

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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



- ❖ HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA LUẬT SỬ HỮU TRÍ TUỆ VỀ BẢO HỘ QUYỀN TÁC GIẢ ĐỐI VỚI TÁC PHẨM VĂN HỌC DÂN GIAN
- ❖ MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ TỘI SẢN XUẤT, BUÔN BÁN HÀNG GIẢ VÀ TỘI XÂM PHẠM QUYỀN SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP
- ❖ PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRỰC TUYẾN TRONG THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ TẠI VIỆT NAM

SỐ 21 (445)

THÁNG 11/2021

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

## Mục lục Số 21/2021

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Thẩm quyền của tòa án đối với quyết định cá biệt của cơ quan, tổ chức

**Nguyễn Biên Thùy**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 8** Hoàn thiện Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ

**TS. Đỗ Đức Hồng Hà - ThS. Phùng Văn Huyền**

- 13** Hoàn thiện các quy định của Luật Sở hữu trí tuệ về bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm văn học dân gian

**TS. Phan Quốc Nguyên - ThS. Mai Quỳnh Chi**

- 18** Thủ tục tố tụng hình sự đối với người dưới 18 tuổi

**TS. Nguyễn Thị Loan - ThS. Trần Thị Thanh Hằng**

- 25** Hoàn thiện quy định của Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ về các trường hợp ngoại lệ không xâm phạm quyền tác giả, giới hạn quyền tác giả

**ThS. Trần Linh Huân - Nguyễn Mậu Thương**

- 31** Một số vấn đề về tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp

**Võ Thị Ánh Trúc - ThS. Phạm Thị Thúy**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 38** Phương thức giải quyết tranh chấp trực tuyến trong thương mại điện tử tại Việt Nam

**ThS. Nguyễn Thành Minh Chánh**

- 42** Hoàn thiện các quy định của pháp luật về chủ thể tham gia xác định giá trị tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu

**ThS. Nguyễn Ngọc Yến**

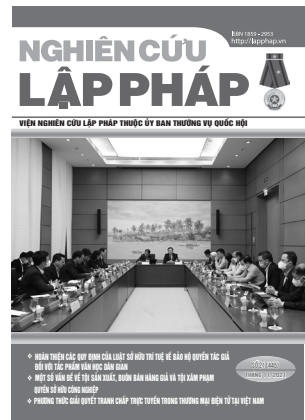
- 51** Nhận diện và xử lý thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm trong Luật Cạnh tranh năm 2018

**ThS. Nguyễn Hoàn Hào**

### CHÍNH QUYỀN ĐẠI PHƯƠNG

- 58** Xây dựng nguồn nhân lực công an xã chính quy tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả

**ThS. Phạm Công Tùng - Hoàng Văn Tấn**



#### 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 Tuân (Thư ký)  
PGS. TS. Vũ Công Giao  
PGS. TS. Ngô Huy Cường  
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUÂN

#### TRỤ SỞ:

35 NGÕ QUYẾN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.  
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: nclp@quochoi.vn  
Website: <http://lapphap.vn>

#### THIẾT KẾ:

TẠ ANH, HOÀNG TUÂN

#### 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 NHÀ MÁY IN BỘ QUỐC PHÒNG

GIÁ: **25.000 ĐỒNG**

**Ảnh bìa:** Đại biểu Quốc hội làm việc theo  
tổ tại Kỳ họp thứ Hai, Quốc hội khóa XV

**Ảnh: Cổng TTĐT Quốc hội**

# LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

## Legis No 20/2021

### STATE AND LAW

- 3 Jurisdiction of Courts toward Individual Decisions by Authority and Institutions

**Nguyen Bien Thuy**

### DISCUSSION OF BILLS

- 8 Improvements of the draft Law amending a number of Articles under the Law on Intellectual Property

**Dr. Do Duc Hong Ha - LLM. Phung Van Huyen**

- 13 Improvements of the Provisions under the Law on Intellectual Property on Copyright Protection for Folklore Literature Works

**Dr. Phan Quoc Nguyen - LLM. Mai Quynh Chi**

- 18 Criminal Procedure for People under 18 years of Age

**Dr. Nguyen Thi Loan - LLM. Tran Thi Thanh Hang**

- 25 Improvements of the provisions of the draft Law amending a number of Articles of the Law on Intellectual Property on exceptions for non-infringement of copyright and limitation of copyright

**LLM. Tran Linh Huan - Nguyen Mau Thuong**

- 31 Discussions of the Crime of Manufacturing, Trading Counterfeit Goods and the Crime of Infringing on Industrial Property Rights

**Vo Thi Anh Truc - LLM. Pham Thi Thuy**

### LEGAL PRACTICE

- 38 Online Dispute Resolution in E-commerce in Vietnam

**LLM. Nguyen Thanh Minh Chanh**

- 42 Improvements of the Legal Regulations on Subjects participating in Valuation of Credit Institutions in the Restructuring Process

**LLM. Nguyen Ngoc Yen**

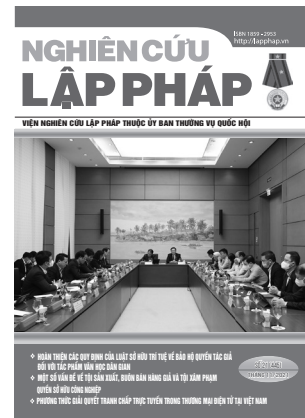
- 51 Identification and Handling of Prohibited Anti-competitive Agreements in the Law on Competition of 2018

**LLM. Nguyen Hoan Hao**

### LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

- 58 Establishment of Permanent Commune Police toward Lean Structure, Efficiency, and Effectiveness

**LLM. Pham Cong Tung - Hoang Van Tan**



#### 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:

TA ANH, HOANG TUAN

#### 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

PRICE: **25.000 VND**

# THẨM QUYỀN CỦA TÒA ÁN ĐỐI VỚI QUYẾT ĐỊNH CÁ BIỆT CỦA CƠ QUAN, TỔ CHỨC

Nguyễn Biên Thùy\*

\*Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Thẩm quyền của Tòa án; quyết định cá biệt của cơ quan, tổ chức; Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 22/9/2021

Biên tập : 18/10/2021

Duyệt bài : 20/10/2021

## Article Information:

*Keywords:* Jurisdiction of the Court, individual decisions by authorities, institutions; the Civil Procedure Code of 2015.

## Article History:

Received : 22 Sep. 2021

Edited : 18 Oct. 2021

Approved : 20 Oct. 2021

## Tóm tắt:

Điều 34 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 quy định thẩm quyền của Tòa án đối với quyết định cá biệt của cơ quan, tổ chức. Thẩm quyền của Tòa án còn là căn cứ pháp lý để công dân, cơ quan, tổ chức được quyền đòi hỏi Tòa án bảo vệ quyền khi bị xâm phạm. Thẩm quyền của Tòa án đối với việc xem xét hủy quyết định cá biệt còn là quy định để kiểm soát quyền lực hành chính đối với cơ quan hành chính nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho đương sự. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 về thẩm quyền của Tòa án đối với quyết định cá biệt của cơ quan, tổ chức; chỉ ra những bất cập trên thực tế và đưa ra kiến nghị.

## Abstract:

The Article of the Civil Procedure Code of 2015 stipulates the jurisdiction of the Court toward the individual decisions by authorities, institutions. Jurisdiction of the Court is a legal ground for citizens, authorities and institutions to request the Court to protect their infringed rights. The jurisdiction of the Court in considering whether to revoke the individual decisions is also a provision to control the administrative power over administrative authorities in order to protect the legitimate rights and interests of the related parties. Within the scope of this article, the author provides discussions and analysis of the provisions of the Civil Procedure Code of 2015 on the jurisdiction of the Court for individual decisions of authorities, institutions and also gives out the inadequacies in practical enforcement and a number of recommendations accordingly.

## 1. Quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 về thẩm quyền của Tòa án đối với quyết định cá biệt của cơ quan, tổ chức

Điều 34 Bộ luật Tố tụng dân sự (TTDS) năm 2015 quy định về thẩm quyền của Tòa án đối với quyết định cá biệt của cơ quan, tổ chức như sau:

“ 1. Khi giải quyết vụ việc dân sự, Tòa án có quyền hủy quyết định cá biệt trái pháp

luật của cơ quan, tổ chức, người có thẩm quyền xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự trong vụ việc dân sự mà Tòa án có nhiệm vụ giải quyết.

...

4. Thẩm quyền của cấp Tòa án giải quyết vụ việc dân sự trong trường hợp có xem xét việc hủy quyết định cá biệt quy định tại khoản 1 Điều này được xác định theo quy định tương ứng của Luật tố tụng hành chính

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

về thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp huyện, Tòa án nhân dân cấp tỉnh”.

Như vậy, thẩm quyền của cấp Tòa án giải quyết vụ việc dân sự trong trường hợp có xem xét việc hủy quyết định cá biệt quy định tại Điều này được xác định theo quy định tương ứng của Luật Tố tụng hành chính (TTHC) năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật TTHC) về thẩm quyền của Tòa án nhân dân (TAND) cấp huyện, TAND cấp tỉnh.

Điều 31 và Điều 32 Luật TTHC quy định về thẩm quyền của TAND cấp huyện, TAND cấp tỉnh giải quyết đối với những khiếu kiện quyết định hành chính (QĐHC), hành vi hành chính (HCHV). Theo đó, TAND cấp huyện có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm những khiếu kiện QĐHC, HVHC của cơ quan hành chính nhà nước từ cấp huyện trở xuống trên cùng phạm vi địa giới hành chính với Tòa án hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước đó, trừ QĐHC, HVHC của Ủy ban nhân dân (UBND) cấp huyện, Chủ tịch UBND cấp huyện.

Trên cơ sở quy định của Bộ luật TTDS năm 2015, Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) đã ban hành Giải đáp số 02/GĐ-TANDTC ngày 19/9/2016 (Giải đáp số 02) hướng dẫn áp dụng Điều 43 Bộ luật TTDS năm 2015 như sau:

“Khi giải quyết vụ việc dân sự có liên quan đến quyết định cá biệt của cơ quan, tổ chức thì Tòa án *phải xem xét, đánh giá về tính hợp pháp* của quyết định cá biệt đó.

- Trường hợp quyết định cá biệt rõ ràng trái pháp luật xâm phạm quyền, lợi ích hợp

pháp của đương sự và phải hủy quyết định đó mới bảo đảm giải quyết đúng đắn vụ việc dân sự mà việc hủy đó không làm thay đổi thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự thì Tòa án đang giải quyết vụ việc dân sự tiếp tục giải quyết và xem xét hủy quyết định đó.

- Trường hợp xem xét hủy quyết định đó dẫn đến thay đổi thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự xác định theo quy định tương ứng của Luật TTHC về thẩm quyền giải quyết của TAND cấp tỉnh thì TAND cấp huyện đang thụ lý giải quyết vụ việc dân sự phải chuyển thẩm quyền vụ việc cho Tòa án nhân dân cấp tỉnh giải quyết và xem xét hủy quyết định đó.

- Trường hợp giải quyết vụ việc dân sự có liên quan đến quyết định cá biệt nhưng không cần thiết phải hủy quyết định cá biệt đó và việc không hủy quyết định đó vẫn bảo đảm giải quyết đúng đắn vụ việc dân sự thì Tòa án đang giải quyết vụ việc dân sự tiếp tục giải quyết”.

Hướng dẫn trên cho thấy, việc có chuyển vụ việc dân sự cho Tòa án khác giải quyết hay không là tùy thuộc vào việc khả năng có phải hủy quyết định cá biệt trái pháp luật hay không. Nếu việc hủy đó dẫn đến sự thay đổi về thẩm quyền thì mới chuyển vụ việc dân sự cho Tòa án có thẩm quyền, nếu thấy rằng không cần thiết phải hủy quyết định cá biệt mà vẫn bảo đảm giải quyết đúng đắn vụ việc dân sự thì Tòa án đang giải quyết vụ việc dân sự sẽ tiếp tục giải quyết.

Tác giả cho rằng, Giải đáp số 02 cũng chưa rõ ràng. Bởi lẽ, việc xem xét về tính hợp pháp của quyết định cá biệt làm cơ sở xác định thẩm quyền có hủy hay không hủy

quyết định cá biệt để cân nhắc việc chuyển vụ việc dân sự cho Tòa án theo quy định về thẩm quyền, hay là nếu có xem xét việc hủy quyết định cá biệt là phải xác định về thẩm quyền của Tòa án mà không cần xác định có hủy hay không hủy quyết định cá biệt đó. Điều này có thể dẫn đến tình trạng các Tòa án áp dụng Điều 34 Bộ luật TTDS năm 2015 không thống nhất. Ví dụ dưới đây là minh chứng cụ thể:

Ngày 14/01/2020, nguyên đơn - Ông Lý Kim H và bà Võ Thị Thanh N (ông bà) quản lý sử dụng và được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (diện tích 5.250,1m<sup>2</sup> thửa 01, tờ bản đồ số 54 đất tọa lạc tại xã T, huyện CT, tỉnh BT ngày 20/3/2011) đã khởi kiện yêu cầu Tòa án huyện CT, tỉnh BT hủy giấy thỏa thuận chuyển nhượng tài sản vào ngày 20/11/2012 giữa ông bà với bị đơn – Công ty Cổ phần xăng dầu khí S (Công ty) và ông bà trả cho Công ty số tiền 446.460.000 đồng (biết rằng trong đơn khởi kiện ông bà có thông tin cuối năm 2019, ông bà có yêu cầu UBND xã T giải quyết tranh chấp với Công ty nhưng hòa giải không thành).

Bị đơn đã phản đối yêu cầu của nguyên đơn và đề nghị Tòa án công nhận thỏa thuận chuyển nhượng tài sản ngày 20/11/2012 và buộc ông H và bà N ký kết hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất và công chứng hợp đồng này để Công ty hoàn thành thủ tục kê khai, đăng ký chủ sở hữu quyền sử dụng đất diện tích 637,8m<sup>2</sup>.

Ngoài ra, trong quá trình Tòa án giải quyết vụ án, ngày 06/3/2020, bị đơn đã có đơn phản tố yêu cầu Tòa án *Đề nghị hủy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số CR 326557 ngày 09/5/2019 do Sở Tài Nguyên*

*và Môi trường tỉnh BT cấp* cho đồng sở hữu người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan - ông Lý Kim H, Lý Hoàng D và Lý Phước V.

Tiếp đến, ngày 14/9/2020, bị đơn đã có đơn yêu cầu chuyển thẩm quyền - lên Tòa án nhân dân tỉnh BT giải quyết sơ thẩm vì cho rằng vụ án có xem xét hủy quyết định cá biệt của Sở Tài nguyên và Môi trường tỉnh BT cấp.

Theo quy định của khoản 4 Điều 34 Bộ luật TTDS năm 2015, Điều 31, Điều 32 Luật TTHC, vụ án nêu trên phải được chuyển cho TAND tỉnh BT giải quyết theo thẩm quyền. Tuy nhiên, trường hợp TAND cấp huyện vẫn giải quyết theo hướng dẫn của Giải đáp số 02, vì thấy rằng không cần thiết phải hủy quyết định vì QĐHC cá biệt không trái pháp luật, nếu bị đơn sau đó lại kháng cáo, thì có các khả năng xảy ra là:

- Tòa án cấp phúc thẩm thấy việc Tòa án cấp sơ thẩm vẫn tiếp tục giải quyết mà không chuyển là có căn cứ sẽ giữ nguyên bản án sơ thẩm. Trong tình huống này, nếu sau đó bị đơn lại khiếu nại và có căn cứ để người có thẩm quyền kháng nghị giám đốc thẩm thì vẫn có khả năng bản án sơ thẩm và phúc thẩm bị Hội đồng xét xử giám đốc thẩm tuyên hủy để giải quyết lại từ ban đầu;

- Căn cứ Điều 34 Bộ luật TTDS năm 2015, Điều 31, Điều 32 Luật TTHC, Tòa án cấp phúc thẩm chấp nhận kháng cáo của bị đơn, hủy bản án sơ thẩm để chuyển vụ án lên TAND tỉnh giải quyết theo thủ tục sơ thẩm. Giả sử sau khi xét xử sơ thẩm lần 2 mà đương sự lại kháng cáo thì vụ án lại được chuyển tiếp cho Tòa án cấp cao giải quyết theo thủ tục phúc thẩm.

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Trong một diễn biến khác, nếu TAND cấp huyện xét thấy bị đơn có yêu cầu hủy quyết định cá biệt của cơ quan hành chính cấp tỉnh, căn cứ khoản 4 Điều 34, Điều 31, Điều 32 Luật TTHC để chuyển vụ án lên TAND tỉnh giải quyết. Nhưng khi đó, TAND tỉnh thấy rằng quyết định cá biệt bị yêu cầu hủy là không có căn cứ, thuộc thẩm quyền của TAND cấp huyện nên lại chuyển cho TAND huyện giải quyết (theo hướng dẫn của Giải đáp số 02).

Như vậy, quy định của khoản 4 Điều 34 Bộ luật TTDS năm 2015 để vụ việc dân sự có xem xét hủy quyết định cá biệt phải xác định thẩm quyền của Tòa án theo quy định tương ứng của Luật TTHC là chưa thực sự hợp lý, dẫn đến thực tiễn giải quyết vụ việc lòng vòng, không hiệu quả. Bên cạnh đó, quy định của khoản 4 Điều 34 Bộ luật TTDS năm 2015 còn không phù hợp với thực tiễn vì những lý do sau:

*Thứ nhất, nhu cầu thực tiễn vụ việc dân sự có yêu cầu hủy quyết định cá biệt trái pháp luật là quá lớn.*

Qua thực tiễn xét xử, đại đa số các vụ án về tranh chấp quyền sử dụng đất hoặc có liên quan đến quyền sử dụng đất trước, sau đều sẽ có yêu cầu hủy quyết định cá biệt là giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Trong khi đó, việc yêu cầu thường phát sinh vào nhiều thời điểm khác nhau, có khi yêu cầu hủy xảy ra sau khi Tòa án thụ lý vụ án, có khi lại yêu cầu sau thời điểm mở phiên họp kiểm tra việc giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ; nhiều trường hợp đương

sự lại yêu cầu ngay tại phiên tòa sơ thẩm, thậm chí ngay tại phiên tòa phúc thẩm phát sinh việc xem xét về thẩm quyền của cấp Tòa án dẫn đến phải chuyển án hoặc phải hủy bản án để giải quyết lại từ đầu, đưa cơ quan, tổ chức đã ban hành quyết định cá biệt trái pháp luật vào tham gia tố tụng và để bảo đảm theo đúng thẩm quyền của cấp Tòa án.

*Thứ hai, tổ chức bộ máy và đội ngũ cán bộ của Tòa án cấp quận, huyện đã đủ điều kiện để tăng thẩm quyền.*

Xét về bộ máy của cấp Tòa án, TAND cấp huyện hiện nay đều được tăng cường thẩm quyền giải quyết các vụ việc nên nhân sự được tăng cường, cơ sở vật chất được đầu tư tương đối bảo đảm thực hiện nhiệm vụ (mỗi TAND cấp huyện bình quân trên 10 thẩm phán, gần bằng thẩm phán của cấp tỉnh)<sup>1</sup>. Nếu mỗi Tòa án cấp huyện thụ lý, giải quyết số vụ việc dân sự có xem xét việc hủy quyết định cá biệt trái pháp luật của cơ quan, tổ chức theo thủ tục sơ thẩm mà không cần phải chuyển thẩm quyền theo tố tụng hành chính thì đều bảo đảm thực hiện tốt nhiệm vụ.

*Thứ hai, Tòa án cấp tỉnh phải xem xét hủy quyết định cá biệt trái pháp luật sẽ khó bảo đảm nhân sự và tài chính để thực hiện nhiệm vụ.*

Tác giả cho rằng, nếu phải chuyển thẩm quyền vụ việc dân sự có xem xét hủy quyết định cá biệt trái pháp luật của cơ quan, tổ chức thì TAND cấp tỉnh khó có thể bảo đảm

<sup>1</sup> Đơn cử năm 2020, TAND hai cấp tỉnh Bến Tre có 114 Thẩm phán, trong đó TAND tỉnh có 13 Thẩm phán, TAND cấp huyện (09 đơn vị) có 101 Thẩm phán, bình quân mỗi TAND cấp huyện có 11 Thẩm phán.

nhân sự để thi hành nhiệm vụ<sup>2</sup>. Bởi lẽ, trên thực tế, số lượng vụ việc dân sự có xem xét hủy quyết định cá biệt của cơ quan, tổ chức thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án cấp tỉnh là rất lớn<sup>3</sup>, thường lại là án có tính chất rất phức tạp (các án tranh chấp quyền sử dụng đất sẽ đổ dồn về cấp tỉnh, các QĐHC, HVHC của UBND huyện, Chủ tịch UBND huyện cũng đổ dồn về Tòa án cấp tỉnh); theo đó, trình tự tố tụng bị chậm lại, việc tiếp cận công lý của người dân chịu nhiều ảnh hưởng tiêu cực và bất lợi.

## 2. Kiến nghị

Thực tiễn cho thấy, việc xem xét yêu cầu hủy quyết định cá biệt trái pháp luật của cơ quan, tổ chức trong quá trình Tòa án giải quyết vụ việc dân sự là rất phổ biến. Để bảo đảm cho Tòa án các cấp có điều kiện giải quyết khách quan, toàn diện, dứt điểm vụ việc dân sự thì thẩm quyền của cấp Tòa án cần phải ưu tiên theo quy định của pháp luật TTDS. Nói cách khác, không thể chỉ vì phải xem xét hủy quyết định cá biệt trái pháp luật của cơ quan, tổ chức mà phải thay đổi thẩm quyền giải quyết theo TTHC, lấy yếu tố phụ, kéo theo làm thay đổi thẩm quyền

cả một vụ việc dân sự đã và đang được Tòa án thụ lý giải quyết là không hợp lý, chưa đảm bảo được tính ổn định - không thay đổi thẩm quyền của Tòa án mà pháp luật TTDS đã quy định.

Để tháo gỡ được khó khăn trong thực tiễn giải quyết vụ việc dân sự tại Tòa án, bảo đảm nguyên tắc vụ việc dân sự phải được giải quyết theo TTDS, thuận lợi không những cho Tòa án các cấp mà còn bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự, tạo thuận lợi cho người dân tiếp cận công lý, chấm dứt câu chuyện vướng mắc về thẩm quyền, tác giả cho rằng, cần sửa đổi khoản 4 Điều 34 Bộ luật TTDS năm 2015 theo hướng thay viện dẫn theo quy định của Bộ luật TTHC bằng viện dẫn theo quy định của Bộ luật TTDS. Theo đó, khoản 4 Điều 34 Bộ luật TTDS năm 2015 cần được sửa đổi như sau: “*Thẩm quyền của cấp Tòa án giải quyết vụ việc dân sự trong trường hợp có xem xét việc hủy quyết định cá biệt quy định tại khoản 1 Điều này được xác định theo quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự*” ■

<sup>2</sup> Đơn cử năm 2020, TAND tỉnh Bến Tre thụ lý 806 vụ án các loại, với 13 Thẩm phán thì bình quân mỗi Thẩm phán phải giải quyết 62 vụ án các loại, tương ứng 5,2 vụ/tháng, gần tương đương định mức quy định của Tòa án nhân dân tối cao là 72 vụ việc/năm. Trong đó, án dân sự (gồm các vụ, việc dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh thương mại, lao động) là 568 vụ việc, với 06 Thẩm phán (kể cả Thẩm phán là lãnh đạo đơn vị) được phân công tham gia giải quyết thường xuyên, thì bình quân mỗi Thẩm phán giải quyết hơn 94 vụ, cao hơn 150% định mức quy định của Tòa án nhân dân tối cao. Riêng 51 vụ án tranh chấp đất đai (gồm tranh chấp quyền sử dụng đất, tranh chấp thừa kế quyền sử dụng đất, tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, ... mà có đương sự ở nước ngoài) có yêu cầu hủy quyết định cá biệt được thụ lý giải quyết theo thủ tục sơ thẩm thì thuộc Tòa Dân sự với 02 Thẩm phán, bình quân mỗi Thẩm phán giải quyết 25,5 vụ/năm (Báo cáo số 14/BC-TA ngày 07/01/2021 về tình hình thực hiện nhiệm vụ công tác năm 2020 và phương hướng, nhiệm vụ trọng tâm năm 2021 của TAND hai cấp tỉnh Bến Tre).

<sup>3</sup> Đơn cử năm 2020, TAND hai cấp tỉnh Bến Tre đã thụ lý là 1.882 vụ án tranh chấp đất đai hoặc tranh chấp có liên quan đến đất đai (án đất đai), chiếm 20,5% vụ việc dân sự (9.183) đã thụ lý. Nếu giao 824 vụ án tranh chấp đất đai có yêu cầu hủy quyết định cá biệt của 9 TAND cấp huyện về Tòa Dân sự TAND tỉnh Bến Tre để giải quyết theo thủ tục sơ thẩm thì số lượng sẽ là 875 vụ (51 vụ của TAND cấp tỉnh + 824 vụ việc của 09 TAND cấp huyện), với 06 Thẩm phán được phân công tham gia giải quyết thường xuyên, thì mỗi Thẩm phán giải quyết 145 vụ/năm, cao hơn 2 lần định mức quy định của Tòa án nhân dân tối cao; nếu chỉ giao cho 02 Thẩm phán của Tòa Dân sự thì mỗi Thẩm phán phải giải quyết 437,5 vụ/năm, tương ứng 36,5 vụ/tháng, gấp 6 lần định mức quy định của Tòa án nhân dân tối cao, chưa kể phải giải quyết theo thủ tục sơ thẩm, phức tạp những loại tranh chấp dân sự khác (Báo cáo số 14/BC-TA ngày 07/01/2021 về tình hình thực hiện nhiệm vụ công tác năm 2020 và phương hướng, nhiệm vụ trọng tâm năm 2021 của TAND hai cấp tỉnh Bến Tre).



# HOÀN THIỆN DỰ ÁN LUẬT SỬA ĐỔI, BỔ SUNG MỘT SỐ ĐIỀU CỦA LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ

Đỗ Đức Hồng Hà\*

Phùng Văn Huyền\*\*

\*TS. Phó Chủ nhiệm Ủy ban Tư pháp của Quốc hội

\*\*ThS. Chuyên viên cao cấp Văn phòng Quốc hội.

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP); Hiệp định Thương mại tự do giữa Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Liên minh Châu Âu (EVFTA); Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 11/9/2021

Biên tập : 12/10/2021

Duyệt bài : 14/10/2021

### Article Information:

*Keywords:* The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP); the Free Trade Agreement between the Socialist Republic of Vietnam and the European Union (EVFTA); Law amending a number of Articles of the Law on Intellectual Property.

*Article History:*

Received : 11 Sep. 2021

Edited : 12 Oct. 2021

Approved : 14 Oct. 2021

### Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, các tác giả góp ý hoàn thiện Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ (Dự án Luật) trình Quốc hội cho ý kiến tại kỳ họp thứ 2 Quốc hội khóa XV (tháng 10/2021).

### Abstract:

Within the scope of this article, the authors provide discussions of and recommendations for further improvements of the draft Law amending a number of articles of the Law on Intellectual Property (the Bill of Law) being submitted to the National Assembly for discussions at the 2<sup>nd</sup> Meeting Session of the National Assembly term XV (October 2021).

## 1. Về phạm vi, đối tượng điều chỉnh của Dự thảo Luật<sup>1</sup>

Ngày 12/11/2018, Quốc hội đã thông qua

Nghị quyết số 72/2018/QH14 phê chuẩn Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP)<sup>2</sup>. Theo Hiệp định

<sup>1</sup> Chính phủ (2021), *Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ trình Quốc hội cho ý kiến tại kỳ họp thứ 2 (10/2021)*.

<sup>2</sup> Phê chuẩn Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiến bộ xuyên Thái Bình Dương cùng các văn kiện liên quan.

CPTPP, ngoài các nghĩa vụ phải thực hiện ngay khi Hiệp định CPTPP có hiệu lực đã được nội luật hóa tại Luật số 42/2019/QH14 ngày 14/6/2019 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ (SHTT), một số nghĩa vụ có thời gian chuyển tiếp là 03 hoặc 05 năm thì Việt Nam sẽ bắt đầu thi hành từ ngày 14/01/2022<sup>3</sup>; riêng đối với nghĩa vụ về bảo hộ dữ liệu thử nghiệm nông hóa phẩm sẽ thực hiện từ 14/01/2024. Bên cạnh đó, ngày 08/6/2020, Quốc hội đã thông qua Nghị quyết số 102/2020/QH14 phê chuẩn Hiệp định EVFTA với Liên minh châu Âu theo<sup>4</sup>. Theo đó, Hiệp định EVFTA có hiệu lực với Việt Nam từ ngày 01/8/2020. Việc phê chuẩn hai Hiệp định nêu trên đặt ra yêu cầu bảo đảm sự tương thích giữa quy định của pháp luật quốc gia với quy định của Hiệp định, đặc biệt trong lĩnh vực SHTT.

Theo Tờ trình số 309/TTr-CP ngày 27/8/2021 của Chính phủ về sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật SHTT, để thực hiện các Hiệp định nêu trên và đáp ứng yêu cầu thực tiễn đặt ra, Dự thảo Luật sẽ tập trung sửa đổi, bổ sung các quy định liên quan đến 3 nhóm: (1) quyền tác giả, quyền liên quan; (2) quyền sở hữu công nghiệp; (3) quyền đối với giống cây trồng

Các tác giả cho rằng, phạm vi sửa đổi của Dự án Luật là hợp lý đảm bảo phù hợp với các

cam kết quốc tế mà Việt Nam đã ký kết, đồng thời góp phần thiết thực thực hiện chủ trương của Đảng và Nhà nước về hoàn thiện thể chế về SHTT<sup>5</sup>.

## 2. Về tên gọi của Luật

Luật SHTT năm 2005 đã qua 02 lần sửa đổi, bổ sung (năm 2009 và 2019)<sup>6</sup>. Dự thảo Luật lần này tập trung sửa đổi, bổ sung với số lượng lớn 94/222 điều, chiếm tỷ lệ (42%). Tuy nhiên, qua rà soát, các tác giả cho rằng, quy định của Điều 212 Luật SHTT hiện hành không phù hợp với quy định về pháp nhân thương mại trong Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015) nên cần được đưa vào đối tượng sửa đổi của Dự án Luật nhằm bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật. Với số lượng 95 điều cần sửa đổi lần này, các tác giả cho rằng cần đổi tên Dự án Luật thành Dự án Luật sửa đổi Luật Sở hữu trí tuệ.

## 3. Về quyền tài sản (Điều 20)

Khoản 2 Điều 20 Dự thảo Luật quy định:

*“2. Các quyền quy định tại khoản 1 Điều này do tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả độc quyền thực hiện hoặc cho phép người khác thực hiện theo quy định của Luật này.*

*Tổ chức, cá nhân khi khai thác, sử dụng một, một số hoặc toàn bộ các quyền quy định*

<sup>3</sup> Như: 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 phép đưa ra thị trường; bảo hộ độc quyền đối với dữ liệu thử nghiệm nông hóa phẩm; thẩm quyền chủ động tiến hành các thủ tục kiểm soát biên giới của cơ quan hải quan.

<sup>4</sup> Phê chuẩn Hiệp định Thương mại tự do giữa Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Liên minh châu Âu.

<sup>5</sup> Nghị quyết số 52-NQ/TW ngày 27/9/2019 của Bộ Chính trị về một số chủ trương, chính sách chủ động tham gia cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư cũng đã xác định rõ “hoàn thiện pháp luật về sở hữu trí tuệ, bảo hộ và khai thác hiệu quả, hợp lý các tài sản trí tuệ do Việt Nam tạo ra; khuyến khích thương mại hóa và chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ, đặc biệt là đối với các sáng chế tại Việt Nam trên cơ sở tuân thủ pháp luật trong nước và bảo đảm lợi ích an ninh quốc gia. Khuyến khích các công ty đa quốc gia đặt các cơ sở nghiên cứu và phát triển tại Việt Nam”. Nghị quyết số 11-NQ/TW ngày 03/6/2017 của Hội nghị lần thứ năm Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII về hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa đã đề ra một trong những nhiệm vụ và giải pháp chủ yếu nhằm hoàn thiện thể chế về sở hữu, phát triển các thành phần kinh tế, các loại hình doanh nghiệp là “hoàn thiện thể chế về sở hữu trí tuệ theo hướng khuyến khích sáng tạo, bảo đảm tính minh bạch và độ tin cậy cao; quyền sở hữu trí tuệ được bảo vệ và thực thi hiệu quả”.

