

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

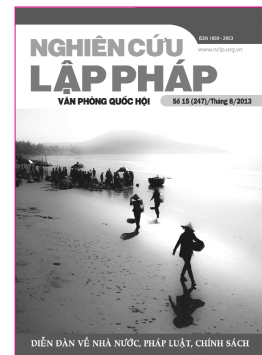
Số 15 (247)/Tháng 8/2013



DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 8/2013

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 3** Kiến nghị hoàn thiện các quy định về văn hóa, giáo dục khi sửa đổi Hiến pháp 1992

TS. Lương Thị Mỹ Quỳnh – TS. Tô Văn Hòa

- 8** Vai trò của thanh tra trong đấu tranh phòng, chống tham nhũng

TS. Nguyễn Duy Phương

- 13** Các phương pháp phổ biến dùng để xác định giới hạn thị trường liên quan trong Luật Chống độc quyền

ThS. Đào Ngọc Bái

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 21** Tái pháp điển hóa Bộ luật Dân sự Việt Nam đáp ứng yêu cầu của thời đại pháp quyền

Bùi Thị Thanh Hằng – Đỗ Giang Nam

- 31** Xác định thời hiệu khởi kiện trong pháp luật dân sự

ThS. Trịnh Duy Tám

CHÍNH SÁCH

- 36** Hệ thống chính sách phát triển kinh tế, xã hội vùng các dân tộc thiểu số phía bắc Việt Nam

ThS. Nguyễn Lâm Thành

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 43** Chính sách giải quyết tranh chấp tên miền thống nhất và những vấn đề đặt ra với doanh nghiệp Việt Nam

TS. Lê Thị Thu Hà – Đào Kim Anh

- 53** Hoàn thiện pháp luật quản lý nhà nước về chứng khoán và thị trường chứng khoán

ThS. Viên Thế Giang

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 60** Đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt ở một số nước và gợi ý cho Việt Nam

ThS. Nguyễn Ngọc Toán

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN SĨ DŨNG (CHỦ TỊCH)
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THỊ
GS, TS. PHAN TRUNG LÝ
GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
TS. DƯƠNG NGỌC NGƯU
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

TÀI KHOẢN:

0011000467735
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

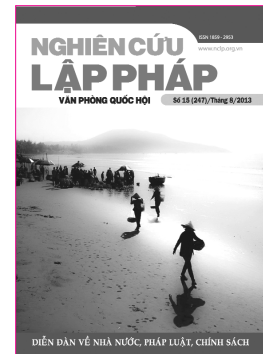
GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Chợ cá ngày sương

Ảnh: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 8/2013

STATE AND LAW

Discussion on Constitution

- 3** Recommendations for improving the provisions on culture and education in the Proposed Amendment to the 1992 Constitution
Dr. Luong Thi My Quynh – Dr. To Van Hoa
- 8** The role of the Inspection in the fight against corruption
Dr. Nguyen Duy Phuong
- 13** The common method used to determine boundaries of the relevant market in the Antitrust Law
LLM. Dao Ngoc Bau

DISCUSSION OF BILLS

- 21** Re-codification of the Civil Code of Vietnam to meet the requirements of the the rule of law
Bui Thi Thanh Hang – Do Giang Nam
- 31** Determination of the statute of limitations for initiating a lawsuit in civil laws
LLM. Trinh Duy Tam

POLICIES

- 36** The system of policies for developing economy and society of the ethnic minority region in the Northern of Vietnam
LLM. Nguyen Lam Thanh

LEGAL PRACTICE

- 43** The Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy and the questions for Vietnam enterprises
Dr. Le Thi Thu Ha – Dao Kim Anh
- 53** Improving the laws on management of state on securities and stock market
LLM. Vien The Giang

FOREIGN EXPERIENCE

- 60** Special economic and administrative unit of some countries and suggestions for Vietnam
LLM. Nguyen Ngoc Toan

EDITORIAL:

Dr. NGUYEN SI DUNG (Chairman)
Prof, Dr. DAO TRONG THI
Prof, Dr. PHAN TRUNG LY
Prof, Dr. TRAN NGOC DUONG
Prof, Dr. DINH VAN NHA
Prof, Dr. TRAN DINH NHA
Dr. DUONG NGOC NGUU
Dr. NGO DUC MANH
Dr. PHAM VAN HUNG

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

N^o 117/GP-DATE 30-3-2001
MINISTRY OF CULTURE AND
INFORMATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

BÀN VỀ LẬP HIẾN

**KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ
VĂN HÓA, GIÁO DỤC KHI SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP 1992**

LƯƠNG THỊ MỸ QUỲNH*

TÔ VĂN HÒA**

Vai trò của các quy định về văn hóa, giáo dục (VH, GD) trong Hiến pháp Việt Nam được thể hiện trên hai khía cạnh. Thứ nhất, các quy định này ghi nhận thành quả của cách mạng xã hội chủ nghĩa (XHCN) ở Việt Nam trong lĩnh vực VH, GD. Thứ hai, các quy định này thiết lập nền tảng xây dựng chế độ VH, GD của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam; căn cứ vào đó, các cơ quan nhà nước Việt Nam ban hành và thực thi chính sách, pháp luật bảo đảm nền VH, GD Việt Nam phát triển theo đúng định hướng XHCN. Bài viết khảo cứu các yêu cầu đặt ra đối với các quy định về VH, GD trong Hiến pháp; đồng thời trên cơ sở phân tích, đánh giá thực trạng quy định của Hiến pháp hiện hành, đề xuất một số hướng hoàn thiện đối với các quy định về VH, GD trong Dự thảo Hiến pháp sửa đổi, bổ sung lần này.

1. Yêu cầu đối với các quy định của Hiến pháp về văn hóa, giáo dục

Để thực hiện tốt vai trò của mình như đề cập trên đây, các quy định của Hiến pháp Việt Nam về VH, GD phải đáp ứng hai yêu cầu cơ bản.

1.1. Yêu cầu về mặt nội dung - thể chế hóa đường lối của Đảng về phát triển văn hóa, giáo dục

Giữa Hiến pháp và đường lối, chủ trương của Đảng Cộng sản tồn tại một mối quan hệ đặc biệt. Các chủ trương, đường lối

của Đảng chứa đựng các quan điểm, tư tưởng của Đảng về sự phát triển mọi mặt của đất nước, đưa ra tầm nhìn và con đường xây dựng chủ nghĩa xã hội ở Việt Nam. Các chủ trương, đường lối đó chỉ có thể trở thành hiện thực nếu như được thể chế hóa bằng pháp luật và được các cơ quan nhà nước thực hiện. Để chủ trương, đường lối của Đảng được thể chế hóa thành pháp luật thì trước tiên các chủ trương, đường lối phải được thể chế hóa trong Hiến pháp. Hiến pháp, như vậy, là cầu nối về mặt tư tưởng, về mặt chính sách pháp luật giữa chủ

* TS. Đại học Luật TP Hồ Chí Minh.

** TS. Đại học Luật Hà Nội.

trương, đường lối của Đảng với hệ thống pháp luật. Nếu Hiến pháp không thể chế hóa được đường lối của Đảng thì hệ thống pháp luật cũng sẽ khó làm được điều đó. Thiếu đi “chiếc cầu nối” sẽ làm cho các văn bản pháp luật hoặc phù hợp với Hiến pháp mà trái chủ trương, đường lối của Đảng hoặc ngược lại. Cả hai tình huống sẽ đều dẫn tới kết quả là các đường lối, chủ trương của Đảng sẽ không thể trở thành hiện thực, tức là sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản sẽ không phát huy được tác dụng. Trong lĩnh vực VH, GD, các đường lối, chủ trương của Đảng đặt ra các chính sách cơ bản của Nhà nước đối với lĩnh vực VH, GD, xác định mục tiêu và đặc điểm của nền VH, GD XHCN mà chúng ta muốn xây dựng. Nếu Hiến pháp không thể chế hóa đường lối, chủ trương của Đảng về phát triển VH, GD thì chế độ VH, GD của chúng ta hoặc sẽ không được xây dựng trong thực tiễn hoặc sẽ phát triển lệch lạc so với các mục tiêu và kỳ vọng đặt ra.

Như vậy, có thể thấy yêu cầu cao nhất và trước tiên đối với các quy định của Hiến pháp Việt Nam về VH, GD là thể chế hóa được nội dung các đường lối, chủ trương của Đảng về phát triển VH, GD. Tuy nhiên, có một thực tế là chủ trương, đường lối của Đảng về phát triển VH, GD được ghi nhận ở rất nhiều văn kiện, trong đó có Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội vừa được bổ sung, phát triển năm 2011, các Báo cáo chính trị của Đại hội Đảng các nhiệm kỳ mà gần đây nhất là Báo cáo chính trị tại Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI. Bên cạnh đó mỗi lĩnh vực VH, GD đều đã có những văn kiện riêng, ví dụ Nghị quyết Hội nghị trung ương 10, Khóa IX (2004) về xây dựng nền văn hóa đồng bộ với sự phát triển kinh tế - xã hội, Nghị quyết Hội nghị trung ương 5, Khóa VIII (1998) về xây dựng và phát triển nền văn hóa Việt Nam tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc hay Nghị quyết Hội nghị trung ương 2 Khóa VIII (1998) về giáo dục và công nghệ. Tất cả các văn kiện này đều có

tầm nhìn chiến lược đối với việc phát triển VH, GD.

Để đáp ứng yêu cầu phù hợp với các đường lối, chủ trương của Đảng về VH, GD, Hiến pháp cần thể chế hóa được tinh thần của tất cả các văn kiện này mà trước tiên và thể hiện cô đọng nhất là Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ. Cương lĩnh là văn kiện được coi là có hiệu lực cao nhất trong số các văn kiện của Đảng, trong đó chứa đựng tầm nhìn dài hạn và căn bản nhất về tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội. Ở một góc độ nào đó, các văn kiện khác của Đảng đều có thể được coi là sự cụ thể hóa đường lối, chủ trương và tầm nhìn chiến lược dài hạn trong Cương lĩnh đối với từng lĩnh vực cụ thể của đời sống xã hội. Chính vì vậy, yêu cầu thể chế hóa đường lối, chủ trương của Đảng về VH, GD có nghĩa là Hiến pháp cần thể chế hóa được các nội dung của Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ (bổ sung, phát triển năm 2011). Hiến pháp thể chế hóa được Cương lĩnh cũng là tiền đề căn bản cho các văn bản quy phạm pháp luật khác cụ thể hóa Hiến pháp và thể chế hóa các văn kiện chuyên ngành của Đảng trong từng lĩnh vực tương ứng.

Trong Cương lĩnh xây dựng đất nước thời kỳ quá độ (bổ sung, phát triển năm 2011), đường lối, chủ trương căn bản phát triển VH, GD của Việt Nam được xác định như sau:

Về phát triển văn hóa, chính sách căn bản là “xây dựng nền văn hoá Việt Nam tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc, phát triển toàn diện, thống nhất trong đa dạng, thấm nhuần sâu sắc tinh thần nhân văn, dân chủ, tiến bộ; làm cho văn hoá gắn kết chặt chẽ và thấm sâu vào toàn bộ đời sống xã hội, trở thành nền tảng tinh thần vững chắc, sức mạnh nội sinh quan trọng của phát triển. Kế thừa và phát huy những truyền thống văn hoá tốt đẹp của cộng đồng các dân tộc Việt Nam, tiếp thu những tinh hoa văn hoá nhân loại, xây dựng một xã hội dân chủ, công bằng, văn

minh, vì lợi ích chân chính và phẩm giá con người, với trình độ tri thức, đạo đức, thể lực và thẩm mỹ ngày càng cao. Phát triển, nâng cao chất lượng sáng tạo văn học, nghệ thuật; khẳng định và biểu dương các giá trị chân, thiện, mỹ, phê phán những cái lỗi thời, thấp kém, đấu tranh chống những biểu hiện phản văn hoá. Bảo đảm quyền được thông tin, quyền tự do sáng tạo của công dân. Phát triển các phương tiện thông tin đại chúng đồng bộ, hiện đại, thông tin chân thực, đa dạng, kịp thời, phục vụ có hiệu quả sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc”.

Về giáo dục và đào tạo, chính sách căn bản là “giáo dục và đào tạo có sứ mệnh nâng cao dân trí, phát triển nguồn nhân lực, bồi dưỡng nhân tài, góp phần quan trọng phát triển đất nước, xây dựng nền văn hoá và con người Việt Nam. Phát triển giáo dục và đào tạo cùng với phát triển khoa học và công nghệ là quốc sách hàng đầu; đầu tư cho giáo dục và đào tạo là đầu tư phát triển. Đổi mới căn bản và toàn diện giáo dục và đào tạo theo nhu cầu phát triển của xã hội; nâng cao chất lượng theo yêu cầu chuẩn hoá, hiện đại hoá, xã hội hoá, dân chủ hoá và hội nhập quốc tế, phục vụ đắc lực sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc. Đẩy mạnh xây dựng xã hội học tập, tạo cơ hội và điều kiện cho mọi công dân được học tập suốt đời”.

1.2. Yêu cầu về kỹ thuật lập hiến - quy định mang tính định hướng, ngắn gọn và mang tính ràng buộc

Yêu cầu về kỹ thuật lập hiến đối với các quy định về VH, GD trong Hiến pháp được xác định trên ba khía cạnh: mức độ chi tiết của các quy định, tính pháp lý của các quy định và trị giá của các quy định đó trong bản Hiến pháp. Như phân tích trên đây, yêu cầu quan trọng nhất về mặt nội dung đối với các quy định trong Hiến pháp về VH, GD là phải thể chế hóa được các chủ trương, đường lối cơ bản của Đảng về phát triển VH, GD được thể hiện trước tiên là trong Cương lĩnh. Hiến pháp là đạo luật cơ bản của Nhà nước và hệ thống pháp luật. Các vấn đề về

phát triển kinh tế, xã hội, VH, GD.... được quy định trong Hiến pháp đều là những vấn đề cơ bản nhất, quan trọng nhất và chung nhất. Cương lĩnh là văn kiện cơ bản và quan trọng nhất của Đảng, trong đó chứa đựng các chủ trương, đường lối bao quát nhất, căn bản và quan trọng nhất của Đảng trong mọi mặt, lĩnh vực của đời sống xã hội. Bởi vì Cương lĩnh mang tính bao quát nhất, Hiến pháp mang tính cơ bản nhất nên khi Hiến pháp thể chế hóa Cương lĩnh về các vấn đề VH, GD, đương nhiên các quy định tương ứng của Hiến pháp cũng phải mang tính khái quát, chung chung. Vì vậy, các quy định về VH, GD trong Hiến pháp không cần quy định một cách quá chi tiết. Các quy định đó chỉ cần quy định ở mức độ khái quát một cách hợp lý để vừa điều chỉnh được những quan hệ căn bản, quan trọng nhất trong lĩnh vực VH, GD vừa thể chế hóa được Cương lĩnh và vừa đóng vai trò định hướng cho chính sách và pháp luật cụ thể do các cơ quan nhà nước ban hành trong lĩnh vực VH, GD.

Tuy nhiên, tính khái quát, chung chung không có nghĩa rằng các quy định của Hiến pháp về VH, GD chỉ mang tính cương lĩnh, ghi nhận thành quả của cách mạng. Các quy định đó phải được xây dựng một cách phù hợp về mặt kỹ thuật lập pháp để chúng không chỉ thể hiện được định hướng phát triển VH, GD của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam mà còn phải bảo đảm rằng các định hướng đó phải được hiện thực hóa, có nghĩa rằng những định hướng đó phải có giá trị ràng buộc đối với hoạt động của các cơ quan nhà nước trong lĩnh vực tương ứng. Điều này có nghĩa tính pháp lý, hay nói cách khác là tính quy phạm, trở thành một yêu cầu không thể thiếu đối với các quy định về VH, GD trong Hiến pháp. Các quy định đó phải được xây dựng như các quy phạm pháp luật, với nội dung là các quyền hay nghĩa vụ pháp lý rõ ràng, chứ không phải như những khẩu hiệu mang tính tuyên truyền. Nói cách khác, việc chuyển tải nội dung của Cương lĩnh về VH, GD vào các quy định của Hiến

pháp là một nghệ thuật của kỹ thuật lập pháp thông qua quá trình “thể chế hóa” chứ không đơn thuần là việc chép nguyên lời văn của Cương lĩnh vào các quy định tương ứng của Hiến pháp.

2. Hướng hoàn thiện các quy định về văn hóa, giáo dục trong Hiến pháp 1992

Trên cơ sở những phân tích trên đây về yêu cầu đối với các quy định của Hiến pháp về VH, GD, chúng tôi đề xuất một số hướng sửa đổi, bổ sung các quy định về VH, GD trong Hiến pháp 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) như sau:

2.1. Nội dung và sự phù hợp với chủ trương, đường lối của Đảng

Các quy định về VH, GD trong Hiến pháp 1992 được quy định từ Điều 30, 32 đến Điều 36, trong đó từ Điều 30, 32 đến Điều 34 quy định về văn hóa, Điều 35 và 36 dành cho chính sách giáo dục. Đối chiếu với các chủ trương, đường lối về phát triển VH, GD trong Cương lĩnh xây dựng đất nước thời kỳ quá độ được đề cập ở mục 1.1 trên đây, có thể thấy, về căn bản các quy định hiện hành của Hiến pháp 1992 về VH, GD có nội dung phù hợp với Cương lĩnh. Về văn hóa, Hiến pháp 1992 đã thể hiện được chính sách phát triển “nền văn hóa Việt Nam tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc”, “kế thừa và phát huy những truyền thống văn hóa tốt đẹp của cộng đồng các dân tộc Việt Nam, tiếp thu những tinh hoa văn hóa nhân loại”. Tuy nhiên, một số nội dung mới của Cương lĩnh vẫn chưa được thể chế hóa trong Hiến pháp 1992. Đó là các nội dung: (1) phát triển nền văn hóa thấm nhuần sâu sắc tinh thần nhân văn, *dân chủ* và tiến bộ; (2) Phát triển các phương tiện thông tin đại chúng *đồng bộ, hiện đại, thông tin chân thực, đa dạng, kịp thời*, phục vụ có hiệu quả sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc. Đây là những nội dung quan trọng trong chủ trương, đường lối xây dựng nền văn hóa XHCN của Đảng. Những nội dung này cần được thể chế hóa trong Hiến pháp sửa đổi, bổ sung hiến pháp

1992. Về giáo dục, Hiến pháp 1992 cũng đã thể hiện được những nội dung căn bản trong chính sách phát triển giáo dục của Cương lĩnh, ví dụ coi giáo dục đào tạo là quốc sách hàng đầu, phát triển giáo dục đào tạo nhằm nâng cao dân trí, phát triển nguồn nhân lực, bồi dưỡng nhân tài. Tuy nhiên, cũng còn có một số nội dung mới trong chủ trương, đường lối về phát triển giáo dục đào tạo của Cương lĩnh mà Hiến pháp hiện hành vẫn chưa thể hiện, ví dụ các chủ trương “đổi mới căn bản và toàn diện giáo dục và đào tạo theo nhu cầu phát triển của xã hội; nâng cao chất lượng theo yêu cầu chuẩn hoá, hiện đại hoá, xã hội hoá, dân chủ hoá và hội nhập quốc tế”, “đẩy mạnh xây dựng xã hội học tập, tạo cơ hội và điều kiện cho mọi công dân được học tập suốt đời”. Đây cũng là những chủ trương quan trọng, đóng vai trò quyết định đối với sự nghiệp xây dựng hệ thống giáo dục, đào tạo của Việt Nam và do đó cần được thể chế hóa trong Hiến pháp sửa đổi, bổ sung sắp tới.

2.2. Kỹ thuật lập hiến và tính quy phạm trong các quy định

Đặc điểm dễ nhận thấy trong các quy định của Hiến pháp hiện hành về VH, GD là tính quy phạm của các quy định này rất yếu. Nội dung của các quy định không thể hiện rõ đó là quyền hay nghĩa vụ pháp lý của các chủ thể. Tính ràng buộc về mặt chính sách của các quy định này đối với các cơ quan nhà nước cũng không rõ ràng. Ví dụ, khi Điều 30 quy định: “Nhà nước và xã hội bảo tồn, phát triển nền văn hóa Việt Nam tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc, kế thừa và phát huy những giá trị của nền văn hiến các dân tộc Việt Nam, tư tưởng, đạo đức, phong cách Hồ Chí Minh” thì không thấy rõ việc bảo tồn và phát triển nền văn hóa kia có phải là trách nhiệm của Nhà nước hay không; hay khi Điều 35 quy định “Nhà nước và xã hội phát triển giáo dục nhằm nâng cao dân trí, đào tạo nhân lực, bồi dưỡng nhân tài. Mục tiêu của giáo dục là hình thành và bồi dưỡng nhân cách, phẩm chất và năng lực của công

dân; đào tạo những người lao động có nghề, năng động và sáng tạo...” thì cũng không rõ Nhà nước có trách nhiệm đến đâu trong việc xây dựng một nền giáo dục với tiêu chí như vậy. Thiếu đi tính quy phạm, rõ ràng các quy định của Hiến pháp hiện hành về VH, GD không khác nhiều so với những ghi nhận mang tính khẩu hiệu, đường lối. Vì vậy, sẽ không phải là điều ngạc nhiên nếu hiệu quả thực thi của các quy định này và sức sống của chúng trong thực tiễn là rất yếu.

Về kỹ thuật lập hiến, mặc dù các quy định hiện hành về VH, GD chưa thể chế hóa hết các chủ trương, đường lối phát triển VH, GD của Cương lĩnh phát triển đất nước trong thời kỳ quá độ, song trong nội dung của các quy định đó đã có những điểm quá chi tiết, cụ thể một cách không cần thiết. Ví dụ các quy định “nghiêm cấm truyền bá tư tưởng và văn hóa phản động, đồi trụy; bài trừ mê tín, hủ tục” (Điều 30); “nghiêm cấm những hoạt động văn hoá, thông tin làm tổn hại lợi ích quốc gia, phá hoại nhân cách, đạo đức và lối sống tốt đẹp của người Việt Nam (Điều 33); “nghiêm cấm các hành động xâm phạm đến các di tích lịch sử, cách mạng, các công trình nghệ thuật và danh lam, thắng cảnh” (Điều 34) không nên đưa vào các điều khoản về VH, GD của Hiến pháp. Như trên đã trình bày, các quy định của Hiến pháp về VH, GD đặt ra định hướng cho hoạt động của các cơ quan nhà nước nhằm phát triển VH, GD theo những chủ trương, đường lối nhất định. Những nội dung “cấm” như trên mang bản chất khác hẳn. Đó không phải là chính sách của Nhà nước mà là sự hạn chế những quyền tương ứng của người dân về văn hóa, tư tưởng. Những hạn chế này nên được quy định ở Điều 60, thuộc chế định quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân.

Đồng thời, các quy định về VH, GD trong Hiến pháp sửa đổi, bổ sung cần ngắn gọn và súc tích hơn. Chỉ nên chọn những nội dung cốt lõi của chủ trương, đường lối phát triển VH, GD của Đảng thể hiện trong

Cương lĩnh để thể chế hóa nó thành các quy định ngắn gọn, súc tích mang tính quy phạm và ràng buộc trách nhiệm của các cơ quan nhà nước phải bảo đảm hiện thực hóa các chủ trương, đường lối đó thông qua các hoạt động lập pháp, hành pháp hay tư pháp cụ thể của mình. Ví dụ, chủ trương: “xây dựng nền văn hoá Việt Nam tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc” của Cương lĩnh nên được thể chế hóa trong Hiến pháp thành quy định: “Các cơ quan nhà nước của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, thông qua các hoạt động cụ thể của mình, có trách nhiệm bảo đảm xây dựng và phát triển nền văn hóa Việt Nam tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc”. Không nên quy định như hiện nay là “Nhà nước và xã hội bảo tồn, phát triển nền văn hóa Việt Nam tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc”. Chủ trương: “xây dựng một xã hội dân chủ, công bằng, văn minh, vì lợi ích chân chính và phẩm giá con người” trong Cương lĩnh nên được thể chế hóa trong quy định của Hiến pháp thành quy định: “các cơ quan nhà nước thông qua hoạt động xây dựng và thực hiện chính sách, pháp luật của mình có trách nhiệm xây dựng và khuyến khích sự phát triển xã hội dân chủ, công bằng, văn minh, vì lợi ích chân chính và phẩm giá con người”.

2.3. Vị trí của các quy định trong Hiến pháp

Khi quy định về VH, GD, cùng với các quy định tương tự về kinh tế, khoa học, công nghệ, cần thiết phải thể hiện một cách ngắn gọn, súc tích và mang tính quy phạm nhiều hơn. Các quy định tương ứng trong Hiến pháp sửa đổi, bổ sung sẽ không quá dài và rườm rà như hiện nay. Điều đó có thể tạo tiền đề cho việc tập hợp các quy định về kinh tế, VH, GD, khoa học, công nghệ, môi trường thành một chương riêng của Hiến pháp. Chương đó nên được đặt sau chương quy định về các quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân. Trong chương đó, các quy định về VH, GD chỉ nên đưa vào 2 hoặc 3 điều khoản ■

VAI TRÒ CỦA THANH TRA TRONG ĐẤU TRANH PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG

NGUYỄN DUY PHƯƠNG*

1. Trách nhiệm của cơ quan thanh tra trong việc phòng, chống tham nhũng

1.1. Cơ sở pháp lý

Để đảm bảo vai trò của cơ quan thanh tra (CQTT) trong cuộc đấu tranh phòng chống tham nhũng (PCTN) hiện nay, Nhà nước đã ban hành nhiều văn bản pháp luật nhằm xác định chức năng của thanh tra. “CQTT nhà nước trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình thực hiện và giúp cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện quản lý nhà nước (QLNN) về công tác thanh tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo và PCTN; tiến hành thanh tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo và PCTN theo quy định của pháp luật” (Điều 5 Luật Thanh tra năm 2010). Khoản 4 Điều 15 Luật Thanh tra 2010 cũng xác định: “nhiệm vụ của Thanh tra Chính phủ là QLNN về công tác PCTN; thực hiện nhiệm vụ PCTN theo quy định của pháp luật về PCTN”.

Vai trò của Thanh tra bộ, Thanh tra tỉnh trong PCTN cũng được Luật Thanh tra năm 2010 xác định đầy đủ: “Thanh tra bộ là cơ quan của bộ, giúp Bộ trưởng QLNN về công tác thanh tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo PCTN; tiến hành thanh tra hành chính đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân thuộc phạm vi quản lý của bộ; tiến hành thanh tra chuyên ngành đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân thuộc phạm vi QLNN theo ngành, lĩnh vực

của bộ; giải quyết khiếu nại, tố cáo và PCTN những theo quy định của pháp luật” (khoản 1 Điều 17); “Thanh tra bộ: giúp Bộ trưởng QLNN về công tác phòng, chống tham nhũng; thực hiện nhiệm vụ PCTN theo quy định của pháp luật về PCTN” (khoản 4 Điều 18). Thanh tra tỉnh “Giúp Ủy ban nhân dân cấp tỉnh QLNN về công tác PCTN; thực hiện nhiệm vụ PCTN theo quy định của pháp luật về PCTN” (khoản 4 Điều 21).

Đối với Thanh tra cấp huyện và Thanh tra cấp cơ sở, nhiệm vụ, quyền hạn về PCTN được quy định trong Luật Thanh tra tương ứng với nhiệm vụ, quyền hạn của Thanh tra cấp tỉnh và Thanh tra cấp bộ nhưng chỉ trong phạm vi quản lý của CQTT đó.

Có thể nói, các CQTT có vai trò quan trọng trong công tác PCTN. “Hoạt động thanh tra nhằm phòng ngừa, phát hiện và xử lý các hành vi vi phạm pháp luật (VPPL); phát hiện những sơ hở trong cơ chế quản lý, chính sách, pháp luật để kiến nghị với cơ quan nhà nước có thẩm quyền các biện pháp khắc phục; phát huy nhân tố tích cực; góp phần nâng cao hiệu lực, hiệu quả QLNN; bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân” (Điều 2 Luật Thanh tra). Điều 2 Luật Thanh tra tuy không trực tiếp quy định mục tiêu phòng ngừa, phát hiện và xử lý tham nhũng, nhưng nội hàm của khái niệm hành vi VPPL

* **TS. Khoa Luật, Đại học Huế.**

đã bao hàm toàn bộ cả nội dung của hành vi tham nhũng, nhất là đối tượng của thanh tra chủ yếu là việc thực hiện chức trách nhiệm vụ của cán bộ, công chức nhà nước. Hành vi vi phạm của cán bộ, công chức, viên chức chủ yếu liên quan đến kinh tế (tuyệt đại đa số trường hợp đó là các hành vi tham nhũng). Do vậy, quy định về hoạt động thanh tra nhằm phòng ngừa, phát hiện và xử lý các hành vi VPPL, tức là cũng đã khẳng định vai trò, vị trí của các CQTT nhà nước trong đấu tranh chống tham nhũng.

Ngoài những nhiệm vụ chung như các tổ chức thanh tra nhà nước khác trong công tác PCTN, Thanh tra Chính phủ còn được giao nhiệm vụ riêng trong công tác PCTN. Luật Thanh tra quy định, Thanh tra Chính phủ phải có nhiệm vụ xây dựng văn bản quy phạm pháp luật về thanh tra, về khiếu nại, tố cáo, chống tham nhũng trình cấp có thẩm quyền hoặc ban hành theo thẩm quyền; hướng dẫn, tuyên truyền, kiểm tra, thanh tra việc thực hiện pháp luật về thanh tra, về khiếu nại, tố cáo, chống tham nhũng.

Khi xem xét các văn bản pháp luật về chống tham nhũng chúng ta thấy vị trí của Thanh tra trong đấu tranh chống tham nhũng ngày càng rõ nét.

Luật PCTN 2005 (được sửa đổi, bổ sung năm 2007) một lần nữa khẳng định vai trò và trách nhiệm của các tổ chức thanh tra cũng như công tác thanh tra trong đấu tranh chống tham nhũng. Điều 7 Luật PCTN 2005 quy định: “CQTT, Kiểm toán nhà nước, Điều tra, Viện kiểm sát, Toà án trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm phối hợp với nhau và phối hợp với cơ quan, tổ chức, đơn vị hữu quan trong việc phát hiện hành vi tham nhũng, xử lý người có hành vi tham nhũng và phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về kết luận, quyết định của mình trong quá trình thanh tra, kiểm toán, điều tra, truy tố, xét xử vụ việc tham nhũng.

Cơ quan, tổ chức, đơn vị hữu quan có trách nhiệm tạo điều kiện, cộng tác với CQTT, Kiểm toán nhà nước, Điều tra, Viện kiểm sát, Toà án trong việc phát hiện, xử lý người có hành vi tham nhũng”.

Thanh tra là một trong những cơ quan có nhiệm vụ trực tiếp đấu tranh chống tham nhũng. Điều 62 Luật PCTN quy định: “CQTT, cơ quan Kiểm toán nhà nước, Điều tra, Viện kiểm sát, Toà án thông qua hoạt động thanh tra, kiểm toán, điều tra, kiểm sát, xét xử có trách nhiệm chủ động phát hiện hành vi tham nhũng, xử lý theo thẩm quyền hoặc kiến nghị việc xử lý theo quy định của pháp luật và chịu trách nhiệm trước pháp luật về quyết định của mình”.

Tại Điều 76 Luật PCTN 2005 ghi rõ, Thanh tra Chính phủ trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình: 1. Tổ chức, chỉ đạo, hướng dẫn công tác thanh tra việc thực hiện các quy định của pháp luật về PCTT; trường hợp phát hiện hành vi tham nhũng thì đề nghị cơ quan, tổ chức có thẩm quyền xử lý; 2. Xây dựng hệ thống dữ liệu chung về PCTN.

Để tạo điều kiện thực hiện tốt trách nhiệm này, Luật quy định: Thanh tra là một trong số các cơ quan có đơn vị chuyên trách về chống tham nhũng. Điều 75 Luật PCTN quy định: “Trong Thanh tra Chính phủ, Bộ Công An, Viện kiểm sát nhân dân tối cao có đơn vị chuyên trách về chống tham nhũng”.

Điều đặc biệt là Luật có những quy định thể hiện vai trò đầu mối quan trọng có tính chất “QLNN” cho Thanh tra Chính phủ, thể hiện cụ thể ở việc quy định trách nhiệm của Thanh tra Chính phủ trong việc theo dõi, kiểm tra việc thực hiện các quy định của pháp luật về PCTN và chủ trì trong hợp tác quốc tế về chống tham nhũng.

Điều 90 quy định: “Thanh tra Chính phủ phối hợp với Bộ Ngoại giao, Bộ Công an và các cơ quan hữu quan thực hiện hoạt động hợp tác quốc tế về nghiên cứu, đào tạo, xây dựng chính sách, trao đổi thông tin, hỗ trợ

tài chính, trợ giúp kỹ thuật, trao đổi kinh nghiệm trong PCTN”.

1.2. Thanh tra nhà nước trong đấu tranh PCTN

Trong cuộc đấu tranh chống tham nhũng hiện nay, vấn đề quan trọng không chỉ là phát hiện và xử lý nghiêm minh, kịp thời các vụ việc tham nhũng mà điều quan trọng hơn là phải phòng ngừa tệ nạn ấy một cách tích cực. Tham nhũng nảy sinh từ nhiều nguyên nhân và điều kiện khác nhau. Sớm phát hiện những nguyên nhân và điều kiện ấy là phương hướng đấu tranh chống tham nhũng triệt để nhất. Hiện nay, cơ chế quản lý mới đang từng bước được hình thành, cơ chế quản lý cũ đã và đang dần dần được xóa bỏ, nhưng vẫn còn nhiều ảnh hưởng. Đây là điều kiện thuận lợi cho hiện tượng tham nhũng nảy nở và lây lan khắp mọi lĩnh vực của đời sống xã hội. Vì vậy, đổi mới và hoàn thiện cơ chế quản lý là biện pháp phòng ngừa tham nhũng cấp bách hiện nay. Thanh tra nhà nước (TTNN), theo chức năng của mình, hơn bất kỳ cơ quan nhà nước nào, là cơ quan có chức năng phòng ngừa tệ nạn tham nhũng hữu hiệu nhất. Bởi vì, bằng hoạt động thanh tra thường xuyên trên tất cả các lĩnh vực hoạt động của bộ máy nhà nước, Thanh tra phát hiện kịp thời những thiếu sót và lỗ hổng trong cơ chế QLNN để đề ra kiến nghị cụ thể và xác thực làm cơ sở cho việc đổi mới và hoàn thiện cơ chế QLNN. Đây chính là phương hướng đấu tranh chống tham nhũng hữu hiệu bằng biện pháp phòng ngừa, phù hợp với điều kiện nước ta hiện nay. Bởi vì những hoạt động này nhằm hướng đến thủ tiêu những nguyên nhân và điều kiện đẻ ra tham nhũng. TTNN đấu tranh chống tham nhũng trước hết và chủ yếu bằng hoạt động phòng ngừa.

