, truy cập ngày 08/09/2019.

## 2. Thực tiễn xác định thời điểm thực hiện quyền yêu cầu phản tố của bị đơn

Trong thực tiễn vẫn có nhiều quan điểm khác nhau về thời điểm đưa ra yêu cầu phản tố và dẫn đến cách giải quyết khác nhau.

Ví dụ: Vụ án ly hôn giữa nguyên đơn Lê Hoàng Diệp Thảo và bị đơn Đặng Lê Nguyên Vũ được Tòa án nhân dân Tp. Hồ Chí Minh (TAND TP.HCM) giải quyết theo Bản án số 291/2019/HNGĐ-ST ngày 27/03/2019<sup>13</sup>.

Bà Lê Hoàng Diệp Thảo có đơn xin ly hôn ngày 26/10/2015; đơn bổ sung đơn ly hôn ngày 21/11/2015 và ngày 30/08/2017 với nội dung đề nghị Tòa án giải quyết cho bà và ông Đặng Lê Nguyên Vũ được ly hôn, về con chung thì bà yêu cầu là người trực tiếp chăm sóc, nuôi dưỡng, ông Vũ phải cấp dưỡng nuôi con và yêu cầu chia toàn bộ tài sản chung được tạo lập trong thời kỳ hôn nhân.

Ngày 17/11/2015, TAND Tp. HCM ra thông báo thụ lý vụ án số 499/HNST về việc tranh chấp về hôn nhân và gia đình.

Đến ngày 21/06/2016, TAND Tp.HCM ban hành quyết định đưa vụ án ra xét xử. Sau đó, ngày 18/07/2016, ông Vũ đã có đơn yêu cầu phản tố về việc đề nghị Tòa án xem xét, quyết định phân chia tài sản là tiền Việt Nam, các loại ngoại tệ, vàng là tài sản chung của vợ chồng hiện bà Thảo đang nắm giữ, gửi tại 4 ngân hàng ở Việt Nam, đề nghị phân chia các tài sản là bất động sản ở trong nước do bà Thảo đứng tên hoặc người khác đứng tên, đề nghị chia số tiền chung của hai vợ chồng trong 04 công ty hiện do bà Thảo thành lập trong nước và nước ngoài từ tiền chung của hai vợ chồng.

Từ các dữ liệu trên cho thấy, ngày

21/6/2016, Tòa án đã có quyết định đưa vụ án ra xét xử nhưng sau đó ông Vũ lại có yêu cầu phản tố ngày 18/07/2016 và Tòa án đã thụ lý yêu cầu phản tố của bị đơn. Như vậy, thời điểm ông Vũ đưa ra yêu cầu phản tố và Tòa án thụ lý yêu cầu phản tố có phù hợp với quy định pháp luật TTDS không? Nội dung này sẽ được phân tích ở phần sau.

## 3. Các quan điểm về thời điểm bị đơn có quyền yêu cầu phản tố

Mặc dù Bộ luật TTDS năm 2015 có quy định về thời điểm đưa ra yêu cầu phản tố của bị đơn. Tuy nhiên, hiện nay vẫn có cách hiểu khác nhau đối với quy định này.

*Cách hiểu thứ nhất:* bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trước thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải.

Quan điểm này được hiểu theo quy định tại khoản 3 Điều 200 Bộ luật TTDS năm 2015. Cụ thể, bị đơn chỉ có quyền đưa ra yêu cầu phản tố từ thời điểm Tòa án thông báo thụ lý vụ án cho đến trước thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải. Nếu sau thời gian này, Tòa án sẽ trả lại đơn yêu cầu phản tố.

*Cách hiểu thứ hai:* bị đơn được đưa ra yêu cầu phản tố tại phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải.

Mặc dù khoản 3 Điều 200 Bộ luật TTDS năm 2015 quy định bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trước thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải. Tuy nhiên, khoản 2 Điều 210 Bộ luật TTDS năm 2015 quy định, Thẩm phán công bố tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ vụ án, hỏi đương sự về những vấn đề sau đây: “a) Yêu cầu và phạm vi khởi kiện, việc sửa đổi, bổ sung, thay đổi, rút yêu

13 Bản án số 291/2019/HNGĐ-ST ngày 27/03/2019 của Tòa án nhân dân Tp. HCM về việc tranh chấp về hôn nhân và gia đình.

*cầu khởi kiện, yêu cầu phản tố, yêu cầu độc lập, những vấn đề đã thống nhất, những vấn đề chưa thống nhất yêu cầu Tòa án giải quyết*". Do đó, có thể xác định thời điểm cuối cùng bị đơn được đưa ra yêu cầu phản tố là tại phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải<sup>14</sup>.

*Cách hiểu thứ ba:* việc quy định “quyền” đưa ra yêu cầu phản tố của bị đơn trước thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải không mang tính bắt buộc.

“Quyền” ở đây có nghĩa là bị đơn có thể làm hoặc không làm những gì mà pháp luật không cấm. Do đó, việc đưa ra hoặc không đưa ra yêu cầu phản tố trước thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải là do bị đơn tự quyết định (Điều 5 Bộ luật TTDS năm 2015 về quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự)<sup>15</sup>. Theo cách hiểu này, bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trước thời điểm mở phiên họp hoặc tại phiên họp hoặc sau phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải.

Chúng tôi đồng tình với cách hiểu thứ nhất. Bởi những lý do sau:

*Thứ nhất,* pháp luật đã minh thị rõ ràng bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trước thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải. Nếu bị đơn đưa ra yêu cầu phản tố sau thời điểm này thì Tòa án phải trả lại đơn yêu cầu phản tố.

Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 210 Bộ luật TTDS năm 2015 quy định, tại phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải, Thẩm phán hỏi bị đơn

về việc sửa đổi, bổ sung, thay đổi, rút yêu cầu phản tố chứ không phải là hỏi bị đơn có yêu cầu phản tố hay không như cách hiểu của quan điểm thứ hai nêu trên. Do đó, cách hiểu thứ hai là không đúng với bản chất quy định của Bộ luật TTDS năm 2015.

*Thứ hai,* pháp luật đã trao “quyền” cho bị đơn được đưa ra yêu cầu phản tố theo thời hạn quy định tại khoản 3 Điều 200 Bộ luật TTDS năm 2015. Nếu bị đơn không thực hiện quyền đưa ra yêu cầu phản tố thì đồng nghĩa mặc nhiên từ chối “quyền” của mình. Cũng giống như trường hợp pháp luật TTDS cho phép đương sự, người đại diện hợp pháp của đương sự, cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện có quyền kháng cáo bản án sơ thẩm, quyết định tạm đình chỉ giải quyết vụ án dân sự, quyết định đình chỉ giải quyết vụ án dân sự của Tòa án cấp sơ thẩm để yêu cầu Tòa án cấp phúc thẩm giải quyết lại theo thủ tục phúc thẩm. Nếu những chủ thể trên không thực hiện quyền kháng cáo trong thời hạn quy định của Điều 273 Bộ luật TTDS năm 2015 thì họ mặc nhiên bị mất quyền kháng cáo.