<sup>6</sup> Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 được sửa đổi, bổ sung bởi Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ năm 2009 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ năm 2019.

tại khoản 1 Điều này và khoản 3 Điều 19 của Luật này phải được sự cho phép và trả tiền bản quyền, các quyền lợi vật chất khác (nếu có) cho chủ sở hữu quyền tác giả.

Các trường hợp giới hạn quyền tác giả, ngoại lệ không xâm phạm quyền tác giả thực hiện theo quy định tại Điều 25, Điều 25a, Điều 26 của Luật này và các trường hợp sau:

a) Quyền sao chép không áp dụng trong trường hợp sao chép tác phẩm chỉ để thực hiện các quyền khác theo quy định của Luật này hoặc trường hợp sao chép tạm thời theo một quy trình công nghệ, trong quá trình hoạt động của các thiết bị để truyền phát trong một mạng lưới giữa các bên thứ ba thông qua trung gian hoặc sử dụng hợp pháp tác phẩm, không có mục đích kinh tế độc lập và bản sao bị tự động xóa bỏ, không có khả năng phục hồi lại;

b) Quyền phân phối không áp dụng trong lần phân phối tiếp theo đối với bản gốc, bản sao tác phẩm đã được chủ sở hữu quyền tác giả thực hiện hoặc cho phép thực hiện việc phân phối, nhập khẩu để phân phối;

c) Quyền cho thuê chương trình máy tính không áp dụng trong trường hợp chương trình máy tính đó không phải là đối tượng chính của việc cho thuê.”.

Các tác giả cho rằng, tên gọi của Điều 20 Dự thảo Luật là **“Quyền về tài sản”**, tuy nhiên, điểm a, b khoản 2 Điều này bao hàm cả *“các trường hợp giới hạn quyền tác giả, ngoại lệ không xâm phạm quyền tác giả”* là chưa phù hợp với tên gọi của điều luật.

Bên cạnh đó, các điều 25, 25a, 26 Dự thảo Luật đã quy định: *“các trường hợp giới hạn quyền tác giả, ngoại lệ không xâm phạm quyền tác giả”*. Để bảo đảm tính hợp lý, tránh chòng chéo giữa các quy định của Dự thảo Luật, các tác giả cho rằng, cần chuyển quy định của điểm a, b khoản 2 Điều 20 *“Các trường hợp giới hạn*

*quyền tác giả, ngoại lệ không xâm phạm quyền tác giả”* sang các điều 25, 25a, 26 tương ứng.

#### **4. Về quyền đăng ký sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí là kết quả của nhiệm vụ khoa học và công nghệ sử dụng ngân sách nhà nước (Điều 86a)**

Các tác giả cho rằng, trong giai đoạn hiện này, cùng với quá trình phát triển kinh tế - xã hội và yêu cầu hội nhập quốc tế thì việc tạo lập cơ chế để thực hiện quyền đăng ký quyền sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí là kết quả của nhiệm vụ khoa học và công nghệ sử dụng ngân sách nhà nước đặt ra cần thiết.

Việc bổ sung cơ chế này sẽ góp phần tích cực, khuyến khích và phát huy được các giá trị, đồng thời tạo cơ sở tăng cường bảo hộ quyền SHTT đối với các sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí là kết quả của nhiệm vụ khoa học và công nghệ có sử dụng ngân sách nhà nước. Vì vậy, các tác giả cho rằng, phương án bổ sung quy định Điều 86a của Dự thảo Luật là hợp lý.

#### **5. Về giám định về sở hữu trí tuệ (Điều 201)**

Dự thảo Luật đã sửa đổi, bổ sung các khoản 1, 2, 4 và khoản 5 Điều 201. Việc sửa đổi, bổ sung quy định này nhằm bảo đảm tính thống nhất với Luật Giám định tư pháp năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 (Luật Giám định tư pháp). Tuy nhiên, các tác giả cho rằng khoản 2 Điều 201 Dự thảo Luật đã bỏ điểm a<sup>7</sup> khoản 1 Điều 201 Luật hiện hành là chưa phù hợp, chưa bảo đảm tính thống nhất với Luật Giám định tư pháp. Điểm g khoản 1 Điều 41 Luật Giám định tư pháp quy định: *“Bộ, cơ quan ngang bộ trong việc quản lý chuyên môn về lĩnh vực giám định tư pháp có nhiệm vụ, quyền hạn... “quy định điều kiện về cơ sở vật chất, trang thiết bị, phương tiện giám định của Văn phòng giám định tư pháp, tổ chức giám*

<sup>7</sup> “a) Có đăng ký ngành nghề kinh doanh, lĩnh vực hoạt động giám định về sở hữu trí tuệ”.

định tư pháp theo vụ việc ở lĩnh vực thuộc thẩm quyền quản lý”<sup>8</sup>.

Để khắc phục thiếu sót này, các tác giả cho rằng, Dự thảo Luật cần được bổ sung vào khoản 2 Điều 201 quy định điều kiện bảo đảm về cơ sở vật chất, trang thiết bị, phương tiện giám định đối với tổ chức được quyền thực hiện giám định SHTT. Đây cũng là điều kiện bảo đảm tính khả thi trên thực tế của các tổ chức được phép thực hiện hoạt động giám định trong lĩnh vực này.

## **6. Về xử lý vi phạm hành chính đối với hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ (Điều 211)**

Dự thảo Luật đưa ra 02 phương án sửa đổi, bổ sung điểm a khoản 1 Điều 211 như sau:

### “Phương án 1:

Sửa đổi, bổ sung điểm a khoản 1 Điều 211 như sau:

*“a) Xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ đối với quyền tác giả, quyền liên quan, nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, giống cây trồng gây thiệt hại cho tác giả, chủ sở hữu, người tiêu dùng hoặc cho xã hội”;*

### Phương án 2<sup>9</sup>:

Giữ nguyên điểm a khoản 1 Điều 211 Luật SHTT hiện hành:

*“a) Xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ gây thiệt hại cho tác giả, chủ sở hữu, người tiêu dùng hoặc cho xã hội”.*

Các tác giả cho rằng, quy định như phương án 1 là hợp lý vì lý do sau:

*Thứ nhất*, việc phân luồng xử lý các hành vi xâm phạm quyền SHTT là cần thiết, bảo đảm tính cụ thể, minh bạch của luật;

*Thứ hai*, nếu chỉ quy định là “xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ” thì không rõ là xâm phạm: (1) quyền tác giả, quyền liên quan; (2) quyền sở hữu công nghiệp hay (3) quyền đối với giống cây trồng hay là xâm phạm cả 03 quyền trên;

*Thứ ba*, việc liệt kê cụ thể các quyền SHTT bị xâm phạm bảo đảm việc bảo hộ quyền SHTT có hiệu quả hơn.

Tuy nhiên, để bảo đảm tính minh bạch và khả thi của điều luật, các tác giả cho rằng, cần bổ sung quy định rõ nhóm hành vi nào xâm phạm quyền quyền SHTT thuộc thẩm quyền xử lý của cơ quan hành chính và nhóm hành vi nào xâm phạm quyền quyền SHTT thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án. Việc phân định phạm vi, thẩm quyền trong việc giải quyết những trường hợp xâm phạm quyền SHTT có ý nghĩa rất lớn trong việc bảo vệ kịp thời, hiệu quả, chính xác quyền sở hữu trí tuệ, đồng thời tránh sự chồng chéo trong quá trình xử lý giữa các cơ quan có thẩm quyền. Việc giao cho Tòa án giải quyết một số trường hợp xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ cũng rất cần thiết, phù hợp với xu thế xây dựng Nhà nước pháp quyền, cải cách tư pháp và yêu cầu tăng cường tính minh bạch, khách quan và hiệu quả; nâng cao vai trò bảo vệ công lý của Tòa án, góp phần giảm tải công việc cho cơ quan quản lý nhà nước.

## **7. Về hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ bị xử lý hình sự (Điều 212)**

Điều 212 Luật quyền SHTT quy định: “*Cá nhân thực hiện hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ có yếu tố cấu thành tội phạm thì bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật hình sự*”<sup>10</sup>.

Tuy nhiên, theo quy định của BLHS năm 2015, ngoài cá nhân phải chịu trách nhiệm

<sup>8</sup> Văn phòng Quốc hội (2020), *Văn bản hợp nhất Luật Giám định tư pháp năm 2012, được sửa đổi, bổ sung bởi Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của 37 luật có liên quan đến quy hoạch năm 2018 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Giám định tư pháp năm 2020, số 01/VBHN-VPQH ngày 15 tháng 7 năm 2020 của Văn phòng Quốc hội.*

<sup>9</sup> Lời văn tại Phương án 2 là lời văn hiện hành của điểm a khoản 1 Điều 211 Luật Sở hữu trí tuệ.

<sup>10</sup> Văn phòng Quốc hội (2019), *Văn bản hợp nhất Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, được sửa đổi, bổ sung bởi Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ năm 2009; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ năm 2019, số 07/VBHN-VPQH ngày 25 tháng 6 năm 2019 của Văn phòng Quốc hội.*

hình sự thì *pháp nhân thương mại* cũng phải chịu trách nhiệm hình sự trong trường hợp xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan (khoản 4 Điều 225)<sup>11</sup>; xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp (khoản 4 Điều 226)<sup>12</sup> hoặc sản xuất, buôn bán hàng giả là giống cây trồng (khoản 6 Điều 195)<sup>13</sup>. Do đó, để bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật, các tác giả

cho rằng, cần sửa đổi Điều 212 Luật SHTT, theo hướng bổ sung thêm chủ thể là “*pháp nhân thương mại*”. Theo đó, Điều 212 Luật SHTT được viết lại như sau: “*Cá nhân, pháp nhân thương mại thực hiện hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ có yếu tố cấu thành tội phạm thì bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật hình sự*” ■

**<sup>11</sup> Điều 195. Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thức ăn dùng để chăn nuôi, phân bón, thuốc thú y, thuốc bảo vệ thực vật, giống cây trồng, giống vật nuôi**

“6. Pháp nhân thương mại phạm tội quy định tại Điều này, thì bị phạt như sau:

- a) Phạm tội thuộc trường hợp quy định tại khoản 1 Điều này, thì bị phạt tiền từ 1.000.000.000 đồng đến 3.000.000.000 đồng;
- b) Phạm tội thuộc một trong các trường hợp quy định tại các điểm a, b, c, e, g, h và i khoản 2 Điều này, thì bị phạt tiền từ 3.000.000.000 đồng đến 6.000.000.000 đồng;
- c) Phạm tội thuộc trường hợp quy định tại khoản 3 Điều này, thì bị phạt tiền từ 6.000.000.000 đồng đến 9.000.000.000 đồng;
- d) Phạm tội thuộc trường hợp quy định tại khoản 4 Điều này, thì bị phạt tiền từ 9.000.000.000 đồng đến 15.000.000.000 đồng hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn từ 06 tháng đến 03 năm;
- đ) Phạm tội thuộc trường hợp quy định tại Điều 79 của Bộ luật Hình sự, thì bị đình chỉ hoạt động vĩnh viễn;
- e) Pháp nhân thương mại còn có thể bị phạt tiền từ 100.000.000 đồng đến 300.000.000 đồng, cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định hoặc cấm huy động vốn từ 01 năm đến 03 năm”.

**Điều 225. Tội xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan**

“4. Pháp nhân thương mại phạm tội quy định tại Điều này, thì bị phạt như sau:

- a) Thực hiện một trong các hành vi quy định tại khoản 1 Điều này với quy mô thương mại hoặc thu lợi bất chính từ 200.000.000 đồng đến dưới 300.000.000 đồng hoặc gây thiệt hại cho chủ thể quyền tác giả, quyền liên quan từ 300.000.000 đồng đến dưới 500.000.000 đồng hoặc hàng hóa vi phạm trị giá từ 300.000.000 đồng đến dưới 500.000.000 đồng; thu lợi bất chính từ 100.000.000 đồng đến dưới 200.000.000 đồng hoặc gây thiệt hại cho chủ thể quyền tác giả, quyền liên quan từ 100.000.000 đồng đến dưới 300.000.000 đồng hoặc hàng hóa vi phạm trị giá từ 100.000.000 đồng đến dưới 300.000.000 đồng nhưng đã bị xử phạt vi phạm hành chính về một trong các hành vi quy định tại Điều này hoặc đã bị kết án về tội này, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm, thì bị phạt tiền từ 300.000.000 đồng đến 1.000.000.000 đồng;
- b) Phạm tội thuộc trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này, thì bị phạt tiền từ 1.000.000.000 đồng đến 3.000.000.000 đồng hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn từ 06 tháng đến 02 năm;
- c) Pháp nhân thương mại còn có thể bị phạt tiền từ 100.000.000 đồng đến 300.000.000 đồng, cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định hoặc cấm huy động vốn từ 01 năm đến 03 năm”.

**<sup>12</sup> Điều 226. Tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp**

“4. Pháp nhân thương mại phạm tội quy định tại Điều này, thì bị phạt như sau:

- a) Thực hiện hành vi quy định tại khoản 1 Điều này với quy mô thương mại hoặc thu lợi bất chính từ 200.000.000 đồng đến dưới 300.000.000 đồng hoặc gây thiệt hại cho chủ sở hữu nhãn hiệu hoặc chỉ dẫn địa lý từ 300.000.000 đồng đến dưới 500.000.000 đồng hoặc hàng hóa vi phạm trị giá từ 300.000.000 đồng đến dưới 500.000.000 đồng; thu lợi bất chính từ 100.000.000 đồng đến dưới 200.000.000 đồng hoặc gây thiệt hại cho chủ sở hữu nhãn hiệu hoặc chỉ dẫn địa lý từ 100.000.000 đồng đến dưới 300.000.000 đồng hoặc hàng hóa vi phạm trị giá từ 100.000.000 đồng đến dưới 300.000.000 đồng nhưng đã bị xử phạt vi phạm hành chính về hành vi này hoặc đã bị kết án về tội này, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm, thì bị phạt tiền từ 500.000.000 đồng đến 2.000.000.000 đồng;
- b) Phạm tội thuộc trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này, thì bị phạt tiền từ 2.000.000.000 đồng đến 5.000.000.000 đồng hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn từ 06 tháng đến 02 năm;
- c) Pháp nhân thương mại còn có thể bị phạt tiền từ 100.000.000 đồng đến 500.000.000 đồng, cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định hoặc cấm huy động vốn từ 01 năm đến 03 năm”.

<sup>13</sup> Văn phòng Quốc hội (2017), *Văn bản hợp nhất Bộ luật Hình sự năm 2015, được sửa đổi, bổ sung bởi Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Hình sự năm 2017, số 01/VBHN-VPQH ngày 10 tháng 7 năm 2017 của Văn phòng Quốc hội.*

# HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ VỀ BẢO HỘ QUYỀN TÁC GIẢ ĐỐI VỚI TÁC PHẨM VĂN HỌC DÂN GIAN

**Phan Quốc Nguyên\***  
**Mai Quỳnh Chi\*\***

\*TS. Khoa Luật, Đại học Quốc Gia Hà Nội

\*\* ThS. Khoa Luật, Đại học Quốc Gia Hà Nội

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Tác phẩm văn học dân gian, bảo hộ quyền tác giả, Luật Sở hữu trí tuệ.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 05/10/2021

Biên tập : 22/10/2021

Duyệt bài : 23/10/2021

## Article Information:

*Keywords:* Folklore literature works; copyright protection; Law on Intellectual Property.

## Article History:

Received : 05 Oct. 2021

Edited : 22 Oct. 2021

Approved : 23 Oct. 2021

## Tóm tắt:

Luật Sở hữu Trí tuệ đã có những quy định về bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm văn học dân gian. Tuy nhiên, đây là lĩnh vực mới và gây nhiều tranh cãi, không chỉ ở Việt Nam mà còn trên phạm vi quốc tế. Tác phẩm văn học dân gian là tài sản chung của cộng đồng, nhưng không đồng nghĩa là vô chủ, có thể tùy nghi khai thác, sử dụng. Việc tùy tiện sử dụng, khai thác tác phẩm văn học dân gian sẽ dẫn đến những tác động tiêu cực không nhỏ, thậm chí có thể theo chiều hướng ngược lại với những giá trị mà nó mang đến cho cộng đồng. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả trình bày, phân tích thực trạng sử dụng tác phẩm văn học dân gian, thực trạng các quy định của Luật Sở hữu trí tuệ về bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm văn học dân gian và đưa ra các kiến nghị hoàn thiện.

## Abstract:

Law on Intellectual Property has been regulating on the protection of copyright for folklore literature works. However, this protection is rather new and is controversial topic, not only in Vietnam but also in the world. Folklore literature works are common property of the entire community but these works are not owner, could not be used at all discretion. If these works are used, exploited in the unmanned way, these improper usage and exploitation will have not good, even negative, effects for the community. Within the scope of this article, the authors provide discussions and analysis of the current situation of using folklore literature works, the current situation of the provisions of the Law on Intellectual Property in aspect of copyright protection for folklore literary works and also recommendations for further improvement.

## 1. Khái niệm và đặc điểm của tác phẩm văn học dân gian

Điều 23 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009 và 2019 (Luật SHTT) quy định: “*Tác phẩm văn học, nghệ thuật dân gian là sáng tạo tập thể trên nền tảng truyền thống của một nhóm hoặc*

*các cá nhân nhằm phản ánh khát vọng của cộng đồng, thể hiện tương xứng đặc điểm văn hóa và xã hội của họ, các tiêu chuẩn và giá trị được lưu truyền bằng cách mô phỏng hoặc bằng cách khác*”. Định nghĩa này tương tự như định nghĩa về văn học dân gian mà Tổ chức SHTT Thế giới - World Intellectual Property Organization (WIPO)

và UNESCO đã sử dụng chính thức tại Hội nghị các chuyên gia chính phủ năm 1985<sup>1</sup>.

Nói cách khác, văn học dân gian là những tác phẩm nghệ thuật ngôn từ truyền miệng, sản phẩm của quá trình sáng tác tập thể nhằm mục đích phục vụ trực tiếp cho cách sinh hoạt khác nhau trong đời sống cộng đồng. Tác phẩm văn học dân gian (TPVHDG) mang những đặc trưng riêng biệt, đó là tính nguyên hợp, tính truyền miệng, tính tập thể và tính dị bản<sup>2</sup>. Dựa trên những đặc trưng đó mà điều kiện bảo hộ quyền tác giả (QTG) đối với TPVHDG có những điểm khác biệt so với điều kiện bảo hộ QTG đối với các tác phẩm khoa học, nghệ thuật thông thường như sau:

*Thứ nhất*, do tính dị bản là đặc trưng của TPVHDG, nên không bảo đảm được tính nguyên gốc; không dễ dàng có thể biết được ai là người đầu tiên sáng tạo ra TPVHDG. Hiện nay, rất nhiều các TPVHDG giống nhau về nội dung nhưng có chi tiết khác nhau, ví dụ như địa điểm trong tác phẩm, tên nhân vật, nơi xuất xứ... Những chi tiết khác nhau đó tạo ra những dị bản khác nhau, tất cả các dị bản đều tự động được bảo hộ mà không cần đảm bảo tính nguyên gốc của tác phẩm. Mỗi dị bản lại trở thành một TPVHDG của một cộng đồng làng xã nào đó, không biết đâu là tác phẩm gốc, đâu là tác phẩm được “cải biên”, cũng không biết được ai là tác giả sáng tạo ra chúng bởi đặc trưng truyền miệng; do vậy, chúng cần được tôn trọng và bảo vệ như nhau.

*Thứ hai*, bảo hộ TPVHDG không phụ thuộc vào việc định hình tác phẩm. Một điều kiện để được bảo hộ QTG là các tác phẩm phải được thể hiện dưới một hình thức nhất định hay nói cách khác QTG bảo hộ hình thức sáng tạo. Tuy nhiên, hình thức chủ yếu của TPVHDG là truyền miệng, không có một hình thức nhất định nào cho chúng. Bởi vậy, TPVHDG sẽ được bảo hộ không phụ thuộc vào việc định hình. Các thể loại TPVHDG thuộc hình thức ngôn từ (truyền miệng). Ví dụ, một bài thơ dân gian có thể đọc hoặc ngâm thơ không bị bó buộc trong một hình thức cố định nào, chúng tự động được bảo hộ mà không cần định dạng.

## 2. Thực trạng sử dụng tác phẩm văn học dân gian

Hiện nay, việc lạm dụng TPVHDG xảy ra ngày càng nhiều và khó kiểm soát. Ví dụ, việc sử dụng tác phẩm nhưng không nêu rõ nguồn gốc xuất xứ như ở Kịch “Hồn Trương Ba, da hàng thịt” của tác giả Lưu Quang Vũ, được chuyển thể từ truyện dân gian lâu đời “Trương đờ nhục”. Năm 1994, khi Nhà xuất bản Sân khấu in trong tuyển tập kịch Lưu Quang Vũ không ghi rõ điều này; đồng thời, Nhà hát Kịch Việt Nam, khi công diễn, chỉ ghi tác giả Lưu Quang Vũ mà không ghi rõ nguồn gốc xuất xứ tác phẩm. Bên cạnh đó, việc lạm dụng TPVHDG còn thể hiện ở những truyện cổ tích đều được truyện tranh biến thành “bình cũ rượu mới”. Ví dụ, truyện “Tám Cám thời hiện đại” mặc dù cốt truyện Tám Cám vẫn giữ nguyên như cũ, nhưng lời nói, tình huống đều bị biến

<sup>1</sup> Nguyên văn tiếng Anh: “Folklore (in a broader sense, traditional and popular folk culture) is a group-oriented and tradition-based creation group or individuals reflecting the expectations of the community as an adequate expression of its cultural and social identity; its standards and values are transmitted orally, by imitation or by other means. Its forms include, among others, language, literature, music, dance, games, mythology, rituals, customs, handicrafts, architecture and other arts”. Trích từ Ian McDonald, *UNESCO–WIPO World Forum on the Protection of Folklore: some reflections and reactions*, (báo cáo cho Australian Copyright Council, tháng 06/1997, tr.2).

<sup>2</sup> Vũ Anh Tuấn (2016), *Giáo trình Văn học dân gian Việt Nam*, Nxb. Giáo dục Việt Nam.

dạng khiến truyện cổ tích đã không còn mang bản chất là cổ tích.

Ngoài ra, việc yêu cầu phải trả tiền bản quyền khi sử dụng TPVHDG là cần thiết, nhưng trên thực tế cũng gặp nhiều khó khăn. Ví dụ, Quan họ Bắc Ninh, chủ thể sáng tạo lưu giữ Quan họ Bắc Ninh là cộng đồng, nhưng trong Quan họ có rất nhiều yếu tố dân ca ở các vùng khác, thậm chí nó còn có cả yếu tố của nghệ thuật biểu diễn của chèo, tuồng và gần đây, các nhà khoa học còn phát hiện ra rằng nó có yếu tố của nhạc Chăm<sup>3</sup>.

### **3. Thực trạng các quy định của Luật Sở hữu trí tuệ về bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm văn học dân gian, kiến nghị hoàn thiện**

#### **3.1. Chủ sở hữu**

Đối với một tác phẩm, để xác định được phạm vi quyền được bảo hộ cũng như việc thực hiện chúng, cần xác định đúng ai là chủ sở hữu QTG. Luật SHTT chưa xác định được vấn đề này.

Có thể thấy rằng, khó mà áp đặt được một cá nhân hay tổ chức nào là chủ sở hữu QTG đối với TPVHDG. Bởi lẽ, đó là sáng tạo của cả cộng đồng. Theo quy định của Luật SHTT, chủ sở hữu QTG đối với tác phẩm văn học, nghệ thuật và khoa học nói chung là “cá nhân, tổ chức” những người trực tiếp sáng tạo hay là chủ sở hữu QTG đối với tác phẩm. Quy định của Điều 23 Luật SHTT không cho thấy chủ sở hữu của quyền QTG đối với TPVHDG là ai, bởi không rõ ai là “những người trực tiếp sáng tạo hay là chủ sở hữu QTG đối với tác phẩm”.

Có ý kiến cho rằng, TPVHDG là tác phẩm khuyết danh, không xác định được ai là tác giả của nó. Vì vậy, chủ sở hữu QTG lúc này chính là Nhà nước<sup>4</sup>. Có thể thấy rằng, ý kiến trên chưa hợp lý; bởi lẽ, TPVHDG là sản phẩm của cộng đồng, tuy không nói cụ thể là ai, cá nhân hay tổ chức nào, nhưng việc nó thuộc cộng đồng nào, vùng miền nào luôn được xác định. Mặt khác, nếu bảo hộ TPVHDG như một tác phẩm khuyết danh thì chỉ được bảo hộ trong vòng 50 năm kể từ khi công bố. Như vậy, sẽ xảy ra một vấn đề, đó là thời gian bảo hộ được đặt ra với một tác phẩm có tính cố định, trong khi đó, TPVHDG không phải là tác phẩm cố định mà luôn được bổ sung, làm mới, thay đổi, sáng tạo sao cho phù hợp với từng cộng đồng, từng khu vực khác nhau.

Bên cạnh đó, TPVHDG cũng không phải là “tác phẩm thuộc về công chúng” được quy định tại Điều 43 Luật SHTT. Bởi lẽ, nó được hình thành trong cộng đồng nên không xác định được chính xác thời điểm công bố tác phẩm cũng như thời gian bảo hộ, do đó không thể xác định được khi nào thì hết thời hạn bảo hộ để từ đó gọi là “tác phẩm thuộc về công chúng”.

Những phân tích ở trên cho thấy, với những đặc tính của TPVHDG thì cần phải xác định rằng nó thuộc về quyền sở hữu của cộng đồng. Cộng đồng ở đây được hiểu là cộng đồng người đã sáng tạo ra nó nói riêng và toàn thể công chúng nói chung. Cộng đồng đã sáng tạo ra cần phải được hưởng quyền của những người đã sáng tạo; hay nói cách khác, đó là quyền về nguồn gốc của tác phẩm.

Mặt khác, ở Việt Nam, mỗi cộng đồng dân tộc lại có những TPVHDG mang bản

<sup>3</sup> Nguyễn Thị Triền (2013), *Bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm văn học dân gian theo pháp luật Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.64.

<sup>4</sup> Vũ Thị Phương Lan (2006), *Bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm văn học nghệ thuật dân gian theo pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Luật học, Hà Nội, tr.27.



sắc của riêng mình, thể hiện tương xứng đặc điểm văn hóa và xã hội của họ, các tiêu chuẩn và giá trị được lưu truyền. Để thực hiện quyền tài sản, mỗi cộng đồng phải thành lập nên một tổ chức có tư cách chủ sở hữu. Điều này sẽ dẫn đến các cơ chế, thủ tục hành chính liên quan cũng trở nên phức tạp, chồng chéo. Do vậy, các tác giả cho rằng, cần phải xác định toàn thể công chúng Việt Nam là chủ sở hữu TPVHDG. Nhà nước trao thẩm quyền cho một cơ quan đại diện cho toàn thể công chúng thực thi các quyền tác giả có liên quan.

### 3.2. Phạm vi bảo hộ

Như đã phân tích ở trên, do không xác định được chủ sở hữu QTG đối với TPVHDG nên việc xác định phạm vi bảo hộ QTG đối với TPVHDG là chưa đầy đủ. Theo quy định của khoản 2 Điều 23 Luật SHTT, tổ chức, cá nhân khi sử dụng tác phẩm văn học, nghệ thuật dân gian phải dẫn chiếu xuất xứ của loại hình tác phẩm đó và bảo đảm giữ gìn giá trị đích thực của tác phẩm văn học nghệ thuật dân gian. Quy định này chỉ xác lập quyền nhân thân của QTG mà không đề cập đến quyền tài sản của TPVHDG.

Đối với quyền nhân thân, dẫn chiếu xuất xứ TPVHDG là yêu cầu quan trọng hàng đầu khi sử dụng tác phẩm. Quyền này tương tự như quyền “*đứng tên thật hoặc bút danh trên tác phẩm; được nêu tên thật hoặc bút danh khi tác phẩm được công bố, sử dụng*” được Luật SHTT bảo hộ đối với QTG thông thường. Quyền này thể hiện vai trò chủ sở hữu của chính bản thân cộng đồng đã sáng tạo ra tác phẩm. Họ phải có quyền xác nhận là nguồn gốc của tác phẩm mỗi khi tác phẩm được sử dụng hoặc dẫn chiếu.

Bên cạnh đó, đối với TPVHDG, một quyền nhân thân khác cũng cần được bảo hộ là quyền được “*bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm, không cho người khác sửa chữa, cắt xén hoặc xuyên tạc tác phẩm dưới bất kỳ hình thức nào gây phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả*”<sup>5</sup>. Quyền nhân thân này thuộc về cả cộng đồng sáng tạo ra nó và toàn thể công chúng.

Các tác giả cho rằng, thay vì bảo hộ quyền nhân thân đối với TPVHDG theo hướng áp dụng những quy định chung, Luật SHTT cần đặt ra những quy định riêng và cụ thể để bảo hộ giá trị đích thực của loại hình này cũng như việc dẫn chiếu xuất xứ khi sử dụng. Bên cạnh đó, trên thực tế, một số TPVHDG vẫn có tên tác giả. Do vậy, ngoài việc quy định về dẫn chiếu xuất xứ khi sử dụng, Luật SHTT cần quy định yêu cầu bắt buộc trích dẫn tên tác giả đối với những TPVHDG có tên tác giả, để đảm bảo quyền nhân thân của chính tác giả.

Mặt khác, thuật ngữ “sử dụng” quy định tại khoản 2 Điều 23 Luật SHTT được hiểu là việc nghiên cứu sưu tầm, giới thiệu giá trị đích thực TPVHDG. Đây thực chất là hành vi “phi thương mại”, tức là không tạo ra lợi nhuận từ việc sử dụng các TPVHDG. Nếu hành vi phi thương mại phải trả thù lao sẽ không phù hợp với quy định của Điều 25 của Luật SHTT. Tuy nhiên, vấn đề được đặt ra ở đây là có nên thu phí khi sử dụng các TPVHDG hay không? Các tác giả cho rằng, việc thu phí này là cần thiết. Bởi lẽ, những TPVHDG luôn mang trong mình những sự sáng tạo nghệ thuật to lớn, giá trị dân tộc sâu sắc và những nét văn hóa đặc trưng. Việc thu phí sử dụng mang lợi ích có thêm nguồn vốn để hoàn thiện hay phát huy thêm nhiều TPVHDG, để quảng cáo hình ảnh văn hóa, những nét đặc sắc, tinh hoa dân tộc ra thế

<sup>5</sup> Khoản 4 Điều 19 Luật SHTT.

giới. Bên cạnh đó, văn học dân gian đóng vai trò quan trọng trong việc nhận dạng văn hóa của quốc gia này với quốc gia khác; điều này cũng được Tổ chức SHTT thế giới (WIPO) khẳng định<sup>6</sup>. Hơn nữa, cơ chế bảo hộ tốt có thể ngăn chặn được sự xâm phạm về SHTT trong lĩnh vực văn hóa dân gian trong bối cảnh thương mại hóa toàn cầu phát triển nhanh chóng. Tuy nhiên, việc thu phí này được hiểu chỉ là điều kiện cho việc sử dụng các TPVHDG ở trong nước; không nên xác lập quyền độc quyền cho phép sử dụng hay không sử dụng TPVHDG tương tự như quyền độc quyền của chủ sở hữu một tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học thông thường được quy định như một phần quan trọng của quyền tài sản<sup>7</sup>.

### **3.3. Mục đích bảo hộ**

Việc pháp luật quy định về bảo hộ QTG đối với tác phẩm văn học, nghệ thuật thông thường nói chung và TPVHDG nói riêng nhằm mục đích công nhận về nguồn gốc sáng tạo ra tác phẩm và bảo đảm lợi ích chính đáng của tác giả và chủ sở hữu QTG. Như đã phân tích ở trên đây, tác giả của TPVHDG là cộng đồng dân cư theo sắc tộc hoặc theo một vùng lãnh thổ nhất định. Họ không phải một “tổ chức, cá nhân” cụ thể; do đó, việc xác định tác giả là ai, và bù đắp vật chất công sức sáng tạo cho tác giả là điều không dễ dàng. Mặt khác, việc xác định mục đích của bảo hộ QTG đối với TPVHDG là cơ sở để phân biệt sự “bảo hộ” đối với các TPVHDG với “bảo hộ” các tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học thông thường. Bảo hộ TPVHDG không có nghĩa là độc quyền sử dụng và cho phép sử dụng

các tác phẩm TPVHDG như đối với tác phẩm thông thường. TPVHDG sẽ được bảo hộ khi mọi công dân được tiếp cận một cách dễ dàng, duy trì và làm mới nó để phản ánh giá trị văn hóa của cả cộng đồng.

Bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm văn học dân gian hướng tới mục đích cao nhất chính là bảo vệ những tri thức truyền thống, sự đa dạng văn hóa. Với mục đích này, việc cấp phép sử dụng như bảo hộ quyền tác giả thông thường trở nên không thực sự cần thiết khi một công dân Việt Nam muốn tiếp cận và sử dụng tác phẩm văn học dân gian. Tuy nhiên, đối với người sử dụng là người nước ngoài, việc bảo hộ tác phẩm văn học dân gian như một tác phẩm văn học, nghệ thuật thông thường lại là điều cần thiết. Khi sử dụng tác phẩm văn học dân gian vì mục đích lợi nhuận, họ đã xác lập với Nhà nước một mối quan hệ tương tự như với chủ sở hữu quyền tác giả đối với những tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học thông thường khác. Vì vậy, Luật SHTT cần quy định cụ thể về mục đích, vai trò của bảo hộ TPVHDG.

### **3.4. Thời hạn bảo hộ**

Pháp luật SHTT hiện hành không quy định về thời hạn bảo hộ đối với TPVHDG. Như đã phân tích ở trên, các tác giả cho rằng, nếu bảo hộ TPVHDG như một tác phẩm khuyết danh thì nó chỉ được bảo hộ trong vòng 50 năm, kể từ khi tác phẩm được công bố; điều này không phù hợp với đặc điểm của TPVHDG vì TPVHDG luôn được làm mới, bổ sung và phát triển qua từng thời kỳ. Vì vậy, cần xác định thời hạn bảo hộ TPVHDG là vô thời hạn ■

<sup>6</sup> Xem: Nghiên cứu của Văn phòng quốc tế (International Bureau) của WIPO, The Protection of Expressions of Folklore: The Attempts at International Level, WIPO Publication No. 435(E), tháng 1-6, 1998, số ISSN: 1014-336X.

<sup>7</sup> Vũ Thị Phương Lan (2006), *Bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm văn học nghệ thuật dân gian theo pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Luật học, Hà Nội.

# THỦ TỤC TỔ TỤNG HÌNH SỰ ĐỐI VỚI NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI

Nguyễn Thị Loan\*

Trần Thị Thanh Hằng\*\*

\*TS. Trưởng khoa Luật học, Trường Đại học Đà Lạt.

\*\* ThS. Khoa khoa học quản lý, Trường Đại học Thủ Dầu Một.

### Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Người dưới 18 tuổi, thủ tục tố tụng hình sự, cải cách tư pháp.

### Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 01/10/2021

Biên tập : 18/10/2021

Duyệt bài : 20/10/2021

### Article Infomation:

**Keywords:** People under 18 years of age; criminal proceedings; judicial reform

### Article History:

Received : 01 Oct. 2021

Edited : 18 Oct. 2021

Approved : 20 Oct. 2021

### Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, các tác giả trình bày, phân tích các quy định của pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam về thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi và đưa ra các kiến nghị hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

### Abstract:

Within the scope of this article, the authors provide discussions and analysis of the provisions of the criminal procedure law of Vietnam on legal proceedings against people under 18 years of age and make recommendations for further improvements of the law on this concerned topic.

Người dưới 18 tuổi là người chưa phát triển đầy đủ về thể chất và tinh thần, là những người đang ở độ tuổi phát triển, đang trong quá trình hoàn thiện về thể chất, tâm sinh lý cũng như nhân cách sống. Trong tiến trình cải cách tư pháp tại Việt Nam, việc hoàn thiện các quy định về tố tụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội rất cấp thiết, không chỉ là để tiệm cận gần hơn các quy định của luật pháp quốc tế mà còn nhằm đảm bảo tốt nhất quyền con người, đặc biệt là quyền của người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi.

## 1. Các quy định của pháp luật tố tụng hình sự về thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội

Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) năm 2015 đã có những quy định thể hiện sự tương đồng với các văn bản pháp luật quốc tế về thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi. Cụ thể, Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 khi quy định về thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi, đã dành một chương riêng (Chương XXVIII) tại Phần thứ bảy: “Thủ tục tố tụng đối với người dưới 18

tuổi” từ Điều 413 đến Điều 430; các quy định đó tập trung vào một số nội dung chủ yếu như sau:

***- Nguyên tắc tiến hành tố tụng đối với những vụ án có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi***

Tố tụng hình sự là hoạt động có tính nhạy cảm, nơi quyền con người dễ bị đụng chạm và ảnh hưởng nhiều nhất bởi các phán quyết của cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng. Vì thế, với nhóm đối tượng đặc biệt này, việc tiến hành tố tụng luôn phải tuân theo các nguyên tắc tố tụng nhất định trên cơ sở khung pháp lý được các quốc gia thừa nhận<sup>1</sup>. Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 đã quy định các nguyên tắc tiến hành tố tụng gồm: Bảo đảm thủ tục tố tụng thân thiện, phù hợp với tâm lý lứa tuổi, mức độ trưởng thành, khả năng nhận thức của người dưới 18 tuổi; bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của người dưới 18 tuổi; bảo đảm lợi ích tốt nhất của người dưới 18 tuổi; bảo đảm giữ bí mật cá nhân của người dưới 18 tuổi; bảo đảm quyền tham gia tố tụng của người đại diện của người dưới 18 tuổi, nhà trường, Đoàn thanh niên, người có kinh nghiệm, hiểu biết về tâm lý, xã hội, tổ chức khác nơi người dưới 18 tuổi học tập, lao động và sinh hoạt; tôn trọng quyền được tham gia, trình bày ý kiến của người dưới 18 tuổi; bảo đảm quyền bào chữa, quyền được trợ giúp pháp lý của người dưới 18 tuổi; bảo đảm các nguyên tắc xử lý của Bộ luật Hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội; bảo đảm giải quyết nhanh chóng, kịp thời các vụ án liên quan đến người dưới 18 tuổi<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ghi nhận trong Khung pháp lý của Liên hợp quốc về tư pháp hình sự người chưa thành niên: Các quy tắc tiêu chuẩn tối thiểu của Liên hợp quốc về hoạt động tư pháp đối với người chưa thành niên (Quy tắc Bắc Kinh - 1985); Các quy tắc tiêu chuẩn tối thiểu của Liên hợp quốc về những biện pháp không giam giữ (Quy tắc Tokyo - 1990); Những nguyên tắc cơ bản trong việc sử dụng các chương trình tư pháp phục hồi trong lĩnh vực hình sự (2002)....

<sup>2</sup> Điều 414 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015.

Có thể thấy, các nguyên tắc tố tụng đối với người dưới 18 tuổi tại Điều 414 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 rất tương thích với các quy định trong Công ước của Liên hợp quốc về quyền trẻ em và hướng dẫn, giải thích của Liên hợp quốc về tư pháp đối với người chưa thành niên như: Nguyên tắc bảo đảm quyền tham gia tố tụng của người đại diện, nguyên tắc bảo đảm lợi ích tốt nhất nguyên tắc bảo đảm giữ bí mật cá nhân... Điều này là hoàn toàn phù hợp, nhất là trong giai đoạn hiện nay. Tuy nhiên, đánh giá một cách tổng quan, Điều 414 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 cũng có những hạn chế nhất định về kỹ thuật lập pháp, nhất là nguyên tắc thứ nhất và nguyên tắc thứ ba với tên gọi quá dài và thiếu đi nội dung cụ thể của các nguyên tắc, cũng như cách sắp xếp (phương thức liên kết) giữa các nguyên tắc không hợp lý; thiết nghĩ cần được hoàn thiện trong thời gian tới.

***- Chủ thể tiến hành tố tụng trong những vụ án có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi***

Cho dù là loại quan hệ pháp luật nào, chủ thể tiến hành tố tụng luôn đóng một vai trò quan trọng trong việc đưa các quy định của pháp luật vào thực tiễn. Trong tố tụng hình sự, nhất là đối với những vụ án hình sự có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi, việc đòi hỏi đội ngũ những người tiến hành tố tụng có đầy đủ các phẩm chất, năng lực, giữ công tâm và mực thước trong vai trò cầm cân nảy mực là một đòi hỏi thể hiện sự “khất khe” trong việc lựa chọn người tiến hành tố tụng. Điều 415 Bộ

luật Tố tụng hình sự năm 2015 quy định “Người tiến hành tố tụng đối với vụ án có người dưới 18 tuổi phải là người đã được đào tạo hoặc có kinh nghiệm điều tra, truy tố, xét xử vụ án liên quan đến người dưới 18 tuổi, có hiểu biết cần thiết về tâm lý học, khoa học giáo dục đối với người dưới 18 tuổi”. Ngoài ra, để thống nhất trong việc áp dụng, Thông tư liên tịch số 06/2018/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐT BXH ngày 26/12/2018 quy định việc phối hợp giữa các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng và các cơ quan, tổ chức, cá nhân khác có liên quan trong việc thực hiện một số quy định của BLTTHS về thủ tục tố tụng đối với người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi cũng có đề cập về vấn đề này. Tuy nhiên, theo các tác giả, quy định này cần được hướng dẫn chi tiết và cụ thể hơn để bảo đảm đồng bộ, thống nhất trong việc áp dụng. Bởi lẽ, nội dung của Điều 415 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định một cách chung chung về người tiến hành tố tụng; cụ thể: “được đào tạo” hoặc “có kinh nghiệm”, “có hiểu biết cần thiết”, trong thực tiễn tố tụng, rất khó để xác định các vấn đề này.

### **- Việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế trong những vụ án có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi**

Biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế là những biện pháp mang tính nghiêm khắc, mục đích của việc áp dụng các biện pháp này là nhằm đảm bảo hiệu quả của các hoạt động tố tụng. Tuy nhiên, một trong những đặc điểm của biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế là tính “lựa chọn” khi áp dụng, có nghĩa là có cần thiết áp dụng hay không, nếu cần thiết thì biện

pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế nào sẽ được áp dụng. Vì thế, không phải trong mọi trường hợp khi có hành vi phạm tội xảy ra, biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế đều được áp dụng vì nó ảnh hưởng rất lớn đến quyền và lợi ích hợp pháp của người bị buộc tội, nhất là nhóm người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi (Xem thêm hướng dẫn tại Thông tư liên tịch số 06/2018/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐT BXH ngày 26/12/2018). Qua nghiên cứu Điều 419 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015, các tác giả đánh giá cao vấn đề nội luật hóa quy định trong Công ước của Liên hợp quốc về quyền trẻ em và những quy tắc của Liên hợp quốc về bảo vệ người chưa thành niên bị tước bỏ tự do<sup>3</sup>. Thể hiện ở việc một lần nữa khẳng định việc áp dụng biện pháp ngăn chặn mang tính lựa chọn và áp dụng những biện pháp ngăn chặn khác phù hợp với sự phân hóa trong độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự theo quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017. Tuy nhiên, những hạn chế tại Điều 419 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 cũng đã được bộc lộ; theo đó, Điều luật vẫn còn mang tính chung chung “chỉ áp dụng biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế đối với người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi trong trường hợp thật cần thiết”, “Chỉ áp dụng biện pháp tạm giữ, tạm giam đối với người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi khi có căn cứ cho rằng việc áp dụng biện pháp giám sát và các biện pháp ngăn chặn khác không hiệu quả”; ngoài ra, thời hạn tạm giam chưa thể hiện được sự phân hóa theo nhóm tuổi trong quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015. Bên cạnh đó, các biện pháp ngăn chặn khác như: đặt tiền để bảo đảm, cầm đi khỏi nơi cư trú... chưa được đề cập

<sup>3</sup> Nguyên tắc: “Việc tước bỏ tự do của một người chưa thành niên nên là cách xử lý cuối cùng trong khoảng thời gian cần thiết ngắn nhất và được áp dụng đối với những trường hợp cá biệt”.

trong Điều 419 dành riêng cho người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi.

**- Sự tham gia của người bào chữa, người đại diện, gia đình, nhà trường, các tổ chức xã hội trong những vụ án có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi**

Sự tham gia của người bào chữa, người đại diện, gia đình, nhà trường, các tổ chức xã hội trong những vụ án có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi đóng vai trò rất quan trọng trong quá trình giải quyết vụ án hình sự. Đồng thời, để bảo vệ tốt nhất quyền và lợi ích hợp pháp của người dưới 18 tuổi phạm tội, đặc biệt vụ án mà người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi, pháp luật tố tụng hình sự quy định bắt buộc phải có người bào chữa. So với Bộ luật tố tụng hình sự năm 2003, Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 đã có những sửa đổi, bổ sung khá hợp lý về sự tham gia của người bào chữa, người đại diện, gia đình, nhà trường, các tổ chức xã hội trong những vụ án có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi xét cả về góc độ kỹ thuật lập pháp cũng như nội dung điều luật. Tuy nhiên, bản thân Điều 420, Điều 422 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 cũng bộ lộ những hạn chế: quy định về việc tham gia tố tụng của người đại diện, nhà trường, tổ chức thiếu tính “bắt buộc”, một khi còn quy định là quyền thì ở đó sẽ còn sự tùy nghi “tham gia hoặc không”. Bên cạnh đó, nội dung Điều 420 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 cũng chưa bao quát hết các giai đoạn tố tụng đòi hỏi sự tham gia tố tụng của người đại diện, nhà trường, tổ chức; chẳng hạn như ở giai đoạn truy tố, Bộ luật Tố tụng hình sự chưa quy định về quyền của người đại diện, nhà trường, tổ chức tại Điều 420.

<sup>4</sup> Bộ luật TTHS năm 2003 chưa có quy định riêng về việc tiến hành các hoạt động điều tra: lấy lời khai, hỏi cung, đối chất...

**- Việc thực hiện các biện pháp tố tụng (điều tra, truy tố, xét xử) trong quá trình giải quyết vụ án có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi**

Điều 421 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 đã quy định rõ hơn các biện pháp tố tụng được thực hiện trong quá trình giải quyết vụ án hình sự<sup>4</sup>. Tuy nhiên, một số hoạt động điều tra như: khám xét, xem xét dấu vết trên thân thể, giám định... chưa có các quy định riêng. Ngoài ra, trong quy định về phần thủ tục xét xử, Điều 423 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 còn nhiều vướng mắc nhất là: trường hợp xét xử kín, thành phần Hội đồng xét xử cần quy định rõ ràng hơn, tránh việc quy định một cách chung chung... Theo đó, các tác giả cho rằng, một số quy định trực tiếp liên quan đến quyền tự do thân thể và tự do ý chí của người dưới 18 tuổi là chưa thực sự phù hợp trong thế giới đương đại. Đó là các quy định về hỏi cung bị can, về áp giải bị can là người dưới 18 tuổi... Chính vì vậy mà cần thiết phải có những điều chỉnh phù hợp đối với các quy định trong Bộ luật TTHS tạo cơ chế bảo vệ tốt nhất cho sự phát triển toàn diện của người dưới 18 tuổi phạm tội.

## **2. Kiến nghị hoàn thiện thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội**

*Thứ nhất, cần quy định rõ hơn về nguyên tắc tiến hành tố tụng đối với những vụ án có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi.*

Nguyên tắc tiến hành tố tụng là nền tảng, là tư tưởng chủ đạo, nhất là đối với những vụ án mà người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi. Qua tham khảo và tìm hiểu những quy tắc cơ bản của Luật mẫu về tư pháp hình sự người chưa thành niên năm 2013 do

## BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

UNODC ban hành, các tác giả nhận thấy, Điều 414 Bộ luật TTHS có những tương đồng mang tính nhất định. Tuy nhiên, đề nguyên tắc này không trở thành một quy định mang tính hình thức, thiết nghĩ cần sửa đổi, bổ sung ở các khía cạnh sau:

+ Cần sắp xếp lại các nguyên tắc theo một trật tự hợp lý hơn: có nghĩa là sắp xếp hệ thống các nguyên tắc theo một logic thống nhất đi từ hình sự đến tố tụng hình sự hoặc ngược lại.

+ Tên gọi của các nguyên tắc còn “rời”, cần thiết nên rút gọn và quy định chi tiết nội dung các nguyên tắc

Theo đó, các tác giả kiến nghị như sau:

Điều 414. Nguyên tắc tiến hành tố tụng đối với người dưới 18 tuổi

*“1. Bảo đảm lợi ích tốt nhất của người dưới 18 tuổi.*

*2. Bảo đảm giải quyết nhanh chóng, kịp thời các vụ án hình sự liên quan đến người dưới 18 tuổi.*

*3. Bảo đảm thủ tục tố tụng thân thiện.*

*4. Ưu tiên áp dụng các biện pháp giám sát, giáo dục.*

*5. Bảo đảm quyền bào chữa, quyền được trợ giúp pháp lý thích hợp.*

*6. Bảo đảm giữ bí mật cá nhân.*

*7. Tôn trọng quyền được tham gia tố tụng, trình bày ý kiến cá nhân về những vấn đề liên quan đến vụ án hình sự.*

*8. Bảo đảm quyền tham gia tố tụng của người đại diện, nhà trường, tổ chức nơi người dưới 18 tuổi sinh sống, học tập.*

*9. Bảo đảm các nguyên tắc xử lý của Bộ luật hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội”.*

*Thứ hai, cần bổ sung và quy định rõ hơn về chủ thể tiến hành tố tụng trong những vụ án có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi.*

Những quy định về thành phần Hội đồng xét xử trong các vụ án có người dưới 18 tuổi phạm tội hiện nay là chưa hợp lý. Bởi vì, chúng ta chưa có một đội ngũ Điều tra viên, Kiểm sát viên và Thẩm phán chuyên về giải quyết những vụ án do người dưới 18 tuổi gây ra và nhiều nơi chưa có điều kiện thành lập “Tòa án vị thành niên”, nên từ thực tế vi phạm pháp luật trong quá trình tiến hành tố tụng, các tác giả nhận thấy, việc áp dụng pháp luật cần chính xác, như sau:

+ Các loại án do người dưới 18 tuổi phạm tội chỉ được bố trí cho Kiểm sát viên, Điều tra viên, Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân là người có đủ điều kiện quy định tại Điều 415 BLTTHS hoặc là những người nhận thức đúng về chính sách hình sự đối với người dưới 18 tuổi phải có những nghiên cứu về người dưới 18 tuổi hoặc qua công tác đoàn.

+ Cần xây dựng một đội ngũ Điều tra viên, Kiểm sát viên và Thẩm phán chuyên về xét xử vụ án do người dưới 18 tuổi phạm tội và xa hơn nữa là thành lập Tòa chuyên trách về loại án đối với người dưới 18 tuổi. Vì vậy, cần quan tâm hơn nữa đến vấn đề đào tạo, bồi dưỡng về kiến thức pháp lý, tâm lý học đối với người dưới 18 tuổi, giáo dục và phương pháp làm việc với người dưới 18 tuổi cho những người tiến hành tố tụng, tiếp đó là xây dựng đội ngũ Kiểm tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán chuyên trách về vụ án do người dưới 18 tuổi phạm tội. Cần bổ sung thêm thành viên của Ủy ban Bảo vệ, chăm sóc trẻ em trong thành phần Hội thẩm nhân dân khi xét xử vụ án hình sự (VAHS) mà có bị cáo là người dưới 18 tuổi. Trên thực tiễn, Ủy ban Bảo vệ, chăm sóc trẻ em có vai trò quan trọng trong việc giáo dục

người dưới 18 tuổi. Chính vì vậy, cùng với người đại diện, nhà trường và tổ chức xã hội cần quy định thêm Ủy ban Bảo vệ, chăm sóc trẻ em trong thành phần Hội thẩm nhân dân. Từ đó, có thể sửa đổi khoản 1 Điều 423 BLTTHS như sau:

### **Điều 423: Xét xử**

“1. Thành phần Hội đồng xét xử sơ thẩm vụ án phải có một Hội thẩm là giáo viên hoặc cán bộ Đoàn thanh niên hoặc là Cán bộ Ủy ban Bảo vệ, chăm sóc trẻ em là người có kinh nghiệm, hiểu biết tâm lý người dưới 18 tuổi”.

+ Các cơ quan tiến hành tố tụng cần đầu tư nhiều thời gian, kinh phí cho tổng kết thực tiễn hoạt động bắt, tạm giữ, tạm giam, điều tra, truy tố, xét xử đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, vì đây là hoạt động tố tụng có ảnh hưởng nhất đến quyền con người của người dưới 18 tuổi nên cần đầu tư để xây dựng các đề tài nghiên cứu tổng kết thực tiễn trong lĩnh vực bắt giam giữ và xét xử người dưới 18 tuổi phạm tội và ứng dụng trên thực tế để khắc phục vi phạm nêu trên.

*Thứ ba, cần quy định cụ thể hơn việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế trong những vụ án có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi.*

Việc lựa chọn các biện pháp ngăn chặn để áp dụng đối với người dưới 18 tuổi sẽ ảnh hưởng rất lớn đến tâm lý và thái độ nhận thức của người đó. Bộ luật Hình sự cũng đã quy định rất rõ về trách nhiệm hình sự đối với người dưới 18 tuổi được phân hoá theo độ tuổi, hay khi quyết định hình phạt cũng căn cứ vào độ tuổi rất cụ thể. Vì thế, việc quy định chi tiết trong Bộ luật TTHS về điều kiện áp dụng biện pháp ngăn chặn cũng như có sự phân hoá mức độ áp dụng (thời hạn tạm giam, tiền hoặc tài sản để bảo đảm...) đối với người dưới 18 tuổi là hết sức cần thiết. Các tác giả cho rằng, Bộ luật TTHS cần có

điều luật quy định rõ khi áp dụng biện pháp tạm giam; biện pháp đặt tiền để đảm bảo đối với người dưới 18 tuổi thì thời hạn tạm giam, mức tiền sẽ quyết định theo độ tuổi tương ứng với các quy định của BLHS.

*Thứ tư, cần quy định cụ thể hơn sự tham gia của người bào chữa, người đại diện, gia đình, nhà trường, các tổ chức xã hội trong những vụ án có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi.*

Cần tăng cường khả năng áp dụng biện pháp cho gia đình nhận bảo lãnh bị can, bị cáo dưới 18 tuổi và giao trách nhiệm cụ thể cho gia đình giám sát, theo dõi, giáo dục và đảm bảo sự có mặt của bị can, bị cáo khi có giấy triệu tập của cơ quan tiến hành tố tụng; đồng thời xác định rõ hơn trên cơ sở có phân biệt các căn cứ để áp dụng các biện pháp bắt, tạm giữ, tạm giam bị can, bị cáo dưới 18 tuổi theo hướng hạn chế mức có thể việc áp dụng biện pháp này. Nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung các quy định nhằm cụ thể hóa và tạo điều kiện thuận lợi hơn cho gia đình, nhà trường và tổ chức xã hội tham gia vào quá trình tố tụng đối với các vụ án do người dưới 18 tuổi thực hiện.

Trong việc giám sát người dưới 18 tuổi phạm tội, để đạt được hiệu quả, Điều 394 của Bộ luật TTHS Liên Bang Nga quy định “... Trong trường hợp vi phạm nghĩa vụ thì cha mẹ, người đỡ đầu, người giám hộ của người chưa thành niên đã nhận người đó để giám sát bị áp dụng các biện pháp quy định tại khoản 2 Điều 94 Bộ luật này”, mà khoản 2 Điều 94 quy định “*trong trường hợp vi phạm... có thể bị phạt tiền đến một tháng lương tối thiểu... hoặc bị áp dụng biện pháp ảnh hưởng xã hội (cảnh cáo)*”. Như vậy, khi người đại diện (cha mẹ, người giám hộ) của người bị buộc tội (bị can, bị cáo) dưới 18 tuổi thực hiện nghĩa vụ giám sát nhưng lại vi phạm nghĩa vụ thì cần áp dụng trách nhiệm vật chất đối với họ. Họ có thể bị phạt khoản



tiền tương ứng với tính chất, mức độ thiệt hại mà bị can, bị cáo dưới 18 tuổi đã gây ra; có như vậy, mới có thể nâng cao được trách nhiệm, ý thức của người nhận giám sát.

Từ những đánh giá, phân tích ở trên, các tác giả kiến nghị bổ sung vào Điều 418 Bộ luật TTHS như sau: “3. *Những người được giao nhiệm vụ giám sát phải chịu trách nhiệm vật chất nếu vi phạm nghĩa vụ giám sát*”.

Trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị buộc tội, người bị hại, người làm chứng là người dưới 18 tuổi trong VAHS thì người bào chữa có vai trò rất quan trọng. Bộ luật TTHS năm 2015 có quy định, kể từ thời điểm được cấp giấy chứng nhận bào chữa, luật sư, trợ giúp viên pháp lý sẽ tham gia vào một số hoạt động như: tham dự vào các buổi lấy lời khai của người dưới 18 tuổi, tham gia vào hoạt động hỏi cung bị can, đối chất giữa các bị can, lấy lời khai của người làm chứng, người bị hại, thực nghiệm điều tra... Người bào chữa còn có trách nhiệm tìm ra chứng cứ có lợi cho người dưới 18 tuổi, theo dõi các hoạt động tố tụng của cơ quan tiến hành tố tụng và người tiến hành tố tụng trong VAHS; nếu phát hiện sai sót, có sự vi phạm pháp luật thì người bào chữa cần có những yêu cầu, đề xuất kịp thời nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho người dưới 18 tuổi. Hay nói cách khác, quyền bào chữa là phương tiện pháp lý cần thiết để người dưới 18 tuổi bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Vì vậy, việc phát huy vai trò của người bào chữa đối với những vụ án mà do người dưới 18 tuổi phạm tội gây ra là hết sức cần thiết. Các cơ quan tiến hành tố tụng cần tạo điều kiện thuận lợi nhất để người bào chữa thực hiện quyền bào chữa cho người bị buộc tội, người bị hại, người làm chứng là người dưới 18 tuổi.

*Thứ năm, cần điều chỉnh các quy định phù hợp và đồng bộ hơn trong việc thực hiện các biện pháp tố tụng trong quá trình giải quyết vụ án có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi.*

Theo các tác giả, thay vì hỏi cung bị can là người dưới 18 tuổi thì có thể chỉ cần quy định lấy lời khai bị can, hoặc thay vì áp giải bị can là người dưới 18 tuổi trong trường hợp bị can vắng mặt không có lý do chính đáng thì chỉ cần quy định dẫn giải người dưới 18 tuổi là đủ... Vì họ là người chưa thành niên phạm tội nên không cần thiết sử dụng những thuật ngữ pháp lý mang tính cưỡng chế quá cao, trong khi trên thực tế cách thức thực hiện các biện pháp hỏi cung với lấy lời khai, áp giải với dẫn giải căn bản là giống nhau. Việc thực hiện biện pháp đối chất cũng cần có người giám hộ và phải tuân thủ tuyệt đối các nguyên tắc giải quyết vụ án đối với người chưa thành niên phạm tội.

Người dưới 18 tuổi phạm tội đang bị điều tra, nếu bị áp dụng biện pháp ngăn chặn là tạm giam thì phải có khu giam giữ riêng, không giam chung với người đã thành niên. Chính vì vậy, để thực hiện nghiêm chế độ giam giữ riêng người dưới 18 tuổi phạm tội trước tiên cần nâng cấp, đầu tư xây dựng các nhà tạm giữ, tạm giam, cải tạo các khu riêng cho người dưới 18 tuổi phạm tội.

Đối với người dưới 18 tuổi, cần quan tâm hơn đến các hoạt động giáo dục văn hóa và học nghề trong thời gian phải chấp hành hình phạt tù để giúp họ sau khi mãn hạn tù có thể sớm tái hòa nhập cộng đồng, với cuộc sống của xã hội. Hơn nữa, cần xây dựng Quy chế phối hợp giữa các cơ sở giáo dục, trại giam và trường giáo dưỡng với chính quyền cấp huyện, xã trong việc tiếp nhận người dưới 18 tuổi đã hết hạn cải tạo, học tập trở về địa phương để tái hòa nhập với cộng đồng và ổn định cuộc sống ■

# HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA DỰ THẢO LUẬT SỬA ĐỔI, BỔ SUNG MỘT SỐ ĐIỀU CỦA LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ VỀ CÁC TRƯỜNG HỢP NGOẠI LỆ KHÔNG XÂM PHẠM QUYỀN TÁC GIẢ, GIỚI HẠN QUYỀN TÁC GIẢ

Trần Linh Huân\*

Nguyễn Mậu Thương\*\*

\*ThS. Khoa luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh;

\*\*Công ty Luật TNHH Hoàng Thu.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, trường hợp ngoại lệ không xâm phạm quyền tác giả, giới hạn quyền tác giả.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 04/10/2021  
Biên tập : 24/10/2021  
Duyệt bài : 25/10/2021

## Article Information:

*Keywords:* Law on Intellectual Property of 2005; exception of non-infringement of copyright, limitation of copyright.

## Article History:

Received : 04 Oct. 2021  
Edited : 24 Oct. 2021  
Approved : 25 Oct. 2021

## Tóm tắt:

Luật Sở hữu trí tuệ được Quốc hội thông qua năm 2005 và đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009. Đây là văn bản pháp luật quan trọng điều chỉnh về các quan hệ xã hội liên quan đến loại tài sản đặc biệt - tài sản trí tuệ. Tuy nhiên, qua thực tiễn thi hành, một số quy định của Luật Sở hữu trí tuệ đã bộc lộ hạn chế, bất cập, trong đó có quy định về các trường hợp ngoại lệ không xâm phạm quyền tác giả, giới hạn quyền tác giả. Để khắc phục những hạn chế, bất cập của Luật Sở hữu trí tuệ hiện hành, Chính phủ trình Quốc hội Dự án Luật Sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sở hữu trí tuệ cho phù hợp với yêu cầu thực tiễn. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả phân tích và đưa ra kiến nghị hoàn thiện quy định của Dự thảo Luật (lần 3) về các quy định liên quan đến trường hợp ngoại lệ không xâm phạm quyền tác giả, giới hạn quyền tác giả.

## Abstract:

The Law on Intellectual Property was passed by the National Assembly in 2005 and was amended in 2009. This is an important legal document governing the social relations related to a type of special property - intellectual property. However, through its practical enforcement, the Law on Intellectual Property has revealed certain shortcomings, including the matter of adjustments on exceptions not infringing copyright. For further improvements of the current Law on Intellectual Property, the Government submitted to the National Assembly a draft law amending a number of articles of the Law on Intellectual Property. Within the scope of this article, the authors provides an analysis of and recommendations to improve the provisions of the draft law (the third version) on provisions related to the exception of non-infringement of copyright, limitation of copyright.

Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009 (Luật SHTT) đã phát huy vai trò to lớn trong việc tạo

hành lang pháp lý cho các tổ chức, cá nhân xác lập, khai thác và bảo vệ quyền SHTT, tạo môi trường kinh doanh lành mạnh cho

hoạt động sản xuất - kinh doanh, góp phần khuyến khích hoạt động sáng tạo, đẩy mạnh chuyển giao công nghệ, thu hút đầu tư nước ngoài, thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. Bên cạnh đó, Luật SHTT còn là cơ sở cho việc xây dựng và vận hành hệ thống bảo hộ SHTT của Việt Nam đạt chuẩn mực theo Hiệp định về các khía cạnh liên quan tới thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (TRIPS) của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO)<sup>1</sup>. Tuy nhiên, sau 16 năm thi hành, một số quy định của Luật SHTT đã không đáp ứng được những thay đổi nhanh chóng của đời sống kinh tế-xã hội của đất nước và những cam kết về sở hữu trí tuệ trong các Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới mà Việt Nam đã ký kết, trong đó có quy định về các trường hợp ngoại lệ không xâm phạm quyền tác giả (các trường hợp sử dụng tác phẩm đã công bố không phải xin phép chủ sở hữu quyền tác giả, không phải trả tiền bản quyền. Sau nhiều lần chỉnh sửa, Chính phủ đã hoàn thành Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật SHTT<sup>2</sup> (Dự thảo Luật) và trình Quốc hội tại kỳ họp thứ 2 Quốc hội khóa XV.

