

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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

## GẶP MẶT

CỦA CHỦ TỊCH QUỐC HỘI VỚI ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI CHUYÊN TRÁCH,  
CÁN BỘ, CÔNG CHỨC KHỐI CÁC CƠ QUAN PHÁP LUẬT - TƯ PHÁP  
NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP TẠI QUỐC HỘI  
NHÂN NGÀY PHÁP LUẬT VIỆT NAM (09/11/2021)

Hà Nội, ngày 04 tháng 11 năm 2021



- ❖ MỘT SỐ KHÓA CẠNH PHÁP LÝ TRONG LĨNH VỰC LUẬT TƯ KHI ỨNG DỤNG TRÍ TUỆ NHÂN TẠO
- ❖ BẢO ĐẢM TIẾP CẬN NGUỒN VỐN CHO HOẠT ĐỘNG KHỞI NGHIỆP VÀ ĐỔI MỚI SÁNG TẠO Ở VIỆT NAM NHÌN TỪ GÓC ĐỘ PHÁP LÝ
- ❖ KIỂM SOÁT GIÁ THUÊ MUA NHÀ Ở XÃ HỘI Ở VIỆT NAM VÀ MỘT SỐ QUỐC GIA TRÊN THẾ GIỚI

SỐ 22 (446)  
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 22/2021

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Một số khía cạnh pháp lý trong lĩnh vực luật tư khi ứng dụng trí tuệ nhân tạo

**PGS. TS. Nguyễn Thị Quế Anh**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 15** Hoàn thiện các quy định của pháp luật về chuyển đổi, chuyển nhượng đất nông nghiệp ở nước ta hiện nay

**TS. Bùi Đức Hiến**

- 22** Hoàn thiện các quy định của pháp luật sở hữu trí tuệ về quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý

**ThS. Nguyễn Thị Nguyệt**

### CHÍNH SÁCH

- 27** Bảo đảm tiếp cận nguồn vốn cho hoạt động khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo ở Việt Nam nhìn từ góc độ pháp lý

**TS. Bùi Hữu Toàn**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 36** Hoàn thiện pháp luật hình sự Việt Nam về các tội phạm về hối lộ trong tình hình hiện nay

**ThS. Vũ Việt Tường**

- 40** Thẩm quyền giám sát, giáo dục đối với người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ theo quy định của pháp luật hiện hành

**Hoàng Nguyên Thắng**

- 45** Hoàn thiện các quy định của Bộ luật Hình sự liên quan đến nhân thân người phạm tội

**Nông Đức Tài**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 50** Kiểm soát giá thuê mua nhà ở xã hội ở Việt Nam và một số quốc gia trên thế giới

**ThS. Phạm Yến Nhi**

### CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

- 58** Quản lý nhà nước về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh

**Lê Duy Bình**



#### 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 Cương  
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUÂN

#### TRỤ SỞ:

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

#### THIẾT KẾ:

TẠ ÁNH, 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:** Chủ tịch Quốc hội Vương Đình Huệ gặp mặt và tặng các đại biểu món quà lưu niệm nhân Ngày Pháp luật Việt Nam

**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 22/2021

### STATE AND LAW

- 3** Legal Aspects of Private Law on Application of Artificial Intelligence

**Prof. Dr. Nguyen Thi Que Anh**

### DISCUSSION OF BILLS

- 15** Improvements of Applicable Provisions on Conversion and Transfer of Agricultural Land in our Country

**Dr. Bui Duc Hien**

- 22** Improvements of the Provisions under Law on Intellectual Property on Rights to Geographical Indications

**LLM. Nguyen Thi Nguyet**

### POLICY

- 27** Legal Perspective for Ensuring Access to Capital for Entrepreneurship and Innovation Activities in Vietnam

**Dr. Bui Huu Toan**

### LEGAL PRACTICE

- 36** Improvements of the Criminal Law on Bribery Crimes of Vietnam in current Situation

**LLM. Vu Viet Tuong**

- 40** Competence for Supervision and Education of Persons of Suspended Sentences or Non-custodial Reform under the Applicable Law

**Hoang Nguyen Thang**

- 45** Improvements of Provisions under the Criminal Code related Criminal Profiling of Offender

**Nong Duc Tai**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 50** Controlling of Leasing Price of Social Housing in Vietnam and Foreign Countries

**LLM. Pham Yen Nhi**

### LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

- 58** Governmental Management of Plastic Surgery Services in Ho Chi Minh City

**Le Duy Binh**



#### 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: [ncdp@quochoi.vn](mailto:ncdp@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**

# MỘT SỐ KHÍA CẠNH PHÁP LÝ TRONG LĨNH VỰC LUẬT TƯ KHI ỨNG DỤNG TRÍ TUỆ NHÂN TẠO

PGS. TS. Nguyễn Thị Quế Anh\*

\*Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Trí tuệ nhân tạo; luật tư; dữ liệu cá nhân; trách nhiệm pháp lý, quyền sở hữu trí tuệ.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/10/2021

Biên tập : 05/11/2021

Duyệt bài : 08/11/2021

## Tóm tắt:

Trí tuệ nhân tạo là bước tiến mới của công nghệ kỹ thuật số và sẽ có tác động sâu sắc đến thế giới của chúng ta. Trí tuệ nhân tạo sẽ mang lại những tác động to lớn về công nghệ, kinh tế và xã hội, đồng thời sẽ thay đổi cách chúng ta sản xuất và tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ và thực sự nó sẽ thay đổi cả cách sống của thế giới loài người. Nói cách khác, việc xem xét ứng dụng trí tuệ nhân tạo không đơn thuần chỉ trong khuôn khổ của một lĩnh vực mà cần phải được nhìn nhận trên phạm vi tương đối bao quát, trong đó có lĩnh vực pháp luật. Trong phạm vi bài viết này, tác giả chỉ ra một số khoảng trống còn tồn tại trong điều chỉnh pháp lý, đặc biệt là lĩnh vực luật tư, đối với hiện tượng mới này, như sự tụt hậu của các lý thuyết pháp lý truyền thống so với các tiến bộ của khoa học kỹ thuật, thiếu các quy định của pháp luật trong tương tác giữa tác giả với trí tuệ nhân tạo, các vấn đề về tư cách pháp lý của trí tuệ nhân tạo, đạo đức và an ninh, dữ liệu cá nhân, các quyền sở hữu trí tuệ, trách nhiệm pháp lý và vấn đề bất khả xâm phạm đối với đời sống cá nhân.

## Article Information:

*Keywords:* Artificial intelligence; private law; personal data; liability, intellectual property rights.

## Article History:

Received : 10 Oct. 2021

Edited : 05 Nov. 2021

Approved : 08 Nov. 2021

## Abstract:

Artificial intelligence is the next step of digital technology and shall provide a profound worldwide impacts. Artificial intelligence will particularly provide enormous technological, economic and social impacts, and will change the way we produce and consume goods and services, and indeed it will change the way we live. In other words, considering the application of artificial intelligence is not only within the framework of one field but needs to be viewed on a relatively broad scale, including the legal field. Within the scope of this article, the author provides discussions of the existing gaps in legal regulations, especially in the field of private law, for this new phenomenon, such as the lagging behind of traditional legal theories compared with advances in science and technology, lack of legal provisions in human interaction with artificial intelligence, issues of legal status of artificial intelligence, ethics and security, personal data, intellectual property rights, liability and inviolability to personal life.

## 1. Địa vị pháp lý của trí tuệ nhân tạo

Sự tham gia ngày càng phổ biến của các công nghệ mới trong các lĩnh vực của đời sống con người đang đặt ra bài toán về mối quan hệ giữa chúng với con người tự nhiên. Thông tin đến nay cho thấy, những công nghệ mới hoàn toàn có thể thay thế con

người trong việc “tư duy” và “quyết định hành động” (như trí tuệ nhân tạo - TTNT). Điều đó có nghĩa là con người đang đứng trước những mối quan hệ pháp lý mới hoàn toàn khác so với những thực thể pháp lý chúng ta đã từng gặp như các pháp nhân, thậm chí cả các giao dịch điện tử (hợp đồng điện tử, chữ ký điện tử,...). Bởi vì, cho đến



nay, dù có tư cách pháp lý riêng nhưng các pháp nhân hay các hình thức giao dịch điện tử vẫn phải được thực hiện thông qua hành vi của con người. Trong khi đó, sự xuất hiện của các trí tuệ nhân tạo sẽ có thể không cần tới, thậm chí, không thể bị điều khiển bởi ý chí của con người. Minh chứng điển hình là hồi cuối tháng 7/2017, hai chương trình trí tuệ nhân tạo do các kỹ sư Facebook phát triển đã tự tạo ra một ngôn ngữ riêng để liên lạc với nhau mà không kỹ sư nào hiểu được nội dung giao tiếp đó<sup>1</sup>, dù rằng sau đó các nhà nghiên cứu nói rằng “có thể hiểu được kết quả của cuộc hội thoại”<sup>2</sup>.

Liên minh Châu Âu cũng rất chú trọng phát triển lĩnh vực TTNT. Năm 2012, Ủy ban Châu Âu đã khởi xướng dự án Robolaw<sup>3</sup> nhằm hệ thống hóa và phân tích các biện pháp quản lý hiện có trong lĩnh vực robot. Các nhà nghiên cứu trong khuôn khổ dự án đã đề cập đến các vấn đề về thuật ngữ, quy phạm pháp luật và đạo đức. Kết quả của hoạt động này đã góp phần tạo cơ sở cho Nghị viện Châu Âu ban hành Nghị quyết số 2015/2103 ngày 16/02/2017 về “Bộ quy tắc về quyền dân sự đối với robot” (Nghị quyết số 2015/2103)<sup>4</sup>. Nghị quyết bao gồm hướng dẫn về cách tiếp cận để xác định các thuật ngữ cơ bản về robot, xác định nội dung và các vấn đề quan trọng khác trong lĩnh vực

này, kiến nghị thành lập Cơ quan Châu Âu về kỹ thuật robot và TTNT, giới thiệu địa vị của “nhân cách điện tử” đối với robot<sup>5</sup>. Mặc dù không phải tất cả những sáng kiến nêu trên đều được triển khai trên thực tế, nhưng có thể khẳng định rằng, Nghị quyết số 2015/2103 được xem như một điển hình của một dạng luật “mềm” và nhiều điều khoản của nó có thể được tiếp tục xem xét đến trong tương lai.

Những động thái nêu trên cho thấy, xu hướng mở rộng phạm vi chủ thể của các quyền thay vì chỉ dành cho chủ thể truyền thống là các cá nhân con người. Xu hướng đó đang đặt ra một số câu hỏi như: Có hay không việc phân biệt địa vị pháp lý giữa con người với người máy tương tự như đã từng tồn tại giữa chủ nô và nô lệ trước đây? Pháp luật có cách thức nào để dung hòa sự khác biệt về nhu cầu giữa con người với các thực thể mang trí tuệ nhân tạo? Liệu có khả năng các trí tuệ nhân tạo trở thành thành viên của hội đồng xét xử tại tòa án với tư cách là “bồi thẩm đoàn”?... Ngoài ra, nghĩa vụ pháp lý của người máy cũng là một thách thức đặt ra đối với lập pháp trong bối cảnh mới. Rõ ràng, chúng ta không thể truy cứu robot trách nhiệm pháp lý giống như đối với pháp nhân khi xảy ra một thiệt hại nào đó. Bởi lẽ, xét đến cùng, trách nhiệm của pháp nhân

1. Báo Nhân dân (2017), *Facebook xóa sổ trí tuệ nhân tạo có khả năng tự sáng tạo ra ngôn ngữ mới*, <http://nhandan.com.vn/congnghe/item/33622102-facebook-xoa-so-tri-tue-nhan-tao-co-kha-nang-tu-sang-tao-ra-ngon-ngu-moi.html>, truy cập ngày 15/8/2021.

2. VNReview(2017), *Facebook đã không hoảng sợ và tắt chương trình AI tự tạo ra ngôn ngữ như tin đồn*, [http://vnreview.vn/tin-tuc-khoa-hoc-cong-nghe/-/view\\_content/content/2232722/facebook-da-khong-hoang-so-va-tat-ai-tu-tao-ra-ngon-ngu-nhu-tin-don](http://vnreview.vn/tin-tuc-khoa-hoc-cong-nghe/-/view_content/content/2232722/facebook-da-khong-hoang-so-va-tat-ai-tu-tao-ra-ngon-ngu-nhu-tin-don), truy cập ngày 15/8/2021.

3. Xem các thông tin và kết quả của Dự án tại: <http://www.robolaw.eu/>, truy cập 22/9/2021.

4. Xem Nghị quyết này tại: Resolution 2015/2103 (INL) of the European Parliament of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.pdf), truy cập 20/8/2021.

5. Xem: Resolution 2015/2103 (INL) of the European Parliament of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.pdf), truy cập 20/8/2021.

vẫn phải được thực thi bởi những con người đại diện cho pháp nhân đó, còn người máy thì có thể không cần đến người đại diện.

Tại Việt Nam, Chiến lược Quốc gia về nghiên cứu, phát triển và ứng dụng TTNT đến năm 2030 xác định TTNT là một lĩnh vực công nghệ nền tảng của cách mạng công nghiệp lần thứ tư, góp phần quan trọng tạo bước phát triển đột phá về năng lực sản xuất, nâng cao năng lực cạnh tranh quốc gia, thúc đẩy phát triển kinh tế tăng trưởng bền vững. Tuy nhiên, Việt Nam chưa quan tâm đúng mức đến việc xây dựng khung pháp lý điều chỉnh quan hệ mới phát sinh này. Hệ thống pháp luật Việt Nam vẫn chỉ điều chỉnh các quan hệ xã hội truyền thống liên quan đến thể nhân, pháp nhân, tổ chức không có tư cách pháp nhân. Không gian pháp lý dành cho các quan hệ pháp luật có sự tham gia của công nghệ còn hạn hẹp<sup>6</sup>. Do vậy, để theo kịp với nhu cầu và thực tế phát triển, trên cơ sở kinh nghiệm lập pháp của các quốc gia phát triển, Việt Nam cần nghiên cứu xây dựng khung pháp lý phù hợp nhằm điều chỉnh các quan hệ liên quan đến phát triển và ứng dụng TTNT.

## **2. Vấn đề an toàn và trách nhiệm pháp lý trong ứng dụng trí tuệ nhân tạo**

An toàn và trách nhiệm pháp lý là một trong những vấn đề cốt lõi hàng đầu trong ứng dụng TTNT. Vấn đề trở nên đặc biệt quan trọng hơn trong các trường hợp liên quan đến việc ứng dụng tích cực những phương tiện giao thông không người lái (phương tiện tự hành). Cho đến nay, vấn đề trách nhiệm pháp lý của TTNT đối với những thiệt hại gây ra cho sức khỏe, tính

mạng của con người vẫn chưa có cách giải quyết thống nhất. Những trường hợp các phương tiện tự hành gây tai nạn cho con người ở một loạt các quốc gia đã làm dấy lên cuộc thảo luận về nhu cầu điều chỉnh vấn đề trách nhiệm của TTNT.

Trong Nghị quyết số 2015/2103, khái niệm mới về “ cá nhân kỹ thuật số ” đã xuất hiện cùng với vấn đề về trách nhiệm đối với các hành vi của robot ( chủ sở hữu của robot, người sử dụng robot hay người tạo ra robot ) và vấn đề bảo hiểm cho trách nhiệm đó. Nghị quyết số 2015/2103 đã nhấn mạnh tới một số đặc tính của robot thông minh như: khả năng chủ động sử dụng các cảm biến hoặc trao đổi dữ liệu trong môi trường của mình ( tương thích ); khả năng trao đổi dữ liệu và phân tích chúng; khả năng tự học hỏi trên cơ sở kinh nghiệm và tương tác; sự hiện diện tối thiểu của các hỗ trợ về vật lý; khả năng thích ứng các hành vi phù hợp với môi trường<sup>7</sup>. Trên cơ sở đó, Nghị quyết đã đưa ra những lưu ý về vấn đề trách nhiệm đối với hoạt động của robot thông minh:

*Thứ nhất*, nhờ có sự phát triển của các chức năng cụ thể cho phép robot thông minh hoạt động tự chủ ( tự động ), thực hiện quá trình tự nhận thức, đưa ra những quyết định độc lập, robot ngày càng trở nên giống với các tác nhân có thể tương tác với môi trường và đem lại những thay đổi đáng kể cho môi trường đó. Trong bối cảnh như vậy, vấn đề quan trọng được đặt ra là trách nhiệm đối với những thiệt hại do robot gây ra trong hoạt động của mình.

*Thứ hai*, sự tự chủ của một robot tự động có thể được định nghĩa là khả năng đưa ra

6. Xem: Lưu Minh Sang, Trần Đức Thành, *Trí tuệ nhân tạo và những thách thức pháp lý*, <https://vjst.vn/vn/tin-tuc/3303/tri-tue-nhan-tao-va-nhung-thach-thuc-phap-ly.aspx>, truy cập 08/7/2021.

7. Нормы гражданского права о робототехнике. Резолюция Европарламента от 16 февраля 2017 года. Xem: [http://robopravo.ru/riezoliutsia\\_ies](http://robopravo.ru/riezoliutsia_ies), truy cập ngày 22/8/2021.

quyết định và thực hiện một cách độc lập, không cần có sự kiểm soát hay tác động từ bên ngoài. Quyền tự chủ của robot hoàn toàn có tính chất kỹ thuật và mức độ tự chủ hoàn toàn phụ thuộc mức độ lập trình cho robot tương tác với môi trường của nhà sản xuất.

*Thứ ba*, mức độ tự chủ của một robot càng cao thì khả năng coi robot như là một công cụ trong tay những người thứ ba (nhà sản xuất, người điều hành, chủ sở hữu, người sử dụng, ...) càng giảm đi. Vậy, có nên phát triển những nguyên tắc và quy tắc mới nhằm làm rõ trách nhiệm của bên thứ ba với các hành vi của robot, đặc biệt là với những trường hợp mà sẽ không làm rõ được mối quan hệ nhân quả giữa hậu quả thiệt hại với hành vi của một cá nhân cụ thể; có thể tránh được những hành động (hoặc không hành động) của robot dẫn đến thiệt hại hay không.

*Thứ tư*, bản thân các robot không thể tự mình chịu trách nhiệm về những thiệt hại mà chúng gây ra cho bên thứ ba. Các quy định hiện hành chỉ cho phép xem xét trách nhiệm trong trường hợp hành vi của robot nằm trong mối quan hệ nhân quả với hành vi của một cá nhân cụ thể (nhà sản xuất, người điều hành, chủ sở hữu hoặc người sử dụng), không phụ thuộc vào yếu tố lỗi, đối với các hành vi của robot.

*Thứ năm*, đối với những thiệt hại do hành vi của robot gây ra còn có thể áp dụng các quy định về: 1) Trách nhiệm đối với chất lượng và an toàn của hàng hóa, theo đó nhà sản xuất chịu trách nhiệm đối với mọi trục trặc của hàng hóa; 2) Trách nhiệm do những

hành vi gây thiệt hại mà người sử dụng sản phẩm phải chịu trách nhiệm trong trường hợp có những hành vi dẫn tới những thiệt hại đó.

*Thứ sáu*, các quy chuẩn hiện hành về trách nhiệm pháp lý sẽ là không đủ trong trường hợp thiệt hại gây ra hoàn toàn do các quyết định mà robot đưa ra một cách độc lập. Trong những trường hợp này, sẽ không thể xác định được chủ thể sẽ chịu trách nhiệm đối với thiệt hại xảy ra.

Những thiếu khuyết của cơ chế điều chỉnh pháp lý hiện hành cũng được thể hiện rõ trong lĩnh vực trách nhiệm theo hợp đồng. Nếu máy móc được thiết kế để bản thân chúng có thể tự lựa chọn được đối tác, thỏa thuận về các điều khoản hợp đồng, ký kết và quyết định sẽ thực hiện các thỏa thuận đó như thế nào thì rõ ràng các nguyên tắc thông thường sẽ không áp dụng với chúng. Điều đó có nghĩa là, cần phải tạo lập những nguyên tắc mới, hiệu quả, hiện đại, tính đến sự phát triển của công nghệ và đổi mới. Ngay cả nguyên tắc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng đối với sản phẩm khuyết tật được quy định trong pháp luật của Liên minh Châu Âu cũng chỉ được áp dụng trong trường hợp thiệt hại bị xảy ra do nguyên nhân có khiếm khuyết về sản xuất và với điều kiện bên bị gây thiệt hại phải chứng minh được sự kiện gây thiệt hại, sự tồn tại của khiếm khuyết về sản xuất và mối liên hệ nhân quả giữa chúng với nhau<sup>8</sup>. Chưa kể là các robot thế hệ mới có khả năng tự hoàn thiện và thích nghi với môi trường,

8. Xem: Chỉ thị số 85/374/EEC ban hành ngày 25.7.1985 của Liên minh Châu Âu- Директива Совета от 25 июля 1985 г. о сближении законов, регламентов и административных положений государств-членов, применяемых к ответственности за неисправную продукцию (85/374/ЕЭС). Xem: <https://eulaw.edu.ru/spisok-dokumentov-po-pravu-evropejskogo-soyuz-a/dokumenty-o-pravah-cheloveka-i-grazhdanina/normativnye-akty-o-svobode-peredvizheniya-tovarov-lits-i-uslug/direktiva-soveta-ot-25-iyulya-1985-g-o-sblizhenii-zakonov-reglamentov-i-administrativnyh-polozhenij-gosudarstv-chlenov-primenyaemyh-k-otvetstvennosti-za-neispravnyuyu-produktsiyu-85-374-ees-perevod/>, truy cập 18/8/2021.

hành vi và những tương tác của chúng với môi trường xung quanh có thể hoàn toàn có thể ngoài mọi dự liệu của con người, Như vậy, việc áp dụng các nguyên tắc hiện hành về trách nhiệm chủ quan và trách nhiệm khách quan (trách nhiệm không có yếu tố lỗi) đều không thể đáp ứng với vấn đề đã được đặt ra<sup>9</sup>.

Cộng hòa liên bang Đức là quốc gia có nhiều kinh nghiệm lập pháp và thực tiễn trong lĩnh vực này. Đức không chỉ là một trong những quốc gia đi đầu trong lĩnh vực chế tạo robot với tư cách độc lập, mà còn là thành viên của Liên minh Châu Âu - một hiệp hội có tính hội nhập cao và đóng vai trò quan trọng trong thị trường robot toàn cầu. Ở Đức, việc mở rộng sử dụng TTNT được nhìn nhận trong một bối cảnh rộng hơn, không chỉ trong bối cảnh một ngành riêng biệt, mà còn là một phần của sự đổi mới chung của nền kinh tế, hình thành một mô hình kinh tế mới. Từ năm 2011, Đức đã xây dựng và triển khai Chương trình công nghiệp 4.0 (một phần của Chiến lược Công nghệ cao quốc gia 2020), với mục đích tái cơ cấu triệt để ngành sản xuất sử dụng Internet of Things, robot, TTNT, các mạng truyền thông thế hệ mới và các công nghệ hiện đại khác. Chương trình này đã cho ra đời khái niệm về Cách mạng công nghiệp 4.0, một sự chuyển đổi có tính hệ

thống của nền kinh tế thế giới dựa trên việc sử dụng bổ sung các công nghệ kỹ thuật số đầu cuối. Đặc biệt, nhà kinh tế học người Đức, Chủ tịch Diễn đàn Kinh tế thế giới tại Davos, Klaus Schwab, đã có đóng góp đáng kể vào việc phát triển và phổ biến khái niệm này. Hiện nay, Đức đã thông qua Chiến lược công nghệ cao quốc gia đến năm 2025 (The High-Tech Strategy 2025), trong đó thể hiện sự chú trọng đặc biệt đối với sự phát triển TTNT<sup>10</sup>. Đức là một trong những quốc gia đầu tiên thông qua Luật Giao thông đường bộ sửa đổi để điều chỉnh việc sử dụng các phương tiện tự động hóa cao, trong đó có quy định khoản tiền đền bù cho những thiệt hại gây ra trong trường hợp sử dụng những phương tiện đó<sup>11</sup>. Bên cạnh đó, cũng giống như các quốc gia hàng đầu trong lĩnh vực TTNT, Đức vẫn áp dụng “regulatory sandbox” - “khung pháp lý thí điểm” để điều chỉnh một số hoạt động có liên quan đến TTNT. Ví dụ, vào năm 2017 tại Hamburg, dịch vụ giao hàng của Hermes đã thử nghiệm một robot giao hàng tự động có giấy phép cá nhân để được miễn tuân thủ các quy định về đăng ký, cấp phép đối với phương tiện giao thông tiện cũng như các quy định về giao thông hiện hành<sup>12</sup>.

Như vậy, ngoài các phương án xem xét trách nhiệm pháp lý mang tính chất truyền thống (trách nhiệm sản phẩm, trách nhiệm

9. Nguyễn Thị Quế Anh, *Nhận diện sự thay đổi của pháp luật trong bối cảnh công nghệ số*. Kỳ yếu Hội thảo quốc tế “*Luật học trước biến đổi của thời đại*”, tổ chức tại Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội, tháng 8/2019, tập 2, tr.125-126.

10. Xem: Federal Ministry of Education and Research of Germany. (2021). *The high-tech strategy 2025*. The Federal Government, [https://www.bmbf.de/upload\\_filestore/pub/Research\\_and\\_innovation\\_that\\_benefit\\_the\\_people.pdf](https://www.bmbf.de/upload_filestore/pub/Research_and_innovation_that_benefit_the_people.pdf)

11. Xem: Исследовательский центр проблем регулирования робототехники. (2017). *Восьмой закон о внесении изменений в Закон о дорожном движении от 16 июня 2017 г.*, [https://robopravo.ru/initsiativy\\_frantsii\\_v\\_sferie\\_robototekhniki\\_2013\\_2](https://robopravo.ru/initsiativy_frantsii_v_sferie_robototekhniki_2013_2)

12. Xem: Federal Ministry for Economic Affairs and Energy of Germany. (2019). *Making space for innovation. The handbook for regulatory sandboxes*. The Federal Government, [https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Digitale-Welt/handbook-regulatory-sandboxes.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Digitale-Welt/handbook-regulatory-sandboxes.pdf?__blob=publicationFile&v=2), truy cập ngày 20/8/2021.



bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng) đối với các chủ thể thông thường như nhà sản xuất hay chủ sở hữu robot, đã có đề xuất rằng, các máy móc tiên tiến nhất phải có tư cách chủ thể đặc biệt của một thực thể điện tử. Nghị quyết số 2015/2103 cũng đề cập tới việc, nếu như tính chất tự động của robot càng cao thì nó càng cần được xem xét như một dạng công cụ đặc biệt. Từ đó đặt ra câu hỏi: TTNT có thể tự mình chịu trách nhiệm cho những “tác vi” (hành động) và “bất tác vi” (không hành động) của mình hay không? Nghị quyết số 2015/2103 cũng đã đưa ra quy định về việc thiết lập một hệ thống bảo hiểm bắt buộc đối với robot của chủ sở hữu và nhà sản xuất ra chúng (tương tự như như bảo hiểm trách nhiệm dân sự của người chủ sở hữu ô tô trong trường hợp xảy ra tai nạn). Khi thiệt hại gây ra không được bảo hiểm chi trả thì tiền bồi thường sẽ phải được chi trả từ quỹ bồi thường đặc biệt này.

Hiện nay, ở Việt Nam, pháp luật chưa xem xét vấn đề bồi thường thiệt hại trong ứng dụng TTNT như một loại trách nhiệm đặc biệt. Vấn đề bồi thường thiệt hại do TTNT gây ra được áp dụng trên cơ sở những nguyên tắc chung của bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng hoặc những quy định về trách nhiệm sản phẩm trong pháp luật về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

### 3. Bảo vệ dữ liệu cá nhân trong ứng dụng trí tuệ nhân tạo

Chúng ta đang sống trong thời đại mà quyền riêng tư đã trở thành mối quan tâm trung tâm của cả người dùng và cơ quan quản lý. Người dùng đang đòi hỏi sự minh bạch và kiểm soát cao hơn đối với việc thu

thập, lưu trữ, sử dụng dữ liệu và trao đổi dữ liệu, đặc biệt là dữ liệu cá nhân. Thành phần chính của TTNT chính là các dữ liệu, trong khi số lượng lớn dữ liệu cho phép hệ thống “học máy” (machine learning) tự phát triển và đưa ra các quyết định một cách độc lập. Dữ liệu chính là một dạng nguyên liệu đầu vào của TTNT, cho phép TTNT có thể học cách tư duy của con người, sao chép các hành vi ứng xử của con người, tư duy các giải pháp để giải quyết vấn đề và từ đó có thể đưa những quyết định với độ tính toán chính xác, thông minh hơn con người do lợi thế xử lý kỹ thuật công nghệ vốn có của mình. Trong thời đại trí tuệ nhân tạo, dữ liệu, đặc biệt là dữ liệu cá nhân đã thực sự trở thành một loại “hàng hóa” có giá trị kinh tế. Dữ liệu cá nhân giúp cho TTNT học được cách tư duy của con người, cho ra kết quả cao hơn tư duy con người<sup>13</sup>. Do vậy, việc ứng dụng TTNT có liên quan mật thiết đến bảo hộ dữ liệu, đặc biệt là dữ liệu cá nhân. Với sự phát triển của công nghệ thông tin và bộ phận cấu thành không thể thiếu là TTNT, vấn đề bảo vệ dữ liệu cá nhân ngày càng nhận được sự quan tâm đặc biệt vì lý do dữ liệu cá nhân có thể bị tiết lộ thông qua những quyết định được đưa ra bởi TTNT.

Ở hầu hết các quốc gia, quyền bảo vệ dữ liệu cá nhân được coi là một trong những quyền cơ bản của một cá nhân. Châu Âu có thể được xem là một hình mẫu trong việc bảo hộ các dữ liệu cá nhân. Ngày 27/4/2016, Liên minh Châu Âu đã thông qua Chỉ thị số 2016/679 về bảo vệ các cá nhân liên quan đến xử lý và tự do lưu chuyển dữ liệu cá nhân (hay còn gọi là Quy định về bảo vệ

13. Xem: Lê Lương Minh, *Trí tuệ nhân tạo và quyền riêng tư*. Bài viết trong sách tham khảo “*Trí tuệ nhân tạo với pháp luật và quyền con người*”. Chủ biên: Nguyễn Thị Quế Anh, Vũ Công Giao và Mai Văn Thắng. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb. Tư pháp, 2019, tr. 368.

dữ liệu chung (General Data Protection Regulation - GDPR), chính thức có hiệu lực từ 25/5/2018<sup>14</sup>. Dữ liệu cá nhân có thể là bất kỳ thông tin nào liên quan đến việc xác định hoặc nhận dạng một cá nhân (chủ thể dữ liệu) mà theo đó có thể được xác định trực tiếp hoặc gián tiếp chủ thể này. Những thông tin này bao gồm tên, thông tin về vị trí, số nhận dạng trực tuyến, một hoặc nhiều yếu tố cụ thể về danh tính, định dạng vật lý, sinh lý, di truyền, tinh thần, kinh tế, văn hóa hoặc xã hội của cá nhân<sup>15</sup>. Định nghĩa rất rộng và bao hàm khẳng định khá rõ ràng rằng ngay cả địa chỉ IP cũng có thể được coi là dữ liệu cá nhân. Một số dạng dữ liệu cá nhân thuộc về loại đặc biệt hoặc bí mật. Đó là những thông tin liên quan đến nguồn gốc chủng tộc hoặc sắc tộc, chính kiến chính trị, tín ngưỡng tôn giáo hoặc triết học cũng như danh tính thành viên của các tổ chức nghiệp đoàn, các thông tin về di truyền, sinh trắc học được sử dụng để xác định một cá nhân, các thông tin về tình trạng sức khỏe, thông tin về đời sống tình dục hoặc khuynh hướng tình dục<sup>16</sup>.

Việc bảo vệ dữ liệu cá nhân được thực hiện trên cơ sở các tiêu chí sau: bản thân việc bảo vệ dữ liệu cá nhân luôn được nhìn

nhận trong tương quan với việc bảo vệ quyền riêng tư và được xem như là sự tiếp nối của quyền riêng tư; tồn tại các quy định nghiêm ngặt về cơ chế thể hiện sự đồng ý đối với xử lý dữ liệu cá nhân; dữ liệu cá nhân có thể được sử dụng vì những mục đích công cộng với điều kiện tồn tại các cơ chế thông báo và khiếu nại; trong bảo vệ dữ liệu cá nhân cần đồng thời tôn trọng các quyền và tự do cơ bản khác như quyền tự do ngôn luận, tự do lưu thông thông tin.