Trong vụ án ly hôn giữa ông Đặng Lê Nguyên Vũ và bà Lê Hoàng Diệp Thảo, Tòa án vận dụng theo cách hiểu thứ nhất. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là việc Tòa án áp dụng luật có đúng hay không? Trong quá trình giải quyết vụ án này cũng như tại phiên tòa xét xử sơ thẩm, các đương sự, Viện kiểm sát và Tòa án đã có những quan điểm khác nhau như sau:

Quan điểm của nguyên đơn: Việc Tòa án chấp nhận yêu cầu phản tố của ông Vũ (ngày 18/07/2016) sau khi đã có quyết định đưa vụ án ra xét xử (ngày 21/06/2016) là trái với quy định của khoản 3 Điều 176 Bộ luật

14 <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/trao-doi-y-kien/thoi-diem-cuoi-cung-dua-ra-yeu-cau-phan-to-yeu-cau-doc-lap>, truy cập ngày 28/5/2020.

15 <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/xay-dung-phat-luat/ve-thoi-diem-bi-don-duoc-dua-ra-yeu-cau-phan-to>, truy cập ngày 28/5/2020.

TTDS năm 2004 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011<sup>16</sup>. Bởi vì, theo quy định của khoản 3 Điều 176 Bộ luật TTDS năm 2004 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011 thì bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trước khi Tòa án ra quyết định đưa vụ án ra xét xử sơ thẩm. Vì vậy, Tòa án phải trả lại đơn yêu cầu phản tố. Theo quan điểm này, phía nguyên đơn đang áp dụng những quy định của Bộ luật TTDS năm 2004 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011.

Quan điểm của bị đơn: Tòa án đã thông báo và bị đơn đã nộp tiền tạm ứng án phí (ngày 05/9/2016) theo yêu cầu phản tố của bị đơn. Tại phiên tòa ngày 27/3/2019, bị đơn đối chiếu với Bộ luật TTDS năm 2015 thì bị đơn phản tố và Tòa án thụ lý yêu cầu phản tố của bị đơn là hoàn toàn phù hợp với quy định của pháp luật. Theo quan điểm này, bị đơn đang hiểu và áp dụng quy định của Bộ luật TTDS năm 2015.

Quan điểm của Viện kiểm sát: Phía Viện kiểm sát không có ý kiến về vấn đề thời điểm đưa ra yêu cầu phản tố của bị đơn và việc thụ lý yêu cầu phản tố của Tòa án trong quá trình giải quyết vụ án.

Quan điểm của Tòa án: Tòa án cho rằng, về thời điểm đưa yêu cầu phản tố của bị đơn là phù hợp với quy định của pháp luật. Theo nhận định của Tòa án, ngày 18/07/2016 phía bị đơn ông Đặng Lê Nguyên Vũ có yêu cầu phản tố đề nghị Tòa án xem xét. Ngày 30/08/2016, TAND Tp. HCM đã ra thông báo nộp tiền tạm ứng án phí số 5881/TB-TA, tại biên lai đóng tạm ứng án phí số AA/2016/0031054 ngày 05/09/2016 tại Cục thi hành án dân sự Tp. HCM, phía bị đơn đã nộp đủ số tiền tạm ứng án phí là 1.310.487.347 đồng.

Tòa án đã căn cứ khoản 3 Điều 200 Bộ luật TTDS năm 2015 để thụ lý yêu cầu phản tố của bị đơn. Bởi vì, sau khi thụ lý yêu cầu phản tố thì Tòa án tiến hành thủ tục mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải. Như vậy, Tòa án có cơ sở cho rằng việc thụ lý yêu cầu phản tố của bị đơn là đúng với quy định của Bộ luật TTDS năm 2015. Theo quan điểm này, Tòa án đã áp dụng quy định của Bộ luật TTDS năm 2015 để giải quyết vụ án.

Chúng tôi cho rằng, quan điểm của Tòa án và bị đơn là không hợp lý vì lý do sau:

*Thứ nhất*, theo quy định của khoản 1 Điều 1 Nghị quyết 103/2015/QH13 ngày 25/11/2015 của Quốc hội về việc thi hành Bộ luật TTDS, “*đối với những vụ việc dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động đã được Tòa án thụ lý trước ngày 01/7/2016, nhưng kể từ ngày 01/7/2016 mới giải quyết theo thủ tục sơ thẩm thì áp dụng các quy định của Bộ luật này để giải quyết*”. Điều này đồng nghĩa với việc, nếu vụ việc dân sự đã được Tòa án thụ lý trước ngày 01/7/2016 và đang được giải quyết theo thủ tục sơ thẩm trước ngày 01/7/2016 thì Bộ luật TTDS năm 2004 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011 sẽ được áp dụng.

Vụ án nêu trên đang được TAND Tp. HCM giải quyết theo thủ tục sơ thẩm và đã có quyết định đưa vụ án ra xét xử sơ thẩm ngày 21/6/2016 (Trước ngày Bộ luật TTDS năm 2015 có hiệu lực là ngày 01/7/2016). Như vậy, căn cứ vào quy định trên thì Tòa án phải áp dụng Bộ luật TTDS năm 2004 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011 để giải quyết vụ án.

*Thứ hai*, nếu áp dụng Bộ luật TTDS năm

16 Khoản 3 Điều 176 Bộ luật TTDS năm 2004 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011: “Bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trước khi Tòa án ra quyết định đưa vụ án ra xét xử sơ thẩm”.

2004 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011 thì Tòa án chỉ được thụ lý yêu cầu phản tố của bị đơn khi yêu cầu phản tố được đưa ra trước khi Tòa án ra quyết định đưa vụ án ra xét xử sơ thẩm.

Trong vụ án trên, bị đơn đã đưa ra yêu cầu phản tố ngày 18/07/2016, sau ngày Tòa án ra quyết định đưa vụ án ra xét xử sơ thẩm (ngày 21/6/2016).

Do vậy, chúng tôi cho rằng, Tòa án phải áp dụng Bộ luật TTDS năm 2004 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011 để giải quyết vụ án; đồng nghĩa với việc Tòa án phải trả lại đơn yêu cầu phản tố vì lý do bị đơn đưa ra yêu cầu phản tố sau thời điểm quy định của khoản 3 Điều 176 Bộ luật TTDS năm 2004 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2011.

#### **4. Nguyên nhân làm ảnh hưởng đến thời điểm bị đơn thực hiện quyền yêu cầu phản tố**

Trong thực tiễn, vẫn còn một số khó khăn, vướng mắc khi áp dụng quy định về thời điểm đưa ra yêu cầu phản tố của bị đơn bởi những quy định liên quan. Cụ thể:

*Thứ nhất*, sự xuất hiện của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan ảnh hưởng đến quyền yêu cầu phản tố của bị đơn.

Căn cứ vào khoản 1 Điều 200 của BLTTDS 2015 quy định: *“Cùng với việc phải nộp cho Tòa án văn bản ghi ý kiến của mình đối với yêu cầu của nguyên đơn, bị đơn có quyền yêu cầu phản tố đối với nguyên đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập”*.