### **1. Quy định về các trường hợp sử dụng tác phẩm đã công bố không phải xin phép chủ sở hữu quyền tác giả, không phải trả tiền bản quyền**

Khoản 8 Điều 1 Dự thảo Luật (Sửa đổi, bổ sung Điều 25) quy định về các trường hợp sử dụng tác phẩm đã công bố không phải xin phép chủ sở hữu quyền tác giả, không phải trả tiền bản quyền. Theo đó, Dự thảo Luật đã điều chỉnh theo hướng vừa bổ sung các quy định mới theo yêu cầu thực tiễn và thông lệ quốc tế, cụ thể như sau:

(i) Bổ sung cụm từ “không nhằm mục đích thương mại” vào các điểm a, b, e, g

khoản 1 Điều 25 nhằm làm rõ mục đích, bản chất của việc sử dụng tác phẩm là phi lợi nhuận. Bên sử dụng tác phẩm không thu lợi từ các hành vi sao chép, sao chụp, sử dụng, biểu diễn tác phẩm; từ đó, không gây phương hại đến quá trình khai thác giá trị thương mại từ tác phẩm của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả. Chính từ bản chất vì lợi ích cộng đồng – xã hội và phi lợi nhuận này mà pháp luật cho phép một bên khác được quyền sử dụng tác phẩm mà không phải trả tiền cho tác giả.

(ii) Cụ thể hóa các hành vi sử dụng tác phẩm trong hoạt động thư viện bao gồm sao chép tác phẩm lưu trữ trong thư viện để bảo quản; sao chép hợp lý một phần tác phẩm cho người khác để phục vụ nghiên cứu, học tập; và sao chép hoặc truyền tải tác phẩm được lưu giữ để sử dụng trong các thư viện liên quan thông qua mạng máy tính. Quy định này giúp các chủ thể sử dụng nắm rõ phạm vi sử dụng của mình trong hoạt động thư viện.

(iii) Bổ sung các trường hợp tự sao chép, sao chụp hợp lý một phần tác phẩm và sử dụng tác phẩm để minh họa nhằm mục đích giảng dạy, nghiên cứu khoa học; bổ sung quy định để truyền tải các thông tin hữu ích, tác phẩm báo chí có tính chất thời sự đến công chúng phù hợp với mục đích thông tin.

(iv) Cụ thể hóa các ngoại lệ không xâm phạm quyền tác giả dành cho người khuyết tật. Theo đó, quy định cụ thể quyền sao chép, phân phối, biểu diễn, truyền đạt tác phẩm, nhập khẩu bản sao tác phẩm dưới định dạng dễ tiếp cận cho người khuyết tật của người khuyết tật, người nuôi dưỡng, người nhận nuôi dưỡng, chăm sóc cho người khuyết tật và tổ chức được Chính phủ cho phép.

<sup>1</sup> Bộ Khoa học và Công nghệ (2019), “*Báo cáo tổng kết thi hành Luật Sở hữu trí tuệ*”, tr.1.

<sup>2</sup> Dự thảo Luật (lần 3).

(v) Sử dụng tác phẩm trong hoạt động công vụ của các cơ quan nhà nước.

Tuy nhiên, các tác giả cho rằng, một số quy định của Dự thảo Luật vẫn còn bất cập cần được tiếp tục hoàn thiện như sau:

*Thứ nhất*, điểm đ khoản 1 Điều 25 cần được quy định theo hướng xác định rõ các trường hợp “trích dẫn hợp lý tác phẩm”. Theo đó, người trích dẫn có trách nhiệm ghi rõ thông tin về nguồn gốc của tác phẩm. Việc pháp luật Việt Nam cho phép người sử dụng được trích dẫn hợp lý tác phẩm để bình luận, minh họa, giới thiệu trong tác phẩm của mình hay nhằm mục đích giảng dạy, viết báo, dùng trong ấn phẩm định kỳ, trong chương trình phát sóng, phim tài liệu là phù hợp với nhu cầu thực tiễn trong hoạt động nghiên cứu khoa học, giảng dạy, học tập, truyền tải tri thức đến cộng đồng. Quy định này phù hợp với khoản 1 Điều 10 Công ước Berne 1979. Bên cạnh đó, hiện nay, tình trạng “đạo văn” diễn ra khá thường xuyên, đáng báo động kể cả trong các cơ sở giáo dục<sup>3</sup> gây ảnh hưởng đến quyền lợi hợp pháp của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả cũng như chất lượng giáo dục. Một trong

những nguyên nhân dẫn đến tình trạng này là do Luật SHTT chưa quy định rõ về mặt định lượng thế nào là trích dẫn hợp lý và người trích dẫn phải thông tin về nguồn gốc của tác phẩm được trích dẫn. Hầu hết các cơ sở giáo dục đại học, các tòa soạn, tạp chí hiện nay tự ban hành quy định riêng về trích dẫn và chống đạo văn dẫn đến quá trình áp dụng trên thực tế chưa thống nhất. Pháp luật SHTT ở nhiều nước trên thế giới đều đặt ra yêu cầu người trích dẫn phải ghi rõ tên tác giả và nguồn mượn khi trích dẫn tác phẩm<sup>4</sup>;<sup>5</sup>. Để đảm bảo quyền lợi cũng như thể hiện sự tôn trọng đối với tác giả và tác phẩm, các tác giả cho rằng, Dự thảo Luật cần bổ sung quy định về trách nhiệm nêu rõ thông tin về nguồn gốc của tác phẩm, bao gồm các thông tin cơ bản như tên tác phẩm, tên tác giả, năm công bố khi trích dẫn tác phẩm; bổ sung quy định về định lượng nhất định (*tính trên tỷ lệ % dung lượng giữa nội dung được trích dẫn và nội dung toàn bộ tác phẩm mới hình thành của người trích dẫn*) để một trích dẫn được xem là hợp lý trong các bài viết, ấn phẩm, luận văn nghiên cứu khoa học<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Minh Giảng, “Đạo văn ngày càng đáng báo động”, <https://tuoitre.vn/dao-van-ngay-cang-dang-bao-dong-754254.htm>, truy cập lần cuối ngày 01/10/2021.

<sup>4</sup> Law of The Russian Federation No. 5351-1 of July 9, 1883 on Copyright and neighbouring Rights (with the additions and Amendments of July 19, 1995), [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/rus\\_e/WTACCRUS48\\_LEG\\_94.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/WTACCRUS48_LEG_94.pdf), truy cập lần cuối ngày 9/6/2021. Article 19. Use of a Work Without the Author’s Consent and Without the Payment of Royalties: “*The following shall be permitted without the author’s consent and without the payment of royalties but with obligatory indication of the author’s name and the source of borrowing: 1) citation in the original or in a translation for scientific, research, polemical, critical and informational purposes of legitimately published works in such amounts as may be justified by the purpose of such citation, including reproduction of excerpts from newspaper and magazine articles in the form of press reviews*”.

<sup>5</sup> Law of The People’s Republic of China, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn001en.pdf>, truy cập lần cuối ngày 01/10/2021. Article 22: “*In the following case, a work may be used without permission from, and without payment of remuneration to, the copyright owner, provided that the name of the author and the title of the work shall be indicated and the other rights enjoyed by the copyright owner by virtue of this Law shall not be prejudiced: (2) appropriate quotation from a published work of others in one’s work for the purposes of introduction to, or comment on, a work, or demonstration of a point*”.

<sup>6</sup> Khoản 1 Điều 10 Công ước Berne 1979.

*Thứ hai*, quy định rõ số lượng tác phẩm được quyền sao chép nhằm lưu trữ trong thư viện để bảo quản, không nhằm mục đích thương mại. Dự thảo Luật quy định, thư viện được sao chép tác phẩm lưu trữ trong thư viện để bảo quản nhưng không quy định rõ thư viện được sao chép bao nhiêu bản. Khoản 2 Điều 25 Nghị định số 100/2006/NĐ-CP ngày 21/9/2006 của Chính phủ quy định việc sao chép để lưu trữ trong thư viện với mục đích nghiên cứu là không quá một bản. Tuy nhiên, thực tiễn một số tác phẩm có giá trị cao, tài liệu quý hiếm, hiện không còn xuất bản, lưu hành trên thị trường cần được sao chép thành nhiều bản để tránh các trường hợp hư hỏng, mất mát không có khả năng khôi phục. Đối với các tác phẩm thư viện có nhiều bản và trên thị trường vẫn đang lưu hành thì việc không giới hạn số lượng tác phẩm bị sao chép dẫn đến tình trạng sao chép quá nhiều bản, không phù hợp với mục đích sao chép “để lưu trữ, bảo quản”. Do đó, cần thiết đưa ra số lượng tác phẩm phù hợp được sao chép lưu trữ trong thư viện để bảo quản vừa đáp ứng yêu cầu thực tiễn trong hoạt động thư viện, vừa hạn chế lạm dụng sao chép quá nhiều, không cần thiết, có thể gây ảnh hưởng đến quyền lợi của tác giả. Kinh nghiệm một số nước cho thấy, pháp luật SHTT cho phép thư viện được sao chép không quá ba bản của tác phẩm nhằm mục đích bảo quản, lưu trữ<sup>7</sup>. Các tác giả cho rằng, cần bổ sung vào điểm e khoản 1 Điều 25 quy định cho phép thư viện được sao chép từ một đến ba bản tác phẩm để lưu trữ, bảo quản trong thư viện. Theo đó,

tùy từng loại tác phẩm, thư viện có thể quyết định sao chép một hay từ một đến ba bản để lưu trữ, bảo quản phù hợp với tình trạng tác phẩm và yêu cầu thực tế tại thư viện.

Bên cạnh đó, điểm e khoản 1 Điều 25 cho phép thư viện được sao chép một phần hợp lý của tác phẩm cho người khác nhưng không quy định rõ thế nào là “một phần hợp lý” và cũng không đưa ra quy định cụ thể về phần hợp lý này được xác định qua định lượng (*bao nhiêu trang hay tỷ lệ bao nhiêu % của một tác phẩm*) hay định tính (*được sao chép những phần cơ bản hay không cơ bản, phần chính hay phần phụ*). Thực tiễn và thông lệ quốc tế đã chỉ ra việc quy định chỉ cho phép thư viện sao chép một phần tác phẩm cho người đọc là chưa phù hợp với bản chất và chức năng của thư viện. Liên đoàn quốc tế các hội và cơ quan thư viện (*International Federation of Library Associations and Institutions - IFLA*) khẳng định, thư viện có chức năng tạo nên sự tiếp cận không rào cản của người dân đến thông tin nhằm đạt đến tự do, bình đẳng, hiểu biết chung và hòa bình trên thế giới. Để đạt được mục tiêu này, IFLA đã có rất nhiều cố gắng hướng đến việc thuyết phục cho phép các ngoại lệ về bản quyền đối với hoạt động thư viện. Năm 2010, Ủy ban Thường trực của Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới – WIPO đã đồng ý cho các thư viện được tạo ra một bản của tài liệu có bản quyền hoặc tài liệu được bảo hộ cho bạn đọc của thư viện theo yêu cầu của họ cho mục đích giáo dục, nghiên cứu, sử dụng cá nhân theo quy định sử dụng hợp lý của luật mỗi quốc gia<sup>8</sup>. Tham khảo quy

<sup>7</sup> Lê Văn Việt, “*Vấn đề về bản quyền trong hoạt động thư viện*”, <https://nlv.gov.vn/nghep-vu-thu-vien/van-de-quyen-tac-gia-trong-hoat-dong-thu-vien.html>, truy cập lần cuối ngày 01/10/2021.

<sup>8</sup> Lê Văn Việt, *tlđd* (5).

định tại Điều 108 Luật Bản quyền Hoa Kỳ cũng quy định cho phép thư viện được sao chép một bản tài liệu theo yêu cầu của người dùng nhằm mục đích học tập, nghiên cứu cá nhân và thư viện phải thông báo về bản quyền cho người dùng theo quy định<sup>9</sup>. Bên cạnh đó, cùng một mục đích sao chép để sử dụng cho nghiên cứu, giảng dạy, học tập, nhưng điểm a khoản 1 Điều 25 cho phép người sử dụng được tự sao chép một bản tác phẩm, trong khi đó tại điểm e Điều này lại chỉ cho phép thư viện sao chép một phần hợp lý của tác phẩm là chưa thống nhất. Để khắc phục hạn chế nêu trên, các tác giả cho rằng, điểm e khoản 1 Điều 25 cần được sửa đổi như sau: “e) Sử dụng tác phẩm trong hoạt động thư viện không nhằm mục đích thương mại, bao gồm: sao chép tác phẩm không quá 3 bản lưu trữ trong thư viện để bảo quản; sao chép hoặc truyền tải tác phẩm được lưu giữ để sử dụng trong các thư viện liên quan thông qua mạng máy tính; sao chép một phần hoặc một bản tác phẩm cho người khác phục vụ nghiên cứu, học tập không nhằm mục đích thương mại, trong trường hợp này, thư viện thực hiện việc sao chép tác phẩm phải kèm theo thông báo về quyền tác giả”.

Thứ ba, sửa đổi điểm m khoản 1 Điều 25 theo hướng bổ sung cụm từ “không nhằm mục đích thương mại”. Theo đó, điểm m được sửa đổi như sau: “m) Người khuyết tật nhìn, người khuyết tật không có khả năng đọc chữ in và người khuyết tật khác không có khả năng tiếp cận tác phẩm để đọc theo cách thông thường (sau đây gọi là người khuyết tật), người nuôi dưỡng, người nhận nuôi dưỡng, chăm sóc

cho người khuyết tật, tổ chức được Chính phủ cho phép sử dụng tác phẩm không nhằm mục đích thương mại theo quy định tại Điều 25a của Luật này”. Việc bổ sung cụm từ “không nhằm mục đích thương mại” vào điểm này nhằm hạn chế tình trạng áp dụng không đúng tinh thần của điều luật trên thực tế.

## **2. Quy định về các trường hợp giới hạn quyền tác giả**

Khoản 10 Điều 1 Dự thảo Luật (Sửa đổi, bổ sung Điều 26) quy định các trường hợp giới hạn quyền tác giả. Khoản này quy định việc sử dụng tác phẩm đã công bố không phải xin phép chủ sở hữu quyền tác giả nhưng phải trả tiền bản quyền áp dụng đối với các trường hợp người sử dụng khai thác giá trị của tác phẩm trong hoạt động kinh doanh, thương mại mà không gây phương hại đến quyền của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả. Do việc sử dụng tác phẩm mang lại doanh thu cho người sử dụng nên bên sử dụng có trách nhiệm chi trả tiền bản quyền nhằm cân bằng lợi ích về kinh tế giữa các bên, đảm bảo quyền lợi của tác giả. Liên quan đến nội dung này, Dự thảo Luật bổ sung hai trường hợp sau:

a) Tổ chức phát sóng sử dụng tác phẩm đã công bố, tác phẩm đã được chủ sở hữu quyền tác giả cho phép định hình trên bản ghi âm, ghi hình công bố nhằm mục đích thương mại để phát sóng có tài trợ, quảng cáo hoặc thu tiền dưới bất kỳ hình thức nào không phải xin phép, nhưng phải trả tiền bản quyền cho chủ sở hữu quyền tác giả kể từ khi sử dụng. Mức tiền bản quyền và phương thức thanh toán do các bên

<sup>9</sup> Tham khảo Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code, <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>, truy cập lần cuối ngày 01/10/2021.

thỏa thuận; trường hợp không đạt được thỏa thuận thì thực hiện theo quy định của Chính phủ hoặc khởi kiện tại Tòa án theo quy định của pháp luật.

Tổ chức phát sóng sử dụng tác phẩm đã công bố, tác phẩm đã được chủ sở hữu quyền tác giả cho phép định hình trên bản ghi âm, ghi hình công bố nhằm mục đích thương mại để phát sóng không có tài trợ, quảng cáo hoặc không thu tiền dưới bất kỳ hình thức nào không phải xin phép, nhưng phải trả tiền bản quyền cho chủ sở hữu quyền tác giả kể từ khi sử dụng theo quy định của Chính phủ.

b) Trường hợp tác phẩm đã được chủ sở hữu quyền tác giả cho phép định hình trên bản ghi âm, ghi hình công bố nhằm mục đích thương mại thì tổ chức, cá nhân sử dụng bản ghi âm, ghi hình này trong hoạt động kinh doanh, thương mại không phải xin phép, nhưng phải trả tiền bản quyền cho chủ sở hữu quyền tác giả của tác phẩm đó theo thỏa thuận kể từ khi sử dụng; trường hợp không đạt được thỏa thuận thì thực hiện theo quy định của Chính phủ hoặc khởi kiện tại Tòa án theo quy định của pháp luật. Chính phủ quy định cụ thể các hoạt động kinh doanh, thương mại quy định tại điểm này.

Các tác giả cho rằng, quyền sử dụng tác phẩm được định hình trên bản ghi âm, ghi hình đã được công bố trong hoạt động kinh doanh, thương mại được quy định bổ sung phù hợp với Điều 13 Công ước Berne 1976. Tuy nhiên, quản lý việc sử dụng tác phẩm được định hình trên bản ghi âm, ghi hình đã được công bố trên thực tế không dễ dàng và có nguy cơ gây ảnh hưởng đến quyền lợi của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả. Bởi lẽ, người sử

dụng có thể dùng bản ghi âm, ghi hình của người khác để khai thác, thu các khoản lợi lớn trên các nền tảng mạng xã hội Facebook, Youtube, bán nhạc chuông, nhạc chờ hay các hình thức kinh doanh khác mà không phải xin phép tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả, trong khi chưa có cơ chế thật sự hiệu quả để kiểm soát nguồn thu từ các hoạt động kinh doanh này. Hơn nữa, việc tác giả có nhận được tiền bản quyền trong trường hợp này hay không còn phụ thuộc rất lớn vào sự tự giác, mức độ hợp tác của người sử dụng tác phẩm. Trường hợp các bên có thể gặp nhau trao đổi về tiền bản quyền thì việc thống nhất mức tiền bản quyền cũng rất khó khăn vì phía tác giả không có cơ sở hay điều kiện để xác định cụ thể số tiền bên sử dụng thu được từ hoạt động kinh doanh tác phẩm. Để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình, tác giả có thể khởi kiện đến Tòa án. Tuy nhiên, quá trình này mất thời gian, công sức, tốn kém tiền bạc hơn nhiều so với số tiền bản quyền mà tác giả có thể thu được trên thực tế.

Để khắc phục hạn chế này, các tác giả kiến nghị hai phương án như sau:

- **Phương án 1:** bổ sung quy định buộc bên sử dụng tác phẩm được định hình trên bản ghi âm, ghi hình trong hoạt động kinh doanh phải được sự đồng ý của tác giả và phải trả tiền bản quyền.

- **Phương án 2:** bổ sung quy định chỉ cho phép các tổ chức, đơn vị có đăng ký ngành nghề kinh doanh tác phẩm định hình trên bản ghi âm, ghi hình mới được quyền thực hiện các hoạt động kinh doanh, thương mại đối với tác phẩm được định hình trên bản ghi âm, ghi hình mà không cần xin phép tác giả ■

# MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ TỘI SẢN XUẤT, BUÔN BÁN HÀNG GIẢ VÀ TỘI XÂM PHẠM QUYỀN SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP

Võ Thị Ánh Trúc\*

Phạm Thị Thúy\*\*

\*Tòa án nhân dân tỉnh Hậu Giang

\*\*ThS.Tòa án nhân dân tỉnh Hậu Giang

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Sản xuất, buôn bán hàng giả; xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp; Bộ luật Hình sự.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 28/4/2021

Biên tập : 15/5/2021

Duyệt bài : 18/5/2021

## Article Information:

*Keywords:* Manufacturing and trading of counterfeit goods; infringement of industrial property rights; the Criminal Code.

## Article History:

Received : 28 Apr. 2021

Edited : 15 May 2021

Approved : 18 May 2021

## Tóm tắt:

Tội sản xuất, buôn bán hàng giả thuộc nhóm các tội phạm xâm phạm trật tự quản lý kinh tế trong lĩnh vực sản xuất, kinh doanh, thương mại, được quy định tại Điều 192, Mục 1, Chương XVIII của Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015). Tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp thuộc nhóm tội phạm khác xâm phạm trật tự quản lý kinh tế, được quy định tại Điều 226, Mục 3, Chương XVIII của BLHS năm 2015. Mặc dù quy định của BLHS năm 2015 có nhiều điểm mới tiến bộ và phù hợp với thực tiễn. Tuy nhiên, thực tiễn thi hành BLHS năm 2015 cho thấy vẫn còn nhiều vướng mắc trong việc áp dụng pháp luật về 02 tội danh này.

## Abstract:

The crime of manufacturing and trading counterfeit goods belong to the category of crimes infringing upon economic management order in production, business and commerce, which is specified in Article 192, Section 1, Chapter XVIII of the Criminal Code of 2015 amended in 2017 (the Criminal Code of 2015). The crime of infringing upon industrial property rights belongs to another category of crimes infringing upon the economic management order in Article 226, Section 3, Chapter XVIII of the Criminal Code of. Although the provisions of the Criminal Code of 2015 have many new and progressive provisions and are consistent with practical social life. However, the practical enforcement of the Criminal Code of 2015 have appeared a number of shortcomings in the application of the law on these two types of crimes

## 1. Khái quát chung về tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp

Tội sản xuất, buôn bán hàng giả thuộc nhóm các tội phạm xâm phạm trật tự quản lý kinh tế trong lĩnh vực sản xuất, kinh doanh, thương mại, được quy định tại Điều 192, Mục 1, Chương XVIII của BLHS năm 2015. Tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp

thuộc nhóm tội phạm khác xâm phạm trật tự quản lý kinh tế, được quy định tại Điều 226, Mục 3, Chương XVIII của BLHS năm 2015. Như vậy, khách thể của tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đều là trật tự quản lý kinh tế. Tuy nhiên, tội sản xuất, buôn bán hàng giả xâm phạm đến khách thể trực tiếp là trật tự quản lý kinh tế trong lĩnh vực sản xuất, kinh



doanh, thương mại; tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp xâm phạm đến khách thể trực tiếp là trật tự quản lý kinh tế đối với quyền sở hữu trí tuệ.

Đối với tội sản xuất, buôn bán hàng giả, Điều 192 BLHS năm 2015 không miêu tả cụ thể các dấu hiệu về mặt khách quan của tội phạm mà chỉ quy định “người nào sản xuất, buôn bán hàng giả” thuộc một trong các trường hợp cấu thành tội phạm tương ứng với 03 khung hình phạt đối với cá nhân phạm tội và 05 khung hình phạt đối với pháp nhân thương mại phạm tội. Tuy nhiên, cần lưu ý, nếu hàng giả là lương thực, thực phẩm, phụ gia thực phẩm; thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh; thức ăn dùng để chăn nuôi, phân bón, thuốc thú y, thuốc bảo vệ thực vật, giống cây trồng, giống vật nuôi; tem giả, vé giả; tiền giả thì không truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định tại Điều 192 mà tùy trường hợp người phạm tội bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định tại Điều 193, 194, 195, 202 hoặc 207 của BLHS năm 2015.

Đối với tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp, hành vi khách quan của người phạm tội này là hành vi “có ý xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu hoặc chỉ dẫn địa lý đang được bảo hộ tại Việt Nam mà đối tượng là hàng hóa giả mạo nhãn hiệu hoặc chỉ dẫn địa lý”. Tuy nhiên, chỉ những hành vi có ý xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp được thực hiện với “quy mô thương mại” hoặc thu lợi bất chính từ 100.000.000 đồng trở lên hoặc gây thiệt hại cho chủ sở hữu nhãn hiệu hoặc chỉ dẫn địa lý từ 200.000.000 đồng trở lên hoặc hàng hóa vi phạm trị giá từ 200.000.000 đồng trở lên mới đủ yếu tố về định lượng để cấu thành tội phạm này.

Các dấu hiệu về mặt chủ thể và mặt chủ quan của 02 tội phạm này tương đối giống nhau. Theo đó, chủ thể của tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đều là chủ thể thường – tức là

bất kỳ người nào thỏa mãn các điều kiện về năng lực trách nhiệm hình sự và tuổi chịu trách nhiệm hình sự theo quy định của BLHS đều có thể trở thành chủ thể của tội phạm. Về mặt chủ quan, tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đều được thực hiện với lỗi cố ý trực tiếp hoặc lỗi cố ý gián tiếp. Tức là, người phạm tội nhận thức rõ hành vi của mình là nguy hiểm cho xã hội, thấy trước hậu quả của hành vi đó và mong muốn hậu quả xảy ra hoặc người phạm tội nhận thức rõ hành vi của mình là nguy hiểm cho xã hội, thấy trước hậu quả của hành vi đó có thể xảy ra, tuy không mong muốn nhưng vẫn có ý thức để mặc cho hậu quả xảy ra<sup>1</sup>.

## 2. Một số bất cập trong các quy định của pháp luật về tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp

### 2.1. Quy định của pháp luật chưa giải thích cụ thể về một số tình tiết trong cấu thành tội phạm của tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp

Nghiên cứu cấu thành tội phạm của tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp, các tác giả nhận thấy, BLHS năm 2015 và các văn bản hướng dẫn thi hành chưa giải thích cụ thể như thế nào là “hàng giả”, “quyền sở hữu công nghiệp” cũng như hành vi “sản xuất, buôn bán hàng giả” và hành vi “xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp”. Bên cạnh đó, cũng không có quy định nào về việc dẫn chiếu đến các văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành có liên quan để áp dụng khi xử lý về hình sự hành vi vi phạm pháp luật nên thực tiễn áp dụng pháp luật của từng cơ quan, từng nơi, từng lúc còn chưa thống nhất. Thực tiễn điều tra, truy tố, xét xử ghi nhận 02 cách hiểu khác nhau sau đây:

- Cách hiểu thứ nhất: Dẫn chiếu quy định tương tự của pháp luật chuyên ngành.

<sup>1</sup> Điều 10 BLHS năm 2015.

Theo đó, các khái niệm “hàng giả” và hành vi “sản xuất, buôn bán hàng giả” được giải thích căn cứ vào quy định tại khoản 1, khoản 2 và khoản 7 Điều 3 Nghị định số 98/2020/NĐ-CP ngày 26/8/2020 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (Nghị định số 98). Tuy nhiên, Nghị định này không nêu khái niệm về “hàng giả” mà chỉ liệt kê 06 nhóm “hàng giả”<sup>2</sup>. Điều này dẫn đến quy định về “hàng giả” không bao quát hết tất cả các trường hợp có thể phát sinh trên thực tế. Bên cạnh đó, văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành được dẫn chiếu thường có tính ổn định không cao. Ví dụ, trước đây quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng là Nghị định số 185/2013/NĐ-CP ngày 15/11/2013 (Nghị định số 185), nay là Nghị định số 98. So sánh 02 văn bản này, có thể nhận thấy tuy cùng bản chất là “hàng giả” nhưng “hàng giả” quy định tại Nghị định số 98 không thông nhất với “hàng giả” quy định tại Nghị định số 185.

Tương tự, khoản 4 Điều 4 của Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009 và năm 2019 (Luật Sở hữu

trí tuệ năm 2005) giải thích khái niệm “quyền sở hữu công nghiệp” như sau: “*Quyền sở hữu công nghiệp là quyền của tổ chức, cá nhân đối với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, nhãn hiệu, tên thương mại, chỉ dẫn địa lý, bí mật kinh doanh do mình sáng tạo ra hoặc sở hữu và quyền chống cạnh tranh không lành mạnh*”. Mặc dù điều luật đã nêu khái niệm về “quyền sở hữu công nghiệp” nhưng khi dẫn chiếu để áp dụng vào tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp cũng không hoàn toàn phù hợp. Bởi lẽ, theo quy định của Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, đối tượng của quyền sở hữu công nghiệp bao gồm: (1) sáng chế, (2) kiểu dáng công nghiệp, (3) thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, (4) nhãn hiệu, (5) tên thương mại, (6) chỉ dẫn địa lý, (7) bí mật kinh doanh do mình sáng tạo ra hoặc sở hữu và (8) quyền chống cạnh tranh không lành mạnh. Trong khi đó, đối tượng tác động của tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp theo quy định của Điều 226 BLHS năm 2015 lại rất hẹp – chỉ bao gồm 02 (trong tổng số 08) đối tượng là nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý. Điều 226 còn xác định cụ thể hơn đối tượng đó phải là hàng hóa giả mạo về nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý. Điều 213 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 xác định hàng hóa giả mạo nhãn hiệu và giả mạo

<sup>2</sup> “7. “Hàng giả” gồm:

- a) Hàng hóa có giá trị sử dụng, công dụng không đúng với nguồn gốc bản chất tự nhiên, tên gọi của hàng hóa; hàng hóa không có giá trị sử dụng, công dụng hoặc có giá trị sử dụng, công dụng không đúng so với giá trị sử dụng, công dụng đã công bố hoặc đăng ký;
- b) Hàng hóa có ít nhất một trong các chỉ tiêu chất lượng hoặc đặc tính kỹ thuật cơ bản hoặc định lượng chất chính tạo nên giá trị sử dụng, công dụng của hàng hóa chỉ đạt mức từ 70% trở xuống so với mức tối thiểu quy định tại quy chuẩn kỹ thuật hoặc tiêu chuẩn chất lượng đã đăng ký, công bố áp dụng hoặc ghi trên nhãn, bao bì hàng hóa;
- c) Thuốc giả theo quy định tại khoản 33 Điều 2 của Luật Dược năm 2016 và dược liệu giả theo quy định tại khoản 34 Điều 2 của Luật Dược năm 2016;
- d) Thuốc thú y, thuốc bảo vệ thực vật không có hoạt chất; không có đủ loại hoạt chất đã đăng ký; có hoạt chất khác với hoạt chất ghi trên nhãn, bao bì hàng hóa; có ít nhất một trong các hàm lượng hoạt chất chỉ đạt từ 70% trở xuống so với mức tối thiểu quy định tại quy chuẩn kỹ thuật hoặc tiêu chuẩn chất lượng đã đăng ký, công bố áp dụng;
- đ) Hàng hóa có nhãn hàng hóa hoặc bao bì hàng hóa ghi chỉ dẫn giả mạo tên, địa chỉ tổ chức, cá nhân sản xuất hoặc nhập khẩu, phân phối hàng hóa; giả mạo mã số đăng ký lưu hành, mã số công bố, mã số mã vạch của hàng hóa hoặc giả mạo bao bì hàng hóa của tổ chức, cá nhân khác; giả mạo về nguồn gốc, xuất xứ hàng hóa hoặc nơi sản xuất, đóng gói, lắp ráp hàng hóa;
- e) Tem, nhãn, bao bì hàng hóa giả”.

chỉ dẫn địa lý (gọi chung là “hàng hóa giả mạo nhãn hiệu”) là “hàng hóa giả mạo về sở hữu trí tuệ”. Theo đó, “hàng hóa giả mạo nhãn hiệu” là “hàng hóa, bao bì của hàng hóa có gắn nhãn hiệu, dấu hiệu trùng hoặc khó phân biệt với nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý đang được bảo hộ dùng cho chính mặt hàng đó mà không được phép của chủ sở hữu nhãn hiệu hoặc của tổ chức quản lý chỉ dẫn địa lý”. Căn cứ vào quy định này thì “hàng hóa giả mạo nhãn hiệu” lại rất dễ nhầm lẫn với “hàng giả” được liệt kê tại điểm đ khoản 7 Điều 3 Nghị định số 98 dẫn đến khó khăn trong việc xác định tội danh.

