

Nghiên cứu, **LẬP PHÁP**

● VĂN PHÒNG QUỐC HỘI



- Hội nghị ĐBQH chuyên trách lần thứ 5
- Góp ý kiến vào Bộ luật Dân sự, Luật Thương mại, Luật Dược
- Đàm phán và hậu WTO
- Kết hôn với người nước ngoài

NCLP

TRỤ SỞ
27A Võng Thị - Tây Hồ
Hà Nội
ĐT: 080-48486 / 48487
Fax: 080-48486
E-mail: nclp@qh.gov.vn

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP
TS. Bùi Ngọc Thanh
TS. Vũ Đức Khiển
PGS, TS. Trần Ngọc Đ-ờng
PGS, TS. Đặng Văn Thanh
TS. Nguyễn Việt Chức

TỔNG BIÊN TẬP
Nguyễn Chí Dũng

PHÁT HÀNH
Tại Hà Nội:
ĐT: 080-43364
Tại TP. Hồ Chí Minh:
ĐT: 080-83771

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN
Số 117/GP ngày 30/3/2001
của Bộ Văn hoá - Thông tin

TÀI KHOẢN
0011000467735
Tập chí
Nghiên cứu Lập pháp
Ngân hàng ngoại th-ơng
Việt Nam

In tại Nhà in Báo Thanh Hoá

Mục lục

THỜI SỰ - TRAO ĐỔI

- Hội nghị ĐBQH chuyên trách lần thứ năm *NCLP* 3
Sửa đổi Bộ luật Dân sự: cần chú ý tính hệ thống
Nguyễn Am Hiếu 8
Hoạt động của luật s- trong công cuộc cải cách t- pháp
Xuân Anh 12

NHÀ N-ỐC VÀ PHÁP LUẬT

- Cần xây dựng lại khái niệm “*Quyền tài sản*” trong luật dân sự
Nguyễn Ngọc Điện 16
Xử lý hậu quả của giao dịch dân sự vô hiệu
Nguyễn Nh- Quỳnh 22
Tính công khai, minh bạch trong ban hành văn bản quy
phạm pháp luật
L-u Tiến Dũng 27
Bồi th-ờng thiệt hại có yếu tố n-ớc ngoài do hành vi cạnh
tranh không lành mạnh gây ra
Đỗ Văn Đại 35
Có nên xây dựng một ch-ơng riêng về hợp đồng trong Luật
Th-ơng mại hay không?
Nông Quốc Bình 40
Thoả thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm do vi phạm
hợp đồng?
D-ơng Anh Sơn 44
Dự thảo Luật D-ọc: một số ý kiến
Lê Văn Truyền 48
Cần có biện pháp kiểm soát tăng giá thuốc chữa bệnh
Cẩm Ngọc 53

CHÍNH SÁCH

- Thể chế và thành tích
Nguyễn Trần Bạt 54
Xây dựng xã hội học tập từ ph-ơng diện pháp lý
Hoàng Thị Kim Quế 58

THAM KHẢO N-ỐC NGOÀI

- Kinh nghiệm thi hành các Hiệp định WTO tại một số n-ớc
Nguyễn Khánh Ngọc 62
Một số điều kiện qua đàm phán gia nhập WTO của Việt Nam
Nguyễn Xuân Tế - Trần Thị Thuỳ D-ơng 72
T- pháp quốc tế - Một số quan điểm của các học giả
n-ớc ngoài
Nguyễn Quang H-ng 78

TRANG ĐỊA PH-ƠNG

- Kết hôn với ng-ời n-ớc ngoài: nhìn từ cơ sở
Nguyễn Quang Minh 83

*Ảnh bìa: Các đồng chí lãnh đạo Đảng, Nhà n-ớc và Quốc hội với các đại
biểu tại Đại hội Thanh niên Việt Nam lần 5 Tg: Đình Trán - TTXVN*

LegiS 12/2004

News in Focus

- P. 3. **The fifth session of the fulltime deputies**, by *NCLP*.
- P. 8. **Amendment of Civil Code as a part of the whole system**, by *Nguyen Am Hieu*.
- P.12. **Lawyer work in the judicial reform**, by *Xuan Anh*.

State and Law

- P. 16. **Rethinking on property right in civil law**, by *Nguyen Ngoc Dien*.
- P. 22. **Dealing with consequences of ineffective civil transactions**, by *Nguyen Nhu Quynh*.
- P. 27. **Transparency in the lawmaking process**, by *Luu Tien Dung*.
- P. 35. **Compensation for damages, caused by unfaire competition in the cases with foreign elements**, by *Do Van Dai*.
- P. 40. **Is it necessary to build a separated chapter on the contract in the Commercial Law?**, by *Nong Quoc Binh*.
- P. 44. **Break of contract: agreement on reduction or on exemption from responsibility?**, by *Duong Anh Son*.
- P. 48. **Some opinions on the Draft of Law on Pharmaceutica**, by *Le Van Truyen*.
- P. 53. **A need of control of medicine price**, by *Cam Ngoc*.

Policies

- P. 54. **Institutions and attainment**, by *Nguyen Tran Bat*.
- P. 58. **Building learning society by legal tools**, by *Hoang Thi Kim Que*.

Foreign Experience

- P. 62. **Experience on implementation of WTO treaties**, by *Nguyen Khanh Ngoc*.
- P. 72. **Some requirements to Vietnam's WTO assessment**, by *Nguyen Xuan Te, Tran Thi Thuy Duong*.
- P. 78. **International Private Law: some points of view of foreign scholars**, by *Nguyen Quang Hung*.

Local Issues

- P. 83. **Marriage with foreigners: a view from province**, by *Nguyen Quang Minh*.

HỘI NGHỊ ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI CHUYÊN TRÁCH LẦN THỨ NĂM (16/2/2005 đến 3/3/2005)

NCLP

Sau 13 ngày làm việc, Hội nghị Đại biểu quốc hội chuyên trách đã thảo luận, cho ý kiến 11 dự án luật, bộ luật để chuẩn bị trình Quốc hội thông qua tại kỳ họp thứ 7 (dự kiến vào tháng 5/2005). Bài viết cung cấp những thông tin về những nội dung cơ bản đ-ợc thảo luận tại Hội nghị này

Hội nghị đã thảo luận cho ý kiến về 11 dự án luật; trong đó có 9 dự án đã đ-ợc Quốc hội cho ý kiến lần đầu và hai dự án luật sẽ thảo luận một lần, vì có phạm vi sửa đổi, bổ sung hẹp. 11 dự án luật trên đây dự kiến sẽ trình Quốc hội thông qua tại kỳ họp thứ 7 (tháng 5 năm nay).

Hộp: Dự án luật đã cho ý kiến lần đầu: Bộ luật Dân sự (sửa đổi); Luật Thương mại (sửa đổi); Bộ luật Hàng hải Việt Nam (sửa đổi); Luật D-ợc; Luật Đ-ờng sắt Việt Nam; Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế; Luật Quốc phòng; Luật Kiểm toán Nhà n-ớc; Luật Giáo dục (sửa đổi);

Hai dự án luật thảo luận và thông qua một lần: Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Hải quan và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Nghĩa vụ quân sự.

Trong số 11 dự án luật nói trên, UBTVQH đã quyết định công bố Bộ luật Dân sự (sửa đổi) để lấy ý kiến nhân dân, các ngành, các cấp trong thời gian từ ngày 20/1 đến hết ngày 20/3/2005. Đây là một trong những bộ luật quan trọng nhất của hệ thống pháp luật n-ớc ta, có số l-ợng điều luật lớn (791 điều), nội dung liên quan đến mọi cơ quan, tổ chức và công dân, nhiều nội dung phức tạp, ý kiến còn khác nhau.

Phát biểu khai mạc Hội nghị, Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Văn An đánh giá khái quát công tác lập pháp năm 2004 nh- sau:

“Trong năm 2004, tiếp tục phát huy kết quả tích cực của những năm tr-ớc, hoạt động lập pháp của Quốc hội đã có b-ớc tiến mới và đạt đ-ợc một số kết quả đáng khích lệ. Với 15 luật, bộ luật, quy chế đ-ợc thông qua và nhiều dự án luật đ-ợc cho ý kiến tại các kỳ họp thứ năm và thứ sáu, trong đó có những đạo

luật lớn và quan trọng nh- Bộ luật Tổ tụng dân sự, Luật Thanh tra, Luật Cảnh tranh, Luật An ninh quốc gia, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật của HĐND, UBND... đã góp phần hoàn thiện hệ thống văn bản pháp luật hiện hành, đánh dấu tiến bộ mới trong hoạt động lập pháp của QH...”

Tham gia Hội nghị đại biểu chuyên trách lần này còn có đại biểu không chuyên trách tự nguyện đăng ký tham gia (đại biểu Nguyễn Lân Dũng đoàn Đắc Lắc).

Dự án Bộ luật Dân sự (sửa đổi)

Nhóm vấn đề lớn đ-ợc đ-ưa ra thảo luận tại hội nghị liên quan tới phạm vi và mức độ điều chỉnh của Bộ luật Dân sự. Đây là bộ luật tổng hợp điều chỉnh các hành vi dân sự trên nhiều lĩnh vực, nh-ng không thể thay thế cho các đạo luật hoặc

văn bản khác quy định chi tiết hơn. Dự thảo sửa đổi theo cách tiếp cận chọn lọc. Những nội dung về quyền sử dụng đất gắn với quyền dân sự sẽ quy định trong bộ luật này, còn nội dung liên quan đến quyền sử dụng đất mang tính hành chính thì do văn bản pháp luật khác quy định. T-ơng tự nh- vậy, Bộ luật quy định chung về quyền sở hữu trí tuệ và chuyển giao công nghệ, dành cho dự án Luật Sở hữu trí tuệ và dự án Luật Chuyển giao công nghệ quy định chi tiết.

Xung quanh vấn đề có nên quy định *Tổ hợp tác* là chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự hay không, vẫn có hai loại ý kiến; loại thứ nhất không thừa nhận vì loại chủ thể này khó xác định t- cách và trách nhiệm pháp lý; loại thứ hai tán thành, vì sự thừa nhận t- cách chủ thể quan hệ pháp luật dân sự của *Tổ hợp tác* sẽ tạo điều kiện tốt hơn cho thực thể này trong thuê, m-ợn đất đai, vay vốn phát triển sản xuất.

Nhiều ý kiến nhất trí với quy định của pháp luật hiện hành về *Hộ gia đình* là chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự, tuy nhiên, cần bổ sung quy định về chủ hộ không nhất thiết phải là bố hoặc mẹ mà có thể là một trong số các con có đủ năng lực hành vi từ 18 tuổi trở lên. Các đại biểu phân tích rằng, *Hộ gia đình* không những thể hiện mối quan hệ huyết thống mà còn là mối

quan hệ của các thành viên cùng nhau tạo lập, quản lý, sử dụng và định đoạt tài sản chung. Pháp luật về đất đai và pháp luật về bảo vệ phát triển rừng cũng quy định hộ gia đình là một trong những chủ thể của quan hệ giao đất, cho thuê đất, chuyển quyền sử dụng đất.

Một số vấn đề khác đ-ợc thảo luận:

- Các vấn đề hộ tịch;
- Một số quyền nhân thân (Quy định về quyền hiến bộ phận cơ thể hoặc hiến xác vì mục đích chữa bệnh, nghiên cứu khoa học; việc xác định lại giới tính cho ng-ời bị khuyết tật bẩm sinh về giới tính; quyền mang thai hộ,...);
- Các hình thức sở hữu;
- Nguyên tắc hòa giải;
- Vấn đề hui, họ;
- Bồi th-ờng thiệt hại khi bị xâm phạm tính mạng, danh dự, nhân phẩm, uy tín; bồi th-ờng thiệt hại do ng-ời d-ới m-ời làm tuổi, ng-ời mất năng lực hành vi dân sự gây ra trong thời gian họ đ-ợc tr-ờng học, bệnh viện hoặc tổ chức khác trực tiếp quản lý;
- Về di sản thừa kế; về quan hệ thừa kế giữa con riêng và bố d-ợng, mẹ kế;
- Về quyền đòi lại động sản phải đăng ký quyền sở hữu và đòi bất động sản từ ng-ời chiếm hữu ngay tình;

- Về bán nhà ở đang cho thuê; quyền của ng-ời thuê nhà đ-ợc -u tiên mua nhà khi ng-ời cho thuê bán nhà.

Dự án Luật Giáo dục (sửa đổi)

- Về cấp học phổ thông: Một số đại biểu đề nghị đổi tên gọi các cấp học của giáo dục phổ thông theo cách cũ là: *phổ thông cấp 1, phổ thông cấp 2, phổ thông cấp 3* vì cho rằng, cách gọi hiện nay (Tiểu học, Trung học cơ sở, Trung học phổ thông) cũng đều là bậc học phổ thông, nh-ng có thể nhầm lẫn với các bậc dạy nghề. Cũng có ý kiến đề nghị không nên thay đổi vì tổn kém kinh phí.

Nhiều đại biểu đề nghị bỏ kỳ thi tốt nghiệp trung học cơ sở, thay bằng xét tốt nghiệp theo các điều kiện chung do Bộ Giáo dục và Đào tạo quy định và cấp chứng chỉ tốt nghiệp. Một số ý kiến khác vẫn đề nghị giữ kỳ thi này để cấp bằng tốt nghiệp giúp học sinh có thể lựa chọn phân luồng đào tạo nghề. Một số đại biểu đề nghị nên rút ngắn số năm học bậc trung học phổ thông.

- Về bậc học nghề, nhiều đại biểu đồng ý đổi tên gọi: "*Trung học chuyên nghiệp*" bằng "*Trung cấp chuyên nghiệp*" nhằm tránh nhầm lẫn giữa trung học phổ thông với trung học chuyên nghiệp.

- Về hệ thống giáo dục quốc dân, dự thảo đ-a ra hai ph-ơng

án. Ph-ơng án 1 gồm ba loại : tr-ờng công lập, tr-ờng dân lập, tr-ờng t- thực. Ph-ơng án 2 gồm hai loại: Tr-ờng công lập và Tr-ờng dân lập (tr-ờng t- thực cũng gọi chung là tr-ờng dân lập). Nhiều ý kiến tán thành ph-ơng án 2, nh-ng cho rằng vấn đề quan trọng hơn là phải có thái độ đối xử công bằng về mặt pháp lý giữa các loại tr-ờng này. Điều 44a dự thảo Luật quy định theo h-ớng: “*Văn bằng do tr-ờng dân lập, tr-ờng t- thực, tr-ờng công lập cấp có giá trị pháp lý nh-nhau*”. Một số đại biểu đặt vấn đề nên bình đẳng cả về tên gọi, không nên phân biệt công lập và dân lập, mà chỉ gọi tên tr-ờng.

- Về ch-ơng trình đào tạo: Các đại biểu tán thành quy định thẩm quyền ban hành ch-ơng trình cho Bộ Giáo dục và đào tạo để bảo đảm chuẩn kiến thức, ch-ơng trình khung, thống nhất chung cho cả n-ớc. Điều 4a dự thảo Luật quy định:

“Ch-ơng trình giáo dục thể hiện mục tiêu giáo dục; quy định chuẩn kiến thức, kỹ năng, phạm vi và cấu trúc nội dung giáo dục, ph-ơng pháp và hình thức tổ chức hoạt động giáo dục, cách thức đánh giá kết quả giáo dục đối với các môn học ở mỗi lớp, mỗi cấp học hoặc trình độ đào tạo”.

- Về sách giáo khoa: Bộ tr-ởng Nguyễn Minh Hiền cho biết, thực tế ở nhiều n-ớc, Bộ Giáo dục quản lý ch-ơng trình khung, còn giáo trình, sách giáo

khoa do các tr-ờng thông qua. Qua thảo luận vẫn có hai loại ý kiến, một số tán thành quy định của dự thảo cho phép hiệu tr-ởng chọn sách giáo khoa theo đề nghị của hội đồng giáo dục nhà tr-ờng; một số khác cho đó là điều vô lý, dễ dẫn đến “*móc ngoặc, hời hợt*”, nên giao Bộ Giáo dục và đào tạo lựa chọn, ấn định một vài bộ sách.

- Một số vấn đề khác: Thẩm quyền cấp bằng tiến sĩ, học phí và các khoản đóng góp của ng-ời học. Có đại biểu không đồng ý với dự thảo giao việc cấp bằng tiến sĩ cho các tr-ờng đại học và Viện, mà nên giao Bộ Giáo dục (*đại biểu Nguyễn Văn Thuận*).

Dự án Bộ luật Hàng hải Việt Nam (sửa đổi)

Các đại biểu thảo luận 8 vấn đề còn có những ý kiến khác nhau: Phạm vi điều chỉnh, tên gọi của Bộ luật; quyền -u tiên vận tải nội địa của tàu vận tải Việt Nam; đăng ký tàu biển; thể chấp tàu biển; tạm giữ tàu biển; cảng biển; hoa tiêu hàng hải; giới hạn trách nhiệm của ng-ời vận tải và chủ tàu.

Xung quanh bản chất và tổ chức của Hoa tiêu hàng hải, có hai ph-ơng án; một là, thừa nhận tổ chức này là tổ chức hoạt động kinh doanh có điều kiện theo quy định của chính phủ; hai là, Tổ chức hoa tiêu hàng hải ở Việt Nam là tổ chức thống nhất mang tính chất bảo đảm của nhà n-ớc đ-ợc thành lập và hoạt động theo

quy định của Bộ tr-ởng Bộ Giao thông vận tải. Trong các điều luật liên quan của Bộ luật cũng thể hiện vai trò hoa tiêu hàng hải trong đảm bảo an toàn, an ninh hàng hải, góp phần bảo vệ chủ quyền cũng nh- thực hiện chủ quyền và quyền tài phán của quốc gia. Nhiều ý kiến nhất trí với ph-ơng án thứ nhất. Hoạt động hoa tiêu hàng hải là một loại hình kinh doanh dịch vụ có lợi nhuận cao, do đó, đa dạng hoá các thành phần kinh tế tham gia kinh doanh dịch vụ này để nâng cao chất l-ợng dịch vụ, hạ giá thành và tránh độc quyền. Một số ý kiến khác cho rằng, mục tiêu hàng đầu của hoa tiêu hàng hải là đảm bảo an toàn hàng hải, an ninh hàng hải và phòng ngừa ô nhiễm môi tr-ờng; cung cấp dịch vụ công ích không vì lợi nhuận. Do đó, không nên nhấn mạnh khía cạnh kinh doanh dịch vụ, dễ tr-ợt theo h-ớng xem nhẹ mục tiêu hoạt động công ích, bảo đảm an toàn hàng hải. Mặt khác, việc đa dạng hoá kinh doanh dịch vụ hoa tiêu nghiệp vụ, đạo đứơc mang tính áp dụng chung.

Về trách nhiệm đối với ng-ời tiêu dùng và cộng đồng, các đại biểu nhất trí với quy định: *Th-ơng nhân ch-a đăng ký kinh doanh vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của Luật này và các văn bản quy phạm pháp luật khác liên quan. Nhà n-ớc đảm bảo quyền hoạt động th-ơng mại hợp pháp của th-ơng nhân.*

Dự án Luật D-ợc

Các đại biểu nhấn mạnh quản lý giá thuốc là một vấn đề cốt yếu của dự án Luật này. Trên thực tế, giá thuốc biến động liên tục trong thời gian qua, nhiều đại biểu nêu rõ việc Nhà n-ớc quản lý giá thuốc là cần thiết, nh-ng cần có những biện pháp quản lý thích hợp với cơ chế thị tr-ờng để vừa bảo vệ ng-ời bệnh, vừa bảo đảm kinh doanh, phát triển sản xuất thuốc và bảo vệ bản quyền của các loại thuốc mới.

Bà Nguyễn Thị Hoài Thu, Ủy viên Ủy ban Th-ờng vụ Quốc hội, Chủ nhiệm Ủy ban Các vấn đề xã hội của Quốc hội cho rằng, nên giao Chính phủ quy định các giải pháp quản lý giá thuốc, nh-ng dự án Luật vẫn cần quy định một số nguyên tắc nh- thể hiện tại Điều 5: Nhà n-ớc quản lý giá thuốc trên cơ sở tôn trọng quyền tự định giá, cạnh tranh về giá của các cơ sở sản xuất, xuất khẩu, nhập khẩu, buôn bán thuốc theo đúng quy định của pháp luật và sử dụng các biện pháp phù hợp để bình ổn giá.

Đa số đại biểu nhất trí với ý kiến không cần quy định ch-ơng riêng quản lý nhà n-ớc về d-ợc, vì việc quản lý giá thuốc hợp lý đòi hỏi nhiều biện pháp vĩ mô nh- thuế, chính sách phát triển sản xuất thuốc, chính sách nhập khẩu, chống đầu cơ, độc quyền...

Nhiều đại biểu phân tích thêm trách nhiệm của cơ quan quản lý

nhà n-ớc về d-ợc trong thẩm định giá đăng ký, công bố giá thuốc đã d-ợc đăng ký rộng rãi để làm cơ sở pháp lý cho việc cung ứng thuốc của các cơ sở khám, chữa bệnh của Nhà n-ớc. Việc kê khai giá nh- đang làm hiện nay sẽ dẫn đến tình trạng tùy tiện và không đủ căn cứ pháp lý cho việc đấu thầu thuốc ở các địa ph-ơng.

Ngoài ra, các ĐBCC còn đóng góp ý kiến vào các vấn đề về quản lý bảo đảm cung ứng thuốc, bao bì, nhãn mác; quyền sở hữu trí tuệ, bảo hộ giống cây thuốc, bài thuốc đông y.

Dự án Luật Đ-ờng sắt Việt Nam

Đa số ĐBCC đồng tình với quy định tại các Điều 5 và Điều 13 của Dự án Luật cho phép các tổ chức, cá nhân thuộc mọi thành phần kinh tế trong và ngoài n-ớc tham gia đầu t- phát triển kết cấu hạ tầng đ-ờng sắt để giảm gánh nặng cho ngân sách Nhà n-ớc. Nhiều đại biểu nhấn mạnh cần có khuôn khổ pháp lý thông thoáng, cởi mở khuyến khích các thành phần tham gia đầu t-, kinh doanh đ-ờng sắt. Để rõ ràng, Dự luật nên phân định rõ những hoạt động quản lý, khai thác kết cấu hạ tầng phân biệt với hoạt động kinh doanh đ-ờng sắt theo h-ớng đảm bảo cạnh tranh lành mạnh, bình đẳng giữa các doanh nghiệp.

Các đại biểu cũng mong muốn có những thể hiện cụ thể hơn về cơ chế, chính sách, giải pháp hỗ trợ đầu t- phát triển kết

cấu hạ tầng đ-ờng sắt và kinh doanh vận tải đ-ờng sắt nh- -u đãi về vốn, thuế, tín dụng và hỗ trợ doanh nghiệp tham gia đầu t- những tuyến đ-ờng quan trọng, quy định cụ thể loại đ-ờng, tuyến đ-ờng đ-ợc -u tiên, khuyến khích đầu t- cũng nh- tiêu chuẩn các loại đ-ờng đó và vai trò điều tiết của Nhà n-ớc để đảm bảo hoạt động của hệ thống đ-ờng sắt luôn thông suốt, an toàn.

Các đại biểu cũng góp ý nhiều vấn đề khác nh-: phạm vi điều chỉnh, quan hệ giữa quản lý và kinh doanh đ-ờng sắt, chính sách phát triển giao thông đ-ờng sắt, đảm bảo trật tự an toàn giao thông đ-ờng sắt.

Dự án Luật Kiểm toán Nhà n-ớc

Các ĐBCC nhất trí với quy định về nguyên tắc hoạt động của Kiểm toán Nhà n-ớc là độc lập, tuân theo pháp luật, trung thực, khách quan và không can thiệp trái pháp luật đến hoạt động bình th-ờng của đơn vị đ-ợc kiểm toán. Kiểm toán Nhà n-ớc là cơ quan chuyên môn của Nhà n-ớc phục vụ cho cả Quốc hội và Chính phủ; đặc biệt, giúp Quốc hội trong việc giám sát hoạt động tài chính-ngân sách, phê chuẩn tổng quyết toán ngân sách nhà n-ớc hàng năm. Ngoài những nhiệm vụ kiểm toán đột xuất do Quốc hội, Ủy ban Th-ờng vụ Quốc hội, Chính phủ yêu cầu thì kế hoạch kiểm

toán hàng năm do Kiểm toán Nhà n-ớc lập phải báo cáo Quốc hội tr-ớc khi thực hiện. Quốc hội, Chính phủ và các cơ quan của Quốc hội có thể yêu cầu bổ sung vào kế hoạch kiểm toán mà không làm mất đi tính độc lập của Kiểm toán Nhà n-ớc.

Các đại biểu tập trung thảo luận về các quy định cụ thể nh-: cấu trúc, tên gọi của Luật, phạm vi điều chỉnh, các loại hình kiểm toán, chuẩn mực kiểm toán, giá trị pháp lý của báo cáo kiểm toán. Có ý kiến đề nghị tên gọi của Luật phải phản ánh nội dung điều chỉnh các hoạt động của Kiểm toán Nhà n-ớc, kiểm toán độc lập và kiểm toán nội bộ. Chủ nhiệm Ủy ban Kinh tế và Ngân sách của Quốc hội, ông Nguyễn Đức Kiên cho biết: không thể quy định tổ chức và hoạt động của loại hình kiểm toán độc lập và kiểm toán nội bộ trong cùng một văn bản pháp luật với Kiểm toán Nhà n-ớc, bởi vì, ở Việt Nam, kiểm toán độc lập là loại hình doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực dịch vụ kiểm toán, đ-ợc điều chỉnh bằng các văn bản pháp luật riêng, còn kiểm toán nội bộ là một bộ phận trong tổ chức bộ máy của doanh nghiệp, bảo đảm việc quản lý, sử dụng đúng quy định của pháp luật và có hiệu quả.

Một số ĐBCC cho rằng cần quy định -u tiên sử dụng báo cáo của Kiểm toán Nhà n-ớc trong tr-ờng hợp có sự khác nhau giữa kết luận của Kiểm

toán Nhà n-ớc và kết luận của cơ quan Thanh tra về cùng một nội dung.

Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Hải quan

Luật Hải quan (ban hành tháng 6/2001) có hiệu lực thi hành từ ngày 1/1/2002. Luật này đ-ợc sửa đổi, bổ sung để đáp ứng yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế và chống tiêu cực. Chính phủ đề xuất 20 vấn đề sửa đổi, bổ sung. Một số đại biểu tán thành phạm vi nh- Chính phủ trình; một số khác đặt vấn đề bổ sung thêm những nội dung về thực hiện Hiệp định về nguyên tắc trị giá hải quan theo GATT, Công -ớc Ky-ô-tô, Hiệp định về bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ, hợp tác quốc tế về hải quan.

Quy định "*lãnh thổ hải quan*" thu hút nhiều ý kiến. Một số không tán thành quy định này với cách quy định chung chung nh- dự thảo, dễ gây tranh luận không cần thiết; phải phải làm rõ "*lãnh thổ hải quan*" là những khu vực nào và ở đó hải quan đ-ợc thực hiện những việc gì.

Vấn đề áp dụng *thủ tục hải quan điện tử* là cần thiết theo h-ớng cải cách hành chính. Đây là ph-ơng thức mới, do đó, nhiều ý kiến đề nghị phải cụ thể hoá nội dung, hồ sơ và quy trình, vấn đề quản lý, bảo đảm an toàn hồ sơ tr-ớc nguy cơ sự cố máy tính, có nên có thêm hồ sơ bằng giấy không? Một số đại biểu đề nghị giữ nguyên quy định hiện hành

về khai, nộp hồ sơ hải quan.

Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Nghĩa vụ quân sự

Nhiều ĐBCC nhất trí với việc sửa độ tuổi nhập ngũ trong thời bình là từ 18 tuổi đến 25 tuổi (Luật hiện hành là từ 18 đến 27); cũng có ý kiến đề nghị giảm xuống 24 tuổi. Các vấn đề khác đ-ợc thảo luận là: thời hạn phục vụ tại ngũ của hạ sỹ quan chỉ huy, hạ sỹ quan chuyên môn, kỹ thuật; chế độ, chính sách đối với chiến sỹ đang tại ngũ cũng nh- sau khi hoàn thành nghĩa vụ quân sự, xuất ngũ, chuyển ngành...

Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Văn An trong bài phát biểu bế mạc đã đánh giá cao kết quả thảo luận, coi đây là một khâu quan trọng trong quy trình làm luật của Quốc hội. Việc chuẩn bị dự án luật đã huy động đ-ợc tối đa sự tham gia của các vị Đại biểu Quốc hội chuyên trách, các cơ quan, tổ chức hữu quan, các nhà chuyên môn vào quá trình xây dựng luật trong thời gian giữa hai kỳ họp và tại kỳ họp Quốc hội. Hội nghị chuyên trách thể hiện vai trò nòng cốt trong công tác xây dựng pháp luật của các đại biểu Quốc hội chuyên trách đang giữ những vị trí quan trọng trong các cơ quan của Quốc hội ở trung -ơng và địa ph-ơng. Chủ tịch cũng nhấn mạnh cần tiếp tục cải tiến cách tổ chức thảo luận để công tác xây dựng pháp luật đạt hiệu quả tốt hơn./.

SỬA ĐỔI BỘ LUẬT DÂN SỰ:

Cần chú ý tính hệ thống

NGUYỄN AM HIẾU*

Tác giả cho rằng, không nên bận tâm nhiều đến việc phải ôm mọi quan hệ dân sự vào Bộ luật Dân sự, mà hãy để cho các cơ chế khác điều chỉnh; cần chú ý hơn để Bộ luật này có tính ổn định t-ong xứng với tính ổn định của các quan hệ dân sự; bảo đảm đ-ợc tính hệ thống của cả nền pháp luật; nên áp dụng nguyên tắc chung - luật riêng trong lập pháp và vận dụng thi hành luật

Không nên quy định đối t-ợng điều chỉnh

Đối t-ợng điều chỉnh là câu hỏi th-ờng đ-ợc đặt ra khi tiến hành soạn thảo bất kỳ một văn bản pháp luật nào ở Việt Nam và đó cũng là một trong những câu hỏi làm tốn kém nhiều thời gian của xã hội nhất khi chuẩn bị cho việc ban hành một văn bản pháp luật. Bộ luật Dân sự (BLDS) không là một ngoại lệ vì có hai lý do cơ bản.

Tr-ớc hết, các quan hệ dân sự là các quan hệ xã hội menh mông, có thể chỉ trừ quan hệ hành chính, nhà n-ớc và quan hệ hình sự. Có thể kiểm nghiệm vấn đề trong một ví dụ trong thực tế. Tại Thủ đô Hà Nội, với dân số 3,2 triệu ng-ời, mỗi buổi sáng chỉ cần đến 8 giờ sáng, tức là ch-a đến giờ làm việc, đã có thể có

khoảng ít nhất trên một triệu hợp đồng đ-ợc giao kết và phần lớn ng-ời giao kết hợp đồng đều không đọc BLDS cũng nh- Luật Th-ơng mại, hay một văn bản pháp luật liên quan nào đó, bởi không ai tr-ớc khi đi ăn sáng hay đi mua thực phẩm cho gia đình hàng ngày... lại còn đọc BLDS hay Luật Th-ơng mại...

Bởi vậy, trong lĩnh vực luật t-, ý t-ởng pháp luật có thể bao trùm mọi hoạt động của đời sống xã hội không bao giờ trở thành hiện thực. Ngay cả các bộ luật lớn trên thế giới cũng không đặt vấn đề điều chỉnh hết các quan hệ dân sự (Xem hộp 1). Bởi lẽ, trong lĩnh vực luật t-, nhiều chuyên gia đã có lý khi cho rằng, cuộc sống vô cùng phong phú, pháp luật chỉ là cái hỗ trợ, cái bổ sung¹.

Tính ổn định

Một trong các tiêu chí quan trọng nhất làm cho BLDS khẳng định đ-ợc đúng vị trí của nó là tính ổn định, bởi quan hệ dân sự là loại quan hệ về cơ bản rất ít thay đổi. Cách đây hơn 2000 năm, khi “*Giải thích Lão Tử*”, Hàn Phi Tử đã viết: “*Nói chung, pháp lệnh mà thay đổi thì việc lợi và hại cũng khác đi, việc lợi và hại khác nhau thì việc làm của dân thay đổi. Việc làm của dân thay đổi gọi là thay đổi nghề. Cho nên cứ lấy lý mà xét thì nếu việc lớn và nhiều mà hay thay đổi thì ít thành công*”.

Giữ cái vật lớn mà hay dời chỗ nó thì sút mẻ nhiều, nấu con cá nhỏ mà hay lật đi lật lại thì làm cho nó mất vẻ đẹp. Cai trị một n-ớc lớn mà hay thay đổi pháp luật thì dân khó về việc đó.

¹Ví dụ TS. Pierre Bezarđ, chánh Toà th-ơng mại Toà t- pháp tối cao Cộng hoà Pháp, Thành viên Uỷ ban định h-ớng Nhà Pháp luật Việt - Pháp.

Hộp 1: Không quy định đối tượng điều chỉnh

BLDS Phổ năm 1794 với hơn 17.000 điều và BLDS Pháp với 2281 điều (*GS. Michel Grimaldi, Tham luận Hội thảo 200 năm BLDS Pháp, Hà Nội tháng 11/2004, Nhà pháp luật Việt-Pháp, trang 95*) không bao giờ điều chỉnh hết các quan hệ dân sự. BLTM Đức, BLTM Pháp và Luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ không bao giờ điều chỉnh tất cả các quan hệ thương mại.

Các bộ luật nổi tiếng không có quy định về đối tượng điều chỉnh. Ví dụ: Điều 1 BLDS Đức quy định về sự bắt đầu năng lực pháp luật “*Năng lực pháp luật của con người bắt đầu từ khi hoàn thành việc sinh ra*” (*Wichtige Gesetze des Wirtschaftsprivatrecht, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe. Herne/Berlin, 1996, trang 17*). Các Điều 1,2,3 của BLTM thì quy định về các loại thương nhân (*Wichtige Gesetze des Wirtschaftsprivatrecht, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe. Herne/Berlin, 1996, trang 500, 501*). Thiên mở đầu của BLDS Pháp gồm 6 điều, chỉ quy định về “*Công bố luật, hiệu lực của luật và áp dụng luật*” (*BLDS của nước Cộng hòa Pháp, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội-1998, trang 7, 8.*). Các Điều 1 và 2 BLDS Nhật Bản chỉ quy định về nguyên tắc thực hiện quyền và nguyên tắc giải thích luật (*BLDS Nhật Bản, Bản dịch của Dự án Jica Nhật Bản*).

Mặt khác, ở Việt Nam, t- tổng hình thành các ngành luật độc lập không chỉ có ảnh hưởng trong giảng dạy, nghiên cứu mà cả trong hoạt động lập pháp. Điều đó đã làm cho nhà lập pháp luôn hy vọng vào điều không thể đạt được là điều chỉnh các quan hệ xã hội được coi là cùng loại trong một đạo luật. Trong thực tiễn, những cố gắng như vậy đã góp phần làm giảm tính hệ thống của pháp luật và cũng có nghĩa là làm giảm tính khả thi của hệ thống pháp luật, bởi tính hệ thống của pháp luật là một trong các điều kiện tiên quyết quyết định tính khả thi của từng đạo luật.

Vi vậy, không cần phải bận tâm với câu hỏi: BLDS đã điều chỉnh đầy đủ các quan hệ dân sự chưa; mà nên đặt vấn đề: các quan hệ xã hội ngoài hành chính và hình sự không chỉ được điều chỉnh trong BLDS mà còn được điều chỉnh trong nhiều văn bản pháp luật khác, thậm chí còn điều chỉnh bằng những cách thức khác không bằng pháp luật như tập quán, thói quen..., nếu điều đó không vi phạm đến đạo đức cũng như trật tự công cộng. Hiện tại, Ban soạn thảo đang đi theo xu hướng này, hay cuộc sống đang dẫn dắt Ban soạn thảo đi theo hướng tất yếu này. Đó cũng là điều mà đời sống dân sự trông đợi. Tuy nhiên, các quy định trong dự thảo BLDS sửa đổi không thể hiện hoàn toàn như vậy.

Còn nếu nhìn từ thực tiễn áp dụng pháp luật, vấn đề quan trọng không phải là mở rộng hay thu hẹp đối tượng điều chỉnh của BLDS hiện hành, mà là nội dung của từng quy định trong BLDS có phản ánh đúng đời sống dân sự hay không và mối quan hệ của các quy định trong BLDS đối với các quy định trong các văn bản luật khác có phản ánh tính hệ thống hay không. Cũng xin lưu ý ở đây là *tính hệ thống* chứ không phải *tính thống nhất*.

Do đó, ông vua có đạo quý trọng sự yên tĩnh, không làm thay đổi pháp luật. Cho nên nói: “**Trị nước lớn giống như nấu con cá nhỏ**”². Để BLDS ổn định, về đối tượng điều chỉnh cần cân nhắc một số vấn đề sau đây:

Luật công - luật t-

Cũng như nhiều quan hệ xã hội, quan hệ dân sự trong

một số trường hợp cần có sự điều chỉnh của cả luật t- và luật công. Các luật gia theo hệ thống luật La Mã - Đức quan niệm BLDS thuộc về luật t-. Vậy có nên xử lý các vấn đề của luật công trong Bộ luật này hay không? Nếu chấp nhận có những vấn đề của luật công thì chắc chắn BLDS sẽ không có tính ổn định cao vì công việc quản lý nhà nước thường xuyên thay đổi

nhiều hơn những thói quen giao dịch trong đời sống dân sự. BLDS và Bộ luật Thương mại (BLTM) Pháp, BLDS và BLTM Đức cũng như Luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ đã xử lý theo cách đưa hầu hết những vấn đề của luật công ra khỏi Bộ luật. Điều này đã làm cho các Bộ luật này có tính ổn định hàng trăm năm, thậm chí 200 năm như BLDS Pháp.

² Hàn Phi Tử, NXB Văn học, Hà Nội – 2001, Ng-ời dịch Phan Ngọc, tr. 182.

Hiện tại, ý tưởng đ-a tất cả những vấn đề liên quan đến thủ tục hành chính nh- thủ tục về hộ tịch, các quy định cụ thể về thủ tục đăng ký hay những vấn đề t-ong tự ra khỏi BLDS là một ý tưởng sáng suốt, góp phần làm cho Bộ luật có thể đạt đ-ợc sự ổn định cao hơn.