Cụ thể, theo quy định của khoản 1 Điều 199 Bộ luật TTDS năm 2015, trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo về việc thụ lý vụ án, bị đơn phải nộp văn bản ghi ý kiến của mình đối với yêu cầu của nguyên đơn, kèm theo yêu cầu phản tố (nếu có). Như vậy, căn cứ vào quy định nêu trên thì thời điểm bắt đầu thực hiện quyền phản tố của bị đơn là ngay khi nhận được thông

báo của Tòa án về việc thụ lý vụ án. Tuy nhiên, vào thời điểm này, bị đơn chỉ có thể thực hiện được quyền phản tố đối với nguyên đơn, hoàn toàn không thể yêu cầu bù trừ nghĩa vụ hay loại trừ yêu cầu của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan. Bởi vì nếu trong đơn khởi kiện của nguyên đơn không đề cập đến người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan thì trong nội dung của thông báo thụ lý theo Điều 196 Bộ luật TTDS sẽ không có thông tin về người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

Do đó, việc khoản 3 Điều 200 Bộ luật TTDS năm 2015 quy định: *“Bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trước thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải”* - được xem là thời gian kết thúc việc thực hiện quyền phản tố của bị đơn là khó khả thi và hạn chế quyền yêu cầu phản tố của bị đơn. Nói cách khác, tại phiên họp hoặc sau phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải thì không có quy định nào minh thị cho phép bị đơn thực hiện quyền phản tố.

Ngoài ra, theo quy định tại khoản 4 Điều 68 Bộ luật TTDS năm 2015, tư cách người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan sẽ xuất hiện trong vụ án dân sự khi người đó tự mình đề nghị hoặc các đương sự khác đề nghị và được Tòa án chấp nhận đưa vào tham gia tố tụng với tư cách là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

Hoặc trường hợp việc giải quyết vụ án dân sự có liên quan đến quyền lợi, nghĩa vụ của một người nào đó mà không có ai đề nghị đưa họ vào tham gia tố tụng với tư cách là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan thì Tòa án phải đưa họ vào tham gia tố tụng với tư cách là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

Như vậy, dựa vào quy định trên thì Tòa án hoàn toàn có cơ sở để đưa người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan vào tham gia vụ án



tại thời điểm đã mở phiên họp hoặc sau thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải. Vấn đề đặt ra là khi đó bị đơn có được quyền đưa ra yêu cầu phản tố đối với người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan không?

Chúng tôi cho rằng, về nguyên tắc, Tòa án đã mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận công khai chứng cứ và hòa giải thì bị đơn không có quyền đưa ra yêu cầu phản tố. Tuy nhiên, trong trường hợp nêu trên thì bị đơn vẫn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố đối với người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập.

Để việc áp dụng pháp luật về yêu cầu phản tố trong vụ án dân sự được thống nhất trong thực tiễn, thiết nghĩ cơ quan có thẩm quyền cần có hướng dẫn hoặc giải đáp cụ thể các vướng mắc nêu trên.

*Thứ hai*, số lần mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải theo quy định của Bộ luật TTDS năm 2015 có thể làm ảnh hưởng đến quyền yêu cầu phản tố của bị đơn.

Bộ luật TTDS năm 2015 quy định, “*bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trước thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải*” là chưa rõ ràng; bởi lẽ, quy định này áp dụng cho trước thời điểm mở phiên họp đầu tiên hay các phiên họp tiếp theo hay phiên họp cuối cùng?

Bên cạnh đó, Bộ luật TTDS năm 2015 cũng chưa quy định cụ thể khi nào thẩm phán tiến hành mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải, cũng như không giới hạn số lần mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải. Căn cứ vào quy trình tố tụng, các phiên họp tiếp theo không thể được gọi là phiên họp kiểm tra

việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải. Do đó, có nhiều cơ sở để cho rằng, thời điểm bị đơn phản tố phải được thực hiện trước khi mở phiên họp đầu tiên theo thủ tục quy định tại Điều 210 Bộ luật TTDS năm 2015. Nếu sau khi thụ lý vụ án một thời gian ngắn, thẩm phán mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ thì thời gian để bị đơn cân nhắc, tìm kiếm, thu thập tài liệu, chứng cứ và thực hiện quyền yêu cầu phản tố sẽ bị hạn chế rất nhiều. Trong khi đó, thực tế giải quyết các tranh chấp dân sự cho thấy, chỉ sau khi tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải các đương sự nói chung, bị đơn nói riêng mới có đủ thông tin để quyết định việc có đưa ra yêu cầu phản tố hay yêu cầu độc lập không. Điều này vô hình trung làm ảnh hưởng đến quyền yêu cầu phản tố của bị đơn.

Để khắc phục bất cập nêu trên, chúng tôi cho rằng, Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành hướng dẫn cụ thể khi nào thẩm phán tiến hành mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải. Để đảm bảo quyền lợi của bị đơn, Thẩm phán phải tiến hành mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải sau khi thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại các điểm a, b, c, d, đ, e và h khoản 2 Điều 203 Bộ luật TTDS năm 2015.

Bên cạnh đó, để đảm bảo sự thống nhất trong quá trình áp dụng pháp luật, Tòa án nhân dân tối cao cũng cần hướng dẫn rõ nội dung bị đơn có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trước thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và hòa giải đầu tiên hay cuối cùng. Vì đây là nội dung quan trọng để Tòa án xác định thụ lý hay không thụ lý yêu cầu phản tố của bị đơn ■

# QUY CHẾ QUẢN TÀI VIÊN TRONG SO SÁNH VỚI LUẬT PHÁ SẢN CỦA TRUNG QUỐC VÀ SINGAPORE

**Đào Thị Thu Hằng**

TS. Giảng viên Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG- Tp. HCM.

**Thông tin bài viết:**

*Từ khóa:* Quản tài viên, phá sản doanh nghiệp, luật phá sản.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 21/01/2020  
Biên tập : 22/02/2020  
Duyệt bài : 26/02/2020

**Article Information:**

*Key words:* The asset management officer; corporate bankruptcy, law on bankruptcy.

*Article History:*

Received : 21 Jan. 2020  
Edited : 22 Feb. 2020  
Approved : 26 Feb. 2020

**Tóm tắt:**

Quản tài viên là một chế định mới trong Luật Phá sản Việt Nam năm 2014. Vì vậy, việc nghiên cứu so sánh quy định về quản tài viên của Việt Nam, Trung Quốc và Singapore nhằm tìm kiếm những sáng kiến lập pháp tốt để tiếp thu có chọn lọc vào Việt Nam, đồng thời tăng cường sự hiểu biết trong tiến trình hài hòa hóa pháp luật phá sản của Việt Nam với các quốc gia trong khu vực là hết sức cần thiết.

**Abstract:**

The asset management officer is a new feature in the Law on Bankruptcy of 2014. Therefore, it is necessary for the studies and comparisons of legal regulations on the asset management officer of Vietnam, China, and Singapore to seek out good legislative initiatives to selectively absorb into Vietnam, and at the same time, it is to enhance the understandings and adoption of the future harmonization process of Vietnam's bankruptcy laws with other countries in the region.

## 1. Chế định quản tài viên

Chế định quản tài viên gắn liền với Luật phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã. Quản tài viên (liquidator) là cá nhân hành nghề quản lý, thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán trong quá trình giải quyết phá sản. Quản tài viên có thể hành nghề với tư cách cá nhân (private liquidator) hoặc hành nghề trong doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản. Doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản chỉ được tồn

tại dưới một trong hai hình thức là doanh nghiệp tư nhân hoặc công ty hợp danh. Nếu là doanh nghiệp tư nhân thì chủ doanh nghiệp phải là quản tài viên. Nếu là công ty hợp danh thì phải có tối thiểu hai thành viên hợp danh là quản tài viên trong đó một thành viên phải là tổng giám đốc hoặc giám đốc công ty. Tuy nhiên, tại cùng một thời điểm, người có chứng chỉ hành nghề quản tài viên chỉ được đăng ký hành nghề hoặc ở một doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản hoặc với tư cách cá nhân.

