

**ĐẠI HỌC QUỐC GIA THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH
TRƯỜNG ĐẠI HỌC KINH TẾ - LUẬT**

TRƯƠNG THỊ TƯỜNG VI

**BẢO HỘ QUYỀN TÁC GIẢ
ĐỐI VỚI CHƯƠNG TRÌNH MÁY TÍNH
THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

LUẬN ÁN TIẾN SỸ LUẬT HỌC

THÀNH PHỐ CHÍ MINH - NĂM 2022

**ĐẠI HỌC QUỐC GIA THÀNH PHỐ HỒ CHÍ MINH
TRƯỜNG ĐẠI HỌC KINH TẾ - LUẬT**

TRƯỜNG THỊ TƯỜNG VI

**BẢO HỘ QUYỀN TÁC GIẢ
ĐỐI VỚI CHƯƠNG TRÌNH MÁY TÍNH
THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

Ngành: Luật Kinh tế

Mã số: 62380107

LUẬN ÁN TIẾN SỸ LUẬT HỌC

NGƯỜI HƯỚNG DẪN KHOA HỌC

1.TS. NGUYỄN ĐÌNH HUY

2. TS. PHẠM KIM ANH

THÀNH PHỐ CHÍ MINH - NĂM 2022

LỜI CAM ĐOAN

Tôi cam đoan Luận án này là công trình nghiên cứu độc lập do chính tôi thực hiện. Các số liệu được sử dụng phân tích trong luận án có nguồn gốc rõ ràng. Các kết quả này chưa từng được công bố trong bất kỳ nghiên cứu của tác giả nào khác.

NGHIÊN CỨU SINH**Trương Thị Tường Vi**

DANH MỤC VIẾT TẮT

Quyền tác giả	QTG
Chương trình máy tính	CTMT
Bộ Luật Dân sự	BLDS
Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi bổ sung năm 2009, 2019.	Luật SHTT
Nghị định số 22/2018/NĐ-CP ngày 23/2/2018 quy định chi tiết Luật Sở hữu trí tuệ và Luật sở hữu trí tuệ sửa đổi về quyền tác giả và quyền liên quan	Nghị định 22
Phần mềm máy tính	PMMT
Công nghệ thông tin	CNTT
Nghiên cứu sinh	NCS
Hiệp định thương mại tự do Liên minh châu Âu-Việt Nam	EVFTA
Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiến bộ xuyên Thái Bình Dương	CPTTP
Hiệp định Đối tác Kinh tế Toàn diện Khu vực	RCEP

DANH MỤC CÁC BẢNG

1	Bảng biểu 1	Vi phạm bản quyền CTMT trên thế giới
2	Bảng biểu 2	Vi phạm bản quyền CTMT tại Việt Nam
3	Bảng biểu 3	Số liệu về phát tán virus độc tại tấn công các mạng CTMT từ năm 2014-2017
4	Bảng biểu 4	Các trường hợp xâm phạm QTG đối với CTMT bị xử lý hành chính theo yêu cầu của bên có quyền tại Việt Nam

MỤC LỤC

LỜI CAM ĐOAN	i
DANH MỤC VIẾT TẮT	ii
DANH MỤC CÁC BẢNG	iii
MỤC LỤC.....	iv
MỞ ĐẦU	1
1. Tính cấp thiết của đề tài nghiên cứu	1
2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu.....	3
3. Đối tượng nghiên cứu và phạm vi nghiên cứu.....	4
4. Phương pháp nghiên cứu.....	5
5. Câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu.....	6
6. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của luận án	9
7. Điểm mới của luận án	10
8. Kết cấu của luận án	11
CHƯƠNG 1. TỔNG QUAN VẤN ĐỀ NGHIÊN CỨU	12
1.1. Tình hình nghiên cứu pháp luật bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính.....	12
1.1.1. Các công trình trên thế giới.....	12
1.1.2. Các công trình tại Việt Nam	19
1.1.3. Đánh giá chung tình hình nghiên cứu về bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính và những nội dung sẽ được kế thừa, làm rõ trong luận án.	23
1.2. Cơ sở lý thuyết nghiên cứu	27
1.2.1. Lý thuyết sử dụng hợp lý (Fair use doctrine).....	27
1.2.2. Lý thuyết phân chia ý tưởng/biểu hiện.....	29
1.2.3. Lý thuyết hợp nhất	31
1.2.4. Lý thuyết lạm dụng bản quyền.....	32
KẾT LUẬN CHƯƠNG 1.....	34
CHƯƠNG 2. CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ BẢO HỘ QUYỀN TÁC GIẢ ĐỐI VỚI CHƯƠNG TRÌNH MÁY TÍNH.....	35
2.1. Khái luận bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính.....	35
2.1.1. Khái niệm, đặc điểm, phân loại của chương trình máy tính	35

2.1.2. Khái niệm, đặc điểm của bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính	45
2.2. Quyền tác giả - Hình thức bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ tối ưu cho chương trình máy tính hiện nay	51
2.2.1. Ưu điểm của bảo hộ chương trình máy tính bằng quyền tác giả so với sáng chế và bí mật kinh doanh	51
2.2.2. Lựa chọn các hình thức bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với chương trình máy tính.....	57
2.3. Mục đích và nguyên tắc bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính..	61
2.3.1. Mục đích của bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính.....	61
2.3.2. Nguyên tắc bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính	62
KẾT LUẬN CHƯƠNG 2.....	69
CHƯƠNG 3. PHẠM VI BẢO HỘ QUYỀN TÁC GIẢ ĐỐI VỚI CHƯƠNG TRÌNH MÁY TÍNH.....	70
3.1. Khái niệm về phạm vi bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính.....	70
3.2. Nội dung phạm vi bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính	73
3.2.1. Phạm vi về các đối tượng được bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính.....	73
3.2.2. Phạm vi về giới hạn quyền tác giả đối với chương trình máy tính	85
3.3. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật về xác định phạm vi bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính	103
3.3.1. Xác định phạm vi đối tượng được bảo hộ của quyền tác giả đối với chương trình máy tính	103
3.3.2. Giới hạn quyền của các chủ thể đối với chương trình máy tính	105
KẾT LUẬN CHƯƠNG 3.....	110
CHƯƠNG 4. THỰC THI QUYỀN TÁC GIẢ ĐỐI VỚI CHƯƠNG TRÌNH MÁY TÍNH.....	111
4.1. Khái luận về thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính	111
4.1.1. Khái niệm chung về thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính..	111
4.1.2. Chủ thể thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính	115
4.2. Tránh lạm dụng bản quyền trong thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính.....	117
4.2.1. Xác định lạm dụng bản quyền đối với chương trình máy tính	117

4.2.2. Mối quan hệ giữa lạm dụng bản quyền và chống độc quyền đối với chương trình máy tính trong quá trình thực thi.....	119
4.2.3. Các hành vi lạm dụng bản quyền đối với chương trình máy tính trong quá trình thực thi.....	121
4.3. Thực tiễn thi hành quyền tác giả đối với chương trình máy tính.....	123
4.3.1. Các hành vi xâm phạm quyền tác giả đối với chương trình máy tính.....	85
4.3.2. Các biện pháp bảo đảm thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính.....	130
4.4. Nâng cao hiệu quả thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính.....	150
4.4.1. Các yếu tố tác động vào hiệu quả thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính.....	150
4.4.2. Đề xuất nâng cao hiệu quả thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính.....	155
KẾT LUẬN CHƯƠNG 4.....	164
KẾT LUẬN.....	165
TÀI LIỆU THAM KHẢO.....	1
PHỤ LỤC.....	10

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Ngày nay, chúng ta sống trong một thế giới mà sự phát triển về khoa học công nghệ sẽ là yếu tố quyết định đến nền kinh tế của các quốc gia. Nhận thấy tầm quan trọng của bảo vệ quyền SHTT, năm 2021 Thủ tướng Chính phủ đã quyết định Ban hành Chương trình quốc gia phát triển công nghệ cao đến năm 2030 trong đó công nghệ thông tin và truyền thông thuộc một trong bốn lĩnh vực ưu tiên khuyến khích phát triển bên cạnh công nghệ sinh học, công nghệ tự động hóa và công nghệ vật liệu mới¹ trong đó đề ra các biện pháp thực hiện chương trình đó là hỗ trợ hoạt động và hỗ trợ kinh phí để nghiên cứu, chuyển giao công nghệ, quyền sở hữu trí tuệ của sản phẩm phần mềm². Theo pháp luật SHTT, CTMT hiện nay được bảo hộ như tác phẩm văn học nghệ thuật đã cung cấp sự bảo hộ nhất định cho các chủ thể thực hiện quyền. Tuy nhiên, sau một thời gian các quy định pháp luật về QTG khi áp dụng lên CTMT hiện nay còn những tồn tại cần giải quyết, cụ thể:

Thứ nhất, các quy định điều chỉnh về phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT ở Việt Nam chưa phù hợp, chưa thúc đẩy sự phát triển CTMT.

Thị trường công nghệ thông tin và dịch vụ công nghệ thông tin ngày càng phát triển mạnh, hàng năm tăng trưởng trung bình trên 30% mỗi năm. Năm 2016³ có gần 50 triệu người sử dụng Internet, chiếm trên 53% dân số, cao hơn mức trung bình thế giới là 46,64%, nhưng đến tháng 1/2021, số lượng người dùng smartphone toàn cầu là 5,22 tỉ người, số người sử dụng internet là 4,66 tỉ người và số người dùng mạng xã hội là 4,2 tỉ người⁴. Công nghệ thông tin (CNTT) là một ngành kỹ thuật sử dụng máy tính (phần cứng) và chương trình máy tính (CTMT) để chuyển đổi, lưu trữ, bảo vệ, xử lý, truyền tải và thu thập thông tin. Nếu bảo hộ QTG không thực hiện tốt chức năng và nhiệm vụ của mình thì nó sẽ trở thành rào cản hạn chế động lực nghiên cứu, sáng tạo, và ứng dụng các CTMT vào trong quá trình sinh hoạt, giải trí, thương mại. Các quy định

¹ Điểm a Khoản 1 Mục II Quyết định số 130/QĐ-TTg ngày 27/01/2021 của Thủ Tướng Chính Phủ về việc Ban hành Chương trình quốc gia phát triển công nghệ cao đến năm 2030.

² Điểm b Khoản 2 Mục III Quyết định số 130/QĐ-TTg ngày 27/01/2021 của Thủ Tướng Chính Phủ về việc Ban hành Chương trình quốc gia phát triển công nghệ cao đến năm 2030

³. “Tăng tỷ lệ người dùng Internet Việt Nam lên mức 80-90% dân số”, Vnexpress <http://nguoilambao.vn/tang-ty-le-nguoi-dung-internet-viet-nam-len-muc-80-90-dan-so-n4876.html>, 27/1/2017

⁴ Digital 2021 Global view report, <https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report#:~:text=Internet%3A%204.66%20billion%20people%20around,now%20stands%20at%2059.5%20per> cen truy cập 14/3/2021

của pháp luật hiện hành của Việt Nam về bảo hộ QTG đối với CTMT đã bộc lộ sự tụt hậu so với tốc độ phát triển của ngành công nghiệp này. Cụ thể, quy định về quyền của các chủ thể chưa hợp lý, chưa gắn với đặc thù riêng cần điều chỉnh của CTMT như:

+ Xác định phạm vi các yếu tố bảo hộ QTG đối với CTMT chưa phù hợp trong trường hợp không có cách khác viết mã nguồn cho một chức năng dẫn đến việc bảo hộ như quy định hiện nay theo NCS là khá chặt so với pháp luật một số quốc gia có sự phát triển mạnh về công nghệ phần mềm và không phù hợp với đặc thù về kỹ thuật lập trình của CTMT.

+ Giới hạn QTG đối với tác phẩm còn bỏ sót trường hợp sử dụng lại mã nguồn để bảo đảm mục đích tạo sự tương tác cho các CTMT làm hạn chế việc tạo ra các ứng dụng chạy trên hệ điều hành hay các CTMT có khả năng tương tác với CTMT khác từ các nhà sản xuất khác nhau.

+ Quy định về quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm thuộc về tác giả không phù hợp với loại hình tác phẩm là mã nguồn, việc bảo hộ quyền này dành cho tác giả CTMT không đạt được mục đích của sự bảo hộ QTG là gắn liền nhân thân tác giả và sự biểu hiện của tác phẩm dẫn đến nguy cơ tranh chấp giữa tác giả và chủ sở hữu QTG đối với CTMT nếu hai bên không có thỏa thuận trước về vấn đề này và tác giả dùng quyền này để gây áp lực vì mục đích không thiện chí cho chủ sở hữu trong việc sửa đổi mã nguồn, khả năng gây cản trở cho sự phát triển của dự án phần mềm.

Theo NCS, những quy định trên chưa phù hợp khiến cho các nhà phát triển CTMT Việt Nam chưa thể tận dụng được các nội dung không bảo hộ trong giới hạn quyền- điều mà các nhà phát triển CTMT tại các quốc gia khác có thể thực hiện được để kế thừa phát triển CTMT mới cần phải được đánh giá và điều chỉnh lại trong bảo hộ QTG đối với CTMT tại Việt Nam.

Thứ hai, việc thực thi QTG đối với CTMT tại Việt Nam vẫn còn yếu, tỷ lệ vi phạm cao ảnh hưởng đến sự hấp dẫn đầu tư từ các doanh nghiệp nước ngoài cũng như niềm tin cho các doanh nghiệp phần mềm trong nước.

Đã 14 năm từ khi chúng ta gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới WTO, các hoạt động kinh tế xã hội của Việt Nam đều nằm trong sự quan sát của các nước thành viên và các tổ chức kinh doanh- thương mại quốc tế. Hoạt động bảo hộ QTG đối với CTMT cũng không ngoại lệ. Theo báo cáo thường niên lần thứ 9 của Liên minh các doanh nghiệp phần mềm (BSA) và Tập đoàn Dữ liệu Quốc tế (IDC) thì tỷ lệ vi phạm CTMT năm 2017 trên thế giới là 37% thì ở Việt Nam là 74%. Những số liệu trên có

thể sẽ là một trong những nguồn tham khảo quan trọng về mức độ cơ hội và rủi ro cho các nhà đầu tư nước ngoài vào thị trường CTMT tại Việt Nam. Kết quả của các nghiên cứu đó như lời cảnh báo cho Việt Nam cần phải chú trọng hơn nữa công tác bảo hộ QTG CTMT tại thị trường Việt Nam để đáp ứng nhu cầu của quá trình hội nhập kinh tế thế giới.

Kết quả công trình nghiên cứu “*Lợi thế so sánh: Tác động kinh tế của CTMT có bản quyền đầy đủ*” năm 2013 của Liên minh các doanh nghiệp phần mềm BSA⁵ và trường đại học INSEAD⁶ cho biết ở Việt Nam, cứ tăng 1% mức sử dụng CTMT có bản quyền thì sẽ tạo ra được khoảng 87 triệu USD giá trị sản phẩm kinh tế quốc dân, so với mức 37 triệu USD có lợi được từ việc tăng tương tự đối với CTMT trái phép. Chi phí doanh nghiệp dùng để đối phó tác động của CTMT độc hại gây ra từ các vụ tấn công mạng vào những CTMT không có bản quyền được dự tính khoảng 114 tỷ USD trên toàn cầu trong năm 2013⁷. Hơn nữa, những kết quả mà chúng ta đã đạt được như trên vẫn “*chưa tương xứng với tiềm năng, thế mạnh của ngành và yêu cầu công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước*”⁸. Do vậy rất cần sự nghiên cứu và đánh giá toàn diện các yếu tố tác động vào quá trình thực thi, từ đó có những điều chỉnh pháp luật phù hợp để nâng cao hiệu quả thực thi QTG đối với CTMT.

Từ những lý do nói trên, việc nghiên cứu, đánh giá các quy định pháp lý và thực trạng hoạt động, xác định những tồn tại, bất cập và đề xuất, kiến nghị bổ sung, sửa đổi QTG đối với CTMT ở nước ta hiện nay là vấn đề cần thiết, không chỉ có ý nghĩa khoa học mà còn có ý nghĩa thực tiễn cao.

2. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu

2.1. Mục đích nghiên cứu

Là một trong những loại tài sản trí tuệ, CTMT mang những đặc điểm tương đối khác biệt với tài sản hữu hình khác, đó là tính công. Nghĩa là độc quyền sử dụng tài sản trí tuệ sẽ không được bảo vệ tuyệt đối như các loại tài sản hữu hình khác mà nó sẽ bị giới hạn trong một số trường hợp để tạo điều kiện cho các chủ thể khác tham

⁵ Liên Minh CTMT Doanh Nghiệp (BSA) là một hiệp hội thương mại phi lợi nhuận, được thành lập để thúc đẩy việc đạt được các mục tiêu của ngành công nghiệp CTMT và của các đối tác phần cứng của hiệp hội. BSA có trụ sở chính đặt tại Washington DC, và triển khai hoạt động tại hơn 80 quốc gia.

⁶ Trường Đại học quản trị kinh doanh tại Pháp thành lập vào năm 1957 hiện nay có ba cơ sở tại Pháp, Singapore và Abu Dhabi- thủ đô của Liên minh các Tiểu Vương Quốc Ả Rập thống nhất.

⁷ H.A (2013), Thiệt hại "khủng" từ CTMT lậu, Truyền hình Việt Nam, <http://vtv.vn/cong-nghe/thiet-hai-khung-tu-phan-mem-lau-74434.htm>, 05/09/2017.

⁸ Thông báo kết luận của Thủ tướng Chính phủ tại cuộc họp với Bộ Tư pháp, Viễn thông ngày 10/05/2007.

gia vào việc nghiên cứu, học tập và sáng tạo ra những sản phẩm mới hơn. Do vậy, mục đích của đề tài này là phát hiện những tồn tại trong hệ thống pháp luật và quá trình thực thi về bảo hộ QTG đối với CTMT hiện nay tại Việt Nam, từ đó đưa ra các giải pháp hoàn thiện các quy định của pháp luật để góp phần thúc đẩy sự phát triển về số lượng, chất lượng của các CTMT.

2.2. Nhiệm vụ nghiên cứu

Để đạt được mục đích trên, đề tài "**Bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính theo pháp luật Việt Nam**" xác định thực hiện ba nhiệm vụ nghiên cứu chính như sau:

Nhiệm vụ thứ nhất, phân tích, làm rõ những ưu điểm nổi bật của hình thức bảo hộ CTMT bằng QTG so với bảo hộ bằng sáng chế hay bí mật kinh doanh. Từ đó, chỉ ra QTG là bảo hộ quyền SHTT tối ưu dành cho CTMT hiện nay. Chỉ ra nội hàm của bảo hộ QTG đối với CTMT và những nội dung pháp lý cần được điều chỉnh để khuyến khích sự phát triển các CTMT.

Nhiệm vụ thứ hai, xác định nội dung của phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT bao gồm phạm vi về các yếu tố được bảo hộ và phạm vi về giới hạn quyền bảo hộ. Từ đó kiến nghị hoàn thiện pháp luật về phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT.

Nhiệm vụ thứ ba, làm rõ thực tiễn thực thi QTG đối với CTMT tại Việt Nam thông qua các hành vi xâm phạm và các biện pháp bảo đảm thực thi QTG đối với CTMT, từ đó kiến nghị nâng cao hiệu quả thực thi QTG đối với CTMT.

3. Đối tượng nghiên cứu và phạm vi nghiên cứu

3.1. Đối tượng nghiên cứu

Đề tài này có đối tượng nghiên cứu là các quy định của pháp luật về bảo hộ QTG đối với CTMT, cụ thể là các quy phạm xác định phạm vi bảo hộ quyền tác giả đối với CTMT và thực thi QTG đối với CTMT. Đây là vấn đề mà nếu có sự thay đổi thì sẽ góp phần tác động lớn đến sự phát triển của thị trường phần mềm tại Việt Nam.

3.2. Phạm vi nghiên cứu

- Phạm vi nghiên cứu về nội dung:

Vấn đề bảo hộ QTG có phạm vi rộng, vì lẽ đó đề tài này không nghiên cứu tất cả các nội dung liên quan đến việc bảo hộ QTG mà chỉ hướng việc nghiên cứu đến CTMT do tính cấp thiết cũng như vai trò quan trọng của CTMT đối với đời sống xã hội hiện nay và tác giả chỉ giới hạn lại phạm vi nghiên cứu ở hai vấn đề là phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT và thực thi QTG đối với CTMT theo pháp luật Việt Nam vì phạm vi bảo hộ có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định các hành vi xâm phạm

và không bị xâm phạm QTG đối với CTMT, làm cơ sở cho việc thực hiện quyền của các chủ thể, hoạt động giám định, hoạt động giải quyết tranh chấp...; nghiên cứu về thực thi QTG đối với CTMT để thấy được thực trạng của việc bảo hộ QTG trong thực tiễn, nhằm bảo đảm việc bảo hộ QTG đối với CTMT được đi vào cuộc sống, có ý nghĩa trong thực tiễn.

- Phạm vi nghiên cứu về văn bản điều chỉnh luật:

Luận án nghiên cứu các quy định của Hiến pháp 2013, Luật Sở hữu trí tuệ, Bộ luật Dân sự năm 2015, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015, Bộ luật Hình sự 2015 được sửa đổi năm 2017, Bộ luật Tố tụng hình sự và các quy định pháp luật khác có liên quan trực tiếp về bảo hộ QTG áp dụng lên CTMT.

- Phạm vi nghiên cứu về thời gian và không gian:

Luận án nghiên cứu từ các quy phạm pháp luật về QTG áp dụng cho CTMT kể từ khi luật SHTT được ban hành cho đến thời điểm hiện tại để có góc nhìn toàn diện về vấn đề.

Luận án nghiên cứu quy định của pháp luật Việt Nam về QTG đối với CTMT áp dụng trên lãnh thổ Việt Nam, ngoài ra để minh chứng cho các luận điểm đưa ra luận án còn tham khảo pháp luật áp dụng tại một số quốc gia trên thế giới để từ đó rút ra kinh nghiệm cho Việt Nam trong việc bảo hộ QTG đối với CTMT.

4. Phương pháp nghiên cứu

Luận án được nghiên cứu dựa trên các phương pháp nghiên cứu khoa học truyền thống như sau:

- *Phương pháp phân tích* được sử dụng xuyên suốt toàn bộ luận án khi đánh giá, bình luận các lý thuyết, các quy định pháp luật, thực tiễn áp dụng pháp luật về phạm vi, giới hạn QTG CTMT và thực thi. Phương pháp này được sử dụng làm nổi bật các vấn đề pháp lý trọng tâm mà luận án muốn hướng tới.

- *Phương pháp tổng hợp* được sử dụng khi tổng hợp các công trình nghiên cứu liên quan đến từng nội dung của luận án trong phần tổng quan, phần nghiên cứu pháp luật về QTG đối với CTMT của một số nước trên thế giới cũng như các tình huống pháp lý tại Việt Nam và trên thế giới. Dựa vào phương pháp này những kinh nghiệm thực tiễn sẽ tổng kết thực tiễn nhằm khái quát quy luật áp dụng những quan điểm, các đề xuất, kiến nghị về phạm vi bảo hộ, và việc chỉnh sửa nâng cấp CTMT.

- *Phương pháp so sánh* được sử dụng để phân tích, đánh giá CTMT với các tác phẩm viết khác; giữa bảo hộ quyền SHTT của CTMT bằng quyền tác giả và bảo hộ quyền SHTT của CTMT bằng sáng chế, bí mật thương mại; các quy phạm bảo hộ

về phạm vi, giới hạn quyền và quyền toàn vẹn QTG với CTMT ở Việt Nam và trên thế giới. Đây là phương pháp được áp dụng chủ yếu và xuyên suốt toàn bộ nội dung của luận án bởi lẽ những vấn đề nêu trên hầu như rất khó phát hiện ra nếu chúng ta không đặt trong tương quan so sánh với các yếu tố khác, để thấy được những điểm cần điều chỉnh của pháp luật Việt Nam.

- Phương pháp lấy ý kiến chuyên gia: CTMT là một đối tượng mang nhiều đặc điểm của sản phẩm kỹ thuật, do vậy những nội dung trong luận án đề cập đến những hoạt động lập trình, quá trình tạo ra CTMT cần dựa trên ý kiến chuyên môn của các lập trình viên, cụ thể là lập trình viên Nguyễn Hiền Lâm công tác tại tập đoàn cung cấp dịch vụ an ninh mạng toàn cầu F-Secure Corporation trụ sở chính tại Phần Lan, được thành lập từ năm 1988 và hiện nay có hơn 30 văn phòng đại diện trên toàn thế giới, chuyên gia Nguyễn Hiền Lâm đã có những nhận xét dưới góc độ kỹ thuật lập trình phản ánh được bản chất đặc thù của CTMT, từ đó NCS mới có những đánh giá các quy định pháp luật khi áp dụng lên CTMT.

- Phương pháp nghiên cứu lý thuyết pháp lý truyền thống: Đây là phương pháp được PGS.TS Phạm Duy Nghĩa nêu ra trong tác phẩm "Phương pháp nghiên cứu luật học" được áp dụng chủ yếu tại chương 4 luận án dựa trên sự kiện là hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT xuất hiện, phát hiện vấn đề pháp lý, sau đó tìm luật thực định điều chỉnh, biện luận theo nội dung và rút ra nhận định.

5. Câu hỏi nghiên cứu và giả thuyết nghiên cứu

Chúng ta đang sống trong thời đại của nền kinh tế tri thức, đang từng bước chuyển mình qua cuộc cách mạng lần thứ 4 được đặc trưng bởi sự kết hợp thú vị giữa các lĩnh vực vật lý, kỹ thuật số và sinh học. Ngành công nghiệp phần mềm đang là nền tảng cho lĩnh vực kỹ thuật số với sản phẩm CTMT trong đó tỷ trọng giá trị trí tuệ ngày càng chiếm vị trí cao và quan trọng hơn tỷ trọng giá trị vật chất chứa đựng trong các sản phẩm được tạo ra. Một thách thức lớn được đặt ra là bảo hộ QTG đối với CTMT như thế nào để đạt mục đích khuyến khích việc phát triển thị trường phần mềm, làm nền tảng cho cuộc cách mạng 4.0. Vì vậy, để thực hiện kế hoạch nghiên cứu, luận án dựa trên câu hỏi nghiên cứu tổng quát cho toàn luận án như sau: "*Bảo hộ QTG đối với CTMT nên được điều chỉnh như thế nào để khuyến khích việc phát triển các sản phẩm CTMT?*"

Với câu hỏi nghiên cứu trên, luận án đưa ra giả thiết nghiên cứu lớn là CTMT cần được bảo hộ theo hướng xác định phạm vi bảo hộ quyền và nâng cao hiệu quả thực thi quyền. Dự kiến kết quả nghiên cứu chung là đưa ra các giới hạn xác định

phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT và đưa ra các biện pháp nâng cao hiệu quả thực thi dựa trên các yếu tố tác động vào hiệu quả thực thi.

Từ câu hỏi tổng quát và giả thiết chung đó, luận án phải giải quyết những câu hỏi nghiên cứu sau:

Câu hỏi nghiên cứu tương ứng nội dung chương 2 luận án

**Câu hỏi nghiên cứu 1:* Bảo hộ QTG đối với CTMT là gì? Bảo hộ QTG đối với CTMT so với các bảo hộ quyền SHTT khác áp dụng cho CTMT như thế nào? Cần phải bảo hộ QTG đối với CTMT theo định hướng nào?

**Giả thuyết nghiên cứu 1:*

- Bảo hộ QTG đối với CTMT là việc Nhà nước ban hành hệ thống các quy định nhằm xác lập và điều chỉnh các quyền và nghĩa vụ pháp lý của tác giả, chủ sở hữu, người sử dụng hợp pháp QTG đối với CTMT, và bảo đảm thực thi các quy định đó trên thực tiễn.

- Mỗi QTG, sáng chế và bí mật kinh doanh sẽ có các ưu và nhược điểm riêng khi áp dụng lên CTMT.

- Bảo hộ QTG đối với CTMT với các quy định pháp luật hướng tới sự cân bằng lợi ích của các chủ thể để khuyến khích phát triển các sản phẩm CTMT.

**Dự kiến kết quả nghiên cứu 1:*

- Xác định được khái niệm và nội hàm của bảo hộ QTG đối với CTMT; xác định những đặc thù của CTMT so với các tác phẩm viết khác.

- Làm rõ bảo hộ bằng QTG vẫn là tối ưu cho CTMT hiện nay.

- Xác định được hướng điều chỉnh các quy phạm về QTG đối với CTMT nên định hướng hài hòa lợi ích của các chủ thể trong quá trình bảo hộ.

Câu hỏi nghiên cứu tương ứng nội dung chương 3 luận án

Câu hỏi nghiên cứu 2: Phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT bao gồm những nội dung gì? Cần xác định phạm vi bảo hộ QTG như thế nào để thúc đẩy phát triển các CTMT?

Giả thuyết nghiên cứu liên quan đến câu hỏi 2:

- Phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT bao gồm những đối tượng được bảo hộ và những đối tượng không được bảo hộ QTG trong CTMT; những giới hạn phạm vi quyền tác giả đối với CTMT.

- CTMT được tạo nên bởi hai yếu tố cơ bản đó là những yếu tố thuộc ý tưởng, chức năng, cấu trúc hoạt động; và yếu tố thuộc biểu hiện, diễn đạt như mã nguồn, mã máy, thuật toán, ngôn ngữ lập trình.

- Trong điều kiện có nhiều cách viết mã để thể hiện một ý tưởng, một chức năng.

- Trong điều kiện chỉ có một cách viết mã để thể hiện ý tưởng, chức năng của CTMT thì được xem là trường hợp hợp nhất.

- Trường hợp sử dụng kỹ thuật dịch ngược CTMT để tìm ra đoạn mã nguồn được dùng vào mục đích nghiên cứu virus, tạo sự tương tác cho các CTMT.

- Quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm không phù hợp với mục đích bảo hộ hình ảnh của tác giả CTMT.

Dự kiến kết quả nghiên cứu 2:

- Xác định được trường hợp khi ý tưởng và chức năng của CTMT sáp nhập làm một thì không có cách thức khác để viết mã nguồn cho một chức năng của CTMT và đề xuất điều chỉnh pháp luật theo hướng xác định các đối tượng được bảo hộ, các đối tượng không được bảo hộ trong một CTMT.

- Xác định được những trường hợp cần sử dụng mã để tạo sự tương tác cho các CTMT khác và đề xuất giới hạn quyền của chủ thể để tạo điều kiện cho các chủ thể khác sáng tạo, hạn chế cạnh tranh không lành mạnh, lạm dụng bản quyền; Làm rõ quy định về quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm như luật hiện hành sẽ tác động đến thị trường phần mềm theo xu hướng kìm hãm sự phát triển thị trường phần mềm. Đề xuất pháp luật nên điều chỉnh theo hướng chuyển quyền bảo vệ sự toàn vẹn CTMT qua cho chủ sở hữu CTMT (nhà sản xuất, nhà phát triển CTMT) và xem đây là giới hạn quyền của tác giả CTMT.

Câu hỏi nghiên cứu tương ứng với nội dung chương 4

Câu hỏi nghiên cứu 3: *Thực thi QTG đối với CTMT là gì? Thực tiễn thực thi QTG đối với CTMT như thế nào? Cần nâng cao hiệu quả thực thi QTG đối với CTMT như thế nào?*

Giả thuyết nghiên cứu 3:

- Thực thi QTG đối với CTMT là bảo đảm quyền của tác giả, chủ sở hữu QTG đối với CTMT được thực hiện trên thực tiễn bằng các biện pháp pháp lý để các chủ thể thực hiện quyền của QTG đối với CTMT, các biện pháp xử lý các hành vi vi phạm QTG đối với CTMT và ngăn ngừa các hành vi vi phạm quyền tác giả đối với CTMT trong tương lai.

- Để bảo đảm định hướng trong bảo hộ thì quá trình thực thi không lạm dụng QTG đối với CTMT.

- Bảo đảm thực thi QTG đối với CTMT bằng các biện pháp tự bảo vệ, biện pháp dân sự, hình sự, hành chính.

- Nâng cao hiệu quả thực thi thông qua các yếu tố tác động vào quá trình thực thi QTG đối với CTMT: chất lượng hệ thống pháp luật QTG đối với CTMT, giá bản quyền và thu nhập của người sử dụng, nhận thức của chủ thể, hệ thống tổ chức đại diện, quá trình hợp tác quốc tế.

Dự kiến kết quả nghiên cứu 3:

Xác định được khái niệm và nội hàm của hoạt động thực thi QTG đối với CTMT; Xác định được hành vi lạm dụng QTG đối với CTMT.

Làm rõ thực tiễn thực thi QTG đối với CTMT thông qua các hành vi xâm phạm và những bất cập trong biện pháp bảo đảm thực thi.

Xác định được các yếu tố tác động lên thực thi QTG đối với CTMT từ đó kiến nghị hoàn thiện các quy định của luật.

6. Ý nghĩa khoa học và thực tiễn của luận án

Sự đóng góp của các ứng dụng CTMT ngày càng lớn trong việc cải thiện và nâng cao các hoạt động kinh doanh sản xuất cũng như sinh hoạt của con người, tạo ra khả năng cạnh tranh cho các quốc gia đang phát triển, thôi thúc nhiều động lực đầu tư và xây dựng cho nền công nghiệp viết CTMT của Việt Nam. Với đề tài "***Bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính theo pháp luật Việt Nam***", NCS mong muốn:

- Đưa ra và luận giải trên cơ sở khoa học một số quan điểm cơ bản về bảo hộ QTG đối với CTMT, cụ thể về phạm vi bảo hộ và thực thi quyền tác giả đối với CTMT hiện nay ở nước ta.

- Qua việc nghiên cứu, phân tích những bất cập, tồn tại của luật Việt Nam hiện nay, trên cơ sở tham khảo pháp luật của một số quốc gia, đề tài đưa ra những kiến nghị sửa đổi, bổ sung hoàn thiện các quy định của pháp luật phù hợp với xu hướng phát triển của CTMT. Đồng thời nâng cao hiệu quả thực thi, tạo niềm tin đối với các nhà đầu tư nước ngoài khi đầu tư các dự án khoa học công nghệ.

- Cung cấp cho các nhà làm luật, những người nghiên cứu pháp luật, các doanh nghiệp CTMT và người sử dụng có được những thông tin hữu ích về QTG đối với CTMT. Nâng cao ý thức trách nhiệm của mỗi cá nhân, tổ chức sử dụng các CTMT trong học tập, sinh hoạt, sản xuất kinh doanh. Góp phần vào công cuộc bảo vệ, chống vi phạm QTG đối với CTMT hiện nay ở nước ta.

Với những nội dung trên, luận án sẽ góp phần hoàn thiện các quy định pháp luật hiện hành về bảo hộ quyền SHTT đối với CTMT ở nước ta.

7. Điểm mới của luận án

Thay đổi về phần cứng, phần mềm công nghệ máy tính và thị trường phần mềm đã hình thành những mối quan tâm về bảo vệ quyền SHTT dành cho CTMT. Những thay đổi quan trọng trong nền kinh tế số đã tạo ra những thách thức cho các nhà làm luật cần nghiên cứu và điều chỉnh luật đáp ứng những nhu cầu tất yếu của sự phát triển của khoa học, công nghệ. Do vậy, kết quả nghiên cứu của luận án cung cấp những điểm mới đóng góp vào hệ thống khoa học pháp lý của Việt Nam với những nội dung chưa được thể hiện trong các công trình nghiên cứu nào khác về QTG đối với CTMT, đó là:

- Làm rõ những đặc điểm khác biệt cơ bản giữa CTMT và các tác phẩm viết dẫn đến những nhu cầu điều chỉnh luật khác biệt so với các tác phẩm viết khác.

- Phân tích và làm rõ sự tối ưu của bảo hộ bằng QTG so với các hình thức khác như sáng chế, bí mật kinh doanh hiện nay.

- Lý giải sự cần thiết phải định hướng bảo hộ QTG đối với CTMT cần bảo đảm hài hòa lợi ích của các chủ thể.

- Phân tích và làm rõ những yếu tố cấu thành trong CTMT, qua đó phân tích và chỉ ra những yếu tố được bảo hộ, những yếu tố không được bảo hộ trong CTMT.

- Phân tích và kiến nghị điều chỉnh luật về nguyên tắc áp dụng lựa chọn yếu tố bảo hộ khi những ý tưởng và biểu hiện của CTMT sát nhập.

- Phân tích và kiến nghị điều chỉnh luật về giới hạn bảo hộ quyền của chủ sở hữu của CTMT trong trường hợp cần sử dụng lại đoạn mã để bảo đảm sự tương tác với CTMT khác và giới hạn quyền của tác giả đối với quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm.

- Làm rõ khái niệm thực thi QTG đối với CTMT và nội hàm của hoạt động thực thi.

- Làm rõ nội dung lạm dụng bản quyền trong quá trình thực thi QTG đối với CTMT.

- Nêu ra thực trạng thực thi QTG đối với CTMT tại Việt Nam hiện nay thông qua các hành vi xâm phạm quyền và các biện pháp bảo đảm thực thi.

- Phân tích và làm rõ những yếu tố tác động lên QTG đối với CTMT, từ đó có những kiến nghị để nâng cao hiệu quả thực thi tại Việt Nam.

8. Kết cấu của luận án

Ngoài phần mở đầu, kết luận và danh mục tài liệu tham khảo, nội dung của luận án gồm 4 chương:

Chương 1: Tổng quan tình hình nghiên cứu

Chương này luận án nêu những công trình nghiên cứu liên quan đến nội dung của luận án, đánh giá những nội dung các công trình đã đạt được, những gì chưa làm rõ và cơ sở lý thuyết nghiên cứu về bảo hộ QTG đối với CTMT.

Chương 2: Cơ sở lý luận về bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Chương này làm rõ những lý luận về bảo hộ QTG đối với CTMT bao gồm các khái niệm, đặc điểm. Lý giải về vai trò bảo hộ QGT đối với CTMT so với các hình thức bảo hộ khác. Lý giải các cơ sở của nguyên tắc cân bằng trong quá trình bảo hộ.

Chương 3: Phạm vi bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Chương 3 sẽ xác định phạm vi bảo hộ của QTG đối với CTMT trên hai nội dung: giới hạn về đối tượng bảo hộ và giới hạn quyền của các chủ thể.

Chương 4: Nâng cao hiệu quả thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính.

Nội dung chương này sẽ đưa ra khái niệm của thực thi, làm dụng bản quyền trong quá trình thực thi và thực tiễn thực thi, các yếu tố tác động lên quá trình thực thi QTG đối với CTMT từ đó đưa ra các kiến nghị nhằm nâng cao hiệu quả thực thi QTG đối với CTMT.

CHƯƠNG 1. TỔNG QUAN VẤN ĐỀ NGHIÊN CỨU

1.1. Tình hình nghiên cứu pháp luật bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

1.1.1. Các công trình trên thế giới

Trong bối cảnh thế giới đang diễn ra cuộc cách mạng công nghiệp 4.0⁹ thông qua ứng dụng các công nghệ như Internet, trí tuệ nhân tạo, mạng xã hội, điện toán đám mây, phân tích dữ liệu lớn... số hóa tất cả thế giới thực thì hoạt động của các CTMT để lập trình các hoạt động công việc trên là không thể thiếu. Do vậy sử dụng các chính sách pháp lý để bảo hộ quyền SHTT của các CTMT được xem như là một trong những chính sách được ưu tiên hàng đầu của các quốc gia. Để khuyến nghị các nhà làm luật có những đạo luật điều chỉnh phù hợp, thúc đẩy thị trường CTMT các học giả, các nhà nghiên cứu và các chuyên gia đã không ngừng có những bài viết, công trình nghiên cứu liên quan đến bảo hộ quyền tác giả đối với CTMT. Đa số các công trình nghiên cứu liên quan đến đề tài đều từ các nhà nghiên cứu của Mỹ, Anh nên NCS vẫn giữ nguyên thuật ngữ "bản quyền"¹⁰ trong một số đoạn tóm tắt lại. Trong đó những công trình tiêu biểu liên quan đến bảo hộ QTG đối với CTMT là:

(1) Các đối tượng được bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Phạm vi bảo hộ quyền tác giả đối với CTMT là việc xác định những đối tượng, thành phần cấu tạo nào trong CTMT cần được bảo hộ QTG, và những gì không được QTG bảo hộ. Như vậy, các lệnh, thuật toán, lược đồ, ngôn ngữ lập trình, mã nguồn, mã máy, dữ liệu nội dung, giao diện người dùng là những bộ phận tạo nên CTMT nhưng không phải yếu tố nào cũng được bảo hộ bản quyền. Các công trình nghiên cứu tiêu biểu dưới đây đã chỉ ra và lý giải về cách xác định phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT:

⁹ Lữ Thành Long (2017), Cách mạng công nghiệp lần thứ tư là gì, Vnexpress, <http://vnexpress.net/projects/cach-mang-cong-nghiep-lan-thu-tu-la-gi-3571618/index.html>, 09/8/2017

¹⁰ Trong hệ thống Common Law, thuật ngữ được sử dụng là copyright, dịch là bản quyền. Trong hệ thống Civil Law thuật ngữ được sử dụng là author's right, nghĩa là quyền của tác giả. Không chỉ khác nhau ở việc sử dụng thuật ngữ, hai hệ thống luật này còn có sự khác biệt về đối tượng quyền hướng tới: đối với bản quyền hướng tới việc bảo hộ quyền tài sản của chủ sở hữu tác phẩm, còn quyền tác giả thì lại hướng tới việc bảo hộ quyền của tác giả hơn.

Use and Expression: The Scope of Copyright Protection for Computer Programs (Sử dụng và Biểu hiện: Phạm vi bảo hộ bản quyền cho các chương trình máy tính) *đăng trên tạp chí The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law* số 5 năm 1985 của Leslie Wharton cho rằng bước đầu tiên để xác định bản chất của sự diễn đạt trong một chương trình là thiết lập mối quan hệ giữa mã nguồn và mã máy. Mã máy như bản sao của mã nguồn, là một thể loại bản dịch. Nếu vì mục đích bảo hộ bản quyền thì mã máy - với tư cách là một bản sao của mã nguồn thì phần tử được bảo vệ trong mã máy phải là những yếu tố chung mà mã mà máy và mã nguồn đều có.

Use and Expression: The Scope of Copyright Protection for Computer Programs, 5 Computer (Sử dụng và Biểu hiện: Phạm vi bảo hộ bản quyền cho các chương trình máy tính) trên tạp chí *Washington and Lee Law Review* số 43 tháng 1 năm 1986 của tác giả Susan A. Dunn xác định mã máy có thể được coi là một bản sao của chương trình nguồn cho các mục đích bản quyền và các phiên bản mã máy của chương trình không đáp ứng được kiểm tra chức năng giao tiếp do vậy không nên được bảo vệ theo luật bản quyền. Theo nghiên cứu này thì bảo vệ bản quyền không giới hạn trong từ ngữ và trình tự chính xác của mã nguồn. Các biến, thủ tục, chương trình con và các phần tử lập trình khác nếu là sáng tạo nguyên gốc của tác giả thì có thể được bảo vệ trong cả mã nguồn và mã máy.

An Analysis of the Scope of Copyright Protection for Application Programs (Một phân tích về phạm vi bảo hộ bản quyền đối với các chương trình ứng dụng) của Peter S. Menell tại tạp chí *Berkeley Law* năm 1988 chỉ ra rằng bảo vệ bản quyền cần mở rộng cho cả mã nguồn và mã đối tượng, dữ liệu được lưu trong bộ nhớ chỉ đọc (ROM), Chip bán dẫn, hoặc trên đĩa. Menell phân tích phạm vi bảo vệ pháp lý cho các giao diện máy tính là bảo vệ pháp lý cho màn hình hiển thị video vì tầm quan trọng của chế độ tương tác giữa máy tính và con người.

Determining the scope of copyright protection for computer/userfaces (Xác định phạm vi bảo vệ bản quyền cho giao diện máy tính, giao diện người dùng) của tác giả Janice M. Mueller đăng trên tạp chí *The John Marshall Journal of Information of Technology and Privacy Law* số 9 năm 1989 đã cố gắng làm rõ sự phân biệt giữa ý tưởng và sự diễn đạt của ý tưởng. Nguyên tắc lâu đời về bảo hộ bản quyền cho rằng bản quyền không bảo vệ ý tưởng, mà chỉ bảo vệ những biểu hiện của các ý tưởng. Khi áp dụng cho máy tính, vấn đề cần phải được phân định rõ là đặc tính biểu

hiện của giao diện có thể bảo hộ bản quyền, còn các chức năng của giao diện không thể được bảo hộ.

“*Computer Software and Intellectual Property*” (Phần mềm máy tính và tài sản trí tuệ) của dự án OTA¹¹ Project Staff vào tháng 3 năm 1990 kết luận rằng thông qua các vụ kiện, Tòa án cho rằng các CTMT cần bảo vệ mã nguồn, mã đối tượng, biểu đồ, vi mã và màn hình hiển thị nghe nhìn-được bảo vệ.

Qua các công trình nghiên cứu tiêu biểu trên thấy rằng việc xác định phạm vi bảo hộ của QTG có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT. Trên thế giới đã có các công trình nghiên cứu này tương đối nhiều, tuy nhiên ở Việt Nam chưa có công trình nào về phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT. Pháp luật Việt Nam hiện hành tại khoản 1 điều 22 Luật SHTT giới hạn chỉ bảo hộ 2 yếu tố của CTMT là mã nguồn và mã máy. Vậy sự giới hạn này đã đủ để bảo hộ quyền của các chủ thể? Có khuyến khích việc phát triển thị trường phần mềm tại Việt Nam? Vấn đề này NCS sẽ tiếp tục làm rõ trong nội dung chương 3 của luận án.

(2) Giới hạn bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Giới hạn bảo hộ QTG là việc sử dụng bất kỳ tác phẩm đã được bảo hộ bản quyền mà không cần phải xin phép hoặc trả tiền thù lao cho chủ sở hữu bản quyền đó. Chẳng hạn như bình luận, phê bình, nghiên cứu, giảng dạy... một tác phẩm có bản quyền. Việc sử dụng như vậy có thể được thực hiện mà không có sự cho phép của chủ bản quyền. Nói cách khác, giới hạn bảo hộ là biện pháp chống lại những cáo buộc về vi phạm bản quyền. Nếu việc sử dụng của chủ thể đủ điều kiện để sử dụng hợp pháp, thì nó sẽ không được xem là vi phạm. Những công trình tiêu biểu nghiên cứu về vấn đề này như sau:

Fair use for Computer Programs and Other Copyrightable Works in Digital Form: The Implications of Sony, Galoob and Sega (Sử dụng hợp lý các CTMT và các tác phẩm có bản quyền khác dưới dạng số: Các hàm ý thông qua vụ kiện giữa của Sony, Galoob và Sega) của Pamela Samuelson đăng trên tạp chí Berkeley Law số 1 năm 1993. Pamela Samuelson cho rằng mục đích cuối cùng của bản quyền không chỉ là tối đa hóa các khoản thưởng tài chính cho chủ sở hữu bản quyền mà còn thúc đẩy việc sáng tạo và phổ biến các tác phẩm văn học và nghệ thuật nhằm nâng cao chất

¹¹ Phòng Thẩm định công nghệ Quốc hội Mỹ (U.S. Congress, Office of Technology Assessment)

lượng của công chúng tiếp cận kiến thức nên cần giới hạn lại quyền của tác giả, chủ sở hữu để đạt mục tiêu trên.

The Collaborative Integrity of Open-Source Software (Sự toàn vẹn hợp tác của phần mềm nguồn mở) của Greg R. Vetter trong tạp chí UTAH Law Review số 2 năm 2004. Nghiên cứu phân tích bảo vệ pháp lý cho CTMT mã nguồn mở bằng cách so sánh với quyền bảo vệ sự toàn vẹn các tác phẩm truyền thống. Sự so sánh tập trung vào quyền nhân thân, do đó người ta có thể phản đối việc thay đổi tác phẩm của mình, thậm chí sau khi chuyển giao bản quyền tác phẩm cho một chủ thể khác. Giấy phép mã nguồn mở là sự cho phép có điều kiện để sử dụng CTMT có bản quyền bao gồm mã nguồn đã có sẵn kèm theo trong CTMT và những điều khoản sử dụng CTMT không phải trả phí bản quyền. Những điều kiện này tạo cơ hội cho các nhà phát triển CTMT có thể sử dụng lại mã nguồn mà không cần phải xin phép hay trả tiền cho chủ sở hữu.

The Right of Integrity in Software: An Economic Analysis (Quyền toàn vẹn trong phần mềm: Phân tích dưới góc độ kinh tế) của tác giả Yonatan Even, đăng trên tạp chí Santa Clara High Technology Law Journal, số 2 năm 2006. Các quyền nhân thân ở hệ thống Dân luật nhằm mục đích bảo vệ quyền cá nhân, phi kinh tế của tác giả. Do tính chất phi kinh tế của các quyền này, tòa án đã áp dụng thường không xem xét hiệu quả kinh tế của việc áp dụng. Thay vào đó, tòa án chỉ đơn giản có thể giả định rằng các quyền nhân thân thúc đẩy một số giá trị xã hội phi kinh tế, và do đó không có ý nghĩa đến đối với sự đổi mới, sáng tạo hoặc phúc lợi xã hội. Phân tích của Yonatan Even chỉ ra những lợi ích khi một tác phẩm viết được bảo vệ sự toàn vẹn, tuy nhiên nếu áp dụng quyền này cho CTMT thì không phù hợp vì bất kỳ quyền toàn vẹn trong CTMT sẽ không thúc đẩy sáng tạo, đổi mới nâng cấp CTMT.

*Moral right in France: towards a pragmatic approach?*¹² (Quyền nhân thân ở Pháp: hướng tới một cách tiếp cận thực tế) của André Lucas đăng trên tạp chí Blaca¹³. Nghiên cứu này cho thấy việc thực hiện quyền nhân thân cũng có thể bị hạn chế chứ không phải là một quyền tuyệt đối: Án lệ được tạo ra trong trường hợp tranh chấp vở kịch Les Misérable, tòa án Pháp quyết định rằng không thể cấm một tác giả không được viết phần tiếp theo cho một tác phẩm mà trước đó đã được viết bởi một tác giả

¹² Andre Lucas, (2009), Moral right in France: towards a pragmatic approach? <http://www.blaca.org/Moral%20right%20in%20France%20by%20Professor%20Andre%20Lucas.pdf>, truy cập 17/6/2018.

¹³ Blaca là tạp chí online của Hiệp hội Bản quyền các tác phẩm văn học nghệ thuật Anh.

khác. Liên quan đến các CTMT, tác giả cho rằng quyền bảo vệ sự toàn vẹn CTMT cũng đã bị giảm xuống theo những quy định chung trong phạm vi của Điều 6bis của Công ước Berne. Nghiên cứu này chỉ nhắc đến phần nhỏ về CTMT theo pháp luật của Pháp, đặt trong sự bảo hộ bằng QTG với các tác phẩm viết, chứ không phân tích sâu về đặc thù riêng của CTMT.

(3) Nghiên cứu về lạm dụng bản quyền đối với chương trình máy tính

Nghiên cứu Misuse or use: That is the software copyright question của James A.D. White đăng trên tạp chí Berkeley Tech số 12 năm 1997 Tr.252-288. Nghiên cứu phân tích những hành vi lạm dụng với những hình thức khác nhau diễn ra trong công nghiệp phần mềm. Xem xét những lợi thế và nhược điểm của cách tiếp cận chống độc quyền đối với việc lạm dụng bản quyền và sau đó khám phá các khía cạnh độc đáo của CTMT so với các tác phẩm có bản quyền khác, từ đó chỉ ra rằng việc nhận diện hành vi lạm dụng bản quyền đối với CTMT không dễ dàng như những tác phẩm khác, ví dụ như trường hợp có sự kết hợp giữa phần cứng để bán phần mềm và ngược lại. Do vậy, tác giả kết luận rằng một lý thuyết lạm dụng bản quyền CTMT nên tồn tại độc lập với luật chống độc quyền. Tiếp đó, James xem xét sự ảnh hưởng của lý thuyết lạm dụng bản quyền lên CTMT và kết luận rằng, trong trường hợp không có một lý thuyết như vậy trước đây thì các tòa án cũng đã sử dụng các lý thuyết khác để hạn chế độc quyền lên CTMT như lý thuyết sử dụng hợp lý và lý thuyết miễn trừ bản quyền.

Copyright Protection of Operating Software, Copyright Misuse, and Antitrust của Dennis S. Karjala số 9 tạp chí Cornell Journal of Law and Public Policy năm 1999 Tr.116-192.

Nghiên cứu nổi bật bởi việc lý giải lý do tại sao cần phải ngăn chặn hành vi lạm dụng bản quyền vì việc cung cấp cho chủ sở hữu quá nhiều độc quyền thì sẽ dẫn đến tình trạng chủ sở hữu sẽ không có động lực cải tiến sản phẩm cạnh tranh với các đối thủ khác. Ngoài ra Dennis S. Karjala cũng đưa ra khái niệm hiệu ứng mạng để chỉ một hệ quả khi người tiêu dùng thích sử dụng các sản phẩm liên kết hoặc liên quan với nhau. Hiệu ứng đó là một phần vốn có của thị trường và có thể không thể sửa đổi thông qua luật chống độc quyền. Do vậy người tiêu dùng sẽ được hưởng lợi nhiều hơn nếu sử dụng sản phẩm trong một môi trường có nhiều sự lựa chọn.

Các giải pháp đưa ra: 1, không làm gì cả, để thị trường tự điều tiết. 2, sử dụng lý thuyết lạm dụng bản quyền trong các vụ tranh chấp cụ thể, tuy nhiên lý thuyết lạm

dụng bản quyền chỉ có thể giúp phát hiện vấn đề chứ không phải là một chế tài cụ thể để có thể xử lý vụ việc vi phạm; và 2, quy định chống lạm dụng bản quyền tại luật về chống độc quyền.

The Justification and Scope of the Copyright Misuse Doctrine and Its Independence of the Antitrust Laws của Charnelle, Ilan đăng trên tạp chí UCLA Entertainment Law Review số 2 năm 2002 Tr. 167-199. Lý thuyết lạm dụng bản quyền cũng giống như lý thuyết lạm dụng bằng sáng chế đều nhằm mục đích tạo điều kiện cho các mục tiêu và chính sách đằng sau luật bản quyền để cân bằng lợi ích của tác giả và lợi ích công cộng với nhau. Do đó, phần thưởng của tác giả phải tương xứng với những nỗ lực sáng tạo của người đó. Vậy nên theo quan điểm của Charnelle nếu tác giả được phép yêu cầu quyền lợi vượt quá bản quyền mà pháp luật quy định, thì sau đó tác giả sẽ không nhận được gì cả. Tác giả cũng đã mô hình hóa hành vi lạm dụng bản quyền trong CTMT đó là lạm dụng bản quyền phát sinh khi chủ sở hữu bản quyền liên kết CTMT có bản quyền với các sản phẩm không được cấp phép trong giấy phép sản phẩm có bản quyền.

Đồng thời, nghiên cứu cũng cho thấy nếu lý thuyết lạm dụng bằng sáng chế đóng vai trò như một mô hình cho lý thuyết lạm dụng bản quyền và việc phát hiện lạm dụng bằng sáng chế không dựa trên việc tìm ra vi phạm chống độc quyền sẽ dẫn đến lý thuyết lạm dụng bản quyền hạn chế lạm dụng bản quyền độc lập với luật chống độc quyền. Lạm dụng xảy ra khi chương trình cấp phép của chủ sở hữu bản quyền trực tiếp cấm phát triển và tiếp thị các sản phẩm mới, thường là phần cứng và chương trình phần mềm. Dù nghiên cứu này không đề cập riêng đối với CTMT nhưng tất cả những ví dụ đưa ra đều là những trường hợp lạm dụng bản quyền CTMT trên thực tiễn để minh họa cho những lý luận mà Charnelle nêu. Qua đó, có thể thấy mức độ ảnh hưởng lớn của lý thuyết lạm dụng bản quyền lên việc bảo hộ QTG đối với CTMT.

(4) Thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Free software and copyright enforcement: A tool for global copyright policy?¹⁴ của tác giả Ville Oksanen và Mikko Välimäki năm 2006 tại tạp chí Knowledge and Policy số 18(4) Trang 101-112. Các tổ chức mã nguồn mở đang sử dụng các quy tắc của bản quyền để thực thi giấy phép phần mềm miễn phí của họ một cách tích cực

¹⁴ Ville Oksanen and Mikko Välimäki (2006), Free Software and Copyright Enforcement - A Tool for Global Copyright Policy?, https://www.researchgate.net/publication/225134460_Free_software_and_copyright_enforcement_A_tool_for_global_copyright_policy truy cập 15/4/2021

như Liên minh Phần mềm Doanh nghiệp đang thực thi bản quyền của khách hàng. Nghiên cứu đã chỉ ra việc thực thi thực tế phức tạp hơn, và có một sự khác biệt đáng kể: cộng đồng phần mềm miễn phí chủ yếu sử dụng các phương pháp thực thi phi pháp luật đã quy định và tin tưởng vào các chuẩn mực xã hội. Nghiên cứu cho rằng phần mềm miễn phí có thể được sử dụng như một công cụ để làm cho bản quyền được chấp nhận nhiều hơn trong các quốc gia kém phát triển hơn vì nó có kết nối tích cực với bản quyền và cách tiếp cận dựa trên cộng đồng và đề xuất rằng Tổ chức Sở hữu Trí tuệ Thế giới nên đưa phần mềm miễn phí vào chương trình phát triển của mình.

India: Software Protection Under Copyright Law của tác giả Khushboo Tomar đăng trên tạp chí Mondaq năm 2019¹⁵. Vi phạm bản quyền về cơ bản là hành vi thực hiện bất kỳ quyền nào của chủ sở hữu bản quyền mà không được phép của chủ sở hữu. Trong trường hợp của các CTMT, các quyền thường xuyên bị xâm phạm là sao chép mã và tạo ra các tác phẩm phái sinh. Ấn Độ chắc chắn đã đạt được những bước tiến lớn trong việc bảo vệ phần mềm máy tính thông qua luật bản quyền.

Infringing Software Property Rights: Ontological, Methodological, and Ethical Questions của hai tác giả Nicola Angius & và Giuseppe Primiero đăng trên tạp chí *Philosophy & Technology* số 33, Trang 283–308 năm 2020 với nội dung cả tập quán và luật pháp đều thừa nhận rằng trong quá trình thực thi một số ngoại lệ đối với quyền kiểm soát tác phẩm của người sáng tạo là cần thiết vì lợi ích công cộng. Các chuyên gia máy tính không nên phản đối quá mức việc sử dụng hợp lý các tác phẩm trí tuệ của họ bao gồm mã nguồn mở miễn phí và công việc được đưa vào phạm vi công cộng. Các chuyên gia máy tính không nên yêu cầu quyền sở hữu tư nhân đối với công việc mà họ hoặc những người khác đã chia sẻ dưới dạng tài nguyên công cộng”.

Mặc dù thực thi QTG đối với CTMT là một vấn đề còn nhiều bất cập và cần được quan tâm nhưng chưa có công trình nào đi sâu vào nội dung trên. Các công trình nghiên cứu chỉ dừng lại ở thực thi quyền SHTT nói chung. Hầu như rất ít công trình nghiên cứu về vấn đề thực thi QTG đối với CTMT.

¹⁵ Khushboo Tomar (2019), *India: Software Protection Under Copyright Law*, Mondaq, <https://www.mondaq.com/india/copyright/802408/software-protection-under-copyright-law> , truy cập 15/4/2021

1.1.2. Các công trình tại Việt Nam

Bảo hộ phần mềm máy tính ở Việt Nam của tác giả Nguyễn Đình Huy đăng trên tạp chí Khoa Học Pháp Lý số 8 năm 2002. Tác giả cho rằng: (1) bảo hộ PMMT bằng quyền tác giả rất đơn giản và mang lại hiệu quả cao nhất vì không phải đăng ký tác phẩm, thời gian bảo hộ quyền tác giả dài hơn so với quyền sở hữu công nghiệp. (2) Việc thực thi khó thực thi trên thực tế vì ở nước ta việc quản lý nhà nước, quản lý xã hội quyền tác giả hoạt động không có hiệu quả, ý thức tôn trọng quyền tác giả của người dân rất thấp. (3) Sẽ hợp lý hơn nếu như thời hạn bảo hộ PMMT được quy định là 25 năm kể từ ngày được công bố, phổ biến. (4) Lợi ích của chủ sở hữu và người sử dụng phần mềm luôn luôn “mâu thuẫn”, đối lập nhau. Chủ sở hữu muốn quyền lợi của mình được pháp luật bảo vệ một cách tuyệt đối, thời hạn bảo hộ dài, được nhận tiền thù lao cao.... Ngược lại, người sử dụng muốn được tự do sử dụng phần mềm, trả tiền thù lao thấp, thậm chí không phải trả càng tốt.... Do vậy, nếu quyền lợi của một bên được chú trọng và bảo vệ một cách thái quá thì quyền lợi của bên còn lại sẽ bị ảnh hưởng. (5) từ những vấn đề trên có thể rút ra một kết luận rằng vấn đề cân bằng lợi ích giữa chủ sở hữu và người sử dụng phần mềm là một trong những yếu tố quyết định đem lại hiệu quả cho việc bảo hộ PMMT. Nghĩa là pháp luật phải có những quy định làm giao thoa hài hòa lợi ích của chủ sở hữu và người sử dụng.

Bảo hộ phần mềm máy tính để phát triển công nghiệp phần mềm của nhóm tác giả Trần Việt Dũng, Lê thị Nam Giang và Mai Hồng Quý đăng trên tạp chí Nghiên Cứu Lập Pháp số 5, tháng 5, năm 2004 trước khi Luật SHTT được ban hành nên NCS chỉ chọn lọc những nội dung vẫn còn giá trị hiện nay: những bất cập trong quá trình bảo hộ về thời gian bảo hộ là chưa phù hợp, phạm vi bảo hộ chưa rõ ràng, trong đó nhấn mạnh hoạt động thực thi QTG đối với CTMT hiện nay cần được tăng cường nâng cao hiệu quả hoạt động của các cơ quan thực thi quyền tác giả, Hơn nữa, các tranh chấp về PMMT là lĩnh vực hết sức mới mẻ đối với các thẩm phán Việt Nam nên cần thiết phải có quy định riêng về vấn đề này.

Tăng cường bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ ở Việt Nam của tác giả Phạm Quốc Trung đăng trên tạp chí kinh tế và dự báo số 8 (424) tháng 4 năm 2008 đã nêu những lợi ích của thực thi quyền SHTT và đưa ra các kiến nghị: Một là, cần có mức xử phạt

đủ nặng về mặt kinh tế và pháp lý đối với các hành vi vi phạm, xâm phạm quyền SHTT để tăng tính nghiêm minh và thực thi có hiệu quả các quy định của Luật SHTT; Hai là, các cơ quan chức năng phải chi tiết, cụ thể từng quy định đã được ban hành và hình thành khung mức phạt cụ thể cho từng hành vi vi phạm, xâm phạm; Ba là, phải xây dựng được hệ thống giám sát mang tính liên ngành nhằm phòng, chống một cách hiệu quả các hành vi vi phạm, xâm phạm quyền SHTT. Trong đó lưu ý đến việc chuẩn bị đủ lực lượng thực hiện và phải thực hiện một cách nghiêm túc, thường xuyên, tránh tình trạng phát động theo phong trào; Bốn là, thúc đẩy thương mại hoá các hoạt động SHTT, tuyên truyền và nâng cao nhận thức về giá trị kinh tế và những lợi ích hợp pháp của việc thương mại hoá các sản phẩm trí tuệ cũng như việc tuân thủ nghiêm túc Luật SHTT; Năm là, ngoài việc tiếp tục hoàn thiện các văn bản pháp quy về SHTT, cần quy định rõ cơ quan đầu mối quản lý và có chế tài xử lý thích hợp đối với các vi phạm của cả người thực thi cũng như người quản lý việc thực thi; Sáu là, để phát triển bền vững trong hội nhập và hội nhập hiệu quả trên phương diện bảo vệ hợp pháp quyền SHTT, cần đẩy mạnh đào tạo và đào tạo theo quy chuẩn quốc tế nguồn nhân lực về SHTT.

Một số vấn đề về bảo hộ phần mềm máy tính hiện nay của tác giả Hoàng Minh Huệ tại tạp chí Hoạt động khoa học số 596 ra tháng 01.2009. Theo đó, tác giả cho rằng QTG là một giải pháp chưa hoàn thiện để bảo hộ PMMT, bảo hộ theo QTG là bảo hộ hình thức thể hiện của phần mềm chứ không bảo hộ ý tưởng trong phần mềm. Tính sáng tạo được bảo hộ ở đây là sự sáng tạo trong thể hiện (chọn dùng, sắp xếp các mã lệnh, các câu lệnh của ngôn ngữ lập trình...) mang tính “bản gốc” không phụ thuộc vào giá trị của phần mềm và điều này là không phù hợp với đối tượng PMMT. Tiếp đó tác giả kiến nghị nếu có được Luật Bản quyền PMMT riêng là tốt nhất, vì PMMT khác hẳn các đối tượng sở hữu trí tuệ khác, nó có thể thoả mãn đặc tính của: Tác phẩm (quyền tác giả); sáng chế, giải pháp hữu ích; nhãn hiệu; bí mật kinh doanh.

Bảo hộ CTMT như một đối tượng độc lập của quyền SHTT của TS. Trần Văn Hải đăng trên tạp chí Nhà Nước và Pháp Luật, số 11 (295)/2012, tr. 33-42 nêu lên khá toàn diện và đầy đủ những vấn đề bất cập trong quá trình bảo hộ QTG đối với CTMT như (1) QTG sẽ vi phạm nguyên tắc tính nguyên gốc của tác phẩm (2) Khi bảo hộ CTMT như một tác phẩm văn học, đồng nghĩa với việc đã công nhận việc vi phạm pháp luật quyền tác giả là tất yếu, dẫn chứng là việc sửa đổi chương trình phần mềm nguồn mở; (3) Khó thực thi việc bảo hộ quyền tài sản đối với CTMT vì những

đặc điểm cơ bản của CTMT dễ sao chép, dễ lưu trữ, dễ phân phối. (4) Thời hạn bảo hộ quyền nhân thân của tác giả CTMT được quy định tại khoản 1, 2, 4 điều 19 Luật SHTT là vĩnh viễn. Như đã phân tích ở trên, quy định này là không cần thiết vì nó ngăn cản quyền của người sử dụng khi cải tiến, nâng cấp CTMT. Thực tế thì quy định này không được thực hiện đối với CTMT. Từ đó có những kiến nghị: Nên coi CTMT là đối tượng độc lập của quyền SHTT, bởi vì bảo hộ quyền tác giả cho CTMT hay cấp patent cho nó đều bộc lộ những bất cập như đã phân tích. Khi coi CTMT là đối tượng độc lập của quyền SHTT thì phải có quy định riêng để bảo hộ nó, quy định này không phải là bản sao các quy định của pháp luật quyền tác giả và pháp luật về sáng chế, nhưng nó phải loại bỏ được những bất hợp lý trong các mục như đã phân tích ở trên.

Xâm phạm bản quyền trong môi trường số: giải pháp cho các nhà phát triển công nghệ Lê Thị Thu Hà và Đào Thị Mai Quyên Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 2+3(306+307), tháng 2/2016 đã chỉ ra được các hành vi xâm phạm QTG trong môi trường kỹ thuật số. Nghiên cứu làm rõ hành vi xâm phạm QTG đối với hình thức chia sẻ các dữ liệu giữa những người dùng với nhau thông qua mạng internet. Các hành vi xâm phạm này bao gồm hành vi từ người sử dụng và hành vi của đơn vị cung cấp dịch vụ chia sẻ, người cung cấp phần mềm và thiết bị công nghệ cao dựa trên kinh nghiệm thực thi của Mỹ, Pháp. Từ đó đưa ra các kiến nghị các biện pháp hạn chế hành vi xâm phạm bản quyền thông qua hình thức chia sẻ trực tuyến: tăng cường biện pháp kỹ thuật, biện pháp giáo dục, khuyến khích phát triển công nghệ chia sẻ trực tuyến hợp pháp.

Thực thi pháp luật sở hữu trí tuệ thông qua hoạt động xét xử tại Tòa án của tác giả Nguyễn Hải An đăng trên tạp chí Tòa Án Nhân Dân năm 2018¹⁶. Bài viết nêu lên những vấn đề bất cập về thẩm quyền xét xử tranh chấp quyền SHTT, áp dụng biện pháp dân sự trong thực thi quyền SHTT, các biện pháp khẩn cấp tạm thời, xác định thiệt hại do hành vi xâm phạm tài sản trí tuệ, giám định SHTT, năng lực xét xử của Tòa án trong giải quyết tranh chấp về tài sản trí tuệ.

Bảo hộ chương trình máy tính theo pháp luật Việt Nam: Thực tiễn và thách thức của tác giả Trần Kiên đăng trên tạp chí Luật học, Tập 34, Số 4 (2018) 51-61 đưa

¹⁶ Nguyễn Hải An (2018), Thực thi pháp luật sở hữu trí tuệ thông qua hoạt động xét xử tại Tòa án, Tạp chí Tòa án, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/xet-xu/thuc-thi-phap-luat-so-huu-tri-tue-thong-qua-hoat-dong-xet-xu-tai-toa-an>

ra những vấn đề còn tồn tại như : (1) điều kiện bảo hộ quyền tác giả không hoàn toàn thích hợp khi áp dụng cho CTMT vì tính nguyên gốc không được bảo đảm; (2) phạm vi bảo hộ CTMT chưa thật sự rõ ràng. Luật Việt Nam dường như chỉ bảo hộ mã nguồn và mã máy của chương trình vi tính. Thế còn toàn bộ cấu trúc của CTMT ví dụ như trình tự, tổ chức, menu lệnh, toàn bộ giao diện và cảm nhận về chương trình (những yếu tố phi văn bản của mã nguồn) thì có được bảo hộ không? Việt Nam cũng chưa có sự phân loại CTMT thành các loại như hệ điều hành, phần mềm lập trình, phần mềm ứng dụng dù các chương trình này có chức năng, mục tiêu khá là khác biệt nhau. (3) thời hạn bảo hộ quyền tác giả đối với CTMT là bất hợp lí với vì quá dài so với sự phát triển của một CTMT. (4) các quy định hiện nay về sử dụng hạn chế đối với CTMT tỏ ra là thiếu hợp lí. Một số hành vi sử dụng hạn chế quan trọng, được pháp luật nhiều nước quy định nhưng luật Việt Nam lại chưa thừa nhận. Ví dụ như hành vi quan sát, nghiên cứu và thử nghiệm chức năng của một CTMT hay hành vi phân tích ngược một CTMT. (5) với sự phát triển và tác động mạnh mẽ của môi trường internet, không gian ảo, việc bảo hộ CTMT càng trở nên khó khăn và phức tạp. Nhưng bài viết chỉ dừng lại ở việc đưa ra những hạn chế, tồn tại chứ tác giả chưa đưa ra được những kiến nghị, giải pháp cho những thách thức đó.