Luật chung - luật riêng và tính hệ thống

Rà soát không đem lại tính hệ thống: Pháp luật phải là một hệ thống hay mang tính hệ thống để có thể vận động, có tính khả thi. Pháp luật không có tính hệ thống cũng nh- tình trạng sản xuất nhiều xe cộ nh-ng lại không quan tâm đến làm đ-ờng và duy trì một trật tự giao thông phù hợp, dẫn đến ì ạch, không phát huy tác dụng.

Thấm nhuần tinh thần đó, nhiều năm nay, Nhà n-ớc đang cố gắng làm cho pháp luật thống nhất thông qua việc ban hành, sửa đổi, bổ sung, huỷ văn bản trái, rà soát văn bản vv... nh-ng kỳ lạ thay, mọi cố gắng hầu nh-mang lại rất ít kết quả, thậm chí đôi khi còn ng-ợc lại. Pháp luật Việt Nam trong những năm gần đây đ-ợc th-ờng xuyên sửa đổi, bổ sung đến mức các luật s- chuyên nghiệp cũng rất khó theo dõi. Sự sửa đổi, bổ sung th-ờng theo h-ớng tiến bộ, đó là điều tốt. Tuy nhiên, nếu không khéo, nó lại tiếp tục góp phần làm cho môi tr-ờng pháp lý không ổn định.

Khi trao đổi với GS. C. Rohwer (Cố vấn Dự án Star – Việt Nam) về những cố gắng rà soát, sửa đổi của Việt Nam trong việc làm cho pháp luật có tính hệ thống, giáo s- có gợi ý tôi rằng, nếu chúng ta thành công thì ông sẵn sàng giới thiệu Việt Nam giúp đỡ Chính phủ Hoa Kỳ vì pháp luật Hoa Kỳ cũng luôn trong tình trạng chông chéo, mâu thuẫn, không thống nhất... không kém gì pháp luật Việt Nam.

Cần có nguyên tắc về áp dụng luật chung, luật riêng: Vậy, ngoài việc đ-a ra các quy định tốt, rà soát để sửa đổi, huỷ bỏ các quy định chông chéo..., vấn đề còn nằm ở đâu nữa? Tôi cho rằng quy -ớc về thực hiện các nguyên tắc áp dụng pháp luật sẽ góp phần làm cho hệ thống pháp luật có tính hệ thống hơn. Trên th-ơng tr-ờng quốc tế, các nguyên tắc áp dụng luật để hạn chế các xung đột luật giữa các quốc gia trong t- pháp quốc tế t-ong đối thống nhất và không còn là vấn đề quá khó khăn với giới luật học. Trong mỗi quốc gia cũng cần có các nguyên tắc áp dụng luật mới có thể góp phần làm cho pháp luật có tính hệ thống, trong đó, nguyên tắc quan hệ luật chung - luật riêng là một trong các nguyên tắc quan trọng nhất. Nội dung cơ bản của nguyên tắc này là: nếu cùng một vấn đề có cả đạo luật chung và luật riêng (luật chuyên ngành) điều chỉnh, thì -u tiên áp dụng luật chuyên ngành.

Đây là một nguyên tắc áp dụng luật của luật La Mã và đ-ợc áp dụng ở hầu hết các n-ớc, nhất là các n-ớc theo hệ thống luật La Mã - Đức. Ở Việt Nam hiện nay, nguyên tắc này bắt đầu đ-ợc áp dụng và giới luật học đang tiếp tục làm quen. Nh-ng nguyên tắc này hiện đang mâu thuẫn với một số nguyên tắc của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật cũng nh- trong t- duy pháp lý của phần đông luật gia Việt Nam.

Mâu thuẫn trong luật ban hành văn bản: Tr-ớc hết, pháp luật của Việt Nam có tính thứ bậc. Cao nhất là Hiến pháp, tiếp theo là bộ luật, luật, pháp lệnh, nghị định, văn bản của hội đồng nhân dân và uỷ ban nhân dân các cấp. Nguyên tắc này t-ong tự nguyên tắc trong hành chính Nhà n-ớc và vì vậy, thẩm quyền lập pháp đ-ợc phát sinh trong rất nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Hầu hết các n-ớc đều không áp dụng nguyên tắc đó trong hoạt động lập pháp, mà chỉ áp dụng trong quản lý hành chính nhà n-ớc. Thẩm quyền lập pháp ở các n-ớc khá rõ ràng và không theo trật tự nh- Việt Nam. Thẩm quyền lập pháp chỉ tuân theo Hiến pháp, chúng không bị ràng buộc lẫn nhau.

Một nguyên tắc khác trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật là nguyên tắc văn bản ban hành sau về cùng một vấn đề có giá trị pháp lý cao hơn văn bản ban hành tr-ớc nếu chúng do cùng một cơ quan ban hành. Nguyên tắc này về lý

thuyết có thể chấp nhận đ-ợc, nh-ng không thật rõ ràng trong thực tế. Giải quyết vấn đề trên, ở các n-ớc th-ờng sử dụng ph-ơng pháp tuyên bố hết hiệu lực các quy định đã ban hành khi ban hành một quy định mới về cùng vấn đề. Chính vì vậy, khi ban hành một văn bản pháp luật mới, họ có thể đồng thời tuyên bố hết hiệu lực một văn bản tr-ớc đó, thậm chí chỉ một quy định hay một câu, chữ trong một văn bản quy phạm pháp luật tr-ớc đó.

Các quốc gia đều coi Hiến pháp là đạo luật cơ bản hay luật gốc mà không một đạo luật nào đ-ợc trái với nó. Vì vậy, nhiều ng-ời th-ờng gọi Hiến pháp có tính tối th-ơng. Các đạo luật khác dù là bộ luật hay luật đều có giá trị pháp lý nh- nhau và đều không đ-ợc trái với Hiến pháp. Nếu có đạo luật nào trái với Hiến pháp thì bị coi là vi hiến và phải đ-ợc tuyên bố hết hiệu lực. Về mối quan hệ giữa các đạo luật với nhau, trong lập pháp ng-ời ta luôn cố gắng hạn chế sự mâu thuẫn, ch-ông chéo giữa các đạo luật. Tuy nhiên, đó không phải là nguyên tắc hiến định. Chính vì vậy, trên thế giới chỉ có “*Toà bảo hiến*” chứ không quốc gia nào có “*Toà bảo vệ Bộ luật dân sự*” hay một bộ luật nào đó.

Trong thực tiễn lập pháp, các đạo luật của từng quốc gia luôn

có nguy cơ có các quy định mâu thuẫn, ch-ông chéo nhau vì nh-ng-ời x-a th-ờng nói “*tam sao thất bản*”. Thực tiễn pháp lý cũng đòi hỏi phải xử lý một số vấn đề đặc thù và phải có các quy định đặc thù cho các quan hệ xã hội đặc thù. Vì vậy, cũng cần có các quy định khác nhau thì mới xử lý đ-ợc các đặc thù của một số loại quan hệ xã hội đặc thù. Nh-ng đó là việc ban hành luật, còn trong thực tiễn, để giải đáp câu hỏi: áp dụng luật nào, ng-ời ta viện đến nguyên tắc luật chung - luật riêng. Nh- vậy, nguyên tắc luật chung – luật riêng không phải là nguyên tắc của lập pháp, mà là nguyên tắc áp dụng luật mà bất kỳ thẩm phán hay luật s- nào đều cần biết đến để giải thích các quy định mâu thuẫn hay khác nhau này, góp phần làm cho pháp luật có tính hệ thống³.

Liên hệ với sửa đổi, bổ sung BLDS: Những lý giải trên đây có thể trả lời cho câu hỏi về việc đặt ở đâu các quy định về chuyển nh-ợng quyền sử dụng đất, về sở hữu trí tuệ và chuyển giao công nghệ. Câu trả lời là: việc quy định ở đâu thật ra không phải là vấn đề quan trọng đối với thực tiễn, mà quan trọng hơn là các quy định có phản ánh đúng bản chất của loại quan hệ đó hay không; và lúc cần thì áp dụng những quy định của luật nào: luật chung hay riêng.

Hai vấn đề nói trên đều có tính chuyên ngành, nếu quy định trong nhiều văn bản thì khả năng không thống nhất càng cao hơn. Mặt khác, chuyển quyền sử dụng đất cũng nh- sở hữu trí tuệ và chuyển giao công nghệ hiện nay không có tính ổn định cao nh- các quan hệ xã hội khác. Sự phức tạp của việc h-ớng dẫn thi hành Luật Đất đai minh chứng cho sự phức tạp của vấn đề và đồng thời minh chứng cho khả năng ch-a ổn định của quan hệ xã hội này. Sở hữu trí tuệ và chuyển giao công nghệ đang đ-ợc chuẩn bị trong dự thảo trình Quốc hội trong năm 2005. Luật Sở hữu trí tuệ và chuyển giao công nghệ gắn gũi với các hoạt động th-ơng mại hơn hoặc là thuộc về hoạt động th-ơng mại hơn là cuộc sống dân sự thông th-ờng. Do đó, tính ổn định của loại quan hệ xã hội này cũng không cao. Chính vì vậy, nếu tính đến lợi ích xã hội thì không nên quy định đồng thời hai vấn đề trên cùng trong BLDS và trong các văn bản luật riêng (luật chuyên ngành). Điều đó vừa dễ dàng hơn cho những nhà lập pháp vừa thuận tiện cho việc áp dụng pháp luật trong thực tiễn./.

*TS, Vụ pháp luật dân sự kinh tế, Bộ T- pháp

³ Chính vì vậy, khi nói “ng-ời Pháp coi Bộ luật Dân sự nh- Hiến pháp của luật t-” không có nghĩa là các đạo luật khác phải tuân thủ BLDS, mà chỉ do thành tựu mẫu mực của nó đã đạt đ-ợc nên hoạt động lập pháp lấy đó làm khuôn mẫu, chứ bản thân BLDS không có tính hiến định.

HOẠT ĐỘNG CỦA LUẬT S- TRONG CÔNG CUỘC CẢI CÁCH T- PHÁP

XUÂN ANH*

Từ ngày 21 đến ngày 23/2/2005 tại Hải D-ong, Ủy ban Pháp luật của Quốc hội đã tổ chức hội thảo về “Hoạt động của Luật s- trong công cuộc cải cách t- pháp”. Hội nghị trao đổi những bất cập của hoạt động luật s- và bàn về kiến nghị khắc phục để phát triển nghề luật s- đáp ứng yêu cầu cải cách t- pháp và quá trình hội nhập quốc tế.

Bài viết tóm tắt những nội dung của hội nghị. Xin tham khảo thêm cùng chủ đề đã đăng tải tại Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 2/2004 “Dịch vụ pháp lý ở Việt Nam tr-ớc thêm WTO”

Những chuyển biến mới

Thực hiện quy định của Pháp lệnh Luật s- năm 2001 cho phép cán bộ, công chức hành nghề luật s- đến hết ngày 30/9/2004, theo số liệu của Vụ Bổ trợ T- pháp (Bộ T- pháp) tính đến ngày 01/10/2004, có 366 luật s- là cán bộ, công chức đã rút ra khỏi Đoàn luật s-. Cho đến ngày 31/12/2004, cả n-ớc có trên 3000 luật s- (trong đó có 2/3 luật s- chính thức, số còn lại là luật s- tập sự), tăng hơn 1,5 lần số l-ợng luật s- tr-ớc khi ban hành Pháp lệnh Luật s-. Với việc quy định tiêu chuẩn để trở thành luật s- phải trải qua khoá đào tạo nghề tại Học viện T- pháp, trình độ luật s- từng b-ớc đ-ợc nâng lên. Việc kiểm tra luật s- tập sự tuân theo quy trình chặt chẽ có sự

tham gia của Bộ T- pháp, Sở T- pháp, Đoàn luật s-. Đó là b-ớc tiến quan trọng trong quá trình đ-a luật s- vào hoạt động chuyên nghiệp.

Hoạt động của luật s- bao gồm: Tham gia hoạt động tố tụng, thực hiện t- vấn pháp luật và các dịch vụ pháp lý khác (t- vấn thủ tục thành lập doanh nghiệp, xuất nhập cảnh, hoạt động trợ giúp pháp lý miễn phí cho ng-ời nghèo và ng-ời đ-ợc h-ởng chính sách -u đãi theo pháp luật...). Các hoạt động của luật s- ngày càng phát triển và đ-ợc quan tâm theo tinh thần chỉ đạo của Nghị quyết số 08 ngày 02/01/2002 của Bộ Chính trị về một số nhiệm vụ cấp bách trong cải cách t- pháp, trong đó, nội dung đảm bảo tranh tụng

dân chủ tại phiên toà đ-ợc nhấn mạnh. (Xem hộp 1).

Vai trò luật s- trong hoạt động tố tụng đã đ-ợc coi trọng, chế định ng-ời bào chữa trong pháp luật tố tụng hình sự có nhiều đổi mới, phù hợp với quá trình dân chủ hoá các hoạt động trong xã hội, thể hiện tính -u việt và nhân đạo trong xã hội ta. Trong Bộ luật Tố tụng hình sự (BLTTHS) (sửa đổi) đ-ợc Quốc hội thông qua ngày 26/11/2003 và có hiệu lực từ ngày 01/7/2004 quy định, ng-ời bào chữa có quyền tham gia tố tụng từ khi có quyết định tạm giữ của cơ quan điều tra đối với ng-ời bị bắt trong tr-ờng hợp khẩn cấp, phạm tội quả tang hoặc đang bị truy nã (Điều 11, 58). Ng-ời bào chữa có quyền

Hộp 1. Nghị quyết số 08 ngày 02/01/2002 của Bộ Chính trị: “*Chất lượng của công tác t- pháp nói chung ch-a ngang tầm với đòi hỏi của nhân dân, còn nhiều tr-ờng hợp bỏ lọt tội phạm, làm oan ng-ời vô tội, vi phạm các quyền tự do, dân chủ của nhân dân. Nghị quyết đề ra một số trọng tâm t- pháp trong thời gian tới, trong đó đặc biệt nhấn mạnh: Nâng cao chất lượng công tố của Kiểm sát viên tại phiên toà, đảm bảo tranh tụng dân chủ với luật s-, ng-ời bào chữa và những ng-ời tham gia tố tụng khác, khi xét xử, Toà án phải đảm bảo cho mọi công dân đều bình đẳng trước pháp luật, thực sự dân chủ, khách quan. Thẩm phán và hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật. Việc phán quyết của Toà án phải căn cứ chủ yếu vào kết quả tranh tụng tại phiên toà, trên cơ sở xem xét đầy đủ, toàn diện các chứng cứ, ý kiến của Kiểm sát viên, của ng-ời bào chữa, của bị cáo, nhân chứng, nguyên đơn, bị đơn và những ng-ời có quyền và lợi ích liên quan trong vụ án. Đề ra những bản án, quyết định đúng pháp luật, có sức thuyết phục và trong thời hạn pháp luật quy định. Các cơ quan t- pháp có trách nhiệm tạo điều kiện để luật s- tham gia vào quá trình tiến hành tố tụng, tham gia xét hỏi bị can, nghiên cứu hồ sơ vụ án, tranh luận dân chủ tại phiên toà”.*

đề nghị cơ quan điều tra báo tr-ớc về thời gian, địa điểm hỏi cung bị can để có mặt khi hỏi cung bị can, xem các biên bản về hoạt động tố tụng có sự tham gia của mình và các tố tụng liên quan đến ng-ời mà mình bào chữa. Tại phiên toà, sau khi Hội đồng xét xử và kiểm sát viên thẩm vấn, ng-ời bào chữa có quyền đ-ợc thẩm vấn đối với ng-ời bị hại, ng-ời làm chứng, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, ng-ời có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, ng-ời đại diện hợp pháp (Điều 210, 211). Những điểm mới đó đã thể hiện tính dân chủ của pháp luật tố tụng hình sự, phù hợp với quá trình xây dựng nhà n-ớc pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở n-ớc ta¹.

Bộ luật Tố tụng dân sự (BLTTDS) đ-ợc thông qua tại

kỳ họp thứ 5, ngày 15/6/2004 và có hiệu lực từ ngày 01/01/2005 có nhiều nội dung mới quy định về quyền, nghĩa vụ của ng-ời bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đ-ơng sự. (Xem hộp 2)

Những bất cập

1) Các luật s- tham gia hội thảo thừa nhận pháp luật tố tụng đã mở rộng hoạt động của luật s-, nh-ng rất khó lý giải vì sao trên thực tiễn, hoạt động tố tụng của luật s- vẫn gặp nhiều khó khăn. Luật s- là ng-ời bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp cho công dân, chính là góp phần bảo vệ lẽ phải và sự

Hộp 2. Điều 64 BLTTDS quy định về quyền, nghĩa vụ của ng-ời bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đ-ơng sự nh- sau:

1. Tham gia tố tụng từ khi khởi kiện hoặc bất cứ giai đoạn nào trong quá trình tố tụng dân sự. Ng-ời bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đ-ơng sự đ-ợc tham gia phiên toà giám đốc thẩm, tái thẩm nếu Toà án xét thấy cần thiết.
2. Xác minh, thu thập chứng cứ và cung cấp chứng cứ cho Toà án, nghiên cứu hồ sơ vụ án và đ-ợc ghi chép, sao chụp những tài liệu cần thiết có trong hồ sơ vụ án để thực hiện việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đ-ơng sự.
3. Tham gia việc hoà giải, tham gia phiên toà hoặc có văn bản bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đ-ơng sự.
4. Thay mặt đ-ơng sự yêu cầu thay đổi ng-ời tiến hành tố tụng, ng-ời tham gia tố tụng khác theo quy định của Bộ luật này.
5. Giúp đ-ơng sự về mặt pháp lý liên quan đến việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ.
6. Các quyền, nghĩa vụ quy định tại các điểm m, q và r khoản 2 Điều 58 của Bộ luật này (Tranh luận tại phiên toà; phải có mặt theo giấy triệu tập của Toà án và chấp hành các quyết định của Toà án trong thời gian giải quyết vụ án; tôn trọng Toà án, chấp hành nghiêm chỉnh nội quy phiên toà).

¹ Tham luận tại Hội nghị của Luật s- Phạm Hồng Hải, ng-ời đã từ bỏ công chức để hành nghề luật s-.

công bằng xã hội nh-ng các cơ quan t- pháp vẫn ch-a thực sự tôn trọng luật s-? Đặc biệt trong các phiên tòa dân sự, thủ tục tranh luận diễn ra th-ờng buồn tẻ và kết thúc nhanh chóng. Hội đồng xét xử thực hiện thủ tục này một cách hình thức, phiến diện, nhiều khi bỏ qua (đã có nhiều vụ án dân sự bị kháng nghị do Hội đồng xét xử vi phạm thủ tục tố tụng do đã bỏ qua thủ tục tranh luận tại phiên tòa), nên trong nhiều tr-ờng hợp, nếu không có luật s- tham gia phiên tòa thì các đ-ơng sự cũng ít tranh luận với nhau, còn khi có luật s- thì do Hội đồng xét xử ch-a coi trọng thủ tục này, nên các luật s- mặc dù chuẩn bị kỹ nh-ng họ cũng không đ-ợc phát biểu đầy đủ mà chỉ tóm tắt ý chính, vì đã có tr-ờng hợp luật s- nói dài bị Hội đồng xét xử cắt ngang hoặc không tập trung chú ý lắng nghe. Vì thế, nhiều khi luật s- sau khi phát biểu các ý chính đã nộp toàn bộ nội dung văn bản bào chữa cho Hội đồng xét xử xem xét và đ-a vào hồ sơ tr-ớc khi Hội đồng xét xử nghị án, hy vọng các lý lẽ trong văn bản của mình sẽ đ-ợc Hội đồng xem xét đầy đủ. Điều đó khẳng định rằng, nếu các vụ án không đ-ợc giải quyết

thông qua tranh tụng dân chủ tại phiên tòa thì vai trò luật s- luôn chỉ là hình thức.

2) Trong tranh tụng tại phiên tòa, Hội đồng xét xử phải là trọng tài công minh, kiểm sát viên và luật s- mới thật sự có vai trò quan trọng nhằm làm sáng tỏ vụ án. Tuy nhiên, vị trí luật s- luôn bị đánh giá thấp hơn, điều này còn thể hiện trong quy định của pháp luật. Hiện nay, pháp luật tố tụng phân chia t- cách ng-ời tiến hành tố tụng và ng-ời tham gia tố tụng đã tạo ra sự phân biệt địa vị pháp lý của các chức danh t- pháp. (Xem hộp 3)

Đồng thời, theo quy định tại Khoản 2, Điều 19 của Pháp lệnh Luật s- thì Công ty luật hợp danh đ-ợc thực hiện dịch vụ pháp lý trong lĩnh vực t-

vấn pháp luật, dịch vụ pháp lý khác nh-ng không đ-ợc thực hiện dịch vụ pháp lý trong lĩnh vực tố tụng nh- hoạt động của Văn phòng luật s-. Có thể thấy, việc hình thành 2 loại hình luật s- hành nghề với hai phạm vi hoạt động khác nhau tạo nên sự phân biệt và có thể làm hạn chế khả năng phát huy vai trò bào chữa của luật s-. Thực tế, việc ng-ời bào chữa nói chung cũng nh- luật s- thuộc Văn phòng luật s- đ-ợc quyền tham gia tố tụng, còn luật s- trong Công ty luật không đ-ợc tham gia tố tụng là điều ch-a hợp lý.

3) Trong hoạt động lập pháp, luật s- tham gia với mức độ đóng góp ý kiến nh- các chuyên gia pháp lý khác mà ch-a đ-ợc mời vào các ban

Hộp 3. BLTTHS và BLTTDS đã xếp luật s- vào nhóm “*Những ng-ời tham gia tố tụng*” bao gồm luật s-, ng-ời làm chứng, ng-ời giám định, ng-ời phiên dịch, ng-ời liên quan. Không phải lúc nào, luật s- cũng trong t- cách là ng-ời tham gia tố tụng, nh- trong tr-ờng hợp bắt buộc phải có ng-ời bào chữa theo quy định tại Khoản 2 Điều 57 của Bộ luật này mà ng-ời bào chữa vắng mặt, thì Hội đồng xét xử phải hoãn phiên tòa (Điều 190). Khoản 2, Điều 57 BLT-THS quy định: a) Bị can, bị cáo về tội theo khung hình phạt có mức cao nhất là tử hình đ-ợc quy định tại Bộ luật hình sự; b) Bị can, bị cáo là ng-ời ch-a thành niên, ng-ời có nh-ợc điểm về tâm thần hoặc thể chất. Bị can, bị cáo hoặc ng-ời đại diện hợp pháp của họ không mời ng-ời bào chữa thì Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát hoặc Tòa án phải yêu cầu Đoàn luật s- phân công Văn phòng luật s- cử ng-ời bào chữa cho họ hoặc đề nghị Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, tổ chức thành viên của Mặt trận cử ng-ời bào chữa cho thành viên của tổ chức mình.

soạn thảo luật để tham gia xây dựng dự thảo luật ngay từ đầu. Chính điều này là sự “lãng phí chất xám”, hoạt động lập pháp ch-a huy động đ-ợc tài năng, trí tuệ của đội ngũ luật s-. Phải chăng, vì vậy mà những ý kiến của luật s- vào các dự thảo pháp luật tố tụng không đủ để bảo vệ và đấu tranh cho địa vị pháp lý của mình? Đã có Đại biểu Quốc hội đ-a ra đề nghị, trong tình hình hiện nay, cần thực hiện ph-ơng pháp đấu thầu dự án làm luật, do trình độ pháp lý của các Đại biểu Quốc hội ch-a đồng đều nên cần giao khoán một vài dự án luật cho các nhóm chuyên gia pháp lý, luật s- xây dựng, vừa đảm bảo chất l-ợng luật ngay từ đầu, vừa góp phần đẩy nhanh đ-ợc tiến độ làm luật hiện nay².

Kiến nghị

Để hoạt động của luật s- trở thành chuyên nghiệp, tr-ớc hết cần hoàn thiện tiêu chuẩn luật s-. Theo TS. Nguyễn Văn Tuấn (Bộ T-pháp), cần chú trọng chất l-ợng đào tạo nghề luật s-. Ngoài tiêu chuẩn hiện hành, nên quy định ng-ời có thời

gian hành nghề dịch vụ pháp lý ít nhất một năm mới đ-ợc nhận vào tr-ờng đào tạo nghề luật s- và thời gian đào tạo nên kéo dài một năm. Về lâu dài, cần tổ chức kỳ thi quốc gia để cấp chứng chỉ hành nghề luật s-, ng-ời có chứng chỉ này sẽ có quyền hành nghề luật s- mà không phụ thuộc vào việc họ có gia nhập Đoàn luật s- hay không, vì thực chất Đoàn luật s- là tổ chức xã hội nghề nghiệp mang tính tự nguyện.

Điều 36, Pháp lệnh Luật s-năm 2001 quy định: “*Trong phạm vi cả n-ớc, tổ chức luật s- toàn quốc đại diện cho các luật s-, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp cho họ*”, nh-ng cho đến nay, quy định trên ch-a đ-ợc thực hiện. Việc thành lập một tổ chức xã hội – nghề nghiệp của luật s- trong giai đoạn này là cần thiết. Đây là tổ chức mang tính tự quản để kiểm soát về đạo đức, trách nhiệm nghề nghiệp, chất l-ợng hành nghề của các luật s-, nâng cao vai trò của tổ chức này trong việc chủ động hội nhập kinh tế quốc tế của giới luật s- và nghề luật s-n-ớc ta. Tr-ớc mắt, có thể

hình thành *Liên đoàn Luật s-toàn quốc* để thống nhất hoạt động và đại diện cho tiếng nói chung của giới luật s- tham gia hiệu quả vào quá trình cải cách t- pháp n-ớc ta, cũng nh- có điều kiện góp phần tích cực vào các hoạt động lập pháp³.

Cần xóa bỏ ranh giới phân biệt giữa luật s- t- vấn và luật s- tranh tụng. Từng b-ớc xây dựng địa vị pháp lý của luật s- một cách t-ơng xứng. Bên cạnh đó, phải đổi mới một cách đồng bộ đối với tổ chức và hoạt động trong các cơ quan t- pháp để đảm bảo tranh tụng dân chủ tại phiên toà trở thành nguyên tắc thống nhất trong hoạt động tố tụng. Thực hiện tốt nội dung này, vai trò, vị trí của luật s- mới thật sự đ-ợc đánh giá t-ơng xứng và hoạt động của luật s- mới trở thành chuyên nghiệp./.

² Phát biểu của ĐBQH Nguyễn Lân Dũng tại Hội nghị cộng tác viên Tạp chí Nghiên cứu lập pháp ngày 31/01/2005.
³ Xem thêm Đào Xuân Tiến, “Dịch vụ pháp lý ở Việt Nam tr-ớc thềm WTO”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 2(37)/2004, tr. 2-4.

CẦN XÂY DỰNG LẠI KHÁI NIỆM “QUYỀN TÀI SẢN” TRONG LUẬT DÂN SỰ

NGUYỄN NGỌC ĐIỆN*

Quyền tài sản là động sản hay bất động sản? Quyền tài sản có phải chỉ là quyền định giá đ-ợc bằng tiền và có thể chuyển giao trong giao l-u dân sự? Câu hỏi đ-ờng nh- đơn giản, nh-ng khi đề cập đến quyền sử dụng đất có phải là bất động sản hay không thì vấn đề lại khó có câu trả lời thoả đáng. Bài viết đ-ới đây sẽ phân tích các nội dung liên quan đến khái niệm “quyền tài sản” trong pháp luật n-ớc ngoài và nêu lên những hạn chế trong nội dung khái niệm “quyền tài sản” trong luật dân sự n-ớc ta, nhằm hoàn thiện nội dung khái niệm này trong quá trình sửa đổi Bộ luật Dân sự

Theo BLDS (Điều 188), quyền tài sản là quyền định giá đ-ợc bằng tiền và có thể chuyển giao trong giao l-u dân sự, kể cả quyền sở hữu trí tuệ. Tr-ớc đó, Điều 172 quy định rằng quyền tài sản là một loại tài sản, đ-ợc đặt bên cạnh tiền và phân biệt với vật có thực (đ-ợc hiểu là vật hữu hình). Trong quá trình sửa đổi BLDS, các điều luật này hầu nh- đ-ợc giữ nguyên; riêng định nghĩa quyền tài sản có lẽ sẽ đ-ợc sửa lại đôi chút: sau này, chỉ cần quyền tài sản định giá đ-ợc bằng tiền chứ không nhất thiết phải chuyển giao đ-ợc trong giao l-u dân sự. Dẫu sao, sự sửa đổi ấy không ảnh h-ởng đến việc sử dụng khái niệm quyền tài sản nh- một công cụ phân loại tài sản. Và với chức năng của một công cụ phân loại tài sản, khái niệm quyền tài sản trong luật dân sự Việt Nam có thể sẽ tiếp tục là cái gì đó rất lạ trong mắt các nhà luật học n-ớc ngoài.

Điều chắc chắn: quyền tài sản trong luật thực định không phải là sự kế thừa và phát

huy các giá trị của cổ luật Việt Nam. Đó là một khái niệm có nguồn gốc từ luật học n-ớc ngoài và đ-ợc vận dụng vào luật Việt Nam trong quá trình xây dựng pháp luật dân sự, nh-ng lại bị gán cho nội hàm khác.

Quyền tài sản trong pháp luật n-ớc ngoài

Là một loại quyền chủ thể

Khái niệm quyền tài sản đ-ợc xây dựng trong khuôn khổ chế định quyền chủ thể, chế định đ-ợc coi là x-ơng sống của hệ thống luật t- ở các n-ớc theo văn hoá pháp lý Rô măng- Giéc manh. Quyền chủ thể đ-ợc hiểu là việc hạn chế quyền tự do của những ng-ời khác theo quy định của pháp luật, vì lợi ích của chủ thể quan hệ pháp luật trong việc thực hiện các quyền đ-ợc thừa nhận trong một lĩnh vực nào đó. Chẳng hạn, quyền sở hữu đối với một tài sản sinh lợi là quyền của chủ sở hữu đ-ợc độc quyền sử dụng tài sản, thu hoa lợi từ tài sản và định đoạt tài sản; tất cả mọi ng-ời phải tôn trọng quyền đó và mọi

hành vi xâm phạm quyền đó đều có thể bị chế tài theo quy định của pháp luật. Quyền đối với họ, tên là quyền của một chủ thể quan hệ pháp luật đ-ợc mang họ và tên, đ-ợc h-ởng sự bảo vệ của pháp luật đối với sự toàn vẹn của họ và tên, chống lại sự xúc phạm họ, tên, sự chiếm đoạt họ, tên.

Xét theo tiêu chí giá trị tài sản của quyền, thì quyền chủ thể đ-ợc phân thành hai loại: quyền không định giá đ-ợc bằng tiền, gọi là quyền nhân thân, và quyền định giá đ-ợc bằng tiền, gọi là quyền tài sản. Trên nguyên tắc, quyền tài sản có thể chuyển giao đ-ợc trong giao l-u dân sự và do đó, là sự bảo đảm đối với các nghĩa vụ tài sản mà ng-ời có quyền xác lập. Cá biệt, có những quyền có giá trị tài sản, nh-ng lại gắn liền với nhân thân, bởi vậy, không thể đ-ợc chuyển giao và không thể đ-ợc kê biên. Ví dụ điển hình là quyền yêu cầu cấp d-õng.

Quyền tài sản nh- một khái niệm pháp lý

Quyền tài sản là một cách nhìn nhận tài sản nh- một khái niệm pháp lý. Ở góc độ pháp luật tài sản, quyền và vật đ-ợc đặt đối lập với nhau, không để phân ra hai loại tài sản khác nhau, mà đ-a ra hai cách hình dung khác nhau về tài sản, hai cách tiếp cận khác nhau đối với tài sản. Về mặt pháp lý, tài sản có thể đ-ợc nhận biết nh- là một vật hoặc một quyền. Việc phân loại tài sản chỉ đ-ợc thực hiện sau khi việc lựa chọn cách tiếp cận - vật hay quyền - đã ngã ngũ. Tài sản đ-ợc phân loại theo những cách khác nhau tùy theo nó đ-ợc hiểu là vật hay quyền.

- Là vật, tài sản đ-ợc phân loại theo tiêu chí vật lý: vật có thể nhận biết đ-ợc bằng giác quan tiếp xúc gọi là vật hữu hình; trong tr-ờng hợp ng-ợc lại ta có vật vô hình.

- Là quyền, tài sản cũng đ-ợc phân loại theo tiêu chí vật lý, nh-ng cách thiết lập tiêu chí vật lý mang tính đặc thù. Các quyền đ-ợc thực hiện trực tiếp trên một vật hữu hình mà không cần sự hỗ trợ của một ng-ời nào khác gọi là **quyền đối vật**, mà tiêu biểu nhất là quyền sở hữu. Các quyền đ-ợc thực hiện chống lại một ng-ời gọi là **quyền đối nhân**; quyền chủ nợ là quyền đối nhân điển hình. Có tr-ờng hợp quyền không đ-ợc thực hiện trực tiếp trên một vật, cũng không chống lại một ng-ời nào, mà tồn tại theo quy định của pháp luật, đ-ợc gọi là **quyền vô hình** hay quyền vô hình tuyệt đối; quyền tác giả, quyền sở hữu trí tuệ là ví dụ.

Quyền và vật

Quyền là vật và ng-ợc lại, vật là quyền. Theo cách nhìn nhận có nguồn gốc từ La Mã cổ đại, quyền sở hữu và vật hữu hình đ-ợc sử dụng nh- những cụm từ đồng nghĩa. Cách tiếp cận khái niệm tài sản bằng công cụ “vật” hay “quyền” cùng với cách xây dựng nội hàm của các khái niệm vật hữu hình và quyền sở hữu theo kiểu La Mã cổ đại kết hợp với ph-ơng pháp phân loại tài sản kinh điển dựa trên sự phân biệt giữa động sản và bất động sản tạo ra khả năng hình dung các loại tài sản đa dạng.

Vật động sản và vật bất động sản

Cả vật bất động sản và vật động sản đều có thể là vật hữu hình và vật vô hình. Với quan niệm tài sản là vật, thì quyền sở hữu còn đ-ợc hiểu là vật hữu hình; các quyền khác là vật vô hình. Một trong những ví dụ điển hình về vật vô hình mang tính chất bất động sản là quyền sử dụng hạn chế bất động sản liên kế hay còn gọi là quyền địa dịch (servitude).

Quyền bất động sản và quyền động sản

Tất cả các quyền bất động sản đều có đối tượng là một vật hữu hình, đúng hơn, là một bất động sản hữu hình; các quyền động sản có thể có đối tượng là một động sản hữu hình (quyền sở hữu), một công trình của tim óc (quyền sở hữu trí tuệ) hoặc một hoạt động làm hay không làm một việc của một người khác (quyền chủ nợ).

Các giải pháp liên quan đến việc thực hiện quyền đối vật

Có đặc điểm là quan hệ trực tiếp giữa người có quyền đối với vật, quyền đối vật được bảo đảm thực hiện bằng hai công cụ chính: quyền đeo đuổi và quyền -u tiên.

- Quyền đeo đuổi: Người có quyền đối vật được phép thực hiện quyền của mình trên vật bất kể vật đang nằm trong tay ai. Do quyền đeo đuổi này mà ta nói rằng, quyền đối vật đối kháng với người thứ ba.

- Quyền -u tiên: Người có quyền đối vật được -u tiên thực hiện quyền của mình trên vật trước tất cả những người khác. Trong trường hợp nhiều người có quyền đối vật cùng loại trên cùng một tài sản, thì người có quyền đối vật được xác lập trước có quyền -u tiên so với những người có quyền đối vật được xác lập sau.

Để quyền đeo đuổi và quyền -u tiên được thực hiện một cách có hiệu quả, hệ thống đăng ký tài sản được thiết lập để thông tin về các quyền đối với tài sản cho người thứ ba.

Quyền tài sản trong luật Việt Nam

Khái niệm

Quyền tài sản là một loại tài sản. Khác với luật Latinh, luật Việt Nam không coi quyền và vật như là những cách quan niệm khác nhau,

cách hình dung khác nhau về tài sản, mà coi đây là các loại tài sản khác nhau.

Quyền tài sản trong luật thực định Việt Nam được xây dựng như một khái niệm đối lập với vật trong hệ thống phân loại cơ bản. Có vẻ như trong suy nghĩ của những người soạn thảo các điều luật liên quan, vật, với cách là một tài sản, phải được hiểu là vật hữu hình, nghĩa là có thể nhận biết bằng giác quan tiếp xúc. Thế thì, đối lập với vật hữu hình, quyền tài sản được hiểu là các vật vô hình.

Vật hữu hình chỉ được coi là tài sản nếu nó có thể được sở hữu. Bởi vậy, khi đặt vật đối lập với quyền, người làm luật Việt Nam có vẻ như chấp nhận cách làm của người La Mã, coi vật hữu hình và quyền sở hữu là những cụm từ đồng nghĩa. Nói khác đi, quyền tài sản trong luật thực định Việt Nam được hiểu là quan hệ pháp luật khác với quan hệ sở hữu mà trên cơ sở quan hệ khác đó, một lợi ích định giá được bằng tiền hình thành và thuộc về một chủ thể của quan hệ đó.

Hệ quả của khái niệm

Hệ quả chung

Không có khái niệm bất động sản vô hình

Khi kết hợp cách phân loại giữa vật và quyền với cách phân loại giữa bất động sản và động sản, luật Việt Nam lại không tạo ra khái niệm quyền tài sản mang tính chất bất động sản. Nếu ta thừa nhận rằng việc phân loại giữa động sản và bất động sản áp dụng đối với tất cả các loại tài sản, thì quyền tài sản trong luật Việt Nam đều là động sản, do không có quyền tài sản nào được ghi nhận trong danh sách bất động sản. Hình như, trong suy nghĩ của những người soạn thảo BLDS, chỉ vật mới là động sản hay bất động

sản; quyền không phải là vật, bởi vậy, không thể đặt vấn đề liệu quyền là động sản hay bất động sản.