Tương tự như ở Việt Nam, vai trò của quản tài viên chỉ đặt ra khi doanh nghiệp bị phá sản<sup>1</sup>. Theo Luật Phá sản doanh nghiệp của Trung Quốc<sup>2</sup> vị trí tương ứng với quản tài viên được gọi là quản trị viên. Theo đó, quản trị viên chưa được xem là một nghề độc lập bởi quản trị viên có thể là người của các sở ban ngành có liên quan hoặc một công ty luật, một công ty kế toán đã được cấp chứng nhận, một công ty thanh lý phá sản hoặc bất kỳ cơ quan trung gian công cộng nào được thành lập hợp pháp<sup>3</sup>. Cơ quan trung gian công cộng có thể là các hiệp hội (associations). Tòa án, dựa trên các điều kiện thực tế của một con nợ và sau khi tham khảo ý kiến của cơ quan trung gian có liên quan, sẽ chỉ định người có kiến thức chuyên môn cần thiết và có được trình độ hành nghề để làm quản trị viên. Như vậy, trong phá sản doanh nghiệp của Trung Quốc, quản trị viên có thể bao gồm cả viên chức, công chức nhà nước hoặc người của một cơ quan trung gian như hiệp hội thương mại (trade association). Giống như ở Việt Nam, trong giải quyết phá sản doanh nghiệp ở Trung Quốc, quản trị viên cũng có thể là một cá nhân (living person) hoặc một tổ chức (organization).

Theo Luật Công ty của Singapore<sup>4</sup>, một công ty có thể bị đóng cửa ngừng hoạt động kinh doanh theo hai cách là hủy bỏ đăng ký hoặc thanh lý tài sản. Trong đó, việc thanh lý tài sản được chia thành ba loại: thanh lý tự nguyện theo thành viên công ty; thanh lý tự nguyện theo chủ nợ và thanh lý theo tòa án. Ngoại trừ việc hủy bỏ đăng ký công ty,

còn các hình thức ngừng hoạt động khác của công ty đều cần đến vai trò của quản tài viên, ngay cả trong trường hợp giải thể tự nguyện<sup>5</sup>. Do pháp luật Singapore quy định có ba cách chấm dứt tồn tại và thanh lý tài sản doanh nghiệp khác nhau nên tương ứng cũng có những cách thức chỉ định quản tài viên khác nhau. Trường hợp công ty bị thanh lý theo yêu cầu tự nguyện của thành viên công ty, thì ngay khi các thành viên thông qua nghị quyết thanh lý công ty thì cũng đồng thời chỉ định quản tài viên. Giám đốc công ty sẽ có trách nhiệm thông báo thanh lý tài sản của công ty công khai tới những người có liên quan. Quản tài viên sẽ có 12 tháng kể từ ngày nghị quyết được thông qua để hiện thực hóa và phân chia tài sản đồng thời phải đăng ít nhất trên một tờ báo địa phương. Quản tài viên trong trường hợp này có thể là bất kỳ ai đủ năng lực như giám đốc công ty chẳng hạn. Trường hợp công ty chấm dứt theo yêu cầu của chủ nợ thì chủ nợ sẽ chỉ định quản tài viên. Trường hợp công ty chấm dứt hoạt động theo quy định bởi tòa án thì tòa án sẽ chỉ định quản tài viên<sup>6</sup>. Trong phá sản bắt buộc luôn có mặt của quản tài viên. Thậm chí sự có mặt của quản tài viên ở Singapore rộng hơn, quản tài viên là bắt buộc ở cả thủ tục phá sản tự nguyện. Quản tài viên ở Singapore chỉ hành nghề với tư cách cá nhân và do ACRA – cơ quan quản lý doanh nghiệp và kế toán phê duyệt.

Như vậy, ở Việt Nam, chế định về quản tài viên có điểm tương đồng rõ ràng nhất với Trung Quốc, quản tài viên chỉ có trong phá

- 1 Điều 11 Luật Phá sản doanh nghiệp Việt Nam & Chương 3 & Điều 180 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc
- 2 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc năm 2006, truy cập ngày 10/10/2019 tại [http://www.china.org.cn/china/LegislationsForm2001-2010/2011-02/11/content\\_21898381.htm](http://www.china.org.cn/china/LegislationsForm2001-2010/2011-02/11/content_21898381.htm)
- 3 Điều 24 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc.
- 4 Luật Công ty Singapore 1967, truy cập ngày 10/10/2019 tại <https://sso.agc.gov.sg/Act/CoA1967>.
- 5 Phần giải thích từ ngữ Luật Công ty Singapore.
- 6 Mục 268 Luật Công ty Singapore.

sản doanh nghiệp - khi doanh nghiệp chấm dứt tồn tại mà không thể thanh toán hết các khoản nợ và chỉ diễn ra thông qua tòa án. Ngược lại, ở Singapore quản tài viên có cả trong trường hợp chấm dứt tồn tại doanh nghiệp tự nguyện không thông qua tòa án. Vấn đề này có thể giải thích bởi nguyên nhân, Việt Nam mới bắt đầu thử nghiệm vai trò của quản tài viên trong việc chấm dứt tồn tại của doanh nghiệp, trong khi đó Singapore đã đạt đến trình độ chuyên môn hóa việc quản lý và thanh lý tài sản của doanh nghiệp cho các chủ thể có quyền khi doanh nghiệp làm thủ tục chấm dứt hoàn toàn hoạt động. Bên cạnh đó, theo pháp luật của 3 nước, chế định quản trị viên còn có sự khác nhau sau: ở Việt Nam, quản tài viên là một chức danh tư pháp, hoạt động như một nghề độc lập, ở Trung Quốc quản tài viên vẫn còn có thể là công chức, viên chức nhà nước, trong khi ở Singapore quản tài viên là một nghề độc lập.

### 2. Điều kiện làm quản tài viên

Hiện nay, ở Việt Nam, bất cứ cá nhân nào cũng có thể trở thành quản tài viên nếu đáp ứng đủ các điều kiện sau: có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; có phẩm chất đạo đức tốt, có ý thức trách nhiệm, liêm khiết, trung thực, khách quan; có chứng chỉ hành nghề quản tài viên.

Những người có thể được cấp chứng chỉ hành nghề quản tài viên bao gồm: a) Luật sư; b) Kiểm toán viên; c) Người có trình độ cử nhân luật, kinh tế, kế toán, tài chính, ngân hàng và có kinh nghiệm 05 năm trở lên về lĩnh vực được đào tạo.

Tuy nhiên, để đảm bảo tính khách quan cũng như năng lực khi thực hành với tư cách quản tài viên, Luật Phá sản Việt Nam cũng quy định những người sau đây không được hành nghề quản tài viên: cán bộ, công chức,

viên chức; sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng trong cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên nghiệp trong cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân; người đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự; người đã bị kết án nhưng chưa được xóa án tích; người đang bị áp dụng biện pháp xử lý hành chính đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc, cơ sở cai nghiện bắt buộc; người mất năng lực hành vi dân sự hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự.