- *Cách hiểu thứ hai: Vận dụng khái niệm được giải thích bởi BLHS năm 1999 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009).*

Theo cách hiểu này, “hàng giả” được phân loại thành “hàng giả về hình thức” – là trường hợp hàng hóa có sự trùng lặp về tên gọi, về nhãn hiệu, kiểu dáng hay về xuất xứ, nguồn gốc, về chỉ dẫn địa lý với loại hàng hóa cùng loại đã có trên thị trường hoặc hàng hóa có tên gọi, kiểu dáng, nhãn hiệu... gần giống dễ gây nhầm lẫn cho khách hàng; “hàng giả về nội dung” – là giả về chất lượng hoặc công dụng, giá trị sử dụng của hàng hóa nhưng về hình thức thì bao bì, nhãn hiệu... là thật; “hàng giả cả về hình thức và nội dung” - là

loại hàng hóa vừa mang nhãn hiệu, nguồn gốc xuất xứ... không đúng, vừa không có chất lượng, công dụng hàng hóa hoặc chất lượng, công dụng hàng hóa thấp hơn của loại hàng thật<sup>3</sup>. Hành vi “sản xuất hàng giả” được định nghĩa là hành vi làm ra các loại hàng giả; hành vi “buôn bán hàng giả” được định nghĩa là hành vi bán hàng giả hoặc mua hàng giả để nhằm bán lại kiếm lời bất chính<sup>4</sup>. Cách giải thích này tuy bao quát và ổn định hơn so với Nghị định số 98 nhưng không có giá trị pháp lý nên chỉ được sử dụng để tham khảo trong quá trình khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử.

Về hành vi “xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp”, nếu như Điều 171 BLHS năm 1999 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009 quy định rõ hành vi xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp là hành vi “chiếm đoạt, sử dụng bất hợp pháp”<sup>5</sup> thì BLHS năm 2015 chỉ quy định chung là “có ý xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp” mà không giải thích cụ thể như thế nào là hành vi xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp. Do đó, có quan điểm cho rằng<sup>6</sup> đó là hành vi “chiếm đoạt, sử dụng bất hợp pháp” như quy định tại Điều 171 BLHS năm 1999 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009; quan điểm khác cho rằng<sup>7</sup> đó là các hành vi tương ứng được quy định tại Luật Sở hữu trí tuệ hiện hành<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Lê Đăng Doanh, Cao Thị Oanh, *Bình luận khoa học BLHS năm 2015 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017)*, tập 1, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, năm 2017, tr. 364, 365.

<sup>4</sup> Đặng Anh Đức, *Dấu hiệu pháp lý của tội sản xuất, buôn bán hàng giả?*, <https://baovephapluat.vn/tu-van-phap-luat/giai-dap-phap-luat/dau-hieu-phap-ly-cua-toi-san-xuat-buon-ban-hang-gia-71797.html>, truy cập ngày 06/10/2021 và Tiêu Dao, *Tìm hiểu nội dung “Tội sản xuất, buôn bán hàng giả” của BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)*, <https://conganquangbinh.gov.vn/tim-hieu-noi-dung-toi-san-xuat-buon-ban-hang-gia-cua-blhs-nam-2015-sua-doi-bo-sung-nam-2017/>, truy cập ngày 06/10/2021.

<sup>5</sup> “Điều 171. Tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp

1. Người nào vì mục đích kinh doanh mà chiếm đoạt, sử dụng bất hợp pháp sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu hàng hoá, tên gọi, xuất xứ hàng hoá hoặc các đối tượng sở hữu công nghiệp khác đang được bảo hộ tại Việt Nam gây hậu quả nghiêm trọng hoặc đã bị xử phạt hành chính về hành vi này hoặc đã bị kết án về tội này, chưa được xoá án tích mà còn vi phạm, thì bị phạt tiền từ hai mươi triệu đồng đến hai trăm triệu đồng hoặc cải tạo không giam giữ đến hai năm.”

<sup>6</sup> Hoàng Đình Dũng, *Vướng mắc trong xử lý tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp*, <https://kiemsat.vn/vuong-mac-trong-xu-ly-toi-xam-pham-quyen-so-huu-cong-nghiep-61234.html>, truy cập ngày 06/10/2021.

<sup>7</sup> Lê Đăng Doanh, Cao Thị Oanh, *Bình luận khoa học BLHS năm 2015 (Sửa đổi, bổ sung năm 2017)*, tập 1, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, năm 2017, tr. 440.

<sup>8</sup> “Điều 129. Hành vi xâm phạm quyền đối với nhãn hiệu, tên thương mại và chỉ dẫn địa lý

Ngoài 02 vấn đề nêu trên, thực tiễn tố tụng còn ghi nhận trường hợp không có quy định làm căn cứ để khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử. Đó là quy định về định lượng để truy cứu trách nhiệm hình sự đối với tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp. So với BLHS năm 1999 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009, BLHS năm 2015 đã bỏ dấu hiệu định lượng “gây hậu quả nghiêm trọng” mà trong thực tiễn rất khó xác định để truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người phạm tội, thay bằng các dấu hiệu định lượng cụ thể như: thu lợi bất chính từ 100.000.000 đồng trở lên hoặc gây thiệt hại cho chủ sở hữu nhãn hiệu hoặc chỉ dẫn địa lý từ 200.000.000 đồng trở lên hoặc hàng hóa vi phạm trị giá từ 200.000.000 đồng trở lên. BLHS năm 2015 cũng không quy định tình tiết “đã bị xử phạt hành chính về hành vi này hoặc đã bị kết án về tội này, chưa được xoá án tích mà còn vi phạm” mà sửa đổi theo hướng hành vi cố ý xâm phạm quyền

sở hữu công nghiệp cấu thành tội phạm khi được thực hiện với “quy mô thương mại”. Tuy nhiên, luật vẫn chưa xác định rõ như thế nào là “quy mô thương mại” để các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng áp dụng dễ dàng và thống nhất trong thực tiễn.

Tóm lại, do pháp luật hình sự hiện nay không xác định cụ thể các yếu tố trong cấu thành tội phạm của tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp nên thực tiễn điều tra, truy tố, xét xử tồn tại nhiều quan điểm khác nhau là không thể tránh khỏi. Trường hợp cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng không lựa chọn dẫn chiếu văn bản pháp luật chuyên ngành để áp dụng thì cũng không có căn cứ pháp lý để cho rằng điều đó là sai.

## **2.2. Quy định của pháp luật chưa phân định rõ tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp**

*1. Các hành vi sau đây được thực hiện mà không được phép của chủ sở hữu nhãn hiệu thì bị coi là xâm phạm quyền đối với nhãn hiệu:*

- a) Sử dụng dấu hiệu trùng với nhãn hiệu được bảo hộ cho hàng hóa, dịch vụ trùng với hàng hóa, dịch vụ thuộc danh mục đăng ký kèm theo nhãn hiệu đó;*
- b) Sử dụng dấu hiệu trùng với nhãn hiệu được bảo hộ cho hàng hóa, dịch vụ tương tự hoặc liên quan tới hàng hóa, dịch vụ thuộc danh mục đăng ký kèm theo nhãn hiệu đó, nếu việc sử dụng có khả năng gây nhầm lẫn về nguồn gốc hàng hóa, dịch vụ;*
- c) Sử dụng dấu hiệu tương tự với nhãn hiệu được bảo hộ cho hàng hóa, dịch vụ trùng, tương tự hoặc liên quan tới hàng hóa, dịch vụ thuộc danh mục đăng ký kèm theo nhãn hiệu đó, nếu việc sử dụng có khả năng gây nhầm lẫn về nguồn gốc hàng hóa, dịch vụ;*
- d) Sử dụng dấu hiệu trùng hoặc tương tự với nhãn hiệu nổi tiếng hoặc dấu hiệu dưới dạng dịch nghĩa, phiên âm từ nhãn hiệu nổi tiếng cho hàng hóa, dịch vụ bất kỳ, kể cả hàng hóa, dịch vụ không trùng, không tương tự và không liên quan tới hàng hóa, dịch vụ thuộc danh mục hàng hóa, dịch vụ mang nhãn hiệu nổi tiếng, nếu việc sử dụng có khả năng gây nhầm lẫn về nguồn gốc hàng hóa hoặc gây ấn tượng sai lệch về mối quan hệ giữa người sử dụng dấu hiệu đó với chủ sở hữu nhãn hiệu nổi tiếng.*

*2. Mọi hành vi sử dụng chỉ dẫn thương mại trùng hoặc tương tự với tên thương mại của người khác đã được sử dụng trước cho cùng loại sản phẩm, dịch vụ hoặc cho sản phẩm, dịch vụ tương tự, gây nhầm lẫn về chủ thể kinh doanh, cơ sở kinh doanh, hoạt động kinh doanh dưới tên thương mại đó đều bị coi là xâm phạm quyền đối với tên thương mại.*

*3. Các hành vi sau đây bị coi là xâm phạm quyền đối với chỉ dẫn địa lý được bảo hộ:*

- a) Sử dụng chỉ dẫn địa lý được bảo hộ cho sản phẩm mặc dù có nguồn gốc xuất xứ từ khu vực địa lý mang chỉ dẫn địa lý, nhưng sản phẩm đó không đáp ứng các tiêu chuẩn về tính chất, chất lượng đặc thù của sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý;*
- b) Sử dụng chỉ dẫn địa lý được bảo hộ cho sản phẩm tương tự với sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý nhằm mục đích lợi dụng danh tiếng, uy tín của chỉ dẫn địa lý;*
- c) Sử dụng bất kỳ dấu hiệu nào trùng hoặc tương tự với chỉ dẫn địa lý được bảo hộ cho sản phẩm không có nguồn gốc từ khu vực địa lý mang chỉ dẫn địa lý đó làm cho người tiêu dùng hiểu sai rằng sản phẩm có nguồn gốc từ khu vực địa lý đó;*
- d) Sử dụng chỉ dẫn địa lý được bảo hộ đối với rượu vang, rượu mạnh cho rượu vang, rượu mạnh không có nguồn gốc xuất xứ từ khu vực địa lý tương ứng với chỉ dẫn địa lý đó, kể cả trường hợp có nêu chỉ dẫn về nguồn gốc xuất xứ thật của hàng hóa hoặc chỉ dẫn địa lý được sử dụng dưới dạng dịch nghĩa, phiên âm hoặc được sử dụng kèm theo các từ loại, kiểu, dạng, phỏng theo hoặc những từ tương tự như vậy”.*

Trong thực tiễn giải quyết vụ án hình sự, việc xác định tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp rất mong manh và tồn tại nhiều ý kiến, quan điểm và cách giải quyết khác nhau. Đặc biệt là đối với hành vi sản xuất, buôn bán hàng giả mà hàng giả là đối tượng quy định tại các điểm đ, g khoản 7 Điều 3 Nghị định số 98. Ví dụ như một số vụ án sau đây:

Vụ án thứ nhất: K thành lập Công ty P chuyên kinh doanh hàng hóa là quần jean. Quá trình kinh doanh, K mua quần jean giả mạo nhãn hiệu “Levi’s” về bán cho khách hàng. Quần jean nhãn hiệu “Levi’s” có chủ sở hữu là Công ty “L”, trụ sở tại Mỹ có đại diện sở hữu công nghiệp ban đầu tại Việt Nam là Công ty P & Associates, được Cục Sở hữu trí tuệ cấp giấy chứng nhận đăng ký nhãn số 129473 ngày 14/7/2009 có hiệu lực đến ngày 23/11/2027, được đăng ký cho các sản phẩm thuộc nhóm 25, trong đó có quần jean và Giấy chứng nhận đăng ký nhãn số 2611 ngày 19/4/1991, có hiệu lực đến ngày 26/01/2021, được đăng ký cho các sản phẩm thuộc nhóm 25, trong đó có quần áo. Bản án số 146/2019/HS-ST ngày 22/11/2019 của Tòa án nhân dân quận T tuyên bố bị cáo K phạm tội “Xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp”.

Vụ án thứ hai: T biết chất keo tụ lắng trong nước của Viện Công nghệ hóa học sản xuất và bán trên thị trường có giá rẻ hơn và cũng có công dụng như sản phẩm Chế phẩm tổng hợp xử lý nước ăn uống và sinh hoạt WAT-CLEAN nên đã nảy sinh ý định mua chất keo tụ lắng trong nước của Viện Công nghệ hóa học giả làm sản phẩm xử lý nước hiệu WAT-CLEAN để bán nhằm thu lợi. T lấy mẫu bao bì của sản phẩm Chế phẩm tổng hợp xử lý nước ăn uống và sinh hoạt WAT-CLEAN đặt in theo mẫu. Sau khi có bao bì, T bắt đầu mua chất keo tụ lắng trong nước do Viện công nghệ hóa học sản xuất và bán mang về tự phân chia cho vào bao bì có nhãn WAT-CLEAN đã in sẵn, ép biên kín lại, dán decal và đem bán để thu lợi. Chất keo tụ lắng

trong nước mà T mua về để làm giả nhãn hiệu WAT-CLEAN được Viện Công nghệ hóa học công bố tiêu chuẩn TCCS-01-2013/VCNHH, sản phẩm được phép sản xuất và bán công khai trên thị trường, chất này có tác dụng tụ lắng trong nước dùng trong sinh hoạt, không gây độc hại gì cho sức khỏe của con người cũng như không có tác hại đến môi trường. Sản phẩm “Chế phẩm tổng hợp xử lý nước ăn uống và sinh hoạt WATCLEAN” của Trung tâm Nghiên cứu kỹ thuật và quản lý môi trường được Cục Sở hữu trí tuệ Bộ Khoa học và Công nghệ cấp giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu hàng hóa số ngày 26/6/2009 đăng ký mẫu nhãn hiệu WAT-CLEAN có hiệu lực đến ngày 04/01/2028. Bản án số 69/2020/HS-ST ngày 04/6/2020 của Tòa án nhân dân quận G tuyên bố bị cáo T phạm tội “Sản xuất hàng giả”.

Vụ án thứ ba: Đ thành lập Công ty M chuyên kinh doanh văn phòng phẩm. Đ thấy mặt hàng bút chữ A nhãn hiệu A và thước kẻ nhãn hiệu K là sản phẩm đang được tiêu thụ nhiều trên thị trường, nên đã nảy sinh ý định sản xuất các mặt hàng giả nhãn hiệu này mang tiêu thụ kiếm lời. Đ đã mua các sản phẩm bút chữ A nhãn hiệu A và thước kẻ nhãn hiệu K chính hãng rồi thuê đúc các sản phẩm bút và thước nêu trên theo đúng mẫu của nhãn hiệu chính hãng. Sau đó, Đ thuê in các mẫu chữ A và K lên các sản phẩm đã đúc nêu trên sao cho giống với các sản phẩm chính hãng. Ngoài ra, Đ còn thuê đóng gói, dán mác, tem mã vạch, đóng cốc, thùng carton... để có sản phẩm hoàn chỉnh. Theo Văn bản số 6210/SHTT-TTKN ngày 22/6/2018 của Cục Sở hữu trí tuệ Bộ Khoa học và công nghệ xác định: Công ty TNHH T là chủ sở hữu và được độc quyền sử dụng các loại sản phẩm bút chữ A nhãn hiệu A và thước kẻ nhãn hiệu K. Bản án số 09/2019/HS-ST ngày 14/3/2019 của Tòa án nhân dân tỉnh B tuyên bố bị cáo Đ phạm tội “Xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp”.

Trong 03 vụ án nêu trên, có thể nhận thấy, các bị cáo đều thực hiện những hành vi tương

tự nhau là sản xuất, buôn bán các loại hàng hóa giả mạo nhãn hiệu của những nhãn hiệu nổi tiếng đối với mặt hàng đó. Tuy nhiên, có Tòa án xác định là hành vi phạm tội sản xuất hàng giả theo quy định tại Điều 192 BLHS năm 2015, có Tòa án lại xác định là hành vi phạm tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp theo quy định tại Điều 226 BLHS năm 2015. Nguyên nhân dẫn đến sự thiếu thống nhất trên là do có sự trùng lặp hoặc tương đồng về hành vi phạm tội nên dẫn đến sự nhầm lẫn, khó phân biệt khi định tội danh. Đơn cử như hành vi buôn bán hàng giả mà hàng giả là “hàng hóa giả mạo bao bì hàng hóa của tổ chức, cá nhân khác” đang được bảo hộ thì đồng thời cũng là hành vi “sử dụng dấu hiệu trùng với nhãn hiệu được bảo hộ cho hàng hóa, dịch vụ trùng với hàng hóa, dịch vụ thuộc danh mục đăng ký kèm theo nhãn hiệu đó” trong nhóm các hành vi xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp.

### ***2.3. Quy định của pháp luật chưa phân định rõ tình tiết định khung “buôn bán qua biên giới” của tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tình tiết định tội của tội buôn lậu***

Cấu thành tội phạm của tội buôn lậu quy định tại khoản 1 Điều 188 BLHS năm 2015 về mặt khách quan là hành vi “buôn bán qua biên giới hoặc từ khu phi thuế quan vào nội địa hoặc ngược lại trái pháp luật hàng hóa, tiền Việt Nam, ngoại tệ, kim khí quý, đá quý”. Trong khi đó, điểm 1 khoản 2 Điều 192 BLHS năm 2015 quy định “buôn bán qua biên giới” là tình tiết định khung tăng nặng đối với Tội sản xuất, buôn bán hàng giả. Như vậy, trong trường hợp người phạm tội thực hiện hành vi buôn bán hàng giả qua biên giới thì định tội là tội buôn lậu hay tội sản xuất, buôn bán hàng giả? Đây là vấn đề còn nhiều ý kiến, quan điểm khác nhau trong thực tiễn xét xử. Theo các tác giả, khách thể mà tội buôn lậu hướng đến là trật tự quản lý việc xuất, nhập khẩu hàng hoá, tiền Việt Nam, ngoại tệ, kim khí quý, đá quý; đối tượng tác động của tội buôn lậu là hàng hóa buôn bán

qua biên giới trái pháp luật nhưng đó phải là “hàng hóa thật”. Khách thể mà tội sản xuất, buôn bán hàng giả hướng đến là trật tự quản lý việc sản xuất, buôn bán hàng hoá, chống hàng giả; đối tượng tác động của tội sản xuất, buôn bán hàng giả là “hàng hóa giả”. Do đó, trong trường hợp này, người phạm tội bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội buôn bán hàng giả với tình tiết định khung “buôn bán qua biên giới”.

### **3. Kiến nghị**

Qua phân tích những bất cập trong quy định của pháp luật về tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp, các tác giả kiến nghị, Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành văn bản hướng dẫn về tội sản xuất, buôn bán hàng giả và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp, với những nội dung cơ bản sau đây:

*Thứ nhất:* Quy định cụ thể về khái niệm “hàng giả” và hành vi “sản xuất, buôn bán hàng giả” trong cấu thành tội phạm của tội sản xuất, buôn bán hàng giả; hành vi “xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp” cũng như các yếu tố khác của cấu thành tội phạm như “quyền sở hữu công nghiệp”, “quy mô thương mại” đối với tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp.

*Thứ hai:* Hướng dẫn cách phân biệt, xác định tội danh trong trường hợp hành vi xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đối với “hàng hóa giả mạo nhãn hiệu” quy định tại Điều 213 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 và hành vi sản xuất, buôn bán hàng giả mà hàng giả là đối tượng quy định tại điểm đ khoản 7 Điều 3 Nghị định số 98.

*Thứ ba:* Hướng dẫn cụ thể trong trường hợp người phạm tội thực hiện hành vi buôn bán hàng giả qua biên giới thì truy cứu trách nhiệm hình sự người phạm tội về tội gì là phù hợp nhất với hành vi phạm tội cũng như quy định của pháp luật ■.

# PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRỰC TUYẾN TRONG THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ TẠI VIỆT NAM

**Nguyễn Thành Minh Chánh\***

*\*ThS. Khoa Luật, Trường Đại học Công nghiệp Tp. Hồ Chí Minh*

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Thương mại điện tử, giải quyết tranh chấp trực tuyến (ODR), giao dịch điện tử.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 29/5/2021

Biên tập : 04/7/2021

Duyệt bài : 06/7/2021

### Tóm tắt:

Ngày 27/9/2019, Bộ Chính trị ban hành Nghị quyết số 52-NQ/TW về một số chủ trương, chính sách chủ động tham gia Cách mạng công nghiệp lần thứ tư trên cơ sở thúc đẩy chuyển đổi số quốc gia dựa trên nền tảng công nghệ số, Internet và không gian mạng. Có thể thấy, Đảng và Nhà nước ta nhận thấy được sức mạnh của thời đại kỹ nguyên số trong chiến lược phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. Khi Việt Nam tham gia ngày càng sâu rộng vào các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới thì tốc độ phát triển hoạt động thương mại điện tử bùng nổ nhanh chóng và cần có phương thức giải quyết phi truyền thống là phương thức giải quyết tranh chấp trực tuyến (Online Dispute Resolution – ODR).

### Article Infomation:

*Keywords:* E-commerce; Online dispute resolution (ODR); E-transactions.

*Article History:*

Received : 29 May 2021

Edited : 04 Jul. 2021

Approved : 06 Jul. 2021

### Abstract:

On September 27, 2019, the Politburo issued Resolution No.52-NQ/TW regarding a number of guidelines and policies on active participation in the Fourth Industrial Revolution on the basis of promoting national digital transformation, internet and cyberspace. It can be seen that our Party and State have realized the strengths of the digital era to accelerate the socio-economic development strategy of the country. Once Vietnam participates more and more depply in free-trade agreements, so the growth rate of e-commerce is rapid that it is necessary to have a method to solving the problems, which is a need for a non-traditional settlement method that is Online Dispute Resolution (ODR).

Cách mạng công nghiệp lần thứ tư (CMCN 4.0) đang ảnh hưởng ngày càng sâu rộng tới mọi mặt của đời sống kinh tế - xã hội. Nó đã tạo thuận lợi và hỗ trợ rất nhiều cho mọi người và nhờ có mạng Internet mà giờ đây mọi người có thể ngồi tại nhà để mua sắm mà không cần đến cửa hàng, học tập trực tuyến không phải đến trường học hay làm việc qua mạng từ xa mà không cần đến công ty.... Đặc biệt, sự phát triển công nghệ trí tuệ nhân tạo (Artificial Intelligence – AI) đã mô phỏng các quá trình suy nghĩ và học tập của con người cho máy móc. Trí tuệ nhân tạo khác

với việc lập trình logic trong các ngôn ngữ lập trình bởi nó có thể mô phỏng trí tuệ con người, nó giúp máy tính có được khả năng trí tuệ của con người như biết suy nghĩ và lập luận để giải quyết vấn đề, biết giao tiếp... Tuy nhiên, cùng với những tiện ích thì nó cũng gây khó khăn khi mà giải quyết tranh chấp trong hoạt động thương mại truyền thống khó có thể giải quyết tranh chấp trong hoạt động thương mại điện tử. Vì vậy, nó đặt ra nhiều thách thức cho cơ quan quản lý nhà nước trong việc bảo đảm quyền và lợi ích của các bên trong giao dịch điện tử cũng

như giảm tải cho hệ thống tư pháp<sup>1</sup>. Do đó, việc thúc đẩy phương thức giải quyết tranh chấp trực tuyến (ODR) được xem là giải pháp có tính khả thi hiện nay.

### 1. Phương thức giải quyết tranh chấp trực tuyến

Theo Bản lưu ký kỹ thuật về giải quyết tranh chấp trực tuyến<sup>2</sup> (Technical Note on ODR) thì thủ tục ODR gồm các giai đoạn<sup>3</sup>: thương lượng (negotiation); hỗ trợ giải quyết (facilitated settlement); giai đoạn cuối cùng [a third (final) stage].

**Giai đoạn thương lượng:** Khi nguyên đơn (claimant) nộp yêu cầu trên hệ thống ODR thì quản trị viên hệ thống ODR thông báo cho bị đơn (respondent) về yêu cầu của nguyên đơn và phản hồi cho nguyên đơn. Bước đầu thương lượng có thể được hỗ trợ bởi một công nghệ (có thể là AI), các bên có thể thương lượng trực tiếp trên nền tảng hệ thống ODR<sup>4</sup>.

**Giai đoạn hỗ trợ giải quyết:** Nếu thương lượng không thành công, quản trị viên hệ thống ODR chỉ định một hòa giải viên hỗ trợ các bên thương lượng nhằm đạt mục đích thỏa thuận<sup>5</sup>.

**Giai đoạn cuối cùng:** Nếu Giai đoạn 2 không thành công thì tiếp theo của tiến trình là quản trị viên hệ thống ODR hoặc hòa giải viên thông báo cho các bên về bước tiếp theo cần xử lý<sup>6</sup> có thể giải quyết bằng trọng tài hoặc tòa án.

Giống như các phương thức giải quyết tranh chấp khác, *Phương thức ODR cũng tồn tại một số ưu và nhược điểm:*

#### - Ưu điểm của phương thức ODR

Thương mại điện tử ở Việt Nam phát triển nhanh là lý do thúc đẩy phát triển phương thức giải quyết tranh chấp bằng ODR. Theo Báo cáo Thương mại điện tử Đông Nam Á của Google, Temasek và Bain&Company năm 2020, thương mại điện tử Việt Nam tăng 16% và đạt quy mô trên 14 tỷ USD. Trong đó, lĩnh vực bán lẻ hàng hoá trực tuyến tăng 46%, gọi xe và đồ ăn công nghệ tăng 34%; tiếp thị, giải trí và trò chơi trực tuyến tăng 18%; riêng lĩnh vực du lịch trực tuyến giảm 28%. Báo cáo này cũng dự đoán tốc độ tăng trưởng trung bình giai đoạn 2020 – 2025 là 29% và tới năm 2025 quy mô thương mại điện tử nước ta đạt 52 tỷ USD<sup>7</sup>. Có thể thấy, sự gia tăng các giao dịch điện tử sẽ gia tăng các tranh chấp và xu hướng giải quyết tranh chấp bằng phương thức ODR sẽ tăng lên bởi các lý do sau:

*Thứ nhất, phương thức ODR rút ngắn thời gian giải quyết tranh chấp.*

So với phương thức giải quyết tranh chấp truyền thống, phương thức ODR giải quyết nhanh chóng, hiệu quả, linh hoạt và không tốn kém để xử lý các tranh chấp thương mại điện tử mà không bị giới hạn bởi biên giới quốc gia, lãnh thổ<sup>8</sup>. Bởi vì, hệ thống ODR dưới sự hỗ trợ của công nghệ, đặc biệt với sự hỗ trợ của công nghệ AI giúp quá trình xử lý dữ liệu nhanh chóng từ khâu kiểm tra, xem xét và đánh giá chứng cứ của các bên. Ngoài ra, hệ thống ODR cũng cho phép các bên tranh chấp có thể gặp nhau trực tuyến để trao đổi thương lượng, hòa giải, xét xử trọng tài theo hình thức trao đổi tin nhắn, chat (text communication) hoặc họp trực

<sup>1</sup> Hải Triều, *Nhiều thẩm phán xin nghỉ việc do... quá tải trách nhiệm*, [http://congan.com.vn/tin-chinh/ap-luc-lon-nhieu-tham-phan-xin-nghi-viec\\_82707.html](http://congan.com.vn/tin-chinh/ap-luc-lon-nhieu-tham-phan-xin-nghi-viec_82707.html), truy cập ngày 1/5/2021.

<sup>2</sup> UNCITRAL. Technical Notes on Online Dispute Resolution. United Nations. 2016.

<sup>3</sup> UNCITRAL; *ttd.* tr. 3.

<sup>4</sup> UNCITRAL; *ttd.* tr. 6.

<sup>5</sup> UNCITRAL; *ttd.* tr. 6.

<sup>6</sup> UNCITRAL; *ttd.* tr. 6.

<sup>7</sup> Hiệp hội Thương mại điện tử Việt Nam, *Báo cáo Chỉ số Thương mại điện tử Việt Nam 2021*, Hà Nội, 2021. tr.14.

<sup>8</sup> Phan Thị Thanh Thủy, *Giải quyết tranh chấp thương mại trực tuyến: Những vấn đề pháp lý đặt ra cho Việt Nam*, Tạp chí Khoa học, Đại học Quốc gia Hà Nội, 2016, tập 32, số 4, tr.40.



tuyên (video conference) rất tiện ích, giúp đẩy nhanh được tốc độ giải quyết vụ việc tranh chấp cho các bên<sup>9</sup>.

*Thứ hai, phương thức ODR giảm thiểu chi phí giải quyết tranh chấp.*

Phương thức ODR được giải quyết thông qua mạng Internet, các bên có thể thương lượng, hòa giải mọi lúc, mọi nơi và không bị ràng buộc về mặt không gian và thời gian và mức phí dịch vụ của phương thức ODR thấp so với phương thức giải quyết tranh chấp truyền thống do có thể thực hiện toàn bộ thủ tục giải quyết tranh chấp qua mạng Internet<sup>10</sup>.

*Thứ ba, phương thức ODR bảo vệ quyền lợi của các bên tranh chấp (đặc biệt là người tiêu dùng).*

Các tranh chấp, đặc biệt là các tranh chấp nhỏ lẻ, nếu bên bị xâm hại lợi ích muốn khởi kiện ra tòa án thì thủ tục phức tạp và đôi khi chi phí bỏ ra cho việc giải quyết tranh chấp lớn hơn rất nhiều so với lợi ích mà họ bị xâm phạm nên phương thức ODR sẽ mang lại lợi ích cho người bị xâm phạm, đặc biệt là người tiêu dùng.

*Thứ tư, phương thức ODR giúp củng cố và xây dựng môi trường kinh doanh thương mại điện tử lành mạnh và phát triển.*

ODR tại các website thương mại điện tử cũng cung cấp công cụ giao tiếp giúp bên mua khiếu nại, tố cáo các hành vi gian lận hàng hóa, lừa đảo hay các hành vi bất minh khác như hàng nhái, hàng giả. Tại Việt Nam, các trang thương mại điện tử Tiki, Sendo, Shopee hay Lazada... ngày càng quan tâm cơ chế ODR.

### **- Nhược điểm của phương thức ODR**

Cơ sở hạ tầng công nghệ thông tin ở Việt Nam ngày càng được chú trọng phát triển, việc triển khai công nghệ mạng 5G để phát triển kinh

tế số là một trong những khâu đột phá quan trọng phát triển nền kinh tế Việt Nam trong hội nhập<sup>11</sup> và sẽ hỗ trợ phát triển giải quyết các tranh chấp bằng phương thức ODR. Tuy nhiên, hệ thống ODR đầu tiên ở Việt Nam chỉ mới chính thức khởi động từ tháng 6 năm 2020 tại Trung tâm Trọng tài quốc tế Hà Nội (HIAC)<sup>12</sup> cho thấy, phương thức ODR chưa thật sự phát triển ở Việt Nam. Sự chậm trễ áp dụng phương thức ODR ở nước ta xuất phát từ một số nguyên nhân sau:

*Thứ nhất, giải quyết tranh chấp bằng phương thức ODR có thể không hiệu quả khi kết quả thương lượng, hòa giải không có giá trị pháp lý ràng buộc các bên, ngay cả phán quyết của trọng tài có thể bị vô hiệu. Bên cạnh đó, giải quyết tranh chấp bằng phương thức ODR sẽ không đơn giản nếu một trong các bên không thiện chí, có hành vi gian lận trong cung cấp tài liệu, chứng cứ. Mặc dù, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 đã thừa nhận giá trị của chứng cứ điện tử<sup>13</sup>, nhưng do chưa được hướng dẫn cụ thể nên rất khó xác thực các tài liệu chứng cứ này.*

*Thứ hai, việc sử dụng công nghệ AI trong giải quyết tranh chấp không thể tối ưu tuyệt đối (AI do con người tạo ra). Do có thể bị thao túng cho các mục đích xấu và tại Việt Nam trong thời điểm hiện tại chưa phổ biến nên các bên tranh chấp không thực sự tin tưởng chúng. Bên cạnh đó, phương thức ODR đòi hỏi các bên cần có sự am hiểu công nghệ và sử dụng được các ứng dụng trên mạng Internet. Đây cũng là một thách thức đặt ra đối với nhiều cá nhân, tổ chức.*

*Thứ ba, vấn đề bảo mật thông tin cá nhân:* Khi giải quyết bằng ODR, thông tin cá nhân của các bên có thể bị đánh cắp trong môi trường không gian mạng, nếu hệ thống ODR không đảm bảo sẽ dễ dàng bị hacker đánh cắp thông

<sup>9</sup> Hoàng Thế Liên và Trần Anh Huy; *tltđ*. tr.434.

<sup>10</sup> Hoàng Thế Liên và Trần Anh Huy; *tltđ*. tr.434.

<sup>11</sup> Vũ My, *Hiện thực hóa giấc mơ Việt Nam đi cùng thế giới về công nghệ*, <https://www.qdnd.vn/kinh-te/tin-tuc/hien-thuc-hoa-giac-mo-viet-nam-di-cung-the-gioi-ve-cong-nghe-645261>, truy cập ngày 1/5/2021.