Vấn đề trở nên tế nhị đối với quyền sử dụng đất. Luật sở hữu t- nhân về bất động sản trong luật Việt Nam hiện hành đ-ợc xây dựng dựa trên quyền sử dụng đất chứ không phải quyền sở hữu đất. Trong luật Việt Nam hiện hành, quyền sử dụng đất, về ph-ơng diện thực hiện quyền, hoá thân vào chính đối t-ợng của nó, tức là một phần đất. Đặc biệt, để xây dựng chế độ pháp lý về quyền sử dụng đất trong quan hệ láng giềng, luật dân sự Việt Nam đối xử với ng-ời sử dụng đất theo cùng một cách nh- luật dân sự Pháp đối với ng-ời chủ sở hữu đất. Cụ thể, quyền sử dụng đất trong luật Việt Nam cũng đ-ợc giới hạn trong không gian bằng kỹ thuật cắm cọc mốc hoặc dựng hàng rào; ng-ời có quyền sử dụng đất có các quyền và nghĩa vụ láng giềng, nh- quyền thoát n-ớc m-a, n-ớc thải; phần đất đối t-ợng của quyền sử dụng đất có thể phải chấp nhận quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề đ-ợc thừa nhận cho phần đất lân cận trong những tr-ờng hợp do pháp luật quy định. Nói chung, việc nghiên cứu chế độ pháp lý về quyền sử dụng đất trong quan hệ láng giềng theo luật Việt Nam có thể đ-ợc thực hiện theo một đề c-ơng t-ợng tự nh- đề c-ơng kinh điển đ-ợc chấp nhận trong luật của Pháp để tìm hiểu về quyền sở hữu đất trong quan hệ láng giềng. Tính chất bất động sản của quyền sử dụng đất là rất rõ ràng; nh-ng luật hiện hành lại không (đúng ra là không thể) ghi nhận quyền sử dụng đất trong danh sách bất động sản.

Không có khái niệm quyền đối vật

Cũng do đặt quyền tài sản đối lập với vật

mà luật Việt Nam cũng không có điều kiện tiếp nhận và vận dụng các khái niệm quyền đối vật và quyền đối nhân trong luật Latinh. Nói rõ hơn, Việt Nam không xây dựng khái niệm quyền thực hiện trực tiếp trên vật: quyền trong luật Việt Nam đ-ợc hiểu là một mối quan hệ giữa một chủ thể và một hoặc nhiều chủ thể khác mà trong đó một chủ thể đ-ợc h-ởng một lợi ích (có hoặc không có tính chất tài sản) và các chủ thể khác phải tôn trọng sự thụ h-ởng đó. Đặc biệt, việc hoàn thiện một số quyền tài sản có tính chất của quyền đối vật trong luật Latinh, trong điều kiện quyền đối vật không tồn tại trong luật Việt Nam, đã đ-ợc thực hiện theo một cách rất riêng và trở nên không dễ tiếp cận bằng các ph-ơng pháp kinh điển. Ví dụ điển hình là quyền thế chấp tài sản.

Tr-ờng hợp thế chấp tài sản

Trong luật n-ớc ngoài

Việc thế chấp có tác dụng tạo ra một tình trạng pháp lý đặc tr-ng bằng hai quyền đ-ợc thừa nhận cho chủ nợ nhận thế chấp, mà ta đã biết, là quyền đeo đuổi và quyền -u tiên. Chủ nợ nhận thế chấp có quyền thực hiện quyền của mình đối với vật thế chấp, trong tr-ờng hợp nợ đ-ợc bảo đảm bằng thế chấp không đ-ợc trả đủ, mà không cần biết tài sản thuộc về ai. Nếu có nhiều chủ nợ nhận thế chấp, thì chủ nợ đăng ký tr-ớc có quyền -u tiên so với chủ nợ đăng ký sau.

Do chủ nợ nhận thế chấp không cần bận tâm đến việc ai là chủ sở hữu tài sản thế chấp mà tài sản thế chấp vẫn đ-ợc chuyển nh-ợng tự do. Cần nhấn mạnh rằng, trong điều kiện có hệ thống đăng ký, thì khi chuyển nh-ợng, ng-ời chuyển nh-ợng không có nghĩa vụ thông báo cho ng-ời nhận chuyển

nh-ợng về sự tồn tại của các quyền đối vật có đối t-ợng là tài sản liên quan: chính ng-ời nhận chuyển nh-ợng phải tham khảo các thông tin tại cơ quan đăng ký bất động sản để biết rõ về các quyền ấy và, trên cơ sở đó, quyết định chấp nhận hay không chấp nhận xác lập giao dịch chuyển nh-ợng.

Ng-ời nhận chuyển nh-ợng tài sản thế chấp không phải là ng-ời thế chấp mới, thậm chí, không phải là ng-ời thế chấp thay thế. Đơn giản, ng-ời này nhận một tài sản ở trong tình trạng đ-ợc dùng để bảo đảm một nghĩa vụ nào đó và do vậy, phải tôn trọng quyền của chủ nợ đ-ợc bảo đảm bằng giá trị của tài sản đó.

Ng-ời nhận chuyển nh-ợng càng không phải là ng-ời bảo đảm thực hiện nghĩa vụ: nếu đã bán tài sản đ-ợc thế chấp mà vẫn ch-a thu đủ số nợ phải trả, thì chủ nợ phải đi tìm những ng-ời có trách nhiệm trả nợ mà đòi tiếp chứ không đ-ợc đòi nợ ở ng-ời nhận chuyển nh-ợng.

Trong luật Việt Nam

Thế chấp đ-ợc coi là giao dịch có tác dụng thiết lập một quan hệ giữa hai bên lần l-ợt đ-ợc gọi là bên thế chấp và bên nhận thế chấp. Luật Việt Nam không thừa nhận tính chất đối vật của các quyền của chủ nợ nhận thế chấp, tác dụng bảo đảm nghĩa vụ của biện pháp thế chấp tài sản chỉ có thể đ-ợc ghi nhận bằng việc áp đặt các nghĩa vụ của ng-ời thế chấp đối với ng-ời nhận thế chấp trong mối quan hệ giữa họ mà có đối t-ợng là tài sản thế chấp. Trong tr-ờng hợp tài sản đ-ợc chuyển nh-ợng cho ng-ời khác, thì t- cách bên thế chấp cũng đ-ợc chuyển giao cho ng-ời nhận chuyển nh-ợng và ng-ời này tiếp nhận các nghĩa vụ của ng-ời thế chấp trong quan hệ với

ng-ời nhận thế chấp, nh- một ng-ời bảo lãnh đối với ng-ời thế chấp ban đầu trong việc thực hiện các nghĩa vụ mà ng-ời thế chấp ban đầu xác lập và đ-ợc bảo đảm bằng biện pháp thế chấp đó (BLDS Điều 358).

Cần l-u ý rằng, trong khung cảnh của luật thực định Việt Nam, việc chuyển nh-ợng tài sản thế chấp chỉ có thể đ-ợc thực hiện với sự đồng ý của ng-ời nhận thế chấp. Trong tr-ờng hợp chuyển nh-ợng tài sản thế chấp mà không có sự đồng ý của ng-ời nhận thế chấp, ng-ời thế chấp bị coi là có hành vi tẩu tán tài sản và có thể bị xử lý về hình sự. Ng-ời thế chấp có nghĩa vụ thông tin để, một mặt, ng-ời nhận thế chấp biết việc chuyển nh-ợng tài sản; mặt khác, ng-ời nhận chuyển nh-ợng biết việc thế chấp tài sản; nếu không thực hiện nghĩa vụ thông tin ấy, ng-ời thế chấp có thể bị coi là có hành vi lừa đảo. Có thể nhận thấy ngay rằng, các nghĩa vụ này đ-ợc đ-ợc nghĩ ra trong quá trình giải quyết vấn đề làm thế nào để công khai tình trạng pháp lý của một tài sản cho ng-ời thứ ba trong điều kiện không có một ph-ơng tiện thông tin khách quan, nh- hệ thống đăng ký tài sản. Thế nh-ng, dù hệ thống đăng ký tài sản đang hình thành ở Việt Nam, luật n-ớc ta ta có vẻ vẫn không muốn từ bỏ thái độ nghiêm khắc đối với ng-ời thế chấp tài sản tiến hành chuyển nh-ợng tài sản mà không xin phép ng-ời nhận thế chấp và không thông tin về tình trạng tài sản cho ng-ời nhận chuyển nh-ợng.

Nói tóm lại, trong điều kiện không thừa nhận tính chất đối vật của các quyền của chủ nợ nhận thế chấp, luật Việt Nam coi biện pháp thế chấp nh- một giao dịch có tác dụng hạn chế quyền sở hữu của ng-ời thế chấp, đồng thời có tác dụng trói buộc chủ sở hữu tài

sản thế chấp vào quan hệ nghĩa vụ đ-ợc bảo đảm bằng biện pháp thế chấp. Chính tác dụng thứ hai này khiến cho chế định thế chấp trong luật thực định Việt Nam không giống và cũng không tỏ ra có họ hàng với bất kỳ chế định thế chấp nào trong luật n-ớc ngoài.

Xây dựng quyền tài sản nh- một đối trọng của quyền nhân thân

BLDS hiện hành có xây dựng khái niệm quyền nhân thân. Theo đó, quyền nhân thân là quyền dân sự gắn liền với mỗi cá nhân, không thể chuyển giao cho ng-ời khác, trừ tr-ờng hợp pháp luật có quy định khác (BLDS Điều 26). Luật không khẳng định rằng các quyền nhân thân không có giá trị tài sản. Thế nh-ng, các quyền nhân thân cụ thể đ-ợc liệt kê ngay sau đó đều là các quyền mà trong luật Latinh đ-ợc cho là có tính chất phi tài sản (extra-patrimonial). Mặt khác, trong khung cảnh của luật hiện hành, một quyền chỉ đ-ợc coi là quyền tài sản, một khi nó không chỉ định giá đ-ợc bằng tiền mà còn phải chuyển giao đ-ợc trong giao l-u dân sự. Tất cả những điều đó cho phép kết luận rằng quyền tài sản không phải là quyền nhân thân.

Nói chung, quyền có thể chuyển giao đ-ợc cho ng-ời khác không phải là quyền nhân thân. Thế nh-ng các quyền này gọi chung là gì? Trong luật của các n-ớc Latinh, câu trả lời là *"quyền tài sản"*; còn trong luật Việt Nam, quyền tài sản, do đ-ợc hiểu theo một nghĩa rất hẹp, không đủ sức đảm đ-ơng vai trò đối trọng của quyền nhân thân để trở thành tên gọi chung của tất cả các quyền không phải là quyền nhân thân.

Thực ra, xây dựng các khái niệm đối xứng không phải là việc bắt buộc đối với một hệ

thống luật. Thế nh-ng, việc lấy một thuật ngữ, đ-ợc sử dụng rộng rãi ở nhiều n-ớc nh- là cách diễn đạt một trong những khái niệm chính của luật cơ bản, rồi gán cho nó một nội hàm khác với nội hàm đã đ-ợc chấp nhận ở các n-ớc đó, để trở thành khái niệm riêng của luật Việt Nam, có thể dẫn đến ngộ nhận, hiểu nhầm trong quá trình giao l-u, hội nhập. Đây là ch-a kể đến việc do các thuật ngữ ấy trở thành những khái niệm riêng của Việt Nam, việc hoàn thiện cơ sở khoa học của khái niệm chỉ có thể là việc riêng của Việt Nam. Tất nhiên, nếu đến một lúc nào đó, các nỗ lực hoàn thiện cơ sở khoa học của một khái niệm đặc thù không đi đến đâu, thì ng-ời ta có thể trở lại với việc vận dụng hợp lý các quan niệm đã đ-ợc chấp nhận rộng rãi. Song, cho đến nay việc xác định các lợi ích gắn liền với khái niệm Việt Nam về quyền tài sản hầu nh- không tiến triển. Kinh nghiệm cho thấy rằng việc xây dựng các chế định riêng trong luật của một n-ớc đang phát triển th-ờng đ-ợc lý giải bằng việc kế thừa, bảo tồn và phát huy các giá trị truyền thống hoặc việc bảo vệ các lợi ích chính trị, kinh tế, văn hoá, đạo đức riêng của n-ớc đó. Chế định quyền tài sản trong luật thực định Việt Nam, nh- đã nói, không phải do ràng buộc với truyền thống, với các giá trị của luật học cổ. Cũng không có bằng chứng về mối quan hệ gắn bó giữa chế định này và các lợi ích chính trị, kinh tế, văn hoá, đạo đức rõ ràng. Tóm lại, nếu sớm từ bỏ quan niệm lập dị về quyền tài sản, thì sẽ không bị mất nhiều thời gian một cách không cần thiết./.

* T.S, Tr-ởng Khoa Luật- Đại học Cần Thơ

XỬ LÝ HẬU QUẢ CỦA GIAO DỊCH DÂN SỰ VÔ HIỆU

NGUYỄN NH- QUỲNH*

Một giao dịch dân sự bị coi là vô hiệu khi không thoả mãn bốn điều kiện quy định tại Bộ luật dân sự (Điều 113, Bộ luật Dân sự 1995 và Dự thảo sửa đổi¹). Xử lý hậu quả của giao dịch này nh- thế nào là nội dung chính của bài viết, góp phần đảm bảo quyền, lợi ích hợp pháp của chủ thể và sự ổn định trong giao l-u dân sự

Cơ cấu của Bộ Luật về Giao dịch dân sự

Xét một cách khái quát, bố cục của ch-ơng Giao dịch dân sự trong Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 1995 cũng nh- trong dự thảo BLDS (sửa đổi) là hợp lý. Cơ cấu này trong BLDS 1995 bao gồm: những vấn đề chung về giao dịch dân sự (Điều 130-135); các loại giao dịch dân sự vô hiệu (Điều 136-144); thời hạn yêu cầu Toà án tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu (Điều 145); xử lý hậu quả của giao dịch dân sự vô hiệu (Điều 146-147). Cơ cấu này không thay đổi trong dự thảo BLDS (sửa đổi). Tuy nhiên, nếu đi vào chi tiết vẫn có thể bàn đến một vài bất hợp lý.

Điểm chung của BLDS năm 1995 và Dự thảo (sửa đổi) là: mỗi điều luật quy định về một tr-ờng hợp vô hiệu, bên cạnh các quy định khác (thông th-ờng định nghĩa về loại vô hiệu đó) đều có quy định về xử lý hậu quả của giao dịch dân sự vô hiệu. Ví dụ: “*Một ng-ời có năng lực hành vi dân sự nh-ng đã xác lập giao dịch vào đúng thời điểm không nhận thức và điều khiển đ-ợc hành vi của mình, thì có thể yêu cầu Toà án tuyên bố giao dịch dân sự đó vô hiệu. Ng-ời nào biết hoặc phải biết mình xác lập giao dịch với*

ng-ời không nhận thức và điều khiển đ-ợc hành vi của mình mà vẫn xác lập, thì phải bồi th-ờng thiệt hại” (Điều 143-BLDS năm 1995, Điều 124-dự thảo BLDS (sửa đổi)).

Quy định nh- vậy có thể dẫn đến cách hiểu rằng: toàn bộ các điều từ Điều 136 đến Điều 144 của BLDS (t-ơng tự từ Điều 118 đến Điều 126 của dự thảo sửa đổi) đã quy định đầy đủ về giao dịch dân sự vô hiệu và cách thức xử lý cụ thể cho từng tr-ờng hợp vô hiệu. Nói cách khác, khi giao dịch dân sự vô hiệu, chỉ cần áp dụng các quy định cụ thể này mà không nhất thiết phải áp dụng các điều sau đó là các Điều 146 và 147 của BLDS, Điều 128 và Điều 129 của dự thảo. Cách hiểu trên có thể dẫn đến hậu quả xấu là có giao dịch dân sự vô hiệu nh-ng không đặt ra vấn đề xử lý hậu quả. Bởi vì, có những điều luật chỉ quy định về tr-ờng hợp vô hiệu cụ thể mà không quy định ph-ơng thức xử lý hậu quả. Ví dụ, Điều 138 của BLDS, Điều 120 của dự thảo về giao dịch dân sự vô hiệu do giả tạo.

Khắc phục sự cứng nhắc này, theo chúng tôi, trong BLDS sửa đổi nên chọn cách tiếp cận quy định từ nguyên tắc xử lý chung khi giao dịch dân sự vô hiệu, sau đó mới quy

¹ Điều 113 của dự thảo Bộ luật dân sự sửa đổi có sửa đổi, bổ sung Điều 131 của Bộ luật Dân sự năm 1995.

định cho các trường hợp vô hiệu cụ thể (xem Hộp 1, đề xuất sửa đổi).

Đề xuất sửa đổi trên khắc phục được

Hộp 1: Đề xuất sửa đổi:

Chương V- Phần thứ nhất của BLDS cũng như Chương VI- Phần thứ nhất của dự thảo BLDS (sửa đổi) về giao dịch dân sự nên cơ cấu lại như sau: Đảo các Điều 146 và 147 của BLDS, các Điều 128 và 129 của dự thảo BLDS (sửa đổi) lên ngay sau Điều 136 của BLDS, Điều 118 của dự thảo (định nghĩa về giao dịch dân sự vô hiệu); tiếp đó mới đến các Điều 137-145 của BLDS và trong dự thảo là Điều 119-127.

những hạn chế kể trên, giúp hiểu vấn đề giao dịch dân sự vô hiệu logic và thống nhất hơn. Bởi vì, ngay sau định nghĩa về giao dịch dân sự vô hiệu, sẽ trả lời được ngay câu hỏi: về nguyên tắc, phải xử lý hậu quả như thế nào khi giao dịch vô hiệu. Trong các trường hợp vô hiệu cụ thể mà không quy định về hậu quả pháp lý có nghĩa là áp dụng quy định chung. Mặt khác, trong từng trường hợp vô hiệu cụ thể, xuất phát từ đặc điểm của loại vô hiệu đó mà có quy định xử lý riêng cho phù hợp.

Hậu quả pháp lý của giao dịch dân sự vô hiệu

Thứ nhất, về hậu quả, các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận, trừ tiền hoàn trả bằng hiện vật, nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì tính thành tiền để trả. Về hậu quả pháp lý, Dự thảo giữ nguyên quy định trong BLDS năm 1995. Chúng tôi thấy có một số vấn đề cần xem xét thêm như sau:

- Về bảo đảm lợi ích: Thực tế ở nước ta cho thấy, việc hoàn trả cho nhau những gì đã nhận chưa thực sự đảm bảo được lợi ích của các chủ

Hộp 2: Hậu quả pháp lý giao dịch dân sự vô hiệu

BLDS, (Điều 146): Không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ dân sự của các bên từ thời điểm xác lập; Các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận, trừ tiền hoàn trả bằng hiện vật, nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì tính thành tiền để trả; Bên có lỗi gây thiệt hại thì phải bồi thường; tùy theo tính chất của từng giao dịch dân sự vô hiệu mà tài sản, hoa lợi, lợi tức có thể bị tịch thu theo quy định của pháp luật.

Dự thảo BLDS sửa đổi bổ sung (Điều 128):

- Giao dịch dân sự vô hiệu không làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của các bên kể từ thời điểm xác lập;

- Các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận; nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì phải hoàn trả bằng tiền;

- Bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường.

thể. Điển hình đối với những giao dịch có đối tượng là nhà ở, quyền sử dụng đất. Ví dụ: A chuyển nhượng cho B một diện tích đất ở, khi hợp đồng bị tuyên là vô hiệu, B phải trả đất cho A và A phải trả tiền cho B. Thực tế cho thấy rằng, nguyên đơn hầu hết là bên chuyển nhượng; đối với họ, việc lấy lại đất là thỏa đáng về lợi ích; ngược với bên được chuyển nhượng, việc hoàn trả lại đất lại là tổn thất. Cho dù được nhận lại số tiền đã bỏ ra trước đây, họ không bao giờ mua được diện tích đất như vậy, vì giá trị quyền sử dụng đất tăng đáng kể, tỉ lệ lạm phát lại cao. Trong trường hợp bên chuyển nhượng có lỗi trong việc xác lập giao dịch, thì bên được chuyển nhượng được bồi thường thiệt hại. Tuy nhiên, khoản bồi thường cũng không bao giờ bù đắp được mất mát thực tế do giao dịch dân sự bị tuyên vô hiệu.

- *Rắc rối do làm tăng giá trị*: Việc xử lý hậu quả của giao dịch dân sự vô hiệu càng trở nên phức tạp hơn trong tr-ờng hợp bên nhận tài sản đã cải tạo, sửa chữa tài sản đó hay nói cách khác làm tăng giá trị của tài sản. Nếu bên chuyển giao tài sản phản đối hoặc cơ quan có thẩm quyền không cho phép nh-ng bên nhận tài sản vẫn làm tăng giá trị tài sản, thì bên nhận tài sản phải gánh chịu phần tăng giá trị này khi hoàn trả tài sản. Tuy nhiên, nếu bên nhận tài sản không có lỗi thì pháp luật không quy định giải quyết thế nào, nhất là trong tr-ờng hợp bên giao đất không chịu nhận tài sản mới hoặc không chịu thanh toán phần giá trị tăng thêm. Ví dụ: Sau khi đ-ợc A chuyển nh-ợng đất, B đã bỏ 3 tỷ đồng để xây dựng một biệt thự trên đất đó. Sau 20 năm, hợp đồng chuyển nh-ợng quyền sử dụng đất bị Toà án tuyên bố vô hiệu. Vấn đề là nên giải quyết nh- thế nào khi A không muốn nhận và thanh toán khu biệt thự trên đất đó? Trong thực tế, một số Toà án địa ph-ơng đã yêu cầu mỗi bên chịu một nửa giá trị tài sản phát sinh trên đất. Giải quyết nh- vậy cũng ch-a thoả đáng.

- *Về xác định giá*: Quy định tính thành tiền để hoàn trả trong tr-ờng hợp không thể hoàn trả hiện vật là cần thiết. Tuy nhiên, nên tính giá hiện vật thành tiền tại thời điểm nào? thời điểm xác lập giao dịch hay thời điểm hoàn trả tài sản? Đối với tài sản có sự biến đổi về giá, thì thời điểm xác định giá là mấu chốt. Thông th-ờng, nếu giá tài sản tăng thì thiệt hại thuộc về bên mua, còn nếu giá tài sản giảm thì thiệt hại thuộc về bên bán.

Từ khi BLDS đ-ợc ban hành năm 1995, đến năm 2003, Nghị quyết số 01/2003/NQ-HĐTP của Toà án nhân dân tối cao h-ớng dẫn áp dụng pháp luật trong việc giải quyết một số

loại tranh chấp dân sự, hôn nhân và gia đình mới tháo gỡ đ-ợc phần nào một số v-ớng mắc trên của BLDS. H-ớng dẫn quan trọng phải kể đến là: “*Nếu trong thời gian quản lý, bên mua đã cải tạo, sửa chữa nhà làm tăng giá trị gắn liền với giá trị quyền sử dụng đất thì khi nhận lại nhà **bên bán phải thanh toán cho bên mua phần giá trị tăng thêm đó**, trừ tr-ờng hợp bên bán có phản đối hoặc cơ quan có thẩm quyền không cho phép mà bên mua vẫn cố tình cải tạo, sửa chữa nhà*”. “*Nếu các đ-ợng sự không thoả thuận đ-ợc về giá nhà, giá trị quyền sử dụng đất và giá trị thiệt hại, thì Toà án yêu cầu cơ quan chuyên môn định giá hoặc ra quyết định thành lập hội đồng định giá. **Giá nhà và giá trị quyền sử dụng đất đ-ợc xác định theo giá thị tr-ờng chuyển nh-ợng tại địa ph-ơng nơi có nhà, đất đang tranh chấp đối với từng loại nhà, đất vào thời điểm xét xử sơ thẩm***”. Xin l-u ý, các h-ớng dẫn này không phải là quy định của Bộ Luật và chỉ áp dụng đối với hợp đồng mua bán nhà vô hiệu.

Thứ hai, về hậu quả phải bồi th-ờng thiệt hại.

- Về cơ bản, quy định về bồi th-ờng thiệt hại trong dự thảo không thay đổi so với BLDS. Riêng đối với giao dịch dân sự vô hiệu do không tuân thủ quy định về hình thức, BLDS quy định hậu quả bồi th-ờng thiệt hại (Điều 139) nh-ng dự thảo (sửa đổi) không quy định hậu quả bồi th-ờng (Điều 125).

- Ở phần này, Dự thảo đã quy định cụ thể hơn so với BLDS. Ví dụ: khoản 2, Điều 120 của dự thảo quy định “*Trong tr-ờng hợp có thiệt hại cho các bên, thì mỗi bên tự chịu phần thiệt hại t-ơng ứng với mức độ lỗi của mình; nếu gây thiệt hại cho ng-ời thứ ba thì các bên phải liên đới chịu trách nhiệm bồi th-ờng*”. Chúng tôi cho rằng đây vẫn là những quy định quá chung chung. Nên quy

định thêm ở Điều 146 (nay là Điều 128 của Dự thảo): “*Bên có lỗi làm cho giao dịch dân sự vô hiệu thì phải bồi th-ờng. Trách nhiệm bồi th-ờng đ-ợc xác định theo quy định của pháp luật về bồi th-ờng thiệt hại*”.

- Quy định giao dịch dân sự vô hiệu do không tuân thủ quy định về hình thức (Điều 125 của Dự thảo) hoàn toàn mới so với BLDS năm 1995. Quy định này xuất phát từ cơ sở “*Hình thức của giao dịch chỉ là điều kiện có hiệu lực của giao dịch, nếu pháp luật quy định*” (khoản 2, Điều 112, dự thảo BLDS (sửa đổi)). Quy định này là một b-ớc tiến, làm cho pháp luật dân sự khả thi hơn và bảo vệ tốt hơn các quyền và lợi ích dân sự. Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 1, Điều 125 của dự thảo, vấn đề bồi th-ờng thiệt hại không đặt ra khi giao dịch dân sự vô hiệu. Vậy trong tr-ờng hợp một bên có lỗi làm cho giao dịch không tuân thủ quy định pháp luật về hình thức mà vô hiệu, gây thiệt hại cho bên kia, thì bên có lỗi có phải bồi th-ờng thiệt hại không? Theo chúng tôi, dự thảo nên quy định nghĩa vụ bồi th-ờng thiệt hại cho bên có lỗi trong tr-ờng hợp này.

Thứ ba, về hậu quả tịch thu tài sản giao dịch, hoa lợi, lợi tức.

Hậu quả này chỉ đ-ợc quy định trong BLDS năm 1995, cụ thể trong các tr-ờng hợp vô hiệu do vi phạm điều cấm của pháp luật (Điều 137) và vô hiệu do bị lừa dối, đe dọa (Điều 142). Dự thảo BLDS sửa đổi đã bỏ quy định về hậu quả này khi giao dịch dân sự vô hiệu. Chúng tôi cho rằng sửa đổi đó hoàn toàn hợp lý. Bởi một số lý do sau đây:

- Trong thực tế, tính khả thi của quy định tịch thu tài sản giao dịch, hoa lợi, lợi tức rất thấp; đặc biệt đối với tr-ờng hợp vô hiệu do bị lừa dối, đe dọa. Thông th-ờng, chỉ khi hành vi vi phạm cấu thành tội phạm bị truy cứu trách nhiệm hình sự (ví dụ tội lừa đảo

theo quy định tại Điều 139 - Bộ luật Hình sự), việc tịch thu mới đ-ợc đặt ra. Còn trong thực tế, hai bên chỉ hoàn trả cho nhau những gì đã nhận đ-ợc và bên có lỗi trong việc xác lập giao dịch làm cho bên kia bị thiệt hại phải bồi th-ờng.

- Đối với giao dịch vô hiệu không cần áp dụng biện pháp tịch thu, vì quyền lợi của bên bị vi phạm đã đ-ợc đáp ứng do đ-ợc hoàn trả tài sản và đ-ợc bồi th-ờng thiệt hại. Còn ng-ời có hành vi vi phạm, tùy theo mức độ có thể bị xử lý bởi chế tài phi dân sự (hành chính, hình sự) và lúc đó biện pháp tịch thu có thể đ-ợc áp dụng.

- Pháp luật của nhiều n-ớc trên thế giới cũng chỉ quy định hậu quả pháp lý của giao dịch dân sự là không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của các bên và nghĩa vụ bồi th-ờng thiệt hại của bên có lỗi làm cho giao dịch dân sự vô hiệu (ví dụ Nhật Bản).

Thứ t-, bảo vệ ng-ời thứ ba ngay tình.

Nhằm mục đích bảo vệ quyền lợi cho ng-ời thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu, Điều 147 của BLDS năm 1995 quy định rằng: khi giao dịch dân sự vô hiệu mà tài sản giao dịch đã đ-ợc chuyển giao cho ng-ời thứ ba ngay tình thì giao dịch với ng-ời thứ ba vẫn có hiệu lực. Trong tr-ờng hợp sau, nếu tài sản lại bị tịch thu sung quỹ Nhà n-ớc hoặc trả lại cho chủ sở hữu, ng-ời chiếm hữu hợp pháp thì ng-ời thứ ba có quyền yêu cầu bồi th-ờng thiệt hại từ ng-ời giao dịch trực tiếp. Trong dự thảo sửa đổi, việc bảo vệ quyền lợi của ng-ời thứ ba ngay tình tùy thuộc vào đối tượng của giao dịch là động sản (không phải đăng ký quyền sở hữu) hay bất động sản hoặc động sản phải đăng ký quyền sở hữu. Cụ thể là: Nếu tài sản của giao dịch dân sự vô hiệu là động sản không phải đăng ký quyền sở hữu, “*Trong tr-ờng hợp giao dịch*

dân sự vô hiệu nh-ng tài sản giao dịch là động sản không phải đăng ký quyền sở hữu đã đ-ợc chuyển giao bằng một giao dịch khác cho ng-ời thứ ba ngay tình thì giao dịch với ng-ời thứ ba vẫn có hiệu lực” (khoản 1, Điều 125, Dự thảo).

Nếu tài sản của giao dịch dân sự vô hiệu là bất động sản hoặc động sản phải đăng ký quyền sở hữu, hiện nay có hai ph-ơng án đ-ợc đ-a ra để lấy ý kiến nhân dân (Khoản 2, Điều 125):

Ph-ơng án 1: Trong tr-ờng hợp giao dịch dân sự vô hiệu mà tài sản giao dịch là bất động sản hoặc động sản phải đăng ký quyền sở hữu đã đ-ợc chuyển giao bằng một giao dịch khác cho ng-ời thứ ba ngay tình thì giao dịch với ng-ời thứ ba bị vô hiệu, trừ tr-ờng hợp ng-ời thứ ba ngay tình nhận đ-ợc tài sản này thông qua bán đấu giá hoặc giao dịch với ng-ời mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà n-ớc có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nh-ng sau đó ng-ời này không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị huỷ bỏ.

Ph-ơng án 2: Trong tr-ờng hợp giao dịch dân sự vô hiệu mà tài sản giao dịch là bất động sản hoặc động sản phải đăng ký quyền sở hữu đã đ-ợc chuyển giao bằng một giao dịch khác cho ng-ời thứ ba ngay tình thì giao dịch với ng-ời thứ ba vô hiệu và ng-ời thứ ba đ-ợc yêu cầu bồi th-ờng thiệt hại.

Chúng tôi đề nghị nên chọn ph-ơng án hai. Tuy nhiên, nếu chỉ quy định ng-ời thứ ba ngay tình đ-ợc yêu cầu ng-ời xác lập giao dịch với mình bồi th-ờng thiệt hại là ch-a đúng và ch-a đủ vì hai lý do: i) Nghĩa vụ bồi th-ờng thiệt hại chỉ đ-ợc đặt ra khi thoả mãn một số điều kiện nhất định, trong đó có điều kiện bên gây thiệt hại có lỗi; không phải trong mọi tr-ờng hợp ng-ời xác lập giao dịch với

ng-ời thứ ba đều có lỗi; và ii) Chỉ quy định quyền yêu cầu bồi th-ờng thiệt hại không đảm bảo đ-ợc quyền lợi của ng-ời thứ ba ngay tình vì ng-ời này còn có quyền yêu cầu ng-ời đã xác lập giao dịch với mình hoàn trả tài sản mà mình đã xác lập giao dịch (ví dụ tiền bỏ ra mua tài sản).

Kết luận

Phân tích trên đây cho thấy các quy định về hậu quả pháp lý của giao dịch dân sự vô hiệu còn bộc lộ một số hạn chế. Nên sửa đổi, bổ sung những hạn chế đó nh- sau:

- Thay đổi cơ cấu của phần quy định về Giao dịch dân sự. Cụ thể đảo các Điều 128 và 129 lên ngay sau Điều 118 (định nghĩa về giao dịch dân sự vô hiệu); tiếp đó mới đến các Điều 119-127.

- Quy định rõ trong BLDS (sửa đổi) hoặc trong văn bản h-ớng dẫn thi hành rằng: giá để tính tài sản hoàn trả đ-ợc tính theo giá thị tr-ờng tại địa ph-ơng nơi tài sản đang tranh chấp đối với từng loại tài sản cụ thể tại thời điểm xét xử sơ thẩm.

- Quy định rõ hơn về nghĩa vụ bồi th-ờng thiệt hại của bên có lỗi làm cho giao dịch dân sự vô hiệu. Bổ sung hậu quả bồi th-ờng trong tr-ờng hợp giao dịch dân sự vô hiệu do không tuân thủ quy định về hình thức.

- Trong Điều 125 của Dự thảo về bảo vệ ng-ời thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu, nếu lựa chọn ph-ơng án hai cho khoản 2, cần bổ sung thêm quy định: ng-ời này còn có quyền yêu cầu ng-ời đã xác lập giao dịch với mình hoàn trả tài sản mà mình đã đ-a vào giao dịch và bồi th-ờng thiệt hại.

* *Ths, Đại học Luật Hà Nội*

TÍNH CÔNG KHAI, MINH BẠCH TRONG BAN HÀNH VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT

L-U TIẾN DŨNG*

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 1996 (sửa đổi, bổ sung năm 2002) đã bổ sung những yêu cầu mới về tính công khai, minh bạch hoá của hoạt động ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Bài viết phân tích và đ-a ra một số kiến nghị nhằm tiếp tục hoàn thiện nguyên tắc bảo đảm tính công khai, minh bạch trong hoạt động ban hành văn bản quy phạm pháp luật tr-ớc đòi hỏi của việc xây dựng nhà n-ớc pháp quyền và hội nhập quốc tế

Yêu cầu công khai, minh bạch hoá hoạt động lập pháp, lập quy

Trong một nền quản trị quốc gia dân chủ thì không thể thiếu tính minh bạch, tính khả đoán của hệ thống pháp luật, sự tham gia của công chúng trong quá trình hoạch định chính sách và pháp luật. Do bản chất nhà n-ớc của ta là nhà n-ớc của dân, do dân và vì dân, cho nên yêu cầu dân chủ hóa hoạt động lập pháp, lập quy là hợp lý và tr-ớc hết là đòi hỏi của yêu cầu xây dựng nhà n-ớc pháp quyền xã hội chủ nghĩa.

Công khai và minh bạch hoá trong giai đoạn soạn thảo là một trong những điều kiện để bảo đảm văn bản quy phạm pháp luật mang tính khả thi.

Có hai nguyên tắc mang tính nền tảng trong quá trình lập pháp và lập quy, đó là: *thứ nhất*, vì pháp luật điều chỉnh quyền và nghĩa vụ của ng-ời dân, do đó, phải có sự tham gia của ng-ời dân, đặc biệt là các đối t-ợng chịu sự ảnh h-ởng trực tiếp của văn bản quy phạm

pháp luật đang soạn thảo; *thứ hai*, văn bản pháp luật phải đ-ợc công khai hóa đối với ng-ời dân tr-ớc khi đ-ợc áp dụng.

Luật đã quy định nguyên tắc về việc tham gia góp ý kiến xây dựng văn bản quy phạm pháp luật, về hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật, về việc đăng công báo... Theo đó, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên, các tổ chức xã hội khác, tổ chức kinh tế, cơ quan nhà n-ớc, đơn vị vũ trang nhân dân và công dân có quyền tham gia góp ý kiến xây dựng văn bản quy phạm pháp luật; các cơ quan, tổ chức hữu quan có trách nhiệm tạo điều kiện để cơ quan, tổ chức, cá nhân tham gia góp ý kiến và tiếp thu ý kiến đóng góp để xây dựng văn bản quy phạm pháp luật.

Hiện nay, Việt Nam chủ động hội nhập quốc tế, thì trong những cam kết quốc tế mà chúng ta tham gia cũng ghi rõ những yêu cầu dân chủ hóa hoạt động lập pháp, lập quy và minh bạch hóa hệ thống pháp luật (Hiệp định

th-ơng mại Việt Nam – Hoa Kỳ và những cam kết trong Tổ chức Th-ơng mại thế giới)...

Tính công khai, minh bạch trong giai đoạn chuẩn bị

Lập ch-ơng trình xây dựng pháp luật

Mục 2 Ch-ơng III của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (sau đây gọi là Luật) đ- ra các yêu cầu và trình tự tiến hành việc lập ch-ơng trình, xây dựng luật, pháp lệnh. Tính công khai và minh bạch hóa việc lập ch-ơng trình đ-ợc thể hiện ở những quy định cho phép các cơ quan, tổ chức và đại biểu có quyền sáng kiến lập pháp đều có quyền gửi đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh đến Ủy ban Th-ờng vụ Quốc hội (UBTVQH) và Chính phủ, sau đó, Chính phủ lập dự kiến ch-ơng trình xây dựng pháp luật, pháp lệnh để UBTVQH xem xét quyết định. Ch-ơng trình xây dựng luật, pháp lệnh cả nhiệm kỳ và ch-ơng trình xây dựng luật, pháp lệnh hàng năm sẽ do Quốc hội quyết định.

Điều 59 về các yêu cầu và trình tự tiến hành việc lập và thông qua ch-ơng trình xây dựng nghị quyết, nghị định cũng cho thấy tính công khai, minh bạch của quy trình này, theo đó, các Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, các cơ quan, tổ chức, cá nhân hữu quan đề xuất việc xây dựng nghị quyết, nghị định.