Người có chứng chỉ quản tài viên đăng ký hoạt động độc lập tại Sở tư pháp. Danh sách quản tài viên thường được Sở Tư pháp các tỉnh công bố hàng năm trên website của Sở. Chẳng hạn, ở thành phố Hồ Chí Minh, tính đến ngày 31/12/2018 có 89 quản tài viên và 19 doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản<sup>7</sup>.

Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc không quy định chi tiết điều kiện để một người có thể thực hiện vai trò quản trị viên. Tuy nhiên, Tòa án Tối cao Trung Quốc đã ban hành Quy định về quản trị viên cho các vụ phá sản doanh nghiệp. Theo đó, tòa án sẽ lập một danh sách những quản trị viên dựa trên nhiều tiêu chí khác nhau. Trước đó, tòa án sẽ thông báo về các yêu cầu của người nộp đơn làm quản trị viên; những giấy tờ cần cung cấp; đánh giá tiêu chuẩn và hồ sơ; nghĩa vụ và trách nhiệm pháp lý của quản trị viên; thời hạn nộp hồ sơ; và những vấn đề khác mà tòa án cho rằng cần thiết phải thông báo. Những tổ chức, cá nhân muốn trở thành quản trị viên thì nộp hồ sơ cho tòa án xem xét và quyết định để đưa vào danh sách và sẽ được chọn luân phiên<sup>8</sup>. Chẳng hạn, ở Bắc Kinh mỗi quản trị viên (tổ chức) được chấm thang 100 điểm, trong đó doanh thu (20), quy mô, số lượng nhân viên và số quản trị

7 <https://sotuphap.hochiminhcity.gov.vn/documents/10194/41578/92-Q%C4%90-STP.signed.pdf>.

8 Điều 3,4 5 Quy định của Tòa Tối cao Trung Quốc về chỉ định quản trị viên cho các vụ phá sản doanh nghiệp ngày 12/4/2007.

viên đủ tiêu chuẩn (20), kinh nghiệm thực tế xử lý vụ phá sản (30), số báo cáo thanh lý có liên quan (15), số bài báo có liên quan (5), bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp (10)<sup>9</sup>. Tuy nhiên, Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc cũng quy định những trường hợp sẽ không được chỉ định là quản trị viên tham gia quá trình phá sản một doanh nghiệp: người đã bị xử phạt hình sự vì hành vi phạm tội cố ý; người có chứng chỉ trình độ chuyên môn cho việc thực hành làm quản tài viên đã bị thu hồi; người có lợi ích liên quan; người không phù hợp là một quản trị viên giải quyết vụ phá sản doanh nghiệp cụ thể theo quyết định của tòa án<sup>10</sup>.

Ở Singapore, tiêu chuẩn để trở thành quản tài viên được hướng dẫn trên website của cơ quan Quản lý doanh nghiệp và kế toán<sup>11</sup>. Theo đó, đối với vụ phá sản công ty tự nguyện thì quản tài viên không cần phải là người được cấp chứng chỉ. Ngược lại, đối với những vụ phá sản công ty, quản tài viên phải là người đã được cấp chứng chỉ. Ứng viên nộp đơn làm quản tài viên có thể là một kế toán viên đã được cấp chứng chỉ có năng lực và kinh nghiệm. Kèm theo đơn là thư giới thiệu của hai người. Người giới thiệu không được là người trong gia đình hoặc khách hàng của kế toán viên. Một trong hai người giới thiệu này phải là quản tài viên chính thức và đã giám sát công việc của ứng viên.

Ngoài ra, ứng viên cũng có thể là một cá nhân chưa phải là kế toán viên công. Tuy nhiên, về kinh nghiệm, người này phải có ít nhất 3 năm kinh nghiệm toàn thời gian quản trị về phá sản, trong đó có ít nhất hai năm ở

vị trí giám sát hoặc quản lý. Về năng lực, ứng viên cũng phải có thư của hai người giới thiệu như ở trên, đồng thời phải đáp ứng thêm một số điều kiện như: ứng viên phải trải qua một số bài thi của Ủy ban giám sát kế toán công Singapore để đảm bảo rằng ứng viên có kiến thức về luật công ty, quản trị công ty, thuế, kiểm toán và dịch vụ đảm bảo.

Như vậy, các tiêu chí của Trung Quốc vừa phụ thuộc rất lớn vào ý chí chủ quan của tòa án vừa đang theo chiều hướng định lượng các tiêu chuẩn về quản tài viên. Ngược lại, Singapore chỉ công nhận những người có kiến thức về kế toán, luật doanh nghiệp, thuế, tài chính, quản trị công ty và dịch vụ bảo đảm. Việc trở thành quản tài viên ở Việt Nam có phần dễ dàng, thuận lợi hơn. Tuy nhiên, việc mở rộng các đối tượng được cấp chứng chỉ quản tài viên đôi khi cũng để lại những hệ lụy nhất định. Chẳng hạn, cử nhân luật hành chính thì không thể có kiến thức và kinh nghiệm tốt về luật doanh nghiệp, quản trị doanh nghiệp, xử lý hợp đồng và quản lý tài sản hay luật sư tranh tụng thì không phù hợp để làm quản tài viên.

### 3. Chỉ định quản tài viên

Theo Luật Phá sản Việt Nam, việc chỉ định, thay đổi quản tài viên do thẩm phán được phân công tiến hành thủ tục phá sản doanh nghiệp thực hiện trong thời hạn 03 ngày làm việc kể từ ngày ra quyết định mở thủ tục phá sản. Tuy nhiên, người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản có quyền đề xuất với tòa án tên quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản trước khi mở thủ tục phá sản<sup>12</sup>. Việc chỉ định quản tài viên phải

9 Alan Tang, Pauline Au, China's new enterprise bankruptcy law: the central government's new regulations on bankruptcy administrator, truy cập tại [http://app1.hkicpa.org.hk/APLUS/0711/p48\\_50.pdf](http://app1.hkicpa.org.hk/APLUS/0711/p48_50.pdf), ngày 15/10/2019.

10 Điều 24 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc.

11 <https://www.acra.gov.sg/how-to-guides/applying-to-be-an-approved-liquidator/Requirements-to-be-an-Approved-Liquidator>, truy cập ngày 15/10/2019.

12 Điều 19 & 45 Luật Phá sản doanh nghiệp Việt Nam.

căn cứ vào các điều kiện sau: cá nhân có chứng chỉ hành nghề quản tài viên; đề xuất chỉ định quản tài viên của người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; quản tài viên không có lợi ích liên quan đến vụ việc phá sản; tính chất của việc giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản; quản tài viên không phải là người thân thích của người tham gia thủ tục phá sản.

Trên thực tế, việc chỉ định quản tài viên đôi khi không theo đề xuất của người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Bởi lẽ, quản tài viên xuất thân từ những ngành nghề khác nhau, có trình độ hiểu biết, chuyên môn và kinh nghiệm khác nhau. Dựa vào yếu tố doanh nghiệp có ngành nghề kinh doanh và quy mô khác nhau, thẩm phán sẽ cân nhắc “tính chất của việc giải quyết đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản” để chỉ định quản tài viên. Người tham gia thủ tục phá sản có thể đề nghị thẩm phán thay đổi quản tài viên nếu: (1) Vi phạm nghĩa vụ theo quy định của Luật Phá sản Việt Nam; (2) hoặc có căn cứ chứng minh quản tài viên không khách quan trong khi thực hiện nhiệm vụ; hoặc (3) trường hợp bất khả kháng mà quản tài viên không thực hiện được nhiệm vụ.