<sup>12</sup> Như Loan, *Ra mắt hệ thống giải quyết tranh chấp trực tuyến đầu tiên tại Việt Nam*, <https://baodautu.vn/ra-mat-he-thong-giai-quyet-tranh-chap-truc-tuyen-dau-tien-tai-viet-nam-d124300.html>, truy cập ngày 1/5/2021.

<sup>13</sup> Khoản 1 Điều 94 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

tin cá nhân, hơn thế nữa có thể là bí mật kinh doanh của doanh nghiệp.

**2. Giải pháp thúc đẩy phương thức giải quyết tranh chấp trực tuyến tại Việt Nam**

Trong điều kiện của Cách mạng công nghiệp lần thứ tư, phương thức ODR sẽ là giải pháp hữu ích, tạo thuận lợi cho các bên tranh chấp giải quyết nhanh chóng, hiệu quả và minh bạch, đồng thời thúc đẩy sự phát triển của thương mại điện tử ở Việt nam ngày càng vươn xa. Để phát triển phương thức giải quyết tranh chấp bằng ODR tại Việt Nam, Nhà nước cần có những chính sách hỗ trợ cho các tổ chức ODR cũng như tạo hành lang pháp lý thuận lợi cho việc áp dụng phương thức ODR, cụ thể như sau:

*Thứ nhất, cần xây dựng cơ chế hỗ trợ phát triển các tổ chức ODR tại Việt Nam và khuyến khích giải quyết tranh chấp bằng phương thức ODR để phù hợp với hội nhập kinh tế thế giới.*

Khi Việt Nam gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) và ký kết các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới (EVFTA, CPTPP) thì việc mua bán với các đối tác nước ngoài trở nên phổ biến, khi có tranh chấp xảy ra cần có một phương thức giải quyết xuyên biên giới. Do đó, phương thức ODR sẽ giải quyết được vấn đề này và thúc đẩy sự phát triển của thương mại điện tử xuyên biên giới, giúp bên mua và bên bán dễ dàng tương tác không giới hạn phạm vi lãnh thổ, dễ dàng đạt được thỏa thuận trên cơ sở giải quyết tranh chấp bằng thương lượng, đối thoại hơn là đối đầu.

*Thứ hai, hoàn thiện hệ thống pháp luật tố tụng và các văn bản luật có liên quan tạo cơ sở pháp lý cho ODR.*

Theo Báo cáo của Tòa án nhân dân tối cao, trong giai đoạn 2016 -2020, hệ thống Tòa án nhân dân giải quyết 1.842.684, trong tổng số thụ lý là 1.894.472 vụ việc dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại và lao động<sup>14</sup>.

Các vụ việc có xu hướng ngày càng gia tăng với tính chất ngày càng phức tạp, trong khi đó đội ngũ cán bộ, thẩm phán của toàn ngành Tòa án nói chung, của các Tòa án địa phương nói riêng còn thiếu về số lượng, chưa vững mạnh về chất lượng. Điều này gây áp lực lớn lên ngành Tòa án<sup>15</sup>. Trong điều kiện đó, việc áp dụng phương thức ODR sẽ giúp giảm tải số lượng lớn vụ việc cho các Tòa án, góp phần nâng cao chất lượng xét xử của Tòa án. Để thực hiện được điều này, đòi hỏi cần hoàn thiện hệ thống các văn bản pháp luật về tố tụng (dân sự, hành chính, hôn nhân và gia đình, thương mại, hình sự) nhằm tạo cơ sở pháp lý cho việc áp dụng phương thức ODR, đồng thời, cần hoàn thiện quy định có liên quan đến ODR trong một số văn bản luật có liên quan như: Luật Công nghệ thông tin năm 2006, Luật An toàn thông tin mạng năm 2015, Luật An ninh mạng năm 2018.

*Thứ ba, đầu tư cơ sở hạ tầng công nghệ thông tin, thiết bị, kỹ thuật cho giải quyết tranh chấp bằng phương thức ODR.*

Cơ sở hạ tầng công nghệ thông tin, thiết bị, kỹ thuật là điều kiện tiên quyết đối với mô hình ODR, nhưng chúng tốn chi phí rất nhiều. Do đó, Nhà nước cần có chính sách hỗ trợ chi phí cho các tổ chức ODR tại Việt Nam; hoàn thiện dữ liệu quốc gia về dân cư, mã số thuế, mã số điện thoại... nhằm dễ dàng xác thực danh tính và thông tin cá nhân, doanh nghiệp giữa các bên tranh chấp.

*Thứ tư, sớm ban hành văn bản hướng dẫn khoản 1 Điều 94 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 về xác minh, thu thập chứng cứ điện tử; xác thực danh tính để hoạt động thương mại điện tử được minh bạch, đảm bảo hiệu lực của hợp đồng, tránh hành vi lừa đảo, hạn chế hủy hợp đồng hay giao hàng không đúng thỏa thuận ■*

<sup>14</sup> Tòa án nhân dân tối cao, *Trong nhiệm kỳ 2016-2020: Chất lượng giải quyết, xét xử tiếp tục được bảo đảm và có nhiều tiến bộ*, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/thoi-su/trong-nhiem-ky-2016-2020chat-luong-giai-quyet-xet-xu-tiep-tuc-duoc-bao-dam-va-co-nhieu-tien-bo>, truy cập ngày ngày 20/10/2021 .

<sup>15</sup> Hải Triều, *tttd*.

# HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ CHỦ THỂ THAM GIA XÁC ĐỊNH GIÁ TRỊ TỔ CHỨC TÍN DỤNG TRONG QUÁ TRÌNH TÁI CƠ CẤU

**Nguyễn Ngọc Yến\***

*\*ThS. Khoa Pháp luật Kinh tế, Trường Đại học Luật Hà Nội*

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Giá trị tổ chức tín dụng, chủ thể tham gia xác định giá trị tổ chức tín dụng, tái cơ cấu tổ chức tín dụng.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 03/8/2021

Biên tập : 22/9/2021

Duyệt bài : 24/9/2021

### Tóm tắt:

Xác định giá trị doanh nghiệp là một trong những hoạt động phải thực hiện khi tổ chức tín dụng tiến hành tái cơ cấu, thậm chí hoạt động này có ý nghĩa quyết định sự thành công của mục đích tái cơ cấu mà tổ chức tín dụng đặt ra. Trong khâu xác định giá trị doanh nghiệp, việc nhận diện những chủ thể tham gia và quyền, trách nhiệm của mỗi chủ thể đóng vai trò quan trọng trong việc đưa ra kết quả giá trị doanh nghiệp đảm bảo sự chính xác, khách quan. Do vậy, việc rà soát và hoàn thiện các quy định của pháp luật về chủ thể tham gia xác định giá trị tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu là yêu cầu tất yếu.

### Article Infomation:

*Keywords:* Valuation of credit institutions; subjects participating in valuation of credit institutions; credit institution restructure.

*Article History:*

Received : 03 Aug. 2021

Edited : 22 Sep. 2021

Approved : 24 Sep. 2021

### Abstract:

Valuation of the enterprise is one of the must activities when the credit institution conducts restructuring, even this activity has the meaning to determine the success of the restructuring purpose that the credit institution has fabricate. In the stage of enterprise valuation, the identification of the participants and the rights and responsibilities of each subject plays an important role in giving the results of the business value to ensure accuracy and objectivity. Therefore, the review and improvements of legal provisions on subjects participating the valuation process of credit institutions in the restructuring process is an indispensable requirement.

## 1. Khái quát về chủ thể tham gia xác định giá trị tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu

Căn cứ vào các nhu cầu tái cơ cấu khác nhau, các chủ thể tham gia vào hoạt động xác định giá trị tổ chức tín dụng cũng có sự khác biệt. Tựu chung lại, có thể phân chia thành ba nhóm chủ thể sau:

*Thứ nhất,* các tổ chức tín dụng tự mình thực hiện xác định giá trị doanh nghiệp khi tiến hành tái cơ cấu. Dựa theo tính chất nguồn vốn, nhóm chủ thể này bao gồm:

- Các tổ chức tín dụng do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ tiến hành cổ phần hoá. Ngoài việc tuân theo các quy định của pháp luật về quản lý, sử dụng vốn Nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp, việc xác định giá trị của nhóm tổ chức tín dụng này còn được thực hiện theo các quy định của pháp luật về cổ phần hoá doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ. Các văn bản quy định trực tiếp nội dung này bao gồm Nghị định số 126/2017/NĐ-CP ngày 16/11/2017 của Chính phủ về chuyển doanh nghiệp

nhà nước và công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do doanh nghiệp nhà nước đầu tư 100% vốn điều lệ thành công ty cổ phần, được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 140/2020/NĐ-CP ngày 30/11/2020 của Chính phủ và các văn bản hướng dẫn thi hành.

- Các tổ chức tín dụng cổ phần tiến hành tái cơ cấu dưới các hình thức như chia, tách, hợp nhất, sáp nhập, tái cơ cấu hoạt động, tái cơ cấu tài chính... Trình tự, thủ tục xác định giá trị tổ chức tín dụng trong trường hợp này được thực hiện theo các quy định của pháp luật giá, đặc biệt là các Tiêu chuẩn thẩm định giá và các quy định về hình thức tái cơ cấu tổ chức tín dụng tương ứng.

*Thứ hai*, các chủ thể có chức năng thực hiện tư vấn xác định giá trị tổ chức tín dụng.

Xác định giá trị doanh nghiệp nói chung, giá trị tổ chức tín dụng nói riêng là hoạt động phức tạp, đòi hỏi cao về sự chuyên sâu trong kiến thức, kỹ năng, kinh nghiệm để có thể xác định được tương đối chính xác về giá trị tổ chức tín dụng cần thực hiện tái cơ cấu. Do đó, với sự tham gia của những chủ thể chuyên nghiệp trong việc tư vấn xác định giá trị doanh nghiệp sẽ giúp cho các tổ chức tín dụng có cơ sở để tham khảo, thậm chí sử dụng kết quả tư vấn vào quá trình tái cơ cấu của mình. Hiện nay, các chủ thể có chức năng tư vấn xác định giá trị tổ chức tín dụng bao gồm:

- Doanh nghiệp kiểm toán, chi nhánh doanh nghiệp kiểm toán nước ngoài tại Việt Nam. Tổ chức kiểm toán không chỉ tham gia với tư cách là chủ thể tiến hành kiểm toán bắt buộc đối với báo cáo tài chính hàng năm của tổ chức tín dụng, mà trong trường hợp

tổ chức tín dụng tiến hành tái cơ cấu cần xác định giá trị doanh nghiệp, hoàn toàn có thể sử dụng dịch vụ thẩm định giá tài sản do các tổ chức kiểm toán đủ điều kiện cung cấp<sup>1</sup>.

- Công ty chứng khoán. Công ty chứng khoán là chủ thể quan trọng trên thị trường chứng khoán. Với tư cách là chủ thể kinh doanh chứng khoán chuyên nghiệp, công ty chứng khoán hoàn toàn có đủ những kiến thức, kinh nghiệm chuyên sâu về tài chính, ngân hàng và có thể sử dụng những kiến thức này để tư vấn cho các tổ chức tín dụng trong việc thực hiện tái cơ cấu và xác định giá trị doanh nghiệp. Để thực hiện được những hoạt động tư vấn này, công ty chứng khoán phải được cấp phép thực hiện nghiệp vụ bảo lãnh phát hành chứng khoán<sup>2</sup>. Đồng thời, công ty chứng khoán phải báo cáo Ủy ban Chứng khoán nhà nước bằng văn bản trước khi thực hiện. Ủy ban Chứng khoán nhà nước có quyền tạm ngừng, đình chỉ việc cung cấp dịch vụ tài chính khác của công ty chứng khoán nếu việc cung cấp dịch vụ đó trái với quy định của pháp luật hoặc gây rủi ro hệ thống thị trường chứng khoán<sup>3</sup>. Ngoài ra, công ty chứng khoán không được cung cấp dịch vụ tư vấn xác định giá trị doanh nghiệp cho công ty mà mình nắm giữ từ 10% trở lên vốn điều lệ<sup>4</sup>.

- Doanh nghiệp thẩm định giá. Doanh nghiệp thẩm định giá là doanh nghiệp được thành lập và hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp và được Bộ Tài chính cấp Giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh dịch vụ thẩm định giá theo quy định của pháp luật. Các tổ chức thẩm định giá nước ngoài muốn cung cấp dịch vụ thẩm định giá tại Việt Nam có thể góp vốn với doanh nghiệp thẩm định giá Việt Nam để

<sup>1</sup> Điều 40 Luật Kiểm toán độc lập năm 2011.

<sup>2</sup> Khoản 3 Điều 86 Luật Chứng khoán năm 2019.

<sup>3</sup> Khoản 5 Điều 86 Luật Chứng khoán năm 2019.

<sup>4</sup> Khoản 2 Điều 25 Thông tư số 121/2020/TT-BTC ngày 31/12/2020 do Bộ trưởng Bộ Tài chính ban hành quy định về hoạt động của công ty chứng khoán.

thành lập công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, công ty cổ phần để kinh doanh dịch vụ thẩm định giá tại Việt Nam và nắm giữ tối đa không quá 35% vốn điều lệ<sup>5</sup>.

Đối với 03 nhóm chủ thể có chức năng tư vấn xác định giá trị doanh nghiệp nêu trên, trách nhiệm của những nhóm chủ thể này cũng có sự phân hoá nhất định khi họ thực hiện tư vấn xác định giá trị doanh nghiệp cho những nhóm tổ chức tín dụng khác nhau, cụ thể:

Đối với tổ chức tín dụng do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ khi cổ phần hoá, tổ chức tư vấn xác định giá trị doanh nghiệp có trách nhiệm như: tuân thủ các quy định của pháp luật liên quan trong quá trình thực hiện nghiệp vụ xác định giá trị doanh nghiệp và thực hiện hợp đồng đã ký kết với khách hàng; chịu trách nhiệm trước pháp luật về kết quả xác định giá trị doanh nghiệp; phải bồi thường thiệt hại do vi phạm các quy định của pháp luật trong quá trình thực hiện dịch vụ tư vấn định giá hoặc bị xử lý vi phạm theo quy định của pháp luật...<sup>6</sup>.

Đối với tổ chức tín dụng khác khi tiến hành tái cơ cấu, tổ chức tư vấn xác định giá trị doanh nghiệp có một số trách nhiệm cơ bản như tuân thủ pháp luật, tiêu chuẩn thẩm định giá Việt Nam<sup>7</sup>; chịu trách nhiệm về hoạt động thẩm định giá theo quy định của pháp luật; bảo đảm tính độc lập về chuyên môn nghiệp vụ, tính trung thực, khách quan

của hoạt động thẩm định giá và kết quả thẩm định giá; bảo mật thông tin theo quy định của pháp luật<sup>8</sup>.

*Thứ ba*, các chủ thể có chức năng kiểm tra tài chính Nhà nước.

Tính chất đặc biệt của nguồn vốn của Nhà nước dẫn đến việc cần có sự tham gia kiểm tra, giám sát việc xác định giá trị nguồn vốn này tại các tổ chức tín dụng do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ và những tổ chức tín dụng có vốn của Nhà nước khi tiến hành tái cơ cấu để đảm bảo không làm thất thoát nguồn vốn của Nhà nước. Cơ quan được giao trách nhiệm trong trường hợp này bao gồm:

- Ngân hàng Nhà nước với tư cách cơ quan quản lý nhà nước chuyên ngành trong lĩnh vực tiền tệ, ngoại hối, tín dụng. Tuy cùng đóng vai trò là cơ quan đại diện chủ sở hữu, nhưng Ngân hàng Nhà nước có các quyền, trách nhiệm khác nhau trong quá trình xác định giá trị của tổ chức tín dụng do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ và tổ chức tín dụng có vốn nhà nước khi tái cơ cấu. Những quyền, trách nhiệm này được quy định cụ thể tại Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp năm 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành<sup>9</sup> và các quy định về chuyển đổi doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ thành công ty cổ phần.

- Kiểm toán Nhà nước với tư cách cơ quan kiểm toán việc quản lý, sử dụng tài

<sup>5</sup> Điều 43 Luật Giá năm 2012; Điều 18, 21 Nghị định số 89/2013/NĐ-CP ngày 06/8/2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Giá về thẩm định giá đã được sửa đổi, bổ sung bởi Điều 12 Nghị định số 151/2018/NĐ-CP ngày 07/11/2018 của Chính phủ về sửa đổi, bổ sung một số Nghị định quy định về điều kiện đầu tư, kinh doanh thuộc phạm vi quản lý nhà nước của Bộ Tài chính.

<sup>6</sup> Khoản 3 Điều 12 Nghị định số 126/2017/NĐ-CP.

<sup>7</sup> Hệ thống tiêu chuẩn thẩm định giá Việt Nam gồm các tiêu chuẩn hướng dẫn về những quy tắc đạo đức hành nghề thẩm định giá tài sản; những nguyên tắc kinh tế chi phối hoạt động thẩm định giá tài sản; giá trị thị trường và giá trị phi thị trường làm cơ sở cho thẩm định giá tài sản; phân loại tài sản; quy trình thẩm định giá tài sản; báo cáo kết quả thẩm định giá, hồ sơ và chứng thư thẩm định giá tài sản; các cách tiếp cận và phương pháp thẩm định giá.

<sup>8</sup> Điều 29 Luật Giá năm 2012.

<sup>9</sup> Nghị định số 10/2019/NĐ-CP ngày 30/01/2019 của Chính phủ về thực hiện quyền, trách nhiệm của đại diện chủ sở hữu Nhà nước.

chính công. Với mục tiêu cơ bản là tránh thất thoát nguồn vốn nhà nước tại các tổ chức tín dụng khi tiến hành tái cơ cấu, Kiểm toán Nhà nước có trách nhiệm kiểm toán kết quả tư vấn xác định giá trị doanh nghiệp và xử lý các vấn đề tài chính trước khi chính thức công bố giá trị doanh nghiệp cổ phần hoá<sup>10</sup> và kiểm toán quyết toán giá trị phần vốn của Nhà nước tại thời điểm chính thức chuyển thành công ty cổ phần. Thêm vào đó, Kiểm toán Nhà nước còn thực hiện hoạt động kiểm toán đối với các tổ chức tín dụng sau khi tái cơ cấu để từ đó đánh giá hiệu quả sản xuất, kinh doanh của các tổ chức tín dụng. Nhiệm vụ, quyền hạn của Kiểm toán Nhà nước được quy định cụ thể tại Luật Kiểm toán nhà nước năm 2015 và các văn bản hướng dẫn thi hành.

## **2. Thực trạng các quy định của pháp luật về chủ thể tham gia xác định giá trị tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu**

### **2.1. Về kết quả đạt được**

Pháp luật hiện hành đã có các quy định tương đối rõ về các chủ thể tham gia xác định giá trị doanh nghiệp, được ghi nhận trong từng quy định của pháp luật chuyên ngành, như pháp luật về chuyển doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ thành công ty cổ phần; pháp luật giá; pháp luật về kiểm toán nhà nước, kiểm toán độc lập, pháp luật về quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp... Đồng thời, giữa các bộ phận pháp luật này về cơ bản đã có sự kết nối, tương thích với nhau. Chẳng hạn đối với nhóm chủ thể thực hiện tư vấn xác định giá trị doanh nghiệp dù được quy định riêng trong pháp luật về kiểm toán độc lập, pháp luật

về chứng khoán và pháp luật về giá, nhưng Luật Giá năm 2012 có đưa ra một quy định chung để tập hợp trách nhiệm, nghĩa vụ của những chủ thể này. Theo đó, dù có nhiều chủ thể thực hiện hoạt động thẩm định giá, hoạt động này vẫn phải tuân theo quy định về thẩm định giá của Luật Giá và các văn bản hướng dẫn<sup>11</sup>.

Thêm vào đó, pháp luật quy định về những chủ thể tham gia xác định giá trị doanh nghiệp trong hoạt động tái cơ cấu các tổ chức tín dụng cũng thường xuyên được sửa đổi, bổ sung để đảm bảo phù hợp với thực tiễn cuộc sống. Sự chi tiết, cụ thể, cập nhật trong các quy định của pháp luật đã mang lại hiệu quả trong quá trình thực hiện trên thực tế. Điều này được thể hiện rõ nét ở quy mô, kết quả hoạt động của các chủ thể tham gia vào việc xác định giá trị tổ chức tín dụng trong hoạt động tái cơ cấu, điển hình là doanh nghiệp thẩm định giá. Theo số liệu thống kê của Cục Quản lý giá - Bộ Tài chính, tính đến hết năm 2020 đã có 311 doanh nghiệp thẩm định giá được cấp Giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh dịch vụ thẩm định giá<sup>12</sup>. Số lượng tương đối lớn các doanh nghiệp thẩm định giá tồn tại cho thấy vai trò của hoạt động xác định giá trị ngày càng cao trong sự phát triển của nền kinh tế. Cùng với các doanh nghiệp thẩm định giá, các thẩm định viên cũng được đào tạo, rèn luyện thường xuyên để nâng cao trình độ chuyên môn, nghiệp vụ trong hoạt động thẩm định giá.

### **2.2. Về hạn chế**

Bên cạnh những kết quả đạt được nêu trên, các quy định của pháp luật về chủ thể tham gia xác định giá trị tổ chức tín dụng trong hoạt động tái cơ cấu vẫn bộc lộ một số bất cập như sau:

<sup>10</sup> Điều 26 Nghị định số 126/2017/NĐ-CP.

<sup>11</sup> Khoản 3 Điều 28 Luật Giá năm 2012.

<sup>12</sup> Cục Quản lý giá (2021), *Báo cáo về tình hình hoạt động thẩm định giá năm 2020 và phương hướng hoạt động năm 2021 của các doanh nghiệp thẩm định giá*.

*Thứ nhất*, các quy định của pháp luật về chủ thể tham gia xác định giá trị tổ chức tín dụng trong hoạt động tái cơ cấu chưa thống nhất, quy định rải rác ở các văn bản khác nhau, còn có những quy định chưa rõ ràng gây khó khăn cho quá trình áp dụng trên thực tế.

- Hiện nay, có sự thiếu vắng văn bản pháp luật ghi nhận đầy đủ về các chủ thể tham gia và quyền, nghĩa vụ của các chủ thể tham gia vào hoạt động xác định giá trị tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu. Đơn cử như đối với hoạt động cổ phần hoá doanh nghiệp nhà nước, Nghị định số 126/2017/NĐ-CP được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 140/2020/NĐ-CP (Nghị định số 126) quy định doanh nghiệp cổ phần hoá được thuê tổ chức tư vấn để xác định giá trị doanh nghiệp<sup>13</sup> và không quy định cụ thể về việc doanh nghiệp nào cần hoặc không cần thuê tổ chức tư vấn<sup>14</sup>. Quy định này có thể hiểu rằng, tổ chức tín dụng do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ khi cổ phần hoá có thể hoặc không cần thuê tổ chức tư vấn nếu thấy không cần thiết. Tuy nhiên, trong tất cả các quy định của Nghị định số 126, quá trình cổ phần hoá đều gắn liền với kết quả xác định giá trị doanh nghiệp của tổ chức tư vấn. Chẳng hạn, kết quả xác định giá trị doanh nghiệp do tổ chức tư vấn định giá là cơ sở để cơ quan đại diện chủ sở hữu quyết định công bố giá trị doanh nghiệp. Như vậy, trong trường hợp tổ chức tín dụng tự mình tiến hành xác định giá trị doanh nghiệp thì cách thức, quy trình thực hiện như thế nào chưa được quy định rõ.

- Quy định về quyền và nghĩa vụ của các chủ thể tham gia xác định giá trị doanh nghiệp chưa rõ ràng, cụ thể. Nghị định số 126 liệt kê rõ tổ chức tư vấn xác định giá

trị doanh nghiệp bao gồm: công ty kiểm toán, công ty chứng khoán, doanh nghiệp thẩm định giá được thành lập và hoạt động tại Việt Nam. Đồng thời, văn bản này cũng quy định các điều kiện và trách nhiệm chung của tổ chức tư vấn để xác định giá trị doanh nghiệp. Tuy nhiên, quyền của các tổ chức này và các nghĩa vụ cụ thể không được văn bản ghi nhận. Trong các văn bản pháp luật hiện hành, chỉ có Luật Giá năm 2012 quy định về quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp thẩm định giá (Điều 42). Quyền và nghĩa vụ của các tổ chức khác như doanh nghiệp kiểm toán, công ty chứng khoán không được quy định cụ thể.

Đối với các trường hợp xác định giá trị tổ chức tín dụng để mua bán, sáp nhập, giải thể, phá sản..., các văn bản chuyên ngành như Luật Doanh nghiệp, Luật Các tổ chức tín dụng, Luật Phá sản, Luật Cạnh tranh, Luật Chứng khoán... đều không quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của các chủ thể tham gia vào xác định giá trị doanh nghiệp. Các văn bản này cũng chỉ ghi nhận về việc định giá hoặc thuê một tổ chức tư vấn để thực hiện. Vì vậy, rất khó để xác định về quyền và nghĩa vụ cụ thể của các chủ thể khi tham gia vào hoạt động xác định giá trị doanh nghiệp nói chung, giá trị tổ chức tín dụng nói riêng.

- Quy định về trách nhiệm của tổ chức tư vấn thẩm định giá là chưa đầy đủ và rõ ràng. Theo quy định của Nghị định số 126, tổ chức tư vấn xác định giá trị doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về kết quả xác định giá trị doanh nghiệp. Trong khi đó, Điều 23 Nghị định số 126 quy định: “*Căn cứ Hồ sơ xác định giá trị doanh nghiệp do tổ chức tư vấn định giá*

<sup>13</sup> Khoản 1 Điều 12 Nghị định số 126/2017/NĐ-CP; Nghị định số 140/2020/NĐ-CP.

<sup>14</sup> Điều 12 Thông tư số 127/2014/TT-BTC quy định doanh nghiệp cổ phần hoá có tổng giá trị tài sản theo sổ kế toán từ 30 tỷ đồng trở lên hoặc giá trị vốn nhà nước theo sổ kế toán từ 10 tỷ đồng trở lên phải thuê các tổ chức có chức năng định giá thực hiện tư vấn xác định giá trị doanh nghiệp.

xây dựng, Ban Chỉ đạo có trách nhiệm thẩm tra về trình tự, thủ tục, tuân thủ các quy định của pháp luật về xác định giá trị doanh nghiệp, trình cơ quan đại diện chủ sở hữu quyết định”; Điều 24 Nghị định số 126 quy định: “*Kết quả công bố giá trị doanh nghiệp của cơ quan đại diện chủ sở hữu là một căn cứ quan trọng để xác định giá khởi điểm thực hiện đấu giá bán cổ phần lần đầu của doanh nghiệp cổ phần hóa*”. Như vậy, kết quả thẩm định giá của các tổ chức tư vấn chỉ có giá trị tham khảo và các tổ chức có nhu cầu xác định giá trị hoàn toàn có thể lựa chọn một kết quả khác. Bên cạnh đó, Nghị định số 126 cũng quy định tổ chức tư vấn xác định giá trị doanh nghiệp phải bồi thường thiệt hại do vi phạm các quy định của pháp luật trong quá trình thực hiện dịch vụ tư vấn định giá hoặc bị xử lý vi phạm theo quy định của pháp luật<sup>15</sup>. Tuy nhiên, việc doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm về kết quả xác định giá trị doanh nghiệp và phải bồi thường thiệt hại như thế nào chưa được hướng dẫn cụ thể.

*Thứ hai*, quy định về điều kiện thành lập đối với doanh nghiệp thẩm định giá chưa hợp lý.

Doanh nghiệp thẩm định giá là chủ thể quan trọng trong việc xác định giá trị doanh nghiệp, khi họ cung cấp cho các bên tham gia tái cơ cấu các tổ chức tín dụng những thông tin đáng tin cậy và có thể sử dụng để đưa ra quyết định tái cơ cấu hợp lý. Do nhu cầu xác định giá trị tài sản, giá trị doanh nghiệp trong nền kinh tế tăng cao khiến cho số lượng doanh nghiệp thẩm định giá phát triển nóng, phá vỡ định hướng phát triển nghề trong giai đoạn 2013 - 2020<sup>16</sup>,

xuất hiện tình trạng cạnh tranh không lành mạnh. Những hạn chế này dẫn tới việc cơ quan quản lý nhà nước siết chặt điều kiện thành lập đối với doanh nghiệp thẩm định giá.

Một trong những quy định thể hiện điều này là yêu cầu đối với người đại diện theo pháp luật, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc của doanh nghiệp thẩm định giá được bổ sung tại Nghị định số 12/2021/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 89/2013/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành Luật Giá về thẩm định giá (Nghị định số 12). Theo đó, người đại diện theo pháp luật, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc doanh nghiệp thẩm định giá phải là: (i) Thẩm định viên về giá đăng ký hành nghề tại doanh nghiệp; (ii) Có ít nhất 03 năm (36 tháng) là thẩm định viên về giá hành nghề trước khi trở thành người đại diện theo pháp luật, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc doanh nghiệp thẩm định giá; (iii) Không là người đại diện theo pháp luật, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc doanh nghiệp thẩm định giá đã bị thu hồi Giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh dịch vụ thẩm định giá trong khoảng thời gian 01 năm tính tới thời điểm nộp hồ sơ cấp, cấp lại Giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh dịch vụ thẩm định giá<sup>17</sup>.

Việc bổ sung điều kiện thứ (ii) và (iii) nhằm đảm bảo chất lượng của dịch vụ thẩm định giá cung cấp; hạn chế tình trạng cạnh tranh không lành mạnh về giá dịch vụ thẩm định giữa các doanh nghiệp thẩm định giá và phù hợp với Luật Đầu tư năm 2014 khi xác định thẩm định giá là ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện. Trong bối cảnh hiện nay, những điều kiện này được đánh

<sup>15</sup> Điểm c khoản 7 Điều 12 Nghị định số 126/2017/NĐ-CP.

<sup>16</sup> Bộ Tài chính (2019), Tờ trình về Dự án Nghị định sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 89/2013/NĐ-CP ngày 06/8/2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Giá về thẩm định giá.

<sup>17</sup> Khoản 2 Điều 1 Nghị định số 12/2021/NĐ-CP ngày 24/02/2021 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 89/2013/NĐ-CP ngày 06/8/2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Giá về thẩm định giá.



giá là tương đối khắt khe đối với người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp thẩm định giá và có khả năng dẫn tới việc nhiều doanh nghiệp thẩm định giá buộc phải rút lui bởi không đáp ứng được điều kiện, từ đó ảnh hưởng tới quy mô và mức độ cạnh tranh trên thị trường. Hơn nữa, những điều kiện bổ sung được quy định trong Nghị định số 12 đang bộc lộ sự không tương thích với quy định của Luật Giá năm 2012. Cụ thể, Điều 39 Luật Giá quy định về điều kiện cấp Giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh dịch vụ thẩm định giá của các doanh nghiệp thẩm định giá theo từng loại hình, trong đó quy định cụ thể về điều kiện của người đại diện theo pháp luật, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc của doanh nghiệp phải là thẩm định viên về giá đăng ký hành nghề tại doanh nghiệp. Luật Giá không trao cho Chính phủ hướng dẫn điều kiện kinh doanh trong lĩnh vực giá. Do đó, sự tồn tại các quy định trong Nghị định số 12 về yêu cầu đối với người đại diện theo pháp luật, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc của doanh nghiệp thẩm định giá là không phù hợp với quy định của Luật Giá.

Trên thực tế, mặc dù số lượng doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh dịch vụ thẩm định giá tương đối nhiều, nhưng hoạt động thẩm định giá trị doanh nghiệp của các doanh nghiệp thẩm định giá khá khiêm tốn, chủ yếu là thẩm định giá bất động sản. Cụ thể, trong năm 2019, tổng số chứng thư thẩm định giá doanh nghiệp là 1.301 (chiếm 0,8%), trong khi đó, chứng thư thẩm định giá bất động sản là 96.838 (chiếm 61,9%); chứng thư thẩm định giá động sản là 53.855 (chiếm 34,5%) và chứng thư thẩm định giá khác là 4.387 (chiếm 2,8%). Theo nguồn

vốn, tổng số chứng thư thẩm định giá cho các tài sản có nguồn vốn NSNN là 46.347 (chiếm 29,6%); số chứng thư thẩm định giá cho các tài sản có nguồn vốn khác là 110.034 (chiếm 70,4%)<sup>18</sup>.