Luật không quy định căn cứ để cơ quan, tổ chức và cá nhân có quyền đề xuất xây dựng pháp luật hoặc quyết định việc đề xuất xây dựng pháp luật dựa trên căn cứ nào. Mặc dù, theo quy định gián tiếp của Luật thì khi đề xuất việc xây dựng văn bản pháp luật, cơ

quan, tổ chức và cá nhân phải nêu ra sự cần thiết ban hành văn bản pháp luật đó, nh-ng thực tế cho thấy các lý do về tính cấp thiết, nhu cầu ban hành, sửa đổi, bổ sung văn bản quy phạm pháp luật chủ yếu dựa vào ý chí chủ quan của cơ quan quản lý nhà n-ớc liên quan, của cơ quan thực thi văn bản pháp luật liên quan, chứ rất ít tr-ờng hợp tiến hành khảo sát nghiên cứu tác động xã hội, đặc biệt là ý kiến của các đối t-ợng chịu sự điều chỉnh trực tiếp của văn bản quy phạm pháp luật đó. Việt Nam không phải là tr-ờng hợp ngoại lệ. Ở hầu hết các quốc gia, các dự luật đều bắt đầu từ việc những cán bộ thực thi pháp luật phát hiện ra những khó khăn, cản trở và đề xuất những thay đổi đối với pháp luật hiện hành¹. Thực tế cho thấy, ở những nơi mà trong quá trình chuẩn bị ch-ơng trình xây dựng hoặc sửa đổi, bổ sung pháp luật mà ý kiến khảo sát nhu cầu xã hội, ý kiến phản hồi của ng-ời dân và đặc biệt là của những đối t-ợng chịu sự điều chỉnh trực tiếp của dự án pháp luật đ-ợc xem xét cân nhắc thì ch-ơng trình xây dựng pháp luật đ-ợc coi là sát với thực tế và đáp ứng đ-ợc nhu cầu xã hội hơn. Điều này còn có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định trật tự -u tiên xây dựng pháp luật và tính liên kết giữa các đạo luật sẽ đ-ợc ban hành để bảo đảm rằng tính đồng bộ và tính khả thi của các văn bản pháp luật.

Thành lập Ban soạn thảo

Luật cũng quy định phải thành lập ban soạn thảo đối với các văn bản quy phạm pháp luật do Quốc hội và UBTVQH ban hành. Ban soạn thảo do UBTVQH hoặc cơ quan, tổ chức đ-ợc giao trách nhiệm chủ trì

¹ Ann Seidman, Robert B. Seidman, trong sách *Soạn thảo Luật pháp vì Tiến bộ Xã hội Dân chủ: Sổ tay cho Nhà soạn thảo*, Nalin Abeysekere do Nguyễn Duy H-ng, L-u Tiến Dũng và Nguyễn Khánh Ngọc dịch. Nxb Chính trị quốc gia, 2003, tr.24-25.

việc soạn thảo ra quyết định thành lập. Để soạn thảo luật, pháp lệnh, nghị quyết, nghị định của Chính phủ² cũng phải thành lập cơ quan soạn thảo, nh-ng không nhất thiết thành lập ban soạn thảo đối với các văn bản quy phạm pháp luật khác.

Tính công khai, minh bạch trong quá trình soạn thảo

Hoạt động soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật có đ-ợc coi là minh bạch và công khai hay không phụ thuộc rất nhiều vào công việc soạn thảo văn bản đó có công khai đối với công chúng và ng-ời dân có thể tiếp cận đ-ợc các dự thảo hay không. Mặt khác, mức độ tham gia ý kiến của các cơ quan, tổ chức liên quan và cá nhân, bao gồm các đối t-ợng chịu sự điều chỉnh của văn bản quy phạm pháp luật đang soạn thảo cũng là tiêu chí đánh giá tính công khai, minh bạch và sự tham gia của ng-ời dân để bảo đảm thực sự rằng pháp luật thể hiện ý chí của nhân dân.

Luật quy định trách nhiệm của Ban soạn thảo tổ chức lấy ý kiến cơ quan, tổ chức, cá nhân hữu quan và các đối t-ợng chịu sự tác động của văn bản trong phạm vi và hình thức thích hợp, tùy theo tính chất và nội dung của từng dự thảo³. Đối với các dự thảo văn bản quy phạm pháp luật khác mà việc thành lập Ban soạn thảo không phải là yêu cầu bắt buộc thì cơ quan soạn thảo cũng có trách nhiệm tổ chức lấy ý kiến đóng góp của các cơ quan, tổ chức, cá nhân hữu quan, tùy theo tính chất và nội dung của dự thảo⁴. Riêng việc lấy ý kiến của nhân dân đối với dự án luật, dự án pháp lệnh, Luật đã dành riêng Mục 6 Ch-ơng III và đối với các văn bản quy

phạm pháp luật khác thì Luật cũng đã có những yêu cầu đối với cơ quan soạn thảo phải lấy ý kiến của nhân dân, đặc biệt là những đối t-ợng chịu sự điều chỉnh trực tiếp của văn bản quy phạm pháp luật đang đ-ợc soạn thảo.

Sự tham gia của tổ chức, cá nhân và các đối t-ợng chịu sự tác động trực tiếp của văn bản quy phạm pháp luật trong quá trình soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 1996 lần đầu tiên đã quy định quyền tham gia góp ý kiến xây dựng văn bản quy phạm pháp luật của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên, các tổ chức xã hội khác, tổ chức kinh tế, cơ quan nhà n-ớc, đơn vị vũ trang nhân dân và *công dân*. Quy định này ch-a bao gồm quyền góp ý của *cá nhân không phải là công dân*: ng-ời n-ớc ngoài đang ở Việt Nam, ng-ời Việt Nam ở n-ớc ngoài mà không phải là công dân Việt Nam, trong khi việc góp ý của họ có thể rất có ích cho quá trình xây dựng pháp luật, và họ lại chính là đối t-ợng điều chỉnh của văn bản quy phạm pháp luật, ví dụ nh- Luật Đầu t- n-ớc ngoài tại Việt Nam, Luật Quốc tịch... Luật sửa đổi, bổ sung một số điều Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (năm 2002) đã thay thế từ "*công dân*" bằng "*cá nhân*". Đây là một trong những điểm tiến bộ.

Mức độ công khai hoá dự thảo

Soạn thảo văn bản pháp luật phải đ-ợc công khai hóa thì mới đảm bảo đ-ợc việc thực thi quyền tham gia ý kiến xây dựng của

² Xem các Điều 25 và 60 của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

³ Xem các Điều 26, 61 đã dẫn.

⁴ Xem các Điều 65, 68, 74 đã dẫn.

các đối tượng nêu trên. Theo quy định của Luật thì không phải tất cả các dự thảo đều phải được xin ý kiến, do đó, có thể có quan điểm cho rằng cơ quan soạn thảo chỉ có trách nhiệm công khai hoá dự thảo văn bản đã có quyết định xin ý kiến. Nên có quy định về nguyên tắc rằng dự thảo văn bản quy phạm pháp luật phải được công khai hóa để nhân dân dễ dàng tiếp cận được, không phụ thuộc vào việc văn bản đó có cần phải lấy ý kiến đóng góp của người dân hay không.

Dự thảo dự án luật, pháp lệnh lấy ý kiến nhân dân thường được công bố trên các phương tiện thông tin đại chúng và Internet. Dự thảo nghị quyết, nghị định thường được gửi tới Hội đồng Dân tộc, Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, Tổng Liên đoàn lao động Việt Nam, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, cơ quan, tổ chức hữu quan, Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương để góp ý và có thể được đăng tải trên các phương tiện thông tin đại chúng, trên Internet theo quyết định của Thủ tướng Chính phủ⁵. Đây cũng là một trong những điểm lưu ý của Luật năm 2002.

Việc có công khai hóa dự thảo quyết định, chỉ thị của Thủ tướng Chính phủ hay không thuộc thẩm quyền quyết định của Thủ tướng Chính phủ. Cũng cần lưu ý rằng trách nhiệm của cơ quan soạn thảo chỉ giới hạn trong việc gửi dự thảo đến Hội đồng Dân tộc, các thành viên Chính phủ, Chủ tịch Hội đồng nhân dân, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và các cơ quan, tổ chức, cá nhân mà cơ quan soạn thảo cho rằng

có liên quan đến lĩnh vực quy định của dự thảo.

Trên thực tế, một số dự thảo văn bản pháp luật đã công bố công khai, thậm chí đăng tải trên Internet, nhưng còn khá nhiều dự thảo vẫn chưa được công khai hóa, thậm chí còn coi là "tài liệu mật". Thực tiễn soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật lâu nay đã cho thấy một nhận thức phổ biến trong các cơ quan soạn thảo pháp luật là nếu chưa có quyết định lấy ý kiến của nhân dân thì dự thảo thường được xem như là tài liệu mật, mặc dù các dự thảo đó đã được đưa ra lấy ý kiến của các cơ quan, tổ chức hữu quan. Điều này cản trở đến tính minh bạch và công khai hóa việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật và là rào cản đối với các tổ chức hoặc cá nhân muốn tiếp cận dự thảo để tìm hiểu hoặc tham gia đóng góp ý kiến⁶.

Cũng chưa có quy định của Luật rằng tất cả dự thảo văn bản quy phạm pháp luật không phải là tài liệu mật, trừ trường hợp văn bản có nội dung bí mật nhà nước.

Xuất phát từ yêu cầu công khai hóa văn bản quy phạm pháp luật, để tăng cường hơn nữa trách nhiệm của cơ quan nhà nước trong việc bảo đảm tính công khai và minh bạch hóa việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật thì cần sửa đổi Luật theo hướng quy định cơ quan soạn thảo có trách nhiệm công khai hóa các dự thảo văn bản quy phạm pháp luật và nên điều chỉnh để văn bản quy phạm pháp luật không chứa đựng những nội dung thuộc bí mật nhà nước. Ngay cả trong hoạt động tình báo, hoạt động cụ thể của cơ quan cơ yếu, chỉ nên coi là quy chế hoạt động có tính

⁵ Điều 62, đã dẫn

⁶ Mặc dù không bị chính thức coi là tài liệu mật nhưng các quy định về bí mật hiện nay đã làm cho các cơ quan soạn thảo ngần ngại chia sẻ dự thảo văn bản quy phạm pháp luật với những người không phải là đối tượng xin ý kiến "chính thức".

nội bộ và không phải là quy phạm pháp luật. Còn việc ban hành Pháp lệnh Tỉnh báo, Pháp lệnh Cơ yếu cần đ-ợc công khai. Việc công khai những quy định này cũng giống nh- là một sự tuyên bố chính thức của Nhà n-ớc về quyền hạn, nhiệm vụ của các cơ quan; từ đó mới dẫn đến việc ng-ời dân thừa nhận chúng.

Thông qua cơ chế thông tin – phản hồi, ng-ời dân góp ý nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật; điều này cũng phù hợp với nguyên lý chung: quyền lực bắt nguồn từ nhân dân; sự phân công quyền lực của các cơ quan nhà n-ớc, từ cấp trên tới cấp d-ới, cũng bắt nguồn từ nhân dân và tiếng nói của nhân dân cần đ-ợc coi trọng. Việc công khai hoá tất cả các dự thảo văn bản quy phạm pháp luật để ng-ời dân quan tâm còn có ý nghĩa thực tiễn rất lớn là nhằm giúp ng-ời dân chuẩn bị điều chỉnh hành vi của mình t-ơng ứng với các quy phạm pháp luật khi chúng đ-ợc ban hành. Đây là một trong những biện pháp tăng c-ờng việc giáo dục, phổ biến pháp luật từ ngay giai đoạn soạn thảo pháp luật⁷.

Tiêu chí nào xác định sự cần thiết lấy ý kiến của cơ quan, tổ chức và cá nhân?

Luật quy định rằng Quốc hội, UBND tỉnh quyết định việc lấy ý kiến nhân dân căn cứ vào tính chất và nội dung của dự án luật, pháp lệnh. Điều đó có nghĩa không phải bất kỳ dự án luật hoặc pháp lệnh nào đều có thể đ-ợc nhân dân đóng góp ý kiến. Đối với nghị quyết, nghị định của Chính phủ, Luật cũng quy định việc lấy ý kiến của cơ quan, tổ chức, cá nhân tùy thuộc vào tính chất và nội dung của nghị quyết, nghị định. Luật cũng quy định t-ơng tự

yêu cầu và trình tự lấy ý kiến của cơ quan, tổ chức, cá nhân đối với dự thảo quyết định, chỉ thị của Thủ t-ớng Chính phủ. Nh- vậy, việc có quyết định tham khảo ý kiến của cơ quan, tổ chức, cá nhân hay không còn tùy thuộc vào cơ quan có thẩm quyền và tùy thuộc vào tính chất và nội dung của dự thảo⁸. Đối với dự thảo văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện tr-ởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao và văn bản quy phạm pháp luật liên tịch thì Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật không quy định việc tham khảo ý kiến của công chúng và ng-ời dân trừ các cơ quan, tổ chức liên quan⁹. Nh- vậy, Luật còn bỏ trống ch-a quy định những tiêu chí để việc lấy ý kiến của các cơ quan, tổ chức và nhân dân là bắt buộc. Việc quy định chung chung “*tùy theo tính chất và nội dung của dự thảo*” sẽ tạo ra sự khó khăn, thậm chí có khi còn tùy tiện (đặc biệt trong tr-ờng hợp soạn thảo, ban hành ở các cấp chính quyền địa ph-ơng¹⁰). Đã đến lúc cần phải xác định tiêu chí trên đây một cách cụ thể để có cơ sở thống nhất và tránh tình trạng tùy tiện trong quá trình đ-a ra quyết định tham khảo ý kiến. Có thể khó xác định một tiêu chí chung cho tất cả các tr-ờng hợp, nh-ng có thể đ-a ra một số tiêu chí chỉ đạo nh- sau:

Thứ nhất, cơ quan soạn thảo có trách nhiệm tham khảo ý kiến của cơ quan, tổ chức liên quan khi có một trong các yếu tố sau đây:

+ Toàn bộ hay một phần nội dung của dự thảo liên quan đến lĩnh vực chuyên môn hoặc lĩnh vực quản lý của cơ quan, tổ chức đó;

⁷ Việc công khai hoá dự thảo về mặt kỹ thuật trong thời đại hiện nay không còn phải là vấn đề đáng lo ngại khi công nghệ thông tin, đặc biệt là Internet ở Việt Nam đã phổ cập.

⁸ Điều 65, đã dẫn.

⁹ Khoản 2 Điều 68, Điều 70 và Điều 74, đã dẫn.

¹⁰ Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cũng quy định theo cách này.

+ Việc thực thi dự thảo văn bản quy phạm pháp luật khi đã-ợc thông qua thuộc thẩm quyền của cơ quan, tổ chức đó.

Thứ hai, cơ quan soạn thảo có trách nhiệm tham khảo ý kiến của cá nhân khi có một trong các yếu tố sau đây:

+ Các cá nhân đó thuộc sự điều chỉnh trực tiếp của dự thảo văn bản quy phạm pháp luật đó;

+ Dự thảo văn bản pháp luật đó có các quy định liên quan đến việc thực thi các quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân đã-ợc quy định trong Hiến pháp.

Tham khảo ý kiến ng-ời dân nh- thế nào?

Khi dự án luật hoặc pháp lệnh đã-ợc đưa ra lấy ý kiến của nhân dân thì Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên, cơ quan nhà n-ớc, tổ chức kinh tế, tổ chức xã hội, đơn vị vũ trang nhân dân có *trách nhiệm* tổ chức, tạo điều kiện để công dân thuộc tổ chức, cơ quan, đơn vị mình tham gia ý kiến vào dự án luật, dự án pháp lệnh¹¹. Quy định này chỉ nói đến trách nhiệm tổ chức tạo điều kiện cho **công dân** chứ không phải là cho tất cả các **cá nhân**, do đó những cá nhân khác không phải là công dân Việt Nam có đã-ợc coi là đối tượng của điều khoản này không?

Ch-a có quy định hoặc hướng dẫn cụ thể ph-ơng thức tổ chức lấy ý kiến của nhân dân, cho nên trên thực tế việc tổ chức lấy ý kiến còn mang nặng tính hình thức. Tính hình thức ở đây đã-ợc thể hiện rõ nét nhất khi tổ chức lấy ý kiến các dự án luật, dự án pháp lệnh phức tạp hoặc đồ sộ mà quyết định lấy ý kiến thông th-ờng chỉ gọi ý một số vấn đề cho tất cả các đối tượng chứ không tính đến đặc thù của từng đối tượng. Các nội dung gọi ý mang

tính chất chung chứ không nêu các giải pháp khác nhau và những ý kiến khác nhau để ng-ời dân suy nghĩ và đóng góp ý kiến.

Chính vì vậy, cơ quan soạn thảo cần xác định các nhóm đối tượng khác nhau và các nhóm vấn đề cần xin ý kiến của từng nhóm đối tượng cũng nh- nêu chi tiết các ý kiến, các ph-ơng án khác nhau để ng-ời dân dễ dàng đóng góp ý kiến một cách thiết thực. Luật cần quy định cụ thể hơn các ph-ơng thức lấy ý kiến của cơ quan, tổ chức, cá nhân và đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của văn bản quy phạm pháp luật, ví dụ nh-: việc lấy ý kiến đã-ợc thực hiện trực tiếp của các cơ quan, tổ chức, cá nhân hữu quan, tổ chức các hội nghị, hội thảo, hoặc thông qua các ph-ơng tiện thông tin đại chúng và mạng Internet. Cần quy định rõ trách nhiệm của cơ quan, tổ chức lấy ý kiến có chuẩn bị những vấn đề cần xin ý kiến, gọi ý thảo luận kèm theo dự án, dự thảo và xác định địa chỉ nhận ý kiến đóng góp trong tr-ờng hợp lấy ý kiến thông qua các ph-ơng tiện thông tin đại chúng và mạng Internet.

Tính công khai, minh bạch hóa sau khi thông qua VBQPPL

Điều 10 của Luật quy định rằng văn bản quy phạm pháp luật phải đã-ợc công bố hoặc yết thị, đưa tin trên các ph-ơng tiện thông tin đại chúng, trừ tr-ờng hợp văn bản có nội dung thuộc bí mật nhà n-ớc. Đối với văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà n-ớc ở trung -ơng thì việc đăng công báo là bắt buộc ngay sau khi văn bản đã-ợc ban hành hoặc chậm nhất là m-ời lăm ngày kể từ ngày công bố hoặc ký ban hành. Đối với văn bản quy phạm pháp luật của địa ph-ơng (văn bản

¹¹ Khoản 2 Điều 40 đã dẫn.

do Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân các cấp ban hành) thì Luật quy định phải được yết thị tại trụ sở của cơ quan ban hành và những địa điểm khác do Hội đồng nhân dân hoặc Ủy ban nhân dân quyết định.

Nh- vậy, việc công khai, minh bạch hóa đối với hầu hết các văn bản quy phạm pháp luật là bắt buộc, trừ văn bản có nội dung bí mật nhà nước. Vấn đề ch-a quy định trong Luật là nếu có văn bản quy phạm pháp luật vi phạm nghĩa vụ công khai, công bố, đăng tải thì văn bản đó có hiệu lực thi hành không? Trong khi đó, hiểu theo Chương VIII của Luật về hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật (Điều 75) thì có thể suy ra rằng những văn bản vi phạm nghĩa vụ công khai vẫn có hiệu lực (xem Hộp 1):

Nếu văn bản pháp luật nêu tại điểm (ii) không được đăng Công báo mà trong văn bản đó có quy định ngày có hiệu lực của văn bản thì văn bản đó có được coi là có hiệu lực kể từ ngày quy định trong văn bản không? Có hai quan điểm về vấn đề này. Quan điểm thứ nhất cho rằng việc không đăng Công báo không ảnh hưởng đến hiệu lực của văn bản đó. Cách giải thích thứ hai cho rằng một khi văn bản đó không đăng Công báo thì nó ch-a có hiệu lực vì vi phạm Điều 10 về nghĩa vụ phải được đăng Công báo. Chúng tôi nghiêng về quan điểm thứ hai, vì mục đích của quy định này là nhằm đảm bảo người dân biết về quyền và nghĩa vụ của mình để thực hiện. Giải thích theo hướng này thì tính minh bạch và công khai hóa của việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật mới có ý nghĩa thực sự.

Hộp 1: Điều 75 Luật ban hành VBQPPL

(i) Luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội có hiệu lực kể từ ngày Chủ tịch nước công bố, trừ trường hợp văn bản đó quy định ngày có hiệu lực khác. Điều đó có nghĩa nếu các văn bản quy phạm pháp luật loại này không đăng Công báo thì chúng vẫn có hiệu lực pháp luật.

(ii) Văn bản quy phạm pháp luật của Chủ tịch nước có hiệu lực kể từ ngày đăng Công báo, trừ trường hợp văn bản đó quy định ngày có hiệu lực khác, có nghĩa là văn bản đó có thể có hiệu lực trước hoặc sau ngày đăng công báo. Đối với văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ và các loại văn bản quy phạm pháp luật khác (của Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, văn bản liên tịch) thì hiệu lực của văn bản chỉ có thể là từ ngày đăng Công báo hoặc muộn hơn nếu được quy định trong văn bản đó.

Ngoài ra, Luật cần khẳng định văn bản đăng Công báo, văn bản niêm yết (VBQPPL địa phương) có giá trị nh- bản gốc vì không phải ai cũng có thể tiếp cận bản gốc được lưu trữ theo quy định của pháp luật. Giả thiết trong trường hợp văn bản đăng Công báo hoặc niêm yết đã được áp dụng nh-ng được phát hiện là xung đột với văn bản gốc thì phải coi văn bản đăng Công báo, văn bản niêm yết có giá trị áp dụng cao hơn. Đã đến lúc khẳng định rõ trong Luật¹² giá trị của văn bản đăng Công báo và văn bản được công khai bằng các hình thức khác (nh- niêm yết) để

¹² Nghị định số 101/CP khẳng định nguyên tắc văn bản đăng Công báo có giá trị nh- bản gốc. Nghị định này có giá trị thấp hơn luật. Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân ch-a khẳng định giá trị của các văn bản được niêm yết, công khai.

nâng cao trách nhiệm của các cơ quan nhà n-ớc và thi hành pháp luật thống nhất.

Đối với việc đăng Công báo, phải nói rằng kể từ khi Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 1996 có hiệu lực thì công tác công báo đ-ợc cải thiện đáng kể và từng b-ớc đi vào nề nếp. Tuy vậy, còn một số l-ợng lớn các văn bản đã đ-ợc ban hành, có hiệu lực nh-ng vẫn ch-a đ-ợc đăng Công báo, đặc biệt là các văn bản quy phạm pháp luật do Bộ, cơ quan ngang Bộ ban hành. Hiện t-ợng này đã gây ra những khó khăn nhất định cho các cơ quan quản lý nhà n-ớc có trách nhiệm tổ chức thi hành văn bản và những ng-ời có quyền lợi và trách nhiệm liên quan.

Đối với các văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà n-ớc ở địa ph-ơng, Luật ch-a quy định nguyên tắc bắt buộc đăng Công báo, mà mới dừng ở mức độ yết thị. Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân đã quy định văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh phải đ-ợc đăng Công báo, văn bản quy phạm pháp luật do Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân cấp huyện, cấp xã ban hành thì phải đ-ợc niêm yết (yết thị). Thực tế hiện nay, tại hầu hết các địa ph-ơng, vấn đề công khai, minh bạch hoá văn bản quy phạm pháp luật ch-a đ-ợc coi trọng, hơn nữa, địa ph-ơng thiếu các giải pháp cụ thể có hiệu quả. Ví dụ nh-: cách niêm yết nh- thế nào, ở đâu và duy trì thời gian niêm yết bao lâu để ng-ời dân có thể tiếp cận văn bản trong điều kiện thuận lợi nhất? Mặc dù các quy định về yết thị văn bản đã có từ năm 1996 nh-ng thực tế, theo kết quả khảo sát về tình hình ban hành văn bản quy phạm pháp luật ở địa ph-ơng, ít có địa ph-ơng thi hành đúng nh-

quy định của pháp luật. Việc hạn chế khả năng tiếp cận văn bản của đối t-ợng chịu sự tác động của văn bản sẽ làm giảm tính hiệu quả của các văn bản đ-ợc ban hành.

Thay lời kết

Đôi khi chúng ta than phiền rằng đã có những đạo luật tốt nh-ng việc thi hành pháp luật không đ-ợc tốt. Thực ra đây là sự nguy hiểm cho những đạo luật không tốt, bởi lẽ, nếu đạo luật đó thể hiện ý chí của đa số ng-ời dân trong xã hội thì một điều dễ hiểu là họ sẽ tự nguyện thi hành chứ không cần phải chờ đợi sự c-ỡng chế thi hành. Một chính sách thuế tốt và hợp lý sẽ làm cho ng-ời dân tự nguyện nộp thuế thay vì phải hối lộ để trốn tránh trách nhiệm. Các trình tự, thủ tục hành chính, t- pháp công khai và minh bạch, dễ tiếp cận sẽ làm cho ng-ời dân biết đ-ợc quyền và lợi ích của mình đến đâu, trách nhiệm của cơ quan công quyền đến đâu, giảm bớt việc tiếp cận “*cửa sau*” và hạn chế sự nhũng nhiễu và gây khó dễ cũng nh- khả năng tham nhũng... Vì vậy, sự tham gia thực chất của ng-ời dân trong quá trình soạn thảo pháp luật để bảo đảm thực sự nguyên tắc pháp luật là thể hiện ý chí của dân và tăng c-ờng hơn nữa tính công khai và minh bạch của toàn bộ hệ thống pháp luật, là điều rất quan trọng và là yếu tố cơ bản của một nhà n-ớc pháp quyền của dân, do dân và vì dân./.

* Th.S, Luật s-, Trọng tài viên, Chuyên gia của Ch-ơng trình phát triển Liên hợp quốc (UNDP).

BỒI TH-ỜNG THIỆT HẠI CÓ YẾU TỐ N-ỚC NGOÀI DO HÀNH VI CẠNH TRANH KHÔNG LÀNH MẠNH GÂY RA

ĐỖ VĂN ĐẠI*

Trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế, các doanh nghiệp trong và ngoài n-ớc luôn phải đối mặt với các hoạt động cạnh tranh, trong đó có cạnh tranh không lành mạnh. Qua một số ví dụ giả thiết, bài viết phân tích những hạn chế trong pháp luật về xử lý xung đột pháp luật trong các tranh chấp về bồi th-ờng thiệt hại có yếu tố n-ớc ngoài do cạnh tranh không lành mạnh và đ-a ra kiến nghị sửa đổi Khoản 4, Điều 835 Bộ luật Dân sự

Xung đột pháp luật về cạnh tranh không lành mạnh có yếu tố n-ớc ngoài

Toà án Việt Nam có thể đ-ợc yêu cầu giải quyết vấn đề bồi th-ờng thiệt hại có yếu tố n-ớc ngoài do hành vi cạnh tranh không lành mạnh (CTKLM) gây ra trong hai hoàn cảnh:

1. Hành vi CTKLM thực hiện trên thị tr-ờng Việt Nam

1.1. Tr-ờng hợp bên thực hiện hành vi CTKLM là tổ chức, cá nhân n-ớc ngoài và bên bị thiệt hại là tổ chức, cá nhân Việt Nam

Ví dụ thứ nhất: Để có thêm khách hàng, một doanh nghiệp Đài Loan đã thực hiện ch-ơng trình quảng cáo trên ph-ơng tiện thông tin đại chúng Việt Nam. Nh-ng theo một doanh nghiệp Việt Nam X., ch-ơng trình quảng cáo đó đã gây ra tổn thất đến doanh nghiệp của mình, đây là hành vi

CTKLM. Doanh nghiệp X. yêu cầu Toà án buộc doanh nghiệp Đài Loan phải bồi th-ờng thiệt hại. Toà án sẽ giải quyết tranh chấp theo pháp luật Đài Loan hay pháp luật Việt Nam?

1.2 Tr-ờng hợp bên thực hiện hành vi là doanh nghiệp Việt Nam và bên bị thiệt hại là doanh nghiệp n-ớc ngoài

Ví dụ thứ hai: Để có thêm khách hàng, một doanh nghiệp Việt Nam Y. đã thực hiện một số biện pháp cạnh tranh. Doanh nghiệp Hàn Quốc H. hiện cũng đang tham gia trên thị tr-ờng Việt Nam cho rằng các biện pháp của doanh nghiệp Y. là hành vi CTKLM và đã gây thiệt hại cho họ. Doanh nghiệp Hàn Quốc H. kiện ra Toà án n-ớc ta yêu cầu doanh nghiệp Việt Nam bồi th-ờng thiệt hại. Trong tr-ờng hợp này, Toà án sẽ áp dụng pháp luật Hàn Quốc hay pháp luật Việt Nam để giải quyết tranh chấp này?

2. Hành vi CTKLM thực hiện ngoài thị trường Việt Nam

2.1 Tr-ờng hợp một bên là doanh nghiệp Việt Nam

Ví dụ thứ ba: Doanh nghiệp A.(Việt Nam) và doanh nghiệp T.(Trung Quốc) cùng cạnh tranh trên thị trường Lào. Để có thêm khách hàng trên thị trường Lào, doanh nghiệp A đã thực hiện một số hành vi cạnh tranh mà doanh nghiệp T. cho là không lành mạnh. Nhằm đ-ợc bồi th-ờng những thiệt hại, bên T. cho là bên A gây ra, bên T. khởi kiện bên A tr-ớc Toà án Việt Nam. Muốn giải quyết tranh chấp, cần xác định xem các hành vi cạnh tranh trên có phải là CTKLM theo quy định của pháp luật Việt Nam, pháp luật Trung Quốc hay pháp luật Lào?

2.2 Tr-ờng hợp cả hai bên là doanh nghiệp Việt Nam.

Ví dụ thứ t-: doanh nghiệp A. và doanh nghiệp B. cùng cạnh tranh trên thị trường Mỹ. Để có thêm khách hàng trên thị trường Mỹ, doanh nghiệp A đã sử dụng một số biện pháp cạnh tranh mà doanh nghiệp B cho là không lành mạnh. Nhằm đ-ợc bồi th-ờng thiệt hại mà bên B cho là bên A gây ra do những hành vi cạnh tranh trên, bên B khởi kiện bên A tr-ớc Toà án Việt Nam. Vậy pháp luật Việt Nam hay pháp luật Mỹ sẽ điều chỉnh tranh chấp trên? Việc giải quyết xung đột pháp luật này là cần thiết vì mức độ bồi th-ờng thiệt hại theo pháp luật Mỹ là t-ơng đối cao, có thể gấp ba lần thiệt hại thực tế, trong khi đó, mức độ bồi th-ờng thiệt hại theo pháp luật Việt Nam có thể thấp hơn nhiều.

Giải quyết xung đột

1. Pháp luật n-ớc ta về CTKLM có yếu tố n-ớc ngoài

Theo Điều 1, Điều 2 của Luật Cạnh tranh đ-ợc Quốc hội thông qua ngày 03/12/2004, Luật này quy định về “...*hành vi cạnh tranh không lành mạnh...*” đối với doanh nghiệp “*hoạt động ở Việt Nam*” ngay cả đối với doanh nghiệp “*n-ớc ngoài*”. Nh- thế, chỉ giới hạn việc xác định pháp luật điều chỉnh CTKLM “*ở Việt Nam*”. Tức là, khi hành vi cạnh tranh ảnh hưởng đến thị trường Việt Nam thì pháp luật về cạnh tranh Việt Nam điều chỉnh nh-ng chúng ta không biết pháp luật n-ớc nào sẽ điều chỉnh tranh chấp về bồi th-ờng thiệt hại do hành vi CTKLM gây ra ở n-ớc ngoài khi có ít nhất một bên là Việt Nam?

Tranh chấp về bồi th-ờng thiệt hại do hành vi CTKLM gây ra là tranh chấp bồi th-ờng thiệt hại ngoài hợp đồng. Do vậy, chúng ta có thể sử dụng những quy phạm xung đột pháp luật đ-ợc quy định trong BLDS Việt Nam. Có thể áp dụng cho *ví dụ thứ nhất* về hành vi gây thiệt hại và nơi phát sinh hậu quả thực tế xảy ra ở Việt Nam vì bên bị thiệt hại ở Việt Nam theo Khoản 1, Điều 835 BLDS: “*việc bồi th-ờng thiệt hại ngoài hợp đồng đ-ợc xác định theo pháp luật của n-ớc nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại*”.

Tuy nhiên, khi phân tích Khoản 1, Điều 835 BLDS, chúng ta thấy quy phạm này không phù hợp với việc giải quyết vấn đề bồi th-ờng thiệt hại do hành vi CTKLM gây ra đ-ợc nêu ở các *ví dụ thứ hai, ba, t-*. Khoản

1, Điều 835 BLDS là một quy phạm xung đột pháp luật phức tạp: Pháp luật của n-ớc nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hay pháp luật của n-ớc nơi phát sinh hậu quả thực tế sẽ đ-ợc chọn để điều chỉnh tranh chấp, nh-ng ai là ng-ời quyết định chọn một trong hai luật này? Toà án, ng-ời bị thiệt hại hay ng-ời gây thiệt hại? Trong các ví dụ nêu trên, Toà án, ng-ời thực hiện hành vi cạnh tranh hay ng-ời tự coi là bị thiệt hại có quyền chọn một trong hai luật đó? Sự phức tạp có thể tăng thêm nếu chúng ta áp dụng quy phạm xung đột này vào vấn đề bồi thường thiệt hại do hành vi CTKLM gây ra.

Thứ nhất, việc xác định n-ớc nơi xảy ra hành vi cạnh tranh bị một bên coi là không lành mạnh đôi khi không đơn giản. Phát triển *ví dụ thứ ba*, chúng ta có thể gặp hoàn cảnh là bên A Việt Nam thực hiện hành vi cạnh tranh thông qua thông tin đại chúng Lào nh-ng nội dung của các hành vi lại đ-ợc thiết lập và thực hiện tại Việt Nam (phim quảng cáo đ-ợc dàn dựng và quay ở Việt Nam nh-ng truyền tải ở Lào thông qua truyền hình Lào). Vậy, nơi xảy ra hành vi cạnh tranh bị bên T. Trung Quốc coi là không lành mạnh là Việt Nam hay Lào?

Thứ hai, nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi cạnh tranh bị một bên coi là không lành mạnh đ-ợc xác định nh- thế nào? Trong ví dụ trên, hành vi cạnh tranh của bên A có thể làm giảm khách hàng của bên T. trên thị trường Lào, đồng thời làm giảm tổng thu nhập của bên T. ở Trung Quốc vì trụ sở của bên T. ở Trung Quốc. Vậy, nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi cạnh tranh bị bên T. coi là không lành mạnh là ở Lào hay ở Trung Quốc? T-ơng tự

đối với *ví dụ thứ hai*, bên Hàn Quốc có trụ sở ở Hàn Quốc nh-ng tham gia cạnh tranh trên thị trường Việt Nam, vậy, nơi phát sinh hậu quả thực tế là ở Việt Nam hay ở Hàn Quốc?

Theo Khoản 3, Điều 835 BLDS, “*trong trường hợp hành vi gây thiệt hại xảy ra ở ngoài lãnh thổ n-ớc Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam mà ng-ời gây thiệt hại và ng-ời bị thiệt hại đều là công dân hoặc pháp nhân Việt Nam, thì áp dụng pháp luật Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam*”. Nếu áp dụng quy phạm xung đột pháp luật này vào *ví dụ thứ t-*, chúng ta có giải pháp sau: Tranh chấp giữa bên A và bên B đ-ợc điều chỉnh bởi pháp luật Việt Nam. Điều đó có nghĩa là pháp luật Việt Nam sẽ đ-ợc áp dụng để xác định xem các hành vi trên có phải là hành vi CTKLM hay không, và nếu có thì mức thiệt hại và mức bồi thường thiệt hại phải xác định theo pháp luật Việt Nam. Giải pháp này không hợp lý vì pháp luật cạnh tranh Việt Nam đ-ợc xây dựng chỉ để điều chỉnh cạnh tranh trên thị trường Việt Nam. Vậy, áp dụng pháp luật cạnh tranh Việt Nam vào các hành vi cạnh tranh trên thị trường Mỹ là không hợp lý. Nói một cách khác, quy phạm xung đột pháp luật ở Khoản 3, Điều 835 BLDS không phù hợp với vấn đề bồi thường thiệt hại do hành vi CTKLM gây ra ở thị trường n-ớc ngoài.

2. Phương hướng giải quyết xung đột pháp luật về CTKLM có yếu tố n-ớc ngoài

Vì pháp luật cạnh tranh đ-ợc xây dựng theo đặc thù của thị trường một n-ớc và để điều chỉnh các quan hệ cạnh tranh trên thị trường Việt Nam, chúng ta nên thiết lập quy

phạm xung đột nh- sau: *Tranh chấp về bồi th-ờng thiệt hại do hành vi cạnh tranh không lành mạnh gây ra đ-ợc điều chỉnh bởi pháp luật của n-ớc mà thị tr-ờng bị ảnh h-ởng*. Ở ví dụ thứ nhất và thứ hai, thị tr-ờng Việt Nam bị ảnh h-ởng nên việc áp dụng pháp luật Việt Nam là hoàn toàn phù hợp với Điều 1, Điều 2 Luật Cạnh tranh. Trong ví dụ thứ ba, thị tr-ờng Lào bị ảnh h-ởng do hành vi cạnh tranh của bên A, vậy pháp luật Lào đ-ợc chọn để xác định các hành vi đó có là hành vi CTKLM hay không; nếu đó thực sự là hành vi CTKLM thì mức thiệt hại và mức bồi th-ờng thiệt hại là bao nhiêu cũng đ-ợc điều chỉnh bởi pháp luật n-ớc này. T-ơng tự, trong ví dụ thứ t-, thị tr-ờng Mỹ bị ảnh h-ởng nên pháp luật Mỹ đ-ợc chọn để điều chỉnh tranh chấp giữa hai doanh nghiệp Việt Nam.

Trong xu h-ớng toàn cầu hoá hiện nay, nhiều khi thị tr-ờng không phải chỉ của một, mà của nhiều quốc gia cùng bị ảnh h-ởng. Đối với tr-ờng hợp vừa nêu, giải pháp kiến nghị vẫn có thể đ-ợc sử dụng. Phát triển ví dụ tranh chấp giữa doanh nghiệp A Việt Nam và doanh nghiệp T. Trung Quốc, chúng ta có thể gặp tr-ờng hợp hai doanh nghiệp này, bên cạnh thị tr-ờng Lào, cùng cạnh tranh trên thị tr-ờng Thái Lan. Hai thị tr-ờng có thể bị ảnh h-ởng, thị tr-ờng Lào và thị tr-ờng Thái Lan. Khi đó, chúng ta áp dụng pháp luật Lào đối với những hành vi cạnh tranh

trên thị tr-ờng Lào, đồng thời áp dụng pháp luật Thái Lan đối với những hành vi cạnh tranh trên thị tr-ờng Thái Lan. Có thể hành vi cạnh tranh của bên A không bị coi là không lành mạnh theo pháp luật Thái Lan và do vậy, không có bồi th-ờng thiệt hại nh-ng bị coi là không lành mạnh theo pháp luật Lào nên có thể có bồi th-ờng thiệt hại. Sự khác nhau không làm ảnh h-ởng đến giải pháp chọn pháp luật của n-ớc mà thị tr-ờng bị ảnh h-ởng để điều chỉnh mà còn cho thấy đây là giải pháp hợp lý: pháp luật cạnh tranh mỗi n-ớc đ-ợc xây dựng phù hợp với thị tr-ờng từng n-ớc và để điều chỉnh các quan hệ cạnh tranh trên thị tr-ờng n-ớc đó. Vậy, ngay cả khi hai hay nhiều thị tr-ờng bị ảnh h-ởng, chúng ta vẫn có thể sử dụng giải pháp kiến nghị ở trên.