Theo báo cáo của TTNN, bình quân hàng năm toàn ngành Thanh tra đã thực hiện

trên 10 nghìn cuộc thanh tra, tiếp nhận và giải quyết theo thẩm quyền gần 20 vạn đơn thư khiếu nại, tố cáo. Qua các cuộc thanh tra đã phát hiện được nhiều lỗ hổng trong cơ chế QLNN là nguyên nhân và điều kiện cho những người có chức, có quyền lợi dụng để tham nhũng.

Hiện nay, công tác PCTN đang có chuyển biến. Các biện pháp phòng ngừa được triển khai rộng rãi; nhiều án nghiêm trọng phức tạp được phát hiện xử lý... Có được những kết quả đó, Ban Chỉ đạo Trung ương về phòng, chống tham nhũng đã thực hiện nhiều giải pháp phòng ngừa như: công khai minh bạch hoạt động của các cơ quan, tổ chức (tập trung nhiều ở các lĩnh vực đầu tư xây dựng, quản lý đất đai, sử dụng ngân sách...); minh bạch tài sản thu nhập; xử lý trách nhiệm của người đứng đầu... Đặc biệt, việc hợp tác quốc tế về PCTN được mở rộng¹.

Tại Hội nghị tổng kết 5 năm thực hiện Luật PCTN tại Hà Nội chiều 22/12/2011, Phó Tổng Thanh tra Chính phủ cho biết, năm 2010 Tổ chức Minh bạch quốc tế (Transparency International TI) đã chấm Việt Nam được 2,7 điểm, xếp hạng 116. “Năm nay TI đánh giá chúng ta tăng 4 điểm, cho thấy công tác PCTN ở Việt Nam có tiến bộ nhưng chưa có chuyển biến căn bản”, Phó Tổng Thanh tra Chính phủ nói. Theo đánh giá của TI, những quốc gia dưới 5 điểm có nhiều tham nhũng, phần nhiều là nước đang chuyển đổi nền kinh tế.

Phó Tổng Thanh tra Chính phủ cũng cho biết, để hạn chế tham nhũng tại những nước có nền kinh tế chuyển đổi, kiểu như Việt Nam, TI đưa ra 3 giải pháp, gồm: công khai minh bạch thông tin, trừ thông tin ảnh hưởng đến an ninh quốc gia, thuận phong mỹ tục; kiểm soát tốt tài sản và thu nhập của quốc gia, kể cả tài nguyên khoáng sản; phát huy được vai trò của xã hội trong PCTN.

1 Báo điện tử Vnexpress, số ra thứ ba, 29/11/2011.

2. Các giải pháp nâng cao hiệu quả đấu tranh phòng, chống tham nhũng của cơ quan thanh tra

Tăng cường hoạt động của Thanh tra trong phòng ngừa tham nhũng

PCTN bao giờ cũng là sự kết hợp nhiều biện pháp mang tính tổng thể, bao gồm cả phòng ngừa, phát hiện và xử lý. Chống tham nhũng cũng thuộc trách nhiệm của nhiều cơ quan (Công an, Toà án, Viện kiểm sát, Thanh tra...). Trong đó, so với các cơ quan khác, Thanh tra có những ưu thế nhất định, đặc biệt là trong khâu phòng ngừa và phát hiện các hành vi tham nhũng. Chức năng cơ bản của thanh tra là kiểm tra, kiểm soát việc chấp hành chính sách, pháp luật của các đối tượng bị thanh tra. Chính từ quá trình thực hiện các chức năng cơ bản này, Thanh tra có thể hiểu rõ những khiếm khuyết trong cơ chế chính sách làm phát sinh hành vi tham nhũng, ở đây Thanh tra đóng vai trò dự báo. Một cơ chế, chính sách nào đó ở vào thời điểm Thanh tra, mặc dù chưa làm phát sinh tham nhũng nhưng đã có thể có được dự báo hậu quả của nó trong thời gian tới nếu không có một sự điều chỉnh kịp thời. Những kiến nghị của Thanh tra trong trường hợp này mang tính chất là một biện pháp ngăn ngừa tham nhũng có thể xảy ra. Thực tế đã chứng minh rằng, qua công tác thanh tra, CQTT đã đưa ra rất nhiều kiến nghị mà việc thực hiện chúng đã hạn chế được các vụ việc tham nhũng phát sinh, nhất là trong các lĩnh vực: đấu thầu, mua bán tài sản công, quản lý tiền tệ ngân hàng, quản lý việc sử dụng công quỹ... vì vậy cần tăng cường vai trò của CQTT trong hoạt động này.

Đổi mới hoạt động của TTNN

Để hoạt động của TTNN trong đấu tranh PCTN đạt hiệu quả cần phải đổi mới theo các hướng sau:

Thứ nhất, đổi mới nhận thức và quan điểm về hoạt động thanh tra, kiểm tra. Mục đích của các cuộc thanh tra, kiểm tra trước

hết là phải tìm kiếm, phát hiện ra các sơ hở, bất cập của cơ chế, chính sách dẫn đến việc nảy sinh những hành vi tham nhũng. Trên cơ sở đó kiến nghị, đưa ra giải pháp nhằm thủ tiêu tham nhũng ngay trong trứng nước.

Thứ hai, đổi mới về nội dung thanh tra. Thanh tra, kiểm tra cần tập trung vào các yếu tố nội dung của cơ chế quản lý, vào các sơ hở, thiếu sót trong bộ máy của cơ chế quản lý nhà nước mà cụ thể là mối quan hệ giữa các Bộ, giữa Bộ với Sở, với doanh nghiệp trực thuộc quản lý; mối quan hệ giữa trung ương và địa phương trong cấp phát quyết định ngân sách, tài chính, xây dựng cơ bản, phân bổ dự án đầu tư... Tập trung vào phát hiện những thiếu sót này sẽ góp phần điều chỉnh, cải cách lại bộ máy nhà nước, hạn chế tích cực nạn tham nhũng. Công tác thanh tra, kiểm tra, giám sát phải hướng vào mọi hoạt động sản xuất kinh doanh, các cơ quan, tổ chức, cá nhân. Cụ thể là thanh tra, kiểm tra, giám sát bảo đảm tính minh bạch trong việc sử dụng, chi tiêu ngân sách nhà nước, tài sản công, tài chính Đảng, đoàn thể, tài chính các doanh nghiệp nhà nước, các quỹ do nhân dân đóng góp và do nước ngoài viện trợ. Do đó cần phải có những quy chế, tiêu chí để đảm bảo việc kiểm tra, giám sát. Công tác thanh tra không chỉ tập trung thanh tra kinh tế mà còn phải tăng cường công tác thanh tra, kiểm tra, giám sát mọi hoạt động công vụ của người có chức vụ, quyền hạn. Khắc phục tình trạng tràn lan và can thiệp quá sâu vào những sự vụ cụ thể làm cản trở đến hoạt động bình thường của đơn vị là đối tượng thanh tra. Đặc biệt phải quan tâm chống tiêu cực trong hoạt động thanh tra, kiểm tra, chống việc lợi dụng hoạt động thanh tra để vòi vĩnh, sách nhiễu.

Thứ ba, đổi mới phương thức hoạt động thanh tra, tăng cường tính công khai trong hoạt động thanh tra; chuyển mạnh phương thức tiền kiểm sang hậu kiểm. Đề cao trách nhiệm tự thanh tra, kiểm tra của các cơ quan,

tổ chức, doanh nghiệp. Xử lý kịp thời các kết luận và quyết định xử lý về thanh tra, đặc biệt là xử lý các sai phạm về kinh tế.

Tăng cường sự phối hợp giữa TTNN với các cơ quan Điều tra, Viện kiểm sát, Toà án, và kiểm tra Đảng trong cuộc đấu tranh PCTN

Ban hành một quy chế liên ngành giữa TTNN - Bộ Công an - Viện kiểm sát nhân dân tối cao - Toà án nhân dân tối cao - Ủy ban kiểm tra Đảng về xử lý tham nhũng. Trong đó quy định rõ chức trách của từng cơ quan Điều tra, Viện kiểm sát, Toà án, Thanh tra và kiểm tra Đảng trong việc xử lý hành vi tham nhũng ngoài việc thu hồi tài sản bị chiếm dụng, ngoài hình phạt chính cần áp dụng các hình phạt bổ sung như: phạt tiền, tịch thu một phần hay toàn bộ tài sản, khai trừ Đảng, cấm đảm nhiệm những chức vụ, làm những nghề hoặc công việc nhất định.

*

* *

Tham nhũng là vấn đề nhức nhối của Việt Nam cũng như của hầu hết các quốc gia trên thế giới. Tham nhũng gây hậu quả rất nghiêm trọng, nó phá hoại đời sống xã hội, làm chậm trễ tiến trình tăng trưởng kinh tế, cản trở đầu tư, giảm cơ hội việc làm và làm giảm lòng tin của nhân dân đối với Đảng, Nhà nước. Ở nước ta, trong công cuộc đổi mới và tiến hành công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước thì việc PCTN có ý nghĩa chính trị, xã hội, pháp lý rất quan trọng; góp phần khôi phục kỷ cương trong Đảng, tăng cường sức mạnh và nâng cao hiệu lực, hiệu quả hoạt động của Nhà nước, củng cố lòng tin của quần chúng nhân dân, làm trong sạch đội ngũ cán bộ, công chức, làm lành mạnh hoá các quan hệ xã hội và thực hiện công bằng xã hội. Trong đó, TTNN là một trong những cơ quan có vai trò rất quan trọng trong đấu tranh PCTN; các hoạt động của Thanh tra từ việc phòng ngừa, phát hiện và xử lý đối với các vụ tham nhũng đã góp

phần làm hạn chế thấp nhất tham nhũng xảy ra ở các cơ quan, tổ chức, đơn vị. Nhưng qua thực tiễn cũng cho thấy hoạt động TTNN trong đấu tranh PCTN vẫn còn những tồn tại, hạn chế nhất định. Tuy nhiên, đấu tranh PCTN không phải là công việc đơn giản có thể giải quyết trong một thời gian ngắn, mà là kết quả của cuộc đấu tranh kiên trì, bền bỉ và có sự thống nhất đồng bộ giữa các cơ quan chức năng dưới sự lãnh đạo, chỉ đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam. Trong đấu tranh PCTN đòi hỏi phải kết hợp đồng bộ các biện pháp tình thế và các giải pháp mang tính chiến lược. Phải phối hợp giữa các biện pháp kinh tế, các biện pháp chính trị, tư tưởng, các biện pháp tổ chức, quản lý, các biện pháp văn hoá giáo dục và các biện pháp pháp luật. Phải kết hợp các biện pháp chung của toàn xã hội, của Nhà nước với các biện pháp chuyên môn nghiệp vụ của các cơ quan chức năng. Và để nâng cao hiệu quả trong đấu tranh PCTN, cần phải nâng cao hiệu quả tổ chức của từng biện pháp phòng ngừa, đó là các biện pháp pháp luật, các biện pháp cơ chế, chính sách, các biện pháp QLNN về kinh tế; các biện pháp tăng cường thanh tra; các biện pháp cải cách hành chính bộ máy nhà nước; các biện pháp quản lý cán bộ công chức; các biện pháp quản lý thu nhập và kê khai tài sản của cán bộ công chức v.v...

Chúng ta tin tưởng rằng với sự quan tâm đặc biệt của Đảng và Nhà nước về vấn đề PCTN. Thanh tra sẽ từng bước đổi mới nội dung và phương thức hoạt động trong thanh tra, kiểm tra giám sát để nâng cao vai trò của Thanh tra trong đấu tranh PCTN ở nước ta hiện nay, góp phần làm cho bộ máy nhà nước thật sự trong sạch, vững mạnh, thực sự của dân, do dân, vì dân; loại trừ nguy cơ, thách thức, tụt hậu. Tin tưởng rằng, ngoài vai trò của TTNN, các cơ quan trong hệ thống chính trị cũng sẽ phát huy cao độ vai trò của tổ chức mình trong đấu tranh PCTN thì tất yếu nạn tham nhũng sẽ được đẩy lùi■

CÁC PHƯƠNG PHÁP PHỔ BIẾN DÙNG ĐỂ XÁC ĐỊNH GIỚI HẠN THỊ TRƯỜNG LIÊN QUAN TRONG LUẬT CHỐNG ĐỘC QUYỀN

ĐÀO NGỌC BÁU*

Sau khi phân tích hiện trạng nghiên cứu và áp dụng các phương pháp xác định giới hạn thị trường hàng hóa liên quan, bài viết chỉ ra phương pháp phổ biến được các nước sử dụng để xác định giới hạn thị trường liên quan hiện nay vẫn là “thử độc quyền giả định” (thử SSNIP). Tuy nhiên, phương pháp này có một số hạn chế nhất định, nên các nhà lý luận và hoạt động thực tiễn vẫn không ngừng nghiên cứu để tìm ra phương pháp mới bổ sung. “Phân tích thiệt hại tới hạn” được xem là một trong những phương pháp thay thế hữu hiệu, ngày càng được áp dụng phổ biến trong các Tòa án ở Hoa Kỳ khi giải quyết các vụ án chống độc quyền.

1. Khái niệm thị trường liên quan và ý nghĩa của việc xác định giới hạn thị trường liên quan

1.1. Khái niệm thị trường liên quan

Theo Điều 2, Luật Cạnh tranh mẫu của Ủy ban Thương mại và phát triển Liên hợp quốc thì “Thị trường liên quan là khái niệm dùng để chỉ những điều kiện thông thường mà ở đó, người bán và người mua trao đổi hàng hóa với nhau, có nghĩa là việc xác định giới hạn các ranh giới xác định những nhóm người bán và người mua sản phẩm mà trong phạm vi đó, cạnh tranh có nhiều khả năng bị hạn chế. Nó đòi hỏi phải hoạch định được giới hạn về mặt địa lý và sản phẩm, trong giới hạn này các nhóm sản phẩm, bên mua và bên bán tương tác lẫn nhau để hình thành

nên giá cả và sản lượng đầu ra. Thị trường liên quan phải bao gồm tất cả hàng hóa và dịch vụ có tính thay thế hợp lý và tất cả các đối thủ cạnh tranh lân cận mà người tiêu dùng có thể chuyển sang mua trong ngắn hạn một khi hành vi hạn chế hoặc lạm dụng dẫn đến giá cả tăng lên ở mức không nhỏ”.

Còn trong “Hướng dẫn sáp nhập doanh nghiệp theo chiều ngang” của Ủy ban Thương mại liên bang phối hợp với Bộ Tư pháp Mỹ ban hành năm 1992 thì “Thị trường [liên quan] là khái niệm chỉ một sản phẩm (bao gồm cả dịch vụ) hoặc một nhóm sản phẩm (bao gồm cả dịch vụ) và một khu vực địa lý, mà trong khu vực địa lý này một doanh nghiệp thực hiện hành vi “tăng giá nhỏ nhưng có tính quan trọng và phi tạm thời”, với các giả thiết là doanh nghiệp

* ThS. NCS Đại học Nhân dân Trung Quốc

không tuân thủ cơ chế quản lý giá và theo đuổi mục đích tối đa hóa lợi nhuận tham gia vào sản xuất hoặc tiêu thụ những sản phẩm (hoặc dịch vụ) này; doanh nghiệp là nhà sản xuất hoặc tiêu thụ duy nhất trong hiện tại và tương lai; và trong điều kiện việc tiêu thụ tất cả các sản phẩm khác không đòi”¹.

Và Điều 3 của bản “Hướng dẫn xác định giới hạn thị trường liên quan” do Ủy ban chống độc quyền trực thuộc Quốc vụ viện Trung Quốc ban hành định nghĩa “Thị trường liên quan là khái niệm chỉ phạm vi hàng hóa hoặc địa lý mà ở đó doanh nghiệp trong một thời kỳ nhất định tiến hành cạnh tranh trên phương diện sản phẩm hoặc dịch vụ (sau đây gọi chung là hàng hóa). Trong thực tiễn thực thi chống độc quyền, thông thường phải thực hiện xác định giới hạn thị trường hàng hóa liên quan và thị trường địa lý liên quan”.

Như vậy, các quốc gia khác nhau có cách diễn đạt khác nhau đối với khái niệm thị trường liên quan, song chúng có điểm chung là đều cho rằng thị trường liên quan bao gồm thị trường hàng hóa liên quan, thị trường địa lý liên quan, và có thể tồn tại thị trường liên quan khác, trong đó thị trường hàng hóa liên quan được xem là yếu tố quan trọng nhất và không thể không tính đến trong các vụ án chống độc quyền.

Thị trường hàng hóa liên quan là khái niệm chỉ thị trường được cấu thành bởi một loại hoặc một nhóm hàng hóa do người tiêu dùng căn cứ vào đặc tính, công dụng và giá cả mà cho rằng chúng có quan hệ gần với nhau. Những hàng hóa này biểu hiện ra có quan hệ cạnh tranh tương đối mạnh, trong luật chống độc quyền được xem như là phạm vi hàng hóa mà ở đó các chủ thể kinh doanh tiến hành cạnh tranh.

Về mặt kinh tế học, có thể phân thị trường hàng hóa liên quan thành thị trường hàng hóa đồng chất có quan hệ cạnh tranh và thị trường hàng hóa thay thế có quan hệ cạnh tranh. Người ta thường dựa vào các đặc điểm như quy trình công nghệ, thành phần

cấu tạo của sản phẩm để nhận định hàng hóa có phải là đồng chất hay không. Chẳng hạn, xét trên phương diện này thì giày không giống với dép và cũng không giống với guốc bởi mỗi loại có một thành phần cấu tạo khác nhau. Đối với thị trường hàng hóa thay thế, nhận định sản phẩm nào có tính thay thế là điều tương đối khó. Thông thường, tính thay thế của sản phẩm bao gồm hai loại: tính thay thế về cầu và tính thay thế về cung, trong đó xác định giới hạn thị trường liên quan chủ yếu tiến hành phân tích từ góc độ tính thay thế về cầu. Nếu như người tiêu dùng có thể dễ dàng chuyển sang sản phẩm thay thế của doanh nghiệp khác, thì giữa các sản phẩm của những doanh nghiệp này tồn tại thị trường liên quan. Tính thay thế về cầu thường bao gồm tính thay thế về chức năng và tính thay thế về giá, trong đó thay thế về giá là yếu tố phức tạp nhất. Về nguyên tắc, tính thay thế giữa các sản phẩm càng cao thì chúng càng có khả năng thuộc về cùng một thị trường hàng hóa liên quan.

Thị trường địa lý liên quan là khái niệm dùng để chỉ khu vực địa lý của hàng hóa có quan hệ thay thế gần mà người tiêu dùng tiếp cận được. Những khu vực này thể hiện quan hệ cạnh tranh tương đối mạnh. Trong quá trình thi hành pháp luật chống cạnh tranh, có thể xem thị trường địa lý liên quan như là phạm vi địa lý mà chủ thể kinh doanh tiến hành cạnh tranh. Trên thực tế, không phải tất cả sản phẩm đồng chất hoặc sản phẩm thay thế đều hình thành quan hệ cạnh tranh. Chẳng hạn như, rất khó có thể cho rằng, doanh nghiệp sản xuất bê tông tươi ở Hà Nội và doanh nghiệp sản xuất bê tông tươi ở thành phố Hồ Chí Minh có quan hệ cạnh tranh với nhau. Bởi lẽ, chi phí vận chuyển sản phẩm từ Hà Nội đến thành phố Hồ Chí Minh là rất cao; hơn nữa, với một quãng đường dài như vậy, rất khó có thể bảo quản được chất lượng của bê tông. Chính vì điều này mà trong nhiều vụ án chống độc quyền, các cơ quan thi hành pháp luật và tòa án không chỉ xác định thị trường hàng hóa

1 Đây chính là nguyên tắc thử độc quyền giá định: "Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price", được viết tắt thành SSNIP.

liên quan mà còn phải xem xét cả thị trường địa lý liên quan. Xác định giới hạn thị trường địa lý liên quan thông thường yêu cầu tính đến một số yếu tố như chi phí vận chuyển, khả năng bảo quản, các quy định pháp luật mang tính địa phương, vấn đề thuế quan...

Thị trường thời gian liên quan là khái niệm chỉ phạm vi thời gian mà trong đó các sản phẩm tương đồng hoặc gần nhau trong cùng một khu vực cạnh tranh lẫn nhau. Ý nghĩa của thị trường thời gian liên quan hoàn toàn không phải là chỉ thời gian chủ thể tham gia thị trường ngắn hay dài mà là chỉ thuộc tính thời gian của thị trường. Thị trường thời gian liên quan thường có tính thời vụ, tính chu kỳ sản xuất, tính thời trang lưu hành... Chẳng hạn, thị trường vé xem thi đấu cúp bóng đá thế giới tại World Cup, thị trường bánh trung thu, thị trường cho thuê gian hàng hội chợ triển lãm. Như vậy, không phải tất cả các vụ án chống độc quyền đều đòi hỏi phải xác định thị trường thời gian liên quan mà chỉ trong trường hợp thời gian tồn tại của thị trường tương đối ngắn và số lượng hàng hóa là hữu hạn mới phải tiến hành phân tích yếu tố thời gian. Do đó, thị trường thời gian liên quan được xem là nhân tố bổ sung cho việc xác định giới hạn thị trường hàng hóa liên quan và thị trường địa lý liên quan.

1.2. Ý nghĩa của việc xác định giới hạn thị trường liên quan

1.2.1. Xác định giới hạn thị trường liên quan là nội dung không thể thiếu của luật chống độc quyền

“Trong đa số trường hợp, xác định giới hạn thị trường liên quan trên thực tế là xuất phát điểm và là tiền đề cơ bản của phân tích cạnh tranh. Mặc dù nội dung của nó có thể không được quy định trong một điều luật cụ thể của luật chống độc quyền song nó lại được ẩn chứa trong các quy định chủ yếu của luật này”².

Trên thực tế, tính quan trọng của xác định giới hạn thị trường liên quan trong việc kiểm soát hành vi tập trung kinh tế và cấm lạm dụng vị trí chi phối thị trường được thể hiện rất rõ. Theo quy định của pháp luật, cơ quan thi hành pháp luật chống độc quyền và tòa án thường dựa vào hai tiêu chuẩn “hạn chế cạnh tranh thực tế” và “địa vị chi phối thị trường” để xử lý các vụ án tập trung kinh tế. Việc áp dụng các tiêu chuẩn kiểm soát này đòi hỏi phải đặt chủ thể kinh doanh trong một bối cảnh thị trường nhất định. Bối cảnh thị trường này chính là thị trường liên quan đang được xem xét trong vụ án.

Trong các vụ án lạm dụng vị trí chi phối thị trường, vấn đề quan trọng mà cơ quan thi hành pháp luật chống độc quyền và tòa án phải quyết định là liệu doanh nghiệp có vị trí chi phối thị trường hay không và phải tiến hành phân tích phạm vi thị trường mà doanh nghiệp trong vụ án thuộc về nó. Sau khi đã nhận định được phạm vi thị trường thì phải tiếp tục nhận định thị phần của doanh nghiệp. Nếu như trong phạm vi thị trường được xác định, doanh nghiệp đạt đến một mức độ thị phần theo quy định của pháp luật (thường là 30% trở lên) thì được xem là doanh nghiệp có vị trí chi phối thị trường. Pháp luật không cấm bản thân doanh nghiệp có vị trí chi phối thị trường mà chỉ cấm doanh nghiệp lạm dụng vị trí chi phối của nó. Chính vì thế, trong những vụ án loại này, thị trường liên quan là nhân tố bắt buộc phải xác định.

Đối với các hành vi thỏa thuận độc quyền (cartel), mặc dù theo quy định của pháp luật, hành vi này được xử lý theo quy tắc vi pháp tự thân (per se rule)³ nhưng trong một số trường hợp, việc xử lý vụ án Cartel vẫn yêu cầu phải xác định thị trường địa lý liên quan. Ví dụ, trong vụ án thỏa thuận giá gây hạn chế cạnh tranh xảy ra tại thành phố Trùng Khánh, Trung Quốc năm 2004, ba công ty kinh doanh viên thông lớn bao gồm

2 Vương Hiểu Diệp, “Tiền đề có ảnh hưởng toàn cục – xác định giới hạn thị trường liên quan trong luật chống độc quyền”, Nxb. Đại học Bắc Kinh, Trung Quốc, 2011, tr. 289.

3 Quy tắc vi pháp tự thân hiểu một cách đơn giản giống như (nhưng không hoàn toàn đồng nhất với) lý luận về cấu thành hình thức trong luật hình sự. Theo đó, một hành vi ngay khi được thực hiện liền bị coi là vi phạm pháp luật cạnh tranh, chẳng hạn như hành vi thông đồng để thắng thầu, thỏa thuận phân chia thị trường, thỏa thuận ấn định giá...

Banan Telecom, Netcom và Railcom đã cùng nhau ký “thỏa thuận tự ràng buộc kinh doanh toàn diện”. Nhưng Tòa án đã phán quyết rằng, thỏa thuận này là vi phạm pháp luật. Tuy nhiên, có ý kiến cho rằng thị trường viễn thông Trung Quốc là vô cùng rộng lớn, thỏa thuận ấn định giá của ba công ty có ảnh hưởng không lớn trên phạm vi toàn quốc. Do đó, cơ quan thực thi luật chống độc quyền không nên ngăn cản thỏa thuận nói trên. Tuy nhiên, Tòa án cho rằng, xét trong phạm vi của thành phố Trung Khánh thì thỏa thuận này phải bị coi là hành vi phản cạnh tranh, vì thế, để bảo vệ lợi ích của người tiêu dùng, hành vi phải bị cấm.

1.2.2. Xác định giới hạn thị trường liên quan có ảnh hưởng trực tiếp đến kết quả xử lý vụ án chống độc quyền

Để hiểu được tính quan trọng này của việc xác định giới hạn thị trường liên quan, chúng ta xem xét hai vụ án sai điển hình của Mỹ liên quan đến xác định sức mạnh thị trường của doanh nghiệp. Trước tiên là “vụ án công ty duPont” - “vụ án giấy bóng kính”. Trong vụ án này, Bộ Tư pháp Mỹ cáo buộc công ty duPont có sức mạnh thị trường bởi nó chiếm 75% thị phần của thị trường giấy bóng kính. Tuy nhiên, Tòa án cho rằng, thị trường liên quan trong trường hợp này bao gồm tất cả các loại vật liệu đóng gói linh hoạt, mà trên thị trường đó công ty duPont chỉ chiếm chưa tới 20% thị phần. Vì vậy, Tòa án đã phán quyết rằng công ty này hoàn toàn không có hành vi lạm dụng vị trí chi phối thị trường mang tính phản cạnh tranh. Việc xác định giới hạn thị trường liên quan không chính xác đã dẫn đến phán quyết sai lầm của Tòa án.

Một vụ án khác là “Vụ án công ty nhôm” Alcoa. Trong vụ án, thẩm phán chỉ xem xét thị trường nhôm thanh thuần chất, mà không xem xét thị trường nhôm phế phẩm tái chế và thị trường nhôm thanh nguyên liệu nhập khẩu. Trong thị trường nhôm thanh thuần chất, thị phần của công ty này là 90%. Tuy nhiên, nếu như gộp cả nhôm phế phẩm tái chế và nhôm thanh nguyên liệu nhập khẩu thì thị phần của nó chỉ là 33%. Thẩm phán đã bỏ qua tính thay

thế của sản phẩm nên đã phán quyết rằng hành vi của công ty nhôm cấu thành vi phạm theo luật chống độc quyền. Nói cách khác, khi nhận định thị trường liên quan, Tòa án đã sử dụng tiêu chí sản phẩm đồng chất. Chính vì sai lầm này nên kết quả của vụ án đã ảnh hưởng không nhỏ tới lợi ích của công ty nhôm Alcoa.

Tóm lại, trong hai vụ án kinh điển trên, do Tòa án đã bỏ qua hoặc đã khuếch đại tính thay thế của sản phẩm dẫn đến việc nhận định thị trường liên quan quá rộng hoặc quá hẹp với những kết quả sai. Điều này đã chứng minh cho vai trò quan trọng của việc xác định giới hạn thị trường liên quan trong việc xử lý các vụ án chống độc quyền.

2. Hiện trạng nghiên cứu và áp dụng các phương pháp xác định giới hạn thị trường liên quan

Trong ba yếu tố của thị trường liên quan, thị trường hàng hóa liên quan có ý nghĩa đặc biệt quan trọng.

Về mặt lịch sử, từ đầu thế kỷ XX, Tòa án Mỹ đã bắt đầu đưa ra các phương pháp xác định giới hạn thị trường liên quan, trong đó có các phương pháp như nhận định thị trường đồng chất, nhận định thay thế về cầu, lý luận thị trường phụ thuộc, lý luận nhóm sản phẩm... Trên thực tế, chúng ta không thể phủ nhận giá trị và những cống hiến lịch sử của các phương pháp này, bởi chúng là cơ sở cho việc ra đời phương pháp SSNIP (phương pháp thử độc quyền giả định). Tuy nhiên, khách quan mà nói, những phương pháp này còn tồn tại một số hạn chế, đặc biệt là chúng không thể chỉ ra một cách tương đối rõ ràng ngoại biên của thị trường liên quan. Chúng chưa trả lời được câu hỏi sản phẩm ở mức độ thay thế nào thì thuộc về thị trường hàng hóa liên quan (tức là vấn đề về tính co giãn của cầu). Hai vụ án nêu trên là những ví dụ minh họa.

Để khắc phục những thiếu sót này, Tòa án Mỹ đã không ngừng nghiên cứu và hoàn thiện phương pháp xác định giới hạn thị trường liên quan. Trên cơ sở tổng kết thực tiễn và kinh nghiệm xử lý các vụ án chống độc quyền, những người làm công tác thực tiễn của Mỹ vẫn kiên trì sử dụng phương

pháp nhận định tính thay thế về cầu nhưng đồng thời bổ sung các tiêu chuẩn để xác định mức độ thay thế. Tiêu chuẩn đó được gọi là “phạm vi đủ nhỏ”. Lấy khái niệm này làm cơ sở, “Hướng dẫn sáp nhập doanh nghiệp theo chiều ngang” năm 1982 của Mỹ quy định “phạm vi đủ nhỏ” là 5%. Năm 1984, bản Hướng dẫn này tiếp tục quy định rằng: trong những trường hợp khác nhau, cơ quan có thẩm quyền có thể sử dụng biên độ lớn hơn hoặc nhỏ hơn 5%. Tiêu chuẩn “phạm vi đủ nhỏ” đã hình thành nên một phương pháp mới - phương pháp SSNIP (Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price) - tăng giá nhỏ nhưng có ý nghĩa và phi tạm thời, còn được gọi là phương pháp thử độc quyền giả định. Nội dung của phương pháp này là giả định đang tồn tại một nhà cung cấp, nhà cung cấp tăng giá sản phẩm của họ lên 5%, sau đó kiểm tra tình huống trong vòng một năm xem liệu có tồn tại nhu cầu của người tiêu dùng lấy sản phẩm khác để thay thế hay không. Nếu câu trả lời là khẳng định thì hàng hóa đang được điều tra cùng với hàng hóa thay thế được coi là tồn tại trong cùng một thị trường, tức là thị trường hàng hóa liên quan. Phương pháp SSNIP đã sử dụng lý luận “độ co giãn chéo về cầu” của kinh tế học. Nó cho thấy, khi xác định giới hạn thị trường hàng hóa liên quan, nhân tố quyết định không phải là sự khác biệt tuyệt đối của giá cả mà là sự thay đổi giá của một loại sản phẩm có dẫn đến ảnh hưởng mang tính cạnh tranh phát sinh đối với hàng hóa khác hay không. Gần đây, phương pháp SSNIP vẫn được sử dụng bởi các cơ quan có thẩm quyền của Mỹ, chẳng hạn như trong vụ án “Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc” năm 1992, Tòa án tối cao Mỹ đã nhận mạnh rằng: khi quyết định sức mạnh thị trường tồn tại hay không, đặc biệt là phản ứng của một quy mô sản phẩm đối với sự thay đổi giá của sản phẩm khác, thì phương pháp chính xác là xem xét cẩn thận hiện thực kinh tế của thị trường có liên quan⁴.

Trên thực tế, mặc dù phương pháp SSNIP do các cơ quan thực thi luật chống độc quyền của Mỹ đưa ra nhưng hiện nay, nó được ghi nhận trong pháp luật của rất nhiều quốc gia như: “Thông báo của Cộng đồng châu Âu về xác định giới hạn thị trường liên quan trong luật cạnh tranh” ban hành năm 1997 hay “Báo cáo của Ủy ban cạnh tranh Paris”⁵.

Năm 2009, Quốc vụ viện Trung Quốc đã ban hành quy định “Hướng dẫn xác định giới hạn thị trường liên quan”. Điều 7 của Hướng dẫn này ghi nhận: Khi phạm vi thị trường cạnh tranh của các chủ thể kinh doanh không đủ rõ ràng hoặc không dễ xác định, có thể căn cứ vào tư duy phân tích “thử độc quyền giả định” để xác định giới hạn thị trường liên quan. Sau đó, Điều 10 và Điều 11 đã giải thích một cách rõ ràng tư duy phân tích thử độc quyền giả định là gì. Những điều khoản này đã đưa ra những quy định tương đối chi tiết đối với vấn đề thị trường liên quan của Trung Quốc. Nó không chỉ chỉ ra ba bước cần phải tiến hành trong xác định giới hạn thị trường liên quan mà còn giải thích các vấn đề thực tế của phương pháp này. Như vậy có thể thấy, mặc dù thừa nhận phương pháp xác định giới hạn thị trường liên quan không phải chỉ có một, nhưng pháp luật chống độc quyền của Trung Quốc đã thừa nhận phương pháp SSNIP là một trong những phương pháp hữu hiệu nhất để xác định giới hạn thị trường liên quan.

Không giống như các nước khác, hiện nay Việt Nam chưa ban hành “Hướng dẫn xác định giới hạn thị trường liên quan” với tư cách là một văn bản chuyên biệt. Liên quan đến vấn đề này mới chỉ có Luật Cạnh tranh và Nghị định 116/2005/NĐ-CP ngày 15/9/2005 của Chính phủ về Quy định chi tiết một số điều của Luật Cạnh tranh. Tuy nhiên, các văn bản pháp luật này đều thừa nhận áp dụng phương pháp thử độc quyền giả định để giải quyết các vụ án chống độc quyền dù không trực tiếp đề cập đến thuật

4 Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S 451 (1992), p. 133.