Thực thi quy định về sở hữu trí tuệ trong EVFTA: Góc nhìn từ phía doanh nghiệp châu Âu và một số vấn đề đặt ra đối với doanh nghiệp Việt Nam của tác giả Đinh Mạnh Tuấn- Vũ Thụy Trang đăng trên tạp chí Cộng Sản ngày 30/9/2020¹⁷. Bài viết đã nêu lên những thách thức của Việt Nam khi gia nhập EVFTA như và các hành vi xâm phạm trực tuyến quyền tác giả còn nhiều, những hạn chế về kiến thức và kinh nghiệm của cán bộ phụ trách lĩnh vực sở hữu trí tuệ tại địa phương của Việt Nam cũng khiến các nhà đầu tư châu Âu lo ngại về những biện pháp xử phạt trong lĩnh vực này theo quy định của địa phương. Đồng thời, bài viết cũng kiến nghị các doanh nghiệp, các cơ quan quản lý nhà nước cần nâng cao năng lực trong lĩnh vực SHTT để đáp ứng với những tiêu chuẩn mới của EVFTA.

Ngoài ra, các nghiên cứu khác mang tính hệ thống liên quan đến quyền tác giả đối với CTMT luận văn thạc sĩ *Bảo hộ quyền tác giả, quyền liên quan trong môi*

¹⁷ Đinh Mạnh Tuấn- Vũ Thụy Trang (2020), Thực thi quy định về sở hữu trí tuệ trong EVFTA: Góc nhìn từ phía doanh nghiệp châu Âu và một số vấn đề đặt ra đối với doanh nghiệp Việt Nam, Tạp Chí Cộng Sản, <https://www.tapchicongsan.org.vn/web/guest/quoc-phong-an-ninh-oi-ngoai1/-/2018/819650/thuc-thi-quy-dinh-ve-so-huu-tri-tue-trong-evfta--goc-nhin-tu-phia-doanh-nghiep-chau-au-va-mot-so-van-de-dat-ra-voi--doanh-nghiep-viet-nam.aspx#>

trường kỹ thuật số - một số vấn đề lý luận và thực tiễn, của tác giả Quán Tuấn An, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2009.... có đề cập một phần đến QTG đối với CTMT, chỉ nêu những quy định chung của luật và những khó khăn khi thực thi luật. Luận văn thạc sĩ "*Quyền tác giả đối với CTMT một số vấn đề lý luận và thực tiễn*" của tác giả Phạm Minh Sơn, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2006 có đưa ra những cơ sở lý luận chung về quyền tác giả nhưng chưa phân tích cụ thể những đặc thù riêng của quyền tác giả CTMT như thế nào nên chưa nói lên được những yêu cầu riêng của bảo hộ quyền tác giả đối với CTMT là gì, những ưu và nhược điểm của hình thức bảo hộ này như thế nào.

1.1.3. Đánh giá chung tình hình nghiên cứu về bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính và những nội dung sẽ được kế thừa, làm rõ trong luận án.

Xét một cách tổng quát, từ những năm 80 thế kỷ thứ 20 trên thế giới đã có nhiều nghiên cứu về bảo hộ QTG đối với CTMT đi sâu vào những nội dung cụ thể của việc bảo hộ như xác định phạm vi các yếu tố trong CTMT được bảo hộ, giới hạn quyền nhưng tại Việt Nam thì chỉ mới bắt đầu nghiên cứu từ những năm 2000 trở lại và đa số các nghiên cứu đều có tính bao quát các vấn đề của bảo hộ QTG đối với CTMT chứ không đi sâu vào một khía cạnh cụ thể. Các công trình nghiên cứu trên thế giới tập trung chủ yếu tại các quốc gia có dự phát triển mạnh về công nghệ phần mềm như Mỹ, Anh, ngoài ra còn có Ấn Độ là quốc gia có thị trường gia công phần mềm lớn hiện nay. Điều đó cũng giải thích lý do tại sao Việt Nam bắt đầu nghiên cứu muộn hơn 20 năm và chưa thật sự nhiều công trình nghiên cứu với những nội dung chuyên sâu mà đa số các nghiên cứu hiện nay tại Việt Nam mới chỉ nêu lên những bất cập về quy định của luật trong quá trình bảo hộ QTG đối với CTMT. Từng nội dung cụ thể cho thấy:

- *Về phạm vi bảo hộ*, các công trình nghiên cứu trên thế giới đã làm rõ về các yếu tố bảo hộ và giới hạn QTG đối với CTMT và về vấn đề thực thi QTG đối với CTMT tại các quốc gia, đã phân nào chỉ ra và lý giải trên cơ sở kỹ thuật lập trình và lợi ích kinh tế tại sao cần xác định những yếu tố trên. Những công trình liên quan đến phạm vi bảo hộ QTG của CTMT đã xác định những thành phần, yếu tố nào cấu trúc nên CTMT từ đó yêu cầu bảo hộ QTG với mã nguồn, mã máy, lược đồ, giao diện người dùng có liên quan mật thiết đến các đoạn mã tạo ra; những yếu tố còn lại như chức năng kỹ thuật của CTMT và giao diện người dùng không liên quan mật thiết

đến các đoạn mã của CTMT thì không bảo hộ. Dựa vào phân tích quy trình tạo ra CTMT của các lập trình viên, các nghiên cứu cho các nhà khoa học pháp lý thấy rõ những đặc thù riêng của việc lập trình và nhu cầu cần bảo hộ những yếu tố cụ thể. Việc xác định rõ những yếu tố được bảo hộ trong CTMT sẽ giúp cho quá trình áp dụng việc bảo hộ QTG của CTMT được cụ thể hơn trước những hành vi bị xâm phạm vào từng thành phần của CTMT. Liên quan đến nội dung này, trong các nghiên cứu của Việt Nam của nhóm tác giả Trần Việt Dũng, Lê Thị Nam Giang và Mai Hồng Quỳnh cũng như nghiên cứu của tác giả Trần Kiên đều có cùng quan điểm là phạm vi bảo hộ CTMT chưa thật sự rõ ràng. Tác giả Trần Kiên có nêu lên những yếu tố tạo nên CTMT và đặt câu hỏi về khả năng bảo hộ của những yếu tố này nhưng không khẳng định yếu tố nào trong đó được bảo hộ ngoài mã nguồn và mã máy. Quy định luật của Việt Nam hiện nay cũng không nêu rõ yếu tố nào trong CTMT được bảo hộ QTG, do vậy đây sẽ là nội dung được NCS chọn lọc và làm rõ trong nội dung của chương 3 luận án. Cụ thể, sẽ chỉ ra thành phần yếu tố cần bảo hộ trong CTMT tại Việt Nam, kiến nghị bổ sung các quy định về phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT.

Giới hạn QTG đối với CTMT cũng đã được các nhà khoa học pháp lý trên thế giới nghiên cứu trên cơ sở cân bằng lợi ích của người sáng tạo ra CTMT, chủ sở hữu CTMT, người sử dụng và lợi ích chung của xã hội. Các nghiên cứu đã chỉ ra 4 tiêu chí để bảo đảm một hành vi là sử dụng hợp lý (giới hạn quyền) chung cho các tác phẩm viết, nhưng đa số luật của các nước theo hệ thống Anh-Mỹ thì loại trừ giới hạn quyền áp dụng cho CTMT, riêng Liên Minh Châu Âu lại có những quy định riêng về độc quyền sử dụng CTMT và các giới hạn quyền dành cho CTMT¹⁸. Dù ở Việt Nam cũng đã có những tranh chấp liên quan đến các đoạn mã CTMT nhưng các nghiên cứu của Việt Nam cũng có đưa ra vấn đề về giới hạn quyền nhằm mục đích cân bằng lợi ích của các chủ thể, như nghiên cứu của tác giả Nguyễn Đình Huy khẳng định vấn đề cân bằng lợi ích giữa chủ sở hữu và người sử dụng phần mềm là một trong những yếu tố quyết định đem lại hiệu quả cho việc bảo hộ PMMT. Ngoài ra, bài viết của tác giả Trần Kiên cũng nêu ra vấn đề không hợp lý trong quyền sử dụng hạn chế đối với CTMT như hành vi quan sát, nghiên cứu và thử nghiệm chức năng của một CTMT, hay hành vi phân tích ngược một CTMT. Dù hoàn toàn đồng ý với kết luận trên của tác giả Nguyễn Đình Huy và Trần Kiên nhưng hai tác giả vẫn chưa đưa ra giải pháp nào cho những vấn đề đã nêu ra. Pháp luật Việt Nam đã có các quy định về giới hạn

¹⁸ Chỉ thị chung của Nghị viện và Hội đồng EU 2009/24/EC ngày 23/4/2009 về bảo hộ CTMT

quyền tại điều 25,26 Luật SHTT nhưng khi áp dụng lên CTMT thì những quy định về giới hạn này chưa phát huy được mục tiêu cân bằng lợi ích giữa các chủ thể. Do vậy, để đưa ra kiến nghị pháp luật thì cần có nhiều luận cứ và nghiên cứu cụ thể hơn nữa nên nội dung này sẽ được lĩnh hội, kế thừa và được NCS tiếp tục nghiên cứu trong chương 3 luận án. Cụ thể, đối với giới hạn quyền bảo hộ, đề tài chỉ ra các trường hợp cần thiết để giới hạn quyền của tác giả hay chủ sở hữu, qua đó kiến nghị bổ sung luật cho những trường hợp sử dụng mà không cần xin phép hay trả tiền cho người đang nắm giữ các độc quyền CTMT.

- *Về thực thi quyền*, trên thế giới vấn đề thực thi QTG đối với CTMT dường như không có nhiều nghiên cứu chuyên biệt mà đa số chỉ là một nội dung nhỏ trong những công trình nghiên cứu về QTG đối với CTMT, phản ánh việc thực tiễn áp dụng các quy định của luật để xử lý những hành vi xâm phạm như thế nào. Quá trình thực thi luôn đi kèm với việc xác định phạm vi bảo hộ quyền, theo như các nghiên cứu trên thế giới thì không thể nhận diện hành vi vi phạm QTG nếu không xác định phạm vi bảo hộ. Tại Việt Nam thực thi là một trong những khâu yếu nhất của việc bảo hộ trong chỉ quyền SHTT nói chung. Tỷ lệ xâm phạm QTG đối với CTMT tại nước ta còn cao, tuy nhiên lại không có nhiều nghiên cứu về vấn đề này. Ngoại trừ những nghiên cứu của BSA dựa trên kết quả báo cáo thường niên phản ánh về tình hình vi phạm thì hầu như chưa có những công trình nghiên cứu quy mô, hoặc đa số chỉ là những bài báo mang tính chất cung cấp thông tin về tình hình vi phạm QTG đối với CTMT. Các nghiên cứu trong nước cũng chỉ đề cập phần rất nhỏ về thực trạng thực thi QTG đối với CTMT hiện nay tại Việt Nam chứ chưa đi vào sâu phân tích để đưa ra các kiến nghị cụ thể, chưa thấy được các yếu tố tác động vào quá trình thực thi. Hai bài viết của nhóm tác giả Lê Thị Thu Hà, Đào Thị Mai Quyên và Đinh Mạnh Tuấn- Vũ Thụy Trang dù không trực tiếp nghiên cứu đối tượng là CTMT nhưng cũng đã có hướng gợi ý biện pháp hạn chế vi phạm trên môi trường internet chỉ ra những hạn chế về kiến thức và kinh nghiệm của cán bộ phụ trách lĩnh vực sở hữu trí tuệ tại địa phương trong quá trình thực thi hiệp định EVFTA. Những kết quả sơ bộ, ban đầu này sẽ được tiếp tục nghiên cứu cụ thể hơn đối với CTMT trong luận án tại chương 4. Tác giả Trần Văn Hải nêu lên thực trạng khó thực thi việc bảo hộ quyền tài sản đối với CTMT vì những đặc điểm cơ bản của CTMT dễ sao chép, dễ lưu trữ, dễ phân phối. Tác giả Nguyễn Đình Huy cũng đồng quan điểm về khó thực thi trên thực tế vì ở nước ta việc quản lý nhà nước, quản lý xã hội quyền tác giả hoạt động không có hiệu quả, ý thức tôn trọng quyền tác giả của người dân rất thấp. Tác giả Trần Việt

Dũng, Lê thị Nam Giang và Mai Hồng Quý có đưa ra nhận định động thực thi QTG đối với CTMT hiện nay cần được tăng cường nâng cao hiệu quả hoạt động của các cơ quan thực thi quyền tác giả, Hơn nữa, các tranh chấp về PMMT là lĩnh vực hết sức mới mẻ đối với các thẩm phán Việt Nam nên cần thiết phải có quy định riêng về vấn đề này. Theo NCS, dù các tác giả phản ánh khá chính xác thực trạng thực thi QTG đối với CTMT tại Việt Nam nhưng mới chỉ nêu lên vấn đề, nội dung tương đối mờ nhạt trong số các vấn đề khác của bài viết, có thể do giới hạn dung lượng bài viết nên chưa khai thác sâu. Do vậy NCS sẽ tiếp thu những thành quả đó và triển khai tiếp nội dung trong chương 4 của luận án.

Về lựa chọn hình thức bảo hộ, các nghiên cứu tại Việt Nam đều đề cập đến việc bảo hộ quyền SHTT đối với CTMT bằng QTG chưa phải là một giải pháp tối ưu vì vẫn còn nhiều bất cập. Các nghiên cứu đều xoay quanh nội dung cần có luật riêng điều chỉnh quyền SHTT đối với CTMT hoặc đưa CTMT thành đối tượng riêng để bảo hộ. Trong khi đó vấn đề này hiện nay trên thế giới các nghiên cứu liên quan đến quyền SHTT đối với CTMT hầu như đều không còn những nghi vấn liên quan đến bảo hộ quyền SHTT gì cho CTMT nữa mà chỉ dựa trên những thực tiễn phát sinh để hoàn thiện hơn các quy định của luật về QTG đối với CTMT.

Về thời gian bảo hộ, tương tự các nghiên cứu tại Việt Nam về QTG đối với CTMT hiện vẫn cho rằng thời gian bảo hộ QTG đối với CTMT khi áp dụng bảo hộ bằng QTG là hết 50 năm sau khi tác giả mất thì không phù hợp vì quá dài so với vòng đời của CTMT. Từ lâu các nghiên cứu trên thế giới đã không đề cập gì đến vấn đề này và hiện nay pháp luật của các quốc gia cũng như Việt Nam vẫn đang áp dụng thời hạn bảo hộ chung như tác phẩm viết, thực tiễn cũng không gây ra những trở ngại gì đáng kể để xem là một vấn đề cấp thiết cần phải hoàn thiện. Theo quan điểm của NCS, không cần thiết phải nghiên cứu về rút ngắn lại thời hạn bảo hộ cho phù hợp với vòng đời ngắn của CTMT vì do dù hết thời hạn bảo hộ, chủ sở hữu không chịu công khai mã nguồn cho công chúng thì việc rút ngắn thời hạn này cũng không có ý nghĩa.

Do vậy, NCS chọn lọc nội dung về phạm vi bảo hộ và thực thi QTG đối với CTMT để nghiên cứu trên cơ sở có sự kế thừa, tiếp nối những thành quả của các nghiên cứu trước để lại.

1.2. Cơ sở lý thuyết nghiên cứu

Sự hình thành các quy phạm pháp luật của đa số các nước có hệ thống lập pháp tiên tiến trên thế giới đều chịu ảnh hưởng bởi các lý thuyết kinh tế, chính trị, pháp lý, đạo đức học. Dù không được ghi nhận chính thức, nhưng tại Việt Nam sự ảnh hưởng các lý thuyết này lên hệ thống luật của Việt Nam một cách gián tiếp thông qua sự kế thừa, tham khảo việc điều chỉnh pháp luật của các nước phát triển, đặc biệt là trong lĩnh vực bảo hộ quyền SHTT. Do vậy, để nghiên cứu đề tài này, luận án sử dụng các lý thuyết kinh tế và thuyết SHTT để làm cơ sở lý luận cho những nội dung nghiên cứu như sau:

1.2.1. Lý thuyết sử dụng hợp lý (Fair use doctrine)

Sử dụng hợp lý¹⁹ có nội dung là những trường hợp sử dụng quyền SHTT ngoại lệ với những quy tắc quyền độc quyền của tác giả hoặc chủ sở hữu quyền SHTT mà không cần phải xin phép hoặc trả tiền.

Lý thuyết này bắt nguồn từ Anh - nơi được xem là cái nôi của các quy định về bản quyền. Vào năm 1740, Nhà xuất bản Fletcher Gyles đã xuất bản một bản sao tác phẩm *Pleas of the Crown* của tác giả Matthew Hale. Ngay sau khi xuất bản lần đầu tiên, các nhà xuất bản Wilcox and Nutt đã thuê nhà văn Barrow để thu gọn lại cuốn sách, có bổ sung thêm, sau đó phát hành ra thị trường với tên gọi là *Modern Crown Law*. Gyles với tư cách là chủ sở hữu bản quyền sách đã khởi kiện, tuyên bố quyền của ông theo Quy chế Bản quyền Anne đã bị vi phạm. Kết quả cho thấy cuốn sách không phải là một sự sao chép đơn thuần từ cuốn sách thứ nhất, một số chương đã bị cắt bỏ, trong khi các phần khác đã được thêm vào. Họ tiếp tục chỉ ra một thực tế là ấn phẩm của Gyles bao gồm 275 trang, trong khi tóm tắt chỉ chứa 35 trang. Do vậy, Tòa án cho rằng việc tóm tắt nội dung của một cuốn sách đã được xuất bản có thể được coi là một công việc mới hoàn toàn riêng biệt, vì sự tóm tắt cho thấy kết quả lao động sáng tạo, độc đáo và sự phán xét của người biên tập²⁰. Cuốn sách mới này không có nguy cơ xâm phạm quyền của tác giả hoặc quyền của người bán sách, người sở hữu quyền xuất bản. Thẩm phán của vụ kiện này là Hardwicke tiếp tục tranh luận

¹⁹ Washington State University, Fair use doctrine, <https://ucomm.wsu.edu/fair-use/>, 13/8/2017

²⁰ Curtis, George Ticknor (2005) [1847]. *A Treatise on the Law of Copyright in Books, Dramatic and Musical Compositions, Letters and Other Manuscripts, Engravings and Sculpture: As Enacted and Administered by England and America: With Some Notices of the History of Literary Property*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange. ISBN 1-58477-565-3. trích lại tại Gyles vs Modern Crown Law wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/Gyles_v_Wilcox, 13/8/2017 ngày 24/9/ 2009.

với Tổng chương lý về sự xác nhận của Anh và xứ Wales rằng Đạo luật Anne không chỉ cung cấp độc quyền xuất bản, thay vào đó quan trọng hơn là nhằm thúc đẩy giáo dục công cộng và lợi ích cộng đồng. Trong quyết định của mình, Hartwicke đã phản đối quan điểm hiện tại cho rằng Đạo luật Anne nên được giải thích rất nghiêm ngặt. Ông tuyên bố: "*Đạo luật (luật bản quyền Anne) phải xây dựng sự tự do, vì nó không phải là một độc quyền, vì nó được tạo ra để bảo đảm quyền tài sản của tác giả, hoặc người chủ sở hữu bản quyền dưới hình thức bù đắp cho lao động của họ trong các tác phẩm cũng như có thể được sử dụng bởi công chúng*"²¹. Từ bản án giải quyết tranh chấp giữa Gyles và Wilcox, Toà án Anh đã thành lập lý thuyết tóm lược công bằng cho phép các tác phẩm hình thành từ việc cắt xén, sửa đổi các tác phẩm khác có thể có QTG trong những trường hợp nhất định. Sau đó, lý thuyết này phát triển thành các khái niệm hiện đại về quyền sử dụng hợp lý ở Mỹ và quyền giao dịch hợp lý ở Anh, Canada và Australia. Tại Mỹ, sử dụng hợp lý là một lý thuyết phổ biến, sau đó được cụ thể hóa vào Đạo luật bản quyền năm 1976, mục 17 Điều 107 để trích dẫn, bình luận, báo cáo tin tức, nghiên cứu khoa học, học thuật, giảng dạy và lưu trữ thư viện. Việc bảo hộ bản quyền quá nghiêm ngặt sẽ làm giảm tính sáng tạo, ngược lại với mục đích quan trọng nhất của luật bản quyền. Lý thuyết sử dụng hợp lý tại Mỹ đã được toà án Mỹ ghi nhận lần đầu trong trường hợp tranh chấp bản quyền giữa Lawrence và Dana vào năm 1869²² với mục đích cân bằng giữa sự bảo hộ độc quyền và khuyến khích sáng tạo. Sau đó, vụ kiện giữa Folsom v. Marsh được coi là trường hợp "sử dụng hợp lý" đầu tiên tại Mỹ được hình thành bởi Thẩm phán Joseph Story, người đã đưa ra bốn yếu tố xác định sử dụng hợp lý đang được sử dụng ngày nay, và cuối cùng được ghi nhận trong Đạo luật Bản quyền năm 1976 là mục 17 Điều 107. Đó là mục đích, tính chất của việc sử dụng tác phẩm; Bản chất của tác phẩm có bản quyền; Số lượng và tính đáng kể của phần bị xâm phạm; Tác động của hành vi xâm phạm lên thị trường tiềm năng. Kể từ đó, quyền sử dụng hợp lý được áp dụng cho các vụ việc tranh chấp bản quyền tại Mỹ. Cùng với việc phát triển khoa học công nghệ, đặc biệt là môi trường kỹ thuật số, một số tổ chức đã thêm vào các quyền sử dụng

²¹ Patterson, Lyman Ray (1968), *Copyright in Historical Perspective*. Nashville, Tennessee: Vanderbilt University Press. ISBN 0-8265-1373-5. trích lại tại https://en.wikipedia.org/wiki/Gyles_v_Wilcox, 24/9/2009.

²² Xem bản án giữa Lawrence và Dana tòa Massachusetts năm 1869 tại <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0015.f.cas/0015.f.cas.0026.pdf>, 13/8/2017

hợp lý để hỗ trợ cho người sử dụng tác phẩm. Ví dụ: EFF²³, ACLU²⁴, NCAC²⁵, ALA²⁶, Lumen²⁷.

Hiện nay, tại Mỹ và một số quốc gia trên thế giới áp dụng quyền sử dụng hợp lý trong CTMT trong các trường hợp sửa đổi CTMT có bản quyền để sử dụng cá nhân miễn là không có sự phân phối lại hoặc quy mô thương mại, để tạo sự tương tác với các CTMT khác nếu đó là cách duy nhất để truy cập vào “ý tưởng và yếu tố chức năng” trong mã có bản quyền và khi “có lý do chính đáng để tìm kiếm quyền truy cập đó”. NCS sử dụng lý thuyết này để nghiên cứu về xác định các đối tượng được bảo hộ trong CTMT, các giới hạn bảo hộ QTG đối với CTMT, các trường hợp giới hạn quyền của chủ thể để tạo điều kiện cho các cá nhân, tổ chức khác tham gia vào nghiên cứu học tập và tạo tương tác với các CTMT.

1.2.2. Lý thuyết phân chia ý tưởng/biểu hiện

Lý thuyết phân chia ý tưởng/biểu hiện (ideal/expression dichotomy)²⁸ có nội dung là bản quyền chỉ bảo hộ hình thức biểu hiện của ý tưởng, không bảo hộ ý tưởng của biểu hiện. Về cơ bản, một tác phẩm viết có thể được phân biệt thành ý tưởng và biểu hiện. Một ý tưởng có thể được hình thành ở một trạng thái trừu tượng hoặc nó có thể được hình thành ở mức độ cụ thể. Sự phân chia giữa ý tưởng và biểu hiện phụ thuộc vào mức độ các điểm tương đồng chung giữa ý tưởng và biểu hiện. Theo nguyên tắc này thì vi phạm QTG sẽ không xảy ra đối với các tác phẩm có cùng một ý tưởng nhưng lại không có sự sao chép về mặt diễn đạt, biểu hiện. Bảo vệ ý tưởng chỉ có thể được thể hiện theo một hình thức khác gọi là sáng chế.

²³ Tổ chức biên giới điện tử - Electronic Frontier Foundation được thành lập vào năm 1990 là tổ chức phi lợi nhuận quốc tế hỗ trợ cho quyền tự do dân sự trong môi trường kỹ thuật số.

²⁴ Liên đoàn Quyền tự do dân sự Hoa Kỳ (*American Civil Liberties Union*) viết tắt *ACLU* một tổ chức phi chính phủ, phi lợi nhuận được thành lập năm 1920 với nhiệm vụ của là "để bảo vệ và giữ gìn các quyền và tự do cá nhân đảm bảo cho mọi người ở Mỹ theo Hiến pháp và pháp luật của Mỹ.

²⁵ Liên minh Quốc gia về Kiểm duyệt (National Coalition Against Censorship) Liên minh chống lại kiểm duyệt quốc gia (NCAC) được thành lập năm 1974, bao gồm 50 tổ chức phi lợi nhuận của Mỹ, là nhóm văn học, nghệ thuật, tôn giáo, giáo dục, chuyên nghiệp, lao động và dân sự. Liên minh hoạt động để bảo vệ quyền tự do suy nghĩ, truy vấn và biểu hiện từ kiểm duyệt và đe dọa kiểm duyệt thông qua giáo dục và tiếp cận cộng đồng, và vận động trực tiếp.

²⁶ American Library Association là một tổ chức phi chính phủ phi lợi nhuận, của Mỹ thành lập vào năm 1876 nhằm thúc đẩy hoạt động thư viện và giáo dục thư viện trên trường quốc tế.

²⁷ Kho lưu trữ "Chilling Effects" và hiện nay là Lumen là một website được thành lập vào năm 2001 với tư cách là liên minh của một số văn phòng luật và EFF để ghi lại việc sử dụng các tác phẩm ngưng bảo hộ bản quyền. Năm 2006, Đại học Stanford thực hiện một dự án gọi là "Dự án sử dụng hợp lý" (FUP) để giúp các nghệ sĩ, đặc biệt là các nhà làm phim, chống lại các vụ kiện từ các tập đoàn lớn.

²⁸ Edward Samuels, (1989) the idea - expression dichotomy in copyright law, *Tennessee Law Review Association, Inc.* Tr 325-327.

Là một trong những nguyên lý cơ bản nhất của QTG, nguyên tắc này có nguồn gốc từ Mỹ Từ năm 1879, thông qua án lệ giữa Baker v. Selden²⁹. Selden viết sách và đã đăng ký bản quyền cuốn mà ông viết về nội dung hệ thống sổ sách kế toán theo sau là các hình thức để đưa hệ thống vào sử dụng. Ông đã sắp xếp các cột và tiêu đề sao cho toàn bộ hoạt động của một ngày, tuần hoặc tháng là trên một trang hoặc trên hai trang đối diện nhau. Baker sau đó cũng viết và bán sách với các biểu mẫu với các cột và tiêu đề được sắp xếp tương tự như sách của Selden để đạt được cùng một kết quả. Khi Selden kiện, Tòa án đã quyết định các hình thức cấu trúc sắp xếp, định dạng của quyển sách Selden là không được bảo hộ bản quyền. Như vậy với phán quyết này Tòa án Mỹ đã xây dựng lý thuyết phân chia ý tưởng/biểu hiện là không bảo hộ ý tưởng hệ thống mô hình của tác phẩm...

Tại Anh, những quan điểm tương tự cũng được áp dụng tại các bản án tạo nên các nguyên tắc như: *"Sự phân đôi ý tưởng/biểu hiện của bản quyền là một sự cân bằng xác định giữa việc bảo vệ quyền của tác giả và việc sử dụng tác phẩm vì mục đích chung, cộng đồng"* qua vụ kiện giữa công ty Harper & Row và nhà xuất bản Nation Enters vào năm 1985. Hoặc *"không thể có bản quyền trong một ý tưởng đơn thuần, sự bảo vệ được đưa ra bởi luật bản quyền là chống sao chép"* của thẩm phán Wilberforce tại vụ kiện giữa Công ty LB Ltd và công ty Swish Products vào năm 1979.

Mặc dù Đạo luật Thiết kế và Sáng chế, Bản quyền (CDPA) 1988 của Anh không nói gì về sự phân chia ý tưởng/biểu hiện nhưng nguyên tắc này đã được ghi nhận tại Mục 102 (b) của Đạo luật Bản quyền Hoa Kỳ 1976, Điều 2 của Hiệp ước Bản quyền WIPO, Điều 9 (2) của Hiệp định TRIPS *phạm vi bảo hộ bản quyền bao gồm sự thể hiện và không bao gồm các ý đồ, trình tự, phương pháp tính hoặc các khái niệm toán học*; Điều 1 (2) của Chỉ thị 2009/24/ EC của Nghị viện và Hội đồng Châu Âu ngày 23/4/2009 về bảo vệ pháp lý các CTMT: *"Bảo vệ theo Chỉ thị này sẽ được áp dụng cho biểu thức dưới bất kỳ hình thức nào của CTMT. Các ý tưởng và nguyên tắc làm nền tảng cho bất kỳ yếu tố nào của CTMT, bao gồm cả các yếu tố làm nền tảng cho giao diện của nó, không được bảo vệ bởi bản quyền theo Chỉ thị này"*.

²⁹ Samuelson, Pamela (2004), A Turning Point in Copyright: Baker v. Selden and Its Legacy, Papers Presented in the Center for the Study of Law and Society Bag Lunch Speaker Series, [A Turning Point in Copyright: Baker v. Selden and Its Legacy \(escholarship.org\)](http://escholarship.org) truy cập 16/2/2019

Phạm vi bảo hộ của QTG rõ ràng chỉ bảo vệ các cách thể hiện ý tưởng cụ thể, thấy rằng bảo vệ bản quyền chỉ mở rộng cho các ý tưởng được chuyển thành dạng vật chất. Nếu ý tưởng tuy nguyên bản nhưng không có gì khác hơn là một ý tưởng thì không được bảo hộ bản quyền. Nguyên tắc này được tuyên bố bởi thẩm phán Denning MR³⁰ rằng *ý tưởng, suy nghĩ, sự tưởng tượng trong não của một người đàn ông không được bảo vệ, nhưng một khi đã thể hiện bằng hình thức vật chất có khả năng bảo vệ bản quyền*. NCS sử dụng thuyết này để nghiên cứu về các đối tượng được bảo hộ và không được bảo hộ QTG trong CTMT.

1.2.3. Lý thuyết hợp nhất

Nguồn gốc của lý thuyết này hình thành vào năm 1967 từ vụ Procter & Gamble³¹ - một công ty lớn sản xuất các sản phẩm gia dụng vào năm tại Mỹ. Năm 1957, Procter & Gamble đã mua lại công ty Clorox Chemical là nhà sản xuất chất tẩy trắng gia dụng hàng đầu và là công ty Mỹ duy nhất tại thị trường Mỹ nội địa. Clorox Chemical và một công ty khác chiếm gần 80% thị phần tại Mỹ, phần còn lại chia cho hơn 200 nhà sản xuất nhỏ. Ủy ban Thương mại Quốc gia Mỹ đã thực hiện các buổi kiểm tra, điều trần và nhận thấy rằng việc Procter mua Clorox sẽ ngăn cản những người mới tham gia vào lĩnh vực chất lỏng, không khuyến khích sự cạnh tranh tích cực từ các công ty đã có trong ngành này vì sợ bị trả thù từ Procter và làm giảm sự cạnh tranh tiềm năng bằng cách loại bỏ Procter, khách hàng tiềm năng nhất, người tham gia tiềm năng cho thị trường mua bán này. Ủy ban Thương Mại Mỹ khởi kiện Procter & Gamble và Tòa án Tối cao Mỹ đã kết luận việc mua lại vi phạm điều 7 của Đạo luật Clayton cấm các vụ sáp nhập và mua lại trong đó hiệu ứng "*có thể là cơ bản để giảm bớt cạnh tranh, hoặc có xu hướng tạo ra sự độc quyền*". Sau đó, Đạo luật Clayton đã được sửa đổi vào năm 1976 bởi Đạo luật cải thiện chống độc quyền của Hart-Scott-Rodino để yêu cầu các công ty lên có hoạt động sáp nhập hoặc mua lại công ty khác với quy mô lớn phải thông báo trước cho chính phủ về kế hoạch của họ.

Nội dung của thuyết này là khi ý tưởng và biểu hiện rất khó tách rời, chúng được cho là hợp nhất³². Nếu một ý tưởng và sự biểu hiện của ý tưởng gắn kết với

³⁰ Alfred Thompson (1899-1999) là một luật sư và thẩm phán người Anh. Ông trở thành Người đứng đầu Hội đồng thẩm phán tối cao Anh (House of The Lords) vào năm 1957. Khi về hưu, ông đã viết một vài cuốn sách và tiếp tục đưa ra ý kiến về tình trạng của luật chung thông qua văn bản và vị trí của mình trong Hội đồng thẩm phán tối cao Anh.

³¹ Xem thêm bản án tại <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/386/568/>, 03/11/2019

³² Michael Murray,(2006), Copyright, Originality, and the End of the Scenes a Faire and Merger Doctrines for Visual Works, , Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series, số 06-09Tr. 784-788 .

nhau, khi ý tưởng và biểu hiện của nó là một, hoặc có rất hạn chế các khả năng khác để thể hiện ý tưởng trong một công việc - thì biểu hiện của ý tưởng đó có thể không được bảo hộ QTG. Nguyên tắc phân chia ý tưởng/biểu hiện được xem như là sự khởi đầu, manh nha cho thuyết hợp nhất này. NCS sử dụng thuyết này để nghiên cứu về các đối tượng được bảo hộ và không được bảo hộ QTG đối với CTMT. Quyền sở hữu trí tuệ bên cạnh mục đích là để bảo vệ quyền sở hữu của những người phát triển sản phẩm trí tuệ mới, thì nó cũng tìm cách khuyến khích mọi người sáng tạo nhiều hơn và đổi mới hơn. Không phải trường hợp nào việc phân biệt ý tưởng/biểu hiện cũng rõ ràng. Đối với những tác phẩm mà ý tưởng và biểu hiện gắn liền với nhau, và biểu hiện đó không thể phân biệt được với ý tưởng thì không bảo hộ QTG đối với biểu hiện đó. Vì nếu ý tưởng và biểu hiện (cách diễn đạt của tác phẩm) hợp nhất mà có bảo hộ QTG thì sẽ cản trở sự phát triển, sáng tạo các tác phẩm trái với mục đích của luật bản quyền. NCS sử dụng lý thuyết này để lý giải những kiến nghị về xác định đối tượng bảo hộ QTG đối với CTMT và đồng thời lý giải sự cần thiết phải giới hạn lại quyền của tác giả, chủ sở hữu QTG đối với CTMT trong một số trường hợp.

1.2.4. Lý thuyết lạm dụng bản quyền

Lý thuyết lạm dụng bản quyền có nguồn gốc vào năm 1990 trong vụ tranh chấp giữa Lasercomb America và Reynold³³. Lasercomb đã sản xuất một phần mềm hỗ trợ máy tính và cấp phép cho Reynold và công ty của ông đã sử dụng. Tuy nhiên, việc sử dụng Reynold đã vượt quá phạm vi giấy phép mà ông có từ Lasercomb, vì nó đã tìm ra cách để phá vỡ hệ thống giới hạn số lượng bản sao hoạt động. Reynold khẳng định rằng mặc dù đã vi phạm bản quyền của Lasercomb, nhưng không chịu trách nhiệm pháp lý vì Lasercomb đã lạm dụng bản quyền của mình trong thỏa thuận cấp phép cho phần mềm và tòa án đã đồng ý với lập luận này. Trong điều khoản thỏa thuận Lasercomb bán kèm theo quy định người được cấp phép phải đồng ý không phát triển chương trình thiết kế hỗ trợ máy tính cạnh tranh trong 99 năm, vượt xa thời hạn bảo vệ của chương trình Lasercomb bởi luật bản quyền tại thời điểm đó là 75 năm. Tòa án cho thấy rằng Lasercomb đang cố gắng mở rộng hiệu quả thời hạn và phạm vi bản quyền của nó vượt quá những gì luật bản quyền cho phép và điều đó sẽ ngăn mọi người phát triển CTMT cạnh tranh một cách hợp pháp. Đó là hành vi lạm dụng của Lasercomb và tòa án đã từ chối thực thi bản quyền của họ đối với Reynold.

³³ Xem chi tiết bản án tại Lasercomb America và Reynold <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/961/211/208690/>, ngày 03/11/2019

Một khía cạnh thú vị của vụ án là Reynold và công ty của ông chưa bao giờ ký kết với nhau về thỏa thuận cấp phép, nhưng điều đó không có gì khác biệt - Lasercomb đã lạm dụng bản quyền của mình để khiến người khác phải đồng ý thực hiện.

Nội dung của lý thuyết này hạn chế chủ sở hữu lợi dụng quyền của mình để đưa ra các yêu cầu vượt quá quyền mà chủ sở hữu được pháp luật cho phép thực hiện. Mục đích ban đầu khi đạo luật Anne về bản quyền được ban hành (quy định luật đầu tiên về bản quyền) là để bảo vệ quyền lợi của chủ sở hữu bản quyền, tuy nhiên qua quá trình áp dụng luật bản quyền của các quốc gia cho thấy chủ sở hữu bản quyền luôn cố gắng sử dụng các quyền độc quyền của mình để có được sự bảo vệ nhiều hơn mức có thể. Sự cố gắng đó của chủ sở hữu bản quyền vô hình kìm hãm sự sáng tạo, hoặc cản trở việc phát triển sản phẩm trí tuệ của chủ thể khác thì đó được coi là lạm dụng bản quyền. Hay nói một cách khác lạm dụng bản quyền xảy ra khi chủ sở hữu bản quyền cố gắng thay đổi các giới hạn cơ bản mà nhà nước đặt ra để cân bằng lợi ích giữa người chủ sở hữu bản quyền và các chủ thể khác và nó vi phạm các quy định được thể hiện trong việc cấp bản quyền.

Bảo vệ lạm dụng bản quyền tương tự như khiếu nại chống độc quyền, trong đó chủ sở hữu bản quyền đã lạm dụng quyền độc quyền hạn chế do bản quyền quy định. Tuy nhiên, quyết định của Lasercomb cho thấy rõ ràng việc bảo vệ lạm dụng bản quyền có sẵn ngay cả khi việc sử dụng sai nhưng không đạt đến mức vi phạm luật chống độc quyền. Lạm dụng bản quyền chỉ đặt ra trong quá trình thực thi, do vậy NCS để làm cơ sở lý thuyết phân tích pháp luật hiện hành Việt Nam bảo đảm được yếu tố cân bằng quyền trong quá trình thực thi QTG đối với CTMT.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

Trong phạm vi chương 1 tổng quan tình hình nghiên cứu, luận án đã làm rõ những nội dung cụ thể:

Thứ nhất, tình hình nghiên cứu pháp luật bảo hộ QTG đối với CTMT trên thế giới và ở Việt Nam như (1) các đối tượng được bảo hộ QTG trong CTMT, (2) các giới hạn QTG đối với CTMT, (3) các nghiên cứu về lạm dụng bản quyền đối với CTMT và (4) vấn đề thực thi QTG đối với CTM làm cơ sở để xác định những nghiên cứu tiếp theo và những nội dung được kế thừa.

Thứ hai, luận án đã đưa ra những đánh giá chung về các công trình trên với tình hình nghiên cứu tại Việt Nam và rút ra những nội dung đã được phân tích khá rõ trong các nghiên cứu đó là: những nội dung về bảo hộ QTG đối với CTMT đã được các nhà nghiên cứu pháp lý trên thế giới tiến hành khá lâu, ở Việt Nam thì mới bắt đầu được 20 năm trở lại đây, và các nghiên cứu tại Việt Nam chưa có những bài chuyên về một khía cạnh cụ thể nào của quá trình bảo hộ QTG đối với CTMT nên nội dung của các nghiên cứu tại Việt Nam dù có góc nhìn tổng thể bao quát nhưng chưa nhiều công trình đi vào từng nội dung cụ thể như của các nghiên cứu trên thế giới. Do vậy, luận án sẽ chọn lọc và nghiên cứu những nội dung chưa được nghiên cứu nào tại Việt Nam là phạm vi bảo hộ và thực thi QTG đối với CTMT. Hoàn thiện những nội dung này sẽ khuyến khích cho sự phát triển của các CTMT tại Việt Nam.

Thứ ba, luận án cũng đưa ra các lý thuyết làm cơ sở cho việc nghiên cứu những vấn đề pháp lý xuyên suốt luận án đó là (1) thuyết sử dụng hợp lý, (2) thuyết phân chia ý tưởng/biểu hiện, (3) thuyết hợp nhất sẽ làm cơ sở nghiên cứu phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT và (4) thuyết lạm dụng bản quyền sẽ làm cơ sở để nghiên cứu quá trình thực thi tại Việt Nam.

CHƯƠNG 2. CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ BẢO HỘ QUYỀN TÁC GIẢ ĐỐI VỚI CHƯƠNG TRÌNH MÁY TÍNH

2.1. Khái luận bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

2.1.1. Khái niệm, đặc điểm, phân loại của chương trình máy tính

(1) Khái niệm chương trình máy tính

Là sản phẩm công nghệ được sử dụng phổ biến nhất hiện nay, khái niệm về CTMT được hiểu theo Khoản 1 Điều 2 Quyết định 128/2000/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 20/11/2000 về một số chính sách và biện pháp khuyến khích đầu tư và phát triển công nghiệp phần mềm như sau: *"Chương trình là một tập hợp các câu lệnh được mô tả bằng bất kỳ ngôn ngữ, mã hay hệ thống ký hiệu nào và được thể hiện hoặc lưu trữ trong các vật mang tin (có hoặc không kèm theo các thông tin liên quan), được dùng trực tiếp hoặc dùng gián tiếp sau khi qua một hoặc hai khâu sau: Chuyển đổi sang một ngôn ngữ, mã, hệ thống ký hiệu khác; Tái tạo sang một vật mang tin khác; làm cho một dụng cụ có khả năng xử lý thông tin thực hiện một chức năng nào đó."* Theo Khoản 1 Điều 22 Luật SHTT: *"CTMT là tập hợp các chỉ dẫn được thể hiện dưới dạng các lệnh, các mã, lược đồ hoặc bất kỳ dạng nào khác, khi gắn vào một phương tiện mà máy tính đọc được, có khả năng làm cho máy tính thực hiện được một công việc hoặc đạt được một kết quả cụ thể."* Tiêu đề 17 Điều 101 Luật Liên Bang Mỹ quy định: *"CTMT là một tập hợp các câu lệnh hoặc hướng dẫn được sử dụng trực tiếp hoặc gián tiếp trong máy tính để mang lại một kết quả nhất định."* Như vậy luật của Mỹ và Việt Nam khá tương đồng về nội hàm của CTMT. Tuy nhiên, các quốc gia tại Châu Âu lại có xu hướng không nêu rõ khái niệm về CTMT trong luật của mình mà sử dụng khái niệm CTMT trong mục (7) Chỉ thị của Liên minh Châu Âu 2009/24/EC: *"Thuật ngữ CTMT sẽ bao gồm các chương trình dưới mọi hình thức, kể cả những chương trình được tích hợp vào phần cứng. Thuật ngữ này cũng bao gồm công việc thiết kế chuẩn bị dẫn đến sự phát triển của một CTMT với điều kiện bản chất của công việc chuẩn bị là một CTMT có thể là kết quả của nó ở giai đoạn sau"* như Pháp, Czech, Anh... Đạo luật Bản quyền, Kiểu sáng và Sáng chế năm 1988 của Anh quy định rằng bản quyền tồn tại trong một tác phẩm văn học gốc, được định nghĩa là bao gồm một CTMT và "tài liệu thiết kế chuẩn bị cho một CTMT" và không xác định những gì tạo thành một CTMT. Đối với nội dung này Đạo luật lại sử dụng những hướng dẫn tại Chỉ thị phần mềm của Liên minh Châu Âu quy định

rằng CTMT bao gồm cả tài liệu thiết kế chuẩn bị cho mục đích này, được bảo vệ bởi bản quyền như một tác phẩm văn học. Tại Đức, dù không được quy định tại văn bản luật, nhưng thông qua quyết định của Tòa án Tối Cao Liên Bang Đức các CTMT là các chương trình thuộc bất kỳ loại nào bao gồm vật liệu thiết kế chuẩn bị³⁴. Tòa án Tối cao Liên Bang Đức xác định các CTMT như một chuỗi trong số các lệnh, sau khi ghi trên phương tiện có thể đọc được bằng máy, là có khả năng gây ra một máy với khả năng xử lý thông tin để hiển thị, thực hiện hoặc đạt được một số chức năng, nhiệm vụ hoặc kết quả. WCT³⁵ không chứa bất kỳ định nghĩa nào về CTMT nhưng Điều khoản mẫu của WIPO tại section 2 về Bảo vệ các CTMT đưa ra khái niệm như sau: CTMT có nghĩa là một tập hợp các lệnh có khả năng, khi được kết hợp trong một phương tiện máy có thể đọc được, khiến cho một máy có khả năng xử lý thông tin chỉ ra, thực hiện hoặc đạt được một chức năng, nhiệm vụ hoặc kết quả cụ thể³⁶.

Nhìn chung, qua khái niệm về CTMT có thể thấy:

Thứ nhất, việc quy định khái niệm CTMT không phải được ghi nhận đồng đều ở các nước. Việt Nam thuộc nhóm các quốc gia thể hiện sự ghi nhận rõ về khái niệm này trong luật thực định. Nhìn chung, các định nghĩa về CTMT được bao gồm trong luật quốc gia, phù hợp với các yếu tố nội dung cơ bản của định nghĩa được trích dẫn ở trên trong Điều khoản mẫu của WIPO.

Thứ hai, có sự khác biệt về nội hàm khái niệm CTMT ở các nước về nội dung tài liệu sơ bộ tạo ra CTMT, hoặc tài liệu hướng dẫn sử dụng CTMT thuộc phạm vi khái niệm CTMT hay không? Đối với Việt Nam và Mỹ thì yếu tố này không thuộc khái niệm CTMT mà thuộc khái niệm về phần mềm, trong khi đó Chỉ thị của EU và các quốc gia Châu Âu lại thừa nhận đó cũng là CTMT. Nội hàm của khái niệm về CTMT của Việt Nam hẹp hơn so với khái niệm CTMT của EU, một trong những nội dung của Chỉ thị chỉ ra ý nghĩa của khái niệm tài liệu chuẩn bị; có nội dung như sau: “*Thuật ngữ CTMT sẽ bao gồm các chương trình dưới mọi hình thức, kể cả những chương trình được tích hợp vào phần cứng; thuật ngữ này cũng bao gồm công việc chuẩn bị thiết kế dẫn đến sự phát triển của một chương trình máy tính với điều kiện là bản chất của công việc chuẩn bị sao cho một CTMT có thể là kết quả của nó ở giai*

³⁴ Legal Protection of Computer Programs/Databases and Software Licences Central- and Eastern Europe (2014). Tr. 11

³⁵ . WIPO Copyright Treaty, Hiệp ước bản quyền của Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới.

³⁶ . Yoshiyuki Miyashita (1991), International Protection of Computer Software, Computer/Law Journal, số. 41 , Tr. 48-49.

đoạn sau. ” Trong Chi thị về chương trình máy tính của EU bao hàm trong khái niệm CTMT bao gồm cả tài liệu chuẩn bị nhưng tại Việt Nam thì không vì tài liệu chuẩn bị đó chưa thể được coi là một tập hợp các hướng dẫn với mục đích là khiến máy tính thực thi một tác vụ hoặc chức năng cụ thể; nó chỉ là cơ sở để tạo ra sự hướng dẫn sử dụng. Dù chỉ giới hạn nội hàm CTMT là các chỉ dẫn nhưng các tài liệu chuẩn bị, tài liệu hướng dẫn đó cũng có thể được bảo vệ QTG, như theo các quy định chung về tác phẩm văn học và nghệ thuật tại Việt Nam.

Thứ ba, các yếu tố để xác định CTMT sẽ là: (1) tập hợp các chỉ dẫn được thể hiện dưới dạng các lệnh, các mã, lược đồ hoặc bất kỳ dạng nào khác, (2) gắn vào một phương tiện mà máy tính đọc được, (3) có khả năng làm cho máy tính thực hiện được một công việc hoặc đạt được một kết quả cụ thể. Thực tế thuật ngữ CTMT dường như được hiểu là chỉ đề cập đến mã nguồn và mã đối tượng cũng có thể dẫn đến khó khăn trong việc phân tích các tác phẩm được bảo hộ QTG có thể tồn tại trong một phần mềm. Như vậy, những dạng tồn tại của CTMT trên thực tế tương đối phong phú, đa dạng, không chỉ bao gồm là mã. Những sản phẩm đáp ứng đầy đủ 3 yếu tố trên ngoài mã của sản phẩm phần mềm còn có trò chơi máy tính (game), các CTMT xuất hiện trong máy tính bảng, điện thoại thông minh, các CTMT trong trong các dây chuyền sản xuất sản phẩm hàng hóa, máy móc, dụng cụ. Vậy những yếu tố khác như những nội dung hiển thị trên màn hình, những gì người dùng nhìn thấy và nghe thấy khi họ đang chơi trò chơi hoặc đang sử dụng CTMT như đồ họa, âm nhạc hoặc hiệu ứng âm thanh được bảo vệ bởi QTG như là các tác phẩm viết khác tại điều 14 Luật SHTT chứ không phải là CTMT.

Cần phân biệt khái niệm CTMT và phần mềm, trong thực tiễn thường có sự nhầm lẫn giữa khái niệm CTMT và khái niệm PMMT. Theo Luật Công nghệ thông tin năm 2006, sửa đổi bổ sung 2017 Khoản 12 Điều 4: *Phần mềm là chương trình máy tính được mô tả bằng hệ thống ký hiệu, mã hoặc ngôn ngữ để điều khiển thiết bị số thực hiện chức năng nhất định.* Đối với nhiều người sử dụng, khái niệm CTMT và PMMT hầu như không có gì khác biệt lắm, và đa số người dùng đều sử dụng thuật ngữ "phần mềm". Tuy nhiên, xét dưới góc độ kỹ thuật và pháp lý thì đây là hai khái niệm khác nhau, không thể hoán đổi cho nhau. "Phần mềm" có nội hàm rộng hơn "CTMT" vì trong định nghĩa trên phần mềm bao gồm cả CTMT. Dưới cách tiếp cận về kỹ thuật lập trình, phần mềm bao gồm CTMT, hướng dẫn cài đặt và các tài liệu ghi chú, trong một phần mềm bao gồm từ hai CTMT trở lên. Có thể thấy mối tương quan giữa phần mềm và CTMT như sau: một phần mềm có thể là CTMT nhưng một

CTMT chưa hẳn là phần mềm. Hay nói cách khác, phần mềm là một sản phẩm, CTMT là tập hợp những đoạn mã có thể thực hiện nhiều nhiệm vụ để thực hiện các chức năng quan trọng nhất trong phần mềm. Trong một phần mềm thường sẽ có rất nhiều CTMT con, mỗi CTMT con đó sẽ đảm nhiệm một nhiệm vụ nhất định. Ví dụ chương trình diệt virus sẽ có những nhóm CTMT (nhóm mã) thực hiện nhiệm vụ truy quét các file tập tin, nhóm mã sẽ thực hiện nhiệm vụ tháo gỡ các file phát hiện có mã độc....Giá trị thương mại của CTMT đối với người sử dụng là chức năng hoạt động của nó, chứ không phải là các đoạn mã nên thuật ngữ phổ thông thường sử dụng là phần mềm. Đối với người sử dụng, phần mềm và CTMT đều hướng đến chức năng sử dụng của sản phẩm nên thuật ngữ phần mềm được sử dụng khá phổ biến vì tính ngắn gọn, dễ phân biệt với phần cứng của máy tính (hardware). Nhiều quốc gia, kể cả Việt Nam, thuật ngữ pháp lý ghi nhận bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ là CTMT³⁷.

Kết cấu của PMMT bao gồm ba phần: phần thứ nhất là CTMT gồm mã nguồn và mã máy, phần thứ hai là cấu trúc dữ liệu gồm cấu trúc làm việc và cấu trúc lưu trữ; phần thứ ba là các tài liệu liên quan gồm hướng dẫn kỹ thuật, tài liệu tham khảo và tài liệu phát triển. Trong ba yếu tố trên thì CTMT là yếu tố hạt nhân quan trọng nhất, nó giống như vai trò của trung tâm, các yếu tố còn lại là dữ liệu và tài liệu chỉ đóng vai trò bổ sung cho CTMT. Các tài liệu ở đây đóng vai trò giúp cho người sử dụng có thể hiểu được các mô tả và chức năng của CTMT, giúp cho người dùng tiếp cận với các CTMT nhanh hơn và hiệu quả hơn. Cũng có thể thấy rằng trong ba thành phần cấu thành phần mềm thì tỉ trọng hàm lượng chất xám của CTMT là nhiều nhất so với hai thành phần còn lại. Do vậy nếu dưới góc độ là một sản phẩm thương mại ứng dụng giải quyết các nhu cầu của con người thì CTMT không phải là một đối tượng độc lập mà nó chứa đựng trong sản phẩm phần mềm, vì ngoài các đoạn mã, người dùng còn cần các dữ liệu và tài liệu kèm theo, nhưng CTMT lại là một đối tượng độc lập được bảo hộ của QTG theo Điểm m Khoản 1 Điều 14 Luật SHTT. Do vậy so với các đối tượng còn lại trong phần mềm thì CTMT cần được điều chỉnh riêng trong QTG.

(2) Đặc điểm của chương trình máy tính

³⁷ Trương Thị Tường Vi (2020), Một số vấn đề pháp lý về sáng chế liên quan đến CTMT, Tạp chí Pháp Luật Và Phát Triển số tháng 11&12. Tr 75.

Mặc dù được bảo hộ quyền SHTT như là một tác phẩm viết dưới bản quyền nhưng CTMT trên thực tế có những điểm khác biệt cơ bản so với các tác phẩm truyền thống khác, và những đặc điểm này thật sự có tác động đáng kể tới tính khả thi của các quy định về QTG:

Thứ nhất, người sử dụng CTMT không chú trọng đến quá trình tạo ra một CTMT trong khi tất cả các tác phẩm viết khác thì công chúng, người sử dụng đều có thể nhận biết được các chất liệu tạo ra tác phẩm, cách diễn đạt sự biểu hiện của tác phẩm dù là vô hình hay hữu hình. Người sử dụng có thể nhận biết các thành phần tạo thành tác phẩm đó bằng các giác quan (nghe nhìn) thì đối với CTMT người dùng thường hoàn toàn không quan tâm và cũng không thể biết được việc tạo ra mã nguồn như thế nào nên các tác giả của các tác phẩm văn học, nghệ thuật rất cần được bảo hộ quyền nhân thân vì những giá trị cá nhân tác giả tham gia vào trong giai đoạn tạo ra những tác phẩm này, còn tác giả của CTMT thì dường như không cần chú trọng lắm về việc được bảo vệ quyền nhân thân.

Thứ hai, CTMT không được cảm nhận bằng cảm xúc. Khi sử dụng các tác phẩm viết khác, con người có thể cảm nhận bằng cảm xúc. (cảm nhận bài văn, thơ, nhạc, tác phẩm hội họa...) Nhưng đối với CTMT giống như bộ sưu tập dữ liệu hay sơ đồ thì không cảm nhận được bằng cảm xúc. Đúng là tất cả các tác phẩm đều có một số chức năng nhất định. Ví dụ: chúng ta có thể sử dụng âm nhạc để thay đổi tâm trạng con người, sách và phim để giáo dục, định hướng tư duy con người hoặc cung cấp thông tin, giải trí. Tất cả những việc sử dụng tác phẩm đều mang chức năng truyền đạt thông tin cho người dùng. Có một sự khác biệt giữa các CTMT và các tác phẩm khác, đó là các CTMT được tạo ra, trước hết là để giải quyết các công việc của con người. CTMT được sử dụng để thực hiện tính toán, tìm kiếm các thông tin, lưu trữ dữ liệu, kiểm soát các hoạt động trong máy móc trang thiết bị, và chạy các hệ thống dây chuyền sản xuất của nhà máy... Không có bất kỳ loại tác phẩm viết nào khác được bảo hộ QTG mà có thể hỗ trợ con người trong các hoạt động như vậy.

Thứ ba, dấu ấn của tác giả không thể hiện trong việc sáng tạo chương trình máy tính. Mỗi tác phẩm đều thể hiện dấu ấn, phong cách cá nhân của từng tác giả, nhưng đối với CTMT thì không thể có đặc điểm này. Chúng ta dễ dàng thấy dấu ấn của tác giả hầu như không hề xuất hiện trong việc diễn đạt mã nguồn hay chức năng, công dụng của CTMT mà người sử dụng có thể nhận diện, cảm nhận được như các thể loại tác phẩm viết khác. Không ai có thể nhận biết được phong cách của lập trình viên là như thế nào vì một số CTMT được viết bởi một lập trình viên, nhưng có những

CTMT được tạo nên bởi hàng trăm lập trình viên khác nhau. Đây là một đặc điểm cho thấy sự khác biệt rất lớn giữa CTMT và các tác phẩm viết. CTMT được viết bởi ngôn ngữ lập trình mà mỗi ngôn ngữ lập trình có công thức riêng, diễn đạt riêng mà lập trình viên nào sử dụng chung một ngôn ngữ lập trình đều phải áp dụng như nhau.

Mục đích của bảo hộ quyền nhân thân là bảo vệ những giá trị tinh thần, tên tuổi và dấu ấn riêng của tác giả, bảo vệ những phong cách riêng của tác giả liên kết với tác phẩm trong quá trình tạo ra tác phẩm, nhưng ba đặc điểm khác biệt trên của CTMT làm cho việc bảo hộ quyền nhân thân của CTMT các tác phẩm khác như hiện nay là không phù hợp với đặc thù của CTMT. Việc tạo ra CTMT như là một nhiệm vụ công việc cần hoàn thành với những thao tác kỹ thuật theo quy chuẩn hơn là cảm xúc cá nhân tạo nên tác phẩm. Do vậy, một số quyền nhân thân như quyền đặt tên cho CTMT, quyền được đứng tên thật hoặc bút danh trên CTMT theo NCS là không thật sự có ý nghĩa với các lập trình viên.

Thứ tư, việc tạo ra CTMT phải tuân thủ những nguyên tắc trong lập trình phần mềm. Sự phá cách, không cần tuân theo quy luật nào trong nhiều tình huống tạo nên sự độc đáo, đặc biệt trong cách diễn đạt của các tác phẩm viết. Đối với CTMT nếu sự diễn đạt (trình bày các ký tự, câu lệnh) không tuân theo các quy tắc trong mỗi loại ngôn ngữ lập trình thì bị coi là lỗi, máy tính sẽ không hiểu được và không thể chạy được CTMT như ý muốn. Các lập trình viên phải học về kỹ thuật lập trình y như nhau, sau đó chọn lựa một loại ngôn ngữ lập trình để viết mã nguồn. Mỗi loại ngôn ngữ lập trình có những quy tắc riêng để thể hiện các câu lệnh và các kỹ sư phải tuân thủ các quy tắc đó, nếu không máy sẽ không thi hành được.

Thứ năm, CTMT có sự giao thoa giữa tác phẩm viết và các giải pháp kỹ thuật: CTMT là những chương trình làm việc, nhưng lại được mô tả như là các tác phẩm văn học thì cũng không sai. Việc tạo nên một CTMT là kết quả của quá trình diễn đạt mã nguồn. Sự thay đổi việc diễn đạt các mã nguồn khác nhau tạo nên các CTMT khác nhau, tương tự như việc tạo ra các tác phẩm viết khác là dựa trên sự sắp xếp trình bày các vật liệu tạo nên tác phẩm. Do vậy CTMT được bảo hộ dưới dạng tác phẩm viết. Các CTMT là sản phẩm của một quá trình thiết kế công nghiệp, là một quá trình xây dựng và lắp ráp các bộ phận chức năng. Không giống như các máy móc vật lý được chế tạo từ các bánh răng, dây, ốc, và các thành phần phần cứng khác, các chương trình được xây dựng từ các cấu trúc thông tin, như các thuật toán và cấu trúc dữ liệu. CTMT dù được xếp loại bảo hộ SHTT như là một tác phẩm văn học, nhưng nó vẫn là một sản phẩm của khoa học kỹ thuật công nghệ. Nếu sự diễn đạt các tác

phẩm văn học nghệ thuật, khoa học là kết quả mà người sử dụng sẽ cảm nhận được, sử dụng thì người sử dụng CTMT sẽ không sử dụng các mã nguồn đó mà họ sẽ dùng các chức năng, công dụng mang tính chất như là công cụ, giải pháp mà CTMT mang lại. Ví dụ chúng ta có thể thưởng thức một bản nhạc hay xem một bộ phim trên CTMT Realplayer, chúng ta chỉ cảm nhận tác phẩm điện ảnh hay âm nhạc đó chứ không cảm nhận gì chương trình Realplayer cả.

Thứ sáu, tính cập nhật của CTMT: mức tương thích của một chương trình trong hệ thống phân cấp CTMT là rất quan trọng bởi vì cho phép thực tế độc quyền đối với một chương trình gần cuối hệ thống phân cấp có thể đổi mới chương trình cấp cao hơn trên máy tính. Hay nói cách khác, đây là cũng là hình thức kéo dài tuổi thọ của CTMT. Nếu muốn có sức sống lâu dài, được nhiều người sử dụng và sử dụng trong thời gian dài thì CTMT cần phải được sửa lỗi, nâng cấp, cập nhật các phiên bản mới. Tuy nhiên, điều này không cần thiết đối với các tác phẩm viết khác, đối với đa số các tác phẩm viết nói chung chính sự nguyên bản đầu tiên mới tạo nên tác phẩm viết giá trị mà người sử dụng tìm kiếm như hội họa, điêu khắc, thơ...

Do những đặc điểm về nguyên tắc lập trình, về sự giao thoa sản phẩm khoa học kỹ thuật và tính cập nhật của CTMT nên theo NCS sẽ ảnh hưởng đến các nhu cầu của nhà sản xuất cần có quyền chủ động thay đổi mã, nâng cấp chỉnh sửa CTMT phù hợp với định hướng thị trường phần mềm chứ không nên thuộc về tác giả. Những đặc điểm của CTMT trên sẽ làm bước cơ sở để NCS nghiên cứu về bảo hộ QTG khi áp dụng lên CTMT trong những chương tiếp theo.

Ngoài ra, chúng ta thấy CTMT vẫn có những điểm tương đồng so với các tác phẩm viết khác: *Thứ nhất*, các CTMT có nhiều điểm tương đồng với các tác phẩm văn học truyền thống hơn: cách thức tạo ra bằng sự diễn đạt các ký tự bằng văn bản, chúng được sao chép một cách dễ dàng, và chúng là sản phẩm của lao động trí tuệ, sáng tạo. *Thứ hai*, cùng được bảo hộ dưới bản quyền, quyền tác giả được bảo hộ tự động không cần thông qua văn bằng bảo hộ nào. Việc đăng ký QTG là hình thức giúp cho chủ thể miễn nghĩa vụ chứng minh là chủ sở hữu, tác giả của tác phẩm mà thôi.

(3) Phân loại chương trình máy tính

Là một đối tượng đặc biệt trong các loại tác phẩm được bảo hộ QTG, CTMT tồn tại dưới những dạng khác nhau trên thực tế, mỗi loại có những đặc điểm riêng mà việc bảo hộ QTG cần phải được lưu ý. Tùy theo từng tiêu chí khác nhau mà chúng ta

có những phân loại khác nhau, và những loại CTMT khác nhau cũng đặt ra những yêu cầu khác nhau trong quá trình bảo hộ.

-*Theo tiêu chí công khai mã nguồn* chúng ta có CTMT đóng (mã nguồn đóng) và CTMT mở (mã nguồn mở).

CTMT nguồn đóng hay là CTMT không miễn phí và mã nguồn không được công bố công khai, người sử dụng phải trả tiền bản quyền cho chủ sở hữu. Thực tiễn cho thấy nhiều trường hợp vi phạm CTMT nguồn đóng như hành vi tìm cách tiếp cận, sao chép, chỉnh sửa, phân phối, bẻ khóa sử dụng CTMT một cách bất hợp pháp, hoặc không xin phép người chủ sở hữu để sử dụng mà không phải tốn chi phí.

CTMT nguồn mở là chương trình với mã nguồn được công bố công khai kèm với một giấy phép sử dụng có sẵn, do vậy bất cứ ai cũng có thể sử dụng, nghiên cứu, thay đổi, cải tiến CTMT và phân phối CTMT. Khi người sử dụng đáp ứng các yêu cầu trong giấy phép thì họ có quyền sử dụng CTMT đó và cả mã nguồn mà không cần phải xin phép hay trả tiền cho việc sử dụng đó nữa.

Phân loại này xuất phát từ nhu cầu muốn chia sẻ tri thức, thông tin và cùng nhau phát triển hệ thống các mã nguồn ngày một phong phú, chất lượng và trong sự đối lập với các quy tắc bảo hộ bản quyền với mã nguồn truyền thống nên xuất hiện sự phân biệt giữa mã nguồn đóng và mã nguồn mở. CTMT khi được tạo ra mặc nhiên là mã nguồn đóng, nên các quy định của luật áp dụng bảo hộ xác lập tự động, quyền của chủ sở hữu và tác giả CTMT được phát sinh tự động, kể cả độc quyền ngăn cấm người thứ ba sử dụng. Việc bảo hộ CTMT mã nguồn đóng căn cứ vào các quy định của pháp luật, trong khi đó việc bảo hộ CTMT mã nguồn mở là căn cứ vào các yêu cầu trong giấy phép mã nguồn kèm theo khi phân phối CTMT mã nguồn mở nên khi hành vi xâm phạm mã nguồn đóng là hành vi vi phạm luật, còn hành vi xâm phạm QTG đối với mã nguồn mở là vi phạm các yêu cầu của giấy phép sử dụng dẫn đến không đủ điều kiện để sử dụng mã nguồn và vi phạm các quy định về QTG đối với CTMT.

- *Theo phương thức hoạt động bao gồm*: CTMT hệ thống, CTMT ứng dụng, mã độc.

CTMT hệ thống là chương trình thiết kế cho việc vận hành và điều khiển phần cứng máy tính và cung cấp một cấu trúc cho việc chạy các CTMT ứng dụng. Hệ điều hành là về cơ bản là một phần mềm nền tảng được thiết kế cho phần cứng cụ thể và

trình bày giao diện cho người dùng cho phép viết hoặc sử dụng các chương trình ứng dụng thuận tiện hơn³⁸.

CTMT ứng dụng là chương trình để người sử dụng có thể hoàn thành một hay nhiều công việc nào đó ví dụ như các soạn thảo văn bản, trình chiếu, bảng tính excel Microsoft Office, nghe nhạc, xem phim như Window Media, các chương trình trò chơi (Flapy birds, Võ lâm truyền kỳ...).

Phân loại theo tiêu chí CTMT hệ thống hay CTMT ứng dụng này giúp nhận diện áp dụng quy định về CTMT trong trường hợp cần tạo sự tương tác giữa CTMT ứng dụng và CTMT hệ thống. CTMT ứng dụng cần phải chứa một số lượng nhất định đoạn mã của CTMT hệ thống mới có thể hoạt động được trên hệ điều hành. Ngoài ra, nhà sản xuất hệ điều hành có thể lợi dụng vị thế của mình để cài đặt những CTMT ứng dụng kèm theo như trình duyệt internet, chương trình diệt virus cũng hạn chế quá trình phát triển các ứng dụng tương tự của các nhà sản xuất khác. Do vậy quá trình bảo hộ QTG đối với CTMT nên giới hạn lại độc quyền này của chủ sở hữu CTMT hệ thống.

CTMT độc hại (mã độc, virus): Mã độc là một loại CTMT được tạo ra được đưa vào hệ thống máy tính một cách bí mật với nhiều mục đích khác nhau như xâm nhập, phá hoại hệ thống máy tính hoặc lấy trộm thông tin, làm gián đoạn, gây ảnh hưởng tới tính bí mật, tính toàn vẹn của máy tính. Mọi người hay bị nhầm lẫn với khái niệm khác là virus máy tính. Thực tế, virus máy tính chỉ là 1 phần nhỏ trong khái niệm mã độc. Virus máy tính hiểu đơn thuần cũng là một dạng mã độc nhưng sự khác biệt ở chỗ virus máy tính có khả năng tự phát tán. Điều 4 Luật Công nghệ thông tin năm 2006 định nghĩa: *“Virus máy tính là CTMT có khả năng lây lan, gây ra hoạt động không bình thường cho thiết bị số hoặc sao chép, sửa đổi, xóa bỏ thông tin lưu trữ trong thiết bị số”*. Virus máy tính là một loại CTMT, khi được thực thi, sẽ tự sao chép bằng cách sửa đổi các CTMT khác và chèn mã của chính nó³⁹.