Nh- vậy, tiêu chí “*thị tr-ờng bị ảnh h-ởng*” nên đ-ợc sử dụng để chọn luật áp dụng quy phạm xung đột mới cho việc giải quyết bồi th-ờng thiệt hại do hành vi CTKLM gây ra. Đây cũng là giải pháp đ-ợc thừa nhận ở một số n-ớc¹. Theo Điều 1222 BLDS Nga thì về nguyên tắc “*pháp luật của n-ớc có thị tr-ờng bị ảnh h-ởng điều chỉnh nghĩa vụ phát sinh từ hành vi cạnh tranh không lành mạnh*”². T-ơng tự, Điều 136 Luật về Quan hệ có yếu tố n-ớc ngoài Thụy Sĩ, “*những yêu cầu dựa trên cơ sở một hành vi cạnh tranh không lành mạnh đ-ợc điều chỉnh bởi*

¹ Về việc điều chỉnh cạnh tranh không lành mạnh ở một số n-ớc, xem thêm: Hà Huy Hiệu và Bùi Nguyên Khánh, *Một số khía cạnh quốc tế của pháp luật về chống cạnh tranh không lành mạnh*, Tạp chí Nhà N-ớc và Pháp luật, 12/2000, tr.10 và tiếp theo.

² Xem Tạp chí RCDIP 2002, tr. 192.

³ Trong thực tế, tranh chấp về cạnh tranh có yếu tố n-ớc ngoài th-ờng xảy ra ở Thụy Sĩ (xem Paolo Michele Patochi và Elliott Geisinger, *Bình luận T- pháp quốc tế Thụy Sĩ*, NXB Payot Lausanne 1995, tr.362-363).

*pháp luật của n-ớc mà trên thị tr-ờng n-ớc đó hậu quả đ-ợc phát sinh*³.

Chúng ta nên luật hoá quy phạm xung đột về việc giải quyết bồi thường thiệt hại do hành vi CTKLM gây ra đ-ợc kiến nghị ở trên nh-ng luật hoá quy phạm này trong văn bản nào là vấn đề cần bàn.

Khác với pháp luật một số n-ớc, Luật Cạnh tranh n-ớc ta có điều chỉnh vấn đề CTKLM⁴. Do đó, chúng ta có thể nghĩ đến việc luật hoá giải pháp đó vào Luật Cạnh tranh. Đây là giải pháp d-ờng nh- phù hợp với xu h-ớng chung của pháp luật n-ớc ta hiện nay (rất nhiều văn bản chuyên ngành n-ớc ta chứa đựng quy phạm xung đột nh- Bộ luật Hàng hải, Luật Hàng không, Luật Thương mại, Luật Hôn nhân và gia đình...)⁵. Song, các nhà xây dựng Luật Cạnh tranh đã không đ-a quy phạm trên vào Luật.

Tham gia hội nhập, khả năng Tòa án Việt Nam phải đối mặt với các vụ kiện về cạnh tranh có yếu tố n-ớc ngoài là hoàn toàn thực tế. Chính vì thế, việc xây dựng pháp luật phải l-ờng tr-ớc và lập ra quy phạm để xử lý. Do Luật Cạnh tranh không có quy phạm xung đột chung điều chỉnh

việc xử lý bồi thường thiệt hại do hành vi CTKLM gây ra, thì nên đ-a quy phạm này vào một văn bản chuyên về T- pháp quốc tế nh- ở Thụy Sĩ, Bỉ⁶, hay vào BLDS nh- ở Nga? Vấn đề này đã đ-ợc đặt ra trong quá trình xây dựng BLDS⁷. Theo chúng tôi, trong hoàn cảnh hiện nay ở n-ớc ta, việc đ-a quy phạm trên vào một văn bản chuyên về T- pháp quốc tế là không thực tế, vì ch-a có dự thảo về lĩnh vực này. Trong nhiều năm nữa, mong muốn xây dựng quy phạm xung đột pháp luật về cạnh tranh không lành mạnh trong một đạo luật riêng về T- pháp quốc tế mới có thể thực hiện đ-ợc⁸.

Vì vậy, trong điều kiện sửa đổi BLDS, chúng ta nên luật hoá quy phạm này bằng cách bổ sung Khoản 4, Điều 835 BLDS với nội dung nh- sau: *Tranh chấp về bồi thường thiệt hại do hành vi CTKLM gây ra đ-ợc điều chỉnh bởi pháp luật của n-ớc mà thị tr-ờng bị ảnh h-ởng./*

* TS luật, Nhà pháp luật Việt – Pháp.

⁴ Ở Pháp, Nghị định năm 1986 về cạnh tranh này đ-ợc bộ luật hoá (Bộ luật thương mại không điều chỉnh vấn đề cạnh tranh không lành mạnh mà điều chỉnh tập trung kinh tế, thống lĩnh thị tr-ờng, thoả thuận hạn chế cạnh tranh). T-ong tự đối với Luật Cộng đồng châu Âu về cạnh tranh: ở đây, vấn đề cạnh tranh không lành mạnh không đ-ợc đề cập đến.

⁵ Theo Đoàn Năng (xem Vấn đề hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột h-ớng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài, Tạp chí Nhà N-ớc và Pháp luật, 11/1998, tr. 50; Một số vấn đề lý luận cơ bản về T- pháp quốc tế, Nxb Chính trị quốc gia, 2001, tr. 225), “khi xây dựng các văn bản pháp luật mới về từng lĩnh vực chuyên ngành, phải chú ý xây dựng quy phạm xung đột ngay trong các văn bản pháp luật chuyên ngành đó”.

⁶ Xem Điều 99, Đ 2-2 Luật về Bộ luật T- pháp quốc tế Bỉ ngày 16/07/2004.

⁷ Xem Bộ t- pháp, Tạp chí Dân chủ pháp luật, Số chuyên đề về BLDS, tháng 11-1995, tr. 17-18; tr. 240-242.

⁸ Về việc có nên hay không, nên xây dựng một đạo luật riêng về T- pháp quốc tế, xem thêm: Nguyễn Tiến Vinh, Bàn về việc hoàn thiện các quy định trong phần VII “Quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài” của BLDSVN, Tạp chí Nhà N-ớc và Pháp luật, số 5/2003, tr. 48.

CÓ NÊN XÂY DỰNG MỘT CH-ƠNG RIỀNG VỀ HỢP ĐỒNG TRONG LUẬT TH-ƠNG MẠI HAY KHÔNG?

NÔNG QUỐC BÌNH*

Dự thảo Luật Thương mại đã đ-ợc Quốc hội cho ý kiến tại kỳ họp thứ 6 và sẽ thông qua tại kỳ họp thứ 7 dự kiến vào tháng 5/2005. Có nhiều quan điểm khác nhau xoay quanh vấn đề có nên xây dựng một ch-ơng riêng về hợp đồng trong Luật Thương mại hay không¹. Bài viết d-ới đây đề cập đến vấn đề này

Tr-ớc hết, chúng tôi ủng hộ quan điểm của Ban dự thảo khi không xây dựng một ch-ơng riêng về hợp đồng th-ơng mại trong dự thảo Luật Thương mại mà chỉ ghi nhận một số quy định về một số loại hợp đồng có tính chất đặc thù trong lĩnh vực th-ơng mại, còn những quy định chung có tính nguyên tắc cho hợp đồng sẽ áp dụng theo các quy định trong Bộ luật Dân sự (BLDS).

Luật Thương mại và Bộ luật Dân sự

Căn cứ vào phạm vi áp dụng và mối quan hệ của các văn bản quy phạm pháp luật, ng-ời ta chia thành các văn bản pháp luật chung và các văn bản pháp luật chuyên ngành (Xem hộp).

Luật Thương mại đ-ợc coi là văn bản pháp luật chuyên ngành còn BLDS là văn bản pháp luật chung. BLDS quy định các nguyên tắc điều chỉnh quan hệ dân sự

Hộp 1

Văn bản pháp luật chung là văn bản ghi nhận các quy định cơ bản áp dụng cho một nhóm quan hệ nhất định, còn văn bản pháp luật chuyên ngành là văn bản pháp luật đ-ợc hình thành trên cơ sở của văn bản pháp luật chung để điều chỉnh một loại quan hệ nhất định. Việc phân chia này nhằm tránh sự chồng chéo, phức tạp giữa các quy định trong hệ thống pháp luật, làm cho các quy định của pháp luật rõ ràng hơn, thuận lợi hơn trong quá trình áp dụng. Văn bản pháp luật chung là nền tảng cho sự ra đời của văn bản pháp luật chuyên ngành. Đôi khi, văn bản pháp luật chuyên ngành bỏ sót hoặc không thể quy định đ-ợc tất cả các vấn đề có tính chuyên ngành nên khi điều chỉnh một quan hệ nhất định lại có sự khác nhau giữa văn bản pháp luật chung và văn bản pháp luật chuyên ngành. Trong tr-ờng hợp này, ng-ời ta áp dụng nguyên tắc: Nếu có sự khác nhau giữa văn bản pháp luật chuyên ngành với văn bản pháp luật chung thì áp dụng pháp luật chuyên ngành; nếu văn bản pháp luật chuyên ngành không quy định hoặc quy định không rõ ràng thì áp dụng quy định của văn bản pháp luật chung.

¹ Xem ý kiến Đại biểu Quốc hội thảo luận về Dự án Luật Thương mại (sửa đổi) ngày 08/11/2004; Các ý kiến trong Hội thảo lấy ý kiến dự thảo Luật Thương mại ngày 08/12/2004 do Phòng Thương mại và công nghiệp Việt Nam tổ chức tại Hà Nội; Xem báo Pháp luật số 312 (2.468) ngày 29/12/2004; Xem <http://www.ddn.com.vn> trang Pháp luật kinh doanh.

theo nghĩa rộng bao gồm các quan hệ dân sự, hôn nhân, gia đình, lao động, th-ơng mại... Sau này, do nhu cầu của thực tiễn, BLDS không thể quy định một cách chi tiết, điều chỉnh tất cả các loại quan hệ nên các quy định đối với từng loại quan hệ đã đ-ợc tách ra khỏi BLDS để trở thành luật chuyên ngành, trong đó có luật chuyên ngành về th-ơng mại. Văn bản điển hình ghi nhận các quy định về th-ơng mại là Luật Th-ơng mại.

Trong lĩnh vực th-ơng mại, Luật Th-ơng mại đ-ợc coi là luật chung còn các luật khác cụ thể trong lĩnh vực này đ-ợc coi là luật chuyên ngành. Việc phân định ở đây dựa trên mối quan hệ phái sinh giữa Luật Th-ơng mại với các luật chuyên ngành khác trong lĩnh vực th-ơng mại.

Do vậy, nội dung của Điều 3 Dự thảo 8 Luật Th-ơng mại quy định trong tr-ờng hợp có sự khác nhau giữa quy định của Luật Th-ơng mại với quy định của BLDS thì áp dụng quy định của Luật Th-ơng mại; trong tr-ờng hợp luật chuyên ngành và luật th-ơng mại không có quy định về một vấn đề cụ thể của hoạt động th-ơng mại thì áp dụng quy định của BLDS² là hoàn toàn khoa học. Quy định nh- vậy đã phân định rõ ràng phạm vi cũng nh- thứ tự -u tiên áp dụng pháp luật trong lĩnh vực th-ơng mại, tránh đ-ợc sự chồng chéo giữa các quy định của Luật Th-ơng mại với BLDS cũng nh- các luật có liên quan khác.

Do đó, theo chúng tôi, không cần thiết phải xây dựng một ch-ơng riêng về hợp đồng trong dự thảo Luật Th-ơng mại vì các quy định có tính nguyên tắc đã đ-ợc ghi nhận trong BLDS. Đó chính là cơ sở pháp lý cho việc xây dựng hợp đồng trong hoạt động th-ơng mại cũng nh- áp dụng đối với tất cả các loại hợp đồng khác.

Luật Th-ơng mại và Bộ luật Tố tụng dân sự

Một trong những bộ luật quan trọng liên quan tới giao dịch dân sự của n-ớc ta là Bộ luật Tố tụng dân sự (BLTTDS) đ-ợc Quốc hội khoá XI, kỳ họp thứ 5 thông qua ngày 15/6/2004. BLTTDS quy định những nguyên tắc cơ bản trong tố tụng dân sự; thủ tục khởi kiện tại toà án đối với các vụ việc dân sự. Theo quy định tại Điều 1 BLTTDS, các vụ việc dân sự không chỉ là các vụ, việc về dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động mà đ-ợc hiểu là các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng bao gồm cả các vụ, việc về kinh doanh, th-ơng mại. Nh- vậy, các tranh chấp phát sinh từ các hành vi th-ơng mại đ-ợc quy định trong Luật Th-ơng mại cũng chịu sự điều chỉnh của BLTTDS.

Với quan điểm tiếp cận khái niệm dân sự của những nhà làm luật trong quá trình xây dựng các quy định liên quan tới dân sự thì có thể thấy, khái niệm quan hệ dân sự theo nghĩa rộng bao gồm cả quan hệ th-ơng mại không chỉ đ-ợc áp dụng trong BLTTDS mà còn đ-ợc áp dụng trong BLDS.

² Khoản 2, 3 Điều 3 Dự thảo 8 Luật Th-ơng mại.

Vì vậy, không thể căn cứ vào những đặc tính của quan hệ th-ơng mại để tách riêng biệt mối quan hệ giữa Luật Th-ơng mại với BLDS. Điều này chứng minh, không nên quy định một ch-ơng riêng về hợp đồng trong Luật Th-ơng mại khi các quy định đó đã đ-ợc ghi nhận trong BLDS.

Luật Th-ơng mại đối với quan hệ hợp đồng th-ơng mại quốc tế

Trong hội nhập kinh tế quốc tế, các giao dịch th-ơng mại quốc tế và số l-ợng các hợp đồng th-ơng mại quốc tế ở n-ớc ta sẽ ngày càng tăng. Luật Th-ơng mại đóng một vai trò quan trọng trong việc điều chỉnh các quan hệ hợp đồng th-ơng mại nói chung và hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế nói riêng. Có ý kiến cho rằng, trong hoàn cảnh hiện nay, khi mà th-ơng nhân Việt Nam ch-a đ-ợc trang bị đầy đủ kiến thức pháp luật về hợp đồng th-ơng mại thì Luật Th-ơng mại quy định càng cụ thể, càng chi tiết về hợp đồng bao nhiêu thì càng tốt bấy nhiêu³. Nhận thức hạn chế của các th-ơng nhân n-ớc ta đối với hợp đồng th-ơng mại quốc tế, trong đó có hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế, có thể dẫn đến thua thiệt trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng th-ơng mại quốc tế.

Tuy nhiên, cũng không nên vì lý do đó để quy định chi tiết về hợp đồng thành một ch-ơng riêng trong Luật Th-ơng mại nhằm hy vọng giúp cho các th-ơng nhân

n-ớc ta không bị thua thiệt trong quá trình ký kết và thực hiện tốt hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế. Điều này đ-ợc lý giải nh- sau:

Thứ nhất, nguyên tắc cơ bản đối với hợp đồng là tôn trọng tự do thỏa thuận giao kết và thực hiện hợp đồng. Các bên chủ thể có quyền tự do trong việc thỏa thuận xác định quyền và nghĩa vụ. Nguyên tắc này đ-ợc ghi nhận trong nhiều Điều -ớc và tập quán th-ơng mại quốc tế. (Xem hộp 2)

Hộp 2

Khoản 1 Điều 3 Công -ớc Roma năm 1980 về Luật áp dụng cho trách nhiệm hợp đồng quy định các bên chủ thể có quyền chọn luật để áp dụng cho toàn bộ hoặc một phần hợp đồng. Điều 9 Công -ớc Viên 1980 của Liên hợp quốc về Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, quy định các bên chỉ bị ràng buộc bởi các điều đã thỏa thuận, Điều 14 của Công -ớc này cũng khẳng định: hợp đồng coi nh- đã đ-ợc xác lập khi có cơ sở xác định thể hiện ý chí tự nguyện ràng buộc của các bên. Đối với hợp đồng đã đ-ợc ký kết và đang đ-ợc thực hiện cũng có thể đ-ợc sửa đổi hoặc chấm dứt nếu các bên tự nguyện thỏa thuận (*Khoản 1 Điều 29 Công -ớc Viên 1980*). Điều 1.1 của Các nguyên tắc của hợp đồng th-ơng mại quốc tế do Viện thống nhất T- pháp quốc tế (UNIDROIT) phát hành năm 1994 đ-a ra nguyên tắc đầu tiên là “các bên trong hợp đồng đ-ợc tự do giao kết hợp đồng và quy định nội dung của hợp đồng.”

Nguyên tắc tôn trọng tự do thỏa thuận trong giao kết hợp đồng của các bên cũng đ-ợc thể hiện rõ trong tập quán th-ơng mại

³ Xem <http://www.dddn.com.vn> trang Pháp luật kinh doanh.

quốc tế (INCOTERMS). Khi áp dụng INCOTERMS thì những điều khoản riêng biệt do các bên thỏa thuận với nhau trong hợp đồng đ-ợc coi là -u tiên hơn so với bất cứ điều khoản nào của INCOTERMS⁴ hoặc các th-ơng nhân muốn sử dụng INCOTERMS thì phải ghi rõ là hợp đồng của họ sẽ chịu sự điều chỉnh của INCOTERMS⁵.

Trong th-ơng mại quốc tế, nguyên tắc tự do thỏa thuận giao kết hợp đồng là một nguyên tắc vô cùng quan trọng, nó tạo ra một môi tr-ờng thuận lợi, thông thoáng giúp các bên có thể tùy vào tình hình thực tế hiệu quả nhất để xác định quyền và nghĩa vụ của mình trong giao dịch th-ơng mại quốc tế.

Vì vậy, nếu pháp luật về hợp đồng th-ơng mại, đặc biệt là các điều khoản về hợp đồng th-ơng mại quốc tế quy định chi tiết buộc các bên phải tuân theo trong giao dịch th-ơng mại quốc tế, vô tình sẽ làm ảnh hưởng tới nguyên tắc tự do thỏa thuận hợp đồng của các bên đã đ-ợc quy định trong nhiều điều -ớc và tập quán th-ơng mại quốc tế.

Thứ hai, việc quy định chi tiết về hợp đồng th-ơng mại trong Luật Th-ơng mại có thể làm hạn chế việc áp dụng nó trong th-ơng mại quốc tế. Trên nguyên tắc tự do thỏa thuận, các bên trong quan hệ hợp đồng th-ơng mại quốc tế không những có quyền tự do thỏa thuận các điều khoản

quy định về quyền và nghĩa vụ của mình, mà còn có quyền chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng của họ. Nếu các bên, đặc biệt là bên th-ơng nhân n-ớc ngoài, thấy rằng, pháp luật n-ớc ta về hợp đồng th-ơng mại quốc tế quy định chi tiết đến mức không còn có thể thỏa thuận đ-ợc thì họ sẽ có thể không lựa chọn pháp luật n-ớc ta. Nh- vậy, khi các bên không áp dụng các quy định của pháp luật n-ớc ta về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế thì các quy định về hợp đồng sẽ không còn ý nghĩa.

Tóm lại, việc quy định các vấn đề về hợp đồng th-ơng mại trong Luật Th-ơng mại cần phải tính đến mối quan hệ của nó đối với các văn bản pháp luật khác để tránh sự chồng chéo và đảm bảo tính thống nhất trong cả hệ thống pháp luật. Mặt khác, nó phải đảm bảo nguyên tắc tự do thỏa thuận đ-ợc ghi nhận trong pháp luật quốc tế cũng nh- bảo vệ quyền và lợi ích của th-ơng nhân n-ớc ta trong quan hệ mua bán với n-ớc ngoài./.

* TS, Giảng viên chính Tr-ờng Đại học Luật Hà Nội

⁴ Điểm 5 của INCOTERMS 1980.

⁵ Điểm 22 của INCOTERMS 1990, Điểm 4 của INCOTERMS 2000.

THỎA THUẬN HẠN CHẾ HAY MIỄN TRỪ TRÁCH NHIỆM DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG?

Đ-ÔNG ANH SƠN*

Việc thừa nhận giá trị pháp lý của các thỏa thuận nhằm hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng thể hiện sự tôn trọng tự do ý chí của các bên tham gia ký kết hợp đồng, nh-ng cũng cần nghiêm khắc đối với các hành vi cố ý vi phạm. Tác giả đ-a ra kinh nghiệm một số n-ớc và đề xuất ý kiến nhằm hoàn thiện chế định về hợp đồng trong pháp luật dân sự và th-ơng mại ở n-ớc ta

Theo nguyên tắc chung, khi một bên không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ hợp đồng thì phải chịu trách nhiệm tr-ớc phía bên kia. Tuy nhiên, trong một số tr-ờng hợp, bên vi phạm không phải chịu trách nhiệm (tr-ờng hợp bất khả kháng; do lỗi của ng-ời có quyền; do có sự thoả thuận của các bên về tr-ờng hợp miễn trách nhiệm).

Xây dựng hệ thống các quy định pháp luật phù hợp để giám sát có hiệu quả các thoả thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm là một trong những vấn đề cơ bản để hoàn thiện pháp luật hợp đồng, nhất là trong bối cảnh chúng ta đang sửa đổi Bộ luật Dân sự năm 1995 và Luật Th-ơng mại năm 1997.

1. Quy định của pháp luật n-ớc ngoài

Theo pháp luật của Anh, khi xem xét giá trị pháp lý của các thỏa thuận nhằm hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm, tòa án phải phân tích sự vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, cũng nh-cần cứ vào sự thể hiện ý chí và các hành vi

khác của các bên dẫn đến việc ký kết hợp đồng, để xác định ý chí của các bên khi xác lập quyền và nghĩa vụ phát sinh từ việc ký kết và thực hiện hợp đồng. Điều này khẳng định sự cần thiết đánh giá về mặt pháp lý, những thỏa thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm, trong tổng thể toàn bộ hợp đồng mà không phải từng điều khoản riêng biệt. Những thỏa thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm của ng-ời bán do giao hàng có khuyết tật, ẩn trong hợp đồng mua bán hàng hoá, không thể vô hiệu hóa điều kiện cơ bản do luật định về công dụng của hàng hóa cho một mục đích nhất định. Thỏa thuận về miễn trừ trách nhiệm bồi th-ờng thiệt hại gián tiếp sẽ không liên quan đến những thiệt hại là hậu quả đ-ơng nhiên của sự vi phạm, mà chỉ liên quan đến những thiệt hại không có mối liên hệ mật thiết đến sự vi phạm hợp đồng¹. Chúng tôi cho rằng, pháp luật của Anh không công nhận giá trị pháp lý của các thỏa thuận về miễn trừ trách nhiệm, nếu các thỏa thuận đó liên quan đến sự *vi phạm nghiêm*

¹ Xem: Luật bán hàng năm 1979 của Anh.

trọng nghĩa vụ hợp đồng. Năm 1997, Nghị viện Anh thông qua Luật về các điều khoản không trung thực trong hợp đồng. Luật này đ-ợc quy định nhằm mục đích hạn chế, hay trong một số tr-ờng hợp, loại bỏ khả năng dẫn đến các thỏa thuận miễn trừ trách nhiệm trong hợp đồng².

Pháp luật của Hoa Kỳ, những thỏa thuận này không những hạn chế trách nhiệm bên vi phạm, mà còn hạn chế bên có quyền sử dụng các biện pháp bảo vệ pháp lý. Trong thực tiễn th-ơng mại th-ờng gặp các thỏa thuận ng-ời bán đ-ợc miễn trừ trách nhiệm bồi th-ờng những thiệt hại gián tiếp. Trong pháp luật của Hoa Kỳ, tiêu chí cơ bản và chủ yếu đ-ợc áp dụng để đánh giá về mặt pháp lý các thỏa thuận miễn trừ trách nhiệm là quy tắc “*tính bất hợp lý*” của chúng. Quy tắc này có ý nghĩa không chỉ với hiệu lực của các thỏa thuận nói trên, mà còn đối với toàn bộ hay bất kỳ một bộ phận nào của hợp đồng³. “*Tính bất hợp lý*” đ-ợc coi là việc một trong các bên không có bất kỳ sự lựa chọn nào, và kết hợp với các điều kiện của hợp đồng, trong một chừng mực “*bất hợp lý*” làm cản trở phía bên kia thực hiện quyền của mình. Bộ luật Th-ơng mại thống nhất của Hoa Kỳ đặc biệt chú ý đến tr-ờng hợp, khi quyền yêu cầu bồi th-ờng thiệt hại gián tiếp của ng-ời có quyền bị hạn chế hay bị loại trừ bởi các thỏa thuận trong hợp đồng. Các thỏa thuận này chỉ có giá trị pháp lý trong tr-ờng hợp chúng có căn cứ. Tình huống th-ờng xảy ra trong thực tế khi sự thỏa thuận của các bên nhằm hạn chế bồi th-ờng thiệt hại gián tiếp do việc bán hàng

tiêu dùng gây thiệt hại về thân thể, theo pháp luật Hoa Kỳ, thì những thỏa thuận này đ-ợc coi là không có căn cứ.

Pháp luật của Pháp trong thời gian dài không công nhận giá trị pháp lý của các thỏa thuận nhằm hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, và tất nhiên, không có sự điều chỉnh chúng. Cơ sở của việc không công nhận xuất phát từ quan điểm cho rằng, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng đ-ợc xác định trên cơ sở lỗi không thể đ-ợc miễn trừ, bởi vì, nếu ng-ợc lại thì sẽ mâu thuẫn với bản chất của nghĩa vụ hợp đồng. Trong Bộ luật Dân sự của Pháp không có một quy định nào điều chỉnh thỏa thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

Tuy nhiên, việc áp dụng rộng rãi các thỏa thuận về miễn trừ trách nhiệm trong quan hệ dân sự, trong hoạt động th-ơng mại, dẫn đến sự cần thiết phải giải quyết vấn đề về hậu quả pháp lý của các thỏa thuận đó. Năm 1959, Tòa th-ợng thẩm quy định rằng, các thỏa thuận về miễn trừ trách nhiệm đ-ợc coi là có giá trị pháp lý, nếu chúng *không miễn trừ trách nhiệm do lỗi cố ý hay vô ý nghiêm trọng*. Điều này có nghĩa là, nếu sự vi phạm hợp đồng là cố ý thì thỏa thuận miễn trừ trách nhiệm sẽ không có giá trị pháp lý⁴. Hiện nay, nguyên tắc này đ-ợc Cộng hoà Pháp lấy làm nền tảng để xây dựng cách tiếp cận của pháp luật đối với các thỏa thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng.

² Xem: Jenkins D, *The Essence of the Contract*, *The Cambridge Law Journal*, vol 27 (November 1969), p.262.

³ Xem: Điều 2-302 Bộ luật Th-ơng mại thống nhất của Hoa Kỳ.

⁴ Xem: Nicolas B, *French Law of Contract*, London, 1982, p.228

Ngoài cách tiếp cận chung đối với các thỏa thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm nói trên, thực tiễn xét xử của Pháp không cho phép việc hạn chế trách nhiệm bồi thường do gây thiệt hại về tính mạng, sức khỏe.

Pháp luật của CHLB Đức: Điều 276 Bộ luật Dân sự Đức quy định, *bên vi phạm không thể đ-ợc miễn trừ trách nhiệm trong t-ơng lai, nếu cố ý vi phạm hợp đồng*. Quy định này có nghĩa là các thỏa thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm, nếu liên quan đến trách nhiệm do vi phạm cố ý thì không có giá trị pháp lý. Theo quy định của Điều 476 Bộ luật Dân sự Đức, các thỏa thuận trên *bị coi là không có giá trị pháp lý, nếu ng-ời bán cố tình im lặng, không thông báo cho ng-ời mua biết những khuyết tật của hàng hoá mà ng-ời bán đã biết tr-ớc*. Sự phát triển của pháp luật điều chỉnh các thỏa thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm, đồng thời với việc tăng cường giám sát về mặt pháp lý, nhằm bảo vệ quyền lợi của ng-ời tiêu dùng⁵.

Pháp luật của CHLB Nga: đối với hiệu lực pháp luật của các thỏa thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng t-ơng tự pháp luật của Cộng hòa Pháp và CHLB Đức. Khoản 4 Điều 401 Bộ luật Dân sự quy định, *các thỏa thuận tr-ớc về hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ một cách cố ý đ-ợc coi là không có giá trị pháp lý*.

Công -ớc Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế không trực tiếp điều chỉnh thỏa thuận của các bên về miễn trừ hay hạn chế trách nhiệm do vi phạm hợp

đồng. Tuy nhiên, Điều 40, Khoản 2 của Điều 43 quy định, thỏa thuận của các bên về việc ng-ời bán không phải chịu trách nhiệm do chất lượng của hàng hóa không phù hợp với hợp đồng nếu ng-ời mua không tuân thủ thời hạn thông báo, do các bên thỏa thuận hay do Công -ớc quy định, sẽ không có giá trị pháp lý nếu *sự không phù hợp của hàng hóa với điều kiện của hợp đồng liên quan đến các yếu tố mà ng-ời bán đã biết hay buộc phải biết nh-ng không thông báo cho ng-ời mua*.

2. Quy định trong pháp luật n-ớc ta

Quy định tại Khoản 1, Điều 77 của Luật Thương mại thể hiện sự tôn trọng tự do ý chí của các bên trong việc ký hợp đồng thương mại. Tuy nhiên, trong thực tiễn giao dịch dân sự và thương mại có thể xảy ra trường hợp, một bên nào đó (thông thường là bên mạnh hơn về mặt kinh tế và có kinh nghiệm hơn trong hoạt động thương mại) lợi dụng sự tồn tại của các thỏa thuận về hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm để cố ý vi phạm hợp đồng mà không phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại. (Xem ví dụ 1 và 2)

Hộp 1

- Bộ luật Dân sự năm 1995 không có quy định điều chỉnh các thỏa thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm.

- Khoản 1, Điều 77 Luật Thương mại năm 1997 quy định: *“các bên đ-ợc miễn trừ trách nhiệm về việc không thực hiện một phần hay toàn bộ nghĩa vụ hợp đồng nếu trong hợp đồng có thỏa thuận về các trường hợp miễn trừ trách nhiệm đó”*.

⁵ Xem: Comarov A.C, *Trách nhiệm trong hoạt động thương mại*, Matxcova, 1991, tr.158

Hộp 2

Ví dụ 1: Trong hợp đồng mua bán hàng hóa đã ký kết giữa người bán A và người mua B, các bên thỏa thuận thời điểm giao hàng là 1/1/2004. Cũng trong hợp đồng, các bên thỏa thuận một điều khoản cho phép bên bán sẽ không phải chịu trách nhiệm tr-ớc người mua nếu việc giao hàng chậm không quá 15 ngày, (tr-ớc ngày 16/10). Ngày 30/9, người bán A chuẩn bị đủ hàng để giao cho người mua B theo thỏa thuận của hợp đồng. Cùng ngày 30/9, một người khác (người mua C), là đối thủ cạnh tranh trực tiếp của người mua B, đề nghị người bán A bán số hàng đó cho họ với giá cao hơn 20% giá trong hợp đồng giữa A và B. Người bán A lợi dụng thỏa thuận giữa họ với người mua B, đồng ý bán cho người mua C số hàng lẽ ra phải giao cho người mua B, bởi vì họ nghĩ rằng trong thời hạn 15 ngày, họ có thừa khả năng chuẩn bị đủ hàng để giao cho người mua B. Ngày 15/10 người mua B nhận hàng theo hợp đồng, thế nh-ng lúc này, họ buộc phải bán rẻ vì thị tr-ờng đã không còn nhu cầu. Vì thế, người mua B phải chịu một số thiệt hại đáng kể nào đó. Tuy nhiên, nếu căn cứ theo Khoản 1 Điều 77 của Luật Th-ơng mại hiện hành, người mua B không có quyền yêu cầu người bán bồi th-ờng thiệt hại.

Ví dụ 2: Trong hợp đồng mua bán hàng hóa giữa người bán và người mua có thỏa thuận rằng, người bán chỉ chịu trách nhiệm về chất l-ợng của hàng hóa trong thời hạn 12 tháng, tính từ ngày giao hàng đã-ợc thỏa thuận trong hợp đồng. Hết thời hạn nói trên, người mua mới phát hiện hàng hóa không phù hợp với điều kiện của hợp đồng và người mua cũng có căn cứ xác đáng rằng, tr-ớc thời điểm ký hợp đồng, người bán đã biết đã-ợc hàng hóa có khuyết tật nh-ng không thông báo cho người mua về điều đó. Tại thời điểm ký kết hợp đồng, nếu người bán thông báo cho người mua biết rằng, hàng hóa có khuyết tật thì người mua có lẽ đã từ chối ký kết hợp đồng mua bán này. Theo quy định của Khoản 1 Điều 77 của Luật Th-ơng mại năm 1997, người bán không phải chịu trách nhiệm tr-ớc người mua vì thời hạn do các bên thỏa thuận đã hết.

Theo quy định của pháp luật hiện hành, người bị thiệt hại gián tiếp từ sự cố ý lợi dụng thỏa thuận hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng không có quyền yêu cầu phía bên kia bồi th-ờng thiệt hại.

3. Đề xuất

Để đảm bảo sự công bằng và quyền lợi của những bên “yếu hơn” và trật tự th-ơng mại nói chung, cần phải có sự đánh giá thích đáng về mặt pháp lý thỏa thuận của các bên tham gia hợp đồng về hạn chế hay miễn trừ trách nhiệm. Vì vậy, chúng tôi kiến nghị bổ sung vào Khoản 1 Điều 77 của Luật Th-ơng

mại hiện hành (hay điểm (a) Khoản 1 Điều 280 dự thảo Luật Th-ơng mại sửa đổi lần 8) nội dung sau: “*Thỏa thuận của các bên về miễn trừ trách nhiệm sẽ không có giá trị pháp lý nếu thỏa thuận đó liên quan đến vi phạm hợp đồng do cố ý*”.

Quy định nh- vậy là phù hợp với thực tiễn, góp phần hoàn thiện pháp luật hợp đồng ở n-ớc ta./.

* TS. Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

DỰ THẢO LUẬT D-ỢC: Một số ý kiến

LÊ VĂN TRUYỀN*

Dự thảo Luật D-ợc đã đ-ợc Quốc hội cho ý kiến tại kỳ họp thứ 6 và đang đ-ợc chỉnh lý để đ-a ra Quốc hội thông qua tại kỳ họp thứ 7 giữa năm 2005. Với góc nhìn phân tích của một chuyên gia trong ngành đã có nhiều năm làm nhiệm vụ quản lý nhà n-ớc trong lĩnh vực này, các ý kiến phân tích tập trung vào tính khả thi của Luật trong điều kiện Việt Nam hội nhập kinh tế quốc tế

Sự cần thiết

Trong thời kỳ bao cấp, công tác xây dựng văn bản pháp quy về d-ợc đ-ợc xây dựng trên các nguyên tắc quản lý y tế và kinh tế - xã hội chủ nghĩa theo cơ chế kế hoạch hoá tập trung.

Khi đất n-ớc chuyển qua thời kỳ “đổi mới” và “mở cửa”, có thêm những nhân tố mới tham gia trong lĩnh vực d-ợc, đó là kinh tế t-nhân và các công ty d-ợc phẩm n-ớc ngoài đ-ợc đặt quan hệ sản xuất-kinh doanh d-ợc phẩm với Việt Nam. Các quy chế d-ợc xây dựng trong thời kỳ bao cấp đã đ-ợc sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội thời kỳ mới và quá trình hội nhập kinh tế quốc tế trên cơ sở chủ tr-ơng, đ-ờng lối của Đảng và Nhà n-ớc, phù hợp với các văn bản luật và pháp lệnh liên quan (Luật Bảo vệ sức khoẻ nhân dân, Pháp lệnh Hành nghề y d-ợc t-nhân...).

Tuy nhiên, hệ thống văn bản pháp quy về quản lý d-ợc vẫn chỉ là những văn bản cấp bộ và một số ít là văn bản liên bộ, nên ch-a có hệ thống và có hiệu lực pháp lý cao. Những bất cập trong các văn bản pháp quy

về d-ợc hiện nay có thể nêu lên là chậm tiếp thu các kinh nghiệm n-ớc ngoài trong việc quản lý hiệu quả thuốc, ch-a đáp ứng đ-ợc những yêu cầu hội nhập. Vì vậy, việc xây dựng Luật D-ợc có tác dụng thiết thực để tăng c-ờng hiệu quả của công tác quản lý nhà n-ớc về thuốc, phát triển sản xuất và cung ứng d-ợc phẩm, thúc đẩy sử dụng thuốc an toàn, hợp lý và tiết kiệm, phục vụ tốt sự nghiệp chăm sóc, bảo vệ sức khoẻ nhân dân.

Nội dung Dự thảo

Đối t-ợng điều chỉnh

Đây là một Bộ luật khung gồm 11 ch-ơng, 74 điều, quy định những chế tài liên quan đến sản xuất, xuất - nhập khẩu, mua bán, cung ứng, bảo quản, kiểm nghiệm, thông tin, quảng cáo, thử lâm sàng, sử dụng thuốc và quản lý nhà n-ớc về thuốc.

Đối t-ợng điều chỉnh của Luật này chủ yếu là thuốc và các nhà sản xuất - kinh doanh d-ợc phẩm (Điều 1, Ch-ơng I). Thông th-ờng, Bộ luật D-ợc của các n-ớc điều chỉnh 3 đối t-ợng: d-ợc phẩm; ng-ời hành nghề liên quan đến d-ợc phẩm (cả cán bộ

y, d-ợc) và ng-ời sử dụng thuốc; công tác quản lý nhà n-ớc về d-ợc. Có lẽ cần bổ sung thêm phạm vi điều chỉnh để Luật này có thể điều chỉnh hành vi của tất cả những ng-ời có liên quan.