5 Rapport du conseil de la concurrence de Paris.1992, p. 53.

ngữ phương pháp SSNIP. Thực vậy, Khoản 1, Điều 3, Luật Cạnh tranh năm 2004 quy định: “Thị trường liên quan bao gồm thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan. Thị trường sản phẩm liên quan là thị trường của những hàng hóa, dịch vụ có thể thay thế cho nhau về đặc tính, mục đích sử dụng và giá cả. Thị trường địa lý liên quan là một khu vực địa lý cụ thể trong đó có những hàng hóa, dịch vụ có thể thay thế cho nhau với các điều kiện cạnh tranh tương tự và có sự khác biệt đáng kể với các khu vực lân cận”. Để cụ thể hóa quy định này, Khoản 5, Điều 4 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP của Chính phủ về quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh đã chỉ ra: “Hàng hóa, dịch vụ được coi là có thể thay thế được cho nhau về giá cả nếu trên 50% một lượng mẫu ngẫu nhiên 1.000 người tiêu dùng sinh sống tại khu vực địa lý liên quan chuyển sang mua hoặc có ý định chuyển sang mua hàng hóa, dịch vụ khác có đặc tính, mục đích sử dụng giống với hàng hóa, dịch vụ mà họ đang sử dụng hoặc có ý định sử dụng trong trường hợp giá của hàng hóa, dịch vụ đó tăng lên 10% và được duy trì trong 06 tháng liên tiếp”.

Nhiều quốc gia thừa nhận phương pháp SSNIP là vì tính khoa học tương đối của nó. Trước hết, phương pháp này đã khắc phục được tính không xác định về ngoại biên thị trường liên quan của các phương pháp phân tích định tính trước đây. Ngoài việc phân tích định tính, phương pháp thử độc quyền giả định còn chủ trương dựa vào phân tích định lượng để xem xét quan hệ giữa độ rộng, hẹp về ngoại biên của thị trường với độ lớn, nhỏ của việc tăng giá. Rõ ràng là, biên độ tăng giá càng lớn thì ngoại biên thị trường càng rộng. Vậy, biên độ tăng giá bao nhiêu là hợp lý? Về mặt kinh tế học, nếu như giá của một loại sản phẩm phát sinh thay đổi, sự thay đổi này sẽ dẫn đến nhu cầu của người tiêu dùng đối với sản phẩm khác. Phản ứng của người tiêu dùng đối với việc tăng giá sản phẩm và biên độ tăng giá sản phẩm có quan hệ tỷ lệ nghịch. Giá tăng càng cao, lượng

tiêu thụ sản phẩm càng giảm. Để duy trì tổng lợi nhuận, nhà kinh doanh buộc phải xem xét một cách hợp lý biên độ tăng giá. Vì vậy, nếu như biên độ tăng giá giả định quá cao thì sẽ dẫn đến phóng đại thị trường hàng hóa liên quan. Từ góc độ kinh tế học, phương pháp SSNIP đã đưa ra biên độ tăng giá là 5% ~ 10%. Quy định mang tính định lượng này đảm bảo cho việc xác định giới hạn thị trường hàng hóa liên quan không quá rộng cũng không quá hẹp.

Ngoài ra, phương pháp SSNIP cũng xem xét mối quan hệ độ dài, ngắn của thời gian mà việc tăng giá có thể làm phát sinh ảnh hưởng đối với ngoại biên của thị trường. Trong thực tiễn, phản ứng của người tiêu dùng và các nhà cung cấp khác đối với hành vi tăng giá của nhà độc quyền giả định là yếu tố cần phải có thời gian. Thời gian tăng giá càng dài, phạm vi thị trường hàng hóa liên quan càng lớn, vì người tiêu dùng hoặc nhà cung cấp sẽ có nhiều cơ hội hơn để chuyển sang mua hoặc sản xuất sản phẩm có tính thay thế khác. Để giải quyết vấn đề này, phương pháp SSNIP yêu cầu phải giới hạn thời gian tăng giá của nhà độc quyền giả định. Thời gian này thường được giới hạn là 01 năm. Ví dụ tài liệu “Xác định giới hạn thị trường liên quan - lý giải luật cạnh tranh” của nước Anh cũng thừa nhận thời gian này.

Tuy nhiên, phương pháp SSNIP vẫn tồn tại những hạn chế nhất định. Trước hết, nó đòi hỏi việc áp dụng phải thỏa mãn một số điều kiện, cụ thể là trên thị trường không tồn tại sự phân biệt về giá và điều kiện tiêu thụ các sản phẩm khác được giữ không đổi. Đối với điều kiện thứ nhất, thị trường thực tế rất khó đạt được trạng thái không có sự phân biệt về giá. Chẳng hạn như, nhà sản xuất có những chính sách tiêu thụ khác nhau đối với các siêu thị có quy mô lớn nhỏ khác nhau. Trong trường hợp này, việc tăng giá biên độ nhỏ của sản phẩm của doanh nghiệp trong vụ án hoàn toàn không làm cho tất cả những người có nhu cầu đều mong muốn chuyển sang sản phẩm khác. Vì vậy, nếu căn cứ vào số lượng người tiêu dùng chuyển sang mua sản phẩm thay thế khác để xác định giới hạn

thị trường sản phẩm liên quan thì sẽ dẫn đến kết quả phiến diện. Nói cách khác, trong các vụ án có tồn tại sự phân biệt giá, quy tắc SSNIP không thể phát huy tác dụng của nó. Để giải quyết vấn đề này, cơ quan có thẩm quyền phải căn cứ vào các nhóm bên bán khác nhau để xác định giới hạn các thị trường liên quan khác nhau.

Đối với điều kiện tiêu thụ sản phẩm, phương pháp SSNIP đòi hỏi giả định việc tăng giá sản phẩm trong vụ án là 5%~10% trong vòng một năm, sau đó xem xét phản ứng của người tiêu dùng. Tuy nhiên, nếu như trong vòng một năm, giá của sản phẩm thay thế khác theo sự tăng giá của nguyên liệu quốc tế hoặc do sự thay đổi chính sách thuế của nhà nước mà tăng lên thì sự khác biệt giá cả giữa sản phẩm đang điều tra với các sản phẩm khác là không lớn. Như thế, việc tăng giá sản phẩm đang điều tra sẽ không tạo ra phản ứng của người tiêu dùng chuyên sang mua sản phẩm thay thế khác. Việc áp dụng phương pháp SSNIP phải đáp ứng yêu cầu duy trì điều kiện tiêu thụ sản phẩm là không đổi. Điều kiện này đã hạn chế khả năng áp dụng của phương pháp thử độc quyền giả định.

Trên thực tế, phương pháp SSNIP còn có một hạn chế kinh điển, được gọi là “sai lầm giấy bóng kính”. “Sai lầm giấy bóng kính” liên quan đến vụ án Chính phủ Mỹ kiện công ty duPont năm 1956 như đã nêu trên. Nhân tố không chính xác trong vụ án chính là Tòa án đã phóng đại phạm vi thị trường liên quan. Nguyên nhân của sai lầm là ở chỗ Tòa án đã không xác định giá giấy bóng kính của công ty duPont ban đầu có phải là giá cạnh tranh hay không. Trên thực tế, giá cả ban đầu đã là giá độc quyền, bất cứ sự tăng giá nhỏ nào cũng đều dẫn đến việc người tiêu dùng chuyển sang vật liệu đóng gói linh hoạt khác. Như vậy, người tiêu dùng vì giá cả quá cao của sản phẩm ngay từ đầu mà đã triệt để đình chỉ sử dụng giấy bóng kính, chứ không phải là có quan hệ thay thế giữa giấy bóng kính và các loại giấy mềm khác. Điều đó cho thấy, bản thân giấy bóng kính của công ty duPont có thị trường

hàng hóa liên quan của riêng nó, suy ra hành vi định giá của nó đã cấu thành hành vi lạm dụng vị trí chi phối thị trường. Tóm lại, ý nghĩa của phương pháp SSNIP trong các vụ án lạm dụng vị trí chi phối thị trường là hữu hạn. Nó đòi hỏi cơ quan có thẩm quyền trong quá trình áp dụng phương pháp SSNIP phải đảm bảo một cách chính xác là xuất phát điểm khảo sát là giá cả ở mức cạnh tranh chứ không phải là giá cao độc quyền.

Ngoài ra, phương pháp SSNIP còn phải đối mặt với vấn đề dữ liệu thị trường liên quan trong vụ án. Với tư cách là phương pháp thử độc quyền giả định, phương pháp này đòi hỏi thông qua việc tính toán các dữ liệu thể hiện tính thay thế về cầu trong điều kiện giả định để xem xét phản ứng của người tiêu dùng đối với việc tăng giá. Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp, đặc biệt là đối với những sản phẩm mới ra đời, thì rất khó có được dữ liệu thị trường liên quan. Hơn nữa, trong nền kinh tế tri thức hiện nay, sáng tạo kỹ thuật đóng vai trò như là nhân tố quan trọng cấu thành sức cạnh tranh của doanh nghiệp. Vậy làm thế nào để xác định giới hạn các thị trường sáng tạo và làm thế nào để giải quyết mâu thuẫn giữa tính sáng tạo và tính cạnh tranh cũng là một vấn đề mà phương pháp này phải đối mặt.

Để khắc phục các hạn chế, gần đây Tòa án Mỹ đã đưa ra một phương pháp mới - phương pháp phân tích thiệt hại tới hạn. Về bản chất, phương pháp này là sự kế thừa và phát triển phương pháp SSNIP. Phương pháp này yêu cầu thông qua phân tích so sánh thiệt hại thực tế và thiệt hại tới hạn của doanh nghiệp trong vụ án để quyết định phạm vi thị trường liên quan.

Thiệt hại thực tế là khái niệm dùng để chỉ tỷ lệ % lượng tiêu thụ hoặc lượng sản xuất bị giảm đi do hành vi tăng giá của nhà cung cấp. Về mặt kinh tế học, giữa biên độ tăng giá sản phẩm và lượng sản xuất, tiêu thụ sản phẩm có quan hệ tỷ lệ nghịch. Biên độ tăng giá của nhà cung cấp càng lớn thì lượng tiêu thụ càng nhỏ. Từ góc độ lợi nhuận của nhà sản xuất thì thấy, việc tăng giá sản phẩm sẽ làm cho lợi nhuận trên một

đơn vị sản phẩm tăng lên, nhưng tổng lợi nhuận của nhà sản xuất trong những điều kiện khác nhau có kết quả không giống nhau. Nếu như lượng tiêu thụ vẫn đủ lớn thì tổng lợi nhuận sẽ tăng. Ngược lại, lượng tiêu thụ giảm đến một mức độ nhất định thì hành vi tăng giá sẽ không thể mang lại thêm lợi nhuận cho nhà sản xuất. Trong trường hợp này, lượng tiêu thụ giảm được gọi là thiệt hại tới hạn (Critical Loss - CL).

Sau khi xác định được thiệt hại thực tế và thiệt hại tới hạn thì tiến hành so sánh hai yếu tố này. Nếu như thiệt hại thực tế nhỏ hơn thiệt hại tới hạn, thì khi đó, hành vi tăng giá của nhà độc quyền giả định có thể được thực hiện một cách thành công, bởi vì người tiêu dùng không có khả năng lựa chọn hàng hóa khác. Vì vậy, có thể nhận định thị trường liên quan đang được giả định là thị trường mà doanh nghiệp trong vụ án thuộc về nó. Ngược lại, nếu như thiệt hại thực tế lớn hơn hoặc bằng thiệt hại tới hạn thì khi đó, nhà độc quyền giả định không thể thu thêm được lợi nhuận nữa. Điều này có nghĩa, trên thực tế vẫn còn nhiều sản phẩm hoặc nhà cung cấp sẵn sàng cho người tiêu dùng thực hiện các lựa chọn thay thế. Vì vậy, phải nhập sản phẩm hoặc khu vực có khả năng thay thế gần vào thị trường đang giả định để mở rộng xem xét. Nói cách khác, thị trường liên quan trong vụ án rộng hơn thị trường giả định trước đó.

Cùng với sự phát triển của chuyên ngành luật cạnh tranh và chống độc quyền, phương pháp phân tích thiệt hại tới hạn ngày càng được áp dụng phổ biến. Lần đầu tiên vào năm 1986, Tòa án Mỹ đã áp dụng phương pháp này trong vụ án *Federal Trade Commission v. Occidental Petroleum Corp.* Vấn đề cốt lõi của vụ án là liệu sự sáp nhập giữa công ty xăng dầu Occidental và công ty Tenneco Inc có dẫn đến việc tăng giá một cách thành công và khả năng duy trì giá ở mức cao hơn mức cạnh tranh thông thường hay không. Trong vụ án, Tòa án xác định thị trường hàng hóa liên quan bao gồm thị trường nhựa homopolymer PVC và thị trường nhựa PVC, khi đó, vấn đề chủ yếu

nằm ở việc xác định giới hạn thị trường địa lý liên quan. Tòa án lấy mức tăng giá 5% để tính toán thiệt hại tới hạn. Kết quả là thiệt hại tới hạn của thị trường nhựa homopolymer PVC và thị trường nhựa PVC lần lượt là 15% và 10%. Trên thực tế, thiệt hại thực tế của hai loại sản phẩm này đều lớn hơn thiệt hại tới hạn. Thông qua phân tích hai loại thiệt hại này và kết hợp với các yếu tố khác, Tòa án quyết định rằng thị trường địa lý liên quan của vụ án này không thể chỉ hạn chế trong phạm vi nước Mỹ, vì vậy, việc sáp nhập hai công ty hoàn toàn không ảnh hưởng đến tính cạnh tranh của thị trường và Tòa án đã chuẩn y hành vi hợp nhất của hai doanh nghiệp.

Một vụ án điển hình khác là *United State v. SunGard and Comdisco*. Vụ án liên quan đến việc công ty SunGard mua lại tài sản xử lý thảm họa máy tính của công ty Comdisco. Bộ Tư pháp Mỹ cho rằng thị trường liên quan là thị trường hệ thống phục hồi máy tính “shared hot-site”. Tuy nhiên, bị cáo có quan điểm khác. Họ cho rằng thị trường hàng hóa liên quan phải là toàn bộ thị trường hệ thống phục hồi máy tính. Trong phán quyết của mình, Tòa án Mỹ đã chỉ ra: Thông qua việc sử dụng phép thử biên độ tăng giá 5% cho thấy SunGard và Comdisco không thể đảm bảo chắc chắn sẽ đạt được lợi nhuận cao hơn nữa bởi vì bị cáo không thể có đầy đủ thông tin để phân biệt người tiêu dùng nào vì lý do tăng giá mà chuyển sang lựa chọn sản phẩm khác, người tiêu dùng nào vẫn bảo lưu sự lựa chọn ban đầu. Do đó, Tòa án đã bác bỏ quan điểm xác định thị trường phạm vi hẹp của Bộ Tư pháp, và chấp nhận quan điểm của bị cáo về việc xác định thị trường liên quan là toàn bộ thị trường hệ thống phục hồi máy tính và hành vi mua lại nói trên được chấp nhận.

Tóm lại, thực tiễn lịch sử đã chứng minh, cho dù một phương pháp có khả thi đến đâu thì nó cũng không phải là cái nhất thành bất biến. Chúng ta tin tưởng rằng, cùng với sự phát triển của kinh tế học và luật học, những hạn chế của các phương pháp hiện hành sẽ được khắc phục kịp thời trong thời gian tới ■

TÁI PHÁP ĐIỂN HÓA

BỘ LUẬT DÂN SỰ VIỆT NAM

ĐÁP ỨNG YÊU CẦU CỦA THỜI ĐẠI PHÁP QUYỀN

BÙI THỊ THANH HẰNG*

ĐỖ GIANG NAM**

1. Pháp điển hóa, phi pháp điển hóa, tái pháp điển hóa Bộ luật Dân sự

1.1. Pháp điển hóa

Theo Ferdinand Fairfax Stone, pháp điển hóa là một phương pháp để xây dựng hệ thống luật thành văn, trái ngược với hệ thống bất thành văn, pháp điển hóa bao hàm 4 nguyên tắc: phải là luật thành văn; phải được sắp xếp theo tính hệ thống; phải được soạn thảo như một cấu trúc duy nhất; phải được soạn thảo bởi các chuyên gia pháp lý¹.

Có học giả lại cho rằng, pháp điển hóa có thể được hiểu là pháp điển hóa về nội dung và pháp điển hóa về hình thức². Pháp điển hóa nội dung diễn ra khi ban hành một bộ luật trong đó bao hàm hệ thống các quy tắc pháp lý được cấu trúc một cách hợp lý, logic và thống nhất để thiết lập một trật tự pháp lý mới. Trong khi đó, pháp điển hóa về mặt hình thức đơn thuần chỉ là cách thức tổ chức, tập hợp mang tính kỹ thuật các quy tắc đang có hiệu lực thành các tuyển tập theo những chủ điểm nhất định³. Như vậy, pháp điển hóa về mặt hình thức thực chất chỉ là sự

tập hợp cơ học các quy phạm pháp luật đang có hiệu lực thi hành, dù có sự sửa đổi về mặt kỹ thuật các quy phạm để đảm bảo tính đồng bộ của bộ pháp điển được xem xét, thông qua theo trình tự luật định, nhưng không tạo ra sự thay đổi về chính sách pháp lý. Ngược lại, pháp điển hóa về mặt nội dung có một chủ đích rõ ràng là thiết lập mới một khung pháp lý bền vững và định hướng cho sự phát triển của cả lĩnh vực pháp luật đó. Theo nghĩa này, việc xây dựng và ban hành một Bộ luật Dân sự (BLDS) là ví dụ tiêu biểu nhất cho việc pháp điển hóa về mặt nội dung, bởi việc ban hành BLDS báo hiệu một cuộc cải cách pháp lý sâu sắc thông qua việc không chỉ thiết lập trật tự pháp lý dân sự mới mà còn đặt nền tảng và định hướng cho sự vận hành và phát triển của đời sống dân sự trong tương lai cho quốc gia đó.

Chúng tôi cho rằng, pháp điển hóa nên được nhìn nhận bao gồm cả quá trình pháp điển - quá trình làm luật và kết quả của quá trình đó. Pháp điển hóa BLDS, do đó, phải là sự đối thoại dân chủ, cho phép đồng đảo

* **Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội**

** **Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội**

1 Ferdinand Fairx Stone, *Aprimer on Codification*, 29 Tul L.Rev.303, 303 (1955)

2 Jean-Loius Bergel, *Principal Feature and Method of codification*, 48 La.L.Rev. 1073, 1077 (1988); Rémy Cabrillac *Les enjeux de la codification en France. Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 1-2, 2005, p. 533-545; Danièle Bourcier *.L'avenir de la codification en France et en Amérique latine*. <http://www.senat.fr/colloques>

3 Jean-Loius Bergel, *đã dẫn*, tr 1080

các chủ thể tham gia vào quá trình tranh luận mở về trật tự pháp lý dân sự cần có của quốc gia trong tương lai. Sản phẩm của quá trình pháp điển hóa về mặt nội dung là BLDS do cơ quan lập pháp - cơ quan đại diện cao nhất của nhân dân - ban hành điều chỉnh một cách tổng thể và toàn diện các quan hệ tài sản và quan hệ nhân thân trong đời sống dân sự BLDS cần mang những đặc tính phổ quát chung như tính duy lý, tính hệ thống và nhất thiết phải phản ánh bản sắc, đặc trưng văn hóa pháp lý của quốc gia, dân tộc. Qua BLDS, chúng ta có thể thấy được các nguyên tắc thể hiện nền văn hóa, văn minh của quốc gia đó, cũng như các nguyên tắc, định hướng cơ bản mà quốc gia đó muốn tuân theo.

1.2. Phi pháp điển hóa

BLDS được xem là công trình kiến trúc kỳ vĩ nơi mà tinh thần, nguyên tắc nền tảng được phản ánh trong từng viên gạch tạo nên nó, tuy nhiên, khi công trình này được mở rộng, hay sửa chữa đến mức mà tính kết nối logic giữa các bộ phận của nó không còn thì tính đơn nhất của công trình đó sẽ mất đi.

Bước vào thế kỷ 20, sự thay đổi và phát triển nhanh chóng của đời sống kinh tế - xã hội đã buộc BLDS phải đổi mới với vấn đề này. Giải pháp được lựa chọn là nhiều lĩnh vực như lao động, sở hữu trí tuệ, bảo hiểm, cạnh tranh, bảo vệ người tiêu dùng... đã được tách khỏi BLDS để tạo thành các đạo luật chuyên biệt. Những luật này không đơn thuần là bổ sung cho BLDS hay là cụ thể hóa những điều khoản của BLDS, mà hơn thế, nó được xem là các tiểu hệ thống có nền tảng triết lý, phương pháp và cấu trúc đặc thù. Quá trình này được gọi là phi pháp điển hóa

BLDS⁴. Giáo sư McAuley nhấn mạnh rằng “phi pháp điển hóa diễn ra khi các quy tắc của luật thực định được thể hiện trong BLDS trở nên không đồng bộ và phân tán”⁵...

1.3. Tái pháp điển hóa

Trong hệ thống dân luật, khi đối mặt với các vấn đề dân sự mới phát sinh do sự vận động phát triển không ngừng của đời sống kinh tế - xã hội, cơ chế “giải thích sáng tạo” pháp luật của Tòa án⁶ hoặc sửa đổi BLDS của cơ quan lập pháp thường được lựa chọn để giải quyết. Trong đó, việc sửa đổi, bổ sung BLDS có thể được tiến hành theo cách thức triệt để và cơ bản hay sửa đổi bổ sung liên tục, từng bước⁷. Hai phương pháp này đều xuất phát từ nhu cầu cải cách BLDS và chất liệu sửa đổi thường là những phán quyết mang tính thuyết phục của Tòa án hay các học thuyết pháp lý mới mà các luật gia khuyến nghị. Tuy nhiên, cho dù áp dụng phương pháp nào thì việc sửa đổi, bổ sung vẫn được đặt trên nền tảng những nguyên lý lập pháp và cấu trúc không khác biệt so với BLDS hiện hành, và do đó, mặc dù có thể đem lại những quy tắc pháp lý mới nhưng sự sửa đổi bổ sung không thay đổi căn bản cấu trúc logic của BLDS hiện hành.

Trái với sửa đổi, bổ sung BLDS, tái pháp điển hóa có mục đích tương tự như pháp điển hóa, đó là, nhằm xây dựng một trật tự pháp luật dân sự mang tính duy lý và tính hệ thống nhưng, tái pháp điển hóa là nhấn mạnh việc xây dựng một BLDS mới để thay thế cho BLDS hiện hành. Tái pháp điển hóa, do đó, phản ánh quá trình tranh luận tiến tới chấp nhận một trật tự pháp luật hiện đại phản ánh nhu cầu của xã hội đương đại⁸. Tái pháp

4 Francesca M. Corrao. *L'identità et le problème de la décodification des langages dans la communication*. www.totetu.org/assets/media/paper/k022_124.pdf. Theo Maria Luisa Murillo, học giả người Italia Natilio Irti là người đầu tiên đã đưa khái niệm này vào năm 1978 trong công trình *L'eta della decodificazione*.

5 Michael McAuley, *Proposal for a theory and a method of recodification*, 49 *Loy. L. Rev.* 261 (2003), 275

6 Xem thêm Bùi Thị Thanh Hằng, Đỗ Giang Nam, *Hiến pháp với quyền tiếp cận công lý của công dân dưới góc nhìn pháp luật dân sự, Văn hóa pháp luật - lý luận và ứng dụng chuyên ngành*, năm 2012, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 312.

7 Ruth L. Deech, *Law reform: the choice of method*, 47 *Canadian Bar Review* 395 (1969)

8 Michael McAuley, *id*, tr. 262; Elzbieta Traple. *La codification et la justice*. *Les Cahiers de droit*, vol. 42, n° 3, 2001, p. 681-709.

điển hóa sẽ dẫn đến việc xóa bỏ hiệu lực của BLDS cũ, thay bằng một BLDS với những quy phạm mới được kết cấu theo cấu trúc hiện đại, hợp lý hơn dựa trên nền tảng của những nguyên lý cơ bản của luật dân sự nhằm phản ánh chính xác tinh thần của đời sống đương đại và đặt nền móng cho sự phát triển của đời sống dân sự trong tương lai.

Với những lý do cơ bản đó, tái pháp điển hóa cần được nhấn mạnh như là cuộc cải cách pháp luật dân sự to lớn trên 3 phương diện: triết lý pháp lý, nội dung pháp lý và quy trình xây dựng BLDS.

Tái pháp điển hóa trong xã hội hiện đại, theo Michael McAuley, có sự khác biệt so với quá trình pháp điển hóa diễn ra vào thế kỷ 19, đó là việc tạo ra một BLDS với chức năng giáo dục, phổ biến pháp luật dân sự cho người dân⁹. Michael McAuley nhấn mạnh rằng quá trình tái pháp điển hóa BLDS phải phản ánh được 3 đặc tính cơ bản: thứ nhất BLDS phải được thiết kế đơn giản và dễ hiểu đối với những người dân bình thường; thứ hai nó phải đưa ra được một tuyên bố hợp lý và toàn diện về trật tự pháp luật dân sự; và thứ ba nó phải thể hiện quy tắc pháp lý dưới những cách thức và phương tiện mà những người không phải chuyên gia cũng có thể hiểu được¹⁰. Ông cho rằng, do các học thuyết pháp lý là những thứ người dân bình thường không thể dễ dàng tiếp cận, nên quá trình tái pháp điển hóa phải xây dựng được hệ thống các định nghĩa thuật ngữ và những ví dụ, minh họa để giải thích cho các quy phạm pháp luật. Nói cách khác, trật tự pháp lý hiện đại mà quá trình tái pháp điển hóa tuyên bố không chỉ giới hạn trong quá trình tái tạo lại những thiết chế của luật tư, mà nó còn mở rộng tới việc công bố và truyền bá những tri thức pháp lý, những hiểu biết về từng nguyên

lý và quy tắc cụ thể xoay quanh những chế định đó. Ông cũng cho rằng, để đáp ứng nhu cầu của xã hội trong thời đại kỹ thuật số, BLDS thậm chí cần được cơ quan lập pháp chính thức ban hành dưới “2 phiên bản (versions)”- một phiên bản là bản chính văn, phiên bản còn lại là bản chính văn đó dưới dạng kỹ thuật số hay e-codes (BLDS điện tử) được ban hành cùng với những hướng dẫn, giải thích áp dụng với thiết kế sao cho bất cứ một người dân bình thường nào cũng có thể tiếp cận không chỉ chính điều khoản cần tra cứu mà còn có thể dễ dàng tiếp cận những điều khoản liên quan chỉ bằng một cú kích chuột¹¹.

Có thể nói, những chuẩn mực về BLDS tương lai mà Michael McAuley đề ra rất gần với mô hình và triết lý của BLDS Napoleon - BLDS được xây dựng cho những người dân bình thường, với những ngôn ngữ thanh lịch nhưng dễ hiểu, dễ tiếp cận cho cả những người không phải luật gia. Tuy nhiên, Michael McAuley đã bỏ qua chưa phân tích về mô hình BLDS Đức - một mô hình cũng có sức sống mãnh liệt mặc dù có phong cách và kỹ thuật trái ngược với BLDS Pháp. Hơn thế, các mô hình tái pháp điển hóa BLDS tiêu biểu gần đây nhất như BLDS Hà Lan, BLDS Quebec đều được đánh giá là không hề đơn giản và dễ hiểu chút nào đối với người dân bình thường¹².

Chính vì vậy, mong muốn tái pháp điển hóa BLDS với mô hình BLDS lý tưởng cho tất cả mọi người là khó khả thi trên thực tiễn¹³, tuy nhiên, những ý tưởng đề xuất của McAuley về BLDS đáp ứng đặc trưng về tính đa dạng và sự lên ngôi của khoa học công nghệ trong xã hội hiện đại rất đáng để chúng ta lưu ý.

9 Michael McAuley, *lđđ*, tr. 284.

10 Michael McAuley, *lđđ*, tr. 278

11 Michael McAuley, *lđđ*, tr. 285

12 B. Wessel, *Civil code revision in the Netherland : System, Contents and Future*, 41 *Netherland International law review* 163, (1994), at 166

13 Rémi Cabrillac, *Les difficultés d'une recodification: approche general*. www.univ-montp1.fr/content/.../1/.../difficultes.

2. Tái pháp điển hóa Bộ luật dân sự Việt Nam

2.1. BLDS Việt Nam: Pháp điển hóa, phi pháp điển hóa hay tái pháp điển hóa?

BLDS năm 1995 - BLDS đầu tiên của nước ta, được đánh giá là bước ngoặt trong quá trình hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam thời kỳ đổi mới¹⁴, cũng như trong lịch sử pháp quyền nói chung của xã hội Việt Nam¹⁵.

Việc xây dựng BLDS năm 1995 được bắt đầu ngay từ năm 1980 với Quyết định thành lập Ban dự thảo BLDS của Hội đồng Chính phủ với mong muốn “xây dựng được mặt bằng pháp luật dân sự cho sự phát triển của giao lưu kinh tế dân sự”¹⁶. Tuy nhiên, chỉ sau Đại hội Đảng lần thứ VI năm 1986, khi mà các đạo luật, pháp lệnh quan trọng¹⁷ lần lượt được ban hành như những bước đi đầu tiên kiến tạo khung pháp lý mới cho các quan hệ dân sự theo tinh thần đổi mới, thì công việc xây dựng BLDS mới có những bước khởi sắc đáng kể¹⁸.

Nghiên cứu so sánh BLDS Việt Nam năm 1995 với các thể hệ pháp điển hóa trước đó có thể thấy rõ BLDS năm 1995 không mang đặc trưng của BLDS thời đại Khai sáng, sản phẩm của quá trình pháp điển hóa thứ nhất tiến hành dưới ảnh hưởng mạnh mẽ của cách mạng tư sản Pháp và phản ánh tinh thần của thời đại Khai sáng¹⁹ về ý niệm một

BLDS hoàn chỉnh bao quát toàn bộ đời sống dân sự. BLDS năm 1995 cũng không thuộc thể hệ pháp điển hóa thứ hai - những BLDS được ban hành khẳng định sự độc lập quốc gia trong thập niên 1950, 1960. BLDS 1995 là BLDS của thời kỳ Đổi mới ở Việt Nam, với mục tiêu xây dựng một nền kinh tế hàng hóa nhiều thành phần theo định hướng xã hội chủ nghĩa qua việc BLDS năm 1995 thừa nhận các quyền tự do căn bản để vận hành nền kinh tế thị trường, tiêu biểu như quyền tự do kinh doanh, quyền sở hữu tư nhân với tư liệu sản xuất, quyền tự do giao kết hợp đồng... và hướng tới một mục tiêu quan trọng là hội nhập quốc tế, mở rộng hoạt động kinh tế đối ngoại, thu hút đầu tư nước ngoài với những chuẩn mực quốc tế như đảm bảo nguyên tắc thượng tôn pháp luật, bảo vệ nhân quyền... BLDS năm 1995 ra đời trong bối cảnh tương đồng với quá trình pháp điển hóa pháp luật dân sự của các quốc gia đang chuyển đổi như Nga và một số quốc gia Đông Âu²⁰. Chủ đích chung của thể hệ pháp điển hóa này- mà chúng tôi mạnh dạn đặt tên là thể hệ pháp điển hóa thứ ba là xây dựng được BLDS làm nền tảng pháp lý điều chỉnh sự vận hành nền kinh tế thị trường. Đây chính là một trong những điểm đặc trưng nhất của quá trình pháp điển hóa pháp luật dân sự Việt Nam. Chỉ có nhận thức rõ đặc trưng này, ý được sự khác biệt về bối cảnh, triết lý của quá trình pháp điển hóa pháp luật

14 Hoàng Thế Liên, Nguyễn Đức Giao, *Bình luận khoa học BLDS Việt Nam, Tập 1, Những quy định chung*, Nxb Chính trị quốc gia, H., 2001, tr 9.

15 Nguyễn Đình Lộc, *Hai trăm năm BLDS Cộng hòa Pháp và sự phát triển của pháp luật dân sự Việt Nam, Kỷ yếu Hội thảo Kỷ niệm 200 năm BLDS Pháp, Hà Nội 3-5/11/2004*.

16 Nguyễn Đình Lộc, *tlđđ*.

17 Luật Hôn nhân gia đình năm 1986, Luật Đất đai năm 1987, Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1987, Luật Công ty, Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1991. Pháp lệnh về Chuyển giao công nghệ năm 1988, Pháp lệnh Sở hữu công nghiệp năm 1989, Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989, Pháp lệnh Thừa kế năm 1990, Pháp lệnh Nhà ở, Pháp lệnh Hợp đồng dân sự năm 1991...

18 Dự thảo đầu tiên ra đời năm 1991, và chỉ trong thời gian 1 năm đã có tới dự thảo IV vào cuối năm 1992. Từ năm 1992-1994 lần lượt các dự thảo V, VI, VII, VIII và IX đã được hoàn thành để đến tháng 6 năm 1994 Dự thảo BLDS - Dự thảo IX đã được chính thức trình xin ý kiến đại biểu Quốc hội. Dự thảo số XI đã được trình xin ý kiến Bộ Chính trị, Dự thảo XII ra đời đã được công bố rộng rãi để toàn dân góp ý kiến và được thông qua tại kỳ họp thứ 8, Quốc hội khóa IX tháng 10/1995.

19 Maria Luisa Murillo, *The evolution of codification in the civil law legal system : Towards decodification and recodification, J. Transitional law and policy*, vol.11:1, 1

20 Giáo sư R. Zimmermann- giáo sư hàng đầu về luật tư châu Âu nhận định rằng: "Sự cải cách pháp luật đáp ứng yêu cầu của nền kinh tế thị trường có lẽ không thể được thực hiện hiệu quả được bằng phương pháp quy nạp, theo lối kinh nghiệm của hệ thống Common law, đặc biệt trong bối cảnh thiếu vắng các thẩm phán có kinh nghiệm và trình độ. Cách thức duy nhất là thiết lập một hệ thống pháp luật thống nhất và hợp lý thông qua việc ban hành một bộ luật (BLDS)"

dân sự Việt Nam với các công trình pháp điển hóa thời kỳ Khai sáng như BLDS Pháp, BLDS Đức; và nét tương đồng với quá trình pháp điển hóa của các quốc gia đang chuyển đổi, chúng ta mới lý giải được lý do vì sao BLDS năm 1995 có những khác biệt về triết lý, cấu trúc, phong cách và cả về nội dung so với các BLDS thuộc hai thế hệ pháp điển hóa trước đó. Có thể khẳng định rằng, BLDS năm 1995 là công trình pháp điển hóa pháp luật dân sự đầu tiên của Việt Nam - một trong những tuyên ngôn pháp lý quan trọng nhất của Nhà nước về từ bỏ cơ chế quản lý tập trung kế hoạch hoá, phát triển kinh tế thị trường, tôn trọng các nguyên lý cơ bản của đời sống dân sự²¹, BLDS năm 1995 đã đóng hai vai trò nền tảng: thứ nhất, khẳng định các nguyên tắc căn bản như: tự do kinh doanh, tự do giao kết hợp đồng, tự do sáng tạo, quyền sở hữu thu nhập hợp pháp, tôn trọng quyền sở hữu và thứ hai là đưa ra một số nguyên tắc mới về pháp luật hợp đồng, nghĩa vụ dân sự, quyền sở hữu và tài sản²².