Điều 71 BLHS 2015 hiện nay chỉ cấm việc sản xuất CTMT là mã độc, virus nhằm mục đích gây cản trở khả năng hoạt động bình thường của máy tính chứ không cấm việc sản xuất CTMT là mã độc, virus nhằm mục đích thí nghiệm, nghiên cứu. Vậy, các mã độc và virus có được bảo hộ QTG đối với CTMT hay không? Mặc dù

³⁸ Dennis S. Karjala (1999), Copyright Protection of Operating Software, Copyright Misuse, and Antitrust Dennis S. Karjala số 9 tạp chí Cornell Journal of Law and Public Policy năm 1999. Tr169-170

³⁹ Stallings, William (2012), Computer security : principles and practice. Boston: Pearson, Tr. 182.

các quy định của pháp luật Việt nam không chỉ ra cụ thể về việc bảo hộ bản quyền của các CTMT là virus, mã độc, nhưng cũng không loại trừ việc bảo hộ nếu các chương trình này đáp ứng các điều kiện bảo hộ QTG của CTMT: Theo Khoản 1 Điều 6 Luật SHTT được tạo ra nguyên gốc (không sao chép), được thể hiện dưới một hình thức nhất định, theo Điều 8 Luật SHTT không trái với đạo đức xã hội, trật tự công cộng, có hại cho quốc phòng, an ninh. Tác giả của các chương trình virus, bao gồm các nhà nghiên cứu an ninh mạng - những đang người tìm cách xác định và khắc phục lỗ hổng bảo mật trước khi sản phẩm chứa CTMT bị xâm phạm bởi sự từ các virus độc hại từ của bên thứ ba.

- *Theo mối quan hệ giữa người sử dụng và nhà sản xuất*: chúng ta có CTMT hàng loạt, và CTMT sản xuất theo đơn đặt hàng:

Những chương trình sản xuất hàng loạt có thể được bán cho bất kỳ khách hàng nào trên thị trường tự do. Đối với CTMT sản xuất hàng loạt chủ yếu dựa trên giấy phép mà nhà sản xuất CTMT kèm sẵn trong đĩa CD chương trình máy tính hoặc giấy phép online trên mạng internet. Ví dụ: chương trình diệt virus của Bkav, đồ họa như Photoshop, chương trình xem phim, nghe nhạc như Realplayer, phần mềm chat và gọi video skype...

Theo Khoản 7 Điều 3 Nghị định 71/2007/NĐ-CP Hướng dẫn Luật Công nghệ thông tin năm 2006 , sửa đổi bổ sung 2017 CTMT sản xuất theo đơn đặt hàng là CTMT được sản xuất theo các yêu cầu riêng của khách hàng hoặc người sử dụng. Những CTMT được viết theo đơn đặt hàng hay hợp đồng của một khách hàng cụ thể nào đó. Ví dụ: CTMT hoạt động trong các doanh nghiệp (chương trình kế toán; chương trình tính hóa đơn bán hàng...), cơ quan hành chính (quản lý văn bản đi, văn bản đến, thống kê số liệu...), trường học (chương trình quản lý học sinh, lên thời khóa biểu dạy và học...).

Việc phân loại này xuất phát từ nhu cầu sử dụng công dụng của CTMT từ phía những khách hàng khác nhau. Đối với CTMT sản xuất theo đơn đặt hàng này thường tồn tại một hợp đồng cụ thể quy định quyền và nghĩa vụ giữa nhà sản xuất CTMT hoặc đại lý phân phối CTMT và bên sử dụng nên QTG đối với CTMT sẽ được bảo hộ thông qua hợp đồng. Khác với những CTMT sản xuất hàng loạt thường dựa vào những quy định pháp luật về QTG đối với CTMT và giấy phép kèm theo khi bán ra.

- *Căn cứ vào mối liên hệ với nhà cung cấp phần mềm* chúng ta có CTMT dịch vụ gọi là SaaS và CTMT cài đặt gọi là on-premise.

Đối với CTMT dạng on premise như Microsoft Words, Unikey, Lacviet...người sử dụng cần cài đặt trong máy tính của mình và sử dụng. Tuy nhiên xu hướng hiện nay là sử dụng CTMT dạng SaaS vì có nhiều ưu điểm hơn như sử dụng nguồn tài nguyên phong phú của nhà cung cấp CTMT, tự động cập nhật, tiết kiệm chi phí, dễ dàng sử dụng mọi lúc mọi nơi. Những CTMT SaaS hiện nay như Amazone Web Services, Dropbox, Google, Zalo...đang đóng vai trò quan trọng vì tính tiện dụng và hữu ích của nó. Sự khác biệt cơ bản giữa hai dạng CTMT này đó là đối với CTMT dạng on- premise thì như người sử dụng phải cài đặt CTMT trong máy tính của mình và sử dụng không cần có sự kết nối với nhà sản xuất CTMT nên khả năng bị phát hiện sử dụng trái phép không cao. Trong khi đó việc bảo hộ CTMT dạng SaaS thuận lợi hơn nhờ có điều kiện bắt buộc là phải kết nối internet giữa CTMT và nhà sản xuất. Do vậy, nhà sản xuất- chủ sở hữu CTMT sẽ dễ dàng kiểm soát việc sử dụng CTMT có bản quyền hay không, nên việc bảo hộ QTG đối với CTMT dành cho hai loại CTMT này cũng cần chú trọng những đặc điểm khác biệt trên của từng loại CTMT. Các nhà sản xuất CTMT đang nỗ lực để phát triển mạnh các CTMT dưới dạng SaaS nên việc thực thi QTG đối với CTMT phụ thuộc rất nhiều đến khả năng tự bảo vệ bằng các biện pháp công nghệ của chủ sở hữu áp dụng.

2.1.2. Khái niệm, đặc điểm của bảo hộ quyền tác giả đối với Chương trình máy tính

(1) Khái niệm hộ quyền tác giả đối với Chương trình máy tính

Theo từ nghĩa phổ thông trong tiếng Việt bảo hộ là che chở, không để bị hư hỏng, tổn thất⁴⁰. Từ điển tiếng Anh diễn giải bảo hộ là những hành động giữ an toàn cho người nào đó hoặc thứ gì đó khỏi bị thương, hư hỏng hoặc mất mát⁴¹, là sự bảo vệ, sự giám sát hoặc hỗ trợ của một bên nhỏ hơn và yếu hơn⁴². Dù có sự khác biệt về ngôn ngữ giữa hai quốc gia nhưng hai định nghĩa trên thuật ngữ bảo hộ khá tương đồng khi phản ánh bên trong nội dung bảo hộ bao gồm hai chủ thể, một bên chủ thể bảo hộ và một bên chủ thể được bảo hộ. Hai chủ thể này không có vị trí ngang bằng, cân xứng mà chủ thể bảo hộ phải luôn ở vị trí cao hơn, quyền lực hơn, còn chủ thể

40 . Minh Tân- Thanh Nghi- Xuân Lâm (1998), Từ Điển Tiếng Việt Thông Dụng, NXB.Thanh Hóa, Tr49

⁴¹ Từ điển tiếng Anh Cambridge, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/protection> truy cập 28/7/2021

⁴² Từ điển pháp lý Merriam Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/protection> truy cập 28/7/2021

được bảo hộ nằm vị trí yếu thế hơn trong mối quan hệ này. Nội dung của bảo hộ là những hoạt động che chở, bảo vệ, hỗ trợ, giúp đỡ các chủ thể yếu thế hơn từ phía các chủ thể ở vị trí bảo hộ. Chủ thể được bảo hộ phải chấp nhận đánh đổi chịu sự ràng buộc, chấp hành các quy định yêu cầu của chủ thể bảo hộ để đổi lấy sự bảo vệ, hỗ trợ từ chủ thể có quyền lực là những đặc điểm của hoạt động bảo hộ. Trong hệ thống pháp luật về SHTT Việt Nam dù không định nghĩa về bảo hộ nhưng tại Điều 8 Luật SHTT quy định *Nhà nước công nhận và bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ của tổ chức, cá nhân trên cơ sở bảo đảm hài hòa lợi ích của chủ thể quyền sở hữu trí tuệ với lợi ích công cộng; không bảo hộ các đối tượng sở hữu trí tuệ trái với đạo đức xã hội, trật tự công cộng, có hại cho quốc phòng, an ninh*. Như vậy, theo các quy định pháp luật Việt Nam hiện hành thì việc bảo hộ QTG đối với CTMT bao gồm:

(i) Chủ thể của bảo hộ QTG đối với CTMT:

+ Nhà nước là chủ thể thực hiện việc bảo hộ, bao gồm các cơ quan lập pháp như Quốc Hội, Chính Phủ, Bộ Văn Hóa Thể Thao và Du Lịch có chức năng ban hành các văn bản quy phạm pháp luật liên quan đến QTG để áp dụng cho CTMT.

+ Các tổ chức, cá nhân là chủ thể được bảo hộ QTG đối với CTMT bao gồm tác giả và chủ sở hữu QTG. Đối với tác giả thì pháp luật Việt Nam quy định người trực tiếp sáng tạo nên, chứ không là tổ chức, thông thường là các lập trình viên chuyên nghiệp. Chủ sở hữu QTG có thể là lập trình viên, nhà sản xuất phần mềm, nhà nước, các tổ chức cá nhân khác, là những người nắm các quyền tài sản và quyền công bố CTMT. Ngoài ra, chủ thể được bảo hộ còn là những tổ chức, cá nhân sử dụng QTG đối với CTMT khi họ sử dụng CTMT.

Trong hoạt động bảo hộ này, một bên chủ thể là Nhà nước luôn ở trong vị trí quyền lực cao hơn các chủ thể được bảo hộ. Các cá nhân, tổ chức muốn được bảo hộ phải chấp nhận sự đánh đổi để được bảo vệ công lao trí tuệ của mình khi tạo ra CTMT. Sự đánh đổi này thể hiện: chủ thể được bảo hộ chỉ được thực hiện quyền trong phạm vi và thời hạn của luật quy định như tại Khoản 1 Điều 7 Luật SHTT. Cụ thể là chỉ được bảo hộ đối với những yếu tố biểu hiện trong CTMT là mã nguồn và mã máy theo Khoản 1 Điều 22 Luật SHTT và trong thời gian suốt cuộc đời tác giả cộng thêm 50 năm kể từ thời điểm tác giả mất tại Điều 27 Luật SHTT. Đổi lại, chủ thể được bảo hộ sẽ được công nhận các QTG đối với CTMT của mình và được bảo vệ bằng những biện pháp bảo đảm thực thi nếu có hành vi xâm phạm quyền xảy ra.

(ii) CTMT là đối tượng được bảo hộ QTG cần phải thỏa mãn các điều kiện sau:

+ CTMT phải có tính nguyên gốc theo Khoản 1 Điều 6 Luật SHTT, tính nguyên gốc của CTMT nghĩa là không sao chép từ CTMT của tác giả khác, phải do chính tác giả sáng tạo ra. Tuy nhiên, cần phải hiểu đúng tính nguyên gốc của CTMT không có nghĩa là tất cả mọi ký tự, câu lệnh trong bộ mã đó là hoàn toàn sự sáng tạo của lập trình viên. Thực tế hiện nay không có mã nguồn nào là nguyên gốc 100%, có thể có mã nguyên gốc cách đây gần trăm năm⁴³ lúc chưa có nhiều tài liệu và các khóa học, các diễn đàn trao đổi kinh nghiệm thời đó các lập trình viên ko có nhiều lựa chọn do vậy, họ sáng tạo rất chậm và cần những người rất giỏi⁴⁴. Hiện nay với sự chia sẻ thông tin qua môi trường internet mọi người được học lẫn nhau, kế thừa và phát triển nên chúng ta phải hiểu tính nguyên gốc trong trường hợp CTMT là tương đối.

+ CTMT phải được thể hiện dưới một hình thức vật chất nhất định, không phân biệt nội dung, chất lượng, hình thức, phương tiện, ngôn ngữ, đã công bố hay chưa công bố, đã đăng ký hay chưa đăng ký theo như quy định tại Khoản 1, Điều 6 Luật SHTT. Việc xác định CTMT được bảo hộ được thực hiện bằng cách xem xét các tài liệu, chứng cứ chứng minh căn cứ phát sinh, xác lập quyền theo quy định tại Điều 6 của Luật SHTT. Vậy, CTMT có thể được thể hiện dưới những hình thức nào? Trong những năm 1950 và 1960, mã nguồn thường được cung cấp miễn phí cùng với phần mềm bởi các công ty tạo ra chương trình. Khi các công ty máy tính ngày càng phát triển mở rộng việc sử dụng phần mềm, mã nguồn trở nên phổ biến. Các tạp chí máy tính trước thời kỳ có internet thường in mã nguồn trong các trang báo của họ và người đọc cần phải gõ lại ký tự mã nếu muốn dùng lại để sử dụng riêng. Sau đó, đĩa mềm được phát minh và giá thành ngày càng rẻ cho việc chia sẻ mã nguồn điện tử, sau đó internet đã xóa bỏ những trở ngại trong việc thể hiện mã nguồn này⁴⁵. Như vậy, về mặt lý thuyết mã nguồn có thể được thể hiện dưới bản giấy, trong file điện tử, tuy nhiên thực tế hiện nay thể hiện tại bản điện tử vì đây là hình thức tối ưu nhất hiện nay.

⁴³Scott Wallask (2019), Source code, <https://searchapparchitecture.techtarget.com/definition/source-code#:~:text=History%20of%20source%20code&text=One%20of%20the%20earliest%20examples,software%20solved%20a%20mathematical%20equation>) truy cập 20/4/2021

⁴⁴ Kết quả phỏng vấn Nguyễn Hiền Lâm- chuyên viên lập trình tập đoàn an ninh mạng F-Secure Corporation <https://www.f-secure.com/en/about-us>; hien.lam.nguyen@f-secure.com

⁴⁵ [Scott Wallask](#) (2019), Source code, <https://searchapparchitecture.techtarget.com/definition/source-code#:~:text=History%20of%20source%20code&text=One%20of%20the%20earliest%20examples,software%20solved%20a%20mathematical%20equation>) truy cập 20/4/2021

(ii) Không bảo hộ CTMT trái với đạo đức xã hội, trật tự công cộng, có hại cho quốc phòng, an ninh

Pháp luật quy định công nhận và bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ của tổ chức, cá nhân trên cơ sở bảo đảm hài hòa lợi ích của chủ thể quyền sở hữu trí tuệ với lợi ích công cộng; không bảo hộ các đối tượng sở hữu trí tuệ trái với đạo đức xã hội, trật tự công cộng, có hại cho quốc phòng, an ninh. Ví dụ trong vụ án hình sự tổ chức cờ bạc trái phép, Hội đồng xét xử đã nhận xét rằng dưới góc độ công nghệ thì phần mềm game bài Rikvip/TipClub của Phan Sào Nam là thành quả, nhưng ở góc độ xã hội lại ảnh hưởng tới trật tự xã hội nên phải bị xử lý⁴⁶. Do vậy, nếu xét yếu tố này thì game bài Rikvip/TipClub đã vi phạm quy định tại điều 8 Luật SHTT nên sẽ không được bảo hộ QTG đối CTMT vì không bảo hộ các đối tượng sở hữu trí tuệ trái với đạo đức xã hội, trật tự công cộng, có hại cho quốc phòng, an ninh.

(iii) Nội hàm của bảo hộ QTG đối với CTMT

Trong Công ước Berne về bảo hộ các tác phẩm văn học và nghệ thuật và Công ước Paris về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp không định nghĩa về từ bảo hộ. Theo Hiệp định TRIPS dù không đưa ra khái niệm bảo hộ nhưng tại chú thích thứ 3 của hiệp định yêu cầu bảo hộ phải bao gồm các vấn đề ảnh hưởng đến khả năng được bảo hộ, quyền mua lại, phạm vi, việc duy trì hiệu lực, việc thực thi và các vấn đề ảnh hưởng đến việc sử dụng các quyền SHTT. Nghĩa là trong khái niệm bảo hộ QTG đối với CTMT phải bao gồm quy định pháp luật về QTG áp dụng cho CTMT và bảo đảm thực thi. Từ đó chúng ta có thể xác định nội hàm của bảo hộ QTG đối với CTMT tương ứng với quy định tại điều 8 Luật SHTT và nội dung của Hiệp định TRIPS như sau:

Thứ nhất, Nhà nước xây dựng và ban hành các quy phạm pháp luật về QTG để áp dụng lên CTMT.

Thứ hai, Nhà nước bảo đảm thực thi QTG đối với CTMT.

Thứ ba, Những nội dung xây dựng hệ thống pháp luật và thực thi trên phải hướng đến hài hòa lợi ích của các chủ thể trong quá trình bảo hộ QTG đối với CTMT.

Vậy, có thể hiểu khái niệm Bảo hộ QTG đối với CTMT như sau:

⁴⁶ Bảo Hà - Phạm Dự (2018), Phan Sào Nam tự hào 'thành quả công nghệ Việt' ở game bài Rikvip, Vnexpress, <https://vnexpress.net/phan-sao-nam-tu-hao-thanh-qua-cong-nghe-viet-o-game-bai-rikvip-3841072.html>

Bảo hộ QTG đối với CTMT là việc Nhà nước ban hành hệ thống các quy định nhằm xác lập và điều chỉnh các quyền và nghĩa vụ pháp lý của tác giả, chủ sở hữu, người sử dụng QTG đối với CTMT và bảo đảm thực thi các quy định đó trên thực tiễn.

Bảo hộ QTG đối với CTMT, bảo vệ QTG đối với CTMT và thực thi QTG đối với CTMT là ba khái niệm dù không đồng nhất nhưng lại có mối quan hệ mật thiết. Trong đó, bảo hộ QTG đối với CTMT rộng hơn (hiểu theo nghĩa rộng) và bao gồm cả nội dung bảo vệ và thực thi. Nhà nước là chủ thể của bảo hộ QTG đối với CTMT theo Điều 8 Luật SHTT; các cá nhân, tổ chức là chủ thể của bảo vệ QTG đối với CTMT theo Điều 9 Luật SHTT; chủ thể của thực thi QTG đối với CTMT bao gồm cả nhà nước (để bảo đảm thực thi) và các chủ thể QTG đối với CTMT và các người dùng CTMT. Dù hiện nay thuật ngữ thực thi quyền SHTT chưa được giải thích trong các quy định pháp luật nhưng tại hiệp định TRIPS có đưa ra các biện pháp bảo đảm cho quyền SHTT được thực thi đó là biện pháp dân sự, hình sự và hành chính, biện pháp kiểm soát biên giới, đây cũng chính là các biện pháp bảo đảm thực thi QTG đối với CTMT. Công ước Bern về bảo hộ các tác phẩm văn học nghệ thuật cũng dành riêng Điều 15 và Điều 38 để quy định về vấn đề thực thi QTG. Có thể hình dung rằng, bảo vệ QTG đối với CTMT là một nội dung của thực thi QTG đối với CTMT và thực thi QTG đối với CTMT là một phần quan trọng trong bảo hộ QTG đối với CTMT.

(2) Đặc điểm của bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Thứ nhất, do những đặc thù của CTMT khác biệt, bảo hộ QTG đối với CTMT sẽ hiệu quả hơn nếu kết hợp với hình thức bảo hộ bằng bí mật kinh doanh và những biện pháp kỹ thuật chống vi phạm bản quyền.

Theo Khoản 32 Điều 4 Luật SHTT Bí mật kinh doanh là thông tin thu được từ hoạt động đầu tư tài chính, trí tuệ, chưa được bộc lộ và có khả năng sử dụng trong kinh doanh. Mặc dù hiện nay pháp luật Việt Nam không hướng dẫn cụ thể những thông tin được bảo hộ BMKD trong CTMT là những gì, tuy nhiên thực tiễn tại Mỹ tại các án lệ đã rút ra những kinh nghiệm trong việc xác định đối tượng được bảo hộ là: những thông tin có thể được thể hiện dưới hình thức diễn đạt cụ thể như mã nguồn, mã đối tượng, thuật toán, các tài liệu, thông số kỹ thuật, lưu đồ, nhưng cũng có thể là những thông tin dưới dạng ý tưởng như chức năng, phương pháp, quy trình, giải pháp

chứa trong CTMT⁴⁷. Có thể nói phạm vi bảo hộ BMKD rất rộng, bao gồm cả những yếu tố biểu hiện và ý tưởng trong CTMT, còn QTG chỉ bảo hộ những yếu tố là biểu hiện của CTMT như mã nguồn, mã máy mà thôi.

QTG cung cấp cho chủ sở hữu CTMT độc quyền sử dụng đoạn mã của CTMT không cho người khác sử dụng trái phép. Và trên thực tế, các nhà sản xuất không muốn cho các đối thủ cạnh tranh của mình biết được các mã nguồn tạo ra CTMT nên luôn tìm cách để giấu đoạn mã nguồn, trừ trường hợp mã nguồn mở phải công khai đoạn mã cho người sau sử dụng. Việc kết hợp với các biện pháp kỹ thuật che dấu mã nguồn để bảo vệ QTG của nhà sản xuất ngăn ngừa các hành vi xâm phạm QTG, tăng cường tính bảo mật của một phần mềm. Do vậy, thường một hành vi vi phạm bí mật kinh doanh đối với CTMT thì đồng thời cũng vi phạm về QTG đối với CTMT. Tuy nhiên, điều đó cũng dễ dẫn đến tình trạng lạm dụng bản quyền đối với CTMT hơn, vì việc bảo hộ độc quyền quá mạnh, khiến cho những người khác muốn học hỏi, nghiên cứu khó để tiếp cận được mã nguồn.

Thứ hai, giới hạn về thời hạn bảo hộ không phải là yếu tố có vai trò quan trọng trong bảo hộ QTG đối với CTMT

Thực tiễn, các nhà xuất bản luôn có kế hoạch phát hành những tác phẩm hết thời hạn bảo hộ về tài sản để có quyền khai thác mà không phải trả tiền cho chủ sở hữu. Nhưng theo NCS thời hạn này không mấy ý nghĩa đối với CTMT vì khi hết thời hạn bảo hộ công chúng có thể khai thác tác phẩm viết khác cho dù chủ sở hữu có đồng ý hay không, nhưng công chúng không thể tự do khai thác CTMT nếu chủ sở hữu không cung cấp mã nguồn⁴⁸. Chính vì vậy trên thực tế, để có được mã nguồn thì các chủ thể khác sẽ tiến hành dịch ngược mã nguồn để biết CTMT được viết như thế nào. Do vậy giới hạn thời gian bảo hộ không phải là một vấn đề có ý nghĩa đối với bảo hộ QTG cho CTMT.

⁴⁷ McCandlish & Lillard (2021), Trade secret protection of computer software, , <https://mccandlishlawyers.com/trade-secret-protection-of-computer-software/> truy cập 20/8/2021.

⁴⁸ . Kết quả phỏng vấn Nguyễn Hiền Lâm- chuyên viên lập trình tập đoàn an ninh mạng F-Secure Corporation <https://www.f-secure.com/en/about-us>; hien.lam.nguyen@f-secure.com

2.2. Quyền tác giả - Hình thức bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ tối ưu cho chương trình máy tính hiện nay

2.2.1. Ưu điểm của bảo hộ chương trình máy tính bằng quyền tác giả so với sáng chế và bí mật kinh doanh

Hiệp định TRIPS đặt ra ba hình thức bảo vệ khác nhau cho CTMT: QTG tại Điều 10 của Hiệp định TRIPS, sáng chế⁴⁹ và bí mật kinh doanh⁵⁰. Tại Việt Nam cũng quy định tương tự, mỗi phương thức này có vai trò bảo hộ quyền SHTT cho CTMT ở mỗi phương diện khác nhau.

(i) Bảo hộ CTMT bằng sáng chế:

Theo Khoản 12 Điều 4 Luật SHTT Sáng chế là giải pháp kỹ thuật dưới dạng sản phẩm hoặc quy trình nhằm giải quyết một vấn đề xác định bằng việc ứng dụng các quy luật tự nhiên. Trên thế giới, việc bảo hộ sáng chế cho CTMT có sự khác nhau ở mức độ ghi nhận tại các văn bản:

** Nhóm các quốc gia không phủ định bảo hộ sáng chế liên quan chương trình máy tính là các quốc gia có số lượng sáng chế lớn và giá trị là các quốc gia thừa nhận, hoặc không phủ nhận việc cấp sáng chế liên quan CTMT. Hiện nay các nước như Australia (Phần 18 của Đạo luật Sáng chế Australia, 1990), Mỹ (Điều 101 of mục 35 Luật Sáng chế Mỹ), Canada (Phần 2 Đạo Luật Sáng chế Canada, 1985) không loại trừ việc cấp sáng chế cho CTMT trong các đạo luật SHTT của mình, nghĩa là nếu một CTMT đáp ứng được các điều kiện bảo hộ sáng chế thì vẫn có thể có khả năng được cấp văn bằng bảo hộ sáng chế, bên cạnh bảo hộ bản quyền.*

** Nhóm các quốc gia loại trừ bảo hộ tại văn bản luật nhưng trên thực tế vẫn cấp bảo hộ tại các quy chế hướng dẫn là các quốc gia thành viên Liên minh Châu Âu cũng quy định tương tự: luật của Anh (Mục 1 (2) Đạo luật Sáng chế Anh, 1977) và Pháp (L 68-1 Điều 7 Luật SHTT Pháp, 1992) cũng phù hợp với nội dung của Công ước sáng chế Châu Âu (Điều 52 Công Ước Sáng chế Châu Âu, 2000) không cấp sáng chế cho CTMT, nhưng trên thực tế đều có các hướng dẫn cấp sáng chế liên quan đến CTMT hoặc thông qua các bản án xác định đối tượng được bảo hộ.*

⁴⁹ Điều 27 của Hiệp định TRIPS về khả năng bảo hộ sáng chế không nêu lên việc loại trừ bảo hộ sáng chế cho CTMT.

⁵⁰ Điều 39.2 của Hiệp định TRIPS nêu về khả năng bảo hộ bí mật kinh doanh và không loại trừ bảo hộ bí mật kinh doanh cho CTMT.

Điều 59 Luật SHTT Việt Nam đã loại trừ bảo hộ sáng chế cho CTMT. Tuy nhiên trên thực tế, từ năm 1999 đến nay đã có 11 sáng chế liên quan CTMT đã được Cục Sở hữu trí tuệ cấp văn bằng bảo hộ tại Việt Nam, trong đó có 7 sáng chế liên quan CTMT của Việt Nam, còn lại của các nhà các sáng chế từ nước ngoài xin cấp bảo hộ tại Việt Nam. Dựa trên nội dung của Quy chế thẩm định đơn đăng ký sáng chế theo Quyết định số 487/QĐ-SHTT ngày 31/3/2010 của Cục trưởng Cục Sở hữu trí tuệ do Cục SHTT Việt Nam ban hành tại điều 5, mục 5.8.2.5 thì mặc dù CTMT thuộc danh mục các đối tượng không được bảo hộ với danh nghĩa sáng chế nhưng nếu đối tượng yêu cầu bảo hộ có đặc tính kỹ thuật và thực sự là một giải pháp kỹ thuật, nhằm giải quyết một vấn đề kỹ thuật bằng một phương tiện kỹ thuật để tạo ra một hiệu quả kỹ thuật thì nó có thể được bảo hộ với danh nghĩa sáng chế. Ví dụ, một thao tác xử lý dữ liệu được điều khiển bởi CTMT mà về lý thuyết có thể được thực hiện một cách tương đương nhờ các mạch đặc biệt, và việc thực hiện chương trình luôn kèm theo các hiệu ứng vật lý, chẳng hạn các dòng điện, thì bản thân các hiệu ứng vật lý thông thường như vậy không đủ để làm cho chương trình có đặc tính kỹ thuật. Tuy nhiên, nếu một CTMT, khi chạy trên máy tính, tạo ra hiệu quả kỹ thuật khác ngoài các hiệu ứng vật lý thông thường này thì chương trình đó có khả năng được bảo hộ với danh nghĩa sáng chế. Hiệu quả kỹ thuật khác này có thể đã biết trong tình trạng kỹ thuật. Hiệu quả kỹ thuật trong trường hợp nêu trên có thể có, ví dụ, trong việc điều khiển một quy trình công nghiệp, trong việc xử lý dữ liệu thể hiện các thực thể vật lý hay trong việc thực hiện chức năng bên trong của chính máy tính hoặc các giao diện của nó dưới tác động của chương trình này và có thể, ví dụ, ảnh hưởng đến hiệu suất hoặc độ an toàn của quy trình, việc quản lý các tài nguyên của máy tính hoặc tốc độ truyền dữ liệu trên đường truyền. Do đó, CTMT có thể được coi là có khả năng được bảo hộ với danh nghĩa sáng chế nếu chương trình này, khi chạy trên máy tính, có thể tạo ra hiệu quả kỹ thuật khác ngoài các tương tác thông thường giữa chương trình và máy tính. Tuy nhiên, ngay cả trong trường hợp CTMT có khả năng được bảo hộ với danh nghĩa sáng chế như nêu trên, thì trong yêu cầu bảo hộ, các đối tượng có tên được thể hiện bằng cụm từ như “chương trình máy tính”, “phần mềm máy tính”, “sản phẩm chương trình/phần mềm máy tính”, hoặc “tín hiệu mang chương trình”, và các cụm từ tương đương khác là không được chấp nhận. CTMT có thể được bảo hộ dưới dạng các đối tượng, ví dụ, phương pháp để vận hành một thiết bị thông thường, thiết bị được cài đặt để thực hiện phương pháp, vật ghi chứa chương trình để thực hiện phương pháp.

Với quy chế này, pháp luật Việt Nam cũng đã có sự hài hòa giữa việc bảo hộ sáng chế và QTG của CTMT, giữa nội dung và ý tưởng của CTMT, giữa pháp luật quốc gia và pháp luật của các nước mà Việt Nam có mối quan hệ thương mại.

(ii) Bảo hộ CTMT bằng bí mật kinh doanh

Bí mật kinh doanh là quyền SHTT đối với thông tin bí mật có thể được bán hoặc cấp phép cho chủ thể khác sử dụng. Các thông tin đó phải có giá trị thương mại, chỉ được biết đến với một nhóm hạn chế người, và tuân theo các thủ tục hay quy trình hợp lý được thực hiện bởi chủ sở hữu hợp pháp của thông tin để giữ bí mật, bao gồm cả việc sử dụng các thỏa thuận bảo mật cho các đối tác kinh doanh và nhân viên. Việc người khác thu thập, sử dụng hoặc tiết lộ trái phép thông tin bí mật đó theo cách thức trái với thông lệ thương mại trung thực được coi là hành vi không công bằng và vi phạm bảo vệ bí mật kinh doanh.

Bí mật kinh doanh CTMT không bị phủ định trong văn bản của Việt Nam, Mỹ hay EU, do vậy chúng ta hiểu nó bao gồm việc áp dụng cho cả CTMT. Bí mật kinh doanh thường được kết hợp với QTG để bảo vệ mã nguồn của CTMT hiệu quả hơn. Không chỉ tại Việt Nam mà các quốc gia đều thống nhất điều kiện bảo hộ bí mật kinh doanh⁵¹⁵² là: (1) Không phải là hiểu biết thông thường và không dễ dàng có được; (2) Khi được sử dụng trong kinh doanh sẽ tạo cho người nắm giữ bí mật kinh doanh lợi thế so với người không nắm giữ hoặc không sử dụng bí mật kinh doanh đó; (3) Được chủ sở hữu bảo mật bằng các biện pháp cần thiết để bí mật kinh doanh đó không bị bộc lộ và không dễ dàng tiếp cận được. Sử dụng bí mật kinh doanh để bảo vệ CTMT hữu ích nhất là đối với những doanh nghiệp phần mềm nhỏ vì giảm thiểu chi phí đăng ký sáng chế, giảm thủ tục. Nhưng người dùng càng dễ thấy yếu tố nào của CTMT, thì phần đó càng ít có khả năng là bí mật kinh doanh, do vậy rất nhiều trường hợp mã nguồn được bảo hộ là bí mật kinh doanh.

Từ khi chiếc máy tính đầu tiên trên thế giới ra đời vào những năm 60 của thế kỷ thứ 20 việc bảo hộ quyền SHTT dành cho CTMT là một sự lựa chọn, cân nhắc của các quốc gia giữa bảo hộ CTMT như là QTG, sáng chế, bí mật kinh doanh hay hình thành cơ chế riêng để điều chỉnh (sui generis). Đã có một thời gian, các nhà nghiên cứu đã nghi ngờ về chức năng bảo hộ của QTG đối với CTMT là chưa hoàn

⁵¹ Điều 84 Luật SHTT

⁵² Khoản 1 Điều 2 Chỉ thị (EU) 2016/943 của Nghị viện Châu Âu và của Hội đồng ngày 8/6/2016 về việc bảo vệ bí quyết không được tiết lộ và thông tin kinh doanh (bí mật thương mại) chống lại việc thu thập, sử dụng và tiết lộ bất hợp pháp của họ.

thiện và pháp luật của một số quốc gia đã áp dụng song song sáng chế, bí mật kinh doanh. Tuy nhiên thực tế hiện nay QTG đã trở thành tiêu chuẩn chung trong bảo hộ CTMT bởi chính những ưu điểm của bảo vệ bản quyền đối với CTMT so với sáng chế và bí mật kinh doanh. So với sáng chế và bí mật kinh doanh, QTG có những đặc điểm được thể hiện như sau:

- Bảo hộ bằng bản quyền và bí mật kinh doanh thủ tục đơn giản hơn so với bảo hộ sáng chế. Không chỉ Việt Nam⁵³ mà đa số các quốc gia từ khi tham gia vào Công ước Bern đều xác định bản quyền không phụ thuộc vào bất kỳ thủ tục nào, không bắt buộc cần phải đăng ký bảo hộ⁵⁴. Bí mật kinh doanh cũng xác lập tự động khi đáp ứng các điều kiện bảo hộ và không phải thông qua thủ tục nào. Trong khi đó, đối với sáng chế thì phải thông qua trình tự thủ tục phức tạp. Để được bảo hộ bằng sáng chế thì không riêng gì CTMT mà những sản phẩm kỹ thuật khác thì phải có đơn xin cấp bằng sáng chế và phải tuân thủ cả các yêu cầu về nội dung và hình thức. Các điều kiện này có thể phức tạp về mặt pháp lý và kỹ thuật nên thông thường để được cấp bảo hộ sáng chế phần mềm thì chủ thể nộp đơn phải có sự hỗ trợ của chuyên gia pháp lý.

- Từ nguyên nhân thứ nhất, do vậy, nếu áp dụng bảo hộ bản quyền thì sẽ tiết kiệm thời gian và chi phí, phù hợp với sự nhanh chóng thay đổi công nghệ của CTMT⁵⁵. Trong khi đó thời gian nộp đơn sáng chế đến khi được cấp văn bằng bảo hộ là tương đối dài. Ví dụ ở Mỹ khoảng 22 tháng⁵⁶, Canada đến 37 tháng⁵⁷, còn ở Việt Nam dù không bảo hộ sáng chế phần mềm, nhưng thời gian nhanh nhất có thể cấp một văn bằng sáng chế dành cho các đối tượng khác cũng là 31 tháng như tại Điều 110, Điều 112, Điều 119 Luật SHTT. Chi phí cấp một bằng sáng chế phần mềm ở Mỹ từ 1500 USD đến 2000 USD chưa kể phí thuê luật sư từ 6000 USD đến 12.000 USD là tối thiểu cho những trường hợp đơn giản⁵⁸ và phí đối với những lần sửa đơn mất khoảng 200USD/lần. Đối với bảo hộ bằng bí mật kinh doanh, mặc dù không cần thủ tục đăng ký, không tốn phí đăng ký nhưng chủ sở hữu phải tốn rất nhiều chi phí

⁵³ Khoản 1 Điều 6 Luật SHTT

⁵⁴ Khoản 2 Điều 5 Công Ước Bern

⁵⁵ Trung bình tuổi thọ của một CTMT là 1 năm, sau đó cần cập nhật thì mới duy trì được việc sử dụng CTMT.

⁵⁶ How Long Does it Take to Get a Patent: Everything You Need to Know, <https://www.upcounsel.com/how-long-does-it-take-to-get-a-patent>, 07/07/2019.

⁵⁷ How Long Does it Take to Get a Patent: Everything You Need to Know, <https://www.upcounsel.com/how-long-does-it-take-to-get-a-patent>, 07/07/2019.

⁵⁸ Software Patent Cost: Everything You Need to Know, Upcounsel, <https://www.upcounsel.com/software-patent-cost>, 07/07/2019.

để bảo mật cho tài sản trí tuệ của mình, và tất nhiên khoản tiền này cũng là bí mật cho mỗi trường hợp.

- Điều kiện bảo hộ của QTG đối với CTMT là phải được thể hiện dưới một hình thức nhất định và có tính nguyên gốc, tức là không sao chép của người khác. Đối với bí mật kinh doanh thì CTMT phải bảo đảm được 3 yếu tố theo Điều 84 Luật SHTT: tính hữu ích, tính sáng tạo và tính bảo mật. Để bảo đảm được tính bảo mật, chủ sở hữu của CTMT phải áp dụng nhiều biện pháp khác nhau để mã hóa mã nguồn, bảo mật các hướng dẫn kỹ thuật kèm theo CTMT. Nhưng đối với sáng chế thì tất cả các quốc gia đều đòi hỏi rất khắt khe các điều kiện: tính mới, tính sáng tạo, khả năng áp dụng công nghiệp...để được bảo hộ sáng chế phần mềm đó phải thuộc yếu tố "kỹ thuật", "máy móc cụ thể" chứ không chỉ là bảo hộ về ý tưởng trừu tượng hay là một giải pháp kinh doanh gắn liền với CTMT.

- Về phạm vi bảo hộ

+ Về phạm vi bảo hộ lãnh thổ: Ngoài ra, khi tham gia vào công ước Bern với 177 quốc gia thành viên⁵⁹ CTMT được bảo hộ bản quyền tự động cho tất cả các nước này, nhưng nếu bảo hộ sáng chế liên quan CTMT thì văn bằng bảo hộ chỉ trong phạm vi quốc gia hoặc nhóm các quốc gia cấp văn bằng mà thôi. Do vậy, nếu muốn bảo vệ sáng chế liên quan CTMT của mình ở nước ngoài, về nguyên tắc, chủ sở hữu cần phải có bằng sáng chế ở mỗi quốc gia mà chủ sở hữu muốn bảo hộ. Bí mật kinh doanh cũng tương tự, chỉ bảo hộ trong phạm vi một quốc gia mà thôi.

+ Về thời gian bảo hộ: chủ sở hữu bản quyền CTMT được hưởng một thời gian bảo vệ tương đối dài, cụ thể suốt cuộc đời của tác giả cộng với 50 năm sau khi tác giả mất như tại Điều 27 Luật SHTT hoặc tại Điểm a Điều 302 Luật Bản quyền Mỹ thì 70 năm sau khi tác giả mất. Nhưng đối với sáng chế phần mềm thì thời gian này là 20 năm kể từ ngày nộp đơn xin bảo hộ tại Điều 154 Luật Sáng chế Mỹ hoặc Châu Âu⁶⁰. Bí mật kinh doanh được bảo hộ kéo dài cho đến khi còn đủ các điều kiện bảo hộ về bí mật kinh doanh, nên thực tế có nhiều nhà phát triển phần mềm vẫn chọn bí mật kinh doanh để bảo hộ một số phần trong CTMT như mã, các tài liệu hướng dẫn kỹ thuật quan trọng trong quá trình viết mã.

⁵⁹ Xem số liệu thống kê của WIPO tại: https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp? treaty_id=15

⁶⁰ Khoản 1 Điều 63 Hiệp ước sáng chế Châu Âu (European Patent Convention) năm 1973, bản sửa đổi mới nhất năm 2018.

+ Về đối tượng bảo hộ: QTG chỉ bảo vệ "sự thể hiện" của một ý tưởng chứ không phải bản thân ý tưởng cơ bản và do đó phạm vi bảo vệ của nó hẹp hơn nhiều so với luật bí mật kinh doanh như NCS đã phân tích ở phần đặc điểm bảo hộ QTG đối với CTMT. QTG bảo vệ những yếu tố bằng chữ, ký tự của các CTMT, nhưng nó không bảo vệ yếu tố có giá trị thương mại nổi bật đó là các ý tưởng trên nền tảng của CTMT. Sáng chế sẽ bảo hộ những yếu tố mang tính kỹ thuật do CTMT tạo ra. Bí mật kinh doanh sẽ bảo hộ những thông tin có thể được bao gồm quy trình sản xuất, tổng hợp thông tin thông tin quản lý kinh doanh, danh sách khách hàng, chiến lược kinh doanh và các thuật toán và thiết kế độc quyền và thậm chí kể cả mã nguồn của CTMT, cho dù được kết hợp trong phần mềm máy tính hay được sử dụng theo một số cách khác.

- Tính công khai: Đối với bản quyền thì CTMT không cần phải công khai mã nguồn, mã máy hay bất kỳ một yếu tố nào cấu tạo nên CTMT cho công chúng. Đối với bí mật kinh doanh thì chủ sở hữu buộc phải áp dụng các biện pháp bảo mật cho CTMT. Nhưng sáng chế phần mềm chủ sở hữu buộc phải công khai một cách chi tiết việc tạo ra CTMT đó như thế nào, và đương nhiên là nếu việc nộp đơn bảo hộ không thành công, chủ sở hữu không được cấp văn bằng thì các đối thủ cạnh tranh sẽ tận dụng sự công khai này để khai thác CTMT miễn phí. Vì vậy, các chủ thể phải tiên liệu trước khả năng này trước khi nộp đơn xin bảo hộ sáng chế cho CTMT của mình.

- Tính mới: Tính mới đối với khả năng cấp bằng sáng chế khắt khe hơn nhiều so với bí mật kinh doanh và nhiều thứ có thể được bảo hộ như bí mật kinh doanh lại không đủ điều kiện để được bảo hộ bằng sáng chế. Còn đối với QTG thì không cần tính mới, chỉ cần tính nguyên gốc không phải là sự sao chép của tác giả khác là được bảo hộ.

Các CTMT không phải là giải pháp kỹ thuật đơn thuần, cũng không phải là một tác phẩm viết với những ký tự đơn thuần, ngoài ra trong CTMT còn chứa những thông tin về dữ liệu, ý tưởng thương mại. So với các tác phẩm truyền thống khác (văn học, nghệ thuật) CTMT coi là sản phẩm mang đầy sự khác biệt: Sự khác biệt về tính chất hoạt động của CTMT, nghĩa là nó có các tác động kỹ thuật (vật lý) trong phần cứng máy tính nhưng đây không phải là lý do để loại trừ CTMT với tư cách là một biểu hiện sáng tạo, nguyên bản ra khỏi bảo hộ QTG. Dù QTG còn nhiều khoảng trống chưa thể lấp đầy trong việc bảo hộ CTMT (như không bảo hộ ý tưởng, chức năng, thuật toán...) nhưng thực tế pháp luật vẫn cho phép phối hợp với các hình thức bảo hộ khác như sáng chế và bí mật kinh doanh để khắc phục những bất cập này: QTG

bảo hộ hình thức biểu hiện, sáng chế bảo hộ những ý tưởng của CTMT và bí mật kinh doanh bảo hộ những thông tin trong CTMT kể cả thông tin mà QTG và sáng chế không thực hiện được.

Do vậy, qua những điểm khác biệt cơ bản về bảo hộ bản quyền CTMT và sáng chế liên quan CTMT, bí mật kinh doanh đối với CTMT thì bảo hộ bằng QTG vẫn là có nhiều ưu điểm nhất cho CTMT hiện nay vì nó đơn giản về thủ tục, tiết kiệm thời gian, chi phí bảo hộ. Hầu hết các quốc gia vẫn chọn QTG để bảo hộ cho CTMT, bên cạnh đó, để bổ sung cho những hạn chế của QTG thì sáng chế và bí mật kinh doanh sẽ được lựa chọn để bảo hộ những gì mà QTG không thể chạm tới.

2.2.2. Lựa chọn các hình thức bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với chương trình máy tính

Trong suốt quá trình lịch sử phát triển của có nhiều quan điểm cho rằng cần bảo hộ quyền SHTT riêng (sui generic) dành cho CTMT⁶¹ vì bảo hộ bằng QTG vẫn còn nhiều vấn đề chưa giải quyết được. Những quan điểm này xuất phát từ những bất cập còn tồn tại trong quá trình thực thi QTG đối với CTMT và xuất phát từ nguyên nhân CTMT là một loại hình tương đối khác biệt so với những đối tượng được bảo hộ của QTG. Tuy nhiên, NCS cho rằng dù có những điểm khác biệt tương đối so với những tác phẩm viết khác, QTG vẫn là hình thức tối ưu để bảo hộ cho CTMT hiện nay vì:

Thứ nhất, QTG chỉ bảo hộ hình thức thể hiện của tác phẩm, không bảo hộ ý tưởng của tác phẩm đó, tức là bảo vệ cách diễn đạt, những biểu hiện (theo nghĩa đen) của các CTMT. Theo khái niệm chung được thừa nhận thì CTMT là tập hợp các chỉ dẫn được thể hiện dưới dạng các lệnh, các mã, lược đồ hoặc bất kỳ dạng nào khác nghĩa là sự sắp xếp, bố trí, diễn đạt các ngôn ngữ ký hiệu tạo ra các lệnh, các mã, lược đồ đó. Để thấy được vai trò bảo hộ tính nguyên gốc của mã nguồn bằng QTG, chúng ta hãy phân tích quá trình tạo ra một CTMT, nhìn chung có thể phân ra ba bước:

Bước thứ nhất: *Phát triển các ý tưởng để giải quyết các nhu cầu của người dùng.* Các nhu cầu này có thể rất đa dạng: nhu cầu chia sẻ thông tin, kết nối (facebook, zalo, viber) hay các nhu cầu hẹp hơn như là nhận diện biển số xe ra vào chung cư, hoặc là đọc dữ liệu từ các hoá đơn dưới dạng hình ảnh và tự động đưa ra các bút toán. Ở bước này, các ý tưởng để giải quyết vấn đề thường chỉ ở dạng tổng quát. Đối với

⁶¹ Trần Văn Hải (2013), Bảo hộ CTMT như một đối tượng độc lập của quyền SHTT, Tạp chí Nhà Nước và Pháp Luật số 11 (295)/2012, tr. 33-42

các công ty lớn, thường sẽ có một đội ngũ điều tra thị trường để có thể xác định rõ hơn bài toán: ai là đối tượng mục tiêu (ví dụ: người trẻ có nhu cầu kết nối nhiều hơn, các chủ doanh nghiệp nhỏ với nguồn lực hạn chế sẽ có nhu cầu sử dụng CTMT để tự động hoá các bút toán của công ty), dung lượng thị trường. Bước này sẽ quyết định doanh nghiệp có nên đầu tư phát triển sản phẩm hay không.

Bước thứ hai: *Lập trình sản phẩm phần mềm.* Để đạt được mục đích đưa sản phẩm đến tay người tiêu dùng nhanh chóng, các hãng phần mềm thường tập trung vào các chức năng chính (ý tưởng, tính năng) của CTMT: khả năng chia sẻ thông tin, chức năng nhận diện biển số, chức năng chuyển hình ảnh hoá đơn thành chữ và số để đưa vào bút toán. Ở bước này mục tiêu của các hãng phần mềm sẽ là phát triển một sản phẩm phần mềm khả dụng sao cho tốn ít công sức nhất và nhanh nhất để có thể đưa sản phẩm ra thị trường một cách nhanh nhất. Các yếu tố như thiết kế hệ thống, tạo lược đồ, phát triển thuật toán, phát triển mã nguồn⁶² (tạo các câu lệnh) đều được tiến hành ở bước này. Và chủ yếu hiện nay các công ty phần mềm tại Việt Nam gia công cho doanh nghiệp nước ngoài sẽ đảm nhiệm những công việc ở bước lập trình sản phẩm phần mềm, cụ thể như sau: *Một*, thiết kế cấu trúc hệ thống: Là công đoạn xác định các module cần thiết và mối quan hệ giữa các module đó. Bản thân việc thiết kế một nhóm module có quan hệ hữu cơ với nhau để đảm nhiệm chức năng cụ thể tương đương với một giải pháp kỹ thuật về cơ cấu, còn việc thiết kế các dòng điều khiển và dòng dữ liệu lại tương đương với một giải pháp quy trình. Các giải pháp mới này có thể đăng ký độc quyền sáng chế hoặc các thông tin này sinh trong giai đoạn này cũng có thể là các bí mật kinh doanh. Riêng các thông tin đã được định hình dưới dạng tài liệu, tập tin,... do các lập trình viên thiết lập thì còn là tác phẩm được bảo hộ QTG. *Hai*, thiết kế dữ liệu trừu tượng: mỗi chức năng mà một module cần giải quyết sẽ được phân chi tiết thành các thuật toán, các tác vụ cần thực hiện. Tập hợp các thuật toán, tác vụ này có thể cấu thành một sáng chế dạng quy trình. *Ba*, thiết kế giải thuật (thuật toán) và cấu trúc dữ liệu: giải thuật là chuỗi các chi tiết cần thực hiện để hoàn thành phép toán, tác vụ. Cấu trúc dữ liệu là bước thiết kế cụ thể cho mỗi kiểu dữ liệu ở công đoạn thiết kế dữ liệu trừu tượng. Giải thuật có thể cấu thành một phần sáng chế hoặc các giải thuật phức tạp có thể tạo thành một sáng chế. Nếu CTMT có các dữ liệu đi kèm thì các dữ liệu này cũng được bảo hộ QTG. *Bốn*, CTMT dựa trên các giải

⁶² Khoản 13 điều 4 Luật Công nghệ thông tin năm 2006, sửa đổi bổ sung 2017 số 67/2006/QH11 ngày 29/6/2006: Mã nguồn là sản phẩm trước biên dịch của một phần mềm, chưa có khả năng điều khiển thiết bị số.

thuật và cấu trúc dữ liệu tương ứng, các lập trình viên sẽ viết mã nguồn (chuỗi câu lệnh viết bằng ngôn ngữ lập trình) và sau đó biên dịch sang mã máy (chuỗi ký tự tương ứng để máy tính có thể hiểu được và thực hiện).

Bước thứ 3: *Đưa sản phẩm ra thị trường, lấy ý kiến người sử dụng và điều chỉnh lại sản phẩm.* Sản phẩm sau khi đưa ra thị trường sẽ được điều chỉnh: phát triển thêm các tính năng mới, chỉnh sửa các tính năng cũng như lỗi kỹ thuật, cập nhật các phiên bản cho phù hợp. Ví dụ như trong trường hợp của Grab, lúc mới đưa ra thị trường tại Malaysia, Grab chỉ có chức năng chính là đặt xe, sau một thời gian, Grab thêm vào các tính năng như là: giao hàng hoặc cho phép nhiều khách hàng cùng chia sẻ một xe. Trong trường hợp của Foody Việt Nam, ban đầu là một trang web đánh giá món ăn, Foody nay đã cho phép đặt món ăn.

Trong chuỗi quá trình đó, bước 1 là bước xây dựng ý tưởng của CTMT, bước thứ 3 là bước để hoàn thiện sản phẩm và cung cấp thêm thông tin thị trường để việc phát triển sản phẩm tại bước 2 có thể đi đúng hướng hơn. Sau khi tiếp nhận các thông tin thị trường tại bước 3, các công ty phần mềm có thể phải thay đổi và bỏ đi toàn bộ các sản phẩm đã làm tại bước 2 để phát triển các giải pháp khác (bao gồm mã nguồn chương trình, thuật toán, giao diện, thiết kế hệ thống ...) để phù hợp hơn. Nhưng trong suốt quá trình tạo ra CTMT đó, bước thứ 2 *viết mã nguồn chính là bước quyết định đến CTMT sẽ được định hình như thế nào.* Sau khi tạo ra mã nguồn, chương trình được dịch sang một chương trình khác vào mã máy⁶³, tín hiệu nhị phân (cao và thấp) mà máy tính thực sự hoạt động gọi là mã máy hay mã đối tượng- là phần mà máy sẽ phải thực thi. Do đó, chỉ cần sự thay đổi về hình thức trong cách sắp xếp, bố trí, diễn đạt của các ký hiệu ngôn ngữ lập trình này (miễn sự thay đổi đó vẫn theo các nguyên tắc của kỹ thuật lập trình) thì sẽ cho ra các CTMT khác nhau, nghĩa là cần tính nguyên gốc của các đoạn mã để phân biệt với các CTMT khác nhau. Vì những lý do trên mà dưới góc độ tài sản trí tuệ CTMT có thể được xem như là một tác phẩm viết một loại tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học và cần phải bảo hộ CTMT bằng QTG vì đây là phương thức tối ưu để bảo hộ tính những gì tạo ra CTMT.

Thứ hai, thực tế những năm 1970 WIPO bắt đầu xem xét về sự bảo vệ hợp pháp của các CTMT và đầu tiên, ý tưởng phát triển một hình thức bảo hộ quyền SHTT

⁶³ Khoản 14 điều 4 Luật Công nghệ thông tin năm 2006, sửa đổi bổ sung 2017 số 67/2006/QH11 ngày 29/6/2006: *Mã máy* là sản phẩm sau biên dịch của một phần mềm, có khả năng điều khiển thiết bị số.

riêng (sui generic) dành cho CTMT đã xuất hiện. Việc bảo vệ sui generic bao gồm cả ba yếu tố của CTMT: mã đối tượng, mã nguồn và tài liệu. Tuy nhiên, các điều khoản mẫu hệ thống sui generis của WIPO để bảo hộ CTMT đã không được các quốc gia chấp thuận⁶⁴. Sau đó, liên tiếp các cuộc họp, thảo luận về hình thức bảo hộ quyền SHTT dành cho CTMT được diễn ra vào tháng 2/1985, WIPO và UNESCO đã tổ chức tại Geneva một nhóm các chuyên gia về quyền SHTT, trên cơ sở nghiên cứu kỹ lưỡng và nhiều cuộc tranh luận sôi nổi đã dẫn đến việc công nhận các CTMT được bảo hộ dưới QTG⁶⁵. Ngoài ra, vào tháng 7/1999 EU đã ban hành Chỉ thị về Chương trình của Cộng đồng Châu Âu và việc thông qua Hiệp định TRIPS vào tháng 4/1994, cả hai đều làm rõ rằng các CTMT cần được bảo vệ như các tác phẩm văn học theo Công ước Berne. Tại Việt Nam, kể từ khi các chuyên gia pháp lý bắt đầu nghiên cứu về quyền SHTT đối với CTMT đã có quan điểm bảo hộ QTG vẫn chưa phải là giải pháp tối ưu để bảo hộ quyền SHTT cho CTMT mà cần có đạo luật riêng⁶⁶; có quan điểm cho rằng không cần đạo luật riêng nhưng CTMT cần được xem là một đối tượng riêng của quyền SHTT⁶⁷ (như chỉ dẫn địa lý). Quá trình nghiên cứu, NCS nhận thấy:

Các quan điểm trên đều hoàn toàn có cơ sở khi chỉ ra sự không hoàn thiện của QTG trong quá trình bảo hộ CTMT, nhưng những đề xuất trên chỉ dựa trên đặc thù riêng khác biệt của CTMT so với các tác phẩm viết khác. Chưa có một nghiên cứu nào chỉ ra nếu tách thành một đạo luật riêng để điều chỉnh thì nội dung của đạo luật đó sẽ như thế nào? Nếu đơn giản chỉ là sự thu thập các quy định bảo hộ bằng QTG, sáng chế hay bí mật kinh doanh cụ thể hóa vào CTMT thì theo NCS vẫn chưa xứng đáng để tách thành một đạo luật riêng. Nếu nguyên nhân chỉ dừng lại ở đây, theo NCS chìa khóa của vấn đề này đó là những người áp dụng luật nên tìm hiểu nhiều hơn về CTMT và sửa đổi một số nội dung không phù hợp để áp dụng được dễ dàng hơn là tạo ra một đạo luật mà không mấy khác biệt.

Nếu cho rằng việc tạo ra đạo luật riêng hoặc hình thức riêng bảo hộ quyền SHTT cho CTMT sẽ khắc phục các nhược điểm của bảo hộ QTG đối với CTMT như

⁶⁴ Trần Kiên (2018), Bảo hộ chương trình máy tính theo pháp luật Việt Nam: Thực tiễn và thách thức, Tạp chí Khoa học ĐHQGHN: Luật học, Tập 34, Số 4 (2018) 51-61

⁶⁵ Copyright and Neighboring Rights Activities, Monthly Review of the World Intellectual Property Organization (WIPO) tr.139

⁶⁶ Trần Văn Hải (2009), Chương trình máy tính nên được bảo hộ là đối tượng nào của quyền sở hữu trí tuệ, Tạp chí Hoạt Động Khoa Học, Bộ Khoa Học Công Nghệ, Số 597.

⁶⁷ Trần Văn Hải (2012), Bảo hộ chương trình máy tính như một đối tượng độc lập của quyền sở hữu trí tuệ, Tạp chí Nhà Nước Và Pháp Luật, số 11 (295)/2012, tr. 33-42

về vấn đề thời gian bảo hộ. Theo quan điểm của NCS, việc bắt cập xảy ra không chỉ đối với CTMT mà còn với các tác phẩm khác nên chúng ta không thể lấy lý do cần tìm một hình thức bảo hộ riêng để khắc phục những bất cập đó mà cần tìm ra những nguyên tắc trong bảo hộ QTG nói chung để, tạo ra những ngoại lệ nhưng phải có tính khái quát cao để có thể linh động áp dụng trong nhiều trường hợp, nhiều tác phẩm chứ không chỉ dành riêng cho CTMT. Hơn nữa, chúng ta cần có thật nhiều những vấn đề thực tiễn xảy ra để chứng minh được tính cấp thiết phải có đạo luật riêng hay hình thức bảo hộ riêng tại Việt Nam cũng như đủ các vụ việc để tổng kết thực tiễn khái quát lên thành các nội dung quy định, nhưng thực tế không chỉ ở Việt Nam mà trên thế giới vẫn đang áp dụng quyền tác giả bảo hộ cho CTMT. Chính vì vậy trải qua thời gian khá dài, kể từ khi chiếc máy vi tính xuất hiện lần đầu tiên cho đến nay, QTG vẫn là mô hình được ưu tiên lựa chọn để bảo hộ quyền SHTT cho CTMT tại các quốc gia. Những thiếu sót trong bảo hộ QTG sẽ được sự tương hỗ của sáng chế và bí mật kinh doanh (như đã đề cập ở mục 2.2.1) chứ không nhất thiết phải có một hình thức bảo hộ riêng dành cho CTMT.

2.3. Mục đích và nguyên tắc bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

2.3.1. Mục đích của bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Mục đích của bảo hộ quyền SHTT là khuyến khích các sáng tạo mới, bao gồm công nghệ và tác phẩm nghệ thuật có thể làm tăng tăng trưởng kinh tế, cải thiện đời sống nhân loại. Việc bảo hộ quyền SHTT làm tăng động cơ khuyến khích các cá nhân tiếp tục sản xuất những tài sản trí tuệ có thể tạo ra nhiều cơ hội việc làm và công nghệ mới, đồng thời cho phép thế giới của chúng ta cải thiện và phát triển nhanh hơn nữa. Về bản chất, quyền SHTT là một loại hình bảo hộ quyền sở hữu hợp pháp cho những người tạo ra các tài sản trí tuệ, tuy nhiên giá trị ý nghĩa nhất của bảo hộ quyền SHTT là góp phần thúc đẩy sự phát triển của thế giới, đặc biệt là về kinh tế. Điều 7 Hiệp định TRIPS, Hiệp định Thương mại tự do FTA thế hệ mới, bao gồm Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) tại Điều 18.2 và Hiệp định Thương mại tự do giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (EVFTA) tại Điều 12.1 và RCEP Điều 11.1 đều nêu rõ mục tiêu của việc bảo hộ và thực thi các quyền SHTT phải góp phần thúc đẩy việc cải tiến, chuyển giao và phổ biến công nghệ, góp phần đem lại lợi ích chung cho người tạo ra và người sử dụng kiến thức công nghệ, lợi ích

chung xã hội. Do đó, mục đích của bảo hộ QTG là *bảo vệ quyền của các chủ thể và khuyến khích việc tạo ra nhiều hơn nữa các tác phẩm văn học, nghệ thuật khoa học có giá trị*. Như vậy, mục đích của quá trình bảo hộ QTG đối với CTMT không phải để tuân thủ các quy định pháp luật về QTG mà là để tạo ra nhiều sản phẩm phần mềm, ứng dụng, phát triển hệ thống mạng internet nhằm tạo cơ sở hạ tầng hiện đại đáp ứng yêu cầu phát triển kinh tế, cải thiện đời sống vật chất, tinh thần cho con người.

2.3.2. Nguyên tắc bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Nguyên tắc bảo hộ QTG là những quan điểm thống nhất không thay đổi xuyên suốt quá trình bảo hộ QTG để bảo đảm cho việc bảo hộ quyền SHTT đạt được mục đích của bảo hộ. Trên phương diện quốc tế lẫn pháp luật của mỗi quốc gia đều có những quy định mang tính định hướng đưa ra những nguyên tắc chung cho quá trình bảo hộ quyền SHTT là tạo sự cân bằng giữa quyền và nghĩa vụ⁶⁸ và hài hòa lợi ích của chủ thể quyền sở hữu trí tuệ với lợi ích công cộng⁶⁹.

(1) Sự cần thiết phải điều chỉnh bảo hộ QTG đối với CTMT theo hướng cân bằng lợi ích giữa các chủ thể

Việc bảo hộ QTG đối với CTMT ở các mức độ khác nhau có thể dẫn đến những hiệu quả khác nhau tác động lên sự phát triển của ngành công nghệ phần mềm. Nếu chúng ta có quan điểm siết chặt trong việc bảo vệ bản quyền sẽ tạo ra sự độc quyền mạnh mẽ đối với các CTMT ứng dụng. NCS đồng ý với những quan điểm của tác giả Lê Thị Nam Giang và Nguyễn Đình Huy đã có những phân tích rất sâu sắc về sự cần thiết của cân bằng lợi ích giữa các chủ thể trong bảo hộ quyền SHTT. Để một xã hội tồn tại và phát triển bền vững thì yếu tố quan trọng nhất là nguồn nhân lực có tri thức, vì vậy chủ sở hữu đã tìm mọi cách kể cả hỗ trợ về tài chính để các tác phẩm có thể được phân phối rộng rãi đến công chúng với hy vọng đông đảo quần chúng nhân dân sẽ có nhiều cơ hội để tiếp cận tri thức và các nền văn hoá khác nhau, nâng cao trình độ của mình, từ đó nâng cao mức sống của chính bản thân và góp phần cải tạo xã hội⁷⁰. Nghĩa là pháp luật phải có những quy định làm giao thoa hài hòa lợi ích của chủ sở hữu và người sử dụng; phải tìm ra một hình thức bảo hộ thích hợp nhất để một mặt vừa khuyến khích được tác giả đầu tư sáng tạo ra nhiều phần mềm có giá trị, đảm bảo được lợi ích vật chất cũng như tinh thần của họ; mặt khác, tạo điều kiện cho

⁶⁸ Điều 7 Hiệp định TRIPS, CPTTP: Điều 18.2, EVFTA: 12.1, và RCEP Điều 11.1

⁶⁹ Khoản 1 Điều 8 Luật SHTT

⁷⁰ Lê Thị Nam Giang (2009), Nguyên tắc cân bằng lợi ích của chủ sở hữu trí tuệ và lợi ích xã hội, Tạp Chí Khoa Học Pháp Lý số 02 năm 2009.

người sử dụng được tiếp cận với phần mềm, khai thác phần mềm một cách hợp pháp và có hiệu quả; góp phần vào sự phát triển văn hóa, khoa học của đất nước. Một khi lợi ích được cân bằng dù chỉ là tương đối thì chắc chắn việc xâm phạm quyền tác giả sẽ giảm đi đáng kể⁷¹. Tuy nhiên cần làm rõ những nội dung về cân bằng QTG đối với CTMT như sau:

Thứ nhất, cân bằng trong bảo hộ QTG đối với CTMT là sự hài hòa về lợi ích kinh tế giữa ba nhóm chủ thể:

- Lợi ích của quốc gia và lợi ích của quốc tế khi một quốc gia chấp nhận sự tuân thủ của các quy tắc quốc tế về bảo hộ QTG. Việt Nam chấp nhận bảo hộ quyền của các doanh nghiệp phần mềm nước ngoài đang đầu tư tìm kiếm lợi ích tại Việt Nam thì phải đổi lấy là Việt Nam nhận lại sự hỗ trợ, kinh nghiệm và tài trợ từ các tổ chức quốc tế, từ các quốc gia trong quá trình phát triển thị trường phần mềm của Việt Nam. Mỗi quốc gia sẽ có những chiến lược nâng cao thực thi quyền SHTT khác nhau. Ví dụ đối với Mỹ là quốc gia hàng đầu về xuất khẩu quyền SHTT, chiến lược thực thi quyền SHTT của Mỹ là thắt chặt việc tuân thủ các yêu cầu về quyền SHTT, đặc biệt là các quốc gia nhập khẩu quyền SHTT của Mỹ. Nhưng đối với Trung Quốc-quốc gia đang có những bước nhảy lớn về kinh tế hiện nay thì chiến lược đưa ra là cho phép các doanh nghiệp nước ngoài đầu tư nước ngoài vào Trung Quốc kèm theo điều kiện phải cho phép các doanh nghiệp Trung Quốc tiếp cận với công nghệ mới, sau thời gian thì buộc chuyển giao công nghệ và trở thành công nghệ của Trung Quốc⁷² (tái đổi mới dựa trên quyền SHTT của doanh nghiệp nước ngoài).

- Lợi ích giữa các chủ thể QTG đối với CTMT là sự cân bằng lợi ích giữa tác giả với chủ sở hữu QTG đối với CTMT. Tác giả tạo ra CTMT theo quy định có quyền nhân thân và ngoài ra, họ còn được hưởng những lợi ích thông qua sự thỏa thuận từ nhà sản xuất là chủ sở hữu QTG đối với CTMT. Nhà sản xuất CTMT có các quyền tài sản và một số quyền nhân thân như quyền được công bố CTMT. Nếu pháp luật ưu ái dành cho một trong các bên những quyền mạnh hơn, tác động lên hoạt động của chủ thể còn lại thì khó mà đạt được sự hài hòa lợi ích giữa hai chủ thể này. Năm 2008, Quách Công Sơn làm việc tại Công ty TNHH Hầy trực tuyến đã viết phần mềm www.tienganh123.com để công ty kinh doanh bán thẻ. Tháng 1/2012, Sơn nghi

⁷¹ Nguyễn Đình Huy (2002), Tạp Chí Khoa Học Pháp Lý số 08 năm 2002.

⁷² European Commission (2019), Report on the protection and enforcement of intellectual property rights in third countries. Tr. 18, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158561.pdf

việc và tự ý lấy bộ mã nguồn của trang web này (trong khi trang web này còn khoảng 4.000 thẻ, tổng trị giá 2,1 tỷ đồng) rồi chỉnh sửa lại, thiết kế thành trang web hocne.vn và thành lập Công ty TNHH TM&DV Trải Nghiệm Mới để phát thẻ cào học tiếng Anh⁷³. Với tư cách là tác giả của bộ mã nguồn trên, Sơn sẽ có các quyền nhân thân như chỉnh sửa CTMT tại Khoản 4 Điều 19 Luật SHTT, nhưng hành vi Sơn chỉnh sửa CTMT thành một web khác và khai thác thì sẽ xâm phạm đến quyền tài sản của chủ sở hữu là công ty Công ty TNHH Hầy trực tuyến nên pháp luật cần hạn chế quyền này của lập trình viên để bảo vệ quyền của chủ sở hữu QTG đối với CTMT.

- Lợi ích giữa chủ thẻ QTG đối với người dùng CTMT và doanh nghiệp phần mềm khác. Người dùng CTMT bao gồm người dùng cuối và các cơ quan tổ chức doanh nghiệp sử dụng CTMT phục vụ cho các hoạt động của mình nhưng không phải là các doanh nghiệp phát triển phần mềm. Người dùng cuối là những cá nhân trực tiếp sử dụng CTMT: đó có thể là cá nhân được cấp phép trực tiếp từ chủ sở hữu QTG đối với CTMT (tải và thanh toán trực trên mạng internet) và trực tiếp sử dụng CTMT; có thể là cá nhân được cấp phép thông qua đơn vị trung gian phân phối và trực tiếp sử dụng, hoặc không phải là người được cấp phép nhưng là nhân viên của tổ chức, doanh nghiệp đã được chủ sở hữu cấp phép sử dụng trực tiếp sử dụng CTMT. Như vậy người dùng cuối phải là cá nhân trực tiếp sử dụng CTMT, không là tổ chức, cơ quan doanh nghiệp. Nhà sản xuất khi bán ra sản phẩm CTMT cần cân đối giá thành sản phẩm và mức thu nhập, doanh thu của người dùng để tránh tình trạng giá không hợp lý là một trong những nguyên nhân dẫn đến tình trạng vi phạm bản quyền. Đối với các doanh nghiệp sản xuất phần mềm khác, người đầu tiên viết các CTMT có thể sẽ sử dụng độc quyền mà họ được cấp ngăn cản những người sáng tạo khác phát triển sản phẩm được cải tiến dựa trên các sản phẩm đang tồn tại. Nhưng khi nói lỏng việc bảo hộ QTG thì sẽ cho phép các lập trình viên được sao chép CTMT một cách quá dễ dàng, do đó sẽ không khuyến khích việc tạo ra những những CTMT độc đáo, mới lạ mang tính đột phá. Nếu các lập trình viên có thể dễ dàng viết lại mã, mà vẫn tránh vi phạm bản quyền của nhà phát triển CTMT trước không bảo vệ quyền lợi của người tạo CTMT trước. Do vậy, cần tạo ra chính sách bảo hộ QTG ở một mức độ cân bằng quyền của các chủ thẻ trong quá trình tạo lập, phân phối, phát triển và sử dụng CTMT.

⁷³ Huệ Linh (2012), Trộm cắp mã nguồn: lỗi từ sự bất cẩn, An Ninh Thủ Đô, <https://anninhthudo.vn/trom-cap-ma-nguon-loi-tu-su-bat-can-post147544.antd> truy cập 03/8/2021

Thứ hai, cần hiểu về mức độ cân bằng quyền giữa các chủ thể ở đây hoàn toàn không đồng nghĩa với ngang bằng lợi ích vì lợi ích của chủ sở hữu và người sử dụng không thể nào ngang bằng được. Theo NCS, người chủ sở hữu CTMT đương nhiên phải có những độc quyền của một người sở hữu tài sản trong vị trí đối kháng với người dùng và các doanh nghiệp cạnh tranh, thậm chí đối với cả nhà nước bao gồm các quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt CTMT của mình. Cân bằng lợi ích trong trường hợp này nghĩa là pháp luật đưa ra những hạn chế về quyền của chủ sở hữu hay tác giả để tạo điều kiện cho những chủ thể khác tham gia vào quá trình tạo lập và phát triển CTMT, nhưng không được ảnh hưởng đến quyền kinh tế của chủ sở hữu.