Việc xử lý dữ liệu cá nhân được thực hiện trên các nguyên tắc sau:

*Thứ nhất*, hợp pháp, công bằng và minh bạch. Dữ liệu cá nhân cần được xử lý một cách hợp pháp, công bằng và minh bạch. Bất kỳ thông tin nào về mục đích, phương pháp và quy mô xử lý dữ liệu cá nhân cần được thể hiện một cách tối đa, dễ tiếp cận và đơn giản.

*Thứ hai*, giới hạn mục tiêu. Các thông tin cá nhân cần được thu thập và sử dụng chỉ giới hạn trong mục đích đã đã được tuyên bố bởi những đơn vị thu thập thông tin đó.

*Thứ ba*, tối thiểu hóa dữ liệu. Không thể thu thập số lượng dữ liệu cá nhân nhiều hơn so với mức cần thiết so với mục tiêu xử lý dữ liệu.

14. Trước thời điểm đó Châu Âu đã có các quy định về bảo vệ dữ liệu cá nhân. Tuy nhiên, với sự phát triển của các công cụ kỹ thuật cách thức tổ chức thu thập, lưu trữ thông tin cũng như lượng thông tin mà các tổ chức, cá nhân phải xử lý đã thay đổi rất nhiều. Quy định bảo vệ dữ liệu GDPR ra đời nhằm mục đích nhằm thiết lập một quy tắc chung cho các luật bảo vệ dữ liệu riêng tư của EU, không phụ thuộc vào vị trí địa lý, được áp dụng cả cho người quản lý dữ liệu và người xử lý dữ liệu. Các quyền cơ bản của cá nhân được GDPR bảo vệ bao gồm: Quyền được thông báo, quyền được truy cập, quyền chỉnh sửa, quyền xóa, quyền giới hạn/ ngừng xử lý, quyền trích xuất dữ liệu, quyền phân đối, quyền từ chối các xử lý phân nhóm và tự động ra quyết định. Xem: Nguyễn Thị Quế Anh, *Bảo vệ dữ liệu cá nhân trong kỷ nguyên số - Kinh nghiệm Châu Âu*, Kỷ yếu Hội thảo quốc tế “Hoàn thiện pháp luật tư trong bối cảnh kỷ nguyên số - kinh nghiệm từ Đức và Việt Nam”, Hà Nội, 3.2019, tr. 65.

15. Khoản 4 điều 4 GDPR. Xem: Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)// OJ. L 119. Vol. 59. 4 May 2016. P. 1-89. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>.

16. Điều 9 GDPR. Xem: nguồn đã dẫn.

*Thứ tư*, chính xác. Những thông tin cá nhân không chính xác cần được loại bỏ hoặc chỉnh sửa (theo yêu cầu của người sử dụng dịch vụ)

*Thứ năm*, hạn chế lưu trữ. Thông tin cá nhân cần được lưu trữ ở dạng cho phép xác định chủ thể dữ liệu trong một khoảng thời gian không vượt quá mức cần thiết cho mục đích xử lý.

*Thứ sáu*, toàn vẹn và bảo mật. Khi xử lý dữ liệu người dùng, các công ty có nghĩa vụ đảm bảo bảo vệ dữ liệu cá nhân khỏi việc xử lý, phá hủy trái phép<sup>17</sup>.

Có thể dễ dàng nhận thấy, trong bối cảnh ứng dụng TTNT, các nguyên tắc xử lý dữ liệu nêu trên đang gặp phải những mâu thuẫn và thách thức nhất định. Vậy các yêu cầu và nguyên tắc ứng xử với dữ liệu cá nhân sẽ cần phải được xử lý như thế nào trong việc ứng dụng TTNT, đặc biệt trong trường hợp TTNT có thể tự mình đưa ra các quyết định độc lập, trong đó có cả việc thu thập, xử lý, tiết lộ các thông tin thuộc về bí mật của các cá nhân? Làm thế nào để các công ty tích hợp các phân tích dữ liệu liên quan đến cá nhân vào hệ thống sản phẩm, dịch vụ trên nền tảng TTNT của họ?

Dưới góc độ kỹ thuật, các nhà khoa học và doanh nhân đang tích cực phát triển các

phương pháp và công cụ bảo vệ dữ liệu cá nhân để sử dụng trong các hệ thống TTNT. Có thể kể đến một số phương thức kỹ thuật mới để bảo vệ dữ liệu cá nhân trong môi trường ứng dụng TTNT như: Học liên kết (Federated Learning); Thuật toán quyền riêng tư khác biệt (Differential Privacy); Mã hóa đồng hình (Homomorphic Encryption - còn gọi là “mã hóa đồng cấu”); Sử dụng mạng ngang hàng (Peer-to-Peer) hay còn gọi là mô hình phi tập trung<sup>18</sup>.

Việc ứng dụng TTNT không những tạo ra nguy cơ tiềm ẩn đối với tính bất khả xâm phạm về quyền riêng tư mà trong nhiều trường hợp chúng còn được thiết kế với chủ định là thiết lập các hồ sơ cá nhân. Dưới góc độ này, pháp luật các quốc gia phát triển, đặc biệt là Liên minh Châu Âu có những quy định rất nghiêm ngặt, thậm chí có khả năng kìm hãm đáng kể sự phát triển của TTNT. Như vậy, trong chính sách phát triển chung cũng như trong thiết kế, sản xuất và ứng dụng TTNT, các nhà hoạch định chính sách, các nhà thiết kế, sản xuất và cung cấp dịch vụ cần bảo đảm rằng các ứng dụng TTNT sẽ không dẫn đến việc làm suy yếu các quyền đối với dữ liệu cá nhân. Đối với các hoạt động nêu trên, có thể chỉ ra những yêu cầu chung liên quan đến bảo vệ dữ liệu cá nhân như sau<sup>19</sup>:

17. Xem: Nguyễn Thị Quế Anh, *Bảo vệ dữ liệu cá nhân trong kỷ nguyên số - Kinh nghiệm Châu Âu*, Kỳ yếu Hội thảo quốc tế “Hoàn thiện pháp luật tư trong bối cảnh kỷ nguyên số - kinh nghiệm từ Đức và Việt Nam”, Hà Nội, 3. 2019, tr. 67.

18. Xem: Интервью с Беном Лорикой, ведущим специалистом по работе с данными компании O’Reilly Media. Взаимосвязь между защитой персональных данных, обучением машин и искусственным интеллектом, [https://www.wipo.int/tech\\_trends/ru/artificial\\_intelligence/ask\\_the\\_experts/techtrends\\_ai\\_lorica.html](https://www.wipo.int/tech_trends/ru/artificial_intelligence/ask_the_experts/techtrends_ai_lorica.html), truy cập ngày 28/8/2021.

19. Xem: Консультативный комитет «Конвенция о защите частных лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера» (ETS No.108 tại: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108?module=treaty-detail&treatynum=108>) Совета Европы. «Руководство по защите персональных данных при использовании искусственного интеллекта» (Guidelines on artificial intelligence and data protection tại: <https://rm.coe.int/guidelines-on-artificial-intelligence-and-data-protection/168091f9d8>).

- Các ứng dụng TTNT trong mọi trường hợp phải tôn trọng đầy đủ các quyền của chủ thể dữ liệu;

- Các ứng dụng TTNT phải cho phép chủ thể dữ liệu kiểm soát một cách có ý thức đối với quá trình xử lý dữ liệu và đối với những tác động có liên quan đến cá nhân và xã hội;

- Ở tất cả các giai đoạn xử lý dữ liệu, bao gồm cả thu thập dữ liệu, các nhà phát triển, nhà sản xuất và nhà cung cấp dịch vụ TTNTI nên áp dụng phương pháp tiếp cận theo thiết kế nhân quyền (human rights by-design) và tránh mọi thành kiến tiềm ẩn (bao gồm cả vô tình hoặc không rõ ràng), nguy cơ phân biệt đối xử và các hậu quả tiêu cực khác đối với quyền con người và các quyền tự do cơ bản của chủ thể dữ liệu;<sup>20</sup>

- Tất cả các sản phẩm và dịch vụ dựa trên ứng dụng TTNT phải được thiết kế theo cách đảm bảo quyền của các cá nhân để đảm bảo rằng các quyết định có ảnh hưởng quan trọng đến họ không chỉ dựa trên xử lý dữ liệu tự động mà không tính đến ý kiến của họ;

- Các chủ thể dữ liệu phải được thông báo rằng họ đang tương tác với ứng dụng TTNT. Họ nên có quyền nhận được những thông tin về logic đằng sau các hoạt động xử lý dữ liệu có ứng dụng TTNT liên quan đến lợi ích của họ;

- Phải đảm bảo quyền phản đối việc xử lý dữ liệu dựa trên các công nghệ ảnh

hưởng đến quan điểm và sự phát triển riêng của các cá nhân.

#### **4. Quyền sở hữu trí tuệ trong ứng dụng trí tuệ nhân tạo**

TTNT đang ngày càng trở thành động lực thúc đẩy tiến bộ trong công nghệ và kinh doanh. Nó được sử dụng rộng rãi trong nhiều ngành công nghiệp và có tác động đến hầu hết mọi khía cạnh của hoạt động sáng tạo. Sự phát triển của TTNT được thúc đẩy bởi sự sẵn có của một lượng lớn dữ liệu và sự gia tăng khả năng tính toán sẵn có. Do vậy, TTNT có nhiều điểm giao thoa và tác động tới lĩnh vực sở hữu trí tuệ (SHTT). Còn sớm để nói về những vấn đề cụ thể, nhưng rõ ràng rằng, TTNT sẽ có tác động tới các lĩnh vực truyền thống của sở hữu trí tuệ. Nền kinh tế số nói chung và TTNT nói riêng sẽ sớm tạo ra các tác phẩm âm nhạc thương mại và các sáng chế, sẽ làm thay đổi khái niệm truyền thống về “nhà soạn nhạc”, “tác giả”, “nhà sáng chế”. TTNT và các quan hệ pháp lý liên quan sự phát triển của TTNT trong tương quan với hệ thống bảo hộ quyền SHTT ngày càng trở thành những vấn đề cấp bách cần được xem xét và điều chỉnh.

Mục tiêu nền tảng của hệ thống SHTT luôn là khuyến khích việc tạo ra các công nghệ mới, các công trình sáng tạo cũng như tạo ra cơ sở kinh tế bền vững cho các

20. Có thể lấy ví dụ vấn đề này bằng một nghiên cứu trên Tạp chí ProPulica, phân tích các kết quả từ một ứng dụng TTNT được sử dụng để hỗ trợ việc cho phép bảo lãnh bị cáo và quyết định mức án tại các tòa án Hoa Kỳ. Ứng dụng này có nhiệm vụ đánh giá khả năng tái phạm của các bị cáo. Nghiên cứu của ProPulica cho rằng, các bị cáo người da đen đã bị đánh giá là có rủi ro tái phạm cao gấp đôi so với người da trắng. Nhà phát triển ứng dụng không đồng tình với kết luận nêu trên, nhưng từ chối cung cấp các tiêu chí và thuật toán xác định khả năng tái phạm của bị cáo. Như vậy, công chúng và giới nghiên cứu không thể biết được thực sự thuật toán của ứng dụng TTNT có thiên vị hay không. Như vậy, trong trường hợp này AI có thể không khách quan, nếu như những dữ liệu đầu vào có sự thiên vị. Việc sử dụng dữ liệu cá nhân trong trường hợp này sẽ trái với nguyên tắc công bằng. Xem: Lê Lương Minh, *Trí tuệ nhân tạo và quyền riêng tư*, Sách tham khảo “*Trí tuệ nhân tạo với pháp luật và quyền con người*”; Chủ biên: Nguyễn Thị Quế Anh, Vũ Công Giao và Mai Văn Thắng, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb. Tư pháp, 2019, tr. 377.



sáng tạo. Từ quan điểm kinh tế đơn thuần, ngoài các mục tiêu khác của hệ thống SHTT như bảo đảm “phần thưởng xứng đáng” và bảo vệ các quyền nhân thân thì sẽ không có lý do gì để không sử dụng SHTT nhằm khuyến khích các công trình sáng tạo do chính TTNT tạo lập ra. Tuy nhiên, cho đến thời điểm hiện nay, cơ chế và phương thức thực hiện mục tiêu này thì hoàn toàn chưa rõ ràng. TTNT như một công nghệ có thể được hiểu theo những cách khác nhau, nhưng điểm mấu chốt với pháp luật SHTT chính là ở chỗ, kết quả của việc sử dụng phức hợp các giải pháp công nghệ cho phép bắt chước các nhận thức của con người, thu nhận được những kết quả tương đương với kết quả của hoạt động trí tuệ của con người. Từ đó dẫn đến câu hỏi là liệu các sản phẩm được tạo ra từ TTNT – kết quả của quá trình tự phân tích và đưa ra các quyết định độc lập của TTNT - có được bảo hộ quyền SHTT hay không? Và nếu được bảo hộ thì chủ thể nào sẽ nắm giữ các quyền SHTT này.

Pháp luật SHTT hiện hành chỉ công nhận quyền tác giả đối với những tác phẩm được tạo thành từ công sức lao động sáng tạo của cá nhân con người. Quyền tác giả đối với tác phẩm liên quan trực tiếp đến vấn đề tính nguyên gốc của chúng - một trong những đặc điểm chính được pháp luật bảo hộ. Nền tảng của pháp luật về bảo hộ quyền tác giả truyền thống tiếp cận theo hướng bảo hộ tác phẩm mà trong đó tính nguyên bản của chúng phản ánh các hoạt động sáng tạo và trí tuệ của tác giả. TTNT hoạt động theo các thuật toán và khá thường xuyên tạo ra các tác phẩm mới do quá trình xử lý và phân tích các tác phẩm đã có, trong trường hợp này, để tác phẩm có thể được bảo hộ thì cần thiết phải đưa ra các tiêu chí để xác định

tính chất nguyên gốc trong tác phẩm mới được hình thành. Do vậy, vấn đề quan trọng đối với việc công nhận quyền tác giả cho đối tượng được tạo ra bởi TTNT chính là tác giả và tính nguyên gốc của tác phẩm. Có những xu hướng giải quyết vấn đề này như sau:

- Tác giả là người đã tạo nên TTNT;
- Tác giả là người sử dụng TTNT;
- Tác giả trực tiếp là TTNT.

Trong đó, hai xu hướng đầu là những xu hướng phổ biến nhất, nhưng lại không hoàn toàn tương ứng với đặc điểm chính của tác phẩm là đối tượng SHTT - sự hiện diện của hoạt động sáng tạo và trí tuệ của một người. Kết quả của hoạt động trí tuệ và sáng tạo của một nhà phát triển TTNT sẽ là chính TTNT dưới dạng một chương trình máy tính hoặc một mã nguồn. Các sản phẩm do TTNT tạo ra thường không bị ảnh hưởng từ phía người tạo ra TTNT vì các sản phẩm này được TTNT tạo ra bằng cách thực hiện những thuật toán nhất định. Do vậy, việc công nhận người phát triển TTNT là tác giả sẽ không phù hợp với pháp luật hiện hành. Tiếp theo, việc coi người sử dụng TTNT như là tác giả cũng sẽ không tương thích với các nguyên tắc cơ bản của quyền SHTT. Thông thường, tất cả các hành động của người dùng liên quan đến quá trình tạo ra các tác phẩm bằng TTNT bao gồm việc khởi động một chương trình máy tính thích hợp và tải thông tin, tài liệu hoặc thiết lập các cài đặt cần thiết để tạo ra kết quả cuối cùng. Những hành động như vậy khó được coi là hoạt động có tính sáng tạo.

Cho đến nay, chưa có bất kỳ quốc gia nào công nhận TTNT trực tiếp là tác giả của các tác phẩm. Điều này liên quan trực tiếp

đến vấn đề có công nhận “ cá nhân điện tử” (như đã đề cập ở các nội dung trên) là chủ thể của quan hệ pháp luật hay không. Tuy nhiên, việc áp dụng xu hướng này còn liên quan đến việc giải quyết hàng loạt các khía cạnh pháp lý khác nhau trong bảo hộ quyền SHTT đối với các đối tượng do “ cá nhân điện tử” - TTNT tạo nên: cơ chế thực thi các quyền nhân thân và tài sản; thời hạn bảo hộ; giải quyết tranh chấp; ...

Ngoài ra, việc ứng dụng công nghệ TTNT sẽ có tác động không chỉ tới hoạt động SHTT, hệ thống pháp luật và chính sách về SHTT mà còn tới cả các hệ thống hành chính về SHTT trên toàn thế giới. Trong những năm gần đây, Tổ chức SHTT thế giới (WIPO) đã nỗ lực nghiên cứu và thảo luận các vấn đề và các câu hỏi liên quan đến việc sử dụng các công nghệ và hệ thống TTNT để quản lý các quy trình hành chính và chính sách sở hữu trí tuệ.

Tóm lại, trí tuệ nhân tạo là bước tiến mới của công nghệ kỹ thuật số và sẽ có tác động sâu sắc đến thế giới của chúng ta. Nó sẽ mang lại những tác động to lớn về công nghệ, kinh tế và xã hội, đồng thời sẽ thay đổi cách chúng ta sản xuất và tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ và thực sự nó sẽ thay đổi cả cách sống của thế giới loài người. Nói cách khác, việc xem xét áp dụng trí tuệ nhân tạo không đơn thuần chỉ trong khuôn khổ của một lĩnh vực mà cần phải được nhìn nhận trên phạm vi tương đối bao quát, trong đó có lĩnh vực pháp luật. Có thể đưa ra một số tiêu chí để nhận diện hệ thống pháp luật hoàn thiện nhằm điều chỉnh và hỗ trợ cho lĩnh vực TTNT: có đạo luật chuyên ngành về điều chỉnh các quan hệ về phát triển và sử dụng công nghệ robot; có hệ thống cơ

quan nhà nước chịu trách nhiệm trong lĩnh vực công nghệ robot; có chương trình quốc gia về phát triển ngành công nghiệp robot và có khung pháp pháp lý thí điểm cho việc thử nghiệm công nghệ robot. Hiện nay, ngay cả một số quốc gia phát triển trong lĩnh vực công nghệ này cũng chưa phải là đã đáp ứng đầy đủ những yêu tố nêu trên. Tuy nhiên, những kinh nghiệm nêu trên của các quốc gia phát triển có thể được coi là những hình mẫu quan trọng cho các hoạt động lập pháp về TTNT ở các quốc gia, trong đó có Việt Nam ■

**Tài liệu tham khảo**

**Tiếng Việt**

1. Nguyễn Thị Quế Anh, *Nhận diện sự thay đổi của pháp luật trong bối cảnh công nghệ số*. Kỷ yếu Hội thảo quốc tế “Luật học trước biến đổi của thời đại”, tổ chức tại Khoa Luật - ĐHQGHN, tháng 8/2019, tập 2.

2. Nguyễn Thị Quế Anh. *Bảo vệ dữ liệu cá nhân trong kỷ nguyên số - Kinh nghiệm Châu Âu*. Kỷ yếu Hội thảo quốc tế “Hoàn thiện pháp luật tư trong bối cảnh kỷ nguyên số - kinh nghiệm từ Đức và Việt Nam”, Hà Nội, 3.2019.

3. Báo Nhân dân (2017), *Facebook xóa sổ trí tuệ nhân tạo có khả năng tự sáng tạo ra ngôn ngữ mới*, [http://nhandan.com.vn/congnghe/item/33622102-facebook-xoa-so-tri-tue-nhan-tao-co-kha-nang-tu-sang-tao-ra-ngon-ngu-moi.html](http://nhandan.com.vn/congnghe/item/33622102-facebook-xoa-so-tri-tue-nhan-tao-co-kha-nang-tu-sang-tao-ra-ngon-ngu-moi), truy cập ngày 15/8/2021.

4. Lưu Minh Sang, Trần Đức Thành. *Trí tuệ nhân tạo và những thách thức pháp lý*. Nguồn: Tạp chí Khoa học và công nghệ Việt Nam. <https://vjst.vn/vn/tin-tuc/3303/tri-tue-nhan-tao-va-nhung-thach-thuc-phap-ly.aspx> (truy cập 08/7/2021).

5. Lê Lương Minh, *Trí tuệ nhân tạo và quyền riêng tư*. Bài viết trong sách tham khảo “Trí tuệ nhân tạo với pháp luật và quyền con người”. Chủ biên: Nguyễn Thị Quế Anh, Vũ Công Giao và Mai Văn Thắng. Khoa Luật, ĐHQGHN. NXB Tư pháp, 2019.

6. VNReview(2017), *Facebook đã không hoảng sợ và tắt chương trình AI tự tạo ra ngôn ngữ như tin đồn*, [http://vnreview.vn/tin-tuc-khoa-hoc-cong-nghe/-/view\\_content/content/2232722/facebook-da-khong-hoang-so-va-tat-ai-tu-tao-ra-ngon-ngu-nhu-tin-don](http://vnreview.vn/tin-tuc-khoa-hoc-cong-nghe/-/view_content/content/2232722/facebook-da-khong-hoang-so-va-tat-ai-tu-tao-ra-ngon-ngu-nhu-tin-don), truy cập ngày 15/8/2021.

### Tiếng Anh

7. European Parliament, Resolution 2015/2103 (INL), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.pdf), (truy cập 20/8/2021).

8. Federal Ministry of Education and Research of Germany. (2021). *The high-tech strategy 2025*. The Federal Government, tại: [https://www.bmbf.de/upload\\_filestore/pub/Research\\_and\\_innovation\\_that\\_benefit\\_the\\_people.pdf](https://www.bmbf.de/upload_filestore/pub/Research_and_innovation_that_benefit_the_people.pdf)

9. Federal Ministry for Economic Affairs and Energy of Germany. (2019). *Making space for innovation. The handbook for regulatory sandboxes*. The Federal Government. [https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Digitale-Welt/handbook-regulatory-sandboxes.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Digitale-Welt/handbook-regulatory-sandboxes.pdf?__blob=publicationFile&v=2), (truy cập 20/8/2021).

### Tiếng Nga

10. Normы гражданского права робототехнике. Резолюция Европарламента от 16 февраля 2017 года. Xem: [http://robopravo.ru/riezoliutsiia\\_ies](http://robopravo.ru/riezoliutsiia_ies) (truy cập: 22/8/2021).

11. Исследовательский центр проблем регулирования робототехники. (2017). *Восьмой закон о внесении изменений в Закон о дорожном движении от 16 июня 2017 г*, tại:

[https://robopravo.ru/iniativy\\_frantsii\\_v\\_sferie\\_robototekhniki\\_2013\\_2](https://robopravo.ru/iniativy_frantsii_v_sferie_robototekhniki_2013_2)

12. Интервью с Беном Лорикой, ведущим специалистом по работе с данными компании O'Reilly Media. Взаимосвязь между защитой персональных данных, обучением машин и искусственным интеллектом. Nguồn: [https://www.wipo.int/tech\\_trends/ru/artificial\\_intelligence/ask\\_the\\_experts/techtrends\\_ai\\_lorica.html](https://www.wipo.int/tech_trends/ru/artificial_intelligence/ask_the_experts/techtrends_ai_lorica.html) (truy cập 28/8/2021).

13. Директива Совета от 25 июля 1985 г. о сближении законов, регламентов и административных положений государств-членов, применяемых к ответственности за неисправную продукцию (85/374/ЕЭС). Xem: <https://eulaw.edu.ru/spisok-dokumentov-po-pravu-evropejskogo-soyuza/dokumenty-o-pravah-cheloveka-i-grazhdanina/normativnye-akty-o-svobodereedvizheniya-tovarov-lits-i-uslug/direktiva-soveta-ot-25-iyulya-1985-g-o-sblizhenii-zakonov-reglamentov-i-administrativnyh-polozhenij-gosudarstvchlenov-primenyaemyh-k-otvetstvennosti-za-neispravnyu-produktsiyu-85-374-ees-perevod/> (truy cập 18/8/2021).

14. Консультативный комитет "Конвенция о защите частных лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера" (ETS No.108 tại: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108?module=treaty-detail&treaty-num=108>)

# HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ CHUYỂN ĐỔI, CHUYỂN NHƯỢNG ĐẤT NÔNG NGHIỆP Ở NƯỚC TA HIỆN NAY

**Bùi Đức Hiên\***

\*TS. Viện Nhà nước và Pháp luật

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Chuyển đổi, chuyển nhượng đất nông nghiệp; quyền sử dụng đất; Luật Đất đai.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 26/10/2021

Biên tập : 07/11/2021

Duyệt bài : 09/11/2021

## Tóm tắt:

Dự án Luật Đất đai (sửa đổi) dự kiến sẽ được trình Quốc hội xem xét, thông qua vào tháng 5 năm 2023. Hiện nay, Bộ Tài nguyên và Môi trường đang khẩn trương hoàn thiện Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) trước khi công bố rộng rãi để lấy ý kiến nhân dân. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các quy định của Luật Đất đai năm 2013 về chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp, chỉ ra một số bất cập, hạn chế và đưa ra các kiến nghị hoàn thiện.

## Article Information:

*Keywords:* Conversion and transfer of agricultural land; land use rights; Law on Land.

*Article History:*

Received : 26 Oct. 2021

Edited : 07 Nov. 2021

Approved : 09 Nov. 2021

## Abstract:

The Bill of Law on Land (amended) is expected to be submitted to the National Assembly for review and approval in May 2023. Currently, the Ministry of Natural Resources and Environment is urgently finalizing this Bill of Law (amended) prior to public comments. Within the scope of this article, the author provides an analysis of the provisions of the Law on Land of 2013 on the conversion and transfer of agricultural land use rights, also gives out some shortcomings, limitations and makes recommendations for further improvements.

## 1. Khái quát chung về chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp

Hiện nay, có nhiều cách hiểu khác nhau về thuật ngữ “đất nông nghiệp”. Ở góc độ chung nhất, đất nông nghiệp là loại đất được Nhà nước chuyển giao cho cá nhân, hộ gia đình, tổ chức thông qua các hình thức giao đất, cho thuê, công nhận quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật để phục vụ nhu cầu sản xuất nông nghiệp, bao gồm: trồng trọt, chăn nuôi, trồng rừng... hay nói chung là sử dụng cho mục đích

nông nghiệp. Về mặt pháp lý, đất nông nghiệp bao gồm: *Đất trồng cây hàng năm gồm đất trồng lúa và đất trồng cây hàng năm khác; đất trồng cây lâu năm; đất rừng sản xuất; đất rừng phòng hộ; đất rừng đặc dụng; đất nuôi trồng thủy sản; đất làm muối và đất nông nghiệp khác*<sup>1</sup>.

Theo quy định của Hiến pháp năm 2013, đất đai thuộc sở hữu toàn dân, Nhà nước là đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý. Do vậy, với tư cách là đại diện chủ sở hữu toàn dân, Nhà nước có quyền thay mặt toàn dân thực hiện chuyển quyền sử

1. Xem: khoản 1 Điều 10 Luật Đất đai năm 2013.



dụng đất thông qua một trong ba hình thức là: giao đất, cho thuê đất hoặc công nhận quyền sử dụng đất<sup>2</sup>. Khi quyền sử dụng đất được chuyển sang cho người sử dụng đất<sup>3</sup> thì người sử dụng đất có quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho, thừa kế, thế chấp, cho thuê, góp vốn bằng quyền sử dụng đất, trong đó có đất nông nghiệp<sup>4</sup>.

*“Chuyển đổi quyền sử dụng đất là một hình thức chuyển quyền sử dụng đất, trong đó các bên (hộ gia đình, cá nhân trong cùng một xã, phường, thị trấn) chuyển giao quyền sử dụng đất nông nghiệp cho nhau (đổi đất nông nghiệp), các bên vừa là người chuyển đổi nhưng cũng đồng thời là người nhận chuyển đổi. Trường hợp giá trị quyền sử dụng đất có sự chênh lệch thì một bên có nghĩa vụ thanh toán cho bên còn lại phần giá trị chênh lệch theo thỏa thuận, trừ trường hợp có thỏa thuận khác (đổi ngang)”*<sup>5</sup>. Chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp là người đang sử dụng đất nông nghiệp chuyển giao đất cùng với quyền sử dụng của mình cho người nhận chuyển nhượng đất sử dụng. Bên chuyển nhượng chuyển giao đất và quyền sử dụng đất sẽ nhận được được số tiền tương ứng với giá trị quyền sử dụng đất theo thỏa thuận của hai bên.

Những vấn đề pháp lý cấp bách trong chuyển đổi, chuyển nhượng đất nông nghiệp là những vấn đề liên quan đến các quy định của pháp luật về chuyển đổi, chuyển

nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp cần phải nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung ngay. Sự cấp bách thể hiện ở ba khía cạnh là: (1) tính thời sự của các nội dung liên quan đến chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp; (2) các vấn đề này chưa được nghiên cứu căn bản để giải quyết triệt để; (3) thu hút sự quan tâm lớn của các cá nhân, tổ chức trong xã hội mà nếu không được giải quyết sớm sẽ ảnh hưởng đến sự phát triển lành mạnh của thị trường quyền sử dụng đất, thậm chí ảnh hưởng đến trật tự, an toàn xã hội. Những vấn đề cấp bách trong chuyển đổi, chuyển nhượng đất nông nghiệp được thể hiện qua những bất cập trong quy định và thực hiện pháp luật hiện hành về vấn đề này<sup>6</sup>.

## 2. Thực trạng và giải pháp hoàn thiện pháp luật về chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp ở Việt Nam

Thực tiễn gần 10 năm thi hành Luật Đất đai năm 2013 cho thấy, các quy định về chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp còn có những hạn chế, bất cập cần được hoàn thiện sau đây:

*Thứ nhất*, quy định về cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nông nghiệp:

Theo quy định của Điều 188 Luật Đất đai năm 2013, điều kiện để người sử dụng đất được thực hiện quyền chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp là khi họ được cấp Giấy chứng nhận quyền

2. Quá trình chuyển quyền sử dụng đất từ Nhà nước tới người sử dụng đất thường được gọi là chuyển quyền sử dụng đất sơ cấp (thị trường chuyển nhượng đất sơ cấp).

3. Xem Điều 5 Luật Đất đai năm 2013.

4. Quá trình này được gọi là chuyển quyền sử dụng đất thứ cấp (thị trường chuyển nhượng đất thứ cấp).

5. Xem thêm: Khắc Niệm, *Chuyển đổi đất là gì? Khác gì với chuyển mục đích sử dụng đất?*, <https://luatvietnam.vn/dat-dai-nha-o/chuyen-doi-quyen-su-dung-dat-567-32796-article.html>, truy cập ngày 17/10/2021.

6. Xem thêm quan điểm của PGS.TS. Phạm Hữu Nghị tại Hội thảo đề tài “*Một số vấn đề pháp lý cấp bách về đất nông nghiệp ở Việt Nam hiện nay*”, do TS. Phạm Hương Lan làm Chủ nhiệm, Viện Nhà nước và Pháp luật, tháng 10/2021.

sử dụng đất. Như vậy, Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất là chứng thư pháp lý quan trọng để chứng minh quyền của một người với một mảnh đất cụ thể là có căn cứ và hợp pháp. Tuy nhiên, việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nông nghiệp cho cá nhân, hộ gia đình ở nhiều nơi còn chậm vì nhiều lý do khác nhau, trong đó có nguyên nhân rất lớn từ người có trách nhiệm trong thực hiện việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Sự chậm trễ này ảnh hưởng rất lớn đến việc thực hiện quyền chuyển đổi, chuyển nhượng đất nông nghiệp của người sử dụng đất, ảnh hưởng đến hiệu quả sử dụng đất. Để khắc phục tình trạng nêu trên, tác giả cho rằng, cần phải đẩy nhanh việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nông nghiệp cho người dân, tạo cơ sở pháp lý cho họ thực hiện quyền chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp; tăng cường vai trò giám sát của các cơ quan dân cử, tổ chức chính trị xã hội và truyền thông trong suốt quá trình thực hiện cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nông nghiệp; xử lý nghiêm minh những vi phạm trong thực hiện cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nông nghiệp.

*Thứ hai*, quy định về điều kiện chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp với hộ gia đình.

Theo quy định của Điều 5 Luật Đất đai năm 2013, hộ gia đình là một chủ thể của quan hệ pháp luật đất đai; hộ gia đình có thể được sử dụng đất dưới hình thức được Nhà nước giao đất, cho thuê đất hoặc công nhận quyền sử dụng đất. Tuy nhiên, giữa quy định của Luật Đất đai năm 2013 và của Bộ luật Dân sự năm 2015 về hộ gia đình chưa có sự thống nhất.

