



ISSN 0866 -7446

# NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

STATE AND LAW REVIEW



VIỆN HÀN LÂM KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM  
VIỆN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Vietnam Academy of Social Sciences  
Institute of State and Law

8(388)  
2020

THÁNG RA MỘT KỲ  
8(388)  
2020  
NĂM THỨ 49

**TỔNG BIÊN TẬP**  
TS. TRẦN VĂN BIÊN

**HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP**

GS.TSKH. ĐÀO TRÍ ÚC  
PGS.TS. BÙI XUÂN ĐỨC  
PGS.TS. PHẠM HỒNG HẢI  
PGS.TS. TRẦN ĐÌNH HẢO  
PGS.TS. HÀ THỊ MAI HIỀN  
PGS.TS. PHẠM HỮU NGHỊ  
PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHÁT  
PGS.TS. LÊ MINH THÔNG  
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN  
GS.TS. VÔ KHÁNH VINH  
PGS.TS. ĐINH NGỌC VƯỢNG

*Trụ sở Toà soạn:*  
**27 Trần Xuân Soạn**  
**Hà Nội**

*Tel:* 024.39713333  
*Fax:* 024.39764534  
*Email:*  
tcnnpl@isl.gov.vn

**Giấy phép hoạt động**  
**báo chí: số 121/GP-**  
**BTTTT, ngày 22/4/2013**

In tại Công ty Cổ phần  
in và thương mại  
Đông Bắc

**Giá: 20.000<sup>d</sup>**

# NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

## MỤC LỤC

### *LUẬT TỐ TỤNG DÂN SỰ, LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ*

- ❖ NGUYỄN THỊ HOÀI TRÂM – LÊ THỊ MINH NGỌC: Ủy quyền khởi kiện của cá nhân trong vụ án dân sự 3
- ❖ BÙI THỊ HẰNG NGA: Học thuyết lạm dụng quyền sở hữu trí tuệ và hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh của chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ 12
- ❖ HOÀNG VĂN THẮNG: Bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ theo pháp luật Việt Nam: Một số vấn đề đặt ra và giải pháp hoàn thiện 21

### *LUẬT KINH TẾ, LUẬT MÔI TRƯỜNG*

- ❖ NGUYỄN NHƯ PHÁT – PHẠM THỊ HIỀN: Doanh nghiệp trong nền kinh tế số từ góc nhìn của Luật Cạnh tranh 31
- ❖ NGUYỄN THỊ HUẾ: Thực trạng pháp luật Việt Nam về quản trị doanh nghiệp nhà nước 39
- ❖ TRẦN LINH HUÂN: Một số bất cập trong quy định pháp luật về quản lý, sử dụng nhà chung cư và định hướng hoàn thiện 52
- ❖ BÙI ĐỨC HIỀN: Xây dựng và hoàn thiện pháp luật về quản lý rác thải nhựa hướng tới phát triển kinh tế tuần hoàn ở Việt Nam 61

### *NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI*

- ❖ NGUYỄN TIẾN ĐỨC: Quản trị tốt – Nghiên cứu so sánh giữa Hoa Kỳ và Trung Quốc 72

MONTHLY ISSUE

8(388)

2020

49<sup>TH</sup> YEAR

**EDITOR IN CHIEF**  
TRAN VAN BIEN

**EDITORIAL BOARD**

DAO TRI UC  
BUI XUAN DUC  
PHAM HONG HAI  
TRAN DINH HAO  
HA THI MAI HIEN  
PHAM HUU NGHI  
NGUYEN NHU PHAT  
LE MINH THONG  
NGUYEN TRUNG TIN  
VO KHANH VINH  
DINH NGOC VUONG

*Office of the Editorial  
Board:  
27 Tran Xuan Soan  
Ha Noi*

*Tel: 024.39713333*

*Fax: 024.39764534*

*Email:  
tcnnpl@isl.gov.vn*

**Licence for Press  
Activities No. 121/GP-  
BTTT dated 22 April 2013**

Printed by Dong Bac  
Trade and Print Joint  
Stock Company

**Price: 20.000 VND**

# STATE AND LAW

## CONTENTS

### *CIVIL PROCEDURE LAW, INTELLECTUAL PROPERTY LAW*

❖ NGUYEN THI HOAI TRAM – LE THI MINH NGOC: Individual's  
Authorization for Instituting a Civil Lawsuit 3

❖ BUI THI HANG NGA: The Doctrine of Intellectual Property  
Misuse and Conducts in Violation of Competition Law of the  
Intellectual Property Owner 12

❖ HOANG VAN THANG: Statutory Damages for an  
Infringement of Intellectual Property Rights under Vietnam's  
Law: Issues and Proposals 21

### *ECONOMIC LAW, ENVIRONMENTAL LAW*

❖ NGUYEN NHU PHAT – PHAM THI HIEN: Enterprises in a  
Digital Economy in Light of the Competition Law 31

❖ NGUYEN THI HUE: Vietnam's Legal Issues on the  
Management of State-owned Enterprises 39

❖ TRAN LINH HUAN: Shortcomings of Regulations on the  
Management and Use of Condominiums and the Direction for  
Improvement 52

❖ BUI DUC HIEN: Making and Perfecting the Law on Plastic  
Waste Management Toward a Circular Economy of Vietnam 61

### *FOREIGN STATE AND LAW*

❖ NGUYEN TIEN DUC: Good Governance – A Comparative  
Study of the United States of America and China 72

# UY QUYỀN KHỞI KIẾN CỦA CÁ NHÂN TRONG VỤ ÁN DÂN SỰ

*Nguyễn Thị Hoài Trâm\**  
*Lê Thị Minh Ngọc\*\**

**Tóm tắt:** Trong vấn đề quyền khởi kiện vụ án dân sự của cá nhân, pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam luôn quy định theo hướng đương sự có thể tự mình hoặc thông qua người đại diện hợp pháp khởi kiện. Tuy nhiên, khái niệm “người đại diện hợp pháp” ở quy định này vẫn chưa rõ ràng, gây nên sự thiếu thống nhất trong cả cách hiểu và áp dụng thực tiễn về việc cá nhân có được ủy quyền cho cá nhân khác khởi kiện hay không. Bài viết tập trung phân tích, đánh giá các quan điểm này dựa trên quy định của pháp luật Việt Nam và đưa ra một số kiến nghị trên cơ sở kế thừa chọn lọc kinh nghiệm của một số quốc gia trên thế giới.

**Abstract:** With respect to an individual’s right to initiate a civil lawsuit, Vietnam’s civil procedure law provides that a claimant may bring the case by himself or herself or through their legal representative. The concept “legal representative” however is ambiguous and causes a problem to a consistent understanding and practical application of whether she or he may authorize others to institute a lawsuit. The article analyzes and assesses these viewpoints under Vietnam’s laws, and thereby makes proposals on the basis of selective foreign experiences.

## Dẫn nhập

Trong quá trình tham gia tố tụng, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 (BLTTDS 2015) quy định cho đương sự được phép ủy quyền cho các chủ thể khác làm người đại diện thay mình thực hiện một số hoạt động tố tụng theo phạm vi được ghi nhận trong văn bản ủy quyền<sup>1</sup>.

Đối với cơ quan, tổ chức, ngoài việc ủy quyền tham gia tố tụng, cơ quan, tổ chức còn được phép ủy quyền khởi kiện thông qua người đại diện<sup>2</sup>. Đối với cá nhân, theo

quy định pháp luật tố tụng dân sự từ trước đến nay, cá nhân có thể tự mình hoặc thông qua người đại diện hợp pháp khởi kiện<sup>3</sup>. Tuy nhiên, “người đại diện hợp pháp” được hiểu như thế nào? Bao gồm người đại diện theo pháp luật và người đại diện theo ủy quyền? Cá nhân có được phép ủy quyền cá nhân khởi kiện hay không? Do quy định của pháp luật tố tụng chưa minh thị, rõ ràng nên việc hiểu vấn đề này chưa được thống nhất bởi thực tiễn còn có nhiều cách hiểu và áp dụng pháp luật khác nhau.

## 1. Quy định pháp luật về việc ủy quyền khởi kiện của cá nhân

---

\* ThS., Khoa Luật Dân sự - Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

\*\* Công ty Tinh Hoa Luật.

<sup>1</sup> Điều 74 BLTTDS 2015.

<sup>2</sup> Điểm b khoản 1, khoản 3 Điều 6 Nghị quyết số 03/2018/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán, Tòa án nhân dân tối cao; Mẫu đơn khởi kiện số 23a; Tiêu mục 1.4 mục 1 phần I của Nghị quyết số

---

02/2006/NQ-HĐTP; Điều 2 Nghị quyết số 05/2012/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán, Tòa án nhân dân tối cao.

<sup>3</sup> Điều 186 BLTTDS 2004, Điều 186 Luật sửa đổi, bổ sung 2011, Điều 186 BLTTDS 2015.

Điều 186 BLTTDS 2015 quy định: “Cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền tự mình hoặc thông qua người đại diện hợp pháp khởi kiện vụ án (sau đây gọi chung là người khởi kiện) tại tòa án có thẩm quyền để yêu cầu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình”. Vậy, “người đại diện hợp pháp” trong điều khoản này được hiểu như thế nào? Có bao gồm người người đại diện theo pháp luật và người đại diện theo ủy quyền hay không?

Nghiên cứu khoản 2 Điều 189 BLTTDS 2015 và mẫu Đơn khởi kiện (mẫu số 23-DS) được ban hành kèm theo Nghị quyết số 01/2017/NQ-HĐTP ngày 13/01/2017 cho thấy:

- Trong trường hợp cá nhân là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người hạn chế năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi, việc khởi kiện của họ bắt buộc phải được thực hiện thông qua người đại diện hợp pháp của họ, cụ thể ở đây là người đại diện theo pháp luật, vì bản thân họ không có đủ năng lực hành vi tố tụng dân sự để tự thực hiện quyền khởi kiện của mình;

- Trong trường hợp cá nhân có đầy đủ năng lực hành vi tố tụng dân sự (tức là cá nhân từ đủ mười tám tuổi trở lên; không bị tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi; và không thuộc trường hợp pháp luật có quy định khác) thì cá nhân được nhờ người khác “làm hộ” đơn khởi kiện như đánh máy, viết tay... để trình bày nội dung đơn khởi kiện thành văn bản. Tuy nhiên, họ tên và nơi cư trú được ghi tại mục tên, địa chỉ nơi cư trú của người khởi kiện trong đơn phải là của cá nhân chủ thể có quyền khởi kiện, đồng thời cá nhân này cũng phải trực tiếp ký tên

hoặc điền chỉ vào đơn khởi kiện mà không được nhờ cá nhân khác thực hiện việc ký tên, điền chỉ thay vào đơn khởi kiện.

Mẫu Đơn khởi kiện (mẫu số 23-DS) hướng dẫn chi tiết tại mục ký tên Người khởi kiện (mục số 16) đối với trường hợp người khởi kiện là cá nhân cụ thể như sau: “Nếu người khởi kiện là cá nhân thì phải có chữ ký hoặc điểm chỉ của người khởi kiện đó; trường hợp người khởi kiện là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người hạn chế năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức làm chủ hành vi thì người đại diện hợp pháp đó phải ký tên điểm chỉ; trường hợp người khởi kiện, người đại diện hợp pháp không biết chữ, không nhìn được, không tự mình làm đơn khởi kiện, không tự mình ký tên hoặc điểm chỉ thì người có năng lực hành vi tố tụng dân sự đầy đủ làm chứng, ký xác nhận vào đơn khởi kiện. (...) Nếu người khởi kiện không biết chữ thì phải có người làm chứng ký xác nhận theo quy định tại điểm c khoản 2 Điều 189 của BLTTDS”.

Bên cạnh đó, Nghị quyết số 03/2018/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành ngày 15/5/2018 về xử lý nợ xấu, tài sản bảo đảm của khoản nợ xấu cũng có quy định khẳng định lại nội dung của khoản 2 Điều 189 BLTTDS tại điểm a khoản 1 Điều 6 như sau: “Cá nhân được quyền ủy quyền cho pháp nhân hoặc cá nhân khác tham gia tố tụng tại tòa án có thẩm quyền để giải quyết tranh chấp về xử lý nợ xấu, tài sản bảo đảm của khoản nợ xấu. Việc làm đơn khởi kiện của cá nhân thực hiện theo quy định tại khoản 2 Điều 189 của BLTTDS”. Quy định này chỉ rõ, cá nhân chỉ được ủy quyền cho cá nhân khác tham gia tố tụng, tức là tham gia vào vụ án dân sự (VADS),

sau khi quyền khởi kiện VADS đã được thực hiện và được tòa án thụ lý giải quyết, còn đơn khởi kiện vẫn phải thực hiện theo đúng quy định tại khoản 2 Điều 189 BLTTDS 2015.

Trong khi đó, quy định về người đại diện trong tố tụng dân sự, khoản 1 Điều 85 BLTTDS 2015 đã nêu: “*Người đại diện trong tố tụng dân sự bao gồm người đại diện theo pháp luật và người đại diện theo ủy quyền. Người đại diện có thể là cá nhân hoặc pháp nhân theo quy định của Bộ luật Dân sự*”. Vậy, phải chăng nội hàm khái niệm “người đại diện hợp pháp” theo Điều 189 BLTTDS 2015 và “người đại diện” theo Điều 85 BLTTDS 2015 là không đồng nhất? Hay hiểu cách khác, Điều 189 BLTTDS 2015 có phải đang thừa nhận quyền khởi kiện của người đại diện theo pháp luật trong trường hợp cá nhân có quyền, lợi ích bị xâm phạm hoặc có tranh chấp là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người hạn chế năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức làm chủ hành vi, còn đối với chủ thể có quyền khởi kiện có đủ năng lực hành vi tố tụng dân sự thì không được ủy quyền khởi kiện cho bất cứ một cá nhân nào khác?

Về vấn đề này, hiện nay vẫn còn nhiều quan điểm khác nhau<sup>4</sup>:

(i) Quan điểm thứ nhất cho rằng, khi thực hiện quyền khởi kiện của mình, cá nhân hoàn toàn có thể thực hiện thông qua người đại diện hợp pháp, bao gồm người đại diện theo pháp luật và cả người đại diện theo ủy quyền. Từ đó, người đại diện theo

ủy quyền được trực tiếp ký đơn hoặc điền chỉ vào đơn khởi kiện thay vì buộc chủ thể có quyền khởi kiện phải thực hiện việc này<sup>5</sup>. Điều đó đồng nghĩa với việc, trong trường hợp này, người có quyền và lợi ích bị xâm hại có thể ủy quyền cho người khác khởi kiện và tham gia tố tụng từ giai đoạn làm đơn khởi kiện để nộp đến tòa án<sup>6</sup>.

Thực tiễn giải quyết vụ án dân sự, có tòa án đã theo quan điểm trên, cụ thể<sup>7</sup>:

Tháng 12/2016, ông Trịnh Hoài P (đang sống ở Canada) làm giấy ủy quyền cho ông Trịnh Phương M (cư trú tại thành phố Nha Trang) được quyền khiếu kiện đòi tẩm sào đất ruộng mà theo ông P thì ông N đang quản lý, sử dụng. Giấy ủy quyền này được chứng nhận tại Canada trước khi gửi về Việt Nam. Căn cứ giấy ủy quyền này, ban đầu ông M ký và nộp đơn khiếu kiện việc tranh chấp quyền sử dụng đất tại Ủy ban nhân dân phường. Sau đó, do hòa giải không thành nên Ủy ban nhân dân phường hướng dẫn các bên khởi kiện ra tòa. Ngày 21/6/2017, ông M ký đơn khởi kiện yêu cầu tòa án giải quyết tranh chấp quyền sử dụng đất. Trong đơn khởi kiện ông M ghi họ và tên người khởi kiện là chính mình và ký tên vào cuối đơn khởi kiện. Thực tế thì ông M chỉ là người đại diện ủy quyền của ông P theo giấy ủy quyền tại Canada. Hơn một tháng sau, Tòa án nhân dân thành phố Nha Trang, tỉnh Khánh Hòa thông báo thụ lý đơn khởi kiện của ông M.

<sup>5</sup> Điều a khoản 2 Điều 189 BLTTDS 2015.

<sup>6</sup> Đặng Thanh Hoa, *Đảm bảo quyền khởi kiện vụ án dân sự theo quy định của Luật sửa đổi, bổ sung Bộ luật Tố tụng Dân sự*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 02, năm 2012, tr. 54-55.

<sup>7</sup> Phương Linh, *Thay mặt người đang ở Canada khởi kiện được không?*, <https://plo.vn/phap-luat/thay-mat-nguoi-dang-o-canada-khoi-kien-duoc-khong-744425.html>, truy cập ngày 02/4/2019.

<sup>4</sup> Kim Loan, *Ủy quyền khởi kiện vụ án dân sự*, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2018/02/02/uy-quyen-khoi-kien-vu-an-dan-su/>, truy cập ngày 10/3/2019.

(ii) Quan điểm thứ hai cho rằng, theo quy định tại Điều 186 BLTTDS 2015, cá nhân tự mình hoặc thông qua người đại diện hợp pháp khởi kiện vụ án chỉ được hiểu là người đại diện theo pháp luật, không bao gồm người đại diện theo ủy quyền. Bởi vì điểm a khoản 2 Điều 189 BLTTDS 2015 nêu rõ cá nhân có đầy đủ năng lực hành vi tố tụng dân sự phải trực tiếp ký tên hoặc điểm chỉ vào đơn khởi kiện. Quan điểm này lập luận dựa trên cơ sở quyền khởi kiện là quyền nhân thân của người khởi kiện, do đó không thể chuyển giao quyền này cho bất kỳ cá nhân nào khác. Đồng thời, việc trực tiếp ký tên hoặc điểm chỉ vào đơn khởi kiện của cá nhân cũng nhằm thể hiện rõ và chính xác ý chí, nguyện vọng của người có quyền, lợi ích hợp pháp giả thiết bị xâm phạm hoặc tranh chấp. Người đại diện hợp pháp chỉ được ký hoặc điểm chỉ vào đơn khởi kiện thay cho người khởi kiện khi cá nhân này là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi. Như vậy, đối với một cá nhân đủ năng lực hành vi tố tụng dân sự, họ chỉ được ủy quyền cho cá nhân khác tham gia tố tụng để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình sau khi chính họ đã trực tiếp kí tên vào đơn khởi kiện và được tòa án thụ lý vụ án<sup>8</sup>.

Thực tiễn xét xử cho thấy, một số tòa án đã không thụ lý đơn khởi kiện khi người kí tên trong đơn khởi kiện chính là người đại diện theo ủy quyền của người giả thiết rằng quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm. Ví dụ, đơn khởi kiện của bà Nguyễn

Thị H, được làm và ký bởi người đại diện theo ủy quyền là ông Nguyễn Văn B, đề yêu cầu tòa án giải quyết tranh chấp quyền sử dụng đất (đòi quyền sử dụng đất bị lấn chiếm) với ông Đặng Ngọc N, đã bị tòa án trả lại với lý do: “Đơn khởi kiện trong trường hợp cá nhân khởi kiện thì cá nhân đó phải ký tên hoặc điểm chỉ vào đơn khởi kiện mới phù hợp với các quy định của BLTTDS 2015 và các hướng dẫn của Tòa án nhân dân tối cao”<sup>9</sup>.

Với quan điểm thứ hai, nếu không cho phép cá nhân ủy quyền cho cá nhân khác khởi kiện cho mình là không đúng, không phù hợp với quy định của pháp luật dân sự về người đại diện và không đúng với tinh thần Hiến pháp. Cách hiểu này đã hạn chế quyền tự do định đoạt của người có quyền, lợi ích bị xâm hại vì họ có thể ủy quyền cho người khác thực hiện việc khởi kiện<sup>10</sup>. Ví dụ, đối với các tranh chấp về bồi thường thiệt hại do ô nhiễm môi trường, giả sử chỉ có một hành vi gây ra nhưng lại gây thiệt hại cho rất nhiều chủ thể, trong đó bao gồm rất nhiều cá nhân có năng lực hành vi tố tụng dân sự đầy đủ. Nếu theo quan điểm thứ hai, các cá nhân này muốn bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình do hành vi ô nhiễm môi trường gây ra phải trực tiếp kí tên vào đơn khởi kiện theo đúng trình tự pháp luật quy định. Tòa án sẽ phải thực hiện nhiều hành vi tố tụng hơn, tốn nhiều thời gian hơn trong việc xem xét từng đơn khởi kiện riêng lẻ và phải ra thông báo thụ lý riêng lẻ cho từng đơn khởi kiện thay vì các cá nhân này có thể ủy quyền cho một

<sup>8</sup> Nguyễn Huy Hoàng, *Trao đổi bài viết “Cá nhân có được quyền ký vào đơn thay cho người khởi kiện hay không?”*, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/xet-xu/ca-nhan-co-duoc-quyen-ky-vao-don-thay-cho-nguoi-khoi-kien>, truy cập ngày 07/6/2018.

<sup>9</sup> Huỳnh Minh Khánh, *Cá nhân có được quyền ký vào đơn thay cho người khởi kiện?*, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/trao-doi-y-kien/ca-nhan-co-duoc-quyen-ky-vao-don-thay-cho-nguoi-khoi-kien>, truy cập ngày 07/4/2017.

<sup>10</sup> Kim Loan, như chú thích 4.

cá nhân khác thực hiện việc khởi kiện khi các đơn khởi kiện này có tính chất tương đồng với nhau. Bản án số 84/2017/DS-PT ngày 01/8/2017 của Tòa án nhân dân tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu về tranh chấp bồi thường thiệt hại do ô nhiễm môi trường là một minh họa. Trong bản án này có đến 33 nguyên đơn, trong đó có 29 nguyên đơn có địa chỉ tại xã L1, thành phố N1, tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu; 01 nguyên đơn cư trú tại phường M12, thành phố N1, tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu; 01 nguyên đơn có địa chỉ ở xã L2, thành phố N3, tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu; 01 nguyên đơn ở phường M13, thành phố N2, tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu; và 01 nguyên đơn ở phường M15, thành phố N1, tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu.

Chính vì vậy, có ý kiến cho rằng: *“Không thể và không nhất thiết tất cả các nạn nhân đều thực hiện quyền khởi kiện mà chỉ cần thông qua chế định đại diện thì xem như quyền khởi kiện của người bị hại đã được thực hiện và qua đó, khi tranh chấp được giải quyết, họ vẫn được bồi thường cho dù họ không trực tiếp đứng đơn khởi kiện”*<sup>11</sup>.

Nhận thấy rằng, đơn khởi kiện là sự thể hiện của hành vi khởi kiện để hiện thực hóa quyền khởi kiện của chủ thể có quyền. Việc ủy quyền khởi kiện giữa chủ thể có quyền khởi kiện (chủ thể ủy quyền) với chủ thể nhận ủy quyền, vì vậy, không hề làm phát sinh quyền khởi kiện ở chủ thể nhận ủy quyền. Cụ thể hơn, phạm vi nhận ủy quyền là cá nhân nhận ủy quyền nhân danh và vì lợi ích của chủ thể có quyền khởi kiện thực

hiện hành vi khởi kiện thay chủ thể đó<sup>12</sup>. Do đó, cá nhân nhận ủy quyền chỉ thay chủ thể có quyền khởi kiện thực hiện hành vi khởi kiện và việc xác định người khởi kiện vẫn dựa vào chủ thể có quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm hoặc bị tranh chấp. Nếu như vậy, dù cá nhân nhận ủy quyền ký hoặc điểm chỉ tại đơn khởi kiện cũng sẽ không làm ảnh hưởng đến quyền khởi kiện của chủ thể có quyền. Nó cũng sẽ tương tự như việc xác định chủ thể có quyền kháng cáo trong trường hợp đại diện theo ủy quyền thay họ thực hiện kháng cáo<sup>13</sup>. Đồng thời, ý chí của người khởi kiện cũng đã thể hiện rõ thông qua văn bản ủy quyền với phạm vi và thời hạn ủy quyền cụ thể. Nói cách khác, việc ủy quyền khởi kiện không làm ảnh hưởng đến ý chí hay vai trò tố tụng của người khởi kiện, mà còn tạo điều kiện cho người khởi kiện có thể thực hiện quyền của mình trong một số trường hợp nhất định, thể hiện tính linh động và đảm bảo được tính kịp thời.

Với một quyền tố tụng mang bản chất tương tự quyền khởi kiện VADS - quyền kháng cáo, theo khoản 3 Điều 272 BLTTDS 2015, người kháng cáo là cá nhân có năng lực hành vi tố tụng dân sự đầy đủ nếu không tự mình kháng cáo thì có thể ủy quyền cho người khác đại diện cho mình kháng cáo. Ở

<sup>11</sup> Bùi Kim Hiếu, *Pháp luật về quyền khởi kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại do hành vi làm ô nhiễm môi trường gây ra - thực trạng và kiến nghị*, Tạp chí Luật học, số 10 (173), năm 2015, tr. 42.

<sup>12</sup> Khoản 1 Điều 134 Bộ luật Dân sự năm 2015: *“Đại diện là việc cá nhân, pháp nhân (sau đây gọi chung là người đại diện) nhân danh và vì lợi ích của cá nhân hoặc pháp nhân khác (sau đây gọi chung là người được đại diện) xác lập, thực hiện giao dịch dân sự”*; và khoản 4 Điều 85 BLTTDS 2015: *“Người đại diện theo ủy quyền theo quy định của Bộ luật Dân sự là người đại diện theo ủy quyền trong tố tụng dân sự”*.

<sup>13</sup> Quy định tại khoản 3 Điều 272 BLTTDS 2015 cho phép chủ thể có quyền kháng cáo có thể ủy quyền cho người khác kháng cáo.

phần cuối đơn kháng cáo, người đại diện theo ủy quyền phải ký tên hoặc điểm chỉ<sup>14</sup>.

Như vậy, đối với việc kháng cáo của đương sự là cá nhân có đầy đủ năng lực hành vi tố tụng dân sự, pháp luật tố tụng dân sự đã quy định cho phép người đại diện ủy quyền có thể thực hiện quyền kháng cáo khi được ủy quyền hợp pháp. Còn đối với việc cá nhân ủy quyền cho cá nhân khác khởi kiện thay cho mình thì lý do tại sao nhà lập pháp lại không quy định cho họ quyền này? Theo các tác giả, xét về bản chất, việc thực hiện quyền khởi kiện hoặc quyền kháng cáo đều xuất phát từ ý chí của các đương sự. Họ hoàn toàn có quyền tự định đoạt việc tự mình thực hiện hay ủy quyền cho người khác thực hiện đối với quyền khởi kiện hoặc quyền kháng cáo của mình. Nội dung này phù hợp với nguyên tắc quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự, bởi về lý luận, đơn khởi kiện là cơ sở pháp lý để tòa án xem xét thụ lý vụ án dân sự; cá nhân, cơ quan, tổ chức có thể ủy quyền cho người đại diện khởi kiện để bảo vệ lợi ích của mình. Khi xác lập quan hệ ủy quyền, người được ủy quyền sẽ thay mặt và đại diện cho người ủy quyền thực hiện các quyền và nghĩa vụ tố tụng trong phạm vi và nội dung ủy quyền, đồng thời chịu trách nhiệm về công việc ủy quyền. Vì vậy, không thể nói rằng, nếu người đại diện ủy quyền ký vào đơn khởi kiện là không thể hiện ý chí và nguyện vọng của người khởi kiện.

Mặt khác, pháp luật tố tụng dân sự cũng đã có quy định về việc thực hiện quyền khởi kiện VADS của cá nhân thông qua cơ chế ủy quyền. Cụ thể, theo khoản 2 Điều 187

BLTTDS 2015, tổ chức đại diện tập thể lao động có quyền khởi kiện vụ án lao động trong trường hợp cần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của tập thể người lao động hoặc khi được người lao động ủy quyền theo quy định. Việc khởi kiện của tổ chức đại diện tập thể lao động hiện nay được điều chỉnh bởi các quy định của Bộ luật Lao động năm 2012, Luật Công đoàn năm 2012, Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014... Tổ chức đại diện tập thể lao động theo quy định của pháp luật lao động được hiểu là Ban chấp hành công đoàn<sup>15</sup>. Trong những quyền và trách nhiệm của công đoàn, khoản 8 Điều 10 Luật Công đoàn năm 2012 được cụ thể hóa tại Điều 10 Nghị định số 43/2013/NĐ-CP ngày 10/5/2013 của Chính phủ quy định: “*Công đoàn cơ sở tại đơn vị sử dụng lao động có quyền, trách nhiệm sau đây: 1. Đại diện cho tập thể người lao động khởi kiện tại Tòa án khi quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của tập thể lao động bị xâm phạm theo quy định của pháp luật; 2. Đại diện cho người lao động khởi kiện ra Tòa án nếu được người lao động ủy quyền để giải quyết tranh chấp lao động cá nhân theo quy định của pháp luật*”. Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam cũng ban hành văn bản Hướng dẫn về Công đoàn khởi kiện, tham gia tố tụng dân sự giải quyết các vụ án tranh chấp lao động cá nhân, tranh chấp lao động tập thể số 995/HD-TLĐ ngày 30/6/2016 với mục 1 Phần I hướng dẫn về thẩm quyền khởi kiện của Công đoàn theo khoản 8 Điều 10 Luật Công đoàn năm 2012 và khoản 2 Điều 187 BLTTDS 2015. Điểm d khoản 1

<sup>14</sup> Tại phần hướng dẫn cách sử dụng đơn kháng cáo Mẫu số 54-DS (Ban hành kèm theo Nghị quyết số 01/2017/NQ-HĐTP) có nội dung tương tự.

<sup>15</sup> Khoản 4 Điều 3 Bộ luật Lao động năm 2012: “*Tổ chức đại diện tập thể lao động tại cơ sở là Ban chấp hành công đoàn cơ sở hoặc Ban chấp hành công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở ở nơi chưa thành lập công đoàn cơ sở*”.

Điều 14 Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 cũng quy định quyền khởi kiện của tổ chức này như sau: *“Tổ chức công đoàn có các quyền sau đây: ...d) Khởi kiện ra tòa án đối với hành vi vi phạm pháp luật về bảo hiểm xã hội gây ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động, tập thể người lao động theo quy định tại khoản 8 Điều 10 của Luật Công đoàn”*. Không những vậy, đối với người lao động là cán bộ công đoàn, pháp luật cũng cho phép công đoàn khởi kiện trong trường hợp tại khoản 3 Điều 25 Luật Công đoàn năm 2012, cụ thể: *“Trong trường hợp người lao động là cán bộ công đoàn không chuyên trách bị cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp chấm dứt hợp đồng lao động, hợp đồng làm việc, buộc thôi việc hoặc sa thải trái pháp luật (...) nếu được ủy quyền thì Công đoàn đại diện khởi kiện tại Tòa án để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp cho cán bộ công đoàn (...)”*.

Như vậy, người lao động vẫn có thể ủy quyền cho tổ chức đại diện tập thể lao động khởi kiện theo quy định của pháp luật lao động. Vậy, nếu một cá nhân có thể ủy quyền cho một tổ chức thực hiện quyền khởi kiện VADS của mình thì tại sao lại không cho phép cơ chế cá nhân ủy quyền cho cá nhân khác khởi kiện? Biết rằng sở dĩ pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam quy định người lao động có thể ủy quyền cho tổ chức đại diện tập thể lao động khởi kiện là dựa trên cơ sở đặc thù của pháp luật lao động hướng đến mục đích bảo vệ tối đa quyền lợi của người lao động, để tổ chức đại diện tập thể lao động thực hiện đúng trách nhiệm, nghĩa vụ, phát huy được vai trò của mình đối với người lao động. Tuy nhiên, tất cả những quy định này suy cho cùng đều hướng đến mục tiêu bảo vệ quyền con người, là cơ sở khoa học để xây dựng quy

định của quyền khởi kiện VADS. Đồng thời, một khi cơ chế ủy quyền thực hiện quyền khởi kiện VADS của cá nhân cho tổ chức như trong trường hợp của người lao động được thực hiện có hiệu quả thì việc cơ chế này áp dụng cho cá nhân đối với cá nhân cũng sẽ có tính khả thi cao nếu đưa ra những quy định về trình tự, thủ tục một cách hợp lý, chặt chẽ.

Có thể thấy rằng, việc cho phép cá nhân ủy quyền cho cá nhân khác thực hiện thay quyền khởi kiện VADS là cần thiết, cần phải được cân nhắc đến và có thể học hỏi cơ chế ủy quyền cá nhân cho tập thể để xây dựng các quy định sao cho phù hợp và thống nhất. Quan điểm này đã được thể hiện tại Điều 2 Dự thảo 1 Nghị quyết hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật trong giải quyết các tranh chấp dân sự tại Tòa án nhân dân. Theo đó, việc ủy quyền khởi kiện được nêu như sau:

*“1. Cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền ủy quyền cho cá nhân hoặc pháp nhân khác khởi kiện, tham gia tố tụng tại Tòa án có thẩm quyền để yêu cầu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình, trừ những trường hợp không được ủy quyền tham gia tố tụng theo quy định Bộ luật Tố tụng Dân sự.*

*2. Việc ủy quyền tham gia tố tụng phải được lập thành văn bản và có công chứng hoặc chứng thực hợp pháp. Văn bản ủy quyền phải xác định rõ những nội dung và thời hạn ủy quyền.*

*Cá nhân được ủy quyền ký vào phần cuối đơn khởi kiện, pháp nhân được ủy quyền thì người đại diện theo pháp luật của pháp nhân ký vào phần cuối đơn khởi kiện và đóng dấu của pháp nhân đó và cá nhân, pháp nhân ủy quyền không phải ký tên, đóng dấu vào đơn khởi kiện. Trong trường hợp này, các văn bản tố tụng phải ghi rõ tên*

nguyên đơn là cá nhân, pháp nhân ủy quyền và tên người được ủy quyền là cá nhân, pháp nhân được ủy quyền.

3. Trường hợp bên được ủy quyền là pháp nhân thì người đại diện của pháp nhân được ủy quyền tham gia tố tụng là người đại diện theo pháp luật của pháp nhân đó. Pháp nhân có nhiều người đại diện theo pháp luật thì pháp nhân đó phải có văn bản cử một người đại diện theo pháp luật tham gia tố tụng.

Trường hợp người đại diện theo pháp luật của pháp nhân được ủy quyền không thể tham gia tố tụng thì phải có văn bản cử nhân viên của pháp nhân tham gia tố tụng”.

Tham khảo Điều 30 Luật Trọng tài thương mại thì trong trường hợp các bên không có thỏa thuận khác hoặc quy tắc tố tụng trọng tài không có quy định khác, người khởi kiện có thể trực tiếp hoặc cũng có thể ủy quyền cho cá nhân khác đại diện ký vào đơn điều hợp lệ nếu người được ủy quyền chứng minh được tư cách đại diện của mình là hợp pháp. Đây là một trong những điểm cho thấy quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự trong thủ tục tố tụng trọng tài được thể hiện rõ và đảm bảo hơn rất nhiều so với thủ tục tố tụng dân sự.

## 2. Kinh nghiệm từ pháp luật nước ngoài và kiến nghị giải pháp

Pháp luật của một số quốc gia trên thế giới hiện nay cũng cho phép người khởi kiện ủy quyền cho cá nhân khác thay mình khởi kiện. Ví dụ như, Điều 54 BLTTDS số 138-Fz ngày 14/11/2002 của Liên bang Nga<sup>16</sup> (đã sửa đổi, bổ sung các năm 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010,

<sup>16</sup> Bộ luật Tố tụng Dân sự Liên bang Nga, [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/rus\\_e/WTACCRUS58\\_LEG\\_62.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/WTACCRUS58_LEG_62.pdf), truy cập ngày 13/4/2019.

2011, 2012) quy định: “*The representative shall have the right to carry out all the procedural actions on behalf of the person he represents. Nevertheless, the right of the representative to sign a claim (...) shall be specially referred to in the warrant issued by the represented person*”. Theo đó, với quy định này, pháp luật tố tụng dân sự của Liên bang Nga đã cho phép người đại diện thực hiện tất cả các hành động tố tụng thay mặt cho người mà họ đại diện, kể cả quyền ký vào đơn khởi kiện, nếu các quyền đó được ghi rõ ở văn bản ủy quyền.

Bên cạnh đó, quy định về việc nhiều chủ thể có quyền khởi kiện ủy quyền cho một hoặc một số cá nhân thực hiện khởi kiện cũng được ghi nhận như trong pháp luật tố tụng dân sự của Mỹ, Anh<sup>17</sup>, Tanzania<sup>18</sup>... Cụ thể, án lệnh 1 Nguyên tắc 8 của BLTTDS Tanzania<sup>19</sup> là một quy định về điều kiện và thủ tục khởi kiện mang tính

<sup>17</sup> Carl C. Wheaton, *Representative suits involving numerous litigants*, <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1356&context=clr>, truy cập ngày 13/4/2019.

<sup>18</sup> Mwakisiki Mwakisiki, *Representative suit in Tanzania*, [https://www.academia.edu/34233863/REPRESENTATIVE\\_SUIT\\_IN\\_TANZANIA\\_BY\\_MWAKISIKI\\_MWAKISIKI.docx](https://www.academia.edu/34233863/REPRESENTATIVE_SUIT_IN_TANZANIA_BY_MWAKISIKI_MWAKISIKI.docx), truy cập 13/2/2019.

<sup>19</sup> Cơ quan Tư pháp Tanzania, *A bench book for judges in Tanzania*, <https://thrdc.or.tz/wp-content/uploads/2019/09/A-BENCH-BOOK-FOR-JUDGES-IN-TANZANIA.pdf>, truy cập 13/2/2019.

Order 1 Rule 8 Civil Procedure Code (Cap 33 R.E 2002): “(1) *Where there are numerous person having the same interest in one suit, one or more of such persons may, with the permission of the court, sue or be sued, or may defend, in such suit, on behalf of or for the benefit of all persons so interested; but the court shall in such case give, at the plaintiff's expense, notice of the institution of the suit to all such persons either by personal service or, where from the number of persons or any other cause such service is not reasonably practicable, by public advertisement, as the court in each case may direct*”.

đặc biệt so với quy định về các vụ kiện dân sự bình thường.

Theo đó, điều kiện để có thể khởi kiện vụ án theo hình thức đại diện (representative suit) bắt buộc phải có nhiều người (cùng chia sẻ lợi ích hoặc phải có một cộng đồng lợi ích và lợi ích đó phải tồn tại tại thời điểm làm đơn xin đại diện để khởi kiện, họ sẽ phải đề cử ra người đại diện và cùng ký vào văn bản ủy quyền); lợi ích của tất cả họ phải giống nhau; phải làm đơn xin tòa án để được khởi kiện VADS theo hình thức đại diện ủy quyền và được tòa án cho phép; sự chấp thuận này phải được thông báo cho tất cả những người được nhân danh hoặc vì lợi ích của vụ kiện mà được khởi kiện hoặc bảo vệ. Cần lưu ý rằng, quyết định của tòa án cho phép khởi kiện theo hình thức đại diện ủy quyền phải được ban hành trước khi khởi kiện theo hình thức này (lập trường này cũng được Tòa Phúc thẩm khẳng định lại tại vụ án giữa Kamuti Kamwengo và những người khác với Cơ quan Đường sắt Tanzania Zambia<sup>20</sup>). Thực tiễn đã có vụ án giữa Abdallah Mohamed Msakandeo (đại diện khởi kiện cho hai người) với The City commission of Dar es salaam được tòa án chấp thuận đơn khởi kiện theo hình thức đại diện ủy quyền cho các chủ thể có quyền khởi kiện có cùng lợi ích bị xâm phạm bởi bị đơn<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Mwakisiki Mwakisiki, *Representative suit in Tanzania*, [https://www.academia.edu/34233863/REPRESENTATIVE\\_SUIT\\_IN\\_TANZANIA\\_BY\\_MWAKISIKI\\_MWAKISIKI.docx](https://www.academia.edu/34233863/REPRESENTATIVE_SUIT_IN_TANZANIA_BY_MWAKISIKI_MWAKISIKI.docx), truy cập ngày 13/2/2019.

<sup>21</sup> Mwakisiki Mwakisiki, *Representative suit in Tanzania*, [https://www.academia.edu/34233863/REPRESENTATIVE\\_SUIT\\_IN\\_TANZANIA\\_BY\\_MWAKISIKI\\_MWAKISIKI.docx](https://www.academia.edu/34233863/REPRESENTATIVE_SUIT_IN_TANZANIA_BY_MWAKISIKI_MWAKISIKI.docx), truy cập ngày 13/2/2019.

Có thể nhận thấy, pháp luật tố tụng dân sự của một số quốc gia trên thế giới đã cho phép chủ thể có quyền khởi kiện ủy quyền cho cá nhân khác khởi kiện thay. Vì vậy, thiết nghĩ nhà làm luật của Việt Nam cần cân nhắc đến tính khả thi của quy định này để có thể đưa ra hướng dẫn hoặc quy định cụ thể trong vấn đề thực hiện quyền khởi kiện để đảm bảo việc áp dụng pháp luật của các tòa án được thống nhất, đảm bảo tính công bằng trong xã hội cũng như bảo vệ kịp thời quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể có quyền khởi kiện. Cụ thể, cần sửa đổi, bổ sung BLTTDS 2015 và các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan về việc cá nhân được ủy quyền cho cá nhân khởi kiện vụ án dân sự như sau:

Sửa đổi, bổ sung khoản 4 Điều 85 BLTTDS 2015: “*Cá nhân có quyền ủy quyền cho cá nhân hoặc pháp nhân khác khởi kiện, tham gia tố tụng tại tòa án có thẩm quyền để yêu cầu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình, trừ những trường hợp không được ủy quyền tham gia tố tụng theo quy định Bộ luật Tố tụng Dân sự*”.

Văn bản hướng dẫn thi hành Điều 189 BLTTDS 2015 cần quy định: “*Người đại diện ủy quyền của cá nhân khởi kiện phải ký tên vào phần cuối đơn. Kèm theo đơn khởi kiện, người đại diện ủy quyền phải xuất trình được hợp đồng ủy quyền hợp pháp với phạm vi ủy quyền được xác định rõ bao gồm cả ủy quyền đứng đơn khởi kiện*”.

Sửa đổi, bổ sung cách ghi mẫu đơn khởi kiện trong trường hợp này: “*Cá nhân được ủy quyền ký vào phần cuối đơn khởi kiện. Trong trường hợp này, các văn bản tố tụng phải ghi rõ tên nguyên đơn là cá nhân ủy quyền và tên người được ủy quyền là cá nhân, tổ chức được ủy quyền*”.

# HỌC THUYẾT LẠM DỤNG QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ VÀ HÀNH VI VI PHẠM PHÁP LUẬT CẠNH TRANH CỦA CHỦ SỞ HỮU QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ

*Bùi Thị Hằng Nga\**

**Tóm tắt:** Bài viết nghiên cứu các khía cạnh liên quan đến Học thuyết lạm dụng quyền sở hữu trí tuệ nhằm làm rõ cơ sở để xem xét, đánh giá một hành vi của chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ có bị xem là lạm dụng hay không trong mối quan hệ với pháp luật cạnh tranh; đồng thời cho thấy, độc quyền sở hữu trí tuệ đã được pháp luật sở hữu trí tuệ thừa nhận là việc làm cần thiết nhằm đảm bảo quyền lợi hợp pháp của chủ sở hữu cũng như bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh, góp phần phát triển kinh tế quốc gia.

**Abstract:** The article studies aspects relating to the doctrine of intellectual property misuse with an aim to examine and assess whether a conduct of an owner of intellectual property is deemed as misuse in light of competition law. At the same time, it highlights that the exclusivity of intellectual property recognized under intellectual property law is a necessity to ensure legitimate rights and interests of the owner as well as a healthy competitive environment, contributing to the national development.

## 1. Đặt vấn đề

Được thừa nhận và phát triển bởi Tòa án tại Hoa Kỳ vào cuối thế kỷ XX, Học thuyết lạm dụng quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) (đầu tiên là sáng chế) được đề cập đến như một cách thức bảo vệ các bên bị cáo buộc có hành vi vi phạm độc quyền sáng chế, khi họ chứng minh được chủ sở hữu quyền SHTT đã cố gắng mở rộng tính độc quyền của quyền SHTT vượt quá giới hạn cho phép của pháp luật và gây hạn chế cạnh tranh<sup>1</sup>. Dưới góc nhìn của tòa án, Học thuyết lạm dụng quyền SHTT được xem như một công cụ chống lại các hành vi sử dụng quyền SHTT gây hạn chế cạnh tranh. Tuy nhiên, trên thực tế không phải hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh cũng chính là

hành vi lạm dụng quyền SHTT để pháp luật tước bỏ độc quyền của chủ sở hữu<sup>2</sup>. Do đó, nếu tòa án áp dụng Học thuyết lạm dụng quyền SHTT không cẩn trọng có thể sẽ tác động tiêu cực đến quyền lợi hợp pháp của chủ sở hữu, ngăn cản hoạt động nghiên cứu, sáng tạo của các chủ thể.

## 2. Khái quát chung về Học thuyết lạm dụng quyền sở hữu trí tuệ

Học thuyết lạm dụng quyền SHTT (A misuse doctrine) được đề cập và phát triển từ một loạt các quyết định của Tòa án tối cao tại Hoa Kỳ vào đầu thế kỷ XX nhằm giải thích cho câu hỏi: Liệu chủ sở hữu

\* Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Thomas F. Cotter (2007), *Misuse*, Scholarship Repository University of Minnesota Law School, p. 902.