- Cân bằng lợi ích giữa các chủ thể vốn dĩ đã tồn tại trong bảo vệ quyền sở hữu tài sản hữu hình. Tại Việt Nam, việc bảo vệ tài sản hữu hình của các tổ chức, cá nhân là hầu như gần tuyệt đối, các chủ thể khác phải tôn trọng việc cá nhân, pháp nhân xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình nếu mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội theo Khoản 2 Điều 3 BLDS 2015. Thế nhưng, trong một số trường hợp pháp luật vẫn phải ghi nhận sự hạn chế quyền của chủ sở hữu tài sản vì lợi ích của nhà nước, lợi ích chung tại Khoản 3 Điều 32 Hiến pháp 2013 quy định việc bảo vệ tại trường hợp thật cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng chống thiên tai thì Nhà nước sẽ trưng mua hoặc trưng dụng có bồi thường tài sản của tổ chức, cá nhân theo giá thị trường. Trong pháp luật dân sự, người chủ sử dụng bất động sản liền kề phải hạn chế quyền của mình trong trường hợp quyền về lối đi chủ sở hữu có bất động sản bị vây bọc bởi các bất động sản của các chủ sở hữu khác mà không có hoặc không đủ lối đi ra đường công cộng, có quyền yêu cầu chủ sở hữu bất động sản vây bọc dành cho mình một lối đi hợp lý trên phần đất của họ theo Điều 254 Bộ luật Dân sự 2015. Ngoài ra chủ sở hữu bất động sản liền kề còn phải hạn chế quyền của mình trong trường hợp liên quan đến quyền cấp, thoát nước, quyền về tưới nước, tiêu nước trong canh tác, quyền mắc đường dây tải điện, thông tin liên lạc của các chủ thể khác.

- Đối với tài sản trí tuệ, yêu cầu hạn chế quyền của chủ sở hữu để cho phép các chủ thể khác sử dụng lại ở mức cao hơn so với tài sản hữu hình vì xuất phát từ đặc điểm tài sản trí tuệ là kiến thức phải có sự kế thừa thì mới phát triển, và kế thừa là tất yếu của quá trình phát triển tri thức nhân loại; Hơn nữa, đặc điểm của tài sản trí tuệ khác với tài sản hữu hình tính độc quyền chiếm hữu, nếu một chủ thể thực hiện

quyền sử dụng tài sản hữu hình thì đương nhiên các chủ thể khác không thể sử dụng được.

Mặt khác, tính phái sinh là một đặc điểm khác biệt giữa tài sản trí tuệ và tài sản hữu hình. Tính phái sinh của tài sản trí tuệ là khả năng có thể tạo ra những tác phẩm mới từ tác phẩm gốc, do vậy nó khác biệt rất lớn với tính hao mòn vật lý của tài sản hữu hình. Từ tính phái sinh đó, cho ra đời những tác phẩm phái sinh. Tài sản trí tuệ còn có tính công, cần phổ biến rộng rãi, càng nhiều người sử dụng thì càng tăng giá trị của tài sản. Đặc biệt là đối với mã nguồn mở, càng nhiều người sử dụng mã nguồn mở thì danh tiếng của tác giả sáng tạo ra mã nguồn mở gốc càng được đẩy xa và càng có nhiều người đóng góp vào cho việc sửa lỗi, nâng cấp CTMT để phát triển và hoàn thiện các chức năng của CTMT. Điều 7 Luật SHTT khẳng định chủ thể quyền sở hữu trí tuệ chỉ được thực hiện quyền của mình trong phạm vi và thời hạn bảo hộ theo quy định của Luật SHTT. Nên dù quyền của chủ sở hữu quyền SHTT vẫn là trung tâm của việc bảo hộ, nhưng sự bảo hộ này chỉ có tính tương đối.

(2) Cơ sở của nguyên tắc cân bằng

(i) Cơ sở kinh tế học của nguyên tắc cân bằng

Dưới quan điểm kinh tế học, hai nhà nghiên cứu Landes và Posner đã chỉ ra trong tác phẩm "An Economic Analysis of Copyright Law" rằng cân bằng quyền SHTT là vấn đề trọng tâm trong luật bản quyền⁷⁴. Trong nghiên cứu về thuyết hết quyền, Theo Papadopoulos nghiên cứu và mô tả mối quan hệ giữa mức độ bảo hộ quyền SHTT và số lượng các đổi mới, phúc lợi xã hội để chứng minh về cơ sở kinh tế học của sự cân bằng trong bảo hộ bản quyền SHTT.⁷⁵ Với việc bảo vệ sở hữu trí tuệ hoàn toàn sẽ chỉ có một số sản phẩm trí tuệ và phúc lợi xã hội được tạo ra vì việc bảo vệ chặt chẽ như vậy sẽ hạn chế rất nhiều khả năng phát triển tạo các sản phẩm trí tuệ của người khác. Khi mức độ bảo vệ được nói lỏng, số lượng sản phẩm trí tuệ và phúc lợi xã hội sẽ tăng lên mức cao nhất có thể. Nhưng ngược lại, việc tiếp tục nói lỏng hơn nữa quyền sở hữu trí tuệ sẽ không khuyến khích phát triển số lượng sản phẩm trí tuệ, phúc lợi xã hội nữa bởi vì các nhà phát triển sản phẩm trí tuệ ít có khả năng thu được toàn bộ lợi ích tiền tệ từ sản phẩm trí tuệ của họ. Không có bảo vệ sở

74 William Landes & Richard Posner (1989), An Economic Analysis of Copyright Law, 18 J. LEGAL STUD. Tr 325-326.

75 Theo Papadopoulos, (2003), The First-Sale Doctrine in International Intellectual Property Law: Trade in Copyright Related Entertainment Products, Entertainment and Sports Law Journal, số 2(2), Tr.40-60.

hữu trí tuệ thì vẫn sẽ có một số ít sản phẩm trí tuệ một số nhà phát triển có thể nắm bắt lợi ích từ việc tận dụng một số ít sản phẩm trí tuệ có sẵn, sau đó cải tiến ra thị trường trước. Tuy nhiên, số lượng sản phẩm trí tuệ được tạo ra mà trong môi trường không có bất kỳ sự bảo vệ sở hữu trí tuệ nào sẽ là thấp nhất.

Nếu quyền SHTT được thực thi quá nghiêm ngặt thì những người sáng tạo mới tiếp theo xây dựng dựa trên những đổi mới trước đó sẽ tương đối khó khăn và lợi ích chung xã hội sẽ bị giảm. Hơn nữa, nếu một tác giả mới được phép giữ tất cả quyền từ một đổi mới thông qua quyền sở hữu mở rộng, thì sẽ không có lợi ích gì cho phần còn lại của xã hội từ sự đổi mới đó. Như vậy, những đổi mới sẽ không thúc đẩy nền kinh tế tiến tới năng suất cao hơn, mà chỉ làm giàu cho nhà phát minh mà thôi.

(ii) Cơ sở pháp lý của nguyên tắc cân bằng

Thời kỳ cận đại, quy định sớm nhất về quyền SHTT là đạo luật Anne 1710 đã quy định “tác giả có độc quyền trên tác phẩm của mình” nhưng đồng thời cũng khẳng định “độc quyền của tác giả được bảo hộ trong một thời gian nhất định”⁷⁶. Bên cạnh đó, vào thế kỷ XV ảnh hưởng bởi phong trào khai sáng, các nhà quý tộc Châu Âu đã thực hiện những chính sách để các tác phẩm có thể được phân phối rộng rãi đến quần chúng nhân dân lao động với hy vọng đồng đảo quần chúng nhân dân sẽ có nhiều cơ hội để tiếp cận tri thức và các nền văn hoá khác nhau⁷⁷. Trong thời kỳ hiện đại, Hiến chương Adelphi về Sáng tạo, Đổi mới và Sở hữu trí tuệ của Hiệp hội Hoàng gia Anh nhằm khuyến khích Nghệ thuật, Sản xuất và Thương mại, London, Vương quốc Anh, và được coi là một tuyên bố tích cực về việc bảo đảm các yếu tố cân bằng trong bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ. Và đặc biệt, Hiến chương Adelphi sau đó đã ảnh hưởng lớn đến một bản tuyên ngôn bản quyền tiếp theo Bản quyền cho sự sáng tạo - Tuyên bố cho châu Âu vào năm 2010 với tinh thần xem xét lại bản quyền trong thời đại mới cần sử dụng nội dung số mà không phải trả phí cho người sáng tạo trong một số trường hợp. Nội dung cân bằng này đã được ghi nhận tại Hiệp định TRIPS Điều 7 về mục đích, Điều 12.2 Hiệp định EVFTA về phạm vi nghĩa vụ, Điều 18.2 Hiệp Định CPTTP (Hai hiệp định của FTA thế hệ mới) về mục tiêu, Điểm Mục 1 Điều 11.1 Hiệp định RCEP đều thống nhất nội dung bảo hộ và thực thi các quyền sở hữu trí tuệ phải góp phần thúc đẩy việc cải tiến, chuyển giao và phổ biến công nghệ, góp phần đem

⁷⁶ Lê Thị Nam Giang (2009), Nguyên tắc cân bằng lợi ích của chủ sở hữu trí tuệ và lợi ích của xã hội, Khoa Học Pháp Lý, số 2.

⁷⁷ Lê Thị Nam Giang (2009), Nguyên tắc cân bằng lợi ích của chủ sở hữu trí tuệ và lợi ích của xã hội, Khoa Học Pháp Lý, số 2.

lại lợi ích chung cho người tạo ra và người sử dụng kiến thức công nghệ, đem lại lợi ích xã hội và lợi ích kinh tế, và tạo sự cân bằng giữa quyền và nghĩa vụ.

(3) Ý nghĩa của nguyên tắc cân bằng

Cân bằng lợi ích mà nhà phát triển CTMT và các chủ thể khác là cách tốt nhất để thúc đẩy lợi ích của các chủ thể. Lợi ích của tác giả bao giờ cũng đối lập với lợi ích của công chúng. Chủ thể quyền QTG đối với CTMT bao giờ cũng muốn độc quyền đối với CTMT và yêu cầu tất cả mọi người đều phải hoàn trả những chi phí mà mình đã bỏ ra. Nhưng bên cạnh đó các chủ thể khác như những lập trình viên cần nghiên cứu học hỏi về kỹ thuật lập trình, nhà nghiên cứu về an toàn an ninh mạng, các nhà phát triển phần mềm ứng dụng cũng có nhu cầu sử dụng lại mã nguồn để phát triển các sản phẩm liên quan. Do vậy dù phải ưu tiên đặt quyền lợi của tác giả và chủ sở hữu lên hàng đầu nhưng nếu bảo hộ độc quyền CTMT chặt quá thì sẽ hạn chế việc học hỏi nghiên cứu và kế thừa tri thức từ xã hội. Cũng nhờ nguyên tắc cân bằng bản quyền mà bảo vệ những trường hợp người sáng tạo ra CTMT có thể kế thừa một vài yếu tố từ CTMT trước và trường hợp người dùng CTMT và công chúng có cơ hội sử dụng CTMT hoặc một phần của CTMT để nghiên cứu, học tập, giảng dạy.

Cân bằng bảo hộ QTG đối với CTMT khuyến khích tạo ra nhiều sản phẩm CTMT hơn. Nhà nước cần phải làm trung gian giữa các bên liên quan để đạt được sự chấp nhận của các bên trong việc tạo ra sự giới hạn quyền thì sẽ đạt hiệu quả ghi nhận lao động trí tuệ của tác giả, chủ sở hữu QTG và khuyến khích việc phổ biến các tác phẩm mang giá trị cho công chúng. Tài sản trí tuệ có đặc trưng là tính phái sinh, luôn cần sự đổi mới, đặc biệt là CTMT thì sự đổi mới này càng nhanh và nhiều hơn là các tài sản trí tuệ khác. Do vậy rất cần sự chia sẻ của tác giả và chủ sở hữu QTG đối với CTMT để phát triển các sản phẩm phần mềm khác.

Tránh sự lạm dụng, và độc quyền trong thị trường phần mềm. Rất nhiều nghiên cứu đã chỉ ra, mặc dù bất kỳ tác phẩm nào được cho là độc nhất, nếu bảo hộ quá chặt sẽ dẫn tới độc quyền. Nếu thị trường có nhiều sản phẩm tương đương thay thế, loại bỏ khả năng của chủ sở hữu bản quyền để đề xuất giá cả cạnh tranh thì sẽ có lợi cho người tiêu dùng, và đồng thời cũng khuyến khích việc tạo ra các sản phẩm trí tuệ khác, đồng thời bảo hộ theo nguyên tắc cân bằng sẽ góp phần tạo nên một thị trường phần mềm ổn định và bền vững, và có sự cạnh tranh cao.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

Công nghệ là cột sống của nền kinh tế hiện đại và phần lớn giá trị của nó nằm ở CTMT. Vì vậy, tất cả các thành phần kinh tế đang trở nên phụ thuộc vào CTMT để thúc đẩy tăng trưởng vấn đề là Nhà nước cần điều chỉnh luật để bảo đảm quyền lợi của các bên chủ thể quyền, người sử dụng và thúc đẩy sự phát triển của các CTMT. Quá trình phát triển chế định bảo hộ QTG đối với CTMT có nhiều quan điểm khác nhau, trong phạm vi chương 2 của luận án đã làm rõ những nội dung mang tính lý luận trên, cụ thể:

Thứ nhất, làm rõ khái niệm về bảo hộ QTG đối với CTMT và nội hàm của bảo hộ QTG đối với CTMT; xác định những đặc thù của CTMT so với các tác phẩm viết khác, đưa ra các phân loại CTMT gắn liền với những yêu cầu khác biệt quy định về bảo hộ QTG.

Thứ hai, phân tích và làm rõ mỗi QTG, sáng chế và bí mật kinh doanh sẽ có các ưu và nhược điểm riêng khi áp dụng lên CTMT, qua đó xác định được bảo hộ bằng QTG vẫn là tối ưu cho CTMT hiện nay.

Thứ ba, xác định được định hướng điều chỉnh các quy phạm về QTG đối với CTMT nên định hướng hài hòa lợi ích của các chủ thể trong quá trình bảo hộ.

Thứ tư, xác định được những ý nghĩa và nội dung bảo đảm sự cân bằng trong quyền của các chủ thể đó là giới hạn các quyền bảo hộ và tránh lạm quyền trong quá trình thực thi.

Qua nội dung chương này thấy dù còn nhiều quan điểm khác nhau trong quá trình bảo hộ quyền SHTT đối với CTMT, nhưng luận án cũng đã góp phần làm rõ vấn đề lý luận về bảo hộ CTMT dưới QTG có ý nghĩa quan trọng trong việc định hướng nghiên cứu tiếp về hoàn thiện bảo hộ QTG đối với CTMT.

CHƯƠNG 3. PHẠM VI BẢO HỘ QUYỀN TÁC GIẢ ĐỐI VỚI CHƯƠNG TRÌNH MÁY TÍNH

Giới công nghệ ai cũng biết vụ kiện lịch sử giữa Oracle và Google về việc sao chép bản quyền API⁷⁸ của Java⁷⁹. Google đã sử dụng API trong Java của Oracle để phát triển hệ điều hành Android dùng cho điện thoại di động. Qua nhiều phiên tòa với những kết quả đảo ngược nhau, dưới góc độ pháp lý vụ kiện này được xem như là trường hợp điển hình về xác định phạm vi bảo hộ bản quyền đối với CTMT. Mặc dù pháp luật bản quyền ở Mỹ tương đối phát triển và có nhiều tiền lệ xét xử trước đó nhưng qua trường hợp giữa Google và Oracle thì khó dự đoán trước kết quả. Dù nội dung của các phiên tòa vẫn chỉ xoay quanh câu hỏi việc xác định một yếu tố cụ thể nào trong CTMT được bảo hộ bản quyền? Yếu tố nào thì không? Trường hợp nào mặc dù thuộc đối tượng được bảo hộ bản quyền nhưng người khác sử dụng mà vẫn không bị xem là vi phạm bản quyền sử dụng hợp lý. Đó là những vấn đề rất cấp thiết cần được đặt ra và tìm hướng giải quyết.

3.1. Khái niệm về phạm vi bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Nhà nước bảo hộ QTG cho các chủ thể tuy nhiên việc bảo hộ này không phải là vô hạn mà bị giới hạn trong một phạm vi. Các văn bản quốc tế như công ước Berne, Công ước Paris, Hiệp định TRIPS cũng như luật SHTT của Việt Nam không đưa ra khái niệm thế nào là phạm vi bảo hộ. Theo từ điển tiếng Việt phạm vi là khoảng được giới hạn của một hoạt động, một vấn đề hay một cái gì⁸⁰. Phạm vi được hiểu chung là giới hạn của một sự vật, hiện tượng nào đó, có thể là phạm vi của một hoạt động, một nội dung. Vậy có thể hiểu phạm vi của bảo hộ quyền SHTT là *tập hợp những nội dung quyền sẽ được bảo hộ và những quyền bị giới hạn không được bảo hộ, làm cơ sở cho việc xác định và thực hiện quyền của các chủ thể*. Theo khoản 1 Điều 7 Luật SHTT chủ thể quyền sở hữu trí tuệ chỉ được thực hiện quyền của mình trong phạm vi và thời hạn bảo hộ theo quy định của Luật SHTT. Pháp luật về QTG không có một quy định cụ thể gọi tên là "phạm vi bảo hộ QTG" mà chỉ hiểu hàm ý về phạm vi bảo hộ này thông qua các quy định ghi nhận các đối tượng được bảo hộ QTG đối với

⁷⁸ API (Application Programming Interface) là cấu trúc, mô hình bề mặt tiếp xúc của CTMT để một CTMT tương thích với 1 hệ điều hành hoặc tương thích với một CTMT khác.

⁷⁹ Java là một dạng ngôn ngữ lập trình.

⁸⁰ Hồ Lê (2010), Từ điển tiếng Việt, NXB Khoa Học Xã Hội, Tr.703.

CTMT, nội dung quyền của các chủ thể và giới hạn nội dung quyền được bảo hộ QTG. Do vậy, khái niệm về phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT được hiểu như sau:

Phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT là những giới hạn mà pháp luật quy định để xác định ranh giới giữa những nội dung được bảo hộ và những nội dung không bảo hộ QTG đối với CTMT.

Với khái niệm này thì khi xác định phạm vi bảo hộ của quyền SHTT cần xác định giới hạn, nhưng giới hạn này được thiết lập trên những nội dung nào? Theo NCS có thể xác định giới hạn về lãnh thổ được bảo hộ, về thời gian được bảo hộ, về đối tượng được bảo hộ và nội dung quyền được bảo hộ. Tuy nhiên khi áp dụng lên CTMT thì có những giới hạn không có nhiều ý nghĩa việc xác định phạm vi về lãnh thổ bảo hộ hay phạm vi về thời gian bảo hộ vì:

Thứ nhất, hiện nay có khoảng 176 quốc gia⁸¹ cùng Việt Nam đã tham gia công ước Berne trên tổng 195 quốc gia toàn thế giới⁸² và theo quy định QTG được bảo hộ tự động, được áp dụng trên phạm vi các quốc gia cùng tham gia công ước nên theo NCS không cần thiết phải xác định phạm vi lãnh thổ QTG đối với CTMT vì các quốc gia có mối quan hệ với Việt Nam trong lĩnh vực phần mềm đều đã tham gia công ước này.

Thứ hai, Điều 7 công ước Berne năm 1971 quy định về thời hạn bảo hộ là suốt cuộc đời của tác giả cộng với 50 năm nhưng lại có quy định riêng đối với tác phẩm là nhiếp ảnh thời hạn bảo hộ tối thiểu là 25 năm kể từ năm bức ảnh được tạo ra và đối với điện ảnh thì thời hạn tối thiểu là 50 năm sau khi chiếu lần đầu tiên hoặc 50 năm sau khi tạo ra nếu tác phẩm điện ảnh không được chiếu trong vòng 50 năm sau khi được tạo ra. Tuy nhiên Công ước cũng ghi rõ các quốc gia có thể chọn đưa ra các điều khoản bảo hộ của riêng mình cho một số loại tác phẩm (chẳng hạn như ghi âm và ảnh chuyển động) và rút ngắn thời hạn bảo hộ hơn. Tại Luật SHTT Việt Nam ghi nhận giới hạn thời hạn bảo hộ quyền tài sản CTMT là suốt đời tác giả và 50 năm sau khi tác giả mất tại Điểm b Khoản 2 Điều 27 Luật SHTT, và thời hạn bảo hộ quyền nhân thân vĩnh viễn là quá dài không phù hợp với vòng đời phát triển của một CTMT. Hiện nay, theo các quy định hiện hành, nhiều CTMT của nước ngoài như các chương trình của Microsoft, Norton... với số lượng lập trình viên lớn thì không xác định được

⁸¹ Xem số liệu thống kê của WIPO tại: https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=15 truy cập 04/2/2021

⁸² Xem danh sách thống kê của Worldometer tại <https://www.worldometers.info/geography/how-many-countries-are-there-in-the-world/> 04/2/2021

tác giả và thời hạn bảo hộ tại Việt Nam⁸³. Công nghệ phần mềm thay đổi rất nhanh, một CTMT tuy có nhiều giá trị hiện tại nhưng gần như chẳng làm được gì sau 5 năm, hệ điều hành cập nhật và thay đổi liên tục nhưng dù đã có tính tới yếu tố thay đổi trong tương lai thì sau vài năm nữa nhà phát triển phần mềm sẽ phải bỏ dần các phiên bản cũ (không hỗ trợ nữa)⁸⁴. Như vậy CTMT buộc phải thay đổi theo thời gian nên với quy định hiện tại thì NCS cho rằng thời hạn bảo hộ gần như là vĩnh viễn đối với CTMT. Nhưng nếu xét về đặc thù vòng đời của CTMT như phân tích trên thì công ước Berne hay pháp luật của Mỹ, Việt Nam vẫn không dành quy định riêng về thời hạn bảo hộ rút ngắn lại cho CTMT hiện nay trong dự thảo về luật SHTT sửa đổi cũng không đề cập đến nội dung này dù các nghiên cứu tại Việt Nam như của Trần Văn Hải⁸⁵ và Nguyễn Đình Huy⁸⁶ đều thống nhất về việc phải rút ngắn lại thời gian bảo hộ xuống còn 25 năm. Vấn đề này theo NCS câu trả lời ở chính ngay đặc điểm quá trình tạo ra CTMT hầu như vô hình với người sử dụng⁸⁷ nên nếu hết thời hạn bảo hộ mà người chủ sở hữu QTG đối với CTMT không công khai cung cấp mã nguồn cho công chúng thì việc có quy định về thời hạn bảo hộ không có ý nghĩa gì. Các lập trình viên và các doanh nghiệp phần mềm đã tìm cách tiếp cận với mã nguồn với hình thức khác, đó là dịch ngược phần mềm mà không phụ thuộc vào thời hạn bảo hộ nên theo NCS không cần thiết phải xác định phạm vi bảo hộ QTG về thời gian đối với CTMT vì không cần thiết.

Do vậy có thể xác định nội hàm của phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT cần phải có những nội dung sau:

Thứ nhất, xác định giới hạn được bảo hộ về đối tượng được bảo hộ trong CTMT;

Thứ hai, xác định giới hạn được bảo hộ về quyền của các chủ thể.

Nhằm tạo sự thống nhất cho việc giải quyết các tranh chấp về bảo hộ QTG đối với CTMT sau này có thể xảy ra tại Việt Nam, chúng ta chỉ có thể xác định được

⁸³. Nguyễn Hoàn Thành (2009), Luật sở hữu trí tuệ và bảo hộ phần mềm máy tính, Thông tin pháp luật dân sự, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2009/12/25/4227-2/>, truy cập ngày 01/8/2018

⁸⁴. Kết quả trao đổi giữa NCS và các lập trình viên

⁸⁵. Trần Văn Hải (2012), Bảo hộ chương trình máy tính như một đối tượng độc lập của quyền sở hữu trí tuệ, Tạp chí Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 11 (295)/2012, tr. 33-42

⁸⁶. Nguyễn Đình Huy (2002), Pháp luật về bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính, Tạp chí Khoa học Pháp Lý số 8/2002

⁸⁷. Xem thêm đặc điểm CTMT tại chương 2 luận án

quyền và nghĩa vụ của các chủ thể cũng như hành vi vi phạm QTG đối với CTMT thông qua việc xác định phạm vi bảo hộ.

Hơn nữa phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT theo pháp luật Việt Nam là tương đối hẹp so với các tác phẩm viết khác, điều này ít khuyến khích sự phát triển của công nghệ phần mềm nên cũng cần xem xét lại các yếu tố bảo hộ.

Pháp luật Việt Nam hiện hành đã có những nội dung liên quan đến đối tượng được bảo hộ trong CTMT, quy định khá cụ thể về quyền của chủ thể QTG đối với CTMT nhưng vẫn còn những vấn đề bỏ ngỏ chưa tiên liệu hết đó là những quy tắc khi xác định đối tượng bảo hộ trong CTMT và những giới hạn quyền cần thiết để thúc đẩy sự phát triển ngành sản xuất phần mềm tại Việt Nam. Do vậy trong nội dung của chương 3 này, luận án sẽ nghiên cứu về phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT trong những vấn đề: (1) các đối tượng là yếu tố trong CTMT thuộc phạm vi bảo hộ; (2) các trường hợp giới hạn QTG được bảo hộ đối với CTMT.

3.2. Nội dung phạm vi bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

3.2.1. Phạm vi về các đối tượng được bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

(1) Các yếu tố trong chương trình máy tính

CTMT được cấu thành từ những yếu tố nhất định, và việc bảo hộ QTG đối với CTMT không phải dành cho tất cả các yếu tố tạo nên CTMT mà có sự chọn lọc. Nếu dựa trên nguyên tắc phân chia bản quyền ta có những yếu tố thuộc biểu hiện và những yếu tố thuộc ý tưởng. Nếu dựa trên những thành phần cụ thể của quá trình lập trình thì CTMT bao gồm:

(i) Ngôn ngữ lập trình

Các ngôn ngữ lập trình - các từ vựng kỹ thuật số khác nhau như HTML và Java sử dụng để làm cho máy tính thực hiện các nhiệm vụ nhất định. Do vậy ngôn ngữ lập trình nên được so sánh với ngôn ngữ được sử dụng bởi một nhà văn trong tác phẩm viết. Ngôn ngữ lập trình như là phương tiện để đạt được sự biểu hiện cụ thể của CTMT và được xác định bằng những tiêu chuẩn cụ thể nên không bảo hộ QTG đối với ngôn ngữ lập trình. Trên thực tế cũng không có pháp luật của nước nào bảo hộ về ngôn ngữ lập trình, kể cả Việt Nam.

Trong vụ kiện giữa SAS và WPL⁸⁸, SAS đã đưa ra một khiếu nại ở Anh chống lại WPL vì WPL đã tạo ra CTMT viết bằng ngôn ngữ lập trình của SAS. Tòa án Tối cao tại Anh đã yêu cầu các thẩm phán của EU ra phán quyết sơ bộ để làm rõ phạm vi bảo vệ pháp lý của luật EU đối với các CTMT là ngôn ngữ lập trình không được bảo hộ bản quyền. Trong trường hợp giữa Oracle và Google, Oracle cho rằng Google có thể đã sử dụng các tên khác nhau cho các tiêu đề của các chức năng cụ thể để hỗ trợ yêu cầu bồi thường của họ rằng Google không phải sao chép các tiêu đề mà các kỹ sư của Sun phát triển. Thực tế, Oracle đã lập luận rằng Google nên buộc các lập trình viên phải học một biến thể ngôn ngữ mới của Java để viết ứng dụng cho nền tảng Android. Tuy nhiên, nếu Google phát triển phương pháp mới Java, Google sẽ làm cho các lập trình viên Java lúng túng, và phải học lại ngôn ngữ Java bằng một cách khác cho Android so với các thiết bị khác. Điều này sẽ gây ra sự phân mảnh trong ngôn ngữ lập trình, sẽ phức tạp hơn nhưng chưa hẳn đã hiệu quả hơn.

Vì vậy, nếu Oracle thực sự đánh giá tính toàn vẹn của Java, thì sẽ không muốn Google phát triển các tiêu đề phương pháp thay thế trong ngôn ngữ Java. Cách tốt nhất để tránh sự phân mảnh ngôn ngữ Java, là Oracle sẽ để Google chấp nhận tất cả 166 gói API thay vì chỉ 37 trong số đó. Nếu Google sử dụng tất cả 166 gói, điều này chắc chắn sẽ đạt được khả năng tương tác hoàn chỉnh của các chương trình Java trên Android.⁸⁹ Tòa án Quận ở Oracle đã phán quyết là Java API và các bộ phận cấu thành của nó sẽ không được bảo vệ bản quyền theo điểm b Điều 102 Luật Bản quyền Mỹ trong chừng mực mà việc sử dụng nó là cần thiết để đạt được khả năng tương tác.

Hiện nay có khoảng hơn 200 ngôn ngữ lập trình cho máy tính. Và để học một ngôn ngữ lập trình thì một lập trình viên giỏi nhất cũng mất hơn ba tháng, tuy nhiên cũng có người mất vài năm vẫn chưa thành thạo. Do vậy, pháp luật không nên buộc người lập trình phải tham gia vào các biến đổi không cần thiết trong khi nếu tiêu chuẩn hóa thì sẽ hoàn thành tốt hơn các mục tiêu của luật bản quyền bằng cách cho phép các lập trình thể hiện mình bằng ngôn ngữ lệnh mà họ đã biết rõ.

(ii) Các giao diện chương trình máy tính

⁸⁸ Xem thêm tại bản án số C 406/10 ngày 02/5/2012 của Tòa Án EU và mục 3.2.1 của luận án.

⁸⁹ Xem, ví dụ tranh chấp giữa tập đoàn Lotus Dev. Corp và công ty Borland tại bản án số 49 F.3d 807, 818 (1st Cir. 1995). Tòa án Mỹ đã cho rằng đó sẽ là một vụ án vô lý yêu cầu người dùng phải học cấu trúc lệnh mới cho các chương trình; Xem văn bản bổ sung kèm theo ghi chú 283 tới 285 liên quan đến những khó khăn mà các lập trình viên Java gặp phải nếu Google cố gắng phát triển các tiêu đề và lớp phương thức khác nhau cho phiên bản biến thể của chúng cho nền tảng Android.

Giao diện được hiểu là một ranh giới chia sẻ qua đó hai hoặc nhiều thành phần riêng biệt của một hệ thống máy tính nhằm trao đổi thông tin. Việc trao đổi có thể là giữa các thành phần: phần mềm, phần cứng máy tính, thiết bị ngoại vi và con người⁹⁰. Hiểu một cách đơn giản nhất giao diện là một dạng mà bất cứ nơi nào một đối tượng có thể được trao đổi. Giao diện bao gồm: Giao diện phần cứng, giao diện phần mềm và giao diện người dùng.

Giao diện phần cứng được mô tả bằng các tín hiệu cơ học, điện và logic tại giao diện và giao thức để sắp xếp chúng ví dụ: như các thiết bị đưa thông tin vào hoặc ra ngoài: các dây usb, dây loa kết nối giữa máy tính và loa, con chuột... từ việc thiết kế và giới thiệu các thành phần khác của hệ thống máy tính, do đó cho phép người dùng và nhà sản xuất linh hoạt trong việc triển khai các hệ thống máy tính⁹¹. Giao diện phần cứng thuộc vào ngành công nghiệp sản xuất phần cứng của máy tính nên nằm ngoài phạm vi nghiên cứu của luận án này.

Giao diện phần mềm là hình thức giao diện mà một hệ điều hành có thể giao tiếp với các phần cứng, hoặc các ứng dụng hoặc các chương trình đang chạy trên hệ điều hành có thể cần tương tác qua các luồng⁹² và trong các mã hướng đối tượng, các đối tượng bên trong một ứng dụng có thể cần tương tác với nhau.

Một nguyên tắc chính của thiết kế CTMT là cấm truy cập vào tất cả các tài nguyên theo mặc định, chỉ cho phép truy cập thông qua các điểm nhập cảnh được xác định rõ⁹³. Nghĩa là các giao diện CTMT cung cấp khả năng truy cập vào các tài nguyên máy tính (như bộ nhớ, CPU, lưu trữ, vv..) của hệ thống máy tính cơ bản; truy cập trực tiếp (tức là không thông qua các giao diện được thiết kế tốt) đến các tài nguyên như vậy bằng CTMT có thể có những chi tiết lớn đôi khi gây lỗi cho tính năng và sự ổn định của CTMT. Do đó, nếu bảo hộ QTG giao diện phần mềm thì sẽ dẫn đến hiện tượng không linh động phát triển được các CTMT giữa các nhà sản xuất CTMT khác nhau vì không có sự kết nối giữa các CTMT, và giữa CTMT với hệ điều hành.

⁹⁰ Hookway, B. (2014). "Chapter 1: The Subject of the Interface", Interface. MIT Press, Tr. 1–58.

⁹¹ Blaauw, Gerritt A.; Brooks, Jr., Frederick P. (1997), "Chapter 8.6, Device Interfaces", Computer Architecture-Concepts and Evolution, Addison-Wesley, Tr. 489–493.

⁹² Buyya, R. (2013). Mastering Cloud Computing. Tata McGraw-Hill Education. Tr. 2-13.

⁹³ Poo, D.; Kiong, D.; Ashok, S. (2008), "Chapter 2: Object, Class, Message and Method", Object-Oriented Programming and Java. Springer-Verlag. Tr. 7–15.

Giao diện đồ họa người dùng là một điểm tương tác giữa máy tính và con người bao gồm bất kỳ một số phương thức tương tác (như đồ họa, biểu tượng, âm thanh, vị trí, chuyển động,...). Hay nói một cách khác, giao diện đồ họa người dùng là nơi dữ liệu được chuyển giao giữa người dùng và hệ thống máy tính. Các giao diện là một phần của một CTMT cung cấp cho sự kết nối và tương tác của các phần tử của phần mềm và phần cứng, giữa phần mềm này và phần mềm khác và với người sử dụng theo mọi cách mà chúng được dự định hoạt động. Đặc biệt, nếu giao diện đồ họa người dùng là một giao diện tương tác cho phép giao tiếp giữa CTMT và người dùng. Trong những trường hợp đó, giao diện đồ họa người dùng không được bảo hộ QTG với tư cách là một CTMT, vì nó chỉ đơn thuần là một phần của CTMT mà người dùng sử dụng các tính năng của CTMT.

Theo đó, giao diện đó không phải là một hình thức biểu hiện của một CTMT theo nghĩa của Điều 1 (2) của Chỉ thị 91/250 của EU và do đó nó không thể được bảo vệ đặc biệt bởi bản quyền trong các chương trình máy tính theo chỉ thị đó. Còn các hệ thống pháp luật còn lại như Mỹ, Anh... thì không thể hiện cụ thể mà chỉ thông qua các án lệ.

Như vậy đối với các loại giao diện của CTMT thì luật thực định của các nước không ghi rõ là có bảo hộ hay không. NCS nhận thấy Giao diện phần mềm là một phần của một CTMT cung cấp cho sự kết nối và tương tác của các phần tử giữa phần mềm và phần cứng, giữa các phần mềm với nhau, giữa các phần cứng với nhau và với người sử dụng. Nếu được bảo hộ bản quyền thì các nhà phát triển phần mềm rất khó để tạo ra các CTMT ứng dụng tương thích với các CTMT của nhà phát triển khác, dẫn đến việc hạn chế tốc độ phát triển của thị trường phần mềm, nên tòa án đã không bảo hộ phần này. Đối với Giao diện đồ họa người dùng: giao diện này cho phép giao tiếp giữa CTMT và người dùng. Trong những trường hợp đó, giao diện đồ họa người dùng lại không được bảo hộ bản quyền vì nó không đáp ứng được điều kiện bảo hộ vì đó là sự diễn đạt, nó chỉ là các tính năng của CTMT mà thôi. Do vậy không có một loại giao diện nào được bảo hộ QTG đối với CTMT. Chính vì vậy mà luật SHTT của Việt Nam cũng không đề cập đến yếu tố là giao diện của CTMT trong phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT theo quan điểm của NCS là hoàn toàn hợp lý.

(iii) Thuật toán

Thuật toán là một thủ tục được xác định cụ thể cho phép một máy tính để giải quyết một vấn đề nào đó. Là một chuỗi các hướng dẫn rõ ràng. Trong thực tế, các nhiệm vụ được thực hiện bởi máy tính thì phải sử dụng các thuật toán. Mặc dù bản

chất mọi CTMT bao gồm một dãy các phép toán cơ bản⁹⁴, là các hằng số, các số nguyên bất biến bao gồm một phần các công thức được sử dụng để thực hiện các phép tính trong một chương trình, nhưng thuật toán là một phương pháp chung để giải quyết một vấn đề chứ thuật toán lập trình không phải là mã máy tính độc lập nên cũng không được bảo hộ QTG trong nội dung của điều khoản loại trừ bảo hộ QTG phương trình toán học không được bảo hộ không chỉ tại Mỹ, Anh mà còn EU.

Cách thức mà các công thức và thuật toán được sắp xếp - giống như kiểu viết mã của CTMT - có thể sẽ phản ánh các tác giả sáng tạo trí tuệ và trên thực tế khi tiếp xúc với các lập trình viên, NCS thấy rằng họ đều mong muốn được bảo hộ quyền SHTT cho các thuật toán do mình tạo ra. Tuy nhiên, ngay cả đối với Mỹ, nếu là một thuật toán thuần túy thì không được cấp sáng chế, và chỉ có thể bảo hộ thuật toán đó bằng sáng chế nếu nó được gắn với những sản phẩm cụ thể. Ở Việt Nam, pháp luật hiện hành chỉ bảo hộ QTG đối với mã nguồn và mã máy trong CTMT. Vì vậy, nếu một thuật toán được diễn đạt trong tệp mã nguồn có thể được bảo hộ QTG với tư cách là một đoạn mã. Chủ sở hữu CTMT có thể ngăn chặn việc sao chép trái phép các đoạn mã nguồn cụ thể thể hiện thuật toán. Nhưng chủ sở hữu lại không có quyền liên quan đến chính thuật toán và do đó QTG không ngăn cản người khác tạo các biểu thức khác của cùng một thuật toán ở một số dạng khác, chẳng hạn như một tệp mã nguồn khác. Trên thực tế, qua trao đổi với các chuyên gia trong lĩnh vực phần mềm cho thấy các nhà phát triển CTMT đã sử dụng bí mật kinh doanh để bảo vệ cho các thuật toán của mình.

(iv) Mã nguồn

Trong lập trình CTMT, mã nguồn là bất kỳ bộ tập hợp các chỉ dẫn máy tính viết bằng cách sử dụng một ngôn ngữ lập trình dễ đọc của con người, thường là văn bản thuần túy. Mã nguồn của một CTMT được thiết kế đặc biệt để thực hiện cho công việc của các lập trình viên máy tính, người chỉ định các hành động được thực hiện bởi máy tính chủ yếu bằng cách viết mã nguồn. Mã nguồn, thông qua trình biên dịch sẽ tạo ra mã máy.

Hầu hết các CTMT ứng dụng được phân phối dưới dạng chỉ bao gồm các tập tin thực thi (mã máy). Nếu có kèm theo mã nguồn thì sẽ hữu ích cho người dùng, lập

⁹⁴ Timothy B. Lee, Ctrl-Z: a return to the Supreme Court's software patent ban? (2009), <https://arstechnica.com/tech-policy/2009/01/resurrecting-the-supreme-courts-software-patent-ban-not-ready/>, truy cập 05/11/2017.

trình viên hoặc quản trị viên hệ thống, bất kỳ ai cũng có thể muốn nghiên cứu hoặc sửa đổi CTMT thì phải thông qua mã nguồn của CTMT.

(v) Mã máy

Mã máy là một chuỗi các câu lệnh hoặc hướng dẫn bằng ngôn ngữ máy tính, thường là ngôn ngữ mã máy (nhị phân) hoặc một ngôn ngữ trung gian như ngôn ngữ chuyên giao đăng ký⁹⁵. Nếu mã nguồn là lệnh chương trình mà con người có thể đọc, thì mã máy (mã đối tượng) là ngôn ngữ nhị phân gồm các số không và những cái mà thông qua đó máy tính trực tiếp nhận hướng dẫn của nó. Mã máy có thể được coi là một bản sao của mã nguồn, nên pháp luật của các nước đều bảo hộ bản quyền cho mã máy, kể cả pháp luật Việt Nam. Do vậy hai yếu tố biểu hiện cụ thể nhất của CTMT là mã nguồn và mã máy bảo hộ QTG đối với CTMT.

Tóm lại, trong các yếu tố được cho là biểu hiện của CTMT thì chỉ có những yếu tố sau đây là được bảo hộ QTG: Mã nguồn, mã máy; Còn các yếu tố biểu hiện nhưng không được bảo hộ QTG: Thuật toán, giao diện phần mềm, giao diện người dùng, ngôn ngữ lập trình.

(2) Pháp luật về xác định phạm vi về đối tượng bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Tại Khoản 1 Điều 6 Luật SHTT Việt Nam, QTG phát sinh kể từ khi tác phẩm được sáng tạo và được thể hiện dưới một hình thức vật chất nhất định. Và Điều 22 Luật SHTT quy định CTMT được bảo hộ như tác phẩm văn học, dù được thể hiện dưới dạng mã nguồn hay mã máy. Có thể hiểu đây chính là phạm vi bảo hộ về đối tượng của QTG đối với CTMT là chỉ bảo hộ mã nguồn và mã máy của CTMT theo pháp luật Việt Nam. Với quy định này, pháp luật của Việt Nam cũng khẳng định rõ cùng quan điểm trong việc bảo hộ những yếu tố diễn đạt trong CTMT là mã nguồn, mã máy là sự cụ thể hóa nội dung của thuyết phân chia ý tưởng/biểu hiện trong bảo hộ bản quyền. Bên cạnh đó, nhiều yếu tố khác trong CTMT như thuật toán, giao diện, ngôn ngữ lập trình, ý tưởng, chức năng hay cấu trúc của CTMT sẽ không được bảo hộ QTG vì những nguyên nhân như đã phân tích ở mục 3.2.1. Ý tưởng mang tính trừu tượng thì không được bảo hộ quyền SHTT kể cả QTG hay sáng chế, bí mật kinh doanh. Tuy nhiên đối với những ý tưởng cụ thể được thể hiện dưới những giải pháp

⁹⁵ Aho, Alfred V; Sethi, Ravi; Ullman, Jeffrey D. (1986). "10 Code Optimization". *Compilers: principles, techniques, and tools*. Computer Science. Mark S. Dalton, Tr. 704.

kỹ thuật gắn liền với hoạt động của CTMT thì sẽ được bảo hộ dưới phương thức là sáng chế liên quan CTMT⁹⁶⁹⁷. Vì vậy, khi áp dụng lý thuyết phân chia ý tưởng/biểu hiện vào QTG đối với CTMT tại Việt Nam thì thấy rằng dù quy định đối tượng bảo hộ "*thể hiện dưới dạng mã nguồn hay mã máy*" đã phù hợp đáp ứng được thuyết phân chia ý tưởng/biểu hiện trong bản quyền nhưng đối chiếu với thuyết hợp nhất thì đây còn là vấn đề bỏ ngỏ. Nếu trường hợp khi hai yếu tố là ý tưởng và biểu hiện của CTMT không thể tách rời thì pháp luật Việt Nam vẫn chưa tiên liệu phương án xử lý như thế nào.

Đây là một trở ngại đối với việc bảo hộ QTG đối với CTMT vì như vậy theo pháp luật Việt Nam chỉ mã nguồn và mã máy mới có thể được phân loại là các thành phần biểu hiện của CTMT. Còn các yếu tố phi biểu hiện khác như cấu trúc chương trình, tổ chức, trình tự... thì có thể bảo vệ các chức năng, thông tin theo bằng sáng chế hoặc bí mật thương mại. Tuy nhiên, nếu người áp dụng không quen thuộc với luật SHTT, thì họ sẽ phải đối mặt với một nhiệm vụ khó khăn là tách chức năng và biểu thức trong mã nguồn.

Chúng ta có nguyên tắc QTG bảo vệ sự biểu hiện trong các CTMT chứ không bảo hộ chức năng của CTMT. Tuy nhiên, để phân biệt các yếu tố được gọi là "*biểu hiện*" được bảo hộ QTG trong CTMT và các yếu tố được gọi là "*ý tưởng*" để không phải bảo QTG là không phải là điều đơn giản, rõ ràng. Do vậy, việc phân biệt giữa sự biểu hiện và ý tưởng cũng được xem là xác định phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT. Trong lập trình một CTMT, "*ý tưởng*" có thể hiểu đó là những quy trình, cấu trúc, chức năng của CTMT, và những đoạn mã được xem là "*biểu hiện*" của CTMT. Phần này dựa trên thuyết sáp nhập (Merger Doctrine)⁹⁸ và thuyết phân chia ý tưởng và biểu hiện (ideal/expression dichotomy). Từ những phân tích trên, trong quá trình bảo hộ QTG đối với CTMT, pháp luật Việt Nam cần xác định rõ những phạm vi sau:

(i) Trường hợp phân định rõ ý tưởng và biểu hiện trong một CTMT:

Trong trường hợp phân định rõ *ý tưởng* và *biểu hiện* thì áp dụng nguyên tắc chỉ bảo hộ *biểu hiện*, hình thức diễn đạt của CTMT chứ không bảo hộ *ý tưởng* của CTMT

⁹⁶ Trương Thị Tường Vi (2020), Một số vấn đề pháp lý về sáng chế liên quan đến chương trình máy tính, Tạp chí Pháp Luật và Phát Triển số tháng 11 và tháng 12 năm 2020. Tr.74-81.

⁹⁷ Ví dụ Sáng chế liên quan đến CTMT là Phương pháp đọc các thuộc tính của thẻ nhận dạng (ID) và vật ghi chứa CTMT được công bố số WO2009/089943AL ngày 23/07/2009 của tác giả là DIETRICH Frank được Cục SHTT Việt Nam bảo hộ.

⁹⁸ Lewis R. Clayton (2005), Copyright Law The Merger Doctrine, The National Law Journal, <https://www.paulweiss.com/media/1851041/mergerdoct.pdf>, 15/5/2018.

Nếu một CTMT B sao chép *ý tưởng* chứ không sao chép các *biểu hiện* của CTMT A thì CTMT B không vi phạm QTG. Tuy nhiên, nếu CTMT B sao chép những yếu tố được xem là *biểu hiện* của CTMT A thì đó là hành vi vi phạm QTG. Như vậy, những trường hợp phân biệt được rõ ràng thì trong CTMT bao gồm những yếu tố thuộc *ý tưởng*: *chức năng (tính năng), cấu trúc hệ thống (quy trình, phương pháp) đương nhiên không được bảo hộ QTG đối với CTMT. Trong các yếu tố thuộc về biểu hiện: thuật toán, ngôn ngữ lập trình, mã nguồn, mã máy, giao diện người dùng (bao gồm bố trí thao tác trên màn hình và các thiết kế mỹ thuật) thì Thuật toán, ngôn ngữ lập trình, giao diện chương trình và giao diện người dùng không được bảo hộ QTG đối với CTMT, thiết kế mỹ thuật có thể được bảo hộ QTG với tư cách là một tác phẩm mỹ thuật độc lập chứ không phải là QTG đối với CTMT. Còn mã nguồn và mã máy thì được bảo hộ QTG đối với CTMT.*

Năm 2005, Công ty TNHH Tin học Định Gia (Diginet) khởi kiện Công ty TNHH P.C.I với nội dung CTMT *Kế toán Lever4* của P.C.I đã sao chép CTMT *Kế toán Lemon3* của Diginet⁹⁹. Hai CTMT này đã có sự sao chép về mặt *ý tưởng*, chức năng vì đều phải tuân theo những chuẩn mực và nguyên tắc chung về tài chính kế toán là chuyện bình thường. Tuy nhiên, do P.C.I đã sử dụng phần lớn mã nguồn của *Lemon3* cùng tài liệu hướng dẫn chương trình phần mềm này của Diginet. Sau khi có kết quả giám định sở hữu trí tuệ, P.C.I đã thừa nhận hành vi xâm phạm của mình và hai bên đã thỏa thuận hòa giải thành tại Quyết định số 152/2006/QĐ-CNTT ngày 21/4/2006 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh.

(ii) Trường hợp ý tưởng và biểu hiện của chương trình máy tính hợp nhất

Trường hợp *ý tưởng* và *biểu hiện* của CTMT không được phân biệt dễ dàng, hoặc *ý tưởng* của CTMT chỉ có một số cách hạn chế thể hiện, hoặc để bảo đảm sự tương thích giữa các CTMT thì áp dụng thuyết hợp nhất do đó không bảo hộ *biểu hiện* của CTMT. Nếu một CTMT B sao chép những *biểu hiện* của CTMT A và chứng minh được là chỉ có một hoặc một số cách hạn chế để *biểu hiện* những *ý tưởng* đi cùng hoặc để CTMT B có thể được chạy trên nền CTMT A (ví dụ CTMT A là phần mềm hệ thống) thì CTMT B không vi phạm QTG. Do đó khi không thể có một cách khác để thể hiện *chức năng (tính năng), cấu trúc hệ thống (quy trình, phương pháp)*

⁹⁹ Lý Thụy An,(2005), TPHCM: Vụ kiện tranh chấp bản quyền phần mềm đầu tiên, <https://www.tienphong.vn/cong-nghe-khoa-hoc/tphcm-vu-kien-tranh-chap-ban-quyen-phan-mem-dau-tien-16084.tpo> (truy cập ngày 05/11/2017).

sẽ hợp nhất với các đoạn mã và khi đó mã nguồn và mã máy sẽ không được bảo hộ QTG nếu không có một hình thức khác để diễn đạt cấu trúc, trình tự, tổ chức và chức năng của CTMT đó. Trường hợp này có thể hiểu hợp nhất vì do đặc điểm kỹ thuật không thể có một hình thức khác để viết mã được. Những trường hợp này pháp luật của các nước đều quy định trong chế định sử dụng hợp lý nên Việt Nam cũng cần xem xét để điều chỉnh về nội dung này.

Năm 2006, Công ty cổ phần Phần Mềm Hà Nội (Hanoi Software JSC) khởi kiện công ty cổ phần Thương Mại Số (Digital Trade) đã đưa ra thị trường *CTMT I-Web* có chức năng và mã nguồn y như *CTMT WEB++* của Hanoi Software JSC; Digital Trade đã thừa nhận sản phẩm I-Web là *Web++* do chính nhân viên cũ của Hanoisoftware đem về sử dụng và phát triển và thừa nhận đó là hành vi sao chép mã nguồn bất hợp pháp. Tranh chấp giữa Công ty Shunwang và Công ty Hòa Bình: năm 2015, Công ty TNHH kỹ thuật Shunwang (Cty Shunwang) khởi kiện Công ty Hòa Bình sử dụng không phép phần mềm *GCafe* được cho là sao chép toàn bộ phần mềm *iCafe Mavin* của Công ty Shunwang. Các file cài đặt, file hệ thống của phần mềm này đều có chữ ký điện tử của Shunwang. Cả hai vụ kiện trên đều không có phán quyết giải quyết từ Tòa án do các bên đã thỏa thuận được với nhau.

Tuy nhiên nếu P.C.I, Digital Trade và Công ty Hòa Bình chứng minh được rằng việc mình sử dụng mã nguồn của chủ thể khác là nhằm mục đích tạo sự tương tác cho CTMT và không có cách nào khác để thể hiện chức năng ngoài mã nguồn đó thì liệu hành vi của P.C.I, Digital Trade, Công ty Hòa Bình có bị xem là xâm phạm QTG đối với CTMT không? Rõ ràng chúng ta thấy luật hiện hành của Việt Nam chưa quy định về việc sử dụng CTMT do mục đích tạo sự tương thích, hoặc trong trường hợp hợp nhất giữa chức năng CTMT và mã nguồn CTMT, nên sẽ vẫn là hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT và như vậy chưa thật sự khuyến khích sự phát triển thị trường phần mềm ở Việt Nam. Trong khi đó, thực trạng pháp luật của Mỹ về vấn đề này tương đối linh hoạt. Hiện nay, pháp luật của Mỹ quy định về phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT không có các quy định riêng mà thể hiện chung như các tác phẩm viết tại mục b Điều 102 Đạo luật Bản quyền 1976: "*Không bảo vệ bản quyền đối với tác phẩm gốc của tác giả mà bao gồm bất kỳ ý tưởng, thủ tục, quy trình, hệ thống, phương thức hoạt động, khái niệm, nguyên tắc hoặc phát hiện nào, bất kể hình thức mà nó được mô tả, giải thích, minh họa, hoặc thể hiện trong công việc đó*". Tuy nhiên thực tiễn cho thấy các vụ tranh chấp về QTG của các CTMT tại Mỹ tương đối phức

tạp. Các kết luận của Tòa án trên thực tế đã làm đảo ngược các nguyên tắc xét xử đã thể hiện trong mục b Điều 102 Đạo luật Bản quyền Mỹ. Điển hình có vụ án như sau:

Lexmark là nhà sản xuất máy in đã bán một số hộp mực máy giá thấp hơn so với các sản phẩm cùng loại trên thị trường, đổi lại khách hàng phải đồng ý chỉ sử dụng hộp mực một lần và trả lại nó cho Lexmark rồi mua hộp mực khác của Lexmark. Lexmark đã tạo ra con chip gắn với chương trình hoạt động của máy in để kiểm soát việc dùng một lần này, đây là cách để Lexmark cạnh tranh với các sản phẩm cùng loại trên thị trường. Năm 2002, Static Control Components (SCC) đã phát triển chip Smartek trên máy tính có thể hoạt động trên hộp mực của Lexmark để người dùng có thể mua mực của hãng khác đổ vào tái sử dụng mà không cần phải đến Lexmark mua lại hộp mực. Và họ cũng sao chép nguyên văn các đoạn mã của CTMT nạp mực của Lexmark. Ngày 30/12/2002, Lexmark đã kiện SCC tại Tòa án Mỹ: vi phạm luật bản quyền dưới hình thức sao chép mã CTMT nạp mực. Tòa án quyết định rằng một CTMT nhúng trong hộp mực máy in của Lexmark mà các đối thủ cạnh tranh phải cài đặt để cho phép hộp mực tương hợp với máy in Lexmark không đủ điều kiện để bảo vệ bản quyền. Bởi vì *ý tưởng* hay chức năng của chương trình và sự thể hiện của nó đã được sáp nhập¹⁰⁰. Phán quyết vi phạm bản quyền không xảy ra khi một người thứ hai phải sao chép một số khía cạnh chương trình của một công ty khác để đạt được tính tương thích.

Là một quốc gia dẫn đầu trên thế giới về công nghệ sản xuất phần mềm, tranh chấp về bản quyền của các CTMT là điều tất yếu không thể tránh khỏi, nó như là một phần của sự phát triển về thị trường phần mềm tại Mỹ. Qua vụ án trên về tranh chấp các yếu tố được bảo hộ, không được bảo hộ trong CTMT chúng ta thấy tính chất của các cuộc tranh chấp này là khá phức tạp, các chủ thể trong mỗi vụ kiện đều hết sức tận dụng mọi yếu tố sẵn có và miễn phí để phát triển CTMT của mình một cách tiết kiệm thời gian, chi phí nhất. Mặc dù đã có quy định của luật Điều 102 Luật Bản quyền Mỹ 1976 tuy nhiên quy định này chỉ áp dụng chung cho các tác phẩm viết khi áp dụng cho CTMT thì lại có những kết quả áp dụng trái ngược với luật. Như vậy, quy định về bản quyền đối với CTMT của Mỹ được xây dựng từ các phán quyết tại các án lệ và chính thẩm phán là người được trao quyền quyết định rất lớn, chính thẩm

¹⁰⁰ Fenwick & West LLP (2014), Litigation Alert: Supreme Court's Lexmark Decision Creates Uniform Federal False Advertising Standing Requirement, https://www.fenwick.com/FenwickDocuments/Litigation_Alert_03-27-14.pdf, 15/7/2019

phán là người tạo ra các phương án xử lý những tình huống cụ thể. Chính họ - thẩm phán là những người gián tiếp tạo ra môi trường thúc đẩy cho sự phát triển nhanh hay chậm của thị trường phần mềm tại Mỹ.

Bảo hộ QTG đối với CTMT tại Anh được ghi nhận tại Đạo Luật Bản quyền sửa đổi năm 1985 tại Phần 1 và được thể hiện rõ ràng hơn tại Mục 3 (Phần 1) tại Đạo luật Bản quyền, Thiết kế và Sáng chế năm 1988: *"Chỉ bảo hộ bản quyền trong tác phẩm viết, kịch nghệ hoặc âm nhạc chỉ khi được thể hiện lại bằng cách ghi âm, viết hoặc bằng một hình thức khác"*. Tuy nhiên phạm vi bảo hộ của Anh không có các quy định rõ phân biệt giữa ý tưởng, thủ tục quy trình hệ thống... và cách thể hiện, không đưa ra các trường hợp loại trừ không bảo hộ như pháp luật Mỹ và Việt Nam.

Trong tranh chấp giữa công ty của Mỹ SAS và World Planning Limited (WPL) của Anh vào tháng 11/2009. SAS sở hữu bản quyền CTMT có tên Base SAS. Khách hàng của SAS có thể sử dụng Base SAS để viết và chạy các ứng dụng trong ngôn ngữ SAS. Trong khi đó WPL đã phát triển một CTMT cạnh tranh mang tên - Hệ thống lập trình thế giới ("WPS") - có khả năng thực thi các ứng dụng của SAS. WPS đã mô phỏng chức năng của hệ thống SAS, tạo ra các đầu ra giống nhau cùng các đầu vào như hệ thống SAS. Khi phát triển WPS, các nhà phát triển của WPL không truy cập vào mã nguồn SAS. Thay vào đó, họ đã nghiên cứu và quan sát một "phiên bản học tập" (learning edition) của hệ thống SAS. Họ cũng đã tham khảo chặt chẽ các hướng dẫn sử dụng SAS, sử dụng hiệu quả các hướng dẫn sử dụng như một đặc điểm kỹ thuật chức năng cho WPS. SAS cho rằng WPL đã vi phạm bản quyền của SAS bởi đã có các hành vi: WPL đã sao chép hướng dẫn sử dụng của SAS vào sổ tay của WPL (đây là phần duy nhất trong tuyên bố của SAS mà Tòa án tối cao đồng ý); Sao chép một phần đáng kể chức năng của hệ thống SAS; Sao chép hướng dẫn sử dụng SAS vào mã nguồn của hệ thống cạnh tranh của WPL; Sao chép gián tiếp phiên bản học tập của SAS. Ngày 23/7/2010 Tòa án Tối cao của Anh đã phán quyết xác nhận rằng bản quyền không mở rộng đến việc bảo hộ chức năng của một CTMT. Chức năng của một CTMT về cơ bản là một "ý tưởng" và luật bản quyền không bảo vệ các ý tưởng mà chỉ bảo hộ cách mà ý tưởng được thể hiện. Nếu các tòa án Anh mở rộng bảo vệ bản quyền cho chức năng, điều này sẽ có tác động nghiêm trọng đến các hoạt

động phát triển trên toàn ngành công nghiệp phần mềm, có khả năng kìm hãm sự đổi mới và cạnh tranh¹⁰¹.

Ngoài ra, Chỉ thị chung của Nghị viện và Hội đồng EU 2009/24/EC ngày 23/4/2009 về bảo hộ CTMT quy định cụ thể: Để tránh sự nghi ngờ, cần phải làm rõ rằng chỉ có biểu hiện của một CTMT được bảo vệ, và các ý tưởng và nguyên tắc nằm dưới bất kỳ yếu tố nào của chương trình, bao gồm cả những gì nằm dưới giao diện của nó, không được bảo vệ bởi bản quyền theo Chỉ thị này (mục 11, bản năm 2009, Điều 1 (2) bản năm 1991, Điều 2 (a) bản năm 2001). Và trên thực tế, trong vụ SAS và World Planning Limited, Tòa án tối cao Anh đã chuyển một số câu hỏi về việc giải thích Chỉ thị phần mềm và Chỉ thị bản quyền cho Tòa án Tư pháp Liên minh châu Âu, theo thủ tục phán quyết sơ bộ. Tòa án án tư pháp Liên minh Châu Âu đưa ra¹⁰² kết luận tại quyết định số ECLI:EU:C:2012:259 ngày 2/5/2012 như sau: "*1. Điều 1 (2) của Chỉ thị Chương trình Máy tính (Chỉ thị của Hội đồng 91/250 / EEC ngày 14/5/1991) phải được hiểu là chức năng của CTMT cũng như ngôn ngữ lập trình và định dạng của tệp dữ liệu được sử dụng trong một CTMT để khai thác một số chức năng của nó tạo thành một dạng biểu hiện của chương trình đó và, do đó, không được bảo vệ bởi bản quyền trong các CTMT cho các mục đích của chỉ thị đó.*"

Mặc dù số lượng tranh chấp liên quan đến phạm vi bảo hộ bản quyền của CTMT tại Anh không nhiều như ở Mỹ, tuy nhiên vụ án điển hình trên cho thấy tính phức tạp không kém của thực trạng pháp luật tại Anh. Quan điểm pháp luật Anh và Mỹ vẫn trao quyền rất lớn cho các thẩm phán quyết định kết quả của vụ kiện. Do vậy nhìn vào tình hình thực tế, qua yêu cầu của bên bị đơn Tòa án thấy cần thiết của việc không bảo hộ những yếu tố mang tính trừu tượng như chức năng, ý tưởng của CTMT và không bảo hộ cả một số yếu tố diễn đạt như mã CTMT, ngôn ngữ lập trình (biểu hiện của CTMT). Nhưng, điều quan trọng nhất là việc lựa chọn yếu tố được bảo hộ, yếu tố không được bảo hộ trong CTMT lại phải liên quan đến sự tác động của nó đối với sự phát triển ngành công nghiệp phần mềm, đó là ưu tiên số một chứ không phải là quyền lợi của bên tạo ra CTMT, là vấn đề mà pháp luật Việt Nam chúng ta không có những quy định này để thúc đẩy sự phát triển thị trường phần mềm.

¹⁰¹ Xem thêm tại bản án số EWHC 1829 (Ch) giữa SAS và WPL của Tòa án Tối cao Anh và xứ Wales tại <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/1829.html#para332>, truy cập 22/8/2019.

¹⁰² Xem thêm nội dung quyết định tại: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=122362&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=972439>, 22/8/2019

3.2.2. Phạm vi về giới hạn quyền tác giả đối với chương trình máy tính

(1) Nội dung quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Điều 19 Luật SHTT và Điều 20 Luật SHTT mang lại cho tác giả và chủ sở hữu QTG đối với CTMT những quyền nhân thân và quyền tài sản.

(a) Quyền nhân thân

- *Quyền đặt tên cho CTMT*: Đặt tên cho tác phẩm phải thể hiện khái quát chức năng, công dụng của CTMT. Theo quy định thì việc đặt tên là quyền nhân thân gắn liền với quyền của tác giả, trừ trường hợp có sự thỏa thuận về việc đặt tên giữa tác giả và chủ sở hữu QTG. Tuy nhiên cần phân biệt giữa việc tác giả đặt tên cho CTMT và việc người sử dụng tự đặt tên, hay thay đổi tên của một tập tin, chương trình dưới góc độ kỹ thuật. Tên gọi của CTMT thì được pháp luật bảo hộ còn tên của tập tin thì có thể thay đổi dễ dàng trong quá trình sử dụng và không được pháp luật bảo hộ.

- *Đứng tên thật hoặc bút danh trên CTMT*; Được nêu tên thật hoặc bút danh khi CTMT được công bố, sử dụng: Việc đứng tên trên CTMT khi CTMT được công bố hoặc được sử dụng là một quyền để khẳng định tác giả sáng tạo ra CTMT. Pháp luật cho phép tác giả có thể đứng tên thật hoặc chỉ dùng bút danh - như các tác phẩm văn học, nghệ thuật khác. Đây là quyền có ảnh hưởng rất lớn đến lợi ích tinh thần của tác giả. Ngoài ra quyền này còn có ý nghĩa nhất định trong việc bảo vệ lợi ích vật chất của tác giả, vì khi tác phẩm được sử dụng thì việc nêu tên tác giả cũng là một cơ sở để tác giả yêu cầu người sử dụng trả thù lao, nhuận bút cho mình.

- *Quyền công bố, phổ biến hoặc cho người khác công bố, phổ biến CTMT*: Để tác phẩm có thể đến với công chúng, tác giả có quyền công bố phổ biến CTMT. Tuy nhiên trong trường hợp Chủ sở hữu QTG không đồng thời là tác giả thì quyền công bố phổ biến hoặc cho người khác công bố, phổ biến CTMT lại thuộc quyền của chủ sở hữu QTG đối với CTMT. Theo quy định của pháp luật SHTT Việt nam thì quyền công bố, phổ biến CTMT thuộc quyền nhân thân, tuy nhiên theo quy định của các văn bản pháp luật quốc tế như Berne thì quyền công bố không thuộc nhóm các quyền nhân thân vì cho rằng đây là quyền có thể chuyển giao, và nó gắn liền với lợi ích về mặt kinh tế của chủ thể nên không nằm trong nhóm các quyền nhân thân.

- *Bảo vệ sự toàn vẹn của CTMT, không cho người khác sửa chữa, cắt xén, xuyên tạc CTMT*: Quyền bảo vệ sự toàn vẹn của CTMT là quyền quan trọng của tác

giả. Để sáng tạo ra một CTMT, tác giả phải tiêu tốn thời gian, công sức, trí tuệ của mình để tạo ra một CTMT theo đúng mục đích, đúng nội dung như mong muốn. Việc sửa chữa, cấn xén, xuyên tạc nội dung CTMT đều là hành vi làm biến dạng CTMT, làm cho CTMT hoạt động không như ý muốn ban đầu của tác giả là không tôn trọng thành quả lao động của tác giả. Tuy nhiên, do yêu cầu của việc nâng cấp, phát triển CTMT để bắt kịp với tốc độ phát triển và thay đổi của ngành công nghệ thông tin nên việc sửa chữa, bổ sung CTMT nếu được sự đồng ý của tác giả thì vẫn hợp pháp.

(b) Quyền tài sản

- Quyền sao chép CTMT: khoản 10 Điều 4 Luật SHTT quy định: "*Sao chép là việc tạo ra một hoặc nhiều bản sao của tác phẩm hoặc bản ghi âm, ghi hình bằng bất kỳ phương tiện hay hình thức nào, bao gồm cả việc lưu trữ thường xuyên hoặc tạm thời tác phẩm dưới hình thức điện tử*". Đây là quyền quan trọng của nội dung QTG. Quyền giám sát hoạt động sao chép, nhân bản là cơ sở pháp lý cho nhiều hình thức khác nhau đối với tác phẩm được bảo hộ. Thông qua việc thực hiện các quyền này mà các tác phẩm được phổ biến đến công chúng từ một bản gốc. Đối với CTMT thì việc sao chép được thực hiện tương đối dễ dàng do có sự hỗ trợ của các thiết bị, công nghệ hiện đại như băng từ, đầu đọc ghi tốc độ cao, đĩa CD... hoặc sao chép trên mạng Lan, Internet. Tuy nhiên do đặc tính của công nghệ số, những hoạt động sao chép cứng và việc truyền dẫn tín hiệu tương tự nhất thiết phải kéo theo sao chép ngẫu nhiên tạm thời. Ví dụ "trình duyệt" một văn bản điện tử yêu cầu ít nhất là văn bản đó được sao chép tạm thời vào trong bộ nhớ Ram của máy tính đang trình duyệt.

- *Quyền làm CTMT phái sinh*: Chủ sở hữu QTG đối với CTMT có quyền tạo CTMT phái sinh. CTMT phái sinh được hiểu là những CTMT được dịch thuật từ ngôn ngữ gốc của CTMT sang một ngôn ngữ khác hoặc các CTMT cập nhập, cải tiến, các phiên bản mới.

- *Quyền phân phối, nhập khẩu bản gốc và bản sao CTMT*: Pháp luật Việt Nam cũng như một số nước cho phép phân phối, nhập khẩu bản gốc hoặc bản sao CTMT. Quyền phân phối thường tùy vào việc xem xét tình trạng khai thác hết quyền hoặc việc chuyển giao QTG đã bán, hay nói cách khác là chủ thể QTG đã chuyển giao quyền của một bản sao cụ thể của CTMT thì chủ sở hữu bản sao CTMT đó có thể tùy ý sử dụng bản sao mà không cần phải xin phép chủ sở hữu QTG, thậm chí có thể bán lại bản sao đó. Nhưng thuyết hết quyền hiện nay không áp dụng tại Việt Nam, pháp luật Việt Nam cho phép chủ sở hữu QTG đối với CTMT có quyền cho phép hay

ngăn cản chủ thể khác nhập khẩu bản gốc hoặc bản sao CMT. Để tránh tình trạng vi phạm QTG đối với CTMT và kiểm soát được hàng hóa lưu thông, các cơ quan chức năng có thẩm quyền được kiểm tra, xử lý hành vi vi phạm của các tổ chức, cá nhân xâm phạm QTG đối với CTMT nhập khẩu. Chủ thể QTG đối với CTMT được bảo hộ theo quy định của pháp luật Việt Nam có quyền đề nghị cơ quan hải quan tạm dừng làm thủ tục hải quan đối với CTMT xuất, nhập khẩu mà có căn cứ cho rằng có vi phạm quyền sở hữu trí tuệ. Cơ quan hải quan có quyền tạm dừng làm thủ tục hải quan đối với hàng hóa nhập khẩu khi có yêu cầu bảo vệ quyền SHTT.

- *Quyền truyền đạt CTMT đến công chúng*: Pháp luật Việt Nam cho phép chủ thể QTG có quyền truyền đạt tác phẩm đến công chúng dưới bất kỳ phương tiện và cách thức nào. Theo đó thì chủ thể QTG đối với CTMT có quyền trưng bày, giới thiệu...cho công chúng biết CTMT dưới những hình thức như hội thảo, tọa đàm, phòng trưng bày...Để thực hiện quyền này đòi hỏi phải được sự đồng ý của chủ sở hữu QTG đối với CTMT. Quyền kiểm soát hoạt động này không chỉ vì quyền lợi của chủ sở hữu QTG mà còn vì lợi ích của những người được tác giả cho phép.