Bên cạnh đó, theo quy định của khoản 29 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013, “*hộ gia đình sử dụng đất là những người có quan hệ hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình, đang sống chung và có quyền sử dụng đất chung tại thời điểm được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất; nhận chuyển quyền sử dụng đất*”. Theo quy định này, các thành viên phải đang sống chung với nhau và có quyền sử dụng đất chung tại thời điểm được Nhà nước giao đất... mới được xác định là hộ gia đình sử dụng đất. Trên thực tiễn, có nhiều trường hợp các thành viên trong gia đình có quyền sử dụng đất chung tại thời điểm Nhà nước giao đất, nhưng hiện họ lại không đang sống chung với nhau. Theo quy định của Điều 212 Bộ luật Dân sự năm 2015, việc chuyển đổi, chuyển nhượng liên quan đến quyền sử dụng đất thuộc quyền sử dụng của hộ gia đình, phải có sự thỏa thuận của các thành viên đã thành niên. Trường hợp, nếu một thành viên vì một lý do nào đó không chấp nhận chuyển đổi, chuyển nhượng sẽ dẫn đến các thành viên còn lại trên thực tiễn không thể chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất. Như vậy, quy định “đang sống chung” đang gây khó khăn cho các giao dịch chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất trên thực tế. Để tháo gỡ khó khăn này, tác giả cho rằng, cần bỏ điều kiện “đang sống chung” trong quy định của khoản 29 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013, giữ lại điều kiện “*có quyền sử dụng đất chung tại thời điểm được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất; nhận chuyển quyền sử dụng đất*”.

*Thứ ba*, quy định về giới hạn phạm vi chuyển đổi quyền sử dụng đất nông nghiệp:

Theo quy định của Điều 190 Luật Đất đai năm 2013, “*hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất nông nghiệp do được Nhà nước giao đất, do chuyển đổi, nhận chuyển nhượng, nhận thừa kế, được tặng cho quyền sử dụng đất hợp pháp từ người khác thì chỉ được chuyển đổi quyền sử dụng đất nông nghiệp trong cùng xã, phường, thị trấn cho hộ gia đình, cá nhân khác để thuận lợi cho sản xuất nông nghiệp và không phải nộp thuế thu nhập từ việc chuyển đổi quyền sử dụng đất và lệ phí trước bạ*”. Có thể thấy rằng, ở một khía cạnh nhất định, quy định này tạo cơ sở thực hiện chính sách dồn điền đổi thửa, nâng cao hiệu quả phát triển nông nghiệp, thúc đẩy sản xuất hàng hóa tập trung. Tuy nhiên, quy định giới hạn việc chuyển đổi đất nông nghiệp chỉ trong phạm vi cùng xã đã ảnh hưởng tiêu cực đến quá trình thúc đẩy chuyển đổi kinh tế nông nghiệp từ quy mô hộ gia đình lên quy mô trang trại. Quy định này không phù hợp ở cả góc độ lý luận và thực tiễn. Ví dụ, hai hộ gia đình có đất nông nghiệp giáp ranh nhau nhưng thuộc hai xã khác nhau, theo quy định hiện hành họ không được chuyển đổi quyền sử dụng đất liệu có hợp lý không?

Bên cạnh đó, một câu hỏi được đặt ra là, tại sao chỉ các trường hợp quy định tại Điều 190 Luật Đất đai năm 2013 được chuyển đổi quyền sử dụng đất; các trường hợp hộ gia đình, cá nhân được công nhận quyền sử dụng đất nông nghiệp hoặc được Nhà nước cho thuê đất nông nghiệp và trả tiền cho cả thời hạn thuê tại sao không được chuyển đổi quyền sử dụng đất? Để thúc đẩy chuyển đổi kinh tế nông nghiệp, tác giả cho rằng, cần mở rộng phạm vi chuyển đổi quyền

sử dụng đất nông nghiệp ra ngoài phạm vi cấp xã nhằm khuyến khích tích tụ tập trung đất đai, thúc đẩy phát triển sản xuất nông nghiệp quy mô lớn.

*Thứ tư*, quy định về chuyển đổi quyền sử dụng đất nông nghiệp, thực hiện chủ trương dồn điền đổi thửa:

Theo quy định của Luật Đất đai năm 2013, quyền chuyển đổi quyền sử dụng đất là cơ sở pháp lý rất quan trọng để các địa phương thực hiện chính sách dồn điền đổi thửa. Dồn điền đổi thửa là cơ sở quan trọng để tiến hành sản xuất kinh tế hàng hóa, đáp ứng yêu cầu của quá trình hội nhập quốc tế. Tuy nhiên, thực tiễn ở một số địa phương cho thấy, quá trình thực hiện dồn điền đổi thửa vẫn chưa dựa trên quyền chuyển đổi quyền sử dụng đất. Thậm chí, có địa phương còn quyết định các phương án dồn điền đổi thửa mà không áp dụng triệt để nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng, thỏa thuận của người dân; chưa đảm bảo nguyên tắc dân chủ, khách quan, công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình. Điều này dẫn đến tình trạng, có những địa phương thực hiện được, có những địa phương lại không thể thực hiện được do mâu thuẫn về lợi ích, do nghi kỵ giữa người dân với cấp chính quyền cơ sở,... Do vậy, tác giả cho rằng, việc thực hiện chính sách dồn điền đổi thửa cần dựa trên nguyên tắc dân chủ, bình đẳng, thỏa thuận và cùng có lợi, áp dụng đầy đủ công thức “dân biết, dân làm, dân kiểm tra, dân thụ hưởng” và gắn với quá trình thực hiện xây dựng nông thôn mới. Bên cạnh đó, quá trình thực hiện chủ trương dồn điền đổi thửa cần đảm bảo công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình. Đặc biệt, cần hoàn

thiện thể chế pháp lý rõ ràng về vấn đề này để việc thực hiện dồn điền đổi thửa được thực hiện hiệu quả hơn trên thực tiễn.

*Thứ năm*, quy định về những người không trực tiếp sản xuất nông nghiệp không được nhận chuyển nhượng đất trồng lúa:

Theo quy định của khoản 3 Điều 191 Luật Đất đai năm 2013, “*hộ gia đình, cá nhân không trực tiếp sản xuất nông nghiệp không được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất trồng lúa*”. Quy định này nhằm bảo đảm nguyên tắc ưu tiên bảo vệ và phát triển quỹ đất nông nghiệp, đặc biệt là đất trồng lúa. Tuy nhiên, các văn bản hiện hành không giải thích rõ thế nào là “không trực tiếp sản xuất nông nghiệp”. Điều này có thể dẫn đến trường hợp, chủ thể có tham gia vào một khâu nào đó trong quan hệ sản xuất nông nghiệp, nhưng họ lại không được coi là chủ thể trực tiếp sản xuất nông nghiệp và bị hạn chế quyền của mình. Bên cạnh đó, thực tiễn ở nhiều địa phương đang diễn ra tình trạng, người trực tiếp sản xuất nông nghiệp không mặn mà với công việc đồng áng, trong khi đó, nhiều doanh nghiệp, tổ chức kinh tế, cá nhân muốn đầu tư phát triển kinh tế nông nghiệp và cần có đất nông nghiệp để thực hiện mong muốn này, nhưng việc tiếp cận quỹ đất nông nghiệp để sản xuất lại rất khó khăn. Quy định này đã cản trở quyền được tiếp cận quyền sử dụng đất của không ít người dân. Để khắc phục tình trạng này, tác giả cho rằng, cần thay đổi “tư duy từ nhận thức đến hành động” trong sửa đổi Luật Đất đai đã được ghi nhận trong Văn kiện Đại hội lần thứ XIII của Đảng; theo đó, cần mở rộng chủ thể được nhận chuyển nhượng đất trồng lúa, bao gồm cả những

người không trực tiếp sản xuất nông nghiệp để tạo cơ sở thúc đẩy phát triển kinh tế nông nghiệp ngày một phát triển hơn. Bên cạnh đó, để đảm bảo người nhận chuyển nhượng đất trồng lúa sử dụng đất đúng mục đích, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần tăng cường giám sát việc thực hiện, trường hợp vi phạm cần phải được xử lý nghiêm theo quy định của pháp luật.

*Thứ sáu*, quy định về hạn mức nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp:

Bên cạnh quy định về hạn mức giao đất nông nghiệp, Điều 130 Luật Đất đai năm 2013 còn quy định về hạn mức nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất. Theo đó, hạn mức nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp của hộ gia đình, cá nhân không quá 10 lần hạn mức giao đất nông nghiệp của hộ gia đình, cá nhân đối với mỗi loại đất. Theo quy định này, hộ gia đình, cá nhân trực sử dụng đất trồng cây hàng năm ở đồng bằng chỉ được nhận chuyển nhượng tối đa không quá 10 lần hạn mức Nhà nước giao với mỗi loại đất, tức hạn mức nhận chuyển nhượng đất trồng cây hàng năm tối đa không quá 30ha (đối với Đông Nam Bộ và đồng bằng Sông Cửu Long; không quá 20ha với khu vực đồng bằng khác). Đối với đất trồng cây lâu năm, hộ gia đình, cá nhân ở các xã đồng bằng được nhận chuyển nhượng không quá 100 ha. Với các xã trung du, miền núi, hộ gia đình, cá nhân được nhận chuyển nhượng không quá 300 ha. Quy định về hạn mức nhận chuyển nhượng đất nông nghiệp nêu trên nhằm tạo quỹ đất để đa số người dân được tham gia vào quan hệ sử dụng đất nông nghiệp, đồng thời nhằm tránh tạo ra những lớp địa chủ, cường hào



mới. Tuy nhiên, bối cảnh ngày nay đã khác quá xa thời phong kiến. Trong điều kiện các quy định của pháp luật quốc tế và pháp luật trong nước khá chặt chẽ thì những lo ngại về lớp địa chủ cường hào này là không có cơ sở; thậm chí, quy định này không đáp ứng được yêu cầu hội nhập quốc tế gây cản trở sự phát triển đất nước. Để khắc phục bất cập này, tác giả cho rằng, cần sửa đổi Điều 130 Luật Đất đai năm 2013 theo hướng bỏ quy định về hạn mức nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp.

*Thứ bảy*, quy định về giá đất nông nghiệp:

Theo quy định của Luật Đất đai năm 2013, Nghị định số 44/2014/NĐ-CP của Chính phủ, khung giá đất nông nghiệp do Chính phủ ban hành. Trên cơ sở khung giá đất nông nghiệp, sau khi trình Hội đồng nhân dân thông qua, Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương quyết định giá đất cụ thể. Thực tế cho thấy, khung giá đất và bảng giá, đặc biệt là giá đất nông nghiệp ở các tỉnh thường thấp hơn giá thị trường rất nhiều. Việc định giá đất nông nghiệp thấp không chỉ ảnh hưởng đến lợi ích của Nhà nước, mà còn dễ bị các chủ thể lợi dụng xin giao đất, xin chuyển mục đích sử dụng để hưởng giá chênh lệch. Để khắc phục bất cập này, cần sửa đổi quy định của Luật Đất đai về cách xác định giá đất nông nghiệp cụ thể theo hướng đất nông nghiệp tiệm cận với giá thị trường nhằm đảm bảo hài hòa lợi ích giữa Nhà nước, nhà đầu tư và người sử dụng đất.

*Thứ tám*, quy định về thời hạn giao, cho thuê đất nông nghiệp:

Theo quy định hiện hành, đối với thời hạn giao đất nông nghiệp, tùy theo mục đích sử dụng đất và chủ thể được giao, Nhà nước quy định thời hạn giao lâu dài hoặc giao có thời hạn. Theo đó, hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất đất nông nghiệp được Nhà nước giao đất nông nghiệp là 50 năm; thời hạn cho thuê đất nông nghiệp với cá nhân, hộ gia đình và tổ chức sử dụng vào mục đích nông nghiệp là không quá 50 năm. Trường hợp tổ chức đầu tư vào vùng có điều kiện kinh tế khó khăn hoặc đầu tư vào lĩnh vực lâu thu hồi vốn thì thời hạn thuê tối đa là không quá 70 năm<sup>7</sup>. Khi hết thời hạn, hộ gia đình, cá nhân, tổ chức sử dụng đất nông nghiệp, nếu có nhu cầu thì được tiếp tục sử dụng đất theo thời hạn quy định, không cho thuê tiếp thì nhà nước có quyền thu hồi<sup>8</sup>. Bên cạnh đó, Nhà nước cũng giao lâu dài trong trường hợp giao đất nông nghiệp cho cộng đồng dân cư sử dụng, hay trường hợp giao đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng, đất rừng sản xuất là rừng tự nhiên thì Nhà nước sẽ giao ổn định lâu dài. Thời hạn cho thuê đất thuộc quỹ đất nông nghiệp sử dụng vào mục đích công ích của xã, phường, thị trấn không quá 05 năm. So với Luật Đất đai năm 2003, Luật Đất đai năm 2013 đã mở rộng thời hạn giao đất, cho thuê đất nông nghiệp từ 20 năm lên 50 năm, trong một số trường hợp đặc biệt có thể giao, cho thuê đất nông nghiệp đến 70 năm.

Tác giả cho rằng, về mặt pháp lý, việc quy định thời hạn giao đất, cho thuê đất, chủ yếu mang ý nghĩa biểu tượng thể hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân của Nhà

7. Còn theo Luật Đất đai năm 2003 thì thời hạn giao đất nông nghiệp cho hộ gia đình, cá nhân là 20 năm, cho thuê không quá 20 năm. Do vậy quy định trên là điểm mới của Luật Đất đai năm 2013.

8. Xem thêm: Điều 126 Luật Đất đai 2013.

nước đối với đất đai. Tuy nhiên, về mặt tâm lý xã hội, việc ghi nhận sử dụng đất có thời hạn sẽ ảnh hưởng đến thúc đẩy phát triển bền vững. Giao, cho thuê đất nông nghiệp có thời hạn làm người được giao, thuê hiểu rằng nó không phải là của mình và hết thời hạn đó, đất của họ có nguy cơ bị thu hồi trở lại hoặc bị giao cho người khác. Điều này gây ảnh hưởng đến tâm lý của người sử dụng đất, họ mạnh dạn mở rộng sản xuất, đầu tư để thúc đẩy kinh tế phát triển hoặc có thể có những trường hợp mở rộng đầu tư để phát triển kinh tế nhưng lại gặp rủi ro khi bị Nhà nước thu hồi đất dẫn đến phản kháng tiêu cực như vụ Đoàn Văn Vươn là một ví dụ điển hình<sup>9</sup>. Bên cạnh đó, khi gần hết thời hạn sử dụng đất, việc thực hiện quyền chuyển đổi, chuyển nhượng của người sử dụng đất sẽ bị ảnh hưởng do bên nhận chuyển đổi, chuyển nhượng e ngại khi hết thời hạn sử dụng, đất đó sẽ bị Nhà nước thu hồi hoặc sẽ bị ép giá thấp hơn giá thị trường. Để khắc phục bất cập nêu trên, cần sửa đổi quy định của Luật Đất đai năm 2013 về thời hạn giao đất nông nghiệp theo hướng xác lập quyền sử dụng đất nông nghiệp với thời hạn lâu dài. Việc xác lập quyền sử dụng đất nông nghiệp lâu dài không ảnh hưởng đến quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân của Nhà nước với đất nông nghiệp.

*Thứ chín*, thực tiễn thực hiện thủ tục chuyển đổi, chuyển nhượng đất nông nghiệp, cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất nông nghiệp vẫn còn bất cập:

Như trình bày ở trên, pháp luật hiện hành đã quy định khá rõ các điều kiện, trình tự, thủ tục liên quan đến chuyển đổi, chuyển

nhượng đất nông nghiệp. Tuy nhiên, thực tiễn thực hiện vì nhiều lý do khác nhau, trong đó có từ các quy định của pháp luật và sự tắc trách của một bộ phận cán bộ, công chức thực hiện thủ tục chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất chưa thực hiện đầy đủ chức trách, nhiệm vụ của mình nên ở không ít địa phương, người dân thực hiện các thủ tục chuyển đổi, chuyển nhượng quyền sử dụng đất nông nghiệp là rất khó khăn. Ví dụ, theo quy định của pháp luật, trước khi thực hiện thủ tục chuyển nhượng đất nông nghiệp, cán bộ địa chính sẽ đo đạc lại diện tích, vị trí đất chuyển nhượng. Trên thực tế, nếu cán bộ địa chính phát hiện thực tiễn thửa đất tăng hoặc giảm chút ít so với giấy chứng nhận được cấp là phải dừng lại để thực hiện thủ tục đính chính, kể cả khi ranh giới thửa đất vẫn giữ nguyên không có sự thay đổi. Điều đáng nói là quá trình thực hiện các thủ tục đính chính này thường kéo dài nhiều tháng không đúng theo quy định của pháp luật. Trong khi đó, Điều 188 Luật Đất đai năm 2013 không đặt ra điều kiện là phải đính chính thì mới được chuyển nhượng. Điều này đã gây cản trở quyền được chuyển đổi, chuyển nhượng đất nông nghiệp của người dân, ảnh hưởng đến sự phát triển của thị trường quyền sử dụng đất. Để khắc phục bất cập này, cần nâng cao tinh thần trách nhiệm của cán bộ, công chức thực hiện thủ tục chuyển nhượng, chuyển đổi quyền sử dụng đất; tăng cường sự giám sát của cơ quan dân cử, đại biểu dân cử đối với quá trình thực hiện các thủ tục chuyển nhượng, chuyển đổi quyền sử dụng đất nông nghiệp ■

9. Xem bài: 6 vấn đề trong vụ Tiên Lãng, [www.tamnhin.net/6-van-de-trong-vu-tien-lang-5728.html](http://www.tamnhin.net/6-van-de-trong-vu-tien-lang-5728.html).

# HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ VỀ QUYỀN SỬ DỤNG CHỈ DẪN ĐỊA LÝ

ThS. Nguyễn Thị Nguyệt\*

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

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Chỉ dẫn địa lý, quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý, Luật Sở hữu trí tuệ.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 22/09/2021

Biên tập : 16/10/2021

Duyệt bài : 18/10/2021

## Article Information:

*Keywords:* Geographical indications; right to use geographical indications, Law on Intellectual Property.

*Article History:*

Received : 22 Sep. 2021

Edited : 16 Oct. 2021

Approved : 18 Oct. 2021

## Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày khái niệm về chỉ dẫn địa lý và ý nghĩa của việc sử dụng chỉ dẫn địa lý trong hoạt động thương mại; phân tích thực trạng các quy định của pháp luật sở hữu trí tuệ về sử dụng chỉ dẫn địa lý, tập trung vào hai vấn đề chính: chủ thể có quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý, điều kiện và thủ tục để được cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý; và đưa ra các kiến nghị hoàn thiện.

## Abstract:

In the scope of this article, the author provides an analysis of the applicable legal provisions on the right to use geographical indications; an analysis of the applicable law provisions on intellectual property, specially on the use of geographical indications focusing on two main matters: who has the right to use geographical indications and the conditions and procedures to be granted the right to use a geographical indications; and also provides a number of recommendations for further improvements of the legal provisions on the right to use geographical indications.

## 1. Khái niệm về chỉ dẫn địa lý và ý nghĩa của việc sử dụng chỉ dẫn địa lý trong hoạt động thương mại

Hiệp định về các khía cạnh thương mại của quyền sở hữu trí tuệ năm 1994 (Hiệp định TRIPs) chính thức sử dụng khái niệm “chỉ dẫn địa lý” trên cơ sở hai thuật ngữ “chỉ dẫn nguồn gốc” và “tên gọi xuất xứ hàng hóa” được đề cập trong Công ước Paris năm 1883 và Thỏa ước Madrid năm 1891. Theo Hiệp định TRIPs, chỉ dẫn địa lý được hiểu là “những chỉ dẫn về hàng hóa bắt nguồn từ lãnh thổ của một thành viên hoặc từ khu vực hay

địa phương thuộc lãnh thổ đó, có chất lượng, uy tín hoặc đặc tính nhất định chủ yếu do xuất xứ địa lý quyết định”<sup>1</sup>. Khái niệm trên cho thấy, chỉ dẫn địa lý có thể là những dấu hiệu bất kỳ để chỉ ra nguồn gốc của sản phẩm được sản xuất từ lãnh thổ, địa phương hay một khu vực nhất định. Trong đó, sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý có chất lượng, uy tín hoặc đặc tính mà các tính chất này chủ yếu do xuất xứ địa lý quyết định.

Ở Việt Nam, lần đầu tiên chỉ dẫn địa lý được quy định trong Nghị định số 54/2000/NĐ-CP ngày 03/10/2000 (Nghị định số 54)

1. Khoản 1 Điều 22 Hiệp định TRIPs.

của Chính phủ và được bảo hộ đồng thời với tên gọi xuất xứ hàng hóa. Đến Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009 và năm 2019 (Luật SHTT năm 2005) đã bỏ thuật ngữ tên gọi xuất xứ hàng hóa, thống nhất chỉ sử dụng thuật ngữ chỉ dẫn địa lý. Khoản 4 Điều 22 Luật SHTT năm 2005 quy định: “Chỉ dẫn địa lý là dấu hiệu dùng để chỉ sản phẩm có nguồn gốc từ khu vực, địa phương, vùng lãnh thổ hay quốc gia cụ thể”. Xuất phát từ đặc trưng của chỉ dẫn địa lý là chỉ dẫn nguồn gốc của sản phẩm nên dấu hiệu được công nhận là chỉ dẫn địa lý phải là những dấu hiệu nhận biết bằng thị giác như từ ngữ, hình ảnh, biểu tượng. Như vậy, chỉ dẫn địa lý có thể là bất cứ dấu hiệu nào để chỉ dẫn nguồn gốc của sản phẩm.

Việt Nam được biết đến là một nước nông nghiệp và hầu hết các địa phương đều có những sản phẩm đặc trưng, tạo nên thế mạnh kinh tế nông nghiệp của địa phương. Trước hết, chỉ dẫn địa lý góp phần làm tăng giá trị của hàng hóa, đặc biệt đối với các sản phẩm là nông sản. Sản phẩm gắn chỉ dẫn địa lý thường nhận được sự tin tưởng của người tiêu dùng bởi chất lượng đặc thù và tính an toàn. Như vậy, với các sản phẩm được gắn chỉ dẫn địa lý sẽ dễ dàng nổi bật hơn, thậm chí có giá trị hơn so với các sản phẩm tương tự trên thị trường. Mặt khác, sử dụng chỉ dẫn địa lý giúp ngăn ngừa, chống lại hành vi sản xuất, kinh doanh hàng hóa kém chất lượng, làm mất giá trị và danh tiếng của sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý.

Bên cạnh đó, chỉ dẫn địa lý còn giúp tăng khả năng cạnh tranh giữa các doanh nghiệp, tổ chức và cá nhân sản xuất, kinh doanh sản phẩm gắn chỉ dẫn địa lý. Khi chỉ dẫn địa lý được thừa nhận và phổ biến rộng rãi, nó sẽ trở thành công cụ gia tăng thu nhập cho tổ chức và cá nhân sản xuất, kinh doanh ở địa phương. Đặc biệt, trong bối cảnh hội nhập kinh tế, Việt Nam tham gia các hiệp định thương mại tự do nhằm thúc đẩy phát triển thương mại, xuất

nhập khẩu hàng hóa thì việc sử dụng chỉ dẫn địa lý càng mở ra cơ hội có thể xuất khẩu sản phẩm ra nước ngoài, giúp doanh nghiệp mở rộng thị trường của mình.

## **2. Thực trạng các quy định của pháp luật sở hữu trí tuệ về sử dụng chỉ dẫn địa lý**

### **2.1. Chủ thể có quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý**

Với hầu hết các đối tượng của quyền sở hữu công nghiệp như sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, bí mật kinh doanh, nhãn hiệu... chủ sở hữu các đối tượng này đồng thời là người có quyền sử dụng đối tượng thuộc quyền sở hữu của mình. Tuy nhiên, với tính chất đặc biệt của chỉ dẫn địa lý, quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý thường được trao cho các tổ chức, cá nhân sản xuất sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý tại địa phương tương ứng.

Khoản 4 Điều 121 Luật SHTT năm 2005 quy định chủ sở hữu của chỉ dẫn địa lý là Nhà nước và Nhà nước trao quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý cho tổ chức, cá nhân tiến hành việc sản xuất sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý tại địa phương tương ứng và đưa sản phẩm đó ra thị trường. Theo quy định, quyền sở hữu chỉ dẫn địa lý không thuộc về cộng đồng các tổ chức, cá nhân tiến hành sản xuất sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý. Tuy nhiên, họ vẫn có thể sử dụng chỉ dẫn địa lý đó để khai thác thương mại và thực hiện các hoạt động phát triển chỉ dẫn địa lý.

Pháp luật SHTT ở một số quốc gia trên thế giới mở rộng đối tượng có quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý. Chẳng hạn theo quy định của Điều 25 Luật Bảo vệ chỉ dẫn địa lý (2003) của Thái Lan<sup>2</sup>, cá nhân, tổ chức sản xuất hàng hóa tại nguồn gốc địa lý của hàng hóa hoặc cá nhân, tổ chức tham gia buôn bán có liên quan đến hàng hóa được quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý đã đăng ký đối với hàng hóa được chỉ định phù hợp với các điều kiện quy định của Tổ chức đăng ký. Như vậy, pháp luật Thái Lan không chỉ cho phép những người sản xuất mà cả những người kinh doanh sản phẩm có

2. [wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/th/th023en.pdf](http://wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/th/th023en.pdf).



nguồn gốc địa lý ở khu vực tương ứng với chỉ dẫn địa lý có quyền gắn chỉ dẫn địa lý lên sản phẩm. Theo quy định của Điều 17.1 và Điều 2.1.(b) và (k) Luật Đăng ký và bảo hộ chỉ dẫn địa lý hàng hóa của Ấn Độ (1999)<sup>3</sup>, đối tượng được sử dụng chỉ dẫn địa lý là tổ chức, cá nhân sản xuất hàng hóa bao gồm: (i) Đối với hàng hóa nông nghiệp, người chế biến và đóng gói hàng hóa đó có quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý; (ii) Đối với hàng hóa tự nhiên, người khai thác hàng hóa có quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý cho sản phẩm tương ứng; (iii) Đối với hàng thủ công mỹ nghệ hoặc hàng công nghiệp, người kinh doanh hoặc giao dịch trong việc sản xuất, khai thác, chế tạo hoặc sản xuất hàng hóa đó được quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý gắn lên sản phẩm tương ứng. Như vậy, Ấn Độ cũng quy định khá rộng về đối tượng được phép sử dụng chỉ dẫn địa lý, căn cứ vào loại sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý, người được cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý có thể là người sản xuất, chế tạo, khai thác hoặc kinh doanh, tiến hành giao dịch sản xuất hàng hóa có nguồn gốc địa lý từ khu vực tương ứng với chỉ dẫn địa lý.

Ở Việt Nam hiện nay, các sản phẩm được công nhận và bảo hộ chỉ dẫn địa lý hầu hết là nông sản nên cách xác định đối tượng được bảo hộ vẫn hợp lý. Tuy nhiên, trường hợp có những sản phẩm khác ngoài nông sản, chẳng hạn như sản phẩm khai thác từ tự nhiên hoặc các sản phẩm thủ công mỹ nghệ thì cách xác định như trên chưa bao quát được người có quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý; hoặc đối với người kinh doanh các sản phẩm được sản xuất tại khu vực tương ứng với chỉ dẫn địa lý, dù tổ chức sản xuất không đăng ký để được cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý, nhưng những sản phẩm đó vẫn đảm bảo theo tiêu chuẩn mà Tổ chức quản lý chỉ dẫn địa lý quy định thì cần cho phép người kinh doanh sản phẩm này

vẫn có thể yêu cầu để được cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý.

### 2.2. Thủ tục đăng ký cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý

Theo khoản 4 Điều 121 và khoản 2 Điều 123 Luật SHTT năm 2005, tổ chức được Nhà nước trao quyền quản lý chỉ dẫn địa lý có quyền cho phép người khác sử dụng chỉ dẫn địa lý. Đồng thời, trong giấy chứng nhận chỉ dẫn địa lý quy định cần thiết phải ghi thông tin các tổ chức, cá nhân có quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý<sup>4</sup>. Như vậy, theo quy định của pháp luật Việt Nam, các cá nhân, tổ chức muốn sử dụng chỉ dẫn địa lý, phải đăng ký và được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý. Nói cách khác, người có quyền sử dụng phải nộp đơn yêu cầu “giấy chứng nhận quyền sử dụng tên gọi xuất xứ hàng hóa”. Chỉ những người được cấp giấy chứng nhận đó mới được phép sử dụng chỉ dẫn địa lý. Bất cứ người nào khác đáp ứng tiêu chuẩn để sử dụng nhưng chưa được cấp giấy chứng nhận thì đều không được sử dụng chỉ dẫn địa lý. Có quan điểm cho rằng, việc tổ chức, cá nhân phải dừng sử dụng chỉ dẫn địa lý vì họ chưa làm thủ tục cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý là không hợp lý, chưa phù hợp với bản chất của chỉ dẫn địa lý, vì chỉ dẫn địa lý được hình thành và phát triển bởi chính tổ chức, cá nhân đang sử dụng chúng<sup>5</sup>.

Tuy nhiên, nếu chủ thể nào cũng được quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý mà không có sự kiểm tra, giám sát về chất lượng, tính chất của sản phẩm bởi một tổ chức có thẩm quyền thì trường hợp danh tiếng và chất lượng của sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý bị giảm sút có thể xảy ra, gây thiệt hại đến các tổ chức, cá nhân khác. Thực tế đã chỉ ra sự bất cập trong việc tùy tiện sử dụng chỉ dẫn địa lý bởi một số chủ thể không đáp ứng được điều kiện đặc biệt là các tiêu chuẩn để đảm bảo chất lượng khi đưa

3. <https://legislative.gov.in/sites/default/files/A1999-48.pdf>.

4. Xem khoản 2 Điều 92 Luật SHTT năm 2005.

5. Ninh Thị Thanh Thủy, luận văn thạc sĩ “Bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp đối với chỉ dẫn địa lý theo pháp luật Việt Nam”, 2009, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

sản phẩm gắn chỉ dẫn địa lý ra thị trường. Điển hình như chỉ dẫn địa lý nước mắm Phú Quốc, một số cơ sở sản xuất lấy màu pha với nước muối, thêm “huong vị nước mắm” rồi dán nhãn nước mắm Phú Quốc; sau đó, tung ra thị trường bán với giá rất rẻ. Hay đối với chỉ dẫn địa lý chè Shan tuyết Mộc Châu chỉ được sử dụng để đóng bao sản phẩm 35 kg khi chuyển đi nơi khác bán chiếm đến 90%<sup>6</sup>. Khi đến tay nhà phân phối, người ta lại mở bao gói sản phẩm này ra để đóng thành gói lẻ bán ra thị trường, điều này khó tránh khỏi việc sản phẩm bị trộn lẫn với những sản phẩm chè được sản xuất từ nơi khác. Tương tự, nhiều sản phẩm cà phê thực tế không được sản xuất tại các khu vực được xác định trên bản đồ bảo hộ nhưng khi thực hiện đóng gói tại Buôn Ma Thuột liền được gắn với chỉ dẫn địa lý Buôn Ma Thuột<sup>7</sup>.

Để ngăn ngừa tình trạng nêu trên, cần thiết phải có cơ chế kiểm soát và tồn tại thủ tục cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý đối với các tổ chức, cá nhân đáp ứng được điều kiện đặt ra. Bên cạnh đó, quy định hiện hành về hoạt động cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý vẫn có một số bất cập sau:

*Một là, pháp luật hiện hành không quy định cụ thể về thủ tục để tổ chức được giao quyền quản lý chỉ dẫn địa lý cấp quyền sử dụng cho tổ chức, cá nhân có nhu cầu sử dụng chỉ dẫn địa lý.*

Việc cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý là nội dung quan trọng của quy chế quản lý chỉ dẫn địa lý. Trên thực tế, để được cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý, tổ chức, cá nhân có nhu cầu phải làm hồ sơ đề nghị được cấp quyền (gồm đơn đề nghị và các giấy tờ khác theo yêu cầu) và gửi về cơ quan quản lý chỉ dẫn địa lý. Trên cơ sở hồ sơ đề nghị, tổ chức được giao quyền quản lý chỉ dẫn địa lý tiến hành thẩm định và quyết định việc cấp quyền hay không cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý. Tuy

nhiên, không phải ở địa phương nào cũng đưa ra được quy chế về quản lý chỉ dẫn địa lý và thủ tục cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý phù hợp, dẫn đến sự lúng túng cho cả phía tổ chức được giao quyền quản lý chỉ dẫn địa lý và tổ chức, cá nhân có nhu cầu sử dụng chỉ dẫn địa lý. Việc pháp luật không quy định cụ thể về thủ tục cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý dẫn đến sự không thống nhất giữa các địa phương khi đưa ra quy định về hoạt động cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý. Mỗi địa phương, khu vực có quy định khác nhau về hoạt động cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý.