Bên cạnh đó, hiện nay ở nước ta còn tồn tại những tổ chức thực hiện nghiệp vụ thẩm định giá tài sản vô hình, nhưng hoạt động này dường như chưa mang tính chuyên nghiệp hoá<sup>19</sup>; đồng thời, kết quả được đưa ra từ những chủ thể này có thể chưa mang tính thuyết phục. Một trong những nguyên nhân dẫn đến hạn chế này xuất phát từ tính đa dạng của các phương pháp xác định giá trị tài sản vô hình với các cách tiếp cận khác nhau, thậm chí tổ chức thẩm định giá còn có thể đưa ra một phương pháp xác định khác được cho là hợp lý để tính toán giá trị tài sản vô hình. Chưa kể tới việc với mỗi mục đích, thời điểm khác nhau, giá trị tài sản vô hình cũng được tính toán có sự khác biệt đáng kể. Những kết quả được đưa ra khác nhau khiến cho quá trình tái cơ cấu tổ chức tín dụng cũng gặp những trở ngại đáng kể, nếu không có sự thiện chí, hợp tác của các bên tham gia tái cơ cấu.

Đối với các tổ chức thẩm định giá trị thương hiệu tổ chức tín dụng, mỗi tổ chức cũng sử dụng một hệ thống các tiêu chí khác nhau để đánh giá, thậm chí đưa ra một con số cụ thể giá trị thương hiệu tổ chức tín dụng. Tuy nhiên, các số liệu này cũng chỉ mang tính chất tham khảo và chủ yếu phục vụ cho việc quản trị tổ chức tín dụng, ít có ý nghĩa trong việc giúp cho các tổ chức tín dụng có quyết định tái cơ cấu chính xác và thành công. Bởi lẽ, các tổ chức đánh giá giá trị thương hiệu sẽ chú trọng tới các tổ chức tín dụng có giá trị thương hiệu lớn, mạnh, chẳng hạn

<sup>18</sup> Cục Quản lý giá (2020), *Báo cáo về tình hình hoạt động thẩm định giá năm 2019 và phương hướng hoạt động năm 2020 của các doanh nghiệp thẩm định giá*.

<sup>19</sup> Nguyễn Trung Thắng (2015), *Định giá thương hiệu: Khoa học hay nghệ thuật?*, Viện Marketing và Quản trị Việt Nam VMI.

nhu Bảng xếp hạng Banking 500 - top 500 thương hiệu ngân hàng giá trị nhất toàn cầu của Brand Finance; Báo cáo đo lường thị trường tài chính cá nhân Private Financial Market - PFM của Nielsen; Bảng xếp hạng Top 10 ngân hàng thương mại Việt Nam uy tín và 500 doanh nghiệp lớn nhất Việt Nam VNR 500 của Vietnam Report... Trong khi đó, tham gia vào quá trình tái cơ cấu dưới các hình thức mua lại, sáp nhập, hợp nhất chủ yếu là các tổ chức tín dụng nhỏ, đang gặp những “trở ngại” trong cơ cấu vốn, tổ chức, quản trị, điều hành và hoạt động, với những nguy cơ ảnh hưởng tới tính an toàn, ổn định, bền vững của hệ thống ngân hàng. Do đó, các kết quả đánh giá của các tổ chức đánh giá giá trị thương hiệu nêu trên lại không có giá trị tham khảo trong trường hợp tái cơ cấu các tổ chức tín dụng.

*Thứ ba*, quy định về thời gian hoàn thành, công bố kết quả kiểm toán kết quả tư vấn định giá và xử lý các vấn đề tài chính của doanh nghiệp gây khó khăn, áp lực cho Kiểm toán Nhà nước khi thực hiện. Pháp luật hiện hành quy định, trong vòng 60 ngày làm việc kể từ ngày tiến hành kiểm toán, Kiểm toán Nhà nước phải thực hiện kiểm toán song song 02 nội dung: *một là*, xử lý các vấn đề tài chính; *hai là*, kết quả tư vấn định giá và phải hoàn thành việc công bố kết quả kiểm toán<sup>20</sup>. Trong khi đó, xác định giá trị doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ là hoạt động rất phức tạp. Chưa kể doanh nghiệp là tổ chức tín dụng, sự khó khăn trong việc xác định giá trị còn có phần khó thực hiện hơn.

### 3. Đề xuất giải pháp hoàn thiện các quy định của pháp luật về chủ thể tham gia xác định giá trị tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu

*Thứ nhất*, hoàn thiện quy định về chủ thể tham gia xác định giá trị tổ chức tín dụng trong quá trình tái cơ cấu và quyền, nghĩa

vụ của những chủ thể này theo hướng:

- Sửa đổi Nghị định số 126 theo hướng quy định bắt buộc sự tham gia của tổ chức tư vấn trong việc xác định giá trị tổ chức tín dụng do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ nói riêng, doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ nói chung khi tiến hành cổ phần hoá. Theo đó, khoản 1 Điều 12 Nghị định số 126 được viết lại như sau “doanh nghiệp cổ phần hoá *phải* thuê tổ chức tư vấn xác định giá trị doanh nghiệp”.

- Bộ Tài chính cần ban hành Thông tư hướng dẫn về tiêu chuẩn, điều kiện và quy trình, thủ tục công nhận tổ chức cung cấp dịch vụ xác định giá trị doanh nghiệp, với mục đích: (i) Quy định cụ thể quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của những tổ chức này; (ii) Tập hợp cụ thể điều kiện; (iii) Quy định về quy trình, thủ tục công nhận tổ chức tư vấn định giá; (iv) Quy định về đánh giá hàng năm hoạt động của các tổ chức tư vấn định giá; (v) Quy định về các chế tài đối với tổ chức tư vấn định giá như bị loại khỏi danh sách tổ chức tư vấn định giá. Đồng thời, ban hành Thông tư mới hướng dẫn về tiêu chuẩn, điều kiện và quy trình thủ tục công nhận tổ chức cung cấp dịch vụ xác định giá trị doanh nghiệp để thay thế Thông tư số 127/2012/TT-BTC được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư số 205/2015/TT-BTC về hướng dẫn về tiêu chuẩn, điều kiện và quy trình thủ tục công nhận tổ chức cung cấp dịch vụ xác định giá trị doanh nghiệp vì các Thông tư này đều hướng dẫn Nghị định 59/2011/NĐ-CP đã hết hiệu lực thi hành.

- Quy định chặt chẽ hơn về giá trị pháp lý của chứng thư thẩm định giá, đồng thời ban hành văn bản ghi nhận đầy đủ trách nhiệm của tổ chức tư vấn định giá trong trường hợp kết quả thẩm định giá không trung thực. Bên cạnh đó, cần bổ sung thêm các quy định về việc xử lý tranh chấp kết

<sup>20</sup> Điểm b khoản 3 Điều 26 Nghị định số 126/2017/NĐ-CP.

quả về thẩm định giá, khen thưởng, xử lý vi phạm và khiếu nại, tố cáo trong lĩnh vực thẩm định giá.

*Thứ hai*, sửa đổi Nghị định số 12 theo hướng bãi bỏ quy định bổ sung về điều kiện thành lập đối với doanh nghiệp thẩm định giá cho phù hợp với Luật Giá năm 2012.

Theo quy định tại điểm c khoản 2 Điều 37 Luật Giá năm 2012, thẩm định viên về giá “ký báo cáo kết quả thẩm định giá, chứng thư thẩm định giá và chịu trách nhiệm trước pháp luật, trước người đại diện theo pháp luật, Giám đốc hoặc Tổng Giám đốc doanh nghiệp thẩm định giá về kết quả thẩm định giá”. Như vậy, chất lượng của Báo cáo kết quả thẩm định giá, chứng thư thẩm định giá phụ thuộc vào thẩm định viên về giá. Việc yêu cầu kinh nghiệm của người đại diện theo pháp luật, Giám đốc hay Tổng Giám đốc không đồng nghĩa tuyệt đối với việc chất lượng thẩm định giá được tăng cao. Chưa kể tới việc để thực hiện thẩm định giá, doanh nghiệp thẩm định giá phải mua bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp cho hoạt động thẩm định giá hoặc trích lập quỹ dự phòng rủi ro nghề nghiệp<sup>21</sup>. Điều này đồng nghĩa với việc khi chất lượng báo cáo kết quả thẩm định giá của doanh nghiệp kém chất lượng, gây thiệt hại cho khách hàng thì bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp đóng vai trò là giải pháp bồi thường thiệt hại và buộc doanh nghiệp thẩm định giá phải chú trọng hơn đến chất lượng dịch vụ. Theo đó, thay vì đưa ra các điều kiện bổ sung vượt quá so với quy định của Luật, việc quản lý nhà nước tránh tiêu cực trong lĩnh vực thẩm định giá cần thực hiện bằng các công cụ quản lý khác như Luật Cạnh tranh, giải pháp hậu kiểm để xử phạt vi phạm hành chính nếu có dấu hiệu vi phạm của doanh nghiệp thẩm định giá. Việc áp đặt điều kiện cho người đứng đầu doanh nghiệp thẩm

định giá không giải quyết về vấn đề cạnh tranh giữa các doanh nghiệp.

*Thứ ba*, đổi mới, nâng cao hiệu quả hoạt động áp dụng pháp luật của Kiểm toán Nhà nước.

Tác giả cho rằng, việc quy định thời gian thực hiện kiểm toán xác định giá trị doanh nghiệp đối với doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ nói chung, tổ chức tín dụng do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ nói riêng là 60 ngày kể từ ngày tiến hành kiểm toán mặc dù có thể gây áp lực về thời gian cho Kiểm toán Nhà nước, nhưng để quá trình cổ phần hoá đối với tổ chức tín dụng được diễn ra kịp thời, hiệu quả, khoảng thời gian 60 ngày này vẫn có thể áp dụng theo quy định của pháp luật hiện hành. Tuy nhiên, để giảm tải áp lực về thời gian và tạo tính chủ động cho mình, Kiểm toán Nhà nước hoàn toàn có thể chủ động cập nhật thông tin về tổ chức tín dụng đang trong quá trình cổ phần hoá, tình hình xác định giá trị doanh nghiệp đối với tổ chức tín dụng này để dự kiến kế hoạch kiểm toán. Theo quy định của pháp luật, chỉ sau khi cơ quan đại diện chủ sở hữu gửi văn bản kèm theo hồ sơ đề nghị cơ quan Kiểm toán Nhà nước thực hiện kiểm toán kết quả tư vấn định giá và xử lý các vấn đề tài chính thì Kiểm toán Nhà nước mới tổ chức thực hiện kiểm toán trong thời gian 10 ngày kể từ ngày nhận được đề nghị của cơ quan đại diện chủ sở hữu. Tuy nhiên, trước khi hồ sơ đề nghị kiểm toán được cơ quan đại diện chủ sở hữu gửi tới, việc Kiểm toán Nhà nước nghiên cứu, nắm trước các thông tin cần thiết về doanh nghiệp cổ phần hoá để xây dựng dự kiến kế hoạch kiểm toán sẽ giúp cho cuộc kiểm toán diễn ra chủ động hơn và giảm thiểu thời gian hơn ■

<sup>21</sup> Điểm d khoản 2 Điều 42 Luật Giá năm 2012.

# NHẬN DIỆN VÀ XỬ LÝ THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH BỊ CẤM TRONG LUẬT CẠNH TRANH NĂM 2018

**Nguyễn Hoàn Hảo\***

*\*ThS. NCS. Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm, xử phạt, Luật Cạnh tranh năm 2018.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 19/5/2021  
Biên tập : 26/7/2021  
Duyệt bài : 28/7/2021

## Tóm tắt:

Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm là một trong ba hành vi hạn chế cạnh tranh gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường. Hiện nay, các hành vi vi phạm về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh ngày càng tinh vi; việc phát hiện và điều tra các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trở nên khó khăn, phức tạp hơn. Vì vậy, để phát hiện và điều tra, xử lý đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, trong thời gian tới cần có những chính sách hiệu quả hơn, đảm bảo tính phong ngừa và răn đe mạnh mẽ.

## Article Information:

*Keywords:* Prohibited anticompetitive agreement; sanctioning; Law on Competition of 2018.

## Article History:

Received : 19 May 2021  
Edited : 26 Jul. 2021  
Approved : 28 Jul. 2021

## Abstract:

Prohibited anti-competitive agreement is one of three anti-competitive acts that have an impact or are likely to have an anti-competitive effect in the market. Currently, violations of anti-competitive agreements are increasingly sophisticated, and the detection and investigation of anti-competitive agreements has become more difficult and complicated. Therefore, in order to detect, investigate and handle anti-competitive agreements, in the coming time, it is necessary to have more effective policies, ensuring strong prevention and deterrence.

## 1. Nhận diện thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm

Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được coi là hành vi có mức độ nguy hiểm và gây hậu quả lớn. Bởi lẽ, nó có khả năng làm biến dạng thị trường, thay đổi cơ cấu “cung”, lũng đoạn “cầu”, phá vỡ giá trị điều tiết theo quy luật cung - cầu của thị trường, gây nguy hại không chỉ cho các đối tượng cạnh tranh, người tiêu dùng mà toàn thị trường cũng bị ảnh hưởng nghiêm trọng<sup>1</sup>.

Pháp luật cạnh tranh ở đa số các nước trên thế giới đều phân biệt rõ giữa “thỏa thuận theo chiều ngang” và “thỏa thuận theo chiều dọc”. Thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh thường được gọi là thỏa thuận theo chiều ngang, đây là những thỏa thuận ngầm hoặc công khai gây hạn chế khả năng hành động một cách độc lập của các đối thủ cạnh tranh, bao gồm những hành vi từ liên doanh, liên kết trong hoạt động quảng cáo và marketing, hoạt động của hiệp hội

<sup>1</sup> Đào Ngọc Báu, *Quyền tự do cạnh tranh của doanh nghiệp và kết cấu thị trường cạnh tranh*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 20, năm 2020.

kinh doanh đến ấn định giá và gian lận trong đấu thầu.

Khoản 4 Điều 3 Luật Cạnh tranh năm 2018 định nghĩa thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là hành vi thỏa thuận giữa các bên dưới mọi hình thức gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh. Các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được quy định tại Điều 11 Luật Cạnh tranh năm 2018; cùng với đó, các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm được quy định và liệt kê cụ thể tại Điều 12 Luật Cạnh tranh năm 2018.

Các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm được thực hiện dưới hai dạng sau:

*Thứ nhất*, quy định cấm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo nguyên tắc vi phạm mặc nhiên đối với các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh nghiêm trọng. Dạng thứ nhất này được chia thành hai phương thức xác định. *Một là*, các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm đương nhiên và không được hưởng miễn trừ, bao gồm: (thỏa thuận để một hoặc các bên tham gia thỏa thuận thắng thầu khi tham gia đấu thầu trong việc cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ; thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh; thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên tham gia thỏa thuận). *Hai là*, các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm khi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan (thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp; thỏa thuận phân chia khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch

vụ; thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ).

*Thứ hai*, cấm theo nguyên tắc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường một cách hợp lý đối với các dạng hành vi thỏa thuận khác. Theo đó, các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm khi thỏa thuận đó gây ra tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường. Dạng thứ hai này cũng được chia làm hai phương thức. *Một là*, các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường, bao gồm: (thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư; thỏa thuận áp đặt hoặc ấn định điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ cho doanh nghiệp khác hoặc thỏa thuận buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng; thỏa thuận không giao dịch với các bên không tham gia thỏa thuận; thỏa thuận hạn chế thị trường tiêu thụ sản phẩm, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ của các bên không tham gia thỏa thuận; thỏa thuận khác gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh.). *Hai là*, các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp kinh doanh ở các công đoạn khác nhau trong cùng một chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường, bao gồm: thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch

vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp; thỏa thuận phân chia khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ; thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ; thỏa thuận hạn chế phát triển kỹ thuật, công nghệ, hạn chế đầu tư; thỏa thuận áp đặt hoặc ấn định điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ cho doanh nghiệp khác hoặc thỏa thuận buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng; thỏa thuận không giao dịch với các bên không tham gia thỏa thuận; thỏa thuận hạn chế thị trường tiêu thụ sản phẩm, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ của các bên không tham gia thỏa thuận; thỏa thuận khác gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh.

## **2. Quy trình xử lý thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm**

Luật Cạnh tranh năm 2004<sup>2</sup> là văn bản quy phạm pháp luật đầu tiên điều chỉnh hoạt động cạnh tranh trên thị trường, trong đó có điều chỉnh các quan hệ về hành vi hạn chế cạnh tranh và xử lý vi phạm pháp luật đối với các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trên thị trường Việt Nam. Đến Luật Cạnh tranh năm 2018, các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm được điều chỉnh theo hướng hợp lý hơn cũng như mở rộng phạm vi áp dụng.

Hầu hết các vụ việc vi phạm về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được Cơ quan cạnh tranh phát hiện, điều tra và xử lý chủ yếu dựa trên các thông tin tự phát hiện, khiếu nại của các doanh nghiệp không

tham gia thỏa thuận hoặc được sự trợ giúp từ một số cơ quan truyền thông. Thực tiễn tại Việt Nam, sau khi một số vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị Cơ quan cạnh tranh phát hiện, điều tra và xử lý, các doanh nghiệp đã có nhận thức về các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm. Nhận thức pháp luật cao hơn một mặt có thể giúp doanh nghiệp nâng cao ý thức tuân thủ quy định của pháp luật cạnh tranh về kiểm soát hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, nhưng mặt khác, cũng khiến các doanh nghiệp lợi dụng kẽ hở của pháp luật để thực hiện và cố ý che giấu hành vi vi phạm. Trên thực tế, vì mục tiêu lợi nhuận, các doanh nghiệp vẫn không từ bỏ thực hiện các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm, nhưng đã che giấu, không để lại hoặc tiêu hủy chứng cứ về thỏa thuận hoặc không tiết lộ thông tin ra bên ngoài. Điều đó đã tạo ra những thách thức lớn đối với cơ quan cạnh tranh trong việc phát hiện thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Theo quy định của Luật Cạnh tranh năm 2018, việc xử lý các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh tuân theo những trình tự sau:

- *Về cơ sở thụ lý, điều tra:* Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia có trách nhiệm tiếp nhận, xác minh và đánh giá các thông tin, chứng cứ về hành vi có dấu hiệu vi phạm quy định của pháp luật về cạnh tranh do tổ chức, cá nhân cung cấp hoặc tổ chức, cá nhân cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm hại do hành vi vi phạm quy định của pháp luật về cạnh tranh có quyền thực hiện khiếu nại vụ việc cạnh tranh đến Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia. Thời hiệu khiếu nại là 03 năm kể từ ngày hành vi có dấu

<sup>2</sup> Văn bản quy phạm pháp luật đã hết hiệu lực.

hiệu vi phạm pháp luật về cạnh tranh được thực hiện.

- Về quy trình điều tra vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm:

+ Thẩm quyền ra quyết định điều tra: Thủ trưởng Cơ quan điều tra vụ việc cạnh tranh ra quyết định điều tra vụ việc cạnh tranh trong các trường hợp mà việc khiếu nại vụ việc cạnh tranh đáp ứng yêu cầu theo quy định hoặc Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia phát hiện hành vi có dấu hiệu vi phạm pháp luật về cạnh tranh trong thời hạn 03 năm kể từ ngày hành vi có dấu hiệu vi phạm pháp luật về cạnh tranh được thực hiện.

+ Thời hạn điều tra: Thời hạn điều tra vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là 09 tháng kể từ ngày ra quyết định điều tra, đối với vụ việc phức tạp thì được gia hạn một lần nhưng không quá 03 tháng.

+ Áp dụng các biện pháp ngăn chặn: Trong quá trình điều tra vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, Chủ tịch Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia, trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình, yêu cầu các cơ quan có thẩm quyền áp dụng biện pháp ngăn chặn và bảo đảm xử lý vi phạm hành chính sau đây theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính như tạm giữ tang vật, phương tiện vi phạm, giấy phép, chứng chỉ hành nghề; khám phương tiện vận tải, đồ vật; khám nơi cất giấu tang vật, phương tiện vi phạm.

+ Lấy lời khai: Việc lấy lời khai được Điều tra viên vụ việc cạnh tranh tiến hành với bên khiếu nại, bên bị điều tra, người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan, người làm chứng, tổ chức, cá nhân liên quan khác để thu thập và xác minh các thông tin, chứng cứ cần thiết cho việc giải quyết

vụ việc cạnh tranh. Việc lấy lời khai được tiến hành tại trụ sở của Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia. Trong trường hợp cần thiết, việc lấy lời khai có thể được tiến hành bên ngoài trụ sở của Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia. Biên bản ghi lời khai phải được người khai tự đọc lại hay nghe đọc lại và ký tên hoặc điểm chỉ vào từng trang. Người khai có quyền yêu cầu ghi những sửa đổi, bổ sung vào biên bản ghi lời khai và ký tên hoặc điểm chỉ xác nhận. Biên bản còn phải có chữ ký của người lấy lời khai, người ghi biên bản vào từng trang. Trường hợp người được lấy lời khai từ chối ký, điểm chỉ vào biên bản, điều tra viên vụ việc cạnh tranh tiến hành lấy lời khai phải ghi vào biên bản và nêu rõ lý do.

+ Triệu tập người làm chứng trong quá trình điều tra: Trong quá trình điều tra, các bên có quyền đề nghị Cơ quan điều tra vụ việc cạnh tranh triệu tập người làm chứng. Bên đề nghị triệu tập người làm chứng có nghĩa vụ trình bày lý do cần thiết phải có người làm chứng để Cơ quan điều tra vụ việc cạnh tranh quyết định.

+ Chuyển hồ sơ vụ việc trong trường hợp phát hiện hành vi có dấu hiệu của tội phạm: Trong quá trình điều tra, khi phát hiện có dấu hiệu của tội phạm, điều tra viên vụ việc cạnh tranh phải báo cáo Thủ trưởng Cơ quan điều tra vụ việc cạnh tranh xem xét, kiến nghị Chủ tịch Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia chuyển một phần hoặc toàn bộ hồ sơ liên quan đến dấu hiệu của tội phạm đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền xử lý theo quy định của pháp luật. Trường hợp xác định không có căn cứ hoặc không khởi tố vụ án hình sự về tội vi phạm quy định về cạnh tranh, cơ quan nhà nước có

thẩm quyền trả lại hồ sơ cho Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia để tiếp tục điều tra theo quy định của Luật này. Thời hạn điều tra được tính từ ngày Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia nhận lại hồ sơ.

+ Kết thúc điều tra: Sau khi kết thúc điều tra, điều tra viên vụ việc cạnh tranh lập báo cáo điều tra gồm các nội dung chủ yếu sau đây để trình Thủ trưởng Cơ quan điều tra vụ việc cạnh tranh: tóm tắt vụ việc; xác định hành vi vi phạm; tình tiết và chứng cứ được xác minh; đề xuất biện pháp xử lý.

Thủ trưởng Cơ quan điều tra vụ việc cạnh tranh ra kết luận điều tra và chuyển hồ sơ vụ việc cạnh tranh, báo cáo điều tra và kết luận điều tra đến Chủ tịch Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia để xử lý.

- Về tổ chức xử lý vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh:

+ Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ vụ việc, báo cáo điều tra và kết luận điều tra, Chủ tịch Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia phải ra quyết định thành lập Hội đồng xử lý vụ việc hạn chế cạnh tranh để xử lý vụ việc hạn chế cạnh tranh.

Trước khi ra quyết định xử lý vụ việc hạn chế cạnh tranh, Hội đồng xử lý vụ việc hạn chế cạnh tranh phải mở phiên điều trần.

+ Hình thức và mức xử phạt: Tùy vào hành vi cụ thể mà mức phạt tiền sẽ từ 01% đến 10% hoặc từ 01% đến 05% tổng doanh thu trên thị trường liên quan trong năm tài chính liền kề trước năm thực hiện hành vi vi phạm của từng doanh nghiệp là các bên tham gia thỏa thuận. Bên cạnh đó, hình phạt bổ sung có thể được áp dụng như: tịch thu khoản lợi nhuận thu được từ việc thực hiện hành vi vi phạm đối với hành vi; buộc loại bỏ những điều khoản vi phạm pháp

luật ra khỏi hợp đồng, thỏa thuận hoặc giao dịch kinh doanh.

Tuy nhiên, mức phạt tiền tối đa đối với tổ chức, cá nhân thực hiện hành vi vi phạm phải thấp hơn mức phạt tiền thấp nhất tương ứng được quy định trong Bộ luật Hình sự đối với tổ chức, cá nhân thực hiện hành vi đó. Trong quá trình xử phạt hành vi vi phạm, khi phát hiện có dấu hiệu của tội phạm quy định tại Điều 217 Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015), Chủ tịch Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia có trách nhiệm chuyển một phần hoặc toàn bộ hồ sơ liên quan đến dấu hiệu của tội phạm đến cơ quan tố tụng có thẩm quyền để truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật.

Ngoài ra, doanh nghiệp tự nguyện khai báo giúp Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia phát hiện, điều tra và xử lý hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm được miễn hoặc giảm mức xử phạt theo chính sách khoan hồng.

+ Thẩm quyền xử phạt: Chủ tịch Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia có quyền quyết định mức phạt, hình phạt bổ sung, biện pháp khắc phục hậu quả việc cho miễn hoặc giảm mức xử phạt theo chính sách khoan hồng.

### **3. Một số bất cập trong các quy định của pháp luật về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm và kiến nghị**

*Thứ nhất, quy định về mức phạt tiền đối với các hành vi vi phạm còn thấp.*

Tác giả cho rằng, mức tiền phạt theo quy định của khoản 1 Điều 111 Luật Cạnh tranh năm 2018 và Nghị định số 75/2019/NĐ-CP về xử lý vi phạm trong lĩnh vực cạnh tranh như đã nêu trên còn thấp. Có



những thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm xảy ra trên thực tế và thời gian thực hiện của các thỏa thuận này rất lâu, hậu quả kéo dài hoặc có những thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm được thực hiện và gây nên hậu quả rất lớn. Vì vậy, mức phạt thấp sẽ không mang tính chất răn đe. Mức phạt đối với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm không chỉ mang ý nghĩa trừng phạt các hành vi vi phạm pháp luật của các chủ thể tham gia thỏa thuận, mà quan trọng hơn nó còn thể hiện tính răn đe, trừng phạt và phòng ngừa của pháp luật đối với các vi phạm tiềm năng có thể xảy ra. Trên thực tế, chúng ta có thể thấy, nếu một doanh nghiệp có thể xác định trước số tiền phạt sẽ được áp dụng đối với bất kỳ hành vi vi phạm nào đó của chính mình khi công ty đó có dự định sẽ thực hiện hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm với một hoặc nhiều công ty khác, thì rất có thể công ty đó sẽ cân nhắc và đưa ra quyết định hợp lý về việc có tham gia vào thỏa thuận hay không. Để khắc phục bất cập trên đây, cần nâng mức phạt cao hơn mang tính răn đe hơn; cần sửa khoản 1 Điều 111 Luật Cạnh tranh năm 2018 theo hướng nâng mức xử phạt, cụ thể: “*Mức phạt tiền tối đa đối với hành vi vi phạm quy định về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền là 20% tổng doanh thu của doanh nghiệp có hành vi vi phạm trên thị trường liên quan trong năm tài chính liền kề trước năm thực hiện hành vi vi phạm*”. Như vậy, các chủ thể của Luật Cạnh tranh nếu có ý định tiến hành thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm sẽ rất đắn đo trong việc thực hiện hay không thỏa thuận, đồng thời với mức phạt cao đối với doanh nghiệp vi phạm thì các chủ

thể khác sẽ thấy được tính răn đe của pháp luật. Đồng thời, sửa đổi quy định tương ứng của Nghị định số 75/2019/NĐ-CP về xử lý vi phạm trong lĩnh vực cạnh tranh.

*Thứ hai, quy định về số tiền phạt tối đa là chưa hợp lý.*

Nhìn chung, các nước trên thế giới khi xác định mức phạt đối với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh nói chung luôn dựa vào doanh thu của các doanh nghiệp chứ không xác định mức phạt bằng một số tiền cụ thể như quy định của pháp luật Việt Nam. Hiện nay, việc quy định mức phạt tiền tối đa đối với hành vi vi phạm quy định về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong Luật Cạnh tranh năm 2018 phải thấp hơn mức phạt tiền thấp nhất được quy định trong BLHS năm 2015 (1.000.000.000 VND). Trên thực tế, việc giới hạn mức phạt tiền của các hành vi hạn chế cạnh tranh bị cấm theo quy định của BLHS năm 2015 cũng rất khó áp dụng; bởi lẽ, quy định về hành vi vi phạm của BLHS năm 2015 không đồng nhất với các quy định của Luật Cạnh tranh năm 2018. Những hành vi vi phạm mà Luật Cạnh tranh năm 2018 liệt kê đa dạng hơn và có sự phân loại rõ ràng, có những hành vi với mức độ nguy hiểm, gây thiệt hại lớn chưa được xem là tội phạm trong luật hình sự. Để khắc phục bất cập này, tác giả cho rằng, cần xác định rõ mức độ, hành vi của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm bị xử phạt theo luật cạnh tranh hoàn toàn khác với quy định tại Điều 217 BLHS năm 2015, bỏ mức phạt tối đa theo quy định trong Luật Cạnh tranh năm 2018. Theo đó, cần sửa đổi Điều 217 BLHS năm 2015 theo hướng loại bỏ các quy định về hình thức phạt tiền đối với hành vi vi phạm, hoặc trong trường

hợp dẫn chiếu ngược trở lại quy định mức phạt tiền trong Luật Cạnh tranh năm 2018 thì áp dụng mức phạt tiền trong Luật Cạnh tranh năm 2018.

*Thứ ba, quy định về áp dụng chính sách khoan hồng là chưa hợp lý.*

Khoản 5 Điều 112 Luật Cạnh tranh năm 2018 quy định chính sách khoan hồng chỉ áp dụng cho tối đa ba doanh nghiệp đầu tiên nộp đơn xin hưởng khoan hồng và đáp ứng đủ điều kiện và không áp dụng đối với các doanh nghiệp sau hoặc cá nhân. Theo quy định tại khoản 6 Điều này, cơ sở để xác định thứ tự ưu tiên của ba doanh nghiệp đầu tiên là thứ tự khai báo, thời điểm khai báo và mức độ trung thực và giá trị của các thông tin, chứng cứ đã cung cấp. Việc quy định số lượng doanh nghiệp được hưởng khoan hồng tối đa 03 doanh nghiệp một phần nhằm hạn chế số lượng chủ thể vi phạm được hưởng khoan hồng để đảm bảo tính răn đe và nghiêm minh của pháp luật (các doanh nghiệp ngoài 03 doanh nghiệp này sẽ bị xử lý nghiêm minh) đồng thời không hạn chế quá ít doanh nghiệp để có cơ hội thu được nhiều thông tin, tài liệu, bằng chứng có giá trị hơn. Tuy nhiên, việc áp dụng trên thực tiễn là rất khó khăn trong việc xác định các doanh nghiệp nào là doanh nghiệp đầu tiên, cung cấp thông tin chính xác và trung thực và nếu xác định được cũng tạo sự bất công cho các doanh nghiệp còn lại khi muốn tự khai báo và khai báo chính xác.

Đối với mức miễn giảm của chính sách khoan hồng: Khi đã xác định được ba doanh nghiệp đầu tiên, theo quy định của khoản 7 Điều 112 Luật Cạnh tranh năm 2018, doanh nghiệp thứ nhất được miễn 100% mức phạt tiền; doanh nghiệp thứ hai và thứ ba lần lượt được giảm 60% và 40%

mức phạt tiền. Quy định này tuy đảm bảo mục tiêu hiệu quả giống như chính sách khoan hồng ở các nước là bảo vệ người trình báo khỏi hình phạt, hoặc giảm hình phạt dưới mức họ phải chịu và đảm bảo tính hấp dẫn của chính sách, nhưng khi một doanh nghiệp thực hiện một hành vi vi phạm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh gây hậu quả nặng nề mà được khoan hồng 100% mức xử phạt thì có đảm bảo tính răn đe và uy nghiêm của pháp luật?. Để gia tăng khả năng phát hiện, xử lý và tự khai báo thành công trong các vụ việc về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, cần bổ sung việc áp dụng chính sách khoan hồng đối với các cá nhân có liên quan, đồng thời điều chỉnh mức khoan hồng cho hợp lý, nâng số lượng doanh nghiệp được hưởng khoan hồng.