Cách cấu trúc và tiêu đề các ch-ơng của Dự thảo gây cảm giác Luật này điều chỉnh d-ợc phẩm là chủ yếu, mà ch-a nhằm điều chỉnh những ng-ời hoạt động trong những lĩnh vực liên quan đến thuốc và sức khỏe ng-ời bệnh. Ví dụ: Ch-ơng II có 7 mục, 25 điều quy định về kinh doanh thuốc, chiếm 35% số điều của Dự thảo, trong đó quy định điều kiện, thủ tục để đăng ký kinh doanh và hoạt động, nh-ng lại thiếu quy định về trách nhiệm, quyền hạn của d-ợc sĩ và chủ thể kinh doanh. Tham khảo Bộ luật D-ợc Thái Lan, có thể thấy cấu trúc, tiêu đề và nội dung các ch-ơng đã nhấn mạnh trách nhiệm và hành vi các chủ thể tham gia vào quá trình sản xuất, kinh doanh, sử dụng và quản lý d-ợc phẩm. (Xem hộp 1)

Về giải thích khái niệm, Dự thảo dành riêng Điều 2 để giải thích các thuật ngữ chuyên môn, điều này là hết sức cần thiết vì đây là bộ luật chuyên ngành. Song, cách giải thích thuật ngữ, đặc biệt là giải thích khái niệm về “d-ợc” ở điểm 1 Điều 2 ch-a thật chuẩn xác. Theo từ điển Tiếng Việt thì từ “d-ợc” là danh từ để chỉ “d-ợc học”, “d-ợc khoa” (khoa học về d-ợc) hoặc để chỉ “Thuốc chữa bệnh”¹. Nếu từ “d-ợc” trong cụm từ “Luật D-ợc” là để chỉ “d-ợc học” hoặc “d-ợc khoa” thì Dự thảo Luật D-ợc không điều chỉnh đủ các nội dung vì không đề cập toàn diện đến các lĩnh vực của ngành d-ợc

Hộp 1

Bộ luật D-ợc Thái Lan quy định trách nhiệm của ng-ời kinh doanh tân d-ợc (Ch-ơng III, 17 điều), trách nhiệm của d-ợc sĩ (Ch-ơng IV, 7 điều), trách nhiệm của ng-ời hành nghề D-ợc cổ truyền (Ch-ơng VI, 14 điều), ba ch-ơng này của Luật D-ợc Thái Lan đã chiếm 38 điều, bằng 30% số điều trong bộ luật nh-ng về nội dung đã chiếm đến gần 40% (16 trang/43 trang) của Bộ luật. Nếu tính thêm Ch-ơng 7 về “Trách nhiệm của ng-ời hành nghề y học cổ truyền” liên quan đến thuốc cổ truyền (8 điều, 3 trang) thì có thể nói các ch-ơng này đã chiếm đến từ 45-50% nội dung của bộ luật. Luật D-ợc Thái Lan còn dành riêng Ch-ơng XII có 5 điều quy định về “Trách nhiệm, quyền hạn và nghĩa vụ của công chức ngành y tế khi thi hành công vụ”.

nh-: đào tạo cán bộ, nghiên cứu khoa học d-ợc, sử dụng thuốc... Nh- vậy, theo nội dung các ch-ơng, điều trong Dự thảo Luật D-ợc thì từ “d-ợc”, hiểu theo phạm vi tên gọi của luật là để chỉ “thuốc chữa bệnh” chứ không phải để chỉ “những nội dung liên quan đến thuốc dùng cho ng-ời” nh- đã giải thích tại điểm 1, Điều 2. Chúng tôi đề nghị, để có sự nhất quán với các quan niệm và thông lệ quốc tế, cũng nh- đảm bảo sự thống nhất trong các quy định của luật, các giải thích trong Điều 2 nên bám sát các giải thích và định nghĩa của Tổ chức y tế thế giới, tạo thuận lợi cho ngành d-ợc trong quá trình hội nhập.

Xét bối cảnh của ngành y tế và ngành d-ợc Việt Nam hiện nay, cần có một Bộ luật D-ợc để điều chỉnh hành vi của tất cả cán bộ y, d-ợc và các nhà sản xuất kinh doanh d-ợc phẩm, nhằm cải thiện tình hình và khắc phục

¹ Đại từ điển Tiếng Việt (Trung tâm ngôn ngữ và văn hóa Việt Nam, NXB Văn hóa-Thông tin, 1998).

tất cả những sai sót, yếu kém trong sử dụng thuốc, sản xuất - kinh doanh thuốc, phục vụ tốt hơn sự nghiệp chăm sóc bảo vệ sức khỏe nhân dân. Do đó, nên nghiên cứu cấu trúc lại và bổ sung một số chương, điều để làm nổi bật nghĩa vụ, trách nhiệm của cán bộ y, d-ợc kể cả cán bộ quản lý d-ợc, ng-ời hành nghề y, d-ợc liên quan đến thuốc men.

Nội dung quản lý nhà n-ớc về d-ợc

Luật D-ợc đ-ợc mong chờ nh- một công cụ pháp lý hữu hiệu để nâng cao hiệu lực của công tác quản lý nhà n-ớc về d-ợc. Tuy nhiên, Chương X: *Quản lý nhà n-ớc về d-ợc* chỉ gồm có 3 điều với các quy định rất chung chung hoặc nhắc lại một số nội dung có tính nguyên tắc trong các văn bản d-ới luật liên quan. Dự thảo không đề cập đến các nội dung mà chúng tôi cho là cơ bản, nh-: mô hình, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn cơ quan quản lý nhà n-ớc về d-ợc, các tổ chức t- vấn cho Bộ Y tế về các vấn đề liên quan đến thuốc, vai trò của các tổ chức xã hội - nghề nghiệp, tổ chức bảo vệ quyền lợi ng-ời tiêu dùng. Những nội dung này đ-ợc đề cập hết sức sơ sài và không phản ảnh đ-ợc các tinh thần, nội dung của Nghị định 88/2003/TTg của Thủ t-ớng Chính phủ về thành lập và hoạt động của các Hội và Hiệp hội nghề nghiệp.

Vì vậy, nên tổng kết những vấn đề bất cập hiện nay trong lĩnh vực quản lý nhà n-ớc về d-ợc tại các văn bản d-ới luật để đ-a vào Luật D-ợc. Trong thực tế, để xử lý các vấn đề nảy sinh, rất cần thiết phải quy định rõ về chức năng, thẩm quyền giải quyết và xử lý các tr-ờng hợp khẩn cấp về thuốc, chức năng và thẩm quyền ban hành các biện

pháp tự vệ để đảm bảo thuốc, vấn đề bảo hộ sở hữu trí tuệ và chống độc quyền về d-ợc phẩm, nhằm bảo vệ quyền lợi ng-ời bệnh... Nếu thêm các nội dung đó, chắc chắn Luật D-ợc sẽ đáp ứng đ-ợc các yêu cầu cấp bách của công tác quản lý nhà n-ớc về d-ợc hiện nay và thời gian tới.

Điều 6, Chương I có tiêu đề: *Cơ quan quản lý nhà n-ớc về d-ợc* nh-ng nội dung lại không ăn nhập. Nội dung của Điều 6 chỉ quy định sự phân công, phân cấp về công tác quản lý về d-ợc giữa trung -ơng và địa phương, giữa Chính phủ, Bộ Y tế với UBND các cấp. Các quy định này đề cập tới *Cơ quan quản lý d-ợc*. Cần quy định về cơ quan quản lý d-ợc, bao gồm tên và cơ cấu tổ chức; chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn; phạm vi, đối tượng quản lý của cơ quan này.

Do cơ quan quản lý d-ợc không đủ điều kiện để giải quyết hết mọi vấn đề liên quan đến thuốc, vì vậy, cần có một số tổ chức d-ới dạng các Ban hoặc Hội đồng có nhiệm vụ t- vấn cho cơ quan quản lý. Ở nhiều n-ớc, các Ban và Hội đồng cũng đã đ-ợc quy định trong luật. (Xem hộp 2)

Hộp 2

Luật D-ợc Thái Lan quy định ở Chương I năm điều về: thành phần và trách nhiệm của Hội đồng thuốc. Ngoài ra, Luật D-ợc Thái Lan cũng dành riêng chương XII để quy định bốn điều về trách nhiệm và nghĩa vụ của công chức ngành d-ợc, trong đó có Điều 94 ghi rõ: *“Trong khi thực hiện Luật D-ợc, công chức đồng thời đ-ợc điều chỉnh bởi Luật Hình sự”*.

Nghĩa vụ công chức: ở n-ớc ta, việc quy định trách nhiệm và nghĩa vụ công

chức trong cơ quan quản lý nhà n-ớc về d-ợc các cấp là hết sức quan trọng, đặc biệt trong bối cảnh Chính phủ đang đẩy mạnh công cuộc cải cách hành chính, chống tham nhũng và tăng c-ờng chức năng hỗ trợ doanh nghiệp của hệ thống công quyền. Do đó, nên bổ sung các điều quy định cụ thể về cơ quan quản lý d-ợc ở Việt Nam từ trung -ơng đến địa ph-ơng, quy định về tổ chức, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của hệ thống trên.

Thanh tra: Dự thảo Luật D-ợc không đề cập đến công tác thanh tra d-ợc, do đó, thiếu cơ sở pháp lý để nâng cao vị trí, vai trò và hiệu quả của cơ quan thanh tra d-ợc cũng nh- công tác thanh tra d-ợc. Cần phải thấy rằng, một trong những nguyên nhân của những yếu kém trong công tác quản lý nhà n-ớc về d-ợc thời gian qua là do thiếu một hệ thống thanh tra chuyên ngành d-ợc từ trung -ơng đến địa ph-ơng và thiếu các chế tài rõ ràng.

Một số kiến nghị

Để Luật D-ợc đáp ứng đ-ợc yêu cầu của thực tiễn và có tính khả thi cao, ngoài các phân tích trên đây, chúng tôi xin đ-a ra một số kiến nghị cụ thể sau:

- Tại khoản 2, Điều 2: Định nghĩa về thuốc bao gồm cả những chất dùng để “*chẩn đoán bệnh*”, cần làm rõ hóa chất xét nghiệm để chẩn đoán bệnh có đ-ợc điều chỉnh bởi Luật D-ợc hay không?

- Tại khoản 3, Điều 15: Đề nghị thay từ “*gia công*” bằng từ “*sản xuất theo hợp đồng*” (contract manufacturing) là một khái niệm phổ biến trên thế giới và bao quát hơn.

- Khoản 6, Điều 16: “*L-u giữ mẫu thuốc theo từng lô sản xuất ít nhất là một năm kể từ khi thuốc hết hạn dùng*”. Quy định đó không thật sự có ý nghĩa nên cần nghiên cứu lại, bởi một mẫu thuốc đã hết hạn dùng, về mặt pháp lý không thể coi là mẫu để đối chiếu khi xảy ra các vấn đề về chất l-ợng và tác dụng (tác dụng điều trị, tác dụng có hại, tác dụng không mong muốn...). Nếu có l-u mẫu một năm sau khi hết hạn dùng thì mẫu thuốc đó không có giá trị pháp lý để xem xét khi giải quyết các tranh chấp về chất l-ợng và hiệu quả.

- Tại Khoản 3, Điều 19: Không thấy Luật xác định ai là ng-ời chịu trách nhiệm về chất l-ợng thuốc nhập khẩu ủy thác: *doanh nghiệp ủy thác hay nhà nhập khẩu đ-ợc ủy thác*. Do đó, điều luật cần thể hiện rõ ràng hơn trách nhiệm này.

- Khái niệm “*đại lý*”, đ-ợc quy định không nhất quán trong Luật. Tại Điều 24, khoản 1, điểm c thì đại lý đ-ợc xếp vào hình thức “*cơ sở bán lẻ thuốc*”. Trong khi đó, tại Điều 24, khoản 2, điểm c “*Đại lý bán vaccin, sinh phẩm y tế*” lại đ-ợc coi là “*cơ sở bán buôn thuốc*”. Do đó, chúng tôi cho rằng, cần xem xét lại và đối chiếu với Luật Th-ơng mại để quy định về hình thức đại lý, tránh tình trạng không nhất quán trong luật này và xung đột với các quy định trong Luật Th-ơng mại.

- Theo xu thế hiện nay của Tổ chức Y tế thế giới và của các n-ớc nhằm kiểm soát d-l-ợng thuốc bảo vệ thực vật tồn d- trong d-ợc liệu, cần đ-a các quy định về “*Thực hành tốt trồng trọt và chế biến d-ợc liệu*” vào Điều 39.

- Đề nghị thay từ “thuốc Đông y” bằng từ “Đông d-ợc” vì từ này có ý nghĩa bao quát hơn.

- Các điều cấm trong quảng cáo thuốc: Trong cơ chế thị tr-ờng và trong điều kiện bùng nổ công nghệ thông tin, các hình thức quảng cáo thuốc không chỉ tập trung trên truyền thanh, truyền hình mà còn đ-ợc các nhà sản xuất thực hiện rộng rãi qua: Internet, báo viết, báo điện tử. Các nhà sản xuất kinh doanh cũng tận dụng mọi ph-ơng tiện nh-: tờ rơi, địa điểm công cộng, thậm chí kể cả trên ph-ơng tiện giao thông công cộng: xe buýt, taxi, điểm chờ xe buýt, áo phông, áo m-a, ô che m-a, các hoạt động văn hóa-nghệ thuật (biểu diễn thời trang, ca nhạc), hoạt động từ thiện... Nhiều hình thức khuyến mãi bằng thuốc nh- mua thuốc và uống thuốc có th-ờng (vé du lịch, xe ô tô, xe máy và các vật dụng có giá trị cao). Trong khi, Điều 53 về Phạm vi quảng cáo thuốc đã không thể hiện đ-ợc đầy đủ các các hình thức quảng cáo để chế tài các hoạt động quảng cáo d-ợc phẩm đa dạng đang diễn ra trên thực tế hiện nay. Vì vậy, theo chúng tôi, nên quy định thêm về “các điều cấm trong quảng cáo thuốc”.

- Đối với Điều 56: Thuốc đ-ợc miễn thử lâm sàng, đề nghị quy định rõ “Thuốc kết hợp nhiều d-ợc chất mang tên gốc” có phải là đối t-ợng đ-ợc miễn thử lâm sàng hay không?.

- Trong Ch-ơng X về “Tiêu chuẩn chất l-ợng thuốc và việc kiểm nghiệm thuốc” không có những điều quy định riêng về hệ thống các cơ quan kiểm nghiệm thuốc của Nhà n-ớc (Viện Kiểm nghiệm thuốc quốc

gia, các Trung tâm kiểm nghiệm thuốc khu vực và các tỉnh). Đây là một sơ hở. Không thể đánh đồng chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn của hệ thống kiểm nghiệm nhà n-ớc với các phòng kiểm nghiệm thuốc của các doanh nghiệp và các cơ sở dịch vụ kiểm nghiệm nh- những quy định tại Điều 69: Quyền và trách nhiệm của các cơ sở kiểm nghiệm thuốc. Mặt khác, cũng cần xác định rõ các cơ quan kiểm nghiệm thuốc của nhà n-ớc có đ-ợc làm dịch vụ kiểm nghiệm cho các doanh nghiệp không, nếu đ-ợc thì khi xảy ra tranh chấp về kết quả, cơ quan nào đ-ợc Nhà n-ớc cử làm trọng tài và chế tài nào quy định về bồi th-ờng thiệt hại khi kiểm nghiệm sai?

Ch-ơng X ch-a thể hiện đ-ợc tầm quan trọng của hệ thống giám sát chất l-ợng thuốc để bảo đảm chống thuốc giả, thuốc kém chất l-ợng, một vấn đề không chỉ n-ớc ta quan tâm mà còn là một vấn nạn cả ở phạm vi khu vực và toàn thế giới. Đề nghị bổ sung một số điều quy định về “Hệ thống kiểm nghiệm thuốc của Nhà n-ớc” nhằm thể hiện vai trò quản lý của Nhà n-ớc trong giám sát chất l-ợng thuốc, bảo vệ quyền lợi ng-ời tiêu dùng.

- Luật D-ợc đ-ợc ban hành sẽ có hiệu lực ít nhất trong một thập niên, do đó, cần dự liệu một số quy định đáp ứng đ-ợc tình hình phát triển kinh tế - xã hội trong thời gian tới, khi n-ớc ta tham gia vào WTO và thực hiện các cam kết quốc tế trong lĩnh vực th-ơng mại. Đề nghị bổ sung quy định có tính nguyên tắc về một số nội dung nh-: kinh doanh d-ợc phẩm trên Internet (e-commerce), quảng cáo thuốc trên internet, kinh doanh theo

ph-ơng thức truyền tiêu, d-ợc phẩm có nguồn gốc từ vật liệu biến đổi gen...

Mặc dù trong phần định nghĩa, từ “d-ợc” đ-ợc coi là “những nội dung liên quan đến thuốc” nh-ng định nghĩa này lại mâu thuẫn với Phạm vi điều chỉnh (Điều 1, Khoản 1) “Luật này quy định việc kinh doanh thuốc; đăng ký l-u hành thuốc.. và kiểm nghiệm thuốc”. Còn rất nhiều nội dung liên quan đến khái niệm “d-ợc” không đ-ợc điều chỉnh trong Luật. Vì vậy, nên đặt tên cho Dự thảo là “Luật kinh doanh d-ợc phẩm” hoặc “Luật kinh doanh thuốc phòng và chữa bệnh cho ng-ời” thì phù hợp hơn./.

* PGS, TS, Nguyễn Phó Chủ nhiệm Ủy ban Các vấn đề xã hội của Quốc hội khoá IX.

Công dân hỏi:

CẦN CÓ BIỆN PHÁP KIỂM SOÁT TĂNG GIÁ THUỐC CHỮA BỆNH

CẨM NGỌC*

Báo Sài Gòn Giải Phóng ngày 1/3/2005 vừa có bài “Thị trường d-ợc phẩm tăng nhiệt” phản ánh giá thuốc ở Hà Nội tăng cao, có loại tới 50%, trong khi thị trường ở Thành phố Hồ Chí Minh lại ít biến động. Các chủ cửa hàng thuốc tại Ngọc Khánh (quận Ba Đình) và một số quận khác cho biết thuốc nội tăng chủ yếu là để “đón đầu” quy định tăng giá thuốc của Bộ Y tế trong năm nay. Bài báo cung cấp những địa chỉ cụ thể của những đơn vị tăng giá thuốc khi ch-a có phép của Bộ Y tế. Phản ứng của Bộ Y tế trước những phát hiện này nh- thế nào? Bộ Y tế có bảo đảm những biện pháp th-ờng xuyên kiểm tra, xử lý, ngăn chặn thị trường d-ợc phẩm tăng nhiệt không? Trước tiên, nên kiểm tra ngay những đơn vị tăng giá thuốc khi ch-a có phép của Bộ. Năm 2004, báo chí đã phản ánh chuyện thanh tra Y tế làm việc ở nhiều nơi nh-ng không phát hiện hoặc không có giải pháp quyết liệt

ngăn chặn việc tăng giá, việc bác sĩ ăn hoa hồng của cửa hàng d-ợc v.v... Tôi nghĩ, nếu bộ kiểm tra kịp thời và phối hợp với quản lý thị trường kiểm tra những nơi tăng giá thuốc trong khi các cửa hàng khác không tăng giá; thông báo tên những cửa hàng tăng giá thuốc để ng-ời tiêu dùng biết. Đó là sự trừng phạt hợp quy luật cạnh tranh lành mạnh của kinh tế thị trường.

Quốc hội cũng nên tiếp tục chất vấn về các biện pháp ổn định giá cả thị trường; trong đó có trách nhiệm của Bộ Y tế về biện pháp ổn định thị trường thuốc chữa bệnh, biện pháp phá thế độc quyền của những tập đoàn d-ợc đ-ợc cấp phép nhập thuốc; đánh giá sự phối hợp của những cơ quan có chức năng quản lý giá cả, tăng c-ờng hiệu lực các biện pháp chống đầu cơ của Chính phủ?

* Chuyên viên kinh tế

THỂ CHẾ VÀ THÀNH TÍCH

NGUYỄN TRẦN BẠT*

Bất kỳ nhà n-ớc hay hệ thống chính trị nào cũng phải trả lời câu hỏi, làm thế nào để phát triển và giảm thiểu rủi ro trong tiến trình phát triển. Để giải đáp câu hỏi này, ng-ời ta nhận ra vai trò của thể chế đối với phát triển. Trong bài viết, tác giả làm rõ vai trò của thể chế đối với phát triển thông qua việc phân tích cặp khái niệm thể chế và thành tích

1. Thể chế, thành tích và mối quan hệ biện chứng

Thể chế là một khái niệm phức tạp và đ-ợc xem xét d-ới nhiều góc độ khác nhau. Theo định nghĩa của nhà kinh tế học ng-ời Đức - Adolph Wagner thì: *“Thể chế là các kế -ớc, các hợp đồng và luật lệ thành văn đang cai quản đời sống và con ng-ời”*. Douglas C. North, ng-ời đ-ợc giải Nobel về công trình nghiên cứu kinh tế và về thể chế năm 1993 cho rằng: *“Thể chế là những giới hạn đ-ợc vạch ra trong phạm vi khả năng và hiểu biết của con ng-ời hình thành nên mối quan hệ qua lại của con ng-ời”*. Theo chúng tôi, thể chế là tập hợp các quy tắc điều chỉnh xã hội và là kết quả của những thoả thuận xã hội. Thể chế, do đó, mang tính bản chất và là một đối t-ợng có *“tính sở hữu”* rõ ràng; nó thể hiện một cách sâu sắc khuynh h-ớng chính trị đã đ-ợc lựa chọn.

Khác với thể chế, *“thành tích”* chỉ là hiện t-ợng; nó là một đối t-ợng ngẫu nhiên, không có tính *“sở hữu”* rõ ràng và vì thế, rất dễ bị *“chiếm dụng”*.

Một thể chế tốt sẽ tạo ra thành tích và ng-ợc lại. Tuy nhiên, trên thực tế, một số thể

chế bất hợp lý vẫn tạo ra thành tích, tr-ờng hợp này, thành tích thuộc về xã hội, nh-ng nhà cầm quyền có khuynh h-ớng coi đó là *“thành tích”* của của mình và lấy đó làm lý do trì hoãn việc xây dựng hoặc cải cách thể chế, làm nên *chủ nghĩa thành tích*. Chủ nghĩa thành tích bảo trợ sự tồn tại của các lực l-ợng kìm hãm tiến trình cải cách thể chế. Ng-ợc lại, một thể chế tốt sẽ xúc tiến sự phát triển; khuyến khích sự sáng suốt chính trị với t- cách là nguồn gốc của mọi thành tựu trong quá trình lãnh đạo. Vì vậy, khi xây dựng thể chế cần chống lại khuynh h-ớng sử dụng thành tích để hợp pháp hoá những mặt lạc hậu về thể chế, ở một mức độ cao hơn nữa là chống lại việc sử dụng các thành tích nh- là công cụ duy nhất để hợp pháp hoá sự cầm quyền.

Ở các nhà n-ớc dân chủ, dân chúng không đánh giá cao thành tích chính trị mà là sự sáng suốt chính trị. Thành tích chính trị là những thành công trong quá trình nắm giữ c-ơng vị của nhà chính trị. Sự sáng suốt chính trị là một phẩm chất cần phải có của bất kỳ nhà chính trị nào để có nhiều cơ hội thành công trong điều hành đất n-ớc. Tuy nhiên, thành tích chính trị không phải lúc

nào cũng là kết quả của sự sáng suốt chính trị, mà đôi khi còn mang tính chất ngẫu nhiên. Các nhà chính trị phải chọn lọc những yếu tố sáng suốt trong các thành tích chính trị của mình, lý giải chúng bằng sự sáng suốt chính trị để thuyết phục nhân dân và làm nổi bật chúng so với đối thủ. Nhân dân chủ luôn khích lệ sự sáng suốt chính trị thay vì mặc nhiên hoặc c-ỡng ép công chúng công nhận thành tích. Nếu sự sáng suốt chính trị là căn cứ để nhân dân lựa chọn các nhà chính trị thì xã hội sẽ không ngừng phát triển và ng-ợc lại.

2. Chủ nghĩa thành tích và những hậu quả của nó

Một số học thuyết chỉ ra rằng nhu cầu đ-ợc tôn trọng gần nh- là nhu cầu ở mức cao nhất của con ng-ời, do đó, phấn đấu để có thành tích, xét về mặt bản chất là phấn đấu để đ-ợc ng-ời khác tôn trọng. Với ý nghĩa nh- vậy, liệu tâm lý thành tích có phải là một hiện t-ợng khách quan và có những ảnh h-ởng tích cực hay không?

Một cái nhìn về thành tích

Để trả lời câu hỏi này, cần phải làm rõ ranh giới giữa sự **lành mạnh và không lành mạnh của tâm lý thành tích**. Nếu con ng-ời không có khát vọng về thành tích thì sẽ không có mục tiêu. Việc con ng-ời tạo ra thành tích để mình chứng là mình đi đến mục tiêu và thành tích đó đ-ợc tạo ra bằng chính những nhận thức hay những khát vọng của mình; đó không phải chủ nghĩa thành tích; đó chính là ranh giới giữa sự lành mạnh và không lành mạnh của tâm lý thành tích.

Bên cạnh đó, tính lành mạnh của tâm lý thành tích còn đ-ợc quy định bởi **động cơ tạo**

ra thành tích. Nếu động cơ không hợp lý thì sẽ tạo ra một sự vô lý và khi hiện thực hoá một sự vô lý thì chúng ta sẽ phải làm thêm một công đoạn nữa là loại bỏ sự vô lý đó ra khỏi cuộc sống.

Tâm lý thành tích sẽ trở thành một yếu tố tích cực nếu nó là sản phẩm của các khuynh h-ớng tiến bộ. Khát vọng của con ng-ời cần đối thì sẽ tạo ra sản phẩm có chất l-ợng thẩm mỹ hay lý t-ởng. Nếu t-ởng t-ợng sai thì sẽ tạo ra sản phẩm sai và nếu tạo ra sản phẩm sai bằng mọi giá, đó là sự phá hoại. Vì vậy, vấn đề đặt ra là, chất l-ợng t-ởng t-ợng hay chất l-ợng tinh thần của con ng-ời khi tạo ra các thành tích.

Tuy nhiên, trong sự phát triển của xã hội, các suy t-ởng sai lầm của con ng-ời luôn song song với quá trình tạo ra cái đúng, thậm chí còn mạnh mẽ hơn. Mặc dù vậy, cuối cùng sức mạnh của cái đúng với số l-ợng ít vẫn khắc phục đ-ợc cái sai với số l-ợng lớn; nói cách khác, l-ợng của những cái sai lớn hơn nhiều l-ợng của những cái đúng, nh-ng chất của cái đúng có khả năng chế ngự l-ợng những cái sai nên xã hội phát triển một cách cân bằng.

Hậu quả của chủ nghĩa thành tích

Nhà chính trị phải chứng minh khả năng dẫn dắt bằng sự sáng suốt chính trị hay tính khoa học trong các công cụ dẫn dắt của mình. Nhà cầm quyền thiếu sự sáng suốt chính trị hoặc thiếu khả năng thuyết phục công chúng bằng sự sáng suốt chính trị, thì ắt phải viện đến thành tích, tạo ra tâm lý sẵn lòng các thành tích. Vì vậy, chủ nghĩa thành tích bị sử dụng nh- một trong những công cụ để thay thế tính khoa học của quá trình

lãnh đạo xã hội. Điều này rất đáng ngại, bởi nếu nhà cầm quyền sử dụng những thành tích đơn lẻ trong các hiện tượng của đời sống để trì hoãn việc xây dựng và cải cách thể chế, thì xã hội sẽ trở thành đối tượng không thể dự báo và nhà cầm quyền sẽ không còn năng lực dẫn dắt xã hội; kéo theo sự chậm phát triển, sự mất cân đối giữa đời sống tinh thần và đời sống vật chất trong quá trình phát triển. Tình trạng này dẫn đến phải đối diện với sự biến mất của các yếu tố con người hay sự “thoái hoá” của đời sống tinh thần. Đó là hậu quả thứ nhất của chủ nghĩa thành tích.

Hậu quả thứ hai của chủ nghĩa thành tích là phát triển bằng mọi giá. Hãy lấy Trung Quốc làm ví dụ. Trong thời gian gần đây, thế giới đã chứng kiến sự phát triển không kiểm soát của Trung Quốc. Theo thống kê, Trung Quốc hiện tiêu thụ đến 7% sản lượng dầu mỏ, 31% sản lượng than và 27% sản lượng thép của toàn thế giới. Năm 2003, Trung Quốc đã thiếu khoảng 10 triệu KW điện và dự đoán, năm 2004, con số đó sẽ là 20 triệu. Những con số này khiến người ta hình dung Trung Quốc tựa như một nồi nấu cao khổng lồ, các chủ đầu tư và nhà sản xuất giống như những người đứng trông nồi cao và biến nó trở thành nơi thiêu đốt phần lớn nguồn năng lượng của nhân loại với tốc độ đáng báo động. Người dân Trung Quốc không hiểu nổi tại sao trên đây các nhà lãnh đạo chủ trương phát triển nền kinh tế với tốc độ tăng trưởng 12%/năm và đến bây giờ, họ lại làm mọi cách để hạ nhiệt với hy vọng tốc độ tăng trưởng sẽ dừng lại ở con số 8%/năm. Có lẽ, các nhà lãnh đạo của Trung Quốc đã nhận ra rằng bản thân sự phát triển bằng mọi giá đã tiềm ẩn trong nó cả các yếu tố phá hoại.

Bằng việc chỉ ra hai hậu quả trực tiếp và nghiêm trọng nhất của chủ nghĩa thành tích, có thể kết luận rằng, chủ nghĩa thành tích chính là một nguồn gốc của rủi ro trong tiến trình phát triển. Vấn đề là thể chế nào có khả năng kiểm soát chủ nghĩa thành tích, nói cách khác là kiểm soát những rủi ro trong tiến trình phát triển.

3. Thể chế nào cho phát triển?

Thể chế dân chủ là phương thức quản lý duy nhất có thể tạo ra sự phát triển theo đúng nghĩa. Sẽ có người đặt câu hỏi, tại sao một số thể chế khác vẫn có khả năng tạo ra sự phát triển? Thiết nghĩ, cần phải có một sự phân biệt rạch ròi giữa hai khái niệm tăng trưởng và phát triển. Tăng trưởng chỉ thuần túy là sự gia tăng vật chất trong khi phát triển là sự hoàn thiện của cả đời sống vật chất lẫn đời sống tinh thần. Những gì mà các thể chế khác tạo ra chỉ là tăng trưởng chứ không phải phát triển. Chúng ta không có bất kỳ giải pháp nào để kiểm soát rủi ro trong tiến trình phát triển ngoài việc xây dựng thể chế dân chủ.

Thể chế dân chủ - Cơ chế kiểm soát rủi ro trong tiến trình phát triển

Phát triển là một hàm số rất phức tạp của rất nhiều yếu tố như các nguồn tài nguyên thiên nhiên, các yếu tố lao động, cộng đồng dân cư và các yếu tố khác như con người, văn hoá, tự nhiên, lịch sử... Các yếu tố ấy phải được tổ chức, phối hợp với nhau tạo ra thể chế và đến lượt mình, thể chế sẽ tạo ra sự phát triển. Thể chế dân chủ tạo điều kiện bình đẳng cho mỗi cá nhân tham gia vào tiến trình phát triển và biến sự đóng góp của

các cá nhân khác nhau trở thành những tham số mang tính chất dự báo. Cũng chính nó sẽ thẩm định một cách khách quan, yếu tố nào hỗ trợ sự phát. Bản chất của thể chế dân chủ là tạo ra tính chừng mực hay tính hợp lý của sự phát triển. Những thành tích giả tạo không phải là thước đo tốt để khảo sát tính hợp lý của sự phát triển và chính nó tạo ra t- t-ởng phát triển bằng mọi giá nhằm thoả mãn đòi hỏi chủ quan của nhà chính trị.

Thể chế dân chủ - Không gian của những thay đổi hoà bình

Một trong những -u điểm của thể chế dân chủ là nó tạo điều kiện để nhân dân điều chỉnh khuynh h-ớng chính trị hay chất l-ợng chính trị thông qua việc lựa chọn chính quyền. Đến l-ợt mình, chính quyền sẽ thực hiện các chính sách để điều chỉnh xã hội theo khuynh h-ớng mà nhân dân đã lựa chọn. Do đó, ng-ời dân trở thành thước đo chính xác nhất tính hợp lý chính trị của nhà cầm quyền. Nếu lựa chọn sai lầm, họ có thể tiến hành một sự lựa chọn khác. Điều này tạo ra sự thay đổi chính phủ. Nhiệm kỳ chính là cách thức thay đổi hoà bình nhất. Trong tr-ờng hợp chính phủ rơi vào bế tắc, thể chế dân chủ có cách thức thay đổi bằng cách chấm dứt các nhiệm kỳ một cách bình th-ờng hoặc bất th-ờng. Đó là -u điểm của nền dân chủ - nơi các sai lầm chính trị không bị kéo dài, tức là, cả quyền lực lẫn rủi ro đều đ-ợc kiểm soát một cách hợp lý và xã hội không phải trả giá cho những sai lầm của cá nhân hoặc một nhóm ng-ời.

Sự thay đổi chính phủ là một hiện t-ợng bình th-ờng và thậm chí, rất đúng với quy

luật phát triển, bởi bất kỳ sự phát triển nào cũng đòi hỏi quá trình sàng lọc và thải hồi dần những yếu tố không còn phù hợp. Tuy nhiên, để sự thay đổi không gây ra những tổn thất nghiêm trọng, ng-ời ta phải có cách thức tổ chức để tránh sự tan rã của cộng đồng hay sự tan rã của dân tộc. Cần nhấn mạnh rằng, một kịch bản thay đổi hoà bình chỉ có thể đ-ợc thiết kế dựa trên tính đa dạng của đời sống phát triển. Điều này đã đ-ợc khẳng định trong nhiều học thuyết quan trọng, trong đó có học thuyết của Marx, nhất là triết học Marx với các phân tích về quy luật phát triển biện chứng.

*
* *

Chúng ta đang sống trong một thế giới mà dân chủ ngày càng đóng vai trò nh- khuynh h-ớng chủ đạo. Vì lý do đó, để trở thành một phần của thế giới, để phát triển một cách lành mạnh, để thành công trong việc kiểm soát rủi ro trong tiến trình phát triển, các quốc gia sẽ không có lựa chọn nào khác ngoài việc xây dựng và hoàn thiện nền dân chủ của mình./.

* *Chủ tịch Viện Nghiên cứu Phát triển InvestConsult*

XÂY DỰNG XÃ HỘI HỌC TẬP TỪ PH-ÔNG DIỆN PHÁP LÝ

Hoàng Thị Kim Quế*

Một trong những mục tiêu quan trọng của chiến lược phát triển giáo dục và đào tạo ở n-ớc ta là xây dựng một xã hội học tập. Xét về ph-ông diện pháp lý, để xây dựng xã hội học tập cần xây dựng hành lang pháp lý thích hợp. Tác giả bàn về sự nghiệp giáo dục - đào tạo luật học từ góc độ xây dựng xã hội học tập

Xã hội học tập - nhận thức và vận hành

Ngày nay, nhận thức về sự học cũng đã có nhiều thay đổi. Kế thừa truyền thống văn hóa hiếu học, tôn trọng ng-ời hiền tài; tôn s- trọng đạo... học tập th-ờng xuyên, học ở mọi nơi, mọi lúc, không chỉ ở các nhà tr-ờng, không chỉ “*quy ra*” văn bằng, chứng chỉ... mà là ở hệ thống các tri thức mang lại cho con ng-ời đ-ợc lĩnh hội, bổ sung trong suốt cuộc đời.

Không một dân tộc nào đứng vững ở vị trí tiên tiến mà thiếu sự học tập tích cực của các công dân. Sự phồn vinh của các quốc gia ở thế kỷ XXI sẽ phụ thuộc vào khả năng học tập của dân chúng¹. Làn sóng cách mạng thứ ba - cách mạng thông tin - chuyển xã hội loài ng-ời sang “*xã hội học tập*”, tức là xã hội dựa vào việc học tập mà tồn tại và phát triển, xã hội của nền văn hóa, văn minh “*hậu công nghiệp*” - xã hội trí tuệ, nơi trí tuệ có vị trí cao hơn mọi thời đại tr-ớc đây. Chính vì vậy, yếu tố con ng-ời và sự phát triển con ng-ời bền vững nh- là một yếu tố đóng vai trò trung tâm của sự phát triển.

Hành lang pháp lý về giáo dục và đào tạo

Hệ thống pháp luật về giáo dục và đào tạo (GD & ĐT) n-ớc ta trong thời kỳ đổi mới có nhiều -u điểm, tạo lập cơ sở pháp lý cho tổ chức, hoạt động của các loại hình GD & ĐT, b-ớc đầu khắc phục những hạn chế của hệ thống pháp luật về GD & ĐT thời kỳ quản lý tập trung bao cấp tr-ớc đây. Hệ thống pháp luật về GD & ĐT b-ớc đầu đã thể hiện đ-ợc những yếu tố dân chủ, pháp quyền, kinh tế thị tr-ờng; tiên tiến, hiện đại và dân tộc.

Phạm vi điều chỉnh của hệ thống pháp luật bao quát toàn diện các loại quan hệ xã hội hình thành trong tổ chức, hoạt động GD & ĐT: Các nguyên tắc, ph-ông h-ớng phát triển; quy chế tuyển sinh, tốt nghiệp; quy chế học tập, kiểm tra, đánh giá; quyền và nghĩa vụ của các chủ thể tham gia quan hệ pháp luật về GD & ĐT...

Sự đa dạng còn đ-ợc thể hiện ở ph-ông thức GD & ĐT: Chính quy và phi chính quy. Nhà n-ớc giữ vai trò chủ đạo trong phát triển

¹ Xem Phạm Viết V-ong (chủ biên), *Quản lý hành chính nhà n-ớc, quản lý ngành giáo dục đào tạo*, NXB Đại học s- phạm, 2003.

GD & ĐT, thực hiện công bằng xã hội, tạo điều kiện để ai cũng đ-ợc học hành.