<sup>2</sup> “Tại Hoa Kỳ, trong giai đoạn từ năm 1983-2008 có khoảng 300 vụ việc liên quan đến hạn chế cạnh tranh nhưng chỉ có 21 vụ việc được Tòa án kết luận là lạm dụng quyền SHTT”; theo Daryl Lim - John Marshall Law School (2014), *Patent Misuse and Antitrust: Rebirth or False Dawn?*, Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Volume 20, Issue 2, p.313.

quyền SHTT (bằng sáng chế) có quyền thực thi bằng sáng chế chống lại những chủ thể khác hay không<sup>3</sup>.

Học thuyết lạm dụng quyền SHTT lần đầu tiên được đề cập vào năm 1917 trong vụ việc *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*

Công ty *Motion Picture Patents* (MPP) là chủ thể được trao quyền khai thác các sáng chế liên quan đến máy ảnh và máy chiếu hình ảnh chuyển động (máy chiếu phim theo nguyên tắc chuyển động của các tấm ảnh). Công ty MPP cho phép công ty *Precision Machine Company* (PMC) được sản xuất và bán máy móc chứa được sáng chế này nhưng kèm theo điều kiện: *Tất cả các máy được công ty PMC sản xuất và bán phải kèm theo một thông báo: Việc mua và bán máy này chỉ được phép sử dụng để chiếu các bức ảnh chuyển động là sản phẩm của các sáng chế đã được bảo hộ bởi văn bằng số 12.192 và được cho phép sử dụng bởi MPP.* Hay nói cách khác, MPP đã đặt ra yêu cầu máy chiếu phim này chỉ được phép sử dụng để chiếu các phim do phía MPP cho phép hoặc chỉ định<sup>4</sup>.

PMC đã sản xuất và bán một trong những máy được cấp bằng sáng chế cho chủ sở hữu của *Playhouse Seventy-Second Street* (một rạp hát trên đường 72 New York), kèm theo thông báo cần thiết như trên. Vào ngày 02/11/1914, Công ty giải trí Prague (Prague) đã thuê rạp hát và mua lại chiếc máy này như một phần thiết bị của rạp hát được cho thuê. Ngoài ra, vào thời điểm đó, Công ty sản xuất phim Universal (Universal) đã sản xuất hai bộ phim được

cung cấp cho Prague. Prague đã sử dụng máy này để chiếu phim do Công ty Universal sản xuất. MPP đã gửi thư phản đối cáo buộc vi phạm bằng sáng chế của mình, và sau đó kiện Universal, Prague, cũng như chủ sở hữu rạp hát. Tuy nhiên, phía Công ty Universal đã phản bác yêu cầu của MPP với lập luận việc sử dụng máy chứa đựng sáng chế không thể bị giới hạn bởi các điều khoản trong thông báo được dán trên máy bởi chủ sở hữu bằng sáng chế.

Tòa án đã bác bỏ yêu cầu của MPP với lập luận: *Không thể sử dụng sáng chế trên công nghệ máy chiếu để kiểm soát việc mua bán phim. Ràng buộc này nằm ngoài phạm vi của bằng sáng chế.* Phán quyết này đã đặt nền móng cho Học thuyết lạm dụng quyền SHTT (đầu tiên áp dụng đối với bằng sáng chế sau đó mở rộng cho các đối tượng SHTT khác) như một cách thiết lập “giới hạn” độc quyền đối với sáng chế của chủ sở hữu.

Tuy nhiên, phải đến năm 1942 thông qua phán quyết của vụ việc *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.* thì Tòa án tối cao mới chính thức đưa ra tuyên bố liên quan đến các khía cạnh cụ thể của học thuyết này<sup>5</sup>.

Theo đó, phía Công ty Suppiger - chủ thể được cấp bằng sáng chế đối với thiết bị sản xuất viên muối - được sử dụng rộng rãi trong ngành thực phẩm đóng hộp. Sau đó, phía Công ty Suppiger chỉ đồng ý cho các nhà máy đóng hộp thực phẩm thuê hệ thống thiết bị này với điều kiện các nhà máy đó phải mua muối từ Công ty Suppiger.

Công ty Morton cũng là một doanh nghiệp sản xuất và cho thuê máy làm muối

<sup>3</sup> Thomas F. Cotter (2006), *The Procompetitive Interest in Intellectual Property Law*, University of Minnesota Law School, p. 499.

<sup>4</sup> Thomas F. Cotter (2007), như chú thích 1, p. 905.

<sup>5</sup> Daryl Lim - John Marshall Law School (2014), *Patent Misuse and Antitrust: Rebirth or False Dawn?*, Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Volume 20, Issue 2, p. 315.

viên. Đồng thời, phía Công ty Morton cũng chỉ cho các công ty đồng hợp thực phẩm thuê máy này với điều kiện họ phải mua muối được sản xuất bởi các công ty con của Morton.

Công ty Suppiger đã kiện Morton vi phạm bằng sáng chế vì đã bán muối cho khách hàng của họ. Tòa án đã bác bỏ cáo buộc đó với các lý do:

- Bản thân bị đơn (Công ty Morton) không phải là một bên trong thỏa thuận cấp phép hạn chế;

- Việc sử dụng bằng sáng chế đó không vi phạm đạo luật Clayton về chống độc quyền vì chúng không làm giảm đáng kể sự cạnh tranh hoặc có xu hướng tạo ra sự độc quyền trên thị trường muối viên;

- Máy của bị đơn được sản xuất trong phạm vi cho phép của bằng sáng chế<sup>6</sup>.

Đồng thời, tòa án cũng chỉ ra rằng, bằng sáng chế không thể được sử dụng nhằm hạn chế cạnh tranh trong việc tiếp cận các mặt hàng không liên quan đến sáng chế. Điều đó sẽ bị xem là lạm dụng và vi phạm chính sách công. Do đó, nếu Công ty Suppiger vẫn muốn kiểm soát việc mua bán muối trên thị trường thì họ không có quyền ngăn cản chủ thể khác bán hoặc cho thuê máy đóng muối viên dù họ đang là chủ sở hữu bằng sáng chế. Bởi lẽ, độc quyền từ quyền SHTT là độc quyền trong giới hạn và chủ sở hữu không thể sử dụng nó để hạn chế thương mại.

Do đó, dựa trên nguyên tắc công bằng, tòa án đã lập luận rằng: “*Yêu cầu của nguyên đơn bị từ chối bởi họ đã thực hiện quyền (dù quyền đó được pháp luật bảo vệ thông qua việc cấp bằng sáng chế) trái với lợi ích công cộng*”. Đồng thời, tòa án cũng tuyên bố rằng: “*Việc sử dụng bằng sáng chế*

*nhằm mục đích loại bỏ sự cạnh tranh đối với các sản phẩm không liên quan đến bằng sáng chế có thể bị tước quyền đối với sáng chế đã được bảo hộ*”<sup>7</sup>.

Sau phán quyết đó, Học thuyết lạm dụng quyền SHTT được thừa nhận, nó được sử dụng để chống lại các cáo buộc vi phạm độc quyền sáng chế hoặc các đối tượng SHTT khác. Theo đó, khi một chủ thể bị khởi kiện (bị đơn) có hành vi vi phạm độc quyền đối với bằng sáng chế từ chủ sở hữu sáng chế đó (nguyên đơn) và không muốn phải gánh chịu các chế tài (chấm dứt hành vi vi phạm và bồi thường thiệt hại cho nguyên đơn), thì bị đơn có thể chứng minh rằng, nguyên đơn đã có hành vi lạm dụng quyền SHTT. Điều đó chỉ được thừa nhận nếu bị đơn chứng minh được rằng nguyên đơn đã: (i) Thực hiện quyền SHTT vượt quá phạm vi cho phép của pháp luật SHTT; (ii) Tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh<sup>8</sup>.

Theo đó, để chứng minh hành vi của một chủ thể bị xem là vi phạm Học thuyết lạm dụng quyền SHTT và bị xóa bỏ độc quyền đã được Nhà nước thừa nhận trước đó thông qua văn bằng bảo hộ thì các chủ thể có liên quan cần chứng minh được:

(i) *Thực hiện quyền sở hữu trí tuệ vượt quá phạm vi cho phép của pháp luật SHTT (chủ thể đã có hành vi lạm dụng quyền)*

Về nguyên tắc, chủ thể quyền SHTT chỉ được phép thực hiện quyền của mình trong phạm vi và thời hạn bảo hộ theo quy định của pháp luật. Đồng thời, việc thực hiện quyền SHTT cũng không được xâm phạm lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng,

<sup>7</sup> Thomas F. Cotter (2006), như chú thích 3, p. 499.

<sup>8</sup> Daryl Lim (2013), *Patent Misuse and Antitrust Law: Empirical, Doctrinal and Policy Perspectives*, Published By Edward Elgar Publishing Limited, p. 38-40.

<sup>6</sup> Daryl Lim - John Marshall Law School (2014), *tdtd*, p. 31.

quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân khác cũng như không được vi phạm các quy định khác của pháp luật có liên quan<sup>9</sup>.

“...lạm dụng quyền SHTT được hiểu là việc sử dụng quyền SHTT sai với nguyên tắc, mục tiêu mà quyền SHTT đề ra”<sup>10</sup>.

Tuy nhiên, điều này dường như đang mang tính ép buộc đối với chủ sở hữu, bởi lẽ bản thân chủ sở hữu sẽ được toàn quyền sử dụng quyền SHTT, đặc biệt khi quyền đó đã được pháp luật thừa nhận và bảo vệ. Do đó, để đánh giá hành vi của chủ sở hữu là lạm quyền thì cần phải xem xét hệ quả của hành vi đó. Vậy nên, chúng ta cần phải thừa nhận rằng: Lạm dụng chỉ xảy ra nếu việc sử dụng đó gây thiệt hại đến quyền và lợi ích hợp pháp của người khác.

Bởi rõ ràng, quyền SHTT không mặc nhiên mang lại cho chủ sở hữu sự độc quyền trên thị trường liên quan mà nó chỉ có thể là một yếu tố giúp chủ sở hữu có được sức mạnh thị trường và đương nhiên, điều đó không thể vi phạm pháp luật độc quyền, luật cạnh tranh, chưa kể chủ sở hữu có quyền được “tận hưởng” các lợi ích kinh tế mà nó mang lại cho mình.

Do đó, để chứng minh chủ thể có hành vi lạm quyền, cần phải chứng minh được rằng chủ sở hữu đã thực hiện quyền SHTT vượt quá phạm vi cho phép và hành vi đó đã xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của thể khác ngoài lợi ích Nhà nước, lợi ích công cộng. Đây là một việc làm không phải dễ dàng vì quyền và lợi ích hợp pháp của người khác là một thuật ngữ rất rộng. Hơn nữa, cũng không loại trừ người khác ở đây chính là người trực tiếp sử dụng, đồng thời

là đối thủ cạnh tranh của chủ sở hữu quyền SHTT.

Vậy nên, việc xem xét, đánh giá hành vi của chủ thể có bị xem là lạm quyền SHTT hay không phải được đánh giá trong bối cảnh cụ thể với mối tương quan giữa quyền tài sản của chủ sở hữu với quyền và lợi ích của các chủ thể khác.

(ii) Tác động tiêu cực tới cạnh tranh

Tiêu chí thứ hai để xem xét hành vi cụ thể của chủ thể là hành vi lạm dụng quyền SHTT nếu nó gây ra các tác động loại trừ, làm giảm, sai lệch hoặc cản trở cạnh tranh trên thị trường. Bao gồm hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường và lạm dụng vị trí độc quyền<sup>11</sup>.

Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là hành vi thỏa thuận giữa các bên dưới mọi hình thức gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh.

Lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền là hành vi của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh.

Tuy vậy, xét dưới khía cạnh ý chí của chủ sở hữu thì hành vi bị xem là hành vi lạm dụng quyền SHTT chính là các hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền có được từ quyền SHTT gây hạn chế cạnh tranh. Do vậy, xác định sức mạnh thị trường của chủ thể là một trong những yêu cầu quan trọng để xác định hành vi lạm quyền.

Việc áp dụng Học thuyết lạm dụng quyền SHTT phải được thực hiện theo nguyên tắc lập luận hợp lý cho từng vụ việc, hoàn cảnh điều kiện nhất định. Tòa án, các thẩm phán không thể đặt ra các nguyên tắc

<sup>9</sup> Điều 7 Luật SHTT năm 2005.

<sup>10</sup> Lê Nét (2006), *Quyền SHTT (Tài liệu bài giảng)*, Nxb. Đại học quốc gia, tr. 210.

<sup>11</sup> Khoản 2 Điều 3 Luật Cạnh tranh năm 2018.

cứng nhắc trong việc xem xét một hành vi của chủ sở hữu sẽ bị xem là lạm dụng quyền SHTT. Để chứng minh được điều đó thì các chủ thể cần phải phân tích, đánh giá 4 yếu tố:

- Có sự mở rộng quyền SHTT quá mức:

Chủ sở hữu tài sản trí tuệ đã thực hiện các hành vi vượt quá giới hạn đã được thừa nhận bởi văn bằng bảo hộ và pháp luật SHTT.

- Áp đặt điều kiện: Chủ sở hữu đã đưa ra các yêu cầu như là điều kiện chuyển giao (cấp phép) quyền SHTT.

- Có hành vi ép buộc: Chủ sở hữu sử dụng sức mạnh thị trường, vị trí độc quyền có được từ quyền SHTT để ép buộc người nhận chuyển giao (được cấp phép) bắt buộc phải chấp nhận các yêu cầu đó nếu muốn được chuyển giao.

- Không có sự biện minh hợp lý: Chủ sở hữu đã không thể chứng minh được lý do hợp lý khi đặt ra các yêu cầu đó trong hợp đồng chuyển giao (cấp phép)<sup>12</sup>.

Các vụ việc tiếp theo đã mở rộng các khía cạnh liên quan đến phán quyết của tòa án, ví dụ như sự lạm quyền có thể được xem xét dưới hình thức ấn định tỷ lệ chiết khấu cho việc bán các sản phẩm không liên quan đến sáng chế được chuyển giao trong vụ việc *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc*<sup>13</sup>. Hoặc chỉ đồng ý chuyển giao sáng chế với điều kiện bên nhận chuyển giao vẫn tiếp tục trả phí bản quyền

sau khi thời hạn bảo hộ sáng chế đã hết trong vụ việc *Brulotte v. Thys*<sup>14</sup>.

Ngoài ra, trong quá trình vận dụng học thuyết, tòa án các bang cũng chỉ ra thêm một số hành vi cũng sẽ bị cáo buộc là lạm dụng quyền SHTT như: Ràng buộc bán kèm hoặc chuyển giao cả gói, hoặc đặt ra yêu cầu “không được sử dụng các sản phẩm của đối thủ cạnh tranh”<sup>15</sup>.

Rõ ràng, Học thuyết lạm dụng quyền SHTT đóng một vai trò quan trọng trong việc ngăn chặn các hành vi hạn chế cạnh tranh của chủ sở hữu trong quá trình thực thi quyền SHTT. Tuy nhiên, việc đó chỉ được thực hiện có hiệu quả nếu chúng ta xác định được giới hạn hay điều kiện để đánh giá hành vi lạm dụng. Nếu không, nó sẽ ảnh hưởng tiêu cực đến động lực nghiên cứu, sáng tạo của các chủ thể đồng thời gây hại cho lợi ích của người tiêu dùng.

### 3. Lạm dụng quyền sở hữu trí tuệ và hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh

Từ những phân tích ở trên, chúng ta thấy rằng, Học thuyết lạm dụng quyền SHTT liên quan mật thiết với Luật Chống độc quyền (Luật Cạnh tranh), thậm chí có một số quan điểm cho rằng, quan hệ giữa chúng giống như là chị em sinh đôi<sup>16</sup>. Tuy nhiên, khác biệt với hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh, hành vi lạm dụng quyền SHTT có thể được thực hiện dưới dạng không hành động của chủ sở hữu (không khai thác hoặc không cho phép chủ thể khác khai thác bản quyền). Do đó, tòa án cũng đã

<sup>12</sup> Jeffery B. Fromm and Robert A. Skitol (2003), *Harmonization of the IP Misuse Doctrine and Antitrust Law: A Call for Help from the Agencies and Congress*, p. 7.

<sup>13</sup> Xem thêm thông tin được đăng tải tại <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/100/>, truy cập ngày 20/4/2020.

<sup>14</sup> Nội dung chi tiết được đăng tải tại <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/29/>, truy cập ngày 20/4/2020.

<sup>15</sup> Thomas F. Cotter (2007), như chú thích 1, p. 910.

<sup>16</sup> Aaron Xavier Fellmeth (1998), *Copyright Misuse and the Limits of the Intellectual Property Monopoly*, *Journal of Intellectual Property Law*, Volume 6, Issue 1, Article 2, p. 11.

khẳng định rằng: “*Lạm dụng có thể phát sinh khi điều kiện vi phạm chống độc quyền không được đáp ứng (trong một vài ngoại lệ) mà không thể xác định chính xác những điều kiện đó là gì*”<sup>17</sup>. Tuy nhiên, chủ sở hữu sẽ không bị khởi kiện/cáo buộc là lạm dụng quyền SHTT trừ khi hành vi đó vi phạm pháp luật cạnh tranh. Vì vậy, phần lạm dụng sáng chế trong Đạo luật sáng chế (1988) của Hoa Kỳ đã bổ sung thêm quy định tại Điều 271, cụ thể:

Điều 271(d) yêu cầu bị đơn phải chứng minh người được cấp bằng sáng chế có sức mạnh thị trường thay vì mặc nhiên giả định rằng, bằng sáng chế trao cho chủ sở hữu sức mạnh thị trường như trước đó. Cụ thể, hành vi (1) từ chối chuyển giao quyền SHTT, (2) đặt ra các điều kiện chuyển giao hoặc chuyển giao cả gói/bán kèm của chủ sở hữu, sẽ không bị xem là hành vi lạm dụng quyền SHTT nhằm tước bỏ độc quyền của họ trừ trường hợp chứng minh được chủ sở hữu sáng chế có sức mạnh thị trường trên thị trường liên quan đến bằng sáng chế hoặc sản phẩm phái sinh từ bằng sáng chế hoặc sản phẩm được bán kèm theo bằng sáng chế<sup>18</sup>.

Sau đó, các phán quyết của Tòa Phúc thẩm Liên bang liên quan đến việc lạm dụng quyền SHTT luôn phải thể hiện rõ “...*việc lạm dụng sáng chế là một nỗ lực mở rộng vô hạn phạm vi bảo hộ hoặc thời hạn bảo hộ nhằm hạn chế cạnh tranh*”<sup>19</sup>.

Do đó, để kết luận xem hành vi của chủ sở hữu có bị xem là lạm dụng quyền SHTT hay không phải được thực hiện thông qua 2 bước:

(i) Xem hành vi đó là lạm dụng hoặc có dấu hiệu của sự lạm dụng.

Thông thường hành vi lạm dụng quyền SHTT đối với sáng chế sẽ được thể hiện dưới một trong các hình thức sau:

- Thỏa thuận bán kèm, chuyển giao có ràng buộc;
- Ghi nhận các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng chuyển giao sáng chế;
- Chuyển giao cả gói;
- Từ chối chuyển giao<sup>20</sup>.

(ii) Phân tích, đánh giá ảnh hưởng của sự lạm dụng đó với môi trường cạnh tranh. Việc phân tích, đánh giá dấu hiệu của sự lạm dụng hay không phải chứng minh được 2 tiêu chí: a) Có các dấu hiệu của sự lạm dụng<sup>21</sup> và b) Có bằng chứng cho rằng, chủ thể bị cáo buộc có sức mạnh thị trường theo quy định tại Điều 271(d).

Trong quá trình xem xét, đánh giá đối với một hành vi cụ thể để chứng minh có sự lạm dụng quyền SHTT hay không thì việc đó phải được thực hiện trên nguyên tắc lập luận hợp lý có tính đến các yếu tố: Thông tin về các doanh nghiệp trên thị trường liên quan, hiện trạng của thị trường trước và sau khi có sự hạn chế (lạm quyền), lịch sử, bản chất và tác động của các hạn chế đó... Với việc đánh giá đầy đủ các khía cạnh liên quan đến các hạn chế, tòa án sẽ xem xét một hành vi của chủ sở hữu sáng chế có bị xem là lạm quyền và bị tước bỏ quyền năng của mình theo Học thuyết lạm dụng quyền SHTT hay không.

Trong vụ việc *Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc.*, tòa án đã bác bỏ khởi kiện của nguyên đơn khi cho rằng, Công ty

<sup>17</sup> Thomas F. Cotter (2007), như chú thích 1, p. 903.

<sup>18</sup> Thomas F. Cotter (2007), như chú thích 1, p. 911.

<sup>19</sup> Thomas F. Cotter (2006), như chú thích 3, p. 500.

<sup>20</sup> Aaron Xavier Fellmeth (1998), tldd, p. 25.

<sup>21</sup> Dấu hiệu đó có thể là ấn định tỷ lệ chiết khấu cho việc bán các sản phẩm không liên quan đến sáng chế được chuyển giao hoặc yêu cầu bên nhận chuyển giao vẫn tiếp tục trả phí bản quyền sau khi thời hạn bảo hộ sáng chế đã hết.

Mallinckrodt đã lạm dụng quyền SHTT. Theo đó, Công ty Mallinckrodt đã bán các thiết bị y tế mà mình được cấp bằng sáng chế cho các bệnh viện với yêu cầu các thiết bị ấy chỉ được phép sử dụng một lần. Tuy vậy, một số bệnh viện đã bỏ qua yêu cầu này. Họ gửi các thiết bị đã qua sử dụng đến Công ty Medipart phục hồi và sau đó sử dụng lại. Công ty Mallinckrodt đã khởi kiện Công ty Medipart và các bệnh viện vì vi phạm bằng sáng chế và các thỏa thuận trong hợp đồng. Tuy nhiên, phía Công ty Medipart đã phản tố, cho rằng Công ty Mallinckrodt đã lạm dụng quyền SHTT.

Sau khi xem xét, đánh giá các yếu tố có liên quan tòa án đã kết luận rằng, hạn chế này là cần thiết, phù hợp với bản chất và công dụng của các thiết bị y tế nên đã bác bỏ yêu cầu của Công ty Medipart<sup>22</sup>.

Tương tự như cách lập luận trên, gần đây, liên quan đến việc chuyển giao cả gói của Phillips, tòa án cũng kết luận rằng, yêu cầu chuyển giao cả gói của Phillips không cấu thành hành vi lạm dụng bằng sáng chế<sup>23</sup>.

Theo đó, công ty Phillips sở hữu một danh mục các bằng sáng chế về công nghệ liên quan đến đĩa Compact. Một trong số đó được xem là điều kiện thiết yếu, cần thiết đối công nghệ sản xuất đĩa CD. Phía công ty Phillips đã sử dụng điều kiện thiết yếu này nhằm đặt ra yêu cầu: Tiền bản quyền sẽ được xác định dựa trên số lượng CD mà bên nhận chuyển giao sản xuất thay vì dựa trên số lượng sáng chế mà họ sử dụng. Nếu không, phía Phillips sẽ từ chối chuyển giao.

Sau đó, phía công ty Phillips đã khởi kiện 3 doanh nghiệp đã được cấp phép của họ vì ba chủ thể này đã ngừng trả phí bản

quyền do không trực tiếp sản xuất đĩa CD tại Hoa Kỳ mà thay vào đó là nhập khẩu các đĩa CD được sản xuất bên ngoài lãnh thổ vào thị trường Hoa Kỳ. Tuy nhiên, phía các bị đơn đã phản bác và cho rằng, Phillips đã có hành vi lạm dụng sáng chế khi đặt ra các điều kiện ràng buộc vô lý để được chuyển giao. Thẩm phán và Ủy ban Thương mại (ITC) đã đồng tình với luận điểm đó của bị đơn và cho rằng, phía Phillips có hành vi lạm dụng sáng chế trong công nghệ sản xuất đĩa CD cho nên độc quyền về sáng chế đó sẽ bị tước bỏ và hành vi của các bị đơn được coi là không vi phạm.

Sau đó, Tòa án Liên bang đã bác bỏ lập luận nêu trên và cho rằng, hành vi của Phillip không phải là lạm dụng sáng chế mặc dù Phillips có sức mạnh thị trường đáng kể trên thị trường liên quan. Bởi lẽ, việc đánh giá xem hành vi của một chủ thể có bị xem là lạm dụng hay không phải được xem xét trên nguyên tắc lập luận hợp lý (Rule of reason) thay vì nguyên tắc vi phạm mặc nhiên (Per se). Cụ thể, đối với trường hợp trên, Phillips không yêu cầu bên nhận chuyển giao phải nhận chuyển giao tất cả các sáng chế không cần thiết (không quan trọng) và quan trọng hơn là họ cũng không phải trả tiền bản quyền cho các sáng chế không quan trọng này. Thêm vào đó, Phillips tính tiền bản quyền dựa trên số lượng CD họ sản xuất chứ không tính trên tổng số các sáng chế mà họ nhận chuyển giao.

Xét về lợi ích của bên nhận chuyển giao, điều kiện này sẽ có lợi cho họ khi sau này sẽ có thêm các sáng chế khác có liên quan, đồng thời việc đó sẽ giúp việc công bố và sử dụng các sáng chế được rộng rãi và hiệu quả hơn, mang lại lợi ích cao hơn cho cộng đồng. Tòa án cũng viện dẫn một số các lợi ích thúc đẩy cạnh tranh của việc cấp phép theo gói, đặc biệt là giảm chi phí giao dịch tương tự

<sup>22</sup> Thomas F. Cotter (2006), như chú thích 3, p. 501-502.

<sup>23</sup> Thomas F. Cotter (2007), như chú thích 1, p. 920.

nhu cách thực hiện của Hiệp hội các nhà soạn nhạc, tác giả và nhà sản xuất/xuất bản Hoa Kỳ (the American Society of Composers, Authors and Publishers - ASCAP) để khẳng định lại “việc chuyển giao có ràng buộc/chuyển giao cả gói phải được xem xét, đánh giá theo nguyên tắc lập luận hợp lý chứ không thể thực hiện theo nguyên tắc vi phạm mặc nhiên”<sup>24</sup>.

Thông qua trường hợp của Phillips, tòa án đã thừa nhận việc đánh giá một hành vi là lạm dụng quyền SHTT đôi khi còn khó khăn hơn việc đánh giá hành vi vi phạm luật chống độc quyền.

Bởi lẽ, dưới góc độ kinh tế, việc bán hai hoặc nhiều món hàng cùng với nhau là hoạt động bình thường trong hoạt động kinh doanh. Do đó, các nhà nghiên cứu kinh tế cho rằng, hành vi bán kèm một món hàng cùng một món khác sẽ mang tính cạnh tranh hơn là hạn chế cạnh tranh. Ví dụ như A là người được cấp bằng sáng chế cho hai phát minh X và Y, cả hai sáng chế này cùng liên quan đến một công nghệ sản xuất. Trong đó, X được xem là phát minh quan trọng không có khả năng thay thế, nên bằng sáng chế X sẽ có sức mạnh trên thị trường. Bằng sáng chế Y là một phát minh phổ biến hơn bởi tính tương tự như các phát minh C, D, E đã được cấp bằng sáng chế trước đó.

Trong trường hợp này, để tối đa hóa lợi nhuận, A đưa ra điều kiện sẽ chuyển giao bằng sáng chế X với giá 50\$ và bằng sáng chế Y với giá 10\$, bằng với mức giá mà các sáng chế C, D, E của các chủ thể khác đang chuyển giao. Nhưng, nếu bên nào nhận chuyển giao cả X và Y thì giá cả gói sẽ là 55\$. Rõ ràng, với điều kiện đó X không hề tước bỏ khả năng lựa chọn của các bên nhận

chuyển giao, thậm chí còn mang lại lợi ích cho họ. Hay nói cách khác, trong trường hợp này việc chuyển giao cả gói đó là hợp lý và không thể bị xem là vi phạm. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, yêu cầu chuyển giao cả gói lại bị xem là vi phạm pháp luật cạnh tranh và cần được ngăn cấm, loại trừ<sup>25</sup>.

Một câu hỏi được đặt ra liệu có trường hợp nào lạm dụng quyền SHTT không liên quan đến pháp luật cạnh tranh/pháp luật chống độc quyền, và dường như câu trả lời là không<sup>26</sup>. Bởi lẽ, để xem xét hành vi của một chủ thể là lạm dụng quyền thì luôn cần hai yếu tố: (1) Vượt quá giới hạn cho phép của văn bằng bảo hộ và (2) Gây tác động hạn chế cạnh tranh.

Vì vậy, các học giả cho rằng, Học thuyết lạm dụng quyền SHTT thực chất chính là các nguyên tắc nhằm xử lý hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền có được từ việc nắm giữ quyền SHTT theo quy định của pháp luật cạnh tranh<sup>27</sup>. Yếu tố cho thấy sự liên quan của hành vi lạm dụng quyền SHTT và lạm dụng vị trí thống lĩnh,

<sup>25</sup> Liên quan đến chuyển giao cả gói xem thêm Bùi Thị Hằng Nga, *Thỏa thuận bán kèm trong hợp đồng chuyển quyền sử dụng quyền SHTT dưới góc nhìn của pháp luật cạnh tranh*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 18/2017.

<sup>26</sup> Hiện nay, các hành vi lạm dụng quyền SHTT thường được thể hiện dưới một trong các hình thức sau:

- (1) Ràng buộc bán kèm;
- (2) Các điều khoản hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng chuyển giao/cấp phép;
- (3) Chuyển giao/cấp phép cả gói;
- (4) Từ chối chuyển giao/cấp phép;

Xem thêm Aaron Xavier Fellmeth (1998), *Copyright Misuse and the Limits of the Intellectual Property Monopoly*, Journal of Intellectual Property Law (university of georgia), Volume 6, Issue 1, p. 25.

<sup>27</sup> Myers, Gary (2007), *The Intersection Of Antitrust and Intellectual Property: Cases and Materials*, p. 55-56.

<sup>24</sup> Thomas F. Cotter (2007), như chú thích 1, p. 920.

vị trí độc quyền theo luật cạnh tranh: (i) Cho phép đối thủ cạnh tranh và người tiêu dùng chống lại hành vi lạm dụng; (ii) Tạo ra một hình thức xử phạt bổ sung dưới góc độ pháp luật SHTT (xóa bỏ độc quyền sáng chế), bên cạnh hình thức xử phạt do vi phạm pháp luật cạnh tranh.

Tuy nhiên, không phải bất kỳ hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh của chủ sở hữu quyền SHTT đều bị xem là hành vi lạm dụng quyền SHTT để tước bỏ quyền độc quyền của chủ sở hữu. Điều đó cần được phân tích, đánh giá một cách cẩn trọng trong mối tương quan giữa bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh và độc quyền mặc nhiên của quyền SHTT. Do vậy, tương tự như nguyên tắc áp dụng pháp luật cạnh tranh trong lĩnh vực SHTT, với mục đích khuyến khích các chủ thể sáng tạo, công bố các phát minh, sáng chế nhằm mang lại lợi ích cho cộng đồng; tòa án cần cân nhắc một cách cẩn trọng trước khi đưa ra phán quyết hành vi của chủ sở hữu có lạm quyền hay không. Để đảm bảo việc đó, nhất thiết trong hệ thống pháp luật quốc gia cần phải ghi nhận hai nguyên tắc sau:

*Một là*, cần thừa nhận rằng: Chủ sở hữu mặc nhiên có quyền độc quyền đối với quyền SHTT. Để bảo vệ sự độc quyền đó pháp luật cần cho phép chủ sở hữu được phép thực hiện một số hành vi nhất định nhằm loại trừ các hành vi có nguy cơ xâm phạm đến sự độc quyền hợp pháp này của các chủ thể khác, đặc biệt là các đối thủ cạnh tranh.

*Hai là*, việc đánh giá hành vi lạm dụng quyền SHTT phải được xem xét theo nguyên tắc lập luận hợp lý thay vì nguyên tắc vi phạm mặc nhiên.

Tại Việt Nam, không có quy định hay cách giải thích chính thức liên quan đến

Học thuyết lạm dụng quyền SHTT. Tuy nhiên, chúng ta có thể thấy “dấu ấn” của nó thông qua quy định yêu cầu bắt buộc chuyển giao đối với chủ sở hữu quyền SHTT. Theo đó, trong các trường hợp: *Người có nhu cầu sử dụng sáng chế không đạt được thỏa thuận với người nắm độc quyền sử dụng sáng chế về việc ký kết hợp đồng sử dụng sáng chế mặc dù trong một thời gian hợp lý đã cố gắng thương lượng với mức giá và các điều kiện thương mại thỏa đáng; người nắm độc quyền sử dụng sáng chế bị coi là thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh bị cấm theo quy định của pháp luật về cạnh tranh*<sup>28</sup>, chủ sở hữu quyền SHTT bị xem là lạm dụng quyền SHTT và lúc này pháp luật SHTT không bảo vệ độc quyền đối với các sáng chế đã được cấp văn bằng bảo hộ nữa. Đó chính là một trong những khía cạnh của Học thuyết lạm dụng quyền SHTT.

Mặc dù, việc thực thi quy định này còn nhiều vấn đề cần nghiên cứu làm sáng tỏ<sup>29</sup>, cũng như cần phải cân nhắc trong việc khẳng định rằng, hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh là hành vi lạm dụng quyền SHTT để loại bỏ sự độc quyền đã được Luật SHTT ghi nhận cho chủ sở hữu. Tuy nhiên, với điều khoản này, Luật SHTT năm 2005 đã thừa nhận tính liên quan giữa hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh và hành vi lạm dụng quyền SHTT. Từ đó, góp phần xây dựng các nguyên tắc nền tảng cho việc xem xét, đánh giá và xử lý các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh gắn liền với việc thực hiện quyền SHTT của chủ sở hữu.

*(Xem tiếp trang 60)*

<sup>28</sup> Khoản 1 Điều 145 Luật SHTT năm 2005.

<sup>29</sup> Xem thêm: Bùi Thị Hằng Nga, *Mối tương quan giữa Luật Cạnh tranh và Luật SHTT trong quá trình thực thi quyền SHTT*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 23 (351), tháng 12/2017.

# BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI ĐỊNH TRƯỚC DO XÂM PHẠM QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM: MỘT SỐ VẤN ĐỀ ĐẶT RA VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN

Hoàng Văn Thắng\*

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích quy định về bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ ở Việt Nam trên cơ sở so sánh với quy định của Hiệp định về các khía cạnh liên quan tới thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (TRIPS), Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) và một số quốc gia như Hoa Kỳ, Singapore, Trung Quốc. Từ đó, tác giả đề ra một số giải pháp nhằm hoàn thiện quy định về bồi thường thiệt hại định trước, góp phần nâng cao hiệu quả bảo vệ, thực thi quyền sở hữu trí tuệ ở Việt Nam.

**Abstract:** The article examines the provisions on statutory damages for an infringement of intellectual property rights in Vietnam's law by comparison with regulations in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), and some countries' laws such as the United States, Singapore and China. Finally, the article makes proposals to amend rules on statutory damages with a view to strengthen the effectiveness of the protection and enforcement of intellectual property rights in Vietnam.

Bồi thường thiệt hại định trước<sup>1</sup> được coi là một “sáng kiến”<sup>2</sup> của

Hoa Kỳ góp phần không nhỏ vào hệ thống pháp luật thực thi quyền sở hữu trí tuệ nói chung và quyền tác giả, quyền liên quan nói riêng trên phạm vi quốc tế<sup>3</sup>. Khái niệm “bồi thường thiệt hại định trước” được đưa vào các quốc gia khác trên thế giới thông qua các cam kết trong những hiệp định thương mại song phương và đa phương hay chương trình Báo cáo đặc biệt 301<sup>4</sup>. Ở Việt Nam,

\* ThS., Vụ Pháp chế và Quản lý khoa học, Viện kiểm sát nhân dân tối cao.

<sup>1</sup> Hiện nay, có 02 thuật ngữ chỉ loại bồi thường thiệt hại này bằng tiếng Anh (Hiệp định TRIPS và Hiệp định CPTPP gọi là “pre-established damages” – dịch sang tiếng Việt là “bồi thường thiệt hại định trước”; còn pháp luật của Hoa Kỳ, Singapore, Trung Quốc và nhiều quốc gia khác gọi là “statutory damages” – dịch sang tiếng Việt là “bồi thường thiệt hại luật định”). Mặc dù Thông tư liên tịch số 02/2008/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BVHTT&DL-BKH&CN-BTP ngày 03/4/2008 của Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Văn hóa Thể thao và Du lịch, Bộ Khoa học và Công nghệ và Bộ Tư pháp hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật trong việc giải quyết các tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ tại Tòa án nhân dân (Thông tư liên tịch số 02) gọi loại bồi thường thiệt hại này là “bồi thường thiệt hại luật định”, tác giả chọn cách gọi chung là “bồi thường thiệt hại định trước” để thống nhất với tên gọi trong các công ước quốc tế.

<sup>2</sup> Pamela Samuelson, Phil Hill và Tara Wheatland, “Statutory Damages: A Rarity in Copyright Laws Internationally, But for How Long?”, Journal of the Copyright Society of the U.S.A, Forthcoming; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2240569, tr. 1. Xem trên trang: <https://ssrn.com/abstract=2240569>, truy cập ngày 15/02/2020.

<sup>3</sup> Pamela Samuelson, Phil Hill và Tara Wheatland, tldd, tr. 1.

<sup>4</sup> Pamela Samuelson, Phil Hill và Tara Wheatland, tldd, tr. 3. Báo cáo đặc biệt 301 là một đánh giá thường niên về tình trạng thực thi và bảo hộ quyền

bồi thường thiệt hại định trước lần đầu tiên được đưa vào Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 như là “sự lựa chọn cuối cùng” của chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ khi yêu cầu toà án xem xét, quyết định mức bồi thường mà bên xâm phạm phải trả cho mình. Qua 02 lần sửa đổi, bổ sung Luật Sở hữu trí tuệ năm 2009 và năm 2019, quy định về bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ đã có những cải tiến nhất định, phù hợp hơn với các tiêu chuẩn quốc tế. Tuy nhiên, vẫn còn nhiều vấn đề đặt ra, đòi hỏi phải có những giải pháp mới để hoàn thiện nhằm nâng cao hiệu quả bảo vệ và thực thi quyền sở hữu trí tuệ cũng như tăng cường lợi thế cạnh tranh quốc gia, thu hút đầu tư nước ngoài và góp phần phát triển kinh tế, xã hội của đất nước.

### 1. Khái quát quy định về bồi thường thiệt hại do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ ở Việt Nam

Luật Sở hữu trí tuệ hiện hành không quy định một điều luật riêng về bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ. Quy định về bồi thường thiệt hại định trước được nêu trong một điều luật chung về bồi thường thiệt hại do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ. Do vậy, để phân tích kỹ lưỡng nội dung của quy định về bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, cần thiết phải khái quát quy định về cách tính bồi thường thiệt hại do xâm phạm các quyền này.

Khoản 11 Điều 2 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ năm 2019<sup>5</sup> quy định: “(1) Trong trường hợp nguyên đơn chứng

*minh được hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ đã gây thiệt hại về vật chất cho mình thì có quyền yêu cầu toà án quyết định mức bồi thường theo một trong các căn cứ sau đây: a) Tổng thiệt hại vật chất tính bằng tiền cộng với khoản lợi nhuận mà bị đơn đã thu được do thực hiện hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, nếu khoản lợi nhuận bị giảm sút của nguyên đơn chưa được tính vào tổng thiệt hại vật chất; b) Giá chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ với giả định bị đơn được nguyên đơn chuyển giao quyền sử dụng đối tượng đó theo hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ trong phạm vi tương ứng với hành vi xâm phạm đã thực hiện; c) Thiệt hại vật chất theo các cách tính khác do chủ thể quyền sở hữu trí tuệ đưa ra phù hợp với quy định của pháp luật; d) Trong trường hợp không thể xác định được mức bồi thường thiệt hại về vật chất theo các căn cứ quy định tại các điểm a, b và c khoản này thì mức bồi thường thiệt hại vật chất do Toà án ấn định, tùy thuộc vào mức độ thiệt hại, nhưng không quá năm trăm triệu đồng”<sup>6</sup>.*

Theo quy định này, thiệt hại do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ được tính toán trước tiên dựa trên cơ sở mức thiệt hại vật chất thực tế của chủ sở hữu quyền do hành vi xâm phạm gây ra. Thiệt hại vật chất thực tế bao gồm các khoản lợi nhuận bị giảm sút mà chủ sở hữu quyền đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ. Để đòi được khoản bồi thường này, chủ sở hữu quyền phải chứng minh được mối quan hệ nhân quả<sup>7</sup> giữa khoản lợi

sở hữu trí tuệ của các quốc gia là đối tác thương mại của Hoa Kỳ.

<sup>5</sup> Sau đây gọi tắt là Luật số 42.

<sup>6</sup> Quy định này kế thừa quy định tại khoản 1 Điều 205 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009).

<sup>7</sup> Nguyễn Phương Thảo, “Lỗi trong trách nhiệm bồi thường thiệt hại do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ -

nhuận bị giảm sút và hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ; trong khi đó, nghĩa vụ chứng minh này rất khó có thể thực hiện trên thực tế<sup>8</sup>. Trường hợp khoản lợi nhuận bị giảm sút của chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ chưa được tính vào tổng thiệt hại vật chất do không thể tính toán được, mức bồi thường thiệt hại sẽ được tính bằng khoản lợi nhuận mà bên xâm phạm quyền đã thu được từ việc thực hiện hành vi xâm phạm. Tuy nhiên, việc chứng minh mức bồi thường thiệt hại theo cách này cũng đặt ra cho chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ những rào cản tương tự, thậm chí còn lớn hơn cách tính trên do phụ thuộc chủ yếu vào “sự hợp tác” của người xâm phạm trong việc đưa ra các chứng cứ.

Nhận thấy được những khó khăn có thể xảy ra trong việc chứng minh mức thiệt hại được bồi thường theo các cách trên, các nhà làm luật đã mở ra cho chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ bị xâm phạm một “cơ hội” khác; đó là chứng minh thiệt hại trên cơ sở “*giả chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ với giả định bị đơn được nguyên đơn chuyển giao quyền sử dụng đối tượng đó theo hợp đồng sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ*”. Trên thực tế, việc chứng minh mức thiệt hại “*giả định*” này cũng không phải là

nhiệm vụ đơn giản nếu trước đó chủ sở hữu quyền chưa từng ký kết hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu trí tuệ đó hoặc giá trị của đối tượng sở hữu trí tuệ là khác nhau ở mỗi thời điểm<sup>9</sup>.

Ngoài ra, chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ có thể tự mình đưa ra các cách tính toán thiệt hại vật chất khác phù hợp với quy định của pháp luật. Đây là điểm mới của Luật số 42 so với Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009), được quy định nhằm bảo đảm sự tương thích của pháp luật về sở hữu trí tuệ Việt Nam với Hiệp định CPTPP<sup>10</sup>.

Cuối cùng, khi các cách tính toán mức bồi thường thiệt hại trên không thể thực hiện được, toà án có quyền ấn định một mức bồi thường thiệt hại vật chất không vượt quá 500 triệu đồng. Trong quá trình xác định mức thiệt hại vật chất được bồi thường theo quy định này, toà án phải xem xét đến yếu tố “*mức độ thiệt hại*” mà chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ phải chịu do hành vi xâm phạm quyền gây ra.

<sup>9</sup> Vũ Thị Hồng Yến, “*Những vướng mắc khi giải quyết tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ bằng biện pháp dân sự tại toà án*”, Tạp chí Toà án nhân dân, năm 2020, số 5, tr. 10.

<sup>10</sup> Khoản 3 và khoản 4 Điều 18.74 của Hiệp định này quy định: “(3) *Mỗi Bên phải quy định rằng trong các thủ tục tố tụng dân sự, cơ quan tư pháp của mình phải có thẩm quyền ít nhất là buộc cho người xâm phạm trả cho chủ thể quyền khoản bồi thường thiệt hại thoả đáng để đền bù cho tổn thất mà chủ thể quyền phải gánh chịu do hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ của người đó đối với người xâm phạm nào đã thực hiện hành vi xâm phạm khi biết hoặc có cơ sở hợp lý để biết điều đó; (4) Khi xác định khoản bồi thường theo khoản 3, cơ quan tư pháp của mỗi Bên phải có thẩm quyền xem xét, ngoài những thủ khác, bất kỳ cách tính giá trị hợp pháp nào mà chủ thể quyền đưa ra, trong đó có thể bao gồm lợi nhuận bị mất, giá trị của hàng hoá bị hoặc dịch vụ bị xâm phạm tính theo giá thị trường, hoặc theo giá bán lẻ được đề xuất”.*

*So sánh với quy định của Bộ luật Dân sự*”, Tạp chí Toà án nhân dân điện tử: <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/phap-luat/loi-trong-trach-nhiem-boi-thuong-thiet-hai-do-xam-pham-quyen-so-huu-tri-tue-so-sanh-voi-quy-dinh-cua-blds>, truy cập ngày 02/04/2020.