*Hai là, pháp luật chưa quy định về điều kiện để được cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý.*

Việc quy định rõ các điều kiện sử dụng chỉ dẫn địa lý là cơ sở cho việc cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý. Căn cứ vào hồ sơ đề nghị được cấp quyền sử dụng và các điều kiện sử dụng chỉ dẫn địa lý, cơ quan quản lý chỉ dẫn địa lý sẽ xem xét để trao quyền sử dụng cho các tổ chức, cá nhân đủ điều kiện. Trường hợp xây dựng quy chế quản lý trực tiếp cho từng chỉ dẫn địa lý thì các điều kiện sử dụng sẽ được quy định chi tiết hơn so với trường hợp xây dựng quy chế quản lý chung cho tất cả các chỉ dẫn địa lý của địa phương. Quy chế quản lý chung thường bao hàm các điều kiện tối thiểu sau: (i) được thành lập hợp pháp (nếu là tổ chức); (ii) có hoạt động sản xuất sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý thuộc khu vực địa lý mang chỉ dẫn địa lý; (iii) sản phẩm đáp ứng điều kiện bảo hộ; (iv) có hồ sơ đề nghị trao quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý. Quy chế riêng có thể quy định trực tiếp các điều kiện liên quan đến việc sản xuất, đóng gói, kinh doanh sản phẩm như: về nguyên vật liệu; về việc thực hiện các quy trình kỹ thuật cần có; về việc tuân thủ các quy định về việc sử dụng tem, nhãn sản phẩm; về tiêu chuẩn an toàn vệ sinh thực phẩm (đối với một số sản phẩm thực phẩm).

6. Bùi Thị Hằng Nga, Nguyễn Minh Bách Tùng, “Bảo hộ chỉ dẫn địa lý: yêu cầu của phát triển nông nghiệp bền vững”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 17(417), tháng 9/2020, tr.53.

7. Bùi Thị Hằng Nga, Nguyễn Minh Bách Tùng, Tlđd, tr. 54.

Trên thực tế, mỗi địa phương vẫn đưa ra những điều kiện khác nhau để tổ chức, cá nhân được cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý. Chẳng hạn, Quy chế về quản lý chỉ dẫn địa lý đối với nhãn lồng Hưng Yên được xây dựng trên cơ sở phối hợp giữa Sở Khoa học và Công nghệ Hưng Yên với Viện Thổ nhưỡng nông hóa và Quy chế về quản lý chỉ dẫn địa lý đối với cà phê nhân Robusta Buôn Ma Thuột được ban hành bởi Ủy ban nhân dân tỉnh Đắk Lắk đều cho phép người kinh doanh (không sản xuất sản phẩm) có thể được cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý. Tuy nhiên, điều kiện để được cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý cho hai đối tượng này có điểm khác nhau. Đối với tổ chức, cá nhân chỉ hoạt động thương mại không tổ chức sản xuất thì trong hồ sơ phải có văn bản liên kết hoặc hợp đồng mua sản phẩm với các tổ chức, cá nhân sản xuất nhãn đã được cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý “Hưng Yên” dùng cho sản phẩm nhãn lồng. Trong khi đó, đối với tổ chức, cá nhân kinh doanh cà phê Buôn Ma Thuột không cần tài liệu này trong Hồ sơ xin cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý<sup>8</sup>.

*Ba là, quy định về hành vi sử dụng chỉ dẫn địa lý chưa phù hợp với Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP).*

Để bảo đảm phù hợp với quy định của Điều 18.77.2 CPTPP về xử lý hình sự đối với hành vi nhập khẩu hoặc xuất khẩu hàng hóa giả mạo nhãn hiệu (hoặc có thể thực hiện cam kết thông qua việc xử lý hành vi phân phối hoặc bán hàng hóa giả mạo nhãn hiệu) ở quy mô thương mại, khoản 59 Điều 1 Dự thảo Luật sửa đổi Luật SHTT năm 2005 (Dự thảo Luật) sửa đổi điểm b khoản 5 Điều 124 (Sử dụng nhãn hiệu) quy định về các hành vi sử dụng nhãn hiệu theo hướng mở rộng hơn, từ hành vi “*lưu thông, quảng cáo, chào hàng, tàng trữ để lưu thông sản phẩm*” sang các

hành vi “*bán, chào bán, quảng cáo để bán, trưng bày để bán, tàng trữ để bán, vận chuyển hàng hoá mang nhãn hiệu được bảo hộ*”. Tuy nhiên, Dự thảo Luật lại không đề cập đến việc mở rộng hành vi sử dụng chỉ dẫn địa lý. Tác giả cho rằng, quy định của Dự thảo Luật là chưa đáp ứng được yêu cầu của CPTPP.

### 3. Kiến nghị

Để khắc phục những bất cập trong quy định của Luật SHTT năm 2005 về quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý, tác giả kiến nghị:

*Thứ nhất*, sửa đổi khoản 4 Điều 121 Luật SHTT năm 2005 theo hướng bổ sung thêm đối tượng được cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý. Theo đó, khoản 4 Điều 121 Luật SHTT năm 2005 được sửa đổi như sau: “*Nhà nước trao quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý cho tổ chức, cá nhân tiến hành việc sản xuất, chế tạo, khai thác hoặc kinh doanh, tiến hành giao dịch sản phẩm mang chỉ dẫn địa lý tại địa phương tương ứng và đưa sản phẩm đó ra thị trường. Nhà nước trực tiếp thực hiện quyền quản lý chỉ dẫn địa lý hoặc trao quyền quản lý chỉ dẫn địa lý cho tổ chức đại diện quyền lợi của tất cả các tổ chức, cá nhân được trao quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý*”.

*Thứ hai*, sửa đổi Luật SHTT năm 2005 theo hướng bổ sung quy định về thủ tục cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý, điều kiện cấp quyền chỉ dẫn địa lý; bổ sung quy định về nghĩa vụ công khai danh sách các tổ chức, cá nhân được cấp quyền sử dụng chỉ dẫn địa lý bởi Tổ chức quản lý chỉ dẫn địa lý.

*Thứ ba*, sửa đổi điểm b khoản 7 Điều 124 LSHTT năm 2005 theo hướng mở rộng hành vi sử dụng chỉ dẫn địa lý như khoản 59 Điều 1 Dự thảo Luật; theo đó, điểm b khoản 7 Điều 124 Luật SHTT năm 2005 được sửa đổi như sau: “*b) Bán, chào bán, quảng cáo để bán, trưng bày để bán, tàng trữ để bán, vận chuyển hàng hóa mang chỉ dẫn địa lý được bảo hộ*” ■

8. Điều 5, Điều 7 Quyết định số 18/2010/QĐ-UBND về ban hành “Quy chế quản lý, sử dụng chỉ dẫn địa lý cà phê nhân Robusta đối với sản phẩm cà phê nhân Robusta” và Sở tay hướng dẫn quản lý và sử dụng chỉ dẫn địa lý “Hưng Yên” cho sản phẩm nhãn lồng – Sở Khoa học và Công nghệ Hưng Yên.

# BẢO ĐẢM TIẾP CẬN NGUỒN VỐN CHO HOẠT ĐỘNG KHỞI NGHIỆP VÀ ĐỔI MỚI SÁNG TẠO Ở VIỆT NAM NHÌN TỪ GÓC ĐỘ PHÁP LÝ

**Bùi Hữu Toàn\***

*\*TS. Trường Đại học Ngân hàng TP. Hồ Chí Minh*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Nguồn vốn, hoạt động khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo, pháp luật.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 13/9/2021

Biên tập : 28/9/2021

Duyệt bài : 01/10/2021

## Article Information:

*Keywords:* Capital; entrepreneurship and innovation activities; legal framework.

*Article History:*

Received : 13 Sep. 2021

Edited : 28 Sep. 2021

Approved : 01 Oct. 2021

## Tóm tắt:

Vốn có ý nghĩa vô cùng quan trọng, có ý nghĩa quyết định đến sự thành bại của hoạt động khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo. Khó khăn trong tiếp cận nguồn vốn trở thành rào cản phổ biến nhất khi thực hiện hoạt động khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo. Mặc dù pháp luật Việt Nam đã có những quy định về tiếp cận vốn cho hoạt động khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo, nhưng để tiếp cận nguồn vốn là chìa khoá thúc đẩy cho hoạt động đổi mới sáng tạo ở Việt Nam, các quy định của pháp luật cần được tiếp tục hoàn thiện cho phù hợp với thực tiễn.

## Abstract:

Capital plays extremely important and decisive role on the success or failure of start-up and innovation activities. Difficulties in accessing to a financing source become the most common barriers when performing entrepreneurship and innovation activities despite the Vietnamese legal framework has rules on these essential issues. In order to access capital as the key to promoting innovation activities in Vietnam, legal regulations need to be reviewed and implemented in practice or amended accordingly.

## 1. Dẫn nhập

Trên thế giới, doanh nghiệp khoa học và công nghệ (KH&CN) xuất hiện khoảng giữa thế kỷ XX, xuất phát từ mô hình spin-off (doanh nghiệp khởi nguồn) và start-up (doanh nghiệp khởi nghiệp) được hình thành ở các nước công nghiệp phát triển. Để khuyến khích các spin-off, start-up phát triển, các quốc gia trên thế giới đều áp dụng những chính sách hỗ trợ phát triển, như khuyến khích thành lập các vườn ươm công nghệ, các trung tâm chuyển giao công

nghệ, văn phòng cấp phép sử dụng quyền sở hữu trí tuệ, thành lập các quỹ đầu tư mạo hiểm, quỹ đầu tư thiên thần (angel fund) – quỹ đầu tư cá nhân,...<sup>1</sup>. Khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo là một trong những động lực quan trọng thúc đẩy phát triển kinh tế xã hội. Thông qua hoạt động khởi nghiệp, nhiều doanh nghiệp mới được thành lập sẽ góp phần tăng thu cho ngân sách nhà nước, giải quyết việc làm, xoá đói giảm nghèo, thu hẹp khoảng cách giàu nghèo cũng như khoảng cách phát triển giữa các địa phương.

1. Nguyễn Văn Anh, Nguyễn Hồng Hà, Lê Vũ Toàn, *Doanh nghiệp khoa học và công nghệ Việt Nam: Thực trạng và giải pháp phát triển*, Tạp chí Chính sách và quản lý khoa học và công nghệ, tập 3 số 3 năm 2014.



Bên cạnh đó, khởi nghiệp và các chính sách hỗ trợ khởi nghiệp tạo lập môi trường cho việc hiện thực hoá các ý tưởng sáng tạo của các cá nhân thông qua thành lập doanh nghiệp mới hoặc hỗ trợ hay góp vốn, mua cổ phần để thành lập doanh nghiệp khởi nghiệp. Đối với hoạt động đổi mới, sáng tạo ngoài việc giúp tạo ra ngày càng nhiều hơn sản phẩm mới đáp ứng nhu cầu của người tiêu dùng. Với ý nghĩa này, khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo mang lại nhiều giá trị xã hội to lớn, nhất là tạo ra các giá trị gia tăng khác biệt, có sức cạnh tranh với các doanh nghiệp khác trên thị trường, nghĩa là, khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo không chỉ nhằm mục đích mang lại lợi ích (hay sự giàu có) cho cá nhân mà còn mang lại nhiều giá trị xã hội; thúc đẩy Nhà nước ban hành chính sách công nhận và bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ của tổ chức, cá nhân trên cơ sở bảo đảm hài hòa lợi ích của chủ thể quyền sở hữu trí tuệ với lợi ích công cộng<sup>2</sup> để khuyến khích, thúc đẩy hoạt động sáng tạo, khai thác tài sản trí tuệ<sup>3</sup> cũng như hỗ trợ tài chính cho việc nhận chuyển giao, khai thác quyền sở hữu trí tuệ phục vụ lợi ích công cộng; khuyến khích tổ chức, cá nhân trong nước và nước ngoài tài trợ cho hoạt động sáng tạo và bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ<sup>4</sup>.

Về bản chất, hoạt động khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo là sự thể hiện trên thực tế quyền tự do kinh doanh<sup>5</sup>, quyền sáng tạo<sup>6</sup> của công dân thông qua quyết định gia nhập thị trường, chấp nhận các rủi ro tiềm tàng với kỳ vọng tạo ra các hoạt động kinh tế mới (mô hình kinh doanh, sản phẩm hàng hoá, dịch vụ...) cũng như tìm kiếm các cơ

hội thu hút đầu tư từ những nhà đầu tư tiềm năng. Hoạt động khởi nghiệp là sự thể hiện trên thực tế hành vi của cá nhân, tổ chức trong việc thực hiện các thủ tục pháp lý cho ra đời mô hình kinh doanh phù hợp gắn với ngành nghề, điều kiện kinh doanh cũng như các chính sách khác của Nhà nước.

Các doanh nghiệp đổi mới sáng tạo hoạt động dựa trên khai thác tài sản trí tuệ, công nghệ cũng như mô hình công nghệ mới với “tiềm năng” phát triển theo phán đoán của người sáng tạo cũng như các chủ thể khác tham gia thị trường. Đặc trưng này dẫn tới các doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo gặp nhiều khó khăn trong tiếp cận nguồn vốn để hiện thực hoá các mục tiêu kỳ vọng. Bởi lẽ, hiệu quả hoạt động của doanh nghiệp khởi nghiệp đổi mới sáng tạo hoàn toàn phụ thuộc vào thực tiễn khai thác, mức độ phù hợp của sản phẩm mới với nhu cầu và thị hiếu của người tiêu dùng mà những điều tra, nghiên cứu tiền khả thi rất khó có thể dự đoán hết. Những bất ổn của mô hình khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo chỉ bộc lộ khi nó được hiện thực hoá trong thực tiễn. Do đó, khi quyết định đầu vốn hay cấp tín dụng cho doanh nghiệp khởi nghiệp đổi mới sáng tạo, nhà đầu tư, tổ chức tín dụng phải cân nhắc thận trọng hơn rất nhiều so với các doanh nghiệp khác. Hiện trạng này tạo ra rất nhiều khó khăn cho việc hiện thực hoá ý tưởng đổi mới sáng tạo. Dưới góc độ pháp lý, bảo đảm tiếp cận vốn của doanh nghiệp đổi mới sáng tạo không chỉ là vốn từ chính sách hỗ trợ của Nhà nước mà còn dựa vào nguồn vốn tín dụng của các tổ chức tín dụng và của nhà đầu tư trên thị trường. Điều này

2. Khoản 1 Điều 8 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009 và năm 2019 (Luật SHTT).

3. Khoản 2 Điều 8 Luật SHTT.

4. Khoản 3 Điều 8 Luật SHTT.

5. Điều 33 Hiến pháp năm 2013 quy định: Mọi người có quyền tự do kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm.

6. Điều 40 Hiến pháp năm 2013 quy định: Mọi người có quyền nghiên cứu khoa học và công nghệ, sáng tạo văn học, nghệ thuật và thụ hưởng lợi ích từ các hoạt động đó.

đặt ra đòi hỏi các quy định về tiếp cận vốn cho doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo đơn giản về trình tự, thủ tục cũng như dự phòng được những rủi ro khi thực hiện cấp tín dụng cho doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo.

## 2. Pháp luật Việt Nam về tiếp cận vốn cho doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo

### 2.1. Những kết quả đạt được

**Thứ nhất**, pháp luật về khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo đã tạo lập khuôn khổ pháp lý bình đẳng trong việc huy động nguồn vốn như các doanh nghiệp tùy thuộc vào loại hình doanh nghiệp mà nhà đầu tư lựa chọn.

Ở giai đoạn thành lập doanh nghiệp, nếu nhà đầu tư lựa chọn loại hình doanh nghiệp tư nhân thì vốn đầu tư của chủ doanh nghiệp tư nhân do chủ doanh nghiệp tự đăng ký. Chủ doanh nghiệp tư nhân có nghĩa vụ đăng ký chính xác tổng số vốn đầu tư, trong đó nêu rõ số vốn bằng Đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng và tài sản khác; đối với vốn bằng tài sản khác còn phải ghi rõ loại tài sản, số lượng và giá trị còn lại của mỗi loại tài sản<sup>7</sup>. Trong trường hợp nhà đầu tư lựa chọn hình thức công ty thì phải làm thủ tục góp vốn, nghĩa là góp tài sản để tạo thành vốn điều lệ của công ty, bao gồm góp vốn để thành lập công ty hoặc góp thêm vốn điều lệ của công ty đã được thành lập<sup>8</sup>. Với các quy định hiện hành về vốn và thực hiện việc góp vốn khi thành lập doanh nghiệp khởi nghiệp cũng được quyền góp bằng Đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, quyền sử dụng đất, quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật, tài sản khác có thể định giá được bằng Đồng Việt Nam<sup>9</sup>; trong đó, vốn góp bằng quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật là tài

sản thường gặp đối với doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo.

Trong giai đoạn doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo hoạt động, doanh nghiệp cũng có cơ hội tiếp cận nguồn vốn đa dạng trên thị trường từ nhà đầu tư thông qua thị trường chứng khoán, ngân hàng thương mại thông qua hoạt động cấp tín dụng. Tùy thuộc vào quy mô, nhu cầu vốn cho hoạt động khởi nghiệp, nhà đầu tư các thể huy động vốn từ các nguồn khác nhau. Điểm mấu chốt mà doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo hoạt động phải vượt qua là thuyết phục được nhà đầu tư tiềm năng tham gia đầu tư cùng dự án khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo. Đây vừa là cơ hội song cũng là thách thức rất lớn đối với doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo.

**Thứ hai**, pháp luật về vốn cho doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo đã thiết lập khuôn khổ pháp luật cho các hoạt động hỗ trợ từ chính sách nhà nước hoặc tài trợ cho các dự án khởi nghiệp sáng tạo.

Để doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo tiếp cận nguồn vốn đa dạng từ chính sách ưu đãi từ nguồn ngân sách nhà nước cho các việc huy động vốn từ các quỹ khởi nghiệp trong nền kinh tế như Quỹ Hỗ trợ khởi nghiệp, vốn tài trợ nghiên cứu và phát triển, vốn vay ưu đãi, Quỹ Bảo lãnh tín dụng của Chính phủ, các đề án, chương trình và các chính sách miễn, giảm, ưu đãi thuế khác tùy thuộc vào ngành nghề, lĩnh vực doanh nghiệp khởi nghiệp hoạt động. Từ năm 2000, một số Quỹ Đầu tư mạo hiểm đã hoạt động tích cực tại Việt Nam không chỉ là quỹ có vốn đầu tư nước ngoài như IDG Ventures Vietnam, Cyber Agent, Mekong Capital, DFJ Vina Capital, ESP

7. Khoản 1 Điều 189 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

8. Khoản 18 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

9. Khoản 1 Điều 34 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

Capital, Innovatube mà còn cả Quỹ Đầu tư mạo hiểm nội địa đã được thành lập và hoạt động như: SeedCom, FPT Ventures, CMC Innovation Fund, VPBank Startup, VIISA, ESP, VSV, 500 Startups Vietnam... các quỹ đầu tư này sẵn sàng bỏ vốn nếu doanh nghiệp có nền tảng về nguồn vốn tự có cũng như tính khả thi của dự án khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo<sup>10</sup>. Thực tiễn cho thấy, để tiếp cận nguồn vốn từ các quỹ đầu tư trên thị trường tài chính phụ thuộc vào quyết định của nhà đầu tư thông qua tính khả thi của dự án khởi nghiệp, đổi mới sáng tạo. Bởi lẽ, để thu hút nguồn vốn từ các quỹ đầu tư, doanh nghiệp khởi nghiệp phải biết cách thuyết phục nhà đầu tư kinh nghiệm có hiểu biết tốt tương lai thương mại hóa của đổi mới sáng tạo của doanh nghiệp khởi nghiệp hơn chính bản thân những người sáng lập doanh nghiệp. Đối với nguồn tài chính tài trợ từ Chính phủ tập trung tài trợ cho khởi nghiệp chủ yếu liên quan đến nghiên cứu phát triển, những khoản liên quan đến tìm hiểu thị trường, phát triển sản phẩm thì hiện tại chưa có khoản chính sách hỗ trợ. Ở Hoa Kỳ, các hỗ trợ tài chính trực tiếp cho các doanh nghiệp khởi nghiệp thông qua các vườn ươm công nghệ và chương trình tăng tốc khởi nghiệp như chương trình Điều hành doanh nghiệp nhỏ của Chính phủ Hoa Kỳ đã hỗ trợ 2 tỷ USD để đầu tư hỗ trợ tài chính ban đầu cho các doanh nghiệp mới cũng như chính sách thu hút vốn đầu tư và nhân tài tới Hoa Kỳ để khởi nghiệp; trong đó, bí quyết tạo lập được môi trường đầu tư hết sức năng động, thân thiện với nhà đầu tư, nhất là dịch vụ pháp lý minh bạch, rõ ràng, thủ tục

đơn giản, nhanh chóng<sup>11</sup> là nhân tố tạo sức hút cho các ý tưởng khởi nghiệp được đơm hoa, kết trái trong thực tiễn.

**Thứ ba**, thiết lập được khuôn khổ pháp lý cho hỗ trợ doanh nghiệp vừa và nhỏ có thực hiện hoạt động khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo. Theo đó, doanh nghiệp nhỏ và vừa khởi nghiệp sáng tạo sẽ được hỗ trợ nếu đáp ứng điều kiện sau về thời gian hoạt động không quá 05 năm kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp lần đầu và chưa thực hiện chào bán chứng khoán ra công chúng đối với công ty cổ phần. Nội dung hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa khởi nghiệp sáng tạo bao gồm: hỗ trợ ứng dụng, chuyên gia công nghệ; hỗ trợ sử dụng trang thiết bị tại cơ sở kỹ thuật; hỗ trợ tham gia cơ sở ươm tạo, khu làm việc chung; hướng dẫn thử nghiệm, hoàn thiện sản phẩm mới, dịch vụ và mô hình kinh doanh mới; hỗ trợ đào tạo, huấn luyện chuyên sâu về xây dựng, phát triển sản phẩm; thu hút đầu tư; tư vấn về sở hữu trí tuệ; thực hiện các thủ tục về tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật, đo lường, chất lượng; hỗ trợ thông tin, truyền thông, xúc tiến thương mại, kết nối mạng lưới khởi nghiệp sáng tạo, thu hút đầu tư từ các quỹ đầu tư khởi nghiệp sáng tạo; hỗ trợ thực hiện thương mại hóa kết quả nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ, khai thác và phát triển tài sản trí tuệ...<sup>12</sup> Về hoạt động đầu tư cho doanh nghiệp nhỏ và vừa khởi nghiệp sáng tạo, pháp luật hiện hành quy định nhà đầu tư được quyền thực hiện hoạt động đầu tư khởi nghiệp sáng tạo theo các hình thức mà pháp luật không cấm thông qua hai hình thức góp vốn thành lập, mua cổ phần, phần vốn góp của doanh nghiệp

10. Xem: Lê Thị Minh Ngọc, *Hình thức huy động vốn của các doanh nghiệp khởi nghiệp đổi mới sáng tạo ở Việt Nam*, Tạp chí Tài chính, kỳ 1 Tháng 3/2020, <https://tapchitaichinh.vn/tai-chinh-kinh-doanh/hinh-thuc-huy-dong-von-cua-cac-doanh-nghiep-khoi-nghiep-doi-moi-sang-tao-o-viet-nam-322245.html>, truy cập ngày 03/05/2020.

11. Bùi Nhật Quang, *Chính sách khuyến khích khởi nghiệp doanh nghiệp của Việt Nam*, Nxb. Khoa học Xã hội, Hà Nội, 2018, tr.70-71.

12. Xem: Điều 17 Luật Hỗ trợ doanh nghiệp vừa và nhỏ năm 2017.

nhỏ và vừa khởi nghiệp sáng tạo và thành lập, góp vốn vào quỹ đầu tư khởi nghiệp sáng tạo để thực hiện đầu tư<sup>13</sup>.

## 2.2. Những bất cập, hạn chế trong quy định về tiếp cận vốn cho khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo ở Việt Nam

**Một là**, dù có nhiều chính sách hỗ trợ khởi nghiệp, nhưng đầu tư vào hoạt động khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo chưa trở thành kênh thu hút sự quan tâm của nhà đầu tư dù có nhiều lợi thế như tạo cơ hội việc làm, tạo động lực cho nền kinh tế thông qua dịch chuyển cơ cấu kinh tế ngành và chuyển động mạnh mẽ theo cơ chế thị trường. Nguyên nhân của tình trạng này do yếu tố mới gia nhập thị trường, chưa có nhiều uy tín (đối với doanh nghiệp khởi nghiệp) và kết quả đổi mới sáng tạo mới được thể hiện “trên giấy”, chưa có trên thị trường hoặc tạo ra một giá trị tốt hơn so với những thứ đang có sẵn nên cần phải có thời gian để kiểm chứng nên các doanh nghiệp khởi nghiệp, đổi mới sáng tạo chưa trở thành lựa chọn cho phần lớn nhà đầu tư. Nói cách khác, đầu tư cho doanh nghiệp khởi nghiệp không phù hợp với nhà đầu tư chú trọng an toàn mà dành cho nhà đầu tư mạo hiểm; do đó, các dự án khởi nghiệp thường được bắt đầu bằng nguồn vốn tự có hạn hẹp của các thành viên sáng lập, trong khi khả năng vay vốn ngân hàng hoặc kêu gọi các quỹ đầu tư lại rất thấp.

Không những thế, các nhà đầu tư mạo hiểm rất cẩn trọng, khó tính khi thẩm định trước khi ra quyết định đầu tư. Đây là trở ngại lớn nhất cho các quyết định khởi nghiệp

cũng như hiện thực hoá các ý tưởng đổi mới sáng tạo. Tình trạng này có thể dẫn đến các hệ quả cản trở cho hiện thực hoá mục tiêu một triệu doanh nghiệp sau nhiều lần sửa đổi Luật doanh nghiệp với mục tiêu đơn giản hoá thủ tục thành lập doanh nghiệp mà thực chất là mới chỉ chú trọng đến sứ mệnh “khai sinh”. Tuy nhiên, để doanh nghiệp “sống” và duy trì sự tồn tại trên thị trường thì doanh nghiệp, nhất là doanh nghiệp khởi nghiệp (mới thành lập) thông qua việc tiếp cận nguồn vốn mới chính là yếu tố quyết định.

**Hai là**, bản chất của doanh nghiệp đổi mới sáng tạo là không có nhiều kinh nghiệm tham gia thị trường nên có thể gặp nhiều trở ngại trong giới thiệu dự án khởi nghiệp, mô hình đổi mới sáng tạo đến thị trường một cách rộng mở nhất nên không có cơ hội để vươn ra thị trường. Hiện nay, mặc dù nhà nước đã áp dụng cơ chế tài chính, chính sách thuế đặc thù đối với các tổ chức, cá nhân có hoạt động khởi nghiệp đổi mới sáng tạo hoặc đầu tư cho khởi nghiệp đổi mới sáng tạo được áp dụng chính sách ưu đãi đầu tư, ưu đãi thuế đối với doanh nghiệp khoa học và công nghệ...<sup>14</sup> nhưng chưa giải quyết được tận gốc điểm yếu của doanh nghiệp đổi mới sáng tạo là vốn đầu tư dài hạn để có thể “sống cùng” doanh nghiệp đổi mới sáng tạo. Bởi lẽ, doanh nghiệp đổi mới sáng tạo cần môi trường và vốn để triển khai mô hình khởi nghiệp cũng như ý tưởng sáng tạo. Còn nhà đầu tư không chỉ quan tâm, đánh giá đến độ hấp dẫn của ý tưởng, mô hình khởi nghiệp mà còn quan tâm đến khả năng sinh lời của đồng vốn đầu tư khi ra

13. Xem: Khoản 1 Điều 3 Nghị định số 38/2018/NĐ-CP ngày 11/03/2018 của Chính phủ quy định chi tiết về đầu tư cho doanh nghiệp nhỏ và vừa khởi nghiệp sáng tạo.

14. Viên Thế Giang, *Phát triển doanh nghiệp khoa học và công nghệ trở thành động lực cho mô hình tăng trưởng dựa trên khoa học, công nghệ và đổi mới sáng tạo tại Việt Nam: Nhận diện rào cản và giải pháp khắc phục*, in trong Kỷ yếu Hội thảo khoa học cấp quốc gia “Rào cản thể chế đối với khoa học – công nghệ và đổi mới sáng tạo thúc đẩy tăng trưởng kinh tế ở Việt Nam”, do Trường Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh phối hợp với Trường Đại học Kinh tế quốc dân tổ chức, tháng 6/2018, Nxb. Kinh tế TP. Hồ Chí Minh, tr.65 – 76.



quyết định đầu tư. Nói cách khác ước mơ tới thời đại dân doanh<sup>15</sup> có những đóng góp quan trọng cho nền kinh rất cần có thêm những biện pháp hỗ trợ từ phía Nhà nước thông qua cơ chế gọi vốn đơn giản, dễ thực hiện của các doanh nghiệp trong nền kinh tế.

**Ba là**, thực tiễn thực hiện pháp luật về tiếp cận nguồn vốn cho khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo ở Việt Nam cũng đã phát sinh nhiều bất cập, hạn chế đối với từng nguồn vốn mà doanh nghiệp đổi mới, sáng tạo có thể tiếp cận.

Về nguồn tài chính từ ngân sách nhà nước cho thấy, để tiếp cận nguồn vốn từ các chính sách hỗ trợ, doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo phải thực hiện nhiều thủ tục hành chính với nhiều bước, công đoạn xét duyệt với nhiều loại hồ sơ, giấy tờ. Thực tế này đã làm nản chí không ít các ý tưởng sáng tạo hoặc cản trở các mô hình khởi nghiệp được “ươm mầm” từ bầu sữa ngân sách nhà nước. Nói cách khác, hệ sinh thái khởi nghiệp quốc gia chưa thật sự trở thành động lực đáng kể cho thúc đẩy hoạt động khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo ở Việt Nam<sup>16</sup>.

Về nguồn vốn tín dụng, doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo rất khó có thể dùng mô hình khởi nghiệp hay ý tưởng đổi mới sáng tạo để làm tài sản bảo đảm khi vay vốn ở ngân hàng mặc dù pháp luật hiện hành đã cho phép chủ sở hữu quyền tài sản phát sinh từ quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ thông tin, hoạt động khoa học, công nghệ được dùng quyền tài sản đối với đối tượng

quyền tác giả, quyền liên quan, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng; quyền sở hữu, quyền sử dụng kết quả nghiên cứu khoa học, phát triển công nghệ, chuyển giao công nghệ; quyền khác trị giá được bằng tiền phát sinh từ quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ thông tin, hoạt động khoa học, công nghệ để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ<sup>17</sup>. Nói cách khác, để nguồn vốn tự có phát sinh từ dự án khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo trở thành tài sản bảo đảm đòi hỏi phải có những hướng dẫn cụ thể, chi tiết cho việc nhận tài sản bảo đảm là quyền tài sản phát sinh từ quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ thông tin, hoạt động khoa học, công nghệ không chỉ từ phía cơ quan nhà nước có thẩm quyền mà còn cả các ngân hàng thương mại, đặc biệt là vấn đề định giá tài sản bảo đảm là quyền tài sản phát sinh từ quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ thông tin, hoạt động khoa học, công nghệ; tính thanh khoản của tài sản bảo đảm là quyền tài sản phát sinh từ quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ thông tin, hoạt động khoa học, công nghệ trong mối tương quan với việc xây dựng và vận hành thị trường khoa học và công nghệ ở Việt Nam.

Đối với huy động vốn trên thị trường chứng khoán tập trung là tương đối khó khăn do các doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo đa phần có quy mô vừa và nhỏ, chưa phải là công ty đại chúng, đồng thời để trở thành công ty đại chúng và niêm yết trên thị trường chứng khoán tập trung, các doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới

15. Xem thêm: Phạm Duy Nghĩa, *Từ nhà nước toàn trị tới thời đại dân doanh: Gia tài của 60 năm ngành luật kinh tế Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 9/2005 2005, tr.3-9.