Khác với quy định của Việt Nam, theo Luật Phá sản Doanh nghiệp Trung Quốc, thời điểm chỉ định quản trị viên sớm hơn ở Việt Nam. Cụ thể, khi tòa án quyết định chấp nhận đơn xin phá sản, sẽ chỉ định một quản trị viên<sup>13</sup>.

Quản trị viên ở Trung Quốc có thể bị hội nghị chủ nợ đề nghị thay đổi<sup>14</sup>. Mỗi tòa án ở địa phương sẽ có một danh sách những người đáp ứng đủ tiêu chuẩn làm quản trị

viên và thẩm phán giải quyết sẽ dựa vào danh sách đó để chỉ định ngẫu nhiên quản trị viên. Trong trường hợp, doanh nghiệp giải quyết phá sản là ngân hàng thương mại, công ty chứng khoán, công ty bảo hiểm, công ty tài chính hoặc vụ việc có tính chất phức tạp, liên quan đến tài sản ở nhiều nơi thì tòa án có thể chỉ định quản trị viên là người ở địa phương khác theo danh sách quản trị viên của tòa cấp cao hơn hoặc của tòa án địa phương đó. Đối với những vụ phá sản đơn giản, quan hệ giữa chủ nợ và con nợ rõ ràng, tòa án sẽ chỉ định quản trị viên là cá nhân. Ngược lại, tòa án sẽ chỉ định quản trị viên với tư cách là một tổ chức. Những người sau đây sẽ không được chỉ định làm quản trị viên một vụ phá sản: là người có lợi ích liên quan; là giám đốc, kiểm soát viên hoặc quản lý cấp cao của doanh nghiệp hoặc của bất kỳ chủ nợ nào hiện tại hoặc trong vòng ba năm trước khi tòa án ra quyết định giải quyết phá sản; là vợ, chồng, con hoặc có quan hệ dòng máu trực hệ trong vòng ba đời của bất kỳ cổ đông có quyền kiểm soát, giám đốc, kiểm soát viên hoặc quản lý cấp cao của doanh nghiệp hoặc của bất kỳ chủ nợ nào; các trường hợp khác tòa án cho rằng không phù hợp để làm quản trị viên<sup>15</sup>.

Quản trị viên sau khi được tòa án chỉ định sẽ sử dụng con dấu riêng do tòa phê chuẩn. Sau khi giải quyết xong thủ tục phá sản doanh nghiệp, quản trị viên sẽ nộp con dấu cho cơ quan có thẩm quyền hủy và nộp lại giấy chứng nhận đã hủy dấu cho tòa. Quản trị viên cũng có thể bị tòa án thay đổi khi không còn đáp ứng các tiêu chuẩn hoặc không đủ khả năng thực hiện trung thực nhiệm vụ của mình<sup>16</sup>.

13 Điều 13 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc.

14 Điều 61 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc.

15 Điều 24.4 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc và Điều 23 Quy định của Tòa Tối cao Trung Quốc về chỉ định quản trị viên cho các vụ phá sản doanh nghiệp ngày 12/4/2007, truy cập ngày 10/10/2019 tại [http://www.cscc.gov.cn/pub/cscc\\_en/laws/rfdm/AdministrativeLaws/201212/t20121205\\_217628.html](http://www.cscc.gov.cn/pub/cscc_en/laws/rfdm/AdministrativeLaws/201212/t20121205_217628.html).

16 Điều 15, 16, 17 Quy định của Tòa Tối cao Trung Quốc về chỉ định quản trị viên cho các vụ phá sản doanh nghiệp ngày 12/4/2007.

Ở Singapore, trường hợp doanh nghiệp phá sản theo yêu cầu của chủ nợ, chủ nợ sẽ chỉ định quản tài viên (provisional liquidator), tòa án chỉ chỉ định quản tài viên trong trường hợp phá sản bắt buộc. Thời điểm chỉ định quản tài viên là sau khi tòa nhận được yêu cầu tuyên bố phá sản của những chủ thể có thẩm quyền như chủ nợ, công ty, quản tài viên. Những người sau đây sẽ không thể làm quản tài viên phá sản công ty: không phải là quản tài viên đã được cấp phép; có mắc nợ công ty đang giải quyết phá sản hoặc một công ty khác có liên quan với số tiền trên 2.500 đô la Singapore; là nhân viên của công ty trong vòng 24 tháng; là đối tác, người sử dụng lao động, hoặc nhân viên của người quản lý công ty; người đó là đối tác, người lao động hoặc người làm thuê cho nhân viên của người quản lý công ty; là người phá sản chưa được phục quyền; có giao dịch bất động sản với chủ nợ của anh ta hoặc có bất kỳ thỏa thuận nào với chủ nợ của anh ta có liên quan đến phá sản; đã bị kết án về tội liên quan đến gian lận hoặc không trung thực và bị phạt tù từ 3 tháng trở lên.

Người vi phạm có thể bị phạt lên đến 2000 đô la Singapore<sup>17</sup>.

Về số lượng quản tài viên được chỉ định, Luật Phá sản Việt Nam không quy định cụ thể, nhưng theo Luật Công ty Singapore thì tòa án có thể chỉ định nhiều hơn một quản tài viên<sup>18</sup>.

Quản tài viên ở Trung Quốc khi được chỉ định thì không thể từ chối mà không nại ra lý do chính đáng. Ngược lại, về nguyên tắc, ở Việt Nam quản tài viên có thể từ chối chỉ định của tòa án, bởi quản tài viên hành nghề độc lập.

#### **4. Vai trò của quản tài viên**

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, quản tài viên đóng vai trò là người quản lý,

thanh lý tài sản của doanh nghiệp mất khả năng thanh toán trong quá trình giải quyết phá sản. Sau khi được chỉ định trở thành quản tài viên của một vụ giải quyết phá sản doanh nghiệp, quản tài viên phải tiến hành các bước để lập danh sách chủ nợ, con nợ, kiểm đếm, gửi giữ, bảo quản tài sản của doanh nghiệp ở cả phạm vi trong và ngoài nước; sau đó, báo cáo cho thẩm phán phụ trách vụ việc về tình trạng tài sản, công nợ và hoạt động của doanh nghiệp. Nếu doanh nghiệp được thông qua quá trình khôi phục kinh doanh, quản tài viên phải giám sát hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp nhằm đảm bảo tài sản của doanh nghiệp không bị tẩu tán và có quyền đề nghị thẩm phán thu thập tài liệu, chứng cứ, hoặc tuyên bố giao dịch vô hiệu hoặc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời. Trường hợp quá trình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp không thành công thì đến sau khi thẩm phán ra quyết định tuyên bố phá sản doanh nghiệp, quản tài viên sẽ tiến hành thanh lý tài sản của doanh nghiệp. Do đó, Luật Phá sản năm 2014 không đặt ra quy định về quản tài viên trong trường hợp tòa án áp dụng thủ tục rút gọn để tuyên bố phá sản doanh nghiệp (Điều 105). Ngoài ra, quản tài viên cũng đóng vai trò là người đại diện cho doanh nghiệp trong trường hợp doanh nghiệp không có người đại diện theo pháp luật.