<sup>8</sup> Nguyễn Hải An, “*Thực thi pháp luật sở hữu trí tuệ thông qua hoạt động xét xử tại tòa án*”, Tạp chí Toà án nhân dân, năm 2017, số 2, tr. 7. Xem thêm: Lê Văn Súa, “*Quy định của pháp luật về bồi thường thiệt hại do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ - Kiến nghị*”, Chuyên mục nghiên cứu trao đổi, Bộ Tư pháp, năm 2016, xem trên trang: <https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1942>, truy cập ngày 02/04/2020.

## 2. Một số vấn đề đặt ra đối với quy định về bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ ở Việt Nam

### 2.1. Mức bồi thường thiệt hại định trước tối đa áp dụng cho tất cả các quyền sở hữu trí tuệ là không phù hợp

Khoản 11 Điều 2 Luật số 42 quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối đa mà tòa án có thể yêu cầu bên xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ phải trả cho chủ sở hữu quyền là 500 triệu đồng. Mức tối đa này được áp dụng chung cho tất cả các loại quyền sở hữu trí tuệ, bao gồm quyền tác giả, quyền liên quan, quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu, sáng chế. Tác giả cho rằng, quy định chung mức bồi thường thiệt hại vật chất tối đa cho tất cả các quyền sở hữu trí tuệ là không phù hợp do bản chất và giá trị của các quyền sở hữu trí tuệ là khác nhau; đồng thời, tầm quan trọng của mỗi quyền sở hữu trí tuệ đối với nền kinh tế cũng khác nhau. So sánh với quy định về mức bồi thường thiệt hại định trước của nhiều quốc gia khác trên thế giới như Nga, Trung Quốc, Hoa Kỳ và Singapore<sup>11</sup>; có thể

<sup>11</sup> Nga, Trung Quốc, Hoa Kỳ và Singapore được lựa chọn để so sánh với các lý do sau: (1) Quyền tác giả, quyền liên quan và quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu là các quyền sở hữu trí tuệ phát sinh nhiều tranh chấp nhất ở Việt Nam hiện nay (theo số liệu thống kê của Tòa án nhân dân tối cao từ ngày 01/7/2006 đến ngày 30/9/2016); (2) Theo nghiên cứu sơ bộ tại các quốc gia lớn trên thế giới, chỉ có Nga, Trung Quốc, Hoa Kỳ và Singapore quy định về bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm cả quyền tác giả, quyền liên quan và quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu giống như Việt Nam. Xem thêm: David Llewelyn, “Statutory Damages for Use of a “Counterfeit Trade Mark” and for Copyright Infringement in Singapore – A Radical Remedy in the Law of Intellectual Property or One in Need of a Rethink?”, Singapore Academy of Law Journal, năm 2016, số 28, tr. 72.

thấy Nga<sup>12</sup> là quốc gia duy nhất quy định một mức bồi thường thiệt hại định trước tối đa chung cho tất cả các quyền sở hữu trí tuệ giống như Việt Nam; trong khi đó, Trung Quốc, Hoa Kỳ và Singapore quy định hành vi xâm phạm các quyền sở hữu trí tuệ khác nhau phải chịu các mức bồi thường thiệt hại định trước tối đa khác nhau. Cụ thể, các quốc gia này quy định về các mức bồi thường thiệt hại định trước tối đa do xâm phạm các quyền sở hữu trí tuệ như sau:

Trung Quốc quy định mức bồi thường thiệt hại tối đa do xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan là 500.000 nhân dân tệ (khoảng 1,7 tỷ đồng)<sup>13</sup>; mức bồi thường thiệt hại tối đa do xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế là 1.000.000 nhân dân tệ (khoảng 3,4 tỷ đồng)<sup>14</sup>; mức bồi thường thiệt hại tối đa do xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu là 3.000.000 nhân dân tệ (khoảng 10,2 tỷ đồng)<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Các điều 1301, 1311, 1406.1 và 1515 (thuộc Phần thứ IV) Bộ luật Dân sự của Nga. Xem trên trang: <https://gss.unicreditgroup.eu/sites/default/files/markets/documents/Civil%20Code%20of%20the%20Russian%20Federation.pdf>, truy cập ngày 10/04/2020. Theo đó, Nga quy định mức bồi thường thiệt hại tối đa chung do xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan, quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu và sáng chế là 5.000.000 rub (khoảng 1,6 tỷ đồng).

<sup>13</sup> Điều 49 Luật Bản quyền năm 1990 (sửa đổi, bổ sung năm 2001 và năm 2010) của Trung Quốc. Xem trên trang: [http://english.www.gov.cn/archive/laws\\_regulations/2014/08/23/content\\_281474982987430.htm](http://english.www.gov.cn/archive/laws_regulations/2014/08/23/content_281474982987430.htm), truy cập ngày 10/04/2020.

<sup>14</sup> Điều 65 Luật Sáng chế năm 1984 (sửa đổi, bổ sung các năm 1992, 2000 và 2008) của Trung Quốc. Xem trên trang: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn028en.pdf>, truy cập ngày 10/04/2020.

<sup>15</sup> Điều 63 Luật Nhãn hiệu năm 1982 (sửa đổi, bổ sung các năm 1993, 2001 và 2013) của Trung Quốc. Xem trên trang: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn195en.pdf>, truy cập ngày 10/04/2020.

Hoa Kỳ quy định mức bồi thường thiệt hại tối đa do xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan là 30.000 USD (khoảng 690 triệu đồng) trên một tác phẩm bị xâm phạm và có thể lên đến 150.000 USD (khoảng 3,5 tỷ đồng) nếu hành vi xâm phạm là cố ý<sup>16</sup>; mức bồi thường thiệt hại tối đa do xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu là 200.000 USD (khoảng 4,6 tỷ đồng) trên một nhãn hiệu bị xâm phạm và có thể lên đến 2.000.000 USD (khoảng 23 tỷ đồng) nếu hành vi xâm phạm là cố ý<sup>17</sup>. Hoa Kỳ không quy định bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế.

Singapore quy định mức bồi thường thiệt hại tối đa do xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan là 10.000 đô la Singapore (khoảng 165 triệu đồng) trên một tác phẩm bị xâm phạm hoặc 200.000 đô la Singapore (khoảng 3,3 tỷ đồng) trên tổng số các tác phẩm bị xâm phạm<sup>18</sup>; mức bồi thường thiệt hại tối đa do xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu là 100.000 đô la Singapore (khoảng 1,65 tỷ đồng) trên một loại sản phẩm, dịch vụ có sử dụng nhãn hiệu bị xâm phạm hoặc 1.000.000 đô la Singapore (khoảng 16,5 tỷ đồng) trên tổng số các nhãn hiệu bị xâm phạm<sup>19</sup>. Giống như Hoa Kỳ, Singapore không quy định bồi

thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế.

Như vậy, có thể khẳng định rằng, khi quy định về mức bồi thường thiệt hại định trước tối đa đối với mỗi quyền sở hữu trí tuệ, Trung Quốc, Hoa Kỳ và Singapore đã hoàn toàn quan tâm tới sự khác nhau về bản chất, giá trị của các quyền sở hữu trí tuệ cũng như sự khác nhau về tầm quan trọng của từng quyền sở hữu trí tuệ đối với sự tăng trưởng nền kinh tế quốc gia. Nói như vậy không có nghĩa là các nhà làm luật của Việt Nam không xem xét đến các yếu tố này trong quá trình xây dựng quy định về bồi thường thiệt hại định trước. Ngược lại, họ đã có những cố gắng, nỗ lực nhất định để bảo đảm sự cân bằng giữa việc bảo hộ các quyền sở hữu trí tuệ và sự phát triển kinh tế, xã hội. Tuy nhiên, quy định này vẫn chưa thực sự phù hợp với sự khác nhau về tính chất và giá trị của các quyền sở hữu trí tuệ. Thêm vào đó, xét về mặt kỹ thuật lập pháp, do hiện nay ở Việt Nam, Luật Sở hữu trí tuệ điều chỉnh việc bảo hộ tất cả các quyền sở hữu trí tuệ<sup>20</sup>, nên khó có thể quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối đa riêng cho từng quyền sở hữu trí tuệ.

## ***2.2. Quy định về mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu là không thống nhất***

Quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu có thể dẫn đến quyết định không công bằng hoặc quá mức<sup>21</sup> trong một số trường hợp. Có thể chính vì nhận thấy rõ

<sup>16</sup> 17 U.S.C. § 504(c). Xem trên trang: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/504>, truy cập ngày 10/04/2020.

<sup>17</sup> 15 U.S.C. § 1117(c). Xem trên trang: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1117>, truy cập ngày 10/04/2020.

<sup>18</sup> Điều 119(2)(d) Luật Bản quyền của Singapore. Xem trên trang: <https://sso.agc.gov.sg/Act/CA1987>, truy cập ngày 10/04/2020.

<sup>19</sup> Điều 31(5)(c) Luật Nhãn hiệu của Singapore. Xem trên trang: <https://sso.agc.gov.sg/Act/TMA1998>, truy cập ngày 10/04/2020.

<sup>20</sup> Điều 1 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 quy định: “*Luật này quy định về quyền tác giả, quyền liên quan đến quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng và việc bảo hộ các quyền đó*”.

<sup>21</sup> Pamela Samuelson, Phil Hill và Tara Wheatland, *ltdđ*, tr. 33.

điều này<sup>22</sup> mà các nhà làm luật không quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu tại điểm c khoản 1 Điều 205 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, mà chỉ quy định mức tối đa. Cách tiếp cận này tiếp tục được kế thừa trong hai lần sửa đổi, bổ sung Luật Sở hữu trí tuệ năm 2009 và năm 2019, và tương tự như nhiều quốc gia khác trên thế giới. Trong đó, có một số quốc gia không quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu đối với hành vi xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan và quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu như Trung Quốc<sup>23</sup>, Singapore<sup>24</sup>; một số quốc gia khác chỉ không quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu đối với hành vi xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan như Israel<sup>25</sup>, Lithuania<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Pamela Samuelson, Phil Hill và Tara Wheatland, *ltd*, tr. 33.

<sup>23</sup> Điều 49 Luật Bản quyền năm 1990 (sửa đổi, bổ sung năm 2001 và năm 2010) của Trung Quốc, xem trên trang: [http://english.www.gov.cn/archive/laws\\_regulations/2014/08/23/content\\_281474982987430.htm](http://english.www.gov.cn/archive/laws_regulations/2014/08/23/content_281474982987430.htm), truy cập ngày 10/04/2020.

Điều 63 Luật Nhãn hiệu năm 1982 (sửa đổi, bổ sung các năm 1993, 2001 và 2013) của Trung Quốc, xem trên trang: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn195en.pdf>, truy cập ngày 10/04/2020.

Tuy nhiên, Trung Quốc quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu do xâm phạm quyền sở hữu sáng chế là 10.000 nhân dân tệ (khoảng 34 triệu đồng). Xem thêm: Điều 65 Luật Sáng chế năm 1984 (sửa đổi, bổ sung các năm 1992, 2000 và 2008) của Trung Quốc, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn028en.pdf>, truy cập ngày 10/04/2020.

<sup>24</sup> Điều 119(2)(d) Luật Bản quyền của Singapore, xem trên trang: <https://sso.agc.gov.sg/Act/CA1987>, truy cập ngày 10/04/2020. Điều 31(5)(c) Luật Nhãn hiệu của Singapore, xem trên trang: <https://sso.agc.gov.sg/Act/TMA1998>, truy cập ngày 10/04/2020.

<sup>25</sup> Điều 56(a) Luật Bản quyền của Israel. Xem thêm trang: [https://www.law.co.il/media/knowledge-center/copyright\\_2020\\_israel.pdf](https://www.law.co.il/media/knowledge-center/copyright_2020_israel.pdf), truy cập ngày 10/04/2020.

<sup>26</sup> Điều 83(4)(1) Luật Bản quyền của Lithuania. Xem trên trang: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/>

Đồng thời, Luật Sở hữu trí tuệ cũng không đề cập quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu tại các văn bản quy phạm pháp luật khác. Tuy nhiên, Thông tư liên tịch số 02 quy định về mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu như sau: “*Toà án quyết định mức bồi thường thiệt hại về vật chất trong trường hợp quy định tại điểm c khoản 1 Điều 205 của Luật Sở hữu trí tuệ với mức bồi thường tối thiểu không dưới năm triệu đồng...*”<sup>27</sup>. Quy định này được hiểu là trong trường hợp xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, bên xâm phạm phải trả cho chủ sở hữu quyền một khoản tiền tối thiểu là 5 triệu đồng nếu toà án xem xét yêu cầu bồi thường và quyết định trên cơ sở bồi thường thiệt hại định trước. Như vậy, quy định về mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu tại Thông tư liên tịch số 02 không thống nhất với quy định của Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009, 2019).

### **2.3. Quy định về bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ ở Việt Nam chưa tương thích với quy định tại Hiệp định CPTPP**

Mục đích của việc áp dụng quy định bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ nhằm cho phép chủ sở hữu quyền được yêu cầu bồi thường khoản thiệt hại đã mất mà không phải chứng minh khoản lợi mà mình đã mất do quyền sở hữu

TAD/5f13b560b2b511e59010bea026bdb259, truy cập ngày 10/04/2020.

Bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan được quy định trong Luật Bản quyền của Lithuania năm 2003, trong đó có quy định về mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu. Đến năm 2008, quy định về mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu được lược bỏ.

<sup>27</sup> Đoạn c2 điểm c tiểu mục 2.1 Mục I.2 Phần B Thông tư liên tịch số 02.

trí tuệ bị xâm phạm hoặc khoản lợi mà bên vi phạm thu được từ hành vi xâm phạm quyền<sup>28</sup>, từ đó giảm bớt những khó khăn, gánh nặng của chủ sở hữu quyền trong việc tính toán thiệt hại theo các cách mang tính chuẩn mực<sup>29</sup>. Trên cơ sở mục đích này, Hoa Kỳ<sup>30</sup> quy định bồi thường thiệt hại định trước có thể được áp dụng theo sự lựa chọn của chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ. Quyền lựa chọn bồi thường thiệt hại định trước của chủ sở hữu quyền cũng đã được đưa vào Hiệp định CPTPP<sup>31</sup> như một tiêu chuẩn yêu cầu các quốc gia thành viên phải tuân theo. Cụ thể, khoản 6 và khoản 7 Điều 18.74 Hiệp định CPTPP quy định: “(6) Trong thủ tục tố tụng dân sự, đối với hành vi xâm phạm quyền tác giả và quyền liên quan đối với tác phẩm, bản ghi âm hoặc buổi biểu diễn, mỗi Bên phải thiết lập hoặc duy trì một hệ thống có một hoặc nhiều quy định dưới đây: a) Các khoản bồi thường thiệt hại định trước để chủ thể quyền có thể lựa chọn; hoặc b) Các khoản bồi thường thiệt hại bổ sung; (7) Trong thủ tục tố tụng dân sự liên quan đến hàng hoá giả mạo nhãn hiệu, mỗi Bên phải thiết lập hoặc duy trì

một hệ thống có một hoặc nhiều quy định dưới đây: a) Các khoản bồi thường thiệt hại định trước để chủ thể quyền có thể lựa chọn; hoặc b) Các khoản bồi thường thiệt hại bổ sung”<sup>32</sup>. Quy định này được hiểu là các quốc gia thành viên được phép lựa chọn quy định vào pháp luật trong nước hoặc là bồi thường thiệt hại định trước, hoặc là bồi thường thiệt hại bổ sung. Trường hợp lựa chọn quy định bồi thường thiệt hại định trước thì phải bảo đảm chủ sở hữu quyền có quyền lựa chọn yêu cầu bồi thường thiệt hại định trước hoặc yêu cầu bồi thường thiệt hại vật chất dựa trên các cơ sở khác khi quyền tác giả, quyền liên quan, quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu của họ bị xâm phạm.

Sau khi Hiệp định CPTPP có hiệu lực đối với Việt Nam kể từ ngày 14/01/2019, nhiều nội dung về sở hữu trí tuệ của Hiệp định này đã được nội luật hóa thông qua việc ban hành Luật số 42. Tuy nhiên, vẫn còn quy định về xác định mức bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan và giả mạo nhãn hiệu chưa được nội luật hóa đầy đủ để bảo đảm sự tương thích của pháp luật Việt Nam với Hiệp định CPTPP. Cụ thể, khoản 11 Điều 2 Luật số 42 quy định bồi thường thiệt hại định trước chỉ là “giải pháp cuối cùng”

<sup>28</sup> Pamela Samuelson, Phil Hill và Tara Wheatland, tldd, tr. 1.

<sup>29</sup> Xem David Llewelyn, tldd, tr. 61.

<sup>30</sup> 15 U.S.C. § 1117(c). Xem trên trang: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1117>, truy cập ngày 10/04/2020.

<sup>31</sup> Tiền thân của Hiệp định CPTPP là Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) được ký kết bởi Hoa Kỳ và 11 quốc gia thành viên của Hiệp định CPTPP. Hoa Kỳ có “đóng góp” rất lớn đối với các quy định về sở hữu trí tuệ trong Hiệp định TPP, trong đó có quy định về bồi thường thiệt hại định trước. Cuối năm 2016, Hoa Kỳ rút khỏi Hiệp định TPP sau khi Tổng thống Donald Trump đắc cử, dẫn đến 11 nội dung liên quan đến sở hữu trí tuệ trong Hiệp định này bị treo; tuy nhiên, trong số đó không có quy định nào liên quan đến bồi thường thiệt hại định trước.

<sup>32</sup> Bằng tiếng Anh: “(6) In civil judicial proceedings with respect to the infringement of copyright or related rights protecting works, phonograms or performances, each Party shall establish or maintain a system that provides for one or more of the following: a) Pre-established damages, which shall be available on the election of the right holder; or b) Additional damages; (7) In civil judicial proceedings with respect to trademark counterfeiting, each Party shall establish or maintain a system that provides for one or more of the following: a) Pre-established damages, which shall be available on the election of the right holder; or b) Additional damages”.

được tòa án xem xét để yêu cầu bên xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ phải bồi thường cho chủ sở hữu quyền khi không còn cơ sở tính toán thiệt hại nào khác. Điều đó có nghĩa là chủ sở hữu quyền tác giả, quyền liên quan và quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu chỉ được yêu cầu bồi thường thiệt hại định trước trong trường hợp không thể xác định được mức bồi thường thiệt hại vật chất theo các căn cứ quy định tại các điểm a, b và c khoản này. Đồng thời, việc không thể xác định được đó phải được làm rõ trên thực tế bởi chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ khi có yêu cầu bồi thường thiệt hại định trước<sup>33</sup>. Rõ ràng, yêu cầu này lại đặt ra một nghĩa vụ chứng minh khác đối với chủ sở hữu quyền khi đòi bên xâm phạm trả tiền bồi thường trên cơ sở bồi thường thiệt hại định trước, không kém hơn nghĩa vụ chứng minh thiệt hại dựa trên cơ sở quy định tại các điểm a, b và c quy định tại khoản 11 Điều 2 Luật số 42.

#### **2.4. Thiếu quy định chi tiết hướng dẫn áp dụng quy định về bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp**

Như đã đề cập ở trên, Thông tư liên tịch số 02 được ban hành để hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật trong việc giải quyết các tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ tại tòa án nhân dân, bao gồm cả quy

định về bồi thường thiệt hại định trước. Đồng thời, quy định về bồi thường thiệt hại định trước trong Luật Sở hữu trí tuệ được áp dụng cho tất cả các quyền sở hữu trí tuệ, bao gồm cả quyền tác giả, quyền liên quan và quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu và sáng chế. Tuy nhiên, Thông tư này giới hạn quy định chi tiết hướng dẫn cách tính toán bồi thường thiệt hại định trước chỉ áp dụng trong quá trình giải quyết các tranh chấp về quyền tác giả, quyền liên quan. Cụ thể, Thông tư liên tịch số 02 quy định: “*Để đảm bảo quyết định mức bồi thường hợp lý, phù hợp với từng trường hợp cụ thể, bảo vệ được quyền, lợi ích hợp pháp của người bị thiệt hại, tòa án phải căn cứ vào tính chất, mức độ của hành vi xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan cụ thể như sau: Hoàn cảnh, động cơ xâm phạm...; cách thực hiện hành vi xâm phạm...; phạm vi lãnh thổ, thời gian, khối lượng, quy mô thực hiện hành vi xâm phạm...; ảnh hưởng, hậu quả của hành vi xâm phạm...*”<sup>34</sup>. Theo đó, có thể thấy, quy định chi tiết này không phải căn cứ bắt buộc trực tiếp khi tòa án xem xét, quyết định mức bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu và sáng chế. Nói theo cách khác, hiện nay chưa có quy định chi tiết hướng dẫn áp dụng quy định về bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu và sáng chế.

### **3. Một số giải pháp hoàn thiện cơ chế bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ ở Việt Nam**

#### **3.1. Quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối đa áp dụng riêng cho từng quyền sở hữu trí tuệ**

<sup>33</sup> Đoạn c1 điểm c tiêu mục 2.1 Mục I.2 Phần B Thông tư liên tịch số 02 quy định: “*Nguyên đơn phải chứng minh là việc xác định mức bồi thường thiệt hại về vật chất trong trường hợp này không thể thực hiện được hoặc chưa có đủ thị trường cho các hàng hoá hợp pháp để xác định thiệt hại của nguyên đơn dựa trên mức giám sát doanh thu bán hàng hoá đó trước và sau khi xảy ra hành vi xâm phạm và yêu cầu Tòa án áp dụng mức bồi thường thiệt hại theo luật định*”. Xem thêm: Pamela Samuelson, Phil Hill và Tara Wheatland, *ltd*, tr. 31.

<sup>34</sup> Đoạn c2 điểm c tiêu mục 2.1 Mục I.2 Phần B Thông tư liên tịch số 02.

Việc quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối đa áp dụng chung cho tất cả các quyền sở hữu trí tuệ không phản ánh được sự khác nhau về tính chất đặc trưng và giá trị của các quyền này. Điều này có thể dẫn đến sự không hợp lý trong công tác bảo vệ, thực thi quyền sở hữu trí tuệ, thậm chí khó có thể đạt được sự cân bằng giữa việc bảo hộ các quyền sở hữu trí tuệ và sự phát triển kinh tế, xã hội của quốc gia. Giải pháp đặt ra đối với vấn đề này là quy định các mức tối đa khác nhau về bồi thường thiệt hại định trước để áp dụng cho từng quyền sở hữu trí tuệ khác nhau tương tự như cách tiếp cận của các quốc gia như Hoa Kỳ, Singapore và Trung Quốc. Việc đưa ra quy định hợp lý về mức bồi thường thiệt hại định trước tối đa áp dụng cho từng quyền sở hữu trí tuệ sẽ vừa là cơ sở để bảo vệ quyền và lợi ích của chủ sở hữu quyền, vừa làm đòn bẩy để phát triển kinh tế, xã hội trong mối quan hệ hài hoà về lợi ích của chủ sở hữu quyền và “người sử dụng” quyền. Để bảo đảm tính hợp lý, tác giả cho rằng, cần tránh việc lựa chọn ngẫu nhiên<sup>35</sup> một con số trong việc quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối đa cho từng quyền sở hữu trí tuệ. Thay vào đó, cần xây dựng cơ sở thực tiễn vững chắc<sup>36</sup> bằng cách nghiên cứu, khảo sát kỹ lưỡng các yếu tố liên quan trong một thời gian nhất định như: Quy mô nền kinh tế dựa trên từng quyền sở hữu trí tuệ, số lượng các vụ tranh chấp xảy ra, giá trị quyền bị xâm phạm... Về kỹ thuật lập pháp, tác giả cho rằng cần

thiết phải xem xét, đánh giá một cách toàn diện việc tách Luật Sở hữu trí tuệ thành các luật riêng điều chỉnh từng quyền sở hữu trí tuệ, từ đó không chỉ tạo thuận lợi trong việc quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối đa riêng cho từng quyền sở hữu trí tuệ, mà còn giúp cho việc quy định các nội dung khác cũng như việc quản lý chuyên ngành được thực hiện một cách đơn giản, thuận tiện hơn.

### **3.2. Lược bỏ quy định về mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu tại Thông tư liên tịch số 02**

Sự không thống nhất trong quy định về mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu tại Thông tư liên tịch số 02 và Luật Sở hữu trí tuệ đặt ra yêu cầu sửa đổi, vừa bảo đảm sự thống nhất giữa các quy định này, vừa bảo đảm sự cân bằng lợi ích giữa chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ và bên xâm phạm quyền. Trên cơ sở đó, tác giả cho rằng cần thiết hướng đến sự thống nhất trong việc không quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu; theo đó, quy định về mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu tại Thông tư liên tịch số 02 cần được lược bỏ. Việc không quy định mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu sẽ ngăn ngừa được sự không công bằng và bất hợp lý<sup>37</sup> trong trường hợp toà án xác định chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ không phải chịu bất cứ thiệt hại nào gây ra bởi hành vi xâm phạm. Trong các trường hợp này, trên cơ sở xem xét các yếu tố như hoàn cảnh, động cơ xâm phạm; cách thực hiện hành vi xâm phạm; phạm vi lãnh thổ, thời gian, khối lượng, quy mô thực hiện hành vi xâm phạm; ảnh hưởng, hậu quả của hành vi xâm

<sup>35</sup> Xiaowu Li và Don Wang, “Chinese Patent Law’s Statutory Damages Provision: The One Size That Fits None”, Wash. L. Rev., năm 2017, số 26, tr. 227. Xem trên trang: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wilj/vol26/iss2/3>, truy cập ngày 15/02/2020.

<sup>36</sup> Xiaowu Li và Don Wang, *lđđ*, tr. 227.

<sup>37</sup> Pamela Samuelson, Phil Hill và Tara Wheatland, *lđđ*, tr. 33.

phạm<sup>38</sup>, toà án có thể quyết định một khoản bồi thường rất nhỏ hoặc thậm chí là không có khoản bồi thường nào nếu toà án cho rằng như vậy là hợp lý<sup>39</sup>. Như vậy, việc lược bỏ mức bồi thường thiệt hại định trước tối thiểu không những không làm giảm vai trò của quy định về bồi thường thiệt hại định trước trong việc bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ, mà còn bảo đảm sự công bằng, hợp lý trong công tác thực thi các quyền này.

### **3.3. Sửa đổi, bổ sung quy định về bồi thường thiệt hại định trước để bảo đảm tương thích với Hiệp định CPTPP**

Như đã khẳng định ở phần trước, pháp luật hiện hành quy định bồi thường thiệt hại định trước là “lựa chọn cuối cùng” được toà án xem xét khi quyết định mức bồi thường thiệt hại mà bên xâm phạm phải trả cho chủ sở hữu quyền tác giả, quyền liên quan và nhãn hiệu, là không tương thích với quy định tại khoản 6 và khoản 7 Điều 18.74 Hiệp định CPTPP. Hiệp định CPTPP có hiệu lực đối với Việt Nam đặt ra yêu cầu quy định về bồi thường thiệt hại định trước tại Hiệp định này phải được nội luật hóa vào hệ thống pháp luật quốc gia để bảo đảm sự tương thích của pháp luật quốc gia thành viên với Hiệp định. Theo đó, Luật Sở hữu trí tuệ cần được sửa đổi, bổ sung theo hướng quy định về bồi thường thiệt hại định trước có thể được áp dụng trên cơ sở lựa chọn của chủ sở hữu quyền tác giả, quyền liên quan và nhãn hiệu. Sau khi nội luật hoá quy định của Hiệp định CPTPP vào pháp luật Việt Nam, bồi thường thiệt hại định trước sẽ không còn là “lựa chọn cuối cùng” khi toà án xem xét, quyết định việc bên xâm

phạm phải bồi thường cho chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ, ít nhất là đối với quyền tác giả, quyền liên quan và quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu. Đồng thời, chủ sở hữu quyền không có nghĩa vụ phải chứng minh rằng, mình không thể xác định được mức bồi thường thiệt hại vật chất theo các căn cứ quy định tại các điểm a, b và c khoản 11 Điều 2 Luật số 42 khi lựa chọn yêu cầu bồi thường thiệt hại định trước<sup>40</sup>; và bên xâm phạm không có cơ hội “chứng minh chủ sở hữu quyền không trung thực trong việc chứng minh thiệt hại của họ”<sup>41</sup>.

### **3.4. Bổ sung quy định chi tiết hướng dẫn áp dụng quy định về bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp**

Hiện nay, chưa có quy định chi tiết “chính thức” hướng dẫn áp dụng quy định về bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu và sáng chế. Mặc dù quy định tại Thông tư liên tịch số 02 hướng dẫn cách tính toán bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan có thể được áp dụng với tính chất “tham khảo” để xem xét, quyết định mức bồi thường thiệt hại định trước khi giải quyết tranh chấp về nhãn hiệu và sáng chế, tác giả cho rằng, cần thiết phải ban hành quy định “chính thức” hướng dẫn cách xác định bồi thường thiệt hại định trước do xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp. Quy định chi tiết này cần thiết được xây dựng trên cơ sở tính chất đặc trưng của nhãn hiệu và sáng chế để bảo đảm tính toàn diện về nội dung và sự hài hoà về lợi ích của chủ sở hữu quyền và bên xâm phạm.

<sup>38</sup> Đoạn c2 điểm c tiểu mục 2.1 Mục I.2 Phần B Thông tư liên tịch số 02.

<sup>39</sup> Pamela Samuelson, Phil Hill và Tara Wheatland, *tdđ*, tr. 33.

<sup>40</sup> Đoạn c1 điểm c tiểu mục 2.1 Mục I.2 Phần B Thông tư liên tịch số 02.

<sup>41</sup> Đoạn c1 điểm c tiểu mục 2.1 Mục I.2 Phần B Thông tư liên tịch số 02.

# DOANH NGHIỆP TRONG NỀN KINH TẾ SỐ TỪ GÓC NHÌN CỦA LUẬT CẠNH TRANH

Nguyễn Như Phát\*  
Phạm Thị Hiền\*\*

**Tóm tắt:** Hiện nay, nền tảng công nghệ số phát triển rất mạnh mẽ, tác động không hề nhỏ tới kinh tế Việt Nam cũng như toàn cầu. Bài viết này, dưới góc độ của Luật Cạnh tranh, nêu ra một số vấn đề liên quan đến các doanh nghiệp kinh doanh dựa trên nền tảng số hóa với những nội dung gồm: Việc định danh dịch vụ, xác định vai trò các bên kinh doanh; vấn đề Nhà nước điều tiết cạnh tranh thông qua pháp luật cũng như việc áp dụng Luật Cạnh tranh trong bối cảnh mới, đặc biệt là về xử lý các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh.

**Abstract:** Hitherto digital platform has progressed tremendously, creating sizable effects on the global and Vietnam's economy. From the perspective of the Competition Law, the article sets out issues relating to businesses with digital platform as follow: identification of services, roles of business partners; State's regulation of competition through the law as well as the application of the Competition Law in the new context, especially the handling of violations of competition law.

## 1. Từ định danh dịch vụ trong nền kinh tế số đến xác định tư cách, vai trò của các bên trong chuỗi cung ứng

### Vấn đề định danh dịch vụ

Dịch vụ vẫn luôn là đối tượng khó kiểm soát và điều chỉnh, áp dụng pháp luật. Trong nền kinh tế số, nhiều dịch vụ mới xuất hiện sẽ đặt ra thách thức với các hình thức kinh doanh truyền thống trong cuộc cạnh tranh giành thị phần.

Cùng với sự phát triển của khoa học, công nghệ, đặc biệt là sự phát triển của dịch vụ internet và các hoạt động kinh doanh thông qua các ứng dụng internet, cạnh tranh trong các hoạt động kinh doanh thương mại ngày càng trở nên phức tạp, khốc liệt hơn.

Ngày nay, các dịch vụ đã được cung cấp một cách nhanh chóng, thuận tiện và tính chất của dịch vụ cũng có những thay đổi cho phù hợp với sự chuyển mình của

toàn xã hội. Không còn như cách hiểu truyền thống rằng, cung cấp dịch vụ là việc bên cung cấp đưa ra những dịch vụ, thông qua sức lao động của con người, người sử dụng dịch vụ và người cung cấp dịch vụ đều chịu sự giới hạn về địa lý, không gian, thời gian. Giờ đây, việc cung cấp dịch vụ trở nên đa dạng hơn, tiệm cận hơn với việc cung cấp hàng hóa, hay nói cách khác việc cung cấp dịch vụ cũng thuận tiện như đối với hàng hóa. Theo đó, việc định danh dịch vụ và phân biệt nó với những dịch vụ kinh doanh truyền thống cũng trở nên phức tạp hơn, thậm chí gây nhiều tranh cãi<sup>1</sup>.

Nếu so sánh giữa kinh doanh truyền thống với kinh doanh trong thời đại kinh tế số thì quả là khập khiễng. Sự thay đổi của khoa học, công nghệ cũng kéo theo sự thay đổi của sản xuất chế tạo và cung cấp dịch

\* PGS.TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

\*\* Th.S., Viện Nhà nước và Pháp luật.

<sup>1</sup> Việc định danh các dịch vụ vận chuyển hành khách thông qua các ứng dụng Uber, Grab có giống với taxi truyền thống hay không, đang là tâm điểm tranh luận.

vụ. Ngày nay, người ta có thể dễ dàng nhận thấy rằng, trong chuỗi cung ứng hàng hóa, dịch vụ vừa có sự chuyên môn hóa cao, lại vừa có sự liên kết rất chặt chẽ. Các doanh nghiệp tiến hành chuyên môn hóa cao, thuê ngoài... nhằm đạt tối đa hiệu suất sản phẩm và lợi thế cạnh tranh từ các sản phẩm đầu vào. Bên cạnh đó, sự liên kết chặt chẽ thể hiện ở việc các nhà cung cấp liên kết với nhau để có một chuỗi cung ứng hoàn chỉnh, sản xuất hàng hóa cũng phải căn cứ vào nhu cầu tiêu dùng, mục đích tiêu dùng để cung cấp hàng hóa phù hợp<sup>2</sup>.

Phải nói rằng, việc định danh dịch vụ kinh doanh mới là cần thiết. Tuy vậy, định danh như thế nào, có nên coi nó cũng là một hình thái của cách thức kinh doanh truyền thống hay không, khi mà phương thức kinh doanh đã thay đổi, cải tiến và ứng dụng công nghệ mới; hiệu suất kinh doanh cao hơn, huy động được các nguồn lực nhân rồi, tạo ra những lợi ích cho xã hội ngày một lớn hơn?

Có nhiều ý kiến cho rằng, những dịch vụ kinh doanh trong thời đại kinh tế số, mặc dù có sự thay đổi về mặt hình thức, phương thức kinh doanh, phương thức giao kết hợp đồng, thanh toán... nhưng vẫn mang bản chất của dịch vụ kinh doanh truyền thống, và cần được định danh cũng như điều chỉnh chung bởi một khung pháp lý với hình thức kinh doanh truyền thống<sup>3</sup>. Thực tế, những

dịch vụ trong nền kinh tế số khác những dịch vụ truyền thống ở chỗ làm xuất hiện chủ thể cung cấp dịch vụ trung gian, hay nói cách khác, trong giao kết hợp đồng có sự xuất hiện của 3 bên chủ thể<sup>4</sup>: Bên cung cấp dịch vụ, bên nhận dịch vụ – thông thường là người tiêu dùng và bên cung cấp sản phẩm dịch vụ – còn gọi là nền tảng công nghệ số cho giao dịch. Tuy nhiên, nếu vẫn dùng những quy phạm pháp luật đang điều chỉnh các hoạt động kinh doanh truyền thống để áp dụng vào những quan hệ mới này sẽ không đáp ứng được nhu cầu điều chỉnh thực tế. Từ vấn đề bồi thường thiệt hại đến việc mua bảo hiểm thuộc về trách nhiệm của bên nào đều là những vấn đề pháp lý đang được đặt ra.

Có lẽ, trong trường hợp trên, việc áp dụng những chính sách, pháp luật cũ sẽ không mang lại một nền kinh tế hiệu quả. Việc định danh dịch vụ trong nền kinh tế số với nhiều khía cạnh pháp lý đặt ra cần được thực hiện theo kiểu “bình mới rượu mới”, nghĩa là cũng cần có những nhận diện mới về các hình thức kinh doanh có áp dụng công nghệ số và cùng với nó là thiết lập khung pháp lý phù hợp. Sự phù hợp ở đây phải nói đến cả hệ thống pháp luật quốc gia và pháp luật quốc tế cũng như những luật chơi chung ở các tổ chức quốc tế như Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), hay trong mối quan hệ với các đối tác quốc tế về kinh tế số, về thương mại điện tử.

#### ***Xác định tư cách, vai trò của các bên***

<sup>2</sup> Từ nhu cầu sử dụng dịch vụ nghe nhạc, xem video... mà các hãng sản xuất ô tô cũng chế tạo hệ thống kết nối internet, máy nghe nhạc...

<sup>3</sup> Theo ông Ngô Trí Long, có quan điểm nên định danh các xe Uber, GrabCar là taxi, đồng thời quản lý các loại xe đó giống như xe taxi, tức là phải đáp ứng 13 điều kiện kinh doanh như có mào xe, có đồng hồ tính tiền... Nếu áp dụng vào thực tế sẽ làm hạn chế những ưu điểm của các dịch vụ kết nối. Minh Phương, Báo Tin tức, <https://baotintuc.vn/kinh-te/ti-ep-tuc-co-nhieu-y-kien-ve-de-xuat-quan-ly-uber-grab-nhu-taxi-truyen-thong-20180320185221023.htm>, truy cập ngày 21/3/2019.

<sup>4</sup> Viện Nghiên cứu quản lý kinh tế Trung ương, Trung tâm Thông tin tư liệu, chuyên đề số 14/2018: *Quản lý nhà nước trong nền kinh tế chia sẻ: Kinh nghiệm quốc tế và gợi ý cho Việt Nam*, tr. 8. Nguồn: <http://www.ciem.org.vn/tin-tuc/6464/quan-ly-nha-nu-oc-trong-nen-kinh-te-chia-s-kinh-nghiem-quoc-te-va-goi-y-cho-viet-nam?newsgroup=Th%C3%B4ng%20tin%20chuy%C3%AAn%20C4%91%E1%BB%81>, truy cập ngày 22/5/2020.

Việc định danh dịch vụ đóng một vai trò quan trọng trong việc xác định tư cách, vai trò của các bên khi tham gia vào một quan hệ trong kinh doanh, đó có thể là quan hệ hợp đồng. Bởi lẽ, trong nền kinh tế số, việc các bên tham gia quan hệ hợp đồng không còn giống với hình thức kinh doanh truyền thống. Tính phức tạp thể hiện ở: Các bên chủ thể, hình thức hợp đồng, phương thức thanh toán, cách thức thực hiện hợp đồng... đều có những hình thái rất phức tạp. Cụ thể, với chủ thể tham gia hợp đồng, các bên chủ thể trong chuỗi cung ứng dịch vụ đã được tách bạch rõ ràng, mỗi chủ thể thực hiện một khâu dịch vụ nhằm đạt hiệu quả công việc một cách tối đa. Chính vì thế, việc xác định vai trò pháp lý của các bên khi tham gia vào mạng lưới cung ứng dịch vụ cũng cần làm rõ. Một khi tư cách các bên không được xác định rõ ràng, sẽ có những khó khăn như đã phân tích ở trên liên quan đến vấn đề trách nhiệm bồi thường, mua bảo hiểm...

Việc xác định tư cách của các bên có mối liên hệ mật thiết với việc xác định đối tượng áp dụng Luật Cạnh tranh. Về mặt lý thuyết, pháp luật quốc gia nói chung và Luật Cạnh tranh nói riêng có đối tượng điều chỉnh gồm cả doanh nghiệp trong nước và doanh nghiệp nước ngoài, miễn là có hoạt động kinh doanh ở Việt Nam. Ở thời điểm hiện tại<sup>5</sup>, hầu hết các nhà làm luật đều cho rằng, đối tượng áp dụng của Luật Cạnh tranh ở Việt Nam mới chỉ dừng lại ở các tổ

chức, cá nhân kinh doanh Việt Nam và các doanh nghiệp nước ngoài có hiện diện thương mại, tức là có chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam<sup>6</sup>. Điều này có nghĩa, hiện nay những hình thức kinh doanh xuyên biên giới thông qua công cụ internet mà không có hiện diện thương mại ở Việt Nam của các doanh nghiệp nước ngoài đang trở thành bài toán khó trong việc quản lý của nền kinh tế Việt Nam. Như thế, những nhà cung cấp hạ tầng mạng để làm trung gian kết nối cho các dịch vụ thương mại, không hề có trụ sở ở Việt Nam (mà theo khái niệm của WTO là cung cấp dịch vụ xuyên biên giới) liệu có thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật Cạnh tranh không? Theo sự diễn giải về ngôn ngữ của Luật Cạnh tranh thì câu trả lời là “Không”. Ngoài ra, dưới góc nhìn của Luật Cạnh tranh, để xem xét các nhà cung cấp hạ tầng mạng để kết nối có cạnh tranh với các doanh nghiệp cung cấp dịch vụ theo kiểu truyền thống hay không, cần phải tính đến khái niệm căn bản của Luật Cạnh tranh là “thị trường liên quan” – tiền đề căn bản và đầu tiên phải xem xét để áp dụng Luật Cạnh tranh; để xác định đâu là các đối thủ thực sự trong thị trường cạnh tranh.

Phải chăng, trong điều kiện thay đổi của nền kinh tế số, những quan niệm thế nào là doanh nghiệp, đặc điểm của nó... cũng cần được thay đổi. Vậy trong thế giới phẳng như hiện nay, doanh nghiệp có nhất thiết phải cần đến trụ sở để kinh doanh, vấn đề ngoại thương có nhất thiết phải có hiện diện thương mại thì Nhà nước mới quản lý hoặc được điều chỉnh bởi Luật Cạnh tranh?

Thực chất, việc xác định vai trò của các bên cũng thể hiện được thái độ của Nhà nước trong hoạt động điều tiết kinh tế và thị

<sup>5</sup> Thời điểm hiện tại được nói đến ở đây là thời điểm “giao thời” giữa Luật Cạnh tranh năm 2004 và Luật Cạnh tranh năm 2018. Mặc dù, Luật Cạnh tranh 2018 đã có mở rộng phạm vi điều chỉnh đến cả các doanh nghiệp nước ngoài song đến nay, các hướng dẫn thi hành Luật chưa được ban hành đầy đủ và mặt khác, việc xử lý hậu quả của các hành vi phản cạnh tranh từ nước ngoài ảnh hưởng đến thị trường Việt Nam vẫn là vấn đề còn bỏ ngỏ.

<sup>6</sup> Tham khảo: TS. Nguyễn Thị Dung (chủ biên), “*Luật Kinh tế*”, chuyên khảo, Nxb. Lao động, Hà Nội, 2017, tr. 425.

trường cạnh tranh. Một khi đã định danh được các dịch vụ và xác định được vai trò của các bên tham gia thị trường thì Nhà nước có thể sử dụng các công cụ về chính sách pháp luật để điều tiết thị trường. Kinh doanh theo phương thức công nghệ số là hiện tượng khách quan, nó làm thay đổi cách làm truyền thống, vì thế tư duy và triết lý quản lý cũng phải thay đổi<sup>7</sup>.

## 2. Thái độ của doanh nghiệp trong cạnh tranh

Trong nền kinh tế số, điểm mấu chốt chính là kết nối và chia sẻ dữ liệu, do vậy, lợi thế cạnh tranh sẽ thuộc về những chủ thể kinh doanh có khả năng kết nối thông tin và nắm bắt cũng như chia sẻ thông tin một cách an toàn<sup>8</sup>.

Hiện nay, sự cạnh tranh không chỉ diễn ra giữa các doanh nghiệp trong nước, mà cả với các doanh nghiệp nước ngoài. Thực vậy, nền kinh tế số - nền kinh tế không có sự giới hạn về mặt địa lý lãnh thổ là cơ hội, nhưng cũng là thách thức không hề nhỏ cho các doanh nghiệp<sup>9</sup>. Để có thể cạnh tranh được với những hình thức kinh doanh thời đại công nghệ số, các doanh nghiệp cần phải có những biện pháp để tăng cường khả năng cạnh tranh. Cụ thể:

<sup>7</sup> Tạp chí “Kinh tế cuối tuần” VTV1 ngày 16/12/2017 cũng đã nêu thông điệp về sự “bắt lực” của Nhà nước trong việc thu thuế Google và Facebook, <http://vtv.vn/kinh-te/thuong-mai-xuyen-bien-gioi-thach-thuc-ve-quan-ly-thue-20171216100329845.htm>.

<sup>8</sup> Cần lưu ý là sự kết nối và chia sẻ thông tin phải đảm bảo sự an toàn mới là lợi thế cạnh tranh, trường hợp thông tin bị lợi dụng thì có thể là bất lợi trong cạnh tranh và có thể gây ra những hậu quả xấu với sự tồn vong của doanh nghiệp.