16. Viên Thế Giang, Võ Thị Mỹ Hương, *Mô hình tăng trưởng dựa trên khoa học, công nghệ và đổi mới sáng tạo từ thực tiễn pháp luật Việt Nam*, in trong Kỷ yếu Hội thảo khoa học cấp quốc gia “Rào cản thể chế đối với khoa học – công nghệ và đổi mới sáng tạo thúc đẩy tăng trưởng kinh tế ở Việt Nam”, do Trường Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh phối hợp với Trường Đại học Kinh tế quốc dân tổ chức, tháng 6/2018, Nxb. Kinh tế TP. Hồ Chí Minh, tr.489-502.

17. Điều 17 Nghị định 21/2021/NĐ-CP ngày 19/03/2021 của Chính phủ quy định thi hành Bộ luật Dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

sáng tạo đầu tư như không đáp ứng được<sup>18</sup>. Ngoài ra, Nghị định số 38/2018/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết về đầu tư cho doanh nghiệp nhỏ và vừa khởi nghiệp sáng tạo quy định quỹ đầu tư khởi nghiệp sáng tạo không có tư cách pháp nhân, do tối đa 30 nhà đầu tư góp vốn thành lập trên cơ sở điều lệ quỹ; quỹ đầu tư khởi nghiệp sáng tạo không được góp vốn vào quỹ đầu tư khởi nghiệp sáng tạo khác là rào cản đáng kể trong thu hút nguồn vốn từ cộng đồng cho hoạt động khởi nghiệp, đổi mới sáng tạo ở Việt Nam.

**Bốn là**, chưa có khuôn khổ pháp lý điều chỉnh hình thức gọi vốn từ cộng đồng dựa trên nền tảng Internet. Thực tiễn cho thấy, ở Việt Nam, hình thức gọi vốn từ cộng đồng còn dè dặt, chưa tạo ra được sự ảnh hưởng đến thị trường khởi nghiệp sáng tạo, nhất là hình thức gọi vốn đối lấy cổ phần chưa có mặt tại Việt Nam<sup>19</sup>. Đây là khoảng trống pháp lý cản trở doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo tiếp cận nguồn vốn cộng đồng đa dạng. Do thiếu cơ sở pháp lý cho việc gọi vốn từ cộng đồng nên các dự án khởi nghiệp, đổi mới sáng tạo rất khó có thể đến được với số đông nhà đầu tư có nhu cầu góp vốn, mua cổ phần ở những dự án khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo. Việc gọi vốn từ cộng đồng còn đặc biệt có ý nghĩa đối với các dự án khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo ở khu vực nông thôn, gắn với khai thác giá trị văn hoá bản địa trong hoạt động du lịch sinh thái, khai thác, mở rộng giá trị thương mại sản phẩm của các làng nghề.

### 3. Hoàn thiện các quy định của pháp luật về tiếp cận vốn đối với hoạt động khởi

18. Điều kiện chào bán chứng khoán ra công chúng xem cụ thể tại Điều 15 Luật Chứng khoán năm 2019.

19. Nguyễn Mạnh Hùng, Hoàng Lê An, *Một số giải pháp thúc đẩy sự phát triển của doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo ở Việt Nam*, in trong Kỷ yếu Hội thảo khoa học cấp quốc gia “Rào cản thể chế đối với khoa học – công nghệ và đổi mới sáng tạo thúc đẩy tăng trưởng kinh tế ở Việt Nam”, do Bộ Khoa học và Công nghệ, Chương trình Khoa học và Công nghệ trọng điểm quốc gia “Nghiên cứu những vấn đề trọng điểm về khoa học xã hội và nhân văn phục vụ phát triển kinh tế - xã hội”, Mã số KX.01/16-20, Đề tài KX.01.17/16-20, Nxb. Kinh tế TP. Hồ Chí Minh, 2018, tr.264-265.

### ng nghiệp và đổi mới sáng tạo ở Việt Nam hiện nay

Việt Nam là quốc gia khởi nghiệp. Hệ sinh thái khởi nghiệp đã được thiết lập từ trung ương tới các địa phương với nhiều mô hình khởi nghiệp thành công. Nhiều ý tưởng đổi mới sáng tạo đã được ứng dụng trong thực tiễn, góp phần tạo ra nhiều sản phẩm hàng hoá dịch vụ mới đáp ứng yêu cầu ngày càng đa dạng của người tiêu dùng trong nền kinh tế thị trường. Trong bối cảnh hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng hiện nay, tận dụng các thế mạnh của mô hình doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo vào thực tiễn có thể trở thành một lợi thế cạnh tranh ở quy mô toàn nền kinh tế. Ngược lại, nếu các mô hình khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo không được “uơm mầm” và tạo điều kiện thuận lợi cho phát triển sẽ bị triệt tiêu hoặc không có cơ hội được đóng góp cho sự phát triển của nền kinh tế Việt Nam do được các đối tác nước ngoài với nhiều kinh nghiệm trong tìm kiếm mô hình khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo có tiềm năng cộng với nguồn vốn tối ưu để cho các mô hình khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo đâm chồi nảy lộc ở nước ngoài. Để phát huy tiềm năng phát triển cho các mô hình khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo thông qua tiếp cận đa dạng nguồn vốn, theo tác giả, cần tập trung vào các giải pháp cơ bản sau đây:

**Thứ nhất**, nghiên cứu triển khai phát triển mạng lưới khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo như là giải pháp đột phá cho các ý tưởng khởi nghiệp đổi mới sáng tạo được giới thiệu đến công chúng và thị trường gắn với kết nối thu hút nhà đầu tư trên thị trường.

Theo Quyết định số 188/QĐ-TTg ngày 9/2/2021 sửa đổi, bổ sung một số điều của Quyết định số 844/QĐ-TTg ngày 18 tháng 5 năm 2016 của Thủ tướng Chính phủ về việc phê duyệt Đề án Hỗ trợ hệ sinh thái khởi nghiệp đổi mới sáng tạo quốc gia đến năm 2025 bổ sung thêm mục tiêu xây dựng hệ thống Trung tâm đổi mới sáng tạo hỗ trợ nghiên cứu phát triển, khởi nghiệp sáng tạo, đảm bảo vận hành thành công các Trung tâm với các cơ chế, chính sách đặc thù, vượt trội, cạnh tranh so với khu vực và quốc tế; phát triển Trung tâm hỗ trợ khởi nghiệp sáng tạo quốc gia tại 03 thành phố Hà Nội, Đà Nẵng và thành phố Hồ Chí Minh và các Trung tâm khởi nghiệp đổi mới sáng tạo tại các bộ, ngành, địa phương, tổ chức có tiềm năng về khởi nghiệp đổi mới sáng tạo. Bên cạnh mục tiêu xây dựng hệ thống Trung tâm đổi mới sáng tạo hỗ trợ nghiên cứu phát triển, khởi nghiệp sáng tạo Đề án cũng nhấn mạnh đến yêu cầu phát triển Mạng lưới khởi nghiệp đổi mới sáng tạo quốc gia khuyến khích sự tương tác, kết nối nguồn lực trong hệ thống các Trung tâm khởi nghiệp đổi mới sáng tạo và các chủ thể trong hệ sinh thái khởi nghiệp đổi mới sáng tạo trong nước, nước ngoài; đến năm 2025 có chương trình hợp tác với đối tác quốc tế tại ít nhất 05 hệ sinh thái khởi nghiệp đổi mới sáng tạo có uy tín trên thế giới với tầm nhìn đến năm 2030 hệ sinh thái khởi nghiệp đổi mới sáng tạo quốc gia đạt xếp hạng trong 15 hệ sinh thái khởi nghiệp đổi mới sáng tạo mới nổi của khu vực châu Á - Thái Bình Dương. Đây là cơ sở quan trọng tạo cầu nối cho các ý tưởng khởi nghiệp, đổi mới sáng tạo gia nhập vào mạng lưới khởi nghiệp đổi mới sáng tạo quốc gia. Trong

mạng lưới này, các ý tưởng khởi nghiệp, đổi mới sáng tạo sẽ được giới thiệu cho công chúng và thị trường làm cơ sở cho nhà đầu tư lựa chọn. Đây là giải pháp cần được tiến hành song song với việc xây dựng hệ sinh thái khởi nghiệp ở nước ta. Thực tiễn cho thấy, có một “khoảng cách” từ dự án khởi nghiệp đổi mới sáng tạo đến thị trường. Do đó, bảo đảm tiếp cận vốn cần được xem là một yêu cầu quan trọng trong phát triển hệ sinh thái khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo.

**Thứ hai**, nghiên cứu xây dựng quy định về phát triển quỹ đầu tư nhằm mục đích gọi vốn từ cộng đồng để đầu tư vào các ý tưởng khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo.

Như đã phân tích ở trên, một trong những điểm yếu của các ý tưởng khởi nghiệp, đổi mới sáng tạo cũng như các doanh nghiệp khởi nghiệp, doanh nghiệp đổi mới sáng tạo, doanh nghiệp khoa học công nghệ là rất khó tiếp cận nguồn vốn tín dụng hoặc từ các nhà đầu tư thiên thần dẫn đến nhiều ý tưởng khởi nghiệp, đổi mới sáng tạo không thể hiện thực hoá. Theo kinh nghiệm ở Vương Quốc Anh, hình thức gọi vốn này đã huy động được 4,4 tỷ EUR trong năm 2015. Ngoài hình thức huy động vốn trên, một số hình thức gọi vốn khác cũng đã hình thành như gọi vốn đổi lấy cổ phần, gọi vốn vay<sup>20</sup>.

Việt Nam hiện có một số Quỹ tài chính nhà nước ngoài ngân sách nhà nước hỗ trợ nghiên cứu, phát triển, đổi mới công nghệ cho doanh nghiệp và có liên quan đến hoạt động khởi nghiệp sáng tạo như Quỹ Phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa – gọi tắt là Quỹ SMEDF; Quỹ Phát triển Khoa học và Công nghệ Quốc gia - Quỹ NAFOSTED; Quỹ Đổi mới Công nghệ Quốc gia - Quỹ

20. Nguyễn Mạnh Hùng, Hoàng Lê An, *Một số giải pháp thúc đẩy sự phát triển của doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo ở Việt Nam*, in trong Kỷ yếu Hội thảo khoa học cấp quốc gia “Rào cản thể chế đối với khoa học – công nghệ và đổi mới sáng tạo thúc đẩy tăng trưởng kinh tế ở Việt Nam”, do Bộ Khoa học và Công nghệ, Chương trình Khoa học và Công nghệ trọng điểm quốc gia “Nghiên cứu những vấn đề trọng điểm về khoa học xã hội và nhân văn phục vụ phát triển kinh tế - xã hội”, Mã số KX.01/16-20, Đề tài KX.01.17/16-20, Nxb. Kinh tế TP. Hồ Chí Minh, 2018, tr.264-265.

NATIF. Tuy nhiên, để tiếp cận vốn từ các quỹ này cũng không dễ dàng do các điều kiện tiếp cận vốn từ các quỹ này khá khó khăn. Chẳng hạn, việc vốn từ quỹ SMEDF đòi hỏi phải đáp ứng tiêu chí doanh nghiệp nhỏ và vừa (SME) với số lượng lao động tham gia đóng bảo hiểm xã hội dưới 200 người. Tổng nguồn vốn nhỏ hơn 100 tỷ hoặc tổng doanh thu năm trước liền kề dưới 300 tỷ. Doanh nghiệp SME hoạt động ở lĩnh vực như: nông nghiệp, lâm nghiệp, thủy sản; công nghiệp và xây dựng; thương mại và dịch vụ được xem xét. Các doanh nghiệp về công nghệ và IT bị hạn chế ở nhóm này. Đối với Quỹ SMEDF đòi hỏi ở những doanh nghiệp có dự án, phương án sản xuất, kinh doanh khả thi phù hợp Luật Sở hữu trí tuệ, Luật Chuyển giao công nghệ hoặc mô hình kinh doanh mới theo quy định. Quỹ cũng yêu cầu đảm bảo nguồn vốn chủ sở hữu tham gia lớn hơn hoặc bằng 20% tổng vốn đầu tư..., đáp ứng các quy định về bảo đảm tiền vay...<sup>21</sup>.

Do vậy, bên cạnh việc thành lập mới các quỹ đầu tư chuyên đầu tư vào lĩnh vực khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo, cần có chính sách thu hút các quỹ đầu tư chứng khoán đầu tư vào chứng khoán của các doanh nghiệp khởi nghiệp, đổi mới sáng tạo thông qua việc tạo lập môi trường pháp lý cho doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo có thể tiếp cận nguồn vốn trực tiếp từ thị trường vốn để tạo lập kênh mua bán chứng khoán của các doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo được xem là bước đột phá. Bởi lẽ, theo kinh nghiệm quốc tế, với giao dịch mang tính “đặc thù”, doanh nghiệp đổi mới sáng tạo ít chịu ràng buộc bởi các quy

định khắt khe về nghĩa vụ công bố thông tin, nghĩa vụ tuân thủ chuẩn mực kế toán quốc tế hay yêu cầu về quản trị công ty. Về phương thức giao dịch chứng khoán của doanh nghiệp khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo cũng được tiến hành trình tự, thủ tục tiến hành niêm yết đơn giản và nhanh chóng, chi phí thấp<sup>22</sup>.

**Thứ ba**, nghiên cứu xây dựng chính sách, pháp luật về tín dụng cho hoạt động khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo. Ở nước ta, một số ngân hàng thương mại công bố các chương trình tín dụng dành cho doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo nhưng việc thực hiện vẫn còn nhiều khó khăn do các ý tưởng khởi nghiệp ẩn chứa nhiều rủi ro trong khi không đủ nhân sự để thẩm định các dự án khởi nghiệp sáng tạo có nhu cầu cấp tín dụng. Để tạo lập cơ sở pháp lý thống nhất cho hoạt động khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo ở nước ta, Ngân hàng Nhà nước cần nghiên cứu sửa đổi, bổ sung Thông tư số 39/2016/TT-NHNN ngày 30/12/2016 quy định về hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đối với khách hàng theo hướng bổ sung quy định về cho vay đối với hoạt động khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo, nhất là quy định cụ thể hơn điều kiện vay vốn “có phương án sử dụng vốn khả thi”. Bên cạnh đó, việc phòng ngừa rủi ro trong hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng đối với hoạt động khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo để nhằm huy quyền tự chủ trong hoạt động cho vay và tự chịu trách nhiệm về quyết định cho vay của tổ chức tín dụng cũng cần phải được cụ thể hoá để tránh tình trạng phát sinh nợ xấu từ các dự án cho vay khởi nghiệp và đổi mới sáng tạo ■.

21. Thanh Hương, *Quỹ tài chính ngoài ngân sách nhà nước cho khởi nghiệp sáng tạo*, <https://diendandoanhnghep.vn/quy-tai-chinh-ngoai-ngan-sach-nha-nuoc-cho-khoi-nghep-sang-tao-204857.html>, truy cập ngày 28/08/2021,

22. Dẫn theo: Lưu Minh Sang, *Huy động vốn của doanh nghiệp khởi nghiệp thông qua thị trường chứng khoán*, *Tạp chí Tài chính Online*, <https://tapchitaichinh.vn/kinh-te-vi-mo/huy-dong-von-cua-doanh-nghep-khoi-nghep-thong-qua-thi-truong-chung-khoan-328453.html>, truy cập ngày 03/10/2020.



# HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM VỀ CÁC TỘI PHẠM VỀ HỐI LỘ TRONG TÌNH HÌNH HIỆN NAY

**Vũ Việt Trường\***

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

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Nhận hối lộ, đưa hối lộ và môi giới hối lộ, Bộ luật Hình sự năm 2015.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 28/6/2021

Biên tập : 18/8/2021

Duyệt bài : 21/8/2021

## Tóm tắt:

Bộ luật Hình sự Việt Nam hiện hành được ban hành năm 2015 và đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (Bộ luật Hình sự năm 2015). Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích thực trạng các quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 về các tội phạm về hối lộ và đưa ra kiến nghị hoàn thiện các quy định này.

## Article Information:

*Keywords:* Bribe receipt; bribe giving; bribery brokerage; the Criminal Code of 2015

*Article History:*

Received : 28 Jul. 2021

Edited : 18 Aug. 2021

Approved : 21 Aug. 2021

## Abstract:

The applicable Criminal Code of Vietnam was promulgated in 2015 and amended in 2017 (the Criminal Code of 2015). Within the scope of this article, the author provides discussions of and an analysis of the current situation of the provisions of the Criminal Code of 2015 on crimes of bribes and also gives out a number of recommendations for further improvements of the related provisions.

## 1. Thực trạng các quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 về các tội phạm về hối lộ

Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015) quy định các tội phạm về hối lộ, bao gồm tội nhận hối lộ, tội đưa hối lộ và tội môi giới hối lộ tại Điều 354, Điều 364 và Điều 365 thuộc Chương XXIII - Các tội phạm về chức vụ. Chương này được chia thành 2 mục: Mục 1 - Các tội phạm về tham nhũng; Mục 2 - Các tội phạm khác về chức vụ.

Như vậy, mặc dù cùng là các tội phạm về hối lộ nhưng tội đưa hối lộ và tội môi giới

hối lộ được xếp ở Mục 2, còn tội nhận hối lộ lại đặt ở Mục 1. Điều này có nghĩa là, pháp luật Việt Nam chỉ coi tội nhận hối lộ là tội phạm về tham nhũng, còn hai tội đưa hối lộ và tội làm môi giới hối lộ không phải thuộc nhóm các tội phạm về tham nhũng<sup>1</sup>. Do đó, theo quy định của BLHS năm 2015, các tội phạm về tham nhũng nói chung, tội nhận hối lộ nói riêng có chủ thể của tội phạm là người có chức vụ, quyền hạn. Trong khi đó, chủ thể của tội đưa hối lộ và làm môi giới hối lộ có thể là bất kỳ người nào, nên các tội phạm này không được xếp vào nhóm tội phạm về tham

1. Quan điểm này xuất phát từ cơ sở quy định của Pháp lệnh Chống tham nhũng năm 1998 trước đây: “*Tham nhũng là hành vi của người có chức vụ, quyền hạn lợi dụng chức vụ, quyền hạn đó để tham ô, hối lộ hoặc cố ý làm trái pháp luật vì động cơ vụ lợi*” (Điều 1). Theo định nghĩa này, hành vi tham nhũng được xác định bởi ba yếu tố căn bản: *thứ nhất*, chủ thể là người có chức vụ, quyền hạn; *thứ hai*, có yếu tố lợi dụng chức vụ, quyền hạn đó; *thứ ba*, có động cơ vụ lợi.

những, nhưng vẫn thuộc nhóm tội phạm khác về chức vụ vì chúng có liên quan chặt chẽ đến hành vi nhận hối lộ và liên quan đến việc thực thi công vụ của chính bản thân người có chức vụ, quyền hạn<sup>2</sup>.

Cấu thành tội phạm với các dấu hiệu định tội, định khung hình phạt đã được quy định cụ thể tại các Điều 354, 364 và 365 BLHS năm 2015.

*Những điểm mới của BLHS năm 2015 về các tội phạm về hối lộ:* So với BLHS năm 1999, quy định của BLHS năm 2015 về các tội phạm về hối lộ có những điểm mới như sau:

+ Mở rộng phạm vi của các tội phạm về hối lộ (khái niệm, phạm vi) sang khu vực tư (các tổ chức, doanh nghiệp ngoài nhà nước).

+ Mở rộng chủ thể và đối tượng của tội phạm nhận hối lộ: Theo quy định được bổ sung tại khoản 6 Điều 354 BLHS năm 2015, chủ thể của tội nhận hối lộ còn có thể là người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước.

+ Mở rộng phạm vi “của hối lộ”: Khái niệm “của hối lộ” được quy định ở tội nhận hối lộ (Điều 354), đưa hối lộ (Điều 364), môi giới hối lộ (Điều 365)... “Của hối lộ” được đưa, nhận không chỉ gồm các loại lợi ích vật chất như tiền, tài sản, lợi ích vật chất khác mà còn bao gồm các lợi ích phi vật chất, tức là những lợi ích tuy không quy giá trị thành tiền nhưng có khả năng đem lại sự hài lòng, sự thỏa mãn cho người nhận, do đó có khả năng gây ảnh hưởng đến hoạt động thực thi công vụ, nhiệm vụ của người có chức vụ, quyền hạn. Ví dụ, khen ngợi trên phương tiện truyền thông, quan hệ tình dục, chỗ học tại một trường chuyên cho con cái... Việc mở rộng này phản ánh đầy đủ yêu cầu của Công ước chống tham nhũng của Liên hợp quốc về “của hối lộ”, theo đó bất kỳ loại lợi ích nào

được đưa, nhận một cách bất chính để thay đổi hoạt động thực hiện chức năng, nhiệm vụ của người có thẩm quyền đều bị xem là “của hối lộ”, điểm này phù hợp với thực tiễn lập pháp của nhiều quốc gia trên thế giới<sup>3</sup>.

*Quy định cụ thể về bên thứ ba hưởng lợi trong các tội phạm về hối lộ:* BLHS năm 2015 quy định cụ thể và trực tiếp vấn đề *bên thứ ba hưởng lợi* từ hành vi hối lộ. Cụ thể Điều 354 về tội nhận hối lộ và Điều 364 về tội đưa hối lộ đều quy định “của hối lộ” có thể được thụ hưởng bởi chính bản thân người có chức vụ, quyền hạn hoặc cho người khác hoặc tổ chức khác.

+ *Quy định bổ sung hối lộ công chức nước ngoài:* Theo BLHS năm 2015, đối tượng tác động của tội đưa hối lộ không chỉ có hoạt động thực hiện công vụ của người có chức vụ, quyền hạn của Việt Nam, mà còn bao gồm hoạt động thực hiện công vụ của công chức nước ngoài hoặc công chức của tổ chức quốc tế công...

+ *Thay đổi dấu hiệu định lượng ở một số cấu thành tội phạm:* Dấu hiệu định lượng trong cấu thành tội phạm cơ bản của nhiều tội phạm về chức vụ đã có sự thay đổi. Đó là sự thay đổi của mức định lượng tối đa của giá trị tài sản bị chiếm đoạt, giá trị của hối lộ, giá trị của tài sản bất chính hoặc của thiệt hại do hành vi phạm tội gây ra. Với tội nhận hối lộ, khung hình phạt cơ bản áp dụng đối với trường hợp “của hối lộ” có giá trị từ 02 triệu đồng đến dưới 10 triệu đồng (BLHS năm 1999) lên từ 02 triệu đồng đến dưới 100 triệu đồng trong BLHS năm 2015 (mức tối đa đã tăng lên 10 lần).

## **2. Hoàn thiện các quy định của Bộ luật hình sự năm 2015 về các tội phạm về hối lộ**

Bên cạnh những kết quả đạt được nêu trên, các quy định của BLHS năm 2015 về các tội

2. Xem: Võ Khánh Vinh, *Tìm hiểu trách nhiệm hình sự đối với các tội phạm về chức vụ*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 1994, tr.97.

3. Xem: Đào Lê Thu, *Những điểm mới quy định về các tội phạm về chức vụ trong BLHS 2015*, Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử, ngày 16/5/2018.

phạm về hối lộ còn một số bất cập cần tiếp tục hoàn thiện, cụ thể như sau.

### *Về hình thức, kết cấu của BLHS năm 2015 về các tội phạm về hối lộ*

Như đã đề cập ở trên, mặc dù BLHS năm 2015 quy định các tội phạm về hối lộ tại các Mục 1 và Mục 2 vì lý do chủ thể tội phạm nằm ở hai nhóm khác nhau. Tuy nhiên, tác giả cho rằng, tội đưa hối lộ và tội nhận hối lộ là hai tội phạm điển hình nhất liên quan đến các tội phạm về chức vụ và cụ thể là tội nhận hối lộ - một trong các tội phạm về tham nhũng. BLHS năm 2015 xác lập chủ thể tội phạm và hình phạt - truy cứu trách nhiệm hình sự (TNHS)) cả người đưa và nhận hối lộ, môi giới hối lộ... đã vô tình tạo cơ cho những người này bao che, bảo vệ nhau để cùng có lợi hoặc khai báo gian dối để trốn tội hoặc giảm nhẹ hình phạt dẫn đến việc phát hiện, truy tố, xét xử các tội phạm này rất khó khăn, hiệu quả không cao. Trên thực tế, việc chứng minh tội phạm vấp phải rào cản do sự kiện phạm tội thông thường chỉ có 02 người bàn bạc, thống nhất (hoặc người nhận và người đưa biết; hoặc chỉ người đưa và người môi giới hối lộ biết) và 02 bên đều có lợi ích, nếu bị phát hiện sẽ bị truy cứu, nên việc phủ nhận hoặc không khai báo trung thực sẽ không chứng minh được tội phạm... Ngoài ra, chủ thể chính của tội nhận hối lộ là “người có chức vụ, quyền hạn”, người đưa hối lộ có thể bị gợi ý, bị gây áp lực... nên không phải là đối tượng chính để đấu tranh chủ yếu. Pháp luật một số nước khuyến khích người đưa hối lộ tố giác tội phạm để được giảm nhẹ TNHS và hình phạt, thậm chí không phải chịu TNHS. Mặc dù chủ thể của 03 tội phạm về hối lộ được quy định trong BLHS năm 2015 là khác nhau, nhưng có sự liên quan rất chặt chẽ, mật thiết trong cấu thành tội phạm hối lộ (đưa, nhận và môi giới hối lộ; trong đó, hành vi nhận hối lộ đóng vai trò quyết định). Đặc biệt, trong cả hành vi đưa và nhận hối lộ, có một trường hợp thời điểm tội phạm hoàn thành có cấu thành tội phạm hình thức, khi

người đưa hối lộ và người nhận hối lộ đạt được thỏa thuận để người nhận hối lộ (người có chức vụ, quyền hạn) làm hoặc không làm điều gì đó vì lợi ích theo yêu cầu của người đưa hối lộ trên cơ sở căn cứ vào giá trị “của đưa hối lộ”. Ở đây, nếu của đưa hối lộ là tiền, tài sản, lợi ích vật chất khác có giá trị từ 2 triệu đồng trở lên đã đủ cấu thành tội phạm; nếu “của đưa hối lộ” là lợi ích phi vật chất, tội phạm hoàn thành chỉ cần người đưa hối lộ đạt được thỏa thuận về việc “đưa lợi ích phi vật chất” đó (tình dục, việc làm, vị trí, uy tín...) cho người có chức vụ, quyền hạn thì tội phạm đó được xác định là hoàn thành... Do đó, để tăng cường hiệu quả đấu tranh phòng, chống các tội phạm tham nhũng, chức vụ nói chung, các tội phạm về hối lộ nói riêng cần xếp ba tội danh thành một mục riêng.

### *Về những nội dung cụ thể về các tội phạm về hối lộ*

*Một là*, cần sửa đổi khoản 7 Điều 364 BLHS năm 2015 về tội đưa hối lộ. Bởi lẽ, việc sử dụng cụm từ “không có tội” là chưa chính xác, vì hành vi của người đưa hối lộ đã cấu thành tội phạm, nhưng vì “bị ép buộc” và do chủ động khai báo, góp phần phát hiện và xử lý người nhận hối lộ; do đó, họ không bị xử lý về hình sự và trả lại tài sản đã dùng để đưa hối lộ. Vì vậy, có thể sửa thành “không phải chịu TNHS” cho chính xác hơn.

*Hai là*, cần bảo đảm tính thống nhất về điều kiện áp dụng trường hợp phản ánh chính sách khoan hồng, nhân đạo - miễn TNHS cho người phạm tội đưa hối lộ và môi giới hối lộ tại đoạn 2 khoản 7 Điều 364 và khoản 6 Điều 365 BLHS năm 2015 (có thể miễn TNHS). Bởi lẽ, đây là hai trường hợp tương tự nhưng chỗ ghi nhận “tuy không bị ép buộc” (đối với tội đưa hối lộ), nhưng lại không ghi nhận điều này đối với tội môi giới hối lộ. Vì vậy, cần bổ sung thêm cụm từ “tuy không bị ép buộc” đối với người phạm tội môi giới hối lộ, vì phải là không bị ép buộc mới xứng đáng được hưởng

khoan hồng, nhân đạo<sup>4</sup>. Những nội dung này sẽ được cụ thể hóa trong mô hình lý luận tương ứng về các tội phạm về hối lộ trong phần dưới.

**Ban hành văn bản hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật**

Hiện nay, mặc dù các tội phạm về tham nhũng, tội phạm khác về chức vụ được Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn tại Nghị quyết số 03/2020/NQ-HĐTP ngày 30/12/2020 “*Hướng dẫn áp dụng một số quy định của BLHS trong xét xử tội phạm tham nhũng và tội phạm khác về chức vụ*”, nhưng một số vấn đề sau cần tiếp tục giải thích để áp dụng thống nhất pháp luật:

*Một là*, “của hối lộ” trong các tội phạm về hối lộ, ví dụ như quà biếu có giá trị trên 2.000.000 đồng thì khi nào được xác định là của hối lộ hoặc hối lộ trá hình qua quà biếu, trường hợp nào không bị truy cứu TNHS, hay “của hối lộ” là chất ma túy và không thuộc các trường hợp - tàng trữ, vận chuyển, mua bán, chiếm đoạt chất ma túy, hành vi đưa và nhận như hành vi trong các tội phạm này nhưng “của hối lộ” không định giá được là tài sản, vậy xử lý về tội danh nào.

*Hai là*, điểm e khoản 2 Điều 354, điểm c khoản 2 Điều 364 và điểm d khoản 2 Điều 365 BLHS năm 2015 quy định tình tiết định khung hình phạt: “*Biết rõ của hối lộ là tài sản của Nhà nước*” nhưng quy định này dường như có vẻ chưa hoàn toàn hợp lý, vì tài sản của Nhà nước được hiểu như thế nào. Nếu tài sản hối lộ chỉ thuộc một phần của Nhà nước thì có xử lý được không.

*Ba là*, xem xét, cụ thể hóa áp dụng chính sách khoan hồng đặc biệt miễn hình phạt theo quy định tại Điều 59 BLHS năm 2015 đối với trường hợp người phạm tội có ít nhất 02 tình tiết giảm nhẹ quy định tại khoản 1 Điều 51 BLHS năm 2015 hoặc người phạm tội lần đầu là người giúp sức trong vụ án đồng

phạm nhưng có vai trò không đáng kể đã được Nghị quyết số 03/2020/NQ-HĐTP ngày 30/12/2020 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao “*Hướng dẫn áp dụng một số quy định của BLHS trong xét xử tội phạm tham nhũng và tội phạm khác về chức vụ*”, nêu thuộc một trong các trường hợp sau:

a) Người phạm tội không vì động cơ vụ lợi hoặc động cơ cá nhân khác, mà chỉ vì muốn đổi mới, dám đột phá vì sự nghiệp phát triển kinh tế xã hội và bảo vệ Tổ quốc;

b) Người phạm tội là người có quan hệ lệ thuộc (như cấp dưới đối với cấp trên, người làm công hưởng lương, chấp hành nhiệm vụ theo chỉ đạo của cấp trên), không ý thức được đầy đủ hành vi phạm tội của mình, không vì động cơ vụ lợi hoặc động cơ cá nhân khác, không được hưởng lợi; đã chủ động khai báo trước khi bị phát giác, tích cực hợp tác với cơ quan có thẩm quyền, góp phần có hiệu quả vào việc điều tra, xử lý tội phạm;

c) Người phạm tội đã chủ động khai báo trước khi bị phát giác, tích cực hợp tác với cơ quan có thẩm quyền, góp phần hạn chế thiệt hại, chủ động nộp lại toàn bộ tài sản chiếm đoạt, đã khắc phục toàn bộ hậu quả và đã bồi thường toàn bộ thiệt hại do mình gây ra;

d) Người phạm tội sau khi bị phát hiện đã thành khẩn khai báo, ăn năn hối cải, chủ động nộp lại toàn bộ tài sản chiếm đoạt, đã khắc phục toàn bộ hậu quả và đã bồi thường toàn bộ thiệt hại do mình gây ra.

*Bốn là*, làm rõ khái niệm về hối lộ và quy định cụ thể hành vi hối lộ trong khu vực tư, đây là những khái niệm có ý nghĩa xác định hành vi khách quan của các tội về hối lộ trong khu vực tư. Vì vậy, nếu không làm rõ những khái niệm này, sẽ gây khó khăn trong quá trình áp dụng, không thống nhất khi xét xử, dẫn đến việc bỏ lọt tội phạm. Các lưu ý về tội phạm hối lộ khu vực tư thể hiện như thế nào ■

4. Xem thêm: Trịnh Tiến Việt, *Pháp luật hình sự Việt Nam về miễn TNHS và thực tiễn áp dụng*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2013, tr.279.