- *Quyền cho thuê bản gốc hoặc bản sao CTMT*: Quyền cho thuê bản gốc hoặc bản sao CTMT là quyền được thừa nhận rộng rãi, được quy định trong Hiệp định Trips cũng như trong luật SHTT. Quyền cho thuê này xuất phát từ việc những tiến bộ khoa học kỹ thuật đã khiến cho việc sao chép CTMT khá dễ dàng. Thực tế cho thấy khách hàng của những nơi cho thuê đã tạo ra những bản sao CTMT vì vậy quyền giám sát hoạt động cho thuê là cần thiết để ngăn chặn việc xâm phạm đến quyền sao chép, nhân bản của chủ sở hữu QTG đối với CTMT.

- *Quyền cho hoặc không cho người khác sử dụng CTMT thuộc quyền sở hữu của mình, trừ trường hợp giữa tác giả và chủ sở hữu CTMT có thỏa thuận khác* (khoản 2 Điều 20 Luật SHTT): Căn cứ vào quyền cho hoặc không cho người khác sử dụng CTMT thì chủ sở hữu CTMT có quyền cho hoặc không cho người khác sử dụng CTMT của mình dưới các hình thức: Sao chép dưới bất kỳ hình thức nào, Sử dụng làm CTMT phái sinh. Người khác chỉ được thực hiện các hành vi nói trên nếu được chủ sở hữu CTMT cho phép. Điều này cũng có nghĩa là cho dù CTMT được cài đặt hợp pháp trên máy tính cá nhân của chủ sở hữu, nhưng nếu không được chủ sở hữu CTMT cho phép mà khai thác, sử dụng thì cũng coi như đó là hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT, tuy nhiên trên thực tế không chỉ tại nước ta mà còn ở các nước khác trên thế giới thì vi phạm dưới hình thức này xem ra khá phổ biến. Khác với các tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học khác, theo khoản 3, Điều 25 Luật SHTT quyền

sử dụng CTMT không được phép sử dụng ngoại lệ. Nguyên nhân của quy định này có lẽ xuất phát từ công dụng phổ biến rộng rãi của CTMT không chỉ trong hoạt động kinh doanh sản xuất mà còn trong sinh hoạt cá nhân của con người.

Qua phân tích cụ thể nội dung quyền của chủ thể QTG đối với CTMT, chúng ta thấy rằng quyền nhân thân và quyền tài sản là hai loại quyền dân sự mang lại những lợi ích về vật chất và tinh thần cho chủ thể, tuy nhiên, như đã phân tích trên, chủ thể của QTG đối với CTMT bao gồm hai đối tượng là tác giả và chủ sở hữu QTG do vậy không phải trong mọi trường hợp chủ thể đều có đầy đủ các quyền trên mà tùy thuộc vào từng trường hợp, chủ thể là đối tượng nào. Vậy chúng ta xem xét QTG đối với CTMT dưới một số góc độ sau:

Nội dung các quyền của chủ thể QTG đối với CTMT đối với trường hợp tác giả đồng thời là chủ sở hữu QTG đối với CTMT: Lúc này tác giả đồng thời cũng là chủ sở hữu QTG đối với CTMT có đầy đủ tất cả các quyền về nhân thân và quyền tài sản đối với CTMT.

Nội dung các quyền của chủ thể QTG đối với CTMT trong trường hợp tác giả không đồng thời là chủ sở hữu QTG đối với CTMT.

Nội dung quyền của tác giả sáng tạo CTMT: chỉ có các quyền nhân thân đầy đủ. Tuy nhiên trong số các quyền đó thì một số quyền như quyền đặt tên cho CTMT, quyền công bố hoặc cho phép người khác công bố và quyền bảo vệ sự toàn vẹn của CTMT không cho bổ sung sửa chữa CTMT thì thường có sự thỏa thuận giữa tác giả và chủ sở hữu QTG trong đó yêu cầu những quyền này thuộc về chủ sở hữu QTG chứ không thuộc tác giả để thuận tiện cho chủ sở hữu trong việc quyết định nâng cấp và phát triển CTMT mà không cần phải thông qua tác giả đã sáng tạo ra CTMT. Quyền tài sản của tác giả trong trường hợp này là thỏa thuận về thù lao trong hợp đồng giữa hai bên, ngoài ra tác giả còn có quyền được hưởng nhuận bút, quyền được hưởng thù lao, quyền được nhận giải thưởng đối với CTMT mà mình là tác giả.

Nội dung quyền của chủ sở hữu QTG đối với CTMT: Trong trường hợp chủ sở hữu QTG đối với CTMT không đồng thời là tác giả thì chủ sở hữu CTMT có các quyền tài sản và có thể có quyền nhân thân là quyền công bố hoặc cho phép người khác công bố CTMT nếu có thỏa thuận giữa tác giả và chủ sở hữu QTG nhưng thông thường quyền nhân thân này tác giả chuyển giao cho chủ sở hữu CTMT để họ có toàn quyền quyết định trong việc chọn thời điểm công bố sản phẩm mà họ đã bỏ vật chất, kinh phí đầu tư vào đó.

Khi tác giả đồng thời là chủ sở hữu QTG thì tác giả có đầy đủ và toàn vẹn

các quyền về nhân thân và tài sản nhất. Khi tác giả không đồng thời là chủ sở hữu QTG thì tác giả có các quyền nhân và một phần quyền tài sản, còn chủ sở hữu QTG thì sở hữu quyền tài sản và quyền nhân thân là quyền công bố CTMT.

(2) Giới hạn quyền tác giả đối với chương trình máy tính

(a) Giới hạn về quyền của chủ sở hữu đối với chương trình máy tính

Thứ nhất, pháp luật QTG của Việt Nam không sử dụng thuật ngữ "quyền sử dụng hợp lý"¹⁰³ mà chỉ có "giới hạn quyền tác giả" và được thể hiện tại Điều 25 và 26 Luật SHTT áp dụng chung cho các tác phẩm viết đưa ra 2 trường hợp:

- Trường hợp dùng chương trình máy tính mà không cần xin phép và trả tiền cho chủ sở hữu quyền tác giả:

Theo như nội dung của Điều 25 thì chủ sở hữu cũng như tác giả CTMT không có quyền ngăn cản người khác thực hiện hành vi các hành vi trích dẫn trong các trường hợp: trích dẫn hợp lý mã nguồn, mã máy để bình luận hoặc minh họa trong tác phẩm của mình; Trích dẫn mã nguồn, mã máy mà không làm sai ý tác giả để viết báo, dùng trong ấn phẩm định kỳ, phim tài liệu; Trích dẫn mã nguồn, mã máy để giảng dạy trong nhà trường, không nhằm mục đích thương mại. Bên cạnh đó còn có quy định giới hạn quyền của chủ sở hữu và tác giả CTMT nếu các chủ thể khác thực hiện hành vi chuyển tác phẩm sang chữ nổi hoặc ngôn ngữ khác cho người khiếm thị nhưng theo NCS không khả thi khi áp dụng nội dung này cho CTMT. Đối với quyền nhập khẩu bản sao CTMT của người khác để sử dụng riêng, theo NCS thì không được thực hiện vì đặc trưng của CTMT là thiết kế sử dụng không chỉ trong lĩnh vực kinh doanh sản xuất mà còn trong đời sống cá nhân và chủ yếu hiện nay việc phân phối CTMT bán lẻ cho người dùng cá nhân qua nhập khẩu từ internet trực tiếp từ nhà sản xuất đến người tiêu dùng nên nếu áp dụng giới hạn này cho CTMT nó sẽ vi phạm Khoản 2 Điều 25 Luật SHTT là không áp dụng giới hạn quyền tác giả nếu ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường tác phẩm của tác giả.

Ngoài ra, tại Khoản 3 Điều 25 Luật SHTT đã loại trừ không áp dụng quyền tự sao chép một bản nhằm mục đích nghiên cứu khoa học, giảng dạy của cá nhân và quyền sao chép tác phẩm để lưu trữ trong thư viện với mục đích nghiên cứu không áp dụng cho CTMT. Theo NCS việc loại trừ này hợp lý vì nếu thực hiện thì nó sẽ cho phép các chủ thể khác khi có mã nguồn (bằng cách nào đó) và công khai mã nguồn

¹⁰³ Pháp luật Mỹ sử dụng thuật ngữ là "fair use".

của chủ sở hữu trên các báo nghiên cứu khoa học hay trong thư viện thì mọi công sức đầu tư của nhà sản xuất coi như mất.

- Trường hợp không phải xin phép nhưng phải trả tiền cho chủ sở hữu tác phẩm tại Điều 26 Luật SHTT chỉ áp dụng đối với trường hợp tác phẩm có thể được dùng để phát sóng như âm nhạc, điện ảnh... chứ không áp dụng được cho CTMT.

Thứ hai, về bản chất nhà sản xuất CTMT chỉ cấp phép cho người sử dụng CTMT chứ không bán CTMT. Do vậy, với mỗi lần trả tiền mua bản quyền, người mua chỉ được sử dụng CTMT cho một máy tính, chứ không được tự ý sao 1 bản qua máy tính khác để sử dụng. Để kiểm soát hành vi này, nhà sản xuất có cài đặt những dòng mã, và mỗi CTMT khi được cấp phép cho một chủ thể sử dụng thì chỉ có 1 dòng mã duy nhất gắn với CTMT đó. Những trường hợp CTMT được cấp phép trực tiếp từ nhà sản xuất và tải từ trên internet xuống máy người dùng, hay CTMT chuyên dụng được đặt hàng và cài đặt trực tiếp cho từng máy không thông qua internet đều được quản lý theo cách này, người sử dụng có thể thương lượng trả thêm phí bản quyền để có thể dùng cho nhiều máy tính. Tuy nhiên, do đặc thù của loại hình tác phẩm là CTMT hoàn toàn có thể bị sao chép, lưu trữ và phân phối một cách dễ dàng. Nhưng đồng thời CTMT cũng có thể dễ dàng bị mất hay hư hỏng về trạng thái vật lý, có thể bị hỏng do virus, hay do hoạt động của phần mềm hệ thống hay do phần cứng nên pháp luật Việt Nam cũng đã giới hạn quyền của chủ sở hữu QTG đối với CTMT hiện nay quy định tại khoản 4 Điều 17 Nghị định 22/2018/NĐ-CP ngày 23/2/2018 quy định chi tiết Luật SHTT và Luật SHTT sửa đổi về quyền tác giả và quyền liên quan: tổ chức, cá nhân có quyền sử dụng hợp pháp bản sao CTMT có thể làm không quá một bản sao dự phòng, để thay thế khi bản sao đó bị mất, bị hư hỏng hoặc không thể sử dụng được. Do vậy cho phép người sử dụng hợp pháp bản sao CTMT được dự phòng nhưng không quá một bản là quy định hoàn toàn phù hợp với đặc điểm kỹ thuật của CTMT. Luật SHTT Pháp của Điều L122-5 có điểm tương đồng với luật Việt Nam khi đưa ra các giới hạn sử dụng đối với QTG cho các tác phẩm chung, nhưng lại loại trừ đối với CTMT: *"Khi một tác phẩm đã được xuất bản, tác giả không thể ngăn chặn người khác có hành vi sử dụng tác phẩm, khi biểu diễn riêng trong phạm vi của gia đình, sao bản sao cho việc sử dụng cá nhân"* và quy định này không áp dụng cho các tác phẩm nghệ thuật, cơ sở dữ liệu và CTMT (chỉ cho phép có một bản sao hợp pháp duy nhất tại Điều L122-6-1-II).

Dù có điểm tiến bộ hơn so với luật của Pháp về việc cho phép tạo bản sao dự phòng, nhưng nhìn chung thì pháp luật Việt Nam hiện hành quy định về phạm vi giới hạn QTG đối với CTMT là tương đối chặt. Trong khi đó tại một số quốc gia đã thúc đẩy sự phát triển công nghệ phần mềm họ đã tạo ra một khung pháp lý không chỉ bảo vệ quyền của tác giả nhà sản xuất CTMT mà còn hướng đến môi trường khuyến khích việc nghiên cứu sáng tạo ra những CTMT mới. Tại Mỹ giới hạn quyền được quy định trong quyền sử dụng hợp lý là những trường hợp sử dụng quyền SHTT ngoại lệ với những quy tắc quyền độc quyền của tác giả hoặc chủ sở hữu quyền SHTT mà không cần phải xin phép hoặc trả tiền (hay còn gọi là giới hạn quyền SHTT trong hệ thống dân luật). Lý thuyết sử dụng hợp lý đã được toà án Mỹ ghi nhận lần đầu với mục đích để tránh áp dụng luật bản quyền nghiêm ngặt đôi khi sẽ làm giảm tính khuyến khích việc sáng tạo các tác phẩm. Quyền ngoại lệ sau đó được soạn thảo trong Luật Bản quyền Mỹ năm 1976 tại mục số 17 Điều 107. Mục 17 Điều 107 Luật Bản quyền Mỹ năm 1976 quy định việc sử dụng hợp lý tác phẩm có bản quyền, bao gồm việc sao chép bằng bất kỳ phương tiện nào để phê bình, bình luận, báo cáo tin tức, sao nhiều bản sao để giảng dạy trong lớp học hoặc nghiên cứu học thuật thì không phải là vi phạm bản quyền. Khác với pháp luật Việt Nam, Mỹ đưa ra các tiêu chí để xác định hành vi giới hạn sử dụng quyền của chủ sở hữu bản quyền tác phẩm và không loại trừ CTMT.

Ngoài ra, để xác định liệu việc sử dụng tác phẩm trong bất kỳ trường hợp cụ thể nào là sử dụng hợp lý các yếu tố cần được xem xét bao gồm: (1) mục đích và đặc điểm của việc sử dụng: bao gồm việc sử dụng đó có tính chất thương mại hay nhằm mục đích giáo dục phi lợi nhuận; (2) mức độ thay đổi của tác phẩm mới so với tác phẩm gốc; (3) số lượng và tính chất của phần được sử dụng liên quan đến tác phẩm có bản quyền như một tổng thể; và (4) ảnh hưởng của việc sử dụng vào thị trường tiềm năng hoặc giá trị của tác phẩm có bản quyền. Nếu một tác phẩm chưa được công bố sẽ không phải là dấu hiệu của việc sử dụng hợp pháp nếu phát hiện đó được đưa ra khi xem xét tất cả các yếu tố trên. Kể từ đó, tòa án Mỹ đã áp dụng lý thuyết một cách nhất quán tuy nhiên trên thực tế các cuộc tranh chấp cho thấy rằng sử dụng hợp lý là một trong những phần bất ổn định nhất của luật pháp bản quyền Mỹ.

Java là một loại ngôn ngữ lập trình được tạo ra bởi công ty Sun Microsystems năm 1991. Công ty Android được sáng lập vào năm 2003 để phát triển hệ điều hành trên nền điện thoại di động. Google đã mua Android vào năm 2005 với giá khoảng 50 triệu USD và tiếp tục phát triển hệ điều hành Android. Google phát hành phiên

bản beta của nền tảng Android vào năm 2007 và có sử dụng một số công nghệ Java. Sau đó, Google đã đàm phán với Sun - Công ty phần mềm đã tạo ra ngôn ngữ Java về thỏa thuận hợp tác và thỏa thuận cấp phép đối với Java, nhưng không thỏa thuận được. Oracle đã mua lại Sun vào tháng 1/2010, và tiếp tục phát triển Java.¹⁰⁴ Oracle tiếp tục thảo luận về một thỏa thuận cấp phép với Google, nhưng vẫn không đạt được thỏa thuận. Oracle kiện Google vi phạm bản quyền vào tháng 8/2010¹⁰⁵. Phiên tòa sơ thẩm với phần thắng thuộc về Google, tại phiên tòa phúc thẩm phần thắng thuộc về Oracle, phiên tòa thứ 3 tòa Liên bang với phần thắng thuộc về Google vì lý do đây là hành vi sử dụng hợp lý. Tuy nhiên, phiên tòa cuối cùng cho vụ kiện này năm 2018 đã tuyên Oracle thắng vì hành vi sử dụng của Google không thỏa mãn 4 yếu tố của việc sử dụng hợp lý tại Điều 107 Đạo luật Bản quyền Mỹ:

- *Tiêu chí thứ nhất* là mục đích và loại hình sử dụng tác phẩm mới: Việc sử dụng của Google là công việc mới có sự biến đổi. Đó là câu hỏi quan trọng về yếu tố đầu tiên sử dụng hợp pháp. Trên thực tế là Google đã phát triển 168 gói API riêng cho 37 gói được thực hiện và điều chỉnh môi trường cho các yêu cầu di động. Tuy nhiên, việc sử dụng của Google lại không phải vì mục đích phi thương mại cho các mục đích khoa học hoặc giáo dục mà là việc sử dụng với mục đích thương mại; *Tiêu chí thứ 2* là mức độ thay đổi so với tác phẩm gốc: Java là một sản phẩm mang tính chức năng và việc sao chép chức năng không được bảo hộ bản quyền. Tuy nhiên, Oracle có thể tuyên bố rằng Java đã được sử dụng trong các hệ điều hành của các điện thoại di động trước khi Google cho ra đời các phiên bản hệ điều hành viết bằng ngôn ngữ Java thích nghi với các yêu cầu trong môi trường số của điện thoại di động; *Tiêu chí thứ ba* là số lượng và tính chất của phần được sử dụng: Nếu việc sử dụng chiếm một lượng lớn của tác phẩm gốc hoặc dù lượng không lớn nhưng lại là yếu tố hạt nhân thì khó được coi là sử dụng hợp lý. Google đã sử dụng 37 trong số 209 gói giao diện lập trình (API) chỉ là một phần của Java¹⁰⁶. Tuy nhiên đó là những yếu tố của API có tầm quan trọng trung tâm và cũng có một giá trị công nhận đặc biệt như vậy đã vi phạm vào tiêu chí thứ 3; *Tiêu chí thứ tư* là ảnh hưởng đến việc khai thác tác

¹⁰⁴ European Commission - PRESS RELEASES - Press release - Mergers: Commission clears Oracle's proposed acquisition of Sun Microsystems.

¹⁰⁵ T.Thùy (2012), Oracle và Google ra tòa, tương lai của Android bị lung lay?, <http://dantri.com.vn/suc-manh-so/oracle-va-google-ra-toa-tuong-lai-cua-android-bi-lung-lay-1334996943.htm>, truy cập (10/11/2017)

¹⁰⁶ Xem bản án Google và Oracle số 17-1118 (Fed. Cir. 2018) tại <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cafc/17-1118/17-1118-2018-03-27.html>, truy cập 15/3/2019.

phẩm gốc của chủ sở hữu. Nếu tác phẩm mới tạo ra ảnh hưởng đến thị trường của tác phẩm gốc, gây thiệt hại kinh tế đối với tác phẩm gốc thì đó không phải là hành vi sử dụng hợp pháp. Oracle đã sử dụng Java SE chỉ trên máy tính để bàn và máy tính xách tay, nhưng không sử dụng trên các thiết bị di động có liên quan đến thị trường. Tuy nhiên, việc Google sử dụng Java có thể dẫn đến Oracle bị ảnh hưởng doanh thu cấp giấy phép. Những lập luận này đã thuyết phục Tòa phúc thẩm và Tòa đã ra phán quyết là Google dùng API của Java không phải sử dụng hợp lý.

Luật bản quyền Anh có một tập hợp các ngoại lệ đối với bản quyền, được gọi là giao dịch công bằng¹⁰⁷. Anh và Mỹ có các tiêu chí xác định quyền ngoại lệ, nhưng không loại trừ áp dụng các ngoại lệ đó cho CTMT, bên cạnh đó giao dịch công bằng ở Anh chỉ bao gồm một vài trường hợp nhưng vẫn tương đối thông thoáng hơn so với Việt Nam và phạm vi của nó hẹp hơn nhiều so với khái niệm về sử dụng hợp pháp của Mỹ, nó chỉ áp dụng trong các tình huống được xác định chặt chẽ tại. Tại phần (1)(1B) 29 Đạo luật Bản quyền, kiểu dáng và Sáng chế của Anh 1988 được sử dụng không phải xin phép hay trả tiền tác phẩm vì mục đích nghiên cứu phi thương mại nhưng phải thừa nhận đầy đủ các thông tin về tác giả nhưng tại mục (4)(a)(b)7 trong phần 29 bổ sung thêm các hành vi được phép mới liên quan đến các CTMT không phải là giao dịch công bằng nếu chuyển đổi một CTMT được diễn đạt bằng ngôn ngữ bậc thấp sang một phiên bản được thể hiện bằng ngôn ngữ cấp cao hơn, hoặc vô tình sao chép trong quá trình chuyển đổi CTMT.

Tại Việt Nam và Mỹ, Pháp không có quy định về chuyển đổi ngôn ngữ lập trình, nhưng trong giao dịch công bằng trong luật của Anh được xem là chặt chẽ hơn so với lý thuyết sử dụng hợp pháp của Mỹ. Nội dung được quy định tại Điều 29 và Điều 30 của Luật Bản quyền, Thiết kế và Sáng chế năm 1988 của Anh như đã nêu trên và ngoài ra, luật còn yêu cầu người bị cáo buộc vi phạm phải chứng minh không chỉ việc sao chép của họ thuộc một trong ba tiêu chí của giao dịch công bằng, trong một số trường hợp, nó có đầy đủ sự đồng ý của tác giả tác phẩm gốc. Các yếu tố khi quyết định sự công bằng của việc sao chép có thể bao gồm số lượng tác phẩm được thực hiện, liệu nó đã được công bố trước đây, động cơ của người vi phạm và hậu quả của việc vi phạm bản quyền của tác giả gốc đối với tác phẩm có bản quyền.

Thông qua vụ kiện Lexmark và SSA, Google và Oracle có thể thấy rằng giao dịch của CTMT có thể được bảo vệ theo dưới QTG và luật cạnh tranh. Các công ty

¹⁰⁷ Trong pháp luật Mỹ dùng là "Fair use", pháp luật Anh dùng thuật ngữ "Fair dealing".

như Lexmark hay Oracle khi tạo sản phẩm có chứa CTMT đều muốn độc quyền chiếm lĩnh thị trường chứ không cho các đối thủ khác tạo ra những sản phẩm tương tự. Tuy nhiên nhằm mục đích phát triển ngành công nghệ phần mềm, các phán quyết của tòa án đều định hướng nếu phải sao chép mã của CTMT trước để tạo sự tương thích cho CTMT sau thì không vi phạm QTG, đây cũng phù hợp với pháp luật cạnh tranh. Đáng tiếc là tại Việt Nam, các bên chưa khai thác được tình huống tương tự như SSA hay Google để sử dụng đoạn mã phát triển sản phẩm cạnh tranh, cũng một phần do pháp luật hiện hành của chúng ta chưa có các quy định cụ thể để mở đường cho các nhà phát triển phần mềm.

(b) Giới hạn về quyền của tác giả - quyền bảo vệ sự toàn vẹn chương trình máy tính

Khái niệm quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm Quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm thuộc nhóm quyền nhân thân được hình thành đầu tiên tại Pháp¹⁰⁸ và sau đó được ghi nhận trong hệ thống pháp luật của nhiều nước trên thế giới ở những mức độ khác nhau. Đây là quyền phi kinh tế được coi là quyền gắn liền với mỗi cá nhân tác giả. Nội dung quyền này bao gồm quyền của người được thừa nhận là tác giả của tác phẩm, quyền đặt tên cho tác phẩm, quyền công bố tác phẩm và quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm. Trong các quyền nhân thân đó, quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm là quyền dễ bị xâm phạm nhất trong số các quyền nhân thân của tác giả, vì về nguyên tắc, Quyền tác giả (QTG) chỉ bảo hộ hình thức của tác phẩm. Hình thức thể hiện của tác phẩm là sự diễn đạt, sắp xếp các bộ cục của tác phẩm được thể hiện bằng các dạng ngôn ngữ, ký tự viết mà con người có thể đọc được, nhận biết được. Sự thay đổi các bộ cục này: sắp xếp lại, bổ sung, cắt xén... sẽ dẫn đến sự thay đổi tác phẩm. Do vậy, quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm - là quyền bảo vệ sự cố định của bộ cục, diễn đạt tác phẩm có một vai trò rất quan trọng trong hệ thống các nhóm QTG. Luật của Mỹ và Pháp không có định nghĩa cụ thể thế nào là quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm mà chỉ quy định các hành vi xâm phạm sự toàn vẹn của tác phẩm như điều L121-5 và L121-7 Bộ Luật Sở hữu trí tuệ Pháp 1992, điều 106 A Luật Bản quyền Mỹ năm 1976. Riêng mục (2a) điều 80 Đạo Luật Bản quyền, Thiết kế và Sáng chế 1988 của Anh có định nghĩa: "Hành vi xâm phạm quyền toàn vẹn của tác phẩm nghĩa là bất kỳ sự bổ sung, xóa, hoặc thay đổi, hoặc biến đổi để thích nghi của tác phẩm".

¹⁰⁸ Calvin D. Peele (1999), From the providence of kings to copyrighted things (and french moral rights), Indiana International & Comparative Law Review, tập 9, số 2. Tr.422.

Khoản 4 điều 19 Luật Sở hữu trí tuệ Việt Nam 2005 (sửa đổi năm 2009, 2019) quy định về một trong những quyền nhân thân của tác giả là "Bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm, không cho người khác sửa chữa, cắt xén hoặc xuyên tạc tác phẩm dưới bất kỳ hình thức nào gây phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả". Tuy nhiên, Nghị định 22/2018/NĐ-CP quy định chi tiết Luật Sở hữu trí tuệ và Luật sở hữu trí tuệ sửa đổi về quyền tác giả và quyền liên quan tại quy định tại khoản 3 điều 20: "Quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm, không cho người khác sửa chữa, cắt xén tác phẩm quy định tại khoản 4 Điều 19 của Luật sở hữu trí tuệ là việc không cho người khác sửa chữa, cắt xén tác phẩm hoặc sửa chữa, nâng cấp CTMT trừ trường hợp có thoả thuận của tác giả". Như vậy, Nghị định hướng dẫn thi hành đã bỏ đi yếu tố gây phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả và thêm vào tiêu chí phải có sự đồng ý của tác giả là thuận tiện hơn trong việc xác định hành vi vi phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm. Từ khái niệm đó, chúng ta có các tiêu chí xác định hành vi xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm là: thứ nhất, có hành vi làm thay đổi nội dung của tác phẩm; thứ hai, không có sự đồng ý của tác giả.

(i) Mục đích của quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm

Trong khi các quyền tài sản giúp cho người sáng tạo đảm bảo lợi ích về kinh tế, có độc quyền khai thác các tác phẩm và ngăn cấm những người khác sử dụng các quyền tài sản đó nếu không có sự đồng ý của người chủ sở hữu tác phẩm, thì các quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm thuộc nhóm quyền nhân bảo vệ những gì liên quan đến danh dự và uy tín của tác giả. Cụ thể:

Thứ nhất, quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm là để bảo vệ danh tiếng của tác giả tạo nên tác phẩm. Quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm bảo vệ danh tiếng của tác giả không giống như việc bảo vệ danh dự nhân phẩm của cá nhân theo pháp luật về dân sự tại Điều 32, điều 34 Bộ Luật Dân sự 2015 hay trong pháp luật hình sự Điều 155, điều 156, điều 159, điều 391, điều 397 Bộ Luật Hình sự 2015, về các hành vi làm nhục, xúc phạm danh dự nhân phẩm của người khác, hoặc các hành vi xúc phạm danh dự người khác xử phạt vi phạm hành chính¹⁰⁹. Mục đích của quyền tại khoản 4 điều 19 Luật SHTT là không bảo vệ cách người khác nghĩ gì, đánh giá về tác giả mà là bảo vệ sự diễn đạt nội tâm của tác giả. Do vậy, quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác

¹⁰⁹ Điều 5, điều 20, điều 51, điều 58, điều 62 Nghị Định 167/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội, phòng chống tệ nạn xã hội; phòng cháy chữa cháy; phòng, chống bạo lực gia đình.

phẩm có thể nói là quyền bảo vệ sự tự do biểu hiện nội tâm của tác giả mà không bị người khác can thiệp, chỉnh sửa, tác động vào.

Thứ hai, bảo vệ mối liên hệ giữa tác giả và tác phẩm, những thành quả lao động phản ánh tính cách, dấu ấn của các tác giả. Đây là mối liên hệ mật thiết giữa tác giả và tác phẩm, cũng giống như một người mẹ thai nghén đứa con tinh thần của mình với tất cả những gì nói lên đặc điểm cá nhân của tác giả được phản ánh, thể hiện trong tác phẩm. Là những gì mà tác giả mong muốn cho người khác nhìn nhận, đánh giá mình như vậy¹¹⁰.

Thứ ba, bảo vệ sự toàn vẹn và nhất quán của sản phẩm, bảo toàn những đặc tính cơ bản của tác phẩm. Quyền toàn vẹn giúp cho tác giả giữ gìn quan điểm ban đầu của tác phẩm, bảo tồn tính chỉnh thể của tác phẩm được bảo vệ đầy đủ trong quy định về quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm. Qua đó, quyền này chống các hành vi cắt xén, thay đổi tác phẩm trái pháp luật, gián tiếp bảo vệ quyền tài sản của người sáng tạo ra tác phẩm. Với những mục đích trên, quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm khi áp dụng lên CTMT lại không đạt được như những gì chúng ta đã nêu trên.

(ii) Tác động của việc áp dụng quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm lên chương trình máy tính là quyền thuộc về tác giả

Thứ nhất, không phù hợp với đặc điểm kỹ thuật của CTMT thường được tạo ra bởi các nhóm gồm nhiều lập trình viên. Mặc dù luật bản quyền có quy định về đồng tác giả nhưng các quy định chung này không lường trước được đối với CTMT có đặc thù là số lượng các cá nhân tham gia xây dựng rất lớn, tác giả chung có thể lên đến hàng trăm người. Đó là sự phát triển liên tục của CTMT. Các nhà sản xuất phần mềm thường không phát triển sản phẩm của mình nguyên bản độc lập từ đầu mà luôn hướng đến việc cải tiến CTMT sau khi đưa ra thị trường, sử dụng, rút kinh nghiệm, sửa lỗi rồi tạo ra những phiên bản tối ưu hơn. Ví dụ, Trong hệ điều hành Android, phiên bản đầu tiên là 1.0 được Google tung ra thị trường năm 2008 chỉ bao gồm các chức năng cơ bản như camera, trình duyệt web, ứng dụng kiểm tra email.v.v. Trong phiên bản 1.6 năm 2009, chức năng tìm kiếm bằng giọng nói được Google đưa vào sử dụng. Đến phiên bản 5.0 năm 2014 có thêm chức năng Google Assistant với khả năng hỗ trợ tương tác bằng giọng nói, năm 2016 phiên bản 7.0 thêm chức năng tương tác thực tế ảo. Quá trình phát triển CTMT có đặc trưng tương đối khác biệt so với

¹¹⁰ Leslie Kim Treiger-Bar-Am (2006), The Moral Right of Integrity: A Freedom of Expression*, New directions in copyright, số 2, Tr.132

những tác phẩm khác được bảo hộ QTG. Nó phụ thuộc rất lớn vào sự tự do thay đổi CTMT của nhà sản xuất phần mềm để đưa ra thị trường. Do vậy, sự tự do này sẽ bị khống chế nếu quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm được áp dụng cho CTMT, có thể nói sự cần thiết phải thay đổi, cập nhật CTMT liên tục sẽ trực tiếp mâu thuẫn với tính toàn vẹn của mỗi lập trình viên có được thông qua quy định của luật. Hơn nữa, với số lượng các lập trình viên tham gia vào mỗi CTMT như đã nói trên sẽ tạo ra một rào cản lớn cho quá trình phát triển hiệu quả của các phiên bản mới hơn và tốt hơn của CTMT hiện có. Trên thực tế những người lập trình viên sẽ đồng ý thông qua hợp đồng lao động ngay từ đầu khi được tuyển dụng là chuyển tất cả quyền của họ cho nhà sản xuất phần mềm. Do đó, nhà sản xuất CTMT- chủ sở hữu QTG sẽ nắm hết các bản quyền của CTMT đó, bao gồm cả quyền bảo vệ sự toàn vẹn của CTMT. Nếu chuyển giao quyền này sang cho chủ sở hữu QTG của CTMT sẽ giải quyết vấn đề trong việc phát triển tiếp tục CTMT, vì các nhà sản xuất phần mềm có thể tự do thay đổi, mức cắt xén, bổ sung, nâng cấp CTMT ban đầu theo như ý muốn. Nên rõ ràng là, việc áp dụng quyền toàn vẹn CTMT của tác giả sẽ không phù hợp với những đặc điểm kỹ thuật của việc phát triển một CTMT và cũng không thể bảo đảm được mục đích để bảo vệ danh tiếng của tác giả tạo nên tác phẩm.

Thứ hai, không đạt được mục đích của quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm CTMT không phản ánh dấu ấn cá nhân của các lập trình viên, đây là điều khác biệt khá quan trọng giữa CTMT và các tác phẩm khác. Chúng ta có các tác phẩm như âm nhạc, hội họa, văn học, khiêu khắc nghệ thuật đều thể hiện rất rõ tính cách, dấu ấn phong cách của các tác giả. Tuy nhiên, CTMT lại tương đối khác biệt, người sử dụng chẳng bao giờ quan tâm đến ai là người trực tiếp viết mã tạo ra Hệ điều hành Microsoft, Real Player, iTunes.v.v. Trong thực tế, khi nghĩ đến các tác phẩm văn học nghệ thuật, cảm nhận của người sử dụng dường như hướng đến những yếu tố phản ánh nhân cách, dấu ấn của người sáng tạo các tác phẩm nghệ thuật. Còn đối với CTMT, chúng ta lại nghĩ đến chức năng, tính hữu dụng. Tác phẩm nghệ thuật là biểu hiện cái tôi cá nhân của tác giả rất cao. Trong các tác phẩm truyền thống, đôi khi tính độc đáo của tác phẩm nằm ở việc tác giả cố tình phá vỡ các quy tắc về ngữ pháp và cú pháp để có được phong cách thể hiện riêng. Đó là nguyên nhân pháp luật bảo hộ quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm dành cho tác giả. Trong khi đó, với việc tạo ra CTMT, lập trình viên phải tuân theo các quy tắc trong mỗi ngôn ngữ lập trình. Nếu không, trình biên dịch sẽ thấy lỗi trong mã nguồn, và nó không thể tạo ra phiên bản mã đối tượng của hỗn hợp hướng dẫn hoặc có thể tạo ra mã đối tượng không thực

hiện chức năng dự định hoặc có những hậu quả không mong muốn. Lập trình viên nào cũng phải tuân thủ các quy tắc y như nhau. Do đó, chúng ta không thể nhìn thấy tính cách của mỗi nhân viên lập trình được phản ánh trong CTMT. Vì vậy, nó không phù hợp với mục đích bảo vệ danh tiếng, phong cách, dấu ấn của tác giả. Hay nói cách khác, quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm không bảo vệ mối liên hệ giữa tác giả và tác phẩm, những thành quả lao động phản ánh tính cách, dấu ấn của các lập trình viên CTMT.

Thứ ba, không bảo vệ quyền tài sản của nhà phát triển phần mềm CTMT cần phải được cập nhật, bổ sung, sửa lỗi qua nhiều phiên bản để kéo dài tuổi thọ. Nhưng trên thực tế, CTMT thường được tạo ra bởi rất nhiều tác giả, nếu pháp luật trao cho tác giả (các lập trình viên) quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm thì chuyện gì có thể sẽ xảy ra? Các tác giả có thể sẽ dùng quyền này để ngăn cản nhà phát triển phần mềm-chủ sở hữu thực hiện quyền nâng cấp CTMT, hoặc làm các CTMT phái sinh với nhiều lý do khác nhau như muốn thỏa thuận lợi ích không hợp lý với nhà phát triển phần mềm. Điều đó chắc chắn ảnh hưởng đến việc phát triển ngành công nghệ phần mềm. Nếu quy định quyền bảo vệ sự toàn vẹn CTMT là thuộc về tác giả, và không thể chuyển giao cho người khác (quyền nhân thân vĩnh viễn), lúc đó loại tài sản này được coi như là tài sản trong trạng thái hầu như không thể chuyển giao. Nếu quy định quyền bảo vệ sự toàn vẹn CTMT là của chủ sở hữu CTMT, thì đây là tài sản ở trong trạng thái có thể chuyển giao (có thể chuyển từ chủ sở hữu này sang chủ sở hữu khác, hoặc cho phép người khác thực hiện quyền này trong một thời gian nhất định). Vậy loại tài sản nào tốt cho sự phát triển của nền kinh tế - xã hội? Chắc chắn là trạng thái động - tài sản có thể dễ dàng lưu thông trên thị trường. Do vậy, quyền bảo vệ sự toàn vẹn bảo đảm được tính cạnh tranh của các tác phẩm trên thị trường, không cho người khác thực hiện hành vi gây xâm hại đến tác phẩm, tính thống nhất của tác phẩm. Tuy nhiên đối với CTMT thì đó lại là sự cản trở việc thực hiện các quyền tài sản của chủ sở hữu.

(iii) Thực trạng pháp luật về quyền bảo vệ sự toàn vẹn của CTMT

Nghị định 22/2018/NĐ-CP quy định tại Khoản 3 Điều 20 quyền sửa chữa, nâng cấp CTMT thuộc nội dung quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm tại Khoản 4 Điều 19 Luật SHTT và Khoản 3 Điều 17 Nghị định 22/2018/NĐ-CP “Tác giả và tổ chức, cá nhân đầu tư tài chính và cơ sở vật chất - kỹ thuật để sáng tạo CTMT có thể thỏa thuận về việc sửa chữa, nâng cấp CTMT”. Mặc dù tại Nghị định 22 cho phép tổ chức, cá nhân đầu tư tài chính, cơ sở vật chất - kỹ thuật để sáng tạo CTMT và tác giả CTMT có thể thỏa thuận về việc sửa chữa, nâng cấp CTMT, nhưng nếu giữa hai bên

không có thỏa thuận hoặc không đạt được thỏa thuận thì quyền này đương nhiên vẫn sẽ thuộc về tác giả sáng tạo ra CTMT. Do vậy, nếu áp dụng như quy định hiện hành của Việt Nam thì có những nhược điểm sau: Thứ nhất, việc chuyển giao quyền bảo vệ sự toàn vẹn có phát sinh thêm chi phí trong việc đàm phán, thỏa thuận trong hợp đồng. Thứ hai, đa số các nhà phát triển phần mềm ở Việt Nam và lập trình viên khi mới bắt tay vào thực hiện một dự án phần mềm hầu như chưa chú trọng việc bảo vệ quyền SHTT và chính họ cũng không lường trước vấn đề này để đưa vào trong thỏa thuận của hợp đồng lao động, hoặc hợp đồng dịch vụ. Do vậy, vấn đề sẽ phức tạp hơn nhiều nếu có tranh chấp xảy ra khi hai bên không thỏa thuận với nhau về việc chuyển giao quyền này thì nó sẽ vẫn thuộc về quyền nhân thân của lập trình viên. Trong khi đó nội dung của quyền này tại các nước phát triển như Pháp, Mỹ, Anh đều quy định tại Luật SHTT chứ không phải là văn bản dưới luật và nội dung quy định hãn quyền thay đổi, nâng cấp CTMT là thuộc về chủ sở hữu bản quyền của CTMT. Chỉ khi chủ thể có quyền đối với sự toàn vẹn của CTMT là chủ sở hữu thì quyền của chủ sở hữu mới được tập trung nhất, tiện lợi nhất và hợp lý phù hợp với những đặc điểm kỹ thuật của CTMT, cụ thể như sau: Tại Pháp, các quyền nhân thân khác biệt so với quyền tài sản. Quyền tài sản nhằm mục đích bảo vệ các quyền kinh tế của chủ sở hữu bản quyền, còn quyền nhân thân bảo vệ những hình ảnh cá nhân, các giá trị tinh thần của tác giả, dù là tác giả đã chuyển nhượng tác phẩm của họ cho người khác thì những quyền về nhân thân vẫn thuộc về tác giả tạo ra tác phẩm. Điều L121-7 Bộ Luật Sở hữu trí tuệ Pháp 1992 cũng nêu cụ thể không áp dụng các quy định về việc bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm đối với CTMT dành cho tác giả, và Điều L121-7 thể hiện quyền bảo vệ sự toàn vẹn CTMT là thuộc về người chủ sở hữu QTG đối với CTMT. Tác giả chỉ có thể phản đối việc sửa đổi CTMT nếu hành vi sửa đổi đó xâm phạm đến danh dự của tác giả mà thôi. Quyền nhân thân hầu như không được chú trọng ở hệ thống Thông luật, do vậy chúng ta có thể dễ dàng thấy việc bảo hộ sự toàn vẹn CTMT của tác giả không được ghi nhận ở pháp luật bản quyền của Anh và Mỹ. Điều 106A Luật Bản Quyền Mỹ 1976 quy định tác giả có quyền bảo vệ sự toàn vẹn chỉ dành cho tác giả của các tác phẩm nghe nhìn (văn học, nghệ thuật) nhưng không áp dụng đối với tác giả của CTMT. Theo quy định của Đạo Luật Bản quyền, Thiết kế và Sáng chế 1988 của Anh tại Điều 80 quy định về việc tác giả có quyền phản đối việc xâm phạm sự toàn vẹn của tác phẩm. Tuy nhiên, tại Khoản 2 Điều 81 Đạo luật này lại loại trừ việc áp dụng các quy định của Điều 80 vào CTMT: “không áp dụng cho một CTMT hoặc bất kỳ tác phẩm do máy tính tạo ra”. Nghĩa là tác giả - lập trình viên của CTMT

không có quyền phản đối nhà phát triển phần mềm - chủ sở hữu bản quyền của CTMT thực hiện quyền chỉnh sửa, thay đổi CTMT. Qua đó cho thấy, pháp luật về bản quyền của Anh, Mỹ được xây dựng trên hai hệ thống luật bản quyền khác với Pháp, nhưng đối với CTMT thì các quốc gia trên đều có điểm chung là coi việc chỉnh sửa, nâng cấp CTMT (quyền bảo vệ sự toàn vẹn đối với CTMT) vẫn thuộc về chủ sở hữu CTMT chứ không phải thuộc về các lập trình viên.

Thực trạng ngành công nghiệp phần mềm của Việt Nam hiện nay chủ yếu là gia công phần mềm cho các doanh nghiệp nước ngoài. Do vậy, nếu căn cứ vào các quy định của pháp luật Việt Nam thì rõ ràng là quyền chỉnh sửa, nâng cấp CTMT lại thuộc về những lập trình viên gia công chứ không phải là doanh nghiệp đặt hàng. Từ những điểm chưa phù hợp của pháp luật Việt Nam về quyền bảo vệ sự toàn vẹn liên quan đến CTMT dẫn đến hệ quả pháp lý có thể tiên liệu là các doanh nghiệp nước ngoài sẽ phải thận trọng trong việc đầu tư vào nước ta trong lĩnh vực này. Ngoài ra, cùng với việc phát triển các thiết bị điện tử kỹ thuật số sử dụng cá nhân như điện thoại, máy chơi game, máy tính bảng ... thì hành vi phá vỡ những biện pháp kỹ thuật để sử dụng tự do hơn từ người dùng là tương đối phổ biến như thay đổi chương trình chơi game dùng cho cá nhân... về bản chất đó cũng là hành vi xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn CTMT của tác giả. Và hiện pháp luật Việt Nam cũng xem những hành vi này thuộc quyền của tác giả sẽ quyết định. Như vậy chưa thật sự thỏa đáng cho chủ sở hữu, quyền của chủ sở hữu phải được thừa nhận trong quy định của luật chứ không phải thông qua một sự cho phép thỏa thuận như quy định hiện nay.

(3) Giới hạn về quyền dịch ngược CTMT của các chủ thể trong tiếp cận mã nguồn của chương trình máy tính

(i) Ý nghĩa của hành vi dịch ngược mã nguồn

Ngoài ra, liên quan đến giới hạn quyền còn có các quy định về việc cho phép dùng kỹ thuật đảo ngược áp dụng cho CTMT. Kỹ thuật phân tích ngược là việc cố gắng tìm ra cách thức hoạt động của một sản phẩm cụ thể. Để dịch ngược CTMT, người dịch cần sử dụng CTMT dịch ngược mã nguồn để phân tích ngược mã của một CTMT. Có 4 trường hợp cần sử dụng kỹ thuật đảo ngược trong CTMT: *Một*, để tìm hiểu một CTMT để tạo ra CTMT có thể tương tác với CTMT đó; *hai*, để tạo ra một sản phẩm sẽ cạnh tranh với CTMT đó, *ba* là để tìm hiểu mã nguồn và tạo virus, mã độc vào CTMT đó, và *bốn* là để sử dụng CTMT mà không cần phải trả tiền cho chủ sở hữu. Vì thế, các nhà sản xuất và lập trình viên sẽ dấu mã nguồn của CTMT nhằm bảo vệ sự cạnh tranh thương mại của tất cả phương diện trên. Tuy nhiên nếu sử dụng

với mục đích thiện chí thì dịch ngược CTMT được xem là tận dụng tiềm năng sẵn có¹¹¹. Đối với các CTMT hiện nay, các lập trình viên có thể khai thác các mã nguồn mở để nghiên cứu và phát triển các CTMT tiên bộ hơn.

(ii) Thực trạng hành vi dịch ngược mã nguồn

Tại Việt Nam hiện nay không có quy định nào trực tiếp liên quan đến việc cho phép hay cấm hành vi dịch ngược CTMT, nhưng trên thực tế, các nhà sản xuất CTMT sẽ sử dụng các biện pháp công nghệ để mã hóa để bảo vệ mã nguồn của mình khỏi bị sao chép (trừ trường hợp CTMT nguồn mở). Do vậy, nếu có hành vi dịch ngược CTMT để tìm mã nguồn, cho dù vì mục đích gì thì theo quan điểm của NCS đều bị xem là hành vi phá vỡ các biện pháp công nghệ để tự bảo vệ QTG của chủ sở hữu CTMT theo Khoản 9 và Điểm a Khoản 1 Điều 198 Luật SHTT. Theo Nghị định số 71/2007/NĐ-CP ngày 03/5/2007 hướng dẫn thi hành Luật Công Nghệ Thông Tin tại Khoản 1 Điều 16 thì tổ chức, cá nhân không được thực hiện các hành vi nhằm có được mã nguồn của phần mềm, cấu trúc thiết kế phần mềm, hay các nội dung cơ bản của phần mềm, tài liệu phần mềm khi chưa được sự cho phép của chủ sở hữu phần mềm. Dù không quy định tại QTG nhưng quy định về thực thi quyền SHTT và luật CNTT thể hiện khá rõ yêu cầu không được thực hiện hành vi dịch ngược mã nguồn. Theo quan điểm của NCS thì quy định này cần được nói lỏng cho các trường hợp tiếp cận mã nguồn để học hỏi nghiên cứu và tham khảo mã nguồn của những phần mềm có giá trị, nhất là đối với thực trạng thị trường phần mềm của Việt Nam hiện nay chủ yếu là gia công phần mềm cho các doanh nghiệp nước ngoài, muốn chuyển dịch cơ cấu sang thị trường phát triển phần mềm thì rất cần tư duy sáng tạo trong thiết kế và viết mã nguồn.

Dự luật số 2009-669 được thông qua vào ngày 12/6/2009 của Pháp đã tạo ra cơ quan có chức năng bao gồm giám sát và điều chỉnh các biện pháp bảo vệ kỹ thuật. Do đó, theo mục L.331-32 của Bộ luật sở hữu trí tuệ của Pháp, bất kỳ nhà sản xuất phần mềm, nhà sản xuất hệ thống kỹ thuật và nhà điều hành dịch vụ nào cũng có thể tham khảo cơ quan đó để có quyền truy cập vào bất kỳ thông tin nào cần thiết cho khả năng tương tác. Theo luật của Pháp, các hành vi kỹ thuật đảo ngược không bị cấm, nhưng có những tiêu chí nghiêm ngặt được quy định trong phần L.122-6-1 IV

¹¹¹. Nguyễn Văn Anh, Trần Văn Lăng, Phạm Hồng Quát (2012), Giải mã công nghệ đối với chương trình máy tính, Tạp chí hoạt động khoa học số tháng 2/2012

của Bộ luật sở hữu trí tuệ của Pháp. Tại mục L.122-6-1 IV cho phép sao chép mã của CTMT hoặc dịch bản mẫu của nó mà không cần sự đồng ý của tác giả khi việc sao chép hoặc dịch thuật đó là không thể thiếu để có được thông tin cần thiết để đạt được khả năng tương tác của CTMT. Do đó, việc thực hiện kỹ thuật dịch ngược CTMT là hợp pháp, tuy nhiên phải đáp ứng ba điều kiện: (1) người dùng phải có quyền sử dụng CTMT hoặc được ủy quyền để làm như vậy (bằng giấy phép hoặc hợp đồng); (2) hành vi dịch ngược CTMT là cần thiết vì người dùng không được cung cấp đủ thông tin để đạt được khả năng tương tác, tức là khả năng cho các chương trình hoặc giao thức CTMT khác nhau để làm việc cùng nhau; (3) hành vi dịch ngược được giới hạn trong các phần của CTMT cần thiết để đạt được khả năng tương tác với CTMT khác.

Khoản 103 (f) Đạo luật Bản quyền Thiên Niên Kỷ của Mỹ tại mục 17 USC § điều 1201 quy định một người có quyền sở hữu bản sao của một CTMT được phép đảo ngược kỹ thuật và phá vỡ sự bảo vệ của nó nếu điều này là cần thiết để đạt được "khả năng tương tác". Như vậy nếu một hành vi là đảo ngược CTMT để sao chép mã nhằm mục đích thu thập các kiến thức và sử dụng cho mục đích tương tác với CTMT khác thì được xem là hợp lý tại Mỹ. Các nhà phát triển CTMT thường ghi điều khoản trong giấy phép sử dụng bán kèm theo CTMT là cấm đảo ngược CTMT và các tòa án Mỹ đã phán quyết rằng nếu chủ sở hữu CTMT ghi trong giấy phép là cấm thì sẽ vô hiệu vì luật bản quyền đã cho phép.

Không có quy định về dịch ngược trong luật bản quyền của Anh và không có biện pháp bảo vệ hành vi giao dịch công bằng nếu kỹ thuật đảo ngược dành cho nghiên cứu hoặc thương mại như tạo ra CTMT tương tác, hay cạnh tranh. Tuy nhiên, tại Anh, chỉ thị bản quyền của EU ảnh hưởng lớn đến các thỏa thuận giao dịch hợp đồng tại Anh, do đó, việc dịch ngược được thực hiện cho mục đích tương tác được cho phép, theo điều đó, miễn là các chủ thể không tiết lộ bất kỳ dữ liệu bí mật nào. Ngoài ra còn có một điều khoản (50BA) (sửa đổi 2003) tại Luật Bản quyền, Kiểu dáng và Sáng chế năm 1988 được đưa ra để "*quan sát, nghiên cứu và thử nghiệm các chương trình máy tính*": Không vi phạm bản quyền đối với người sử dụng hợp pháp bản sao CTMT để quan sát, nghiên cứu hoặc kiểm tra chức năng của chương trình để xác định ý tưởng và nguyên tắc làm cơ sở cho bất kỳ yếu tố nào của chương trình. Bản chất của hành vi này là kỹ thuật đảo ngược mà luật không nêu tên cụ thể.

Ở Liên minh Châu Âu, kỹ thuật đảo ngược được cho phép theo Điều 6 của Chỉ thị Phần mềm Châu Âu, chỉ cho mục đích tương tác, chứ không phải để tạo chương trình cạnh tranh.

Như vậy, chúng ta thấy rằng pháp luật Việt Nam cần có quy định cụ thể về việc những trường hợp nào được áp dụng kỹ thuật dịch ngược và trường hợp nào bị xem là hành vi xâm phạm biện pháp tự bảo vệ của chủ sở hữu, đó cũng chính là việc xác định phạm vi quyền của chủ sở hữu. Để thực hiện hành vi dịch ngược, chủ thể thực hiện hành vi cần có những phương tiện hỗ trợ khác nhau tùy theo từng loại mã nguồn của CTMT cần dịch ngược. Đa số những hành vi dịch ngược mã nguồn và hành vi ngược lại với ý chí của chủ sở hữu CTMT như hacker (chủ thể thực hiện các hành vi tấn công vào hệ thống mạng) thì những người nghiên cứu virus để tạo ra những CTMT chống virus cũng thực hiện những hành vi dịch ngược mã nguồn CTMT để nghiên cứu, hiểu rõ hơn về CTMT và virus đó. Do vậy đây là một khoảng trống trong pháp luật về QTG đối với CTMT tại Việt Nam mà chúng ta cần tiên liệu để đưa vào điều chỉnh về quyền của chủ sở hữu CTMT và quyền của người sử dụng trong mỗi trường hợp.

3.3. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật xác định phạm vi bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Trước những thực trạng trên, theo NCS quá trình hoàn thiện các quy định về xác định phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT là một tất yếu, tuy nhiên cần thống nhất quan điểm xuyên suốt các nội dung quy phạm điều chỉnh về xác định phạm vi cần bảo đảm ba tiêu chí như sau:

(1) Việc xác định giới hạn bảo hộ QTG đối với CTMT cần bảo đảm hài hòa lợi ích của các chủ thể nhưng không được ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường CTMT của chủ sở hữu.

(2) Xác định phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT cần khuyến khích việc phát triển các chương trình máy tính mới.

(3) Xác định phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT cần bảo đảm tính tương tác của các chương trình máy tính

Từ ba tiêu chí đó làm nền tảng để điều chỉnh các quy phạm hiện hành về việc xác định phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT như sau:

3.3.1. Về xác định phạm vi đối tượng được bảo hộ của quyền tác giả đối với chương trình máy tính

CTMT được tạo nên từ những yếu tố mang tính biểu hiện và những yếu tố mang ý tưởng nhưng trên thực tế nhà phát triển CTMT sẽ phải chú trọng đến các yếu

tổ: tính năng, mã nguồn, thuật toán. Còn yếu tố giao diện người dùng, ngôn ngữ lập trình và thiết kế hệ thống thường mang tính phổ thông và theo các chuẩn nhất định nên khó xác định, thường sẽ có sự tương tự nhau hoặc sử dụng lẫn nhau trong lập trình. Về khía cạnh pháp lý, trong các yếu tố cấu thành CTMT đó, có những yếu tố được bảo hộ QTG và có những yếu tố không được bảo hộ QTG. Qua nghiên cứu thực trạng pháp luật của một số quốc gia phát triển trên thế giới, để hoàn thiện các quy định pháp lý về đối tượng được bảo hộ QTG đối với CTMT tại Việt Nam NCS có những kiến nghị xác định yếu tố bảo hộ QTG đối với CTMT dựa trên lý thuyết bản quyền sát nhập và lý thuyết phân chia ý tưởng/biểu hiện trong tác phẩm: chỉ bảo hộ hình thức biểu hiện của ý tưởng, không bảo hộ ý tưởng của biểu hiện như sau:

(i) Xác định yếu tố được bảo hộ QTG trong CTMT trong trường hợp có sự phân chia rõ giữa ý tưởng và biểu hiện của CTMT

- Biểu hiện trong CTMT: Theo luật SHTT hiện hành thì đối tượng được bảo hộ trong CTMT là mã nguồn, mã đối tượng (mã máy) như Điều 22 Luật SHTT hiện hành là phù hợp với thuyết lý thuyết phân chia ý tưởng/biểu hiện trong tác phẩm và cũng phù hợp với nhu cầu thực tiễn về bảo hộ QTG cho từng yếu tố. Về cơ bản, một tác phẩm viết có thể được phân biệt thành ý tưởng và biểu hiện. Những trường hợp phân biệt được rõ ràng thì trong CTMT bao gồm những yếu tố thuộc biểu hiện là mã nguồn và mã máy cần phải được bảo hộ.

- Ý tưởng trong CTMT: Theo lý thuyết phân chia ý tưởng/biểu hiện thì đương nhiên không bảo hộ QTG chức năng (tính năng), cấu trúc hệ thống (quy trình, phương pháp). Những yếu tố thuộc ý tưởng của CTMT như quy trình, cấu trúc thiết kế, chức năng CTMT, giao diện kết nối giữa các CTMT, cấu trúc lệnh cần thiết để đạt được khả năng tương tác với các chương trình hoặc phần cứng khác dù không được bảo hộ dưới bảo quyền nhưng nếu đáp ứng đủ điều kiện của một sáng chế thì sẽ bảo hộ dưới sáng chế.

Theo NCS, dù nội dung này không cần phải kiến nghị quy định trong luật nhưng trong quá trình áp dụng, các chủ thể áp dụng và sử dụng luật cần nắm rõ bản chất bảo hộ của các yếu tố này để có những phương án lựa chọn kết hợp với các hình thức bảo hộ khác. Do vậy, đối với nội dung xác định yếu tố được bảo hộ QTG trong CTMT trong trường hợp có sự phân chia rõ giữa ý tưởng và biểu hiện của CTMT, theo quan điểm của NCS thì quy định tại điều 22 Luật SHTT đã phù hợp và không cần thay đổi.

(ii) Xác định yếu tố được bảo hộ QTG trong CTMT trong trường hợp không có sự phân chia rõ giữa ý tưởng và biểu hiện của CTMT

Theo lý thuyết sát nhập bản quyền, khi ý tưởng và biểu hiện của một tác phẩm là một thì sẽ không bảo hộ các yếu tố thuộc biểu hiện đó. Khi chỉ có một hoặc một số cách giới hạn để thể hiện ý tưởng, QTG sẽ không bảo vệ sự diễn đạt vì nó đã hợp nhất với ý tưởng. Khi nào ý tưởng và biểu hiện rất khó tách rời, thì được cho là hợp nhất. Một số ý tưởng có thể được thể hiện chỉ bằng một hoặc một số cách hạn chế, ví dụ như các quy tắc của một trò chơi. Trong những trường hợp như vậy, biểu hiện kết hợp với ý tưởng và không được bảo vệ. Chúng ta cũng đã thấy thực tiễn liên quan đến nội dung này tại mục (ii) (2) 3.2.1. Áp dụng vào pháp luật Việt Nam, NCS cho rằng pháp luật Việt Nam cần có sự điều chỉnh theo hướng ghi nhận bằng các quy phạm về trường hợp phân chia ý tưởng biểu hiện này là loại trừ không bảo hộ những yếu tố biểu hiện trong CTMT nếu sát nhập với ý tưởng. Áp dụng thuyết này sẽ cũng giúp những người muốn tạo CTMT tương tác với hệ điều hành hay tương tác với các ứng dụng khác nhau có thể tiếp cận được với mã nguồn gốc. Cụ thể, cần bổ sung vào Điều 22 Luật SHTT là:

"Nếu không có cách viết mã nguồn nào khác để thể hiện những ý tưởng chức năng hay không thể tách biệt giữa ý tưởng và mã nguồn của CTMT thì không bảo hộ đoạn mã nguồn đó".

Quy định này cũng tương tự tại Khoản 1 Điều 64 Luật SHTT không bảo hộ kiểu dáng công nghiệp đối với đối tượng là hình dáng bên ngoài của sản phẩm do đặc tính kỹ thuật của sản phẩm bắt buộc phải có. Việc loại trừ những yếu tố do đặc điểm kỹ thuật chỉ có 1 cách thể hiện, diễn đạt nội dung thì sẽ giúp giảm sự bảo hộ quá chặt về quyền của chủ sở hữu. Đối với CTMT, quy định này tạo cơ hội cho các nhà phát triển CTMT khác có thể cạnh tranh khi không có cách viết mã khác thể hiện chức năng của CTMT.

3.3.2. Xác định giới hạn quyền của các chủ thể đối với chương trình máy tính

Việc xác định các trường hợp giới hạn QTG đối với CTMT cần phải dựa trên các yếu tố sau: *Thứ nhất*, mục đích và bản chất của việc sử dụng CTMT là để nghiên cứu, tạo sự tương thích CTMT khác, tương thích với hệ điều hành. *Thứ hai*, ảnh hưởng của việc sử dụng CTMT đến các thị trường tiềm năng, hoặc ảnh hưởng đến giá trị của CTMT hiện tại. Qua phân tích thực trạng pháp luật tại 3.2.2 thấy rõ cần thiết phải điều chỉnh các quy định về giới hạn quyền của chủ thể như sau:

(i) Giới hạn quyền của chủ sở hữu

- Các trường hợp sử dụng CTMT không phải xin phép và không phải trả tiền cho chủ sở hữu QTG đối với CTMT

Theo thuyết sử dụng hợp lý thì có những trường hợp các chủ thể quyền sẽ bị giới hạn và để chủ thể khác sử dụng CTMT mà không bị coi là vi phạm. Cũng nhờ lý thuyết này mà bảo vệ những trường hợp người sáng tạo ra CTMT có thể kế thừa một vài yếu tố từ CTMT trước, trường hợp người dùng CTMT và công chúng có cơ hội sử dụng CTMT hoặc một phần của CTMT để nghiên cứu, học tập, giảng dạy, tạo ra các CTMT mới hơn tiến bộ hơn, đó là sự cân bằng bản quyền. Đối với các lập trình viên, việc tham khảo mã nguồn, thiết kế cấu trúc của CTMT nổi tiếng để học hỏi là rất hữu ích cho kỹ năng lập trình. Tuy nhiên để bảo vệ tối đa những công sức trí tuệ và sự độc quyền trên thị trường, các nhà sản xuất phần mềm rất coi trọng việc che giấu những yếu tố trên nên họ thường dùng các biện pháp bảo mật CTMT của mình và các đối thủ cạnh tranh sẽ dùng kỹ thuật dịch ngược để tìm ra mã nguồn chứ không đợi hết thời gian bảo hộ QTG rồi khai thác vì dù luật có quy định hết thời hạn bảo hộ nhưng chủ sở hữu không công khai mã nguồn thì các chủ thể khác cũng không biết CTMT đó được tạo ra như thế nào. Vì vậy để khuyến khích quá trình học hỏi nghiên cứu kỹ thuật lập trình, NCS kiến nghị:

- Đối với pháp luật SHTT cần bổ sung quy định tại Điều 25 tại Luật SHTT như là một ngoại lệ dành riêng cho CTMT:

+ *Người sử dụng CTMT có quyền thực hiện các hành động cần thiết như áp dụng kỹ thuật dịch ngược CTMT để quan sát, theo dõi, hoặc kiểm tra hoạt động của mã nguồn nhằm mục đích nghiên cứu, học hỏi.*

+ *Người sử dụng CTMT được phép áp dụng kỹ thuật dịch ngược CTMT để tìm ra mã nguồn với mục đích tạo sự tương tác với CTMT khác nếu không ảnh hưởng đến việc khai thác thương mại CTMT của chủ sở hữu QTG đối với CTMT.*

- Đối với pháp luật Công nghệ Thông Tin: Bổ sung vào Khoản 1 Điều 16 Nghị định số 71/2007/NĐ-CP ngày 03/5/2007 hướng dẫn thi hành luật Công nghệ Thông Tin nội dung "*trừ trường hợp thực hiện hành vi nhằm mục đích quan sát, thử nghiệm, nghiên cứu CTMT*" để tạo sự thống nhất với những kiến nghị tại Luật SHTT.

Cần có sự kết hợp hài hòa giữa quyền lợi của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả và lợi ích công cộng để có thể đạt được thúc đẩy sự phát triển các CTMT. Nhà nước cần phải làm trung gian giữa các bên liên quan để đạt được sự chấp nhận của các bên trong việc tạo ra sự giới hạn quyền. Việc hoạch định chính sách của Nhà nước cần đưa ra một khung pháp lý khuyến khích sự sáng tạo phát triển của các CTMT cho phép những người tạo ra và đầu tư vào sự sáng tạo để có được những lợi ích. Đối với những người hoạch định chính sách trong lĩnh vực QTG là xác định chiến lược phải tối ưu hóa cho sự cân bằng thích hợp giữa lợi ích của tất cả các bên liên quan.

- Các trường hợp sử dụng CTMT không phải xin phép nhưng phải trả tiền cho chủ sở hữu QTG đối với CTMT

Để tạo ra một CTMT nhà sản xuất phải tốn rất nhiều chi phí, có những CTMT kinh phí lên cả triệu USD, nhưng để sao chép nó thì rất nhanh chóng, dễ dàng và hầu như không mấy tốn kém, có khi chỉ vài động tác đơn giản "copy, paste" là đã hoàn thành việc chiếm đoạt. Để bù đắp chi phí cho chủ sở hữu CTMT, bên cạnh việc ban hành các chế tài đối với hành vi xâm phạm, yêu cầu bồi thường cho chủ sở hữu bị xâm phạm thì pháp luật cũng cần quy định trường hợp không cần xin phép (không cần có sự đồng ý) của chủ sở hữu nhưng phải trả tiền theo một số tiền nhất định cho chủ sở hữu CTMT đối với trường hợp: vì lý do phải sử dụng lại mã vì không còn cách thể hiện nào khác, hoặc để bảo đảm sự tương thích về mặt kỹ thuật giữa hai CTMT.

Mục đích cuối cùng của bản quyền không phải là tối đa hóa các lợi ích cho chủ sở hữu QTG mà là thúc đẩy việc sáng tạo và phổ biến các tác phẩm văn học và nghệ thuật, khoa học nhằm nâng cao chất lượng của cộng đồng tiếp cận kiến thức. Việc cấp độc quyền đối với các tác giả cho phép họ gặt hái một phần giá trị thu được từ đóng góp sáng tạo của họ mà thôi. Do vậy luận án kiến nghị điều chỉnh luật tại Điều 26 Luật SHTT bổ sung nội dung:

Trong trường hợp với mục đích tạo ra các CTMT cạnh tranh, các CTMT phải sinh, hoặc các CTMT tương tác với CTMT trước đó thì người phát triển CTMT tiếp theo có quyền sử dụng CTMT đó nhưng phải thỏa thuận cho chủ sở hữu CTMT trước, nếu không thỏa thuận được thì theo tỷ lệ % lợi nhuận do luật định.

Quy định này cũng tránh trường hợp chủ sở hữu QTG đối với CTMT cạnh tranh không muốn nhà phát triển sau dựa trên kết quả của mình, làm cản trở sự phát triển ngành công nghệ phần mềm. Để sử dụng được mã nguồn này, chủ thể dùng lại mã nguồn không cần phải xin phép chủ sở hữu QTG đối với CTMT vì nếu yêu cầu cần phải có sự đồng ý của chủ sở hữu mã nguồn gốc thì NCS e rằng sẽ khó khả thi

khi chủ sở hữu mã nguồn không muốn tạo thêm các cơ hội cho đối thủ cạnh tranh nhằm muốn độc quyền sản phẩm.

Đồng thời, như đã khẳng định tại mục (1) 2.3.2 luận án, dù việc bảo hộ QTG đối với CTMT cần hướng đến nguyên tắc cân bằng quyền giữa các chủ thể nhưng quyền của chủ sở hữu CTMT vẫn là vị trí trung tâm và quan trọng nhất. Chính vì vậy Khoản 2 Điều 25 Luật SHTT quy định các giới hạn quyền không được thực hiện nếu ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường tác phẩm của tác giả và chủ sở hữu, nên rất cần phải đưa vào nội dung yêu cầu người dùng lại mã nguồn trong trường hợp trên phải trả cho chủ sở hữu một khoản tiền. Số tiền này tùy thuộc vào sự thỏa thuận giữa các bên (nếu thỏa thuận được) hoặc theo tỷ lệ giữa giá trị phần mã nguồn sao chép với tổng giá trị của mã nguồn mới được tạo ra.

(ii) Giới hạn quyền của tác giả

Trong phạm vi bảo hộ QTG đối với các tác phẩm, việc cân đối quyền giữa tác giả và chủ sở hữu QTG về việc nâng cấp, sửa đổi tác phẩm và làm tác phẩm phái sinh là vấn đề đang còn nhiều tranh cãi¹¹² nhưng NCS cho rằng một CTMT bị thay đổi, sửa chữa mã nguồn thì hẳn nhiên phải bao gồm cả trường hợp là CTMT phái sinh vì tác phẩm phái sinh (a) được tạo thành từ một tác phẩm đã hình thành trước đó (gọi là tác phẩm gốc). Hay nói một cách khác CTMT phái sinh phải có chứa toàn bộ hoặc 1 phần mã nguồn gốc, và được tạo ra sau mã nguồn gốc. (b) Phải có sự bổ sung thêm của tác giả mới đủ để được công nhận là sáng tạo mới, mức độ sáng tạo mới này nhiều hay ít chỉ có thể định tính chứ không định lượng được nhưng đối với CTMT phái sinh thì chỉ cần có sự thay đổi, cập nhật các phiên bản cũng được xem là CTMT phái sinh. Do vậy, để tránh tình huống tương tự vẫn có thể xảy ra với các nhà đầu tư trong lĩnh vực phần mềm như tranh chấp tại Thần Đồng Đất Việt, bảo đảm hài hòa lợi ích của lập trình viên và nhà đầu tư, luận án kiến nghị:

¹¹² Tranh chấp giữa họa sỹ Lê Linh và bà Phan Thị Mỹ Hạnh, giám đốc Công ty Phan Thị về quyền làm các tác phẩm phái sinh từ nhân vật Trạng Tí trong bộ truyện tranh Thần Đồng Đất Việt. Tòa án đã phán quyết họa sỹ Lê Linh là tác giả duy nhất của truyện tranh Thần Đồng Đất Việt, do vậy công ty Phan Thị không được tiếp tục sản xuất những ấn phẩm có liên quan đến Thần Đồng Đất Việt vì điều đó vi phạm quyền nhân thân của tác giả. Bản án sơ thẩm số 35/2019/DS-ST ngày 18/02/2019 của Tòa án nhân dân quận 1 thành phố Hồ Chí Minh và Bản án phúc thẩm số 774/2019/DSPT ngày 03/9/2019 Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh đều cho rằng Công ty Phan Thị vẫn tiếp tục sáng tạo các tập tiếp theo như Thần đồng đất Việt khoa học, Thần đồng đất Việt Mỹ thuật, Thần đồng đất Việt Toán học là có "*sự sai lệch so với hình thức thể hiện gốc*" nhưng không xin phép ông Linh là vi phạm khoản 4 điều 19 Luật SHTT. Theo quan điểm cá nhân của NCS phán quyết này thật sự gây cản trở lớn cho những nhà đầu tư trong việc nâng cấp, chỉnh sửa tác phẩm theo nhu cầu phát triển tự nhiên của thị trường.