Pháp luật không trực tiếp tạo ra trí tuệ, tri thức và ứng dụng tri thức trong cuộc sống, nh-ng lại là một trong những công cụ quan trọng để vận hành một nền GD & ĐT tiên tiến, hiện đại, đậm đà bản sắc dân tộc. Một hành lang pháp lý trên nền tảng đạo đức dân tộc và đạo đức tiến bộ nhân loại là điều kiện không thể thiếu cho việc xây dựng một xã hội học tập.

GD & ĐT là một trong những lĩnh vực có số l-ợng đồ sộ các văn bản pháp luật với hiệu lực pháp lý cao, thấp khác nhau, từ Hiến pháp, luật đến các văn bản d-ới luật. Về tần suất sửa đổi, bổ sung, nhìn chung trong lĩnh vực này có ít thay đổi hơn so với nhiều lĩnh vực khác, ngoài một số các quy định liên quan đến tuyển sinh đại học. Có nhiều văn bản pháp luật liên quan đến chế độ, chính sách đối với ng-ời dạy và ng-ời học, nh- quy định về số giờ giảng dạy theo định mức trong các tr-ờng đại học, chế độ bồi d-ỡng, khen th-ởng, về bổ sung, hoàn thiện kiến thức... vẫn theo những văn bản ban hành từ rất lâu, kể cả tr-ớc năm 1990. Những thông tin về các văn bản pháp luật mới rất ít đ-ợc cập nhật trong các cơ sở đào tạo. Hai lĩnh vực văn bản pháp luật th-ờng đ-ợc quan tâm hơn là quy chế tuyển sinh và tốt nghiệp tức là đầu vào và đầu ra. Những vấn đề khác liên quan đến toàn bộ quá trình tổ chức giảng dạy, học tập, cơ chế quản lý, chính sách, chế độ, các nguyên tắc chung và cụ thể liên quan đến mục tiêu, nhiệm vụ của từng loại hình GD & ĐT th-ờng ít đ-ợc quan tâm và còn mang dấu ấn của t- duy giáo dục cũ.

Đánh giá chất l-ợng học tập

Có nhiều chế tài xử lý ch-a thật sự t-ợng xứng với tính chất và mức độ của hành vi, ví dụ, quy định nếu không đủ số giờ trên lớp,

ng-ời học phải học lại toàn bộ môn học với khoá sau và đóng thêm một khoản kinh phí. Nên nghĩ đến những biện pháp xử lý hợp lý hơn, ví dụ, *ng-ời học chỉ phải học lại những bài học mà họ vắng mặt?* Mặc dù đây là những vấn đề th-ờng ngày ở lớp, ở tr-ờng song lại rất quan trọng, bởi nó liên quan trực tiếp đến ng-ời học và đến mục tiêu, yêu cầu, phong cách của GD & ĐT hiện đại. Đó là nói về quản lý hành chính đối với sự học.

Tuy nhiên lại phải xem xét lại cách đánh giá. Sự học và sự dạy hiện nay phải đặt trong các nguyên tắc, yêu cầu đổi mới nội dung, ph-ơng pháp giảng dạy, tạo sự chủ động tích cực của ng-ời học, chất l-ợng đào tạo đ-ợc xác định nghiêm ngặt ở sự lĩnh hội kiến thức và năng lực, kỹ năng t- duy, phân tích vận dụng của ng-ời học chứ không phải là “*cơm chấm cơm*”, “*học thuộc lòng từng câu, từng chữ*” để đáp ứng tiêu chí cho điểm là “*quy về thuộc bài*”... nh- tr-ớc đây nữa.

Trong hoạt động đào tạo cũng phải coi trọng kỷ c-ơng, nền nếp, có quản lý, có điểm danh, theo dõi, nh-ng nên đổi mới một số quy định hiện hành còn quá cứng nhắc, nặng nề, chủ yếu mang nặng tính áp đặt, hành chính, trong khi đó, lại có phần lỏng lẻo các biện pháp quản lý về chất l-ợng nh- đã nêu ở trên. Điều quan trọng nhất hiện nay là phải tăng c-ờng sự quản lý chất l-ợng bài giảng, giáo trình, tạp chí, sách, báo, nội dung kiểm tra, thi cử, cách thức đánh giá, cho điểm, các biện pháp khuyến khích, hỗ trợ giảng dạy, học tập. Tiếp theo những cải cách hành chính trong các lĩnh vực kinh tế - xã hội, chúng ta cần bắt tay vào lĩnh vực GD & ĐT, nơi còn khá đậm đặc những thủ tục, thể chế hành chính r-ờm rà, rào cản, không tiết kiệm, cứng nhắc, gây lãng phí thời gian, tiền bạc, công sức, lại ít h-ớng tới chất l-ợng, hiệu quả.

Đổi mới GD & ĐT đặt ra hàng loạt vấn đề cần phải xem xét, sửa đổi, bổ sung. Nên bắt đầu từ đâu? Lâu nay, d- luận xã hội mới có điều kiện quan tâm, bình luận về vấn đề tuyển sinh đại học và tốt nghiệp phổ thông. Đây đúng là hai lĩnh vực rất bức xúc. Tuy nhiên, còn thiếu sự trao đổi về quá trình học tập của sinh viên, các chính sách, chế độ, quyền, nghĩa vụ của ng-ời dạy, cán bộ quản lý... Hiện tại còn thiếu các quy định pháp luật về cơ chế quản lý hiệu quả để giảm thiểu sai sót trong GD & ĐT, thiếu các biện pháp khắc phục sai sót mang tính nhân văn, theo h-ớng bảo vệ, khôi phục, bồi th-ờng quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân và tổ chức trong lĩnh vực này. Cho dù là lỗi vô ý, lỗi kỹ thuật thì cũng nên coi đây là một dạng “*bồi th-ờng oan sai*” trong hoạt động GD & ĐT theo yêu cầu, bản sắc của một xã hội pháp quyền: tất cả vì lợi ích chính đáng của con ng-ời.

Xã hội học tập - giáo dục pháp luật và đào tạo luật học

Trên đây đã đề cập đến một hành lang pháp lý cho một xã hội học tập. Ph-ơng diện pháp lý thứ hai của một “*xã hội học tập*” đó chính là việc trang bị, lĩnh hội, xây dựng hệ thống các tri thức pháp lý. Hệ thống các tri thức pháp lý - một bộ phận cấu thành cơ bản trong hệ thống các tri thức mở về xã hội - nhân văn, kỹ thuật, công nghệ đa dạng, bao gồm các kiến thức khoa học về pháp luật; các thông tin pháp luật, các kỹ năng, kỹ xảo, ph-ơng pháp t- duy, vận dụng pháp luật trong cuộc sống. Trong xã hội hiện đại, tất cả những tri thức pháp lý này ngày càng trở nên quen thuộc, cần thiết nh- “*một phần thiết yếu của cuộc sống*” của mỗi một cá nhân. Học tập các tri thức pháp lý đ-ợc thực hiện d-ới nhiều hình thức đa dạng, phong phú, ở mọi nơi, mọi lúc

chứ không chỉ dừng lại ở tr-ờng, lớp, các viện nghiên cứu. Hàng ngày, các thông tin, kiến thức pháp luật đi vào cuộc sống thông qua hệ thống sách, báo, qua các ph-ơng tiện thông tin đại chúng, d-ới các hình thức truyền tải ngày càng sinh động, hấp dẫn, thiết thực. Điều này phù hợp với xu thế giáo dục hiện đại trong nền kinh tế tri thức, học tập dịch chuyển dần ra ngoài các tr-ờng, lớp học chính quy.

Thời gian qua, GD & ĐT luật học đạt nhiều thành tựu. Chúng ta đã đi lên từ một xuất phát điểm thấp và với một thời gian quá ngắn so với các quốc gia có bề dày truyền thống về GD & ĐT luật học. Phía tr-ớc của sự nghiệp GD & ĐT luật học nói chung, giáo dục, phổ biến pháp luật nói riêng còn rất nhiều việc phải làm. Nh-ng, có lẽ thông điệp lớn nhất, cốt lõi nhất trên mặt trận này là cần h-ớng tới mở rộng quy mô, loại hình, ph-ơng thức tổ chức để đ-a các tri thức pháp luật vào cuộc sống một cách có định h-ớng, có địa chỉ, phù hợp với các đối t-ợng, ngành nghề, lĩnh vực hoạt động xã hội. Có nh- vậy, các tri thức pháp luật mới có ý nghĩa thực tế. Sự thiếu và sự thừa, sự quá tải và không phù hợp đều là có hại, nguy hiểm nh- nhau. Hơn nữa, trong lĩnh vực thực thi pháp luật, *sự biết với sự làm* nhiều khi không đi đôi với nhau, rất nhiều vi phạm pháp luật lại rơi vào những cá nhân hiểu rõ luật pháp. Không có nền giáo dục nào có thể có hiệu quả nếu không giải quyết đúng *mối quan hệ giữa biết và làm*².

Để việc giáo dục, phổ biến pháp luật có hiệu quả cần phải kết hợp với giáo dục đạo đức và kiểm soát, xử lý những hành vi trái đạo đức, vô trách nhiệm với danh dự, sức khỏe, tính mạng của con ng-ời. Cứ nói ngay nh- những vi phạm về trật tự an toàn giao thông, gây ra những tai nạn th-ơng vong ngay trong

²Hà Thúc Minh, *Đạo nho và văn hoá ph-ơng Đông*, Nxb. Giáo dục, Hà Nội 2001, tr. 97.

thời bình, phần lớn không phải là do không biết luật lệ giao thông. Vì vậy, qua ví dụ này có thể nói rằng việc “*biết*” luật là rất cần thiết song hoàn toàn ch-a đủ để có thể giảm thiểu đến mức thấp nhất những tai nạn đau lòng nh- hiện nay. Đúng là cần phải có những “*giải pháp đồng bộ*” song theo d- luận xã hội, các biện pháp xử lý vi phạm cần nghiêm khắc hơn, cần có cơ chế quản lý nghiêm ngặt, th-ờng xuyên của các lực l-ợng chuyên trách, các ph-ơng tiện kỹ thuật hiện đại, sự lên án, giám sát hàng ngày của d- luận xã hội, sự kêu gọi từ l-ơng tâm, trách nhiệm đối với những ng-ời tham gia giao thông...

Tổ chức giáo dục khoa học và văn hóa của Liên hiệp quốc (UNESCO) đã nêu ra bốn mục tiêu - nguyên lý của nền giáo dục nhân loại: học để biết, học để làm, học để chung sống; học để làm ng-ời, để tự khẳng định mình³. Cần phải khấn tr-ơng nh-ng thận trọng đối mới ch-ơng trình, nội dung, ph-ơng pháp giảng dạy và học tập trong các nhà tr-ờng. Chức năng của nhà tr-ờng không chỉ dừng lại ở việc chuyển giao tri thức mà còn là (và là chủ yếu) đào tạo con ng-ời biết sử dụng tri thức vào cuộc sống.

Luật học là khoa học và cũng là nghệ thuật. Luật học nghiên cứu những ph-ơng diện pháp lý của các hiện t-ợng kinh tế, chính trị, xã hội, văn hoá, y học và các lĩnh vực khác... chứ không chỉ dừng lại ở việc giải thích bản thân các điều luật. Việc giảng dạy luật học cũng không đơn thuần là liệt kê, phân tích bản thân các điều luật, mà cần h-ớng dẫn ng-ời học mở rộng kiến thức, hiểu rõ giá trị của các quy tắc pháp luật, năng lực t- duy và kỹ năng ứng dụng vào thực tiễn. Nội dung

giảng dạy không tách biệt đơn thuần lý thuyết với thực tiễn mà là sự kết hợp chúng một cách hài hoà.

Việc phân định các chuyên ngành đào tạo luật học cũng cần đ-ợc đổi mới theo h-ớng vừa mở rộng, vừa chuyên sâu, GD & ĐT tạo con ng-ời không chỉ biết một nghề nh- tr-ớc kia mà là có thể chuyển đổi thành nhiều nghề thích hợp với xu thế phát triển của xã hội. Bên cạnh các mã ngành đào tạo truyền thống, cần nhanh chóng mở thêm các mã ngành đào tạo mới mang tính liên ngành cao. Chẳng hạn, các chuyên ngành, mã ngành đào tạo luật học nh-: Luật Tài nguyên - môi tr-ờng; luật học và xã hội học; luật học, sử học và văn hoá học; luật và quản lý đô thị, luật và phát triển nông thôn; luật và khoa học - công nghệ...

Xã hội càng hiện đại, phát triển thì nhu cầu của con ng-ời về công bằng, công lý, tự do, dân chủ; h-ớng thụ về tinh thần, vật chất, đặc biệt về y tế, đạo đức và luật pháp càng gia tăng. Trong cơ cấu đào tạo luật cả ở bậc đại học và sau đại học nên có đào tạo luật học chung, luật học chuyên ngành và luật học liên ngành.

Mục tiêu, yêu cầu đổi mới hoạt động dạy và học hiện nay là cả vấn đề lớn, song tựu trung lại phải th-ờng xuyên xác định bốn điểm cơ bản sau đây nh- cố Thủ t-ớng Phạm Văn Đồng đã căn dặn: *dạy ai, dạy cái gì, dạy nh- thế nào; dạy để làm gì*⁴./.

* PGS, TS. Khoa Luật - Đại học quốc gia Hà Nội

³ Dẫn theo Phạm Minh Hạc (chủ biên), Văn hóa và giáo dục, giáo dục và văn hóa, Nxb. Giáo dục, Hà Nội 1998, tr. 52.

⁴ Phạm Văn Đồng, Một số vấn đề cần quan tâm về giáo dục đại học n-ớc ta hiện nay, Báo Nhân dân ngày 02 và 03/01/1999.

KINH NGHIỆM THI HÀNH CÁC HIỆP ĐỊNH WTO TẠI MỘT SỐ N-ỨC

NGUYỄN KHÁNH NGỌC*

Việt Nam đang tích cực đàm phán để có thể sớm gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) trong năm 2005. Tuy nhiên, cho tới thời điểm này còn có rất ít nỗ lực hướng vào việc giải quyết các công việc “hậu gia nhập”. Bài viết dưới đây phân tích kinh nghiệm về điều -ớc quốc tế và cách tiếp cận đàm phán, ký kết và thực hiện các điều -ớc của hai n-ớc có trình độ phát triển và hệ thống pháp luật khác nhau là Canada và Hàn Quốc. Qua đó, tác giả nhận xét và liên hệ với Việt Nam

1. Kinh nghiệm của Canada

Canada là nhà n-ớc liên bang với sự phân chia thẩm quyền quản lý nhà n-ớc giữa chính quyền liên bang và chính quyền bang theo các lĩnh vực khác nhau. Tuy nhiên, cũng có những vấn đề lại được chia sẻ giữa thẩm quyền liên bang và thẩm quyền bang. Canada theo thuyết nhị nguyên luận thừa hưởng từ n-ớc Anh nên không coi các điều -ớc quốc tế là một bộ phận của pháp luật quốc gia dù các điều -ớc đó có hiệu lực đối với chính quyền liên bang về mặt đối ngoại. Các cơ quan hành pháp liên bang có thẩm quyền đàm phán và ký kết các điều -ớc, nh-ng việc thi hành các điều -ớc này yêu cầu phải được nội luật hoá. Việc nội luật hoá các điều -ớc quốc tế, nhất là các hiệp định của WTO đem lại sự tham gia của cả các cơ quan lập pháp liên bang và bang tùy theo từng lĩnh vực điều chỉnh của hiệp định. Mặc dù vấn đề thẩm quyền của chính quyền liên bang và bang còn nhiều điểm ch-a rõ ràng về một số vấn đề, nh-ng Toà án tối cao Canada có thiên hướng giải thích cho phép chính quyền liên bang có đủ thẩm quyền để ban hành các đạo luật bảo đảm thi hành các điều -ớc quốc tế. Do đó, các hiệp

định WTO tại Canada được đảm bảo thi hành hiệu quả với sự đan xen của nhiều vấn đề, nh-pháp lý, chính trị, kinh tế, văn hoá, xã hội...

Trong bối cảnh đó, không có gì là ngạc nhiên khi Canada có cách tiếp cận “tối thiểu” trong nội luật hoá, tức là chỉ sửa đổi pháp luật theo yêu cầu của các hiệp định WTO. Đối với các hiệp định thương mại lớn nh- Hiệp định Thương mại tự do Canada -Hoa Kỳ; Hiệp định Thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA) và các hiệp định WTO đều được Canada nội luật hoá ở cấp liên bang thông qua một đạo luật chung để đưa ra khuôn khổ pháp luật chung cho toàn quốc bên cạnh việc ban hành các văn bản luật của các cơ quan lập pháp các bang, cũng nh- việc uỷ quyền cần thiết qua luật cho các cơ quan hành pháp ban hành tiếp các quy định cần thiết.

Khuôn khổ pháp luật chung về ký kết và thực hiện điều -ớc quốc tế

Một trong những vấn đề quan trọng nhất trong quá trình đàm phán, ký kết và thực hiện điều -ớc quốc tế ở Canada là cấp chính quyền nào, bang hay liên bang, có thẩm

quyền về từng vấn đề liên quan. Luật Hiến pháp Canada - một đạo luật đ-ợc thừa h-ởng từ n-ớc Anh có lịch sử từ 1867 với tên gọi ban đầu là Luật Bắc Mỹ thuộc Anh đã quy định về sự phân chia thẩm quyền giữa chính quyền bang và liên bang. Đồng thời, Canada cũng thừa h-ởng từ n-ớc Anh học thuyết nhị nguyên luận và coi các điều -ớc quốc tế không có hiệu lực trực tiếp trong pháp luật Canada cho tới khi đ-ợc nội luật hoá. Tuy nhiên, pháp luật tập quán quốc tế lại có thể đ-ợc áp dụng trực tiếp trong pháp luật trong n-ớc².

Thẩm quyền đàm phán và ký kết

Trong pháp luật Canada, đàm phán và ký kết các điều -ớc quốc tế là thẩm quyền thuộc các cơ quan hành pháp liên bang. Khi nhà n-ớc Canada đ-ợc thành lập năm 1867 thì Canada ch-a có t- cách pháp lý quốc tế và lúc đó việc ký kết điều -ớc quốc tế do n-ớc Anh đảm nhận, nh-ng việc thi hành thuộc các cơ quan hành pháp và lập pháp Canada. Khoảng gần 50 năm sau đó thì Canada đ-ợc thừa nhận trong pháp luật quốc tế và lúc đó thẩm quyền ký kết điều -ớc quốc tế đ-ợc chuyển cho Toàn quyền Anh tại Canada - một thiết chế độc đáo và vận hành trên cơ sở ý kiến của chính phủ.

Trên thực tế, các bang cũng th-ờng có tham gia các thoả thuận với n-ớc ngoài. Tuy nhiên, Hiến pháp hiện tại của Canada không nói gì về vấn đề này, nên khó có thể lập luận cho là các bang ở Canada có thẩm quyền đàm phán và ký

kết các điều -ớc quốc tế. Toà án Tối cao Canada đã từng kết luận là Hiến pháp Canada không quy định các bang có thẩm quyền này và thẩm quyền này là thuộc chính quyền liên bang “*với t- cách là một nhà n-ớc có chủ quyền đ-ợc thừa nhận trong pháp luật quốc tế*”³.

Thẩm quyền thi hành điều -ớc quốc tế thông qua chuyển hoá vào pháp luật trong n-ớc

Nh- đã nêu trên, các điều -ớc quốc tế đ-ợc ký kết và phê chuẩn không đ-ợng nhiên có địa vị pháp lý trong pháp luật quốc gia cho tới khi đ-ợc chuyển hoá⁴. Việc thi hành các điều -ớc quốc tế tại Canada có thể đ-ợc thực hiện theo hai con đ-ờng: hành pháp và lập pháp; và phải đ-ợc thực hiện ở tất cả các cấp chính quyền liên bang, bang và cơ sở.

a. Mặc dù có nguyên tắc chung là phải có chuyển hoá, nh-ng không phải “*tất cả các điều -ớc yêu cầu phải có ban hành luật để thi hành*”⁵. Trong Vụ kiện Francis kiện Nữ Hoàng, Toà án tối cao đã phán quyết là cơ quan hành pháp có thẩm quyền thi hành điều -ớc quốc tế nh-ng ở mức độ rất hẹp “*thẩm quyền thi hành của cơ quan hành pháp nói chung bị hạn chế chỉ đối với việc công nhận các vấn đề chủ quyền quốc gia, trong khi đó thì phải có ban hành luật để thi hành các nghĩa vụ điều -ớc có ảnh h-ởng tới quyền công dân hay yêu cầu có chi tiêu tiền nhà n-ớc hoặc có sửa đổi các luật hiện tại*”⁶.

b. Do có sự phân chia thẩm quyền giữa

² Giáo s- Debra Steger, bài phát biểu về kinh nghiệm thi hành các hiệp định WTO, 11/2004 tại Đại học tổng hợp Ottawa Canada.

³ Vụ kiện *Re Offshore Mineral Rights*.

⁴ Vấn đề đã đ-ợc thảo luận và xử lý trong nhiều vụ kiện tr-ớc toà án. Các quyết định của toà án đều thống nhất với quan điểm phải có chuyển hoá. Toà án tối cao trong vụ *Capital Cities Communications Inc kiện Canadian Radio-Television Commission* [1978] 2 SCR 141 đã khẳng định: việc tham gia một điều -ớc quốc tế “*chỉ có thể liên quan tới các nghĩa vụ của Canada theo Điều -ớc này đối với các n-ớc thành viên đã phê chuẩn khác. Không có bất kỳ hệ quả trong n-ớc nào phát sinh từ đó trừ khi chúng phát sinh từ đạo luật thi hành [Điều -ớc] qua đó đem lại hiệu lực pháp lý tại Canada*”.

⁵ Debra Steger, “*Canada thi hành Hiệp định thành lập Tổ chức Th-ơng mại Thế giới*”, 1997.

⁶ Xem Vụ kiện giữa Francis và Nữ hoàng [1956] 3 DLR 2d.

liên bang và bang nên các vấn đề liên quan tới thực thi điều -ớc quốc tế vào pháp luật quốc gia là chủ điểm phức tạp “*Đây là vấn đề pháp luật hiến pháp quan trọng và khó nhất trong việc nội luật hoá để thi hành Hiệp định WTO*”. Thậm chí, đã có những tranh luận nói tới khả năng có việc có bang nào đó khởi kiện về vấn đề này. Hiến pháp Canada quy định tại Điều 91⁸ Quốc hội liên bang có thẩm quyền riêng lập pháp về: quản lý thương mại và buôn bán; thuế; thống kê; quốc phòng; hàng hải; hải sản dọc bờ biển và trong đất liền; ngân hàng; đo lường; văn bằng sáng chế và quyền tác giả; nhập quốc tịch và người n-ớc ngoài; và pháp luật hình sự.

Đồng thời, tại Điều 92⁹ Hiến pháp thì có liệt kê các thẩm quyền riêng của các cơ quan lập pháp bang: thuế trực thu tại bang; các thiết chế và cơ quan trong bang; quản lý và bán đất công của bang, cây và gỗ trên đất công đó; các quyền tài sản và quyền dân sự trong bang; và tất cả các vấn đề có tính chất địa phương hay riêng t- trong bang.

Đối với các trường hợp có mâu thuẫn về thẩm quyền giữa liên bang và bang, và trong trường hợp có những vấn đề không đ-ợc quy định tại Điều 91 hay Điều 92 của Hiến pháp thì “*thẩm quyền của liên bang là tối cao.... [và] Quốc hội liên bang có các thẩm quyền còn lại, tức là có quyền lập pháp đối với bất kỳ vấn đề nào không đ-ợc liệt kê trong các lĩnh vực của các Điều 91 và 92*”¹⁰. Tuy nhiên, về vấn đề phân chia thẩm quyền giữa liên bang và bang

còn nhiều ý kiến khác nhau và các vấn đề chính trị và thoả hiệp chắc chắn là có vai trò quan trọng, nh-ng xu thế chung là Toà án giải thích theo hướng mở rộng thẩm quyền cho liên bang dựa chủ yếu vào 2 căn cứ “*thẩm quyền của liên bang đối với thương mại và buôn bán, và thuyết về các vấn đề quan tâm chung của cả n-ớc*”¹¹. Tuy nhiên, các toà án cũng rất thận trọng trong việc bảo vệ sự ổn định của việc phân chia quyền lực giữa liên bang và các bang “*Do đó, chính quyền liên bang khi soạn thảo luật thi hành một hiệp định thương mại phải cân nhắc tới các tiêu chí và cách tiếp cận thận trọng đ-ợc đ-a ra tại các phán quyết gần đây của toà án. Một điều cũng rõ ràng là các bang vẫn tiếp tục có thẩm quyền lập pháp để thi hành đối với các vấn đề của các hiệp định quốc tế mà về truyền thống là thuộc thẩm quyền của mình*”¹².

Toà án Canada, cơ quan giải thích và áp dụng pháp luật gần đây có xu hướng giải thích pháp luật trong n-ớc theo hướng bảo đảm sự phù hợp của pháp luật Canada với các cam kết quốc tế, nhất là khi luật thi hành điều -ớc quốc tế liên quan không quy định rõ ràng và sử dụng các điều -ớc nh- là nguồn tham khảo trong giải thích pháp luật.

Luật thi hành Hiệp định WTO

Hiệp định WTO và các hiệp định phụ lục đi kèm đ-ợc thi hành tại Canada thông qua một đạo luật chung đ-ợc Quốc hội Canada thông qua - Luật WTO¹³. Bên cạnh đó, cũng phải kể đến hàng loạt các văn bản pháp luật đ-ợc chính phủ ban hành theo uỷ quyền của Quốc

⁷ Debra Steger, “Canada thi hành Hiệp định thành lập Tổ chức Thương mại Thế giới”, 1997.

⁸ Điều 91 Hiến pháp đã đ-ợc giải thích là Quốc hội liên bang có thẩm quyền đối với thuế quan và di chuyển hàng hoá vào Canada.

⁹ Gần đây đã có sửa đổi bổ sung Điều 2A cho phép cơ quan lập pháp bang có quyền ban hành luật đối với các nguồn tài nguyên không có khả năng tái sinh, rừng và điện. Trong khi đó, Điều 95 nêu thẩm quyền chia sẻ giữa liên bang và bang đối với nông nghiệp.

^{10,11,12} Debra Steger, đã dẫn

¹³ Bên cạnh đó, các văn bản d-ới luật đ-ợc sửa đổi riêng nh-ng có cùng cách tiếp cận là dùng một văn bản sửa tất cả các văn bản. Điều này ở Canada không khó khăn vì tất cả các văn bản d-ới luật phải đ-ợc nội các thông qua. Luật WTO sau khi ban hành thì khoảng một tuần sau văn bản sửa đổi các văn bản d-ới luật đ-ợc ban hành. Các bang làm các công việc thi hành thương mại đối với các vấn đề thuộc thẩm quyền của bang. Giáo s- Debra Steger đã dẫn.

hội để thi hành các hiệp định của WTO. Có thuận lợi lớn là trước đó một năm, Canada đã có sửa đổi lớn pháp luật để thi hành Hiệp định Thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA), đem lại sự tương thích của pháp luật Canada không chỉ đối với NAFTA mà cả đối với các hiệp định của WTO vì hai thể chế này có nhiều điểm tương đồng. Một điều quan trọng là, với cách tiếp cận cổ điển nhị nguyên luận của Canada, Luật WTO đã lờ mờ tình huống khả năng sẽ có tranh chấp và Canada có thể thua để quy định chính phủ có thẩm quyền nhất định bảo đảm việc tuân thủ các quy định của WTO, nhất là liên quan tới việc Canada áp dụng các biện pháp thương mại, chống bán phá giá hay trợ cấp và cũng uỷ quyền cho chính phủ có biện pháp tạm dừng thực hiện cam kết khi có nước thành viên khác vi phạm. Luật WTO chia ra làm hai phần lớn:

- *Phần I*: quy định có tính công thức là Quốc hội phê chuẩn Hiệp định WTO và các quy định cấm các cá nhân hay tổ chức tư nhân được khởi kiện để xác định quyền hay nghĩa vụ theo Phần I của Luật hay theo Hiệp định WTO mà không có sự đồng ý của Bộ trưởng Tư pháp Canada. Phần I cũng có các quy định về tổ chức thực hiện, kể cả việc tham gia các tổ chức của WTO, đóng góp chi phí WTO và không áp dụng các cam kết của Canada cho các nước không là thành viên.

- *Phần II*: là phần lớn hơn chiếm tới 139 trong tổng số 145 trang chứa đựng việc sửa đổi cụ thể 23 đạo luật của liên bang để đưa pháp luật liên bang vào phù hợp các hiệp định WTO. Các sửa đổi pháp luật lớn của Canada là liên quan tới việc thực hiện các Hiệp định TRIPS, chống bán phá giá, chống

trợ cấp, tự vệ, nông nghiệp (vấn đề trợ cấp, thuế hoá), đầu tư và dịch vụ (nhất là dịch vụ tài chính). Trong đó, các sửa đổi luật pháp để thực thi các cam kết về nông nghiệp là lớn nhất, tiếp sau đó là sửa đổi liên quan tới sở hữu trí tuệ và các biện pháp thương mại.

Thi hành các hiệp định của WTO trong một số lĩnh vực cụ thể

Trong lĩnh vực nông nghiệp, để thi hành quy định về thuế hoá các rào cản phi thuế quan, Canada đã phải sửa đổi lớn đối với Luật về Ủy ban Ngũ cốc Canada, Luật về Giấy phép xuất nhập khẩu và Luật thuế quan. Đi kèm với nó là những sửa đổi các văn bản dưới luật tương ứng¹⁴. Đồng thời, Luật Nhập khẩu thịt bị huỷ bỏ và Luật đầu tư Canada cũng phải sửa đổi để cho phép các nhà đầu tư nước ngoài được hưởng các nhà đầu tư trong NAFTA.

Trong lĩnh vực dịch vụ, Canada đã sửa đổi 5 luật điều chỉnh các thiết chế tài chính: Luật Ngân hàng; Luật Hiệp hội hợp tín dụng hợp tác xã; Luật Công ty bảo hiểm; Luật Các công ty đầu tư và Luật Các công ty cho vay và tín thác để thực thi các cam kết về không phân biệt đối xử, tối huệ quốc và đối xử quốc gia.

Trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ, Hiệp định TRIPS yêu cầu Canada có một loạt các sửa đổi luật pháp. Luật Quyền tác giả được sửa đổi để bảo vệ quyền của người biểu diễn, các chế tài hình sự được bổ sung. Các đạo luật như Luật về Sáng chế, Luật về Kiểu dáng công nghiệp và Luật về Nhãn hiệu hàng hoá được sửa đổi để cho phép xem xét các đơn của các nước WTO và áp dụng chỉ dẫn địa lý.

Lĩnh vực pháp luật áp dụng các biện pháp thương mại là một trong lĩnh vực phải sửa đổi

¹⁴ Debra Steger, đã dẫn.

nhiều nhất. Để thực hiện các hiệp định về chống bán phá giá và chống trợ cấp thì đã có sửa đổi lớn đối với Luật về Các biện pháp đặc biệt đối với nhập khẩu (SIMA) và các quy định d-ới luật đi cùng. Các sửa đổi khác cũng đ-ợc tiến hành đối với Luật về Ủy ban giải quyết tranh chấp th-ơng mại quốc tế Canada (CITT) và Quy tắc tố tụng của CITT. Điều thú vị của những sửa đổi trong lĩnh vực này của pháp luật Canada là chúng đi xa hơn mức yêu cầu của WTO và chúng thiết lập các cơ chế riêng cho cơ quan hành pháp trong tr-ờng hợp cần có biện pháp để thi hành các phán quyết của WTO¹⁵.

Thi hành các hiệp định WTO tại các bang

Trên đây mới chỉ là bức tranh về việc thi hành các hiệp định WTO của chính quyền liên bang. Tuy nhiên, nh- phân tích trên đây thì có rất nhiều vấn đề đ-ợc điều chỉnh tại các hiệp định WTO lại thuộc thẩm quyền lập pháp của các bang. Đồng thời, Luật WTO của Canada chỉ sửa đổi các đạo luật liên bang và không sửa đổi pháp luật bang. Do đó, các bang trong phạm vi thẩm quyền của mình lại phải làm công việc rà soát và sửa đổi pháp luật t-ơng ứng. Cách tiếp cận của các bang cũng đều theo cách tiếp cận của liên bang sửa đổi và nội luật hoá các hiệp định WTO: rà soát các luật và văn bản d-ới luật riêng; sau đó, ban hành một đạo luật chung của bang để sửa các luật cần đ-ợc sửa đổi và ban hành một văn bản d-ới luật để sửa các văn bản d-ới luật của bang.

Kinh nghiệm của bang Quebec là tham gia ngay từ đầu quá trình đàm phán để nắm

bắt các khả năng sửa đổi pháp luật. Sau khi các hiệp định WTO đ-ợc ký kết, họ tiến hành rà soát toàn bộ các văn bản pháp luật của bang cần có sửa đổi. Cơ quan lập pháp bang Quebec tiến hành sửa đổi pháp luật và nội luật hoá các hiệp định WTO thông qua một đạo luật chung.

2. Kinh nghiệm của Hàn Quốc

Hàn Quốc là n-ớc không thực sự quan tâm lắm tới Vòng đàm phán Uruguay và thậm chí còn “*miễn c-ờng tham gia vào quá trình đàm phán*”¹⁶. Do đó, sau khi kết thúc đàm phán thì ít nhất là lúc đầu đã có những sự phản đối mạnh mẽ các kết quả đàm phán này. Tuy nhiên, cuối cùng thì kết quả Vòng Uruguay cũng đ-ợc Hàn Quốc chấp nhận và cho thi hành: Quốc hội thông qua ngày 16/12/1994 và Tổng thống phê chuẩn ngày 23/12/1994.

Theo Hiến pháp Hàn Quốc, việc đàm phán, ký kết và phê chuẩn các điều -ớc quốc tế thuộc thẩm quyền của Tổng thống với 2 điều kiện: Hội đồng nội các phải thảo luận tất cả các đề xuất ký kết điều -ớc quốc tế và Quốc hội phải đồng ý đối với các điều -ớc quốc tế lớn (đ-ợc nêu cụ thể nội dung, khi nào điều -ớc là lớn theo Hiến pháp)¹⁷. Quốc hội chỉ có quyền đồng ý hay không đồng ý với các điều -ớc đ-ợc trình ra, nh-ng không đ-ợc sửa đổi; Quốc hội đ-ợc đánh giá chung là có rất ít thẩm quyền về điều -ớc quốc tế. Quyền đàm phán các điều -ớc quốc tế của Tổng thống chủ yếu đ-ợc thực hiện thông qua các Bộ tr-ởng phụ trách về nội dung đàm phán theo cách: bộ chủ trì chuẩn bị tài liệu trình bày quan điểm của mình, trao đổi

¹⁵ Debra Steger, “Canada thi hành Hiệp định thành lập Tổ chức Th-ơng mại Thế giới”, 1997.

¹⁶ Giáo s- luật Moon Soo Chung, Đại học tổng hợp Inha, Hàn Quốc, Bài viết về kinh nghiệm của Hàn quốc thi hành các hiệp định Vòng Uruguay.

¹⁷ Hiến pháp, các Điều 73, 89 và 60(1).

với các bộ ngành khác, Văn phòng Thủ tướng và Ban Th- ký Tổng thống. Trong quá trình trao đổi và lấy ý kiến các cơ quan, nếu có ý kiến khác nhau thì sẽ đ-ợc giải quyết ở cấp cao hơn, thậm chí là cả nội các. Vai trò của các tổ chức phi chính phủ vào quá trình đàm phán, ký kết các điều -ớc quốc tế là rất nhỏ, nh-ng đang có những sự phát triển mới theo h-ớng tham gia rộng rãi hơn khi chính phủ ngày càng muốn có minh bạch hoá hoạt động của mình cho ng-ời dân.

Các điều -ớc quốc tế đ-ợc đàm phán và công bố theo đúng Hiến pháp và pháp luật quốc tế thì đ-ợc thừa nhận chung là có giá trị pháp lý tại Hàn Quốc. Điều này không đồng nghĩa là các điều -ớc và pháp luật quốc tế này luôn có hiệu lực nh- luật của Quốc hội, trừ khi có sự đồng ý của Quốc hội: các điều -ớc không có sự đồng ý của Quốc hội chỉ có hiệu lực pháp lý nh- các nghị định, sắc lệnh của Tổng thống hay các văn bản thi hành luật¹⁸. Đồng thời, pháp luật Hàn Quốc không yêu cầu phải có nội luật hoá, tức là ban hành văn bản pháp luật, để thi hành điều -ớc quốc tế, trừ khi bản thân điều -ớc yêu cầu có việc ban hành này. Nh- vậy, các điều -ớc quốc tế có giá trị tự thi hành, áp dụng trực tiếp.

Tr-ờng hợp có xung đột pháp luật thì ở Hàn Quốc, đạo luật ban hành sau có giá trị -u tiên áp dụng hơn đạo luật ban hành tr-ớc và luật chuyên ngành đ-ợc -u tiên áp dụng trên luật chung. Do các điều -ớc có giá trị nh- văn bản luật nên chúng cũng phải theo nguyên tắc này và hệ quả là chúng cũng có thể bị luật của Quốc hội sau đó huỷ bỏ hay thay đổi¹⁹. Tuy nhiên, các cơ quan hành pháp và Toà án đều có những nỗ lực bảo đảm

không có sự xung đột, kể cả việc đề xuất sửa đổi pháp luật cần thiết.

1. Việc đàm phán các hiệp định WTO đ-ợc các cơ quan hành pháp tiến hành theo quy định chung của Hiến pháp với sự tham gia của Bộ Ngoại giao và nhiều bộ ngành liên quan khác thông qua các cơ chế điều phối và phối hợp ở các cấp độ khác nhau. Đánh giá chung về việc tham gia của Chính phủ Hàn Quốc vào đàm phán Vòng Uruguay, theo một nhà phân tích là “*kém... không chuẩn bị tốt... và tồi hơn thế nữa là các chuyên gia bộ, ngành còn mâu thuẫn, tranh giành nhau*”²⁰ về quyền.

2. Sau khi kết thúc đàm phán, Chính phủ đã xin lỗi chính thức với nhân dân về kết quả đàm phán không tốt tại Vòng Uruguay và một loạt bộ tr-ởng phải từ chức²¹. Đồng thời, để cải thiện hình ảnh thì Chính phủ cũng có một loạt các hoạt động, từ tuyên truyền, vận động cho tới cải cách bộ máy các bộ, ngành theo h-ớng thu nhỏ và sáp nhập các bộ kinh tế. Các biện pháp này cũng có tác động tích cực cho quá trình thi hành các hiệp định vì bản thân nhiều bộ ngành cũng có quan điểm bảo hộ, nhất là đối với các doanh nghiệp nhà n-ớc.