## THẨM QUYỀN GIÁM SÁT, GIÁO DỤC ĐỐI VỚI NGƯỜI CHẤP HÀNH ÁN TREO, CẢI TẠO KHÔNG GIAM GIỮ THEO QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT HIỆN HÀNH

Hoàng Nguyễn Thắng\*

\*Viện kiểm sát quân sự Quân khu 1

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Án treo, cải tạo không giam giữ; thẩm quyền giám sát giáo dục đối với người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 24/5/2021

Biên tập : 26/7/2021

Duyệt bài : 28/7/2021

### Tóm tắt:

Giám sát, giáo dục là một trong những nội dung chủ yếu trong công tác thi hành án treo, cải tạo không giam giữ được quy định trong Bộ luật Hình sự và Luật Thi hành án hình sự. Bên cạnh ý thức tuân thủ của người chấp hành án, việc thực hiện tốt công tác giám sát, giáo dục có ý nghĩa quan trọng trong việc bảo đảm án treo, cải tạo không giam giữ được thi hành nghiêm chỉnh, đúng quy định của pháp luật. Thẩm quyền giám sát giáo dục đối với người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ được quy định trong nhiều văn bản pháp luật, ban hành tại các thời điểm khác nhau. Điều này dẫn đến sự chồng chéo, mâu thuẫn trong các quy định của pháp luật về vấn đề này.

### Article Information:

*Keywords:* Suspended sentence, non-custodial reform; competence for supervision and education of the suspended sentences or the non-custodial reform.

*Article History:*

Received : 24 May 2021

Edited : 26 Jul. 2021

Approved : 28 Jul. 2021

### Abstract:

Supervision and education are one of the main measures in the execution of the suspended sentences and non-custodial reform prescribed in the Criminal Code and the Law on Criminal Judgment Execution. In addition to the sense of compliance by the sentenced person, the good-manner enforcement of supervision and education play an important role in ensuring that the suspended sentences and non-custodial reform are strictly enforced in accordance with the provisions of law. The competence for supervision and education of the suspended sentences and non-custodial reform is stipulated in several legal documents, issued at different times, which may lead to overlapping and inconsistencies in the provisions of the law on concerned matters.

Các quy định về giám sát, giáo dục đối với người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ góp phần giúp người phạm tội nhanh chóng tái hòa nhập cộng đồng, học tập, cải tạo trở thành công dân có ích cho gia đình và xã hội; hạn chế hành vi vi phạm pháp luật và tội phạm xảy ra trong thời gian chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ. Việc giám sát, giáo dục khi áp dụng án treo, cải tạo không giam giữ nhằm thực hiện mục tiêu kép là “trừng trị kết hợp với giáo dục” vừa bảo đảm tính công minh của pháp luật,

tính nhân đạo trong chính sách hình sự của Nhà nước ta, vừa đề cao được tác dụng giáo dục riêng và phòng ngừa chung đối với người phạm tội.

### 1. Các quy định của pháp luật về thẩm quyền giám sát, giáo dục đối với người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ

Hiện nay, thẩm quyền giám sát, giáo dục đối với người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ được quy định trong nhiều văn bản luật như: Bộ luật Hình sự năm

2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS); Luật Thi hành án hình sự năm 2019 (LTHAHS); Nghị quyết số 02/2018/NQ-HĐTP ngày 15/05/2018 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng Điều 65 của BLHS về án treo (Nghị quyết số 02); Thông tư số 64/2019/TT-BCA ngày 28/11/2019 của Bộ Công an (Thông tư số 64); Thông tư số 181/2019/TT-BQP ngày 02/12/2019 của Bộ Quốc phòng (Thông tư số 181).

Khoản 2 Điều 65 BLHS về thẩm quyền giám sát, giáo dục đối với người chấp hành án treo quy định: *“Trong thời gian thử thách, Tòa án giao người được hưởng án treo cho cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc hoặc chính quyền địa phương nơi người đó cư trú để giám sát, giáo dục. Gia đình người bị kết án có trách nhiệm phối hợp với cơ quan, tổ chức, chính quyền địa phương trong việc giám sát, giáo dục người đó”*.

Điều 36 BLHS về thẩm quyền giám sát, giáo dục đối với người chấp hành hình phạt cải tạo không giam giữ quy định: *“Tòa án giao người bị phạt cải tạo không giam giữ cho cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc, học tập hoặc Ủy ban nhân dân cấp xã nơi người đó cư trú để giám sát, giáo dục. Gia đình người bị kết án có trách nhiệm phối hợp với cơ quan, tổ chức hoặc Ủy ban nhân dân cấp xã trong việc giám sát, giáo dục người đó”*.

Điều 6 Nghị quyết số 02/2018/NQ-HĐTP ngày 15/05/2018 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng Điều 65 của BLHS về án treo khi hướng dẫn về nội dung bản án tuyên đối với người bị kết án phạt tù được hưởng án treo quy định:

“Ngoài những nội dung theo quy định tại Điều 260 của Bộ luật Tố tụng hình sự,

bản án cho người bị kết án phạt tù được hưởng án treo phải có nội dung sau đây:

1. Về việc giao người được hưởng án treo cho Ủy ban nhân dân cấp xã nơi người đó cư trú hoặc cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc giám sát, giáo dục trong thời gian thử thách:

a) Khi cho người phạm tội được hưởng án treo, Tòa án phải ghi rõ trong phần Quyết định của bản án việc giao người được hưởng án treo cho Ủy ban nhân dân cấp xã nơi người đó cư trú hoặc cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc để giám sát, giáo dục trong thời gian thử thách.

b) Khi giao người được hưởng án treo cho Ủy ban nhân dân cấp xã nơi người đó cư trú để giám sát, giáo dục trong thời gian thử thách, Tòa án phải ghi rõ trong phần quyết định của bản án tên Ủy ban nhân dân cấp xã; tên huyện, thị xã, thành phố thuộc tỉnh; tên tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương được giao giám sát, giáo dục người được hưởng án treo; đồng thời, ghi rõ trong trường hợp người được hưởng án treo thay đổi nơi cư trú thì thực hiện theo quy định của pháp luật về thi hành án hình sự.

c) Khi giao người được hưởng án treo cho cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc để giám sát, giáo dục trong thời gian thử thách, Tòa án phải ghi rõ trong phần quyết định của bản án tên và địa chỉ đầy đủ của cơ quan, tổ chức được giao giám sát, giáo dục người được hưởng án treo; đồng thời, ghi rõ trong trường hợp người được hưởng án treo thay đổi nơi làm việc thì thực hiện theo quy định của pháp luật về thi hành án hình sự.

Trường hợp cơ quan, tổ chức được giao giám sát, giáo dục người được hưởng án treo thuộc lực lượng quân đội nhân dân thì trong phần quyết định của bản án phải ghi

tên của đơn vị quân đội được giao giám sát, giáo dục”.

Trong khi đó, LTHAHS quy định về thẩm quyền giám sát giáo dục người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ như sau:

“Điều 19. Nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban nhân dân cấp xã trong thi hành án hình sự

1. Ủy ban nhân dân cấp xã thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn về giám sát, giáo dục người được hưởng án treo, người chấp hành án phạt cải tạo không giam giữ...

2. Công an xã, phường, thị trấn (sau đây gọi là Công an cấp xã) tham mưu, giúp Ủy ban nhân dân cấp xã tổ chức thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại khoản 1 Điều này.

3. Đối với huyện không có đơn vị hành chính cấp xã thì cơ quan thi hành án hình sự Công an cấp huyện thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại khoản 1 Điều này.

Điều 20. Nhiệm vụ, quyền hạn của đơn vị quân đội trong thi hành án hình sự

Đơn vị quân đội thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn về giám sát, giáo dục người được hưởng án treo, người chấp hành án phạt cải tạo không giam giữ...”.

Đơn vị quân đội thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn về giám sát, giáo dục được quy định tại điểm d khoản 3 Điều 11 LTHAHS: “Đơn vị quân đội cấp trung đoàn và tương đương”.

Khoản 1 Điều 84 và khoản 1 Điều 96 LTHAHS về quyết định thi hành án treo, cải tạo không giam giữ quy định:

“Quyết định thi hành án treo phải ghi rõ họ, tên, chức vụ người ra quyết định; bản án, quyết định được thi hành; tên cơ quan có nhiệm vụ thi hành; họ, tên, ngày, tháng,

năm sinh, nơi cư trú của người được hưởng án treo; mức hình phạt tù và thời gian thử thách của người được hưởng án treo; hình phạt bổ sung, trừ hình phạt bổ sung là hình phạt tiền; hậu quả của việc vi phạm nghĩa vụ trong thời gian thử thách theo quy định tại khoản 5 Điều 65 của Bộ luật Hình sự; Ủy ban nhân dân cấp xã, đơn vị quân đội được giao giám sát, giáo dục người được hưởng án treo” (Khoản 1 Điều 84).

“Quyết định thi hành án phạt cải tạo không giam giữ phải ghi rõ họ, tên, chức vụ người ra quyết định; bản án được thi hành; họ, tên, ngày, tháng, năm sinh, nơi cư trú của người chấp hành án; thời hạn chấp hành án phạt cải tạo không giam giữ; hình phạt bổ sung, trừ hình phạt bổ sung là hình phạt tiền; tên cơ quan có nhiệm vụ thi hành; Ủy ban nhân dân cấp xã, đơn vị quân đội được giao giám sát, giáo dục người chấp hành án” (khoản 1 Điều 96).

Trách nhiệm giám sát, giáo dục người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ của cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc, học tập được quy định tại Điều 94 và Điều 106 LTHAHS: “Cơ quan, tổ chức có liên quan có trách nhiệm phối hợp với Ủy ban nhân dân cấp xã, đơn vị quân đội trong việc giám sát, giáo dục”.

Khoản 2 Điều 10 Thông tư số 64 quy định thẩm quyền giám sát, giáo dục đối với người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ thay đổi nơi cư trú, nơi làm việc như sau : “Công an cấp xã nơi đến có trách nhiệm tham mưu với Ủy ban nhân dân cấp xã trong việc tiếp nhận hồ sơ quản lý, giám sát, giáo dục người chấp hành án do cơ quan thi hành án hình sự Công an cấp huyện nơi đến bàn giao và thực hiện quản lý, giám sát, giáo dục người chấp hành án theo quy định của Luật Thi hành án hình sự”.

Trong khi đó, khoản 1 Điều 9, Điều 10 Thông tư số 181 quy định: “Đơn vị quân đội nơi người chấp hành án chuyên đến tiếp nhận hồ sơ quản lý, giám sát, giáo dục người chấp hành án do cơ quan thi hành án hình sự cấp quân khu bàn giao; thực hiện tổ chức quản lý, giám sát, giáo dục người chấp hành án theo quy định” (Khoản 1 Điều 9).

“Trường hợp người chấp hành án không tiếp tục làm việc trong Quân đội, trong thời hạn 03 ngày làm việc, kể từ khi nhận được quyết định, đơn vị quân đội nơi quản lý, giám sát, giáo dục người chấp hành án phải bàn giao hồ sơ quản lý, giám sát, giáo dục và các quyết định liên quan đến người chấp hành án cho cơ quan thi hành án hình sự cấp quân khu để làm thủ tục bàn giao người chấp hành án cùng hồ sơ cho cơ quan thi hành án hình sự Công an cấp huyện nơi người chấp hành án về cư trú để tiếp tục tổ chức thi hành theo quy định” (Điều 10).

Quy định của các văn bản pháp luật về thẩm quyền giám sát, giáo dục đối với người chấp hành án treo và cải tạo không giam giữ nêu trên còn có một số hạn chế, bất cập sau:

*Thứ nhất*, quy định về chủ thể có thẩm quyền giám sát, giáo dục đối với người chấp hành án treo và cải tạo không giam giữ không thống nhất giữa BLHS, Nghị quyết số 02 và LTHAHS. Nếu như khoản 2 Điều 36, khoản 2 Điều 65 BLHS, Điều 6 Nghị quyết số 02 quy định cơ quan, tổ chức nơi người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ làm việc, học tập có thẩm quyền giám sát, giáo dục độc lập đối với người đó bên cạnh thẩm quyền của Ủy ban nhân dân cấp xã được quy định rõ trong bản án, còn theo quy định của điểm c, d khoản 3 Điều

11, Điều 19, Điều 20, Điều 94 và Điều 106 LTHAHS, cơ quan, tổ chức nơi người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ làm việc, học tập không thuộc Cơ quan được giao một số nhiệm vụ thi hành án hình sự như Ủy ban nhân dân cấp xã, đơn vị quân đội và các cơ quan, tổ chức này không có thẩm quyền giám sát, giáo dục độc lập đối với người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ mà chỉ có trách nhiệm phối hợp cùng với Ủy ban nhân dân cấp xã hoặc đơn vị quân đội trong việc giám sát, giáo dục. Hơn nữa, Điều 84 và Điều 96 LTHAHS chỉ quy định: “Ủy ban nhân dân cấp xã, đơn vị quân đội được giao giám sát, giáo dục người chấp hành án”.

Trên thực tế, khi rà soát 100 bản án có các đối tượng được hưởng án treo, cải tạo không giam giữ đang làm việc hoặc học tập tại cơ quan, tổ chức được công bố trên Cổng thông tin điện tử của Tòa án nhân dân tối cao<sup>1</sup>, cả 100 bản án đều tuyên Ủy ban nhân dân cấp xã nơi người chấp hành án cư trú thực hiện giám sát, giáo dục, mà không phải là cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc và học tập giám sát giáo dục.

*Thứ hai*, quy định về thẩm quyền giám sát, giáo dục của đơn vị quân đội.

Như đã đề cập ở trên, theo quy định của điểm c khoản 3 Điều 11 LTHAHS, thẩm quyền giám sát, giáo dục đối với người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ tại đơn vị quân đội là “*đơn vị cấp trung đoàn và tương đương*”. Quy định này chưa trừu tượng đến các đơn vị quân đội cấp Lữ đoàn hoặc Tiểu đoàn độc lập trực thuộc cấp Lữ đoàn, Sư đoàn hoặc trên cấp Sư đoàn không có cấp Trung đoàn và tương đương dẫn đến những bất cập trong thi hành trên thực tế.

1. Xem <https://congboanan.toaan.gov.vn/>.



Cụ thể, trường hợp thứ nhất: Vụ án Nguyễn Văn L là quân nhân thuộc Trường bắn Quốc gia khu vực 1 (Trường bắn quốc gia khu vực 1 tương đương cấp Lữ đoàn, bên dưới có các tiểu đoàn trực thuộc không có cấp trung đoàn) và đồng phạm bị xét xử về tội đánh bạc theo quy định tại khoản 1 Điều 321 BLHS, L bị Tòa án quân sự khu vực A tuyên phạt 12 tháng tù treo, đồng thời Tòa án giao cho Trường bắn Quốc gia khu vực 1 giám sát, giáo dục Nguyễn Văn L; Trường hợp thứ hai: Lê Cảnh L là quân nhân thuộc Đại đội 17, Bộ Tham mưu, Quân khu A (Bộ tham mưu, Quân khu A trên cấp sư đoàn nhưng không có trung đoàn trực thuộc) phạm tội cưỡng đoạt tài sản theo khoản 1 Điều 170 BLHS, bị tuyên phạt 12 tháng tù treo. Trong bản án và Quyết định thi hành án, Tòa án quân sự khu vực A giao cho Bộ tham mưu, Quân khu B giám sát, giáo dục.

Như vậy, quyết định của Tòa án quân sự A giao thẩm quyền giám sát, giáo dục đối với người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ cho đơn vị quân đội không đúng với quy định của pháp luật hiện hành nhưng phù hợp với thực tiễn.

Bên cạnh đó, quy định giữa LTHAHS và Thông tư số 181 về thẩm quyền giám sát, giáo dục người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ trong đơn vị quân đội không thống nhất cũng gây ra vướng mắc, bất cập khi thi hành án treo, cải tạo không giam giữ; điểm c khoản 3 Điều 11 LTHAHS quy định thẩm quyền giám sát, giáo dục chỉ thuộc “*đơn vị cấp Trung đoàn và tương đương*”; khoản 3 Điều 2 Thông tư số 181 quy định thẩm quyền giám sát, giáo dục đối với người chấp hành án treo,

cải tạo không giam giữ thay đổi nơi làm việc lại thuộc “*đơn vị cấp trung đoàn và tương đương trở lên*”.

## 2. Kiến nghị

Để khắc phục những hạn chế, bất cập nêu trên, tác giả kiến nghị:

*Thứ nhất*, sửa đổi khoản 2 Điều 36, khoản 2 Điều 65 BLHS theo hướng Ủy ban nhân dân cấp xã, đơn vị quân đội là các cơ quan được giao giám sát, giáo dục người chấp hành án. Cơ quan, tổ chức nơi người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ làm việc, học tập chỉ có trách nhiệm phối hợp giám sát, giáo dục cùng với Ủy ban nhân dân cấp xã hoặc đơn vị quân đội.

Quy định này một mặt thống nhất với LTHAHS vì các cơ quan, tổ chức nơi người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ làm việc, học tập không phải là cơ quan được giao một số nhiệm vụ thi hành án hình sự; mặt khác nhằm bảo đảm thống nhất một đầu mối trong công tác quản lý người chấp hành án treo, cải tạo không giam giữ, đảm bảo phục vụ cho công tác giám sát thi hành hình sự của Hội đồng nhân dân, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam<sup>2</sup>, công tác kiểm sát thi hành án hình sự của Viện kiểm sát nhân dân<sup>3</sup>.

*Thứ hai*, sửa đổi điểm c khoản 3 Điều 11 LTHAHS theo hướng mở rộng chủ thể có thẩm quyền giám sát, giáo dục phù hợp với tổ chức, biên chế của các đơn vị trong Quân đội nhân dân Việt Nam. Theo đó, điểm c khoản 3 Điều 11 LTHAHS được viết lại như sau: “*Đơn vị quân đội cấp trung đoàn và tương đương trở lên (sau đây gọi là đơn vị quân đội)*” ■

2. Điều 6 Luật Thi hành án hình sự năm 2019.

3. Điều 167 Luật Thi hành án hình sự năm 2019.

# HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ LIÊN QUAN ĐẾN NHÂN THÂN NGƯỜI PHẠM TỘI

**Nông Đức Tài\***

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

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Người phạm tội, nhân thân người phạm tội, luật hình sự.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 12/5/2021

Biên tập : 26/7/2021

Duyệt bài : 28/7/2021

## Tóm tắt:

Dưới góc độ Luật hình sự, nhân thân người phạm tội được hiểu là “tổng hợp những đặc điểm riêng biệt của người phạm tội có ý nghĩa đối với việc giải quyết đúng đắn vấn đề trách nhiệm hình sự của họ”. Mặc dù nhân thân người phạm tội không phải là một yếu tố cấu thành tội phạm nhưng trong nhiều trường hợp, nó là dấu hiệu định tội, định khung và quyết định hình phạt. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích các quy định của Bộ luật Hình sự về nhân thân người phạm tội, chỉ ra những hạn chế, bất cập và đề xuất kiến nghị hoàn thiện những hạn chế, bất cập đó.

## Article Infomation:

*Keywords:* Offenders; criminal profiling; criminal law.

*Article History:*

Received : 12 May 2021

Edited : 26 Jul. 2021

Approved : 28 Jul. 2021

## Abstract:

From the perspective of criminal law, the offender's criminal profiling is understood as “a combination of distinctive characteristics of the offender which play an important role for the proper resolution of their criminal liability”. Although criminal profiling is not an element of crimes, in certain circumstances, it is a basis for determination of a crime or sentence bracket or decision on sentence. The article analyses regulations of the applicable Criminal Code relating to criminal profiling to draw shortcomings, inadequacies and propose recommendations for further improvements.

## 1. Các quy định của Bộ luật hình sự liên quan đến nhân thân người phạm tội

Nghiên cứu các quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015) liên quan đến nhân thân người phạm tội, có thể thấy được những điểm nổi bật sau đây:

*Thứ nhất*, BLHS năm 2015 thể hiện khá rõ sự phân loại mức độ răn đe trong nguyên tắc xử lý người phạm tội.

Khoản 1 Điều 3 BLHS năm 2015 quy định: “*Nghiêm trị người chủ mưu, cầm đầu, chỉ huy, ngoan cố chống đối, côn đồ, tái*

*phạm nguy hiểm, lợi dụng chức vụ, quyền hạn để phạm tội... người phạm tội dùng thủ đoạn xảo quyệt, có tổ chức, có tính chất chuyên nghiệp, gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng” và “khoan hồng với người tự thú, đầu thú, thành khẩn khai báo, tố giác đồng phạm, lập công chuộc tội, tích cực hợp tác với cơ quan có trách nhiệm trong việc phát hiện tội phạm hoặc trong quá trình giải quyết vụ án, ăn năn hối cải, tự nguyện sửa chữa hoặc bồi thường thiệt hại gây ra...”.*

Trong quy định này, nội dung của nguyên tắc thể hiện rõ thái độ của Nhà nước ta đối với những đối tượng phạm tội khác nhau, đó

là sự phân định rõ nhóm đối tượng sẽ được hưởng chính sách khoan hồng, thể hiện sự nhân đạo của Nhà nước và nhóm chính sách cứng rắn thể hiện sự nghiêm minh của pháp luật đối với đối tượng có khả năng và đã hoặc sẽ thực hiện những hành vi gây nguy hại lớn cho xã hội. Qua đó, cũng giúp cho cơ quan tiến hành tố tụng, đặc biệt cơ quan điều tra có định hướng trong việc xác định và thu thập chứng cứ chứng minh về những tình tiết được quy định trên có liên quan đến nhân thân người phạm tội có nằm trong diện các đối tượng mà BLHS quy định hay không như người chủ mưu, cầm đầu, hay đối tượng thành khẩn khai báo, tố giác đồng phạm,...

*Thứ hai*, BLHS năm 2015 xác định rõ ý nghĩa của việc xác định nhân thân người phạm tội trong tố tụng hình sự.

Các dấu hiệu nhân thân người phạm tội mặc dù không phải là dấu hiệu bắt buộc phải chứng minh nhưng nó có sự giao thoa nhất định với các yếu tố cấu thành tội phạm, đó là dấu hiệu tuổi chịu trách nhiệm hình sự (Điều 12 BLHS năm 2015) và năng lực trách nhiệm hình sự (Điều 21 BLHS năm 2015). Dấu hiệu thuộc về nhân thân người phạm tội trong trường hợp này cũng tác động lớn đến các giai đoạn tố tụng khác nhau. Trong nhiều vụ việc, sau khi cơ quan điều tra khởi tố vụ án, nếu hết thời hạn điều tra mà không xác định được đối tượng phạm tội thì phải đình chỉ vụ án hoặc không được khởi tố vụ án nếu người thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội chưa đủ tuổi chịu trách nhiệm hình sự (Điều 157 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015), hoặc phải đình chỉ vụ án nếu xác định người phạm tội không có năng lực trách nhiệm hình sự, đó là trường hợp *“người thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội trong khi đang mắc bệnh tâm thần, một bệnh khác làm mất khả năng nhận thức hoặc khả năng điều khiển hành vi của mình...”* (Điều 21 BLHS năm 2015). Điều này thể hiện rõ quan điểm của

Nhà nước trong việc xác định loại đối tượng xử lý là người từ đủ 14 tuổi trở lên mới phải chịu trách nhiệm hình sự và có năng lực trách nhiệm hình sự. Thậm chí theo quy định của BLHS cũng ghi nhận chính sách xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội tại Chương XII BLHS hiện hành. Ngoài ra, phần Tội phạm (Chương II) của BLHS năm 2015 cũng quy định rõ về các chế định liên quan đến tội phạm, trong đó chế định đồng phạm (Điều 17 BLHS năm 2015) đã giải thích cụ thể và chặt chẽ về bốn loại người đồng phạm khác nhau, bao gồm: người tổ chức, người thực hành, người xúi giục và người giúp sức. Đây là cơ sở giúp cho quá trình điều tra, truy tố, xét xử đạt hiệu quả và phân hóa trách nhiệm hình sự trên cơ sở những đặc điểm nhân thân khác nhau của từng đối tượng phạm tội, phục vụ tốt cho quá trình giáo dục, cải tạo người phạm tội.

*Thứ ba*, BLHS năm 2015 xác định rõ nhân thân người phạm tội là một trong số các căn cứ định tội.

Mặc dù dấu hiệu nhân thân người phạm tội không phải được quy định ở tất cả các điều luật của BLHS mà chỉ được quy định ở một số loại tội phạm nhất định, trong các khoản xác định cấu thành tội phạm cơ bản. Quá trình xác định tội danh, cơ quan điều tra buộc phải chứng minh người phạm tội khi thực hiện hành vi phạm tội đồng thời phải thỏa mãn dấu hiệu định tội đó. Chẳng hạn người mang quốc tịch Việt Nam mới có thể trở thành chủ thể của tội phản bội tổ quốc (Điều 108 BLHS năm 2015) hoặc người tổ chức, người xúi giục, người hoạt động đặc lực gây hậu quả nghiêm trọng là dấu hiệu thuộc về nhân thân người phạm tội khi áp dụng khung cơ bản của tội hoạt động nhằm lật đổ chính quyền nhân dân (Điều 109 BLHS năm 2015). Trong quy định của tội tham ô tài sản (Điều 353 BLHS năm 2015), áp dụng khung cơ bản nếu người phạm tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt

tài sản do mình có trách nhiệm quản lý mà tài sản có giá trị dưới 2.000.000 đồng thì phải thỏa mãn một trong số các tình tiết có liên quan nhân thân, đó là đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này hoặc đã bị kết án về một trong các tội tại Mục 1 chương XXIII BLHS hiện hành chưa được xóa án tích mà còn vi phạm... Có thể thấy, dấu hiệu nhân thân người phạm tội khi đóng vai trò là dấu hiệu định tội có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định tội danh, nếu thực tế những dấu hiệu này không thỏa mãn thì sẽ thuộc vào trường hợp phạm tội khác, thậm chí là không phạm tội.

*Thứ tư*, BLHS năm 2015 xác định rõ nhân thân người phạm tội là căn cứ định khung hình phạt.

Trong phần các tội phạm cụ thể, ngoài cấu thành tội phạm cơ bản, BLHS cũng quy định về các tình tiết tăng nặng định khung (cấu thành tội phạm tăng nặng) hoặc các tình tiết giảm nhẹ định khung (cấu thành tội phạm giảm nhẹ). Có thể thấy, xét về dấu hiệu gắn với nhân thân người phạm tội trong các khoản của từng điều luật ở phần các tội phạm cụ thể chủ yếu là cấu thành tội phạm tăng nặng. Chẳng hạn, dấu hiệu tái phạm nguy hiểm là tình tiết định khung tăng nặng ở một số tội phạm như: Tội giết người (Điều 123 BLHS năm 2015), tội hiếp dâm (Điều 141 BLHS năm 2015), tội mua bán người (Điều 150 BLHS năm 2015),... Trong trường hợp các dấu hiệu gắn với nhân thân người phạm tội là tình tiết giảm nhẹ định khung, có thể thấy, ở một số tội xâm phạm an ninh quốc gia, những người đồng phạm khác không đóng vai trò quan trọng trong vụ án thì có thể được áp dụng khung giảm nhẹ,...

Những tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ được quy định trong BLHS năm 2015 cho thấy, những đặc điểm nhân thân người phạm tội chiếm một tỷ lệ lớn trong quyết định khung hình phạt của người phạm tội, các cơ quan

tiên hành tố tụng không thể bỏ qua những đặc điểm này trong quá trình chứng minh tội phạm để xử lý đúng người, đúng tội.

*Thứ năm*, BLHS năm 2015 xác định rõ nhân thân người phạm tội là căn cứ quyết định hình phạt.

Điều 50 BLHS năm 2015 quy định “*Khi quyết định hình phạt, Tòa án căn cứ vào... nhân thân người phạm tội...*”. Theo quy định này, Tòa án đã có những căn cứ quan trọng nhất khi quyết định hình phạt đối với người phạm tội, đồng thời đảm bảo tính cá biệt ở từng đối tượng phạm tội khi thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội cũng rất khác nhau về nhân thân nên các yếu tố này cũng là một căn cứ quan trọng mà Tòa án cần phải xem xét để ra quyết định hình phạt một cách đúng người, đúng tội. Điều 51 BLHS năm 2015 về tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự có nhiều dấu hiệu thuộc về nhân thân người phạm tội như: người phạm tội vì hoàn cảnh đặc biệt khó khăn, người phạm tội lần đầu, người phạm tội do lạc hậu, người phạm tội là phụ nữ có thai, người phạm tội là người đủ 70 tuổi trở lên,... Ngoài ra, Tòa án có thể xem xét mở rộng các tình tiết giảm nhẹ khác nhưng phải ghi rõ lý do giảm nhẹ trong bản án. Quy định này là hợp lý và triệt để nguyên tắc nhân đạo trong Luật hình sự.

Điều 52 BLHS năm 2015 về tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự cũng quy định các dấu hiệu khác nhau có liên quan đến nhân thân người phạm tội như phạm tội có tính chất chuyên nghiệp, phạm tội vì động cơ đê hèn, tái phạm hoặc tái phạm nguy hiểm, phạm tội 02 lần trở lên,... Quy định này cho thấy tương quan về số lượng giữa tình tiết tăng nặng ít hơn so với các tình tiết giảm nhẹ. Việc quy định như vậy thể hiện rõ quan điểm trong chính sách của Nhà nước một cách nhất quán – hạn chế tối đa khả năng lạm quyền của cơ quan tố tụng cũng như tận dụng tối đa những yếu tố có lợi cho người phạm tội.



### 2. Những hạn chế, bất cập trong các quy định của Bộ luật Hình sự liên quan đến nhân thân người phạm tội và kiến nghị hoàn thiện

Bên cạnh những điểm nổi bật nêu trên, các quy định của BLHS năm 2015 liên quan đến nhân thân người phạm tội còn một số hạn chế, bất cập cần được hoàn thiện sau đây:

Một là, quy định về nguyên tắc xử lý người phạm tội.

Điểm d khoản 3 Điều 3 BLHS năm 2015 quy định *“Nghiêm trị người phạm tội dùng thủ đoạn xảo quyệt, có tổ chức, có tính chất chuyên nghiệp, có ý gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng.”*

*Khoan hồng đối với người tự thú, đầu thú, thành khẩn khai báo, tố giác đồng phạm, lập công chuộc tội, tích cực hợp tác với cơ quan có trách nhiệm trong việc phát hiện tội phạm hoặc trong quá trình giải quyết vụ án, ăn năn hối cải, tự nguyện sửa chữa hoặc bồi thường thiệt hại gây ra”.*

Quy định trên cho thấy, nội dung của điểm d khoản 3 Điều 3 gồm hai nguyên tắc độc lập là nguyên tắc *“Nghiêm trị người phạm tội ...”* và nguyên tắc *“Khoan hồng đối với người tự thú, đầu thú...”*. Việc quy định hai nguyên tắc này trong một khoản của một điều luật sẽ dẫn đến việc hiểu và áp dụng nguyên tắc này một cách máy móc là chỉ đối với người phạm tội *“dùng thủ đoạn xảo quyệt, có tổ chức, có tính chất chuyên nghiệp, có ý gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng”* mà *“tự thú, đầu thú, thành khẩn khai báo, tố giác đồng phạm, lập công chuộc tội, tích cực hợp tác với cơ quan có trách nhiệm trong việc phát hiện tội phạm hoặc trong quá trình giải quyết vụ án, ăn năn hối cải, tự nguyện sửa chữa hoặc bồi thường thiệt hại gây ra”* thì mới được khoan hồng, còn những trường hợp khác thì không. Nếu hiểu như vậy là phiến diện, chưa thấy hết chính sách hình sự của Nhà nước ta đối với người phạm tội.

Bên cạnh đó, theo tinh thần của Điều 29, Điều 51, Điều 52, Điều 91 BLHS năm 2015 (quy định về miễn trách nhiệm hình sự, các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, các tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự, nguyên tắc xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội) thì những người phạm tội có nhân thân tốt, người dưới 18 tuổi phạm tội là những đối tượng được hưởng sự khoan hồng của pháp luật khi phạm tội. Quan điểm này cần được xác định một cách rõ ràng trong nguyên tắc xử lý tội phạm.

Vì lý do trên, tác giả cho rằng, cần tách điểm d khoản 3 thành 2 điểm tương ứng với 2 nguyên tắc *“Nghiêm trị người phạm tội ...”* và *“Khoan hồng đối với người tự thú, đầu thú...”*, đồng thời bổ sung nguyên tắc *“Khoan hồng đối với người có nhân thân tốt, người dưới 18 tuổi phạm tội”*.

Hai là, quy định về nhân thân người phạm tội là căn cứ định tội và khung hình phạt.

Trong BLHS năm 2015, một số dấu hiệu thuộc về nhân thân được quy định là dấu hiệu định tội hoặc định khung hình phạt cần được điều chỉnh để phù hợp về mặt kỹ thuật lập pháp.