Ở Trung Quốc, quản trị viên có vai trò rất lớn đối với chủ nợ và doanh nghiệp đang trong quá trình phá sản. Một quản trị viên sẽ có những quyền và nhiệm vụ sau: tiếp quản tài sản, con dấu, sổ tài khoản, tài liệu và dữ liệu khác của con nợ; điều tra về tình hình tài chính của con nợ và chuẩn bị báo cáo về tình hình đó; quyết định các vấn đề quản trị nội bộ của con nợ; quyết định chi phí hàng ngày và các chi phí cần thiết khác của con nợ; quyết định, trước khi cuộc họp của các

17 Mục 11 phần II, Luật Công ty Singapore.

18 Mục 268 (7) Luật Công ty Singapore.

chủ nợ đầu tiên được tổ chức, để tiếp tục hoặc đình chỉ hoạt động kinh doanh của con nợ; quản lý và xử lý tài sản của con nợ; tham gia vào các hành động pháp lý, trọng tài hoặc bất kỳ thủ tục pháp lý nào khác thay mặt cho con nợ; đề xuất tổ chức các cuộc họp của các chủ nợ; thực hiện các nhiệm vụ khác mà tòa án cho rằng quản trị viên nên làm<sup>19</sup>.

Sau khi tòa án chấp nhận đơn phá sản, quản trị viên có quyền quyết định hủy bỏ hoặc tiếp tục thực hiện một hợp đồng đã được ký kết trước đó mà chưa thực hiện xong và thông báo cho bên giao kết hợp đồng<sup>20</sup>; thậm chí là quyết định cho doanh nghiệp lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán tiếp tục kinh doanh hay đình chỉ hoạt động kinh doanh, xây dựng và quản trị quá trình phục hồi kinh doanh. Mặc dù vậy, quản trị viên vẫn có trách nhiệm báo cáo với tòa án và chịu sự giám sát của hội nghị chủ nợ và ủy ban lâm thời của chủ nợ<sup>21</sup>. Như vậy, so với vai trò của quản trị viên trong pháp luật Việt Nam, theo pháp luật Trung Quốc, quản trị viên có phạm vi quyền và nhiệm vụ rộng lớn hơn.

Theo Luật của Singapore, quyền và nhiệm vụ của quản trị viên được quy định ở Mục 274 Luật Công ty bao gồm: điều tra các vấn đề trong hoạt động và tài sản của công ty, hành vi của nhân viên và yêu cầu của các chủ nợ và bên thứ ba; phục hồi và hiện thực hóa tài sản của công ty theo cách có lợi nhất cho công ty; dàn xếp các khiếu nại của các chủ nợ và đảm bảo phân phối công bằng tài sản của công ty theo quy định của Đạo luật công ty.

Như vậy, pháp luật về phá sản của Singapore có ưu điểm là ràng buộc trách nhiệm của quản trị viên phải hiện thực hóa, tối đa hóa tài sản theo cách có lợi nhất cho

doanh nghiệp. Chúng tôi cho rằng, để bảo đảm quyền lợi của doanh nghiệp, pháp luật về phá sản của Việt Nam cần bổ sung trách nhiệm này. Bởi lẽ nếu, quản trị viên làm việc không nhiệt tình hoặc nghiệp vụ kém có thể gây thất thoát tài sản của doanh nghiệp. Bên cạnh đó, cũng cần quy định nhiệm vụ của quản trị viên phải điều tra phát hiện những giao dịch của nhà quản lý, nhân viên công ty gây phương hại cho quyền lợi của công ty và đề nghị tòa án xử lý.

### 5. Trách nhiệm của quản trị viên

Ở Việt Nam, quản trị viên là một chức danh tư pháp góp phần làm cho quá trình giải quyết phá sản doanh nghiệp được thuận lợi, nhanh gọn và hiệu quả. Tuy nhiên, để việc quản lý, thanh lý tài sản được khách quan minh bạch, quản trị viên phải báo cáo cho thẩm phán và chấp hành viên<sup>22</sup>. Những hành vi bị nghiêm cấm đối với quản trị viên là: cho thuê, cho mượn hoặc cho cá nhân, tổ chức khác sử dụng chứng chỉ hành nghề quản trị viên của mình để hành nghề quản lý, thanh lý tài sản; gợi ý hoặc nhận bất kỳ một khoản tiền hoặc lợi ích vật chất từ người tham gia thủ tục phá sản hoặc lợi dụng danh nghĩa quản trị viên để thu lợi từ cá nhân, tổ chức ngoài chi phí quản trị viên được nhận theo quy định của pháp luật; lợi dụng nhiệm vụ, quyền hạn để thông đồng với cá nhân, tổ chức nhằm mục đích vụ lợi; tiết lộ thông tin về tổ chức, hoạt động của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán mà quản trị viên biết được trong khi hành nghề, trừ trường hợp được doanh nghiệp, hợp tác xã đồng ý bằng văn bản hoặc pháp luật có quy định khác; các hành vi khác trái với quy định của pháp luật, Quy tắc đạo đức nghề nghiệp quản trị viên.

19 Điều 25 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc.

20 Điều 18 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc.

21 Điều 23 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc.

22 Điều 16 Luật Phá sản doanh nghiệp Việt Nam.



Mặc dù không có quy định rõ ràng, nhưng về nguyên tắc, quản tài viên ở Việt Nam cũng có thể từ chối tham gia thủ tục phá sản khi được thẩm phán chỉ định.

Trung Quốc cũng dành hẳn một Chương 3 của Luật Phá sản doanh nghiệp để quy định về quản trị viên. Theo những quy định này, quyền của quản trị viên trong giải quyết phá sản doanh nghiệp là vô cùng lớn, thậm chí được trao cho cả doanh nghiệp để quản trị viên quản lý khôi phục kinh doanh. Quản trị viên có quyền đình chỉ hoặc tiếp tục hợp đồng đã giao kết cũng như hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, thu hồi tài sản trong giao dịch với doanh nghiệp bị coi là vô hiệu, thu hồi khoản vốn chưa góp của thành viên, thu hồi những khoản thu nhập bất thường của người lao động trong doanh nghiệp. Mặc dù không quy định chi tiết quyền và nghĩa vụ của quản trị viên như cách tiếp cận của Luật Phá sản Việt Nam, nhưng Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc cũng quy định trách nhiệm của quản trị viên là phải chăm chỉ và trung thành thực hiện nhiệm vụ của mình.<sup>23</sup>