Tuy nhiên, dù được xem là công trình pháp điển hóa đồ sộ nhất trong hệ thống pháp luật Việt Nam tính đến thời điểm đó, nhưng do hạn chế về mặt lý luận và kỹ thuật lập pháp và có nhiều điểm bất cập, đó là:

Thứ nhất, chưa dự liệu được vai trò nền tảng của BLDS trong hệ thống luật tư và sự ra đời của BLDS năm 1995 không phải là mốc đánh dấu sự thống nhất luật tư của Việt Nam²³.

Thứ hai, chưa dự liệu được các quan hệ mới sẽ phát sinh khi nền kinh tế Việt Nam có sự chuyển đổi và hội nhập nhanh chóng trong các lĩnh vực sở hữu trí tuệ, hợp đồng, bảo đảm thực hiện nghĩa vụ (nhất là cầm cố, thế chấp tài sản)²⁴, do vậy, đã không đáp ứng

được các yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội của Việt Nam.

Thứ ba, còn chứa đựng nhiều quy phạm mang tính hành chính như xử lý hợp đồng vô hiệu bằng chế tài hành chính hay hộ tịch.

Thứ tư, chưa đạt được sự tương thích với đời sống pháp lý quốc tế đặc biệt trong lĩnh vực hợp đồng và sở hữu trí tuệ khi Việt Nam ký kết các hiệp ước quốc tế như Hiệp định thương mại Việt Nam Hoa Kỳ, Hiệp định về các khía cạnh thương mại của sở hữu trí tuệ, Công ước Berne về bảo hộ các tác phẩm văn học và nghệ thuật trong quá trình gia nhập WTO và hội nhập kinh tế quốc tế.

Xuất phát từ những lý do căn bản này, BLDS năm 1995 đã được Quốc hội thay thế bằng BLDS năm 2005 vào ngày 14/6/2005. Theo Nghị quyết 45/2005/QH11 ngày 14/6/2005 về việc thi hành BLDS, về mặt hình thức, BLDS năm 2005 được xem như công trình pháp điển hóa pháp luật dân sự lần thứ 2 của Việt Nam. Tuy nhiên, theo những tiêu chí đã phân tích trong phần 1.3, chúng ta có thể nhận thấy BLDS 2005 mặc dù đã có những thay đổi cơ bản trong một số chế định đặc biệt là Phần Nghĩa vụ và hợp đồng nhưng đây không phải là quá trình tái pháp điển hóa pháp luật dân sự Việt Nam bởi **trước hết** do BLDS năm 2005 vẫn giữ nguyên cấu trúc cũ của BLDS 1995 (vẫn gồm 7 Phần, 36 chương); **Thứ hai**, do chủ đích của BLDS năm 2005 tương tự với BLDS năm 1995 là làm nền tảng cho sự vận hành của nền kinh tế thị trường, thúc đẩy sự hội nhập giao lưu quốc tế... **Thứ ba**, do quy trình xây dựng, ngôn ngữ, phong cách của BLDS năm 2005 không có sự thay đổi so với BLDS năm 1995. Với ba lý do này, theo chúng tôi, sẽ là hợp lý hơn nếu chúng ta nhìn

21 Xem Nguyễn Am Hiểu, Một số vấn đề cần được nghiên cứu để xây dựng BLDS, Tham luận tại tọa đàm "Một số định hướng sửa đổi cơ bản BLDS năm 2005", Bộ Tư pháp và JICA phối hợp tổ chức ngày 2/3/211 tại Hà Nội.

22 Pierre Bezar, tldd.

23 Thậm chí các văn bản luật ban hành sau BLDS cũng không tương thích với những nguyên tắc định hướng trong BLDS - văn bản vốn được coi là Hiến pháp của luật tư. Chẳng hạn cho đến trước khi sửa đổi BLDS năm 1995, xét riêng như trong lĩnh vực hợp đồng, ở Việt Nam tồn tại 3 văn bản độc lập đưa ra những giải pháp pháp lý khác nhau là Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989, BLDS 1995 và Luật Thương mại năm 1997.

24 Đinh Trung Tung, Bình luận những nội dung mới của BLDS năm 2005, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2005, tr 10.

nhận BLDS năm 2005 thực chất chỉ là sự sửa đổi bổ sung cơ bản BLDS năm 1995. Sự nhìn nhận đúng mức này giúp chúng ta có thể đánh giá chính xác tiến trình phát triển của pháp luật dân sự Việt Nam, và ý thức được nhu cầu cải cách mạnh mẽ pháp luật dân sự Việt Nam trong giai đoạn pháp quyền hiện nay.

Một điểm đáng chú ý trong lịch sử pháp điển hóa ở Việt Nam là Quốc hội đã ban hành Luật Sở hữu trí tuệ ngay sau khi ban hành BLDS năm 2005. Như vậy, trong quá trình xây dựng hoàn thiện BLDS, các nhà lập pháp Việt Nam đã lựa chọn hướng phi pháp điển hóa những quy định về sở hữu trí tuệ bên cạnh phần qui định riêng về sở hữu trí tuệ vẫn được giữ lại trong BLDS năm 2005 như những nguyên tắc chung nhất. Các quy tắc pháp lý chi tiết về sở hữu trí tuệ được đưa vào một văn bản luật riêng - Luật Sở hữu trí tuệ²⁵ cho thấy sự lựa chọn hợp lý của nhà làm luật, bởi lẽ tài sản trí tuệ mặc dù chịu sự chi phối của nguyên lý quyền tài sản nhưng đồng thời cũng chịu sự chi phối của những quy định không mang bản chất dân sự.

Đây cũng là lý do mà BLDS năm 2005 chỉ nên được xem là BLDS sửa đổi, bổ sung thay thế BLDS năm 1995 dù là dấu ấn thứ hai trong lịch sử lập pháp dân sự Việt Nam với nhiệm vụ chính thức hóa vai trò nền tảng của BLDS trong hệ thống luật tư - định hướng quan trọng cho quá trình lập pháp, cũng như cho sự phát triển của khoa học pháp lý Việt Nam.

2.2. Tái pháp điển hóa BLDS Việt Nam đáp ứng yêu cầu của thời đại pháp quyền

Sau 7 năm thi hành BLDS năm 2005, ngày 17/01/2012, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã ra Nghị quyết số 439/NQ-UBTVQH13

thành lập Ban soạn thảo BLDS sửa đổi BLDS năm 2005. Ngày 26/4/2012, tại phiên họp đầu tiên, các thành viên Ban soạn thảo đã thống nhất quan điểm “xây dựng BLDS sửa đổi nhằm đảm bảo tính thống nhất của hệ thống pháp luật. Trong đó, BLDS đóng vai trò là nền tảng pháp lý cơ bản (luật chung) của hệ thống luật tư, có tính khái quát và tính dự báo để một mặt đảm bảo tính ổn định của Bộ luật. Mặt khác, đáp ứng được sự phát triển thường xuyên, liên tục của các quan hệ xã hội thuộc phạm vi điều chỉnh của Bộ luật và các văn bản pháp luật khác. Đồng thời, đảm bảo BLDS là luật của quan hệ thị trường, ghi nhận một cách nhất quán, triệt để nguyên tắc bình đẳng, tự nguyện, tự thỏa thuận và tự chịu trách nhiệm của các chủ thể; bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của bên yếu thế; hạn chế đến mức tối đa sự can thiệp của cơ quan công quyền vào việc xác lập các quan hệ dân sự; đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế, đảm bảo tính tương thích với pháp luật quốc tế trong lĩnh vực dân sự”²⁶.

Trên cơ sở các phân tích về quá trình xây dựng BLDS năm 1995 và BLDS năm 2005 trên, có thể khẳng định đây không phải là chủ đích hoàn toàn mới, mà nó vẫn khẳng định và đi theo những “triết lý” chung của dòng chảy lý luận về pháp điển hóa Việt Nam. Tuy nhiên, nếu chỉ đặt vấn đề sửa đổi, bổ sung BLDS, chúng ta sẽ không có sự đổi mới nhận thức về BLDS, không đưa ra được quy trình mới để xây dựng BLDS, để thực sự bắt đầu công cuộc cải cách pháp luật dân sự với mong muốn có một BLDS hiện đại, có sức sống lâu bền²⁷. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, đây có lẽ là thời điểm thích hợp để Việt Nam bắt đầu quá trình tái pháp điển hóa BLDS với kỳ vọng BLDS mới sẽ bao hàm những quy phạm pháp luật mới được sắp xếp

25 Xem Nguyễn Như Quỳnh, *Ứng dụng Luật so sánh trong xây dựng Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005*. Tác giả đánh giá Luật Sở hữu trí tuệ ra đời đã khắc phục được hầu hết những bất cập của những quy định pháp luật sở hữu trí tuệ trước đây như: quy định tản mạn, chưa có tính hệ thống, tính thống nhất (ví dụ: quy định thực thi quyền tác giả, quy định đơn yêu cầu cấp văn bằng bảo hộ đối tượng sở hữu công nghiệp...); quy định chưa rõ ràng (ví dụ: quy định hành vi xâm phạm quyền tác giả, hành vi xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp...); nhiều vấn đề chưa được điều chỉnh (ví dụ: quy định xử lý hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ tại cơ quan hải quan, quy định chứng cứ, giám định, nguyên đơn khi giải quyết tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ theo thủ tục tố tụng, quy định về bồi thường thiệt hại khi quyền sở hữu trí tuệ bị xâm phạm...).

26 Phiên họp thứ nhất Ban soạn thảo dự án BLDS (sửa đổi): Đảm bảo “sức sống” dài lâu cho BLDS (ngày 26/4/ 2012) http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT_TINLAPPHAP/View_Detail.aspx?ItemID=369

27 Bùi Thị Thanh Hằng, Đỗ Giang Nam, *Sức sống của BLDS Việt Nam từ góc nhìn so sánh với BLDS Pháp, Đức, Hà Lan*, Tạp chí NCLP tháng 8/2011.

theo một cấu trúc mới, khoa học và hiện đại hơn dựa trên nền tảng của những nguyên lý cơ bản của luật dân sự.

Với tầm vóc và ý nghĩa trọng đại như vậy, tái pháp điển hóa PLDS là một công cuộc cải cách pháp luật đồ sộ, lâu dài và phức tạp. Tái pháp điển hóa pháp luật dân sự trước hết đòi hỏi không chỉ là tổng kết thi hành BLDS hiện hành mà còn phải truy tìm những vốn quý trong truyền thống pháp luật dân sự Việt Nam được thể hiện qua các bộ cổ luật như Bộ luật Hồng Đức, Bộ Luật Gia Long hay Bộ dân luật Bắc Kỳ, Bộ Tân Dân Luật 1972, nghiên cứu sâu sắc hơn Luật La Mã - cái nôi của luật dân sự phương tây hiện đại và về các BLDS nổi tiếng trên thế giới như BLDS Pháp, Đức, Nhật, Hà Lan cũng như chiến lược xây dựng BLDS của các nước đang chuyển đổi có cùng bối cảnh pháp điển hóa giống Việt Nam như Trung Quốc hay các nước Đông Âu... Thông qua quá trình khảo cứu công phu và bài bản như vậy sẽ giúp chúng ta nhận diện những nguyên lý của luật dân sự hiện đại và xây dựng được một BLDS vừa mang giá trị phổ quát - tính duy lý, tính hệ thống của các BLDS trên thế giới, vừa phản ánh được những truyền thống văn hóa đặc sắc của dân tộc Việt Nam.

3. Một số gợi ý về tái pháp điển hóa Bộ luật Dân sự Việt Nam

Tái pháp điển hóa BLDS như trên đã phân tích là quá trình tổng kết, đánh giá lại hệ thống pháp luật thực định ở Việt Nam, đặt trong lịch sử phát triển của truyền thống luật dân sự Việt Nam và đối chiếu với những chuẩn mực, nguyên lý chung của luật dân sự hiện đại trên thế giới. nhằm đưa đến sự cải cách căn bản pháp luật dân sự trên cả 3 phương diện: triết lý pháp lý; cấu trúc, nội dung pháp lý và quy trình xây dựng BLDS.

3.1 Về triết lý và định hướng lập pháp

Lịch sử các cuộc pháp điển hóa trên thế giới đều cho thấy, BLDS thường ra đời để phúc đáp nhu cầu đổi thay to lớn về chính trị,

kinh tế của mỗi quốc gia. Trong đó, tư tưởng và định hướng mà quốc gia đang và sẽ theo đuổi cần được thể chế hóa và phản ánh trong từng quy phạm, chế định, nguyên tắc của BLDS. Vậy đâu là triết lý xuyên suốt của quá trình tái pháp điển hóa BLDS Việt Nam? Chúng tôi cho rằng, triết lý xuyên suốt của quá trình tái pháp điển hóa BLDS Việt Nam không khác gì hơn vẫn là tinh thần và chủ đích mà chúng ta theo đuổi từ BLDS năm 1995 đến BLDS năm 2005. Sự khác biệt của quá trình tái pháp điển hóa BLDS Việt Nam có lẽ nằm ở chỗ chúng ta đã ý thức rõ nét và đầy đủ hơn về các nguyên lý nền kinh tế thị trường và tầm quan trọng của nhà nước pháp quyền sau gần ba mươi năm tiến hành công cuộc Đổi mới, vì thế sẽ không còn những rào cản tư tưởng ảnh hưởng đến chất lượng của BLDS như đối với BLDS năm 1995 và BLDS năm 2005.

Tái pháp điển hóa BLDS Việt Nam do đó cần đi tới sự thống nhất luật tư, đặt khung pháp lý vững chắc cho kinh tế thị trường và xã hội dân sự ở Việt Nam phát triển, thông qua việc cụ thể hóa các nguyên tắc tự do cá nhân, bình đẳng trước pháp luật, tự do hợp đồng và sự bảo đảm quyền sở hữu đã được ghi nhận trong Hiến pháp.

3.2 Về cấu trúc BLDS:

Lấy cảm hứng từ Luật La Mã, các BLDS trên thế giới thường được cấu trúc theo 2 mô hình: mô hình Institutiones dựa trên quan sát thực tế của cuộc sống hàng ngày đã thiết kế bộ luật theo các yếu tố: chủ thể, vật và hành vi. Nói cách khác mô hình Institutiones tập trung vào chức năng của các chế định; mô hình Pandekten đã áp dụng một phương pháp tiếp cận trừu tượng hơn, đó là lấy quyền lợi làm trục trung tâm và sự phân biệt giữa vật quyền và trái quyền để xây dựng nên cấu trúc của BLDS. Theo đó, bộ luật được xây dựng theo nguyên tắc chung – riêng (từ qui định chung đến các lĩnh vực pháp luật cụ thể), và nguyên tắc khái quát, trừu tượng hóa cao, tạo nên các quy định mang tính lý luận²⁸.

28 Morishima Aikyo, Các nội dung cần nghiên cứu chuẩn bị cho việc sửa đổi Bộ luật dân sự năm 2005 của Việt Nam, Báo cáo tại Hội thảo "Những vấn đề cần sửa đổi, bổ sung trong bộ luật dân sự năm 2005", Bộ Tư pháp và JICA phối hợp tổ chức ngày 25-27/8/2010 tại Đồ Sơn, Hải Phòng

Tiêu biểu cho mô hình Institutiones là BLDS Pháp năm 1804, cấu trúc theo cách tiếp cận dùng hoặc mở rộng quy tắc lý thuyết của trường hợp cụ thể cố gắng điều chỉnh các trường hợp có thể (casuistry) gồm Chương mở đầu và 3 quyển: Quyển 1 về Người (Cá nhân); Quyển 2 về Tài sản và những thay đổi về Sở hữu; Quyển 3 về Các phương thức xác lập quyền sở hữu.

Tiêu biểu cho mô hình Pandekten là BLDS Đức năm 1896. Mô hình này có nguồn gốc từ trường phái Pandetist – một nhóm thuộc trường phái lịch sử của thế kỷ 19, được đặt tên theo nguồn cơ bản của Luật La Mã cổ – *the Digest* (chữ Latinh của thuật ngữ Hy Lạp *Pandects*) với tư cách là phần chính của *Corpus Iuris Civilis* (tập hợp các chế định dân sự do Hoàng đế La Mã Justinian ban hành năm 533). Ra đời sau BLDS Pháp gần 100 năm, BLDS Đức được cấu trúc thành 5 quyển thay vì cấu trúc theo chức năng như BLDS Pháp: Quyển 1: Quyển những quy định chung; Quyển 2: Quyển trái vụ; Quyển 3: Vật quyền; Quyển 4: Quyển luật gia đình; và Quyển 5: Quyển luật thừa kế. Cấu trúc này của BLDS Đức được xây dựng trên cơ sở các tác giả của BLDS Đức cho rằng tính hệ thống trong Bộ luật dân sự Pháp quá giản đơn và theo họ, “một hệ thống chỉ tốt khi mà nó – bằng việc tổng quát hóa và trừu tượng hóa ở mức độ cao – cung cấp một công cụ bền vững và phù hợp, để thậm chí những luật gia trong tương lai cũng có thể sử dụng để giải quyết những vấn đề pháp lý xuất hiện trong tương lai, mà những nhà lập pháp hiện tại còn chưa biết tới.”²⁹ Đặc trưng của BLDS Đức là bắt đầu bằng phần những quy định chung - một phần độc lập, có tính trừu tượng khái quát hóa rất cao, đưa những nguyên lý chung được áp dụng kết hợp với những điều khoản luật trong các quyển sau để điều chỉnh những lĩnh vực cụ thể.

Đối chiếu hai mô hình trên, mặc dù được sự giúp đỡ rất hiệu quả của các luật gia Pháp nhưng có thể thấy cấu trúc của BLDS 1995 và BLDS 2005 gồm 7 Phần: Những quy định; Tài sản và Quyền sở hữu; Nghĩa vụ dân sự và Hợp đồng dân sự; Thừa kế; Chuyển quyền sử dụng đất; Quyền sở hữu trí tuệ và chuyển giao công nghệ; và Quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài đã không theo mô hình của BLDS Pháp mà bắt đầu bằng Phần quy định chung - một sự lựa chọn được Chánh Tòa thương mại Tòa án tư pháp tối cao Cộng hòa Pháp - Pierre Bezarđ đánh giá cao với lập luận: “Phần 1 là cơ sở để người nước ngoài có thể hiểu rõ thực trạng xã hội Việt Nam hiện tại cũng như nắm bắt được những thay đổi đang và sẽ diễn ra ở Việt Nam... bởi những quy định chung này đã thể hiện một cách hết sức rõ ràng, thể hiện sâu sắc những thay đổi cơ bản trong những chính sách kinh tế và pháp luật của Việt Nam”³⁰. Hơn thế, không chỉ trong Phần Quy định chung, các Phần còn lại của BLDS (trừ Phần Quyền sở hữu trí tuệ và Phần Quan hệ có yếu tố nước ngoài), đều được bắt đầu bằng Chương Những quy định chung. Với kết cấu như vậy rõ ràng các nhà soạn thảo BLDS 1995 và BLDS 2005 đã có xu hướng xây dựng BLDS theo nguyên lý chung – riêng, để đảm bảo tính trừu tượng, khoa học, tránh lặp lại những quy định riêng không cần thiết, đồng thời cũng đảm bảo sức sống của BLDS trong tương lai.

Tuy nhiên, cũng khó có thể nói rằng BLDS 1995 và BLDS 2005 hoàn toàn được xây dựng theo mô hình Pandekten bởi lẽ BLDS Việt Nam đã bỏ qua Phần Gia đình - phần qui định không thể thiếu trong bất cứ BLDS nào của mỗi quốc gia, chính vì thế mà nhiều học giả nước ngoài đã vô cùng ngạc nhiên (không thể hiểu được) tại sao phần gia đình lại vắng bóng trong BLDS Việt Nam³¹.

29 Jürgen Kebler, *Một vài suy nghĩ về pháp điển hóa và luật so sánh, Hội thảo. Một số vấn đề về pháp luật dân sự - so sánh pháp luật Cộng hòa Liên bang Đức, Cộng hòa Pháp, Nhật Bản và Việt Nam. Hà Nội, ngày 2-3/10/2012.*

30 Pierre Bezarđ, *Hai trăm năm Bộ luật dân sự Pháp và ảnh hưởng đối với Bộ luật dân sự Việt Nam.*

31 Xem Morishima Aikyo, *Các nội dung cần nghiên cứu chuẩn bị cho việc sửa đổi Bộ luật dân sự năm 2005 của Việt Nam; Alain Lacabarats- Chánh tòa, Tòa phúc thẩm Paris, phát biểu tại Hội thảo Bộ luật dân sự sửa đổi do Nhà pháp luật Việt Pháp tổ chức 25-28/8/2003.*

Một lý do cơ bản khác để có thể khẳng định, BLDS Việt Nam không hoàn toàn được xây dựng theo mô hình Pandekten, đó là nếu như BLDS Đức – BLDS tiêu biểu cho mô hình Pandekten được xây dựng trên nền tảng của các khái niệm, các nguyên lý mang tính trừu tượng và khái quát hóa cao và có cấu trúc xoay quanh quan niệm quyền lợi và sự phân biệt giữa vật quyền và trái quyền, thì BLDS Việt Nam hoàn toàn không ghi nhận các thuật ngữ hàn lâm cũng như không xây dựng cấu trúc theo những nguyên lý này³².

Ngược lại, cấu trúc BLDS Việt Nam dường như phản ánh những hiện thực hết sức đặc thù của xã hội Việt Nam với Phần thứ sáu (Chuyển quyền sử dụng đất) hay Phần thứ nhất chương IV (chương về các chủ thể đặc biệt của Luật Dân sự như Hộ gia đình và Tổ hợp tác) hay Phần thứ hai Chương IV (Các hình thức sở hữu)³³.

Trong giai đoạn hội nhập và thời đại pháp quyền hiện nay, việc so sánh tham chiếu mô hình pháp lý của các quốc gia phát triển là hết sức cần thiết, tuy nhiên chúng tôi cho rằng Việt Nam không nhất thiết xây dựng cấu trúc BLDS mới hoàn toàn theo một mô hình truyền thống duy nhất là Pandekten hay Institution mà có thể lai ghép giữa hai mô hình này. Với truyền thống lập pháp trong BLDS 1995, 2005, thiết nghĩ mô hình Pandekten là mô hình cấu trúc thích hợp với Việt Nam, tuy nhiên, khi xây dựng từng chế định cụ thể, trên cơ sở kết quả nghiên cứu theo chúng tôi kỹ thuật được sử dụng nên theo phong cách Institution để đảm bảo sự trong sáng trong ngôn ngữ giúp người dân dễ tiếp cận, hiểu được quyền cũng như nghĩa vụ của mình khi tham gia vào một quan hệ

pháp luật dân sự cũng như có thể kiểm tra, giám sát hoạt động xét xử của Tòa án, hạn chế các hành vi lạm quyền hay xét xử thiếu công bằng có thể xảy ra. Như vậy, với mô hình cấu trúc này, BLDS Việt Nam trong tương lai vừa có thể đảm bảo được tính khái quát, logic vừa đảm bảo tính dễ hiểu, dễ tiếp cận của đại đa số người dân.

3.3 Về quy trình tái pháp điển hóa BLDS

Với sứ mạng như vậy, tái pháp điển hóa BLDS không phải là một sáng kiến lập pháp thông thường, mà là một quy trình lập pháp đặc thù và thời gian phù hợp. Quá trình tái pháp điển hóa ở các nước thường được bắt đầu bằng việc tham khảo rộng rãi ý kiến công luận về triết lý, phạm vi, cấu trúc của BLDS tương lai và về cách thức tái pháp điển hóa.

Tham khảo kinh nghiệm của các quốc gia đã tái pháp điển hóa thành công BLDS³⁴, chúng tôi cho rằng, trước khi đệ trình Quốc hội dự thảo BLDS tương lai, quy trình tái pháp điển hóa BLDS cần tuân theo 4 giai đoạn:

Thứ nhất, giai đoạn nghiên cứu chuẩn bị. Đây là giai đoạn đánh giá, phát hiện những bất cập của BLDS hiện hành nhằm đưa ra những khuyến nghị bước đầu về việc xem xét quy phạm nào cần phải bãi bỏ, quy phạm nào cần phải sửa đổi, thay đổi; những vấn đề cụ thể nào nên được pháp điển hóa trong BLDS, những vấn đề nào nên được đưa vào các đạo luật chuyên ngành trong sự hài hòa hóa với BLDS. Các khuyến nghị được đưa ra phải dựa trên việc xem xét tính thống nhất của BLDS và tác động của nó đến các đạo luật chuyên ngành.

32 Xem Nguyễn Ngọc Điện, *Sự cần thiết phải xây dựng các chế định vật quyền và trái quyền trong luật dân sự; Lợi ích của việc xây dựng chế định vật quyền đối với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật tài sản*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử; Nguyễn Văn Nam, *Triết lý pháp lý và việc sửa đổi căn bản Bộ luật dân sự năm 2005*, Tham luận tại hội thảo " Một số định hướng sửa đổi cơ bản Bộ luật dân sự năm 2005", Bộ Tư pháp và JICA phối hợp tổ chức ngày 28-29/9/2011 tại TP HCM

33 Cấu trúc này vẫn được giữ nguyên không có sự thay đổi đáng kể nào trong mô hình BLDS 2005.

34 Xem thêm Hector L. MacQueen, *Regional private laws and codification in Europe*, Cambridge University Press 2003, John H. Tucker, *Tradition and technique of codification in the modern world : The Louisiana experience*, 25 La. L. Rev. 698 1964-1965, Marta Figueroa-Torres, *Recodification of civil law in Puerto Rico: A quixotic pursuit of the civil code for new Millennium*, 23 Tul. Eur. & Civ. L.F 143 2008; Olivier Morteau, *Agustin Parise, Recodification in Louisiana and Latin America*, 83 Tul. L. Rev. 1103 2008-2009.

Thứ hai, giai đoạn nghiên cứu và phân tích. Đây là giai đoạn các thành viên của nhóm làm việc - tổ biên tập - có nhiệm vụ chuẩn bị những báo cáo riêng về từng chủ đề thuộc chuyên ngành hẹp. Những báo cáo này trên cơ sở những nghiên cứu so sánh về chức năng và cách thức xử lý chế định đó trong các hệ thống pháp luật khác nhau, phân tích nguồn gốc và quá trình phát triển của chế định đó cũng như tình trạng của chế định đó trong hệ thống pháp luật Việt Nam đưa ra dự báo xu hướng phát triển của chế định đó trong tương lai. Các báo cáo phải đưa ra được những khuyến nghị cụ thể nhưng không phải là đề xuất từng điều khoản cụ thể trong BLDS tương lai. Để làm được điều này, đòi hỏi thành viên của nhóm làm việc phải là các chuyên gia và là những người không bị phân tán bởi các lợi ích nhóm, ngành.

Thứ ba, giai đoạn phác thảo dự thảo BLDS và thảo luận công khai xin ý kiến dự luận. Trong giai đoạn này, số lượng chuyên gia tham gia phác thảo dự thảo BLDS nên được thu hẹp lại để hạn chế tối đa những khó khăn tất yếu sẽ xảy ra trong việc tạo ra một văn bản thống nhất, đồng bộ về ngôn ngữ, văn phong... Đây là một giai đoạn phức tạp, nhưng nếu thực hiện tốt sẽ quyết định sự thành công của dự thảo BLDS. Trong giai đoạn này, các chuyên gia dựa trên khuyến nghị của giai đoạn 1 và đặc biệt là những những kết quả nghiên cứu của giai đoạn 2 để bàn luận và thống nhất đề xuất cấu trúc chi tiết của BLDS.

Sau đó, các dự thảo cần được công bố công khai để xin ý kiến công luận. Quá trình thảo luận công khai và rộng rãi trên là cơ hội quý báu để nhận được ý kiến đóng góp trước hết từ cộng đồng luật gia cũng như những người dân. Những đề xuất mang tính hàn lâm được các chuyên gia pháp lý soạn thảo có thể sẽ được các nhà hoạt động thực tiễn đề xuất sửa đổi để phù hợp hơn trên thực tế nếu được ban hành. Công đoạn này nếu được thực hiện tốt sẽ có chức năng giáo dục pháp luật, chuẩn bị tâm lý cho nhân dân đón nhận một BLDS mới.

Từ thực tiễn xây dựng các văn bản pháp luật, dự thảo BLDS nên được công khai toàn văn trên một Website riêng cho phép người dân có khả năng tiếp cận toàn bộ các tài liệu liên quan và bày tỏ những ý kiến, khuyến nghị tới những người soạn thảo. Công đoạn này chính là công đoạn phản ánh đặc trưng của hoạt động tái pháp điển hóa - tính dân chủ, minh bạch, cho phép mọi người đều được tham gia quá trình thảo luận và xây dựng nên một trật tự pháp luật dân sự hiện đại.

Thứ tư, giai đoạn giải trình dự thảo cũ và đưa ra dự thảo hoàn chỉnh. Sau khi kết thúc giai đoạn thảo luận công khai, xin ý kiến dự luận, Ban soạn thảo sẽ phải tiếp thu, giải trình dự thảo cũ cho người dân và xây dựng một dự thảo hoàn chỉnh. Dự thảo này cần được xem xét, đánh giá một cách toàn diện, kỹ lưỡng bởi Hội đồng phản biện độc lập để đảm bảo tính đồng bộ và thống nhất về cả thuật ngữ lẫn phong cách và ngôn từ trong BLDS.

Yếu tố cơ bản quyết định sự thành công của quá trình tái pháp điển hóa BLDS là đưa kết quả của hoạt động nghiên cứu so sánh vào thực tiễn xây dựng BLDS Việt Nam, qua đó học hỏi kinh nghiệm cũng như các giải pháp của các nước trên thế giới và phát huy được sức mạnh trí tuệ toàn dân trong việc soạn thảo BLDS thông qua việc tăng cường dân chủ hóa trong quá trình tái pháp điển hóa BLDS.

Các yếu tố này, cùng với 4 giai đoạn của quá trình tái pháp điển hóa và triết lý xây dựng BLDS chắc chắn sẽ tạo nên một BLDS tương lai làm nền tảng cho luật tư Việt Nam phát triển với mô hình chung - riêng mà BLDS là mặt trời chiếu sáng các vệ tinh quay quanh - các luật chuyên ngành điều chỉnh những quan hệ mang tính đặc thù và khi luật chuyên ngành thiếu các quy phạm điều chỉnh thì BLDS sẽ chiếu ánh sáng của mình tới những vùng tối đó của luật chuyên ngành. Qua đó, cùng với vai trò giải thích, sáng tạo luật của các thẩm phán, sẽ tạo cho BLDS một sức sống lâu bền ■

Xác định thời hiệu khởi kiện trong PHÁP LUẬT DÂN SỰ

TRỊNH DUY TÂM*

Theo quy định tại Điều 155 Bộ luật Dân sự (BLDS) và Điều 159 Bộ luật Tố tụng Dân sự (BLTTDS), thời hiệu khởi kiện là thời hạn mà chủ thể được quyền khởi kiện để yêu cầu Tòa án giải quyết vụ án dân sự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm; nếu thời hạn đó kết thúc thì mất quyền khởi kiện. Quy định về thời hiệu khởi kiện buộc các đương sự phải ý thức được việc bảo vệ quyền lợi của mình và sớm có yêu cầu cơ quan có thẩm quyền giải quyết, tránh tình trạng khởi kiện tùy hứng.

Tuy nhiên, việc có nên hay không nên quy định thời hiệu khởi kiện trong pháp luật dân sự cũng đang là vấn đề được các nhà làm luật cũng như các nhà khoa học pháp lý bàn luận với nhiều quan điểm khác nhau. Những người có quan điểm ủng hộ việc quy định thời hiệu khởi kiện trong pháp luật dân sự cho rằng, mọi tranh chấp về dân sự phải được giải quyết càng nhanh càng tốt. Một tranh chấp cứ kéo dài mãi mà không được giải quyết, lúc nào cũng “treo lơ lửng trên đầu” không biết lúc nào dừng thì không ai có thể tập trung làm các việc khác. Mặt khác, để giải quyết được tranh chấp phải dựa trên các tài liệu, chứng cứ cụ thể, nếu tranh chấp càng để lâu mà không được giải quyết sẽ rất khó khăn cho các cơ quan tiến hành tố

tụng trong việc thu thập, đánh giá chứng cứ.

Còn những người không ủng hộ cho rằng, quyền khởi kiện là quyền cơ bản của các chủ thể trong quan hệ pháp luật dân sự và Tòa án phải có trách nhiệm thụ lý đơn khởi kiện, không được lấy lý do thời hiệu khởi kiện đã hết để từ chối thụ lý đơn khởi kiện khi có yêu cầu. Trên thực tế, các quy định về thời hiệu khởi kiện trong pháp luật dân sự còn mang nặng mục đích tạo căn cứ pháp lý cho Tòa án từ chối giải quyết vụ việc dân sự khi có yêu cầu của chủ thể dân sự, biến thời hiệu yêu cầu thành thời hiệu thụ lý trong thực tiễn tố tụng ở Việt Nam.

Từ thực tiễn áp dụng pháp luật cho thấy, có nhiều trường hợp tài sản thuộc quyền sở hữu, sử dụng của một người bị người khác xâm phạm nhưng chủ sở hữu, chủ sử dụng không biết mà sau một thời gian họ mới biết và khởi kiện thì hết thời hiệu khởi kiện; hoặc các quan hệ về nhân thân như: yêu cầu tuyên bố một người mất năng lực hành vi dân sự hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự; yêu cầu tuyên bố một người mất tích; yêu cầu tuyên bố một người đã chết... là các quan hệ pháp luật có tính đặc thù nên không thể quy định thời hiệu khởi kiện, thời hiệu yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự như các quan hệ pháp luật khác.

* ThS. VKSND tỉnh Vĩnh Phúc

Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLTTDS năm 2004 dường như đã “dung hòa” hai quan điểm này bằng cách mở rộng một số tranh chấp không áp dụng thời hiệu khởi kiện, thời hiệu yêu cầu như: tranh chấp về quyền sở hữu tài sản; tranh chấp về đòi lại tài sản do người khác quản lý, chiếm hữu; tranh chấp về quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật đất đai (điểm a khoản 3 Điều 159 BLTTDS); việc dân sự có liên quan đến quyền dân sự về nhân thân của cá nhân thì không áp dụng thời hiệu yêu cầu (khoản 4 Điều 159 BLTTDS).

Điều này cũng đồng nghĩa với việc các quy định về thời hiệu khởi kiện vẫn tồn tại với tư cách là một điều kiện để Tòa án thụ lý hay từ chối thụ lý giải quyết khi có tranh chấp hoặc khi có yêu cầu của đương sự. Do vậy, vấn đề đặt ra là cần nghiên cứu xem các quy định về thời hiệu khởi kiện đã phù hợp và đáp ứng được với yêu cầu của thực tiễn hay chưa? Nếu chưa phù hợp thì cần có giải pháp gì để tháo gỡ? Dưới đây chúng tôi xin nêu một số bất cập trong các quy định của pháp luật về thời hiệu khởi kiện và hướng khắc phục.