Ví dụ:

- Tội giết người do vượt quá giới hạn phòng vệ chính đáng (Điều 126 BLHS năm 2015), động cơ phòng vệ chính đáng là dấu hiệu bắt buộc của tội phạm này. Trên thực tế, nếu người thực hiện hành vi phạm tội không xuất phát từ động cơ này thì có thể cấu thành tội phạm khác như: tội giết người (Điều 123), tội giết người trong trạng thái tinh thần bị kích động mạnh (Điều 125),... Tuy nhiên, trong quá trình tố tụng, có thể dẫn đến việc áp dụng đồng thời động cơ phòng vệ chính đáng vừa là dấu hiệu định tội vừa là dấu hiệu tình tiết giảm nhẹ (điểm c, khoản 1 Điều 51 BLHS năm 2015). Về nguyên tắc, theo khoản 3 Điều 50 BLHS năm 2015, *“các tình tiết giảm nhẹ đã được*

Bộ luật này quy định là dấu hiệu định tội hoặc định khung thì không được coi là tình tiết giảm nhẹ trong khi quyết định hình phạt”. Vì vậy, tác giả cho rằng, để khắc phục bất cập nêu trên, cần có hướng dẫn cụ thể về áp dụng các dấu hiệu, tình tiết này hoặc nêu những dấu hiệu, tình tiết tương tự đã được quy định trong dấu hiệu định tội hoặc định khung thì không cần thiết phải quy định 02 lần.

- Tội sử dụng trái phép tài sản (Điều 177 BLHS năm 2015) là hành vi “*vì vụ lợi mà sử dụng trái phép tài sản của người khác trị giá từ 100.000.000 đồng đến dưới 500.000.000 đồng, đã bị xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính về hành vi này...*”. Theo quy định này, để có thể xử lý người phạm tội đòi hỏi đồng thời thỏa mãn thực hiện hành vi sử dụng trái phép tài sản có giá trị theo luật định và người đó phải kèm theo các đặc điểm nhân thân xấu (đã từng bị xử lý kỷ luật, xử phạt hành chính về hành vi này). Thực tế, nếu người phạm tội thực hiện hành vi sử dụng trái phép tài sản nhưng không có những đặc điểm nhân thân ở trên thì rõ ràng dù sử dụng trái phép tài sản có giá trị bao nhiêu trong phạm vi dưới 500.000.000 đồng cũng không thể bị xử lý hình sự. Để khắc phục bất cập này, tác giả cho rằng, cần sửa đổi quy định này theo hướng: “*Người nào vì vụ lợi mà sử dụng trái phép tài sản của người khác trị giá từ 100.000.000 đồng đến dưới 500.000.000 đồng hoặc dưới 100.000.000 đồng mà đã bị xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính về hành vi này...*”.

Ba là, quy định về nhân thân người phạm tội là căn cứ để quyết định hình phạt.

Có thể thấy rằng, khi quyết định hình phạt, Tòa án căn cứ vào nhiều tình tiết khác nhau, trong đó có nhân thân người phạm tội. BLHS năm 2015 đã liệt kê khá đầy đủ và bao quát những dấu hiệu này. Trước hết, việc quy định cấu trúc của các tình tiết giảm

nhẹ là dạng mở, còn quy định về tình tiết tăng nặng là theo cấu trúc dạng đóng. Cách quy định như vậy là phù hợp với quan điểm của Nhà nước ta trong việc tận dụng những yếu tố có lợi cho người phạm tội. Tuy nhiên, một số tình tiết về giảm nhẹ, tăng nặng còn khá bất cập và còn có nhiều cách hiểu khác nhau, do đó có thể dẫn đến việc áp dụng những tình tiết này một cách tùy tiện.

Ví dụ:

- Đối với quy định của Điều 51 BLHS năm 2015 về các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự đối với người phạm tội tự nguyện, sửa chữa, bồi thường thiệt hại hoặc khắc phục hậu quả (điểm b khoản 1). Quy định này không xác định mức độ khắc phục, bồi thường, sửa chữa bao nhiêu là toàn bộ hay một phần. Tương tự như vậy, những tình tiết khác như: phạm tội gây thiệt hại hoặc gây thiệt hại không lớn, phạm tội vì hoàn cảnh đặc biệt khó khăn,... còn khá trừu tượng, khó hiểu.

- Đối với quy định của Điều 52 BLHS năm 2015 về các tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự cũng còn nhiều bất cập. Ví dụ, quy định phạm tội từ 02 lần trở lên (điểm g khoản 1) vừa là tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự và tình tiết định khung ở 83 tội danh trong BLHS, nhưng việc áp dụng chưa thống nhất ở các địa phương bởi cách hiểu khác nhau. Theo cách hiểu thứ nhất, phạm tội từ 02 lần trở lên là phạm tội 02 lần về cùng một tội danh; theo cách hiểu thứ hai, phạm tội 02 lần trở lên là phạm 02 tội với hai tội danh khác nhau. Tình tiết này cũng gây khó khăn cho việc phân biệt với các tình tiết khác trong Điều 52 BLHS như: phạm tội có tổ chức hay phạm tội có tính chất chuyên nghiệp,...

Để khắc phục những bất cập nêu trên, tác giả cho rằng, Tòa án Nhân dân tối cao cần ban hành văn bản hướng dẫn áp dụng thống nhất các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ trách nhiệm hình sự ■

# KIỂM SOÁT GIÁ THUÊ MUA NHÀ Ở XÃ HỘI Ở VIỆT NAM VÀ MỘT SỐ QUỐC GIA TRÊN THẾ GIỚI

Phạm Yên Nhi\*

\*ThS. Giảng viên, Trường Đại học An Giang - Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* giá nhà ở, nhà ở xã hội, giá thuê mua.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 12/4/2021

Biên tập : 26/8/2021

Duyệt bài : 30/8/2021

## Tóm tắt:

Bên thuê mua nhà ở xã hội là những người không đủ khả năng tham gia thị trường nhà ở thương mại bởi nguồn tài chính hạn chế. Vấn đề mà họ quan tâm nhất chính là giá thuê mua nhà ở xã hội. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích một số vấn đề liên quan đến cơ sở tính giá thuê mua, phương thức thanh toán và cơ chế kiểm soát giá thuê mua nhà ở xã hội tại Việt Nam và một số quốc gia trên thế giới; và đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện các quy định của pháp luật nhà ở về kiểm soát giá thuê mua nhà ở nước ta.

## Article Information:

*Keywords:* Housing prices; social housing, housing leasing price.

*Article History:*

Received : 12 Apr. 2021

Edited : 26 Aug. 2021

Approved : 30 Aug. 2021

## Abstract:

The lessee on lease purchase of social housing are those who cannot participate in commercial housing market due to shortage of financial resources. Therefore, social housing leasing price is the most concerning issue to the most. Within the scope of this article, the author provides an analysis of a number of issues related to the basis of calculation of social housing leasing price, payment methods and mechanisms to control social housing leasing price for social housing in Vietnam and some countries in the world and gives out a number of recommendations to improve the provisions of the housing law on controlling the social housing leasing price in our country.

## 1. Cơ sở tính giá thuê mua nhà ở xã hội

Cách thức xác định giá thuê mua nhà ở xã hội có ảnh hưởng rất lớn đến khả năng chi trả cho nhà ở của người có thu nhập. Để tính giá nhà ở xã hội, phương thức phổ biến được một số quốc gia sử dụng khi xác định giá nhà ở xã hội là (i) dựa theo giá thị trường; (ii) dựa trên thu nhập của người thuê mua; (iii) dựa trên chi phí đầu tư nhà ở xã hội.

- Giá nhà ở xã hội được tính dựa theo giá thị trường: Dựa theo giá nhà ở trên thị trường của khu vực tương tự trong cùng thời điểm, giá nhà ở xã hội được xác định theo tỷ lệ phần trăm (thấp hơn giá thị trường). Tỷ lệ chênh lệch giữa giá nhà ở xã hội và giá thị trường phụ thuộc vào chính sách của từng quốc gia theo từng thời kỳ khác nhau. Hàn Quốc đã áp dụng cơ sở tính giá này. Chính phủ Hàn Quốc đã phát triển rộng rãi các khu

nhà ở trong các chương trình nhà ở quốc gia với giá luôn thấp hơn giá thị trường. Trong đó, giá này đã bao gồm các chi phí đầu tư vào cơ sở hạ tầng như đường xá, công viên, hệ thống điện nước. Chính phủ Hàn Quốc còn đẩy mạnh việc đầu tư vào cơ sở hạ tầng và các tiện ích cộng đồng, khuyến khích người dân cải thiện và giữ gìn môi trường dân cư, xóa bỏ nhận thức rộng rãi rằng các khu dân cư dành cho người có thu nhập thấp là những khu nhà kém chất lượng, xuống cấp và thiếu các điều kiện sinh hoạt tối thiểu<sup>1</sup>.

Trong khi đó, ở Đức, giá nhà ở xã hội dưới mức giá thị trường được duy trì cho đến khi các khoản trợ cấp công được khấu hao đầy đủ (từ 10-40 năm) trước khi nhà ở xã hội được chuyển sang thị trường tự do. Quy định này đã khuyến khích các nhà đầu tư Đức phải bảo đảm và duy trì chất lượng nhà ở xã hội trong thời gian dài đủ lâu để sau khi kết thúc thời gian khấu hao theo quy định có thể cạnh tranh trên thị trường nhà ở tự do<sup>2</sup>.

Cách tính này luôn bảo đảm rằng giá nhà ở xã hội thấp hơn giá thị trường nhưng theo cách này, giá nhà ở không phản ánh được mức độ phù hợp với khả năng chi trả thực tế của người thuê mua. Do đó, mặc dù giá nhà ở thấp hơn giá thị trường nhưng vẫn có thể cao hơn so với khả năng chi trả của người có thu nhập thấp và có nhiều khả năng dẫn đến giá thuê mua vượt ngoài tầm với của những đối tượng này.

Cộng hòa Séc phát triển chính sách nhà ở xã hội dựa theo giá thị trường; trong đó, giá nhà ở thấp hơn rất nhiều so với giá trên thị trường (5-10 lần). Quy định này đã tạo ra sự méo mó trong việc phân phối nhà ở, kết quả dẫn đến việc thiếu nhà ở xã hội cung cấp cho người thu nhập thấp, đồng thời kéo theo sự phát triển của thị trường chợ đen cho thuê lại và tình trạng thiếu chi phí tái đầu tư cho nhà ở xã hội. Chính phủ Séc nhận thấy rằng việc điều chỉnh quy định về giá nhà ở xã hội trong khu vực thành phố đã tạo ra sự thay đổi cần thiết để thu hẹp khoảng cách trong thị trường nhà ở<sup>3</sup>.

- Giá nhà ở xã hội được tính dựa trên mức thu nhập thực tế của người có thu nhập thấp. Theo cách tính này, người thuê mua nhà ở phải dành ra một tỷ lệ dựa trên thu nhập để thanh toán cho nhà ở (từ 30-40% thu nhập) phần chênh lệch còn lại sẽ được trợ cấp từ ngân sách nhà nước. Một số quốc gia áp dụng cách tính này: Úc, Canada, Bồ Đào Nha, Hoa Kỳ và Anh. Ở Anh, giá nhà ở được xác định bao gồm các khoản phải trả trực tiếp hoặc gián tiếp cho dịch vụ, sửa chữa, bảo trì, bảo hiểm hoặc chi phí quản lý mà chủ nhà phải gánh chịu. Chi phí này được tính dựa trên i) chi phí thật: ngăn cản chủ nhà kiếm lời từ việc cung cấp chi phí này; ii) phải là chi phí hợp lý, điều này có nghĩa là cho phép người thuê nhà yêu cầu chi tiết về cách tính phí; iii) phải được ước tính và tham vấn, có nghĩa là, phải được ước tính trước và thông báo cho người thuê

1. Seoul Metropolitan Government (2015), Seoul Solution for Urban Development, p. 51.

2. Social housing: A key part of past and future housing policy, OECD (2020), <http://www.oecd.org/social/social-housing-policy-brief-2020.pdf>.

3. Sasha Tsenkova (2014), “The social housing sector in Prague and Warsaw: trends and future prospects”, *GeoJournal*, Volume 79, Issue 4, pp. 433–447.



nhà. Hiệp hội những người có nhu cầu nhà ở sẽ được trao quyền đánh giá về cách ước tính phí dịch vụ mà bên cho thuê đưa ra<sup>4</sup>.

Tương tự, ở Séc, sau thời gian áp dụng cách tính giá nhà ở dựa theo giá thị trường, chính phủ nhận thấy rằng, thay vì can thiệp trực tiếp vào giá nhà ở bằng cách ấn định giá nhà ở thấp hơn giá thị trường, chính sách mới được tính bằng cách xác định sự chênh lệch giữa thu nhập hộ gia đình và chi tiêu hộ gia đình theo tiêu chuẩn chung. Chi tiêu chuẩn bao gồm tiền thuê, dịch vụ và chi phí năng lượng dựa trên quy mô hộ gia đình. Nếu gánh nặng nhà ở vượt quá 30% (35% đối với thủ đô Prague), các hộ gia đình được hưởng hỗ trợ nhà ở theo thu nhập đối với phần vượt quá này<sup>5</sup>.

Phương pháp tính giá nhà ở xã hội dựa

- Cách tiếp cận giá dựa trên chi phí đầu tư và lợi nhuận tối thiểu cho việc cung cấp một đơn vị nhà ở xã hội được một số quốc gia châu Âu áp dụng như Pháp, Đan Mạch, Thụy Sĩ, Phần Lan. Trong đó, giá nhà ở đã bao gồm các chi phí bảo trì, bảo dưỡng và các chi phí khác để đảm bảo cho nhà ở hoạt động tốt trong thời gian thuê được gọi chung là phí dịch vụ<sup>7</sup>.

Tại Việt Nam, giá thuê mua nhà ở xã hội được xác định trên cơ sở chi phí đầu tư, xây dựng. Trong đó, tính đủ các chi phí để thu hồi vốn đầu tư xây dựng nhà ở, lãi vay (nếu có) và lợi nhuận định mức của toàn bộ dự án; không tính các khoản ưu đãi của Nhà nước vào giá thuê mua nhà ở xã hội<sup>8</sup>. Công thức tính giá thuê mua nhà ở xã hội theo Điều 9 Thông tư số 20/2016/BXD:

$$Gi^{TM} = \left\{ \frac{Ai \times (V_d + L)}{12 \times \sum (Si^{TM} \times Ki)} \times Ki - \frac{T_{dv}}{12 \times \sum Si^{TM}} \right\} \times (1 + GTGT)$$

vào mức thu nhập thực tế có thể giúp giải quyết tình trạng thiếu nhà ở hiện nay. Bởi vì, người có nhu cầu có thể tìm kiếm nhà ở tại những khu vực không nằm trong các dự án nhà ở xã hội. Họ có thể tìm kiếm nhà ở trên thị trường tự do. Tuy nhiên, cách trợ cấp này có thể làm tăng giá nhà ở trên thị trường do cầu nhà ở tăng<sup>6</sup>.

Trong đó:

-  $Gi^{TM}$ : là giá thuê mua  $1m^2$  sử dụng căn hộ (hoặc căn nhà) nhà ở xã hội đã hoàn thiện việc xây dựng tại vị trí thứ  $i$  trong 01 tháng (đồng/ $m^2$ /tháng).

-  $Ai$ : là tỷ lệ giữa giá trị còn lại của căn hộ (hoặc căn nhà) nhà ở xã hội tại vị trí thứ

4. Margaret Wilkie and Godfrey Cole (1997), Private Residential Accommodation: Long Leases in Landlord and Tenant Law, Palgrave, London, pp. 185-202.

5. Sasha Tsenkova (2014), "The social housing sector in Prague and Warsaw: trends and future prospects", *GeoJournal*, Volume 79, Issue 4, pp. 433-447.

6. Scottish Government (2019), Rent affordability in the affordable housing sector: literature review, [www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/research-and-analysis/2019/06/rent-affordability-affordable-housing-sector-literature-review/documents/rentaffordability-affordable-housing-sector-literature-review/rent-affordability-a](http://www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/research-and-analysis/2019/06/rent-affordability-affordable-housing-sector-literature-review/documents/rentaffordability-affordable-housing-sector-literature-review/rent-affordability-a).

7. Margaret Wilkie and Godfrey Cole (1997), Private Residential Accommodation: Long Leases in Landlord and Tenant Law, Palgrave, London, pp. 185-202.

8. Điều 58 Luật Nhà ở năm 2014.

$i$  (sau khi đã trừ đi tiền thanh toán lần đầu) so với giá trị ban đầu của căn hộ hoặc căn nhà thuê mua thứ  $i$  ( $A < 1$ ) tính theo hợp đồng thuê mua.

Vđ: là tổng chi phí đầu tư xây dựng nhà ở xã hội của dự án phân bổ cho phần diện tích sử dụng nhà ở xã hội để cho thuê mua được phân bổ hàng năm theo nguyên tắc bảo toàn vốn (đồng/năm).

-  $L$ : là lợi nhuận định mức của dự án được tính theo năm, tối đa là 15% tổng chi phí đầu tư xây dựng phần diện tích nhà ở xã hội để cho thuê mua (đồng/năm).

-  $T_{dv}$ : là phần lợi nhuận thu được từ phần kinh doanh thương mại (kể cả nhà ở thương mại) trong dự án được phân bổ cho phần diện tích nhà ở xã hội để cho thuê mua (đồng/năm).

-  $S_i^{TM}$ : là diện tích sử dụng căn hộ (hoặc căn nhà) nhà ở xã hội để cho thuê mua tại vị trí thứ  $i$  ( $m^2$ ).

-  $K_i$ : là hệ số tầng (nếu có) điều chỉnh giá thuê mua đối với căn hộ hoặc căn nhà để cho thuê mua thứ  $i$  (được xác định theo nguyên tắc bình quân gia quyền, hệ số  $K$  của một khối nhà = 1).

Trong đó, Vđ được xác định theo công thức sau:

$$V_{đ} = \frac{T_{đ} \times r \times (1+r)^n}{(1+r)^n - 1}$$

+  $T_{đ}$ : là chi phí đầu tư xây dựng phần diện tích sử dụng nhà ở xã hội để cho thuê mua (đồng).

+  $r$ : là lãi suất bảo toàn vốn đầu tư (tính theo năm) do người có thẩm quyền quyết định đầu tư quyết định (%/năm).

+  $n$ : thời gian thuê mua theo thỏa thuận

giữa người bán và người thuê mua nhưng tối thiểu là 05 năm.

Công thức tính giá này áp dụng cho tất cả các dự án nhà ở xã hội dành cho thuê mua. Giá được tính là giá mà bên thuê mua nhà ở xã hội phải trả hàng tháng cho mỗi  $m^2$  nhà ở xã hội mà mình thuê mua. Theo quy định, giá này bao gồm cả chi phí bảo trì nhà ở. Trong thời gian thuê mua, nhà ở thuộc quyền sở hữu của bên cho thuê mua cho đến khi bên thuê mua hoàn tất nghĩa vụ thanh toán. Do đó, bên thuê mua là người chịu trách nhiệm bảo trì nhà ở và sửa chữa khi có hư hỏng nhằm duy trì chất lượng nhà ở, bảo đảm quyền sử dụng tài sản của bên thuê trong suốt thời hạn thuê. Do vậy, chi phí bảo trì được bên cho thuê mua cộng vào giá thuê mua. Trong trường hợp nhà ở xã hội là nhà chung cư, giá này không bao gồm chi phí bảo trì phần sở hữu chung của nhà ở chung cư, vì khoản tiền này được người thuê mua đóng khi nhận bàn giao nhà ở (điểm a khoản 1 Điều 108 Luật Nhà ở năm 2014). Quy định chi phí bảo trì được ấn định 2% giá trị căn hộ sẽ không được tính vào giá thuê mua nhà ở.

Với cách tính giá dựa vào chi phí đầu tư, chủ dự án nhà ở xã hội đã tiếp cận được chi phí thực tế để xây dựng, vận hành và duy trì nguồn cung nhà ở xã hội. Tuy nhiên, cách tiếp cận này chủ yếu dựa trên chi phí xây dựng và phần ưu đãi của nhà nước tại thời điểm xây dựng. Do đó, giá nhà ở có thể thay đổi theo mức độ trợ cấp và sự thay đổi giá cả trên thị trường nguyên vật liệu xây dựng. Các giao dịch nhà ở xã hội có thể khác nhau rất nhiều, thậm chí trong cùng một khu vực, giá nhà ở xã hội sẽ thấp đối với các dự án

nhận được nhiều trợ cấp, trong khi giá thuê sẽ cao hơn đối với những dự án được xây dựng vào thời điểm chính phủ trợ cấp ít và phải vay nhiều từ bên ngoài. Ngoài ra, cách tiếp cận giá này có thể dẫn đến tiêu cực nếu chi phí đầu tư không được kiểm soát hiệu quả (Scanlon, Fernández Arrigoitia và Whitehead, 2015) và đồng thời không phản ánh được khả năng chi trả của người tham gia thuê mua nhà ở xã hội. Bên cạnh đó, công thức tính giá đưa ra các thông số mang tính kỹ thuật cao. Các thông số này có thể dễ dàng nhận biết bởi những người có trình độ chuyên môn nhưng hoàn toàn khó hiểu đối với những người bình thường, đặc biệt là những người lao động phổ thông.

Như vậy, có thể thấy rằng, mỗi cách tính được áp dụng có những ưu và nhược điểm riêng. Mỗi quốc gia sẽ lựa chọn cách tính giá thuê mua nhà ở phù hợp với điều kiện kinh tế và mục tiêu của chính sách nhà ở mà quốc gia đang theo đuổi. Tuy nhiên, việc lựa chọn phương pháp nào cũng cần tính đến những nhược điểm của phương pháp đó để có những giải pháp giảm thiểu những bất cập do phương pháp đó mang lại. Đối với cách tính dựa trên chi phí đầu tư mà Việt Nam đang áp dụng, cần phải có cơ chế kiểm soát chặt chẽ chi phí chủ dự án nhà ở xã hội đã đầu tư và phải có sự phân biệt rõ ràng đâu là chi phí do chủ dự án đầu tư và đâu là khoản được nhà nước hỗ trợ để việc xác định giá thuê mua nhà ở xã hội được

chính xác và phù hợp với khả năng chi trả của người có thu nhập thấp.

### 2. Phương thức thanh toán tiền thuê mua nhà ở xã hội

Nghĩa vụ thanh toán tiền thuê mua nhà ở xã hội của bên thuê mua đối với bên cho thuê mua được phân chia theo tỷ lệ dựa trên số tiền thanh toán lần đầu và tổng số tiền thanh toán trong thời hạn thuê mua. Tỷ lệ này được các bên xác định trên cơ sở thỏa thuận của các bên nhưng không được vượt quá giới hạn quy định pháp luật. Theo khoản 17 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014 tỷ lệ này là thanh toán trước ít nhất 20% nhưng không vượt quá 50% giá trị nhà ở (tiền mua nhà) và 80% còn lại sẽ tính thành tiền thuê nhà và được trả định kỳ trong thời hạn thuê mua (tiền thuê nhà).

Đối với khoản thanh toán trước tối thiểu 20% giá trị của nhà ở xã hội, người thuê mua phải nộp lần đầu tại thời điểm bàn giao nhà ở. Phần giá trị còn lại của căn nhà được tính thành tiền thuê nhà hàng tháng và bên thuê mua thanh toán cho bên cho thuê mua trong thời gian thuê mua. Thời gian này được ấn định tối thiểu là 05 năm kể từ ngày bàn giao nhà ở cho bên thuê mua (Điều 21 Nghị định số 100/2015/NĐ-CP)<sup>9</sup>. Như vậy, tổng giá trị căn nhà được chia làm hai phần, một phần là khoản tiền thanh toán trước (ít nhất 20%), phần còn lại được thanh toán dần bằng tiền thuê nhà cho đến khi hoàn tất (80% còn lại). Đến cuối thời gian thuê mua, bên thuê mua sẽ trở thành chủ sở hữu nhà

9. Khoản 2 Điều 62 Luật Nhà ở 2014 quy định thời hạn của hợp đồng thuê mua tối thiểu là 05 năm kể từ ngày ký hợp đồng thuê mua nhà ở. Trong khi đó, khoản 2 Điều 2 Nghị định số 100/2015/NĐ-CP quy định thời hạn thuê mua nhà ở xã hội tối thiểu là 05 năm, kể từ ngày bên cho thuê mua bàn giao nhà ở cho bên thuê mua. Hai văn bản này cùng quy định về thời hạn của hợp đồng thuê mua nhà ở xã hội nhưng không có sự thống nhất vì thời điểm ký hợp đồng và thời điểm bàn giao nhà ở xã hội trên thực tế có thể là hai thời điểm khác nhau.

ở. Nếu trong quá trình thuê mua, bên thuê mua không thanh toán đầy đủ theo quy định (không thanh toán 03 tháng tiền thuê mua) có thể bị thu hồi nhà.

Để tạo điều kiện thuận lợi cho bên thuê mua, số tiền thanh toán trước cần được quy định là số tiền tối đa mà bên thuê mua cần phải thanh toán thay vì quy định số tiền tối thiểu. Quy định cụ thể 20% sẽ trở nên cứng nhắc và làm mất đi tính tự thỏa thuận của hợp đồng. Trong một số trường hợp, để giảm gánh nặng tài chính ban đầu khi xác lập hợp đồng thuê mua, các bên có thể thỏa thuận số tiền ứng trước này thấp hơn 20% giá trị căn nhà. Quy định này vừa tạo tính linh hoạt cho các bên thỏa thuận vừa bảo vệ được quyền lợi của bên thuê mua để tránh trường hợp bên cho thuê mua áp đặt số tiền ứng trước quá cao, vượt quá khả năng tài chính của người có thu nhập thấp, trong khi đó người có thu nhập cao hơn sẽ có lợi hơn đối với quy định này. Điểm b khoản 2 Điều 136 Luật Nhà ở năm 2014 quy định bên thuê mua không trả tiền thuê nhà từ 03 tháng trở lên mà không có lý do chính đáng thì bên thuê mua được quyền chấm dứt hợp đồng thuê mua nhà ở xã hội. Trong khi đó, một số quốc gia không tính theo tháng mà dựa theo số lần vi phạm nghĩa vụ thanh toán.

Trung Quốc và Hàn Quốc quy định về vấn đề vi phạm nghĩa vụ thanh toán là “lần” mà không phải “tháng”. Quy định theo “tháng” có hai cách hiểu không trả tiền nhà kể từ ngày không trả là 03 tháng hoặc đã không trả 03 tháng tiền nhà. Nếu hiểu theo cách thứ hai thì sẽ gặp vướng mắc khi áp dụng trên thực tế. Ví dụ, hợp đồng cho

thuê quy định thanh toán định kỳ là bốn tháng một lần, đến tháng thứ ba bên thuê mua chưa thanh toán là hoàn toàn hợp lý. Tuy nhiên, căn cứ theo quy định thì bên thuê mua vi phạm và bên cho thuê mua có quyền chấm dứt hợp đồng. Ở Chile, việc thanh toán cho phép linh hoạt để tránh bị trục xuất khi người thuê mua mất khả năng thanh toán tạm thời, người thụ hưởng nhà ở xã hội có thể thanh toán trễ hạn tối đa ba tháng. Trợ cấp có thể bị rút lại nếu người thụ hưởng thanh toán trễ hạn hơn ba tháng. Tuy nhiên, việc rút trợ cấp của Chính phủ Chile không đương nhiên dẫn đến chấm dứt hợp đồng đang thực hiện<sup>10</sup>.

Có thể thấy rằng, theo quy định của pháp luật về nhà ở của nước ta, những ràng buộc về phương thức thanh toán đã làm cho bên thuê mua không có sự lựa chọn nào khác bằng cách đi theo đúng công thức, bắt đầu bằng thanh toán trước 20%, phần giá trị nhà ở còn lại thanh toán hoàn tất trong thời gian thuê và cuối cùng là sở hữu căn nhà. Khi đó, bên thuê mua nếu không muốn mất số tiền mà mình đã trả cho toàn bộ giá trị căn nhà trong thời gian thuê mua bắt buộc phải mua nhà mà không có lựa chọn khác. Đây là điều không hợp lý, nó làm sai lệch bản chất của hợp đồng thuê mua nhà ở xã hội, mua nhà ở là lựa chọn của bên thuê mua nhà ở thay vì mang tính áp đặt.

Để việc mua nhà không mang tính bắt buộc trong hợp đồng thuê mua, theo kinh nghiệm một số quốc gia là thành viên của Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế (OECD), một khía cạnh quan trọng trong phương thức thanh toán là giá mua cuối

10. OECD (2012), *OECD Economic Surveys: Chile 2012*, OECD.



cùng được đưa vào trong cơ cấu thanh toán của hợp đồng thuê mua. Trong đó, nghĩa vụ thanh toán của bên thuê mua được chia làm ba phần: phần thứ nhất là giá trị thanh toán trước được thực hiện khi bàn giao nhà ở; phần thứ hai là tiền thuê mua được thực hiện trong thời hạn thuê mua; phần thứ ba là giá mua cuối cùng được thực hiện khi kết thúc hợp đồng thuê mua. Khi hết thời hạn thuê mua, nếu bên thuê mua muốn sở hữu nhà ở phải thanh toán phần giá mua cuối cùng này. Nếu không muốn sở hữu nhà ở và trả lại tài sản thuê, bên thuê mua không phải thanh toán phần giá mua cuối cùng và được hoàn trả lại phần thanh toán trả trước theo một tỷ lệ nhất định. Ở Áo, số tiền thanh toán trước được trả lại cho người thuê mua khi họ trả lại nhà trừ đi khoản khấu hao hàng năm 1% giá trị căn nhà<sup>11</sup>.

Có hai cách xác định giá mua cuối cùng trong hợp đồng thuê mua:

(i) Giá chính xác được xây dựng trước khi thực hiện hợp đồng phù hợp với thời gian thuê ngắn, giá trị hao mòn và giá thị trường không có nhiều biến động. Sự chênh lệch giữa giá được ấn định trước và giá tài sản tại thời điểm mua không lớn. Tuy nhiên, khi thời gian thuê tương đối dài (thuê mua nhà ở xã hội ít nhất 05 năm)<sup>12</sup>, giá cả trên thị trường có nhiều biến động và những hao mòn trong quá trình sử dụng bộc lộ đã làm cho giá trị căn nhà tại thời điểm mua có sự chênh lệch khá lớn.

(ii) Cách xác định giá mua thứ hai có thể áp dụng được xác định tại thời điểm mua là giá mua cuối cùng (thẩm định ngay trước khi việc mua nhà được xác lập). Cách xác định này bảo vệ người mua nhà từ một thị trường đang giảm nhưng nếu trong thị trường đang tăng có thể dẫn đến một mức giá cao hơn so với giá mà người mua dự kiến khi ký hợp đồng.

Việc lựa chọn cách (i) hay cách (ii) là thỏa thuận giữa các bên khi xác lập hợp đồng. Điều quan trọng là phải đưa ra biện pháp bảo vệ người mua thông qua quyền xử lý nợ và quyền đối với thặng dư vốn hoặc bảo vệ nhà ở trước nguy cơ bị tịch thu. Quá trình bán nhà cuối cùng nên được mô tả rõ ràng để người thuê hiểu rõ trách nhiệm và số tiền thuê theo định kỳ. Trong đó, tổng số tiền thuê hàng tháng không vượt quá khả năng thanh toán. Điều này bảo vệ người thuê khỏi sự tăng giá bất ngờ dẫn đến nguy cơ mất nhà. Cuối cùng, thuê mua cung cấp một dự phòng chính thức trong trường hợp người thuê không đáp ứng được các điều kiện của hợp đồng thuê mua. Mặc dù giá mua cuối cùng đóng vai trò quan trọng để bên thuê mua đưa ra quyết định mua nhà nhưng lại chưa được đưa vào hợp đồng thuê mua nhà ở xã hội theo quy định của pháp luật Việt Nam. Bởi lẽ, tiền mua nhà đã được tính vào giá thuê mà người thuê đã thanh toán hoàn tất trong thời hạn thuê.

### 3. Cơ chế kiểm soát giá nhà ở xã hội cho thuê mua

Nhà nước tác động đến giá nhà ở xã hội thông qua việc giới hạn lợi nhuận đối với

11. Social housing: A key part of past and future housing policy, OECD (2020), <http://www.oecd.org/social/social-housing-policy-brief-2020.pdf>.