<sup>9</sup> Trong khi đó, Điều 3 Luật Cạnh tranh năm 2018 quy định: “Thị trường địa lý liên quan là một khu vực địa lý cụ thể trong đó có những hàng hoá, dịch vụ có thể thay thế cho nhau với các điều kiện cạnh tranh tương tự và có sự khác biệt đáng kể với các khu vực lân cận”.

i) Doanh nghiệp trong nước cần tìm ra những sản phẩm, dịch vụ có thể cạnh tranh được với những sản phẩm, dịch vụ mà thương nhân nước ngoài đang cung cấp, các yếu tố nội địa và hiểu nhu cầu người tiêu dùng sẽ là yếu tố tiên quyết trong thành công. Bên cạnh đó, các doanh nghiệp Việt Nam, đặc biệt là các doanh nghiệp có lối kinh doanh truyền thống cần tích cực áp dụng khoa học kỹ thuật, hạ giá thành, nâng cao chất lượng dịch vụ để đáp ứng đòi hỏi ngày càng cao của người tiêu dùng.

ii) Doanh nghiệp hợp tác để tạo lợi thế cạnh tranh:

Trong kinh doanh, các doanh nghiệp muốn tồn tại và phát triển thì cần phát triển các chiến lược kinh doanh trong những giai đoạn nhất định. Điều này đòi hỏi các doanh nghiệp không chỉ có những giải pháp kinh doanh để cạnh tranh với đối thủ trên thị trường liên quan, mà trong nhiều trường hợp, khi hoàn cảnh thay đổi thì các doanh nghiệp cũng phải có sự hợp tác để cùng nhau đứng vững trước những thách thức hoặc để cùng khai thác những cơ hội kinh doanh mới.

Cần coi những khó khăn trong điều kiện kinh doanh mới không chỉ là thách thức mà còn là cơ hội để thay đổi phương thức kinh doanh, tự cải tiến và đáp ứng nhu cầu ngày càng cao của người tiêu dùng. Trường hợp các hãng taxi truyền thống muốn cạnh tranh với taxi công nghệ như Grab, Uber đã tính đến các khả năng hợp tác, liên kết, áp dụng khoa học, công nghệ trong việc quản lý, vận hành và cung cấp dịch vụ tới hành khách một cách thuận tiện hơn là một ví dụ. Theo đó, những yếu tố được coi là then chốt để có thể cạnh tranh với các dịch vụ vận tải có ứng dụng số này là giá thành dịch vụ và sự tiện lợi trong việc cung cấp dịch vụ.

(iii) Trong thời đại công nghệ số hiện nay, các doanh nghiệp hoạt động dựa trên các ứng dụng internet mang lại lợi thế cạnh tranh rất lớn đó là khả năng giảm chi phí, hạ giá thành. Bởi, mọi tìm kiếm và giao dịch đều diễn ra trên mạng internet, cả người cung cấp dịch vụ và người sử dụng dịch vụ đều không mất công sức và thời gian quá nhiều vào việc thực hiện cũng như kiểm tra các giao dịch mà mình tham gia, kể cả việc thanh toán hàng hóa, dịch vụ. Chính vì vậy, thay vì phản đối các hình thức kinh doanh có ứng dụng công nghệ, các doanh nghiệp truyền thống nên có thái độ tiếp nhận và thay đổi chính mình để tạo ra khả năng cạnh tranh.

### 3. Nhà nước điều tiết cạnh tranh trong nền kinh tế số

Trong nền kinh tế số, sự cạnh tranh không chỉ diễn ra trên thương trường giữa các thương gia, mà nó còn thể hiện ngay giữa các Chính phủ. Làm thế nào để điều tiết cạnh tranh hiệu quả, đưa ra những quyết sách hợp lý trong những thời điểm nhất định đóng vai trò không hề nhỏ trong việc tạo ra môi trường cạnh tranh mới, thúc đẩy các doanh nghiệp không ngừng đổi mới, sáng tạo trong các hoạt động kinh doanh. Biểu hiện của cạnh tranh trong việc điều tiết nền kinh tế là việc ban hành các chính sách, pháp luật... để đảm bảo một nền kinh tế phát triển, cạnh tranh lành mạnh, phù hợp với quy định pháp luật quốc tế, những quy tắc chung trong các sân chơi khu vực và quốc tế.

Điều đó đòi hỏi Nhà nước cần tạo ra khung pháp lý đảm bảo được tính cạnh tranh của doanh nghiệp Việt Nam với doanh nghiệp nước ngoài, tạo điều kiện cho các doanh nghiệp khởi nghiệp thông qua việc xóa bỏ những rào cản gia nhập thị trường.

Nhà nước cần có sự cân nhắc, tính toán để có những chính sách điều tiết kinh tế,

điều tiết cạnh tranh trong nền kinh tế số một cách hợp lý. Trong đó, việc cân nhắc giữa lợi ích chung của xã hội, lợi ích của người tiêu dùng và sự phát triển chung của xã hội với giá trị kinh tế trước mắt rất đáng được quan tâm. Điều này cũng có nghĩa, cả xã hội đang sống trong thời đại công nghệ kỹ thuật số, nền kinh tế số là một xu thế tất yếu, và người ta cho rằng nỗ lực dứt bỏ sự lệ thuộc vào công nghệ số được xem là những lựa chọn đầy hoang phí<sup>10</sup>.

Sự cạnh tranh giữa các Chính phủ trong cuộc đua phát triển kinh tế không được điều chỉnh bởi một văn bản luật nào, mà luật chơi của nó chính là các thỏa thuận, cam kết chung thông qua các hiệp định thương mại song phương và đa phương. Theo đó, trong quá trình làm chính sách, pháp luật, Chính phủ cần phải tuân thủ các cam kết này, từ đó tạo ra một môi trường cạnh tranh lành mạnh cho tất cả các doanh nghiệp. Phải chăng, một Chính phủ kiến tạo cũng cần ủng hộ những doanh nghiệp kinh doanh theo các hình thức mới và những giá trị mà nó mang lại vượt xa những phương thức kinh doanh truyền thống? Và có lẽ cái gì thuộc về yếu tố khách quan thì nên tiếp nhận nó, bởi từ chối cũng đồng nghĩa với không muốn thay đổi, không muốn chấp nhận cái mới, và cơ hội kinh doanh cũng có thể bị bỏ qua.

Liên quan đến việc xử lý vấn đề về cung cấp dịch vụ kết nối trên nền tảng công nghệ thông tin, nhóm tác giả cho rằng, ảnh hưởng của cuộc cách mạng 4.0 không chỉ xuất hiện trong một lĩnh vực cụ thể mà là toàn bộ nền kinh tế của một quốc gia và thậm chí là toàn cầu. Vì thế, giải quyết vấn đề công nghệ số trong lĩnh vực cạnh tranh thì ít nhất, đó phải là chính sách cạnh tranh

<sup>10</sup> <https://www.thesaigontimes.vn/270060/Van-bat-nhat-voi-Uber-Grab.html>, truy cập ngày 22/3/2019.

quốc gia. Như vậy, chính sách pháp luật trong trường hợp này phải là thống nhất và ở tầm quốc gia. Nói khác đi, chính sách cạnh tranh này phải được thể hiện trong Luật Cạnh tranh chứ không thể trong thông tư hay nghị định. Đáng tiếc là, chính sách này chưa được thể hiện rõ nét trong Luật Cạnh tranh năm 2018 đã được Quốc hội thông qua, mặc dù, đã có ý tưởng về việc đưa công nghiệp 4.0 vào đối tượng của Luật Cạnh tranh (sửa đổi)<sup>11</sup>, áp dụng chung cho mọi ngành nghề kinh doanh trong thị trường. Bởi lẽ, chính sách cạnh tranh là bảo vệ cạnh tranh chứ không bảo vệ một doanh nghiệp đơn lẻ nào cả<sup>12</sup>.

Không những thế, trong sân chơi toàn cầu cùng với Cách mạng công nghiệp 4.0, vấn đề cạnh tranh không chỉ là chính sách riêng của mỗi quốc gia. Với các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới (FTA), cạnh tranh luôn là đối tượng của các cam kết quốc tế. Nếu như trước đây, các nội dung đàm phán truyền thống trong các FTA, hiệp định thương mại khu vực (RTA) chủ yếu tập trung vào các lĩnh vực như mở cửa thị trường, thương mại, dịch vụ, đầu tư, sở hữu trí tuệ, rào cản kỹ thuật trong thương mại...

<sup>11</sup> “Cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ 4 với đặc trưng là kỹ thuật, công nghệ được ứng dụng phổ biến trong nhiều ngành, nhiều lĩnh vực. Những thay đổi, chuyển biến lớn trong môi trường kinh doanh nêu trên đã tạo điều kiện cho sự xuất hiện của nhiều phương thức cạnh tranh và kinh doanh mới mà Luật Cạnh tranh năm 2004 chưa dự liệu hết được. Các phương thức cạnh tranh và kinh doanh mới đó đã và đang làm thay đổi cấu trúc của nhiều thị trường quan trọng và tác động một cách trực tiếp đến các chủ thể trên thị trường”, Tờ trình của Chính phủ về dự án Luật Cạnh tranh (sửa đổi), ngày 6/9/2017, tr. 2.

<sup>12</sup> Xem: ICN (2012), *Unilateral Conduct Workbook, Chapter 1: The Objectives and Principles of Unilateral Conduct Laws*, par. 8, page 3; U.S. Dep't of Justice (2008, 2015), *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*.

thì hiện nay, rất nhiều lĩnh vực mới đã được đưa vào và trở thành những nội dung đàm phán quan trọng. Chính sách cạnh tranh là một trong những lĩnh vực đó<sup>13</sup>. Tuy nhiên, cạnh tranh, chính sách cạnh tranh và pháp luật cạnh tranh, với tính cách là một sân chơi chung cho các quốc gia hội nhập kinh tế, vẫn là vấn đề còn tranh luận trên phạm vi toàn cầu<sup>14</sup>.

Việc tiếp nhận những hình thức kinh doanh mới đồng nghĩa với việc chấp nhận những thách thức trong quản lý và điều tiết cạnh tranh, nó không chỉ giới hạn trong phạm vi quốc gia mà thông qua mạng internet, kết nối hệ thống toàn cầu. Khi mô hình kinh doanh này du nhập vào Việt Nam, liệu nó có còn giữ nguyên được bản chất hay đã có những biến tướng nhất định<sup>15</sup>? Vậy, quản lý những doanh nghiệp này như thế nào

<sup>13</sup> Xem: Bùi Nguyễn Anh Tuấn: “*Các cam kết quốc tế về luật và chính sách cạnh tranh của Việt Nam trong các Hiệp định thương mại tự do*”, nguồn: <http://www.hoidongcanhtranh.gov.vn/default.aspx?page=news&do=detail&id=153>, truy cập ngày 22/5/2020.

<sup>14</sup> Một số đối tác thương mại đóng vai trò quan trọng trong các Hiệp định có nhiều quan điểm khác nhau về điều khoản cạnh tranh trong các FTA, RTA. Ví dụ: Mỹ và Liên minh châu Âu (EU) đều ủng hộ mạnh mẽ việc đưa ra một chính sách cạnh tranh chung, với lý lẽ rằng các hành vi phản cạnh tranh sẽ bóp méo thương mại không kém gì hàng rào thuế quan gây ra, và do đó cạnh tranh cần được điều chỉnh bởi WTO hơn là để cho từng Chính phủ riêng rẽ. Tuy vậy, Mỹ và EU cũng chưa nhất trí về các cách thức thực hiện. Một số nước Mỹ La tinh ủng hộ chính sách cạnh tranh trong các Hiệp định thương mại, trong khi đó các nước châu Á thì tỏ ra kém nhiệt tình hơn.

<sup>15</sup> Hiện nay, việc các tài xế xe hợp đồng như Grab đều phải tham gia vào Hợp tác xã vận tải, và họ là các xã viên hợp tác xã. Lúc này vai trò của họ trong thực hiện dịch vụ vận tải hành khách là các thương nhân chứ không đơn thuần là người dùng cuối cùng có tài sản nhân rồi. Vậy, vai trò của thương nhân kinh doanh vận tải chắc chắn khác với cá nhân chỉ thực hiện dịch vụ vận tải khi có xe và thời gian rảnh rỗi.

để vừa tạo điều kiện cho mô hình kinh doanh này phát triển mà không để tình trạng vi phạm pháp luật hay hạn chế cạnh tranh xảy ra là thách thức với nhà chức trách.

Việc giảm bớt những rào cản gia nhập thị trường trong những điều kiện nhất định, để mở đường cho doanh nghiệp mới, đặc biệt là những doanh nghiệp có cách thức kinh doanh hiện đại, có khả năng mang lại những giá trị lớn về mặt kinh tế, xã hội (tạo cơ hội việc làm, tận dụng nguồn lực nhân rỗi) có sức lan tỏa trong tương lai, tạo được động lực cho các doanh nghiệp khởi nghiệp. Trong khi đó, việc tận thu những nguồn lợi kinh tế trước mắt (thuế, phí) chưa hẳn đã là giải pháp tối ưu. Đứng trước những hiện tượng khách quan, chúng ta không thể thay đổi nó, thêm nữa nó mang lại những giá trị kinh tế, xã hội ưu việt thì cần phải nắm bắt cơ hội<sup>16</sup>. Việc khoan dung với những doanh nghiệp khởi nghiệp sử dụng phương thức kinh doanh mới này cũng góp phần vào mục tiêu 1 triệu doanh nghiệp trong năm 2020. Cần nói thêm rằng, số lượng doanh nghiệp lớn cộng với những chính sách tạo môi trường cạnh tranh công bằng cũng tạo ra sự chọn lọc tự nhiên. Lúc này những doanh nghiệp thực sự đáp ứng được yêu cầu của xã hội, trong đó, đặc biệt là nhu cầu của người tiêu dùng sẽ có thể trụ vững.

<sup>16</sup> Công ty kiểm toán quốc tế PwC ước tính rằng, tổng lợi nhuận của 5 lĩnh vực phổ biến nhất của nền kinh tế chia sẻ (tài chính, nhân viên online, dịch vụ lưu trú, chia sẻ xe, chia sẻ nhạc/video) có thể tăng trưởng từ mức 15 tỷ USD năm 2014 lên đến mức 335 tỷ USD năm 2025. Nguồn: [https://kinhtrunguong.vn/fi/web/guest/thong-tin-chuyen-de?p\\_p\\_id=101&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=pop\\_up&p\\_p\\_mode=view&p\\_p\\_col\\_id=column-1&p\\_p\\_col\\_count=1&\\_101\\_struts\\_action=%2Fasset\\_publisher%2Fview\\_content&\\_101\\_assetEntryId=494819&\\_101\\_viewMode=print&\\_101\\_type=content&\\_101\\_urlTitle=mot-so-van-%C4%91e-ve-kinh-te-chia-se-sharing-economy-](https://kinhtrunguong.vn/fi/web/guest/thong-tin-chuyen-de?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=pop_up&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=494819&_101_viewMode=print&_101_type=content&_101_urlTitle=mot-so-van-%C4%91e-ve-kinh-te-chia-se-sharing-economy-), truy cập 21/03/2019.

#### 4. Vấn đề áp dụng pháp luật cạnh tranh trong bối cảnh hiện nay

Với tính cách là “Hiến pháp của thể chế kinh tế thị trường”, pháp luật cạnh tranh ra đời nhằm kiểm soát và xử lý những hành vi phản cạnh tranh (bao gồm hành vi hạn chế cạnh tranh, tập trung kinh tế và cạnh tranh không lành mạnh<sup>17</sup>) nhằm bảo vệ cạnh tranh – động lực của phát triển kinh tế. Đã có thời kỳ, những hành vi trên thương trường mà ngày nay (khi có Luật Cạnh tranh) được gọi là hành vi cạnh tranh không lành mạnh được xử lý theo Bộ luật Dân sự. Tuy nhiên, khi có Luật Cạnh tranh thì những hành vi được Luật này mô tả phải được xử lý trước hết theo Luật Cạnh tranh. Theo đó, nếu viện dẫn đến Luật Cạnh tranh, không thể có một cơ quan nào có thẩm quyền để kết luận về tính chất phản cạnh tranh của một doanh nghiệp. Bởi lẽ, pháp luật cạnh tranh đã thiết lập nên cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh, đảm bảo thi hành và áp dụng Luật Cạnh tranh là Ủy ban cạnh tranh quốc gia<sup>18</sup>. Cơ quan này có thẩm quyền để kết luận về tính chất phản cạnh tranh của các thành viên thương trường, là đối thủ cạnh tranh của nhau, và áp dụng những chế tài (hành chính) theo pháp luật cạnh tranh. Điều đó không có nghĩa rằng, những hậu quả pháp lý tiếp theo, phát sinh từ tính chất phản cạnh tranh của doanh nghiệp sẽ không được xử lý; chẳng hạn như bồi thường thiệt hại (theo pháp luật dân sự) hay thu hồi giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp (theo Luật Doanh nghiệp)... Khoản 1 Điều 110 Luật Cạnh tranh năm 2018 quy định: “*Tổ chức, cá nhân có hành vi vi phạm pháp luật về cạnh tranh thì tùy theo tính chất, mức độ vi*

<sup>17</sup> Ở Việt Nam, phản cạnh tranh không chỉ được xuất hiện bởi các đối thủ cạnh tranh và nhiều khi còn được thực hiện bởi những tác nhân ngoài thị trường, trước hết là bởi quyền lực công cộng.

<sup>18</sup> Điều 46 Luật Cạnh tranh năm 2018.

phạm mà bị xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự; nếu gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân thì phải bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật”. Phải hiểu rằng, một thành viên của “thị trường liên quan” nếu muốn yêu cầu bồi thường thiệt hại vì một hành vi phản cạnh tranh, ví dụ cạnh tranh không lành mạnh, thì phải qua bước xử lý và kết luận về hành vi của Ủy ban cạnh tranh quốc gia. Bởi lẽ, ở Việt Nam, toà án không có chức năng giải thích pháp luật; kết luận và xử lý hành vi cạnh tranh (theo pháp luật cạnh tranh) đến nay vẫn thuộc thẩm quyền của các cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh.

Trở lại với vấn đề về các nhà cung cấp hạ tầng mạng có tham gia thị trường liên quan nào không để có thể nhìn nhận họ với tư cách là một đối thủ cạnh tranh trong “thị trường liên quan” và như đã nêu ở trên, đây là tiền đề để áp dụng Luật Cạnh tranh. Theo cách hiểu của pháp luật cạnh tranh hiện hành, đây là vấn đề “khó xử”. Khoản 1 Điều 9 Luật Cạnh tranh năm 2018 quy định: “*Thị trường liên quan được xác định trên cơ sở thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan. Thị trường sản phẩm liên quan là thị trường của những hàng hóa, dịch vụ có thể thay thế cho nhau về đặc tính, mục đích sử dụng và giá cả. Thị trường địa lý liên quan là khu vực địa lý cụ thể trong đó có những hàng hóa, dịch vụ được cung cấp có thể thay thế cho nhau với các điều kiện cạnh tranh tương tự và có sự khác biệt đáng kể với các khu vực địa lý lân cận*”. Tuy nhiên, đến nay, vấn đề này vẫn chưa được Chính phủ hướng dẫn thi hành.

Do đó, trong trường hợp cần phải xác định thị trường liên quan của một loại dịch vụ, cơ quan cạnh tranh không thể áp dụng

các tiêu chí như trước đây<sup>19</sup> để xác định đặc tính của dịch vụ, từ đó, không đảm bảo đầy đủ các yếu tố xác định thị trường liên quan theo quy định của luật. Đó là chưa kể đến loại dịch vụ phức tạp và khó hình dung là dịch vụ kết nối mạng.

### Kết luận

Cạnh tranh là động lực phát triển kinh tế. Vì thế, một Nhà nước kiến tạo phải bảo vệ và bảo hộ, khuyến khích cạnh tranh, bảo hộ và bênh vực những hiện tượng và cách làm mới có lợi cho xã hội, cho người dân và kể cả Nhà nước. Là một hiện tượng khách quan, nền công nghệ số ra đời đã làm đổ vỡ nhiều khái niệm, nguyên tắc và phương pháp quản lý nói chung và quản lý kinh tế nói riêng. Để thúc đẩy phát triển kinh tế, xã hội theo những quy luật tự nhiên và áp dụng được những giá trị toàn cầu, Nhà nước cần xây dựng chính sách cạnh tranh sao cho cơ hội cạnh tranh của các chủ thể liên quan trong thị trường sản phẩm, dịch vụ liên quan<sup>20</sup> là ngang nhau. Đành rằng, nhân loại đã bước vào kỷ nguyên 4.0 trong khi Việt Nam vẫn đang ị ạch công nghiệp hoá, hiện đại hoá. Tuy nhiên, “đi tắt đón đầu” sẽ là lợi thế của những kẻ đi sau. Kinh tế số ở Việt Nam đang bùng nổ và phát triển tạo ra lợi ích về nhiều phương diện cho người tiêu dùng và xã hội, đang tạo ra diện mạo mới cho nền kinh tế, đặc biệt trong lĩnh vực dịch vụ. Nhà nước, vì vậy, không thể không nắm lấy cơ hội này để vươn lên, đổi mới tư duy, mở đường và ủng hộ cạnh tranh trong nền kinh tế số và cuối cùng cũng là phục vụ hoàn thành giấc mơ kiến tạo của Chính phủ.

<sup>19</sup> Khoản 1 Điều 4 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP quy định thị trường sản phẩm liên quan là thị trường của những hàng hóa, dịch vụ có thể thay thế cho nhau cả về đặc tính, mục đích sử dụng và giá cả.

<sup>20</sup> Không xét tới thị trường địa lý liên quan, bởi trong nền kinh tế phi biên giới, yếu tố địa lý có lẽ không còn là vấn đề cần quan tâm nhiều.

# THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ QUẢN TRỊ DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

Nguyễn Thị Huệ\*

**Tóm tắt:** Quản trị doanh nghiệp nhà nước tạo nên móng cho sự phát triển lành mạnh của doanh nghiệp và thị trường; giúp cân bằng, kiểm chế và kiểm soát quyền lực giữa các chủ thể có liên quan trong hoạt động của doanh nghiệp; bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của chủ sở hữu, của doanh nghiệp và thị trường. Tuy nhiên, do những đặc thù của doanh nghiệp nhà nước ở Việt Nam, nên pháp luật về quản trị đối với loại hình doanh nghiệp này còn nhiều bất cập, khó đáp ứng được các yêu cầu của quản trị tốt doanh nghiệp. Bài viết phân tích nhu cầu, thực trạng pháp luật về quản trị doanh nghiệp nhà nước và đề xuất hướng hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

**Abstract:** The management of state-owned enterprises creates the foundation for a healthy development of themselves and the market; helping to check and balance, and control related parties in the management of the enterprises; protecting legitimate rights and interests of the owners, enterprises and market. However, given particularities of Vietnam's state-owned enterprises, laws on the management of enterprises remain inadequate and insufficient to meet the requirements for good enterprises management. The article analyzes needs and legal issues related to the management of state-owned enterprises and makes proposals for improvement.

## 1. Khái quát về quản trị doanh nghiệp nhà nước

### 1.1. Vai trò của quản trị doanh nghiệp

Trước hết, quản trị doanh nghiệp có vai trò quan trọng đối với việc tạo nền móng tốt cho sự phát triển của doanh nghiệp và lành mạnh hoá thị trường. Doanh nghiệp được quản trị tốt sẽ mang lại hiệu quả cao cho nhà đầu tư và lợi ích cho các chủ thể khác trong công ty. Thực tiễn hoạt động của rất nhiều doanh nghiệp lớn nhỏ trên thế giới đã chứng minh điều đó. Do vậy, vấn đề quản trị doanh nghiệp luôn đặt ra nhu cầu cần được cải tổ vì “sức khoẻ” của doanh nghiệp và sự lành mạnh hoá thị trường.

Thứ hai, quản trị doanh nghiệp được xác lập trên cơ sở sự tách bạch giữa chủ thể

quản lý và chủ thể sở hữu doanh nghiệp. Sản nghiệp của doanh nghiệp là của chủ sở hữu/các đồng chủ sở hữu (nhà đầu tư, cổ đông, thành viên...), nhưng để doanh nghiệp tồn tại và phát triển cần phải có sự dẫn dắt của bộ máy quản lý – điều hành doanh nghiệp (hội đồng quản trị/hội đồng thành viên, ban giám đốc) và sự đóng góp công sức của người lao động. Mối quan hệ giữa chủ thể quản lý và chủ thể sở hữu không phải khi nào cũng đồng nhất, do vậy để doanh nghiệp đạt được mục đích đã đề ra thì nhu cầu tất yếu là cần phải có một cơ chế để đồng chủ sở hữu doanh nghiệp có thể kiểm soát việc quản lý và điều hành doanh nghiệp.

Thứ ba, quản trị doanh nghiệp giúp kiểm soát được những giao dịch phát sinh, minh bạch được cơ chế đại diện trong doanh

\* TS., Khoa Luật – Đại học Kinh tế quốc dân.

ng nghiệp, bảo vệ được quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp, của đồng chủ sở hữu doanh nghiệp, của người lao động và cả người thứ ba là đối tác của doanh nghiệp.

*Thứ tư*, quản trị doanh nghiệp giúp cân bằng, kiểm chế và kiểm soát quyền lực giữa các chủ thể có liên quan trong hoạt động của doanh nghiệp, đảm bảo sự phát triển dài hạn của doanh nghiệp. Cấu trúc quản trị doanh nghiệp chỉ ra nguyên tắc xác lập, thực hiện quyền lực và trách nhiệm trong tổ chức nội bộ doanh nghiệp, nguyên tắc vận hành doanh nghiệp, xác định các mục tiêu và phương thức để đạt được mục tiêu của doanh nghiệp...

*Thứ năm*, quản trị doanh nghiệp tốt giúp cho doanh nghiệp hoạt động kinh doanh có hiệu quả hơn do tạo được niềm tin với thị trường và xã hội, từ đó có cơ hội tốt hơn trong việc tiếp cận với các nguồn tài chính, thu hút được các nguồn lực đầu tư vào doanh nghiệp.

### **1.2. Yêu cầu đối với quản trị doanh nghiệp nhà nước**

Doanh nghiệp nhà nước là một thực thể kinh doanh tồn tại trong nền kinh tế Việt Nam cùng với sự thăng trầm của lịch sử kinh tế - xã hội đất nước. Cùng với nhu cầu và sự biến đổi của kinh tế, chính trị, cũng như định hướng phát triển kinh tế của Đảng, quan điểm về doanh nghiệp nhà nước cũng có nhiều điểm khác biệt so với trước đây. Doanh nghiệp nhà nước hiện là một hình thức tổ chức kinh doanh được quy định trong Luật Doanh nghiệp hiện hành, cũng như Luật Doanh nghiệp năm 2020 vừa được Quốc hội thông qua.

*“Doanh nghiệp nhà nước là doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn*

*điều lệ”*<sup>1</sup>. Về nguyên tắc, việc quản trị doanh nghiệp nhà nước cũng giống như quản trị công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên. Tuy nhiên, do những đặc thù của doanh nghiệp nhà nước ở Việt Nam như mối quan hệ giữa chủ sở hữu (thông qua đại diện chủ sở hữu) với doanh nghiệp, quan hệ trong nội bộ bộ máy quản lý – điều hành doanh nghiệp với nhau... nên vấn đề quản trị đối với doanh nghiệp nhà nước còn nhiều bất cập, khó đáp ứng được các yêu cầu của quản trị doanh nghiệp.

Theo Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế - Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), để đảm bảo sự vận hành lành mạnh của nền kinh tế thị trường, việc quản trị doanh nghiệp nhà nước phải đáp ứng được các yêu cầu cơ bản sau đây:

(1) Xác định được rõ lý do/mục tiêu Nhà nước cần duy trì sở hữu tại doanh nghiệp (thường là vì mục đích công). Mục tiêu này cần được công bố rõ ràng ngay khi Nhà nước đầu tư vốn vào doanh nghiệp.

(2) Nhà nước cần đóng vai trò là một chủ sở hữu của doanh nghiệp, đảm bảo việc quản trị doanh nghiệp được thực hiện một cách minh bạch, có trách nhiệm với mức độ chuyên nghiệp và hiệu quả cần thiết.

(3) Đảm bảo một sân chơi bình đẳng của các doanh nghiệp trên thị trường.

(4) Đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các bên có liên quan.

(5) Công khai thông tin và minh bạch hoá hoạt động của doanh nghiệp nhà nước.

(6) Bộ máy quản lý doanh nghiệp nhà nước cần có đủ thẩm quyền, năng lực và

<sup>1</sup> Khoản 8 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

tính khách quan cần thiết để thực hiện chức năng chiến lược và giám sát người điều hành doanh nghiệp nhà nước. Họ cần có sự liên chính và chịu trách nhiệm giải trình về hành động của mình...<sup>2</sup>.

## 2. Một số bất cập trong các quy định pháp luật về quản trị doanh nghiệp nhà nước

Trong điều kiện xây dựng nền kinh tế thị trường ở Việt Nam hiện nay, hệ thống pháp luật về quản trị doanh nghiệp nhà nước thời gian qua đã phát huy hiệu quả điều chỉnh và đạt được những thành tựu nhất định; tuy nhiên, vẫn còn một số bất cập thể hiện ở những điểm sau:

*Một là, về lý do Nhà nước đầu tư vốn/nắm giữ vốn trong doanh nghiệp nhà nước chưa được xác định đầy đủ*

Theo Quyết định số 58/2016/QĐ-TTg ngày 28/12/2016 của Thủ tướng Chính phủ thì các doanh nghiệp nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ hoạt động trong các lĩnh vực sau: (1) Đo đạc bản đồ phục vụ quốc phòng, an ninh; (2) Sản xuất, kinh doanh vật liệu nổ công nghiệp; (3) Truyền tải, điều độ hệ thống điện quốc gia và quản lý lưới điện phân phối; thủy điện đa mục tiêu, điện hạt nhân có ý nghĩa đặc biệt quan trọng về kinh tế - xã hội gắn với quốc phòng, an ninh; (4) Quản lý hệ thống kết cấu hạ tầng đường sắt quốc gia, đường sắt đô thị do Nhà nước đầu tư; điều hành giao thông vận tải đường sắt quốc gia, đường sắt đô thị do Nhà nước đầu tư; (5) Dịch vụ không lưu, dịch vụ thông báo tin tức hàng không, dịch vụ tìm kiếm, cứu nạn; (6) Bảo đảm hàng hải (không bao

gồm nạo vét, duy tu luồng hàng hải công cộng); (7) Buru chính công ích; (8) Kinh doanh xổ số; (9) Xuất bản (không bao gồm lĩnh vực in và phát hành xuất bản phẩm); (10) In, đúc tiền, sản xuất vàng miếng và các vật phẩm lưu niệm bằng vàng; (11) Tín dụng chính sách phục vụ phát triển kinh tế - xã hội, đảm bảo an toàn hệ thống ngân hàng và tổ chức tín dụng<sup>3</sup>.

Theo OECD, lý do mà Nhà nước duy trì sở hữu tại doanh nghiệp là vì mục đích công và mục tiêu là tối đa hoá lợi ích của nền kinh tế thông qua việc phân bổ có hiệu quả các nguồn lực. Để thực hiện điều đó, Nhà nước cần ban hành và thực hiện chính sách chủ sở hữu nhà nước, tại đó vai trò của Nhà nước trong quản trị doanh nghiệp nhà nước, cách thức Nhà nước thực hiện quyền chủ sở hữu được xác định.

Nghị quyết số 12-NQ/TW<sup>4</sup> cũng đặt ra yêu cầu: Cần xây dựng và áp dụng khung quản trị doanh nghiệp phù hợp với chuẩn mực quốc tế tại các doanh nghiệp nhà nước. Việt Nam đã có quy định về các lĩnh vực mà chủ sở hữu nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ, nhưng chưa có quy định rõ ràng vị trí, vai trò của doanh nghiệp nhà nước cũng như lý do vì sao Nhà nước phải nắm giữ vốn trong doanh nghiệp thuộc các lĩnh vực trên.

<sup>3</sup> Phụ lục 1 ban hành kèm theo Quyết định số 58/2016/QĐ-TTg ngày 28/12/2016 của Thủ tướng Chính phủ tiêu chí phân loại doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp có vốn nhà nước và danh mục doanh nghiệp nhà nước thực hiện sắp xếp giai đoạn 2016-2020.

<sup>4</sup> Nghị quyết số 12-NQ/TW ngày 03/6/2017, Hội nghị lần thứ năm Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa XII về tiếp tục cơ cấu lại, đổi mới và nâng cao hiệu quả của doanh nghiệp nhà nước.

<sup>2</sup> OECD Principles of corporate governance 2004 – Edition, [https://viocd.vn/wp-content/uploads/2019/08/Vietnam-CG-Code-of-Best-practices\\_v1.0\\_EV.pdf](https://viocd.vn/wp-content/uploads/2019/08/Vietnam-CG-Code-of-Best-practices_v1.0_EV.pdf), truy cập ngày 14/4/2020.

Trong thực tế, các doanh nghiệp nhà nước đầu tư vốn khá dàn trải, cả trong những lĩnh vực mà những thành phần kinh tế khác có thể làm rất tốt như sản xuất, chế biến lương thực, thực phẩm; sản xuất vật liệu xây dựng, kinh doanh vận tải đường bộ, bất động sản, chăn nuôi, thủy sản, bao bì, ngân hàng... Đây là những ngành, lĩnh vực các doanh nghiệp dân doanh có thể làm tốt hơn Nhà nước.

Cho tới thời điểm hiện tại, Việt Nam đang có số lượng doanh nghiệp nhà nước tương đối lớn. Theo số liệu của Bộ Kế hoạch và Đầu tư trình Chính phủ, đến cuối năm 2018, cả nước có 490 doanh nghiệp nhà nước sở hữu 100% vốn, trong đó có 6 tập đoàn kinh tế, 55 tổng công ty<sup>5</sup>. Trong đó, có 19 tập đoàn và Tổng công ty do Ủy ban quản lý vốn nhà nước là đại diện chủ sở hữu<sup>6</sup>. Các doanh nghiệp này đều được đầu tư và hoạt động trong các lĩnh vực trọng yếu của nền kinh tế đất nước, tập trung vào: Năng lượng, tài nguyên khoáng sản, hạ tầng giao thông và đất đai trong sản xuất nông nghiệp. Mặc dù vấn đề công ty hoá doanh nghiệp nhà nước, Nhà nước thoái vốn khỏi doanh nghiệp... đã được khởi xướng và thực hiện trong nhiều năm nay, nhưng hiện tại Nhà nước vẫn đang tham gia quá nhiều vào hoạt động kinh tế trực tiếp thông qua việc đầu tư vào các doanh nghiệp nhà nước, đặc biệt là các tập đoàn kinh tế nhà nước và gián tiếp thông qua sự gắn kết chặt chẽ với một nhóm đặc quyền trong khu vực tư

nhân<sup>7</sup>. Doanh nghiệp nhà nước vẫn đang là lực cản phát triển của nền kinh tế Việt Nam với các khoản đầu tư chủ yếu dựa vào vốn vay được bảo lãnh, là nguyên nhân chính gây ra nợ xấu quá mức và ảnh hưởng đến sự ổn định của hệ thống tài chính.

*Hai là, việc xác định quan hệ giữa Nhà nước với đại diện chủ sở hữu trực tiếp và với doanh nghiệp liên quan tới hoạt động quản lý và sử dụng vốn đầu tư vào hoạt động kinh doanh chưa rõ ràng*

Quan hệ giữa chủ đầu tư/chủ sở hữu doanh nghiệp với doanh nghiệp là quan hệ trung tâm của vấn đề quản trị doanh nghiệp nhà nước. *Cơ quan đại diện chủ sở hữu* của doanh nghiệp nhà nước là cơ quan, tổ chức được Chính phủ giao thực hiện quyền, trách nhiệm của đại diện chủ sở hữu nhà nước đối với doanh nghiệp do mình quyết định thành lập hoặc được giao quản lý và thực hiện quyền, trách nhiệm đối với phần vốn nhà nước đầu tư tại công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên<sup>8</sup>.

Đại diện chủ sở hữu của các doanh nghiệp nhà nước được xác định bao gồm<sup>9</sup>: Ủy ban quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp; bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ; Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương.

Vấn đề quản trị doanh nghiệp nhà nước có điểm khác biệt rất căn bản với quản trị các doanh nghiệp dân doanh ở chỗ, chủ sở

<sup>5</sup> Báo cáo tình hình phát triển doanh nghiệp năm 2018 và nhận định năm 2019 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư trình Chính phủ.

<sup>6</sup> Khoản 2 Điều 9 Nghị định số 131/2018/NĐ-CP ngày 29/9/2018 về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Ủy ban quản lý vốn nhà nước.

<sup>7</sup> Báo cáo tổng quan Việt Nam 2035 hướng tới thịnh vượng, sáng tạo, công bằng và dân chủ, Ngân hàng Thế giới và Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Nxb. Hồng Đức, 2016, tr. 99-101.

<sup>8</sup> Khoản 1 Điều 3 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào kinh doanh năm 2014.

<sup>9</sup> Điều 4 Nghị định số 10/2019/NĐ-CP ngày 30/01/2019 về thực hiện quyền, trách nhiệm của đại diện chủ sở hữu nhà nước.

hữu doanh nghiệp nhà nước nằm ngoài doanh nghiệp, là cơ quan quản lý nhà nước, do đó không tạo ra được khuôn khổ quản trị thống nhất. Chủ sở hữu (Nhà nước) thông qua cơ quan đại diện chủ sở hữu quyết định các vấn đề liên quan tới quản trị doanh nghiệp – và do vậy, quá trình quản trị doanh nghiệp nhà nước, các vấn đề cơ bản, quan trọng liên quan đến tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp nhà nước có sự tham gia của các cơ quan nhà nước, cụ thể như: Đầu tư bổ sung vốn điều lệ<sup>10</sup>; huy động vốn ở mức trên 50% vốn chủ sở hữu<sup>11</sup>; đầu tư, xây dựng, mua bán tài sản cố định có giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% vốn chủ sở hữu<sup>12</sup>; đầu tư ra ngoài doanh nghiệp với giá trị bằng hoặc lớn hơn 50% vốn chủ sở hữu<sup>13</sup>; quyết định đối với các vấn đề liên quan tới tổ chức lại, giải thể, phá sản, chuyển giao doanh nghiệp nhà nước<sup>14</sup>; ban hành, sửa đổi, bổ sung điều lệ, chiến lược và kế hoạch của doanh nghiệp nhà nước<sup>15</sup>...

Hiện tại, Ủy ban quản lý vốn nhà nước trực tiếp làm đại diện chủ sở hữu đối với 19 tổng công ty và tập đoàn kinh tế lớn của Việt Nam<sup>16</sup>. Ủy ban này có các quyền:

<sup>10</sup> Điều 15 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào kinh doanh năm 2014.

<sup>11</sup> Điều 23 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào kinh doanh năm 2014.

<sup>12</sup> Điều 27 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào kinh doanh năm 2014.

<sup>13</sup> Điều 28 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào kinh doanh năm 2014.

<sup>14</sup> Điều 8 Nghị định số 10/2019/NĐ-CP ngày 30/01/2019 về thực hiện quyền, trách nhiệm của đại diện chủ sở hữu nhà nước.

<sup>15</sup> Điều 9 Nghị định số 10/2019/NĐ-CP ngày 30/01/2019 về thực hiện quyền, trách nhiệm của đại diện chủ sở hữu nhà nước.

<sup>16</sup> Điều 9 Nghị định số 131/2018/NĐ-CP ngày 29/9/2018 của Chính phủ về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp.

Quyết định việc tăng vốn, bổ sung vốn đầu tư nhà nước, chuyển nhượng cổ phần, vốn góp của Nhà nước; giám sát việc thu hồi vốn đầu tư, thu lợi nhuận, cổ tức<sup>17</sup>...

Tuy nhiên, thực tiễn thời gian qua cho thấy, Ủy ban quản lý vốn nhà nước mới chỉ thực hiện được một phần chức năng quản lý vốn của nhà nước đầu tư vào các doanh nghiệp lớn và chưa thực hiện được chức năng phê duyệt chủ trương đầu tư. Điều này dẫn đến tình trạng nhiều doanh nghiệp nhà nước được bàn giao về cho Ủy ban quản lý vốn nhà nước không thể thực hiện được các dự án đầu tư của mình. Đơn cử như Tập đoàn Điện lực Việt Nam (EVN) đề nghị phê duyệt chủ trương đầu tư dự án đường dây 500 KV Vân Phong - Vĩnh Tân; Tổng công ty Đầu tư và phát triển đường cao tốc (VEC) đề nghị xử lý vướng mắc đối với dự án đường cao tốc Bến Lức - Long Thành và dự án đường cao tốc Đà Nẵng - Quảng Ngãi<sup>18</sup>... Tuy nhiên, Ủy ban quản lý vốn nhà nước không thể phê duyệt được do vướng mắc về quy định pháp luật. Theo đó, các dự án đầu tư của các tập đoàn nói trên đều thuộc dự án đầu tư nhóm A, không thuộc thẩm quyền phê duyệt chủ trương đầu tư, phê duyệt dự án của Ủy ban quản lý vốn nhà nước mà thuộc thẩm quyền của Chính phủ<sup>19</sup>. Việc chờ đợi phê duyệt chủ trương đầu tư của Ủy ban quản lý vốn nhà nước

<sup>17</sup> Điều 4, 5, 6 Nghị định số 131/2018/NĐ-CP ngày 29/9/2018 của Chính phủ về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp.

<sup>18</sup> Chí Hiếu, “Siêu” Ủy ban Quản lý vốn: Rối như tơ vò, tắc hàng loạt dự án, <https://thanhmien.vn/tai-chinh-kinh-doanh/sieu-uy-ban-quan-ly-von-roi-nhu-to-vo-tac-hang-loat-du-an-1190544.html>, truy cập ngày 18/02/2020.

<sup>19</sup> Điều 8, khoản 4 Điều 17 Luật Đầu tư công năm 2019, Điều 31, 32 Luật Đầu tư năm 2014.

dẫn tới việc trì trệ trong hoạt động của các tập đoàn, tổng công ty. Hiện tại có những tập đoàn, tổng công ty đang đề xuất Chính phủ cho phép trở về chịu sự quản lý trực tiếp của Bộ chủ quản, chẳng hạn như Tổng công ty đường sắt Việt Nam đang đề nghị Chính phủ cho phép trở về chịu sự quản lý của Bộ Giao thông vận tải<sup>20</sup>.

Như vậy, trong thời gian qua, đã có nỗ lực rất lớn của Chính phủ về việc hoàn thiện các chính sách liên quan tới quản trị doanh nghiệp nhà nước nói chung và quản trị hiệu quả đối với hoạt động đầu tư kinh doanh vốn nhà nước nói riêng, nhưng vẫn còn sự lúng túng trong việc xác định nội hàm của hoạt động quản trị doanh nghiệp nhà nước cũng như xác định mối quan hệ giữa chủ sở hữu, đại diện chủ sở hữu và doanh nghiệp. Dường như sự xuất hiện của Ủy ban quản lý vốn nhà nước làm cho doanh nghiệp nhà nước có thêm 1 cơ quan chủ quản nữa mà không góp phần làm minh bạch hoạt động quản trị doanh nghiệp. Hoạt động của Ủy ban quản lý vốn nhà nước trong thời gian qua (từ tháng 8/2018 đến nay) chưa thật sự đáp ứng được kỳ vọng là tách bạch chức năng quản lý nhà nước và chức năng đại diện chủ sở hữu nhà nước trong doanh nghiệp nhà nước. Trong vai trò là chủ sở hữu doanh nghiệp 100% vốn nhà nước, Ủy ban sẽ có quyền hạn, trách nhiệm về thành lập, tổ chức lại, chuyển đổi sở hữu, giải thể, phá sản; chiến lược, kế hoạch đầu tư phát triển 5 năm và kế hoạch sản xuất, kinh

doanh hằng năm của doanh nghiệp; quản lý cán bộ, lao động, tiền lương của doanh nghiệp; về các quyết định đầu tư, tài chính; giám sát và đánh giá doanh nghiệp và người quản lý doanh nghiệp<sup>21</sup>... Nhưng bên cạnh đó, Ủy ban quản lý vốn nhà nước chịu sự quản lý nhà nước của các bộ, cơ quan ngang bộ trong phạm vi ngành, lĩnh vực được phân công theo quy định của pháp luật, như chấp hành và tuân thủ các hoạt động quản lý nhà nước của bộ, cơ quan ngang bộ; chấp hành các văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan quản lý nhà nước về quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất - kinh doanh tại doanh nghiệp; thực hiện chiến lược đầu tư theo chiến lược, kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội, quy hoạch phát triển ngành đã được phê duyệt... Khi thực hiện quyền, trách nhiệm của đại diện chủ sở hữu tại doanh nghiệp hoạt động trên địa bàn địa phương, Ủy ban phải tuân thủ các hoạt động quản lý nhà nước của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân theo quy định<sup>22</sup>.

Điều đó cho thấy, chưa có sự tách bạch hoàn toàn chức năng của người đại diện chủ sở hữu với chức năng quản lý nhà nước về kinh tế trong hoạt động của các cơ quan đại diện chủ sở hữu; do đó, việc quản trị doanh nghiệp nhà nước chưa thật sự minh bạch. Chẳng hạn, Bộ Công Thương là cơ quan quản lý nhà nước về năng lượng, đồng thời là đại diện chủ sở hữu đối với tập đoàn dầu khí, tập đoàn điện lực..., nên trong thời gian

<sup>20</sup> Phan Trang, *Vi sao Tổng Công ty Đường sắt Việt Nam được đề xuất “về lại” Bộ GTVT?*, <http://baohinhphu.vn/Phan%20Trang,%20Doanh-nghiep/Vi-sao-Tong-Cong-ty-Duong-sat-Viet-Nam-duoc-de-xuat-ve-lai-Bo-GTVT/387886.vgp>, truy cập ngày 18/02/2020.