Luật Phá sản Việt Nam không có một điều khoản nào quy định về trách nhiệm của quản tài viên trong trường hợp không hoàn thành nhiệm vụ của mình một cách cẩn trọng. Trường hợp quản tài viên vi phạm nghĩa vụ theo quy định của Luật Phá sản hoặc không khách quan thì chỉ bị yêu cầu bồi thường thiệt hại mà không bị phạt. Ngược lại Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc quy định cụ thể rằng, trong trường hợp một quản trị viên không thực hiện nghĩa vụ của mình siêng năng và trung thành thì tòa án có thể phạt quản trị viên theo luật định và trong trường hợp thiệt hại gây ra cho chủ nợ, con

nợ hoặc bên thứ ba, quản trị viên phải chịu trách nhiệm bồi thường. Quản trị viên ở Trung Quốc còn có trách nhiệm phân chia tài sản phá sản, làm thủ tục chấm dứt kinh doanh với cơ quan đăng ký có thẩm quyền và thậm chí là trường hợp doanh nghiệp bị tuyên phá sản bằng thủ tục rút gọn thì vẫn tồn tại vai trò của quản trị viên. Mặt khác, quản trị viên ở Trung Quốc không thể từ chối (resign) mà không có lý do chính đáng và phải được tòa án chấp thuận<sup>24</sup>. Trường hợp quản trị viên từ chức hoặc từ chối bàn giao công việc cho quản trị viên mới thì tùy mức độ mà bị tòa án ra quyết định xử phạt. Nếu quản trị viên hành nghề với tư cách cá nhân có thể bị phạt từ 10.000 đến 50.000 Nhân dân tệ. Nếu quản trị viên hành nghề thông qua một tổ chức thì có thể bị phạt từ 50.000 đến 200.000 Nhân dân tệ<sup>25</sup>.

Ngoài ra, Luật Phá sản doanh nghiệp của Trung Quốc và Việt Nam đều quy định quản tài viên khi hành nghề với tư cách cá nhân phải mua bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp theo quy định của pháp luật<sup>26</sup>.

Quản tài viên ở Singapore sau khi được chỉ định có thể thực hiện công việc kinh doanh của công ty khi cần thiết nhưng không kéo dài quá 04 tuần kể từ khi có lệnh của tòa là ngừng hoạt động. Quản tài viên cũng có thể nhân danh công ty và sử dụng con dấu công ty thực hiện những thủ tục pháp lý liên quan đến tài sản của doanh nghiệp như bán tài sản là động sản, chuyển nhượng, thu hồi tài sản của công ty, lập danh sách chủ nợ, con nợ phân chia tài sản... Tương tự, quản tài viên ở Trung Quốc và Việt Nam cũng được phép thuê thêm người để hỗ trợ công việc<sup>27</sup> quản tài viên ở Singapore cũng có thể từ chối khi được chỉ định<sup>28</sup>.

23 Điều 27 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc.

24 Điều 130, 115, 121, 120, 29 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc.

25 Điều 39 Quy định của Tòa Tối cao Trung Quốc về chỉ định quản trị viên ngày 12/4/2007.

26 Điều 23 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc & Điều 16 Luật Phá Sản doanh nghiệp Việt Nam.

27 Mục 272 Luật Công ty Singapore & Điều 28 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc.

28 Mục 268 Luật Công ty Singapore.

### 6. Chi phí quản tài viên

Có hai cách quy định về phí quản tài viên cơ bản là quy định mức cố định dựa trên giá trị tài sản thu doanh nghiệp thu được hoặc theo thỏa thuận. Ở Việt Nam, chi phí quản tài viên được quy định rõ ràng ngay trong Luật Phá sản. Theo đó, chi phí quản tài viên là khoản tiền phải chi trả cho việc giải quyết phá sản của quản tài viên<sup>29</sup>. Chi phí được tính dựa trên thời gian, công sức và kết quả thực hiện nhiệm vụ của quản tài viên, bao gồm thù lao quản tài viên và chi phí khác (thuê thêm lao động giúp quản tài viên) được thanh toán từ giá trị tài sản của doanh nghiệp mất khả năng thanh toán. Chi phí của quản tài viên nằm trong chi phí phá sản nên sẽ được ưu tiên thanh toán trong gói đầu tiên. Thù lao của quản tài viên được tính dựa trên một hoặc các phương thức sau đây: giờ làm việc của quản tài viên; mức thù lao trọn gói; mức thù lao tính theo tỷ lệ phần trăm tổng giá trị tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã bị tuyên bố phá sản thu được sau khi thanh lý<sup>30</sup>.

Luật Phá sản Việt Nam quy định phương pháp tính thù lao và mức thù lao cụ thể cho từng trường hợp. Tuy nhiên, phải có sự phân biệt mức độ phức tạp của từng vụ giải quyết phá sản. Chẳng hạn, tài sản của doanh nghiệp phá sản ở nhiều nơi, ở nước ngoài, số lượng tài sản của doanh nghiệp được cầm cố, thế chấp, cho vay, cho thuê nhiều...

Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc cũng quy định chi phí liên quan đến thực

hiện nhiệm vụ của quản tài viên nằm trong chi phí cho thủ tục phá sản và được ưu tiên thanh toán bằng tài sản của doanh nghiệp bị phá sản bất cứ lúc nào<sup>31</sup>. Trong trường hợp cuộc họp của các chủ nợ có sự phản đối về mức thù lao đó, họ sẽ có quyền nộp đơn khiếu nại lên tòa án<sup>32</sup>. Tuy nhiên, thù lao của một quản trị viên sẽ được xác định bởi tòa án. Tòa án Tối cao Trung Quốc đã ban hành Quy định về thù lao cho quản trị viên có hiệu lực từ ngày 12/4/2007<sup>33</sup>. Theo đó, phương pháp xác định thù lao của quản trị viên được dựa cơ bản trên giá trị còn lại của doanh nghiệp phá sản.

Ngược lại Singapore lại có cách quy định về phí quản tài viên khác với của Trung Quốc và Việt Nam. Cụ thể, quản tài viên có thể nhận lương hoặc thù lao theo tỷ lệ phần trăm hoặc theo cách khác được xác định bởi tòa án. Cách khác được xác định bởi tòa bao gồm: thỏa thuận giữa quản tài viên và ủy ban kiểm tra (đại diện của doanh nghiệp và chủ nợ) hoặc một nghị quyết đại diện cho trên 50% số chủ nợ chiếm trên 75% tổng giá trị nợ thông qua; hoặc được xác định bởi tòa án<sup>34</sup>.

Qua so sánh cho thấy rằng, quy định về thù lao của quản tài viên ở Việt Nam hiện nay khá bao quát và đầy đủ. Phần còn lại là tùy vào từng vụ phá sản như quy mô doanh nghiệp, loại hình doanh nghiệp, ngành nghề kinh doanh của doanh nghiệp, cơ cấu tài sản, nợ... để quyết định áp dụng phương thức tính thù lao phù hợp với thực tế ■

29 Điều 4.13 & 24 Luật Phá Sản doanh nghiệp Việt Nam.

30 Điều 21 Nghị định 22/2015/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Phá sản về Quản tài viên và hành nghề quản lý, thanh lý tài sản.

31 Điều 41 & 43 & 113 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc.

32 Điều 28 Luật Phá sản doanh nghiệp Trung Quốc.

33 Điều 2 Quy định của Tòa Tối cao Trung Quốc về việc xác định phí cho quản trị viên liên quan đến các vụ phá sản doanh nghiệp ngày 12/4/2007, truy cập ngày 10/10/2019 tại [http://www.cscc.gov.cn/pub/cscc\\_en/laws/rfdm/AdministrativeLaws/201212/t20121205\\_217626.html](http://www.cscc.gov.cn/pub/cscc_en/laws/rfdm/AdministrativeLaws/201212/t20121205_217626.html).

34 Mục 268 (3) Luật Công ty Singapore.