Bổ sung vào Khoản 4 Điều 19 Luật Sở hữu trí tuệ “*Không áp dụng quyền này cho CTMT*”. Sửa đổi Khoản 3 Điều 17 Nghị định 22 thành: “*Chủ sở hữu QTG đối với CTMT có quyền sửa chữa, nâng cấp CTMT*”.

Theo NCS chỉ khi quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm thuộc về chủ sở hữu, các công ty phát triển phần mềm mới được chủ động toàn quyền quyết định nâng cấp, chỉnh sửa CTMT không lo ngại nguy cơ bị các tác giả- lập trình viên đe dọa sử dụng đặc quyền này để đưa ra những yêu sách vượt quá khả năng đáp ứng của chủ sở hữu QTG đối với CTMT mà vẫn bảo đảm được quyền của tác giả thông qua thỏa thuận trả thù lao theo hợp đồng lao động hay theo các hợp đồng dịch vụ giữa tác giả và nhà sản xuất CTMT. Việc sửa đổi, cập nhật CTMT nên là quyền của người đầu tư vào các dự án sản xuất CTMT hơn là các lập trình viên- người làm thuê. Điều này cho thấy những nhà lập pháp Việt Nam cần có một cái nhìn rất thực tế về bảo hộ tài sản trí tuệ là tập trung vào quyền kinh tế của chủ sở hữu.

Thực trạng pháp luật Việt Nam và các nước điển hình đặt ra cho pháp luật Việt Nam cần phải hoàn thiện các quy định về xác định về đối tượng và giới hạn bảo hộ hợp lý hơn. Việt Nam đang bước vào những năm đầu tiên tham gia cuộc cách mạng 4.0, tạo môi trường pháp lý thúc đẩy sự phát triển của khoa học công nghệ đang đặt ra hết sức cấp thiết. Do vậy, chúng ta cần sửa đổi quy định luật phù hợp với những đặc trưng riêng của từng đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, đặc biệt là CTMT - một đối tượng có ảnh hưởng rất lớn đến nền kinh tế- xã hội hiện nay.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

Khả năng tồn tại kinh tế của ngành công nghiệp phần mềm phụ thuộc rất nhiều vào luật pháp, các quy tắc bảo vệ các nhà sản xuất phần mềm không được xâm phạm sản phẩm của họ. Để làm cơ sở cho việc thực hiện quyền của các chủ thể cũng như xác định hành vi xâm phạm bảo hộ QTG đối với CTMT, trong phạm vi chương 3 đã làm rõ:

Thứ nhất, phân tích và đưa ra khái niệm về phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT và xác định nội hàm của phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT.

Thứ hai, xác định những yếu tố được bảo hộ trong CTMT những yếu tố không được bảo hộ. Xác định yếu tố bảo hộ trong trường hợp hợp nhất giữa ý tưởng và biểu hiện của CTMT, trường hợp tách biệt giữa ý tưởng và biểu hiện của CTMT.

Thứ ba, làm rõ sự cần thiết phải giới hạn các quyền của chủ sở hữu và tác giả CTMT và kiến nghị điều chỉnh luật về giới hạn quyền liên quan đến các chủ thể này đối với trường hợp sử dụng không cần xin phép hay trả tiền cho chủ thể quyền và trường hợp không cần xin phép nhưng phải trả tiền cho chủ thể quyền.

Thị trường phần mềm Việt Nam đang có xu hướng chuyển dịch dần từ gia công phần mềm sang phát triển sản phẩm phần mềm. Theo Bộ Trưởng Nguyễn Mạnh Hùng *nếu không phát triển sản phẩm phần mềm riêng của Vietnam thì nước ta khó có thể trở thành nước phát triển, không thể đóng góp lớn cho sự phát triển của nước nhà*.¹¹³ Dù có nhiều hạn chế về cơ sở hạ tầng, về chiến lược nhưng thuận lợi của Việt Nam là chúng ta đã có thời gian dài làm gia công cho nước ngoài, đủ lâu để học hỏi kinh nghiệm, mô hình phát triển một sản phẩm phần mềm. Nếu các nhà sản xuất phát triển CTMT nắm được phạm vi bảo hộ, tận dụng được những yếu tố không bảo hộ bảo hộ và có chiến lược kế thừa các yếu tố đó thì sẽ rút ngắn được thời gian tạo ra CTMT mới, cải tiến và tạo nhiều ứng dụng hữu ích cho thị trường hơn.

¹¹³ Bộ trưởng Nguyễn Mạnh Hùng: "Nếu không Make in Vietnam thì nước ta khó có thể trở thành nước phát triển". (2020), <https://cafef.vn/bo-truong-nguyen-manh-hung-neu-khong-make-in-vietnam-thi-nuoc-ta-kho-co-the-tro-thanh-nuoc-phat-trien-20200819144115731.chn> (20/8/2020).

CHƯƠNG 4. THỰC THI QUYỀN TÁC GIẢ ĐỐI VỚI CHƯƠNG TRÌNH MÁY TÍNH

4.1. Khái luận về thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Thực thi QTG đối với CTMT đóng một vai trò quan trọng trong giải quyết các thách thức về sự phát triển công nghệ số. Mọi nền sản xuất trong lĩnh vực văn học, khoa học và nghệ thuật, bất kể phương thức hoặc hình thức biểu đạt nào hiện nay đều có xu hướng số hóa thông qua hoạt động của các CTMT, đều là chủ đề vấn đề bảo vệ bản quyền. Thực thi QTG đối với CTMT không chỉ quan trọng đối với việc thúc đẩy văn hóa và đa dạng, nhưng nó cũng quan trọng ở cấp độ kinh tế, đặc biệt là trả công cho các tác giả và người sáng tạo, cho phép họ thu được lợi nhuận hợp pháp từ việc sáng tạo của họ. Thông qua thực thi QTG đối với CTMT các quyền, tác giả và người sáng tạo có thể hưởng lợi từ giá trị thương mại của tác phẩm của họ và có được sự công bằng hoàn vốn đầu tư của họ. Ở cấp độ kinh tế vĩ mô, thực thi QTG đối với CTMT cũng có một vai trò quan trọng đóng góp vào việc phát triển việc làm và nâng cao năng lực cạnh tranh ở cấp quốc gia.

4.1.1. Khái niệm chung về thực thi quyền tác giả đối với CTMT

(1) Khái niệm về thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Nền kinh tế Việt Nam trong những năm gần đây đang tự chuyển mình từ hình thức truyền thống sang kinh tế số dựa trên công nghệ thông tin mà bản chất đó là sự kết nối của hệ thống mạng lưới các CTMT. Việc hình thành các quy định pháp luật khuyến khích phát triển các sản phẩm phần mềm, đặc biệt là quyền tác giả đối với CTMT đang cần được quan tâm. Vấn đề thực thi quyền tác giả đối với CTMT là vấn đề trọng tâm trong quá trình bảo hộ, nếu không bảo đảm được thực thi thì các quyền của chủ thể sẽ trở nên vô nghĩa. Tuy nhiên hiện nay chưa có quy định cụ thể khái niệm "thực thi quyền sở hữu trí tuệ" "hay thực thi quyền tác giả" tại các văn bản pháp luật về Sở hữu trí tuệ của Việt Nam cũng như Công ước Bern, Hiệp định Trips mà các văn bản trên chỉ đưa ra các nội dung quy định về các hoạt động thực thi quyền SHTT.

Theo từ điển Cambridge¹¹⁴, thực thi là quá trình làm cho mọi người tuân theo luật hoặc quy tắc, hoặc làm cho một tình huống cụ thể xảy ra được chấp nhận về tính

¹¹⁴ Cambridge, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/enforcement> truy cập 20/3/2021.

pháp lý. Theo từ điển pháp lý trực tuyến Merriam-Webster, thực thi¹¹⁵ được giải thích là các hoạt động để đảm bảo rằng mọi người tuân thủ pháp luật. Từ điển tiếng Việt trực tuyến thực thi là thực hiện điều đã được giao cho, đã được chính thức quyết định. Từ điển Tiếng Việt của tác giả Hồ Lê thực thi nghĩa là thi hành¹¹⁶. Có thể thấy nghĩa chung của từ thực thi trong lĩnh vực pháp lý là những hành động hoặc quy trình bắt buộc tuân thủ luật pháp, nghĩa vụ, mệnh lệnh, hoặc thỏa thuận giữa các bên chủ thể. Nó bao hàm ý nghĩa của việc phát hiện và trừng phạt những vi phạm pháp luật. Như vậy thực thi là hoạt động không chỉ của cơ quan hành pháp mà còn là hoạt động của cơ quan tư pháp- tòa án.

Thuật ngữ "thực thi" được sử dụng liên quan đến tài sản trí tuệ được hiểu là việc các chủ thể thực hiện quyền của mình để loại trừ những người khác khỏi việc sử dụng các quyền SHTT thông qua việc tự mình thực hiện quyền hoặc có sự can thiệp của Nhà nước. Hoặc có thể coi việc thực thi quyền SHTT liên quan đến các khía cạnh về khắc phục hành vi vi phạm, hay cũng có thể xem xét dưới góc độ rộng hơn là bao gồm cả các giao dịch về quyền SHTT: cấp phép và chuyển giao công nghệ. "Thực thi" được sử dụng trong ngữ cảnh của quyền sở hữu trí tuệ có thể được hiểu là quyền loại trừ những người khác sử dụng nó mà không được phép và các biện pháp để đảm bảo khắc phục những thiệt hại xảy ra, *là các hoạt động nhằm đưa các quy định của quyền SHTT được thực hiện trên thực tiễn*¹¹⁷.

Nếu hệ thống SHTT nhằm mục đích đóng góp có lợi cho phúc lợi kinh tế và xã hội, thì điều quan trọng là phải có các công cụ để đảm bảo rằng quyền SHTT được thực thi một cách hiệu quả, kịp thời và dễ tiếp cận, bên cạnh lợi ích hợp pháp của những người khác có liên quan. Trên phương diện quốc tế, Điều 15 Công ước Bern 1979 quy định cụ thể quyền thực thi các QTG của các tác phẩm được bảo hộ và Điều 41 Hiệp định Trips quy định về các biện pháp chống lại hành vi vi phạm quyền SHTT để ngăn chặn hành vi và ngăn ngừa hành vi vi phạm và Luật SHTT Việt Nam đều quy định là biện pháp dân sự, hình sự và hành chính, biện pháp kiểm soát biên giới¹¹⁸¹¹⁹ nhằm ngăn chặn các hành vi xâm phạm tài sản trí tuệ, xử phạt việc sử dụng trái phép

¹¹⁵ Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/enforce> truy cập 20/3/2021.

¹¹⁶ Hồ Lê, (2018), Từ Điển Tiếng Việt, NXB Khoa Học Xã Hội, Tr.703

¹¹⁷ Nguyễn Thị Quỳnh, (2010), Thực thi quyền sở hữu trí tuệ trong bối cảnh hội nhập, <https://luatminhkhue.vn/thuc-thi-quyen-so-huu-tri-tue-trong-boi-canhhoi-nhap.aspx> truy cập 01/11/2020.

¹¹⁸ Từ điều 42 đến Điều 61 Hiệp định TRIPS

¹¹⁹ Khoản 1 Điều 199 Luật SHTT

và đưa ra các biện pháp khắc phục hậu quả cho chủ thể quyền thiệt hại do sử dụng trái phép đó.

Có thể thấy khái niệm về thực thi quyền tác giả được hiểu như sau: *Thực thi quyền tác giả là các hoạt động của cơ quan nhà nước có thẩm quyền bảo đảm quyền của các chủ thể được thực hiện trên thực tiễn và xử lý các hành vi vi phạm quyền tác giả của các chủ thể cũng như quyền ngăn ngừa các hành vi vi phạm quyền tác giả.* Từ đó, nội dung của thực thi QTG đối với CTMT là *bảo đảm quyền của tác giả, chủ sở hữu QTG đối với CTMT và kể cả quyền của người dùng, các doanh nghiệp phần mềm khác được thực hiện trên thực tiễn bằng các biện pháp pháp lý để các chủ thể thực hiện quyền QTG đối với CTMT, các biện pháp xử lý các hành vi vi phạm QTG đối với CTMT và ngăn ngừa các hành vi vi phạm quyền tác giả đối với CTMT trong tương lai.*

(ii) Thực thi QTG đối với CTMT và thực hiện pháp luật về QTG đối với CTMT

Nếu thực thi QTG đối với CTMT là một hệ thống mà các chủ thể phải hành động theo một trật tự có tổ chức để pháp luật được triển khai bằng cách thực hiện quyền của mình, ngăn chặn các hành vi xâm phạm quyền, phục hồi các thiệt hại, hoặc trừng phạt những chủ thể có hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT thì thực hiện pháp luật về QTG đối với CTMT là quá trình hoạt động có mục đích của các chủ thể làm cho những quy định của QTG đối với CTMT đi vào cuộc sống, trở thành những hành vi hợp pháp của các chủ thể. Thực hiện pháp luật về QTG đối với CTMT bao gồm các hoạt động tuân thủ QTG đối với CTMT, thi hành QTG đối với CTMT, sử dụng QTG đối với CTMT và áp dụng QTG đối với CTMT. Vậy, hai khái niệm này có những điểm tương đồng sau:

Thứ nhất, thực thi QTG đối với CTMT bao gồm các biện pháp xử lý hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT để bảo đảm QTG CTMT của các chủ thể được thực hiện và ngăn ngừa hành vi xâm phạm trong tương lai, các biện pháp khắc phục hậu quả của hành vi xâm phạm.

Thứ hai, trong thực hiện pháp luật về QTG đối với CTMT, với hình thức sử dụng QTG đối với CTMT, chủ thể quyền trong trường hợp này có sự lựa chọn bởi việc sử dụng hoặc không sử dụng quyền của mình. Đây là hình thức chủ thể sử dụng pháp luật để hiện thực hóa các quyền của mình trên thực tiễn; Nhưng đối với tuân thủ và thi hành QTG đối với CTMT, chủ thể không có sự lựa chọn, chủ thể hoặc phải kiềm chế không hành động - đối với tuân thủ, hoặc phải thực hiện hành vi hành động - đối với thi hành thì mới được xem là không xâm phạm QTG đối với CTMT; Áp

dụng pháp luật là hoạt động thực hiện pháp luật mang tính tổ chức quyền lực nhà nước, được thực hiện bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền nhằm cá biệt hoá quy phạm pháp luật vào các trường hợp cụ thể, đối với cá nhân, tổ chức cụ thể, bao gồm cả hoạt động cưỡng chế ngăn chặn các hành vi xâm phạm quyền, phục hồi các thiệt hại, hoặc trừng phạt những chủ thể có hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT. Như vậy, rõ ràng thực thi QTG đối với CTMT như là một phần của thực hiện pháp luật về QTG đối với CTMT.

(iii) Thực thi QTG đối với CTMT và Thực thi sáng chế liên quan CTMT:

CTMT ngoài ra còn được bảo hộ với tư cách là giải pháp kỹ thuật dưới sáng chế. Quá trình thực thi QTG đối với CTMT có những điểm khác biệt so với thực thi sáng chế liên quan CTMT. Thứ nhất, về phạm vi lãnh thổ thực thi: quá trình thực thi QTG đối với CTMT có thể thuận lợi hơn so với thực thi về sáng chế liên quan CTMT vì sự khác biệt về phạm vi lãnh thổ thực thi. Với QTG được xác lập tự động, hiện nay có 177 quốc gia thành viên¹²⁰ thì phạm vi lãnh thổ thực thi của QTG đối với CTMT tương đối rộng và không cần tốn kém quá nhiều chi phí cũng như thời gian để xác lập quyền bảo hộ ở các quốc gia mà chủ thể QTG muốn hoạt động thương mại. Trong khi đó, đối với sáng chế liên quan đến CTMT thì phải tiến hành nộp đơn xin cấp bảo hộ tại quốc gia mà chủ thể QTG đối với CTMT muốn triển khai việc thực thi. Với các chủ thể tiến hành các hoạt động thương mại quốc tế thì việc thực thi QTG đối với CTMT vẫn phần nào dễ dàng hơn so với thực thi về sáng chế liên quan CTMT. Thứ hai, để QTG của mình được thực thi, chủ thể quyền chỉ cần chứng minh CTMT của mình là nguyên gốc không sao chép của chủ thể khác. Thủ tục cấp giấy chứng nhận bảo hộ QTG đối với CTMT chỉ là một biện pháp hỗ trợ cho việc quản lý nhà nước về bản quyền mà thôi, và chủ thể được cấp giấy chứng nhận QTG đối với CTMT được miễn nghĩa vụ chứng minh mình là tác giả, chủ sở hữu QTG trong trường hợp có tranh chấp xảy ra. Trong khi đó, văn bằng bảo hộ sáng chế liên quan CTMT là yêu cầu bắt buộc để xác lập quyền của chủ thể. Chủ thể không nộp đơn xin bảo hộ, hoặc bị từ chối, hoặc văn bằng bảo hộ đã hết hiệu lực thì không thể thực thi quyền.

(iv) Thực thi QTG đối với CTMT và thực thi QTG đối với các tác phẩm viết truyền thống khác.

¹²⁰ Xem số liệu thống kê của WIPO tại: https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=15 truy cập 04/2/2021

Đặc điểm của CTMT dễ bị sao chép, dễ lưu trữ, dễ phân phối, phân phối với tốc độ nhanh nên có thể dễ dàng bị xâm phạm, khó kiểm soát, thiệt hại thương mại lớn. Người chủ sở hữu QTG đối với CTMT phụ thuộc nhiều vào các biện pháp kỹ thuật để bảo vệ quyền của mình. Hành vi xâm phạm dễ diễn ra trên môi trường internet, nên CTMT dễ bị xâm phạm trên quy mô thương mại cũng như phi thương mại. Ngoài ra, việc chứng minh có hành vi xâm phạm là điều không dễ vì chủ thể xâm phạm thường áp dụng các biện pháp kỹ thuật để che dấu đoạn mã của CTMT chứ không giống như các tác phẩm viết khác.

4.1.2. Chủ thể thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính

(1) Các cơ quan quản lý nhà nước trong lĩnh vực quyền tác giả

Chủ thể của hoạt động này là các cơ quan quản lý nhà nước ở trung ương và cấp tỉnh: tại trung ương có Chính phủ, Bộ Văn hóa Thể Thao và Du lịch, Cục bản quyền tác giả; tại địa phương có Sở Văn hóa Thể Thao và Du lịch. Đây là những cơ quan thuộc hệ thống hành pháp có nhiệm vụ tổ chức, triển khai, thi hành các văn bản do cơ quan lập pháp ban hành liên quan đến QTG đối với CTMT. Để thực hiện nội dung này, các cơ quan quản lý nhà nước về QTG đối với CTMT ở cấp trung ương như Chính Phủ và Bộ Văn Hóa Thể Thao và Du lịch phải ban hành các văn bản quy phạm pháp luật như Nghị định, Thông tư hướng dẫn thi hành. Ngoài ra, Bộ Văn Hóa Thể Thao và Du lịch có chức năng tiến hành các hoạt động thanh tra nhằm bảo đảm việc thực thi bằng các biện pháp xử phạt vi phạm hành chính (biện pháp hành chính). Đối với Cục Bản quyền tác giả thực thi nhiệm vụ đăng ký giấy chứng nhận quyền tác giả dành cho CTMT, là một nội dung quan trọng hỗ trợ cho các chủ thể khẳng định chủ thể QTG đối với CTMT.

(2) Cơ quan tư pháp thực hiện chức năng xét xử, áp dụng trách nhiệm pháp lý dân sự và hình sự đối với những hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT.

Hệ thống cơ quan có chức năng xét xử là Tòa án. Tòa án là cơ quan duy nhất có thẩm quyền áp dụng trách nhiệm hình sự và trách nhiệm dân sự đối với các hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT với các biện pháp hình sự và biện pháp dân sự. Đây là chủ thể được phép áp dụng nhiều biện pháp cứng rắn nhất để bảo đảm cho quyền của chủ thể QTG đối với CTMT được thực thi hiệu quả trong phạm vi nhiệm vụ và quyền hạn của mình. Có thể nói, trong số các chủ thể thực thi quyền SHTT thì Tòa án là cơ quan có nhiều quyền lực nhất, là chủ thể tham gia vào quá trình thực thi

với vai trò bảo đảm cho các chủ thể khác thực hiện đúng các quyền và nghĩa vụ của mình.

(3) Chủ thể quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Đây là nhóm chủ thể có vai trò trọng tâm quá trình thực thi QTG đối với CTMT, tất cả các hoạt động của các chủ thể khác cũng chỉ hướng tới mục tiêu là bảo đảm các quyền của chủ thể này được thi hành trên thực tiễn. Các chủ thể này bao gồm tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả đối với CTMT. Tác giả là cá nhân có thể là lập trình viên, theo quy định của pháp luật Việt Nam thì tác giả của CTMT không là tổ chức. Chủ sở hữu QTG đối với CTMT có thể là cá nhân hoặc doanh nghiệp phát triển phần mềm. Nhóm chủ thể này sử dụng các quyền theo quy định của luật để hiện thực quá quyền của mình bao gồm quyền tự bảo vệ, quyền khởi kiện dân sự tại tòa án, tố cáo các hành vi xâm phạm hình sự, cũng như khiếu nại tố cáo các hành vi vi phạm hành chính trong lĩnh vực liên quan đến QTG đối với CTMT.

(4) Nhóm chủ thể sử dụng CTMT

Nhóm chủ thể này bao gồm người dùng CTMT và các doanh nghiệp phát triển phần mềm khác. Đây được xem là nhóm chủ thể đặc biệt vì hình thức sử dụng CTMT của nhóm chủ thể này tác động rất lớn đến việc thực thi quyền của chủ thể QTG đối với CTMT. Đối với chủ thể là người dùng CTMT tác động đến quá trình thực thi theo hai xu hướng: Một, nếu các chủ thể này thực hiện QTG đối với CTMT nghiêm túc thì việc thực thi QTG đối với CTMT sẽ hiệu quả cao, mang lại nhiều lợi ích cho các chủ thể khác (chủ sở hữu và tác giả CTMT sẽ có những lợi ích về kinh tế; các cơ quan quản lý nhà nước trong lĩnh vực bản quyền hoạt động thuận lợi hơn, việc xét xử của Tòa án cũng giảm mức độ phức tạp) cũng như góp phần gia tăng phúc lợi xã hội. Ngược lại, với số lượng lớn các hành vi xâm phạm quyền của nhóm chủ thể này sẽ khiến quá trình thực thi khó khăn hơn và tốn kém hơn. Đối với chủ thể là doanh nghiệp phát triển phần mềm không phải là khách hàng sử dụng CTMT theo hợp đồng, là những chủ thể tận dụng những giới hạn của QTG đối với CTMT để khai thác sử dụng những yếu tố tồn tại trong CTMT của chủ sở hữu khác để phát triển CTMT của mình, thường là các doanh nghiệp phát triển CTMT trong vị trí cạnh tranh với chủ thể đang nắm giữ QTG đối với CTMT.

Các chủ thể này không cần phải xin phép, không phải trả tiền cũng như không có bất kỳ một thỏa thuận nào với chủ sở hữu QTG đối với CTMT. Trường hợp này, chủ thể này hiện nay thường xuất hiện ở các quốc gia có nền công nghiệp phần mềm phát triển. Pháp luật của các quốc gia này có những quy định về giới hạn QTG đối

với CTMT để khuyến khích các chủ thể khác tham gia vào quá trình tạo ra các CTMT mới. Tại Việt Nam, ngành công nghiệp phần mềm dù tiềm năng nhưng chưa thật sự phát triển, các nhà sản xuất phần mềm nước ta chưa khai thác những giới hạn này để phát triển CTMT của mình.

4.2. Tránh lạm dụng bản quyền trong thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính

4.2.1. Xác định lạm dụng bản quyền đối với chương trình máy tính

Lạm dụng bản quyền có nguồn gốc từ lạm dụng sáng chế, thông qua vụ tranh chấp quyền giữa công ty muối Morton Salt và công ty GS Suppiger vào năm 1942 tại Mỹ. Mãi đến năm 1990, lạm dụng sở hữu trí tuệ mới được áp dụng trong lĩnh vực QTG trong vụ tranh chấp giữa Lasercomb America và Reynold¹²¹. Tòa án cũng sử dụng nguyên tắc đã rút ra trong vụ Morton Salt và công ty GS Suppiger: *lý thuyết lạm dụng phục vụ mục đích công cộng quan trọng trong luật sáng chế bằng cách ngăn người sáng chế gặt hái ở nơi anh ta chưa gieo*". Nếu Pháp luật Mỹ có tính cởi mở hơn trong sử dụng các học thuyết để giải quyết những vấn đề thực tiễn, kể cả thuyết lạm dụng bản quyền thì ở Châu Âu lại khác. EU hiện có luật cạnh tranh Toàn Liên minh, các luật đó chủ yếu là sự kết hợp luật sở hữu trí tuệ quốc gia vào xây dựng luật EU. Hơn nữa, trong khi luật cạnh tranh ở EU áp dụng trên toàn Liên minh và việc thực thi chống độc quyền mang tính chính phủ thông qua các thủ tục hành chính của các cơ quan quốc gia và Ủy ban EU hơn là hệ thống tố tụng mang tính dân sự ở Mỹ. Do đó việc áp dụng một học thuyết sử dụng khá linh hoạt như thuyết lạm dụng bản quyền được đánh giá là không thực tế và không hiệu quả đối với EU¹²².

Mặc dù vậy một số quốc gia của EU cũng có quy định về hạn chế quyền của chủ sở hữu quyền SHTT như Luật Chống hạn chế cạnh tranh sửa đổi năm 2005 của Đức trong phần 17 và 18 không được phép gia hạn hợp đồng bảo vệ quyền SHTT bên ngoài phạm vi luật định của quyền SHTT, theo NCS quy định này được xem là hành vi hạn chế lạm dụng bản quyền. Tại Pháp sẽ là lạm dụng bản quyền trong các trường hợp từ chối cấp phép (đặc biệt nếu tác phẩm có nhiều thông tin hoặc chức

¹²¹ Xem lại mục 1.3.5. của luận án

¹²² Haris Apostolopoulos (2006), The Copyright Misuse Doctrine on Computer Software: A Redundant Doctrine of U.S. Copyright Law or a Necessary Addition to E.U. Copyright Law? The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law, <https://repository.law.uic.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=jitpl>, Tr. 595

năng), trở ngại đối với khả năng tương tác hoặc kỹ thuật đảo ngược, và thường sử dụng hướng vào việc cạnh tranh giả mạo còn luật bản quyền của Tây Ban Nha đề cập nội dung trên rõ ràng đặc biệt liên quan đến CTMT. Ở Hà Lan, nơi từ chối giấy phép SHTT có thể cấu thành lạm dụng vị trí thống lĩnh. Ở Anh các quy tắc cạnh tranh cũng thường được nêu trong các trường hợp bản quyền, cả hai như một yêu cầu và như một biện pháp phòng thủ.¹²³

Giống như luật sáng chế, QTG cũng phục vụ lợi ích công cộng bằng cách trao độc quyền cho người chủ sở hữu tài sản trí tuệ, và không bảo hộ những gì nằm ngoài phạm vi đó. Nhưng người nắm QTG, như người được cấp bằng sáng chế, không được phép thực thi quyền nếu họ cố tình mở rộng vượt quá phạm vi độc quyền hợp pháp của mình. Dù lạm dụng bản quyền được xem như là một biện pháp bảo vệ lại bị đơn trong quá trình thực thi vụ kiện vi phạm bản quyền, tuy nhiên lạm dụng bản quyền không làm mất đi sự bảo hộ bản quyền đối với tác phẩm của tác giả hoặc chủ sở hữu. Mục 15, Khoản 74, Điều 18 của Hiệp định CPTPP về các biện pháp chống lạm dụng thủ tục tố tụng thực thi pháp luật liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ yêu cầu một bên nhận được hoặc bị cấm nhận một cách sai trái khoản bồi thường đầy đủ cho thương tích phải gánh chịu.

Ở Việt Nam, dù chưa phát triển về lý thuyết lạm dụng bản quyền, nhưng những vấn đề về lạm dụng sở hữu trí tuệ được ghi nhận tại Chiến lược phát triển sở hữu trí tuệ Việt Nam đến năm 2030 với mục tiêu *ngăn ngừa hành vi lạm dụng quyền sở hữu trí tuệ tạo cơ chế phân chia lợi ích hợp lý giữa các nhóm chủ thể liên quan trong thương mại hóa các quyền sở hữu, sử dụng và hưởng lợi đối với tài sản trí tuệ, đặc biệt là tài sản trí tuệ*. Điều 198 của Luật SHTT nêu rõ: “4. Tổ chức, cá nhân là bị đơn trong vụ kiện xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, nếu được Tòa án kết luận là không thực hiện hành vi xâm phạm có quyền yêu cầu Tòa án buộc nguyên đơn thanh toán cho mình chi phí hợp lý để thuê luật sư hoặc các chi phí khác theo quy định của pháp luật; 5. Tổ chức, cá nhân lạm dụng thủ tục bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ mà gây thiệt hại cho

¹²³ Caterina Sganga, Silvia Scalzini (2017) From Abuse of Right to European Copyright Misuse: A New Doctrine for EU Copyright Law, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* No. 48(1), Tr. 18

tổ chức, cá nhân khác thì tổ chức, cá nhân bị thiệt hại có quyền yêu cầu Tòa án buộc bên lạm dụng thủ tục đó phải bồi thường cho những thiệt hại do việc lạm dụng gây ra, trong đó bao gồm chi phí hợp lý để thuê luật sư. Hành vi lạm dụng thủ tục bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ bao gồm hành vi cố ý vượt quá phạm vi hoặc mục tiêu của thủ tục này.”

Áp dụng vào CTMT chúng ta có các tiêu chí để nhận diện hành vi lạm dụng bản quyền CTMT như sau:

+ *Một*, có các yêu cầu từ chủ sở hữu hoặc tác giả mà những yêu cầu đó nằm ngoài phạm vi quyền được bảo hộ QTG của CTMT được cấp cho chủ sở hữu hoặc tác giả. Đầu tiên, phải xác định phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT đến đâu. Tiếp đó, phải phân tích xác định liệu chủ sở hữu, tác giả CTMT có cố ý sử dụng QTG của mình theo cách vượt quá phạm vi được bảo hộ của CTMT hay không.

+ *Hai*, hành vi của chủ sở hữu, tác giả CTMT có chủ ý và không thiện chí. Nếu một hành vi đã thỏa mãn yếu tố đầu tiên thì xem xét tiếp hành vi đó của chủ sở hữu có cố ý ngăn cản những chủ thể khác không được sử dụng, tiếp cận với CTMT vì mục đích không thiện chí hay không.

4.2.2. Môi quan hệ giữa lạm dụng bản quyền và chống độc quyền đối với chương trình máy tính trong quá trình thực thi

Nếu nhìn bên ngoài thì giữa QTG và pháp luật về cạnh tranh tồn tại trong trạng thái đối lập: QTG bảo hộ độc quyền cho chủ thể QTG còn pháp luật cạnh tranh thì lại chống độc quyền. Đã có một thời gian, một số tòa án ở Mỹ cho rằng lạm dụng bản quyền là một điều kiện cần phải có của hoạt động cạnh tranh không lành mạnh¹²⁴. Theo quan điểm của NCS thì giữa lạm dụng bản quyền CTMT và cạnh tranh không lành mạnh về CTMT có những điểm phân biệt rõ ràng sau đây:

- Lạm dụng bản quyền chưa được quy định thành một chế định cụ thể trong luật ngay cả tại Việt Nam. Ngược lại, chống cạnh tranh không lành mạnh đã được ghi nhận trong luật cạnh tranh của Việt Nam. Vì vậy, những hành vi lạm dụng bản quyền CTMT sẽ không vi phạm bất kỳ quy định nào của luật mà chỉ vi phạm chính sách về bảo hộ QTG, còn vi phạm độc quyền về CTMT sẽ cấu thành hành vi vi phạm quy định của pháp luật về cạnh tranh.

¹²⁴ David Scher (1992), The Viability of the Copyright Misuse Defens, Fordham Urban Law Journal số 2 Tr. 98

- Mục tiêu của chống lạm dụng bản quyền CTMT thiết lập sự cân bằng về lợi ích của các nhóm chủ thể trong quá trình sáng tạo, khai thác CTMT. Lasercomb đã phát triển phần mềm thiết kế có sự hỗ trợ của máy tính (CAD) và phần mềm sản xuất có sự hỗ trợ của máy tính (CAM). Lasercomb đã quy định trong giấy phép sử dụng phần mềm dành cho Reynolds là không cho phép người được cấp phép tạo bất kỳ phần mềm chế tạo CAD/ CAM nào của riêng họ. Đây được xem như là hành vi vượt quá thẩm quyền của chủ sở hữu QTG đối với CTMT và là hành vi lạm dụng bản quyền. Còn mục tiêu của chống cạnh tranh không lành mạnh CTMT là chống độc quyền CTMT, tăng cường các loại sản phẩm có khả năng thay thế trên thị trường phần mềm. Microsoft là trung tâm của một loạt các vụ kiện về chống độc quyền, cạnh tranh không lành mạnh. Lợi dụng việc bán các hệ điều hành, Microsoft kèm theo đó là các chương trình quét virus, trình duyệt internet... khiến cho các nhà phát triển các ứng dụng cạnh tranh trên phải khởi kiện vì việc vi phạm cạnh tranh.

- Tác động lên thị trường: đối với cạnh tranh không lành mạnh thì yếu tố quan trọng là phải tác động lên thị trường phần mềm, còn đối với lạm dụng bản quyền thì không nhất thiết phải tác động lên trên quy mô thị trường phần mềm. Pháp luật về cạnh tranh với mục tiêu chống độc quyền gây thiệt hại kinh tế cho thị trường tự do do sự kiểm soát độc quyền¹²⁵, còn lạm dụng bản quyền chỉ ngăn chặn các chủ sở hữu bản quyền khai thác các quyền thuộc về công chúng.

- Tính độc quyền: Đặc trưng của bảo hộ bản quyền nói chung và bảo hộ QTG đối với CTMT nói riêng là tính độc quyền cho sản phẩm được bảo hộ, do vậy hành vi lạm dụng bản quyền là lạm dụng sự độc quyền của CTMT mà Nhà nước cấp cho chủ sở hữu và tác giả CTMT. Tuy nhiên đây là độc quyền được cấp cho sản phẩm-CTMT, trong khi đó đối với cạnh tranh không lành mạnh là hành vi kiểm soát, độc quyền đối với thị trường phần mềm. Như vậy, một bên là độc quyền đối với sản phẩm, còn một bên là độc quyền đối với thị trường.

- Tính hiệu lực của bản quyền: Đối với hành vi lạm dụng bản quyền CTMT sẽ không làm vô hiệu quá các quyền của tác giả, chủ sở hữu QTG của CTMT đã được Nhà nước bảo hộ mà chỉ can thiệp vào phần yêu cầu vượt quá phạm vi bảo hộ quyền của chủ thể mà thôi. Nhưng các cơ quan có thẩm quyền có quyền vô hiệu hóa một hoặc một số quyền của chủ thể QTG đối với CTMT do cạnh tranh không lành mạnh

¹²⁵ David Scher (1992), The Viability of the Copyright Misuse Defens, Fordham Urban Law Journal số 2 Tr 98.

trong thị trường phần mềm. Do vậy, hệ quả của hành vi vi phạm cạnh tranh lành mạnh là đủ nghiêm trọng có thể làm cho QTG của một CTMT là không thể thực thi, nhưng lạm dụng bản quyền CTMT thì QTG đó vẫn được thực thi.

- Khi xác định hành vi lạm dụng bản quyền CTMT không nên tập trung vào việc có hạn chế bất hợp lý đối với thị trường thương mại, thay vào đó, nên tập trung vào vấn đề việc sử dụng quyền của tác giả và chủ sở hữu có vượt quá phạm vi được bảo hộ hay không.¹²⁶ Do vậy, chúng ta không dùng các tiêu chí của chống cạnh tranh không lành mạnh để xác định hành vi lạm dụng bản quyền¹²⁷. Nguyên tắc để kiểm tra phòng vệ lạm dụng là phạm vi của việc bảo hộ bản quyền, chứ không phải là "nguyên tắc chống độc quyền thông thường"¹²⁸.

Bên cạnh những yếu tố phân biệt, giữa lạm dụng bản quyền và cạnh tranh không lành mạnh còn có những điểm giao thoa dễ tạo ra sự nhầm lẫn giữa lạm dụng bản quyền CTMT và cạnh tranh không lành mạnh CTMT là các hành vi làm cản trở, gây khó khăn cho các chủ thể khác trong việc sử dụng và phát triển CTMT. Ngoài ra, chúng ta còn thấy độc quyền được cấp cho chủ thể QTG là độc quyền hợp pháp nhưng hành vi lạm dụng bản quyền đối với CTMT và cạnh tranh không lành mạnh thị trường phần mềm đều là những hành vi độc quyền không hợp pháp.

4.2.3. Các hành vi lạm dụng bản quyền đối với chương trình máy tính trong quá trình thực thi

Sự lạm dụng bản quyền hiện diện khi mà chủ sở hữu bản quyền đã cố gắng thực thi bản quyền của mình cách vượt quá phạm vi cấp bản quyền của mình. Đó là dấu hiệu quan trọng nhất trong lạm dụng bản quyền. Có thể thấy những hành vi lạm dụng bản quyền CTMT xảy ra khi chủ sở hữu bản quyền CTMT cố gắng tận dụng luôn các quyền không được bảo hộ dưới những hình thức sau đây:

- *Việc sử dụng không đúng quyền của chủ thể QTG đối với CTMT xảy ra trong các tình huống mà chủ thể QTG đối với CTMT gián tiếp giới hạn hoặc hạn chế quá mức các CTMT được tạo bởi người được cấp phép.* Ví dụ các tình huống mà chủ sở hữu bản quyền cố gắng đạt được độc quyền đối với các sản phẩm không được bảo hộ

¹²⁶ David Scher (1992), The Viability of the Copyright Misuse Defens, Fordham Urban Law Journal số 2, Tr. 99.

¹²⁷ Được nhận định trong bản án Saturday Evening Post Co. và Rumbleseat Press, Inc. Xem bản án tại <https://casetext.com/case/saturday-evening-post-co-v-rumbleseat-press>, 14/7/2019.

¹²⁸ David Scher (1992), The Viability of the Copyright Misuse Defens, Fordham Urban Law Journal số 2, Tr. 101

thông qua các hạn chế cấp phép như trong Alcatel. Công ty Alcatel USA trước đây là Tập đoàn Truyền thông DSC ("DSC"), thiết kế, sản xuất và bán thiết bị chuyển mạch điện thoại. Thiết bị chuyển mạch của DSC, được sử dụng bởi các nhà cung cấp đường dài lớn như MCI và Sprint, định tuyến các cuộc gọi đường dài đến đúng điểm đến. DSC cũng phát triển phần mềm cần thiết để kiểm soát các thiết bị chuyển mạch của mình. DSC không bán phần mềm, mà thay vào đó, cấp phép cho khách hàng của mình theo thỏa thuận cấp phép cung cấp: (1) phần mềm vẫn là tài sản của DSC; (2) khách hàng chỉ có thể sử dụng phần mềm để vận hành các thiết bị chuyển mạch của mình (chứ không phải cho các mục đích khác); (3) khách hàng không được sao chép phần mềm hoặc cung cấp cho bên thứ ba; và (4) khách hàng chỉ có thể sử dụng phần mềm kết hợp với các công tắc DSC (và không kết hợp với các công tắc của nhà sản xuất khác). Khi khách hàng yêu cầu khả năng xử lý cuộc gọi bổ sung cho các thiết bị chuyển mạch của mình, họ phải mua thẻ mở rộng có chứa "chương trình cơ sở". Như vậy, bản quyền được nắm giữ bởi một tác giả tìm cách sử dụng độc quyền hợp pháp can thiệp vào thị trường cho các sản phẩm không được bảo hộ. Phiên toàn lần thứ 5 đã từ chối cho phép nhà sản xuất thiết bị chuyển mạch điện thoại sử dụng phần mềm có bản quyền để loại trừ những chủ thể khác muốn kinh doanh cùng loại sản phẩm, thông qua các điều khoản cấp phép hạn chế, từ thị trường cho các thẻ mở rộng tương thích, mặc dù không vi phạm, cho các thiết bị chuyển mạch của nó. Khi làm như vậy, tòa án tại vụ Alcatel đã thực hiện một công việc có ý nghĩa: giữ bản quyền trong giới hạn phù hợp và ngăn chặn chủ sở hữu độc quyền không chính đáng ở trong một thị trường sản phẩm mà không được nhà nước bảo hộ¹²⁹.

- Hành vi lạm dụng xảy ra khi chủ sở hữu bản quyền CTMT có hành vi chỉ đồng ý cấp phép bản quyền CTMT khi người dùng phải mua kèm sản phẩm khác. Như trong ví dụ về Microsoft bán hệ điều hành kèm theo các chương trình như internet explore hay trình diệt virus, chương trình nghe nhạc kèm theo, và người mua không phải mua những sản phẩm với chức năng tương tự của các chủ thể khác. Khiến cho khả năng cạnh tranh của các sản phẩm cùng loại trên thị trường của các chủ thể khác khó khăn hơn. Đây được xem như là điểm giao thoa giữa cạnh tranh không lành mạnh và lạm dụng bản quyền CTMT.

¹²⁹ Ben Sheffner (2000) Alcatel USA, INC. V. DGI Technology, inc, Berkeley Technology Law Journal, số 15, Tr.25-26.

- Hạn chế việc cho phép đối với hoạt động dịch ngược CTMT. Đây là một hành vi tương đối phổ biến trong các thể loại lạm dụng bản quyền đối với CTMT. Một số quốc gia¹³⁰ cho phép dịch ngược CTMT để quan sát, thử nghiệm, nghiên cứu mã nguồn mà chủ sở hữu tìm các dấu kín. Nhưng bên cạnh đó một số quốc gia lại bỏ ngỏ hành vi này, không thể hiện rõ quan điểm như tại Việt Nam, chúng ta chưa hề đề cập đến vấn đề này.

4.3. Thực tiễn thi hành quyền tác giả đối với chương trình máy tính

4.3.1. Các hành vi xâm phạm quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Hành vi xâm phạm QTG (infringement) là việc sử dụng các tác phẩm có bảo hộ QTG nhưng không được phép trong trường hợp cần phải có sự cho phép, đồng ý của tác giả, chủ thể QTG. Đó là hành vi vi phạm một số độc quyền được cấp cho chủ thể QTG để chống lại bên thứ ba như quyền sao chép, phân phối, hiển thị hoặc thực hiện tác phẩm được bảo hộ, hoặc tạo ra các tác phẩm phái sinh... Có thể hiểu hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT là việc cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi thuộc QTG đối với CTMT đang trong thời hạn bảo hộ mà không được phép của chủ sở hữu, tác giả CTMT và cũng không thuộc trường hợp sử dụng ngoại lệ.

Hành vi không phải là hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT cần được nhận diện là hành vi phát tán virus, mã độc nhằm mục đích phá hoại lấy dữ liệu, tống tiền vào thiết bị số hay mạng internet. Luật Việt Nam hiện nay chỉ cấm việc sản xuất CTMT là mã độc, virus nhằm mục đích gây cản trở khả năng hoạt động bình thường của máy tính¹³¹ chứ không cấm việc sản xuất CTMT là mã độc, virus nhằm mục đích thí nghiệm, nghiên cứu. Các hành vi trên không phải là hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT vì: Đối tượng mà hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT hướng tới là xâm phạm về quyền sở hữu về các đoạn mã (mã nguồn và mã máy) của tác giả, nhà sản xuất CTMT. Trong khi đó đối tượng mà hành vi vô hiệu hóa hệ thống bảo mật của thiết bị số là hướng tới vô hiệu hóa quyền kiểm soát thiết bị số của nhà sản xuất, vô hiệu hóa quyền kiểm soát sử dụng các ứng dụng và chức năng của các CTMT trong thiết bị số để sử dụng thiết bị số linh hoạt theo ý chí của người sử dụng chứ không phải để sử dụng CTMT trái phép. Đối tượng mà hành vi dùng virus hay các biện pháp kỹ thuật, dùng phần mềm tấn công vào hệ thống mạng internet, thiết bị số hướng tới

¹³⁰ Xem tại mục 3.3.1 của luận án

¹³¹ Điều 71 Bộ Luật Hình Sự 2015 sửa đổi 2017

kiểm soát hệ quyền điều khiển hệ thống mạng, thiết bị số lấy dữ liệu thông tin nội dung, hoặc tổng tiền chứ không hướng tới quyền sở hữu về các mã của CTMT. Do vậy, hiện nay các hành vi này trong các văn bản quy phạm pháp luật không phải là hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT, mà được xem là hành vi xâm phạm hoạt động công nghệ thông tin¹³² và được xử lý ở nhóm vi phạm về lĩnh vực công nghệ thông tin: bị xử phạt vi phạm hành chính tại Điểm a, Khoản 1 Điều 77 Nghị định số 15/2020/NĐ-CP ngày 03/02/2020: "*Tạo ra hoặc cài đặt hoặc phát tán chương trình vi rút máy tính hoặc phần mềm gây hại vào thiết bị số của người khác*". Hoặc vi phạm về hình sự về nhóm tội trong lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông từ Điều 286 đến Điều 290 Bộ Luật Hình Sự chứ không phải là hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT.

(i) Hành vi sử dụng chương trình máy tính không có sự đồng ý của chủ sở hữu Quyền tác giả

Việc sử dụng các CTMT không có bản quyền được diễn ra phổ biến trên toàn thế giới. Tuy nhiên mức độ khác nhau giữa các quốc gia, các quốc gia phát triển tỷ lệ vi phạm bao giờ cũng thấp hơn so với các quốc gia đang phát triển. Số liệu thống kê tại các nghiên cứu của BSA¹³³ từ năm 2005 đến năm 2017 cho thấy năm 2005 (là năm bắt đầu nghiên cứu) cài đặt CTMT trái phép trên thế giới là 35% với giá trị thiệt hại là 46 tỷ USD thì ở Việt Nam tỷ lệ này là 90%, với giá trị vi phạm là 38 triệu USD. Đến năm 2017 tỷ lệ CTMT bị cài đặt trái phép trên thế giới là 37% thì ở Việt Nam là 74%. Hành vi vi phạm QTG đối với CTMT dưới dạng này tương đối phổ biến đối với các CTMT được sản xuất đại trà, chủ thể vi phạm thường là người dùng CTMT. Hành vi vi phạm là sử dụng CTMT mà không xin phép và không trả tiền cho chủ sở hữu QTG đối với CTMT dưới hình thức dùng các bản CTMT đã bị vô hiệu hóa các biện pháp kỹ thuật của chủ sở hữu tạo ra để bảo vệ QTG, vi phạm khoản 6 Điều 28 Luật SHTT. Ứng phó với hành vi cài đặt CTMT trái phép thấy rằng hiện nay các nhà phát triển phần mềm đã bắt đầu áp dụng hình thức điều kiện chỉ sử dụng được CTMT khi có kết nối mạng internet với máy tính¹³⁴, nên nhà sản xuất sẽ kiểm soát được việc dùng bản quyền các sản phẩm của mình dễ dàng hơn bằng cách khóa kỹ thuật không

¹³² Điều 71 và Điều 72, Luật Công nghệ thông tin 2006 sửa đổi năm 2017

¹³³ Xem phụ lục 1

¹³⁴ Xem lại mục chương 2 mục 2.1.1.3 phân loại chương trình máy tính về phần mềm dịch vụ gọi là SaaS

cho người dùng CTMT nếu chương trình đó được cài đặt trái phép. Trong tương lai hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT dưới dạng cài đặt trái phép CTMT phần nào sẽ được hạn chế hơn.

(ii) *Hành vi cập nhật, sửa lỗi, tạo chương trình máy tính phái sinh không có sự đồng ý của chủ sở hữu quyền tác giả*

Đối với hành vi vi phạm dưới dạng sử dụng mã CTMT để tạo thành một CTMT mới trên thế giới đã có rất nhiều trường hợp tranh chấp diễn ra. Chủ thể thực hiện các hành vi vi phạm này chủ yếu là các công ty phát triển phần mềm, quy mô thương mại hoặc là các cá nhân có chuyên môn về lập trình. Tại Việt Nam năm 2005, Công ty TNHH Tin học Định Gia (Diginet) khởi kiện Công ty TNHH P.C.I với nội dung CTMT *Kế toán Lever4* của P.C.I đã sao chép CTMT *Kế toán Lemon3* của Diginet¹³⁵. do P.C.I đã sử dụng phần lớn mã nguồn của Lemon3 cùng tài liệu hướng dẫn chương trình phần mềm này của Diginet. Sau khi có kết quả giám định sở hữu trí tuệ, P.C.I đã thừa nhận hành vi xâm phạm của mình và hai bên đã thỏa thuận hòa giải thành tại Quyết định số 152/2006/QĐ-CNTT ngày 21/4/2006 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh.

Mặc dù điều kiện bảo hộ QTG đối với CTMT phải có tính nguyên gốc, tuy nhiên thực tế không có một CTMT nào được tạo ra một cách nguyên bản hoàn toàn mà đều có sự kế thừa từ mã của các CTMT khác, vấn đề là mức độ kế thừa và tầm quan trọng của đoạn mã được kế thừa có vai trò quyết định như thế nào đối với tổng thể CTMT. Do vậy, các nhà phát triển CTMT luôn phải có chiến lược trong việc sử dụng lại đoạn mã của các chủ sở hữu khác. Hoặc là các doanh nghiệp phải thương lượng để trả một mức phí phù hợp, hoặc là họ phải thận trọng lựa chọn những yếu tố nằm trong giới hạn bản quyền để được khai thác mà không cần phải xin phép hay trả tiền cho chủ sở hữu. Nếu không, hành vi trên bị xem là vi phạm vào khoản 7 điều 28 Luật SHTT hành vi xâm phạm quyền làm tác phẩm phái sinh.

(iii) *Hành vi xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của chương trình máy tính*

(a) *Hành vi vi phạm các quy định về mã nguồn mở*

¹³⁵ Lý Thụy An,(2005), TPHCM: Vụ kiện tranh chấp bản quyền phần mềm đầu tiên, <https://www.tienphong.vn/cong-nghe-khoa-hoc/tphcm-vu-kiem-tranh-chap-ban-quyen-phan-mem-dau-tien-16084.tpo> (truy cập ngày 05/11/2017)

CTMT dưới dạng mã nguồn mở là một sự đảo ngược của mô hình bảo hộ quyền tác giả của CTMT truyền thống (là CTMT đóng). Trong mô hình bản quyền truyền thống (mã nguồn đóng), với quyền toàn vẹn CTMT, các tác giả có thể kiểm soát CTMT của mình bằng cách không cho phép người khác sử dụng, sửa đổi CTMT của mình. Sự kiểm soát này nhằm bảo toàn các đặc tính cơ bản của CTMT. Tương tự như vậy ở mã nguồn mở, các lập trình viên mã nguồn mở cũng tìm cách bảo vệ các đặc tính thiết yếu của CTMT. Tuy nhiên, họ kiểm soát mã của họ ngược lại so với CTMT mã nguồn đóng là bằng cách làm cho những người khác có thể tiếp cận được mã nguồn của CTMT. Sau đó, họ có thể tái sử dụng lại mã nguồn, có thể cải tiến, sửa đổi mã nguồn trong các CTMT mới của tác giả sau.

Tháng 6/2003, nhóm lập trình viên Việt Nam tên iCMS mang CTMT iCMS dự thi cuộc thi Trí Tuệ Việt Nam 11-2003. Ngay sau đó, lập trình viên Fraser đã cáo buộc nhóm iCMS vi phạm QTG đối với mã nguồn mở CMS.NET, cụ thể nhóm iCMS đã lấy mã nguồn mở CMS.NET và bổ sung thêm thành mã của mình nhưng không thừa nhận lại tác giả của mã nguồn mở đã được sử dụng trong mã iCMS nên đã vi phạm vào điều kiện để được sử dụng lại mã nguồn mở đã ghi trong giấy phép. Bản chất của việc tuân thủ mã nguồn mở là hành vi không vi phạm các quy định của giấy phép bản quyền ghi sẵn trong mã nguồn mở đó. Việc không tuân thủ giấy phép mã nguồn mở khiến cho hành vi đó trở thành hành vi xâm phạm mã nguồn đóng. Nên nhóm iCMS đã vi phạm quy định tại Khoản 4 Điều 19 và Khoản 5 Điều 28 Luật SHTT về quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm và quyền sửa chữa tác phẩm. Năm 2008, Robert Jacobsen kiện một nhóm các lập trình viên Matthew Katzer, KAM Industries, Kevin Russell vì bị đơn đã sử dụng mã nguồn mở của Jacobsen tạo ra phần mềm mã nguồn đóng không chứa thông tin ghi nhận tác giả của mã nguồn gốc theo yêu cầu của giấy phép sử dụng mã nguồn mở. Tòa án đã phán quyết việc bị cáo buộc vi phạm giấy phép nguồn mở dẫn đến vi phạm bản quyền về quyền chỉnh sửa tác phẩm tại tiêu đề 17 mục 301 luật Bản Quyền Liên Bang Mỹ¹³⁶.

Trên thực tiễn, những vụ tranh chấp về phần mềm nguồn mở không chỉ ở Việt Nam mà cả trên thế giới là tương đối ít. Vì người cấp phép đã cho phép người được cấp phép các quyền tự do cần thiết, do vậy người được cấp phép có được hầu như tất cả mọi thứ họ cần để lấy từ CTMT, nên cả hai chủ thể người cấp phép và người được

¹³⁶ Jane K. Winn, Benjamin Wright (2018), The Law of Electronic Commerce, [Aspen Publishers Online](#). Tr 66-67.

cấp phép có rất ít động lực để kiện. Thực ra bản chất của việc tuân thủ mã nguồn mở là hành vi không vi phạm các quy định của giấy phép bản quyền ghi sẵn trong mã nguồn mở đó. Như trường hợp tranh chấp mã nguồn trên thì việc không tuân thủ giấy phép mã nguồn là khi dùng mã nguồn của tác giả trước (thay đổi nâng cấp, bổ sung mã) thì phải ghi nhận danh tín, nguồn gốc mã đó là của lập trình viên nào. Do vậy, hành vi này được cho là ảnh hưởng đến danh dự, uy tín của tác giả gốc vì đã không thực hiện đúng ý đồ của tác giả khi tạo ra mã nguồn mở.

(b) Hành vi phá vỡ bảo mật trong các sản phẩm, thiết bị có chứa CTMT

Các chủ sở hữu QTG đối với CTMT thường rất coi trọng biện pháp tự bảo vệ, đặc biệt là việc áp dụng các biện pháp công nghệ thì hiệu quả hơn là trông đợi các biện pháp pháp lý khác từ các cơ quan có thẩm quyền. Để vô hiệu hóa các biện pháp kỹ thuật trên, người dùng sẽ thực hiện hành vi đánh lừa (crack) chương trình kiểm tra mà chủ sở hữu cài đặt vào CTMT, đó là hành vi xâm phạm khoản 12 Điều 28 Luật SHTT. Nhưng, đối với người đã tạo ra biện pháp để vô hiệu hóa các biện pháp công nghệ này (thường là các lập trình viên chứ không phải là người dùng cuối crack) có vi phạm QTG không? Khoản 14 Điều 28 Luật SHTT quy định về hành vi sản xuất thiết bị vô hiệu hóa các biện pháp kỹ thuật do chủ sở hữu tạo ra nhằm bảo vệ bản quyền của mình. Thế nhưng, đối với CTMT thì không áp dụng các thiết bị mà là các biện pháp kỹ thuật lập trình để vô hiệu hóa, trong khi đó Luật SHTT cũng như các văn bản pháp lý liên quan về SHTT cũng không giải thích khái niệm "thiết bị" trong trường hợp này được hiểu là như thế nào? Theo Từ điển Tiếng Việt, thiết bị là "tổng thể những máy móc, thiết bị dụng cụ, phụ tùng cần thiết cho một hoạt động nào đó" 25. Thuật ngữ pháp lý gần nghĩa với "thiết bị" là "thiết bị số" được giải thích tại khoản 11 Điều 4 Luật Công nghệ thông tin "Thiết bị số là thiết bị điện tử, máy tính, viễn thông, truyền dẫn, thu phát sóng vô tuyến điện và thiết bị tích hợp khác được sử dụng để sản xuất, truyền đưa, thu thập, xử lý, lưu trữ và trao đổi thông tin số" cũng hướng đến là một khái niệm về sản phẩm mang tính vật lý hữu hình. Vậy có nghĩa là những chủ thể tạo ra các biện pháp vô hiệu hóa bản quyền CTMT không thuộc phạm vi điều chỉnh tại khoản 14 hay bất kỳ khoản nào tại Điều 28 Luật SHTT. Trong khi đó tại điểm (A)(2) mục 1201 tiêu đề 17 Luật Bản quyền thiên niên kỷ Liên bang Mỹ mô tả khá rõ ràng những hành vi này bao gồm cả công nghệ (biện pháp) tạo ra: "*Không ai được sản xuất, nhập khẩu, chào bán cho công chúng, cung cấp hoặc lưu lượng truy cập về bất kỳ công nghệ, sản phẩm, dịch vụ, thiết bị, thành phần hoặc bộ phận nào mà chủ yếu được thiết kế hoặc sản xuất với mục đích phá vỡ biện pháp công nghệ*

nhằm kiểm soát hiệu quả quyền truy cập vào tác phẩm". Có thể thấy quy định tại khoản 14 Điều 28 Luật SHTT cần được bổ sung để phù hợp hơn với việc áp dụng cho CTMT.

Hiện nay, các nhà phát triển các sản phẩm kỹ thuật số như điện thoại thông minh, máy tính (bao gồm máy tính bảng, laptop và máy tính bàn), máy chơi game hay các sản phẩm phần mềm trong xe hơi, máy máy đều sử dụng các CTMT mã hóa quyền truy cập tự do vào các sản phẩm của mình nhằm bảo toàn các chức năng, công dụng cũng như sự an toàn của sản phẩm. Mỗi hệ điều hành có những nguyên tắc hoạt động về bảo mật sản phẩm riêng, chính điều này làm cho người tiêu dùng bị hạn chế chỉ được dùng những ứng dụng, tiện ích mà nhà sản xuất sản phẩm cung cấp, hoặc chỉ có thể được dùng điện thoại với một nhà mạng cụ thể. Thực tiễn đã phát sinh ra những hành vi của người tiêu dùng hoặc những cá nhân, tổ chức hỗ trợ người tiêu dùng phá vỡ các bảo mật do chủ sở hữu QTG của sản phẩm cài đặt với những dạng sau Jailbreak, root hay unlock. Các hiệp ước quốc tế đã có quy định về hành vi bẻ khóa. Hiệp ước Bản quyền của Tổ chức Sở hữu Trí tuệ Thế giới (WIPO) năm 1996 yêu cầu các quốc gia thành viên của hiệp ước ban hành luật chống lại hành vi gian lận liên quan đến các sản phẩm thiết bị kỹ thuật số. Chỉ thị Bản quyền Châu Âu năm 2001 đã thực hiện hiệp ước ở Châu Âu, yêu cầu các quốc gia thành viên của Liên minh Châu Âu thực hiện các biện pháp bảo vệ pháp lý đối với các biện pháp bảo vệ công nghệ. Chỉ thị về bản quyền bao gồm các trường hợp ngoại lệ để cho phép các hành vi bẻ khóa các sản phẩm kỹ thuật số nếu mục đích không vi phạm bản quyền, chẳng hạn như bẻ khóa để chạy phần mềm thay thế¹³⁷ nhưng các quốc gia thành viên khác nhau về việc thực hiện chỉ thị. Tại Mỹ, Đạo luật Bản quyền Thiên niên kỷ Kỹ thuật số (DMCA) bao gồm một quy trình thiết lập các trường hợp miễn trừ cho các mục đích không vi phạm bản quyền như bẻ khóa¹³⁸.

Công ty Apple, nhà sản xuất của điện thoại iphone đã có những cáo buộc¹³⁹ cho rằng các hành vi trên của người dùng là vi phạm quyền sửa đổi mã nguồn hệ điều hành iphone OS của chủ sở hữu bản quyền quy định tại (a) mục 117 tiêu đề 17 của

¹³⁷ "Unauthorized modification of iOS can cause security vulnerabilities, instability, shortened battery life, and other issues". *Apple Support*. Archived from the original on 2016-12-23. Retrieved 2017-02-14

¹³⁸ Mục 1201 của Đạo luật Bản quyền Thiên Niên Kỷ Kỹ Thuật số Mỹ bản sửa đổi năm 2012

¹³⁹ David L. Hayes (2009), Văn bản trả lời các câu hỏi của Apple, https://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2009/07/applejailbreakresponse.pdf truy cập 16/8/2021

Luật Bản Quyền Liên Bang Mỹ và mục 1201 tiêu đề 17 Luật Bản Quyền Kỹ Thuật Số Thiên Niên Kỷ Liên Bang Mỹ 1998 là hành vi phá vỡ các biện pháp công nghệ được sử dụng để ngăn chặn truy cập trái phép vào các tác phẩm có bản quyền. Mô hình kinh doanh khép kín (chỉ được sử dụng những ứng dụng của Apple trên hệ điều hành OS) mà Apple đã áp dụng là một trong những yếu tố tạo nên thành công của các sản phẩm Apple, đồng thời nó cũng được xem như là một hình thức độc quyền, ngăn cản việc sử dụng các ứng dụng có bản quyền của các nhà sản xuất khác, ngăn cản người dùng sử dụng dịch vụ từ nhà mạng khác hơn là việc sao chép, đánh cắp mã nguồn hệ điều hành từ người sử dụng sản phẩm và Văn phòng Bản Quyền Mỹ kết luận rằng hành vi đó không vi phạm bản quyền vì "*mặc dù chủ sở hữu bản quyền có thể cố gắng hạn chế các chương trình có thể chạy trên một hệ điều hành cụ thể, nhưng luật bản quyền không phải là phương tiện để áp đặt các hạn chế đó.*"¹⁴⁰ Như vậy nếu Apple có những hành vi ngăn cản các người dùng cuối thiết lập các chương trình trên thì có thể kết luận là lạm dụng bản quyền tại Mỹ.

Trong khi đó tại Việt Nam Khoản 12 và Khoản 14 Luật SHTT cũng quy định nội dung tương tự như tại 117 tiêu đề 17 của Luật Bản Quyền Liên Bang Mỹ và mục 1201 tiêu đề 17 Luật Bản Quyền Kỹ Thuật Số Thiên Niên Kỷ Liên Bang Mỹ 1998 nhưng chúng ta chưa hề đề cập đến trường hợp ngoại lệ này nếu có xảy ra. Thực tế, người tiêu dùng mua điện thoại iphone các bản nội địa của một quốc gia khác sau đó mang về Việt Nam cần phải vô hiệu hóa các bản nội địa để có thể sử dụng mạng viễn thông tại Việt Nam hoặc để tải các ứng dụng điện thoại mà appstore của Apple không cung cấp thì có xem là vi phạm QTG của Apple không? Nếu áp dụng Khoản 1 Điều 5 Công ước Berne các tác giả, chủ sở hữu QTG được hưởng quyền ở các nước thành viên công ước không phải là quốc gia gốc của tác phẩm (Mỹ), những quyền do luật của nước (Việt Nam) đó dành cho công dân của mình trong hiện tại và trong tương lai cũng như những quyền mà công ước này đặc biệt quy định. Điều đó có nghĩa là những ngoại lệ được áp dụng cho CTMT nhúng trong điện thoại, máy tính bảng, game trò chơi ở Mỹ không được áp dụng tại Việt Nam vì luật hiện hành chúng ta không có quy định về ngoại lệ này cho hành vi xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn mã nguồn nhúng trong sản phẩm điện thoại, trò chơi, máy tính bảng nhưng trên thực tế, công ty Apple tại Việt Nam chưa hề khởi kiện bất kỳ khách hàng nào trên thế giới hay ở Việt

¹⁴⁰ James H. Billington (2010), U.S. Copyright Office, <https://www.copyright.gov/1201/2010/Librarian-of-Congress-1201-Statement.html> truy cập 16/8/2021

Nam hành vi bề khóa này vì mục đích cá nhân, dù hành vi này bị xem là xâm phạm Khoản 12 Điều 28 Luật SHTT. Theo quan điểm của NCS, hành vi này có thể được xem như là lạm dụng bản quyền theo luật pháp của các quốc gia EU, nên chẳng trong quá trình thực thi các cơ quan thực thi luật cũng cần xem xét nếu có xảy ra trường hợp trên.

4.3.2. Các biện pháp bảo đảm thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Các biện pháp bảo đảm thực thi quyền SHTT được hiểu là nhà nước và chủ thể quyền sở hữu trí tuệ sử dụng các phương thức pháp lý để bảo vệ quyền sở hữu các đối tượng sở hữu trí tuệ, chống lại mọi hành vi xâm phạm quyền SHTT. Các biện pháp thực thi bao gồm việc tự bảo vệ các quyền của chủ thể, và các quy định của pháp luật để yêu cầu sự bảo hộ của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Biện pháp tự bảo vệ tại Điều 198 Luật SHTT do chính chủ thể quyền sở hữu trí tuệ thực hiện, khi thực hiện quyền tự bảo vệ, chủ thể quyền sở hữu trí tuệ có quyền áp dụng nhiều một hoặc kết hợp nhiều biện pháp tự bảo vệ. Các biện pháp bảo vệ do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện gồm biện pháp hành chính, biện pháp dân sự, biện pháp hình sự và biện pháp kiểm soát hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu liên quan đến sở hữu trí tuệ. Các biện pháp bảo đảm thực thi quyền sở hữu trí tuệ không chỉ là các biện pháp ngăn ngừa các hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ xảy ra trên thực tế mà còn là việc xử lý, giải quyết khi có xâm phạm nhằm chấm dứt hành vi xâm phạm và bồi thường thiệt hại¹⁴¹.

Do sự đa dạng của các tác phẩm được bảo hộ QTG, quá trình lập pháp làm nền tảng cho quá trình thực thi các thể loại tác phẩm khác nhau đối với vi phạm bản quyền, trong môi trường truyền thống hay trực tuyến dường như không phát huy hiệu quả khi áp dụng cho CTMT. Các biện pháp bảo đảm thực thi cần chủ yếu tập trung vào các hệ thống tư pháp. Sự bảo vệ từ các cơ quan tư pháp trên thực tế được đảm bảo ở tất cả tòa án trở thành người đi đầu trong việc “thực thi” việc thực thi quyền SHTT.

Hiện nay pháp luật Việt Nam đã quy định các biện pháp bảo đảm thực thi quyền SHTT là biện pháp tự bảo vệ, biện pháp dân sự, biện pháp hình sự, biện pháp hành chính và biện pháp kiểm soát biên giới. Các quốc gia như Mỹ chưa ghi nhận biện pháp hành chính để bảo đảm thực thi. Các biện pháp đó đáp ứng các mục tiêu

¹⁴¹ Trần Bình Dương (2020), Các biện pháp bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ theo quy định, <https://luatduonggia.vn/cac-bien-phap-bao-ve-quyen-so-huu-tri-tue/> truy cập 13/2/2021

khác nhau của việc thực thi quyền SHTT: các biện pháp mang tính chất phục hồi lợi ích kinh tế, bồi thường thiệt hại cho chủ thể bị xâm phạm như biện pháp dân sự. Các biện pháp mang tính chất trừng phạt, răn đe là biện pháp hình sự. Các biện pháp mang tính chất ngăn ngừa là biện pháp tự bảo vệ và biện pháp kiểm soát biên giới.

(1) Thực thi QTG đối với CTMT bằng biện pháp áp dụng công nghệ để tự bảo vệ

Tự bảo vệ quyền sở hữu là việc chủ sở hữu, người chiếm hữu hợp pháp tài sản tự mình tiến hành các biện pháp trong khuôn khổ pháp luật nhằm bảo vệ quyền sở hữu, quyền chiếm hữu hợp pháp của mình¹⁴². Tự bảo vệ không chỉ là quyền mà còn là trách nhiệm của chủ thể QTG đối với CTMT. Biện pháp tự bảo vệ có một ý nghĩa rất lớn trong việc thực thi QTG đối với CTMT vì đối với CTMT rất dễ bị xâm phạm, và tốc độ hành vi xâm phạm có thể diễn ra rất nhanh, nên các chủ sở hữu QTG đối với CTMT thường rất coi trọng biện pháp tự bảo vệ, đặc biệt là việc áp dụng các biện pháp công nghệ thì hiệu quả hơn là trông đợi các biện pháp pháp lý khác từ các cơ quan có thẩm quyền. Việc tự bảo vệ QTG đối với CTMT phải phù hợp với tính chất, mức độ xâm phạm đến quyền dân sự đó và không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự theo Điều 12 BLDS 2015.

Biện pháp này có ưu điểm là chủ thể hoàn toàn chủ động, không bị phụ thuộc vào các cơ quan nhà nước có thẩm quyền, tiết kiệm thời gian, chi phí cho quá trình tiến hành hơn so với biện pháp dân sự, hình sự, hành chính hay kiểm soát biên giới. Nếu việc tự bảo vệ của chủ sở hữu thành công thì sẽ giữ được sự ổn định của các quan hệ xã hội, tránh được những nguy cơ tranh chấp. Tuy nhiên, nhược điểm của biện pháp tự bảo vệ là phụ thuộc hoàn toàn vào sự tự nguyện thực hiện của chủ thể có hành vi xâm phạm. Nếu người có hành vi xâm phạm từ chối không thực hiện các yêu cầu của chủ thể quyền như buộc chấm dứt hành vi xâm phạm, buộc xin lỗi cải chính công khai hay bồi thường thiệt hại thì biện pháp tự bảo vệ dường như không có hiệu quả.