<sup>21</sup> Điều 5, 6 Nghị định số 131/2018/NĐ-CP ngày 29/9/2018 của Chính phủ về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp.

<sup>22</sup> Điều 4, 5, 6, 7 Nghị định số 131/2018/NĐ-CP ngày 29/9/2018 của Chính phủ về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp.

qua, dư luận xã hội hoàn toàn có quyền nghi ngờ việc thiếu minh bạch và chưa có sự công bằng trong việc xây dựng và xác định giá các hàng hoá, dịch vụ như điện, xăng dầu... Vì lẽ đó, yêu cầu của quản trị doanh nghiệp nhà nước là bảo đảm được quyền và lợi ích của chủ thể có liên quan vẫn chưa được thực hiện.

Hoạt động của các doanh nghiệp nhà nước trong thời gian qua cho thấy, cơ quan đại diện chủ sở hữu chưa thực hiện được việc xây dựng mục tiêu và giao nhiệm vụ cụ thể cho doanh nghiệp nhà nước. Trường hợp có đặt ra mục tiêu hoạt động của doanh nghiệp nhà nước thì cơ quan chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước chưa có phương án thực hiện và cũng chưa giám sát thực hiện các mục tiêu đã đề ra. Đồng thời, chủ sở hữu cũng chưa có chế tài áp dụng đối với các doanh nghiệp nhà nước khi không đạt được mục tiêu hay yêu cầu của chủ sở hữu. Điều đó dẫn đến thực trạng hiệu quả hoạt động của các doanh nghiệp về cơ bản còn yếu kém. Doanh nghiệp nhà nước có nguồn vốn đầu tư lớn, nhưng hiệu quả kinh doanh lại thấp hơn so với các khu vực kinh tế khác.

Theo Sách trắng doanh nghiệp Việt Nam, *khu vực doanh nghiệp nhà nước chủ yếu gồm các doanh nghiệp có quy mô lớn nên vốn thu hút vào sản xuất - kinh doanh đạt 9,5 triệu tỷ đồng, chiếm 28,8% tổng vốn của toàn bộ khu vực doanh nghiệp. Tổng doanh thu thuần đạt 3,1 triệu tỷ đồng, chiếm 15,1%. Năm 2017, khu vực doanh nghiệp nhà nước có chỉ số nợ là 4,1 lần; khu vực doanh nghiệp ngoài nhà nước là 2,3 lần và khu vực doanh nghiệp FDI là 1,6 lần. Báo cáo sơ bộ về kết quả sản xuất kinh doanh của 19 tập đoàn, tổng công ty nhà nước*

*năm 2018 của Ủy ban quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp cũng chỉ ra, tổng doanh thu các doanh nghiệp nhà nước là 1,304 triệu tỷ đồng thì con số mắc nợ lên tới 1,3 triệu tỷ đồng. Điều này thể hiện rõ qua 12 dự án ngàn tỷ thua lỗ, kém hiệu quả như nhà máy sản xuất xơ sợi Đình Vũ, dự án nhà máy bột giấy Phương Nam, dự án nhà máy gang thép Thái Nguyên giai đoạn 2, nhà máy nhiên liệu sinh học Bio-Ethanol Dung Quất và nhà máy đạm Ninh Bình... Những con số trên cho thấy một thực tế, khu vực doanh nghiệp FDI đang hoạt động hiệu quả nhất, tiếp đó là khu vực doanh nghiệp ngoài nhà nước. Khu vực doanh nghiệp nhà nước hoạt động kém hiệu quả so với 2 khu vực còn lại. Doanh nghiệp nhà nước cần tới 9,5 triệu tỷ đồng để làm ra 3,1 triệu tỷ đồng doanh thu<sup>23</sup>. Nguyên nhân dẫn đến tình trạng yếu kém của doanh nghiệp nhà nước là do tồn tại quá lâu trong cơ chế bao cấp, ưu tiên, nên vẫn còn tư duy theo hướng xin-cho. Môi trường đầu tư, kinh doanh vẫn chưa thật sự bình đẳng, doanh nghiệp nhà nước được hưởng nhiều ưu tiên, ưu đãi hơn các thành phần kinh tế khác về đất đai, vốn... tạo ra những lợi thế cạnh tranh không bình đẳng với các loại hình doanh nghiệp khác. Điều này khiến doanh nghiệp nhà nước vẫn còn ỷ lại mà không cần phải quyết liệt thực hiện tái cơ cấu để tồn tại, cạnh tranh và phát triển. Nhiều doanh nghiệp nhà nước mặc dù đã cổ phần hóa, thoái vốn nhà nước, song vẫn ỷ lại cơ chế nhà nước mỗi khi gặp khó khăn như việc có những tập đoàn, tổng công ty đã đưa ra đề xuất áp thuế suất cao hơn với hàng hoá nhập khẩu, thậm chí dừng nhập khẩu hàng*

<sup>23</sup> Sách trắng doanh nghiệp Việt Nam 2019, Nxb. Thống kê, tr. 27, 28.

hoá để tạo điều kiện cho các tập đoàn, tổng công ty đó duy trì sức cạnh tranh với hàng nhập khẩu. Đây chính là lý do vì sao doanh nghiệp nhà nước nắm một khối lượng vốn và tài sản khổng lồ của nhà nước, nhưng chưa mang lại hiệu quả, chưa tương xứng với tiềm năng, lợi thế<sup>24</sup>.

*Ba là, việc quyết định đối với vấn đề nhân sự trong doanh nghiệp nhà nước còn nhiều bất cập*

Trong doanh nghiệp nhà nước, người đại diện chủ sở hữu trực tiếp tại doanh nghiệp là các cá nhân được cơ quan nhà nước có thẩm quyền bổ nhiệm vào hội đồng thành viên, chủ tịch công ty để thực hiện quyền, trách nhiệm của đại diện chủ sở hữu nhà nước tại doanh nghiệp<sup>25</sup>. Người quản lý doanh nghiệp nhà nước là người giữ chức danh, chức vụ tại doanh nghiệp nhà nước bao gồm: Chủ tịch hội đồng thành viên; chủ tịch công ty; thành viên hội đồng thành viên; kiểm soát viên; tổng giám đốc; phó tổng giám đốc; giám đốc; phó giám đốc; kế toán trưởng<sup>26</sup>.

Đại diện chủ sở hữu tham gia vào việc tổ chức quản lý doanh nghiệp như: Quyết định về quy hoạch, bổ nhiệm, bổ nhiệm lại, từ chức, miễn nhiệm, điều động, luân

chuyển, khen thưởng, kỷ luật, thôi việc, nghỉ hưu đối với chủ tịch hội đồng thành viên, thành viên hội đồng thành viên, chủ tịch công ty; phê duyệt đề hội đồng thành viên, chủ tịch công ty quyết định bổ nhiệm, bổ nhiệm lại, miễn nhiệm, khen thưởng, kỷ luật tổng giám đốc, giám đốc doanh nghiệp<sup>27</sup>... Việc quản lý đối với người quản lý doanh nghiệp nhà nước thuộc về các cơ quan nhà nước từ trung ương tới địa phương như Thủ tướng Chính phủ; Bộ Nội vụ<sup>28</sup>; Bộ quản lý ngành<sup>29</sup>; Ủy ban nhân dân cấp tỉnh<sup>30</sup>; Ủy ban quản lý vốn nhà nước<sup>31</sup>. Các điều kiện, quy trình, thủ tục bổ nhiệm đối với người quản lý doanh nghiệp nhà nước hiện được quy định như đối với viên chức giữ chức vụ quản lý: Đạt tiêu chuẩn chung của Đảng, Nhà nước và tiêu chuẩn chức danh do cấp có thẩm quyền ban hành; được quy hoạch cho chức danh đó; có hồ sơ hợp lệ; trong độ tuổi bổ nhiệm; không trong thời gian thi hành quyết định kỷ luật từ khiển

<sup>27</sup> Điều 10 Nghị định số 10/2019/NĐ-CP ngày 30/01/2019 về thực hiện quyền, trách nhiệm của đại diện chủ sở hữu nhà nước.

<sup>28</sup> Điều 4 Nghị định số 97/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 về người quản lý, giữ chức danh, chức vụ tại doanh nghiệp là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mà Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

<sup>29</sup> Khoản 2, 3, 4 Điều 5 Nghị định số 97/2015/NĐ-CP, ngày 19/10/2015 về người quản lý, giữ chức danh, chức vụ tại doanh nghiệp là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mà Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

<sup>30</sup> Khoản 3, 4 Điều 5 Nghị định số 97/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 về người quản lý, giữ chức danh, chức vụ tại doanh nghiệp là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mà Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

<sup>31</sup> Điều 4, 5, 6 Nghị định số 131/2018/NĐ-CP ngày 29/9/2018 của Chính phủ về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp.

<sup>24</sup> PV/VOV.VN, “Siêu Ủy ban” phản hồi về khó khăn, vướng mắc của một số doanh nghiệp nhà nước, [https://vov.vn/kinh-te/sieu-uy-ban-phan-hoi-ve-kho-khan-vuong-mac-cua-mot-so-dnnn-1020433.vov](https://vov.vn/kinh-te/sieu-uy-ban-phan-hoi-ve-kho-khan-vuong-mac-cua-mot-so-doanh-nghiep-nha-nuoc), truy cập ngày 21/7/2019.

<sup>25</sup> Khoản 4 Điều 3 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào kinh doanh năm 2014.

<sup>26</sup> Khoản 7 Điều 3 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào kinh doanh năm 2014.

Điều 2 Nghị định số 97/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 về người quản lý, giữ chức danh, chức vụ tại doanh nghiệp là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mà Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

trách trở lên<sup>32</sup>... Đối với việc bổ nhiệm chức danh quản lý doanh nghiệp nhà nước thuộc thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ thì có sự tham gia của bộ quản lý ngành, Bộ Nội vụ<sup>33</sup>...

Doanh nghiệp nhà nước vì vậy vẫn còn nhiều cơ quan chủ quản. Sự can thiệp của các cơ quan này vào hoạt động của doanh nghiệp nhà nước, đặc biệt là vấn đề nhân sự dẫn tới doanh nghiệp nhà nước thiếu đi sự năng động cần thiết của một chủ thể kinh doanh.

Việc quy hoạch và quy trình, trình tự bổ nhiệm các chức danh quản lý trong doanh nghiệp nhà nước như đối với cán bộ, công chức, viên chức giữ chức vụ quản lý<sup>34</sup>, nên trong thực tế, người được bổ nhiệm vào các chức danh này thường là cán bộ, công chức hoặc viên chức trong bộ máy nhà nước, và phải là người đã được quy hoạch. Bên cạnh đó, quyền lợi được hưởng của những người được bổ nhiệm chức danh quản lý đối với các doanh nghiệp nhà nước cũng được giới hạn bởi các quy định của pháp luật về mức lương, thưởng<sup>35</sup>; việc miễn nhiệm, điều

động công tác, khen thưởng và kỷ luật đối với người giữ chức vụ quản lý doanh nghiệp nhà nước cũng được thực hiện như đối với viên chức<sup>36</sup>...

Quy định về điều kiện, quy trình bổ nhiệm đối với người quản lý doanh nghiệp nhà nước hiện hành đã không đảm bảo được nguyên tắc: “so bó đũa chọn cột cờ”, không tạo được cơ chế tìm kiếm, tuyển chọn, ký hợp đồng đối với những người thật sự có năng lực quản lý điều hành hoạt động kinh doanh ngoài xã hội, không bảo đảm được cơ chế tự do tuyển dụng và thỏa thuận về mức lương, thưởng đối với người quản lý doanh nghiệp nhà nước và có tác động không nhỏ tới kết quả kinh doanh của các doanh nghiệp nhà nước trong thời gian qua.

Về các tiêu chuẩn đối với giám đốc doanh nghiệp, pháp luật quy định còn chung chung, chưa cụ thể<sup>37</sup>. Trong khi vị trí giám đốc doanh nghiệp có vai trò quan trọng đối với việc thực hiện các mục tiêu cụ thể của doanh nghiệp, ảnh hưởng trực tiếp tới kết quả sản xuất, kinh doanh của doanh nghiệp. Ở các quốc gia trên thế giới đều có quy định cụ thể đối với tiêu chuẩn giám đốc doanh nghiệp. Theo đó, giám đốc doanh nghiệp phải là người tối thiểu có trình độ đại học và phải qua thi tuyển. Phần lớn các nhà quản lý, các giám đốc doanh nghiệp là các nhà

<sup>32</sup> Điều 30 Nghị định số 97/2015/NĐ-CP, ngày 19/10/2015 về người quản lý, giữ chức danh, chức vụ tại doanh nghiệp là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mà Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

<sup>33</sup> Điều 31 Nghị định số 97/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 về người quản lý, giữ chức danh, chức vụ tại doanh nghiệp là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mà Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

<sup>34</sup> Điều 20, 22, 24, 27, 28, 29, 30, 31 Nghị định số 97/2015/NĐ-CP, ngày 19/10/2015 về người quản lý, giữ chức danh, chức vụ tại doanh nghiệp là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mà Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

<sup>35</sup> Điều 3, 4, 8, 9 Nghị định số 52/2016/NĐ-CP ngày 13/6/2016 về quy định tiền lương, thù lao, tiền thưởng đối với người quản lý công ty trách nhiệm

hữu hạn một thành viên do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

<sup>36</sup> Điều 41, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 66, 67 Nghị định số 97/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 về người quản lý, giữ chức danh, chức vụ tại doanh nghiệp là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mà Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

<sup>37</sup> Điều 100 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

kinh tế, kỹ sư hay các nhà chuyên môn trong lĩnh vực xã hội học, tâm lý học<sup>38</sup>...

Việc bổ nhiệm đối với giám đốc và đội ngũ quản lý doanh nghiệp nhà nước hiện nay không căn cứ chủ yếu vào trình độ đào tạo và khả năng thích ứng với thực tiễn mà căn cứ vào phẩm chất chính trị, mối quan hệ, mang tính chủ quan, áp đặt của cơ quan đại diện chủ sở hữu, nặng về cơ cấu, chưa đáp ứng được yêu cầu của quản trị doanh nghiệp nhà nước. Chẳng hạn như trường hợp Ủy ban nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh quyết định bổ nhiệm ông Đoàn Ngọc Hải (nguyên Phó chủ tịch Ủy ban nhân dân Quận 1) giữ chức vụ Phó Tổng giám đốc Công ty xây dựng Sài Gòn vào tháng 6/2019 vừa qua cho thấy rõ điều đó<sup>39</sup>.

*Bốn là, chưa minh bạch hoá quan hệ nội bộ doanh nghiệp cũng như chưa bảo đảm được tính tự chịu trách nhiệm đối với việc thực hiện chức trách, nhiệm vụ của người quản lý doanh nghiệp*

Người được bổ nhiệm vào các chức danh quản lý doanh nghiệp nhà nước là người đại diện chủ sở hữu trực tiếp, thực hiện các quyền, nghĩa vụ của chủ sở hữu trên doanh nghiệp, nhưng pháp luật không cho phép đại diện chủ sở hữu trực tiếp trong doanh nghiệp nhà nước quyết định đối với các vấn đề liên quan đến tổ chức, quản lý, hoạt động, tổ chức lại, chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp, mà chỉ có thể đề nghị cơ

quan đại diện chủ sở hữu quyết định<sup>40</sup>. Quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm của các đại diện chủ sở hữu trực tiếp tại các tập đoàn, tổng công ty, doanh nghiệp nhà nước bị hạn chế, họ luôn ở trong tình trạng chỉ có quyền: “Đề nghị cơ quan đại diện chủ sở hữu” quyết định về những vấn đề cơ bản, quan trọng liên quan tới tổ chức và hoạt động của doanh nghiệp mà không có quyền quyết định.

Cơ quan đại diện chủ sở hữu thực hiện việc giám sát hoạt động của doanh nghiệp thông qua hoạt động của ban kiểm soát hoặc kiểm soát viên. Về nguyên tắc, trong doanh nghiệp nhà nước bộ phận này có vai trò trụ cột đảm bảo sự minh bạch các hoạt động của doanh nghiệp, đặc biệt là hoạt động tài chính<sup>41</sup>.

Thực tế, tại các doanh nghiệp nhà nước, ban kiểm soát chưa thực hiện được chức năng và nhiệm vụ của mình. Nguyên nhân của tình trạng đó là:

(1) Ban kiểm soát vẫn lệ thuộc vào doanh nghiệp, do doanh nghiệp trả lương, thưởng từ quỹ tiền lương, thưởng của doanh nghiệp<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Trường đại học Kinh tế quốc dân, Giáo trình Quản trị doanh nghiệp, Nxb. Kinh tế quốc dân, 2013, tr. 106.

<sup>39</sup> Mai Lâm, *Tp. Hồ Chí Minh chính thức cho ông Đoàn Ngọc Hải thôi chức vụ*, <https://tuoitre.vn/tphcm-chinh-thuc-cho-ong-doan-ngoc-hai-thoi-chuc-vu-2019090515282237.htm>, truy cập ngày 05/9/2019.

<sup>40</sup> Điều 15 Nghị định số 97/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 về người quản lý, giữ chức danh, chức vụ tại doanh nghiệp là công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên mà Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ; Điều 42 Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào kinh doanh năm 2014.

<sup>41</sup> Khoản 2 Điều 102 Luật Doanh nghiệp năm 2014; Điều 8, 10, 11 Nghị định số 131/2018/NĐ-CP ngày 29/9/2018 của Chính phủ về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp.

<sup>42</sup> Điều 4, 5, 6, 7, 8 Nghị định số 52/2016/NĐ-CP ngày 13/6/2016 của Chính phủ quy định tiền lương, thù lao, tiền thưởng đối với người quản lý công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

(2) Các doanh nghiệp không xem trọng vai trò của ban kiểm soát, họ thành lập ra ban kiểm soát trong doanh nghiệp là để đảm bảo các yêu cầu của pháp luật về tổ chức doanh nghiệp chứ không phải vì nhu cầu giám sát hoạt động của doanh nghiệp. Ví dụ, ban kiểm soát trong các doanh nghiệp tồn tại chỉ mang tính hình thức chứ không thực chất.

(3) Ban kiểm soát trong các doanh nghiệp nhà nước chưa được trang bị đầy đủ về nhân lực và vật lực để đảm bảo thực hiện chức năng giám sát.

Về mặt nhân lực, đa phần các thành viên ban kiểm soát làm việc theo chế độ kiêm nhiệm ở các cơ quan, tổ chức khác nhau nên họ không thể toàn tâm toàn ý với công việc của mình. Bên cạnh đó, cũng phải kể đến yêu cầu và tiêu chuẩn về kiến thức và kỹ năng của thành viên ban kiểm soát. Theo thông lệ quốc tế, để thực hiện công tác giám sát hoạt động của doanh nghiệp, các thành viên trong ban kiểm soát phải hỗ trợ nhau và đảm bảo có ít nhất bốn nhóm năng lực chính sau: Năng lực quản lý rủi ro, năng lực chuyên môn về kế toán kiểm toán, năng lực chuyên môn về hoạt động kinh doanh cốt lõi của doanh nghiệp và năng lực giám sát sự tuân thủ pháp luật. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam quy định về ban kiểm soát của các doanh nghiệp nhà nước: Đảm bảo tiêu chuẩn và điều kiện đối với kiểm soát viên là được đào tạo một trong các chuyên ngành về tài chính; kế toán, kiểm toán; luật; quản trị kinh doanh<sup>43</sup>. Bên cạnh đó, ban kiểm soát của các doanh nghiệp nhà nước đều không có bộ máy giúp việc, trừ ban kiểm soát trong các ngân hàng thương mại quốc doanh.

<sup>43</sup> Khoản 1 Điều 103 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Về mặt vật lực, ban kiểm soát thiếu các công cụ phục vụ chức năng giám sát. Họ không được trang bị một hệ thống thông tin quản lý đặc thù cho công việc giám sát. Thông thường hoạt động giám sát của họ chỉ dựa vào các báo cáo định kỳ của doanh nghiệp và chỉ tiếp cận được những thông tin chung, thậm chí những thông tin ban kiểm soát được cung cấp phục vụ mục đích giám sát doanh nghiệp là những thông tin mà doanh nghiệp đã công khai.

### 3. Hoàn thiện pháp luật về quản trị doanh nghiệp nhà nước

Việc minh bạch hoá hoạt động của các doanh nghiệp thông qua cơ chế quản trị doanh nghiệp có vai trò quan trọng đối với việc lành mạnh hoá thị trường và sự ổn định nền kinh tế của đất nước. Muốn vậy, quản trị doanh nghiệp nhà nước phải đáp ứng được chuẩn mực quốc tế<sup>44</sup>. Theo đó, việc quản trị doanh nghiệp nhà nước cần đảm bảo các yêu cầu sau:

*Thứ nhất, cần xác định rõ ràng: Nhà nước chỉ duy trì sở hữu tại doanh nghiệp khi việc đó liên quan đến các mục đích công*

Đây là lý do duy nhất để Nhà nước duy trì sở hữu trong các doanh nghiệp nhà nước. Việc Nhà nước duy trì vốn đầu tư vào doanh nghiệp nhà nước cần phải xác định rõ mục tiêu, đồng thời xác định rõ vai trò của Nhà nước trong quản trị doanh nghiệp nhà nước, cách thức Nhà nước thực hiện quyền chủ sở hữu và trách nhiệm của từng cơ quan nhà nước trong việc thực hiện chính sách liên quan đến việc Nhà nước đầu tư vốn vào doanh nghiệp. Các lý do sở

<sup>44</sup> Nghị quyết số 12-NQ/TW ngày 03/6/2017, Hội nghị lần thứ năm Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa XII về tiếp tục cơ cấu lại, đổi mới và nâng cao hiệu quả của doanh nghiệp nhà nước.

hữu vốn nhà nước trong các doanh nghiệp và các chính sách liên quan đến việc Nhà nước đầu tư vốn vào doanh nghiệp cần được công khai hoá. Mặt khác, chủ thể thực hiện các chính sách này cũng cần chịu trách nhiệm khi không thực hiện đúng/đầy đủ các chính sách đó.

Bên cạnh đó, đối với các doanh nghiệp nhà nước hiện đang hoạt động trên các lĩnh vực không thiết yếu của nền kinh tế mà các doanh nghiệp dân doanh có thể làm tốt thì Nhà nước cần thực hiện sớm việc thoái vốn để giảm mức độ sở hữu cũng như can thiệp của Nhà nước vào nền kinh tế.

*Thứ hai, cần tách bạch rõ chức năng đại diện chủ sở hữu và chức năng quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp nhà nước*

Việc tách bạch chức năng đại diện chủ sở hữu với chức năng quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp có ý nghĩa quan trọng trong việc minh bạch quản trị doanh nghiệp. Chủ thể thực hiện hoạt động quản lý nhà nước sẽ không thể đồng thời là chủ thể kinh doanh vốn nhà nước. Điều đó tránh được tình trạng vừa đá bóng vừa thổi còi ở các cơ quan nhà nước là chủ quản của doanh nghiệp nhà nước, chấm dứt tình trạng các cơ quan quản lý nhà nước ở Trung ương và địa phương vẫn là đại diện trực tiếp chủ sở hữu đối với vốn đầu tư trong doanh nghiệp nhà nước. Để làm được điều đó, cần tăng cường năng lực của Ủy ban quản lý vốn nhà nước, để cơ quan này có thể thực hiện được đầy đủ chức năng của người đại diện chủ sở hữu, tập trung vào thực hiện việc phê duyệt các chủ trương đầu tư của doanh nghiệp nhà nước mà không tham gia phê duyệt từng dự án của doanh nghiệp, đảm bảo được sự chủ động của doanh nghiệp đối với các hoạt động kinh doanh của mình. Muốn như vậy,

các quy định của Luật Đầu tư công, Luật Quản lý và đầu tư kinh doanh vốn nhà nước cần có sự thay đổi cơ bản và xác định rõ ràng quyền và nghĩa vụ của các chủ thể có chức năng kinh doanh, chức năng quản lý nhà nước và chức năng đại diện chủ sở hữu trong doanh nghiệp.

*Thứ ba, đảm bảo sự độc lập trong hoạt động của bộ máy quản trị doanh nghiệp nhà nước*

Các quy định trong Luật Quản lý và sử dụng vốn nhà nước, Luật Đầu tư công và Nghị định số 131/2018/NĐ-CP... cần phải được điều chỉnh để đảm bảo quyền quyết định của doanh nghiệp nhà nước đối với các hoạt động kinh doanh của mình. Theo đó, cơ quan đại diện chủ sở hữu không thể đưa ra các quyết định liên quan đến quản lý và hoạt động của doanh nghiệp thay cho doanh nghiệp. Chủ tịch hội đồng thành viên/chủ tịch công ty phải được quyền chủ động đưa ra các quyết định liên quan tới hoạt động kinh doanh của mình ở từng thời điểm cụ thể và chịu trách nhiệm về các quyết định đó. Chủ tịch hội đồng thành viên/chủ tịch công ty không cần phải xin phép chủ sở hữu, đại diện chủ sở hữu về những vấn đề liên quan đến hoạt động đầu tư, kinh doanh của doanh nghiệp. Muốn thế, cơ chế kiểm soát đối với hiệu quả hoạt động của doanh nghiệp và áp dụng chế tài đối với bộ máy quản lý điều hành doanh nghiệp nhà nước kém hiệu quả, gây tổn thất cho ngân sách nhà nước cần được kích hoạt.

*Thứ tư, cần quy định điều kiện cụ thể đối với cá nhân được lựa chọn, tuyển dụng, bổ nhiệm vào bộ máy quản lý điều hành doanh nghiệp*

(1) Đối với chức danh chủ tịch công ty, chủ tịch hội đồng thành viên và các thành

viên hội đồng thành viên và chức danh giám đốc/tổng giám đốc phải là người có chuyên môn về kinh tế, quản lý kinh tế, quản trị kinh doanh và đã có thâm niên công tác trong ngành, lĩnh vực doanh nghiệp hoạt động.

(2) Cần coi ban kiểm soát là công cụ đắc lực giúp cho chủ sở hữu, đại diện chủ sở hữu có thể kiểm soát doanh nghiệp một cách tốt nhất. Do vậy, Luật Doanh nghiệp và Nghị định số 10/2019/NĐ-CP cần quy định thành viên ban kiểm soát đảm bảo yêu cầu phải có trình độ chuyên môn về 4 trụ cột liên quan tới quản trị doanh nghiệp là: Tài chính; kế toán, kiểm toán; luật; quản trị kinh doanh.

*Thứ năm, cần đảm bảo điều kiện hoạt động của ban kiểm soát*

Vì ban kiểm soát có vị trí quan trọng đối với việc minh bạch hoạt động quản trị doanh nghiệp, nên đồng thời với việc quy định đúng, đầy đủ về tiêu chuẩn thành viên ban kiểm soát, cũng cần tạo hành lang pháp lý cần thiết để ban kiểm soát có thể vận hành theo đúng chức năng của nó. Muốn thế, Luật Doanh nghiệp, Nghị định số 131/2018/NĐ-CP; Nghị định số 10/2019/NĐ-CP... cần có quy định về bộ máy giúp việc hay cộng sự của ban kiểm soát. Các doanh nghiệp nhà nước nên có bộ phận kiểm toán nội bộ gồm các thành viên am hiểu hoạt động kinh doanh cốt lõi của doanh nghiệp, từ đó xác định được các rủi ro có thể phát sinh, các vấn đề cần thiết phải được kiểm soát để ngăn ngừa, giảm thiểu rủi ro; nắm bắt được những chế định pháp lý mà doanh nghiệp phải tuân thủ trong quá trình hoạt động, có kinh nghiệm thực hiện các công việc rà soát và kiểm toán.

Cùng với đó, cần có quy định về nghĩa vụ của người quản lý doanh nghiệp trong việc cung cấp các tài liệu liên quan đến quản trị doanh nghiệp theo yêu cầu của ban kiểm soát.

*Thứ sáu, cần đảm bảo doanh nghiệp nhà nước vận hành như một doanh nghiệp*

(1) Cần sửa đổi các quy định của pháp luật liên quan đến quy trình bổ nhiệm, tuyển dụng (Nghị định số 97/2015/NĐ-CP, Nghị định số 131/2018/NĐ-CP) đối với người quản lý doanh nghiệp nhà nước. Dừng áp dụng quy chế tuyển dụng, bổ nhiệm, miễn nhiệm người quản lý doanh nghiệp nhà nước giống như đối với viên chức, công chức, không xây dựng quy hoạch đối với các vị trí quản lý doanh nghiệp nhà nước. Việc tuyển dụng người quản lý doanh nghiệp nhà nước cần được công bố rộng rãi và tuyển dụng cạnh tranh giữa các ứng viên.

(2) Xây dựng và hoàn thiện hệ thống đánh giá hoạt động của bộ máy quản lý điều hành doanh nghiệp làm cơ sở cho việc trả lương, thưởng; sắp xếp, bố trí nhân sự...

(3) Nhà nước bảo đảm quyền tự chủ của doanh nghiệp bằng cách không can thiệp vào việc quyết định các quyền lợi của nhân sự trong bộ máy quản lý, điều hành doanh nghiệp. Chấm dứt việc can thiệp vào hoạt động nội bộ doanh nghiệp, đặc biệt là quyết định về mức lương, thưởng đối với các chủ thể quản lý doanh nghiệp nhà nước bởi họ được trả lương từ quỹ lương của doanh nghiệp. Do vậy, doanh nghiệp sẽ quyết định mức lương, thưởng của họ phụ thuộc vào hiệu quả hoạt động của doanh nghiệp cũng như thỏa thuận giữa họ với doanh nghiệp khi tuyển dụng.

# MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ QUẢN LÝ, SỬ DỤNG NHÀ CHUNG CƯ VÀ ĐỊNH HƯỚNG HOÀN THIỆN

*Trần Linh Huân\**

**Tóm tắt:** *Quản lý, sử dụng nhà chung cư là một trong những hoạt động đóng vai trò quan trọng nhằm duy trì trật tự trong quản lý và đảm bảo lợi ích cho các chủ thể sử dụng nhà chung cư. Tuy nhiên, hiện nay các quy định pháp luật điều chỉnh về vấn đề này vẫn còn những hạn chế, bất cập nhất định, gây ảnh hưởng tiêu cực đến hiệu quả hoạt động quản lý, sử dụng nhà chung cư. Bài viết tập trung phân tích, đánh giá, chỉ ra một số điểm hạn chế, bất cập trong hoạt động quản lý, sử dụng nhà chung cư; từ đó đưa ra một số kiến nghị nhằm góp phần hoàn thiện.*

**Abstract:** *The management and use of condominiums are one of the activities that play an important role to maintain order in management and to ensure interests of the users. However, current regulations on this issue are limited and inadequate, which have negatively affected the management and use of condominiums. The article conducts an analysis and assessment to point out limitations and shortcomings in the management and use of condominiums, it thereby makes proposals for improvement.*

## **Đặt vấn đề**

Theo thống kê sơ bộ đến nay cho thấy, cả nước có khoảng 3.000 tòa nhà chung cư (NCC); trong đó tập trung chủ yếu tại Tp. Hà Nội và Tp. Hồ Chí Minh<sup>1</sup>. Mục đích phát triển NCC không chỉ để tiết kiệm quỹ đất ngày càng bị thu hẹp do tốc độ tăng dân số ngày càng nhanh, mà còn góp phần tạo ra kiến trúc, cảnh quan đô thị khang trang, môi trường xanh, sạch, đẹp; từ đó góp phần tạo nên cuộc sống văn minh, hiện đại. Hiện nay, các vấn đề liên quan đến hoạt động quản lý, sử dụng NCC đã được điều chỉnh cụ thể

trong các văn bản pháp luật chuyên ngành như Luật Nhà ở năm 2014, Nghị định số 139/2017/NĐ-CP, Thông tư số 02/2016/TT-BXD... Điều này đã góp phần quan trọng vào việc giúp cho hoạt động quản lý, sử dụng NCC dần đi vào ổn định. Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đạt được, vẫn còn một số hạn chế, bất cập trong việc quản lý, sử dụng NCC. Điển hình như các vấn đề về sử dụng kinh phí bảo trì phần sở hữu chung, điều kiện tổ chức hội nghị NCC, tình trạng tranh chấp khiếu nại liên quan đến Ban quản trị (BQT), xử phạt vi phạm hành chính... Tất cả các vấn đề trên đã gây ảnh hưởng tiêu cực đến quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể. Vì vậy, việc nghiên cứu, phân tích, đánh giá và chỉ ra những điểm hạn chế, bất cập trong quy định pháp luật về quản lý, sử dụng NCC, để từ đó đưa ra một số giải pháp nhằm khắc phục, hoàn thiện là điều rất quan trọng và cấp thiết trong giai đoạn hiện nay.

\* ThS., Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Phương Dung, “Cả nước có khoảng 3000 tòa nhà chung cư, tập trung chủ yếu ở Hà Nội và Thành phố Hồ Chí Minh”, <https://dantri.com.vn/bat-dong-san/ca-nuoc-co-khoang-3000-toa-chung-cu-tap-trung-chu-yeu-o-ha-noi-va-tphcm-20190310105551384.htm>, truy cập ngày 19/10/2019.

### 1. Kinh phí bảo trì chung cư

Điều 108 Luật Nhà ở năm 2014 quy định: “Đối với căn hộ, phần diện tích khác trong NCC mà chủ đầu tư (CĐT) bán, cho thuê mua thì CĐT phải đóng 2% giá trị căn hộ hoặc diện tích khác bán, cho thuê mua; khoản tiền này được tính vào tiền bán, tiền thuê mua nhà mà người mua, thuê mua phải đóng khi nhận bàn giao và được quy định rõ trong hợp đồng mua bán, hợp đồng thuê mua. Còn đối với căn hộ, phần diện tích khác trong NCC mà CĐT giữ lại không bán, không cho thuê mua hoặc chưa bán, chưa cho thuê mua tính đến thời điểm bàn giao đưa NCC vào sử dụng, trừ phần diện tích thuộc sở hữu chung thì CĐT phải đóng 2% giá trị căn hộ, phần diện tích giữ lại; phần giá trị này được tính theo giá bán căn hộ có giá cao nhất của NCC đó”. Tại khoản 1, Điều 109 Luật Nhà ở năm 2014 quy định: “Trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày BQT NCC được thành lập, CĐT phải chuyển giao kinh phí bảo trì bao gồm cả lãi suất tiền gửi cho BQT để thực hiện quản lý, sử dụng theo quy định của Luật Nhà ở này”. Như vậy, khi ký hợp đồng mua, thuê mua căn hộ và phần diện tích khác trong NCC mà CĐT bán hoặc cho thuê mua thì người mua, thuê mua phải đóng phí bảo trì chung cư với mức 2% giá trị căn hộ hoặc diện tích khác bán, cho thuê mua cho CĐT. Số tiền này sẽ được cho vào trong quỹ bảo trì chung cư. CĐT sẽ giữ phí bảo trì cho đến khi thành lập được BQT NCC thì CĐT phải có trách nhiệm chuyển giao kinh phí bảo trì đã thu từ người mua cộng với lãi suất tiền gửi (nếu có) sang cho BQT để quản lý, sử dụng. Kinh phí bảo trì thu được chỉ được sử dụng để bảo trì các phần sở hữu chung của NCC, không được sử dụng cho việc quản lý vận hành NCC và các mục đích khác<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Theo quy định tại khoản 2 Điều 109 Luật Nhà ở năm 2014.

Tuy nhiên, hiện nay tình trạng tranh chấp về vấn đề quản lý, chuyển giao, sử dụng kinh phí bảo trì chung cư diễn ra thường xuyên<sup>3</sup>. Trong đó, mặc dù pháp luật quy định CĐT phải có nghĩa vụ chuyển giao kinh phí bảo trì chung cư sang cho BQT sau khi được thành lập, trên thực tế tình trạng CĐT cố tình chây ỳ, chậm bàn giao lại kinh phí bảo trì NCC cho BQT rất phổ biến, thậm chí là chiếm dụng kinh phí bảo trì chung cư<sup>4</sup> dẫn đến BQT được bầu ra nhưng không thể hoạt động vì thiếu kinh phí. Việc BQT không nhận lại được tiền quỹ bảo trì chung cư đầy đủ, đúng thời hạn từ CĐT sẽ ảnh hưởng rất lớn tới quyền lợi của các chủ sở hữu NCC. Tuy nhiên, cơ chế để kiểm soát hiệu quả những nghĩa vụ của CĐT đối với BQT, với các chủ sở hữu NCC trong tình huống này lại chưa có. Mặt khác, tình trạng CĐT, BQT tòa nhà tự ý sử dụng khoản kinh phí bảo trì NCC với mục đích không chính đáng diễn ra cũng khá nhiều, làm hao hụt khoản kinh phí bảo trì đã đóng góp, gây thiệt hại cho cư dân. Bởi, khi khoản kinh phí bảo trì để khắc phục tình trạng tòa nhà xuống cấp không đủ sẽ dẫn

<sup>3</sup> Thông báo kết quả kiểm tra được Bộ Xây dựng gửi tới Ủy ban nhân dân Tp. Hồ Chí Minh, trong đó ghi nhận trên địa bàn có 1.341 nhà chung cư với khoảng 1,3 triệu căn hộ, trong đó 106 nhà chung cư đã xảy ra tranh chấp, khiếu nại. Nguồn: Bảo Ngọc, “Chuyển công an điều tra chủ đầu tư chiếm dụng quỹ bảo trì chung cư”, <https://nhadat.tuoiitre.vn/chuyen-cong-an-dieu-tra-chu-dau-tu-chiem-dung-quy-bao-tri-chung-cu-20190827160237117.htm>, truy cập ngày 19/10/2019.

<sup>4</sup> Tiêu biểu như chủ đầu tư các chung cư New Town, New Sai Gon, Hưng Ngân, Hoàng Anh River View, Trung Đông, Phú Hoàng Anh, Full House ... Nguồn: Bảo Ngọc, “Chuyển công an điều tra chủ đầu tư chiếm dụng quỹ bảo trì chung cư”, <https://nhadat.tuoiitre.vn/chuyen-cong-an-dieu-tra-chu-dau-tu-chie-m-dung-quy-bao-tri-chung-cu-20190827160237117.htm>, truy cập ngày 19/10/2019.

đến thiệt hại về tài sản cho cư dân, thậm chí ảnh hưởng trực tiếp đến tính mạng của họ.

Theo quan điểm của tác giả, nguyên nhân chính dẫn đến bất cập trên xuất phát từ quy định thời điểm người mua, thuê mua NCC phải đóng phí bảo trì chung cư. Thông thường, các CĐT khi đưa các chung cư vào sử dụng đều có bảo hành trong thời gian vài năm. Trong khi đó, khoản tiền bảo trì chung cư theo quy định chỉ được phép sử dụng vào việc bảo trì phần sở hữu chung của chung cư khi hết hạn bảo hành của CĐT. Có thể thấy rằng, việc thu liền 2% phí bảo trì ngay khi nhận bàn giao nhà là không hợp lý vì trong 5 năm đầu tiên CĐT phải chịu trách nhiệm bảo trì, điều đó có nghĩa là trong 5 năm này phí bảo trì chung cư nộp vào sẽ bị đóng băng, gây lãng phí tài sản rất lớn và có thể dẫn đến sự trục lợi. Do đó, việc quy định thu phí bảo trì chung cư ngay khi nhận bàn giao căn hộ là chưa cần thiết. Điều này không chỉ tạo gánh nặng cho người mua nhà chung cư, mà còn tạo cơ hội để CĐT cố tình chiếm dụng vốn của người dân làm của riêng hoặc dùng vào việc khác, gây thiệt hại cho người dân. Hơn nữa, hiện nay các quy định hướng dẫn về vấn đề kiểm soát việc quản lý và sử dụng quỹ bảo trì NCC đối với CĐT và BQT cũng chưa thật sự hiệu quả, cộng thêm các quy định chế tài xử lý về vấn đề này cũng chưa thật sự nghiêm khắc, dẫn đến tình trạng CĐT, BQT tòa nhà tự ý sử dụng khoản kinh phí bảo trì NCC với mục đích không chính đáng diễn ra khá phổ biến.

Vì vậy, để khắc phục tình trạng nêu trên, cần phải điều chỉnh lại quy định pháp luật về thời điểm nộp phí bảo trì NCC, đồng thời phải quy định rõ cơ chế kiểm soát về vấn đề sử dụng quỹ bảo trì một cách hiệu quả. Theo đó, pháp luật nên quy định theo hướng thời điểm người mua, thuê mua NCC

phải đóng kinh phí bảo trì NCC là tại thời điểm hết hạn bảo hành chung cư của CĐT thay vì đóng vào thời điểm bàn giao nhà như hiện nay. Việc quy định như vậy vừa giảm gánh nặng cho người mua, thuê mua NCC bởi việc đóng thêm 2% phí bảo trì chung cư trên giá trị mua thực sự là một số tiền không nhỏ, nhất là những người thu nhập thấp đang có nhu cầu về nhà ở; vừa giúp tránh được việc CĐT cố tình chiếm dụng vốn của người dân làm của riêng hoặc dùng vào việc khác, qua đó tránh được các tranh chấp không cần thiết xảy ra.

Đồng thời, để bảo đảm số tiền 2% phí bảo trì được sử dụng hiệu quả, tránh thất thoát, chi tiêu không đúng mục đích, cần phải bổ sung thêm thành viên đồng chủ tài khoản tiền gửi kinh phí bảo trì. Theo đó, chủ tài khoản tiền gửi kinh phí bảo trì của NCC sẽ có từ 3 – 5 thành viên đứng đồng chủ tài khoản (gồm đại diện của chủ sở hữu khu căn hộ, đại diện chủ sở hữu diện tích khác (nếu có), đại diện CĐT (nếu có) và một số thành viên khác do hội nghị NCC quyết định). Việc quy định tăng thêm thành viên đồng chủ tài khoản tiền gửi kinh phí bảo trì NCC sẽ tăng cường vai trò, trách nhiệm của các chủ sở hữu NCC, góp phần hạn chế tình trạng các thành viên BQT thông đồng với nhau chiếm dụng quỹ bảo trì.

Ngoài ra, pháp luật cần phải tiếp tục quy định rõ ràng, cụ thể hơn nữa về các cơ chế ràng buộc đối với việc sử dụng quỹ bảo trì NCC trên cơ sở đảm bảo nguyên tắc công khai, minh bạch, rõ ràng, đúng mục đích và đảm bảo được mục tiêu bảo vệ quyền lợi tối đa cho cư dân.

## **2. Hội nghị nhà chung cư**

Việc tổ chức hội nghị NCC là thủ tục đầu tiên để triển khai các thủ tục quản lý vận hành NCC theo nguyên tắc công khai,

dân chủ. Tuy nhiên, hiện nay việc triển khai thực hiện còn chậm, kết quả còn hạn chế và gặp nhiều khó khăn. Còn phổ biến tình trạng nhiều chung cư mặc dù đã đưa vào vận hành sử dụng trên 12 tháng, nhưng vẫn chưa thể tổ chức được hội nghị NCC. Theo thống kê của Sở Xây dựng Tp. Hồ Chí Minh cho thấy, trên địa bàn thành phố vẫn còn 212 chung cư chưa có BQT do CĐT không tổ chức hội nghị NCC hoặc đã tổ chức nhưng không đạt yêu cầu<sup>5</sup>. Thực trạng này xuất phát từ nhiều lý do chủ quan, khách quan khác nhau, tuy nhiên, một trong những lý do chính dẫn đến tình trạng không thể tổ chức được hội nghị NCC đúng theo yêu cầu đặt ra là do quy định tại Điều 13 Thông tư số 02/2016/TT-BXD ngày 15/02/2016 của Bộ Xây dựng ban hành Quy chế quản lý, sử dụng NCC. Theo đó, để tổ chức được hội nghị NCC lần đầu phải có tối thiểu 75% đại diện chủ sở hữu căn hộ đã nhận bàn giao tham dự; trường hợp triệu tập hội nghị lần đầu mà không đủ 75% đại diện chủ sở hữu căn hộ tham dự thì triệu tập hội nghị lần thứ hai khi có tối thiểu 50% đại diện chủ sở hữu căn hộ đã nhận bàn giao tham dự. Nếu triệu tập hội nghị lần thứ hai mà không có đủ 50% đại diện chủ sở hữu căn hộ đã nhận bàn giao tham dự thì CĐT đề nghị ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi có NCC tổ chức hội nghị theo quy định. Điều kiện phải có tối thiểu 75% đại diện chủ sở hữu căn hộ đã nhận bàn giao tham dự đối với hội nghị chung cư lần đầu và có tối thiểu 50% đại diện chủ sở hữu căn hộ đã nhận bàn giao tham dự đối với hội nghị chung cư lần 2 đã gây ra nhiều bất cập

và không đảm bảo tính khả thi khi áp dụng. Bởi trên thực tế, các chủ sở hữu, người sử dụng NCC chưa thực sự quan tâm đến việc bầu người đại diện cho mình nên không tham gia đầy đủ hội nghị NCC để bầu BQT, tỉ lệ số người dân tham gia hội nghị NCC để bầu BQT không cao. Mặt khác, bản thân một số CĐT cũng không muốn tổ chức hoặc cố tình kéo dài thời gian tổ chức hội nghị NCC nhằm mục đích trục lợi với lý do đưa ra là nếu có tổ chức thì số lượng người tham gia cũng không đầy đủ để tổ chức. Có thể thấy rằng, tất cả những vấn đề trên đã dẫn đến tình trạng hiện nay nhiều chung cư mặc dù đã đi vào vận hành, nhưng vẫn chưa thể tổ chức được hội nghị NCC. Điều này gây ảnh hưởng rất lớn đến quyền và lợi ích của các cư dân, bởi khi không tổ chức được hội nghị NCC thì không thể bầu ra BQT để tiếp quản kinh phí bảo trì NCC cũng như tiếp nhận hồ sơ và các vấn đề liên quan khác từ CĐT, từ đó dẫn đến nảy sinh các tranh chấp.