*Thứ tư, quy định về bồi thường thiệt hại trong xử lý các vi phạm pháp luật về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh có điểm chưa hợp lý.*

Hiện nay, vấn đề bồi thường thiệt hại trong cạnh tranh được pháp luật cạnh tranh dẫn chiếu sang áp dụng pháp luật dân sự. Pháp luật dân sự Việt Nam đã có nhiều biện pháp chế tài dân sự để có thể áp dụng trong trường hợp có hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh. Tuy nhiên, hiện nay, pháp luật dân sự chưa quy định về bồi thường thiệt hại có tính chất phạt, các quy định về các chế tài phi vật chất cũng chưa được cụ thể hóa. Vì vậy, nếu vấn đề bồi thường được chuyển sang áp dụng pháp luật dân sự, thì cần sửa đổi Bộ luật Dân sự năm 2015 theo hướng bổ sung quy định việc bồi thường giá trị tinh thần, đồng thời quy định mức bồi thường riêng, khác với mức bồi thường trong quan hệ dân sự thông thường ■.

# XÂY DỰNG NGUỒN NHÂN LỰC CÔNG AN XÃ CHÍNH QUY TINH GỌN, HOẠT ĐỘNG HIỆU LỰC, HIỆU QUẢ

**Phạm Công Tùng\***  
**Hoàng Văn Tấn\*\***

\*ThS. Khoa Luật, Học viện An ninh nhân dân

\*\*Phòng Quản lý học viên, Học viện An ninh nhân dân.

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Công an xã chính quy, nguồn nhân lực.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 26/8/2021

Biên tập : 18/9/2021

Duyệt bài : 21/9/2021

### Tóm tắt:

Xây dựng nguồn nhân lực công an xã chính quy tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả là nhiệm vụ chính trị quan trọng, có tính chiến lược của Đảng và Nhà nước ta nhằm kiện toàn tổ chức bộ máy của ngành công an, đáp ứng yêu cầu thực tiễn trong công tác phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật khác, bảo đảm an ninh, trật tự địa bàn cấp cơ sở. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả bàn về quan điểm, yêu cầu, nội dung xây dựng nguồn nhân lực công an xã chính quy và đưa ra các kiến nghị nhằm nâng cao hiệu quả hoạt động của lực lượng này trong thời gian tới.

### Article Infomation:

*Keywords:* Permanent commune police; humance resource.

*Article History:*

Received : 26 Aug. 2021

Edited : 18 Sep. 2021

Approved : 21 Sep. 2021

### Abstract:

Establishment of a compact, efficient and effective permanent police at commune level is an important and strategic political task of our Party and State in order to strengthen the organizational apparatus of the police force, that meet the practical requirements in the prevention and combat of crimes and other law violations, and ensure security and order in the locality at the grassroots level. Within the scope of this article, the authors provide discussions of the views, requirements, and content of establishing the permanent police at commune level and make recommendations to improve the operational efficiency of this force in the coming time.

## 1. Khái quát chung về xây dựng nguồn nhân lực công an xã chính quy tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả

Xây dựng nguồn nhân lực công an xã chính quy tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả là nhiệm vụ chính trị quan trọng, có tính chiến lược của Đảng và Nhà nước ta nhằm kiện toàn tổ chức bộ máy của ngành công an, đáp ứng yêu cầu thực tiễn trong công tác phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật khác, bảo đảm an ninh, trật tự địa bàn cấp cơ sở.

Trong những năm qua, nhiều chủ trương, đường lối, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước về kiện toàn tổ chức bộ máy hệ thống chính trị được ban hành, trong đó có nội dung kiện toàn tổ chức, bộ máy của Bộ Công an, điển hình như Nghị quyết số 28-NQ/TW ngày 25/10/2013 của Ban Chấp hành trung ương Đảng khoá XI về “Chiến lược bảo vệ Tổ quốc trong tình hình mới”; Nghị quyết số 18-NQ/TW ngày 25/10/2017 của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII về một số vấn đề về tiếp tục đổi mới, sắp

xếp tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả; Nghị quyết số 22 - NQ/TW ngày 15/3/2018 của Bộ Chính trị “về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy Bộ Công an tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả”; Nghị định số 01-2018/NĐ-CP ngày 06/8/2018 của Thủ tướng Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Công an; Nghị định số 42/NĐ-CP ngày 31/3/2021 của Chính phủ quy định việc xây dựng Công an xã, thị trấn chính quy. Theo đó, việc kiện toàn tổ chức, bộ máy của Bộ Công an tinh gọn, hiệu lực, hiệu quả phải đảm bảo rút gọn được các đầu mối trung gian; chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn phải được cụ thể hoá; phân công, phân cấp, phân quyền giữa các lực lượng, các địa bàn được tổ chức hợp lý, mạnh mẽ và đồng bộ; kiện toàn tổ chức bộ máy gắn với tinh giản biên chế; cơ cấu, sắp xếp, xây dựng lực lượng công an xã chính quy tại địa bàn cơ sở đáp ứng yêu cầu bảo đảm an ninh, trật tự trong tình hình mới.

Quán triệt tinh thần trên, Bộ Công an đã thực hiện kiện toàn tổ chức, bộ máy khi giảm 06 tổng cục, 01 đơn vị tương đương cấp tổng cục, 55 đơn vị cấp cục, 22 Cảnh sát Phòng cháy, chữa cháy (PCCC) cấp tỉnh, 07 trường và 1.014 đơn vị cấp phòng, giảm hơn 30.500 biên chế, trong đó thôi phục vụ trước thời hạn 4.100 người; hơn 5.100 người tinh giản theo quy định và số lao động hợp đồng hơn 1.100 người. Đặc biệt là bố trí 43.175 cán bộ Công an chính quy tại 8.621 xã, trung bình bố trí 5 Công an/xã, cơ bản tất cả Công an đơn vị, địa phương đều bố trí Công an xã chính quy, chất lượng công tác bảo vệ an ninh quốc gia, bảo đảm trật tự an toàn xã hội ở địa bàn cơ sở được nâng lên, cơ bản đều có những chuyên viên tích cực rõ nét, góp phần quan trọng trong việc kiềm chế tội phạm, vi

phạm pháp luật về trật tự xã hội (cụ thể: năm 2018 tội phạm về trật tự xã hội giảm 0,61% so với năm 2017; năm 2019 giảm 7,39% so với năm 2018; năm 2020 giảm 6,8% so với cùng kỳ năm 2019)<sup>1</sup>. Đạt được kết quả to lớn này là do có sự vào cuộc cả hệ thống chính trị với quyết tâm, nỗ lực lớn, hành động quyết liệt, hiệu quả.

Xây dựng nguồn nhân lực công an xã chính quy quy tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả được xác định là hoạt động có tính định hướng, có tổ chức, có kế hoạch cụ thể, đảm bảo đúng quy định của pháp luật, quy định của ngành công an, phù hợp với tình hình thực tế của địa phương; kết hợp chặt chẽ giữa nhiệm vụ bảo đảm an ninh, trật tự, an toàn xã hội với nhiệm vụ quốc phòng, kinh tế, xã hội địa phương. Những việc đã rõ, cần thực hiện thì thực hiện ngay; những việc mới, chưa được quy định, hoặc những việc đã có quy định nhưng không còn phù hợp thì mạnh dạn chỉ đạo thực hiện thí điểm, vừa làm vừa rút kinh nghiệm, từng bước hoàn thiện, mở rộng dần, không cầu toàn, không nóng vội; những việc chưa rõ, phức tạp, nhạy cảm, còn có ý kiến khác nhau thì tiếp tục nghiên cứu, tổng kết để có chủ trương, giải pháp phù hợp; bảo đảm tính tổng thể, đồng bộ, liên thông; kết hợp hài hoà giữa kế thừa, ổn định với đổi mới, phát triển; bố trí đủ nguồn lực cần thiết và có cơ chế, chính sách phù hợp đối với những người chịu tác động trực tiếp trong quá trình sắp xếp; mô hình và quy mô tổ chức bộ máy phải phù hợp với tính chất, đặc điểm, chức năng, nhiệm vụ của từng cơ quan, đơn vị, địa phương...

Nội dung xây dựng nguồn nhân lực công an xã chính quy tập trung vào: xây dựng về tổ chức, bộ máy (mô hình, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của lực lượng công an xã); xây dựng về đội ngũ cán bộ, chiến sĩ (đảm

<sup>1</sup> Xem: Báo cáo sơ kết, đánh giá kết quả triển khai thực hiện chủ trương xây dựng Công an xã, thị trấn chính quy trên toàn quốc; triển khai xây dựng Công an phường điển hình, kiểu mẫu về an ninh, trật tự (ANTT) và văn minh đô thị của Bộ Công an ngày 31/5/2021.

## CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

bảo về số lượng, cơ cấu, chất lượng); xây dựng đảng; xây dựng về cơ sở vật chất - kỹ thuật, trang thiết bị.

*Về xây dựng tổ chức, bộ máy:* Công an xã chính quy là Công an cấp cơ sở, bố trí ở các đơn vị hành chính xã, thị trấn, thuộc hệ thống tổ chức của Công an nhân dân. Ở mỗi xã, Công an xã được bố trí đủ các chức danh: Trưởng Công an xã, Phó Trưởng Công an xã, Công an viên<sup>2</sup>. Lộ trình thực hiện hoàn thành việc tổ chức Công an xã chính quy ở các xã, thị trấn trọng điểm, phức tạp về an ninh, trật tự trước ngày 30/6/2021; các xã, thị trấn còn lại trong toàn quốc hoàn thành việc tổ chức Công an xã chính quy trước ngày 30/6/2022. Bộ trưởng Bộ Công an quyết định tổ chức Công an xã chính quy; Giám đốc Công an tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương trao đổi, thống nhất với Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện trước khi báo cáo Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương trình Bộ trưởng Bộ Công an quyết định tổ chức Công an xã chính quy<sup>3</sup>.

Kiện toàn tổ chức, bộ máy của lực lượng công an xã chính quy phải gắn với xây dựng chức năng, nhiệm vụ cụ thể cho lực lượng công an xã chính quy. Vì Công an xã chính quy là một bộ phận trong cơ cấu tổ chức, bộ máy của ngành công an, cho nên chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn sẽ căn cứ theo Luật Công an nhân dân, Luật An ninh quốc gia và các văn bản pháp luật về an ninh, trật tự như: Luật Tố tụng hình sự năm 2015, Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015, Luật Thi hành án hình sự năm 2015, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đã

được sửa đổi, bổ sung năm 2020, Luật Quản lý, sử dụng vũ khí, vật liệu nổ và công cụ hỗ trợ năm 2017, Luật Đặc xá năm 2018...

*Về xây dựng đội ngũ cán bộ, chiến sỹ:* Xây dựng đội ngũ cán bộ, chiến sỹ đảm nhiệm các chức danh Công an xã chính quy đủ về số lượng nhưng không được tăng biên chế của Bộ Công an đến năm 2021<sup>4</sup>, đảm bảo cơ cấu hợp lý, chất lượng tốt.

Xét về số lượng, nguồn nhân lực công an cấp xã chính quy được tuyển chọn, bổ nhiệm, điều động từ số lượng sỹ quan, hạ sỹ quan công an nhân dân, đảm bảo tiêu chí biên chế của ngành công an, đáp ứng yêu cầu, nhiệm vụ của lực lượng công an trong giai đoạn cách mạng mới, làm nòng cốt trong thực hiện nhiệm vụ bảo vệ an ninh quốc gia, bảo đảm trật tự, an toàn xã hội, đấu tranh phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật về an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, xây dựng phong trào toàn dân bảo vệ an ninh Tổ quốc ở địa bàn xã, thị trấn.

Cơ cấu nguồn nhân lực công an xã chính quy là tổng hòa các thành phần cán bộ, chiến sỹ được phân chia theo một hệ tiêu chí xác định trong hệ thống tổ chức Công an nhân dân Việt Nam. Cơ cấu nguồn nhân lực công an xã chính quy phản ánh cách thức sắp xếp cán bộ, chiến sỹ một cách hợp lý để phát huy có hiệu quả nguồn lực này, giúp tiết kiệm thời gian, vật chất, tránh sự chông chéo, thừa biên chế, đảm bảo cơ cấu về ngành nghề, độ tuổi, giới tính, thành phần dân tộc... đáp ứng các yêu cầu, nhiệm vụ của lực lượng công an trong giai đoạn cách mạng mới.

<sup>2</sup> Hiện nay, trên địa bàn cả nước đang triển khai xây dựng mỗi công an xã có 05 đồng chí cán bộ, chiến sỹ, trong đó có 01 Trưởng Công an xã, 02 Phó trưởng Công an xã và 02 Công an viên. Căn cứ vào tình hình thực tế của từng địa phương, căn cứ vào biên chế cụ thể của lực lượng công an và các điều kiện khác để bố trí thêm cán bộ, chiến sỹ công an chính quy đảm nhiệm các chức danh Công an xã.

<sup>3</sup> Xem: Điều 6 Nghị định số 42/2021/NĐ-CP ngày 31 tháng 3 năm 2021 của Chính phủ quy định việc xây dựng Công an xã, thị trấn chính quy.

<sup>4</sup> Điều 4 Nghị định số 42/2021/NĐ-CP ngày 31 tháng 3 năm 2021 quy định việc xây dựng Công an xã, thị trấn chính quy.

Về phương diện chất lượng, nguồn nhân lực công an xã chính quy được biểu hiện chủ yếu trên các khía cạnh như bản lĩnh chính trị, tư tưởng, đạo đức, lối sống, trình độ, chuyên môn, sức khỏe của đội ngũ cán bộ, chiến sỹ công an cấp cơ sở, đảm bảo mục tiêu xây dựng theo hướng cách mạng, chính quy, tinh nhuệ, từng bước hiện đại.

Xây dựng về đội ngũ cán bộ, chiến sỹ công an đảm nhiệm các chức danh Công an xã chính quy được thực hiện đồng bộ qua tất cả các khâu như tuyển chọn, bố trí, sắp xếp, sử dụng công an chính quy; đào tạo, bồi dưỡng nguồn nhân lực; quản lý cán bộ và hướng dẫn thực hiện công tác nghiệp vụ; thực hiện chế độ chính sách; xây dựng về chính trị, tư tưởng cho lực lượng công an xã chính quy.

Công tác tuyển chọn, bố trí, sắp xếp, sử dụng công an chính quy đảm nhiệm các chức danh Công an xã chính quy phải bảo đảm tính ổn định, lâu dài, có tính kế thừa đáp ứng yêu cầu bảo đảm an ninh, trật tự, an toàn xã hội ở địa bàn cơ sở; ưu tiên nguồn lực sẵn có trong biên chế của lực lượng công an nhân dân, đặc biệt là cấp huyện, các bộ phận, đơn vị nghiệp vụ hoặc cán bộ, chiến sỹ làm công tác phong trào, học viên tốt nghiệp tại các cơ sở đào tạo trong lực lượng công an nhằm vừa đảm bảo tăng cường cho lực lượng chiến đấu cấp cơ sở, vừa đảm bảo biên chế các phòng, ban của Công an cấp trên. Việc tuyển chọn phải bảo đảm dân chủ, công khai, minh bạch, theo đúng quy định của pháp luật và hướng dẫn của Bộ Công an; cơ cấu độ tuổi của nguồn nhân lực công an cấp xã cần được thực hiện theo hướng trẻ hóa đảm bảo yêu cầu phát triển dài hạn, song phải trên cơ sở

có trình độ, kinh nghiệm, sự hiểu biết, nhiệt huyết với công việc. Ngoài ra, về cơ cấu ngành nghề tuyển chọn, phân bố lực lượng công an xã phải cân đối, đồng bộ đảm bảo được vấn đề biên chế và hoạt động chuyên môn, nghiệp vụ ở các cấp<sup>5</sup>.

Công tác đào tạo, bồi dưỡng nguồn nhân lực công an xã chính quy được thực hiện trên cơ sở yêu cầu, nhiệm vụ, chỉ tiêu kế hoạch đào tạo, bồi dưỡng hàng năm của Bộ Công an và của Công an các đơn vị, địa phương; đảm bảo đúng đối tượng, đúng tiêu chí chuyên môn, nghiệp vụ công tác và phù hợp với tình hình địa phương, nhu cầu sử dụng cán bộ, chiến sỹ của đơn vị. Nội dung chương trình học tập, bồi dưỡng nâng cao phải thường xuyên được cập nhật, bổ sung, phù hợp với từng đối tượng cụ thể, đáp ứng được yêu cầu, nhiệm vụ và thực tiễn công tác, chiến đấu của từng đơn vị, từng lĩnh vực công tác đặt ra trong từng thời kỳ<sup>6</sup>.

Công tác quản lý cán bộ và hướng dẫn thực hiện công tác nghiệp vụ đối với lực lượng Công an xã chính quy được thực hiện theo quy trình thống nhất, có sự rõ ràng, rành mạch, hợp lý trong và ngoài ngành, giữa các lực lượng trên cùng một địa bàn: Trưởng Công an xã chịu sự chỉ huy, quản lý trực tiếp của Trưởng Công an cấp huyện về công tác bảo đảm an ninh, trật tự và xây dựng lực lượng công an xã; Trưởng Công an xã chịu sự lãnh đạo, chỉ đạo của Đảng ủy, Ủy ban nhân dân xã, sự giám sát của Hội đồng nhân dân cùng cấp về công tác bảo đảm an ninh, trật tự trên địa bàn. Trưởng Công an xã sẽ chịu trách nhiệm chỉ huy, quản lý trực tiếp Phó Trưởng Công an xã và công an viên

<sup>5</sup> Căn cứ vào Nghị định số 42/2021/NĐ-CP ngày 31 tháng 3 năm 2021 của Chính phủ quy định việc xây dựng Công an xã; Thông tư số 09 ngày 11/4/2019 của Bộ trưởng Bộ Công an về việc điều động sĩ quan, hạ sĩ quan CAND đảm nhiệm các chức danh Công an xã; Thông tư số 18/2016/TT-BCA ngày 01 tháng 6 năm 2016 của Bộ trưởng Bộ Công an quy định tiêu chuẩn chức danh cán bộ lãnh đạo, chỉ huy trong Công an nhân dân.

<sup>6</sup> Xem: Thông tư số 32/2011/TT-BCA của Bộ trưởng Bộ Công an quy định chế độ học tập, bồi dưỡng thường xuyên trong CAND.

chính quy khác<sup>7</sup>. Về thực hiện các mặt công tác nghiệp vụ tiến hành theo quy chế thông tin, báo cáo cấp trên trực tiếp, công an huyện và các đơn vị phòng nghiệp vụ có trách nhiệm hướng dẫn, chỉ đạo thực hiện theo quy định của pháp luật và ngành Công an.

Trong thực hiện chế độ chính sách đối với nguồn nhân lực công an xã chính quy cần chú ý đến chính sách đãi ngộ về vật chất, động viên tinh thần kịp thời; các chính sách sử dụng và quản lý nguồn nhân lực. Đây là những yếu tố rất quan trọng tạo ra động lực thúc đẩy sự phát triển của nguồn nhân lực, tạo ra nguồn nhân lực chất lượng, giúp cho cán bộ, chiến sỹ yên tâm công tác, góp phần hoàn thành xuất sắc mọi nhiệm vụ được giao.

Xây dựng về chính trị, tư tưởng là hoạt động thường xuyên nhằm nâng cao bản lĩnh chính trị cho cán bộ, chiến sỹ tuyệt đối trung thành với Đảng, với Tổ quốc, hết lòng phụng sự nhân dân, gắn bó mật thiết với nhân dân. Cán bộ, chiến sỹ công an nhân dân phải có ý thức cảnh giác trước âm mưu và hoạt động của các thế lực thù địch, chống “diễn biến hòa bình”. Bản thân từng cán bộ, chiến sỹ phải không ngừng phấn đấu, học tập và rèn luyện, nêu cao tinh thần trách nhiệm và ý thức khắc phục khó khăn để hoàn thành xuất sắc nhiệm vụ được giao, ý thức trách nhiệm với công việc và đạo đức nghề nghiệp.

*Về xây dựng tổ chức Đảng:* Đây là nhiệm vụ then chốt, có ý nghĩa quyết định bảo đảm sự thành công trong sự nghiệp bảo vệ an ninh quốc gia, giữ gìn trật tự an toàn xã hội của lực lượng công an nhân dân nói chung, lực lượng công an xã chính quy nói riêng. Mục đích là nhằm nâng cao năng lực lãnh đạo và cầm quyền của Đảng, tăng cường hiệu lực và hiệu quả hoạt động của hệ thống chính trị, bảo đảm tính đồng bộ, phù hợp giữa đôi mới kinh tế và đôi mới chính trị.

Xây các tổ chức Đảng của lực lượng công an xã chính quy phải được triển khai quyết liệt, toàn diện, đồng bộ, thường xuyên, hiệu quả cả về chính trị, tư tưởng, đạo đức, tổ chức và cán bộ theo hướng dẫn tại quy định số 192-QĐ/TW, ngày 08/5/2019 của Bộ Chính trị về tổ chức đảng trong Công an nhân dân Việt Nam và Công văn số 273-CV/BTCTW ngày 05 tháng 04 năm 2021 về việc sinh hoạt đảng của đảng viên là Công an chính quy đảm nhiệm chức danh Công an xã: “Nếu ở xã có từ 03 đảng viên chính thức trở lên là Công an chính quy đảm nhiệm chức danh Công an xã, thì thành lập chi bộ công an xã trực thuộc đảng ủy xã, chịu sự lãnh đạo trực tiếp của đảng ủy xã; đồng thời, chịu sự lãnh đạo của đảng ủy công an huyện về an ninh, trật tự và xây dựng lực lượng. Chỉ những đồng chí đảng viên là Công an chính quy mới sinh hoạt ở chi bộ công an xã. Nhiệm vụ của chi bộ công an xã thực hiện theo Điều 24, Điều lệ Đảng và Điểm 5, Mục II, Quy định số 192-QĐ/TW, ngày 18/5/2019 của Bộ Chính trị”.

Xây dựng Đảng tại các chi bộ công an cấp xã phải quán triệt phương châm tăng cường xây dựng Đảng về chính trị, coi trọng xây dựng Đảng về tư tưởng, tập trung xây dựng Đảng về đạo đức, tiếp tục đổi mới, hoàn thiện tổ chức bộ máy và nâng cao hiệu quả hoạt động của hệ thống chính trị, nâng cao chất lượng tổ chức cơ sở đảng và đội ngũ đảng viên theo tinh thần văn kiện Đại hội XIII của Đảng.

Xây dựng Đảng trong Công an nhân dân ở cấp xã là tăng cường giáo dục cho nguồn nhân lực công an cấp xã truyền thống văn hóa tốt đẹp của dân tộc và lịch sử cách mạng về vang của Đảng, sự đoàn kết, thống nhất của toàn dân tộc; kiên định và không ngừng nâng cao trình độ lý luận chính trị cho cán bộ, đảng viên; tăng cường bảo vệ nền tảng tư tưởng của Đảng, kiên quyết đấu tranh, phản bác các quan điểm sai trái, thù địch; chủ động phòng,

<sup>7</sup> Xem: Điều 5 Nghị định số 42/2021/NĐ-CP ngày 31 tháng 3 năm 2021 của Chính phủ quy định việc xây dựng Công an xã, thị trấn chính quy.

chống những biểu hiện “tự diễn biến”, “tự chuyển hóa” trong nội bộ, những thông tin xấu, độc trên Internet, mạng xã hội; phát huy thật tốt trách nhiệm nêu gương của cán bộ, đảng viên theo phương châm chức vụ càng cao càng phải gương mẫu.

*Về xây dựng cơ sở vật chất, kỹ thuật và các điều kiện đảm bảo khác:* Hoạt động này là hết sức cần thiết, đòi hỏi phải có kế hoạch tổng thể, chi tiết. Bộ Công an bảo đảm các điều kiện hoạt động và thực hiện chế độ, chính sách đối với Công an xã chính quy; trang bị phương tiện làm việc, vũ khí, công cụ hỗ trợ, trang thiết bị phục vụ công tác của Công an xã chính quy theo quy định của pháp luật. Các bộ, ngành trung ương tùy theo nhiệm vụ, quyền hạn của mình chủ trì nghiên cứu, đề xuất, sửa đổi các văn bản quy phạm pháp luật liên quan đến Công an xã bán chuyên trách khi tổ chức Công an xã chính quy; chủ trì phối hợp với các bộ, ngành liên quan, phối hợp với Bộ Công an hướng dẫn các địa phương triển khai thực hiện việc xây dựng Công an xã chính quy. Ủy ban nhân dân các cấp trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm: có phương án bố trí sắp xếp công tác hợp lý theo thẩm quyền đối với Công an xã bán chuyên trách để bổ nhiệm, điều động Công an chính quy thay thế; giải quyết chế độ, chính sách thôi việc đối với Công an xã bán chuyên trách khi bố trí Công an chính quy thay thế; bảo đảm trụ sở hoặc nơi làm việc; hỗ trợ ngân sách để đầu tư xây dựng, sửa chữa trụ sở hoặc nơi làm việc, sinh hoạt và trang thiết bị, phương tiện, các điều kiện bảo đảm khác phục vụ cho hoạt động của lực lượng Công an xã<sup>8</sup>.

Kinh phí bảo đảm về cơ sở vật chất và hoạt động của Công an xã chính quy do ngân sách nhà nước đảm bảo và được sử dụng trong dự

toán ngân sách nhà nước hàng năm của Bộ Công an và các bộ, cơ quan trung ương, các địa phương theo quy định về phân cấp ngân sách nhà nước hiện hành. Việc quản lý, sử dụng kinh phí từ ngân sách nhà nước thực hiện theo quy định của Luật Ngân sách nhà nước, Luật Đầu tư công và các văn bản hướng dẫn thi hành<sup>9</sup>.

Bên cạnh những kết quả đạt được, công tác xây dựng còn một số tồn tại, hạn chế như: công tác lãnh đạo, chỉ đạo xây dựng nguồn nhân lực công an xã chính quy ở từng địa bàn cụ thể còn gặp nhiều khó khăn, tính tập trung chưa cao, quan hệ phối hợp lực lượng có lúc còn bị động, chưa thực sự toàn diện; cơ sở pháp lý đảm bảo về tổ chức và hoạt động của lực lượng công an xã chính quy còn thiếu, các văn bản pháp lý hiện hành còn có những điểm bất hợp lý, khó áp dụng trong thực tế; việc tăng cường các nguồn lực cho lực lượng công an nói chung, trong đó có lực lượng công an cấp xã sẽ bị ảnh hưởng do Chính phủ đang thực hiện chi tiêu ngân sách nhà nước tiết kiệm; việc kiện toàn tổ chức, bộ máy công an cấp xã còn phụ thuộc nhiều vào nguồn cán bộ, chiến sĩ bổ sung từ công an cấp huyện trên địa bàn huyện, do vậy đã phần nào gây nên sự xáo trộn về biên chế, nguồn cán bộ quy hoạch ở các đầu mối tỉnh, huyện; một bộ phận cán bộ, chiến sĩ được bố trí đảm nhiệm chức danh Công an xã chính quy chưa thực sự yên tâm công tác do tác động từ môi trường công tác mới, điều kiện về gia đình, kinh tế; việc bố trí, sắp xếp cán bộ có lúc, có nơi chưa phù hợp, chưa thực sự gắn với chuyên ngành đào tạo và năng lực, sở trường của cán bộ...

**2. Một số kiến nghị nhằm nâng cao hiệu quả xây dựng nguồn nhân lực công an xã chính quy tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả trong thời gian tới**

<sup>8</sup> Xem: Điều 10, Điều 11 Nghị định số 42/2021/NĐ-CP ngày 31 tháng 3 năm 2021 của Chính phủ quy định việc xây dựng Công an xã, thị trấn chính quy.

<sup>9</sup> Xem: Điều 8 Nghị định số 42/2021/NĐ-CP ngày 31 tháng 3 năm 2021 của Chính phủ quy định việc xây dựng Công an xã, thị trấn chính quy.



Thời gian tới, để nâng cao chất lượng xây dựng nguồn nhân lực công an xã chính quy tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả cần chú trọng tập trung thực hiện một số vấn đề sau:

*Thứ nhất*, cần tiếp tục cụ thể hoá, thể chế hoá chủ trương, nghị quyết, kết luận của Đảng về đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy hệ thống chính trị, trong đó có nội dung về xây dựng lực lượng Công an xã chính quy cho phù hợp với thực tiễn xây dựng lực lượng công an xã chính quy trong tình hình mới với việc quy định rõ chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm, mối quan hệ công tác của lực lượng công an xã chính quy.

*Thứ hai*, rà soát, ban hành các văn bản hướng dẫn xây dựng về tổ chức, lực lượng, sử dụng kinh phí, thực hiện chế độ, chính sách đối với lực lượng công an xã chính quy bảo đảm đồng bộ, đầy đủ, kịp thời, hiệu quả; đẩy mạnh phân cấp, phân quyền, xác định rõ trách nhiệm giữa giữa các bộ, ngành với chính quyền địa phương trong xây dựng nguồn nhân lực công an xã chính quy. Đồng thời, phân định rõ trách nhiệm tập thể và trách nhiệm cá nhân, bảo đảm quản lý nhà nước thống nhất, thông suốt và hiệu quả; phát huy vai trò chủ động, sáng tạo, tinh thần trách nhiệm của từng cấp, từng ngành, từng đơn vị và từng cá nhân người đứng đầu bộ, ngành, địa phương và đơn vị trong xây dựng nguồn nhân lực công an xã chính quy.

*Thứ ba*, thực hiện có hiệu quả Nghị quyết số 18-NQ/TW ngày 25/10/2017 của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII về một số vấn đề về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả; Nghị quyết số 19-NQ/TW ngày 25/10/2017 của Ban Chấp hành Trung ương khóa XII về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả; Nghị quyết số 22 - NQ/TW ngày 15/3/2018 của Bộ Chính trị “về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy Bộ Công an tinh

gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả”, trong đó có nội dung xây dựng lực lượng Công an xã chính quy.

*Thứ tư*, đẩy mạnh việc thực hiện Chương trình tổng thể xây dựng lực lượng công an xã chính quy thống nhất trên địa bàn cả nước theo đúng lộ trình đặt ra; nghiên cứu sửa đổi Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự theo hướng sửa đổi, bổ sung về trách nhiệm, quyền hạn của Công an xã trong hoạt động điều tra hình sự; xây dựng, ban hành các văn bản hướng dẫn tổ chức sinh hoạt đối với Chi bộ Công an xã; quan tâm công tác xây dựng Đảng, xây dựng phát triển đội ngũ cán bộ đảng viên, kết nạp đảng viên mới trong chi bộ công an xã; tạo cơ chế khuyến khích, khơi dậy tinh thần cống hiến vì đất nước, tạo động lực và áp lực để lực lượng công an xã hoàn thành tốt nhất nhiệm vụ được giao, tận tụy phục vụ nhân dân; chú trọng tăng cường kỷ luật, kỷ cương hành chính, nâng cao trách nhiệm nêu gương của người đứng đầu và của đội ngũ cán bộ, chiến sĩ đảm nhiệm các chức danh Công an xã. Ngoài ra, nhanh chóng ban hành tiêu chuẩn, tiêu chí đánh giá kết quả, hiệu quả thực thi công vụ, nhiệm vụ của lực lượng công an xã, đổi mới công tác đánh giá cán bộ, công chức, viên chức bảo đảm đánh giá đúng, khách quan, công bằng, công khai, khắc phục tình trạng bình quân, nể nang trong đánh giá.

*Thứ năm*, rà soát, điều chỉnh, thực hiện nhiệm vụ đào tạo, bồi dưỡng đối với lực lượng Công an xã, đặc biệt là cần tập trung bồi dưỡng về nghiệp vụ, quy trình làm việc; ưu tiên đào tạo tiếng dân tộc đối với Công an xã; tăng cường phối hợp với các bộ, ngành trung ương và chính quyền địa phương trong xây dựng cơ sở vật chất, cung cấp trang thiết bị, công cụ hỗ trợ phục vụ công tác cho lực lượng công an xã; kiện toàn các chi bộ Đảng đối với Công an xã; kiện toàn chức danh Trưởng Công an xã đối với các xã còn khuyết chức danh Trưởng Công an xã ■.