Thời hiệu khởi kiện như đã nói ở trên là thời hạn mà chủ thể được quyền khởi kiện để yêu cầu Tòa án giải quyết vụ án dân sự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm; nếu thời hạn đó kết thúc thì mất quyền khởi kiện. Do đó, nắm chắc các quy định về thời hiệu khởi kiện sẽ giúp cho cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền lợi bị người khác xâm phạm chủ động yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình; đối với các cơ quan tiến hành tố tụng và các tổ chức, cá nhân làm công tác tư vấn pháp luật, xác định đúng thời hiệu khởi kiện có ý nghĩa rất quan trọng trong hoạt động giải quyết tranh chấp cũng như trong hoạt động tư vấn pháp luật.

Do pháp luật có những quy định khác nhau về thời hiệu khởi kiện nên để xác định đúng thời hiệu khởi kiện, phải xác định được quan hệ tranh chấp đó có được văn bản pháp luật nào khác quy định về thời hiệu khởi

kiện hay không. Mặt khác, phải xác định đúng ngày nào được coi là ngày có quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm để bắt đầu tính thời hiệu khởi kiện.

Theo Nghị quyết 01/2005/NQ-HĐTP ngày 31/3/2005 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) hướng dẫn thi hành một số quy định trong phần thứ nhất “Những quy định chung” của BLTTDS 2004, tại tiêu mục 2.2 Mục 2 phần IV thì thời điểm bắt đầu thời hiệu khởi kiện được tính từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, cơ quan, tổ chức, lợi ích công cộng, lợi ích của Nhà nước bị xâm phạm và được xác định như sau:

a1. Đối với nghĩa vụ dân sự mà các bên có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định thời hạn thực hiện, nếu hết thời hạn đó mà bên có nghĩa vụ không thực hiện, thì ngày hết hạn thực hiện nghĩa vụ là ngày xảy ra vi phạm;

a2. Đối với nghĩa vụ dân sự mà các bên không thỏa thuận hoặc pháp luật không quy định thời hạn thực hiện, nhưng theo quy định của pháp luật các bên có thể thực hiện nghĩa vụ hoặc yêu cầu thực hiện nghĩa vụ bất cứ lúc nào nhưng phải thông báo cho nhau biết trước trong một thời gian hợp lý, nếu hết thời hạn đã được thông báo đó, bên có nghĩa vụ không thực hiện, thì ngày hết thời hạn đã được thông báo là ngày xảy ra vi phạm;

a3. Trường hợp khi hết hạn thực hiện nghĩa vụ dân sự, các bên có thỏa thuận kéo dài thời hạn thực hiện nghĩa vụ đó, thì việc xác định ngày vi phạm căn cứ vào ngày chấm dứt thỏa thuận của các bên và được thực hiện như hướng dẫn tại điểm a1 và điểm a2 nói trên;

a4. Trong quá trình thực hiện hợp đồng mà có vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng, thì ngày vi phạm nghĩa vụ là ngày xảy ra vi phạm, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác. Nếu một bên đơn phương đình chỉ hợp đồng thì ngày đơn phương đình chỉ hợp đồng là ngày vi phạm.

a5. Đối với trường hợp đòi bồi thường thiệt hại do hành vi xâm phạm tài sản, sức

khoẻ, tính mạng..., thì ngày xảy ra hành vi xâm phạm tài sản, sức khoẻ, tính mạng... là ngày vi phạm;

a6. Trong một quan hệ pháp luật hoặc trong một giao dịch dân sự, nếu hành vi xâm phạm xảy ra ở nhiều thời điểm khác nhau, thì thời điểm bắt đầu thời hiệu khởi kiện được tính kể từ thời điểm xảy ra hành vi xâm phạm cuối cùng;

a7. Trong các trường hợp được hướng dẫn tại các điểm a1, a2, a3, a4, a5 nói trên, nếu các bên có thỏa thuận khác về thời hiệu, thì thời điểm bắt đầu thời hiệu khởi kiện được tính theo thỏa thuận của các bên.

Mặc dù Nghị quyết 01 nêu trên hướng dẫn cách xác định thời điểm bắt đầu thời hiệu khởi kiện rất cụ thể, nhưng việc xác định trên thực tế cũng rất khó khăn. Để minh chứng cho điều này, chúng tôi xin lấy ví dụ cụ thể sau:

Từ tháng 3/2009 đến tháng 9/2009, hợp tác xã (HTX) nông nghiệp A thu tiền điện bậc thang khi HTX chưa đủ điều kiện bán điện theo giá bậc thang (chưa có hóa đơn hợp lệ nhưng HTX đã tự in hóa đơn và thu 10% thuế VAT là trái quy định tại Điều 4, Điều 8 Thông tư số 05 ngày 26/2/2009 của Bộ Công thương và trái với quy định tại Điều 4 Quyết định số 21/2009/QĐ-TTg ngày 12/2/2009 của Thủ tướng Chính phủ). Cụ thể, Điều 4 Quyết định số 21 nêu trên của Thủ tướng Chính phủ quy định: đối với các tổ chức kinh doanh điện nông thôn chưa đủ điều kiện thực hiện bán lẻ điện theo biểu giá điện sinh hoạt bậc thang, cho phép tạm thời áp dụng giá trần điện nông thôn hiện hành là 700đ/KWh. Vì vậy, ngày 01/12/2011, ông B làm đơn khởi kiện yêu cầu HTX A bồi thường cho ông tổng số tiền là 3.202.200 đồng.

Tòa án nhân dân huyện V thụ lý sau đó đình chỉ giải quyết vụ án do hết thời hiệu khởi kiện. Tòa án cho rằng, HTX A đã thu tiền điện theo giá bậc thang đối với hộ gia đình ông B từ tháng 3/2009 đến tháng 9/2009, hành vi thu tiền điện của HTX đã xảy ra nhiều lần trong một thời gian dài. Hơn nữa, trong đơn tố cáo ngày 17/8/2010

và các đơn tố cáo tiếp theo ông B đều ghi: Vào khoảng tháng 5/2009 ông đã trực tiếp đề nghị với Ban quản lý điện của HTX không được dùng hóa đơn giả để thu tiền điện của nhân dân... nhưng HTX A vẫn dùng hóa đơn giả thu tiền điện đến tháng 9/2009 để thu lợi bất chính. Như vậy, từ tháng 5/2009, ông B đã biết sai phạm của HTX A và biết quyền lợi của mình bị xâm phạm. Tuy nhiên, ông B chỉ làm đơn tố cáo, đến ngày 01/12/2011 ông B mới khởi kiện yêu cầu Tòa án giải quyết, thời điểm này thời hiệu đã hết nên Tòa án đình chỉ giải quyết vụ án.

Liên quan đến vụ án này cũng có quan điểm cho rằng, vào tháng 5/2009, ông B mới chỉ nghi ngờ việc thu tiền điện theo giá bậc thang của HTX là trái pháp luật, ông chưa xác định được quyền lợi của mình có thực sự bị xâm phạm hay không nên ông mới làm đơn tố cáo gửi các cơ quan Đảng và Nhà nước đề nghị xác minh làm rõ. Đến ngày 22/6/2010, khi Sở Công thương có văn bản trả lời, xác định việc thu tiền điện trên của HTX A là trái pháp luật thì ông mới có căn cứ để xác định quyền lợi của mình bị xâm phạm. Do đó, thời hiệu khởi kiện trong trường hợp này phải được xác định từ ngày 22/6/2010 (ngày có văn bản trả lời của cơ quan chuyên môn), chứ không phải từ tháng 5/2009 (thời điểm ông làm đơn tố cáo).

Chúng tôi đồng tình với quan điểm thứ hai, vì để khởi kiện yêu cầu Tòa án giải quyết, nguyên đơn phải xác định được quyền lợi của mình bị xâm phạm là cái gì, xâm phạm đến đâu. Vì vậy, mặc dù từ tháng 5/2009 ông đã làm đơn tố cáo việc HTX thu tiền điện bậc thang khi chưa đủ điều kiện là trái pháp luật, nhưng do chưa có kết luận chính thức của cơ quan chuyên môn việc đó đúng hay sai nên không thể coi đó là thời điểm ông biết quyền lợi của ông bị xâm phạm để khởi kiện yêu cầu Tòa án giải quyết.

Hoặc trường hợp một người mua và sử dụng phải hàng giả là lương thực, thực phẩm, thuốc chữa bệnh. Thực tế là quyền lợi (tính mạng, sức khỏe) của họ đã bị xâm

phạm ngay từ khi mua và sử dụng phải hàng giả đó (như ăn, ngủ kém, giảm cân, suy nhược cơ thể, thường xuyên phải đi bệnh viện khám và điều trị...) nhưng nếu không có kết luận của cơ quan chuyên môn thì họ không thể khởi kiện yêu cầu Tòa án giải quyết.

Do vậy, thời điểm xác định quyền và lợi ích bị xâm phạm trong trường hợp này phải được tính từ thời điểm có kết luận của cơ quan chuyên môn, chứ không thể tính từ ngày mua và sử dụng phải hàng giả.

Trong lĩnh vực thừa kế, theo quy định của pháp luật (Điều 645 BLDS), thời hiệu khởi kiện để người thừa kế yêu cầu chia di sản, xác nhận quyền thừa kế của mình hoặc bác bỏ quyền thừa kế của người khác là 10 năm, kể từ thời điểm mở thừa kế. Nếu trong thời hạn này mà đương sự không khởi kiện thì sẽ mất quyền khởi kiện, nếu có tranh chấp thì Tòa án cũng không xem xét.

Tuy nhiên, thực tế cho thấy, vì nhiều lý do, không ít vụ tranh chấp di sản thừa kế chỉ phát sinh sau khi đã hết thời hiệu khởi kiện. Ví dụ, ngày 10/8/2004, Hội đồng thẩm phán TANDTC đã ban hành Nghị quyết 02 (hướng dẫn áp dụng pháp luật trong việc giải quyết các vụ án dân sự, hôn nhân và gia đình). Theo đó, khi hết thời hiệu khởi kiện thừa kế mà các đồng thừa kế có yêu cầu tòa chia khối di sản thì tòa vẫn thụ lý, giải quyết nếu các đồng thừa kế có văn bản cam kết di sản là tài sản chung chưa chia, không có tranh chấp về hàng thừa kế và yêu cầu Tòa án phân chia. Nhưng theo hướng dẫn trên thì rất khó khởi kiện yêu cầu chia tài sản chung bởi vì một bên đương sự (thông thường là người quản lý, chiếm hữu di sản) không chịu thừa nhận đó là tài sản chung và không yêu cầu tòa phân chia.

Thực tiễn giải quyết án dân sự những năm qua cho thấy, số vụ Tòa án các cấp từ chối thụ lý giải quyết do hết thời hiệu khởi kiện về thừa kế rất nhiều, nhưng số vụ án tranh chấp yêu cầu chia tài sản chung mà Tòa án thụ lý hàng năm rất ít. Nguyên nhân là do không đáp ứng các quy định về điều kiện khởi kiện yêu cầu chia tài sản chung theo Nghị quyết số 02 nêu trên.

Để giải quyết được vướng mắc này, theo chúng tôi, cần kéo dài thời hạn khởi kiện về thừa kế, thậm chí bỏ hẳn quy định về thời hiệu khởi kiện yêu cầu chia thừa kế.

Đối với các tranh chấp về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, cũng còn nhiều quan điểm khác nhau về thời hiệu khởi kiện, nhất là ngày xảy ra hành vi vi phạm gây thiệt hại cần được xác định như thế nào cho đúng và thống nhất. Theo hướng dẫn tại tiêu mục 2.2 mục IV, Nghị quyết 01/2005/NQ-HĐTP ngày 31/3/2005 của Hội đồng thẩm phán TANDTC thì ngày quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm được xác định là ngày xảy ra hành vi vi phạm gây thiệt hại về tài sản, tính mạng, sức khỏe. Tuy nhiên, hiện nay vẫn còn một số vướng mắc về xác định thời hiệu khởi kiện khi Tòa án thụ lý vụ án dân sự có quan hệ đòi bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, thời hiệu khởi kiện được tính từ ngày xảy ra hành vi vi phạm hay tính từ thời điểm có quyết định của cơ quan có thẩm quyền đang giải quyết.

Trong vụ án hình sự liên quan đến quyền nhân thân và quyền tài sản, cơ quan tiến hành tố tụng đã ra quyết định không khởi tố vụ án hình sự do không đủ yếu tố cấu thành tội phạm. Người bị thiệt hại khởi kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (bồi thường về sức khỏe, tài sản) thì thời hiệu khởi kiện tính như thế nào? Tính từ khi quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân bị xâm phạm hay từ khi có quyết định không khởi tố vụ án hình sự? hoặc từ khi có quyết định tách vụ án, hoặc từ thời điểm bản án hình sự có hiệu lực pháp luật?

Nếu từ ngày thiệt hại xảy ra, các cơ quan tiến hành tố tụng chưa xem xét và chưa giải quyết phần dân sự trong vụ án hình sự, thì yêu cầu khởi kiện của đương sự về bồi thường thiệt hại là yêu cầu chính đáng, Tòa án phải thụ lý giải quyết nếu họ có yêu cầu. Thời hiệu khởi kiện phải tuân theo quy định của pháp luật dân sự, cụ thể tại Điều 607 BLDS và TANDTC đã hướng dẫn thời hiệu đối với vụ án bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng là 02 năm tính từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm.

Vậy thì thời gian cơ quan tiến hành tố tụng giải quyết vụ án hình sự có được xem là trường hợp trở ngại khách quan theo khoản 1 Điều 161 BLDS không? Trở ngại khách quan là những trở ngại do hoàn cảnh khách quan tác động làm cho người có quyền, nghĩa vụ dân sự không thể biết quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm hoặc không thể thực hiện được quyền và nghĩa vụ dân sự của mình. Trường hợp cơ quan điều tra đang thụ lý vụ án hình sự thì họ có quyền khởi kiện vụ án dân sự không? Do vậy, có quan điểm không trừ thời gian này vào thời hiệu khởi kiện vụ án dân sự mà được tính từ thời điểm bản án hình sự có hiệu lực pháp luật hoặc từ thời điểm có quyết định không khởi tố vụ án hình sự hoặc từ khi có quyết định tách phần dân sự trong vụ án hình sự mà không tính từ thời điểm quyền và lợi ích bị xâm phạm nhằm bảo đảm quyền khởi kiện của người có quyền, lợi ích bị xâm phạm. Chúng tôi đồng tình với quan điểm này.

Về cách tính thời hạn, BLDS 2005 quy định khi thời hạn được xác định bằng ngày, tuần, tháng, năm thì ngày đầu tiên của thời hạn không được tính mà tính từ ngày tiếp theo của ngày được xác định (khoản 2 Điều 152 BLDS 2005). Trở lại hướng dẫn của Nghị quyết 01, đối với vụ việc dân sự mà trong văn bản quy phạm pháp luật không quy định thời hiệu khởi kiện, thời hiệu yêu cầu thì thời hiệu khởi kiện là 02 năm kể từ ngày có quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm theo quy định tại khoản 3 Điều 159 BLTTDS và lưu ý nếu tranh chấp phát sinh trước ngày 01/01/2005, thì thời hạn là 02 năm kể từ ngày 01/01/2005 (tiểu mục 2.1, mục 2, phần IV). Bên cạnh đó, Điều 156 BLDS 2005 quy định “thời hiệu được tính từ thời điểm bắt đầu ngày đầu tiên của thời hiệu và chấm dứt tại thời điểm kết thúc ngày cuối cùng của thời hiệu”.

Thực tế cho thấy, không ít trường hợp Tòa án còn lúng túng trong việc xác định thời hạn theo quy định tại khoản 2 Điều 152 BLDS như nêu trên. Chẳng hạn, trường hợp Tòa án ra quyết định công nhận sự thỏa

thuận của các đương sự theo Điều 187 BLTTDS. Điều luật quy định hết thời hạn 07 ngày, kể từ ngày lập biên bản hòa giải thành mà không có đương sự nào thay đổi ý kiến về sự thỏa thuận đó thì Thẩm phán chủ trì phiên hòa giải hoặc một Thẩm phán được Chánh án Tòa án phân công ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự. Theo quy định tại Điều 152 BLDS nêu trên, thì ngày lập biên bản hòa giải thành chỉ được xác định là mốc thời gian để tính thời hạn ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự mà không được tính vào thời hạn 07 ngày quy định tại Điều 187 BLTTDS. Do đó, phải sang ngày thứ 9, Thẩm phán mới được ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự.

Tranh cãi về việc áp dụng cách tính thời hạn theo quy định của BLDS 2005 cũng được đặt ra đối với hướng dẫn nêu trên của Nghị quyết 01. Có quan điểm cho rằng, những tranh chấp phát sinh trước ngày 01/01/2005 thì thời hiệu khởi kiện là 02 năm tính từ ngày 01/01/2005, do đó thời hiệu khởi kiện hết vào ngày 31/12/2006 (cách tính này áp dụng theo Điều 156 BLDS 2005). Nhưng cũng có quan điểm khác cho rằng, ngày bắt đầu tính thời hiệu là ngày 02/01/2005 (cách tính này áp dụng theo Điều 152 BLDS 2005), do đó ngày hết thời hiệu khởi kiện là ngày 02/01/2007. Dù sự chênh lệch không nhiều, nhưng cũng có ý nghĩa rất lớn trong việc xác định một tranh chấp cụ thể còn hay đã hết thời hiệu khởi kiện. Vậy phương pháp tính thời hiệu khởi kiện nào là phương pháp đúng? Chúng tôi cho rằng, cần có sự thống nhất về phương pháp tính thời hiệu để tránh thiệt hại cho các đương sự.

Xác định đúng thời hiệu khởi kiện không chỉ có ý nghĩa đối với các cơ quan tiến hành tố tụng cũng như các tổ chức làm công tác tư vấn pháp luật mà còn có ý nghĩa rất quan trọng để các đương sự tự chủ động yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình. Do vậy, vấn đề này cần được nhận thức một cách đầy đủ và thống nhất, để hoạt động giải quyết các tranh chấp dân sự được thuận lợi ■

HỆ THỐNG CHÍNH SÁCH PHÁT TRIỂN KINH TẾ, XÃ HỘI VÙNG CÁC DÂN TỘC THIỂU SỐ PHÍA BẮC VIỆT NAM

NGUYỄN LÂM THÀNH*

1. Phân loại chính sách

Phát triển kinh tế, xã hội vùng các dân tộc thiểu số (DTTS) phía Bắc Việt Nam là một bộ phận quan trọng hữu cơ trong chính thể phát triển của đất nước và của vùng miền núi phía Bắc (MNPB). Do đặc điểm tự nhiên, văn hóa, xã hội, sự phát triển đó song hành cả về phát triển vùng theo mục tiêu quốc gia, vừa bảo đảm thực hiện tốt những nội dung chính sách liên quan đến vấn đề dân tộc. Bởi vậy, hệ thống chính sách phát triển cho khu vực này bao gồm các nhóm chính sách với cấp độ, tính chất khác nhau và được đặt trong mối quan hệ tổng thể.

Dưới góc độ phát triển vùng, phân loại theo tính chất phạm vi tác động của chính sách, có thể chia ra thành ba nhóm cơ bản sau đây:

Thứ nhất, nhóm chính sách có phạm vi điều chỉnh chung của quốc gia như nhóm chính sách về nguồn lực, các hoạt động kinh tế, văn hóa, xã hội, đặc biệt liên quan đến lĩnh vực nông thôn. Đây là nhóm có số lượng chính sách nhiều nhất, được xem là những chính sách nền cho sự phát triển của đất nước ở mỗi giai đoạn.

Thứ hai, nhóm chính sách dân tộc là các chính sách đặc thù, có phạm vi đối tượng và tác động trực tiếp đến đồng bào DTTS trên cả nước. Những chính sách này nhằm giải quyết những vấn đề mang tính đặc thù về kinh tế, xã hội, văn hóa, giáo dục, di dịch cư liên quan đến đồng bào dân tộc, tập trung cho xóa đói giảm nghèo, bảo đảm an sinh xã hội, góp phần cho mục tiêu phát triển.

Thứ ba, một số chính sách mang tính đặc thù nhằm định hướng, giải quyết một số vấn đề cụ thể của khu vực như phát triển kinh tế, xã hội các tỉnh đặc biệt khó khăn MNPB, trung du và MNPB, phát triển kinh tế, xã hội các xã biên giới Việt-Trung, Việt-Lào, chính sách tái định cư ở các công trình thủy điện Sơn La, Lai Châu...

Hệ thống pháp luật, chính sách liên quan đến phát triển kinh tế, xã hội vùng DTTS phía Bắc khá phong phú và toàn diện. Theo thống kê trong giai đoạn 10 năm 2000-2011, phân loại theo hình thức, ngoài những văn bản luật thì có tới 211 văn bản chính sách, bao gồm 05 nghị quyết của Quốc hội, 43 nghị định, nghị quyết của Chính phủ, 88

* ThS, Ủy viên Thường trực Hội đồng Dân tộc của Quốc hội

quyết định của Thủ tướng Chính phủ và 75 thông tư hướng dẫn cấp bộ.

Phân chia theo tiêu chí lĩnh vực, nội dung chính sách được thể hiện trên 05 nhóm chính sách lớn.

(i) Nhóm chính sách về quản lý và phát triển nguồn lực với 64 văn bản và chiếm tới gần 50% số lượng nghị quyết của Quốc hội và Chính phủ, trong đó, chủ yếu là các văn bản trong lĩnh vực đất đai và rừng.

(ii) Nhóm chính sách về hoạt động kinh tế và phát triển nông nghiệp, nông thôn với 36 văn bản, một phần ba trong số này là nghị quyết của Chính phủ.

(iii) Chính sách về thương mại miền núi có vị trí quan trọng nhưng mới chỉ có 02 nghị định của Chính phủ và 03 quyết định của Thủ tướng Chính phủ.

(iv) Nhóm chính sách về xã hội có 41 văn bản, chủ yếu là quyết định của Thủ tướng Chính phủ nhằm cụ thể hóa nghị quyết và nghị định của Chính phủ. Xóa đói giảm nghèo và giáo dục-đào tạo là hai lĩnh vực có nhiều văn bản chính sách.

(v) Các chính sách đặc thù nhằm hỗ trợ phát triển cho đồng bào DTTS có số lượng lớn với 61 văn bản chính sách. Phần lớn là quyết định của Thủ tướng Chính phủ và thông tư cấp bộ tập trung trên các lĩnh vực xóa đói giảm nghèo, hỗ trợ an sinh xã hội, cải thiện giáo dục, y tế, thúc đẩy phát triển văn hóa và ổn định sắp xếp dân cư.

2. Tình trạng hiệu lực của các chính sách

Trong giai đoạn hơn 10 năm, từ 2001-2011, đã có tổng cộng 211 văn bản chính sách pháp luật liên quan đến phát triển vùng DTTS phía Bắc được ban hành. Trong đó, riêng giai đoạn 5 năm từ 2006-2010 có 143 văn bản có hiệu lực. Đến thời điểm 2012, trong tổng số 206 văn bản, không kể 05 văn bản nghị quyết của Quốc hội, có 56 văn bản đã hết hiệu lực (chiếm 27,8%), 11 văn bản

còn hiệu lực một phần (5,47%), 139 văn bản còn hiệu lực (69,1%). Số văn bản còn hiệu lực gần xấp xỉ giai đoạn trước là 143. Về nghị quyết, nghị định của Chính phủ trong số 43 văn bản, có 8 văn bản hết hiệu lực, 7 văn bản còn hiệu lực một phần và 28 văn bản vẫn còn hiệu lực (65%). Về quyết định của Thủ tướng Chính phủ có tới 26 văn bản, tức là một phần ba số văn bản hết hiệu lực, số còn hiệu lực một phần là 3 văn bản và 59 văn bản còn hiệu lực, bao gồm cả các văn bản mới được ban hành.

Phần lớn các văn bản hết hiệu lực là các quyết định chính sách về xã hội và chính sách DTTS thực hiện theo giai đoạn 05 năm, theo mục tiêu kế hoạch 05 năm. Riêng 05 quyết định và nghị quyết về phát triển vùng đến nay cơ bản đã hết hiệu lực, ngoại trừ Nghị quyết 30a còn tiếp tục được kéo dài do mới bắt đầu thực hiện được 03 năm. Các quyết định chính sách về phát triển vùng DTTS đã đến thời hạn kết thúc năm 2010. Đến năm 2013 nhiều chính sách mới trên nhiều lĩnh vực chưa được ban hành cũng là trở ngại rất lớn đến quá trình thực thi chính sách phát triển cũng như chính sách dân tộc trên vùng thiểu số nói chung và phía Bắc nói riêng.

Hiệu lực chính sách cũng là một vấn đề rất đáng xem xét bởi thời gian của nó quá ngắn, thường là 5 năm và cũng không đầy đủ thời gian vận hành. Cá biệt có những văn bản chính sách như Quyết định 1592/QĐ-TTg ban hành năm 2008 nhưng thời hạn thực hiện chỉ đến năm 2010, trong khi mục tiêu lại đặt ra cho cả giai đoạn 5 năm.

3. Những ưu điểm của hệ thống chính sách

Hầu hết các khía cạnh của phát triển kinh tế, xã hội đã được hệ thống chính sách đề cập, điều chỉnh nhằm tạo ra khuôn khổ pháp lý mang tính nền tảng cho các hoạt động kinh tế, xã hội cũng như thúc đẩy trợ

giúp cho các vùng, các đối tượng ưu tiên trong phát triển, đặc biệt là vùng núi cao, biên giới và vùng dân tộc. Đánh giá cả giai đoạn 2000-2010, có thể thấy rằng, có nhiều bước tiến trong tiến trình phát triển, điều này một lần nữa khẳng định sự quan tâm của Đảng, Chính phủ đối với sự nghiệp phát triển vùng đồng bào dân tộc cả nước nói chung và vùng MNPB nói riêng. Việc Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Chiến lược Công tác dân tộc đến năm 2020 theo Quyết định số 449/QĐ-TTg ngày 12/03/2013 và Chương trình hỗ trợ đầu tư cơ sở hạ tầng, hỗ trợ phát triển sản xuất cho các xã đặc biệt khó khăn, xã biên giới, xã an toàn khu, các thôn, bản đặc biệt khó khăn theo Quyết định số 551/QĐ-TTg ngày 4/4/2013 là những minh chứng khẳng định sự tiếp tục quan tâm đặc biệt của Đảng, Chính phủ đối với sự nghiệp phát triển các dân tộc.

Hệ thống cơ chế, chính sách của Nhà nước về phát triển vùng DTTS đến nay tương đối toàn diện, nhất là chính sách xã hội và ngày càng được cụ thể, chi tiết hoá để làm tăng tính phù hợp, hiệu lực, hiệu quả. Quy trình xây dựng chính sách đã từng bước bảo đảm những nguyên tắc đề ra, có tính khoa học và tính phối hợp cao hơn.

Cơ sở thông tin, nghiên cứu, dự báo chuẩn bị cho xây dựng chính sách từng bước được đầy đủ hơn. Trong quá trình này, cấp địa phương, đặc biệt là người dân đã được tham gia vào quá trình tư vấn chính sách, đề

đạt nguyện vọng nhu cầu phát triển, mặc dù việc kết nối kết quả chưa được nhiều.

Việc thẩm định, tư vấn về các chính sách, chương trình, kế hoạch, quy hoạch phát triển kinh tế, xã hội do các bộ, ngành xây dựng và quản lý đã có những tiến bộ nhất định. Việc kiểm tra, đánh giá, giám sát thực hiện chính sách dân tộc được tiến hành ở các cấp địa phương và trung ương theo thẩm quyền đã giúp quá trình điều chỉnh chính sách kịp thời.

4. Tính hệ thống, đồng bộ của chính sách

Như đã đề cập ở trên, hệ thống chính sách liên quan đến phát triển vùng DTTS MNPB mang tính toàn diện, nhất là các chương trình giảm nghèo và an sinh xã hội. Nhưng khi đánh giá lại và thực tế điều hành quản lý, triển khai chính sách đã bộc lộ những vấn đề hạn chế. Đó là sự trùng lặp, dàn trải và thiếu tính đồng bộ của hệ thống chính sách hiện nay.

Việc giải quyết vấn đề ổn định dân cư được thực hiện qua 3 chính sách lớn: về định canh định cư theo Quyết định 33/2007/QĐ-TTg¹, về ổn định sắp xếp dân cư cho những vùng khó khăn, thiên tai theo Quyết định 193/2006/QĐ-TTg²; các Quyết định 120/2003/QĐ-TTg³, Quyết định 160/2007/QĐ-TTg⁴, Quyết định 1151/QĐ-TTg⁵ đều có nội dung chính sách về ổn định dân cư. Bảng tổng hợp dưới đây thể hiện rất rõ những vấn đề tồn tại này.

1 Quyết định số 33/2007/QĐ-TTg ngày 05/3/2007 của Thủ tướng Chính phủ về Chính sách hỗ trợ di dân thực hiện định canh, định cư cho đồng bào dân tộc thiểu số giai đoạn 2007-2010.

Read more: <http://www.cema.gov.vn/modules.php?name=Doc&op=detaildoc&pid=441#ixzz2Yhmb7Yks>

2 Quyết định 193/2006/QĐ-TTg ngày 24/08/2006 của Thủ tướng Chính phủ về việc phê duyệt Chương trình bố trí dân cư các vùng: thiên tai, đặc biệt khó khăn, biên giới, hải đảo, di cư tự do, xung yếu và rất xung yếu của rừng phòng hộ, khu bảo vệ nghiêm ngặt của rừng đặc dụng giai đoạn 2006 - 2010 và định hướng đến năm 2015.

3 Quyết định 120/2003/QĐ-TTg ngày 11/06/2003 của Thủ tướng Chính phủ về việc phê duyệt Chiến lược phát triển kinh tế-xã hội tuyến biên giới Việt-Trung đến năm 2010.

4 Quyết định 160/2007/QĐ-TTg ngày 17/10/2007 của Thủ tướng Chính phủ về việc phê duyệt Đề án Phát triển kinh tế-xã hội các xã tuyến biên giới Việt Nam-Lào và Việt Nam-Campuchia đến năm 2010.

5 Quyết định 1151/QĐ-TTg ngày 30/08/2007 của Thủ tướng Chính phủ về việc phê duyệt quy hoạch xây dựng vùng biên giới Việt-Trung đến năm 2020.

Nội dung thực hiện của các chương trình, chính sách phát triển

	Đường giao thông	Hỗ trợ sản xuất	Vay vốn	Hỗ trợ nhà ở	Nước sinh hoạt	Tăng cường năng lực	Dạy nghề
CT 135-II	X	X	X		X	X	X
CTMTQG GN	X	X	X	X	X	X	X
NQ 30 a	X	X	X	X	X	X	X
CT 134				X	X		X
ĐCĐC	X	X	X	X	X		
QĐ 120	X	X		X	X		
<i>Cộng</i>	<i>04/06</i>	<i>05/06</i>	<i>04/06</i>	<i>05/06</i>	<i>06/06</i>	<i>03/06</i>	<i>04/06</i>

Với 06 chương trình, chính sách được thực hiện trong thời gian vừa qua, thì nhiều hạng mục nội dung đều quy định ở các chính sách. Cụ thể như hỗ trợ xây dựng công trình nước sinh hoạt có ở cả 06 chương trình, hỗ trợ sản xuất, nhà ở có ở 05 chương trình. Ngay cả nội dung hỗ trợ đào tạo nghề nông thôn thì cũng quy định ở cả 04 văn bản chính sách.

Việc thiết kế, xây dựng các chính sách trên đều đặt ra mục tiêu lớn nhằm giải quyết các vấn đề mang tính toàn cục cho một địa bàn hay một khu vực. Bảng thông tin trên cho thấy mỗi chương trình, quyết định chính sách lại bao gồm rất nhiều nội dung, từ 6-7 hoạt động và mang tính tổng hợp. Riêng về nông nghiệp thì cũng có tới 08 hoạt động nhỏ như: hỗ trợ đất sản xuất, hỗ trợ sản xuất, hỗ trợ ngư nghiệp, hỗ trợ lâm nghiệp, hỗ trợ máy móc-nông cụ, trợ giá đầu vào sản xuất, bảo vệ rừng, khuyến nông, khuyến lâm.

Qua phân tích trên cho thấy, hệ thống

chính sách có nhiều chồng chéo, trùng lặp, vừa thiếu đồng bộ. Giữa các chính sách ban hành trước và sau chưa có sự kết nối về nội dung và nhiệm vụ, tức là dành cho nhau những “khoảng trống” để thực thi và “bù đắp” cho nhau. Nhiều chính sách đã được ban hành nhưng mang tính dàn trải và thiếu nguồn lực thực hiện. Sự trùng lặp và thiếu tính thống nhất thể hiện ở một số nhóm chính sách, như định canh, định cư, sắp xếp, ổn định và bố trí dân cư, được thực hiện trong ba quyết định nhưng định mức hỗ trợ lại khác nhau⁶. Bên cạnh đó, mỗi chương trình chính sách lại quy định các cơ chế quản lý khác nhau, các cơ quan thường trực chỉ đạo khác nhau⁷. Trong cùng một giai đoạn, khi mà có nhiều quyết định chính sách có hiệu lực thì rõ ràng sẽ khó khăn hơn cho quá trình thực thi, kể cả việc phân bổ ngân sách.

Tính thiếu đồng bộ ở đây cũng bắt nguồn từ việc tiếp cận đơn lẻ trong xây dựng chính sách, tức là tiếp cận theo vấn đề cụ thể

⁶ Định mức hỗ trợ hộ gia đình.

⁷ Ủy ban Dân tộc, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn.

cần giải quyết chứ chưa tính đến các yếu tố trong cấu thành hệ thống phát triển để xây dựng và hoàn thiện chính sách. Điển hình nhất là yếu tố thị trường chưa được đề cập đầy đủ trong chính sách. Việc hỗ trợ đầu tư sản xuất cho nông dân chưa gắn đồng bộ với công tác khuyến nông, khuyến lâm, nhất là cơ chế, chính sách phục vụ chế biến nông sản, hỗ trợ thúc đẩy thị trường và tiêu thụ sản phẩm. Đây là một mảng yếu trong chính sách phát triển khu vực MNPB mặc dù đã được chỉ đạo trong Quyết định 186/2001/QĐ-TTg về phát triển kinh tế, xã hội 6 tỉnh đặc biệt khó khăn MNPB và Quyết định 27/2008/QĐ-TTg về phát triển kinh tế, xã hội các tỉnh Trung du-MNPB, theo tinh thần Nghị quyết 37 của Bộ Chính trị. Việc cụ thể hóa nội dung chính sách là nhiệm vụ của Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn nhưng thực hiện được rất ít. Một mặt, MNPB không có điều kiện thuận lợi để phát triển sản xuất lớn về nông nghiệp hàng hóa. Bên cạnh đó Luật Khuyến khích đầu tư trong nước và Luật Doanh nghiệp không chỉ rõ cơ chế khuyến khích hoặc chính sách khuyến khích không đủ mạnh để các doanh nghiệp đủ sức đầu tư vào khu vực này⁸. Việc quy định quyền tự chủ động cho các doanh nghiệp mà thiếu đi vai trò hỗ trợ đầu tư của Nhà nước trong lĩnh vực nông nghiệp đã không thúc đẩy được quá trình chuyển đổi sản xuất của người dân; phần lớn vẫn dựa trên nền tảng sản xuất tự cung tự cấp hay thị trường sản xuất hàng hóa nhỏ lẻ trên những sản phẩm dư thừa trong khi đó yếu tố sản xuất hàng hóa quy mô lớn còn manh mún và rất bấp bênh.