Vì vậy, để khắc phục tình trạng trên, pháp luật cần phải có sự điều chỉnh lại theo hướng giảm xuống về điều kiện số lượng đại diện tối thiểu tham dự hội nghị NCC. Theo đó, thay vì bắt buộc phải có tối thiểu 75% đại diện chủ sở hữu căn hộ đã nhận bàn giao tham dự đối với hội nghị chung cư lần đầu như quy định hiện hành, tỉ lệ này nên giảm xuống còn tối thiểu là 50%. Tỉ lệ như vậy sẽ phù hợp với tình hình thực tế và đảm bảo tính khả thi hơn trong quá trình áp dụng. Bởi trên thực tế, rất nhiều người mua NCC không quan tâm đến hội nghị NCC, hoặc có những người mua nhà, nhưng không ở đó mà cho thuê hoặc bỏ không, hoặc có những người vì bận không đi họp được hoặc vì các lý do khách quan, chủ quan khác nhau mà không tham dự. Mặt khác, pháp luật cũng cần ghi nhận theo

<sup>5</sup> Tâm An, “Chậm tổ chức hội nghị nhà chung cư, Ủy ban nhân dân phường sẽ có trách nhiệm”, <https://cafeland.vn/tin-tuc/cham-to-chuc-hoi-nghi-nha-chung-cu-ubnd-phuong-se-co-trach-nhiem-81625.html>, truy cập ngày 19/10/2019.

hướng, nếu hội nghị NCC lần đầu đã được tổ chức nhưng không đủ mức tối thiểu là 50% đại diện chủ sở hữu căn hộ đã nhận bàn giao tham dự thì trong trường hợp này CĐT sẽ không tổ chức lại hội nghị NCC lần 2 mà sẽ đề nghị Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi có NCC tổ chức hội nghị theo quy định. Việc quy định giảm tỉ lệ đại diện chủ sở hữu căn hộ đã nhận bàn giao tham dự đối với hội nghị chung cư lần đầu xuống còn 50% ở mức tối thiểu và lược bỏ đi công đoạn CĐT phải tổ chức lại hội nghị NCC lần thứ 2 khi lần đầu tổ chức không thành công do không đủ số lượng người tham dự sẽ giúp giảm được tình trạng bất cập như hiện nay. Bởi, việc quy định như vậy vừa đảm bảo tính khả thi vừa giúp tiết kiệm được thời gian công sức, chi phí cho CĐT và những người thực sự quan tâm đến việc tổ chức hội nghị NCC, từ đó, góp phần bảo vệ kịp thời lợi ích do hội nghị NCC mang lại cho cư dân.

### 3. Ban Quản trị nhà chung cư

BQT NCC được bầu ra thông qua hội nghị NCC và đóng vai trò quan trọng trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho các cư dân đang sinh sống tại các chung cư. Tuy nhiên, thực tế hiện nay ngày càng nhiều trường hợp BQT NCC sau khi đi vào hoạt động đã không đại diện được cho lợi ích của số đông cư dân, làm việc thiếu hiệu quả, thiếu năng lực và không đảm bảo được vấn đề công khai minh bạch trong tổ chức và hoạt động, khiến cư dân bức xúc. Trong quá trình hoạt động, nhiều BQT đã tự ý ký hợp đồng thuê đơn vị quản lý vận hành, tự ý áp phí dịch vụ quản lý hàng tháng đối với cư dân, tự ý sử dụng phí bảo trì mà không được cư dân thông qua<sup>6</sup>, hoặc không công

khai minh bạch về hoạt động, thu chi tài chính và cung cấp dịch vụ tại tòa nhà<sup>7</sup>. Thậm chí nhiều BQT vì tham quyền, lợi ích đã chỉ định nhân viên bảo vệ, dọn vệ sinh, bảo trì, bảo dưỡng tòa nhà không đủ năng lực để lấy tiền hoa hồng cao; sử dụng quỹ bảo trì không đúng mục đích như thay thế sửa chữa những vật tư, thiết bị còn hoạt động tốt; cấu kết với các nhà thầu nâng giá thiết bị, dịch vụ<sup>8</sup>. Tình trạng trên dẫn đến phát sinh mâu thuẫn gay gắt giữa BQT NCC với cư dân và không có xu hướng giảm nhiệt trong thời gian qua. Nguyên nhân dẫn đến thực trạng trên là do các quy định pháp luật hiện nay chưa có một định nghĩa rõ ràng về BQT NCC.

Theo quy định, BQT NCC là một tổ chức dân chủ cơ sở, không phải là một tổ chức chuyên môn, song các quyền hạn, trách nhiệm và nghĩa vụ của đơn vị này về bản chất lại được quy định giống như một tổ

---

khúc mắc xung quanh vấn đề quản lý tài chính và quy chế hoạt động. Từ khi thành lập và được chủ đầu tư bàn giao hơn 40 tỷ đồng phí bảo trì, BQT không công khai minh bạch việc quản lý, sử dụng số tiền. Các nguồn thu từ việc khai thác quảng cáo, dịch vụ xung quanh tòa nhà cũng không được tổ chức này thông báo lại để cư dân được rõ. Nguồn: Linh Trang, “*Mô hình ban quản trị nặng quyền nhẹ trách nhiệm*”, <https://bds.tinnhanhchungkhoan.vn/bat-dong-san/mo-hinh-ban-quan-tri-nang-quyen-nhe-trach-nhiem-215084.html>, truy cập ngày 03/03/2020.

<sup>7</sup> Đơn cử như trường hợp của BQT cụm NCC Hapulico, từ khi được thành lập BQT cụm NCC Hapulico đã không tiếp dân, không công khai quỹ bảo trì, các khoản chi tiêu, số liệu một cách minh bạch khiến cư dân nơi đây vô cùng bức xúc. Nguồn: Ngọc Mai, “*Quản lý vận hành nhà chung cư: Tranh nhau vào ban quản trị để trục lợi*”, <https://cafeland.vn/tin-tuc/quan-ly-van-hanh-nha-chung-cu-tranh-nha-u-vao-ban-quan-tri-de-truc-loi-79462.html>, truy cập ngày 03/03/2020.

<sup>8</sup> Thu Phương, “*Mô hình ban quản trị nhà chung cư đã lỗi thời*”, <https://vietstock.vn/2019/01/mo-hinh-ban-quan-tri-nha-chung-cu-da-loi-thoi-4222-648090.htm>, truy cập ngày 03/03/2020.

---

<sup>6</sup> Tiêu biểu như vụ việc cư dân chung cư Văn Phú Victoria, Hà Nội phải thay thế BQT cũ do những

chức chuyên môn. Việc các văn bản pháp luật đang lẫn lộn giữa tổ chức đại diện dân chủ của cư dân với một tổ chức chuyên môn dẫn đến các quy định, quyền hạn, trách nhiệm của BQT NCC khó có thể thực thi trên thực tế. Chính sự quy định chưa rõ ràng này đã dẫn đến tình trạng BQT không hẳn là một tổ chức dân chủ cơ sở, mà cũng không phải là một tổ chức chuyên môn; nên khi đi vào hoạt động, BQT NCC vận hành không hiệu quả và dễ dàng lách qua khe cửa hẹp để thực hiện hành vi trục lợi, gây thiệt hại cho quyền lợi của cư dân.

Để khắc phục vấn đề trên, theo quan điểm của tác giả, cần phải định nghĩa BQT là một tổ chức dân chủ cơ sở thay mặt cư dân để lựa chọn, giám sát công ty quản lý, thay vì BQT là một tổ chức chuyên môn. Bởi, nếu là một tổ chức chuyên môn, BQT phải có đầy đủ nghiệp vụ, trình độ, kinh nghiệm quản lý, vận hành NCC để thực hiện đầy đủ quyền hạn, trách nhiệm và hoàn thành nhiệm vụ của mình... Về lâu dài, để khắc phục triệt để tình trạng bất cập như đã phân tích, theo quan điểm của tác giả, đã đến lúc cần phải điều chỉnh pháp luật theo hướng thay vì chỉ đưa ra các quy định điều chỉnh ở mức độ Thông tư như hiện nay cần phải nghiên cứu, xây dựng, ban hành một văn bản pháp luật có giá trị pháp lý cao hơn như luật, pháp lệnh hoặc nghị định để điều chỉnh các hoạt động liên quan đến quản lý, sử dụng NCC nói chung và mô hình hoạt động của BQT nói riêng. Trong đó, cần quy định rõ về các vấn đề liên quan đến mô hình hoạt động quản lý, sử dụng NCC, BQT và hội nghị NCC.

#### **4. Chế tài xử phạt hành vi vi phạm hành chính về quản lý sử dụng nhà chung cư**

Hiện nay, vấn đề xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động quản lý, sử dụng NCC được quy định tại Điều 66 Nghị định số 139/2017/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động đầu tư xây dựng; khai thác, chế biến, kinh doanh khoáng sản làm vật liệu xây dựng, sản xuất, kinh doanh vật liệu xây dựng; quản lý, công trình hạ tầng kỹ thuật; kinh doanh bất động sản, phát triển nhà ở, quản lý sử dụng nhà và công sở. Theo đó, các chủ thể có các hành vi vi phạm hành chính trong lĩnh vực quản lý sử dụng NCC được quy định tại Điều 66 Nghị định số 139/2017/NĐ-CP, tùy vào từng hành vi vi phạm mà sẽ bị áp dụng mức phạt từ tối thiểu là 10 triệu đồng đến tối đa là 300 triệu đồng. Bên cạnh đó, chủ thể vi phạm còn có thể bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung và bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Tuy nhiên, có thể thấy rằng, các quy định về chế tài xử phạt vi phạm hành chính được đưa ra tại Điều 66 Nghị định số 139/2017/NĐ-CP là chưa phù hợp, đầy đủ và mức xử phạt còn thiếu sức nặng so với yêu cầu quản lý và tình hình thực tế, chưa đủ sức răn đe tác động vào hành vi nhận thức của các chủ thể.

Theo đó, tại Điều 66 vẫn còn bỏ ngỏ nhiều hành vi vi phạm trong công tác quản lý và sử dụng NCC, ví dụ như các hành vi liên quan đến vấn đề chặn, thả gia súc, gia cầm trong khu vực NCC; vi phạm bản nội quy quản lý, sử dụng NCC; BQT NCC không tổ chức hội nghị NCC thường niên; các thành viên BQT NCC không tham gia lớp bồi dưỡng kiến thức về quản lý, sử dụng NCC... Việc các hành vi vi phạm trên chưa được điều chỉnh trong Điều 66 Nghị định số 139/2017/NĐ-CP cũng như chưa có các chế tài xử lý cụ thể đã dẫn đến công tác xử lý các hành vi vi phạm nêu trên gặp rất nhiều

khó khăn, thậm chí là không thể xử phạt, trong khi hiện nay các hành vi nêu trên đã và đang diễn ra khá phổ biến, gây tác động tiêu cực không nhỏ đến quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể có liên quan.

Hơn nữa, tại khoản 4 Điều 66 Nghị định số 139/2017/NĐ-CP, đối với trường hợp BQT NCC quản lý, sử dụng kinh phí bảo trì phần sở hữu chung không đúng quy định; tự ý chuyển đổi công năng, mục đích sử dụng phần sở hữu chung, sử dụng chung; tự quyết định mức giá dịch vụ quản lý vận hành NCC mà không thông qua hội nghị NCC; tự quyết định lựa chọn đơn vị để ký kết hợp đồng cung cấp dịch vụ quản lý vận hành NCC mà không thông qua hội nghị NCC thì sẽ bị phạt tiền từ 50.000.000 đồng đến 60.000.000 đồng. Đây được xem là một nội dung quy định phù hợp với tình hình thực tế khi đã có quá nhiều trường hợp BQT NCC sau khi bầu lên đã tự tung tự tác sử dụng kinh phí đóng góp của cư dân một cách thiếu hợp lý, minh bạch, gây bức xúc trong cộng đồng cư dân. Tuy nhiên, trên thực tế, chế tài này cũng đang có nhiều câu hỏi đặt ra, đó là quy định trách nhiệm thế nào và xử phạt ra sao? Quy định này chưa xác định rõ là phạt BQT hay từng cá nhân trong BQT, trong trường hợp nào là phạt từng cá nhân trong BQT, trường hợp nào là phạt cả BQT khi có hành vi vi phạm? Điều này tạo ra sự mập mờ khó xác định và gây khó khăn trong quá trình áp dụng trên thực tế. Đồng thời, một vấn đề đặt ra ở đây là việc nộp tiền phạt sẽ lấy nguồn từ đâu, từ cá nhân của các thành viên BQT hay từ nguồn quỹ bảo trì của chung cư, bởi thực tế BQT NCC không có kinh phí riêng mà chỉ là một tổ chức hoạt động theo tập thể và được Ủy ban nhân dân quận, huyện ban hành Quyết định công nhận, các thành viên tham gia đa số

trên tinh thần tự nguyện, tự giác. Điều này dẫn đến khó khăn trong việc xác định chủ thể để xử phạt hoặc áp dụng các biện pháp xử lý cho phù hợp, chính xác.

Một vấn đề nữa cần bàn tới ở đây là tại điểm b khoản 7 Điều 66 Nghị định số 139/2017/NĐ-CP quy định đối với hành vi “*không bàn giao, bàn giao chậm, bàn giao không đầy đủ hoặc bàn giao không đúng đối tượng nhận kinh phí bảo trì phần sở hữu chung NCC theo quy định*” của CĐT sẽ bị phạt tiền từ 100.000.000 đồng đến 150.000.000 đồng, ngoài ra còn bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả là buộc bàn giao ngay toàn bộ kinh phí bảo trì theo quy định cho BQT NCC đối với hành vi này. Tuy nhiên, thực tế khung xử phạt đối với hành vi chiếm dụng quỹ bảo trì hiện nay chưa đủ sức răn đe. Đây cũng là một trong những lý do khiến cho tình trạng này vẫn chưa có dấu hiệu suy giảm. Tiêu biểu cho vấn đề này là tại chung cư New Town (số 69, đường số 18, phường Hiệp Bình Chánh, quận Thủ Đức), Công ty Cổ phần Đầu tư và Phát triển dự án hạ tầng Thái Bình Dương đã có hành vi chậm bàn giao kinh phí bảo trì phần sở hữu chung NCC theo quy định với lý do là còn khó khăn về nguồn thu và số công nợ phải thu lớn nên chưa bàn giao hết số tiền quỹ bảo trì chung cư (hơn 2 tỷ đồng) mà chỉ bàn giao một phần nhỏ cho BQT. Với hành vi này, công ty bị Chủ tịch Ủy ban nhân dân Tp. Hồ Chí Minh ký Quyết định số 3135/QĐ-XPVPHC xử phạt vi phạm hành chính với mức xử phạt hành chính 125 triệu đồng. Đồng thời, công ty phải bàn giao ngay toàn bộ kinh phí bảo trì theo quy định cho BQT NCC trong thời hạn là 10 ngày kể từ ngày nhận được Quyết định<sup>9</sup>. Như vậy, có thể thấy rằng, mặc dù

<sup>9</sup> Quốc Đại, *Trục lợi quỹ bảo trì, phạt kịch trần vẫn lời bạc tỷ*, <https://vietnamnet.vn/vn/bat-dong-san/thi->

Công ty Cổ phần Đầu tư và Phát triển dự án hạ tầng Thái Bình Dương bị áp dụng mức xử phạt gần như là kịch trần, tuy nhiên, mức xử phạt này không đáng kể so với lợi ích mang lại từ việc chiếm dụng quỹ bảo trì của CĐT. Nếu làm phép tính đơn giản, chỉ cần gửi 2 tỷ đồng vào ngân hàng lấy lãi suất 7%/năm thì con số lãi 140 triệu 1 năm đã vượt quá số tiền mà CĐT bị phạt, đó là chưa tính việc chiếm dụng diễn ra trong thời gian nhiều năm. Chính điều này đã dẫn đến tình trạng các CĐT sẵn sàng vi phạm và chấp nhận nộp phạt bởi việc vi phạm có thể mang lại lợi ích lớn hơn cả mức mà CĐT phải chi trả để nộp phạt. Mặt khác, việc đưa ra khung phạt chung mà không xét đến số tiền quỹ bảo trì lớn hay nhỏ cũng là một bất cập. Bởi, đối với chung cư nhỏ thì số tiền này chỉ là vài tỷ đồng, nhưng những dự án hàng ngàn tỷ thì con số lên tới hàng chục, thậm chí hàng trăm tỷ. Trong trường hợp này, nếu CĐT chiếm dụng hàng trăm tỷ quỹ bảo trì mà chỉ bị xử phạt 150 triệu thì không thấm vào đâu so với số tiền lời phát sinh.

Vì vậy, để khắc phục tình trạng trên, vấn đề xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm trong quản lý, sử dụng NCC cần phải được tiếp tục nghiên cứu, điều chỉnh, sửa đổi, bổ sung hoàn thiện nhằm đảm bảo phù hợp yêu cầu thực tiễn trong vấn đề ngăn chặn, răn đe các hành vi vi phạm. Theo đó, Nghị định số 139/2017/NĐ-CP cần quy định theo hướng tiếp tục bổ sung, cụ thể hóa thêm các hành vi vi phạm và mức xử phạt đối với một số vấn đề như chần, thả gia súc, gia cầm trong khu vực NCC; vi phạm bản nội quy quản lý, sử dụng NCC; BQT NCC không tổ chức hội nghị NCC thường niên; các thành

viên BQT NCC không tham gia lớp bồi dưỡng kiến về quản lý, sử dụng NCC... Việc xác định, bổ sung, cụ thể hóa thêm các hành vi nêu trên vào Nghị định số 139/2017/NĐ-CP là cần thiết, bởi các hành vi này khi thực hiện sẽ gây ra những ảnh hưởng tiêu cực không nhỏ đến quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể.

Hơn nữa, tại khoản 4 Điều 66 Nghị định số 139/2017/NĐ-CP cần tiếp tục điều chỉnh, sửa đổi, bổ sung theo hướng cụ thể hóa chủ thể vi phạm, quy định rõ luôn trường hợp nào phạt BQT, trường hợp nào phạt cá nhân thành viên trong BQT khi có hành vi vi phạm. Trong đó, cần xác định rõ nếu chủ thể vi phạm là cá nhân thì cá nhân đó phải sử dụng tiền của mình để nộp phạt. Trong trường hợp hành vi vi phạm xuất phát từ việc họ đã thực hiện đầy đủ nghị quyết của hội nghị NCC, đúng theo chương trình kế hoạch được thông qua, nhưng vẫn sai phạm thì lúc này sẽ được sử dụng quỹ bảo trì để đóng phạt. Việc quy định rõ như vậy là điều cần thiết, bởi khoản tiền phạt vi phạm hành chính không được tính vào chi phí hợp lý, nên về nguyên tắc, không thể lấy quỹ bảo trì của chung cư ra để đóng những khoản tiền phạt này nếu hành vi vi phạm xuất phát từ cá nhân thành viên BQT. Đồng thời, với chế tài xử phạt BQT cũng cần xem xét mức độ vi phạm, vai trò của từng chủ thể để đưa ra khung xử phạt cụ thể, không thể cào bằng quy định mức xử phạt như nhau.

Ngoài ra, để đảm bảo răn đe và hạn chế tình trạng CĐT không bàn giao, bàn giao chậm, bàn giao không đầy đủ hoặc bàn giao không đúng đối tượng nhận kinh phí bảo trì dẫn đến tình trạng tranh chấp xảy ra thường xuyên như hiện nay, cần phải tiếp tục nghiên cứu, điều chỉnh theo hướng tăng mức tiền phạt. Cụ thể, đối với hành vi vi

phạm hành chính của CĐT được quy định tại điểm b khoản 7 Điều 66 Nghị định số 139/2017/NĐ-CP, cần phải tăng mức xử phạt vi phạm hành chính. Theo đó, đối với hành vi không bàn giao, chậm bàn giao kinh phí bảo trì thì mức phạt được áp dụng có thể lên đến 3 tỷ đồng, đối với hành vi bàn giao không đầy đủ hoặc bàn giao không đúng đối tượng nhận kinh phí bảo trì phần sở hữu chung NCC theo quy định thì mức phạt lên đến 1,5 tỷ đồng. Ngoài ra, đối với các hành vi không bàn giao hoặc chậm bàn giao kinh phí bảo trì thì còn bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung là tịch thu toàn bộ những lợi ích mà CĐT có được từ hành vi vi phạm nêu trên. Việc quy định theo hướng điều chỉnh, sửa đổi, bổ sung như đề xuất là phù hợp và cần thiết, góp phần răn đe, phòng ngừa và hạn chế được tình trạng vi phạm của CĐT.

### **Kết luận**

Hiện nay, các vấn đề pháp lý điều chỉnh về hoạt động quản lý, sử dụng NCC về cơ bản là hoàn thiện và đáp ứng được các yêu cầu thực tiễn. Tuy nhiên, bên cạnh những mặt tích cực đạt được, các vấn đề về chuyển giao, quản lý, sử dụng kinh phí bảo trì NCC, điều kiện tổ chức hội nghị NCC, cơ chế hoạt động vận hành của BQT, xử phạt vi phạm hành chính về quản lý, sử dụng NCC vẫn còn khá nhiều điểm hạn chế, bất cập. Điều này đã và đang gây ảnh hưởng tiêu cực không nhỏ đến quyền và lợi ích hợp pháp chính đáng của các cư dân nói riêng và hoạt động quản lý sử dụng NCC nói chung. Vì vậy, việc tiếp tục nghiên cứu, điều chỉnh, sửa đổi, bổ sung hoàn thiện các quy định pháp luật về quản lý, sử dụng NCC trong giai đoạn hiện nay là rất quan trọng, cấp thiết.

---

*(Tiếp theo trang 20 – Học thuyết lạm dụng quyền sở hữu trí tuệ...)*

### **4. Kết luận**

Dưới góc độ ý chí đơn phương của chủ sở hữu thì hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh trong quá trình thực hiện quyền năng của chủ sở hữu đối với quyền SHTT là một dạng của hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền có được từ quyền SHTT. Hành vi đó sẽ gây thiệt hại không chỉ cho quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể khác, mà còn xâm hại đến môi trường cạnh tranh, lợi ích của xã hội và đó cũng chính là các khía cạnh tác động của Học thuyết lạm dụng quyền SHTT.

Khác với chế tài được áp dụng cho hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc

quyền theo quy định của pháp luật cạnh tranh. Hành vi lạm dụng quyền SHTT sẽ khiến cho độc quyền hợp pháp của chủ sở hữu bị tước bỏ bởi nghĩa vụ bắt buộc chuyển giao, thậm chí xóa bỏ độc quyền đã được pháp luật bảo hộ đối với sáng chế đó. Do đó, việc đánh giá một hành vi của chủ sở hữu là lạm dụng quyền SHTT không chỉ đơn thuần là hành vi gây hạn chế cạnh tranh mà cần phải xem xét cân trọng nhằm chứng minh đủ hai tiêu chí:

a) Có hành vi thực hiện quyền vượt quá giới hạn cho phép của văn bằng bảo hộ theo quy định của pháp luật, xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể khác.

b) Có tác động hạn chế cạnh tranh.

# XÂY DỰNG VÀ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ QUẢN LÝ RÁC THẢI NHỰA HƯỚNG TỚI PHÁT TRIỂN KINH TẾ TUẦN HOÀN Ở VIỆT NAM

*Bùi Đức Hiền\**

**Tóm tắt:** Bài viết này chỉ ra những bất cập trong quy định và thực hiện pháp luật về quản lý rác thải nhựa ở Việt Nam hiện nay. Từ đó, đưa ra một số giải pháp xây dựng, hoàn thiện chính sách pháp luật về vấn đề này nhằm thúc đẩy phát triển kinh tế tuần hoàn ở Việt Nam trong thời gian tới.

**Abstract:** This article points out inadequacies of the laws on plastic waste management and their implementation. It thereby makes proposals to perfect relevant laws and policies in this respect with a view to promote the development of a circular economy of Vietnam in the near future.

## 1. Khái quát về phát triển kinh tế tuần hoàn và quản lý rác thải nhựa

Phát triển kinh tế tuần hoàn là một xu hướng của phát triển bền vững giúp các quốc gia đạt được cả hai mục tiêu là ứng phó với sự cạn kiệt của tài nguyên đầu vào và giảm thiểu tình trạng ô nhiễm môi trường trong phát triển ở đầu ra<sup>1</sup>. Kinh tế tuần hoàn (Circular economy) là một mô hình kinh tế, trong đó các hoạt động thiết kế, sản xuất và dịch vụ đặt ra mục tiêu kéo dài tuổi thọ của vật chất và loại bỏ tác động tiêu cực đến môi trường. Kinh tế tuần hoàn chú trọng việc quản lý và tái tạo tài nguyên theo một vòng khép kín nhằm tránh tạo ra chất thải. Việc tận dụng tài nguyên được thực hiện bằng nhiều hình thức như: Sửa chữa, tái sử dụng, tái chế. Một trong những trụ cột chính của nền kinh tế tuần hoàn là tuần hoàn tài

nguyên với cốt lõi là 3R [Giảm thiểu (Reduce) - Tái sử dụng (Reuse) - Tái chế (Recycle)]. Do vậy, thúc đẩy 3R là chìa khóa để thúc đẩy nền kinh tế tuần hoàn<sup>2</sup>. Cho đến nay, nhiều nước trên thế giới đã dần hoàn thiện thể chế pháp lý về kinh tế tuần hoàn, như Liên minh châu Âu (EU) đã xây dựng được Kế hoạch hành động Tuần hoàn 2015 và Chiến lược nhựa 2018. Hay tại Phần Lan, Pháp, Slovenia, Đức và Ý đã công bố các chiến lược và lộ trình thực hiện. Trung Quốc và EU cũng đã ký một Biên bản ghi nhớ về hợp tác kinh tế tuần hoàn năm 2018<sup>3</sup>. Việc áp dụng mô hình phát triển kinh tế tuần hoàn đã mang lại nhiều lợi ích to lớn về kinh tế, môi trường và xã hội.

\* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

<sup>1</sup> Kiều Linh, *Kinh tế tuần hoàn: “Cánh cửa thần kỳ” đưa Việt Nam phát triển bền vững*, nguồn: <http://vneconomy.vn/kinh-te-tuan-hoan-canh-cua-than-ky-dua-viet-nam-phat-trien-ben-vung-20190912174728576.htm>, truy cập ngày 13/09/2019.

<sup>2</sup> Nguyễn Thi, *Dự báo hướng nghiên cứu pháp luật về kiểm soát ô nhiễm môi trường trong thời gian tới*, Báo cáo tổng hợp của nhiệm vụ khoa học cấp bộ: Pháp luật về kiểm soát ô nhiễm môi trường ở Việt Nam hiện nay, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam, do TS. Bùi Đức Hiền làm chủ nhiệm, Hà Nội, 2019, tr. 225-234.

<sup>3</sup> Thảo Linh, *Xem xét đưa kinh tế tuần hoàn vào luật*, nguồn: <https://baotainguyenmoitruong.vn/xem-xet-dua-kinh-te-tuan-hoan-va-oi-293374.html>, truy cập ngày 17/09/2019.

Theo ước tính thực tế tại châu Âu, kinh tế tuần hoàn có thể tạo ra lợi ích 600 tỷ euro mỗi năm, 580.000 việc làm mới và giúp giảm phát thải khí nhà kính<sup>4</sup>. Hay ở Thái Lan, Malaysia, Singapore... đã áp dụng các phương pháp tái chế chất thải rắn thông thường hợp lý, nên mỗi năm đã tiết kiệm được 50-55% các loại nguyên liệu như: Bột giấy, nhựa, kim loại nặng từ việc tái chế rác thải. Hơn nữa, ngành công nghiệp này cũng mang lại doanh thu hàng chục tỷ đô la cho các quốc gia này mỗi năm<sup>5</sup>.

Ở Việt Nam, sau hơn 30 năm mở cửa phát triển kinh tế, những năm trở lại đây môi trường đất, nước, không khí đặc biệt là môi trường biển ngày càng bị ô nhiễm trầm trọng, thực trạng này là do nhiều nguyên nhân gây ra, trong đó có rác thải nhựa. Số liệu thống kê cho thấy, Việt Nam có diện tích đứng thứ 68, dân số đứng thứ 15 thế giới, nhưng hiện đứng thứ 4 thế giới về rác thải nhựa, với 1,83 triệu tấn<sup>6</sup> đến 2,5 triệu tấn/năm, tùy theo số liệu thống kê khác nhau. Thực tiễn cho thấy các sản phẩm từ nhựa rất đa dạng, giá rẻ, rất hữu dụng trong nhiều hoạt động từ sản xuất, kinh doanh, dịch vụ đến sinh hoạt của con người, nên được sử dụng ngày càng nhiều. Tuy nhiên, rác thải nhựa lại chứa nhiều chất độc hại và rất khó phân hủy nên khi thải ra môi trường sẽ gây ô nhiễm môi trường đất, nước, và có thể mất hàng trăm thậm chí hàng nghìn năm

mới phân hủy; nguy hiểm hơn nhiều loại nhựa không thể phân hủy được hoàn toàn mà trở thành các vi nhựa. Nếu đốt rác thải nhựa có thể gây ô nhiễm môi trường không khí. Có thể thấy, rác thải nhựa nếu không được quản lý phù hợp sẽ ảnh hưởng rất lớn đến môi trường, sức khỏe, tính mạng của con người và sinh vật, thậm chí gây suy thoái đa dạng sinh học, phá vỡ cân bằng hệ sinh thái tự nhiên. Điều may mắn là các sản phẩm nhựa và rác thải nhựa sau khi sử dụng có thể tái sử dụng cho nhiều mục đích khác nhau và tái chế thành nhiều sản phẩm hữu dụng khác nhau. Những năm qua, Nhà nước Việt Nam ngày càng quan tâm hoàn thiện pháp luật về quản lý chất thải rắn thông thường, trong đó có rác thải nhựa. Tuy nhiên, với lượng rác thải nhựa hàng năm lớn, việc quản lý rác thải nhựa chưa dựa trên nguyên tắc coi chất thải rắn thông thường là một loại tài nguyên và trong bối cảnh phát triển kinh tế tuần hoàn hiện nay, các quy định pháp luật hiện hành về quản lý rác thải nhựa ở Việt Nam đã bộc lộ nhiều bất cập, hạn chế, thiếu sót cần được nghiên cứu hoàn thiện.

## **2. Thực trạng quy định về quản lý rác thải nhựa hướng tới phát triển kinh tế tuần hoàn ở Việt Nam hiện nay**

Đến nay, quan điểm về phát triển nền kinh tế tuần hoàn mặc dù chưa được ghi nhận chính thức, trực tiếp trong các văn kiện, nghị quyết của Đảng cũng như pháp luật của Nhà nước, tuy nhiên có thể thấy tư tưởng về phát triển kinh tế tuần hoàn đã được thể hiện qua các chính sách pháp luật về phát triển bền vững, về tăng trưởng xanh, về quản lý chất thải thông thường gắn với tái chế, tái sử dụng... đã được ghi nhận trong các Văn kiện Đại hội Đảng VII, VIII,

<sup>4</sup> Ban Thời sự, *Kinh tế tuần hoàn là chìa khóa để phát triển bền vững toàn diện*, <https://vtv.vn/kinh-te/kinh-te-tuan-hoan-la-chia-khoa-de-phat-trien-ben-vung-toan-dien-20191205172048093.htm>, truy cập ngày 13/09/2019.

<sup>5</sup> Anh Tuấn, *Tái chế rác thải: 10% và 99%*, nguồn: <http://www.vacne.org.vn/tai-che-rac-thai-10-va-99/216997.html>, truy cập ngày 22/03/2018.

<sup>6</sup> Kiều Linh, tldd, truy cập ngày 13/09/2019.

IX, X, XI, XII; Chỉ thị số 36-CT/TW của Bộ Chính trị năm 1998; Nghị quyết số 41-NQ/TW của Bộ Chính trị năm 2004; Chỉ thị số 29-CT/TW của Ban Bí thư về tiếp tục đẩy mạnh thực hiện Nghị quyết số 41-NQ/TW về bảo vệ môi trường trong thời kỳ công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước; Nghị quyết số 24-NQ/TW năm 2012 của Ban Chấp hành Trung ương Đảng về bảo vệ tài nguyên môi trường và chủ động ứng phó với biến đổi khí hậu. Các quan điểm này thể hiện Đảng và Nhà nước Việt Nam: “*Chú trọng phát triển kinh tế xanh, thân thiện với môi trường. Thực hiện sản xuất và tiêu dùng bền vững; từng bước phát triển năng lượng sạch, sản xuất sạch, tiêu dùng sạch*”<sup>7</sup>; “*phát triển các dịch vụ môi trường, xử lý chất thải*”<sup>8</sup>.

Trên cơ sở các quan điểm của Đảng, Nhà nước đã ban hành các chính sách, pháp luật cụ thể hóa các vấn đề trên, trong đó có các quy định về quản lý chất thải, như: Luật Bảo vệ môi trường năm 2014; Nghị định số 59/2007/NĐ-CP ngày 09/04/2007 của Chính phủ về quản lý chất thải rắn; Nghị định số 38/2015/NĐ-CP ngày 24/4/2015 của Chính phủ về quản lý chất thải và phế liệu; Nghị định số 40/2019/NĐ-CP ngày 13/5/2019 của Chính phủ về sửa đổi, bổ sung một số điều của các Nghị định quy định chi tiết hướng dẫn thi hành Luật Bảo vệ môi trường năm 2014... Thủ tướng Chính phủ cũng đã ban hành *Chiến lược phát triển*

*bền vững Việt Nam giai đoạn 2011-2020, Chiến lược quốc gia tăng trưởng xanh thời kỳ 2011-2020 tầm nhìn đến 2050, Chiến lược quốc gia về quản lý tổng hợp chất thải rắn đến năm 2025 và tầm nhìn đến năm 2050* kèm theo Quyết định số 491/QĐ-TTg ngày 07/5/2018, trong đó nêu ra nhiều giải pháp để thúc đẩy phòng ngừa, giảm thiểu, tái chế, tái sử dụng chất thải rắn, chương trình thúc đẩy phân loại chất thải rắn tại nguồn... trong đó có rác thải nhựa.

Quản lý rác thải nhựa là quá trình phòng ngừa, giảm thiểu, giám sát, phân loại, thu gom, lưu giữ, vận chuyển, xử lý, tái chế, tái sử dụng rác thải nhựa nhằm tăng hiệu quả sử dụng các sản phẩm từ nhựa, kéo dài vòng đời sử dụng tài nguyên nhựa, phòng ngừa ô nhiễm, suy thoái, sự cố môi trường. Phát triển kinh tế tuần hoàn qua quản lý rác thải nhựa thể hiện ở chỗ các chính sách, pháp luật về quản lý rác thải nhựa phải trả lời các câu hỏi: Có nên sản xuất, sử dụng các sản phẩm từ nhựa không hay giảm thiểu rác thải nhựa; nếu có thì sản xuất, sử dụng những sản phẩm nhựa nào, từ loại nhựa nào; ai được sản xuất các sản phẩm từ nhựa; yêu cầu, nghĩa vụ đặt ra với các tổ chức, cá nhân sản xuất, sử dụng các sản phẩm từ nhựa; sử dụng nhựa xong thì phải làm gì; nên chôn lấp, tái sử dụng hay tái chế rác thải nhựa; công cụ, phương tiện nào để thực hiện các hoạt động này; vai trò của các cơ quan nhà nước, của cộng đồng được thể hiện như thế nào trong quá trình này, trách nhiệm pháp lý nếu vi phạm...

Pháp luật hiện hành cơ bản chia chất thải thành hai nhóm chính là chất thải thông thường và chất thải nguy hại, từ đó, quy định về quản lý với từng nhóm chất thải là không giống nhau. Theo sự phân loại này

<sup>7</sup> Xem: Phương hướng, nhiệm vụ phát triển kinh tế-xã hội 5 năm 2011-2015; Chiến lược phát triển kinh tế-xã hội năm 2011-2020 của Đảng Cộng sản Việt Nam.

<sup>8</sup> Xem: Phương hướng, nhiệm vụ phát triển kinh tế-xã hội 5 năm 2011-2015; Chiến lược phát triển kinh tế-xã hội năm 2011-2020 của Đảng Cộng sản Việt Nam.

thì rác thải nhựa được xếp thuộc nhóm chất thải rắn thông thường, được thải ra từ hoạt động sinh hoạt, hoạt động công nghiệp hoặc các hoạt động khác. Pháp luật môi trường hiện hành không quy định trực tiếp, riêng biệt, cụ thể về quản lý rác thải nhựa, nhưng có quy định rải rác về vấn đề này thông qua các quy định về quản lý chất thải rắn thông thường. Cụ thể:

*Thứ nhất, các quy định về phòng ngừa, giảm thiểu, giám sát quản lý rác thải nhựa*

Theo quy định của pháp luật hiện hành, các tổ chức, cá nhân đáp ứng các điều kiện theo quy định pháp luật thì được đầu tư, sản xuất, kinh doanh nhựa, các sản phẩm từ nhựa và xử lý rác thải nhựa. Để phòng ngừa ô nhiễm môi trường do hoạt động này gây ra, pháp luật quy định các cá nhân, tổ chức ngay tại giai đoạn chuẩn bị dự án, sản xuất nhựa, các sản phẩm từ nhựa, tùy theo quy mô, chủ dự án phải lập báo cáo đánh giá tác động môi trường (ĐTM)<sup>9</sup> hoặc phải đăng ký kế hoạch bảo vệ môi trường (KBM) và phải thực hiện đúng các cam kết này khi triển khai thực hiện dự án. Các cơ quan nhà nước có thẩm quyền, cộng đồng, tổ chức, cá nhân có trách nhiệm, nghĩa vụ giám sát quá trình thực hiện các biện pháp bảo vệ môi trường trên thực tiễn. Tuy nhiên, thực tiễn thực hiện quy định về đánh giá tác động môi trường (ĐTM) và kế hoạch bảo vệ môi trường (KBM) với các dự án đầu tư, trong đó có sản xuất nhựa vẫn mang tính hình thức, từ việc lập báo cáo ĐTM, thẩm định báo cáo ĐTM đến khâu hậu kiểm khi triển

khai dự án<sup>10</sup>.

*Về việc giảm thiểu rác thải nhựa*<sup>11</sup>, pháp luật hiện hành chưa phân loại rõ ràng các loại nhựa; chưa xác định rõ tác động của từng loại nhựa đến môi trường và con người; chưa quy định cụ thể loại nhựa nào được phép sản xuất, sản xuất ra sản phẩm gì; công nghệ nào được sử dụng để sản xuất nhựa; loại nhựa nào bị cấm không được sản xuất, loại nhựa, sản phẩm từ nhựa nào hạn chế sản xuất; loại vật liệu nào được khuyến khích sản xuất để thay thế sản phẩm từ nhựa; việc nhập khẩu phế liệu nhựa chưa quy định cách thức giám sát quá trình thực hiện thế nào, xử lý vi phạm ra sao khi nhập khẩu không đúng... nhằm giảm thiểu nguy cơ gây ô nhiễm môi trường từ rác thải nhựa. Ví dụ: Sản phẩm từ nhựa dùng một lần gây ô nhiễm môi trường lớn, chủ yếu do các cá nhân, hộ gia đình sản xuất, nhưng lại chưa có quy định cụ thể về cấm hay hạn chế sản xuất các sản phẩm nhựa này. Mặc dù Luật Thuế bảo vệ môi trường năm 2010 có quy định về đánh thuế bảo vệ môi trường với túi nilon từ 30.000 đồng đến 50.000 đồng/kg, tuy nhiên giá bán 1 kg (với hàng trăm túi) trên thị trường vẫn rất thấp và việc thu thuế vẫn chưa được thực hiện triệt để... dẫn tới việc mua bán sử dụng các sản phẩm này khá phổ biến trong đời sống hàng ngày.

*Về việc giám sát hoạt động sản xuất, tiêu dùng nhựa, các sản phẩm từ nhựa và quản lý rác thải nhựa*, theo quy định chung

<sup>9</sup> Theo quy định tại Phụ lục 2 Nghị định số 18/2015/NĐ-CP ngày 14/02/2015 của Chính phủ thì tất cả các Dự án xây dựng cơ sở sản xuất các sản phẩm nhựa, hạt nhựa công suất từ 1.000 tấn sản phẩm/năm trở lên phải lập báo cáo ĐTM.

<sup>10</sup> Bùi Đức Hiền, Huỳnh Minh Luân, *Một số vướng mắc, bất cập của Luật Bảo vệ môi trường năm 2014*, Tạp chí Môi trường, số 11/2019.

<sup>11</sup> Giảm thiểu rác thải được thể hiện qua việc giảm sản xuất, sử dụng các sản phẩm từ nhựa thay thế bằng các sản phẩm khác thân thiện môi trường. Khi sử dụng các sản phẩm nhựa thì cần thực hiện tốt việc có thể tái sử dụng hoặc tái chế các vật dụng này.

thì trách nhiệm này thuộc về các cơ quan nhà nước, chủ thể có thẩm quyền, chủ nguồn thải và cộng đồng, như: Hội đồng nhân dân các cấp, Mặt trận Tổ quốc, các cơ quan quản lý nhà nước về môi trường, cộng đồng, truyền thông báo chí... Tuy nhiên, các quy định này còn mang tính hình thức. Thực tiễn giám sát của Hội đồng nhân dân các cấp, của Mặt trận Tổ quốc các cấp, của cộng đồng<sup>12</sup>, thậm chí hoạt động thanh tra của các cơ quan quản lý nhà nước về môi trường vẫn còn nhiều bất cập chưa đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn.

*Thứ hai, về phân loại rác thải nhựa*

Pháp luật hiện hành quy định, đối với rác thải nhựa được thải ra từ hoạt động sinh hoạt được phân loại vào nhóm có khả năng tái sử dụng, tái chế<sup>13</sup>. Tổ chức, hộ gia đình, cá nhân, chủ cơ sở sản xuất kinh doanh có nghĩa vụ phân loại chất thải rắn thông thường, trong đó có rác thải nhựa. Trong Nghị định số 59/2007/NĐ-CP ngày 09/04/2007; Nghị định số 38/2015/NĐ-CP ngày 24/4/2015; Nghị định số 40/2019/NĐ-CP ngày 13/5/2019 đều có quy định về phân loại chất thải rắn thông thường. Chủ thể phân loại, lưu giữ rác thải nhựa phải tuân thủ các quy định chặt chẽ về bảo vệ môi trường. Tuy nhiên, lại chưa quy định cụ thể về phân loại rác thải nhựa, ví dụ: Nhựa nào có thể tái chế, tái chế nhiều lần; nhựa nào dùng một lần; nhựa siêu nhỏ; hạt nhựa; nhựa phân rã...<sup>14</sup> cũng như cơ sở vật chất,

quy trình phân loại, thu lưu giữ rác thải nhựa, ví dụ: Việc phân loại, lưu giữ rác thải hiện nay chưa có các thùng chuyên dụng để đựng các loại chất thải đã phân loại như Điều 15 Nghị định số 38/2015/NĐ-CP. Hơn nữa, ý thức người dân, tổ chức thu gom vận chuyển rác thải vẫn chưa tư duy coi chất thải là một loại tài nguyên, chưa nhận thức được tác hại lâu dài của rác thải nhựa đối với môi trường và con người nên không ít người không phân loại chất thải rắn sinh hoạt cũng như rác thải nhựa... Bên cạnh đó, việc pháp luật giao cho Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh hướng dẫn và tổ chức thực hiện phân loại chất thải rắn sinh hoạt phù hợp với điều kiện tự nhiên, kinh tế - xã hội cụ thể của mỗi địa phương nhằm tạo sự linh hoạt cho từng địa phương trong thực hiện quản lý chất thải rắn sinh hoạt, nhưng lại dẫn tới hiện tượng không có sự thống nhất giữa các địa phương trong việc thực hiện phân loại chất thải rắn sinh hoạt, trong đó có chất thải nhựa. Nguy hiểm hơn, khi tổ chức, cá nhân vi phạm quy định về phân loại chất thải nhựa, các địa phương lại vin vào việc họ chưa có hướng dẫn cụ thể nên chưa xử lý hành vi vi phạm về phân loại rác thải theo quy định của pháp luật<sup>15</sup>.

Về phòng ngừa, giảm thiểu rác thải nhựa trong hoạt động nhập khẩu, theo quy định tại Nghị định số 40/2019/NĐ-CP thì với nhựa phế liệu, chỉ được nhập khẩu làm nguyên liệu sản xuất ra các sản phẩm, hàng hóa (không bao gồm hạt nhựa tái chế

<sup>12</sup> Bùi Đức Hiền, *Pháp luật về sự tham gia của cộng đồng dân cư trong bảo vệ môi trường ở Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8(352) năm 2017, tr. 59-66.