¹⁴² Vũ Hải Yến, Biện pháp tự bảo vệ- Nhưng ưu điểm và hạn chế so với các biện pháp khác, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2008/01/03/5145/#:~:text=Bi%E1%BB%87n%20ph%C3%A1p%20t%E1%BB%B1%20b%E1%BA%A3o%20v%E1%BB%87%20cho%20ph%C3%A9p%20ch%E1%BB%A7%20s%E1%BB%9F%20h%E1%BB%AFu,1%E1%BB%A3i%20h%E1%BB%A3p%20ph%C3%A1p%20c%E1%BB%A7a%20h%E1%BB%8D>, truy cập 13/2/2021

Các hành vi xâm phạm ngày càng đa dạng đã tạo ra những thách thức cho việc thực thi QTG đối với CTMT. Khi CTMT bị sao chép, nó có thể lan truyền nhanh chóng, có khả năng nhanh hơn việc sửa đổi, hoàn thiện hệ thống pháp luật có thể đáp ứng. Do vậy, các biện pháp công nghệ để tự bảo vệ nhằm mục đích giảm thiểu vi phạm bản quyền bằng cách kiểm soát cách thức sử dụng CTMT bằng các phương tiện kỹ thuật được xem là hiệu quả nhất trong số các biện pháp thực thi.

Vì những ưu điểm của biện pháp tự bảo vệ bằng áp dụng công nghệ mà hiện nay không chỉ pháp luật Việt Nam mà hệ thống các công ước Bern, Hiệp định TRIPS hay, Điều 12.12 EVFTA, Điều 18.68 Hiệp định CPTTP, Điều 11.14 RCEP....Châu Âu đều ghi nhận về biện pháp tự bảo vệ¹⁴³ Điều 11 Article 11, WIPO Copyright Treaty (1996). Biện pháp tự bảo vệ QTG đối với CTMT bằng biện pháp công nghệ được thực hiện như sau:

(a) Áp dụng biện pháp công nghệ để phát hiện hành vi cài đặt CTMT trái phép: Để phát hiện hành vi cài đặt CTMT trái phép, các CTMT được thiết kế theo hướng dữ liệu của các doanh nghiệp phần mềm có một hệ thống theo dõi hoạt động của các CTMT bằng việc kết nối CTMT với hệ thống máy chủ serve, mỗi khi có một CTMT được sử dụng trái phép, ngay lập tức máy chủ sẽ được thông báo. Vì tính chất năng động và thay đổi liên tục của CTMT nên hệ thống theo dõi này phải thích ứng để có thể bắt kịp tính liên tục phát triển của các phương thức vi phạm trực tuyến. Hệ thống theo dõi và nhận dạng dựa trên thuật toán, tinh vi để xác định, theo dõi, điều tra và phá vỡ việc phân phối phần mềm vi phạm. Sau khi phát hiện ra hành vi xâm phạm, chủ sở hữu sẽ kiến nghị với làm việc trực tiếp với chủ thể có hành vi xâm phạm để yêu cầu tiến hành chấm dứt hành vi xâm phạm đó¹⁴⁴. Tuy nhiên, thực tế là thực quyền tự bảo vệ này, chủ sở hữu của CTMT gặp phải khó khăn là theo yêu cầu của chủ thể thực hiện hành vi xâm phạm, chủ thể quyền phải chứng minh CTMT đó là của mình thì chủ thể thực hiện quyền mới chấp nhận chấm dứt hành vi xâm phạm.

(b) Áp dụng các biện pháp công nghệ để ngăn ngừa, hạn chế việc tạo virus, mã độc tấn công hệ thống mạng máy tính: Các chuyên gia an ninh mạng đưa ra những biện pháp tối ưu là thường xuyên sao lưu dữ liệu, giáo dục người sử dụng về các mối đe dọa và rủi ro cũng như duy trì hệ thống diệt virus mạnh, sử dụng CTMT

¹⁴³ Fact Sheet IP enforcement: asserting your rights, Tr.9, <https://www.iprhelppdesk.eu/sites/default/files/newsdocuments/Fact-Sheet-IP-Enforcement.pdf>

¹⁴⁴ Kết quả phỏng vấn Nguyễn Hiền Lâm- chuyên viên lập trình tập đoàn an ninh mạng F-Secure Corporation <https://www.f-secure.com/en/about-us>; hien.lam.nguyen@f-secure.com

có bản quyền¹⁴⁵. Dưới góc độ pháp lý, các nhà làm luật cần nhận định mức độ bảo vệ các quyền của nhà sản xuất CTMT và quyền khai thác sản phẩm của người tiêu dùng, từ đó điều chỉnh quyền của các bên phù hợp với nhu cầu cân bằng lợi ích của các bên.

Các biện pháp còn lại là yêu cầu chấm dứt hành vi xâm phạm, xin lỗi cải chính công khai và bồi thường thiệt hại phụ thuộc vào sự tự nguyện thực hiện của chủ thể có hành vi xâm phạm, nếu chủ thể xâm phạm không tự giác thực hiện thì chủ thể quyền buộc phải bảo đảm QTG đối với CTMT của mình được thực thi thông qua các biện pháp của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

(2) Biện pháp dân sự

Biện pháp dân sự là việc chủ thể quyền SHTT khởi kiện tại tòa án để bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của mình trước hành vi xâm phạm quyền. Biện pháp này có thể được áp dụng đồng thời với biện pháp hành chính hoặc biện pháp hình sự. Vì bản chất của quyền SHTT là quyền dân sự nên sử dụng biện pháp dân sự có vai trò quan trọng, đặc biệt là bảo vệ quyền tài sản cho chủ thể quyền hiệu quả nhất trong số các biện pháp bảo đảm thực thi. Nhận thức được tầm quan trọng của biện pháp này, Hiệp định Trips yêu cầu biện pháp dân sự phải được áp dụng đối với bất kỳ hoạt động nào vi phạm quyền sở hữu trí tuệ được quy định trong Hiệp định¹⁴⁶. Nếu biện pháp hình sự mang tính chất răn đe, trừng phạt hành vi xâm phạm, biện pháp hành chính nghiên về phòng ngừa, cảnh báo hành vi xâm phạm thì biện pháp dân sự cung cấp cho chủ thể QTG đối với CTMT khả năng khắc phục những thiệt hại về tài sản thông qua nhưng yêu cầu về bồi thường thiệt hại do hành vi xâm phạm gây ra. Tuy nhiên, khi thực hiện biện pháp dân sự chủ thể quyền sẽ tốn kém chi phí tố tụng hơn so với biện pháp hình sự và hành chính, do đó, biện pháp này thường được sử dụng trong những trường hợp người xâm phạm gây ra một thiệt hại lớn để yêu cầu bị đơn có thể mong đợi được bồi hoàn chi phí. Chủ thể áp dụng các biện pháp này là Tòa án nhân dân.

Hiện nay, tại Điều 202 Luật SHTT quy định các biện pháp dân sự cụ thể: Tòa án áp dụng các biện pháp dân sự sau đây để xử lý tổ chức, cá nhân có hành vi xâm

¹⁴⁵ Kết quả phỏng vấn Nguyễn Hiền Lâm- chuyên viên lập trình tập đoàn an ninh mạng F-Secure Corporation <https://www.f-secure.com/en/about-us>; hien.lam.nguyen@f-secure.com

¹⁴⁶ WIPO, Overview: the TRIPS Agreement https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2b_e.htm truy cập 13/3/2021

phạm QTG khi có đơn yêu cầu của chủ thể quyền: 1. Buộc chấm dứt hành vi xâm phạm; 2. Buộc xin lỗi, cải chính công khai; 3. Buộc thực hiện nghĩa vụ dân sự; 4. Buộc bồi thường thiệt hại; 5. Buộc tiêu hủy hoặc buộc phân phối hoặc đưa vào sử dụng không nhằm mục đích thương mại đối với hàng hóa, nguyên liệu, vật liệu và phương tiện được sử dụng chủ yếu để sản xuất, kinh doanh hàng hóa xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ với điều kiện không làm ảnh hưởng đến khả năng khai thác quyền của chủ thể quyền sở hữu trí tuệ. Qua quá trình thực tiễn thực thi QTG đối với CTMT như sau:

Thứ nhất, việc chứng minh hành vi xâm phạm cũng được thực hiện như đối với tài sản hữu hình theo quy định của BLDS 2015. Tuy nhiên, đối với những chủ thể xâm phạm QTG đối với CTMT là các doanh nghiệp chiếm một tỷ lệ không nhỏ. Và trường hợp tác giả, chủ sở hữu QTG là cá nhân thì việc yêu cầu người bị xâm phạm xuất trình chứng cứ chứng minh cho việc bị xâm phạm không phải là dễ dàng.

Người bị xâm phạm sẽ phải chứng minh CTMT của mình bị xâm phạm bằng cách tìm kiếm chứng cứ mã nguồn của mình bị sao chép bất hợp pháp. Họ phải dùng các chương trình để dịch ngược mã nguồn của CTMT bị cho là sao chép mã nguồn trái phép nhằm tìm ra được những bằng chứng cụ thể chứng minh cho việc CTMT của mình bị xâm phạm QTG. Nhưng thông thường người xâm phạm sẽ sử dụng những biện pháp kỹ thuật mã hóa để ngăn chặn việc dịch ngược mã nguồn và việc tìm ra chứng cứ này cũng như phát hiện ra hành vi chủ thể khác đã có hành vi xâm phạm mã của CTMT mình là không dễ. Trong khi đó, tình huống tương tự tại Luật SHTT Khoản 4 Điều 203 có quy định những trường hợp bị đơn phải xuất trình chứng cứ chứng minh cho hoạt động minh bạch của mình trong tranh chấp về quyền SHTT đối với sáng chế là một quy trình sản xuất sản phẩm. Trong trường hợp một bên trong vụ kiện xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ chứng minh được chứng cứ thích hợp để chứng minh cho yêu cầu của mình bị bên kia kiểm soát do đó không thể tiếp cận được thì có quyền yêu cầu Tòa án buộc bên kiểm soát chứng cứ phải đưa ra chứng cứ đó.

Thứ hai, khi khởi kiện hoặc sau khi khởi kiện, chủ thể QTG đối với CTMT có quyền yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời theo điều 207 Luật SHTT tuy nhiên trên thực tế việc áp dụng các biện pháp này khó phát huy tác dụng vì CTMT ngoài việc được lưu tại đĩa CD, USB còn có thể được cất giữ và phân phối trên mạng internet mà các biện pháp khẩn cấp tạm thời hiện nay trên không thể kiểm soát được CTMT trên mạng internet.

Thứ ba, rất khó để xác định thiệt hại thực tế do hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT. Pháp luật của Mỹ quy định bất kỳ ai bị phát hiện phải chịu trách nhiệm pháp lý về vi phạm bản quyền dân sự đều có thể bị yêu cầu bồi thường thiệt hại thực tế hoặc thiệt hại theo luật định với mức không dưới 750 USD và không quá 30.000 USD cho mỗi tác phẩm bị vi phạm. Đối với vi phạm do lỗi cố ý, tòa án có thể buộc bồi thường lên đến 150.000 USD cho mỗi tác phẩm bị vi phạm. Tòa án, theo quyết định của mình, cũng có thể buộc người vi phạm trả chi phí tố tụng và phí luật sư cho người bị xâm phạm¹⁴⁷. Tại Việt Nam thì không quy định mức cụ thể cho những thiệt hại dân sự mà căn cứ vào thực tế do các bên chứng minh theo các quy định chung của tố tụng dân sự. Đa số các tranh chấp dân sự về QTG đối với CTMT tại Việt Nam đều dừng lại ở mức thỏa thuận hòa giải giữa các bên, trước khi mở phiên tòa xét xử. Ví dụ trường hợp Microsoft và Công ty Cổ phần Tin học Lạc Việt đã đạt được thỏa thuận đền bù thiệt hại 1 tỉ VNĐ sau hai tháng khởi kiện Công ty TNHH Quốc tế Gold Long John Đồng Nai Việt Nam về việc sử dụng CTMT bất hợp pháp¹⁴⁸ trước khi đưa vụ án ra xét xử.

Trò chơi “Thế giới Hoàn Mỹ” là loại hình trò chơi trực tuyến trên mạng Internet, các quy định, nguyên tắc trò chơi do công ty sản xuất định ra. Mỗi người chơi sẽ tạo ra “một nhân vật”. Khi chơi thì “con nhân vật” này sẽ được tăng điểm kinh nghiệm để tăng cấp độ cao hơn (level) và thu được một số ngân lượng (gold), người chơi sẽ dùng số ngân lượng này để mua một số vật phẩm, đồ để trang bị cho “con nhân vật” của mình nhằm tăng sức mạnh. Với các ngân lượng thu được này thì chỉ mua được một số vật phẩm có giá trị thấp. Người chơi có thể mua các vật phẩm có giá trị cao bằng ngân lượng “Kim nguyên bảo” (là một loại tiền ảo trong game). “Kim nguyên bảo” này được mua bằng tiền thật thông qua thẻ (Dec Card) do công ty Quang Minh phát hành (gọi là Dec). Người chơi mua thẻ và cà mã thẻ sau đó nạp vào trò chơi sẽ được số “Kim nguyên bảo” tương ứng. Trong các loại vật phẩm của trò chơi có một vật phẩm cao cấp gọi là “Long châu cấp 12”. Vật phẩm này có tác dụng gắn vào “đồ” của các nhân vật như: quần, áo, vũ khí để làm tăng sức mạnh và giá trị. 1 viên “Long châu cấp 1” được mua bằng 1 “Kim nguyên bảo”, 1 viên “Long châu cấp 12” tương đương 4.645.000 viên “Long châu cấp 1”.

¹⁴⁷ Tiêu đề 17, Bộ luật Hoa Kỳ, Mục 504, 505

¹⁴⁸ Hà Vân (2014), Microsoft và Lạc Việt thắng kiện 1 tỉ đồng, <https://www.thesaigontimes.vn/111484/Microsoft-va-Lac-Viet-thang-kien-1-ti-dong.html>, truy cập 20/02/2021

Tháng 7/2008, Nguyễn Thành Chương - nhân viên của công ty Quang Minh đã phát hiện một lỗ hổng trong game Thế giới Hoàn Mỹ, dựa vào đó có thể sao chép các nhân vật từ máy thử nghiệm vào máy game chơi trực tuyến. Chương đã tạo ra tài khoản “Ehack11” ở 4 máy chủ chơi trực tuyến và với mỗi tài khoản này, Chương lại tạo 7 “con nhân vật”, sau đó sao chép các vật phẩm từ máy thử nghiệm cho vào 28 “con nhân vật” này. Sau khi sao chép, Chương kiểm tra và xác định được 28 “con nhân vật” này có khoảng 40.000 viên “Long châu cấp 12”, Chương đã sử dụng khoảng 60 viên để nâng cấp đồ cho “con nhân vật” có tên là “Vanvien” của mình lên cấp 12. Đến tháng 8/2008, Công ty Quang Minh đã phát hiện ra việc trộm cấp Long châu của Chương có tài khoản “Ehack11” (là tài khoản đã sao chép trộm trước đó, nhưng đã bị công ty khóa để quản lý) có khoảng 20.000 viên “Long châu cấp 12”. Công ty đã buộc thôi việc với Chương và giao cho Hải kiểm tra tài khoản của Chương. Hải phát hiện trong tài khoản của Chương còn nhiều viên “Long châu cấp 12” và đến cuối tháng 11/2008, Hải đã nảy ý định trộm cấp số “Long châu cấp 12” của tài khoản “Ehack11”. Do không có quyền đăng nhập vào tài khoản này nữa nên Hải đã mượn tài khoản “kiennd” của nhân viên cùng công ty là Nguyễn Đăng Kiên để mở khóa tài khoản con nhân vật “Ehack11”. Hải đã truy cập vào máy chủ của công ty, mở khóa tài khoản con “Ehack11”, thay đổi địa chỉ email nhằm giành quyền quản lý tài khoản “Ehack11”, sau đó Hải chuyển 1.000 viên “Long châu cấp 12” sang nhân vật con “tomix” của tài khoản “Tomax92” do Hải sở hữu. Sau khi có số vật phẩm này, Hải đã dùng 144 viên “Long châu cấp 12” để nâng cấp 12 đồ lên cấp 12 rồi rao bán trên trò chơi “Thế giới Hoàn Mỹ”.

Sau khi vụ án bị phát hiện, khởi tố, Hải thừa nhận đã trộm cấp 1.000 viên “Long châu cấp 12” trị giá hơn 151 triệu đồng. Sau đó, Hải đã bán cho Hoàng Mạnh Hùng 444 viên, Nguyễn Đức Chính 156 viên, tổng số viên “Long châu cấp 12” đã bán là 600 viên, được 91 triệu đồng. Còn lại 400 viên, công ty phát hiện ra Hải đã trộm cấp nên thu hồi và xóa bỏ nên công ty không yêu cầu bồi thường. Quá trình điều tra, Hải đã bồi thường toàn bộ số tiền 91 triệu đồng¹⁴⁹.

Trong vụ án này nhận thấy,

Thứ nhất, ngày 16/10/2009, Hội đồng định giá tài sản trong tố tụng hình sự có văn bản số 4805 kết luận: *"Các viên long châu là loại hình tài sản mới (tài sản ảo)*

¹⁴⁹ Hiền Phương (2010), Sắp xử vụ trộm cấp 1.000 viên long châu trong “Thế giới Hoàn Mỹ” <https://plo.vn/thoi-su/sap-xu-vu-trom-cap-1000-vien-long-chau-trong-the-gioi-hoan-my-344103.html>

không có giá trị thực tiễn, các văn bản pháp luật chưa có đề cập định giá để quản lý tài sản này nên không định giá được tài sản này". Theo NCS bản chất các viên long châu này là được tạo ra từ một chuỗi các lệnh để thực hiện một nhiệm vụ nhất định trên máy chơi game, máy tính¹⁵⁰ nó phải được xem là CTMT. Ngoài ra, trên thực tế nó vẫn có giá trị sử dụng (chức năng giải trí), có thể mua bán, trao đổi trên thị trường nên vẫn có khả năng định giá theo giá thị trường nên cần nhìn nhận đây là tài sản, là tài sản vô hình chứ không phải là tài sản hữu hình, cụ thể hơn là tài sản trí tuệ tại Điểm m khoảng 1 Điều 14 Luật SHTT. Nó không phải là tài sản ảo mà thật, nhưng quan trọng chúng ta cần nhìn nhận vấn đề dưới góc độ nào? Dưới góc độ là tài sản trí tuệ thì đây là CTMT được thừa nhận không chỉ ở Việt Nam mà pháp luật của rất nhiều quốc gia và chủ sở hữu của các vật phẩm này (hay thậm chí là các nhân vật trong game) chính là các nhà phát triển game. Người chơi chỉ là người được cấp phép và họ phải sử dụng theo đúng yêu cầu của giấy phép (các quy tắc của nhà sản xuất đưa ra)¹⁵¹.

Quá trình phát triển và vận hành hệ thống game online phát sinh vấn đề chuyển nhượng, trao đổi vật phẩm, nhân vật trong game giữa những người chơi đã đặt ra nhu cầu cần thừa nhận đây là một tài sản và phải được tự do trao đổi trên thị trường như các tài sản hữu hình. Vấn đề này NCS cho rằng: 1- Hiện nay pháp luật Việt Nam đã khẳng định không thừa nhận việc mua bán các vật phẩm trong game giữa những người chơi là hợp pháp tại Điểm b, Khoản 3, Điều 106, Nghị định 15/2020/NĐ-CP ngày 03/02/2020 của Chính phủ về *xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, tần số vô tuyến điện, công nghệ thông tin và giao dịch điện tử*, do vậy đây là quy định gián tiếp không thừa nhận các vật phẩm này

¹⁵⁰ Lê Hồng Minh - Giám đốc Vinagame cho rằng những vật phẩm trong trò chơi là những đoạn mã thể hiện hình ảnh và công dụng của vật phẩm, là sở hữu của đơn vị phát triển phần mềm trò chơi. Nguồn tại Thế Phong (2006), Vinagame không công nhận tài sản ảo trong game, Quảng trị mạng, <https://quantrimang.com/vinagame-khong-cong-nhan-tai-san-ao-trong-game-20098>, truy cập 13/12/2021.

¹⁵¹ Mỹ là một điển hình, dù quốc gia này rất phát triển các trò chơi game online và các thanh niên Mỹ dành nhiều thời gian để chơi các trò chơi ảo nhưng trong các giấy phép của game đều khẳng định không một ai có quyền sở hữu nhân vật, vật phẩm, hình ảnh, âm thanh, các mã nguồn của chương trình, quyền SHTT trong game và khẳng định tất cả đối tượng trên đều thuộc quyền của nhà sản xuất, người chơi phải tuân thủ các quy tắc của trò chơi cũng như các quy định về việc sử dụng các nhân vật và vật phẩm như yêu cầu của nhà sản xuất, không được bán lại cho người khác. Nếu trong quá trình sử dụng tài khoản chơi bị đánh cắp, bị hack thì phải thông báo ngay cho nhà sản xuất. Mọi hành vi vi phạm có thể dẫn đến việc người chơi bị xóa tài khoản và mất quyền chơi. Xem thêm về giấy phép của trò chơi game online rất nổi tiếng là World of Warcraft tại <https://www.blizzard.com/fr-fr/legal/fba4d00f-c7e4-4883-b8b9-1b4500a402ea/blizzard-end-user-license-agreement>, truy cập 21/12/2021.

là tài sản đối với những người chơi. 2- Mặc dù trên thế giới hiện nay đã có một số quốc gia thừa nhận các vật phẩm trong game là tài sản đối với người chơi¹⁵² và quan điểm của nhiều nhà nghiên cứu tại Việt Nam cho rằng đây là công sức của người chơi cần phải thừa nhận là tài sản¹⁵³ nhưng theo NCS thì chúng ta không nên khuyến khích một bộ phận thanh thiếu niên không quan tâm đến học tập, lao động mà dựa vào việc chơi game để làm thu nhập chính, chưa kể đến tác hại của việc ngồi quá nhiều giờ trên máy tính sống trong thế giới ảo. 3- Quy định pháp luật dù điều chỉnh loại tài sản trí tuệ, hay các sản phẩm kỹ thuật số cần hướng tới điều chỉnh việc xây dựng một xã hội thực phát triển lành mạnh, điều tiết chức năng của các gameonline chỉ để phục vụ nhu cầu giải trí trong một giới hạn nhất định thì mới phát huy được chức năng giải trí của trò chơi ảo, không hướng tới xây dựng một cộng đồng đắm chìm thế giới ảo vì tài sản trong game online không có ý nghĩa đối với phần dân cư còn lại.

Thứ hai, dưới góc độ kỹ thuật lập trình, đối với Nguyễn Thành Chương khi lấy long châu từ máy thử nghiệm sang máy thật là hành vi sao chép và long châu ở máy thử nghiệm sẽ còn nguyên. Sau khi công ty Quang Minh phát hiện đã thu hồi tài khoản, các viên long châu và đã xóa toàn bộ các viên long châu cho Chương tạo ra, Cơ quan điều tra đã không tiến hành truy cứu trách nhiệm pháp lý của Chương vì không có cơ sở định giá trị tài sản trộm cắp¹⁵⁴. Dù trên thực tế Chương đã không bị xử lý hình sự hay trách nhiệm pháp lý gì, tuy nhiên dưới góc độ pháp lý hành của Chương nhưng vẫn có thể áp dụng biện pháp dân sự do đã có hành vi xâm phạm QTG

¹⁵² Vào tháng 1/2012, Tòa án Tối cao Hà Lan đã quyết định các các vật phẩm trong game online được coi là đối tượng của hành vi trộm cắp tài sản. Xem bản án tại Arno R. Lodder (2013), Dutch Supreme Court 2012: Virtual Theft Ruling a One-Off or First in a Series?, Journal of Virtual Worlds Research, September, 2013, Vol. 6, No. 3
<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=766114027119124069127088022084102024041036054041060067089080109124119114127083024065030103098020118029043081026068109120086108017069086012044091109076083095123118064013087116104115074081081088005099086066091097028027123104091020084004074100071006029&EXT=pdf&INDEX=TRUE>, truy cập 13/12/2021. Tuy nhiên Hà Lan là một quốc gia với các góc nhìn tương đối hiện đại và rộng mở về các vấn đề pháp lý nhạy cảm như hợp pháp hóa sử dụng ma túy nhẹ dưới dạng hút cỏ, hợp pháp hóa mãi dâm thì việc hợp pháp hóa việc sở hữu tài sản người chơi đối với vật phẩm trong game cũng là tương đối dễ hiểu, tuy nhiên NCS lại không khuyến nghị áp dụng mô hình này của Hà Lan.

¹⁵³ Nguyễn Thanh Thư, Nguyễn Nhật Thanh (2012), Một số vấn đề pháp lý về tài sản ảo trong trò chơi trực tuyến- Thực tiễn và kiến nghị, Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, số 5(72), Tr. 27-33

¹⁵⁴ Bản án số 143/2010/HS-ST ngày 05/3/2010 của Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội

đối với CTMT theo quy định tại vào Khoản 4 Điều 28 Luật SHTT 2005. Nhưng trong tình huống giả định nếu công ty Quang Minh muốn áp dụng biện pháp dân sự yêu cầu Chương phải bồi thường thiệt hại thì lại không khả thi vì Chương chưa có hành vi bán các viên long châu đó cho ai, nên pháp luật hiện hành chưa có cơ sở để công ty Quang Minh yêu cầu Chương bồi thường thiệt hại. Trong khi đó tại Mục 504 và 505, Tiêu đề 17, Đạo Luật Liên Bang Mỹ không bắt buộc phải có yếu tố thiệt hại thực tế xảy ra, chỉ cần có hành vi xâm phạm QTG thì có thể yêu cầu bồi thường bằng luật định dù không có thiệt hại thực tế. Đây cũng được xem là một trong những nguyên nhân khiến cho việc thực thi bằng biện dân sự tại Việt Nam chưa được hiệu quả dù hành vi xâm phạm QTG xảy ra tương đối nhiều. Do vậy, theo NCS cần định ra mức bồi thường tối thiểu cho mỗi hành vi xâm phạm trong trường hợp không xác định được giá trị thiệt hại vi phạm QTG đối với CTMT.

(3) Biện pháp hình sự

Biện pháp hình sự là trách nhiệm pháp lý nặng nhất, áp dụng cho các hành vi vi phạm mang tính chất nguy hiểm cho xã hội. Đó là mối quan hệ giữa nhà nước và người phạm tội. Biện pháp hình sự về QTG đối với CTMT được áp dụng với hành vi vi phạm hình sự quy định BLHS 2015 về QTG đối với CTMT. Nhìn chung, các hình phạt hình sự yêu cầu yếu tố lỗi, chủ thể vi phạm phải nhận thức được họ đang phạm tội, trong khi vi phạm QTG về dân sự là một hành vi phải chịu người vi phạm có thể có lỗi vô ý. Biện pháp hình sự chỉ được áp dụng bởi Tòa án. Mặc dù vậy, trên thực tế không chỉ tại Việt Nam mà trên thế giới rất ít các trường hợp vi phạm QTG đối với CTMT bị xử lý hình sự.

Bộ Luật Hình sự 2015 của Việt Nam, sửa đổi năm 2017 quy định pháp nhân thương mại cũng có thể là chủ thể của tội phạm. Tuy nhiên tại Điều 76 Pháp nhân thương mại chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự một số tội phạm, trong đó có tội xâm phạm quyền tác giả tại điều 225 Bộ Luật Hình sự 2015.

Dù bản chất là quan hệ dân sự, tuy nhiên với những tác hại của các hành vi xâm phạm quyền tác giả đối với CTMT trong kinh tế số hiện nay gây thiệt hại rất lớn về kinh tế cho chủ sở hữu nên Bộ Luật Hình sự Việt Nam 2015, sửa đổi năm 2017 giới hạn trong hai nhóm hành vi: sao chép CTMT và phân phối đến công chúng bản sao CTMT trái phép và nhóm tấn công hệ thống mạng máy tính,

(i) Nhóm hành vi sao chép và phân phối CTMT mà không có sự đồng ý của chủ sở hữu CTMT tại điều 225 Bộ Luật Hình sự 2015: Không có quy định riêng cho

CTMT mà áp dụng chung cho các tác phẩm với quy mô thương mại hoặc thu lợi bất chính trên 50 triệu đồng. Điều 61 của Hiệp định TRIPs yêu cầu các nước ký kết thiết lập các thủ tục và hình phạt hình sự trong các trường hợp cố ý làm giả nhãn hiệu hoặc vi phạm bản quyền trên quy mô thương mại. Tuy nhiên ở Mỹ cũng đã từng áp dụng quy định phải có quy mô thương mại mới xử lý hình sự nhưng sau đó đã ban hành Đạo luật Không Trộm Cấp Điện Tử (Đạo luật NET) vào năm 1997 với quy định truy tố hình sự đối với những cá nhân vi phạm bản quyền ngay cả khi không có mục đích thương mại. Hành vi với lỗi cố ý vi phạm bản quyền có thể bị phạt hình sự, bao gồm phạt tù lên đến 5 năm và tiền phạt lên đến 250.000 USD cho mỗi lần vi phạm.¹⁵⁵ Điều khoản hình sự đầu tiên trong luật bản quyền của Mỹ đã được bổ sung vào năm 1897¹⁵⁶ lỗi cố ý là yếu tố bắt buộc. Trong khi đó lỗi chỉ là yếu tố bắt buộc để chứng minh hành vi xâm phạm trong dân sự nếu với mục đích thương mại.

Tại Việt Nam thực tiễn chưa có trường hợp xét xử hình sự về vi phạm QTG đối với CTMT nào, nhưng quy định của luật khá rõ ràng: bị phạt tiền từ 50.000.000 VNĐ cho đến 3.000.000.000VNĐ, phạt tù đến 5 năm tại Điều 255 Bộ LHS 2015. Tội sản xuất, mua bán, trao đổi hoặc tặng cho công cụ, thiết bị, phần mềm để sử dụng vào mục đích trái pháp luật bị phạt tiền từ 20.000.000VNĐ đến 100.000.000VNĐ, bị phạt tù đến 5 năm tại Điều 285 BLHS 2015.

Đặc trưng của cấu thành tội trộm cắp tài sản là tính chất loại trừ bên thứ 2 sử dụng tài sản sau khi chủ thể phạm tội có hành vi lén lút chuyển giao tài sản. Khi người phạm tội hoàn thành hành vi thì chủ sở hữu tài sản sẽ không kiểm soát hay nắm giữ hay sử dụng được tài sản của mình nữa. Nhưng với Lê Quý Hải, thì đây là hành vi di chuyển các viên long châu từ tài khoản A sang B, tài khoản A ko còn nữa về mặt kỹ thuật thì các viên long châu này sẽ phải được gắn một ký hiệu định danh duy nhất (như chứng minh nhân dân dành cho con người) nên chỉ có thể chuyển từ A sang B trong cùng một môi trường không thể cùng lúc tồn tại hai long châu có cùng định danh nhưng chủ sở hữu của các viên long châu này là công ty Quang Minh vẫn có thể sản xuất, sử dụng các viên long châu chứ không bị mất đi. Và thiệt hại ở đây là chủ sở hữu có thể mất đi một cơ hội thị trường bán sản phẩm của mình, chứ không mất đi sản phẩm. Do vậy, nếu áp dụng điều 138 BLHS 1999 trộm cắp tài sản đối với

¹⁵⁵Jenner & Block LLP, Copyright infringement and remedies in USA, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c8ba44bd-b65c-4248-9399-751027c5bc07> truy cập 15/3/2021

¹⁵⁶ Act of Jan. 6, 1897, ch. 4, 29 Stat. 481

hành vi của Hải như kết luận tại bản án số 143/2010/HS-ST ngày 05/3/2010 của Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội là chưa có cơ sở.

Do vậy, hành vi của Chương và Hải cần được xem như là hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT, cụ thể là sao chép CTMT và phân phối CTMT mà không có sự đồng ý của chủ sở hữu theo khoản 4 điều 28 Luật SHTT 2005.

Tại thời điểm thực hiện hành vi thì BLHS 1999 có hiệu lực tại điều 131 quy định trách nhiệm hình sự về tội xâm phạm QTG yêu cầu tác phẩm bị xâm phạm chỉ giới hạn trong *"tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học, báo chí, chương trình bằng âm thanh, đĩa âm thanh, băng hình, đĩa hình"* và điều kiện là phải *"gây hậu quả nghiêm trọng hoặc đã bị xử phạt hành chính về một trong các hành vi quy định tại điều này hoặc đã bị kết án về tội này, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm"*. Do vậy, việc xử lý hành vi của Hải không thể áp dụng bằng biện pháp hình sự do vi phạm QTG tại thời điểm này vì không thỏa mãn các điều kiện tại điều kiện xét tại thời điểm thực hiện hành vi xâm phạm thì hành vi của Hải đã thỏa mãn vi phạm tại Khoản 3 Luật SHTT 2005 công bố, phân phối tác phẩm mà không được phép tác giả và Khoản 10 Điều 28 Luật SHTT 2005 nhân bản, phân phối, truyền đạt tác phẩm đến công chúng qua mạng truyền thông và các phương tiện kỹ thuật số mà không được phép của chủ sở hữu quyền tác giả. Do vậy, hành vi của Hải này thỏa mãn các điều kiện vi phạm quyền SHTT, cụ thể là QTG đối với CTMT hơn là hành vi trộm cắp tài sản theo quy định của BLHS 1999.

Nếu hành vi vi phạm pháp luật trên được thực hiện sau khi BLHS 2015 được ban hành thì vẫn vi phạm vào Khoản 3 và Khoản 10 Điều 28 Luật SHTT 2005, sửa đổi bổ sung 2009, 2019, đồng thời hành vi này thỏa mãn cấu thành tội xâm phạm QTG tại Khoản 1 Điều 225 BLHS 2015: *"Người nào không được phép của chủ thể quyền tác giả, quyền liên quan mà cố ý thực hiện một trong các hành vi sau đây, xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan đang được bảo hộ tại Việt Nam, thu lợi bất chính từ 50.000.000 đồng đến dưới 300.000.000 đồng hoặc gây thiệt hại cho chủ thể quyền tác giả, quyền liên quan từ 100.000.000 đồng đến dưới 500.000.000 đồng hoặc hàng hóa vi phạm trị giá từ 100.000.000 đồng đến dưới 500.000.000 đồng, thì bị phạt tiền từ 50.000.000 đồng đến 300.000.000 đồng hoặc phạt cải tạo không giam giữ đến 03 năm : a) Sao chép tác phẩm, bản ghi âm, bản ghi hình; b) Phân phối đến công chúng bản sao tác phẩm, bản sao bản ghi âm, bản sao bản ghi hình"*

Và việc Hải đã bán ra thị trường 91 triệu VNĐ thì hành vi của Hải cấu thành vi phạm pháp luật hình sự. Qua đó cho thấy việc pháp luật đã thắt chặt hơn về việc

thực thi QTG với biện pháp hình sự trong BLHS 2015 so với BLHS 1999, tránh bỏ lọt hành vi nguy hiểm cho xã hội, xác định đúng bản chất hành vi xâm phạm giữa tài sản hữu hình và tài sản trí tuệ.

Do vậy, quá trình giải quyết vụ án cần nhận diện rõ tài sản trí tuệ và tài sản khác. Nhận diện các dạng khác nhau của CTMT. Cần phân biệt giữa hành vi trộm cắp tài sản và hành vi sao chép phân phối CTMT mà không có sự đồng ý của chủ sở hữu. Cần nâng cao khả năng nhận thức của đội ngũ thẩm phán giải quyết tranh chấp liên quan quyền SHTT và đội ngũ thẩm định viên về tài sản trí tuệ.

(ii) Nhóm hành vi phát tán virus, tấn công hệ thống mạng máy tính phá vỡ hoạt động bình thường của hệ thống mạng, lấy dữ liệu, tống tiền: được xác định là các hành vi tấn công vào hệ thống mạng internet, tấn công vào máy chủ của người dùng bằng biện pháp vô hiệu hóa các bảo mật mà chủ sở hữu đã thiết lập chủ yếu là các hành vi nằm trong nhóm tội phạm trong lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông: Điều 258, Điều 286, Điều 287, Điều 289 Bộ Luật Hình sự 2015: Tội phát tán chương trình tin học gây hại cho hoạt động của mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử; Tội cản trở hoặc gây rối loạn hoạt động của mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử; Tội đưa hoặc sử dụng trái phép thông tin mạng máy tính, mạng viễn thông; Tội xâm nhập trái phép vào mạng máy tính, mạng viễn thông hoặc phương tiện điện tử của người khác xác định cho người vi phạm là cá nhân chứ không phải là pháp nhân thương mại với mức phạt tiền từ 500.000.000VNĐ, đến phạt tù đến 5 năm.

Dù trên thế giới đã có khá nhiều trường hợp xử lý bằng biện pháp hình sự đối với hành vi phát tán virus, mã độc tấn công vào hệ thống mạng máy tính trực lợi nhưng thực tiễn chưa có trường hợp nào xử lý hình sự tại Việt Nam, nguyên nhân là đa số những cuộc tấn công phá vỡ bảo mật CTMT, phát tán virus tại Việt Nam hiện nay có nguồn gốc từ nước ngoài, nên công tác truy tìm chủ thể thực hiện hành vi xâm phạm cũng tương đối khó khăn. Chủ thể có hành vi xâm phạm đa số là ở các quốc gia phát triển như Mỹ, Anh, Úc... Mỹ hiện đang có xu hướng gia tăng áp dụng biện pháp hình sự cho các hành vi xâm phạm tài sản trí tuệ¹⁵⁷. Tại Mỹ để phòng tránh các vi phạm trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ, các cơ quan thực thi pháp luật hướng đến những

¹⁵⁷ Criminal Copyright Infringement.pdf, trang 323 See also Charney & Alexander, supra note 68, at 941 ("The other major impact caused by the shift to intangibles is that many of the existing theft, damage, and extortion laws protect physical property. Thus, new crimes may need to be defined.") (emphasis added)

đối tượng được hưởng lợi nhiều nhất từ việc vi phạm, những người cung ứng các sản phẩm vi phạm quyền sở hữu trí tuệ bao gồm cả cá nhân và pháp nhân. Chế tài xử lý vi phạm trong lĩnh vực này có thể là chế tài dân sự hoặc hình sự. Tuy nhiên, tại Mỹ chế tài xử lý vi phạm dân sự tương đối mạnh mẽ và đủ sức răn đe, do đó biện pháp này được sử dụng nhiều hơn so với các chế tài hình sự¹⁵⁸. Do vậy, cần nâng cao khả năng hợp tác quốc tế để nâng cao thực thi bằng biện pháp hình sự.

(4) Biện pháp hành chính

(i) Biện pháp xử lý hành chính là biện pháp của các cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền áp dụng lên các chủ thể có hành vi xâm phạm các quy tắc quản lý nhà nước trong từng lĩnh vực cụ thể. Đây là mối quan hệ giữa Nhà nước và người chịu sự quản lý hành chính nhà nước. Trong các biện pháp thực thi QTG đối với CTMT tại Việt Nam từ trước đến nay biện pháp hành chính được áp dụng phổ biến hơn so với hai biện pháp còn lại là dân sự và hình sự vì việc xử lý biện pháp hành chính được tiến hành bởi các cơ quan quản lý hành chính trong lĩnh vực bản quyền thông qua quá trình thanh tra, kiểm tra định kỳ, theo kế hoạch đã được thông qua hay đột xuất do có đơn thư tố cáo hành vi xâm phạm từ bất kỳ cá nhân, tổ chức nào. Nên chủ thể bị xâm phạm không phải mất chi phí tiến hành hoạt động tố tụng như trong thủ tục của biện pháp dân sự (án phí, chi phí luật sư), cũng không cần chủ động tham gia vào quá trình thực hiện thủ tục hành chính này như trong biện pháp dân sự.

Một đặc điểm khác biệt giữa biện pháp xử phạt hành chính với hai biện pháp dân sự là ngay cả khi chủ thể bị xâm phạm không yêu cầu áp dụng các cơ quan có thẩm quyền vẫn có thể tiến hành xử lý vụ việc nếu phát hiện hành vi xâm phạm. Ưu điểm của biện pháp này là áp dụng nhanh chóng, đơn giản về mặt thủ tục tuy nhiên lại có hạn chế do thẩm quyền xử lý vi phạm hành chính được chia ra cho nhiều cơ quan khác nhau nên làm cho hoạt động xử lý trở nên phức tạp. Điều 2 Nghị định số 1332/VBHN-BVHTTDL ngày 10/4/2017 của Chính Phủ Quy định về xử phạt vi phạm hành chính về quyền tác giả và quyền liên quan Mức xử phạt hành chính tối đa là đối với hành vi xâm phạm QTG là 500 triệu đồng nói chung vẫn còn thấp so giá trị thiệt hại xảy ra nên việc hiệu quả xử lý, tính răn đe, phòng ngừa không nghiêm.

¹⁵⁸ Jane Ginsburg, <https://quochoi.vn/viennghiencuulapphap/tintuc/Pages/hoat-dong-chung-cua-vien.aspx?ItemID=87>

(ii) Một số nước trên thế giới không áp dụng biện pháp hành chính trong quá trình thực thi quyền SHTT như Mỹ, Anh, Australia...bên cạnh đó, các quốc gia có áp dụng biện pháp hành chính bảo đảm thực thi quyền SHTT như Việt Nam, Pháp, Trung Quốc¹⁵⁹, Italia.... Có lẽ việc sử dụng biện pháp hành chính mang tính chất ảnh hưởng của hệ thống thông luật hay dân luật. Tại Mỹ việc thực thi QTG nói chung và QTG đối với CTMT nói riêng chỉ áp dụng biện pháp xử lý hình sự và dân sự thì tại Việt Nam, khi ý thức của người tiêu dùng chưa cao, việc thực thi QTG đối với CTMT chưa được chú trọng thì các cơ quan quản lý hành chính nhà nước chính là đội quân tiên phong cho hoạt động thực thi QTG đối với CTMT với biện pháp xử lý vi phạm hành chính đối với các hành vi xâm phạm với những đợt thanh tra, kiểm tra tiến hành xử phạt vi phạm hành chính, công bố kết quả xử lý trên các phương tiện truyền thông.

Vào năm 2009, cơ quan lập pháp của Pháp đã cho phép áp dụng các biện pháp hành chính để làm cho người dùng internet nhận thức rõ hơn về vi phạm QTG trong môi trường trực tuyến. Trên thực tế, những người dùng internet chịu trách nhiệm về cáo buộc vi phạm bản quyền sẽ được cơ quan quản lý bản quyền trực tuyến liên hệ qua e-mail, sau đó qua thư đảm bảo để thông báo rằng họ có nguy cơ bị phạt tới 1.500 EUR nếu không dừng hành vi xâm phạm vi phạm bản quyền. Tuy nhiên, cơ quan quản lý bản quyền trực tuyến không có quyền phán quyết hành vi xâm phạm mà phải chuyển hồ sơ vụ việc cho các tòa án Pháp thực hiện quyền tài phán¹⁶⁰. Ảnh hưởng một phần từ giải pháp của Pháp, việc thực thi chống vi phạm bản quyền trực tuyến của Ý cũng liên quan đến cơ quan hành chính, cụ thể là cơ quan truyền thông. Năm 1997, AGCOM được thành lập với tư cách là cơ quan quản lý toàn bộ lĩnh vực truyền thông và năm 2000 đạt được năng lực liên quan đến bản quyền¹⁶¹, khi luật Bản quyền chung được sửa đổi, với Điều 182-bis mới, cả AGCOM và ban quản lý tập thể tổ chức SIAE với quyền hạn giám sát cụ thể. Năm 2003, Chỉ thị Thương mại Điện tử Ý quy định cơ quan tư pháp hoặc hành chính cơ quan có quyền giám sát và có thể yêu cầu các nhà cung cấp dịch vụ chấm dứt hoặc ngăn chặn hành vi vi phạm để xóa hoặc

¹⁵⁹ Điều 3, Điều 4 Luật xử phạt vi phạm hành chính Cộng Hòa Nhân Dân Trung Hoa 2015 đề cập rõ về xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi xâm phạm CTMT

¹⁶⁰ National Trade Estimate Report on Foreign Barrier 2013. Tr.124, http://www.sice.oas.org/CTYindex/USA/USTR_Reports/2013/NTE/2013%20NTE.pdf, truy cập 15/2/2021.

¹⁶¹ .Luật ngày 22/4/1941, số. 633, “Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”, được sửa đổi bởi Luật ngày 18/8/2000, No. 248, “Nuove norme di tutela del diritto di autore”. Văn bản hợp nhất, bao gồm Điều 182-bis mới, <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1941-04-22;633!vig=>. truy cập 18/2/2021.

vô hiệu hóa ngay lập tức truy cập thông tin bất hợp pháp¹⁶². Như vậy, dù các quy định về biện pháp hành chính trên chỉ áp dụng đối với chung với các tác phẩm, nhưng điều đó được hiểu là biện pháp hành chính được áp dụng cho CTMT nếu hành vi xâm phạm được thực hiện trong môi trường trực tuyến tại Pháp và Ý. Và biện pháp hành chính cũng không phổ biến trong quá trình thực thi quyền SHTT ở các nước hiện có hệ thống sở hữu trí tuệ mạnh như Mỹ, Anh, Đức...nói chung.

* Tại Việt Nam, chủ thể áp dụng biện pháp hành chính đối với hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT bao gồm các chủ thể tương đối đa dạng: Chủ tịch Ủy ban nhân dân các cấp, Thanh tra văn hóa thể thao và du lịch, Công an nhân dân, Bộ đội biên phòng, cảnh sát biển và Quản lý thị trường¹⁶³. Tuy nhiên, trên thực tế hiện nay việc thực thi biện pháp hành chính để bảo đảm thực thi QTG đối với CTMT chủ yếu là Thanh tra Bộ Văn Hóa Thể Thao và Du lịch. Theo Khoản 1 Điều 211 Luật SHTT Hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ bị xử phạt vi phạm hành chính khi tổ chức, cá nhân thực hiện một trong các hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT sau đây bị xử phạt vi phạm hành chính: Xâm phạm quyền QTG đối với CTMT gây thiệt hại cho tác giả, chủ sở hữu, người tiêu dùng hoặc cho xã hội; Sản xuất, nhập khẩu, vận chuyển, buôn bán hàng hóa giả mạo về QTG đối với CTMT. Tổ chức, cá nhân thực hiện hành vi xâm phạm quyền QTG đối với CTMT thì bị buộc phải chấm dứt hành vi xâm phạm và bị áp dụng một trong các hình thức xử phạt chính là cảnh cáo và phạt tiền tại Điều 214 Luật SHTT. Ngoài ra còn áp dụng biện pháp bổ sung là gỡ bỏ bản sao CTMT trên phương tiện sử dụng và trong môi trường mạng theo Khoản 3 Điều 3 Nghị định số 1432/VBHN-BVHTTDL của Bộ Văn Hóa Thể Thao Và Du Lịch ngày 10/4/2017 Quy định về xử phạt vi phạm hành chính về quyền tác giả và quyền liên quan.

(iii) Thực tiễn tại Việt Nam, thực thi bằng biện pháp hành chính được áp dụng thực hiện dựa trên hai phương thức: hoạt động thanh tra theo Kế hoạch thanh tra được phê duyệt hàng năm của cơ quan Thanh tra và thanh tra theo đơn yêu cầu khiếu nại, tố cáo. Trong quá trình thanh tra nếu phát hiện hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT sẽ tiến hành xử phạt vi phạm hành chính.

¹⁶² Chỉ thị số 70/2003 Implementing Directive 2000/31/EC on e-commerce (E-commerce Directive), which regulates business-to-business (B2B) and business-to-consumer (B2C) transactions (E-Commerce Law)

¹⁶³ Điều 36, Điều 37, Điều 38, Điều 39, Điều 40 Nghị Định số 131/2013/NĐ-CP ngày 16/10/2013 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính về QTG và Quyền liên quan, (sửa đổi, bổ sung 2017)

Đối với hoạt động thanh tra theo kế hoạch được phê duyệt hàng năm, kết quả của 2006-2015 cho thấy Thanh tra của Bộ Văn Hóa Thể Thao Và Du Lịch đã tiến hành thanh tra đột xuất 541 doanh nghiệp¹⁶⁴, kiểm tra 27.602 máy tính, lập 499 biên bản xử phạt vi phạm hành chính với tổng số tiền là 8,613 tỷ đồng¹⁶⁵. Đối với hoạt động xử phạt vi phạm hành chính theo yêu cầu của bên có quyền, thực tiễn cho thấy mới chỉ có 06 trường hợp bị xử phạt vi phạm hành chính¹⁶⁶ với số tiền xử phạt từ 10.000.000VNĐ cho đến 15.000.000VNĐ cho mỗi trường hợp vi phạm. Qua những trường hợp áp dụng biện pháp hành chính đối với các trường hợp trên nhận thấy:

Thứ nhất, mục đích của việc thực thi bằng biện pháp hành chính nhằm răn đe các hành vi xâm phạm. Tuy nhiên, qua thực tiễn cho thấy các hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT được áp dụng biện pháp hành chính với số tiền xử phạt 15.000.000 VNĐ cho trường hợp hành vi xâm phạm hơn 300 CTMT là khá khiêm tốn, chưa đủ mức răn đe. Dù Nghị định số 1432/VBHN-BVHTTDL ngày 10/4/2017 của Bộ Văn Hóa Thể Thao Và Du Lịch được ban hành với khung hình phạt lên đến 500.000.000 triệu đồng đối với tổ chức nhưng mức phạt được áp dụng trên thực tế với hành vi trên hiện nay vẫn còn thấp, chưa đủ sức răn đe.

Thứ hai, đối tượng điều chỉnh của các biện pháp xử lý hành chính là các quan hệ quản lý hành chính nhà nước, thế nhưng thực tiễn cho thấy các hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT đã bị xử phạt đều là hành vi sử dụng CTMT mà không có sự đồng ý của chủ sở hữu QTG đối với CTMT. Trong khi đó các hành vi xâm phạm QTG được xác định tại Nghị định 1432/VBHN-BVHTTDL đa số là hành vi xâm phạm quan hệ dân sự như từ Điều 8 đến Điều 35. Vậy, đó có phải mâu thuẫn với quan điểm "nhà nước không can thiệp vào hoạt động kinh tế, dân sự"? Và đó là lý do mà các quốc gia theo hệ thống thông Luật như Mỹ, Anh không áp dụng biện pháp xử lý hành chính đối với vi phạm quyền SHTT? Thực tế áp dụng đối với Quyền SHTT nói chung và QTG đối với CTMT cho thấy thực thi quyền QTG đối với CTMT có những điểm khác biệt với thực thi bảo vệ quyền tài sản hữu hình. Do vậy, rất cần sự can

¹⁶⁴ Hàng năm cơ quan thanh tra sẽ tiến hành lập kế hoạch tranh tra, mỗi năm sẽ có một nội dung thanh tra trùng năm với năm khác và có những nội dung mới. Nội dung thanh tra QTG đối với CTMT phải được đưa vào Kế hoạch thanh tra nhưng đối với doanh nghiệp thì tiến hành đột xuất.

¹⁶⁵ Thông tin do ông Trần Văn Minh, Phó Chánh Thanh tra Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch, Tọa đàm "Doanh nghiệp Việt Nam và một số vấn đề thực thi quyền sở hữu trí tuệ trong Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TTP)" tại Bộ Khoa học và Công nghệ phối hợp cùng Phòng thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI), Liên minh phần mềm BSA tổ chức sáng 20/4/2016 tại Hà Nội. <https://stttt.thuathienhue.gov.vn/?gd=72&cn=28&tc=4742>

¹⁶⁶ Xem bảng biểu số 4

thiệt của Nhà nước để xác định hành vi xâm phạm quyền làm cơ sở cho các chủ thể quyền tiến hành áp dụng các biện pháp dân sự để bảo vệ quyền lợi của mình.

Thứ ba, việc thực thi biện pháp hành chính hiện nay chủ yếu phụ thuộc vào quyết định của Thanh tra Bộ Văn Hóa và Du lịch, tuy nhiên thực tế Thanh tra bộ sẽ bị ảnh hưởng bởi tác động của Microsoft và BSA là những tổ chức luôn thúc đẩy các chính phủ của các quốc gia đẩy mạnh biện pháp thanh tra sàng lọc các hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT vì chính lợi ích của họ thông qua các cuộc đàm phán giữa Microsoft và Chính phủ, và thông qua các điều tra về tỷ lệ vi phạm QTG đối với CTMT hàng năm của BSA. Có thể nói, chính các tổ chức này có vai trò quan trọng trong việc đẩy mạnh công tác thực thi QTG đối với CTMT tại Việt Nam.

(5) Hoạt động kiểm soát biên giới

Các biện pháp biên giới có thể được hiểu là những hành động được thực hiện theo thủ tục hải quan liên quan đến hàng hóa dưới sự kiểm soát của các cơ quan hải quan đối với hoạt động xuất nhập khẩu của hàng. Về bản chất, các hoạt động này mang tính hành chính, nó là một biện pháp hành chính. Hoạt động lưu thông hàng hóa, đặc biệt là hàng giả và hàng vi phạm bản quyền thường mang tính chất xuyên quốc gia, do vậy vì những vi phạm quyền SHTT này dễ nhận biết với đối với các cơ quan hải quan. Tại Việt Nam chủ yếu nhập khẩu quyền sở hữu trí tuệ nên các thủ tục hải quan, kiểm soát biên giới có vị trí đặc biệt góp phần ngăn chặn và truy cứu các hành vi xâm phạm quyền SHTT, tạo cơ sở cho các biện pháp tiếp theo là hình sự hoặc dân sự, hoặc hành chính.

Nhận thức được tầm quan trọng của thủ tục hải quan kiểm soát biên giới, dù cơ quan hải quan của các quốc gia Châu Âu không có quyền phán quyết một hành vi xâm phạm quyền SHTT¹⁶⁷ nhưng trong khuôn khổ của Kế hoạch toàn cầu, Hội đồng Châu Âu đã thông qua Nghị quyết về Kế hoạch hành động của Hải quan EU nhằm chống lại các hành vi xâm phạm quyền SHTT (năm 2009-2012)¹⁶⁸ cho thấy tầm quan trọng của biện pháp kiểm soát biên giới trong tiến trình thực thi quyền SHTT. Biện pháp kiểm soát biên giới được ghi nhận tại Điều 51 Hiệp định TRIPs quy định các nghĩa vụ quốc tế cụ thể do các Quốc gia đảm nhận đối với sự can thiệp của cơ quan

¹⁶⁷ Carmen Otero Garcia Castrillon (2021), Protection of Intellectual Property through border measures in the European Union, Tr. 220 https://eprints.ucm.es/id/eprint/19938/1/AIDA_Castrillon.pdf

¹⁶⁸ Council Resolution of 16 March 2009 on the EU Customs Action Plan to combat IPR infringements for the years 2009 to 2012, OJ C 71, 25.03.09

hải quan quốc gia trong lĩnh vực này. Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới (WIPO) đã xác định các biện pháp biên giới về quyền SHTT là thủ tục pháp lý cho phép chủ sở hữu QTG và quyền liên quan nếu có căn cứ để nghi ngờ rằng việc nhập khẩu các bản sao vi phạm bản quyền tác phẩm hoặc các đối tượng quyền liên quan của họ có thể xảy ra để nộp đơn yêu cầu cơ quan hải quan đình chỉ của việc thông quan¹⁶⁹. Các hiệp định thương mại tự do mà Việt Nam ký kết như Hiệp định CPTPP¹⁷⁰, Hiệp định EVFTA¹⁷¹ cũng đặt ra những yêu cầu cao đối với biện pháp kiểm soát biên giới. Ví dụ, Điều 18.76.5 Hiệp định CPTPP yêu cầu các nước thành viên quy định thẩm quyền chủ động tiến hành các biện pháp tại biên giới của cơ quan hải quan đối với hàng hóa xuất khẩu, tập kết để xuất khẩu hoặc nhập khẩu bị nghi ngờ là giả mạo nhãn hiệu hoặc sao lậu quyền tác giả. Điều 18.59 Hiệp định EVFTA yêu cầu cơ quan hải quan phải chủ động trong việc phát hiện và xác định hàng hoá nhập khẩu, xuất khẩu bị nghi ngờ xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ trên cơ sở các kỹ thuật phân tích rủi ro. Hiệp định này cũng yêu cầu cơ quan phải hợp tác với chủ thể quyền, bao gồm việc cho phép cung cấp thông tin để phân tích rủi ro. Biện pháp này cũng được quy định tại Điều 216 đến Điều 219 LSHTT.

Hiện nay, CTMT được đưa vào Việt Nam dưới những hình thức: nhập qua internet; nhập khẩu tại biên giới nhưng được nhúng vào trong sản phẩm khác như máy móc, dây chuyền công nghệ sản xuất có chứa CTMT; game trò chơi, CTMT được chứa trong CD hay usb. Với sự phát triển của công nghệ số hiện nay, một số lượng lớn các CTMT ứng dụng được nhập khẩu chủ yếu là từ internet và hiện nay chúng ta không áp dụng biện pháp kiểm soát biên giới cho hình thức nhập bằng internet. Ngoài ra, các hình thức nhập khẩu khác cơ quan hải quan không phải là chuyên gia thẩm định SHTT nên chủ thể QTG đối với CTMT phải chủ động cung cấp thông tin về hành vi xâm phạm cho các cơ quan hải quan.

Nhìn chung, hệ thống thực thi quyền SHTT chưa hiệu quả để chặn các hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT:

¹⁶⁹ WIPO, Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and glossary of copyright and related rights terms, WIPO, 2003, p. 270

¹⁷⁰ Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiên bộ xuyên Thái Bình Dương

¹⁷¹ Hiệp định Thương mại tự do giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu

Thứ nhất, hệ thống thực thi quyền SHTT của Việt Nam bị đánh giá là vẫn còn rất phức tạp¹⁷², điều này tạo ra thách thức về tính hiệu quả cho các chủ sở hữu quyền thực hiện những hành động chống lại các hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT: (1) Việc quy định về phạm vi thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính với nhiều chủ thể khác nhau khiến cho việc thực thi tương không dễ dàng. (2) Các biện pháp bảo đảm thực thi mặc dù khá đa dạng bao gồm biện pháp bảo vệ, biện pháp dân sự, biện pháp hình sự, biện pháp hành chính, biện pháp kiểm soát biên giới nhưng hiệu quả bảo đảm thực thi QTG đối với CTMT chưa cao, hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT còn phổ biến. (3) Chủ sở hữu QTG phải đối mặt với các yêu cầu chứng minh mã nguồn bị xâm phạm không hợp lý để thực thi biện pháp dân sự của họ mà không được phép tự tiến hành điều tra CTMT bị nghi xâm phạm.

Thứ hai, thực tiễn thi hành các biện pháp trừng phạt đối với những trường hợp vi phạm QTG đối với CTMT không đủ tác dụng răn đe. Thực tiễn mức phạt tiền trong xử phạt vi phạm hành chính các trường hợp xâm phạm còn quá thấp dù đã có quy định phạt tối đa là 500.000.000 VNĐ đối với tổ chức có hành vi vi phạm hành chính về SHTT, biện pháp hình sự chưa áp dụng cho trường hợp xâm phạm nào. Theo báo cáo của Liên minh Châu Âu, Việt Nam là một trong những quốc gia có chế tài áp dụng đối với các hành vi vi phạm quyền sở hữu trí tuệ tương đối thấp, chưa có tác dụng răn đe bên cạnh các quốc gia như Argentina, Brazil, Ấn Độ, Nigeria, Nga, Ả Rập Xê Út, Hàn Quốc, Thái Lan, Thổ Nhĩ Kỳ, Các Tiểu vương quốc Ả Rập Thống Nhất¹⁷³.

Thứ ba, thiếu các cán bộ SHTT được đào tạo về QTG đối với CTMT, bao gồm đội ngũ thẩm phán, Thanh tra viên, Hải quan, Giám định viên. Thông qua vụ án trộm cắp viên long châu cho thấy chúng ta cần tăng cường hơn việc tổ chức tập huấn, đào tạo và phổ biến kiến thức về QTG đối với CTMT cho đội ngũ cán bộ thực thi, đặc biệt là thẩm phán.

Thứ tư, vấn đề nhận thức các hoạt động liên quan QTG đối với CTMT của các chủ thể sử dụng CTMT như người dùng CTMT, hoặc các doanh nghiệp phần mềm chưa cao. Người tiêu dùng Việt Nam vẫn thích sử dụng các CTMT miễn phí được tải từ internet hoặc tìm cách phá vỡ các biện pháp kỹ thuật mà chủ sở hữu QTG đối với

¹⁷² European Commission (2019), Report on the protection and enforcement of intellectual property rights in third countries. Brussels, 8.1.2020 https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158561.pdf

¹⁷³ European Commission (2019), Report on the protection and enforcement of intellectual property rights in third countries. Brussels, 8.1.2020, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158561.pdf

CTMT áp dụng. Và việc xử lý những hành vi xâm phạm của chủ thể là cá nhân này thường ít khả thi do số lượng hành vi xâm phạm lớn, nhưng giá trị của mỗi trường hợp xâm phạm lại không lớn, gây ra sự ngại ngần cho các chủ thể quyền cũng như cơ quan có thẩm quyền trong quá trình thực thi.

Thứ năm, hoạt động thực thi chủ yếu phụ thuộc vào các biện pháp hành chính, mà cụ thể là quá trình thanh tra, kiểm tra, xử phạt vi phạm hành chính của Thanh tra Bộ Văn Hóa Thể Thao Và Du Lịch. Không những vậy, quá trình thực thi các biện pháp dân sự cũng phụ thuộc nhiều vào biện pháp hành chính.

Các biện pháp hình sự và dân sự, hành chính là những biện pháp xử phạt hành vi xâm phạm; kiểm soát biên giới và biện pháp công nghệ mang tính chất ngăn ngừa. Tuy nhiên, các chủ thể quyền thường thích áp dụng biện pháp dân sự hơn do bản chất và đặc thù của quyền sở hữu trí tuệ là quyền dân sự, cần bồi thường để khắc phục thiệt hại và những khoản tiền phạt chạm vào lợi ích kinh tế của chủ thể có hành vi xâm phạm quyền. Biện pháp nào hiện nay đang đóng vai trò quan trọng tại Việt Nam.

4.4. Nâng cao hiệu quả thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Mục đích của việc nâng cao hiệu quả thực thi quyền SHTT không phải là để yêu cầu tuân thủ nghiêm các quy định của quyền SHTT mà để phát triển kinh tế-xã hội của quốc gia. Do vậy, mục đích của nâng cao thực thi QTG đối với CTMT là để phát triển hệ thống các sản phẩm phần mềm đa dạng đáp ứng nhu cầu phát triển kinh tế-xã hội.

4.4.1. Các yếu tố tác động vào hiệu quả thực thi quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Quá trình thực thi QTG đối với CTMT chịu sự ảnh hưởng bởi các yếu tố như chất lượng pháp luật về QTG đối với CTMT, ý thức của chủ thể thực thi, hợp tác quốc tế trong lĩnh vực QTG đối với CTMT, mức độ tương quan giữa giá bản quyền CTMT và thu nhập của người sử dụng.

Thứ nhất, chất lượng của hệ thống các quy phạm pháp luật về quyền tác giả đối với chương trình máy tính

Tác động trực tiếp đến quá trình thực thi, trước hết đó là chất lượng của hệ thống pháp luật. Rõ ràng, việc thực thi QTG đối với CTMT phải dựa trên các quy phạm pháp luật liên quan đến QTG đối với CTMT. Chất lượng của hệ thống các quy phạm pháp luật liên quan cần xét những yếu tố sau:

(i) Sự tương thích giữa pháp luật Việt Nam với pháp luật của quốc gia đầu tư vào Việt Nam và tương thích với Hiệp định, Công ước quốc tế mà Việt Nam tham gia (a) Nếu các quy định pháp luật không tương thích với các quy tắc và tiêu chuẩn quốc tế hoặc nếu không sẽ ảnh hưởng tiêu cực đến việc khai thác thương mại các quyền sở hữu trí tuệ; (b) những thách thức và hạn chế thực tế (chẳng hạn như chuyển giao công nghệ hoặc buộc cho phép sử dụng bản quyền vì không nằm trong giới hạn QTG.

(ii) Chế tài xử phạt phải đạt đến mức độ đủ trừng phạt, răn đe hành vi xâm phạm. Thủ tục thiếu sót, tồn đọng trong đăng ký quyền, mức xử phạt không đủ sức răn đe, thiếu chuyên môn, thiếu ý thức và thiếu minh bạch có tác động tiêu cực đến việc bảo vệ và thực thi QTG đối với CTMT;

(iii) Hệ thống cưỡng chế bảo đảm thi hành các quyết định của Tòa án, cơ quan quản lý hành chính bao gồm các biện pháp cưỡng chế bảo đảm thi hành các bản án hình sự, dân sự và các quyết định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực QTG đối với CTMT.

Thứ hai, giá bản quyền và mức thu nhập của người sử dụng, doanh thu của doanh nghiệp sử dụng CTMT

Mỗi CTMT trước khi được ban hành ra thị trường đã được định giá bán đáp ứng tiêu chí thu hồi lại những chi phí trong quá trình nghiên cứu, sản xuất, ngoài ra còn thêm khoảng giá trị thặng dư bảo đảm tái sản xuất cho nhà đầu tư. Trung bình giá dành cho thị trường Việt Nam nếu mua trực tiếp tại website của Microsoft một bộ phần mềm Microsoft 360 văn phòng dành cho cá nhân sẽ là 99,99 usd và tại Mỹ là 149 usd, giá cho thuê dành cho cho doanh nghiệp sẽ là 20usd/tháng cho cả thị trường Việt Nam và Mỹ. Hệ điều hành Microsoft window 10 pro bán cho thị trường Việt Nam dành cho dành cho cá nhân là 200 usd và doanh nghiệp là 294usd, được sử dụng trọn đời. Tại Mỹ giá của các CTMT này sẽ lần lượt là 139 usd dành cho cá nhân và 199 usd dành cho doanh nghiệp¹⁷⁴¹⁷⁵. Nếu so giá bán với mức thu nhập của Mỹ và Việt Nam thì giá bán cho thị trường Mỹ vẫn phù hợp hơn so với mức thu nhập của Việt Nam trong khi đó GDP (tổng sản phẩm quốc nội) năm 2020 Việt Nam là 2.750 USD¹⁷⁶. còn Mỹ là 63.051usd/ người¹⁷⁷. Như vậy GDP của Mỹ cao gấp 22,9 lần so

¹⁷⁴ Microsoft, <https://www.microsoft.com/vi-vn/microsoft-365/buy/compare-all-microsoft-365-products>

¹⁷⁵ Microsoft, <https://www.microsoft.com/en-us/store/b/windows?activetab=tab%3ashopwindows10>

¹⁷⁶ Báo cáo của Chính phủ về tình hình kinh tế xã hội tới Kỳ họp thứ 10, Quốc hội khoá 14

¹⁷⁷ Thống kê chỉ số GDP, États-Unis d'Amérique - PIB par habitant, <https://knoema.fr/atlas/%c3%89tats-Unis-dAm%c3%a9rique/PIB-par-habitant>

với Việt Nam nhưng người dân và doanh nghiệp Việt Nam phải chi trả cho những khoản chi phí về QTG đối với CTMT gần như tương đương với giá của người dân và doanh nghiệp Mỹ. Đây cũng là một trong những nguyên nhân dẫn đến tỷ lệ vi phạm QTG đối với CTMT còn tương đối cao tại Việt Nam. Một máy tính cá nhân hoạt động không chỉ có phần mềm hệ thống mà còn rất nhiều các phần mềm ứng dụng, chưa kể dùng phần mềm trong các thiết bị khác trong sinh hoạt cá nhân như điện thoại. Còn đối với chủ thể là doanh nghiệp, chi phí trung bình dành cho CTMT khoảng 7 – 11% chi phí vận hành của công ty¹⁷⁸. Do vậy, chủ thể sử dụng CTMT tại Việt Nam thường có tâm lý sử dụng những CTMT miễn phí, thậm chí, nếu có cơ hội thì sử dụng những CTMT đã bị vô hiệu hóa về bản quyền tương đối phổ biến và dễ dàng trên internet.

Theo lý thuyết về hành vi người tiêu dùng, khi sử dụng ngân sách của mình để mua sắm hàng hóa và dịch vụ, bất kỳ người tiêu dùng nào cũng hướng tới ích lợi thu được và ích lợi thu được càng nhiều càng tốt. Điều gì xảy ra khi giá cả hàng hóa tiêu dùng thay đổi? Cá nhân sẽ thay đổi tổ hợp hàng hóa tiêu dùng để tối đa hóa lợi ích. Vì thế, hiệu quả thực thi QTG đối với CTMT không chỉ phụ thuộc vào chất lượng hệ thống pháp luật, ý thức chủ thể, mức độ răn đe của các biện pháp thực thi mà còn thuộc vào sự tương quan hợp lý giữa giá bản quyền và thu nhập của chủ thể sử dụng. Chính vì lẽ đó mà Chính phủ Việt Nam đã có những thỏa thuận giá với Microsoft - công ty sản xuất hệ điều hành lớn nhất thế giới hiện nay để các cơ quan, tổ chức của Nhà nước có thể sử dụng CTMT có bản quyền với mức giá hợp lý. Bản quyền Phần mềm văn phòng MicroSoft để sử dụng trong các cơ quan nhà nước bao gồm các Bộ, Cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Ủy ban nhân dân các Tỉnh/Thành phố trực thuộc Trung ương và các cơ quan của Đảng và Quốc hội¹⁷⁹. Tỷ lệ bản quyền giảm mạnh khi chính phủ phối hợp với Microsoft vì việc thỏa thuận hợp đồng sử dụng phần mềm phù hợp với khả năng tài chính, trình độ phát triển và thu nhập của Việt Nam.

Thứ ba, nhận thức của chủ thể sử dụng CTMT và trình độ của chủ thể tiến hành các biện pháp thực thi QTG đối với CTMT

¹⁷⁸ Tarun Sawney (2020) https://vnreview.vn/tin-tuc-thi-truong/-/view_content/content/3102169/giam-doc-lien-minh-phan-mem-bsa-khong-chi-tra-cho-phan-mem-ban-quyen-vi-muon-tiet-kiem-chi-phi-la-mot-suy-nghi-rat-sai-lech truy cập 06/3/2021

¹⁷⁹ Công văn số 308/ƯDCNTT ngày 09/03/2007 của Bộ Bưu chính, Viễn thông (nay là Bộ Thông tin và Truyền thông) triển khai thỏa thuận hợp đồng “Bản quyền Phần mềm văn phòng MicroSoft”

Vào năm 2009 hai nhà nghiên cứu Đào Minh Đức và Trần Lạc Hồng đã thực hiện khảo sát thực trạng nhận biết và xác lập quyền SHTT đối với phần mềm tại Việt Nam đã đưa ra kết luận 4 yếu tố ảnh hưởng đến mức độ nhận biết TSTT trong lĩnh vực công nghệ phần mềm tại Việt Nam là ¹⁸⁰: truyền thông nội bộ, vai trò cơ quan quản lý nhà nước; hoạt động đào tạo, xây dựng nhận thức và cuối cùng là trình độ đội ngũ lao động.