5. Những “khoảng trống” trong chính sách phát triển

Sự thiếu hụt trong hệ thống chính sách là nội dung cần được xem xét cả ở hai khía

ạnh. Xét về chất, hệ thống chính sách hiện có, nhiều quy định trong các định mức kinh tế-kỹ thuật chưa phù hợp với khu vực miền núi, đồng bào dân tộc; người dân khó tiếp cận. Chính sách hỗ trợ nhà ở, đất ở, đất sản xuất, nước sinh hoạt cho hộ người DTTS nghèo theo Quyết định 134/2004/QĐ-TTg quy định hỗ trợ mỗi hộ 5 triệu đồng làm nhà ở, 5 triệu đồng/ha đất sản xuất. Với định mức quá thấp, nhất là hỗ trợ đất sản xuất và đây cũng chính là lý do việc giải quyết đất lại thực hiện được ít, hiện mới giải quyết được 33% nhu cầu thiếu đất của các hộ nghèo⁹.

Về cơ cấu đầu tư, lượng ngân sách hàng năm dành cho phát triển nguồn nhân lực thông qua hình thức đào tạo kỹ thuật, chuyển giao công nghệ, tổ chức sản xuất và đời sống cho người dân còn rất khiêm tốn; trong khi đó, lại bị ràng buộc bởi định mức và cách thức sử dụng. Cơ cấu vốn cho phát triển sản xuất còn thấp, như Chương trình 135 giai đoạn II mới chỉ đạt 12% trong tổng số ngân sách, trong khi đây là nội dung quyết định cho mục tiêu tăng thu nhập cho người dân, giảm nghèo.

Về diện, ngoại trừ các chính sách về lâm nghiệp, chính sách phát triển nông nghiệp, nông thôn hiện thiếu các chính sách hỗ trợ, cung cấp các dịch vụ sản xuất, chế biến, bảo hiểm sản xuất cho nông dân, thông tin và thúc đẩy thị trường nhằm điều chỉnh cũng như thúc đẩy sự phát triển kinh tế, xã hội. Cụ thể về sản xuất, đó là chính sách nhằm thúc đẩy việc xây dựng các cơ sở chế biến nông lâm, sản gắn với quy hoạch các vùng sản xuất nguyên liệu, mà lợi thế là các sản phẩm chè, cây ăn quả đặc sản, dược liệu, trồng rừng và chăn nuôi gia súc. Công nghiệp chế biến sẽ giúp cho các sản phẩm

8 Giám sát thực hiện Luật Khuyến khích đầu tư, Hội đồng dân tộc Quốc hội 2013.

9 Báo cáo giám sát của Hội đồng Dân tộc Quốc hội, 2012.

nông nghiệp tiếp cận được sản xuất hàng hóa với quy mô lớn hơn, tạo đầu ra cho các sản phẩm nguyên liệu truyền thống và khuyến khích sản xuất của người nông dân. Điều quan trọng ở đây là quy hoạch sản xuất cho các ngành hàng phải được tính toán, cân nhắc, gắn với các quy mô thị trường khác nhau. Nhìn về tổng thể, bài toán sản xuất phải được cân đối trong tổng thể vùng để tránh tình trạng bão hòa các sản phẩm do tình trạng làm theo phong trào như vừa qua gây thiệt và mất lòng tin của người dân.

Thúc đẩy xây dựng thương hiệu và xúc tiến thương mại cho các sản phẩm hàng hóa vùng cao nhằm đưa các sản phẩm này ra thị trường rộng rãi hơn, làm tăng giá trị hàng hóa bằng việc kết nối và làm giàu, kết tinh giá trị văn hóa trong mỗi sản phẩm. Sự đa dạng các nhóm dân tộc ở vùng núi phía Bắc là một lợi thế so sánh khi phát triển thị trường hàng hóa với những sắc thái văn hóa đặc trưng. Nghị quyết 30a có quy định chính sách hỗ trợ cho mỗi huyện 100 triệu đồng/năm để thực hiện nội dung này. Trên thực tế, các địa phương chưa thể sử dụng nguồn lực trên có hiệu quả vì không đủ “tầm” vươn lên trong một lĩnh vực mới đòi hỏi rất nhiều yếu tố. Sự hỗ trợ và chỉ đạo của Bộ Công thương đối với hoạt động này rất mờ nhạt¹⁰, bên cạnh đó nguồn tài chính ít ỏi đó lại bị chia tách nên khó có thể thực hiện được nhiệm vụ lớn hơn. Rõ ràng bài toán về chế biến và xây dựng thị trường là nhiệm vụ của Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn và Bộ Công thương nhưng vẫn là mảng công việc chưa được chú trọng của các cơ quan quản lý có trách nhiệm này.

Bảo hiểm sản xuất đối với một số cây trồng, vật nuôi chủ yếu đối với sản xuất ở MNPB là một yêu cầu nhằm hỗ trợ, bảo đảm

và thúc đẩy sản xuất, làm cho người dân yên tâm đầu tư vào sản xuất. Các nội dung thí điểm trong chính sách nông nghiệp vừa qua mới hướng vào sản phẩm của các vùng sản xuất lớn tập trung khu vực Đồng bằng sông Cửu Long, Tây Nguyên như cà phê, hồ tiêu, cá tra và cá ba sa. Các khu vực khác trong đó có MNPB chưa thể có sản phẩm, lĩnh vực nào được đưa vào chính sách bảo hiểm sản xuất mà phần lớn thực hiện chính sách hỗ trợ của Nhà nước khi gặp rủi ro như sâu bệnh, rét đậm, rét hại, dịch bệnh gây hại cho sản xuất lương thực cũng như chăn nuôi. Với một nền sản xuất nhỏ lẻ, manh mún, tự phát, thật khó cho việc ban hành chính sách bảo hiểm sản xuất. Tuy nhiên với những sản phẩm mũi nhọn và lợi thế của vùng cần xây dựng chính sách này như đối với chăn nuôi gia súc quy mô lớn, sản phẩm chè, cây ăn quả đặc sản như vải, hồng, na, quýt và đặc sản gạo Tây Bắc là những sản phẩm đặc trưng riêng có phổ biến ở MNPB. Mặt khác, chính sách bảo hiểm sản xuất sẽ tạo cho người dân nâng cao nhận thức, trách nhiệm và ứng phó với những rủi ro trong quá trình sản xuất.

Các chính sách nhằm hỗ trợ chuyển giao tiến bộ khoa học kỹ thuật và khuyến nông, khuyến lâm mặc dù đã được chú trọng nhưng chưa thực sự đủ mạnh để làm thay một cách căn bản tập quán sản xuất cũng như nền sản xuất nông nghiệp của khu vực. Chương trình Xây dựng mô hình ứng dụng và chuyển giao khoa học, công nghệ phục vụ phát triển kinh tế, xã hội nông thôn miền núi giai đoạn 2006-2010 do Bộ Khoa học-Công nghệ chủ trì được triển khai trên 60 tỉnh với tổng phí hơn 700 tỷ đồng¹¹. Trên thực tế, các nội dung mô hình thực hiện trên địa bàn miền núi còn rất ít, tính bền vững

¹⁰ Nguồn: Báo cáo của Bộ Công thương 2012.

¹¹ Nguồn: Báo cáo của Bộ Khoa học-Công nghệ 2012.

chưa cao, rất nhiều mô hình sau khi dự án kết thúc không duy trì và phát huy được kết quả của nó trong giai đoạn thử nghiệm cũng như mở rộng, nhân rộng mô hình. Đây chính là điểm thiếu hụt trong chính sách khuyến khích phát triển khoa học công nghệ khi nó không đủ điều kiện để thực thi, khuyến khích nhân dân áp dụng mở rộng. Một trở ngại nữa ở đây chính là nền tảng sản xuất lớn hàng hóa gắn với chế biến và thị trường như đã đề cập chưa được xác lập, nên không thúc đẩy được quá trình chuyển đổi sản xuất gắn với áp dụng tiến bộ khoa học kỹ thuật mới. Duy chỉ có kỹ thuật giống lúa và ngô đã được triển khai thành công. Tuy nhiên, hiện nay có xu hướng quay lại sử dụng giống lúa truyền thống để sản xuất hàng hóa đặc sản là một hướng đi mới của một vài nơi.

Chính sách đất đai là một vấn đề “nóng” ở nhiều vùng trong quá trình chuyển đổi và phát triển kinh tế. Hành lang pháp lý cho quản lý và sử dụng đất đai, nhất là gắn với việc sử dụng đất truyền thống vùng cao chưa được cụ thể hóa phù hợp với đặc điểm mà vẫn trong phạm vi điều chỉnh chung. Luật Đất đai không quy định rõ những điều khoản nhằm bảo vệ lợi ích của người dân trong các quan hệ kinh tế thị trường, nhất là việc thu hồi đất, bồi thường, đền bù tái định cư. Cơ chế chính sách đầu tư, hỗ trợ hậu tái định cư cho người dân sau khi bị thu hồi đất cũng chưa được tính đến. Các nội dung chính sách này thực hiện theo các văn bản nghị định của Chính phủ như Nghị 197/2004/NĐ-CP về bồi thường, hỗ trợ và tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất, và gần đây là Nghị định 69/2009/NĐ-CP về quy hoạch sử dụng đất, thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ và tái định cư mới chỉ tính đến việc đền bù,

hỗ trợ trực tiếp. Nhiều nội dung chính sách chưa bảo đảm phù hợp với điều kiện sống và tập quán của người dân miền núi như việc hỗ trợ ổn định đời sống thời gian đầu, bảo đảm quỹ đất sản xuất, các biện pháp ổn định sinh kế, xây dựng nhà ở, không gian cộng đồng là những vấn đề liên quan đến chính sách được đề cập nhiều gần đây.

Do quá trình phát triển kinh tế, xã hội, điều chuyển dân cư và thu hồi đất xây dựng các công trình kinh tế nảy sinh tình trạng thiếu đất sản xuất ở MNPB. Với những quỹ đất canh tác nông nghiệp hạn chế, việc khai thác và sử dụng đã đạt hệ số cao. Rõ ràng, cần có các biện pháp thay thế, giải pháp chính sách hỗ trợ người dân phát triển sản xuất ở những địa phương không còn hoặc còn ít quỹ đất nông nghiệp, thông qua đào tạo nghề, chuyển nghề cùng với việc tăng cường đầu tư chiều sâu trong sản xuất nông nghiệp. Nhưng việc chuyển đổi nghề phải gắn với quá trình chuyển đổi cơ cấu sản xuất của vùng, phát triển công nghiệp, xây dựng và dịch vụ. Hiện nay chính sách dạy nghề và đào tạo nghề đang tự đi trên một con đường mà không có sự gắn kết với nhu cầu và sự phát triển kinh tế ở các địa phương.

Chính sách, cơ chế nhằm quản lý thống nhất các chương trình, chính sách đầu tư và thực hiện đầu tư là yêu cầu cấp bách để tránh chồng chéo, trùng lặp, phân tán, làm tăng hiệu quả thực thi chính sách. Hiện có 16 chương trình mục tiêu quốc gia đang được vận hành với rất nhiều nội dung hoạt động khác nhau cùng với nhiều chính sách, chương trình, dự án khác tạo nên sự phức tạp trong quá trình thực hiện. Sự phức tạp đó lại được tăng thêm khi các địa phương ban hành thêm các quy định theo thẩm quyền ■

Chính sách giải quyết tranh chấp tên miền thống nhất và những vấn đề đặt ra với doanh nghiệp Việt Nam

LÊ THỊ THU HÀ*

ĐÀO KIM ANH**

Trong xu hướng toàn cầu hóa, các công cụ Internet, trong đó đặc biệt là tên miền và trang web ngày càng đóng vai trò quan trọng đối với sự phát triển của doanh nghiệp. Không chỉ là một địa chỉ định danh trên Internet, tên miền đã trở thành một “tài sản” giá trị, giúp doanh nghiệp định vị thương hiệu trong tâm trí khách hàng. Bên cạnh việc khai thác lợi thế của tên miền để quảng bá hình ảnh và xây dựng thương hiệu, doanh nghiệp không thể tránh khỏi nguy cơ phát sinh tranh chấp tên miền với các chủ thể khác, trong đó đặc biệt phức tạp là các tranh chấp tên miền quốc tế. Với các doanh nghiệp ở những quốc gia đang phát triển như Việt Nam, nơi mà các quy định pháp luật về tên miền còn chưa hoàn thiện, việc tiếp cận các cơ chế giải quyết tranh chấp tên miền quốc tế luôn là một thách thức lớn.

Hiện nay, Chính sách giải quyết tranh chấp tên miền thống nhất (UDRP) do Tổ chức quản lý tên miền quốc tế (ICANN) là cơ chế đặc thù và phổ biến điều chỉnh các tranh chấp tên miền quốc tế. Đến nay, chỉ tính riêng các tranh chấp tên miền quốc tế giải quyết qua UDRP tại Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới (WIPO) thì đã có 61 vụ doanh nghiệp Việt Nam là bị đơn và 1 vụ doanh nghiệp Việt Nam là nguyên đơn¹. Trước tình trạng đó, câu hỏi đặt ra là doanh nghiệp Việt Nam cần có hiểu biết gì về cơ chế giải quyết

tranh chấp tên miền quốc tế UDRP? Quan trọng hơn, doanh nghiệp cần có những biện pháp gì để bảo vệ lợi ích của mình trong các tranh chấp có thể xảy ra trong tương lai? Bài viết giúp trả lời những câu hỏi này thông qua việc nghiên cứu UDRP và những vấn đề đặt ra đối với doanh nghiệp Việt Nam.

1. Khái quát về Chính sách giải quyết tên miền thống nhất

Khi Internet ngày càng phát triển, tình trạng “chiếm dụng và đầu cơ” tên miền trở nên phổ biến và khó kiểm soát. Lợi dụng

* TS, Giảng viên Trường Đại học Ngoại thương,

* Đại học Ngoại thương

¹ Số liệu thống kê của WIPO tại http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/countries_yr.jsp?party=R&country_id=184 truy cập ngày 19/10/2012.

chính sách đăng ký tên miền dễ dàng và nguyên tắc đăng ký tên miền là “duy nhất”, “nộp đơn trước, đăng ký trước”, nhiều chủ thể đã đăng ký tên miền trùng hoặc tương tự với các chỉ dẫn thương mại của chủ thể khác, đặc biệt là nhãn hiệu nổi tiếng, để sau đó bán lại với giá cao. Tình trạng này không chỉ xâm phạm nghiêm trọng tới quyền sở hữu trí tuệ mà còn cản trở sự phát triển của thương mại thế giới nói chung và sự phát triển của hoạt động thương mại trên Internet nói riêng. Do đó, nhu cầu cấp thiết đặt ra là phải có một cơ chế đồng bộ và hoàn thiện để ngăn chặn tình trạng chiếm dụng tên miền.

Căn cứ những đề xuất của WIPO, ICANN đã tiến hành soạn thảo và cho ra đời một cơ chế giải quyết tranh chấp nhằm bảo vệ các chủ sở hữu nhãn hiệu và những người đăng ký tên miền hợp pháp. Ngày 24/10/1999, Hội đồng ICANN đã chính thức thông qua UDRP, đồng thời ban hành “Điều lệ giải quyết tranh chấp tên miền thống nhất” (Điều lệ UDRP) để hướng dẫn cụ thể UDRP.

Về cơ sở pháp lý, UDRP là một thủ tục hành chính bắt buộc đối với các chủ thể đăng ký tên miền quốc tế. Cơ sở pháp lý của UDRP dựa trên thỏa thuận đăng ký tên miền giữa chủ thể đăng ký và Cơ quan cấp phát tên miền, theo đó, chủ thể đăng ký cam kết tham gia vào quá trình giải quyết tranh chấp thuộc phạm vi điều chỉnh của UDRP.

Về phạm vi áp dụng, UDRP chỉ áp dụng với các tranh chấp tên miền quốc tế (các tên miền có đuôi là các tên miền cấp cao dùng chung bao gồm .com, .net, .org, .aero, .biz, .coop, .info, .museum, .name và .pro). Ngoài

ra, ICANN đặt ra hai giới hạn trong phạm vi áp dụng của UDRP: một là, UDRP chỉ áp dụng cho trường hợp đăng ký tên miền gây nhầm lẫn với nhãn hiệu, tức là các tranh chấp giữa chủ sở hữu nhãn hiệu và chủ thể đăng ký tên miền; hai là thủ tục giải quyết tranh chấp này chỉ áp dụng với những trường hợp cố ý chiếm dụng tên miền, các trường hợp tranh chấp khác thuộc thẩm quyền của tòa án. Để chứng minh hành vi “chiếm dụng tên miền”, UDRP yêu cầu chủ sở hữu nhãn hiệu phải chứng minh được ba yêu cầu sau (phép thử “ba bước”): sự trùng hoặc tương tự tới mức gây nhầm lẫn của tên miền với nhãn hiệu; chủ thể đăng ký tên miền không có quyền và lợi ích hợp pháp đối với tên miền và chủ thể này đăng ký tên miền với ý đồ xấu².

Quy trình, thủ tục giải quyết tranh chấp theo UDRP gồm có năm bước chính sau đây:

Thứ nhất, nguyên đơn nộp đơn khởi kiện

Nguyên đơn được quyền lựa chọn nộp đơn khởi kiện tới một trong các tổ chức giải quyết tranh chấp (TCGQTC) do ICANN ủy nhiệm. Hiện nay, danh sách các tổ chức này bao gồm: Trung tâm hòa giải và trọng tài WIPO, Trung tâm giải quyết tranh chấp tên miền Châu Á (Asian Domain Name Dispute Resolution Center - ADNDRC), Diễn đàn trọng tài quốc gia (National Arbitration Forum - NAF), Trung tâm trọng tài Cộng hòa Séc về giải quyết tranh chấp Internet (the Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Dispute - CAC)³.

Thứ hai, bị đơn nộp tài liệu trả lời

Sau khi kiểm tra đơn khởi kiện và xác nhận đơn hợp lệ, TCGQTC sẽ thông báo

2 Đoạn 4(a) UDRP, UNCTAD, WIPO 2003, *Domain Name Dispute Resolution, The Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property - module 4*, Geneva.

3 Thông tin về các Tổ chức giải quyết tranh chấp và các quy tắc bổ sung của các nhà cung cấp này được ICANN cập nhật tại địa chỉ <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp/providers>

chính thức tới bị đơn và yêu cầu bị đơn nộp tài liệu trả lời để đưa ra lập luận của mình. Bị đơn có 20 ngày để gửi tài liệu tới TCGQTC.

Thứ ba, thành lập Hội đồng Hành chính (HĐHC)

Dù có nhận được tài liệu trả lời của bị đơn hay không, TCGQTC vẫn chỉ định một HĐHC để giải quyết tranh chấp. Hội đồng này sẽ gồm một hoặc ba thành viên là các chuyên gia về tranh chấp tên miền nằm trong danh sách của TCGQTC..

Thứ tư, HĐHC đưa ra quyết định và thông báo tới các bên liên quan

Trong vòng 14 ngày kể từ ngày được bổ nhiệm, HĐHC phải đệ trình lên TCGQTC quyết định của mình bằng văn bản. HĐHC có thể đưa ra một trong những quyết định sau:

Ủng hộ lập luận của nguyên đơn và chuyển giao yêu cầu tên miền bị tranh chấp cho nguyên đơn;

Ủng hộ lập luận của nguyên đơn và yêu cầu hủy bỏ tên miền bị tranh chấp;

Ủng hộ bị đơn (chủ sở hữu tên miền) và bác bỏ các yêu cầu của nguyên đơn.

Như vậy, theo UDRP, không có chế tài bồi thường thiệt hại hay phạt tài chính nào được áp dụng (Đoạn 4 (i), UDRP).

Thứ năm, cơ quan cấp phát tên miền thực hiện quyết định của HĐHC

Nếu HĐHC ra quyết định rằng tên miền của chủ thể đăng ký bị hủy bỏ hoặc chuyển nhượng, cơ quan cấp phát tên miền sẽ đợi trong mười ngày làm việc, kể từ ngày nhận được thông báo chính thức về quyết định này trước khi thực hiện quyết định. Đây là khoảng thời gian để các bên, nếu muốn phản

đối quyết định hành chính, có thể nộp đơn kiện ra tòa án. Hết thời gian này, quyết định của HĐHC sẽ được thực hiện.

Như vậy, sự ra đời của UDRP đánh dấu sự hình thành của cơ chế giải quyết tranh chấp tên miền thống nhất đầu tiên trên thế giới. Chính sách này thúc đẩy việc hoàn thiện các quy định pháp luật về giải quyết tranh chấp tên miền trên thế giới. Mặc dù phạm vi áp dụng của UDRP chỉ là các tranh chấp liên quan tới tên miền quốc tế, tuy nhiên, nhiều nước đã dựa trên UDRP để ban hành chính sách giải quyết tranh chấp tên miền quốc gia. Chỉ trong vòng một năm kể từ UDRP có hiệu lực, 83 quốc gia đã áp dụng UDRP cho tên miền quốc gia của mình⁴. Điều này càng cho thấy rõ tầm quan trọng và sức ảnh hưởng của UDRP đối với pháp luật của nhiều quốc gia về tên miền và tranh chấp tên miền⁵.

2. Thực tiễn giải quyết tranh chấp tên miền thông qua chính sách giải quyết tên miền thống nhất

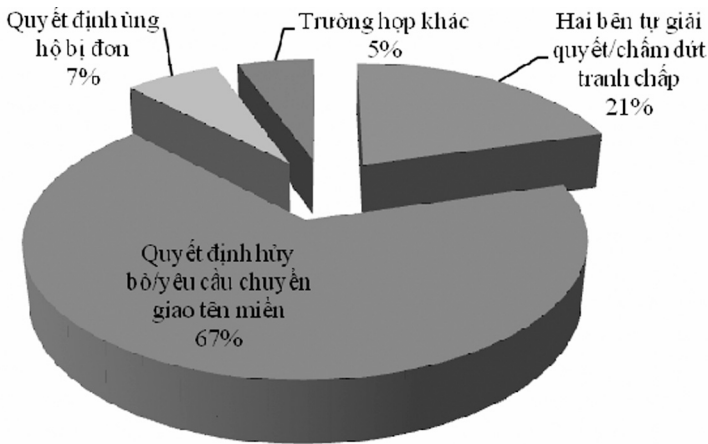
Với mục tiêu ban đầu của ICANN là tạo ra một cơ chế thống nhất trên toàn thế giới nhằm giải quyết tranh chấp tên miền quốc tế và ngăn chặn tình trạng “chiếm dụng tên miền”, tới nay, có thể nói UDRP đã hoạt động tương đối có hiệu quả. Trong vòng hơn 12 năm kể từ khi Chính sách này chính thức có hiệu lực (từ tháng 12/1999 đến tháng 12/2011), đã có 36.443 vụ tranh chấp được khởi kiện theo cơ chế này, trong đó có 28.270 vụ, HĐHC đã đưa ra được phán quyết cuối cùng. Ngoài ra, 21% số vụ tranh chấp đã được các bên thỏa thuận trước khi Hội đồng phán quyết đưa ra quyết định. Đối

4 Vũ Xuân Bách, Xu hướng giải quyết tranh chấp tên miền Internet, Tài liệu Hội thảo phát triển tài nguyên của VNNIC, 2004, tr. 13.

5 Phan Ngọc Tâm, So sánh chính sách giải quyết tranh chấp tên miền của một số quốc gia ASEAN và kinh nghiệm cho Việt Nam, Tạp chí Khoa học Pháp lý số 2/2012, tr.33-34.

với các tranh chấp đã đưa ra phán quyết thì chủ yếu phán quyết ủng hộ nguyên đơn (tỷ lệ số phán quyết ủng hộ nguyên đơn là khoảng 67%). (Xem Biểu đồ 1).

Biểu đồ 1. Tình hình giải quyết tranh chấp thông qua UDRP



Nguồn: Tổng hợp dựa trên WIPO 2011, tr. 3-5

UDRP trở nên ngày càng phổ biến trong việc giải quyết tranh chấp tên miền, vì vậy, trong quá trình áp dụng, UDRP đã bộc lộ những ưu điểm và bất cập nhất định.

2.1. Ưu điểm

Tính ràng buộc cao

Như đã phân tích ở trên, đây là thủ tục hành chính bắt buộc mà chủ sở hữu tên miền đã cam kết trong thỏa thuận đăng ký tên miền. Bên cạnh đó, khi một chủ thể đăng ký tên miền với dụng ý xấu, chủ thể này thường tìm cách trì hoãn, gây khó khăn cho bên bị xâm phạm trong quá trình giải quyết tranh

chấp. Chính vì vậy, UDRP đã đưa ra những quy định nhằm đảm bảo quy trình giải quyết tranh chấp vẫn được tiến hành, dù có sự hợp tác của bị đơn hay không. Ví dụ, theo quy định tại Đoạn 5 (e), Điều lệ UDRP, sau khi đơn kiện được thông báo tới bị đơn, dù bị đơn có nộp tài liệu trả lời và có tham gia giải quyết tranh chấp hay không, HĐHC vẫn được thành lập và đưa ra phán quyết. Thực tế cho thấy UDRP đã hoạt động tương đối hiệu quả, với tỷ lệ phán quyết đưa ra lên tới 78% trong tổng số tranh chấp⁶.

Thời gian giải quyết tranh chấp tương đối nhanh

Năm 2011, theo một khảo sát của Tổ chức hỗ trợ các tên dùng chung (GNSO⁷) nhằm thăm dò ý kiến của cộng đồng sử dụng Internet, quy trình thủ tục theo UDRP được đánh giá là nhanh hơn nhiều so với các thủ tục giải quyết tranh chấp thông thường, đặc biệt là so với tòa án. Ngay cả đối với hệ thống tòa án Mỹ - hệ thống tòa án phát triển và có nhiều kinh nghiệm trong việc giải quyết tranh chấp tên miền - thì thời gian giải quyết một tranh chấp trung bình cũng gấp từ 5-6 lần so với cơ chế UDRP⁸. Theo nghiên cứu này, trung bình thời gian giải quyết một vụ tranh chấp theo UDRP không quá 50 ngày kể từ khi nhận được đơn kiện, trong khi những tranh chấp liên quan tới quyền sở hữu trí tuệ được giải quyết tại tòa án thường kéo dài tới hàng năm.

6 WIPO 2011, *The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy and WIPO*, Geneva, p.3

7 Đây là một tổ chức hỗ trợ hoạt động của ICANN trong việc phát triển chính sách quản lý hệ thống tên miền.

8 Froomkin M 2002, "ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy – Causes and (partial) cures", *Brooklyn Law Review* No.67/2002, p.670.

Chi phí giải quyết tranh chấp tương đối thấp

Trước khi UDRP ra đời, một trở ngại lớn đối với các chủ thể khi tham gia giải quyết tranh chấp tên miền là họ phải bỏ ra chi phí quá lớn để theo đuổi một vụ kiện. Trong khi chi phí đăng ký tên miền quốc tế là khoảng vài trăm USD, các chi phí (bao gồm án phí, phí thuê luật sư, chuẩn bị hồ sơ, bằng chứng,...) để theo đuổi một vụ tranh chấp tên miền tại tòa án lên tới hàng chục ngàn USD. Vì vậy, nhiều doanh nghiệp không có đủ khả năng tài chính để khởi kiện và chấp nhận mất tên miền. Để giảm gánh nặng chi phí cho các chủ thể, theo quy định của UDRP, quá trình giải quyết tranh chấp sẽ không yêu cầu các bên phải gặp mặt trực tiếp để tranh luận, mọi lập luận của các bên được gửi bằng văn bản tới Hội đồng⁹. Ngoài ra, ICANN cũng tạo ra sự cạnh tranh giữa các nhà cung cấp dịch vụ giải quyết tranh

chấp. Theo quy định của UDRP, các TCGQTC được quyền đưa ra mức phí mà nguyên đơn phải nộp khi khởi kiện¹⁰. Dưới khía cạnh là nhà cung cấp dịch vụ, các Tổ chức này sẽ đưa ra mức giá cạnh tranh để hấp dẫn người sử dụng. Hiện nay, mức phí mà các TCGQTC công bố dao động từ 1.500 USD tới khoảng 5.000 USD, tùy theo số lượng thành viên HĐHC và số lượng tên miền trong một vụ tranh chấp (xem Bảng 1).

2.2. Những bất cập

Một số quy định của UDRP tạo lợi thế cho nguyên đơn và dẫn tới sự thiếu công bằng giữa các bên

Một là, theo UDRP, nguyên đơn có toàn quyền lựa chọn TCGQTC và bị đơn không thể phản đối lựa chọn này. Khác với các phương thức giải quyết tranh chấp thông thường ở đó hai bên có quyền như nhau trong việc lựa chọn cơ quan xét xử, UDRP trao phần lớn quyền này cho nguyên đơn.

Bảng 1. Biểu phí dịch vụ của các TCGQTC

Đơn vị: USD

Số tên miền liên quan trong tranh chấp	WIPO		NAF		CAC		ADNDRC	
	Hội đồng một thành viên	Hội đồng ba thành viên	Hội đồng một thành viên	Hội đồng ba thành viên	Hội đồng một thành viên	Hội đồng ba thành viên	Hội đồng một thành viên	Hội đồng ba thành viên
Từ 1-2 tên miền	1500	4000	1300	2600	1300	3100	1300	2800
Từ 3-5 tên miền	1500	4000	1450	2900	1300	3100	1600	3300
Từ 6-10 tên miền	2000	5000	1800	3600	1600	4000	1900	3800
Hơn 10 tên miền	Liên hệ trực tiếp		2250	4500	1900	4700	Liên hệ trực tiếp	

Nguồn: Tổng hợp dựa trên Quy tắc bổ sung của các Tổ chức.

9 UNCTAD, WIPO 2003, *Domain Name Dispute Resolution, The Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property – module 4, Geneva, p. 23.*

10 Đoạn 9, Điều lệ UDRP.

Nguyên đơn có quyền lựa chọn đưa tranh chấp ra giải quyết tại một trong các TCGQTC mà ICANN chỉ định. Do đó, những tổ chức có xu hướng “ủng hộ” nguyên đơn sẽ thường được lựa chọn và bị đơn không có bất cứ quyền gì để can thiệp vào lựa chọn này của nguyên đơn. Ví dụ, trong vụ tranh chấp giữa AFMA, Inc. và Globemedia¹¹, bị đơn cho rằng Tổ chức cung cấp dịch vụ không đảm bảo tính trung lập vì nguyên đơn là một trong những nhà tài trợ của tổ chức này và hai bên đã có một mối quan hệ lâu dài. Tổ chức cung cấp dịch vụ đã bác bỏ lập luận của bị đơn. Mặc dù sau đó, bị đơn có nêu lên vấn đề này trước HĐHC, Hội đồng cho rằng “dù thực sự lời cáo buộc của bị đơn có căn cứ thực tế thì theo quy định của UDRP, Hội đồng không có quyền xem xét về thẩm quyền của TCGQTC”. Quyết định của Hội đồng xét xử trong vụ việc trên hoàn toàn phù hợp với quy định của UDRP, tuy nhiên, vụ việc này nêu lên mối quan ngại về việc TCGQTC có khả năng “thiên vị” nguyên đơn hoặc thậm chí là có hành động “đổi xử thiếu công bằng” giữa nguyên đơn và bị đơn.

Hai là, thời gian để bị đơn chuẩn bị các lập luận cho vụ tranh chấp là quá ngắn. Sau khi xác nhận đơn kiện hợp lệ, TCGQTC sẽ chính thức bắt đầu thủ tục hành chính và lúc này mới thông báo tới bị đơn. Bị đơn chỉ có 20 ngày tính từ ngày thủ tục hành chính được chính thức bắt đầu, để gửi văn bản trả lời¹². Bị đơn cần một khoảng thời gian dài hơn để nắm được nội dung tranh chấp và

chuẩn bị các tài liệu trả lời vì thông thường, bị đơn chỉ có thể nộp bản trả lời một lần. Mặt khác, bị đơn thực tế không có đủ 20 ngày để chuẩn bị vì từ khi thông báo được gửi đi tới khi bị đơn thực sự nhận được thông báo phải mất một khoảng thời gian. Đặc biệt, ở các quốc gia đang và kém phát triển, việc gửi thông báo thường tốn thời gian và nguy cơ thất lạc cao. Ví dụ, trong vụ tranh chấp giữa E.I du Pont de Nemours và Công ty ITC¹³, bị đơn có địa chỉ tại châu Phi. Ngày mà bị đơn nhận được đơn khiếu nại cũng là ngày hết hạn để gửi đi các văn bản đệ trình. Do đó, bị đơn không thể nộp các tài liệu trả lời tới HĐHC¹⁴.

Ba là, quy định về thủ tục phản đối quyết định hành chính gây bất lợi cho bị đơn.

Theo quy định của UDRP, khi HĐHC quyết định hủy bỏ tên miền, hoặc yêu cầu chuyển giao tên miền, chủ sở hữu tên miền có 10 ngày để khiếu nại quyết định này lên tòa án¹⁵. Theo số liệu của WIPO, trong tổng số hơn 36.000 tranh chấp được giải quyết theo UDRP, chỉ có gần 80 tranh chấp trong đó bị đơn phản đối quyết định của HĐHC tại tòa án - chiếm một tỷ lệ rất nhỏ¹⁶. Sở dĩ như vậy vì thời gian 10 ngày là quá ngắn để bị đơn có thể chuẩn bị hồ sơ khiếu nại ra tòa án, đặc biệt là khi quy trình giải quyết tranh chấp bằng tòa án nhìn chung khá phức tạp và tuân theo những trình tự bắt buộc¹⁷. Ngoài ra, quy định này cũng thể hiện sự “bất công” giữa quyền lợi của nguyên đơn và bị đơn. Nếu chủ nhãn hiệu (nguyên đơn) thua

11 Vụ tranh chấp số D2001-0058, phán quyết đưa ra ngày 23/08/2001 bởi Hội đồng hành chính tại WIPO.

12 Đoạn 4,5 Điều lệ UDRP.

13 Tranh chấp số FA0012000096219, phán quyết đưa ra bởi NAF ngày 20/2/2001.

14 Froomkin M 2002 tldd, p.700-702.

15 Đoạn 4(h), UDRP.