<sup>13</sup> Điểm b khoản 1 Điều 15 Nghị định số 38/2015/NĐ-CP ngày 24/4/2015 của Chính phủ về quản lý chất thải và phế liệu.

<sup>14</sup> Nguyễn Thị, *Thực thi các chính sách về quản lý chất thải nhựa, một số định hướng giảm thiểu chất*

*thải nhựa*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học “Không để nhựa thành rác”, do Trung ương Hội Giáo dục, chăm sóc sức khỏe cộng đồng Việt Nam tổ chức, Hà Nội, ngày 22/10/2019.

<sup>15</sup> Điều 20 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường.

thương phẩm), trừ các trường hợp dự án đã được chấp thuận chủ trương đầu tư, cấp giấy chứng nhận đầu tư và cơ sở sản xuất đang hoạt động được phép nhập khẩu nhựa phế liệu để sản xuất ra hạt nhựa tái chế thương phẩm đến hết ngày 31/12/2024. Tổ chức, cá nhân nhập khẩu giấy phế liệu và nhựa phế liệu phải thực hiện ký quỹ bảo đảm phế liệu nhập khẩu. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, việc cho phép nhập khẩu phế liệu nhựa thiếu sự kiểm soát chặt chẽ dẫn tới nhiều trường hợp tổ chức, cá nhân lợi dụng nhập khẩu chất thải chứ không phải phế liệu như tờ khai hải quan. Hơn nữa, khi xác định hàng vận chuyển là chất thải, không phải phế liệu thì việc trục xuất chất thải này trở lại các quốc gia mà hàng được chuyển đến không hề đơn giản; trong khi đó, việc lưu giữ, xử lý các chất thải này lại đặc biệt khó khăn, tốn kém, gây ô nhiễm môi trường.

*Thứ ba, các quy định về thu gom, vận chuyển rác thải nhựa*

Pháp luật hiện hành chưa quy định trực tiếp về vấn đề này mà chỉ quy định tổ chức, cá nhân, hộ gia đình có nguồn chất thải rắn sinh hoạt có trách nhiệm ký hợp đồng dịch vụ thu gom, vận chuyển và xử lý; thanh toán toàn bộ chi phí theo hợp đồng dịch vụ. Thường là các địa phương ấn định mỗi hộ gia đình, cá nhân phải nộp một khoản tiền phí vệ sinh nhất định hàng tháng để phục vụ cho việc thu gom, xử lý chất thải rắn sinh hoạt. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy: *Một là*, các địa phương quy định về mức phí vệ sinh đối với việc thu gom chất thải rắn sinh hoạt còn quá thấp, dẫn tới UBND cấp tỉnh hàng năm phải chi rất nhiều tiền ngân sách bù lỗ cho các doanh nghiệp, hợp tác xã thu gom chất thải rắn thông thường;

*hai là*, quy định về thu tiền phí vệ sinh áp dụng cả với rác thải nhựa đường như chưa hợp lý. Khác với nhiều loại chất thải khác, rác thải nhựa là một loại tài nguyên và tổ chức, cá nhân, hộ gia đình sở hữu rác thải nhựa có thể bán tài nguyên này cho các cơ sở mua bán hoặc tái chế nhựa. Trong khi đó, pháp luật hiện hành thiếu các quy định điều chỉnh quan hệ giữa các chủ nguồn thải nhựa với các chủ thể mua, bán rác thải nhựa hoặc tái chế rác nhựa.

Pháp luật môi trường hiện hành cũng quy định về trách nhiệm của chủ thu gom, vận chuyển chất thải rắn sinh hoạt trong bảo đảm đủ yêu cầu về nhân lực, phương tiện và thiết bị chuyên dụng để thu gom, vận chuyển toàn bộ chất thải rắn sinh hoạt, trong đó có rác thải nhựa. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, việc trang bị các phương tiện thu gom, vận chuyển tại nhiều địa phương vẫn chưa phù hợp, chưa đáp ứng được mục tiêu bảo vệ môi trường, ví dụ: Không có đủ số thùng để chứa các loại chất thải khác nhau phù hợp với đặc tính và mục đích sử dụng của từng loại chất thải; địa điểm đặt các thùng chứa chất thải nhiều nơi chưa hợp lý; xe chuyên chở chất thải rắn sinh hoạt không đáp ứng được yêu cầu bảo vệ môi trường, rò rỉ chất thải trong quá trình vận chuyển; quy trình công nghệ phân loại, thu gom, vận chuyển chất thải rắn sinh hoạt, trong đó có rác thải nhựa chưa đồng bộ, thống nhất. Bên cạnh đó, việc tổ chức, cá nhân, hộ gia đình thải rác thải nhựa là túi nilon ra môi trường khá phổ biến, nhưng việc xử lý chưa được triệt để theo đúng quy định của pháp luật.

*Thứ tư, các quy định về tái sử dụng, tái chế, thu hồi năng lượng và xử lý rác thải nhựa*

Pháp luật hiện hành chưa quy định trực tiếp về vấn đề này, nhưng quy định các tổ chức, hộ gia đình, cá nhân có nghĩa vụ tái sử dụng, tái chế, thu hồi năng lượng và xử lý chất thải rắn thông thường. Trường hợp không có khả năng tái sử dụng, tái chế, thu hồi năng lượng và xử lý rác thải nhựa phải chuyển giao cho cơ sở có chức năng phù hợp để tái sử dụng, tái chế, thu hồi năng lượng và xử lý<sup>16</sup>. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, đa số hoạt động thu gom, tái chế rác thải nhựa hiện nay không phải do các doanh nghiệp có công nghệ hiện đại thực hiện, mà do các làng nghề, các cơ sở sản xuất nhỏ lẻ của các tổ chức, cá nhân, hộ gia đình thực hiện. Trong khi đó, hiệu quả quản lý và giám sát các cơ sở này trong việc tuân thủ các quy định về kiểm soát ô nhiễm môi trường vẫn còn nhiều hạn chế. Để thúc đẩy các chủ thể tham gia vào quá trình xây dựng cơ sở tái chế, xử lý rác thải nhựa, Nhà nước có quy định một số chính sách ưu đãi, hỗ trợ các hoạt động này, như: Những ngành sản xuất vật liệu composit, thu gom, xử lý, tái chế, tái sử dụng chất thải tập trung, trong đó có rác thải nhựa; các hoạt động sản xuất kinh doanh các sản phẩm thân thiện môi trường được Nhà nước ưu đãi miễn, giảm tiền sử dụng đất, tiền thuê đất<sup>17</sup> hay ưu đãi về thuế thu nhập doanh nghiệp<sup>18</sup>, thậm chí

được ưu đãi về thị trường, về nguồn vốn. Tuy nhiên, các quy định này nằm tản mát trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau; quy định về thu hút đầu tư, sản xuất các sản phẩm thay thế nhựa hoặc nhựa tổng hợp thân thiện môi trường; về sử dụng, tái sử dụng, tái chế rác thải nhựa; về thị trường mua bán tài nguyên rác thải nhựa và các sản phẩm tái chế từ rác thải nhựa còn thiếu sự thống nhất gây khó khăn cho quá trình triển khai thực hiện trên thực tiễn.

Bên cạnh đó, việc thay thế các sản phẩm từ nhựa, đặc biệt là nhựa dùng một lần đã được sản xuất, sử dụng, như: Túi xách từ các vật liệu thiên nhiên thân thiện môi trường, gói đồ bằng lá chuối, ống hút giấy, chai nhựa mỏng hơn...), nhưng vẫn chưa nhiều, chưa tiện dụng, chưa bền vững. Vì vậy, chúng chưa thay thế được hoàn toàn các sản phẩm từ nhựa dùng một lần. Mặt khác, việc nghiên cứu tìm ra các sản phẩm thay thế nhựa, đặc biệt là nhựa sử dụng một lần đã có kết quả nhất định, nhưng không phải sản phẩm nhựa phân hủy sinh học nào cũng đều phân hủy dễ dàng trong các môi trường khác nhau. Nghiên cứu và thực tiễn gần đây đã chỉ ra nhựa phân hủy sinh học cần những điều kiện nhất định để phân hủy như: UV, nước, vi sinh, nhiều loại cần phải có cơ sở lên men compost chuyên dụng... Nếu vứt bừa bãi nhựa phân hủy sinh học ra môi trường, đặc biệt là môi trường biển, chúng vẫn có thể gây ô nhiễm trong thời gian dài. Hay loại nhựa Compostable, có thể phân hủy hoàn toàn thành mùn trong đất nhờ vi sinh và nấm, thời gian phân hủy hoàn toàn phụ thuộc vào mật độ vi sinh, trung bình 2 tháng trong đất vườn, nhưng lại phân hủy chậm trong nước. Thử nghiệm theo quy chuẩn ASTM D7081 cho thấy, sau 6 tháng

<sup>16</sup> Xem: Điều 87, Điều 95, Điều 96, Điều 97 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014.

<sup>17</sup> Xem: Điều 110 Luật Đất đai năm 2013 và Danh mục ngành nghề ưu đãi đầu tư Ban hành kèm theo Nghị định số 118/2015/NĐ-CP.

<sup>18</sup> Luật Bảo vệ môi trường năm 2014, Nghị định số 38/2015/NĐ-CP về quản lý chất thải và phế liệu, Nghị định số 40/2019/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của các Nghị định quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 quy định các cơ sở thu gom tái chế chất thải nói chung, rác thải nhựa nói riêng sẽ được hưởng các chính sách ưu đãi của Nhà nước.

ngâm trong nước biển, mẫu PHA chỉ bị phân hủy 30% khối lượng<sup>19</sup>. Do vậy, vẫn cần nghiên cứu thêm các vật liệu mới có thể khắc phục được những bất cập trên.

*Thứ năm, về trách nhiệm pháp lý với các cơ quan, tổ chức, cá nhân vi phạm quy định về quản lý rác thải nhựa*

Theo quy định của pháp luật hiện hành, tùy theo mức độ vi phạm sẽ phải chịu trách nhiệm hành chính<sup>20</sup>, trách nhiệm hình sự<sup>21</sup>, gây thiệt hại thì phải bồi thường<sup>22</sup> và nếu là cán bộ, công chức vi phạm quy định về quản lý chất thải thì có thể bị kỷ luật<sup>23</sup>. Tuy nhiên, thực tiễn những năm qua cho thấy, rất nhiều cá nhân, hộ gia đình, tổ chức vi phạm các quy định về phân loại chất thải, nhưng không bị xử lý hoặc xử lý chưa đủ mức răn đe về hành vi này. Về trách nhiệm hình sự, pháp luật hiện hành chưa quy định về tội vi phạm các quy định về quản lý chất thải thông thường. Trong khi đó, Tội gây ô nhiễm môi trường, Tội vi phạm các quy định về quản lý chất thải nguy hại dù đã được quy định từ Bộ luật Hình sự năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) đến Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm

2017), nhưng trên thực tế, chưa một cá nhân, tổ chức nào bị xét xử về tội này.

Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường quy định: Phạt tiền từ 3.000.000 đồng đến 7.000.000 đồng đối với hành vi vứt, thải, bỏ rác thải sinh hoạt không đúng nơi quy định hoặc ra vỉa hè, nguồn nước; phạt tiền từ 15.000.000 đồng đến 20.000.000 đồng đối với hành vi không phân loại, không lưu giữ chất thải rắn sinh hoạt theo quy định; không ký hợp đồng hoặc không chuyển giao chất thải rắn sinh hoạt cho đơn vị có chức năng thu gom, vận chuyển và xử lý theo quy định. Phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 25.000.000 đồng đối với hành vi không phân loại, không lưu giữ chất thải rắn công nghiệp thông thường theo quy định; không ký hợp đồng hoặc không chuyển giao chất thải rắn công nghiệp thông thường cho đơn vị có chức năng thu gom, vận chuyển và xử lý theo quy định; không báo cáo định kỳ về tình hình phát sinh, quản lý chất thải rắn công nghiệp thông thường cho cơ quan có thẩm quyền theo quy định. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, đa số các cá nhân, hộ gia đình, tổ chức vi phạm các quy định về phân loại chất thải vì nhiều lý do khác nhau vẫn chưa bị xử phạt về hành vi này. Quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại môi trường còn nhiều bất cập (như khó khăn trong xác định mối quan hệ nhân quả giữa hành vi và thiệt hại; cách thức xác định thiệt hại môi trường, sức khỏe, tính mạng, tài sản...)<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Nguyễn An Thái, Trung tâm Xử lý chất thải phóng xạ và môi trường (ITRRE – VINATOM), *Trao đổi về ô nhiễm nhựa và nhựa phân hủy sinh học*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học “Không để nhựa thành rác”, do Trung ương Hội Giáo dục chăm sóc sức khỏe cộng đồng Việt Nam tổ chức, Hà Nội, ngày 22/10/2019, tr. 11, tr. 17.

<sup>20</sup> Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường.

<sup>21</sup> Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

<sup>22</sup> Bộ luật Dân sự năm 2015 và các văn bản pháp lý liên quan.

<sup>23</sup> Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2019) và các văn bản pháp lý liên quan.

<sup>24</sup> Bùi Đức Hiền, *Những vấn đề pháp lý về xác định thiệt hại do hành vi làm ô nhiễm môi trường ở Việt Nam hiện nay*, Luận văn thạc sĩ, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, năm 2010.

### 3. Giải pháp xây dựng hoàn thiện pháp luật về quản lý rác thải nhựa thúc đẩy phát triển kinh tế tuần hoàn ở Việt Nam

*Thứ nhất*, có thể thấy phát triển kinh tế tuần hoàn là một xu hướng của phát triển bền vững. Trong bối cảnh phát triển kinh tế tiêu hao quá nhiều tài nguyên và ô nhiễm môi trường do rác thải nhựa ngày càng nghiêm trọng, đồng thời chất thải rắn thông thường ngày càng được thừa nhận rộng rãi trong xã hội và các chính sách của Nhà nước là một loại tài nguyên, thì việc xây dựng, hoàn thiện pháp luật về quản lý rác thải nhựa theo mô hình phát triển kinh tế tuần hoàn là tất yếu. Do vậy, việc đưa mô hình này với tính cách là một chính sách pháp luật vào văn kiện Đại hội XIII của Đảng là rất cần thiết và cấp bách. Trên cơ sở đó, cần nghiên cứu xây dựng hành lang pháp lý rõ ràng để hình thành, phát triển các mô hình kinh tế tuần hoàn, thậm chí nghiên cứu xây dựng Luật Về thúc đẩy phát triển kinh tế tuần hoàn ở Việt Nam. Trong đó, cần xác định rõ các công ty, doanh nghiệp là động lực trung tâm; Nhà nước đóng vai trò kiến tạo; các tổ chức và từng người dân tham gia thực hiện<sup>25</sup> và cộng đồng, truyền thông đóng vai trò giám sát ra sao để kinh tế tuần hoàn phát triển, đặc biệt là trong lĩnh vực tái chế rác thải nhựa. Ứng dụng mô hình phát triển kinh tế tuần hoàn vào quản lý rác thải nhựa ở Việt Nam trong bối cảnh hiện nay là xu thế tất yếu.

*Thứ hai, về việc phòng ngừa, giảm thiểu rác thải nhựa hướng tới phát triển kinh tế tuần hoàn:* Để phòng ngừa, giảm thiểu rác thải nhựa, tác giả cho rằng, pháp luật cần

phân loại nhựa, đánh giá được sự tác động của từng loại đến môi trường, sức khỏe, tính mạng con người và sinh vật, từ đó, trên cơ sở khoa học, xác định các loại nhựa nào được sản xuất, sử dụng; loại nhựa nào bị cấm sản xuất, sử dụng; loại nhựa nào hạn chế sản xuất và loại nhựa nào có thể được khuyến khích sản xuất, sử dụng. Theo đó, pháp luật cần đặt ra lộ trình cho quá trình này, trước mắt cần quy định hạn chế đầu tư các dự án về sản xuất các sản phẩm nhựa, túi nilon sử dụng một lần, sau đó mở rộng ra hạn chế sản xuất các loại nhựa có nguy cơ gây ô nhiễm môi trường khác. Về lâu dài, có thể tiến tới cấm sản xuất các loại nhựa sử dụng một lần. Song song với quá trình này, các quy định pháp luật phải hướng tới khuyến khích, tạo điều kiện, hỗ trợ cá nhân, tổ chức, cơ quan nghiên cứu sản xuất, sử dụng các loại nhựa, sản phẩm từ nhựa sinh học, nhựa tổng hợp hoặc các sản phẩm thay thế nhựa thân thiện môi trường. Các dự án sản xuất nhựa, các sản phẩm từ nhựa cần đầu tư công nghệ hiện đại; được đánh giá tác động môi trường đầy đủ; phải xử lý, tái chế được các vật liệu nhựa dư thừa trong quá trình sản xuất. Bên cạnh đó, để phòng ngừa, giảm thiểu rác thải nhựa từ hoạt động nhập khẩu phế liệu, từ những bất cập đã chỉ ra, tác giả cho rằng, đã đến lúc cần sửa đổi Luật Bảo vệ môi trường năm 2014, quy định cấm nhập khẩu phế liệu, trong đó có nhựa phế liệu, đồng thời tăng cường phân loại rác thải nhựa, tận dụng tài nguyên này trong phát triển công nghiệp tái chế ra các sản phẩm mới từ rác nhựa ở Việt Nam.

*Thứ ba, về việc phân loại, lưu giữ rác thải nhựa tại nguồn hướng tới phát triển kinh tế tuần hoàn:* Phân loại rác thải nhựa là khâu quan trọng để thúc đẩy phát triển kinh

<sup>25</sup> Kiều Linh, tldd, truy cập ngày 13/09/2019.

tế tuần hoàn. Tác giả cho rằng, bên cạnh việc hoàn thiện quy định về phân loại chất thải rắn, cần xây dựng quy định cụ thể về phân loại rác thải nhựa; trang bị các thùng chứa đủ tiêu chuẩn để phân loại, lưu giữ chất thải rắn thông thường, ví dụ: Thùng đựng nhóm hữu cơ dễ phân hủy (thức ăn thừa, lá cây, rau, củ, quả, xác động vật); thùng đựng nhóm có khả năng tái sử dụng, tái chế (giấy, nhựa, kim loại, cao su, nilon, thủy tinh), thậm chí bố trí thùng đựng rác thải nhựa riêng... để tạo nguồn nguyên liệu đầu vào “sạch” cho quá trình tái chế chất thải. Hơn nữa, cần sửa quy định tại khoản 4 Điều 15 Nghị định số 38/2015/NĐ-CP về việc cho phép UBND cấp tỉnh hướng dẫn và tổ chức thực hiện phân loại chất thải rắn sinh hoạt phù hợp với điều kiện tự nhiên, kinh tế - xã hội cụ thể của mỗi địa phương. Theo đó, việc phân loại chất thải rắn thông thường trong đó có rác thải nhựa cần phải thực hiện đồng thời trong phạm vi cả nước. Đẩy mạnh tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật nâng cao ý thức của mọi người về tầm quan trọng của việc phân loại rác thải nhựa trên cơ sở coi chất thải này là một loại tài nguyên hướng tới mỗi người dân thực sự là một nhân viên môi trường như kinh nghiệm của Nhật Bản<sup>26</sup>.

*Thứ tư, về việc thu gom, vận chuyển rác thải nhựa hướng tới phát triển kinh tế tuần hoàn:* Cần quy định cụ thể về thu gom, vận chuyển rác thải nhựa; xác định giá dịch vụ thu gom vận chuyển, xử lý rác thải nhựa phù hợp với thực tiễn. Mặc dù, Nghị định số

38/2015/NĐ-CP về quản lý chất thải và phế liệu đã quy định rõ việc ký hợp đồng dịch vụ thu gom, vận chuyển xử lý chất thải rắn sinh hoạt và giá dịch vụ được xác định dựa trên chi phí bỏ ra để thu gom, vận chuyển, xử lý chất thải cũng như xác định rõ chủ nguồn thải phải nộp loại phí trên. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, nhiều loại rác thải nhựa như chai, lọ nhựa... đều có thể bán làm phế liệu để tái chế. Do vậy, quy định về thu phí vệ sinh thường chỉ áp dụng đối với nhựa sử dụng một lần, ít có khả năng tái chế. Bên cạnh đó, cần sửa quy định về giá phí thu gom, vận chuyển, xử lý chất thải rắn thông thường và phương thức thu cần dựa trên khối lượng và chi phí xử lý chất thải đó nhằm mục tiêu giảm gánh nặng cho ngân sách nhà nước, tạo sức ép để các doanh nghiệp phải đầu tư xây dựng cơ sở xử lý chất thải rắn đạt quy chuẩn kỹ thuật môi trường mang lại lợi ích kinh tế cao.

*Thứ năm, về xử lý rác thải nhựa hướng tới phát triển kinh tế tuần hoàn:* Pháp luật hiện hành quy định rõ chất thải rắn thông thường có thể được xử lý bằng nhiều cách như: Đốt, chôn lấp, tái chế. Tuy nhiên, nếu tiếp cận quản lý rác thải nhựa theo mô hình phát triển kinh tế tuần hoàn thì Nhà nước cần ưu tiên và thực hiện ưu đãi về đất đai, lao động, thuế, công nghệ, thị trường, vốn để thúc đẩy tổ chức, cá nhân phát triển công nghiệp tái chế rác thải nhựa, tăng cường hợp tác quốc tế về tái chế rác thải nhựa. Việc làm này không chỉ giảm thiểu rác thải nhựa ra môi trường, mà còn thúc đẩy phát triển công nghiệp môi trường theo hướng bền vững. Bên cạnh đó, đối với các cơ sở kinh doanh phế liệu, tái chế rác thải nhựa quy mô hộ gia đình, cá nhân hiện nay phải thực hiện đúng các cam kết trong báo cáo

<sup>26</sup> Anh Tùng, *Nước Nhật sạch nhất thế giới nhờ người dân tuân thủ những nguyên tắc này*. Nguồn: <https://baomoi.com/nuoc-nhat-sach-nhat-the-gioi-nh-o-nguoi-dan-tuan-thu-nhung-nguyen-tac-nay/c/25762329.epi>, truy cập ngày 22/04/2018.

đánh giá tác động môi trường hoặc kế hoạch bảo vệ môi trường tùy theo quy mô... nếu vi phạm phải bị xử lý nghiêm theo quy định của pháp luật.

*Thứ sáu, về nâng cao trách nhiệm của các chủ thể trong quản lý rác thải nhựa hướng tới phát triển bền vững:* Cần quy định cụ thể trách nhiệm của UBND cấp xã, thanh tra môi trường, cảnh sát môi trường trong phát hiện và xử lý các hành vi vi phạm quy định về quản lý rác thải nhựa. Bên cạnh đó, cần tăng cường vai trò giám sát của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam các cấp trong quản lý rác thải nhựa; thực hiện giám sát theo chuyên đề, theo từng nội dung quản lý nhà nước về môi trường. Ngoài ra, cũng cần nâng cao vai trò của cộng đồng, tổ chức, cá nhân, truyền thông trong phòng ngừa, giảm thiểu rác thải nhựa, giám sát, phát hiện các hành vi vi phạm các quy định về quản lý rác thải nhựa<sup>27</sup>.

*Thứ bảy, về chế tài áp dụng với cá nhân, hộ gia đình, tổ chức không phân loại chất thải tại nguồn, vứt rác thải nhựa không đúng quy định hướng tới phát triển kinh tế tuần hoàn:* Cần bổ sung quy định áp dụng trách nhiệm hình sự với hành vi vi phạm các quy định về quản lý chất thải rắn thông thường trong trường hợp mức độ nguy hiểm cho xã hội lớn<sup>28</sup>. Về xử phạt các hành vi vi phạm các quy định về phân loại chất thải rắn thông thường, trong đó rác thải nhựa cần thực hiện nhất quán tại các địa

phương, không để tình trạng tùy nghi mạnh mẽ nào tình đó làm như hiện nay; tăng cường xử lý hành vi vứt rác thải nhựa sử dụng một lần không đúng quy định, thậm chí nâng mức xử phạt với hành vi này để tăng cường tính răn đe. Về trách nhiệm bồi thường thiệt hại môi trường do chất thải nhựa gây ra, cần nghiên cứu áp dụng đảo nghĩa vụ chứng minh trong xác định mối quan hệ nhân quả giữa hành vi xả thải rác thải nhựa ra môi trường không đúng quy định và thiệt hại xảy ra; thừa nhận quyền khởi kiện tập thể, quyền của đại diện cộng đồng trong khởi kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại về môi trường<sup>29</sup>...

Tóm lại, có thể thấy, qua hơn 30 năm đổi mới, mở cửa phát triển kinh tế theo chiều rộng đã làm cho tài nguyên thiên nhiên của Việt Nam ngày càng bị suy giảm và cạn kiệt. Những năm trở lại đây, ô nhiễm môi trường Việt Nam do rác thải nhựa ngày càng trầm trọng. Trong khi đó, giá trị kinh tế, xã hội và môi trường to lớn trong rác thải nhựa hàng ngày hàng giờ bị con người bỏ đi lãng phí. Do vậy, quan niệm rác thải nhựa là một loại tài nguyên và đổi mới việc xây dựng, thực hiện pháp luật về quản lý rác thải nhựa theo mô hình phát triển kinh tế tuần hoàn trong thời gian tới ở Việt Nam là đặc biệt cần thiết. Điều này giúp sử dụng hợp lý, tiết kiệm, hiệu quả tài nguyên, kiểm soát ô nhiễm môi trường góp phần bảo đảm quyền được sống trong môi trường trong lành.

<sup>27</sup> Bùi Đức Hiền, *Pháp luật về sự tham gia của cộng đồng dân cư trong bảo vệ môi trường ở Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8 năm 2017, tr. 59.

<sup>28</sup> Bộ luật Hình sự hiện hành chưa quy định về Tội vi phạm quy định quản lý chất thải thông thường.

<sup>29</sup> Bùi Đức Hiền, *Mấy vấn đề lý luận hoàn thiện pháp luật về kiểm soát ô nhiễm môi trường không khí và gợi mở xây dựng Luật Không khí sạch ở Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Pháp luật và phát triển, số 10, năm 2017.

# QUẢN TRỊ TỐT – NGHIÊN CỨU SO SÁNH GIỮA HOA KỲ VÀ TRUNG QUỐC

Nguyễn Tiến Đức\*

**Tóm tắt:** Dựa trên khung lý thuyết về quản trị tốt, bài viết so sánh, đối chiếu việc thể chế hóa và thực hiện những tiêu chí quản trị tốt ở Hoa Kỳ và Trung Quốc. Mặc dù có những sự khác biệt sâu sắc về hệ tư tưởng, chính trị, pháp luật, văn hóa và các điều kiện xã hội khác, đây lại là hai quốc gia phát triển bậc nhất về kinh tế trên thế giới. Bài viết đặt câu hỏi liệu quản trị tốt có phải là lời giải cho sự phát triển tương đồng này hay không?

**Abstract:** On the basis of good governance framework, the article compares and contrasts the institutionalization and implementation of good governance criteria in the United States of America and China. Despite discrepancies in ideology, politics, law, culture and social conditions, they are the most developed economies in the world. The article poses the question: whether good governance is the explanation for this propensity?

## 1. Giới thiệu

Năm 1989, thuật ngữ “quản trị tốt” lần đầu được ghi nhận trong báo cáo của Ngân hàng thế giới (WB) về phát triển bền vững khu vực châu Phi hạ Sahara<sup>1</sup>. Kể từ đó, mức độ “phủ sóng” của thuật ngữ này ngày càng tăng lên và thu hút nhiều sự chú ý của giới làm chính sách cũng như học thuật. Có ba lý do để lý giải sự phổ biến của quản trị tốt. Thứ nhất, sau Chiến tranh lạnh, cộng đồng quốc tế dành nhiều sự quan tâm hơn tới các quốc gia giữ chế độ độc tài, nhằm thúc giục chuyển đổi sang chế độ dân chủ. Quan điểm

này ngầm thừa nhận mô hình quản trị của các quốc gia dân chủ phương Tây là lý tưởng cho sự phát triển và thịnh vượng<sup>2</sup>. Thứ hai, chủ quyền quốc gia không còn tuyệt đối như trước. Cộng đồng quốc tế có vai trò nhất định, thậm chí can thiệp trực tiếp vào một số vấn đề mà trước đây được coi là thẩm quyền riêng biệt của quốc gia, ví dụ như nạn diệt chủng ở Rwanda<sup>3</sup>. Đặc biệt, vai trò của các tổ chức tài chính quốc tế và phi chính phủ ngày càng gia tăng trong việc

\* NCS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Bài viết công bố trong khuôn khổ đề tài cấp Bộ năm 2019-2020: “Quản trị nhà nước trong quá trình phát triển ở Việt Nam hiện nay” do PGS. TS. Vũ Thu (Viện Nhà nước và Pháp luật) chủ nhiệm.

<sup>1</sup> Martin Doornbos, *State Formation Under External Supervision: Reflections on “Good Governance”*, trong Olav Stokke (eds.), *Aid and Political Conditionality* (London: Routledge, 1995), tr. 377–391; Martin Doornbos (2001) “Good Governance”: *The Rise and Decline of a Policy Metaphor?*, *Journal of Development Studies* 37(6), tr. 93–117.

<sup>2</sup> Xem thêm Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (The Free Press, 1992); Daron Acemoglu, James Robinson, *Why Nations Fail* (Crown Publishing Group, 2012); Samuel Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century* (University of Oklahoma Press, 1991).

<sup>3</sup> Chẳng hạn như sự ra đời của Học thuyết Trách nhiệm bảo vệ (*Responsibility to Protect*, R2P), khẳng định vai trò của cộng đồng quốc tế trong việc ngăn ngừa nạn diệt chủng, tội phạm chiến tranh, thanh lọc sắc tộc và tội ác chống lại loài ngoài. Xem thêm: Gentian Zyberi (ed.), *An Institutional Approach to the Responsibility to Protect* (Cambridge University Press, 2013).

xây dựng chính sách quốc gia<sup>4</sup>. Thứ ba, nhiều quốc gia chấp nhận thay đổi phương thức quản trị nhà nước để đổi lại nguồn viện trợ do tình trạng kinh tế kiệt quệ dẫn tới sự sống còn của các quốc gia này phụ thuộc rất lớn vào nguồn viện trợ từ phương Tây.

## 2. Khung lý thuyết về quản trị tốt

WB là tổ chức đầu tiên theo đuổi chính sách thúc đẩy quản trị tốt tại các quốc gia tiếp nhận viện trợ, với bốn điều kiện căn bản: Dịch vụ công hiệu quả, nền hành chính có trách nhiệm, hệ thống tư pháp đáng tin cậy, tính hài hoà giữa chủ thể quản trị và đối tượng bị quản trị<sup>5</sup>. Sau đó, nội hàm của thuật ngữ này tiếp tục được mở rộng, bao quát sáu phương diện: Tiếng nói của người dân và trách nhiệm giải trình, ổn định chính trị và phi bạo lực, Chính phủ hiệu lực, pháp luật chất lượng, pháp quyền và kiểm soát tham nhũng<sup>6</sup>. Sự thay đổi trên cho thấy, ngay cả trong một tổ chức thì khái niệm và việc áp dụng các nguyên tắc quản trị quốc gia cũng có sự thay đổi và chủ quan. Lẽ dĩ nhiên, mỗi một tổ chức viện trợ sẽ căn cứ vào mục tiêu, tôn chỉ hoạt động của mình để trả lời câu hỏi “quản trị như thế nào là tốt”. Ví dụ như WB thường đề cao những chính

sách tự do hoá thị trường, trong khi đó những chính sách này được coi là “quản trị kém” theo quan điểm của Liên hợp quốc vì thiếu sự tham gia của người dân vào quá trình quyết sách.

Nhận thấy sự khác biệt trên, Veerle Doeveren tiến hành nghiên cứu so sánh và đối chiếu các bộ tiêu chí đánh giá của các nhà viện trợ<sup>7</sup>, trong đó có Liên minh châu Âu (EU)<sup>8</sup>, Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD)<sup>9</sup>, WB<sup>10</sup>, và Liên hợp quốc (UN)<sup>11</sup> cũng như quan điểm của một số học giả hàng đầu trong lĩnh vực này. Nghiên cứu chỉ ra năm tiêu chí chung giữa các bộ nguyên tắc quản trị tốt. Điều này cho thấy tồn tại một cách hiểu chung ở một chừng mực nhất định về khái niệm quản trị tốt.

*Thứ nhất, trách nhiệm giải trình:* Là nguyên tắc xuất hiện trong mọi thước đo quản trị tốt. Dù vậy, mỗi chủ thể lại có cách hiểu riêng về nội hàm của nguyên tắc này. EU cho rằng, nguyên tắc này nhấn mạnh sự cần thiết phải làm rõ vị trí, chức năng và nhiệm vụ của các thiết chế nhà nước, đặc biệt trong mối quan hệ giữa các cơ quan của

<sup>4</sup> Ibrahim Shihata (1992), *Human Rights, Development, and International Financial Institutions*, American University International Law Review 8(1), tr. 27-36. Về chỉ trích các tổ chức tài chính quốc tế trong việc can thiệp quá sâu vào quản trị của quốc gia, xem ví dụ như Joseph Stiglitz, *Globalization and Its Discontent* (W. W. Norton & Company, 2002).

<sup>5</sup> David Williams, Tom Young (1994), *Governance, the World Bank and Liberal Theory*, Political Studies 42, tr. 84-100.

<sup>6</sup> Daniel Kaufmann, Aart Kraay, Massimo Mastruzzi (2008), *Governance Matters VII: Aggregate and Individual Governance Indicators, 1996-2007*, World Bank Policy Research, Working Paper no. 4654, tr. 1.

<sup>7</sup> Veerle V. Doeveren (2011), *Rethinking Governance – Identifying Common Principles*, Public Integrity 13(4), tr. 301-318.

<sup>8</sup> European Commission (2001), *European Governance - A White Paper*, xem tại: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001\\_0428en01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf).

<sup>9</sup> OECD (2007), *Glossary of Statistical Terms: Good Governance*, xem tại: <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=7237>.

<sup>10</sup> Daniel Kaufmann, Aart Kraay, Massimo Mastruzzi, *tlđđ*.

<sup>11</sup> United Nations (1997), *Governance for Sustainable Human Development*, UNDP policy document, xem tại: <http://mirror.undp.org/magnet/policy>; United Nations (2009), *What Is Good Governance?*, xem tại: [www.unescap.org/pdd/prs/ProjectActivities/On going/gg/governancasp](http://www.unescap.org/pdd/prs/ProjectActivities/On%20going/gg/governancasp).

EU với quốc gia thành viên<sup>12</sup>. OECD chỉ đưa ra cách hiểu khái quát về nguyên tắc này, theo đó mọi nhà quản lý trong khu vực công “phải chịu trách nhiệm khi thực thi công vụ và tuân thủ những quy định và tiêu chuẩn áp dụng với vị trí việc làm của họ”<sup>13</sup>. UN quan niệm nguyên tắc này theo nghĩa rộng nhất, theo đó “không chỉ các thiết chế nhà nước mà cả khu vực tư và các tổ chức xã hội dân sự cũng phải chịu trách nhiệm trước công chúng và thành viên của các đơn vị này”<sup>14</sup>. Bộ nguyên tắc quản trị tốt của WB cũng nhắc tới cụm “tiếng nói và trách nhiệm giải trình” với nội dung là người dân có thể tác động quá trình quyết sách, trường hợp chính quyền không thể thực hiện nguyện vọng của người dân thì họ có quyền bãi nhiệm và bầu ra chính quyền mới, đồng thời, cần tôn trọng các quyền tự do cơ bản khác, như tự do biểu đạt, lập hội, báo chí, tiếp cận thông tin...<sup>15</sup>.

*Thứ hai, hiệu lực, hiệu quả:* OECD định nghĩa quản trị “hiệu quả” là đạt được mục tiêu hoạt động như kì vọng. Trái lại, WB cho rằng, chính quyền hiệu quả thể hiện ở chất lượng dịch vụ công, chất lượng của chính sách trong toàn bộ giai đoạn từ xây dựng tới thực thi. EU và UN đều nhấn mạnh tầm quan trọng của hiệu quả kết hợp với hiệu lực. EU cho rằng, chính quyền cần có chương trình hành động cụ thể và rõ ràng, tương ứng với khả năng và nguồn lực của mình. Đối với UN, nguyên tắc này hàm ý các thiết chế tạo ra kết quả đáp ứng nhu cầu của xã hội và sử dụng nguồn lực sẵn có một cách tốt nhất, bao gồm việc sử dụng bền

vững nguồn tài nguyên thiên nhiên và bảo vệ môi trường.

*Thứ ba, công khai, minh bạch:* EU áp dụng nguyên tắc công khai, minh bạch thông tin tới công chúng trong việc quyết sách của các thiết chế EU cũng như quốc gia thành viên. OECD cũng có cách hiểu tương tự về yêu cầu công khai, theo đó “minh bạch là môi trường trong đó các mục tiêu chính sách, hành lang pháp lý, thể chế, kinh tế, thông tin liên quan đều được cung cấp tới công chúng một cách dễ hiểu, dễ tiếp cận và kịp thời”<sup>16</sup>. UN cho rằng, nguyên tắc này hàm ý những thông tin cần thiết phải dễ dàng tiếp cận và sẵn có đối với tất cả những đối tượng chịu sự tác động của các quyết sách. Nhìn chung, cách hiểu về nguyên tắc công khai, minh bạch giữa các tổ chức viện trợ là tương đối giống nhau.

*Thứ tư, sự tham gia của người dân:* EU yêu cầu các quốc gia thành viên phải xây dựng chính sách bao trùm để tạo lập, duy trì niềm tin của người dân vào hành động và kết quả của chính quyền. OECD định nghĩa sự tham gia dưới góc độ doanh nghiệp. Còn UN cho rằng, “sự tham gia của cả nam và nữ là nền tảng cốt lõi của quản trị tốt” và được thực hiện thông qua hình thức dân chủ trực tiếp và/hoặc đại diện. Chính quyền cần phải bảo đảm các quyền tự do biểu đạt, lập hội để tạo cơ sở cho sự tham gia tích cực từ phía khu vực phi nhà nước. WB không nhắc tới sự tham gia với tư cách là một nguyên tắc độc lập, nhưng nguyên tắc “tiếng nói và trách nhiệm giải trình” của WB đã bao quát khía cạnh người dân có quyền lựa chọn chính quyền đại diện cho ý chí của mình<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> European Commission, *tlđđ*.

<sup>13</sup> OECD, *tlđđ*.

<sup>14</sup> United Nations (2009), *tlđđ*.

<sup>15</sup> Kaufmann, Kraay, Mastruzzi 2008, *tlđđ*.

<sup>16</sup> OECD, *tlđđ*.

<sup>17</sup> Jonathan Stromseth, Edmund Malesky, Dimitar Gueorguiev, *China's Governance Puzzle – Enabling*

*Cuối cùng, pháp quyền:* Đây là một khái niệm đa diện và phức tạp<sup>18</sup>. Theo EU, pháp quyền hàm ý rằng, chính quyền phải tuân thủ đúng pháp luật; đồng thời, các quy định và quy tắc phải được ban hành đúng trình tự thủ tục pháp luật và được thi hành một cách vô tư. Trong khi đó, mặc dù có nhắc tới pháp quyền, OECD lại không đưa ra một định nghĩa cụ thể. WB nhìn nhận pháp quyền ở phạm vi tương đối rộng, theo đó mọi chủ thể tôn trọng pháp luật, quy tắc trong xã hội và quá trình thực thi pháp luật của các cơ quan công quyền phải hiệu quả. Đáng chú ý, UN lại nhấn mạnh ở khía cạnh pháp luật được thực thi một cách vô tư, trong đó độc lập tư pháp là hạt nhân và lực lượng chấp pháp không bị “biến chất”<sup>19</sup>.

Hoa Kỳ và Trung Quốc luôn được coi là hai mô hình đối lập về hệ tư tưởng, chính trị, pháp luật, văn hóa, xã hội. Dù vậy, đây lại là hai cường quốc kinh tế lớn nhất trên thế giới hiện nay. Vậy, đâu là nguyên nhân lý giải sự thành công về kinh tế của hai quốc gia này? Bài viết đặt giả định “quản trị tốt” có thể là lời giải cho vấn đề đó.

### 3. So sánh các yếu tố quản trị nhà nước tại Hoa Kỳ và Trung Quốc

#### 3.1. Trách nhiệm giải trình (Accountability)

Ở Hoa Kỳ, đối với cán bộ dân cử (Tổng thống, nghị sĩ, thống đốc bang, thẩm

phán...), trách nhiệm giải trình (TNGT) của họ về thực chất đã bắt đầu từ giai đoạn vận động tranh cử. Theo đó, những người này sẽ phải trình bày và giải thích cương lĩnh tranh cử của mình trong Đảng phái chính trị và địa phương, nhằm thuyết phục đảng phái đề cử và cử tri bỏ phiếu cho mình<sup>20</sup>. Đồng thời, cơ chế bầu cử dân chủ góp phần thúc đẩy TNGT; ví dụ như người dân có thể không tiếp tục bỏ phiếu cho ứng cử viên nếu người này không thực hiện được lời hứa trước đó với cử tri. Điều này có ý nghĩa nhất định đối với các đảng phái chính trị bởi họ sẽ mất vị trí nắm giữ quyền lực trong bộ máy dân cử. Bên cạnh TNGT với người dân, lãnh đạo dân cử còn có TNGT trong mối quan hệ với các cơ quan khác trong bộ máy nhà nước. Văn hoá pháp lý của Hoa Kỳ đặc biệt coi trọng vấn đề này, thể hiện qua cơ chế kiểm chế và đối trọng quyền lực rất mạnh<sup>21</sup>.

Công chức trong bộ máy hành chính công quyền của Hoa Kỳ không phải do dân cử. Đây thường là những người có chuyên môn, nghiệp vụ và phải trải qua một số vòng kiểm tra trình độ trước khi được phân công phụ trách công việc. Vì không do dân bầu nên những chủ thể này có TNGT khá hạn chế đối với nhân dân<sup>22</sup>. Thường thì công chức chịu TNGT với cấp trên của mình. Tổng thống Hoa Kỳ đòi hỏi trách nhiệm từ phía cơ quan hành chính thông qua các công cụ như: (i) Quyết định tái cấu trúc nội bộ; (ii) Bổ nhiệm người đứng đầu; (iii) Phê duyệt ngân sách. Bên cạnh đó, Quốc hội Hoa Kỳ cũng có vai trò yêu cầu TNGT từ phía công chức thông qua công cụ

*Transparency and Participation in a Single-Party State* (Cambridge University Press, 2017), tr. 158.

<sup>18</sup> Xem thêm Pietro Costa, Danilo Zolo (eds.), *The Rule of Law – History, Theory and Criticism* (Springer, 2007), tr. 8-32; Nguyễn Đức Minh (chủ biên), *Thực hiện nguyên tắc pháp quyền ở một số quốc gia và gợi mở cho Việt Nam*, Nxb. Khoa học xã hội, 2019.

<sup>19</sup> Yap Kioe Sheng, *What is Good Governance?*, <https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>, truy cập ngày 7/1/2020.

<sup>20</sup> Thomas Patterson, *We the People – An Introduction to American Government* (McGraw Hill Education, 2015), tr. 232-266.

<sup>21</sup> Như trên, tr. 16-24.

<sup>22</sup> Như trên, tr. 428.

ngân sách và điều trần. Quốc hội có quyền yêu cầu công chức điều trần và lý giải quyết định hành chính. Nếu không tham dự phiên điều trần, người này có thể bị kết tội khinh miệt Quốc hội. Ngoài ra, TNGT từ phía cơ quan hành chính cũng có thể được thực hiện thông qua tư pháp, bên bị thiệt hại có thể khởi kiện nếu cho rằng cơ quan hành chính không thực thi đúng quy định.

Ở Trung Quốc, cơ chế bầu cử dân chủ bị đánh giá tồn tại nhiều hạn chế, thiếu sự tự do và công bằng. Chẳng hạn, thông tin về ứng cử viên không được công bố chi tiết, cương lĩnh vận động bầu cử cũng không được công bố rõ ràng và kịp thời tới cử tri, các ứng cử viên độc lập thường bị quấy rối, cản trở<sup>23</sup>. Điều này dẫn tới TNGT của ứng cử viên thực hiện với cử tri có phần hình thức; và người dân cũng không đủ thông tin để có sự đánh giá đầy đủ về quyết định bỏ phiếu của mình. Trong mối quan hệ giữa cán bộ dân cử với các cơ quan khác trong bộ máy nhà nước, trên lý thuyết tồn tại cơ chế báo cáo, giải trình, nhưng việc thực thi trên thực tế lại không hiệu quả.

Trong bộ máy hành chính, việc tuyển dụng công chức ở Trung Quốc dựa trên trình độ và năng lực. Trung Quốc ban hành Luật Công chức năm 2006, trong đó bao quát nhiều vấn đề về thẩm quyền, chức năng, nhiệm vụ, mức lương, đào tạo, và kỷ luật đối với công chức. Điều 53 Luật này quy định 16 hành vi mà công chức phải chịu trách nhiệm, được nhóm trong 6 lĩnh vực: Chính trị, tài chính, pháp lý, hành chính, nghề nghiệp và đạo đức; tuy nhiên cơ chế buộc các nhân viên này giải trình lại không

được quy định rõ. Trên thực tế, các cơ chế kỷ luật công chức rất yếu, đặc biệt trong việc ngăn ngừa tham nhũng<sup>24</sup>. Nhìn chung, văn hoá giải trình đối với quan chức Trung Quốc vẫn còn xa lạ, suy nghĩ phổ biến là “cấp dưới báo cáo với cấp trên, chứ cấp trên không có trách nhiệm giải trình với cấp dưới, chứ đừng nói gì đến nhân dân”<sup>25</sup>.