(1) Yếu tố truyền thông nội bộ, đó là thông tin SHTT trong nghiên cứu của Ủy Ban Kinh tế Liên Hiệp quốc châu Âu - United Nations Economic Commission for Europe (2011) cũng đã nêu thông tin là yếu tố quan trọng nhất để có thể nâng cao sự nhận biết của cộng đồng về SHTT thông qua các công cụ là tài liệu in truyền thống hoặc tài liệu trực tuyến¹⁸¹. Việc nhận thức của chủ sở hữu QTG đối với CTMT đến vấn đề SHTT trong doanh nghiệp sẽ thúc đẩy sự quan tâm của đội ngũ nhân viên trong doanh nghiệp, từ đó xây dựng một chiến lược thực thi QTG đối với CTMT hiệu quả cho doanh nghiệp.

(2) Đối với hoạt động đào tạo, bên cạnh việc nắm bắt thông tin về QTG đối với CTMT, cần phải thực hiện nhiều hoạt động đào tạo về QTG đối với CTMT để nâng cao nhận thức của chủ thể sử dụng CTMT cũng như nhận thức của đội ngũ cán bộ thực thi QTG đối với CTMT.

Thứ tư, hệ thống tổ chức đại diện cho các doanh nghiệp phần mềm

Các tổ chức đại diện cho các doanh nghiệp phần mềm sẽ có các phương án để phát hiện các hành vi xâm phạm và từ đó thay mặt các chủ sở hữu CTMT tiến hành các hoạt động thực thi QTG đối với CTMT. Hoạt động của các tổ chức đại diện này tác động rất lớn đến hiệu quả thực thi quyền SHTT, ví dụ ở Thái Lan, người dùng không muốn trả tiền bản quyền cho các sản phẩm trí tuệ vì không tin tưởng vào các tổ chức quản lý tập thể về các sản phẩm trí tuệ ở Thái Lan¹⁸².

Hiện nay có hai tổ chức đại diện cho các doanh nghiệp phần mềm đang hoạt động tại Việt Nam là BSA - Liên minh các doanh nghiệp phần mềm và VINASA là

¹⁸⁰ Đào Minh Đức & Trần Lạc Hồng (2009), Hướng dẫn nhận biết, tuân thủ và vận dụng pháp luật sở hữu trí tuệ trong lĩnh vực công nghệ phần mềm (dưới góc nhìn quản trị tài sản trí tuệ), Sở Khoa học & Công nghệ TP. Hồ Chí Minh

¹⁸¹ Đào Minh Đức & Trần Lạc Hồng (2009), Hướng dẫn nhận biết, tuân thủ và vận dụng pháp luật sở hữu trí tuệ trong lĩnh vực công nghệ phần mềm (dưới góc nhìn quản trị tài sản trí tuệ), Sở Khoa học & Công nghệ TP. Hồ Chí Minh

¹⁸² European Commission (2019), Report on the protection and enforcement of intellectual property rights in third countries . Tr 45

Hiệp hội Phần mềm và Dịch vụ Công nghệ thông tin Việt Nam. Dưới góc độ bảo vệ lợi ích của chủ thể QTG đối với CTMT thì VINASA bảo vệ quyền lợi cho các doanh nghiệp phần mềm của Việt Nam đang hoạt động tại Việt Nam và BSA bảo vệ cho các thành viên là các doanh nghiệp phần mềm trên thế giới. Thực tiễn cho thấy kể từ khi có sự tham gia của BSA vào nghiên cứu các hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT tại Việt Nam, với những số liệu thống kê qua từng năm đã liên tục thúc đẩy Chính phủ Việt Nam phải tiến hành các cuộc thanh tra, kiểm tra QTG đối với CTMT tại các doanh nghiệp, thắt chặt các biện pháp thực thi. Cả hai tổ chức đại diện này đều thường xuyên có các thông tin đến các doanh nghiệp nhằm cảnh báo những nguy cơ khi sử dụng phần mềm không có bản quyền.

Thứ năm, hợp tác quốc tế trong việc thực thi QTG đối với CTMT

Vấn đề phối hợp với các quốc gia và các tổ chức quốc tế, các khu vực để nâng cao thực thi QTG đối với CTMT vì: đa số các CTMT được sử dụng tại Việt Nam hiện nay được nhập từ các chủ sở hữu nước ngoài, các hành vi xâm phạm CTMT cũng thường diễn ra trên mạng internet, mang tính chất xuyên quốc gia, do vậy cần phải có sự phối hợp của các bên để tiến hành thực thi. Việt Nam đang hội nhập vào nền kinh tế quốc tế với việc tham gia ký kết nhiều điều ước song phương và đa phương như EFVTA, CPTTP, RCEP...điều này mang lại cho Việt Nam nhiều cơ hội nhưng cũng đặt ra không ít thách thức buộc quá trình thực thi phải có sự phối hợp với các quốc gia và các tổ chức quốc tế liên quan QTG.

Việt Nam hiện nay đã thực hiện tốt công tác hợp tác quốc tế với những quốc gia và tổ chức như: Cục Sở hữu trí tuệ và WIPO ký Thỏa thuận hợp tác về việc triển khai Hệ thống quản trị đơn sở hữu công nghiệp¹⁸³, Đối với hoạt động hợp tác trong khối ASEAN, với tư cách là Chủ tịch Nhóm công tác về Hợp tác sở hữu trí tuệ ASEAN (AWGIPC) nhiệm kỳ 2019-2021¹⁸⁴. Các hoạt động quản trị công về sở hữu trí tuệ cũng ngày càng được nâng cao nhờ vào các dự án hợp tác quốc tế. Cụ thể, Cục Sở hữu trí tuệ đã trình các cấp có thẩm quyền phê duyệt việc tiếp nhận Hệ thống tự động hóa quản trị sở hữu công nghiệp (WIPO IPAS) và Dự án Số hóa tài liệu sở hữu công nghiệp với sự trợ giúp của WIPO. Cục Sở hữu trí tuệ cũng phối hợp với các đối

¹⁸³ Cục Sở hữu trí tuệ (2020), Hợp tác quốc tế về sở hữu trí tuệ: góp phần thúc đẩy công cuộc hội nhập kinh tế quốc tế, http://www.noip.gov.vn/vi_VN/web/guest/hoat-ong-shcn-trong-nuoc/-/asset_publisher/7xsjBfqhCDAV/content/hop-tac-quoc-te-ve-so-huu-tri-tue truy cập 21/2/2021

¹⁸⁴ Cục Sở hữu trí tuệ (2020), Hợp tác quốc tế về sở hữu trí tuệ: góp phần thúc đẩy công cuộc hội nhập kinh tế quốc tế, http://www.noip.gov.vn/tin-tuc-su-kien/-/asset_publisher/7xsjBfqhCDAV/content/hop-tac-quoc-te-ve-so-huu-tri-tue-nam-2020-no-luc-vuot-qua-nhung-thach-thuc-cua-ai-dich truy cập 21/2/2021

tác Canada, Nhật Bản, Hàn Quốc xây dựng, trình phê duyệt các đề xuất dự án Thực thi Hiệp định CTPPP trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ với Canada; Dự án Nâng cao năng lực xử lý đơn sở hữu công nghiệp tại Cục Sở hữu trí tuệ với Nhật Bản và Dự án Nâng cao năng lực quản trị công về sở hữu trí tuệ với Hàn Quốc làm cơ sở để triển khai từ năm 2021. Đây là các dự án quan trọng, có tác động lâu dài, đảm bảo sự phát triển nhanh và bền vững của Cục trong tương lai, tập trung vào việc hoàn thiện thể chế và nâng cao năng lực tự động hóa quản trị sở hữu công nghiệp. Cục Sở hữu trí tuệ cũng đã phối hợp với các đối tác nước ngoài như Cơ quan Sáng chế Châu Âu (EPO), Cơ quan Sở hữu trí tuệ Châu Âu (EUIPO), Trung tâm Sở hữu công nghiệp châu Á - Thái Bình Dương (APIC), Cơ quan Sáng chế và Nhãn hiệu Hoa Kỳ (USPTO), Trung tâm Phương Nam (South Center),... tổ chức một loạt hội thảo, khóa đào tạo nhằm nâng cao năng lực cho cán bộ của Cục và các cơ quan liên quan.

Trong lĩnh vực phần mềm, chúng ta đã phối hợp với BSA - Liên minh các doanh nghiệp phần mềm tiến hành nghiên cứu, cũng như phát hiện và xử lý các hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT. Ngoài ra, vào năm 2002, VINASA - đã gia nhập Tổ chức Công nghiệp Điện toán châu Á – châu Đại Dương. Đây là một Tổ chức tập hợp những hiệp hội CNTT, chủ yếu là công nghiệp phần mềm trong khu vực châu Á và châu Đại Dương và Liên minh các dịch vụ và CNTT Thế giới. Năm 2016, VINASA chính thức là thành viên Liên minh CNTT Châu Á Thái Bình Dương. Đây là liên minh của các Hiệp hội CNTT quốc gia đại diện cho các nền kinh tế châu Á Thái Bình Dương nhằm xây dựng và tăng cường mạng lưới hợp tác, thúc đẩy phát triển CNTT, trao đổi công nghệ, liên kết CNTT giữa các quốc gia trong Tổ chức ra thị trường toàn cầu¹⁸⁵.

4.4.2. Đề xuất nâng cao hiệu quả thực thi quyền tác giả đối với CTMT

Để nâng cao hiệu quả thực thi QTG đối với CTMT chúng ta cần chú ý vào những vấn đề sau: *Thứ nhất*, hoàn thiện các biện pháp thực thi về QTG đối với CTMT; *Thứ hai*, Tăng cường hợp tác quốc tế trong lĩnh vực bản quyền về CTMT; *Thứ ba*, nâng cao nhận thức của chủ thể sử dụng QTG đối với CTMT; *Thứ tư*, đào tạo đội ngũ thực thi QTG đối với CTMT. Trong các biện pháp nâng cao hiệu quả thực thi có thể xét dưới cách tiếp cận với tiêu chí lợi ích tài chính có thể được phân biệt thành hai nhóm chính: (1) nhóm các biện pháp tiếp cận vào lợi tài chính bao gồm các biện tác

¹⁸⁵ Hiệp hội phần mềm và dịch vụ công nghệ thông tin Việt, Hợp tác quốc tế Nam <http://www.vinasa.org.vn/vinasa/4/3074/4267/hop-tac-quoc-te/> truy cập 13/2/2021

động trực tiếp vào lợi ích kinh tế của chủ thể có hành vi xâm phạm như: như tăng cường các mức bồi thường về dân sự, tăng mức xử phạt tiền trong vi phạm hành chính, hình sự, thương lượng về giá bản quyền, và (2) các phương pháp tiếp cận phi tài chính không tập trung lợi ích kinh tế trực tiếp của các chủ thể như các thủ tục và chiến dịch nâng cao nhận thức cho các chủ thể sử dụng CTMT, hợp tác quốc tế, thành lập trung tâm tư vấn bản quyền, tăng cường phát triển mã nguồn mở. Cả hai nhóm biện pháp này đều cần thiết cho các hệ thống thực thi QTG đối với CTMT hiệu quả.

Nếu tiếp cận các giải pháp bằng tiêu chí quy phạm luật thì có thể phân ra thành hai nhóm biện pháp: (1) các biện pháp mang tính quy phạm luật định như tăng cường các mức bồi thường về dân sự, tăng mức xử phạt tiền trong vi phạm hành chính, hình sự và (2) các biện pháp không mang tính quy phạm mà chỉ mang tính chiến lược như thương lượng về giá bản quyền, nâng cao nhận thức cho các chủ thể sử dụng CTMT, hợp tác quốc tế, thành lập trung tâm tư vấn bản quyền, tăng cường phát triển mã nguồn mở.

(1) Hoàn thiện các biện pháp thực thi về QTG đối với CTMT

(a) Đối với các biện pháp tự bảo vệ QTG đối với CTMT bằng áp dụng công nghệ

Xã hội hiện đại ngày nay cho phép các tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học được bảo vệ QTG có thể được số hóa, được tải lên xuống, sao chép, phổ biến tại hệ thống mạng internet mà không tốn quá nhiều công sức cũng như chi phí. CTMT cũng vậy, trong một hệ thống mạng máy tính mở là Internet phải đối mặt với những vấn đề mới về bảo vệ và quản lý QTG trong môi trường điện tử, các chủ sở hữu luôn tìm các sáng kiến phát triển các loại biện pháp công nghệ khác nhau để bảo vệ QTG cho CTMT của mình. Do vậy theo NCS, cần bổ sung hành vi tạo các biện pháp kỹ thuật vô hiệu hóa các biện pháp mà chủ sở hữu áp dụng để bảo vệ tác phẩm vào khoản 4 Điều 28 Luật SHTT, tránh bỏ sót hành vi xâm phạm. Thực tiễn các hành vi xâm phạm hiện nay chủ yếu là việc cài CTMT trái phép với số lượng lớn từ những chủ thể dùng với mục đích cá nhân là ít bị xử lý nhất. Lý do là chi phí xử lý trường hợp này khá tốn kém so với giá trị bị xâm phạm cho mỗi trường hợp, nhưng lại là một thiệt hại lớn cho tổng các hành vi xâm phạm. Nhưng bản thân người dùng cá nhân thông thường không tạo ra được các biện pháp để vô hiệu hóa bản quyền mà do những người có chuyên môn thực hiện. Do vậy, nếu bỏ qua hành vi này thì không xử lý được nếu phát hiện cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi tạo ra các biện pháp này. Cụ thể

Khoảng 14 Điều 28 Luật SHTT: *Sản xuất, lắp ráp, biến đổi, phân phối, nhập khẩu, xuất khẩu, bán hoặc cho thuê thiết bị khi biết hoặc có cơ sở để biết thiết bị đó làm vô hiệu các biện pháp kỹ thuật do chủ sở hữu quyền tác giả thực hiện để bảo vệ quyền tác giả đối với tác phẩm của mình.*

Kiến nghị bổ sung: *"Sản xuất, lắp ráp, biến đổi, phân phối, nhập khẩu, xuất khẩu, bán hoặc cho thuê **biện pháp**, thiết bị khi biết hoặc có cơ sở để biết **biện pháp**, thiết bị đó làm vô hiệu các biện pháp kỹ thuật do chủ sở hữu quyền tác giả thực hiện để bảo vệ quyền tác giả đối với tác phẩm của mình".*

(b) Biện pháp dân sự

Cần ghi nhận bồi thường thiệt hại ấn định mức tối thiểu trong trường hợp không chứng minh được thiệt hại thực tế xảy ra đối với trường hợp xâm phạm QTG. Thực tiễn cho thấy những hành vi xâm phạm xảy ra trên internet khá phổ biến bởi người dùng CTMT. Nếu không có quy định này thì khó bảo đảm ý thức tự giác thực thi của người dùng. Nhiều chủ thể quyền có tâm lý e ngại việc khởi kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại vì phải chứng minh thiệt hại xảy ra và trên thực tế chi phí tiến hành tố tụng, chứng minh vượt quá mức thiệt hại có thể yêu cầu bồi thường. Do vậy rất nhiều hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT đã được xác định nhưng chủ thể quyền lại không yêu cầu truy cứu trách nhiệm pháp lý hay yêu cầu bồi thường. Theo Điểm d Khoản 1 Điều 205 Luật SHTT trong trường hợp không thể xác định được mức bồi thường thiệt hại về vật chất thì mức bồi thường thiệt hại về vật chất do Tòa án ấn định, tùy thuộc vào mức độ thiệt hại, nhưng không quá 5 trăm triệu đồng. Theo NCS nên ấn định một số tiền tối thiểu cụ thể là 3 triệu cho mỗi hành vi xâm phạm. Việc ấn định số tiền 3 triệu VNĐ (gấp 2 lần mức lương cơ sở) theo NCS không quá cao, cũng như không quá thấp và có thể thi hành đối với người có hành vi xâm phạm, nhưng cũng đủ để khiến cho chủ thể thực hiện hành vi phải cân nhắc lại về hậu quả trước khi thực hiện việc xâm phạm. Đồng thời để khuyến khích các chủ thể mạnh dạng tiến hành khởi kiện bảo vệ quyền của mình, và cũng thuận tiện cho thẩm phán trong công tác xét xử khi việc xác định giá trị thiệt hại từ những hành vi xâm phạm nhỏ. Thiệt hại không chứng minh được thường rơi vào trường hợp thiệt hại không cao, nếu thiệt hại cao thì bên nguyên đơn thường sẽ có những chứng cứ để chứng minh cụ thể. Do vậy nếu áp dụng ấn định mức bồi thường tối thiểu sẽ tác động lên ý chí của chủ thể bị xâm phạm QTG nói chung và QTG đối với CTMT nói riêng. Nếu trước đây, chủ thể sẽ ngần ngại khi gửi đơn khởi kiện ra Tòa án yêu cầu chấm dứt hành vi xâm phạm

nếu trường hợp xâm phạm thực hiện bởi cá nhân độc lập, mức thiệt hại không cao thì với quy định bồi thường ấn định tối thiểu trong trường hợp không chứng minh được thiệt hại này sẽ khuyến khích chủ thể quyền thực hiện quyền yêu cầu tại tòa, chỉ cần chứng minh được có hành vi xâm phạm thì tối thiểu nguyên đơn cũng được bồi thường ít nhất là 3 triệu đồng. Nếu chúng ta có ấn định mức bồi thường tối thiểu thì dự kiến các vụ kiện về yêu cầu chấm dứt hành vi xâm phạm kèm theo bồi thường thiệt hại sẽ tăng lên. Đối với các chủ thể sử dụng CTMT sẽ ngại về việc trả chi phí cho mỗi vụ kiện, dần dần hình thành văn hóa tôn trọng QTG với các tác phẩm, quá trình thực thi QTG đối với CTMT sẽ hiệu quả hơn.

Do vậy NCS kiến nghị cần sửa đổi Khoản 6 Điều 203 Luật *SHTT* "*Trong trường hợp có yêu cầu bồi thường thiệt hại thì nguyên đơn phải chứng minh thiệt hại thực tế đã xảy ra và nêu căn cứ xác định mức bồi thường thiệt hại theo quy định tại Điều 205 của Luật này*"

Kiến nghị bổ sung: "*Trong trường hợp có yêu cầu bồi thường thiệt hại thì nguyên đơn phải chứng minh thiệt hại thực tế đã xảy ra và nêu căn cứ xác định mức bồi thường thiệt hại theo quy định tại Điều 205 của Luật này. Nếu không xác định được thiệt hại như điều 205 Luật này thì nguyên đơn có quyền yêu cầu bị đơn phải thanh toán số tiền là 3 triệu đồng tương ứng với hành vi xâm phạm.*"

(c) *Biện pháp hình sự*

Thực tiễn Việt Nam hiện nay chưa xử lý hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT bằng biện pháp hình sự. Tuy nhiên điều đó không có nghĩa là chưa có các hành vi thỏa mãn cấu thành tội phạm về QTG đối với CTMT. Không phải riêng gì Việt Nam mà trên thế giới số lượng trường hợp xử lý hình sự về vi phạm QTG đối với CTMT hầu như rất hiếm, đa số là những trường hợp thực hiện hành vi tấn công hệ thống mạng để nhằm mục đích tống tiền hay lấy cắp dữ liệu, làm rối loạn hoạt động hệ thống mạng. Do vậy, cần tiến hành truy cứu trách nhiệm pháp lý về hình sự điển hình những trường hợp có hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT, nhất là các doanh nghiệp hiện nay đang sử dụng phần mềm không có bản quyền với giá trị vi phạm trên 500 triệu hoặc có quy mô thương mại là khá nhiều, đã đủ điều kiện để khởi tố hình sự nhằm nâng cao hiệu quả thực thi và răn đe những chủ thể khác có nguy cơ xâm phạm.

Ngoài ra, thực tiễn hiện nay các hành vi chiếm đoạt các vật phẩm trong game online cũng tương đối nhiều buộc tòa án phải đối mặt với các vụ án với tội danh trộm cắp tài sản hay cướp tài sản. Như đã phân tích tại mục (3) 4.3.2 các quy định của pháp

luật hiện hành đã có điều chỉnh về vấn đề này nên quan điểm của NCS là chúng ta không cần phải sửa đổi bổ sung luật đối với nội dung này mà chỉ cần thay đổi cách hiểu trong hoạt động áp dụng pháp luật: Cụ thể cần nhìn nhận các tài sản trong game online bản chất là CTMT, và chỉ có nhà sản xuất game mới được xem là người sở hữu, những cá nhân chơi game chỉ là người sử dụng được cấp phép, nên các hành vi xâm phạm vào quyền sử dụng các vật phẩm trong game online nên được xem là hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT. Thực tiễn các hành vi như dùng biện pháp vũ lực yêu cầu người chơi mở tài khoản chuyển các vật phẩm qua tài khoản game online, hoặc hack tài khoản chơi game của người chơi hợp pháp chuyển các vật phẩm qua tài khoản khác thì không áp dụng như tài sản hữu hình để truy tố hành vi trộm cắp tài sản hay cưỡng đoạt tài sản mà áp dụng các thỏa thuận trong giấy phép sử dụng game của nhà sản xuất ban hành và các quy phạm QTG về xâm phạm quyền sao chép tác phẩm trong Luật SHTT, và nhóm các quy phạm xâm phạm về QTG tại điều 225 BLHS.

(d) Biện pháp hành chính

Dù bản chất của tài sản trí tuệ là quyền dân sự, tuy nhiên thực tiễn tại Việt Nam thấy rằng biện pháp hành chính đóng vai trò chủ đạo trong thực thi QTG đối với CTMT ở nước ta hiện nay. Rất nhiều chủ thể QTG đối với CTMT có đơn kiến nghị xử phạt vi phạm hành chính các hành vi xâm phạm, từ đó làm cơ sở để khởi kiện ra Tòa án yêu cầu bồi thường về dân sự. Do vậy, NCS kiến nghị tiếp tục đưa nội dung thanh tra, kiểm tra việc thực hiện QTG đối với CTMT vào kế hoạch thanh tra của Bộ Văn Hóa Thể Thao Và Du Lịch đối với các doanh nghiệp đang hoạt động tại Việt Nam (kể cả doanh nghiệp nước ngoài).

(2) Hợp tác quốc tế và đào tạo đội ngũ cán bộ thực thi, nâng cao nhận thức của chủ thể sử dụng chương trình máy tính

Để nâng cao hiệu quả thực thi quyền SHTT của các cá nhân, doanh nghiệp khi đầu tư ra nước ngoài các quốc gia phát triển đó đều có chiến lược hợp tác quốc tế với các nước là đối tác thương mại để tác động vào quá trình thực thi quyền SHTT bảo đảm quyền cho công dân, doanh nghiệp của nước mình tại nước ngoài. Ví dụ văn phòng Thực thi Sở hữu Trí tuệ của EU ủng hộ việc bảo vệ và thực thi hiệu quả các quyền SHTT trên khắp thế giới. Nhóm Thực thi Sở hữu Trí tuệ hợp tác chặt chẽ với các đại sứ và quan chức ngoại giao của các nước phục vụ trên toàn thế giới để đảm bảo lợi ích của các chủ thể quyền của EU được đại diện ở nước ngoài và để làm nổi

bật vai trò không thể thiếu của bảo hộ quyền SHTT trong việc hỗ trợ đổi mới toàn cầu và tăng trưởng kinh tế¹⁸⁶. Đối với Việt Nam cần tăng cường hợp tác quốc tế với các quốc gia có mối quan hệ thương mại với Việt Nam như Mỹ, Anh, EU, Australia, Trung Quốc, Nhật Bản...trong lĩnh vực QTG đối với CTMT để được (1) tiếp tục hỗ trợ kinh nghiệm thực thi quyền SHTT và QTG đối với CTMT, (2) phối hợp điều tra hành vi xâm phạm xuyên quốc gia và (3) hợp tác đào tạo về an ninh mạng bảo đảm an toàn cho hệ thống mạng internet của Việt Nam. Đồng thời việc hợp tác quốc tế định hướng tạo điều kiện cho Việt Nam tham gia vào các hệ thống bảo vệ QTG đối với CTMT trên quy mô toàn cầu, phát triển các nền tảng hợp tác trong khu vực và củng cố mạng lưới các tổ chức đại diện cho các doanh nghiệp phần mềm.

Trong quá trình xúc tiến hợp tác quốc tế, các hoạt động sẽ bao gồm nâng cao nhận thức về SHTT trong xã hội và năng lực sở hữu trí tuệ của khu vực sản xuất sẽ là nội dung quan trọng mà các quốc gia hướng tới. Mục tiêu cụ thể của hợp tác quốc tế trong lĩnh vực thực thi quyền SHTT là hỗ trợ hội nhập khu vực ASEAN, cộng đồng kinh tế EU, Mỹ. Nâng cấp và cải thiện hơn nữa hệ thống bản quyền tạo, bảo vệ, sử dụng, quản lý và thực thi QTG đối với CTMT trong khu vực.

Thông qua quá trình hợp tác quốc tế sẽ có các chương trình, dự án đào tạo nâng cao kiến thức đội ngũ cán bộ thực thi về QTG đối với CTMT. Chính các hoạt động này sẽ giúp cho Việt Nam tiết kiệm chi phí đào tạo, đồng thời đội ngũ cán bộ thực thi như thanh tra viên, thẩm phán, điều tra viên, hải quan có cơ hội trao đổi kinh nghiệm với các hệ thống thực thi khác nhau.

Đồng thời chú trọng các chương trình hợp tác hỗ trợ các doanh nghiệp Việt Nam đặc biệt là các doanh nghiệp vừa và nhỏ các cách tiếp cận khác nhau về các biện pháp nâng cao hiệu quả thực thi QTG đối với CTMT.

Các cơ quan thực thi QTG đối với CTMT như Thanh tra, Hải quan, Tòa án phối hợp với các doanh nghiệp phần mềm hợp tổ chức các chiến dịch nâng cao nhận thức do người dùng là các doanh nghiệp, người dân. Có thể sử dụng các phương tiện truyền thông như đài truyền hình, báo mạng, youtube, facebook để tuyên truyền những tác hại cho chính bản thân người dùng cũng như hậu quả pháp lý của việc sử dụng CTMT không có bản quyền.

¹⁸⁶ US Department of State, Intellectual property Enforcement, <https://www.state.gov/intellectual-property-enforcement/> truy cập 12/3/2021

(3) Thỏa thuận về giá bản quyền nhằm nâng cao hiệu quả thực thi QTG đối với chương trình máy tính

Buộc chuyển giao công nghệ là một vấn đề mang tính hệ thống trong quá trình thực thi quyền SHTT của Trung Quốc¹⁸⁷. Đó là một chiến lược phức tạp bao gồm nhiều hoạt động khác nhau được thực hiện bởi chính phủ Trung Quốc hoặc các tổ chức tư nhân chịu ảnh hưởng của chính phủ bằng cách gây áp lực hoặc yêu cầu các doanh nghiệp nước ngoài phải chuyển giao công nghệ của họ cho Trung Quốc để đổi lấy việc tiếp cận thị trường, tiếp cận đầu tư hoặc các phê duyệt quản trị khác. Ví dụ, Trung Quốc buộc các công ty nước ngoài chuyển giao công nghệ thường ở mức thấp hơn giá thị trường, như một điều kiện tiên quyết để truy cập và hoạt động trên một số thị trường. Việc chuyển giao công nghệ như vậy được thực hiện tự nguyện hoặc bị ép buộc thông qua hướng dẫn chính sách, pháp lý các công cụ và thông lệ, như các điều kiện để được liên doanh hoặc giới hạn vốn chủ sở hữu, thủ tục cấp phép hoặc không đủ bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ và bí mật thương mại.

Như vậy chiến lược của Trung Quốc rất khéo léo, biết tận dụng những ưu thế của một thị trường có hơn 1,3 tỷ dân để thu hút các nhà đầu tư, nhưng với sự trao đổi qua lại bằng biện pháp bảo đảm thực thi quyền SHTT từ chính phủ Trung Quốc mang lại các nguồn lợi ích kinh tế đáng kể cho các nhà đầu tư nước ngoài, nhưng đổi lại đó là sự tiếp cận không giới hạn đối với các công nghệ, tài sản trí tuệ mới cho Trung Quốc. Việt Nam cũng có thể tham khảo chiến lược này để thỏa thuận giá cho phép sử dụng bản quyền CTMT đặc biệt là hệ điều hành Microsoft khá phổ biến, các phần mềm ứng dụng thông dụng khác như chương trình diệt virus với mức hợp lý so với mức thu nhập của người dân, đổi lại là cam kết và những hành động cụ thể bảo đảm thực thi QTG đối với CTMT tốt hơn từ Chính phủ Việt Nam.

(4) Phát triển mã nguồn mở

CTMT với mã nguồn mở có nhiều ưu thế nổi bật hơn CTMT truyền thống như mức độ bảo mật, giảm thời gian phát triển CTMT, cải thiện chất lượng và giảm chi phí tạo ra CTMT, giảm thiểu các vi phạm về QTG. Hơn nữa, không giống CTMT truyền thống, CTMT nguồn mở cung cấp mã nguồn sẵn trong giấy phép kèm theo, từ đó các nhà phát triển CTMT sau có thể thay đổi sắp xếp lại các đoạn mã tạo ra những

¹⁸⁷ European Commission (2019), Report on the protection and enforcement of intellectual property rights in third countries. Tr. 19, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158561.pdf

mã nguồn mới phù hợp với nhu cầu của mình. Lợi ích lớn nhất trong việc chuyển đổi sang phần mềm tự do nguồn mở là giảm tổng chi phí sở hữu, từ các yếu tố sau: Sử dụng CTMT nguồn mở giúp giảm tối đa sự phụ thuộc vào một vài nhà cung cấp nguồn mở bổ sung thêm lựa chọn giúp tránh sức ép phải mua phần mềm bản quyền tốn kém, an toàn, an ninh, bảo mật là lợi ích hàng đầu đối với các cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp¹⁸⁸.

Nhưng cũng cần lưu ý đối với các chủ thể sử dụng mã nguồn mở không có nghĩa là được tự do sử dụng tùy ý thích mà phải thực hiện theo yêu cầu trong giấy phép. Đối với đội ngũ thực thi, giải quyết tranh chấp về mã nguồn mở cần xác định hành vi xâm phạm các yêu cầu trong giấy phép mã nguồn nghĩa là vi phạm về điều kiện sử dụng miễn phí mã nguồn nên không thỏa mãn điều kiện sử dụng mã nguồn mở thì mặc nhiên đó sẽ là hành vi xâm phạm mã nguồn đóng. Do vậy, cần áp dụng các quy định về QTG đối với CTMT để xử lý hành vi xâm phạm này.

(5) Hoạt động của tổ chức đại diện các doanh nghiệp phần mềm tại Việt Nam

Hiện nay có hai tổ chức đại diện cho doanh nghiệp phần mềm đang hoạt động tại Việt Nam là BSA và VINASA và cả hai đều có những hoạt động tích cực để nâng cao hiệu quả thực thi về QTG đối với CTMT như thành lập hotline về tư vấn bản quyền phần mềm nhằm giải đáp tất cả các vấn đề về việc sử dụng phần mềm có bản quyền và các vấn đề khác có liên quan nhưng hoạt động chưa hiệu quả, chưa có nhiều chủ thể quan tâm dù tỷ lệ vi phạm bản quyền CTMT tại Việt Nam vẫn còn khá cao. Do vậy, cần tăng cường hoạt động của 2 tổ chức đại diện cho doanh nghiệp phần mềm này theo hướng:

Mở rộng hợp tác giữa hai tổ chức đại diện cho các doanh nghiệp phần mềm là BSA và VINASA. Mỗi tổ chức với những lợi thế riêng của mình BSA (Liên Minh các doanh nghiệp phần mềm trên thế giới) với những hoạt động quy mô trên tầm quốc tế và VINASA (Hiệp hội Phần mềm và Dịch vụ Công nghệ thông tin Việt Nam) với

¹⁸⁸ Theo báo cáo của Gartner & nhiều tổ chức phân tích độc lập, Phần mềm nguồn mở giúp tăng cường độ tin cậy (có thể kiểm chứng không có mã độc với mã nguồn được phân phối kèm), ổn định (tuân theo các chuẩn mở ứng dụng lâu dài), tính an toàn, bảo mật toàn hệ thống. Trong một báo cáo năm 2011 của Bộ quốc phòng Mỹ, đơn vị này khẳng định: nguồn mở mới là an ninh, và sẽ không tồn tại phần mềm độc quyền trong quân đội và chính phủ nhờ sự phát triển của công nghệ mở. Một quốc gia không thể phụ thuộc vào một thứ không rõ ràng hoặc được độc quyền, và cách thoát khỏi nó chỉ có thể bằng phần mềm nguồn mở. Những công ty hàng đầu thế giới đang sử dụng mã nguồn mở, những quốc gia hàng đầu thế giới cũng đang chuyển sang sử dụng mã nguồn mở. Và đó không phải lựa chọn ngẫu nhiên, đó là vì lợi ích của mỗi quốc gia, mỗi doanh nghiệp: <https://vinades.vn/vi/about/Tai-sao-nen-chon-Phan-mem-tu-do-nguon-mo.html>

sự am hiểu về thị trường nội địa sẽ bổ sung, hỗ trợ cho các hoạt động của nhau trong vấn đề liên quan đến QTG đối với CTMT.

Phối hợp hai tổ chức đại diện BSA và VINASAS thành lập Trung tâm tư vấn bản quyền phần mềm dành cho các chủ thể sử dụng CTMT và chủ thể kinh doanh phần mềm nhằm thực hiện mục tiêu hạ tỷ lệ vi phạm bản quyền phần mềm ở Việt Nam xuống mức trung bình của khu vực. Các doanh nghiệp phần mềm cần có sự quảng bá về những tác hại của việc sử dụng phần mềm không hợp pháp để nâng cao ý thức của người sử dụng, đưa ra các cảnh báo về tác hại nếu sử dụng CTMT không có bản quyền. Trung tâm tư vấn bản quyền phần mềm sẽ có nhiệm vụ: Ngoài vai trò tư vấn các văn bản, chính sách liên quan đến QTG đối với CTMT, Trung tâm này còn là nơi giải đáp các vướng mắc về bản quyền phần mềm của các cá nhân, cơ quan, doanh nghiệp. Đồng thời phối hợp với cơ quan Nhà nước giải quyết các vụ việc liên quan đến vi phạm bản quyền phần mềm.

Do vậy qua chương này cho thấy việc bảo hộ ở cấp độ ban hành các quy phạm luật là chưa đủ, mà chúng ta cũng cần đảm bảo rằng các quyền được ghi nhận phải được tôn trọng thực hiện nghiêm các quyền được bảo hộ có thể được thực thi chống lại những chủ thể thực hiện xâm phạm trên thực tế. Do đó, một hệ thống thực thi QTG đối với CTMT hiệu quả cần phải kèm theo các biện pháp bảo đảm thực thi phù hợp, và một hệ thống tư pháp hiệu quả có thể bị truy tố và xét xử các hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 4

Sự thành công của luật phụ thuộc vào việc thực thi, do vậy đánh giá các quy phạm luật phải tính đến những khả năng thực thi của quy phạm trên thực tiễn. "*Luật là nỗ lực của Chính phủ và Nghị viện nhằm tạo ra một số trật tự cho một bộ phận xã hội. Nhưng việc thực thi hiệu quả việc điều chỉnh quan hệ xã hội đó phụ thuộc vào cách mà công dân sử dụng các quyền và pháp luật cung cấp, về cách các quan chức hành chính thực hiện các thẩm quyền được cấp, và cả công dân và các quan chức tuân thủ các quy tắc của nó*¹⁸⁹. Nội dung chương này đã giải quyết được những nhiệm vụ của luận án liên quan đến thực thi QTG đối với CTMT như sau:

Thứ nhất, xác định được khái niệm và nội hàm của hoạt động thực thi QTG đối với CTMT, làm rõ các chủ thể tham gia vào quá trình thực thi QTG đối với CTMT.

Thứ hai, xác định được hành vi lạm dụng QTG đối với CTMT trong quá trình thực thi.

Thứ ba, làm rõ thực tiễn thực thi QTG đối với CTMT thông qua các hành vi xâm phạm và những bất cập trong biện pháp bảo đảm thực thi.

Thứ ba, xác định được các yếu tố tác động lên thực thi QTG đối với CTMT từ đó kiến nghị hoàn thiện các quy định của luật.

Việc thực thi là một vấn đề rất quan trọng trong quá trình bảo hộ QTG đối với CTMT. Nếu không thực thi, tất cả các quy phạm luật đều trở nên vô nghĩa. Do vậy, cần xác định các hành vi xâm phạm QTG đối với CTMT, từ đó thấy được cần điều chỉnh các biện pháp bảo đảm thực thi theo hướng khắc phục những bất cập mang tính đặc thù của CTMT. Luận án đã làm rõ các yếu tố tác động lên việc thực thi QTG đối với CTMT tại Việt Nam, trên cơ sở đó kiến nghị các biện pháp nâng cao hiệu quả thực thi.

¹⁸⁹ Primavera De Filippi, Danièle Bourcier CERSA - CNRS (1995), Three-Strikes Response to Copyright Infringement: The Case of HADOPI <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01382009/document> (Herweijer & Winter, 1995). Tr 1-2.

KẾT LUẬN

Bảo hộ QTG đối với CTMT trong cuộc cách mạng 4.0 đặt ra nhiều cơ hội cũng như thách thức cho các chủ thể trong quá trình sử dụng CTMT. Luận án "*Bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính theo pháp luật Việt Nam*" đã giải quyết được những nội dung sau:

(1) Luận án đã đưa ra khái niệm về CTMT, đặc điểm và phân loại, là một tác phẩm viết đặc biệt, có sự giao thoa với các sản phẩm kỹ thuật do vậy các quy định luật cũng cần theo hướng phù hợp với những đặc điểm kỹ thuật đó: bảo đảm khả năng tương tác với các CTMT khác và tương tác với hệ điều hành máy tính; cập nhật, sửa lỗi cho các phiên bản khác nhau của CTMT bảo đảm kéo dài thời gian sử dụng của CTMT và đáp ứng với sự thay đổi của công nghệ. Các loại CTMT khác nhau dẫn đến nhu cầu bảo hộ cũng khác cho từng loại.

(2) Phân tích khái niệm và nội hàm về bảo hộ QTG đối với CTMT, đó là hoạt động xây dựng các quy phạm luật, bảo đảm thực thi QTG đối với CTMT theo hướng hài hòa lợi ích giữa các chủ thể.

(3) Lý giải một cách khoa học tại sao phải bảo hộ CTMT bằng QTG và khẳng định ưu thế của việc bảo hộ QTG đối với CTMT so với hình thức bảo hộ khác như sáng chế hay bí mật kinh doanh.

(4) Chỉ ra QTG dành cho CTMT cần phải được bảo hộ theo hướng cân bằng lợi ích của các nhóm chủ thể quyền bao gồm nhà nước, tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả và người sử dụng, các doanh nghiệp phần mềm tránh các hành vi lạm dụng quyền SHTT, tránh các hành vi hạn chế các chủ thể khác tham gia vào quá trình cung ứng thị trường phần mềm. Đây chính là nội dung có ý nghĩa quan trọng mà các nhà làm luật cần quán triệt xuyên suốt quá trình xây dựng các chính sách pháp luật về bảo hộ QTG đối với CTMT, đặc biệt là khi xác định phạm vi bảo hộ và thực thi QTG đối với CTMT.

(5) Đưa ra khái niệm về phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT, xác định được nội hàm của phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT bao gồm phạm vi về các yếu tố được bảo hộ và phạm vi quyền của các chủ thể.

(6) Đối với phạm vi đối tượng được bảo hộ, chỉ bảo hộ những biểu hiện của CTMT, không bảo hộ những gì liên quan đến ý tưởng như: quy trình, phương pháp, hệ thống cấu trúc chức năng. Trường hợp giữa ý tưởng và mã của CTMT hợp nhất

(không có cách viết mã khác để diễn đạt ý tưởng của CTMT) thì không bảo hộ mã CTMT đó.

(7) Đối với phạm vi quyền của các chủ thể được bảo hộ, luận án đã làm rõ (i) giới hạn bảo hộ quyền của chủ sở hữu CTMT trong trường hợp khuyến khích sự phát triển của ngành công nghiệp phần mềm là cho phép áp dụng kỹ thuật dịch ngược mã nguồn trong hoạt động nghiên cứu, tìm hiểu và học hỏi kỹ thuật viết mã nguồn CTMT. (ii) Giới hạn quyền của chủ sở hữu trong trường hợp chủ thể khác cần sử dụng lại mã nguồn vì mục đích làm CTMT phái sinh, hay các ứng dụng cần tương tác với CTMT gốc vì mục đích thương mại thì không cần sự đồng ý của chủ sở hữu nhưng vẫn phải trả một khoản chi phí cho chủ sở hữu mã nguồn gốc.

(8) Giới hạn bảo hộ quyền của tác giả trong trường hợp quyền bảo vệ sự toàn vẹn CTMT không nên trao cho tác giả mà phải là quyền của chủ sở hữu CTMT. Pháp luật Việt Nam về quyền bảo vệ sự toàn vẹn đối với CTMT cần phải sửa đổi phù hợp với quy luật phát triển khách quan của thị trường phần mềm bảo đảm hài hòa lợi ích của các bên chủ thể, lợi ích chung cộng đồng và thúc đẩy sự phát triển của ngành công nghiệp phần mềm tại Việt Nam.

(9) Xác định rõ ràng cụ thể phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT để các lập trình viên, nhà sản xuất phần mềm và các chủ thể khai thác sử dụng CTMT thực hiện quyền phù hợp với nhu cầu và quy luật phát triển của thị trường phần mềm hơn.

(10) Xác định được khái niệm về thực thi QTG đối với CTMT là các hoạt động của cơ quan nhà nước có thẩm quyền bảo đảm các quyền của tác giả được thực hiện trên thực tiễn và xử lý các hành vi vi phạm quyền của các chủ thể cũng như quyền ngăn ngừa các hành vi vi phạm quyền tác giả và nội hàm của hoạt động thực thi QTG đối với CTMT là bảo đảm quyền của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả đối với CTMT được thực hiện bằng các biện pháp pháp lý để các chủ thể thực hiện quyền, các biện pháp xử lý hành vi xâm phạm và ngăn ngừa các hành vi xâm phạm xảy ra trong tương lai.

(11) Xác định được để bảo đảm sự cân bằng lợi ích của các chủ thể trong thực thi QTG đối cần tránh lạm dụng bản quyền. Xác định được hành vi lạm dụng QTG đối với CTMT trong quá trình thực thi với CTMT phân biệt được hành vi lạm dụng và hành vi cạnh tranh không lành mạnh.

(12) Làm rõ thực tiễn thực thi QTG đối với CTMT thông qua các hành vi xâm phạm và những bất cập trong biện pháp bảo đảm thực thi, cụ thể: về yêu cầu bồi thường thiệt hại trong trường hợp không chứng minh được thiệt hại, khó áp dụng về

các biện pháp khẩn cấp tạm thời cho đối tượng là CTMT nếu hành vi thực hiện trên mạng internet, nhận diện tài sản là CTMT trong các vụ án, vai trò của biện pháp hành chính đối với quá trình thực thi, và trách nhiệm hình sự đối với hành vi xâm phạm.

(13) Xác định được các yếu tố tác động lên thực thi QTG đối với CTMT bao gồm chất lượng hệ thống pháp luật về QTG áp dụng lên CTMT; giá bản quyền và mức thu nhập của người sử dụng doanh thu của doanh nghiệp; nhận thức của chủ thể sử dụng CTMT và trình độ của chủ thể tiến hành thực thi; hệ thống tổ chức đại diện cho các doanh nghiệp phần mềm; hợp tác quốc tế trong thực thi QTG đối với CTMT.

(14) Dựa trên các yếu tố tác động đó, luận án đã kiến nghị hoàn thiện các quy định của luật như: hoàn thiện các quy định về xác định phạm vi bảo hộ QTG đối với CTMT, các kiến nghị về biện pháp thực thi, kiến nghị về áp dụng trong thực tiễn liên quan mã nguồn mở, về thỏa thuận giá bản quyền, về hợp tác với các tổ chức quốc tế và các quốc gia để trao đổi học hỏi kinh nghiệm trong thực thi QTG đối với CTMT.

Làm thế nào để Nhà nước có thể ban hành các quy định luật bản quyền đủ linh hoạt để đối phó với sự thay đổi của các công nghệ mới và không lường trước được trong khi vẫn giữ được sự rõ ràng về pháp lý là một câu hỏi không đơn giản để trả lời. Với những nghiên cứu về bảo hộ QTG đối với CTMT luận án hi vọng sẽ giải quyết được một số bất cập còn tồn tại, và mở ra những cơ hội cho các nhà phát triển CTMT tận dụng những quyền hợp pháp của mình để tạo ra những ứng dụng mới hơn, tiến bộ hơn.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

A. Văn bản pháp luật

Văn bản pháp luật do Việt Nam ban hành

1. Hiến pháp nước Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013
2. Bộ luật Dân sự 1995
3. Bộ luật Dân sự 2005
4. Bộ luật Dân sự 2015.
5. Luật Sở hữu trí tuệ 2005 sửa đổi năm 2009, năm 2019.
6. Luật Công nghệ thông tin năm 2006, sửa đổi năm 2017.
7. Bộ Luật Hình sự năm 2015, sửa đổi năm 2017.
8. Pháp lệnh bảo hộ QTG 1994.
9. Quyết định số 128/2000/QĐ-TTg ngày 20/11 của Thủ tướng Chính phủ về một số chính sách và biện pháp khuyến khích đầu tư và phát triển công nghiệp CTMT, Hà Nội.
10. Quyết định số 1068/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ Phê duyệt Chiến lược sở hữu trí tuệ đến năm 2030.
11. Nghị định số 56/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 06/6 về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động văn hoá - thông tin, Hà Nội.
12. Nghị định 63/2007/NĐ-CP của Chính phủ ngày 10/4/2007 về việc quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực công nghệ thông tin.
13. Nghị định số 47/2009/NĐ-CP của Chính phủ ngày 13/5 quy định xử phạt vi phạm hành chính về quyền tác giả, quyền liên quan.
14. Nghị định số 22/2018/NĐ-CP của Chính phủ ngày 23/02/2018 quy định chi tiết Luật Sở hữu trí tuệ và Luật sở hữu trí tuệ sửa đổi về quyền tác giả và quyền liên quan.
15. Chỉ thị số 05/2008/CT-BTTTT của Bộ Thông tin và Truyền thông ngày 08/7/2008 về đẩy mạnh phát triển công nghiệp công nghệ thông tin Việt Nam.
16. Chỉ thị số 04/2007/Ct-TTg ngày 22/02 của Thủ tướng Chính phủ về việc tăng cường bảo hộ quyền tác giả đối với chương trình máy tính.
17. Thông tư liên tịch số 21/2003/TTLT-BVHTT-BTC của Bộ Văn hóa-Thông tin - Bộ Tài chính ngày 01/7/2003 về việc hướng dẫn việc chi trả chế độ nhuận bút, trích lập và sử dụng quỹ nhuận bút đối với một số loại hình tác phẩm quy định tại Nghị định số 61/2002/NĐ-CP ngày 11/6/2002 của Chính phủ.

18. Thông tư liên tịch số 02/2008/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BVHTT&DL-BKH&CN-BTP của Toà án nhân dân tối cao, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Văn hoá, Thể thao và Du lịch, Bộ Khoa học và Công nghệ và Bộ Tư pháp ngày 03/4/2008 về việc 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 Toà án nhân dân.

19. Quy chế: Thẩm định đơn đăng ký sáng chế của Cục Sở hữu trí tuệ Ban hành kèm theo Quyết định số 487/QĐ-SHTT ngày 31/3/2010 của Cục Trưởng Cục Sở hữu trí tuệ.

20. Quyết định số 1068/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ : Phê duyệt Chiến lược sở hữu trí tuệ đến năm 2030.

Các văn bản pháp luật nước ngoài

21. Bộ Luật Sở hữu trí tuệ Pháp 1992

22. Đạo Luật Bản quyền Anh 1988

23. Đạo luật bản quyền Canada 1985

24. Đạo Luật Bản quyền Mỹ 1976

Các văn bản pháp luật quốc tế

25. Công ước Bern bảo hộ các tác phẩm văn học và nghệ thuật 1886.

26. Chỉ thị chung của Nghị viện và Hội đồng EU 2009/24/EC ngày 23/4/2009

27. Hiệp định về các khía cạnh liên quan tới thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (TRIPS) 1994.

28. Hiệp ước của WIPO về Quyền tác giả 1996.

29. Hiệp ước sáng chế Châu Âu (European Patent Convention) năm 1973, bản sửa đổi mới nhất năm 2018.

B. Tài liệu tham khảo

Tài liệu tiếng Việt

30. Arno R. Lodder (2013), Dutch Supreme Court 2012: Virtual Theft Ruling a One-Off or First in a Series?, Journal of Virtual Worlds Research, September, 2013, Vol. 6, No.3.

31. Đặng Quế Vinh (2003), *Kỹ thuật lập trình*, Nhà xuất bản Khoa học kỹ thuật, Hà Nội, 2003;

32. Hoàng Minh Huệ (2009), *Một số vấn đề về bảo hộ CTMT máy tính hiện nay*, Tạp chí Hoạt động khoa học số 596;

33. Lê Hồng Hạnh (chủ biên) (2004), *Bảo hộ quyền SHTT ở Việt Nam – Những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia, Hà Nội, tr- 49-55;

34. Lê Nét (2006), *Quyền sở hữu trí tuệ*, Nxb Thành phố Hồ Chí Minh.
35. Lê Thị Nam Giang (2009), Nguyên tắc cân bằng lợi ích của chủ sở hữu trí tuệ và lợi ích của xã hội, Khoa Học Pháp Lý, số 2
36. Nguyễn Đình Huy (2002), *Một vài suy nghĩ về bảo hộ CTMT máy tính ở Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 8/2002;
37. Nguyễn Ngọc Điện (2019), Phương pháp nghiên cứu luật viết, NXB. Chính Trị Quốc Gia Sự Thật
38. Nguyễn Như Hà (2007), *Một hướng tiếp cận bảo hộ CTMT máy tính trong thế giới hội nhập*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 12 (236);
39. Nguyễn Thanh Thư, Nguyễn Nhật Thanh (2012), Một số vấn đề pháp lý về tài sản ảo trong trò chơi trực tuyến- Thực tiễn và kiến nghị, Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, số 5(72).
40. Trần Văn Hải (2009), *Chương trình máy tính nên được bảo hộ là đối tượng nào của quyền sở hữu trí tuệ?* Tạp chí Hoạt động khoa học số 597;
41. Trường Đại học Luật Hà Nội (2007), *Giáo trình Luật Sở hữu trí tuệ*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội.
- Tài liệu tiếng Anh**
42. Aho, Alfred V; Sethi, Ravi; Ullman, Jeffrey D. (1986). "10 Code Optimization". *Compilers: principles, techniques, and tools*. Computer Science. Mark S. Dalton.
43. Andres Guadamuz, (2014), *Comparative analysis of national approaches on voluntary copyright relinquishmen*, Committee on Development and Intellectual Property (CDIP), Số 13.
44. Ben Sheffner (2000), *Alcatel USA, INC. v. DGI Technology, inc*, Berkeley Technology Law Journal, số 15.
45. Blaauw, Gerritt A.; Brooks, Jr., Frederick P. (1997), "Chapter 8.6, Device Interfaces", *Computer Architecture-Concepts and Evolution*, Addison-Wesley.
46. Buyya, R. (2013), *Mastering Cloud Computing*, Tata McGraw-Hill Education.
47. Calvin N. Mooers (1975), *Computer software and copyright*, Computing Surveys, số 3.
48. Charnelle, Ilan (2002), *The Justification and Scope of the Copyright Misuse Doctrine and Its Independence of the Antitrust Laws*, *UCLA Entertainment Law Review* số 2 năm 2002.

49. David Scher (1992), *The Viability of the Copyright Misuse Defens*, Fordham Urban Law Journal số 2.
50. *Dennis S. Karjala (1999), Copyright Protection of Operating Software, Copyright Misuse, and Antitrust, Cornell Journal of Law and Public Policy, số 9.*
51. Edward Samuels (1989), *The idea - expression dichotomy in copyright law*, Tennessee Law Review Association, Inc. 1989
52. *Evan Finkel (1991), Copyright Protection for Computer Software in the Nineties*, Santa Clara High Tech, số 7.
53. GAO (2013), *Assessing Factors That Affect Patent Infringement Litigation Could Help Improve Patent Quality.*
54. *Greg R. Vetter (2004),The Collaborative Integrity of Open-Source Software*, UTAH Law Review số 2.
55. Hookway, B. (2014). "Chapter 1: The Subject of the Interface", Interface. MIT Press.
56. *James A.D.White (1997), Misuse or use: That is the software copyright question, Berkeley Tech số 12.*
57. *James A.D.White (1997),Misuse or use: That is the software copyright question, Berkeley Tech, số 12.*
58. Janice M.Mueller (1989), *Determining the scope of copyright protection for computer/userfaces*, The John Mashall Journal of Information of Teachnology and Privacy Law, số 9.
59. Jeffrey Brill (1998),*Computer Programs as Literary Works and as Modes of Operation: A Case Comment on Lotus v. Borland*, Chicago-Kent Law Review, số 74.
60. Ken Moon (2017), *Revisiting UsedSoft v. Oracle: Is Software Property and Can It Be Sold?*, Computer Law review International, số 4.
61. Leslie Kim Treiger-Bar-Am, (2006) "The Moral Right of Integrity: A Freedom of Expression, New directions in copyright, số 2.
62. Leslie Wharton (1985), *Use and Expression: The Scope of Copyright Protection for Computer Programs*, The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law số 5.
63. Lewis R. Clayton (2005), *Copyright Law The Merger Doctrine*, The National Law Journal, tháng 6.

64. Lisa C. Green (1992), *Copyright Protection and Computer Programs: Identifying Creative Expression in a Computer Program's Nonliteral Elements*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, số 3.

65. Pamela Samuelson (1993), A Case Study on Computer Programs, Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology

66. Pamela Samuelson (1993), *Fair use for Computer Programs and Other Copyrightable Works in Digital Form: The Implications of Sony, Galoob and Sega*, Berkeley Law số 1

67. Peter S. Menell (1988), *An Analysis of the Scope of Copyright Protection for Application Programs*, Berkeley Law.

68. Poo, D.; Kiong, D.; Ashok, S. (2008), "Chapter 2: Object, Class, Message and Method", Object-Oriented Programming and Java. Springer-Verlag.

69. Stallings, William (2012), *Computer security : principles and practice*, Boston: Pearson.

70. Susan A. Dunn (1986), *Use and Expression: The Scope of Copyright Protection for Computer Programs*, 5 Computer, Washington and Lee Law Review, số 43.

71. Thomas M. Pitegoff (2001), Open Source, Open World: New Possibilities for Computer Software in Business, Business Law Today, số 11.

72. U.S. Congress, Office of Technology Assessment (1990), *Computer Software and Intellectual Property*.

73. William Landes & Richard Posner (1989), An Economic Analysis of Copyright Law, 18 J. LEGAL STUD

74. Yonatan Even (2006,) *The Right of Integrity in Software: An Economic Analysis*, Santa Clara High Technology Law Journal, số 2.

C. DANH MỤC TRANG WEB LIÊN QUAN ĐẾN ĐỀ TÀI

75. “Khảo sát mới của BSA cho biết tỷ lệ sử dụng CTMT không bản quyền ở Việt Nam là 78%”, BSA,

<http://ww2.bsa.org/country/News%20and%20Events/News%20Archives/global/05252016-GSS.aspx>

76. Alan Riding (1991), Film Makers Are Victors In a Lawsuit on Coloring, New York Time, <https://www.nytimes.com/1991/08/25/movies/film-makers-are-victors-in-a-lawsuit-on-coloring.html>.

77. André Lucas,(2009) Moral right in France: towards a pragmatic approach?
<http://www.blaca.org/Moral%20right%20in%20France%20by%20Professor%20Andre%20Lucas.pdf>

78. Bobbs-Merrill và Straus (1908), Justica US superme Court,
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/210/339/>

79. Châu An, (2017) “Tỷ lệ vi phạm bản quyền CTMT tại VN giảm được 2%”,Vnexpress,

<http://sohoa.vnexpress.net/tin-tuc/doi-song-so/ty-le-vi-pham-ban-quyen-phan-mem-tai-vn-giam-duoc-2-1514605.html>

80. Châu An, (2017), Gần 10.000 vụ tấn công mạng tại Việt Nam năm 2017,<https://sohoa.vnexpress.net/tin-tuc/doi-song-so/bao-mat/gan-10-000-vu-tan-cong-mang-tai-viet-nam-nam-2017-3639613.html>.

81. Christopher R. Bagley(2012),SAS wins \$79.1 m judgement after finessing comity and collateral estoppel, North Carolina Journal of International Law. University of North Carolina School of Law. Retrieved 2016-02-12,
<http://blogs.law.unc.edu/ncilj/2015/10/25/sas-wins-79m-judgment-after-finessing-comity-and-collateral-estoppel/>

82. DECISION of 24 February 2006, Case Number: T 0469/03 – 3.5.01 (PDF), European Patent Office, Boards of Appeal, 24 February 2006.

83. Diamond v. Diehr (1981), Justia US Supreme court,
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/450/175/>

84. Dissent, (1981), International News Service (INS) v. Associated Press, Hereinafter International News,

https://en.wikiquote.org/wiki/Louis_Brandeis

85. Fenwick & West LLP (2014), Litigation Alert: Supreme Court’s Lexmark Decision Creates Uniform Federal False Advertising Standing Requirement,
https://www.fenwick.com/FenwickDocuments/Litigation_Alert_03-27-14.pdf ,

86. Google và Oracle (2018), Justica Us Law,
<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cafc/17-1118/17-1118-2018-03-27.html>

87. GS Suppiger và Morton Salt (1942), Supreme Justica US Court,
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/314/488/>

88. Gyles vs Wilcox, wikipedia,
https://en.wikipedia.org/wiki/Gyles_v_Wilcox,13/8/2017

89. H.A (2013),Thiệt hại "khủng" từ CTMT lậu,Truyền hình Việt Nam, <http://vtv.vn/cong-nghe/thiet-hai-khung-tu-phan-mem-lau-74434.htm>
90. Hà Linh, (2017), Việt Nam thiệt hại 12.300 tỷ đồng vì virus máy tính - mức kỷ lục trong nhiều năm, <https://baomoi.com/viet-nam-thiet-hai-12-300-ty-dong-vi-virus-may-tinh-muc-ky-luc-trong-nhieu-nam/c/24419265.epi>
91. Hải Duyên, (2019), Tranh cãi gay gắt bản quyền Thần đồng đất Việt, <https://vnexpress.net/phap-luat/tranh-cai-gay-gat-ban-quyen-than-dong-dat-viet-3953349.html>
92. Hettche, Matt (2014), "Christian Wolff. 8.1 Ontology (or Metaphysics Proper)",SEP tại trang <https://plato.stanford.edu/entries/wolff-christian/#NatThe>
93. How Long Does it Take to Get a Patent: Everything You Need to Know, Upcounsel
<https://www.upcounsel.com/how-long-does-it-take-to-get-a-patent>,
07/07/2019.
94. Huỳnh Thị Lan Phương,Vài nét về Hồ Biểu Chánh,
<http://www.hobieuchanh.com/pages/baiviet/HTLanPhuong/VaiNetVeHBC/VaiNetVeHBC.htm>
95. Lasercomb America và Reynold
<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/961/211/208690/>
96. Laurence vs. Dana, (1869), Public Resource, <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0015.f.cas/0015.f.cas.0026.pdf>.
97. Lewis R. Clayton (2005), Copyright Law The Merger Doctrine, The National Law Journal,
<https://www.paulweiss.com/media/1851041/mergerdoct.pdf>
98. Lexmark và Static Control Components (2013), Supreme US court, https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-873_3dq3.pdf
99. Lữ Thành Long (2017), Cách mạng công nghiệp lần thứ tư là gì, Vnexpress, <http://vnexpress.net/projects/cach-mang-cong-nghiep-lan-thu-tu-la-gi-3571618/index.html>
100. Lý Thụy An,(2005), TPHCM: Vụ kiện tranh chấp bản quyền phần mềm đầu tiên, <https://www.tienphong.vn/cong-nghe-khoa-hoc/tphcm-vu-kiem-tranh-chap-ban-quyen-phan-mem-dau-tien-16084.tpo>
101. Marco Sampaolo, Darshana Das, Encyclopaedia Britannica, <https://www.britannica.com/topic/dualism-philosophy>

102. Mayo Collaborative Services vs Prometheus Labs, Inc (2011), Justia US Supreme Court, <https://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1150.pdf>
103. Nguyễn Hoàn Thành, Luật sở hữu trí tuệ và bảo hộ phần mềm máy tính, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2009/12/25/4227-2/>
104. Patterson, Lyman Ray (1968), *Copyright in Historical Perspective*, https://en.wikipedia.org/wiki/Gyles_v_Wilcox
105. Patterson, Lyman Ray (1968), *Copyright in Historical Perspective*. Nashville, Tennessee: Vanderbilt University Press. ISBN 0-8265-1373-5. trích lại tại https://en.wikipedia.org/wiki/Gyles_v_Wilcox,
106. Procter & Gamble (1957), Justia US Supreme Court, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/386/568/>, 03/11/2019.
107. SAS và World Programming (2012), InfoCuria Case-law, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=122362&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=972439>
108. SAS và WPL (2010), British and Irish Legal Information Institute, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/1829.html#para332>
109. SAS và WPL (2012), Info Curia Case-law, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=122362&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=972439,%20>
110. SAS vs. World Programming tại: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=122362&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=972439>.
111. Sega và Accolade (1992), Tòa án Liên bang Mỹ, <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/977/977.F2d.1510.92-15655.html>
112. Timothy B. Lee (2009), Ctrl-Z: A return to Supreme's court computer software patent ban?, Arstechnica, <https://arstechnica.com/tech-policy/2009/01/resurrecting-the-supreme-courts-software-patent-ban-not-ready/>
113. Timothy B. Lee, Ctrl-Z: a return to the Supreme Court's software patent ban? (2009), <https://arstechnica.com/tech-policy/2009/01/resurrecting-the-supreme-courts-software-patent-ban-not-ready/>
114. Thanh Hải, (2008), Tranh chấp bản quyền truyện tranh: Long Tinh là biến thể từ truyện Tý?, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2008/06/29/2806008/>

115. US government Accountability Office (2013), Assessing Factors That Affect Patent Infringement Litigation Could Help Improve Patent Quality, <https://www.gao.gov/products/GAO-13-465>

116. Uyên Nhi, (2019), Lộ hàng loạt bí mật trong phiên xử vụ kiện giữa Công ty Tuần Châu và đạo diễn Việt Tú,,<https://vietnammoi.vn/lo-hang-loat-bi-mat-trong-phiên-xu-vu-kien-giua-cong-ty-tuan-chau-va-dao-dien-viet-tu-20190315002516723.htm>

117. Washington State University, Fair use doctrine, <https://ucomm.wsu.edu/fair-use/>

118. Washington State University, Fair use doctrine, <https://ucomm.wsu.edu/fair-use/>

119. WIPO,https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=15

PHỤ LỤC

Bảng biểu 1: Vi phạm bản quyền CTMT trên thế giới¹⁹⁰

Năm	Tỷ lệ vi phạm QTG đối với CTMT (%)	Tổng giá trị thiệt hại (tỷ USD)
2005	35	46
2006	35	40
2007	38	48
2008	41	53
2009	34	51,4
2010	62	58,8
2011	42	63,4
2012	Không có số liệu	Không có số liệu
2013	43	62,7
2014	Không có số liệu	Không có số liệu
2015	39	Không có số liệu
2016	35	Không có số liệu
2017	37	46,3

¹⁹⁰ Các báo cáo thường niên của BSA- Liên Minh Các Doanh Nghiệp Phần Mềm Thế Giới tại <https://www.bsasoftware.com/>

Bảng biểu 2: Vi phạm bản quyền CTMT tại Việt Nam¹⁹¹

Năm	Tỷ lệ vi phạm QTG đối với CTMT (%)	Tổng giá trị thiệt hại (triệu USD)
2005	90	38
2006	88	96
2007	85	200
2008	85	257
2009	85	353
2010	83	412
2011	81	395
2012	Không có số liệu	Không có số liệu
2013	81	620
2014	Không có số liệu	Không có số liệu
2015	78	598
2016	Không có số liệu	Không có số liệu

¹⁹¹ Các báo cáo thường niên của BSA- Liên Minh Các Doanh Nghiệp Phần Mềm Thế Giới tại <https://www.bsasoftware.com/>

**Bảng biểu 3: Số liệu về phát tán virus độc tại tấn công các mạng CTMT
từ năm 2014-2017**

Năm	Tổng số các cuộc tấn công mạng	Website lừa đảo (Phishing)	Cổ về phát tán mã độc (Malware)	Sự cố tấn công thay đổi giao diện (Deface)	Tổng thiệt hại
2017 ¹⁹²	9.964	1.762	4.595	3.607	12.300 tỷ đồng ¹⁹³
2016	134.375	10.057	46.664	77.654	10.400 tỷ đồng
2015	31.585	4.484	14.115	6.122	8.700 tỷ
2014	Không có số liệu	Không có số liệu	Không có số liệu	Không có số liệu	8.500 tỷ đồng

¹⁹² Châu An, (2017), Gần 10.000 vụ tấn công mạng tại Việt Nam năm 2017, <https://sohoa.vnexpress.net/tin-tuc/doi-song-so/bao-mat/gan-10-000-vu-tan-cong-mang-tai-viet-nam-nam-2017-3639613.html>, 06/7/2019.

¹⁹³ Hà Linh, (2017), Việt Nam thiệt hại 12.300 tỷ đồng vì virus máy tính - mức kỷ lục trong nhiều năm, <https://baomoi.com/viet-nam-thiet-hai-12-300-ty-dong-vi-virus-may-tinh-muc-ky-luc-trong-nhieu-nam/c/24419265.epi>, 06/7/2019.

Bảng biểu 4: Các trường hợp xâm phạm QTG đối với CTMT bị xử lý hành chính theo yêu cầu của bên có quyền tại Việt Nam¹⁹⁴

STT	Tên hồ sơ	Cơ quan tiến hành xử phạt vi phạm hành chính	Chủ thể có hành vi xâm phạm	Mức xử phạt (VNĐ)	Nội dung vi phạm
1	2008/SA/79/03 - Xâm phạm quyền tác giả sao chép các phần máy tính(TP.Hồ Chí Minh)	Thanh tra Bộ Văn hóa, thể thao và Du lịch	Công ty TNHH Quả trứng thủy tinh	15.000.000	Việc sao chép, cài đặt để sử dụng 383 phần mềm không được sự đồng ý của Chủ sở hữu là hành vi xâm phạm bản quyền vi phạm quy định về việc sao chép các phần máy tính, vi phạm điểm b khoản 5 Điều 44 Nghị định 56/2006/NĐ-CP ngày 06/6/2006 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động văn hóa - thông tin.
2	2008/SA/79/02 - Xâm phạm quyền tác giả phần mềm máy tính (TP. Hồ Chí Minh)	Thanh tra Bộ Văn hóa, thể thao và Du lịch	Công ty TNHH Kumho Asiana Plaza Saigon,	10.000.000	sử dụng 61 chương trình phần mềm trên mà không được sự đồng ý của chủ sở hữu là hành vi vi phạm các quy định về sao chép các phần mềm máy tính, vi phạm điểm b khoản 5 Điều 44 Nghị định 56/2006/NĐ-CP ngày 06/6/2006 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động văn hóa - thông tin.

¹⁹⁴ <https://www.most.gov.vn/thanhtra/pages/csdl.aspx?gID=7>

3	2008/SA/79/01 - Xâm phạm luật quyền tác giả đối với chương trình máy tính(TP.Hồ Chí Minh)	Thanh tra Bộ Văn hóa, thể thao và Du lịch	Công ty Cổ phần Thế giới số (Digi World)	15.000.000	Việc sao chép, cài đặt để sử dụng 36 phần mềm không được sự đồng ý của Chủ sở hữu là hành vi xâm phạm bản quyền vi phạm quy định về việc sao chép các phần máy tính, vi phạm điểm b khoản 5 Điều 44 Nghị định 56/2006/NĐ-CP ngày 06/6/2006 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động văn hóa - thông tin.
4	2008/SA/74/02 - Xâm phạm quyền tác giả đối với chương trình máy tính(Bình Dương)	Thanh tra Bộ Văn hóa, thể thao và Du lịch	Công ty Cổ phần Full Power	15.000.000	Việc sao chép, cài đặt để sử dụng 83 phần mềm không được sự đồng ý của Chủ sở hữu là hành vi xâm phạm bản quyền vi phạm quy định về việc sao chép các phần máy tính, vi phạm điểm b khoản 5 Điều 44 Nghị định 56/2006/NĐ-CP ngày 06/6/2006 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động văn hóa - thông tin
5	2008/SA/74/01 - Xâm phạm quyền tác giả đối với chương trình máy tính (Bình Dương)	Thanh tra Bộ Văn hóa, thể thao và Du lịch	Công ty TNHH Yazaki Eds Việt Nam	15.000.000 đồng	Việc sao chép, cài đặt để sử dụng 43 phần mềm không được sự đồng ý của Chủ sở hữu là hành vi xâm phạm bản quyền vi phạm quy định về việc sao chép

					các phần máy tính, vi phạm điểm b khoản 5 Điều 44 Nghị định 56/2006/NĐ-CP ngày 06/6/2006 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động văn hóa - thông tin
6	2008/SA/01/09 - Xâm phạm quyền tác giả đối với phần mềm máy tính(Hà Nội)	Thanh tra Bộ Văn hóa, thể thao và Du lịch	Công ty TNHH Điện tử ASTI Hà Nội	15.000.000	Việc sao chép, cài đặt để sử dụng 146 phần mềm không được sự đồng ý của Chủ sở hữu là hành vi xâm phạm bản quyền vi phạm quy định về việc sao chép các phần máy tính, vi phạm điểm b khoản 5 Điều 44 Nghị định 56/2006/NĐ-CP ngày 06/6/2006 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động văn hóa - thông tin