16 WIPO 2010, Selection of UDRP – related Court Cases, truy cập ngày 21/11/2010, < <http://www.wipo.int/amc/en/domains/challenged/> >

17 Froomkin M 2002 tldd, p.678.

kiện theo cơ chế UDRP, họ hoàn toàn có thể kiện ra tòa và không chịu bất cứ ràng buộc nào về mặt thời gian. Ngược lại, nếu chủ sở hữu tên miền (bị đơn) thua kiện, họ chỉ có 10 ngày để khởi kiện ra tòa án trước khi tên miền bị hủy bỏ, hoặc chuyển giao cho nguyên đơn.

UDRP có phạm vi áp dụng tương đối hẹp

Theo quy định của UDRP thì Chính sách này chỉ áp dụng với các tranh chấp có sự xung đột về quyền sở hữu trí tuệ đối với nhãn hiệu và quyền sở hữu đối với tên miền trong khi tên miền không chỉ xung đột với nhãn hiệu mà còn gây nhầm lẫn với các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ khác, đặc biệt là tên thương mại và chỉ dẫn địa lý. Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp, hầu hết các Hội đồng chỉ áp dụng UDRP trong phạm vi hẹp, là các tranh chấp tên miền liên quan tới nhãn hiệu¹⁸. Ví dụ như vụ tranh chấp giữa John Rush với Oregon CityLink¹⁹ liên quan tới tên miền Goldbeach.com. Nguyên đơn là đại diện cho thành phố Gold Beach, Oregon, Hoa Kỳ cho rằng bị đơn đã đăng ký tên miền goldbeach.com với dụng ý xấu và yêu cầu chuyển quyền sở hữu tên miền này cho nguyên đơn. HĐHC cho rằng, không có “quyền nhãn hiệu” liên quan tới cái tên Gold Beach vì vậy nguyên đơn không đủ căn cứ để khởi kiện. Tuy nhiên, cũng có một vài trường hợp, Hội đồng đã áp dụng UDRP với phạm vi rộng cho cả tên của người nổi tiếng. Ví dụ, trong vụ tranh chấp giữa Julia Fiona Roberts và Russell Boyd²⁰ liên quan tới tên

miền juliaroberts.com. Nguyên đơn, là một diễn viên nổi tiếng, lập luận rằng tồn tại quyền nhãn hiệu theo hệ thống luật common law²¹ trong tên riêng của mình. HĐHC ủng hộ lập luận của nguyên đơn, cho rằng về mặt lý thuyết, “tên của người nổi tiếng được coi là nhãn hiệu hình thành qua quá trình sử dụng mà không cần đăng ký, hoặc là một dạng dấu hiệu nhận biết”. Việc bị đơn đăng ký tên miền juliaroberts.com là nhằm lợi dụng uy tín và sự nổi tiếng của nguyên đơn. Như vậy, thực tiễn cho thấy đã phát sinh những tranh chấp tên miền liên quan tới các đối tượng khác của quyền sở hữu trí tuệ được đưa ra giải quyết theo UDRP. Sự giải thích khác nhau của HĐHC cho thấy những quan điểm khác nhau về phạm vi áp dụng của UDRP và đòi hỏi có sự bổ sung, sửa đổi kịp thời để phù hợp với thực tiễn.

Chế tài của cơ chế UDRP chưa đủ mạnh

Theo UDRP, HĐHC chỉ có thể ra quyết định ủng hộ nguyên đơn (yêu cầu hủy bỏ hoặc chuyển giao tên miền cho nguyên đơn), hoặc ủng hộ bị đơn (bác đề nghị của nguyên đơn). Trong UDRP, không có chế tài phạt hay yêu cầu bồi thường tài chính nào có thể được áp dụng. Do đó, nếu bị đơn đăng ký tên miền với dụng ý xấu thì khi nguyên đơn khởi kiện, bị đơn có thể không tham gia vào quá trình giải quyết tranh chấp. Khi đó, dù phán quyết được đưa ra ủng hộ nguyên đơn thì bị đơn cũng không phải bỏ ra chi phí gì, trừ một khoản phí đăng ký tên miền không đáng kể so với phí dịch vụ giải quyết

18 David E.Sorkin 2001, *Judicial Review of ICANN domain name dispute decisions*, *Computer and High technology Law Journal*, Vol.18, p.47.

19 Tranh chấp số FA0007000095318 tại NAF đưa ra ngày 7/12/2000.

20 Tranh chấp số D2000-0210 đưa ra tại WIPO ngày 29/5/2000.

21 Thuật ngữ common law trademarks được hiểu là những nhãn hiệu hình thành trong quá trình sử dụng và không cần đăng ký.

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

tranh chấp mà nguyên đơn phải bỏ ra. Chính vì thế, UDRP có hiệu quả trong việc giúp các chủ nhãn hiệu giành lại tên miền nhưng chưa thể ngăn chặn triệt để tình trạng chiếm dụng và đầu cơ tên miền.

3. Những vấn đề đặt ra đối với doanh nghiệp Việt Nam và một số đề xuất

3.1. Những vấn đề đặt ra

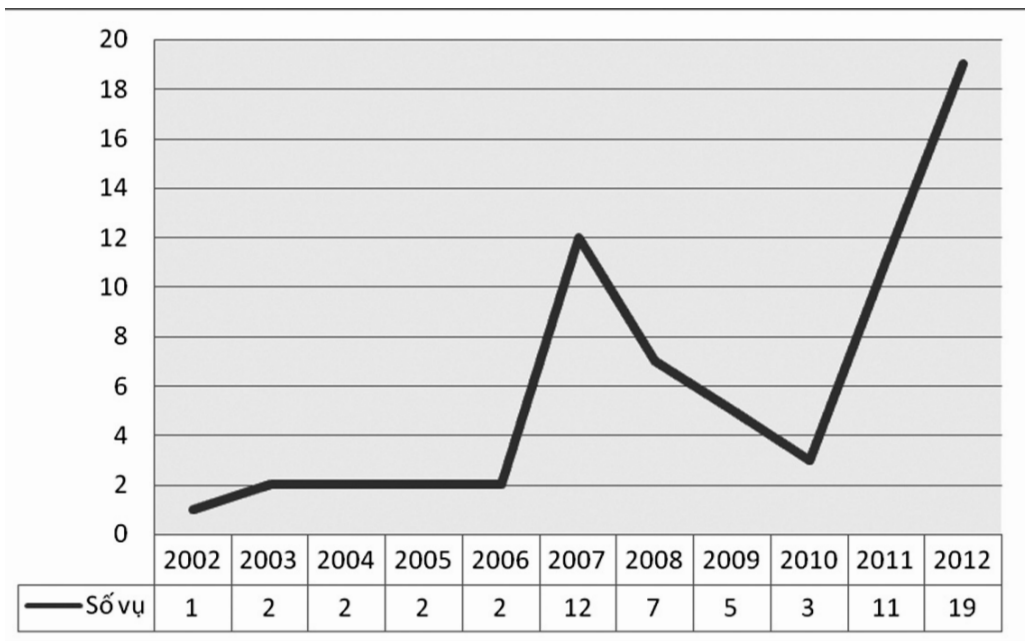
Tính tới thời điểm này, các cá nhân, doanh nghiệp Việt Nam đã là bị đơn trong 65 vụ tranh chấp tên miền quốc tế. Với tư cách nguyên đơn, tính tới nay, doanh nghiệp Việt Nam mới chỉ là nguyên đơn trong một vụ tranh chấp tên miền quốc tế²². Số liệu cũng cho thấy, số vụ tranh chấp tên miền quốc tế liên quan tới cá nhân, tổ chức Việt Nam đang

tăng dần trong những năm gần đây.

Mặc dù đã có nhiều doanh nghiệp phải đối mặt với các tranh chấp tên miền quốc tế, nhìn chung, nhận thức của các doanh nghiệp Việt Nam về vai trò của tên miền quốc tế và phương thức giải quyết tranh chấp tên miền còn nhiều hạn chế.

Dưới góc độ là bên vi phạm, hành động “chiếm dụng tên miền” của một số tổ chức, cá nhân là khá rõ ràng. Các chủ thể này thường đăng ký tên miền có thành phần là tên nhãn hiệu của các tập đoàn nổi tiếng trên thế giới, sau đó có bổ sung thêm các tiền tố hoặc hậu tố chỉ địa danh ở Việt Nam. Ví dụ như tranh chấp giữa các nguyên đơn Lancôme Parfums Et Beauté Et Compagnie,

Biểu đồ 2: Số vụ tranh chấp tên miền quốc tế liên quan tới cá nhân, tổ chức Việt Nam²³



²² Đó là tranh chấp giữa Công ty TNHH thương mại Trần Hồng Quân với Công ty TNHH. Thương mại và Dịch vụ Trực tuyến Siêu thị A liên quan tới tên miền honghagas.com (Vụ tranh chấp số D2010-0374 giải quyết tại WIPO, phán quyết đưa ra ngày 27/04/2010).

²³ WIPO 2012, Filing by Named Complainant, truy cập ngày 19/11/2012 <http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/filing_party.jsp?party=C&search=microsoft>

Laboratoire Garnier Et Compagnie, L'Oréal S.A (Pháp) và Công ty Cổ phần Phununet (Việt Nam) liên quan tới các tên miền garniervietnam.com, lancomevietnam.com, maybellinevietnam.com gây nhầm lẫn với nhãn hiệu Garnier, lancome, maybeline đã được nguyên đơn đăng ký bảo hộ tại Việt Nam²⁴. Ngoài ra, khi bị khởi kiện theo cơ chế UDRP, các doanh nghiệp Việt Nam còn tỏ ra lúng túng, bị động, hoặc không có thái độ hợp tác, ví dụ như không trả lời thông báo của TCGQTC, không tham gia quá trình xét xử²⁵...

Dưới góc độ bên bị vi phạm, phần lớn doanh nghiệp còn “xa lạ” với các cơ chế giải quyết tranh chấp tên miền quốc tế, đặc biệt là với cơ chế đặc thù như UDRP. Tới thời điểm này, mới chỉ có duy nhất một vụ kiện mà doanh nghiệp Việt Nam tham gia với tư cách nguyên đơn. Trong khi đó, số vụ việc mà doanh nghiệp Việt Nam bị “mất” tên miền không hề ít, trong đó có thể kể tới những những doanh nghiệp lớn đang sở hữu các nhãn hiệu nổi tiếng như Tập đoàn Viettel, Tập đoàn VNPT, Tập đoàn FPT²⁶. Trong khi đó, một số doanh nghiệp khi phát hiện quyền lợi bị xâm phạm đã chấp nhận bỏ ra những khoản tiền lớn để mua lại tên miền thay vì khởi kiện²⁷.

3.2. Đề xuất

Việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp đối với tên miền quốc tế đang là một thách thức lớn với nhiều doanh nghiệp Việt Nam. Để giải quyết vấn đề này, dưới đây là một số ý kiến đề xuất:

Thứ nhất, doanh nghiệp cần xây dựng chiến lược dài hạn để đăng ký và bảo vệ tên miền. Sai lầm mà nhiều doanh nghiệp mắc phải là thiếu một tầm nhìn dài hạn nên đã “chậm chân” trong việc đăng ký tên miền. Chi phí đăng ký, duy trì tên miền tương đối nhỏ so với việc bỏ thời gian, công sức, tiền bạc để thương lượng mua lại tên miền thuộc chủ sở hữu khác hoặc việc tiến hành các thủ tục pháp lý liên quan để lấy lại tên miền để bảo vệ thương hiệu. Do đó, khi sản phẩm bắt đầu có thương hiệu, các doanh nghiệp nên mua ngay tên miền quốc tế để ngăn ngừa các chủ thể khác đăng ký tên miền với ý đồ xấu. Khi đăng ký sở hữu tên miền quốc gia, doanh nghiệp Việt Nam cần xem xét đăng ký luôn các tên miền quốc tế thông dụng như .net, .info, .org, .com... nhằm tránh tranh chấp sau này. Đây là chính sách “bao vây tên miền” được sử dụng bởi hầu hết các tập đoàn lớn trên thế giới nhằm bảo vệ thương hiệu toàn cầu của mình.

Thứ hai, doanh nghiệp cần tìm hiểu về

24 Vụ tranh chấp số D2010-0603 giải quyết tại WIPO, phán quyết đưa ra ngày 11/06/2010.

25 Ví dụ như tranh chấp giữa Mastercard International Incorporated với Văn phòng đại diện công ty TNHH UBGM (Tranh chấp số D2012-0045, WIPO), tranh chấp giữa Lancôme Parfums Et Beauté Et Compagnie, Laboratoire Garnier Et Compagnie, L'Oréal S.A và Công ty Cổ phần Phununet (Tranh chấp số D2012-0603, WIPO), tranh chấp giữa Aktiebolaget Electrolux và FPT Internet Data Services, Tranh chấp giữa Accor, Soluxury HMC với Công ty Cổ phần Đầu tư tài chính và Phát triển Thương mại Quốc tế Á Châu (Tranh chấp số D2012-0061, WIPO)... Trong các vụ tranh chấp này, vì bị đơn không trả lời thông báo của TCGQTC, phán quyết được đưa ra căn cứ dựa trên lập luận của nguyên đơn và những thông tin do cơ quan đăng ký tên miền cung cấp. Do bị đơn không đưa ra bất cứ bằng chứng hay lập luận nào chứng minh quyền lợi hợp pháp đối với tên miền, các phán quyết được đưa ra đều ủng hộ lập luận của nguyên đơn.

26 Tên miền viettel.com thuộc sở hữu của một người Mỹ từ năm 1997; tên miền vnpt.com, vinaphone.com, mobifone.com được một người Úc đăng ký từ năm 2003 (Trần Tuấn 2012, đoạn 2); tên miền fpt.com được một người Mỹ đăng ký từ năm 1995 (TP 2011, đoạn 4).

27 H.A 2004, Bkav chi 2,3 tỷ đồng để mua lại tên miền Bkav.com từ Mỹ, Báo An ninh thủ đô điện tử, truy cập ngày 14/11/2012 <<http://www.anninhthudo.vn/Kinh-doanh/Bkav-chi-23-ty-dong-de-mua-lai-ten-mien-Bkavcom-tu-Mỹ/431615.antd>>

các quy định pháp luật quốc tế về sở hữu trí tuệ nói chung và tên miền nói riêng. Do không hiểu về các quy định pháp luật, một số doanh nghiệp đã cố tình đăng ký tên miền gây nhầm lẫn với các nhãn hiệu nổi tiếng và bị chủ sở hữu khởi kiện. Mặt khác, khi ở vị trí bên bị vi phạm, các doanh nghiệp Việt Nam lại lúng túng trong việc vận dụng các quy định pháp luật để bảo vệ lợi ích của mình. Do đó, việc chủ động tìm hiểu pháp luật về sở hữu trí tuệ, tên miền và tranh chấp tên miền là một yêu cầu cấp bách đối với các doanh nghiệp.

Trong khi tranh chấp tên miền là một loại tranh chấp đặc thù và cơ chế giải quyết tranh chấp này có nhiều nét riêng biệt, doanh nghiệp sẽ gặp khó khăn nếu không có những kiến thức nền tảng về vấn đề này.

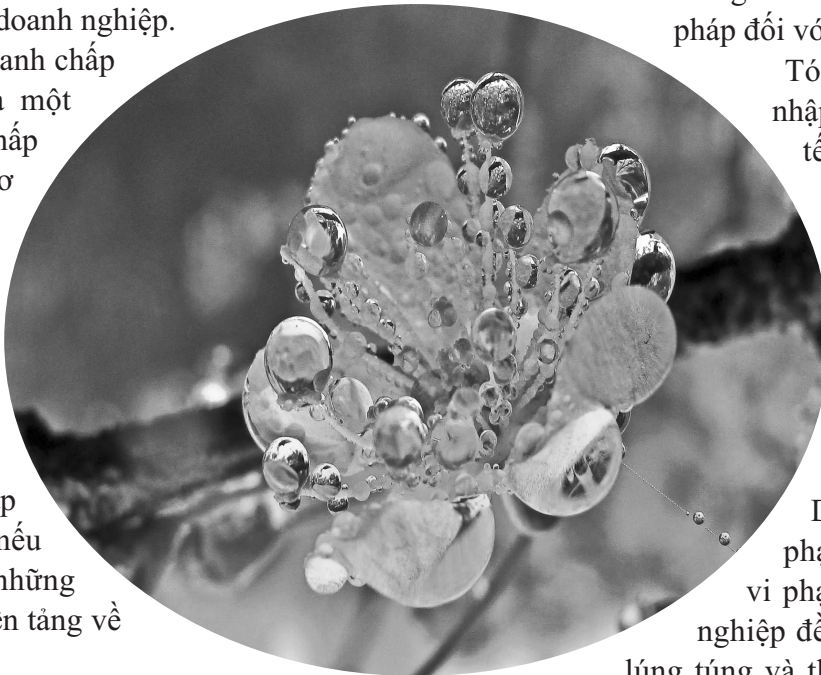
Cuối cùng, khi đã chuẩn bị những kiến thức pháp luật cần thiết, các doanh nghiệp Việt Nam nên tích cực hơn trong việc sử dụng UDRP để giải quyết tranh chấp tên miền quốc tế. Khi trở thành nạn nhân của tình trạng “chiếm dụng tên miền”, các doanh nghiệp Việt Nam thường có hai lựa chọn để giành lại tên miền: thương lượng mua lại tên miền hoặc khởi kiện. Đối với những trường hợp “đầu cơ tên miền” thì chủ sở hữu tên miền thường đưa ra mức giá rất cao, vì vậy để mua lại tên

miền, doanh nghiệp thường phải chi ra những khoản tiền lên tới hàng chục nghìn đô la Mỹ như trường hợp của Công ty Bkav. Trong khi đó, nếu khởi kiện theo cơ chế UDRP, nguyên đơn có rất nhiều lợi thế do các quy định của UDRP nghiêng về bảo vệ lợi ích của chủ sở hữu nhãn hiệu. Ngoài ra, thành công của công ty TNHH Trần Hồng Quân trong vụ tranh chấp liên quan tới tên miền honghagas.com cho thấy các doanh nghiệp Việt Nam hoàn toàn có thể sử dụng UDRP để giành lại quyền hợp pháp đối với tên miền.

Tóm lại, khi hội nhập vào nền kinh tế toàn cầu, các doanh nghiệp Việt Nam đã, đang và sẽ phải tiếp tục đối mặt với các tranh chấp tên miền quốc tế.

Dù là bên vi phạm hay bên bị vi phạm, các doanh nghiệp đều cho thấy sự lúng túng và thiếu chủ động

trong việc tham gia giải quyết tranh chấp tên miền quốc tế. Khi tình trạng các doanh nghiệp Việt Nam bị mất tên miền quốc tế diễn ra ngày càng nghiêm trọng, một cơ chế giải quyết tranh chấp hiệu quả như UDRP sẽ có thể giúp doanh nghiệp bảo vệ lợi ích của mình. Tuy nhiên, để làm được điều này, bản thân các doanh nghiệp cần đánh giá đúng vai trò của tên miền quốc tế trong hoạt động kinh doanh của mình và tích cực tìm hiểu các quy định pháp luật liên quan tới tên miền cả ở bình diện quốc gia và quốc tế ■



HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ CHỨNG KHOÁN VÀ THỊ TRƯỜNG CHỨNG KHOÁN

VIÊN THẾ GIANG*

Chiến lược phát triển thị trường chứng khoán (TTCK) Việt Nam giai đoạn 2011-2020 được Thủ tướng Chính phủ ban hành theo Quyết định số 252/QĐ-TTg ngày 01/03/2012 đã xác định quan điểm phát triển TTCK là “Nhà nước thực hiện quản lý bằng công cụ pháp luật, có các chính sách hỗ trợ, tạo điều kiện để TTCK phát triển ổn định, vững chắc” với mục tiêu tổng quát là “tăng cường năng lực quản lý, giám sát và cưỡng chế thực thi, bảo vệ lợi ích của nhà đầu tư và lòng tin của thị trường” và mục tiêu cụ thể để quản lý tốt TTCK là “tăng cường năng lực quản lý, giám sát, thanh tra và cưỡng chế thực thi của cơ quan quản lý nhà nước (QLNN) trên cơ sở cho phép Ủy ban Chứng khoán Nhà nước (UBCKNN) có đủ quyền lực để thực thi tốt các chức năng quản lý, giám sát, thanh tra và cưỡng chế thực thi”. Do vậy, việc hoàn thiện quy định pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK phải là công việc cần được tiến hành khẩn trương, nhằm quản lý tốt thị trường trong điều kiện mới.

1. Đánh giá tổng quan pháp luật quản lý nhà nước về chứng khoán và thị trường chứng khoán

1.1. Những kết quả đạt được

Thứ nhất, pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK đã xác lập thẩm quyền, mô hình tổ chức, chức năng, nhiệm vụ quyền hạn của cơ quan QLNN về chứng khoán và TTCK trước khi thị trường chính thức đi vào hoạt động

So với những lĩnh vực khác, việc kiện toàn mô hình tổ chức cơ quan QLNN về chứng khoán và TTCK được Nhà nước quan tâm trước khi thị trường ra đời hơn 3 năm phần nào khẳng định được vị trí, tầm quan trọng của công tác QLNN về chứng khoán và TTCK trong điều kiện thực tiễn của Việt Nam. Khi mới thành lập Ủy ban chứng khoán Nhà nước là cơ quan thuộc Chính phủ thực hiện chức năng tổ chức và QLNN về chứng khoán và TTCK theo quy định tại Nghị định số 75/CP ngày 28/11/1996 của Chính phủ về thành lập UBCKNN. Với vị thế là cơ quan quản lý chuyên ngành về

* ThS. Khoa Luật Đại học Huế.

chứng khoán và TTCK, UBCKNN đã hoàn thành trọng trách chuẩn bị các điều kiện cho sự ra đời của TTCK, đồng thời tổ chức và QLNN về chứng khoán và TTCK với mục tiêu chính là tạo môi trường thuận lợi cho việc huy động vốn cho đầu tư phát triển, đảm bảo cho TTCK hoạt động có tổ chức, an toàn, công khai, công bằng và hiệu quả, bảo vệ quyền lợi và lợi ích hợp pháp của các nhà đầu tư.

Ngày 19/02/2004, Chính phủ đã ban hành Nghị định 66/2004/NĐ chuyển UBCKNN vào Bộ Tài chính. Trên cơ sở Nghị định 66/2004/NĐ-CP, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 161/2004/QĐ-TTg ngày 7/9/2004 quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của UBCKNN. Mặc dù UBCKNN đã được chuyển về Bộ Tài chính, song về cơ bản thì UBCKNN vẫn bảo đảm tính độc lập trong hoạt động. Điều này được thể hiện ở chỗ UBCKNN “chịu trách nhiệm trước Bộ trưởng Bộ Tài chính, thực hiện chức năng QLNN về chứng khoán và TTCK; trực tiếp quản lý, giám sát hoạt động chứng khoán và TTCK, quản lý các hoạt động dịch vụ công thuộc lĩnh vực chứng khoán và TTCK theo quy định của pháp luật”¹.

Cùng với sự phát triển của thị trường, các quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của UBCKNN không ngừng được hoàn thiện. Hiện nay, mô hình tổ chức, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của UBCKNN được thực hiện theo Quyết định 112/2009/QĐ-TTg ngày 11/09/2009 quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của UBCKNN trực thuộc Bộ Tài chính.

Như vậy, pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK hiện hành đã xác lập, kiện toàn mô hình tổ chức, chức năng, nhiệm vụ,

quyền hạn của UBCKNN phù hợp với từng giai đoạn phát triển của TTCK. Không những thế, các quy định pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK đã có nhiều quy định nhằm phân định thẩm quyền của Bộ Tài chính và UBCKNN trong thực tiễn quản lý để tránh những chông chéo, mâu thuẫn có thể xảy ra. Đây là tiền đề pháp lý quan trọng cho việc điều hành thị trường có hiệu quả.

Thứ hai, pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK đã thể hiện được tính “mềm mại” cao hơn so với những lĩnh vực QLNN khác, nghĩa là, mức độ can thiệp của Nhà nước vào các quan hệ thị trường luôn thay đổi tùy thuộc vào diễn biến của thị trường, bởi lẽ, trong tất cả các bộ phận của thị trường tài chính thì TTCK “có mức độ tự do cao nhất”².

Các quy định pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK đã thể hiện sự tôn trọng quyền tự do mua bán của các chủ thể tham gia thị trường; Nhà nước chỉ can thiệp khi thực sự cần thiết hoặc khi thị trường có sự cố làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến hoạt động của thị trường cũng như quyền lợi nhà đầu tư. Với quan điểm này, thực tiễn hoạt động của TTCK Việt Nam đã mang lại những kết quả rất tích cực. Cụ thể³:

- Pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK đã tạo cơ hội và thu hút được một lượng lớn nguồn vốn trong nước phục vụ cho phát triển kinh tế - xã hội. TTCK đã có sự tăng trưởng không chỉ về quy mô niêm yết mà cả tính thanh khoản. Tính đến cuối năm 2009, số lượng công ty niêm yết đã tăng lên con số 459 (tăng 267 công ty, tương đương 2,4 lần, so với số lượng công ty niêm yết, đăng ký giao dịch năm 2006). Nếu như năm 2005, bình quân có 667.600 cổ phiếu được giao dịch một phiên, thì năm 2006, con số này tăng lên 2,6 triệu đơn vị (tăng 3,93

1 Xem Điều 1 Quyết định số 161/2004/QĐ-TTg ngày 7/9/2004 quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của UBCKNN.

2 Trường Đại học Luật Hà Nội (2008), *Giáo trình Luật Chứng khoán*, NXB Công an nhân dân, H., tr.368.

3 Bộ Tài chính (2010), *Báo cáo tình hình thi hành Luật Chứng khoán và hoạt động TTCK, Tài liệu trong Hồ sơ Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Chứng khoán*.

lần) và tăng lên 9,79 triệu và 18,07 triệu trong hai năm sau đó. Tốc độ luân chuyển thị trường trong giai đoạn này liên tục tăng từ 0,43 lần năm 2006 lên 0,64 vào năm 2007, 0,68 lần vào năm 2008 và ước đạt 1,13 lần năm 2009.

- Số lượng các công ty đại chúng đăng ký với UBCKNN không ngừng tăng. Tính đến 31/12/2009 đã có khoảng 1.000 công ty đại chúng đăng ký (không bao gồm công ty niêm yết). Về cơ bản, các công ty đã tuân thủ các quy định của pháp luật, đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư. Cơ quan QLNN cũng đã chú trọng tăng cường quản lý công ty đại chúng, nâng cao tiêu chí và chất lượng phát hành, tăng cường tính công khai, minh bạch thông qua việc hoàn thiện quy chế công bố thông tin, chủ động đưa vào các yêu cầu soát xét báo cáo tài chính 6 tháng và tăng cường công tác quản trị công ty.

- Các tổ chức kinh doanh, dịch vụ chứng khoán gia tăng về số lượng, hiệu quả hoạt động tùy thuộc vào diễn biến của thị trường. Cho tới thời điểm hiện tại, đã có 105 công ty chứng khoán và 46 công ty quản lý quỹ đang hoạt động tại Việt Nam. Số thành viên lưu ký của Trung tâm lưu ký chứng khoán là 122 thành viên, trong đó có 8 ngân hàng lưu ký và 12 tổ chức mở tài khoản trực tiếp. Số lượng công ty chứng khoán tăng gấp 7,5 lần. Số công ty chứng khoán tính đến thời điểm 30/4/2009 là 105 công ty và hầu hết đã triển khai hoạt động (97 công ty). Quy mô vốn tăng khoảng 3 lần. Số lượng các Công ty quản lý quỹ mới được thành lập tăng nhanh kể từ năm 2006 trở lại đây. Kể từ thời điểm Quỹ đầu tư chứng khoán đầu tiên được cấp phép thành lập tháng 5/2004, cho tới nay, đã có 21 quỹ đầu tư chứng khoán trong đó bao gồm 4 quỹ đại chúng đã được thành lập. Ngoài ra, các công ty quản lý quỹ còn thực hiện hoạt động quản lý danh mục đầu tư cho các tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước.

Thứ ba, pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK đã xác định rõ đối tượng và

phạm vi QLNN đối với TTCK rất rộng, bao gồm tất cả các hoạt động liên quan đến chứng khoán và TTCK. Luật Chứng khoán 2006 (sửa đổi 2010) quy định phạm vi điều chỉnh về chứng khoán và TTCK bao gồm “hoạt động chào bán chứng khoán, niêm yết, giao dịch, kinh doanh, đầu tư chứng khoán, dịch vụ về chứng khoán và TTCK”. Từ quy định này cho thấy, đối tượng QLNN về chứng khoán và TTCK bao gồm hoạt động chào bán chứng khoán, niêm yết, giao dịch, kinh doanh, đầu tư chứng khoán, dịch vụ về chứng khoán và TTCK cũng như các chủ thể có liên quan đến hoạt động này như công ty đại chúng, tổ chức niêm yết chứng khoán, hoạt động giao dịch chứng khoán, công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ...

Thứ tư, pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK đã quy định cụ thể công cụ và biện pháp quản lý thị trường. Theo nguyên lý chung, Nhà nước thực hiện quản lý bằng công cụ pháp luật, có các chính sách hỗ trợ, tạo điều kiện để TTCK phát triển ổn định, vững chắc; phát huy vai trò của các tổ chức tự quản, hiệp hội nhằm bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp và khuyến khích các chủ thể tham gia TTCK. Theo đó, Nhà nước ban hành các quy định pháp luật nhằm xác lập trật tự thị trường; điều kiện, trình tự, thủ tục thực hiện các hoạt động kinh doanh chứng khoán; các biện pháp quản lý, giám sát quá trình thực hiện hoạt động chứng khoán trên thị trường.

Bên cạnh các quy định pháp luật, Nhà nước tạo điều kiện thuận lợi cho các tổ chức tự quản, hiệp hội đầu tư kinh doanh chứng khoán phát huy vai trò phản biện chính sách, giám sát thị trường trong việc bảo vệ thị trường phát triển minh bạch, bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng. Nếu như ở thị trường ngân hàng, Hiệp hội Ngân hàng hoạt động trên nguyên tắc “tự nguyện, tự quản, tự chịu trách nhiệm về mọi mặt, tập hợp, động viên các hội viên hợp tác, hỗ trợ nhau trong hoạt động kinh doanh; đại diện, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của Hội viên; làm cầu nối giữa các hội viên với cơ quan nhà nước;

nhằm ổn định và phát triển lành mạnh, hiệu quả an toàn hệ thống các tổ chức tín dụng Việt Nam, qua đó góp phần thực thi chính sách tiền tệ, thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội⁴ đã góp phần quan trọng vào việc giữ vững ổn định trật tự thị trường ngân hàng, nhất là trong điều kiện thị trường có biến động, chẳng hạn, khi các ngân hàng thương mại “chạy đua lãi suất huy động” đã tạo lực cản lớn cho sự phát triển ổn định của thị trường, Hiệp hội Ngân hàng đã lên tiếng, tiến hành cuộc họp yêu cầu các tổ chức tín dụng không chạy đua lãi suất huy động, đã góp phần làm cho cuộc đua lãi suất huy động ngừng lại trên cơ sở thống nhất của Hiệp hội.

Hiệp hội các Nhà đầu tư tài chính là một tổ chức phi lợi nhuận được thành lập theo Quyết định số 74/2003/QĐ-BNV của Bộ Nội vụ ngày 05/11/2003, là tổ chức tự nguyện của các tổ chức và cá nhân hoạt động trong lĩnh vực đầu tư tài chính và những lĩnh vực có liên quan đến thị trường tài chính Việt Nam với tôn chỉ mục đích coi “Hiệp hội là tổ chức xã hội - nghề nghiệp hoạt động phi vụ lợi. Đại diện cho các nhà đầu tư tài chính Việt Nam. Tập hợp, đoàn kết, hợp tác, giúp đỡ và bảo vệ quyền lợi hợp pháp của hội viên và là diễn đàn trao đổi thông tin, cung cấp các dịch vụ cho hội viên một cách bình đẳng. Xúc tiến phát triển thị trường tài chính Việt Nam lành mạnh, hội nhập với thị trường tài chính quốc tế...”⁵. Trong những năm qua, Hiệp hội các Nhà đầu tư tài chính đã góp phần quan trọng vào việc bảo vệ quyền lợi nhà đầu tư thông qua hoạt động tuyên truyền, nâng cao hiểu biết pháp luật cho nhà đầu tư tài chính, nhất là các nhà đầu tư cá nhân.

Thứ năm, pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK đã xây dựng, kiện toàn

khung pháp luật về xử lý vi phạm hành chính (VPHC) trên TTCK. Pháp luật về Xử lý VPHC trong lĩnh vực chứng khoán và TTCK quy định cụ thể hành vi vi phạm pháp luật hành chính trong lĩnh vực chứng khoán và TTCK; quy định biện pháp xử phạt tiền ở mức cao nhất theo quy định của Pháp lệnh Xử lý VPHC năm 2002 (sửa đổi 2008); cụ thể hóa các biện pháp xử phạt bổ sung và biện pháp khắc phục hậu quả⁶.

Thứ sáu, pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK đã tạo lập cơ sở pháp lý cho hoạt động thanh tra, kiểm tra, giám sát hoạt động trong lĩnh vực chứng khoán, góp phần xây dựng TTCK minh bạch, bảo vệ tối đa quyền lợi nhà đầu tư. Nội dung công tác thanh tra giám sát TTCK tập trung vào việc phát hiện, xử lý vi phạm pháp luật trong hoạt động chứng khoán; đồng thời đưa ra các khuyến nghị kịp thời đối với các chủ thể tham gia thị trường. Trong năm 2011, UBCKNN đã ban hành 164 quyết định xử phạt VPHC đối với các tổ chức và cá nhân với tổng số tiền thu nộp về ngân sách gần 11 tỷ đồng, trong đó 63 trường hợp vi phạm các quy định về chào bán chứng khoán ra công chúng, chế độ báo cáo và công bố thông tin; 9 cá nhân có hành vi giao dịch giả tạo, thao túng thị trường; 47 trường hợp có hành vi thực hiện giao dịch chứng khoán không báo cáo của các cổ đông nội bộ công ty niêm yết; 11 trường hợp vi phạm quy định về chế độ báo cáo và công bố thông tin của công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ⁷.