12. Khoản 2 Điều 58 Nghị định số 71/2010/NĐ-CP quy định, sau khi trả trước 20% giá trị nhà ở thuê mua, bên thuê mua được quyền trả số tiền còn lại theo thời gian do chủ đầu tư và bên thuê mua thỏa thuận, nhưng tối thiểu là 10 năm, kể từ ngày ký hợp đồng thuê mua nhà ở.

chủ đầu tư. Tác động lên giá là cần thiết, nhưng cần lựa chọn cách tác động sao cho không triệt tiêu động cơ kinh doanh của doanh nghiệp, đồng thời phải bảo đảm được chất lượng nhà ở. Cho nên, cơ chế kiểm soát giá nhà ở xã hội cần phải đi kèm với cơ chế đánh giá và kiểm soát chất lượng nhà ở. Tại Việt Nam, giá nhà ở xã hội được kiểm soát thông qua cam kết về giá của chủ đầu tư xây dựng nhà ở xã hội. Khi nhận được hỗ trợ tài chính của Nhà nước như thuế, đất, ưu đãi tín dụng, chủ đầu tư phải cam kết giá thuê mua phải thỏa mãn hai điều kiện: (i) giá bán không cao hơn giá thị trường và (ii) định suất lợi nhuận không được vượt 15%. Tuy nhiên, việc kê khai chi phí do chủ đầu tư cung cấp nên rất khó kiểm soát được giá vốn thực sự mà chủ đầu tư đã bỏ ra cho dự án nhà ở xã hội. Nhằm làm giảm bớt gánh nặng về tài chính về nhà ở cho người có thu nhập thấp, Luật Nhà ở năm 2014 quy định chủ đầu tư không được tính những ưu đãi của Nhà nước vào giá nhà ở xã hội. Tuy nhiên, việc không kiểm soát chặt chẽ giá vốn đầu tư dẫn đến việc tách bạch phần ưu đãi của Nhà nước ra khỏi giá nhà ở xã hội rất khó kiểm soát<sup>13</sup>. Điều này dẫn đến tình trạng giá nhà ở xã hội ở nước ta hiện nay vẫn còn cao và vượt rất xa khả năng chi trả của người dân. Đây chính là rào cản lớn nhất cản trở việc tiếp cận nhà ở xã hội của những người có nguồn lực tài chính hạn chế.

Bên cạnh đó, theo quy định của pháp luật hiện hành, chủ đầu tư dự án được trao quyền xác định giá nhà ở xã hội dựa theo

chi phí xây dựng thực tế mà chưa có cơ chế kiểm tra, giám sát hiệu quả. Do đó, không thể chắc chắn rằng, giá thuê mua nhà ở xã hội sẽ được xác định theo đúng công thức quy định. Như đã đề cập ở nội dung trên, cơ quan giám sát cần đóng vai trò quan trọng trong việc kiểm tra việc tính giá nhà ở xã hội cho thuê mua, để tránh tình trạng giá nhà ở xã hội không chênh lệch so với nhà ở thương mại đang lưu thông trên thị trường, vốn không nhận được hỗ trợ tài chính từ Nhà nước.

Mặc dù cơ chế kiểm soát giá được thực thi nhưng nếu không được phối hợp với cơ chế kiểm soát chất lượng sẽ dẫn đến hệ quả nhà ở xã hội giá thấp đi kèm với chất lượng kém. Để giảm chi phí xây dựng, nhiều dự án nhà ở xã hội được xây dựng quá xa trung tâm, thiếu cơ sở hạ tầng, thiết bị và chất lượng phù hợp. Những thiếu sót trong thiết kế, xây dựng và quản lý đã gây ra những ảnh hưởng lâu dài cho người sử dụng nhà ở. Vì vậy, bên cạnh cơ chế kiểm soát về giá, pháp luật cần có những quy định kiểm soát chất lượng nhà ở xã hội. Trong đó, cần đưa ra những tiêu chí cụ thể để nhà ở xã hội trở thành nơi trú ngụ an toàn, tiện nghi với giá cả phải chăng. Đây được gọi là nhà ở giá hợp lý (affordable housing) và nó không mang ý nghĩa trọn vẹn nếu nó có nghĩa là các gia đình phải di chuyển xa và đắt tiền để có được việc làm và các địa điểm quan trọng khác. Chi phí kết hợp của nhà ở và di chuyển được coi là một thước đo sự thích hợp về nhà ở xã hội<sup>14</sup> ■

13. Theo điểm b khoản 1 Điều 61 Luật Nhà ở năm 2014, giá nhà ở xã hội cho thuê mua không tính các khoản ưu đãi của nhà nước đã dành cho chủ đầu tư xây dựng nhà ở xã hội.

14. J. Ronal Terwilliger (2011), *America's housing policy - Missing piece*, Urban land Institute.

# QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ KINH DOANH DỊCH VỤ PHẪU THUẬT THẨM MỸ TRÊN ĐỊA BÀN THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH

Lê Duy Bình\*

\* Học viên cao học Khóa 31-32, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Quản lý nhà nước, phẫu thuật thẩm mỹ, kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 20/8/2021

Biên tập : 26/9/2021

Duyệt bài : 29/9/2021

## Tóm tắt:

Kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ là một trong các ngành, nghề kinh doanh có điều kiện theo quy định của pháp luật. Trong những năm gần đây, các cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ xuất hiện ngày càng nhiều để đáp ứng nhu cầu làm đẹp của con người. Thực tế cho thấy, vẫn còn một số cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ hoạt động trái pháp luật, gây ra nhiều khó khăn cho công tác quản lý nhà nước.

## Article Information:

*Keywords:* Governmental management; plastic surgery; business of plastic surgery services

*Article History:*

Received : 20 Aug. 2021

Edited : 26 Sep. 2021

Approved : 29 Sep. 2021

## Abstract:

The provision of plastic surgery services is one of the conditional business category as prescribed by law. In recent years, the providers of plastic surgery services more and more meet the beauty needs of community. In fact, there are still a number of the providers of plastic surgery operating illegally, causing several difficulties for governmental management. The article analyzes state management activities for the plastic surgery service business, points out some shortcomings, and proposes some solutions.

## 1. Khái quát về quản lý nhà nước đối với kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ

Theo Đại từ điển Tiếng Việt, “*thẩm mỹ*” (*thâm*: xem xét, cảm thụ; *mỹ*: đẹp) là “*khả năng cảm thụ và hiểu biết về cái đẹp*”<sup>1</sup>. Dưới góc độ y học thì hành nghề chuyên ngành thẩm mỹ là một hoạt động y tế nhằm tạo ra một sự cân bằng hài hòa cả về thể chất lẫn tinh thần cho con người thông qua các kỹ thuật điều trị không xâm lấn, ít xâm lấn và xâm lấn dựa trên cơ sở y học chứng

cứ<sup>2</sup>. Với cách hiểu này thì ngoài các kỹ thuật điều trị xâm lấn như phẫu thuật thẩm mỹ thì hoạt động hành nghề thẩm mỹ còn cung cấp nhiều dịch vụ thẩm mỹ khác nhằm kịp thời đáp ứng nhu cầu làm đẹp của khách hàng.

Tùy thuộc vào từng kỹ thuật làm đẹp mà người hành nghề và cơ sở thẩm mỹ phải bảo đảm tuân theo quy định của pháp luật. Cụ thể, nhằm tạo thuận tiện trong công tác quản lý và bảo đảm an toàn cho khách hàng, Luật Khám bệnh, chữa bệnh năm 2009 và

1. Nguyễn Như Ý (chủ biên), *Đại từ điển tiếng Việt (tái bản lần thứ 13)*, Nxb. Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, năm 2013, tr. 786.

2. Bộ Y tế (2016), “*Dự thảo tài liệu hướng dẫn phạm vi hoạt động chuyên môn đối với người hành nghề chuyên ngành thẩm mỹ*”, tr.18.

Nghị định số 109/2016/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 155/2018/NĐ-CP quy định các cơ sở hành nghề thẩm mỹ hiện nay được tồn tại dưới ba hình thức: (i) Bệnh viện phẫu thuật thẩm mỹ và bệnh viện có chuyên khoa phẫu thuật thẩm mỹ do Bộ Y tế cấp phép hoạt động; (ii) Phòng khám chuyên khoa phẫu thuật thẩm mỹ là cơ sở do Sở Y tế cấp phép hoạt động; (iii) Cơ sở dịch vụ thẩm mỹ không cần giấy phép hoạt động nhưng phải có văn bản thông báo đáp ứng đủ điều kiện cung cấp dịch vụ thẩm mỹ theo mẫu quy định tại Phụ lục VIII ban hành kèm theo Nghị định số 109/2016/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 155/2018/NĐ-CP gửi về Sở Y tế nơi đặt trụ sở trước khi hoạt động ít nhất 10 ngày.

Kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ thuộc nhóm ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện<sup>3</sup>. Nhằm bảo đảm cho hoạt động kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ đi vào nền nếp thì bên cạnh việc quy định rõ về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ, Chính phủ còn ban hành Nghị định số 96/2016/NĐ-CP quy định điều kiện về an ninh, trật tự đối với một số ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện. Theo Luật Khám bệnh, chữa bệnh năm 2009 và Nghị định số 96/2016/NĐ-CP, cơ quan quản lý đối với kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ ở trung ương gồm có: Chính phủ, các Bộ, cơ quan ngang Bộ. Theo đó, Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp, kinh doanh nói chung và vấn đề kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ nói riêng trong phạm vi cả nước. Các Bộ, cơ quan ngang Bộ là cơ quan của Chính phủ, thực hiện chức năng quản lý nhà nước về

một hoặc một số ngành, lĩnh vực và dịch vụ công thuộc ngành, lĩnh vực trong phạm vi toàn quốc<sup>4</sup>. Bên cạnh đó, quản lý nhà nước về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ phải có sự phối hợp chặt chẽ và đồng bộ với các bộ như Bộ Công an, Bộ Y tế, Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội, Bộ Tư pháp và các cơ quan ngang Bộ khác thực hiện chức năng quản lý nhà nước và chịu trách nhiệm trước Chính phủ về tổ chức, hoạt động kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ có liên quan do mình quản lý<sup>5</sup>.

Ở địa phương, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trong phạm vi chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mình thực hiện quản lý nhà nước về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ trong phạm vi toàn tỉnh. Với vai trò là cơ quan quản lý nhà nước cao nhất ở địa phương, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh ban hành các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh các hoạt động quản lý nhà nước về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ tại địa phương. Qua đó, tiến hành chỉ đạo, điều hành việc thực hiện chức năng quản lý nhà nước về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ trong phạm vi địa phương mình, góp phần bảo đảm sự quản lý, điều hành thống nhất từ trung ương đến cơ sở.

Căn cứ vào Nghị định số 96/2016/NĐ-CP thì nội dung quản lý nhà nước đối với kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ gồm: (i) Cấp, cấp đổi, cấp lại, thu hồi Giấy chứng nhận đủ điều kiện về an ninh, trật tự áp dụng đối với doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ; (ii) Tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ;

3. Học viện hành chính quốc gia, *Quản lý nhà nước trên các lĩnh vực kinh tế*, Nxb. Giáo dục, năm 2016, tr. 68.

4. Nghị định số 123/2016/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 101/2020/NĐ-CP quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ, cơ quan ngang Bộ.

5. Bộ Công an, *Các quy chuẩn chuyên môn trong quản lý nhà nước đối với ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện*, Tài liệu lưu hành nội bộ, Hà Nội, năm 2018, tr. 68.



(iii) Đào tạo, bồi dưỡng nhân lực cho công tác quản lý nhà nước về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ; (iv) Báo cáo về tổ chức, hoạt động kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ; (v) Kiểm tra, thanh tra và giải quyết khiếu nại, tố cáo và xử lý vi phạm về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ.

### 2. Thực trạng quản lý nhà nước đối với kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ trên địa bàn thành phố Hồ Chí Minh

Theo số liệu thống kê từ Hội Phẫu thuật tạo hình thẩm mỹ Việt Nam (VSAPS), năm 2019 Việt Nam có hơn 20 bệnh viện phẫu thuật thẩm mỹ tư nhân, 31 khoa tạo hình thẩm mỹ trong các bệnh viện, 320 phòng khám phẫu thuật thẩm mỹ tư nhân, 479 phòng khám da liễu có thực hiện kỹ thuật thẩm mỹ cùng hàng ngàn cơ sở chăm sóc da ngoài sự quản lý của ngành y tế<sup>6</sup>.

Mặc dù được kỳ vọng và trên thực tế đã có bước phát triển khá mạnh mẽ, nhưng vào thời điểm hiện tại, vấn đề kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ đã xuất hiện khá nhiều vấn đề bất cập. Do những quy định, chế tài cũng như công tác quản lý nhà nước về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ chưa đồng bộ, sự phối kết hợp giữa các cơ quan ban ngành còn thiếu nhịp nhàng đã tạo ra nhiều kẽ hở khiến nhiều cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ hoạt động “chui”, hoạt động vượt quá phạm vi được cấp phép, quảng cáo quá chuyên môn của mình... gây ra nhiều sự cố và hệ lụy cho khách hàng. Cụ thể:

*-Về phạm vi thẩm quyền quản lý nhà nước đối với cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh*

Hiện nay, các cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ có thể hoạt động dưới hình thức sau: (i) *Bệnh viện có chuyên khoa thẩm mỹ*; (ii) *Phòng khám chuyên khoa thẩm mỹ*; (iii) *Cơ sở dịch vụ thẩm mỹ*. Trong đó, bệnh viện có chuyên khoa thẩm mỹ và phòng khám chuyên khoa thẩm mỹ là các cơ sở khám, chữa bệnh thuộc loại hình phải có giấy phép hoạt động. Do vậy, trước khi đi vào hoạt động và cung cấp các dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ thì bệnh viện có chuyên khoa thẩm mỹ và phòng khám chuyên khoa thẩm mỹ phải làm thủ tục để cơ quan có thẩm quyền cấp giấy phép hoạt động<sup>7</sup>. Trong khi đó, đối với cơ sở dịch vụ thẩm mỹ, Điều 23a Nghị định số 109/2016/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 155/2018/NĐ-CP quy định cơ sở dịch vụ thẩm mỹ không thuộc loại hình phải có giấy phép hoạt động nhưng phải có văn bản thông báo đáp ứng đủ điều kiện cung cấp dịch vụ thẩm mỹ gửi về Sở Y tế nơi đặt trụ sở trước khi hoạt động ít nhất 10 ngày. Chính vì quy định về điều kiện hoạt động tương đối “dễ dãi” này là nguyên nhân khiến cho công tác quản lý của Sở Y tế đối với các cơ sở dịch vụ thẩm mỹ gặp rất nhiều khó khăn.

Đơn cử, theo thống kê, trên địa bàn thành phố Hồ Chí Minh có khoảng 1.398 cơ sở dịch vụ thẩm mỹ (dưới hình thức các cơ sở chăm sóc da, spa...). Trong số này chỉ có 8 cơ sở dịch vụ thẩm mỹ có văn bản báo cáo Sở Y tế và được thẩm định đủ điều kiện thực hiện các kỹ thuật phun, thêu, xăm thẩm mỹ hợp lệ, còn lại 1.390 cơ sở dịch vụ thẩm mỹ không thể kiểm soát được có thực hiện phun, xăm, thêu thẩm mỹ hay không. Trong khi đó, qua phản ánh trên các phương

6. Nguyễn Trọng Khoa (2019), “Kiểm soát chất lượng của các cơ sở dịch vụ thẩm mỹ”, Tạp chí Y khoa Việt Nam, số 4.

7. Điều kiện cấp giấy phép hoạt động đối với bệnh viện có chuyên khoa thẩm mỹ và phòng khám chuyên khoa thẩm mỹ được quy định tại Điều 23 và Điều 26 Nghị định số 109/2016/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 155/2018/NĐ-CP.

tiện truyền thông đại chúng, các cơ sở này thường thực hiện việc quảng cáo tràn lan và có thực hiện các dịch vụ thẩm mỹ có sử dụng thuốc hoặc các chất, thiết bị để can thiệp vào cơ thể người như phẫu thuật, thủ thuật, các can thiệp có tiêm, chích, bơm, chiếu tia, sóng, đốt hoặc các can thiệp xâm lấn khác hay xăm, phun, thêu trên da có sử dụng thuốc gây tê dạng tiêm, tiêm chất làm đầy...<sup>8</sup>. Do vậy, việc quản lý các cơ sở kinh doanh dịch vụ thẩm mỹ này là bài toán nan giải đối với các cơ quan quản lý nhà nước.

*-Về đội ngũ nhân lực thực hiện quản lý nhà nước đối với cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh*

Như đã trình bày, trước nhu cầu làm đẹp không ngừng tăng cao của người dân, số lượng các cơ sở kinh doanh dịch vụ thẩm mỹ liên tục ra đời đã gây sức ép rất lớn cho công tác quản lý nhà nước. Một điều dễ dàng nhận thấy là đối tượng quản lý rất nhiều, trong khi đó đội ngũ nhân sự của các cơ quan có chức năng quản lý nhà nước trong lĩnh vực này còn rất khiêm tốn. Do vậy, công tác quản lý nhà nước chưa đáp ứng được yêu cầu đặt ra. Chẳng hạn, tại Quận 10, thành phố Hồ Chí Minh hiện có 65 phòng khám chuyên khoa thẩm mỹ và 229 cơ sở dịch vụ thẩm mỹ, trong khi đó nhân sự của Phòng Y tế Quận 10 chỉ có 1 bác sĩ, 1 dược sĩ và một số nhân sự phụ trách các lĩnh vực khác. Trong 9 tháng đầu năm 2019, Phòng Y tế Quận 10 đã kiểm tra 19 cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ và xử phạt 14 cơ sở vi phạm với tổng số tiền phạt lên đến 400 triệu đồng. Nhiều

cơ sở dịch vụ thẩm mỹ dưới hình thức các cơ sở chăm sóc da đã thực hiện “chui” một số dịch vụ như tiêm chất làm đầy (filler, botox), nhấn mí, cắt mí, truyền trắng, kinh doanh mỹ phẩm không rõ nguồn gốc, xuất xứ và hết hạn sử dụng. Thậm chí, nhiều cơ sở còn liên kết với các bác sĩ “chạy số, mở đạo, mở chui” thực hiện các kỹ thuật có xâm lấn vượt quá mức cho phép. Chính vì lý do đội ngũ nhân sự mỏng, thiếu và yếu trong khi số lượng các cơ sở thẩm mỹ ngày một phát triển “nở rộ” khiến đơn vị này rơi vào tình trạng “bất lực”<sup>9</sup>.

*-Về biện pháp xử lý vi phạm đối với các cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ*

Kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ là hoạt động mang lợi khoản lợi nhuận cao, vì thế nhiều cá nhân, tổ chức sẵn sàng thực hiện hành vi vi phạm liên quan đến kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ để vụ lợi. Qua thanh tra tại Bệnh viện Trung Vương, Thanh tra thành phố Hồ Chí Minh phát hiện từ năm 2012-2018 có 11 bác sĩ ở khoa bỏng Bệnh viện Trung Vương thực hiện 3.010 ca phẫu thuật, song tại thời điểm phẫu thuật lại không có chứng chỉ hành nghề phẫu thuật thẩm mỹ. Theo kết luận thanh tra, có 6 bác sĩ đã thu lợi trái pháp luật với số tiền gần 4 tỷ đồng. Trong đó bác sĩ Nguyễn Ngọc N đã thực hiện 132 ca phẫu thuật, thủ thuật có sử dụng vật liệu nhân tạo, thu tiền trái pháp luật hơn 2,6 tỷ đồng. Còn bác sĩ Võ Anh M thực hiện 115 ca phẫu thuật, thủ thuật và thu tiền trái pháp luật hơn 2,8 tỷ đồng<sup>10</sup>.

Theo Báo cáo của Sở Y tế, trong thời gian từ năm 2020 đến tháng 6/2021, Thanh

8. Bạch Dương, “Bất lực trong quản lý cơ sở dịch vụ thẩm mỹ”, <https://khoa hocdoisong.vn/bat-luc-trong-quan-ly-co-so-dich-vu-tham-my-132154.html>, truy cập ngày 15/8/2021.

9. Đinh Hằng, “Quản lý cơ sở thẩm mỹ - vừa thiếu, vừa yếu và bất lực”, <https://baotintuc.vn/xa-hoi/quan-ly-co-so-tham-my-vua-yeu-vua-thieu-va-bat-luc-20191107195509046.htm>, truy cập ngày 20/8/2021.

10. Thái An – Hoàng Lộc, “Bác sĩ phẫu thuật “chui, lụi” trong Bệnh viện Trung Vương, bỏ túi tiền tỷ”, <https://tuoitre.vn/bac-si-phau-thuat-chui-lui-trong-benh-vien-trung-vuong-bo-tui-tien-ti-20201228095133184.htm>, truy cập ngày 22/8/2021.

tra Sở Y tế thành phố Hồ Chí Minh đã tiến hành kiểm tra 327 cơ sở (bao gồm phòng khám chuyên khoa thẩm mỹ và cơ sở kinh doanh dịch vụ thẩm mỹ), phát hiện và xử phạt 121 phòng khám chuyên khoa thẩm mỹ và 90 cơ sở kinh doanh dịch vụ thẩm mỹ với tổng số tiền phạt 7.616.450.000 đồng. Các vi phạm chủ yếu của các cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ bị phát hiện xử phạt gồm: Quảng cáo dịch vụ khám bệnh, chữa bệnh không đúng phạm vi chuyên môn được ghi trong giấy phép hoạt động khám bệnh, chữa bệnh; quảng cáo các sản phẩm, hàng hóa, dịch vụ đặc biệt mà không được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xác nhận nội dung trước khi thực hiện quảng cáo theo quy định; cung cấp dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ mà không có giấy phép hoạt động khám bệnh, chữa bệnh; khám bệnh, chữa bệnh khi chưa được cấp chứng chỉ hành nghề khám bệnh, chữa bệnh...<sup>11</sup>.

Đa số các vi phạm về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ sẽ bị xử phạt vi phạm hành chính. Tuy nhiên, công tác xử phạt vẫn chưa phát huy hiệu quả trong việc đấu tranh, phòng chống các vi phạm trong lĩnh vực này. Có thể chỉ ra một số hạn chế sau:

*Một là, mức xử phạt đối với một số vi phạm về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ còn quá thấp, chưa đủ sức răn đe đối tượng vi phạm.*

Mục đích chính của việc phạt tiền là tạo lập khả năng tránh tái diễn hành vi vi

phạm của cá nhân, tổ chức và hàm ý không khuyến khích cá nhân, tổ chức khác thực hiện hành vi tương tự, với cơ chế thúc đẩy tâm lý “sợ bị phạt”; tâm lý đó sẽ làm cho các cá nhân kiểm soát tốt hành vi của mình cũng như đưa ra những lựa chọn thực hiện hành vi hợp pháp hoặc thậm chí là cá nhân có thể vẫn cố tình thực hiện hành vi nhưng sẽ có sự cân nhắc, tiết chế nhằm giảm thiểu mức độ sai phạm; nhờ đó mà nâng cao tính tuân thủ pháp luật tốt hơn<sup>12</sup>. Tuy nhiên, mức xử phạt đối với các vi phạm về kinh doanh dịch vụ thẩm mỹ hiện nay vẫn chưa đủ sức răn đe, hay nói cách khác, giữa lợi ích có được do thực hiện vi phạm với thiệt hại gánh chịu do bị xử phạt là chưa tương xứng với nhau. Điều này dẫn đến tâm lý “sẵn sàng vi phạm để hưởng lợi” từ các cá nhân, tổ chức kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ. Qua phản ánh của báo chí, Thanh Tra Sở Y tế Hà Nội đã kiểm tra và ra quyết định xử phạt hàng loạt Thẩm mỹ viện về hành vi quảng cáo quá phạm vi chuyên môn được cấp phép như: Thẩm mỹ viện Sline, Thẩm mỹ viện Hoàng Sơn, Thẩm mỹ viện Hoàng Tuấn, Viện thẩm mỹ Asia... Tuy nhiên, dường như các mức xử phạt quá thấp không đủ mức răn đe, cho nên các Thẩm mỹ viện vẫn vô tư vi phạm, chấp nhận nộp phạt để kinh doanh dịch vụ<sup>13</sup>.

*Hai là, quy định chế tài đối với một số vi phạm là chưa đầy đủ.*

Theo Điều 3 Nghị định số 117/2020/NĐ-CP quy định cụ thể có 4 hình thức xử phạt

11. Báo cáo số 3402/BC-SYT ngày 08/6/2021 của Sở Y tế thành phố Hồ Chí Minh báo cáo việc thực hiện Quy chế phối hợp quản lý nhà nước đối với ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện về an ninh, trật tự trên địa bàn thành phố Hồ Chí Minh, tr. 3.

12. Trương Thế Nguyễn, Trần Thanh Tú (2019), “Tính răn đe của hình thức phạt tiền trong xử phạt vi phạm hành chính”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 22.

13. Minh Quân, “Khó xử lý thẩm mỹ viện hoạt động chui?”, <https://congluan.vn/kho-xu-ly-tham-my-vien-hoat-dong-chui-post102901.html>, truy cập ngày 25/8/2021.

bổ sung gồm “*tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn; tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính; đình chỉ hoạt động có thời hạn; trục xuất*”. Trong đó, “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*” được áp dụng với tính chất là hình thức xử phạt chính hoặc hình thức xử phạt bổ sung. Hình thức xử phạt này không chỉ gây thiệt hại đến tài sản mà còn có ý nghĩa ngăn chặn việc các chủ thể sử dụng chính các tang vật, phương tiện này tiếp tục thực hiện hành vi vi phạm. Tuy nhiên, các vi phạm hành chính về cung cấp dịch vụ thẩm mỹ tại Nghị định này đều không được áp dụng hình thức xử phạt “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*”.

Theo Điều 26 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thì “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính là việc sung vào ngân sách nhà nước vật, tiền, hàng hóa, phương tiện có liên quan trực tiếp đến vi phạm hành chính, được áp dụng đối với vi phạm hành chính nghiêm trọng do lỗi cố ý của cá nhân, tổ chức*”. Như vậy, hình thức xử phạt này chỉ được áp dụng khi thỏa mãn cả điều kiện “cần” và “đủ”. Có thể hiểu, điều kiện cần là “*tang vật, phương tiện có liên quan trực tiếp đến vi phạm hành chính*”, điều kiện đủ là “*hình thức xử phạt này chỉ áp dụng đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính nghiêm trọng với lỗi cố ý*”. Qua khảo cứu, có một số hành vi vi phạm về cung cấp dịch vụ thẩm mỹ tại cơ sở dịch vụ thẩm mỹ đáp ứng những điều kiện trên nhưng đều không được áp dụng hình thức xử phạt này. Đơn cử, với hành vi “*sử dụng thuốc, các chất, thiết bị để can thiệp vào cơ thể người làm thay đổi màu sắc da, hình dạng, cân nặng, kiểm duyệt của các bộ phận trên cơ thể ...*” (khoản 6 Điều 40 Nghị định số 117/2020/NĐ-CP)

có thể thấy, đây hành vi vi phạm nghiêm trọng, hành vi này gắn liền với tang vật, phương tiện “*thuốc, các chất, thiết bị...*” và các chủ thể vi phạm hoàn toàn có đủ khả năng nhận thức được hành vi của mình là trái pháp luật, nhưng vẫn cố ý thực hiện vì mong muốn tìm kiếm lợi nhuận. Do đó, áp dụng hình thức xử phạt “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*” đối với vi phạm này là hoàn toàn hợp lý. Bên cạnh đó, cơ sở dịch vụ thẩm mỹ chỉ được cung cấp dịch vụ phun xăm thẩm mỹ, chăm sóc da thông thường không được sử dụng thuốc gây tê dạng tiêm. Như vậy, việc sử dụng thuốc, thiết bị,... để can thiệp vào cơ thể người là vượt quá phạm vi được phép hoạt động. Vì vậy, nếu không xem xét áp dụng hình thức xử phạt bổ sung “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*” sẽ giúp các chủ thể “*có cơ hội*” tiếp tục vi phạm. Đáng tiếc, vì lý do nào đó, mà nhà làm luật đã “*bỏ quên*” vai trò của hình thức xử phạt này đối với các vi phạm của các cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ.

### **3. Một số giải pháp nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước đối với kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ trên địa bàn thành phố Hồ Chí Minh**

*Thứ nhất*, quy định của Nghị định số 96/2016/NĐ-CP về điều kiện hoạt động của các cơ sở dịch vụ thẩm mỹ hiện nay vẫn còn khá “*lỏng lẻo*”. Điều này đã gián tiếp tạo điều kiện để các cơ sở dịch vụ thẩm mỹ “*trá hình*” thực hiện các hành vi vi phạm, gây thiệt hại nghiêm trọng đến tính mạng, sức khỏe của người bệnh cũng như làm phá vỡ trật tự quản lý nhà nước trong lĩnh vực y tế. Do vậy, Chính phủ cần xem xét siết chặt điều kiện hoạt động của các cơ sở dịch vụ thẩm mỹ để bảo đảm khả năng quản lý trong thực tế. Theo quan điểm của tác giả, đối với các cơ sở dịch vụ thẩm mỹ có thể không cần



thiết phải xin giấy phép hoạt động như bệnh viên có chuyên khoa thẩm mỹ hay phòng khám chuyên khoa thẩm mỹ. Tuy nhiên, cần phải tăng mức kiểm soát đối với các cơ sở dịch vụ thẩm mỹ bằng quy định yêu cầu các cơ sở này phải làm hồ sơ để Sở Y tế xem xét cấp Giấy chứng nhận cơ sở đủ điều kiện cung cấp dịch vụ thẩm mỹ trước khi hoạt động thay vì thủ tục gửi văn bản thông báo như hiện nay. Do đó, cần sửa đổi nội dung quy định về vấn đề này trong Nghị định số 109/2016/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 155/2018/NĐ-CP.

*Thứ hai*, đội ngũ nhân sự có ý nghĩa quan trọng trong công tác quản lý nhà nước đối với các cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ. Do đó, để đáp ứng yêu cầu của thực tiễn, các cơ quan quản lý về y tế cần bổ sung đội ngũ nhân sự để quản lý chặt chẽ hoạt động của các cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ. Bên cạnh đó, cần thường xuyên tiến hành các hoạt động thanh tra, kiểm tra hoạt động của các cơ sở này để kịp thời phát hiện và xử lý các hành vi vi phạm. Tăng cường thực hiện các biện pháp tuyên truyền, giáo dục pháp luật về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ; đẩy mạnh công tác phối hợp giữa các cơ quan chức năng và phát huy vai trò của quần chúng nhân dân trong công tác quản lý nhà nước đối với các cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ.

*Thứ ba*, hoàn thiện các quy định của pháp luật về các biện pháp xử lý vi phạm đối với các cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ.

Chính phủ cần phải đánh giá một cách tổng quan các vi phạm hành chính về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ trong Nghị định số 117/2020/NĐ-CP để xem xét tăng mức tiền phạt đối với các vi phạm này

nhằm bảo đảm mức tiền phạt sẽ đủ sức răn đe đối với chủ thể vi phạm. Về vấn đề này, có nhiều quan điểm khác nhau. Có quan điểm cho rằng, phải tăng mức tiền phạt để xử phạt thật nặng chủ thể vi phạm; ý kiến khác lại cho rằng, mức chốt không phải ở việc tăng mức phạt lên quá cao mà quan trọng là xác định mức phạt thật phù hợp với tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi vi phạm. Theo quan điểm của tác giả, các nhà làm luật cần cân nhắc tăng mức tiền phạt đối với các vi phạm về kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ để răn đe và ngăn chặn vi phạm vì thực tế cho thấy các vi phạm trong lĩnh vực này rất phức tạp, có tính chất nguy hiểm cao và đang diễn ra rất phổ biến.

Bên cạnh đó, Chính phủ cần rà soát để bổ sung vào Nghị định số 117/2020/NĐ-CP việc áp dụng hình thức xử phạt “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*” đối với một số vi phạm về cung cấp dịch vụ thẩm mỹ tại cơ sở dịch vụ thẩm mỹ. Theo đó, nếu xác định vi phạm hành chính về cung cấp dịch vụ thẩm mỹ tại cơ sở dịch vụ thẩm mỹ là nghiêm trọng và có sử dụng tang vật, phương tiện liên quan thì quy định việc áp dụng hình thức xử phạt này bởi mục đích của hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính là nhằm loại trừ khả năng tiếp tục sử dụng tang vật, phương tiện đó để vi phạm hành chính trong tương lai.

Ngoài ra, cần xem xét bổ sung trách nhiệm hình sự đối với các cơ sở kinh doanh dịch vụ phẫu thuật thẩm mỹ hoạt động trái pháp luật gây hậu quả nghiêm trọng đến tính mạng, sức khỏe của người bệnh để góp phần ngăn chặn các vi phạm đang diễn ra phổ biến hiện nay ■