Về trách nhiệm giải trình của khối ngoài Nhà nước, ở Hoa Kỳ, khối tư nhân cũng có thể phải giải trình trước Nghị viện Hoa Kỳ nếu như có yêu cầu, thường là khi có sự cố xảy ra<sup>26</sup>. Tổ chức phi chính phủ hoạt động công ích cũng có TNGT trước công chúng. Họ thực hiện điều đó bằng cách tổ chức các cuộc họp cộng đồng, thực hiện khảo sát và báo cáo thường niên, bản tin và các hình thức tiếp cận cộng đồng khác<sup>27</sup>.

Đối với Trung Quốc, những chủ thể ngoài Nhà nước, đặc biệt các tổ chức xã hội, có nghĩa vụ phải báo cáo với cơ quan nhà nước về lĩnh vực mà mình hoạt động<sup>28</sup>. Đối

<sup>24</sup> Chunyan Hu (2016), *Accountability of Public Servants under Dominant Political Settlements of China: Effects, Challenges, and Issues*, International Journal of Public Administration, tr. 11-12.

<sup>25</sup> Như trên, tr. 10.

<sup>26</sup> Ví dụ như ông chủ Facebook, Mark Zuckerberg, phải điều trần trước Quốc hội Hoa Kỳ liên quan tới vụ việc rò rỉ thông tin người dùng cho bên thứ ba dẫn tới nghi ngờ ảnh hưởng tới kết quả cuộc bầu cử Tổng thống năm 2016, <https://www.nytimes.com/2018/04/10/us/politics/mark-zuckerberg-testimony.html>, truy cập ngày 7/1/2020.

<sup>27</sup> <https://photos.statgov/libraries/vietnam/8621/translations/doc-ngo-handbook.pdf>

<sup>28</sup> Karla Simon, *Civil Society in China: The Legal Framework From Ancient Times to the “New Reform Era”* (Oxford University Press, 2013), tr. 242; Lester Ross (2004), *Rethinking Government Approvals: The New Administrative Licensing Law, China Law & Practice*; Guosheng Deng (2010), *The Hidden Rules Governing China’s Unregistered NGOs: Management and Consequences*, The China Review

<sup>23</sup> Fan Li, Joseph Yu-shek Cheng, Xuelian Shi (2015), *Grassroots People’s Congress Elections in China*, Journal of Comparative Asian Development 14:1, tr. 1-46.

với TNGT của doanh nghiệp thì không có quy định cụ thể. Tuy nhiên, một số trường hợp cho thấy, TNGT của các doanh nghiệp tư nhân có thể được thực hiện thông qua kênh đảng phái chính trị. Ví dụ: Jack Ma, ông chủ Alibaba, là thành viên Đảng Cộng sản Trung Quốc, vì vậy phải thực hiện trách nhiệm báo cáo với tư cách là một đảng viên<sup>29</sup>. Theo báo cáo của Ban Tổ chức trung ương Đảng Cộng sản Trung Quốc năm 2016, có khoảng 68% tổng số doanh nghiệp phi nhà nước, 70% số doanh nghiệp nước ngoài ở Trung Quốc đã thành lập các chi bộ cơ sở<sup>30</sup>, và đương nhiên những cơ sở và người đứng đầu chi bộ có trách nhiệm giải trình với cấp uỷ cấp trên trong hệ thống chính trị.

### 3.2. Hiệu quả, hiệu lực (*Effectiveness, Efficiency*)

Nhìn chung, người dân Hoa Kỳ thường phản hồi tích cực đối với những lần tiếp xúc với cơ quan liên bang. Dù vậy, họ có ý kiến khác khi đánh giá tổng thể bộ máy hành chính công quyền. Khảo sát của Trung tâm Nghiên cứu Pew chỉ ra khoảng hai phần ba người Hoa Kỳ được hỏi cho rằng bộ máy hành chính hoạt động “thiếu hiệu quả và lãng phí”<sup>31</sup>. Bộ máy liên bang thường bị chỉ trích là quá cồng kềnh. Tuy nhiên, nếu xét trên tiêu chí số lượng nhân viên bình quân

đầu người thì chính quyền liên bang lại gọn hơn nhiều so với chính quyền bang. Có khoảng 83 nhân viên liên bang trên mỗi 1000 người dân Hoa Kỳ. Trong khi đó, bang Illinois có 103 nhân viên bang trên mỗi 1000 người dân sinh sống tại đây (ít nhất), và ở Hawaii là 428 nhân viên bang trên mỗi 1000 người dân (nhiều nhất)<sup>32</sup>.

Kết quả của các cuộc khảo sát ý kiến phía người dân Hoa Kỳ lại thường trái ngược với những thước đo hiệu quả trong khu vực công. Cụ thể, theo Bộ chỉ số quản trị toàn cầu của WB, Hoa Kỳ luôn nằm trong nhóm dẫn đầu các quốc gia có bộ máy công quyền hoạt động hiệu quả nhất qua các năm. Chỉ số hiệu quả dịch vụ công do trường Đại học Oxford (Anh) tiến hành năm 2017 cũng thừa nhận mức độ vượt trội của bộ máy chính quyền Hoa Kỳ<sup>33</sup>. Điều này thể hiện thông qua chất lượng các dịch vụ công cung cấp tới người dân không chịu ảnh hưởng nhiều bởi áp lực chính trị. Các chính sách được xây dựng thường được Chính phủ Hoa Kỳ theo dõi kỹ và bảo đảm thi hành thống nhất trên thực tế. Các nguồn lực, đặc biệt tài nguyên thiên nhiên, đều được tận dụng một cách triệt để để tối đa hoá hiệu quả các chính sách.

Đối với Trung Quốc, trong các chỉ số đo lường quản trị tốt của WB, chỉ số hiệu quả của bộ máy chính quyền quốc gia này được đánh giá rất tích cực và luôn duy trì ở mức cao so với mức độ hiệu quả trung bình của các nước khác. Tính tới năm 2016, Trung Quốc có khoảng 7,167 triệu công chức, nhưng số người hưởng lương ngân sách nhà

183(10); Ge Yunsong (2000), *On the Establishment of Social Organizations under Chinese Law*, International Journal of Not-For-Profit Law (2).

<sup>29</sup> Li Yuan, *Jack Ma, China's Richest Man, Belongs to the Communist Party*, <https://www.nytimes.com/2018/11/27/business/jack-ma-communist-party-alibaba.html>, truy cập ngày 7/1/2020.

<sup>30</sup> Zhang Lin, *Chinese Communist Party needs to curtail its presence in private businesses*, <https://www.scmp.com/economy/china-economy/article/2174811/chinese-communist-party-needs-curtail-its-presence-private>, truy cập ngày 7/1/2020.

<sup>31</sup> Trích lại theo Thomas Patterson, *tlđđ*, tr. 409.

<sup>32</sup> Thomas Patterson, *tlđđ*, tr. 415.

<sup>33</sup> International Civil Service Effectiveness (InCiSE) Index 2017, <https://www.bsg.ox.ac.uk/about/partnerships/international-civil-service-effectiveness-index-2017>, truy cập ngày 7/1/2020.

nước khoảng 50 triệu người<sup>34</sup>. Như vậy, trung bình có 34 nhân viên nhà nước trên mỗi 1000 dân. Đây là con số khá ấn tượng, đặc biệt khi liên hệ tới tốc độ tăng trưởng kinh tế qua các năm của Trung Quốc. Tổng sản phẩm quốc nội của Trung Quốc trước cải cách chỉ dưới 150 tỷ USD. Tới năm 2017, con số này đã tăng lên 12 nghìn tỷ USD, đứng thứ hai thế giới chỉ sau Mỹ. Năm 2013, tổng kim ngạch thương mại Trung Quốc đã vượt Mỹ, trở thành nước có hoạt động thương mại lớn nhất thế giới. Năm 2014, theo tính toán sức mua tương đương (PPP), quy mô kinh tế Trung Quốc vượt Mỹ, trở thành nền kinh tế lớn nhất thế giới. Trong quá trình cải cách, hơn 700 triệu người Trung Quốc cũng đã thoát nghèo theo chuẩn nghèo quốc tế, tỷ lệ đóng góp đối với sự nghiệp xóa đói giảm nghèo trên thế giới trong 40 năm qua là hơn 70%<sup>35</sup>.

Để được như vậy, Trung Quốc đã tiến hành nhiều cuộc cải cách, trong đó tập trung cải cách tổ chức bộ máy, cải cách công vụ, công chức, tinh giản biên chế, nâng cao chất lượng đội ngũ công chức với chu kỳ cơ bản là 5 năm một lần. Trung Quốc đã chuyển đổi tương đối thành công chức năng Chính phủ theo định hướng phục vụ; tinh gọn bộ máy; kết hợp giữa tăng cường giám sát, kiểm tra với nói lỏng, tự chủ quản lý, phân cấp, phân quyền; tăng cường quyền lực và ràng buộc trách nhiệm. Phương châm cải

cách: Nhà nước nhỏ, xã hội lớn<sup>36</sup>. Tinh giản, cải cách bộ máy trên cơ sở cải cách chế độ thẩm tra và phê duyệt.

### 3.3. Công khai, minh bạch (*Openness, Transparency*)

Trong suốt quá trình lịch sử phát triển, Hoa Kỳ đã đúc rút bài học kinh nghiệm của mình, đó là: Dân chủ không thể tồn tại ở nơi thông tin bị giấu kín và bung bít, và “*để có thể hoạt động có trách nhiệm và hiệu quả, chính quyền phải luôn minh bạch với người dân*”<sup>37</sup>. Dù Hiến pháp Hoa Kỳ không quy định về nghĩa vụ cung cấp thông tin của bộ máy nhà nước, nhưng năm 1946, Quốc hội Mỹ đã ban hành Đạo luật Thủ tục hành chính trước sức ép trong xã hội Mỹ lúc bấy giờ. Theo đó, thủ tục “thông báo và góp ý” là sự sửa đổi đáng kể để tạo điều kiện cho người dân góp ý về dự thảo quy định và buộc các cơ quan liên quan phải lý giải về căn cứ và mục đích trong bản dự thảo cuối cùng. Dù vậy, các cơ quan cũng rất miễn cưỡng tiếp nhận phản hồi và giải đáp các thắc mắc liên quan<sup>38</sup>.

Xuất phát từ sự bất mãn của người dân đối với quá trình xây dựng chính sách của Chính phủ Hoa Kỳ, đặc biệt liên quan tới chiến tranh Việt Nam và vụ bê bối Watergate, Đạo luật Tự do thông tin năm 1966 và Đạo luật Chính phủ minh bạch năm

<sup>34</sup> Khắc Trung, *Đội ngũ công chức quan lại Trung Quốc*, <http://www.vanhoanghean.com.vn/chuyen-muc-goc-nhin-van-hoa/nhin-ra-the-gioi/doi-ngu-cong-chuc-quan-lai-trung-quoc>, truy cập ngày 7/1/2020.

<sup>35</sup> Thu Hằng, *40 năm trời dậy “thần kỳ” thành siêu cường kinh tế của Trung Quốc*, <https://baotintuc.vn/ho-so/40-nam-troi-day-than-ky-thanh-sieu-cuong-kinh-te-cua-trung-quoc-20181218113155183.htm>, truy cập ngày 7/1/2020.

<sup>36</sup> Phạm Đức Toàn, *Một số cải cách trong tổ chức bộ máy của Trung Quốc hiện nay*, [http://tcnn.vn/news/detail/40350/Mot\\_so\\_cai\\_cach\\_trong\\_to\\_chuc\\_bo\\_may\\_cua\\_Trung\\_Quoc\\_hien\\_nayall.html](http://tcnn.vn/news/detail/40350/Mot_so_cai_cach_trong_to_chuc_bo_may_cua_Trung_Quoc_hien_nayall.html), truy cập ngày 7/1/2020.

<sup>37</sup> *Detroit Free Press v. Ashcroft*, 303 F.3d 681, 683 (2002); Mark Fenster (2010), *Seeing the State: Transparency as Metaphor*, *Administrative Law Review* 62, tr. 617, 619.

<sup>38</sup> Jenifer Shkabatur (2012), *Transparency without Accountability: Open Government in the United States*, *Yale Law and Policy Review* 31(79), tr. 84-87.

1976 đã ra đời, nhằm bảo đảm người dân có đầy đủ thông tin cần thiết để giám sát, ngăn ngừa tham nhũng, và buộc những người đứng đầu cơ quan công quyền phải có trách nhiệm giải trình với công chúng<sup>39</sup>. Những tranh chấp liên quan tới việc tiếp cận những thông tin như thế này thuộc thẩm quyền của toà án liên bang.

Việc minh bạch hoá thông tin giữa các nhánh quyền lực trong bộ máy chính quyền của Hoa Kỳ cũng là một vấn đề phức tạp. Không có quy định nào bắt buộc một nhánh quyền lực phải công khai thông tin của mình với hai nhánh còn lại. Dù Quốc hội và Toà án Hoa Kỳ đều có quyền yêu cầu hầu toà (*subpoena*) để buộc cung cấp thông tin, nhưng những yêu cầu này cũng có lúc bị từ chối. Năm 1974, Công tố viên đặc biệt tìm thấy đoạn ghi âm mà Tổng thống Richard Nixon từ chối cung cấp cho toà dựa trên quyền miễn trừ hiến định của mình. Toà án Tối cao trong vụ *United States v. Nixon* đã khước từ quyền miễn trừ của Tổng thống Nixon vì cho rằng nó vượt quá mức cần thiết. Nhìn chung, các toà án Hoa Kỳ cũng rất miễn cưỡng tiếp nhận những vụ việc như vậy vì nó mang động cơ chính trị hơn là pháp lý<sup>40</sup>. Giải pháp thường là sự thỏa hiệp, đôi khi các bên còn viện dẫn tới công chúng để gây áp lực buộc đối phương phải cung cấp thông tin.

Năm 2001, *Trung Quốc* chính thức gia nhập Tổ chức Thương mại (WTO). Theo đó, một trong những tiêu chuẩn đặt ra để trở thành thành viên của WTO là phải có hệ thống pháp luật minh bạch. Mặc dù yêu cầu minh bạch chỉ tập trung vào lĩnh vực thương

mại, nhưng cũng có tác động phần nào tới việc cải thiện tính minh bạch trong quản trị nhà nước nói chung ở Trung Quốc<sup>41</sup>.

Từ giai đoạn này, nhiều tỉnh thành và các cơ quan trung ương bắt đầu thử nghiệm sáng kiến Chính phủ mở. Năm 2002, Quảng Châu là thành phố đầu tiên ban hành quy định về công khai thông tin chính quyền, sau này phát triển trở thành hình mẫu của các tỉnh thành khác của Trung Quốc<sup>42</sup>.

Năm 2008, Quốc vụ viện Trung Quốc ban hành Quy định ở cấp Trung ương về công khai thông tin chính quyền để đồng bộ và thống nhất việc áp dụng quy định về minh bạch thông tin. Theo đó, Quy định này đặt ra hai phương thức công khai thông tin: Một là, hình thức chủ động của Nhà nước, và hai là, hình thức công khai theo yêu cầu. Bên cạnh đó, việc công khai thông tin không chỉ được thực hiện thông qua công báo và bảng tin, mà còn có thể đăng trên trang chủ của cơ quan. Trường hợp nhận thấy quyền lợi bị xâm hại bởi việc không công bố thông tin, người dân có thể khiếu nại hoặc khởi kiện cơ quan có trách nhiệm ra trước toà án hành chính<sup>43</sup>.

Mặc dù vậy, có quan điểm cho rằng, việc minh bạch hoá hệ thống quản trị quốc gia của Trung Quốc không thực sự xuất phát từ mong muốn dân chủ hoá. Những cải cách về minh bạch và công khai như trên

<sup>39</sup> Jenifer Shkabatur, *tlđđ*, tr. 88.

<sup>40</sup> CRS, *Access to Government Information In the United States*, <https://fas.org/sgp/crs/97-71.pdf>, truy cập ngày 7/1/2020.

<sup>41</sup> Jonathan Stromseth, *tlđđ*, tr. 36-37.

<sup>42</sup> Jamie P. Horsley, *China's Pioneering Foray Into Open Government: A Tale of Two Cities*, <http://www.freedominfo.org/2003/07/chinas-pioneering-foray-into-open-government-a-tale-of-two-cities/>, truy cập ngày 7/1/2020.

<sup>43</sup> Ping Du, Shiyang Yu, Daoling Yang (eds.), *The Development of E-Governance in China – Improving Cybersecurity and Promoting Informatization as Means for Modernizing State Governance* (Springer, 2019), tr. 75.

chưa có tính hệ thống và toàn diện, chủ yếu xuất phát từ hai lý do: *Thứ nhất*, Trung Quốc muốn hội nhập quốc tế thì phải tuân thủ pháp luật quốc tế, trong đó có quy định về minh bạch; *thứ hai*, nạn tham nhũng tràn lan đe dọa tính chính danh của Đảng Cộng sản Trung Quốc, vì vậy, giới chức cầm quyền phải vận dụng mọi biện pháp, trong đó có minh bạch thông tin, để buộc cán bộ của mình phải nghiêm chỉnh chấp hành<sup>44</sup>. Việc áp dụng đại trà nguyên tắc này cũng có thể gây khó khăn cho việc thực thi quyền lực nhà nước. Hệ quả là nguyên tắc công khai, minh bạch có thể được thực hiện một cách có chọn lọc, không xuyên suốt và thống nhất. Ví dụ gần đây nhất đó là việc chính quyền thành phố Vũ Hán tìm cách trấn áp và giấu giếm những cảnh báo của bác sĩ tại đây liên quan tới chủng virus corona mới (Covid-19), từ đó dẫn tới bùng phát đại dịch trên toàn cầu<sup>45</sup>.

### 3.4. Sự tham gia của người dân (Public Participation)

Sự tham gia của người dân là quá trình trong đó có nhiều hình thức để người dân có thể đóng góp tiếng nói của mình liên quan tới những quyết sách ở các cấp độ trong bộ máy nhà nước. Ở Hoa Kỳ, có nhiều hình thức để người dân tham gia chính trị, trong đó có: Bầu cử, tham gia các nhóm chính trị, gửi thỉnh nguyện thư, quyên góp tiền cho ứng cử viên tranh cử...

Đáng chú ý, tỉ lệ người dân Hoa Kỳ đi bỏ phiếu tại các cuộc bầu cử thường duy trì ở mức thấp<sup>46</sup>. Tỉ lệ cử tri đi bỏ phiếu trong các cuộc bầu cử Tổng thống chỉ khoảng 60%, tức là cứ 5 người thì có 2 người không đi bỏ phiếu. Tỉ lệ này đối với các kì bầu cử Quốc hội còn thấp hơn, khoảng 40-50%. Tỉ lệ này tại các bang, địa phương còn thấp hơn nữa. Nhìn chung, tỉ lệ công dân đi bỏ phiếu ở Hoa Kỳ bị liệt vào dạng thấp so với hầu hết các quốc gia dân chủ phương Tây, ví dụ ở Bỉ là 90%, Đức và Đan Mạch là 75%<sup>47</sup>.

Người dân Hoa Kỳ ít đi bỏ phiếu xuất phát từ nhiều lý do, trong đó có thể kể tới: *Thứ nhất*, điều kiện đăng ký cử tri phiền hà, người dân buộc phải đi đăng ký để lấy tư cách cử tri. Điều này dẫn đến thực trạng nhiều người quên hoặc ngại đi đăng ký, và vì thế mất quyền bỏ phiếu. Trái lại, các quốc gia dân chủ khác coi đăng ký cử tri là trách nhiệm của Nhà nước, chứ không phải của công dân. *Thứ hai*, thời gian bầu cử. Không một quốc gia nào trên thế giới có nhiều cuộc bầu cử như Hoa Kỳ. Công dân Hoa Kỳ phải đi bỏ phiếu nhiều hơn gấp 2 đến 3 lần so với châu Âu, điều này dẫn tới khả năng họ sẽ không tham gia được nhiều cuộc bỏ phiếu. Hơn thế nữa, các cuộc bầu cử quan trọng thường được sắp lịch vào thứ ba là ngày làm việc, gây khó khăn cho những người lao động. Các quốc gia châu Âu thường tổ chức bầu cử vào chủ nhật để tạo điều kiện cho cử tri thực hiện quyền công dân của mình. Dù vậy, trên cơ sở những quyền tự do cơ bản, người dân Hoa Kỳ vẫn có nhiều công cụ để gây tác động tới quá trình quyết sách. Họ tham gia khá

<sup>44</sup> Jonathan Stromseth, *tlđđ*, tr. 121.

<sup>45</sup> Li Yuan, *Coronavirus Crisis Shows China's Governance Failure*, <https://www.nytimes.com/2020/02/04/business/china-coronavirus-government.html>; Minxin Pei, *The Coronavirus Is a Disease of Chinese Autocracy*, <https://www.project-syndicate.org/commentary/coronavirus-disease-of-communist-party-go-vernment-by-minxin-pei-2020-01>, truy cập ngày 7/1/2020.

<sup>46</sup> Thomas Patterson, *tlđđ*, tr. 208.

<sup>47</sup> Như trên.

tích cực vào các hoạt động chính trị thông qua các hình thức, tổ chức như vận động chính trị, hoạt động cộng đồng, biểu tình... để phản ánh quan điểm của mình tới các chính quyền.

Chính quyền địa phương ở Hoa Kỳ cũng áp dụng nhiều phương thức để thu hút sự tham gia của người dân trong quá trình quyết sách, ví dụ như tổ chức điều trần (public hearing), thành lập ban tư vấn công dân (citizen advisory boards), tổ chức họp cộng đồng hoặc địa phương, khảo sát ý kiến công chúng, thiết lập đường dây nóng...<sup>48</sup>. Tất cả các bang của Hoa Kỳ đều ban hành quy định về việc họp và công khai biên bản họp của cơ quan hành pháp và lập pháp, đồng thời yêu cầu phải thông tin trước tới công chúng<sup>49</sup>.

Nếu coi sự tham gia của người dân bắt đầu từ quá trình bầu cử tự do thì yếu tố này có vẻ mờ nhạt trong mô hình quản trị nhà nước của Trung Quốc. Nghiên cứu điều tra cho thấy, các cuộc bầu cử ở Trung Quốc vẫn nặng tính hình thức và chịu nhiều sự chi phối chính trị<sup>50</sup>. Mặt khác, một số học giả cho rằng, Trung Quốc lại tương đối cởi mở trong việc cho phép, thậm chí khuyến khích sự tham gia của người dân vào quá trình quyết sách thông qua cơ chế tham vấn (*xieshang*)<sup>51</sup>.

Cơ chế tham vấn có lịch sử lâu dài trước đó, nhưng chính thức được luật hoá trong Luật về Giá năm 1996. Theo đó, việc thay đổi giá cả của hàng hoá và dịch vụ công phải có sự tham vấn người dân. Việc tham vấn này nhận được sự ủng hộ của Tổng bí thư Trung Quốc lúc bấy giờ là Giang Trạch Dân và bắt đầu thử nghiệm từ năm 1997. Cùng lúc đó, quá trình tham vấn giữa chính quyền địa phương và công đoàn về việc xã hội hoá cũng bắt đầu được khởi động. Năm 2000, Luật về Lập pháp quy định tham vấn là một bước trong quy trình lập pháp, theo đó, thủ tục tham vấn được tiến hành đối với tất cả những quyết sách có “ảnh hưởng lớn và trực tiếp” tới công chúng. Năm 2006, Bộ Bảo vệ môi trường ban hành hướng dẫn quy trình đánh giá tác động môi trường (EIA), quy định rằng thông tin phải được công khai không quá 15 ngày kể từ lúc bắt đầu EIA, phải lấy và phản hồi ý kiến của người dân trước khi tiếp tục quy trình này<sup>52</sup>.

Lúc mới áp dụng quy định, vì nhiều lý do mà các cơ quan nhà nước thường bỏ qua bước tham vấn cộng đồng. Ví dụ: Luật về Giá năm 1996 yêu cầu quá trình tham vấn phải thực hiện trước khi có sự thay đổi về giá dịch vụ công, nhưng quy định này tác động rất ít tới Bộ Đường sắt Trung

<sup>48</sup> Xiaohu Wang (2001), *Assessing Public Participation in U.S. Cities*, Public Performance and Management Review 24(4), tr. 328-329; Marilyn Mitchell, *Democracy and Citizen Participation in the U.S.: The Role of Local Government*, <https://assets.aspeninstitute.org/content/uploads/files/content/upload/4Gittell.pdf>, truy cập ngày 7/1/2020.

<sup>49</sup> ACIR, *Citizen Participation in American Federal System*, <https://library.unt.edu/gpo/acir/Reports/brief/B-3.pdf>, truy cập ngày 7/1/2020.

<sup>50</sup> Fan Li, Joseph Yu-shek Cheng, Xuelian Shi, *tlđđ*.

<sup>51</sup> Jonathan Stromseth, *tlđđ*, tr. 159; M. K. Dimitrov, *Vertical accountability in communist regimes: The*

*role of citizen complaints in Bulgaria*, trong cuốn M. K. Dimitrov, *Why Communism Did Not Collapse: Understanding Authoritarian Regime Resilience in Asia and Europe* (Cambridge University Press, 2013), tr. 276-302; P. Lorentzen (2013), *Regularizing Rioting: Permitting Public Protest in an Authoritarian Regime*, *Quarterly Journal of Political Science* 8(2), tr. 127-58.

<sup>52</sup> J. Moorman, Z. Ge (2006), *Promoting and Strengthening Public Participation in China's Environmental Impact Assessment Process: Comparing China's EIA Law and US NEPA*, *Vermont Journal of Environmental Law* 8, tr. 327-35.

Quốc, và Bộ này vẫn tùy tiện thay đổi giá tàu, đặc biệt là vào ngày lễ. Năm 2001, một luật sư Trung Quốc đã kiện Bộ này vì nâng giá mà không tham vấn cộng đồng. Cuối cùng, toà án xử có lợi cho Bộ Đường sắt, nhưng đồng thời cũng gây áp lực đối với cơ quan này phải tổ chức tham vấn vào năm sau<sup>53</sup>. Các cuộc tham vấn được tổ chức sau đó dẫn đến thoả thuận ngăn ngừa nâng giá cước tàu quá cao vào năm 2007<sup>54</sup>. Những vấn đề tương tự cũng phát sinh đối với quy trình EIA. Dần dần, việc tham vấn trở thành một nguyên tắc ở Trung Quốc. Việc bỏ qua bước tham vấn trong một số lĩnh vực có thể đe dọa sự nghiệp chính trị của các quan chức Trung Quốc<sup>55</sup>.

Bên cạnh đó, ứng dụng công nghệ số cũng có tác động tích cực tới sự tham gia của người dân vào quản trị nhà nước ở Trung Quốc. Hạ tầng Chính phủ điện tử tại nước này đang ngày càng phát triển, năm 1997 có 300 cơ quan chính quyền có trang chủ trên internet, tới ngày nay là hơn 55.000 trang chủ. Từ năm 2000, Quốc hội và Quốc vụ viện Trung Quốc đã mở rộng cơ chế tham vấn. Tới nay, tất cả các văn bản pháp luật đều phải trải qua bước tham vấn trước khi ban hành<sup>56</sup>.

### 3.5. Pháp quyền (*The Rule of Law*)

Pháp quyền bắt nguồn từ phương Tây và đi liền với chủ nghĩa hợp hiến. Trong giai đoạn 1764-1776, khái niệm về một bản

Hiến pháp với tư cách là văn bản pháp lý tối thượng dần được chú ý ở Hoa Kỳ. Từ đó, bản hiến pháp – xuất phát từ chủ quyền nhân dân – không chỉ đơn thuần mang tính mô tả, mà còn mang tính mệnh lệnh tối cao nhằm áp đặt cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước. Qua thời gian, thông qua lập pháp và tư pháp, nhiều phương thức được xây dựng để tăng cường kiểm soát quyền lực nhà nước<sup>57</sup>.

Tư pháp độc lập là một giá trị cốt lõi trong văn hóa chính trị - pháp lý của Hoa Kỳ. Để đảm bảo nguyên tắc độc lập tư pháp, Hiến pháp Hoa Kỳ đã xây dựng hai cơ chế: (i) Nhiệm kỳ (suốt đời); và (ii) Ngân sách (lương không thể bị cắt giảm). Vì vậy, các thẩm phán không sợ bị bãi nhiệm nếu họ đưa ra một phán quyết mà nhiều người không ủng hộ. Mặc dù việc bổ nhiệm thẩm phán tòa án tối cao cũng có vai trò của Tổng thống và Quốc hội, nhưng khi thực hiện nhiệm vụ giải quyết các vụ việc, các thẩm phán giữ vai trò độc lập trong phạm vi luật định. Các thẩm phán Tòa án tối cao không phải thực hiện việc báo cáo công tác định kỳ trước Quốc hội hay Tổng thống. Chẳng hạn như Earl Warren, người được Eisenhower bổ nhiệm làm thẩm phán Tòa án tối cao thường xuyên bỏ phiếu chống lại Tổng thống nhiều đến nỗi khi hết nhiệm kỳ Eisenhower đã thốt lên rằng, việc bổ nhiệm Warren là “lỗi lầm ngớ ngẩn tệ hại nhất khi ông làm Tổng thống”<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> Railway Pricing Strategy Upheld in Court, <http://www.china.org.cn/english/2001/Nov/21619.htm>, truy cập ngày 7/1/2020.

<sup>54</sup> Jonathan Stromseth, *tlđđ*, tr. 173.

<sup>55</sup> Như trên, tr. 174.

<sup>56</sup> Netizens' choices of State Council's top 10 policies in 2014, tại: [http://english.gov.cn/news/top\\_news/2015/01/14/content\\_281475039080788.htm](http://english.gov.cn/news/top_news/2015/01/14/content_281475039080788.htm), truy cập ngày 7/1/2020.

---

<sup>57</sup> Xem thêm Brunella Casalini, *Popular Sovereignty, the Rule of Law, and the "Rule of Judges" in the United States*, trong cuốn Pietro Costa, Danilo Zolo, *tlđđ*, tr. 201-236.

<sup>58</sup> Michael O'Donnell, Commander V.Chief, <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2018/04/commander-v-chief/554045/>, truy cập ngày 7/1/2020.

Đối với *Trung Quốc*, từ bản Hiến pháp năm 1982 đã thừa nhận tính tối thượng của pháp luật, xây dựng “nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa”, đồng thời cũng có thể nhận thấy nhiều tiến bộ của quốc gia này trong việc tăng cường và bảo đảm vai trò của pháp luật trong mọi mặt của đời sống<sup>59</sup>. Tuy nhiên, vẫn có những chứng cứ chỉ ra rằng, Trung Quốc đang thực hiện mô hình “pháp trị” nhiều hơn là “pháp quyền”; trong đó, pháp luật được sử dụng là công cụ phục vụ mục đích của giới cầm quyền khi cần thiết, thay vì để kiểm soát lạm dụng quyền lực nhà nước<sup>60</sup>.

Tính độc lập của tư pháp tại Trung Quốc lâu nay đã bị cộng đồng quốc tế đặt nghi vấn lớn. Quyền lực nhà nước của Trung Quốc được tổ chức theo chiều dọc, tập trung vào Đảng Cộng sản và Quốc hội Trung Quốc, vì vậy các thiết chế này có vai trò quyết định các chính sách tư pháp của quốc gia này<sup>61</sup>. Trên thực tế, các cơ quan và lãnh đạo của Đảng Cộng sản đã từng gây ảnh hưởng trực tiếp hoặc gián tiếp, can thiệp, thậm chí thao túng quá trình tư

pháp<sup>62</sup>. Từ năm 2012, Trung Quốc định hướng phát triển đất nước dựa trên pháp luật, xây dựng các cơ chế kiểm soát quyền lực theo chiều dọc, cải tổ toàn diện nhằm ngăn ngừa ảnh hưởng tiêu cực tới quá trình nghị án của thẩm phán. Vì lẽ đó, tính độc lập tư pháp của Trung Quốc dần được cải thiện, thể hiện trong bộ chỉ số quản trị tốt của WB qua các năm. Dù vậy, Trung Quốc vẫn theo dõi và kiểm soát những vụ án xét xử liên quan tới tham nhũng và những vấn đề khác được coi là nhạy cảm chính trị<sup>63</sup>. Điều này cho thấy, tính độc lập tư pháp ở Trung Quốc vẫn rất mong manh, phụ thuộc nhiều vào ý chí chính trị.

#### 4. Một số nhận định và kết luận

Về tổng thể, xét trên thước đo “quản trị tốt”, Hoa Kỳ áp dụng những nguyên tắc này thực chất hơn so với Trung Quốc, thể hiện ở các phương diện như sau:

*Thứ nhất*, vai trò của người dân trong quản trị nhà nước ở Hoa Kỳ rõ nét hơn so với ở Trung Quốc. Điều này có thể lý giải bởi văn hoá chính trị - pháp lý lâu nay của Hoa Kỳ coi trọng tự do cá nhân, đề cao quyền làm chủ của người dân, vì vậy mà vai trò của người dân trong quản trị nhà nước cũng rõ nét hơn. Trung Quốc không đề cao văn hoá này vì cho rằng nó tôn sùng chủ nghĩa cá nhân, thiếu tinh thần xây dựng tập thể, cụ thể hơn là vì các mục tiêu chung của Đảng Cộng sản Trung Quốc.

*Thứ hai*, công quyền Hoa Kỳ thể hiện sự minh bạch và công khai trong quá trình thảo luận và quyết định chính sách, cùng với đó là trách nhiệm giải trình trước người dân và các cơ quan liên quan khi có ý kiến chất vấn. Ở Trung Quốc, văn hoá thứ bậc,

<sup>59</sup> Minxin Pei, *Legal Reform and Secure Commercial Transactions: Evidence from China*, trong cuốn Peter Murrell (eds.), *Assessing the Value of Law in Transition Economies* (University of Michigan Press, 2001).

<sup>60</sup> Randall Peerenboom, *China's Long March toward Rule of Law* (Cambridge University Press, 2002), tr. 8-9; I. Castelluci (2007), *Rule of Law with Chinese Characteristics*, Annual Survey of International and Comparative Law 13, tr. 35-92.

<sup>61</sup> Yanrong Zhao (2016), *The Growth and Limits of Judicial Independence in China*, Doctoral Thesis, University of New South Wales, Canberra, tr. 386; Lin Feng (2016), *The Future of Judicial Independence in China*, Working Paper series No. 2; Yanrong Zhao (2018), *The Way to Understand the Nature and Extent of Judicial Independence in China*, Asian Journal of Law and Society, tr. 1-27.

<sup>62</sup> Yanrong Zhao (2016), *lđđđ*, tr. 386-390.

<sup>63</sup> Như trên, tr. 390-396.

giá trị Đạo giáo ăn sâu vào trong xã hội, dẫn tới việc người ở dưới phải tuân lệnh cấp trên một cách triệt để, còn người ở trên thì không phải giải thích lý do với người ở dưới. Vì vậy, văn hoá giải trình, nguyên tắc công khai, minh bạch cũng vẫn còn nhiều sự hạn chế.

*Thứ ba*, pháp quyền, với trọng tâm là độc lập tư pháp, được tôn trọng ở Hoa Kỳ. Mặc dù người dân rất nghi ngờ những gì chính trị gia trong Quốc hội và Chính phủ nói và làm, nhưng niềm tin của công chúng đối với hệ thống tư pháp của quốc gia này vẫn cao. Lý do bởi vì hệ thống tư pháp đại diện cho công lý, và khi có tranh chấp xảy ra giữa người dân và công quyền, các quyền con người, quyền công dân luôn có chỗ đứng vững chắc trong quá trình xét xử của toà án. Đối với Trung Quốc, tư pháp vẫn thiếu sự độc lập, chịu sự chi phối lớn của chính trị, và vì vậy niềm tin của người dân cũng ít nhiều bị ảnh hưởng. Mặc dù vậy, giai đoạn từ năm 2012 tới nay, Trung Quốc đang dần khôi phục lại sự độc lập của toà án trong việc xét xử. Tuy nhiên, sự tiến bộ này phần nhiều vẫn dựa vào ý chí chủ quan từ phía đảng cầm quyền, vì vậy, thiếu sự bền vững cần có để duy trì niềm tin của người dân.

Tuy vậy, mức độ hiệu quả của bộ máy công quyền Hoa Kỳ và Trung Quốc đều mạnh. Điều này thể hiện ở các mục tiêu, chính sách được đề ra và chính quyền cả hai quốc gia đều cam kết vận dụng các nguồn lực cần có để bảo đảm thực thi trên thực tế. Trung Quốc cũng là trường hợp đặc biệt với sự phát triển kinh tế vượt bậc, tốc độ giảm nghèo đáng kinh ngạc, cùng với nhiều thành tựu khoa học - xã hội khác.

Lưu ý rằng, bài viết không hàm ý cách thức quản trị của Hoa Kỳ là ưu việt hơn Trung Quốc hoặc ngược lại. Mục tiêu nghiên cứu tập trung so sánh các nguyên tắc “quản trị tốt” áp dụng tại Hoa Kỳ và Trung Quốc. Tới đây, có thể thấy giả định “quản trị tốt” ban đầu đặt ra trong bài viết vẫn chưa thể lý giải sự phát triển tại Trung Quốc. Thậm chí, đây còn có thể là điểm hạn chế của bài viết khi lấy thước đo tiêu chuẩn của nửa bên kia địa cầu để đánh giá nửa còn lại, vốn tồn tại nhiều khác biệt cố hữu. Đồng thời, khi liên hệ với các quốc gia có nét tương đồng như Singapore, Việt Nam, bài viết cho rằng khung lý thuyết “quản trị tốt” cũng khó có thể lý giải đầy đủ những thành tựu kinh tế - xã hội của những quốc gia này *trong thời kỳ trước đây*.

Liệu “quản trị tốt” có phải là con đường *duy nhất* đem lại sự thịnh vượng cho quốc gia hay không? Quan trọng hơn, mô hình quản trị như thế nào được coi là phù hợp với điều kiện từng quốc gia, địa phương? Mô hình “nhà nước kiến tạo phát triển”<sup>64</sup> tại một số quốc gia châu Á cũng cho thấy nhu cầu mở rộng phạm vi nghiên cứu để phục vụ quá trình cải cách quản trị quốc gia theo hướng phát triển. Những câu hỏi này cũng cần tiếp tục nghiên cứu, làm rõ thêm trong tương lai.

<sup>64</sup> Xem thêm: Vũ Công Giao (2017), *Nhà nước kiến tạo phát triển: Mô hình và triển vọng*, tại: [http://tcnn.vn/news/detail/38326/Nha\\_nuoc\\_kien\\_tao\\_phat\\_trien\\_mo\\_hinh\\_va\\_trien\\_vongall.html](http://tcnn.vn/news/detail/38326/Nha_nuoc_kien_tao_phat_trien_mo_hinh_va_trien_vongall.html), truy cập ngày 7/1/2020; Lê Thị Thu Mai (2018), *Nhà nước kiến tạo phát triển Nhật Bản và một số gợi mở cho Việt Nam hiện nay*, <http://lyluanchinhtri.vn/home/index.php/quoc-te/item/2769-nha-nuoc-kien-tao-phat-trien-nhat-ban-va-mot-so-goi-mo-cho-viet-nam-hien-nay.html>, truy cập ngày 7/1/2020; Nguyễn Minh Phương, Nguyễn Thị Ngọc Mai (2018), *Kinh nghiệm xây dựng Chính phủ kiến tạo của Singapore*, <http://tcnn.vn/news/detail/40940/Kinh-nghiem-xay-dung-chinh-phu-kien-tao-cua-Singapore.html>, truy cập ngày 07/01/2020.

## THẺ LỆ GỬI BÀI CHO TẠP CHÍ NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

1. Bài viết gửi tới Tạp chí Nhà nước và Pháp luật là các bài nghiên cứu khoa học pháp lý có nội dung mới, công bố kết quả nghiên cứu, giới thiệu kinh nghiệm trong nước và quốc tế, trao đổi khoa học, bình luận, phản biện về những vấn đề lý luận và thực tiễn thuộc lĩnh vực nhà nước và pháp luật.

2. Bài gửi Tạp chí chưa được gửi đăng trên các báo, tạp chí khác. Tác giả là chủ sở hữu quyền tác giả của bài viết và chịu trách nhiệm về toàn bộ nội dung khoa học, cũng như các thông tin, tư liệu, số liệu, biểu đồ, hình ảnh minh họa... trong bài viết.

3. Bài viết gửi Tạp chí có bố cục gồm 3 phần: *i) Tên bài viết; ii) Tóm tắt từ 5 đến 7 dòng (bằng tiếng Việt và khuyến khích có thêm bản dịch tiếng Anh) nêu bật những nội dung chính, đóng góp mới của bài viết; iii) Nội dung bài viết.* Bài gửi Tạp chí cần ghi rõ tên tác giả (đồng tác giả), chức danh khoa học, học vị và cơ quan công tác. Tên bài viết, tên các mục, tiểu mục ngắn gọn, không có dấu chấm ở cuối dòng. Nếu bài viết được chia thành các mục và tiểu mục, cần đánh số theo thứ tự: 1.; 1.1.; 1.1.1.;...

4. Bài gửi Tạp chí phải được đánh máy vi tính, định dạng khổ giấy A4, lề trên và lề dưới 2 cm, lề phải và lề trái 2,5 cm, font chữ Times New Roman, cỡ chữ 14, cách dòng 1.5 lines, trình bày giản dị, không rườm rà, hoa mỹ. *Mỗi bài gửi cho Tạp chí có độ dài tối thiểu là 6 trang, tối đa là 18 trang*, bao gồm 1 bản điện tử (bắt buộc) và 1 bản in.

- Bản điện tử của bài viết có thể gửi qua email theo địa chỉ: [tcnnpl@isl.gov.vn](mailto:tcnnpl@isl.gov.vn) hoặc chuyển trực tiếp cho Tòa soạn Tạp chí.

- Bản in của bài viết được gửi theo địa chỉ: *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, phòng 221, số 27, phố Trần Xuân Soạn, Hai Bà Trưng, Hà Nội*; điện thoại: 024.39713333.

5. Các thuật ngữ tiếng nước ngoài sử dụng trong bài viết cần trích dẫn nguyên văn (không phiên âm sang tiếng Việt), kèm theo phân dịch sang tiếng Việt (trừ trường hợp không có thuật ngữ được dịch tương ứng).

6. Viết tắt: Chữ cần viết tắt khi xuất hiện lần đầu trong bài được viết đầy đủ và liền đó đặt ký hiệu viết tắt của chữ đó trong ngoặc đơn. Ký hiệu viết tắt phải được dùng thống nhất trong toàn bài viết. Không viết tắt trong tên bài viết, tên các mục, tiểu mục; không viết tắt những cụm từ ít xuất hiện trong bài.

7. Tài liệu tham khảo và cách thức trích dẫn: Tài liệu tham khảo được sử dụng trong bài phải đảm bảo độ tin cậy khoa học, chính xác, minh bạch. Tác giả bài viết hoàn toàn chịu trách nhiệm về việc trích dẫn, chú thích nguồn tài liệu tham khảo. Nếu trích dẫn nguyên văn thì phải để trong dấu ngoặc kép; nếu trích dẫn nội dung thì không cần để trong dấu ngoặc kép. Cả 2 cách thức trích dẫn đều phải được chú thích nguồn đầy đủ:

- Đối với tài liệu là các bài tạp chí cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), tên tạp chí, số xuất bản, năm xuất bản, số trang trong tạp chí được trích dẫn. Ví dụ: Nguyễn Văn A, *Bàn về quyền tư pháp trong Nhà nước pháp quyền*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2, năm 2010, tr. 32.

- Đối với tài liệu là sách cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên sách (in nghiêng), nhà xuất bản, nơi xuất bản, năm xuất bản, số trang trong sách được trích dẫn. Ví dụ: Trần Đình B, *Giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, năm 2011, tr. 50.

- Đối với tài liệu trên website cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), địa chỉ truy cập, ngày/tháng/năm truy cập. Ví dụ: Phạm Thị H, *Nguyên tắc suy đoán vô tội trong Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam*, <http://isl.vass.gov.vn>, truy cập ngày 15/5/2011.

8. Khi gửi bài viết, tác giả đồng thời cung cấp cho Tạp chí các thông tin sau: Địa chỉ gửi tạp chí biểu; số tài khoản cá nhân để trả nhuận bút (tên chủ tài khoản, ngân hàng và chi nhánh ngân hàng mở tài khoản), số điện thoại, email để thuận tiện cho Tạp chí trong việc liên lạc, trao đổi với tác giả.

9. Sau khi biên tập xong, Tạp chí sẽ thông báo cho tác giả về việc sử dụng hay không sử dụng bài viết qua đường email. Tạp chí không trả lại bản thảo nếu bài viết không được đăng tải.

10. Tác giả có bài viết đăng trên Tạp chí được trả nhuận bút theo quy định hiện hành và được biểu 01 cuốn Tạp chí có bài viết của mình.