Thứ bảy, pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK được bảo đảm thực thi có hiệu quả hơn so với các lĩnh vực khác thông qua việc đã chính thức hình sự hóa một số hành vi phạm tội trong lĩnh vực chứng khoán. Một trong những điểm nhấn của Luật Chứng khoán là quy định cụ thể các hành vi

4 <http://www.vnba.org.vn/vi/gii-thiu-hhnh/mc-tieu-va-phm-vi-hot-ng>

5 <http://www.vafi.org.vn/2006/regulation.php>

6 Xem Nghị định 85/2010/NĐ-CP ngày 02/08/2010 của Chính phủ về xử phạt VPHC trong lĩnh vực chứng khoán và TTCK.

7 Kết quả công tác thanh tra, giám sát của UBCKNN năm 2011, truy cập ngày 08/02/2012, <http://www.ssc.gov.vn/portal/page/portal/ubck/tintuc/1318451?p_page_id=1318451&pers_id=1108323&folder_id=&item_id=30234170&p_details=1>

vi phạm pháp luật chứng khoán sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự⁸, và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Hình sự năm 2009 (có hiệu lực từ ngày 01/01/2010) đã chính thức ghi nhận 03 tội phạm chứng khoán tại các Tội cố ý công bố thông tin sai lệch hoặc che giấu sự thật trong hoạt động chứng khoán (Điều 181a), Tội sử dụng thông tin nội bộ để mua bán chứng khoán (181b), Tội thao túng giá chứng khoán (181c)⁹. Kể từ khi Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Hình sự có hiệu lực đến nay, đã có vụ án Lê Văn Dũng cùng đồng bọn thao túng giá chứng khoán do Cơ quan An ninh điều tra, Bộ Công an thụ lý, khởi tố, được xét xử phúc thẩm ngày 20/4/2012 vừa qua. Đây là vụ án đầu tiên được đưa ra xử lý hình sự. Chúng ta có thể khẳng định, việc hình sự hóa hành vi phạm tội trong lĩnh vực chứng khoán sẽ nâng cao hiệu quả phòng chống vi phạm pháp luật trong lĩnh vực còn nhiều nhạy cảm này.

1.2. Bất cập trong các quy định pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK

Một là, hoạt động QLNN về chứng khoán và TTCK chưa theo kịp với sự phát triển và đòi hỏi xây dựng TTCK phát triển an toàn, lành mạnh; chưa phát hiện và xử lý kịp thời các hành vi vi phạm mang tính “đặc trưng” của TTCK như hành vi giao dịch nội gián, thao túng giá chứng khoán; nhiều quy định của pháp luật chứng khoán thiếu tính ổn định và không có giá trị thi hành trên thực tế. Chẳng hạn, các quy định về chế độ công bố thông tin trên TTCK phải “chạy theo” sự sáng tạo “lách luật” của các chủ thể tham gia thị trường...

Hai là, chưa đảm bảo tính độc lập cần thiết và thực quyền của UBCKNN trong việc quản lý cũng như thực hiện các vấn đề nghiệp vụ về chứng khoán và TTCK. UBCKNN, với vị trí pháp lý như hiện tại, sẽ gặp một số khó khăn trong QLNN như sau:

- UBCKNN còn phải “xin ý kiến chỉ đạo” của Bộ Tài chính trong thực tiễn quản lý. Điều này là không phù hợp với hoạt động quản lý chứng khoán, là lĩnh vực có độ rủi ro cao và nhạy cảm, đòi hỏi phải có sự chỉ đạo tập trung, trình độ quản lý cao, phải có sự quyết định nhanh chóng, đặc biệt là những tình huống quản lý mà pháp luật không quy định, quy định không rõ hoặc trong tình thế nguy cấp cần xử lý ngay.

- Chủ tịch UBCKNN do Bộ trưởng Bộ Tài chính bổ nhiệm, miễn nhiệm sẽ làm giảm đáng kể tính chủ động, bởi lẽ, Chủ tịch UBCKNN cũng phải thận trọng với “trách nhiệm trước Bộ trưởng”.

- Mặc dù UBCKNN được xác định là cơ quan có thẩm quyền giám sát hoạt động của thị trường và xử lý vi phạm, nhưng trong các quy định pháp luật hiện hành, UBCKNN lại chưa được trao thẩm quyền tiến hành điều tra, xác minh các bằng chứng về các hành vi gian lận, đầu cơ, thao túng thị trường trong hoạt động đầu tư chứng khoán - đây là những vi phạm cần được ngăn chặn và xử lý ngay nếu không đối tượng vi phạm sẽ tẩu tán hoặc tiêu hủy chứng cứ gây khó khăn cho công tác xử lý sau này.

- Công tác phối hợp giữa các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc phát hiện, xử lý/phối hợp xử lý chưa thường xuyên, chưa đồng bộ. Cơ sở pháp lý để phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc phát hiện và xử lý tội phạm được quy định tại Thông tư liên tịch số 46/2009/TTLT-BTC-BCA ngày 11/03/2009 của Bộ Tài chính và Bộ Công an hướng dẫn phối hợp xử lý vi phạm pháp luật trong lĩnh vực chứng khoán và TTCK. Trên thực tế, UBCKNN chỉ được thực hiện việc phối hợp trên cơ sở quyết định “giao” của Bộ Tài chính, nghĩa là UBCKNN không được chủ động trong việc phối hợp với cơ quan điều tra thuộc Bộ Công an.

8 Xem Khoản 1 Điều 121, Khoản 2 Điều 121, Khoản 1 Điều 123, Khoản 3 Điều 125, Khoản 1 Điều 126, Khoản 3 Điều 126, Khoản 4 Điều 126, Khoản 5 Điều 126, Khoản 1 Điều 127 Luật Chứng khoán 2006.

9 Xem thêm: Viên Thế Giang (2011), *Tội phạm trong lĩnh vực chứng khoán ở Việt Nam, đề tài nghiên cứu khoa học cấp Học viện năm học 2010-2011, Học viện Ngân hàng*; Viên Thế Giang (2012), *Tội cố ý công bố thông tin sai lệch hoặc che giấu sự thật trong hoạt động chứng khoán, Tạp chí Tòa án nhân dân số 11, tháng 6/2012, tr.19, 24.*

Ba là, hoạt động QLNN về chứng khoán và TTCK mới chú ý phát triển theo chiều rộng mà chưa chú ý phát triển theo chiều sâu. Nghĩa là, cơ quan QLNN mới chỉ chú ý đến việc đặt ra các điều kiện để được thực hiện hoạt động chứng khoán mà chưa quan tâm đến việc theo dõi kiểm tra thực tiễn hoạt động của các chủ thể này, đã dẫn đến tình trạng thành lập quá nhiều chủ thể kinh doanh chứng khoán trong khi quy mô TTCK Việt Nam chưa đủ lớn. Các quy định về đánh giá, phân loại, giám sát hoạt động của các công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ theo tiêu chí an toàn tài chính; công tác đánh giá hiệu quả các hình thức liên thông giữa các tổ chức kinh doanh chứng khoán trực thuộc tổ chức tín dụng, các tập đoàn, tổng công ty nhà nước... chưa được cơ quan QLNN về chứng khoán và TTCK quan tâm, theo dõi, giám sát đã dẫn đến nhiều công ty chứng khoán thua lỗ. Chẳng hạn, cuối quý III/2011 có 80 công ty chứng khoán lỗ. Số lỗ lũy kế cả năm cũng vì thế mà nhiều thêm, số lỗ ước khoảng 2.000 tỉ đồng¹. Nếu như giai đoạn trước 2006-2009 số lượng các công ty chứng khoán được cấp phép tăng quá nhanh thì giai đoạn này, chúng ra phải tốn kém chi phí để tiến hành tái cấu trúc lại hoạt động của các công ty chứng khoán.

Bốn là, pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK chưa chú trọng phát triển hệ thống các nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp. Mặc dù các quy định về thành lập công ty đầu tư chứng khoán và quỹ đầu tư chứng khoán dạng mở đã tạo điều kiện thuận lợi tối đa về thủ tục, song không được quan tâm định hướng phát triển; việc kiểm soát hoạt động đầu tư chứng khoán của các tổ chức tín dụng, các doanh nghiệp bảo hiểm, các công ty chứng khoán, các quỹ đầu tư chứng khoán với tư cách là nhà đầu tư có tổ chức, đảm bảo tuân thủ theo pháp luật hiện hành chưa được quan tâm đúng mức. Nhiều công ty chứng khoán trực

thuộc các ngân hàng thương mại hiện đang bị thua lỗ; số lượng các tập đoàn, tổng công ty nhà nước đầu tư vào lĩnh vực chứng khoán bị thua lỗ ngày càng tăng... Thực tế này đã dẫn đến những rủi ro “kép” trên thị trường tài chính như nhiều chuyên gia kinh tế tài chính đã cảnh báo.

Năm là, chế tài xử lý VPHC đối với vi phạm pháp luật về chứng khoán và TTCK chưa đủ sức răn đe; số lượng vụ án về chứng khoán và TTCK bị xử lý còn khiêm tốn; do tội phạm chứng khoán là loại tội phạm mới nên công tác đấu tranh phòng chống loại tội phạm này chưa có nhiều kinh nghiệm, hiệu quả đấu tranh phòng chống vi phạm pháp luật về chứng khoán và TTCK không cao. Thực tiễn QLNN về chứng khoán và TTCK thường xuyên nhận thấy hiện trạng “chấp nhận bị xử phạt hành chính” để trục lợi, bởi lẽ, mức xử phạt VPHC mặc dù đã ở mức cao nhất 500.000.000 đồng, song, số lượng hành vi bị xử phạt ở mức này còn ít, trong khi đó, lợi nhuận thu được từ hành vi vi phạm lại lớn hơn rất nhiều¹⁰, đã dẫn đến hậu quả là người vi phạm không cần che đậy hành vi, càng phạt càng vi phạm. Thực trạng này đã làm giảm đáng kể hiệu lực và hiệu quả QLNN về chứng khoán và TTCK.

Sáu là, pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK chưa làm rõ những tiêu chí định lượng để xác định tội phạm, thẩm quyền của UBCKNN trong xử phạt hành chính và việc xác định dấu hiệu “chưa đến mức xử lý hình sự” để xử phạt hành chính và đủ dấu hiệu tội phạm để chuyển hồ sơ cho cơ quan điều tra. Điều này đã làm cho cơ quan có thẩm quyền lúng túng trong việc xử lý vi phạm.

2. Kiến nghị giải pháp hoàn thiện pháp luật QLNN về chứng khoán và thị trường chứng khoán Việt Nam hiện nay

Thứ nhất, hoàn thiện pháp luật QLNN về chứng khoán và TTCK Việt Nam phải hướng tới mục tiêu bảo vệ tốt quyền lợi nhà

¹⁰ Lưu Thảo (2012), *Vùng tối và sáng của công ty chứng khoán*, <<http://www.thesaigontimes.vn/Home/taichinh/chungkhoan/70963/>>, truy cập 13/02/2012.

đầu tư, không làm cản trở, ảnh hưởng đến hoạt động của thị trường. Thực chất của QLNN chính là các biện pháp tác động của Nhà nước đến các quan hệ thị trường. Sự tác động này của hoạt động quản lý trực tiếp hoặc gián tiếp sẽ ảnh hưởng đến giao dịch trên thị trường. Để cho giải pháp này được thực thi có hiệu quả, chúng tôi kiến nghị:

- Nội dung quy định về các biện pháp, công cụ can thiệp của Nhà nước phải phù hợp với quy luật của nền kinh tế thị trường.
- Chỉ sử dụng biện pháp can thiệp hành chính trong những trường hợp thật cần thiết.
- Phát hiện, ngăn chặn, xử lý kịp thời các vi phạm trên thị trường.

Thứ hai, nâng cao vị trí pháp lý của UBCKNN trong quản lý TTCK. Theo kinh nghiệm của các nước¹¹, chẳng hạn, tại Mỹ theo Luật Chứng khoán 1933-1934, Ủy ban Chứng khoán (SEC) là một cơ quan độc lập thuộc Chính phủ. Chủ tịch SEC do Tổng thống bổ nhiệm, với sự chấp thuận của Thượng viện. Ngân sách hoạt động hàng năm của cơ quan này do Quốc hội phê duyệt. Ở Anh, Cơ quan Quản lý các dịch vụ tài chính (FSA) là một tổ chức phi chính phủ, được thành lập theo Luật Các thị trường và dịch vụ tài chính năm 2000. Ban điều hành FSA do Bộ Tài chính bổ nhiệm và chịu trách nhiệm trước Quốc hội. Cơ quan này hoàn toàn độc lập với Chính phủ về tổ chức và kinh phí hoạt động. Tại Trung Quốc, Thái Lan, cơ quan quản lý TTCK cũng đều là cơ quan thuộc Chính phủ, có thẩm quyền tương đương với một bộ và người đứng đầu là thành viên Chính phủ.

Nhìn vào quá trình phát triển của mô hình tổ chức của UBCKNN cho thấy, đã đến lúc mô hình tổ chức của UBCKNN cần phải được thay đổi cho phù hợp. Như đã phân tích ở trên, việc thiết kế mô hình UBCKNN trực thuộc Bộ Tài chính đã làm giảm đáng kể tính chủ động trong quản lý thị trường.

Do vậy, theo chúng tôi, mô hình tổ chức UBCKNN nên quay trở về với mô hình UBCKNN trực thuộc Chính phủ với tính chất là một cơ quan ngang bộ của Chính phủ. Nếu mô hình này được tái lập lại sẽ mang lại những lợi thế là xây dựng cơ quan QLNN độc lập và có đủ thẩm quyền quản lý thị trường. Cụ thể:

- UBCKNN được chủ động tối đa trong việc đưa ra các quyết định quản lý phù hợp với diễn biến của thị trường, nhất là khi thị trường xảy ra những biến động xấu, cần những quyết định kịp thời;

- Khi có vị trí pháp lý của cơ quan ngang bộ, UBCKNN được quyền chủ động ban hành văn bản quy phạm pháp luật để quản lý thị trường, còn với vị trí pháp lý trực thuộc Bộ Tài chính, UBCKNN chỉ được quyền ban hành các quyết định hành chính cá biệt vào giải quyết những công việc cụ thể;

- Với vị trí là thành viên Chính phủ, người đứng đầu UBCKNN được tham dự các phiên họp của Chính phủ, tham gia góp ý kiến và có định hướng phát triển thị trường phù hợp với chính sách kinh tế vĩ mô của Chính phủ. Trong trường hợp cần thiết, UBCKNN có thể chủ động đề xuất với các bộ, ngành hữu quan trong việc thúc đẩy phát triển thị trường để khẳng định vị trí là “hàn thủ biểu” của nền kinh tế;

Thứ ba, tăng cường năng lực giám sát; bảo đảm tính răn đe trong xử lý vi phạm pháp luật về chứng khoán và TTCK theo hướng bên cạnh việc tăng cường các biện pháp/chế tài xử lý kinh tế còn cần nghiên cứu bổ sung thêm các biện pháp xử phạt/hình phạt bổ sung đủ mạnh như cấm người vi phạm pháp luật không được tham gia giao dịch trên thị trường trong một khoảng thời gian nhất định tùy tính chất của vi phạm. Có như vậy mới chấm dứt được tình trạng càng xử phạt càng vi phạm như hiện nay ■

11 Hải Đăng, Các “đại gia” đua nhau lách luật, kiểm bộn <http://phapluatxahoi.vn/20120623073728420_p1005c1024/cac-dai-gia-dua-nhau-lach-luat-kiem-bon.htm>, truy cập Chủ nhật, 24/06/2012 08:04.

12 Nhật Nam (2012), Cần trao đủ quyền cho Ủy ban Chứng khoán Nhà nước, Phòng vấn Luật sư Trịnh Văn Quyết, <<http://vneconomy.vn/20120314075341399P0C7/can-trao-du-quyen-luc-cho-uy-ban-chungkhoan.htm>>, truy cập ngày 14/03/2012 08:03 (GMT+7)

ĐƠN VỊ HÀNH CHÍNH - KINH TẾ ĐẶC BIỆT Ở MỘT SỐ NƯỚC VÀ GỢI Ý CHO VIỆT NAM

NGUYỄN NGỌC TOÁN*

1. Đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt ở một số nước

Trong các nhà nước dân chủ, việc quản trị địa phương bất luận theo nguyên tắc tự quản địa phương hay không, đa số¹ các quốc gia có tổ chức các đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt (HCKTĐB), ngoài các đơn vị hành chính lãnh thổ, thường với mục đích cơ bản là để phát huy tiềm năng phát triển kinh tế - xã hội tại các đơn vị đó.

Đơn vị HCKTĐB được tổ chức khi các quốc gia giành được chủ quyền, thiết lập chế độ dân chủ và vận hành nền kinh tế thị trường, khi đó các nhà nước luôn tìm cách xác định và tận dụng mọi ưu thế về tiềm năng phát triển kinh tế - xã hội của mỗi khu vực khác nhau trong một quốc gia và về cơ bản, đơn vị HCKTĐB được tổ chức tại những nơi có nhiều tiềm năng phát triển nhất của đất nước.

Đơn vị HCKTĐB được tổ chức chủ yếu ở châu Âu, châu Á, châu Mỹ... nơi mà các quốc gia có nền kinh tế thị trường phát triển

và điều kiện tự nhiên, xã hội trong lãnh thổ quốc gia phong phú, đa dạng, nên việc tổ chức các đơn vị HCKTĐB khác với đơn vị hành chính thông thường được chú trọng.

Hầu như không lệ thuộc vào chế độ chính trị và hình thức nhà nước dân chủ, đa số các quốc gia đều tổ chức mô hình đơn vị HCKTĐB, song mức độ chi tiết hóa của từng đơn vị trong từng quốc gia có khác nhau. Các đơn vị HCKTĐB có thể là Khu kinh tế, Đặc khu hành chính, Khu đặc biệt... tùy từng quốc gia có sự đa dạng về điều kiện địa lý, lịch sử, chính trị, kinh tế - xã hội... mà việc chọn tổ chức từng mô hình riêng cho phù hợp.

Mô hình Khu kinh tế (hoặc có tính chất như vậy) là phổ biến nhất, có thể kể ra một số đơn vị HCKTĐB cơ bản của một số quốc gia² như: Ấn Độ có Khu kinh tế đặc biệt Visakhapatnam, Kandla, Cochin, Indore, SEEPZ, Jaipur, Madras, Mahindra City, Chennai, Noida; Belarus có Khu kinh tế tự do Brest; Brasil: Khu kinh tế tự do Zona

* **ThS., GVC Học viện Hành chính (cơ sở thành phố Hồ Chí Minh)**

1 <http://www.baomoi.com/Nen-co-luat-ve-don-vi-hanh-chinh-kinh-te-dac-biet/144/11218480.epi>

2 http://vi.wikipedia.org/wiki/%C4%90%E1%BA%B7C_khu_kinh_t%E1%BA%BF#p-search

Franca de Manaus; Bulgaria: Burgas; Chile: Iquique; Georgia: Poti, Samegrelo region; Hàn Quốc: Khu kinh tế tự do Incheon, Busan-Jinhae, Gwangyang, Daegu, Hoàng Hải; Iran: Khu tự do Kish, Aras, Anzali, Arvand, Chabahar, Gheshm; Các Tiểu vương quốc Ả Rập Thống nhất: Khu tự do Jebel Ali, Thành phố Internet Dubai, Thành phố Truyền thông Dubai, Làng Tri thức Dubai, Thành phố Y tế Dubai, Trung tâm Tài chính quốc tế Dubai, DuBiotech, Khu Outsource Dubai, Khu Sản xuất và Truyền thông quốc tế, Thành phố Studio Dubai; Malaysia: Khu tự do Port Klang; Nga: Nakhodka, Ingushetia, Yantar, Kaliningrad; Nhật Bản: Khu thương mại tự do đặc biệt Okinawa; Philippines: Khu cảng tự do vịnh Subic, Khu kinh tế đặc biệt Clark; Tây Ban Nha: Ibiza; Trung Quốc: Đặc khu kinh tế Thâm Quyển, Sán Đầu, Chu Hải, Hạ Môn, Hải Nam, ngoài ra Khu vực Phố Đông của Thượng Hải thực chất cũng là một khu kinh tế tự do, dù tên gọi của nó không phải như vậy và cũng không phải là đặc khu kinh tế... Việt Nam chúng ta hiện nay có hơn hai mươi³ khu kinh tế, khu kinh tế mở, khu kinh tế cửa khẩu.

Một số trường hợp khác ít phổ biến hơn như sau:

- Các *khu đặc biệt* của Tokyo là tên gọi chung của 23 *khu đặc biệt* nằm ở trung tâm thủ đô Tokyo. Căn cứ theo pháp luật Nhật Bản, *khu đặc biệt* thuộc đơn vị hành chính cấp 3 của Nhật Bản, nhưng giữa nó và đơn vị hành chính cấp một không được lập quận hoặc thành phố. Các *khu đặc biệt* của Tokyo là những đơn vị hành chính thực sự (có bộ máy hành chính). Chúng được gọi là các *khu*

đặc biệt để phân biệt với các khu nhưng lại không phải là đơn vị hành chính thực sự thường thấy ở các thành phố cấp quốc gia ở Nhật. Theo Luật Tự trị Địa phương của Nhật Bản, các khu này được gọi là “khu của thủ đô”. Trong mắt người Tokyo, mỗi khu này như là một thành phố. Người nước ngoài dùng từ tiếng Anh *ward* để chỉ các khu này, song trụ sở chính quyền khu vẫn được gọi là *city hall*. Các *đặc biệt khu* tập trung ở phía Đông của Tokyo. Đến tháng 12/2006⁴, tổng dân số của cả 23 khu lên tới trên 8,5 triệu người, tổng diện tích là 621,49 km².

- Đặc khu Columbia⁵ của Hoa Kỳ: Đặc khu Columbia không phải là một tiểu bang và không có đại diện có quyền biểu quyết tại Quốc hội Hoa Kỳ, nhưng cư dân của đặc khu có thể tham gia bầu cử tổng thống Hoa Kỳ và có ba phiếu đại cử tri. Đặc khu này nằm dưới quyền trực tiếp của Quốc hội Hoa Kỳ, được thành lập từ phần đất nhượng lại của các tiểu bang Maryland và Virginia cho chính phủ liên bang. Tuy nhiên phần đất của Virginia đã được trả lại cho tiểu bang vào năm 1846. Quốc hội Hoa Kỳ có đặc quyền thực hiện chủ quyền đối với Đặc khu này. Tuy nhiên, Đạo luật Tự trị Đặc khu Columbia đã trao quyền tự trị có giới hạn cho thành phố trong đó có việc bầu lên một thị trưởng và một hội đồng thành phố.

- Những khu dành riêng cho người bản thổ Mỹ (American Indian reservation) là đơn vị hành chính đặc biệt và riêng biệt của Hoa Kỳ. Theo luật liên bang, các bộ lạc người bản thổ Mỹ là các dân tộc có chủ quyền. Điều này có nghĩa là quyền pháp lý của họ tồn tại độc lập, không lệ thuộc vào quyền pháp lý của chính phủ liên bang và

3 [http://vi.wikipedia.org/wiki/Khu_kinh_t%E1%BA%BF_\(Vi%E1%BB%87t_Nam\)#C.C3.A1c_khu_kinh_t.E1.BA.BF_.C4.91.C6.B0.E1.BB.A3c_ch.E1.BA.A5p_thu.E1.BA.ADn](http://vi.wikipedia.org/wiki/Khu_kinh_t%E1%BA%BF_(Vi%E1%BB%87t_Nam)#C.C3.A1c_khu_kinh_t.E1.BA.BF_.C4.91.C6.B0.E1.BB.A3c_ch.E1.BA.A5p_thu.E1.BA.ADn)

4 http://vi.wikipedia.org/wiki/%C4%90%C6%A1n_v%E1%BB%8B_h%C3%A0nh_ch%C3%ADnh_c%E1%BA%A5p_h%E1%BA%A1t_c%E1%BB%A7a_Nh%E1%BA%ADt_B%E1%BA%A3n

5 http://vi.wikipedia.org/wiki/%C4%90%C6%A1n_v%E1%BB%8B_h%C3%A0nh_ch%C3%ADnh_HoaK%E1%BB%B3

chính quyền tiểu bang. Tuy nhiên, theo định nghĩa về chủ quyền bộ lạc (tribal sovereignty) thì họ không thể hoạt động bên ngoài quyền lực của liên bang mặc dù họ được miễn nhiệm đối với những luật lệ của tiểu bang. Cho đến cuối thế kỷ 19, những thỏa thuận giữa chính phủ Hoa Kỳ và các nhóm người bản thổ Mỹ chỉ là những hiệp ước. Những hiệp ước này hiện nay được xem là luật nội địa, bất kể tên của chúng là gì. Kể từ lúc thông qua Đạo luật Dawes năm 1883, không có hiệp ước mới nào được thực hiện với người bản thổ Mỹ.

- Tỉnh tự trị đặc biệt, được tổ chức tại Hàn Quốc⁶ (*teukbyeol jachido*; 특별자치도; *đặc biệt tự trị đạo*) là Jeju (Tế Châu), và Thành phố đặc biệt (특별시; *teukbyeolsi*; *đặc biệt thị*): là Seoul (Hán Thành), Thành phố này được chia ra thành các quận.

- Triều Tiên⁷ có các Đặc khu: Vùng công nghiệp Kaesŏng (Khai Thành), Vùng du lịch Kŭmgangsan (Kim Cương Sơn) và Đặc khu hành chính Sinŭiju (Tân Nghĩa Châu). Các đặc khu thì không được phân cấp hơn nữa, nghĩa là dưới chúng không có cấp hành chính nào cả.

- Thái Lan, có hai ngoại lệ, Bangkok vốn là một tỉnh, nhưng được nâng lên làm khu hành chính thủ đô và Phuket - một thành phố cấp huyện. Chính quyền Bangkok và chính quyền Phuket được phân công nhiều quyền hạn hơn các chính quyền địa phương đồng cấp. Thị trưởng Khu Hành chính Thủ đô Bangkok và Thị trưởng thành phố Phuket được quyết định bằng hình thức bầu cử phổ thông. Ngoài ra, Thái Lan đã nhất trí (với Campuchia) thiết lập hai vùng đặc khu kinh

tế tại khu vực biên giới chung (tại tỉnh Ban-teay Meanchey giáp tỉnh Sa Kaeo của Thái Lan, và tại tỉnh Koh Kong của Campuchia tiếp giáp với tỉnh Trat của Thái Lan), nhằm thúc đẩy giao thương và đầu tư, giúp nâng cao đời sống của người dân tại các khu vực này.

Tóm lại, có 3 mô hình đơn vị HCKTĐB cơ bản sau:

(i) *Khu kinh tế*: Mô hình đặc khu kinh tế hiện được sự quan tâm của 135 nước với trên 3.500 khu kinh tế tự do⁸.

(ii) *Đặc khu hành chính*: Hồng Kông, Ma Cao của Trung Quốc; Khai Thành, Kim Cương Sơn, Tân Nghĩa Châu của Triều Tiên; Hòn Gai, Vũng Tàu - Côn Đảo của Việt Nam trước đây... Loại mô hình này có diện tích, dân cư và tổ chức chính quyền đầy đủ.

(iii) *Khu đặc biệt*: như 23 khu đặc biệt của Tokyo và Đặc khu Columbia của Hoa Kỳ... Loại này tồn tại do yếu tố lịch sử và chính trị chi phối sự hình thành và phát triển của chúng.

2. Nhận xét về đơn vị hành chính kinh tế đặc biệt ở các nước

- Thứ nhất, sự đa dạng về tên gọi, trong đó “khu kinh tế tự do” là tên gọi phổ biến, còn một số nước có thể gọi theo cách khác. Chẳng hạn, có thể gọi là “khu kinh tế đặc biệt” (hay đặc khu kinh tế), “khu kinh tế mở”, “khu thương mại tự do”, hay thậm chí đơn giản chỉ là “khu kinh tế”, “khu tự do”, “khu kinh tế cửa khẩu”, “đặc khu hành chính”... Có những khu kinh tế có thể không mang tên gọi chính thức như một trong các tên gọi trên, nhưng vẫn có quy chế hoạt động như một khu kinh tế tự do. Trong

6 http://vi.wikipedia.org/wiki/%C4%90%C6%A1n_v%E1%BB%8B_h%C3%A0nh_ch%C3%ADnh_H%C3%A0nh_Qu%E1%BB%91c

7 http://vi.wikipedia.org/wiki/Ph%C3%A2n_chia_%C4%91%C6%A1n_v%E1%BB%8B_h%C3%A0nh_ch%C3%ADnh_Tri%E1%BB%81u_Ti%C3%AAn

8 <http://www.baomoi.com/Nen-co-luat-ve-don-vi-hanh-chinh-kinh-te-dac-biet/144/11218480.epi>

một khu kinh tế tự do có thể gồm nhiều khu chức năng như khu vực phi thuế quan (khu vực bảo thuế), khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, các tiểu khu du lịch, nghỉ dưỡng, giải trí, dịch vụ...

- Thứ hai, đơn vị HCKTĐB thường khác với đơn vị hành chính thông thường về: diện tích, dân số, trình độ phát triển kinh tế xã hội, tổ chức và thẩm quyền của cơ quan quản lý là đa dạng... và phù hợp với đặc điểm từng đơn vị đó.

- Thứ ba, đơn vị HCKTĐB được tổ chức cho phù hợp với đặc điểm tự nhiên, kinh tế xã hội của mỗi đơn vị và có xu hướng theo hai mục đích sau: (i) khai thác tốt lợi thế tiềm năng phát triển của đơn vị đó hoặc (ii) phục vụ mục đích chủ quan của nhà quản lý muốn thúc đẩy một khu vực kém phát triển.

- Thứ tư, thẩm quyền thành lập đơn vị HCKTĐB thường được Hiến pháp quy định và Luật cụ thể hóa chi tiết trình tự, thủ tục thực hiện. Điều này cho thấy tầm quan trọng và mức độ minh bạch của công việc này luôn được chú trọng ở tầm pháp lý cao nhất.

- Thứ năm, nhiều quốc gia đều lưu ý tổ chức chu đáo và nhanh chóng để quản trị quốc gia hiệu quả, phát huy sự đặc thù về lợi thế tiềm năng phát triển của những vùng có tiềm năng trong đất nước.

- Thứ sáu, loại đơn vị HCKTĐB được chọn để tổ chức phổ biến là cấp trực thuộc trung ương, một số trường hợp là cấp thấp hơn, cá biệt có trường hợp là cấp “lung chừng” như 22 khu đặc biệt của Tokyo, Nhật Bản, không phải là Quận và cũng không trực thuộc Quận.

3. Những tiền đề và sự cần thiết tổ chức đơn vị hành chính đặc biệt ở Việt Nam

Tiền đề

Về khách quan, sự đa dạng về điều kiện tự nhiên, kinh tế - xã hội trên các vùng lãnh thổ của nước ta cho thấy tiềm năng phát triển của một số địa phương cần được tập trung phát huy để tạo bước đột phá cho các địa phương đó. Trước đây chúng ta đã từng có các đơn vị HCKTĐB (đặc khu) với mục đích như vậy.

Về chủ quan, cơ quan quản lý nhà nước đã có chủ đích và mong muốn từ trước đến nay; lãnh đạo Đảng có quyết tâm về chính trị; Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 hiện nay cũng đã tiếp tục thể hiện có thể tổ chức loại đơn vị HCKTĐB.

Có thể nói ở Việt Nam, “mô hình đơn vị hành chính kinh tế được đề cập tới vào cuối những thập niên 80, 90 của thế kỷ trước và đã được đề cập trong rất nhiều văn kiện của Đảng, của Nhà nước như Cương lĩnh xây dựng đất nước, như Hiến pháp 1992, Nghị quyết hội nghị giữa nhiệm kỳ của Đảng khóa VII năm 1994 và Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Tổ chức Chính phủ và các quyết định của Chính phủ về thành lập khu kinh tế như Khu kinh tế mở Chu Lai, Khu kinh tế Dung Quất, Khu kinh tế cửa khẩu Móng Cái”⁹.

Sự cần thiết

- Thứ nhất, thành lập các khu kinh tế là sự quán triệt và thực hiện quan điểm đổi mới của Đảng ta về phương diện quản trị địa phương mà nền tảng đầu tiên là tổ chức đơn vị hành chính lãnh thổ.

- Thứ hai, để phát huy tối đa lợi thế tiềm

⁹ http://duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_NGHIQUYET/View_Detail.aspx?ItemID=32&TabIndex=4&YKienID=864

năng phát triển đa dạng ở các vùng miền khác nhau của đất nước. Hiện nay, nước ta chưa tổ chức các đơn vị HCKTĐB nên phần nào tiềm năng phát triển của nhiều vùng còn chưa được khai thác tốt nhất.

- Thứ ba, để khắc phục những khiếm khuyết, bất hợp lý trong công tác quản lý nhà nước thời gian qua. Thực tiễn quản trị một số địa phương thời gian qua đã bộc lộ những bất cập là nếu quản lý với quan niệm tổ chức đơn vị hành chính thông thường thì sẽ: hoặc (i) không phát huy được tiềm năng, hoặc (ii) các địa phương vi phạm chuẩn mực quản lý chung của chính quyền trung ương đặt ra.

- Thứ tư, để tiến kịp với trình độ quản trị địa phương trong nhà nước pháp quyền - là xu hướng chung của các nhà nước dân chủ trên thế giới.

4. Kiến nghị

Một là, việc nghiên cứu chọn lựa mô hình đơn vị HCKTĐB nào cần chú ý ba tiêu chí cơ bản sau: (i) tiềm năng phát triển của địa phương; (ii) đặc điểm mỗi mô hình đơn vị hành chính đặc biệt; (iii) quan điểm của Đảng và Nhà nước ta về quản trị địa phương. Theo đó, đơn vị HCKTĐB nên là mô hình được chọn lựa để tổ chức.

Hai là, cần khảo sát và tham khảo thấu đáo các mô hình đơn vị HCKTĐB của các nước. Đặc biệt là cần chú ý các yếu tố: lịch sử, văn hóa, pháp lý, chính trị,

trình độ quản trị quốc gia, điều kiện kinh tế - xã hội... của các quốc gia đã chi phối tới việc tổ chức đơn vị hành chính đặc biệt của các quốc gia đó ra sao, để từ đó, tìm kiếm sự tương đồng với Việt Nam, giúp chúng ta cân nhắc lựa chọn mô hình (hoặc từng khía cạnh của mỗi mô hình) cho phù hợp.

Ba là, về loại cấp đơn vị HCKTĐB: nên chọn loại đơn vị cấp trực thuộc trung ương. Cũng có ý kiến cho rằng, nên có cả cấp trực thuộc cấp dưới cấp trung ương, nhưng theo chúng tôi, để tập trung nguồn lực và khẳng định tính chất “đặc biệt” thì chỉ nên có ở cấp trực thuộc trung ương, nếu không thì có khả năng mỗi tỉnh sẽ có vài đơn vị HCKTĐB thì tính đặc biệt sẽ biến mất.

Bốn là, tổ chức đơn vị HCKTĐB nên chọn những địa bàn có sẵn tiềm năng, có lợi thế về địa lý, tự nhiên vì chúng ta chưa đủ mạnh để có thể tập trung nguồn lực vào những nơi ít tiềm năng. Hiện nay, các khu vực như Phú Quốc, Vân Đồn, Vân Phong... là những nơi mà chúng ta có thể thực hiện được việc tổ chức đơn vị HCKTĐB ■