Các hiệp định Vòng Uruguay đ-ợc Quốc hội thông qua trọn gói, đ-ợc Tổng thống phê chuẩn và trở thành luật của Hàn Quốc - đây cũng là cách Hàn Quốc tiếp cận đối với Hiệp định GATT tr-ớc đó²². Một câu hỏi còn ch-a rõ là địa vị pháp lý của các phán quyết giải quyết tranh chấp trong WTO đối với Hàn Quốc, “*nh-ng chắc chắn là không đ-ợc h-ớng cùng địa vị pháp lý nh- bản thân các hiệp định WTO*”²³.

3. Hàn Quốc có cách tiếp cận “*bê nguyên*” toàn bộ các hiệp định WTO vào hệ thống pháp

^{18,19,20,21} Moon Soo Chung, *đã dẫn*

²² Toà án tối cao đã khẳng định việc áp dụng trực tiếp các quy định của GATT trong một loạt vụ kiện.

²³ Moon Soo Chung, *đã dẫn*

luật của mình, coi chúng có giá trị nh- luật. Tuy nhiên, một số quy định của WTO liên quan tới thủ tục sử dụng các quyền và nghĩa vụ cần đ-ợc cụ thể hoá trong pháp luật trong n-ớc. Đồng thời, nh- đã nêu trên về nguyên tắc giải quyết xung đột pháp luật thì các hiệp định WTO có giá trị -u tiên áp dụng trên các đạo luật đ-ợc ban hành tr-ớc, do đó, cũng là cần thiết phải có sửa đổi các văn bản mâu thuẫn này để tránh nhầm lẫn và có áp dụng thống nhất pháp luật. Do đó ngay sau khi phê chuẩn, chính phủ đã tiến hành việc sửa đổi pháp luật, kể cả các đạo luật và văn bản d-ới luật - một công việc phải đ-ợc tiến hành nhiều năm vì phạm vi điều chỉnh các hiệp định WTO là rất lớn.

4. Bên cạnh việc thông qua các hiệp định WTO, Quốc hội Hàn Quốc còn thông qua một đạo luật riêng với tên *Luật đặc biệt thi hành Hiệp định WTO* (Luật đặc biệt) - đây không phải là một yêu cầu của Hiến pháp và cũng ch-a có tiền lệ ở Hàn quốc²⁴. Khác với các n-ớc nh- Canada hay Hoa Kỳ, mặc dù tên của đạo luật này của Hàn Quốc rất giống tên của các đạo luật thi hành các hiệp định WTO tại các n-ớc đó, nh-ng địa vị pháp lý thì khác hẳn: tại Canada và Hoa Kỳ thì đây là đạo luật toàn diện thi hành các hiệp định, còn Luật đặc biệt của Hàn Quốc "*không thay thế Hiệp định WTO mà bản thân nó đã là luật trong n-ớc, mà chỉ quy định một số vấn đề bổ sung cho việc thi hành*"²⁵. Luật đặc biệt yêu cầu chính phủ phải có các biện pháp thích hợp "*phù hợp với các quy định của... WTO và các đạo luật trong n-ớc*"²⁶, chẳng hạn, để bảo vệ nông dân, những đối t-ợng dễ bị tổn thương do việc thi hành các hiệp định.

Một điều thú vị đối với quá trình xây dựng Luật đặc biệt là lúc đầu có một loạt các điều khoản "*trái*" với WTO, nh- việc định có yêu cầu các quy định WTO không đ-ợc trái với luật trong n-ớc, hay không đ-ợc giải thích xâm hại tới chủ quyền quốc gia trong lĩnh vực kinh tế và thậm chí có điều khoản yêu cầu có các biện pháp trả đũa "*theo kiểu Mỹ*", nh-ng cuối cùng thì các điều khoản này đều bị loại bỏ hay lỏng ý nhẹ nhàng vào các điều khoản khác chủ yếu vì lý do vi hiến²⁷. Luật cũng có điều khoản quy định th-ơng mại với Bắc Triều tiên là nội th-ơng trong n-ớc.

5. Nh- nêu trên, mặc dù các hiệp định của WTO có hiệu lực nh- đạo luật tại Hàn Quốc, nh-ng để loại bỏ sự nhầm lẫn trong áp dụng pháp luật thì Hàn Quốc vẫn tiến hành các công việc sửa đổi pháp luật của mình. Rất nhiều đạo luật đã đ-ợc sửa đổi, nh- Luật về Thuế xuất - nhập khẩu, Luật Gia cầm, Luật Kiểm soát thực phẩm, những văn bản về trợ cấp, các biện pháp th-ơng mại nh- chống bán phá giá, trợ cấp, các luật về sở hữu trí tuệ, đấu thầu và mua sắm chính phủ...

6. Một vấn đề đặt ra là: liệu các cá nhân và tổ chức có quyền khởi kiện và lập luận trên cơ sở các hiệp định WTO để khởi kiện chính phủ và các cơ quan nhà n-ớc không? Theo Hiến pháp Hàn Quốc thì các hiệp định này là luật pháp trong n-ớc và công dân có quyền khởi kiện chính phủ và các cơ quan nhà n-ớc khi có vi phạm các hiệp định theo quy định chung của pháp luật. Tuy nhiên, "*Luật về bồi th-ờng của nhà n-ớc quy định là các biện pháp bồi th-ờng theo luật này chỉ áp dụng cho ng-ời n-ớc ngoài trên cơ sở có đi có lại*"²⁸.

²⁴ Moon Soo Chung, đã dẫn.

²⁵ Moon Soo Chung, đã dẫn.

²⁶ Luật đặc biệt, các Điều 4,6,8,9.

^{27,28} Moon Soo Chung, đã dẫn.

3. Nhận xét

Các n-ớc tiếp cận việc thi hành các hiệp định WTO vào pháp luật trong n-ớc của mình trên cơ sở truyền thống pháp luật và thể chế hiến pháp của mình²⁹. Do đó, không có một công thức thống nhất cho tất cả các n-ớc phải đi theo. Tuy nhiên, có thể thấy, ở đây có hai cách tiếp cận chính là:

Thứ nhất, nội luật hoá các quy định của các hiệp định WTO thông qua việc ban hành pháp luật trong n-ớc t-ơng ứng;

Thứ hai, cho áp dụng trực tiếp các hiệp định này vào pháp luật trong n-ớc sau khi toàn bộ các hiệp định đ-ợc trình ra quốc hội phê chuẩn.

Mỗi cách tiếp cận có các mặt mạnh và yếu riêng. Cách thứ nhất đem lại một sự rõ ràng và chi tiết cho việc thi hành vì mọi quy định cần thiết thi hành của các hiệp định đ-ợc viết lại thành các quy định pháp luật trong n-ớc; theo đó thì cơ quan lập pháp kiểm soát đ-ợc quá trình thi hành các hiệp định này, bảo đảm là việc thi hành ở tầm văn bản pháp luật. Tuy nhiên, cách tiếp cận thứ nhất này đòi hỏi nhiều việc phải làm: rà soát pháp luật, soạn thảo các sửa đổi, bổ sung, huỷ bỏ hay ban hành mới các văn bản pháp luật liên quan - tức là một quá trình đòi hỏi có đầu t- nhiều công sức và trí tuệ, cũng nh- là kinh phí. Cách tiếp cận này có rủi ro là rà soát không hết, không đúng; dẫn đến khả năng bị kiện rất cao.

Trong khi đó, cách tiếp cận thứ hai tỏ ra đơn giản và nhanh ở phần lập pháp và tập trung vào việc chỉ đạo và thi hành sau này; có thể giảm chi phí của quá trình rà soát và sửa đổi pháp luật. Tuy nhiên, cách thứ hai cũng

đem lại các vấn đề bất lợi: có sự không rõ ràng trong hệ thống pháp luật về các quy định của các hiệp định và rất khó kiểm soát quá trình thi hành sau này, nhất là đối với Quốc hội vì ngôn ngữ của các hiệp định là sự thoả hiệp ngoại giao nên không phải lúc nào cũng rõ ràng, cụ thể nên đem lại nhiều quyền tự quyết cho các cơ quan áp dụng và thi hành. Cách tiếp cận trên yêu cầu các cơ quan áp dụng pháp luật, kể cả Toà án phải nắm bắt và hiểu đ-ợc các hiệp định của WTO để có thể áp dụng đ-ợc. Theo cách đó, liệu các cá nhân và tổ chức có thể dựa vào các hiệp định này để khởi kiện hay lập luận tại các toà án trong n-ớc hay không?

Đa số các n-ớc đang phát triển ở Nam Mỹ, Trung Mỹ và châu Á có cách tiếp cận đơn giản thứ hai. Trong khi đó, các n-ớc phát triển có xu thế đi theo cách tiếp cận thứ nhất và đồng thời, để làm việc sửa đổi pháp luật thì họ soạn thảo và ban hành một đạo luật để sửa nhiều luật và t-ơng tự là đối với các văn bản d-ới luật để tiết kiệm thời gian, chi phí, công sức nhắc đi nhắc lại cùng các b-ớc của quy trình xây dựng pháp luật. Văn bản thi hành các hiệp định WTO th-ờng gồm có 3 phần: phần I, các quy định chung phê chuẩn hiệp định, định h-ớng và những cân nhắc cho việc thực hiện; phần II là các sửa đổi pháp luật cụ thể và phần III là các phụ lục đi kèm. Bên cạnh đó, tại Hoa Kỳ và Canada, tờ trình của chính phủ cũng đ-ợc Quốc hội thông qua để giúp cho việc hiểu và giải thích sau này. Đồng thời, các n-ớc tiếp cận theo cách một đều đi theo ph-ơng châm "tối thiểu" tức là chỉ đ-a vào sửa đổi các quy định pháp luật rõ ràng là trái các hiệp định WTO, và đợi xem phản ứng của các n-ớc khác thế nào.

²⁹ Trong tr-ờng hợp của Canada, thì đây là lịch sử thuộc địa của Anh, và Luật Hiến pháp 1867 quy định. Đối với n-ớc có hệ thống văn bản pháp luật phát triển thì khi có xung đột với điều -ớc quốc tế thì phải sửa đổi pháp luật.

4. Liên hệ với Việt Nam

Đối với Việt Nam, một điều tham khảo qua kinh nghiệm của Canada: mặc dù là n-ớc đã có hệ thống pháp luật phát triển và tr-ớc khi thi hành các hiệp định WTO thì Canada đã thi hành các hiệp định th-ơng mại tự do với Hoa kỳ và NAFTA, nh-ng cuối cùng vẫn phải sửa đổi 23 đạo luật ở cấp liên bang và chắc chắn là số l-ợng các văn bản hành pháp và của các bang phải sửa đổi lớn hơn thế rất nhiều. Nếu Việt Nam đi theo cách tiếp cận thứ nhất trên đây là chuyển hoá các hiệp định WTO vào pháp luật Việt Nam thì con số văn bản cần sửa đổi, bổ sung và ban hành mới của chúng ta chắc chắn sẽ cao hơn của Canada rất nhiều vì hệ thống pháp luật của chúng ta có khoảng cách khá xa so với các quy tắc và chuẩn mực của WTO. Canada phải mất 1,5 năm để làm công việc chuyển hoá này với sự tham gia của đội ngũ nhiều chuyên gia giỏi (mà chỉ là ban hành một luật chung thi hành)³⁰. Một loạt câu hỏi có thể nêu đối với Việt Nam là: chúng ta có bao nhiêu thời gian để chuyển hoá nếu chúng ta đi theo con đ-ờng này? (vấn đề này phụ thuộc chủ yếu vào kết quả đàm phán gia nhập WTO). Và chúng ta cần ban hành bao nhiêu văn bản để chuyển hoá hết các hiệp định WTO trong khoảng thời gian đó? Mức độ khả thi của cách tiếp cận này?

Vậy, điều gì xảy ra nếu Việt Nam quyết định tiếp cận theo cách thứ hai là cho áp dụng trực tiếp các hiệp định WTO? Ngoài các vấn đề gặp phải nêu trên đối với cách tiếp cận này thì có nhiều khả năng là các n-ớc thành viên WTO sẽ gây sức ép và tìm cách để yêu cầu Việt Nam có cơ chế bảo đảm thi hành hiệu quả các hiệp định WTO.

Từ kinh nghiệm của Canada cũng cho thấy: việc thi hành các hiệp định WTO phải đ-ợc chuẩn bị và tiến hành từ tr-ớc khi ký kết: trong quá trình đàm phán đã phải có các cơ chế bảo đảm tham khảo ý kiến và xây dựng sự ủng hộ, nhất trí cho các kết quả đàm phán - một điều kiện quan trọng bảo đảm cho việc thi hành không bị phản đối hay gặp nhiều khó khăn (không nên để lại cảm giác cho các đối t-ợng liên quan là họ bị bỏ quên, không đ-ợc tham gia ngay từ đầu). Đồng thời, cần có cân nhắc, xem xét kỹ xem các n-ớc khác làm nh- thế nào, đặc biệt là các n-ớc đối tác th-ơng mại chính để có cách xử lý thích hợp. Chẳng hạn, Canada đã theo dõi rất sát việc thi hành của Hoa kỳ và Mèhicô- các đối tác trong NAFTA, và chắc chắn các n-ớc này cũng theo sát việc thi hành của Canada. Đồng thời, vai trò giải thích, h-ớng dẫn áp dụng pháp luật là rất quan trọng tại Canada: mặc dù Canada là n-ớc theo thuyết nhị nguyên luận về truyền thống mà theo đó, các điều -ớc quốc tế không là bộ phận của pháp luật quốc gia cho tới khi đ-ợc nội luật hoá, nh-ng vài năm gần đây, toà án Canada đã có những thay đổi quan điểm và cố gắng giải thích các đạo luật trong n-ớc làm sao phù hợp với các điều -ớc của Canada, coi các điều -ớc là nguồn quan trọng để giải thích pháp luật, và thậm chí giờ đây, toà án còn coi sơ bộ ban đầu (trừ khi có chứng cứ ng-ợc lại) là khi tham gia các điều -ớc quốc tế thì Canada đã có ý định thi hành đầy đủ các điều -ớc này - một sự phát triển rất đáng kể bảo đảm cho việc thi hành các hiệp định của WTO đ-ợc hiệu quả³¹.

³⁰ Luật s- Serge Frechette, ng-ời đã từng là luật s- của Bộ T- pháp Canada phụ trách quá trình thi hành các hiệp định WTO vào pháp luật Canada tại buổi trình bày kinh nghiệm của Canada về thi hành các hiệp định WTO tháng 11/2004.

³¹ Debra Steger, trong buổi trình bày về kinh nghiệm thi hành các hiệp định WTO của Canada 11/2004.

Trong mọi tr-ờng hợp, theo ý kiến của các chuyên gia Canada, khi xem xét các vấn đề thi hành các hiệp định WTO thì phải tính đến việc có cho phép các tổ chức, cá nhân đ-ợc khởi kiện hay lập luận trên cơ sở các hiệp định này không (cả Canada và Hoa Kỳ đều nêu rõ trong luật thi hành của mình là không cho phép, nh-ng Hàn Quốc lại cho phép). Tiếp đó, việc l-ờng tr-ớc các cơ chế cho phép sau này thi hành các phán quyết của WTO trong các vụ kiện mà Việt Nam bị thua là cũng rất quan trọng, nhất là khi các phán quyết đó đ-ụng chạm tới việc sửa đổi pháp luật hay quyết định, bản án của toà án.

- Kinh nghiệm của Hàn Quốc (kể cả bài học đàm phán), n-ớc đi theo cách tiếp cận thứ hai là bê nguyên các hiệp định WTO vào pháp luật trong n-ớc, nh-ng vẫn tiến hành rà soát và sửa đổi pháp luật để bảo đảm tránh nhầm lẫn là một kinh nghiệm rất thú vị và gần gũi với cách tiếp cận truyền thống của Việt Nam³². Tuy nhiên, cách tiếp cận này có những mặt thuận lợi và bất lợi nêu trên, nhất là khả năng thuyết phục các n-ớc WTO tin đây là cách Việt Nam có thể thi hành đ-ợc các hiệp định trong hoàn cảnh hiện nay: ch-a có bản dịch chính thức các hiệp định, khả năng có các vấn đề áp dụng với Việt Nam v-ợt quá phạm vi các hiệp định (WTO plus) và quan trọng nhất là năng lực thực thi của các cơ quan hành chính và t- pháp Việt Nam...

- So sánh kinh nghiệm của Canada và Hàn Quốc trong đàm phán và thi hành các hiệp

định Vòng Uruguay chúng ta có thể rút ra bài học quý báu về hậu quả của việc Hàn Quốc không làm tốt công tác điều phối, phối hợp, tham vấn và trao đổi giữa các cơ quan, Bộ, ngành với nhau, giữa cơ quan nhà n-ớc với giới t- nhân và các tổ chức phi chính phủ trong quá trình đàm phán các hiệp định, dẫn đến việc thi hành sau này gặp nhiều khó khăn. Trong khi đó, Canada lại cho tầm g-ơng tốt về sự phối hợp, điều phối, tham vấn, trao đổi rộng rãi không chỉ giữa các cơ quan của chính phủ, mà còn giữa các cơ quan trung -ơng liên bang với các cơ quan chính quyền bang và với cộng đồng t- nhân, các tổ chức phi chính phủ. Do đó, dù thể chế hiến pháp Canada có rất nhiều vấn đề phức tạp cho việc thi hành các điều -ớc quốc tế, nh-ng họ lại thi hành một cách nhẹ nhàng và hiệu quả.

Tóm lại, việc đàm phán và gia nhập WTO của Việt Nam đang vào giai đoạn chót. Các công việc "*hậu gia nhập*" qua hai ví dụ trên đây rất lớn, rất khó khăn và đòi hỏi đầu t- nhiều công sức, trí tuệ và tiền của thì mới bảo đảm việc gia nhập đem lại hiệu quả. Nh- vậy, cần có một chủ tr-ơng, chính sách và các b-ớc đi đúng, kịp thời là vô cùng quan trọng. Nh- có chuyên gia n-ớc ngoài đã nói là: Nếu không làm tốt công việc tự chuẩn bị thi hành "*home work*" này thì sẽ phải trả giá đắt về sau³³./

* Th.S, Vụ hợp tác Quốc tế, Bộ T- pháp

³² Điều khoản có tính công thức tại hầu hết các văn bản quy phạm pháp luật Việt Nam là -u tiên áp dụng các điều -ớc quốc tế khi có quy định khác pháp luật trong n-ớc, có thể đ-ợc hiểu là chúng ta cho phép điều -ớc đ-ợc áp dụng trực tiếp.

³³ Debra Steger, Serger Frechette, David Wilson khi trình bày về kinh nghiệm thi hành và giải quyết tranh chấp của Canada tháng 11/2004 tại Đại học tổng hợp Ottawa, Canada đã l-u ý là các n-ớc WTO theo dõi rất kỹ việc thi hành của các đối tác khác và không ngần ngại khởi kiện bảo vệ quyền lợi ra WTO. Cơ chế giải quyết tranh chấp WTO đã ngày càng trở nên có tính t- pháp và tranh tụng, đem lại hệ quả là vô cùng đắt đỏ. Các chuyên gia đã nêu ví dụ một vụ kiện mà Canada bị kiện về Sữa kéo dài 6 năm, lúc nào cũng phải có khoảng 50 ng-ời tham gia trong suốt thời gian đó, cộng với chi phí phải thuê luật s- Hoa Kỳ.

MỘT SỐ ĐIỀU KIỆN QUA ĐÀM PHÁN GIA NHẬP WTO CỦA VIỆT NAM

NGUYỄN XUÂN TẾ*

TRẦN THỊ THUY D-ƠNG**

Ích lợi của việc gia nhập WTO cho các n-ớc đang phát triển nói chung và n-ớc ta nói riêng có thể kể đến việc thụ h-ởng các thành tựu đạt đ-ợc từ 50 đàm phán đa ph-ơng giữa các thành viên; tham gia vào việc xây dựng, giải thích luật và giải quyết tranh chấp của WTO; không bị phân biệt đối xử trong th-ơng mại toàn cầu v.v. Đối lại, ta phải cam kết dành cho các n-ớc thành viên của WTO quy chế đối xử t-ơng đ-ương với quy chế mà ta đ-ợc h-ởng theo nguyên tắc có đi có lại. Những cam kết này đang đ-ợc thảo luận, đàm phán giữa Việt Nam với các n-ớc thành viên. Nhiều nội dung cam kết đang đ-ợc triển khai thực hiện, ví dụ gói lập pháp Quốc hội chuẩn bị thông qua để phù hợp với tiến trình và điều kiện gia nhập. Qua các lần đàm phán, từ kỳ họp ngày 12/12/2003 đến kỳ họp gần đây ngày 15/6/2004 giữa đại biểu Việt Nam và các thành viên trong nhóm đàm phán về việc gia nhập của Việt Nam đã gần nhau hơn về quan điểm. Tuy nhiên, đích thời gian đ-ợc kết nạp tr-ớc ngày 01/01/2005 đã không thành hiện thực.

Những điều kiện

Qua tham khảo Nghị định th- gia nhập

của các n-ớc có nền kinh tế chuyển đổi sang kinh tế thị tr-ờng, có thể thấy, n-ớc ta phải cam kết những điều kiện gia nhập “đặc biệt”, khắt khe hơn đối với các n-ớc đã đ-ợc thừa nhận là thuộc nền kinh tế thị tr-ờng. Có thể nêu một số điều kiện nh- sau:

- *Chính sách trao đổi ngoại tệ*: Chấp nhận các quy định quốc tế liên quan tới tiền tệ, trong đó có các quy định liên quan của Quỹ tiền tệ quốc tế (IMF);

- *Sở hữu nhà n-ớc và t- hữu hóa*: Cam kết thực hiện các ch-ơng trình t- hữu hóa và phải nộp cho WTO các báo cáo về tiến độ thực hiện các ch-ơng trình này;

- *Chính sách giá cả*: Có hai loại cam kết liên quan đến chính sách giá cả. Thứ nhất, ngoài một số ngành hàng quy định rõ trong Nghị định th-, giá cả của các hàng hóa và dịch vụ phải do các yếu tố thị tr-ờng quyết định. Thứ hai, việc giám sát giá cả phải đ-ợc thực hiện phù hợp với các quy định của WTO;

- *Quyền kinh doanh*: Cam kết loại bỏ độc quyền của Nhà n-ớc trong lĩnh vực ngoại th-ơng, t- nhân phải có quyền tham gia các hoạt động xuất nhập khẩu;

- Các quy định chống phá giá, các quy

định liên quan đến hỗ trợ giá phải phù hợp với luật của WTO;

- *Các quy định liên quan tới các cơ sở kinh doanh của Nhà nước*: Cam kết tôn trọng các quy định trong Điều XVII của Hiệp định GATT 1994 và Bản ghi nhớ liên quan đến điều này của WTO cũng như Điều VIII của GATT. Các nghĩa vụ quan trọng nhất liên quan đến việc thông báo các chính sách liên quan đến WTO và không phân biệt đối xử;

- *Chính sách đối với hàng công nghiệp*: Cam kết thực hiện các chương trình hỗ trợ hàng công nghiệp phù hợp với quy định của WTO, đặc biệt các quy định trong Hiệp định về trợ cấp và các biện pháp đối kháng;

- *Chính sách hỗ trợ xuất khẩu*: Cam kết xóa bỏ các biện pháp hỗ trợ xuất khẩu;

- *Tính công khai*: Cam kết đăng tải các luật và quy định liên quan trên công báo; chấp nhận nguyên tắc các luật và quy định nói trên chỉ bắt đầu có hiệu lực sau khi được đăng trên công báo. Sau khi Nghị định có hiệu lực, quốc gia được kết nạp phải tôn trọng nghĩa vụ thông báo với WTO.

Vấn đề đối với Việt Nam

Trong kỳ họp ngày 15/6/2004, các nước tham gia đàm phán đã nhấn mạnh những mong đợi của họ đối với Việt Nam về một số vấn đề sau đây:

Thu thập thông tin và chương trình hành động

Theo thủ tục, ta đã cung cấp một lượng thông tin lớn theo yêu cầu và để giải đáp thắc mắc của các thành viên tham gia đàm phán. Tuy nhiên, các thành viên này chưa

thấy thoả mãn và vẫn yêu cầu cung cấp thông tin, giải trình thêm liên quan đến: 1- Việc trả lời các câu hỏi, làm rõ các thắc mắc về luật và chính sách của Việt Nam. 2- Việc xây dựng các luật và chính sách cần thiết để gia nhập WTO.

Theo đánh giá chung của các thành viên tham gia đàm phán, ta chưa có một hành lang pháp lý hoàn chỉnh liên quan đến các cam kết trong khuôn khổ WTO, hoặc nếu có, thì các quy định này chưa phù hợp với chuẩn mực quốc tế. Có thành viên đặt câu hỏi về tốc độ xây dựng các văn bản luật của ta. Hoa Kỳ phàn nàn về tiến độ quá chậm của ta trong việc thực hiện thỏa thuận về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ liên quan đến thương mại hàng hóa. Việt Nam cam kết sẽ thực hiện các thỏa thuận này ngay khi được kết nạp. Các thành viên tham gia đàm phán tỏ ra không đồng tình với chính sách đánh thuế nhập khẩu “đặc biệt” của Việt Nam (ví dụ, tính thuế trên trọng lượng hàng thay vì tính theo phương thức giá trị gia tăng) cũng như việc sử dụng kết hợp cách đánh thuế “đặc biệt” và thuế giá trị gia tăng. Theo thông lệ thương mại quốc tế hiện nay, việc đánh thuế trên giá trị gia tăng đã dần trở thành một tiêu chuẩn chung.

Tự do hóa thương mại hàng nông nghiệp và thực hiện các biện pháp SPS

Trong lĩnh vực nông nghiệp, ta đã chấp thuận bỏ hỗ trợ xuất khẩu đối với cà phê ngay khi được kết nạp và bỏ các biện pháp hỗ trợ xuất khẩu đối với các mặt hàng khác sau thời gian quá độ. Một số thành viên của nhóm

Liên minh giữa một số n-ớc phát triển và đang phát triển (Cairns)¹ đòi hỏi ta phải xóa bỏ hỗ trợ xuất khẩu đối với tất cả các mặt hàng nông nghiệp ngay khi trở thành thành viên của WTO.

Đối với các biện pháp SPS, Việt Nam đồng ý áp dụng ngay khi trở thành thành viên của WTO. Tuy nhiên, ta xin h-ởng thêm thời hạn quá độ cho tới 01/7/2008 trong ba lĩnh vực : i) các biện pháp “*hòa hợp hóa*” các quy định của luật trong n-ớc với các tiêu chuẩn quốc tế; ii) các biện pháp liên quan đến việc chấp nhận các tiêu chuẩn của n-ớc xuất khẩu là t-ơng đ-ơng với các tiêu chuẩn trong n-ớc; iii) các biện pháp liên quan thủ tục kiểm tra, giám sát và chấp nhận. Lý do đề nghị h-ởng thời gian quá độ của ta là do khả năng kỹ thuật còn yếu kém và thực hiện các biện pháp nói trên t-ơng đối phức tạp.

Quy chế đối xử đặc biệt dành cho các n-ớc đang phát triển

Đối với các quốc gia đang phát triển, Điều 27 Hiệp định về Trợ cấp và các biện pháp đối kháng là một trong những quy định có ý nghĩa quan trọng nhất trong luật của WTO. Việc áp dụng các biện pháp trợ cấp đóng vai trò hết sức quan trọng trong chiến l-ợc phát triển kinh tế của đa số các n-ớc nghèo. Điều 27 công nhận vai trò quan trọng này và đ-a ra một số các biện pháp đối xử đặc biệt dành cho các n-ớc thành viên đang phát triển (xem ví dụ ở Hộp 1).

Hộp 1: Điều 27, Khoản 2 cho phép một số n-ớc đang phát triển, trong đó có các n-ớc có thu nhập đầu ng-ời hàng năm d-ới 1.000 USD áp dụng một số biện pháp trợ cấp thông th-ờng bị cấm (*Danh sách các n-ớc này đ-ợc liệt kê tại Phần phụ 7 của Hiệp định. Hai n-ớc In-do-ne-si-a và Phi-lip-pin có tên trong danh sách*). Các n-ớc đang phát triển khác đ-ợc áp dụng các biện pháp này trong vòng 8 năm kể từ khi Hiệp định thành lập WTO có hiệu lực với các n-ớc đó.

Khi đề cập tới tình hình kinh tế hiện nay của Việt Nam, đại biểu của ta nhấn mạnh Việt Nam là một n-ớc đang phát triển gánh nhiều khoản nợ, thu nhập đầu ng-ời rất thấp. Do đó, ta cần đ-ợc h-ởng chế độ đối xử đặc biệt dành cho các n-ớc đang phát triển. Ta đề nghị WTO dành cho quyền đ-ợc h-ởng quy chế quy định tại Điều 27 Hiệp định về Trợ cấp và các biện pháp đối kháng. Một số n-ớc phát triển tham gia đàm phán, khi nghe tới đề nghị này, đã bảo vệ ý kiến cho rằng cần l-u ý việc n-ớc ta có nền kinh tế có nhiều triển vọng và tốc độ phát triển cao.

T-ơng tự, vấn đề đ-ợc nhắc tới trong khi đàm phán về việc giảm thuế, mở cửa thị tr-ờng. Tháng 4/2004, Việt Nam đã đ-a ra lời “*chào*” mới : giảm thuế xuống trung bình 18% (4% nhiều hơn so với lần đề nghị tr-ớc), mở cửa thị tr-ờng cho 10 ngành dịch vụ. Các thành viên tham gia đàm phán ghi nhận các cố gắng của ta. Tuy nhiên, họ vẫn đòi hỏi ta phải mở cửa thị tr-ờng rộng hơn nữa.

Hiện t-ợng này khẳng định việc đ-ợc coi là n-ớc phát triển không giúp cho ta đ-ợc

¹ Hoạt động của nhóm này nhằm mục đích đòi hỏi các n-ớc tự do hóa hơn nữa th-ơng mại trong lĩnh vực hàng nông nghiệp. Nhóm này gồm các n-ớc Ac-hen-ti-na, Ôt-xtrây-li-a, Bô-li-vi-a, Bra-xin, Ca-na-đa, Chi-lê, Côt-xa-ni-a, Phi-đi, Goa-tê-ma-la, In-do-ne-si-a, Ma-lai-si-a, Niu-Di-lân, Pa-ra-guay, Thái Lan và U-ru-guay.

h-ởng quy chế đặc biệt một cách đ-ơng nhiên. Kinh nghiệm Trung Quốc cho thấy, việc cho thành viên t-ơng lai đ-ợc h-ởng các quy chế dành cho n-ớc phát triển hay không nhiều khi là một trong những vấn đề khó khăn nhất trong các cuộc đàm phán gia nhập.

Những việc cần làm để sớm gia nhập WTO

Thứ nhất, ta cần tiếp tục quá trình đổi mới, xây dựng hệ thống luật và quy định cho phù hợp với luật của WTO, đồng thời, cung cấp thông tin cho các bên đàm phán về các luật và quy định đó. Chủ tịch nhóm làm việc Seung Ho (Hàn Quốc), trong phiên họp ngày 15/6/2004, đã nhấn mạnh vai trò quyết định của các công việc này để Việt Nam là thành viên WTO.

Thứ hai, cũng theo Seung Ho, cần xúc tiến các cuộc đàm phán song ph-ơng giữa ta và các thành viên nhóm làm việc để đạt thỏa thuận chung. Nhằm tạo cơ sở cho các cuộc đàm phán, Việt Nam cần nghiên cứu, rà soát khả năng cạnh tranh của các ngành kinh tế để quyết định ngành nào nên tiếp tục bảo hộ, ngành nào nên mở cửa tự do hóa để đ-a ra các lời “chào” cho hợp lý. Muốn làm đ-ợc công việc này, cần nâng cao tính dân chủ, tạo điều kiện cho đại diện giới sản xuất, kinh doanh trong các ngành kinh tế khác nhau có cơ hội tham gia góp ý nhiều hơn vào việc đ-a ra các lời “chào” của đại diện Việt Nam tham gia đàm phán.

Thứ ba, về ph-ơng diện kỹ thuật đàm phán, ta nên tiếp tục củng cố chiến l-ợc đàm phán hiệu quả, dựa trên cơ sở “biết mình, biết

ng-ời”. Cụ thể, một mặt, ta phải nắm rõ thế mạnh và mối quan tâm của từng đối t-ơng đàm phán để có cách tiếp cận phù hợp. Chẳng hạn, bốn thành viên có nền kinh tế lớn mạnh nhất (Mỹ, Liên minh châu Âu, Nhật Bản, Ca-na-đa) th-ờng chú ý tới các thỏa thuận liên quan đến th-ơng mại nông phẩm, hàng công nghiệp và bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ. Các nền kinh tế nhỏ hơn th-ờng quan tâm tới các ngành hoặc mặt hàng cụ thể. Mặt khác, ta phải tính toán khả năng của chính mình trong việc thực hiện các thỏa thuận - các thỏa thuận rút ra từ những cuộc đàm phán song ph-ơng sẽ phải đ-ợc thực hiện trên cơ sở đa ph-ơng với tất cả các thành viên của tổ chức, theo nguyên tắc đối xử tối huệ quốc. Các lập luận đ-ợc chuẩn bị kỹ, đ-ợc chứng minh bằng cơ sở các thông tin số liệu thuyết phục sẽ dễ đ-ợc các bên đàm phán chấp thuận.

Thứ t-, cần thắt chặt hơn các quan hệ quốc tế, tranh thủ sự ủng hộ của các n-ớc thành viên WTO nói chung và của nhóm làm việc nói riêng. Ví dụ, cho đến nay, ở chừng mực nào đó, ta đ-ợc h-ởng sự ủng hộ nhất định từ các thành viên ASEAN. Đa số các thành viên của tổ chức này (Bru-nây, In-đô-nê-si-a, Ma-lai-si-a, Mi-an-ma, Phi-líp-pin, Xin-ga-po và Thái Lan) tham gia vào nhóm làm việc. Mới đây, Phi-líp-pin, thay mặt cho các n-ớc thành viên ASEAN, đã đứng về phía Việt Nam khi ta đề nghị đ-ợc h-ởng quy chế đối xử đặc biệt quy định tại Điều 27 Hiệp định về trợ cấp và các biện pháp đối kháng. Sự ủng hộ này có đ-ợc là nhờ chính sách mở cửa, đa dạng hóa quan hệ quốc tế, kết hợp giữa hội nhập khu vực và quốc tế mà ta đang áp dụng.

Một vài kết luận

Theo Ban th- ký của WTO, mỗi quá trình kết nạp mang lại lợi ích cho tất cả các thành viên cũ và mới của tổ chức này. Một mặt, các thành viên cũ đ-ợc h-ởng lợi nhờ các biện pháp mở cửa thị tr-ờng hàng hóa và dịch vụ của thành viên mới đ-ợc kết nạp. Mặt khác, thành viên mới đ-ợc h-ởng quy chế đối xử t-ơng đ-ơng với quy chế đối xử dành cho các thành viên cũ của tổ chức².

Thực tế không hoàn toàn nh- vậy. WTO không có những quy định chi tiết về việc kết nạp thành viên mới. Sự thiếu vắng này tạo điều kiện cho việc nảy sinh hiện tượng “WTO+”: các n-ớc xin gia nhập vào WTO sau phải chấp nhận các điều kiện nhiều khi còn khắt khe hơn các nghĩa vụ của nhiều thành viên cũ. Đặc biệt, các ứng cử viên có nguy cơ phải chịu nhiều thiệt thòi nhất là các n-ớc đang trong giai đoạn chuyển đổi sang kinh tế thị tr-ờng.

Đối với các n-ớc đang trong giai đoạn chuyển đổi, trong nhiều tr-ờng hợp, các thành viên WTO tạo sức ép, đ-à ra các điều kiện gia nhập đặc biệt (xem Phần 1), khiến cho khả năng hội nhập của các n-ớc này bị tổn hại. Đối với ta, các tiền lệ của nhiều n-ớc có nền kinh tế trong giai đoạn chuyển đổi, trong đó có Trung Quốc, có tác dụng ngăn ngừa thái độ lạc quan quá mức về các cơ hội có đ-ợc từ việc gia nhập vào WTO.

Đối với các n-ớc đang phát triển, cho tới nay, các điều kiện gia nhập không thể hiện rõ về quy chế đối xử đặc biệt, nhất là trong các lĩnh vực quan trọng đối với chiến lược phát

triển kinh tế của các n-ớc này (thời gian thực hiện các cam kết, các biện pháp trợ cấp trong lĩnh vực nông nghiệp, trợ cấp xuất khẩu, thủ tục tham vấn liên quan đến cán cân thanh toán, các vấn đề liên quan đến các n-ớc nghèo phải nhập khẩu thực phẩm...). Với Việt Nam, việc đàm phán để xin h-ởng quy chế đối xử đặc biệt cũng không phải dễ dàng.

Hiện tượng tạo sức ép buộc các ứng cử viên phải chấp thuận các điều kiện gia nhập khắt khe đã đ-ợc đề cập đến trong các kỳ họp Hội đồng Bộ tr-ởng của WTO tại Xin-ga-po (năm 1996) và Giơ-ne-vơ (năm 1998). Các đại biểu đã kêu gọi các bên đàm phán gia nhập phải thỏa thuận những điều kiện có ý nghĩa hơn liên quan đến việc mở cửa thị tr-ờng. Kêu gọi này thể hiện mối bận tâm của một số thành viên về khả năng của các n-ớc mới đ-ợc kết nạp trong việc thực hiện các biện pháp đổi mới nhằm hoàn thành các nghĩa vụ cam kết lúc đàm phán xin gia nhập. Tại Hội nghị Bộ tr-ởng tổ chức tại Đô-ha (tháng 11/2001), đại diện của Lào đề nghị điều chỉnh các quy định của WTO về việc kết nạp thành viên mới nhằm đ-à ra quy chế đối xử đặc biệt, tạo điều kiện dễ dàng hơn cho các n-ớc kém phát triển nhất gia nhập vào tổ chức. Tại Hội nghị Bộ tr-ởng tổ chức tại Cancun (tháng 9/2003), đại diện của Việt Nam góp ý rằng các đề nghị đ-ợc đặt ra trong quá trình đàm phán phải hợp lý, có nghĩa là: 1) không v-ợt quá các đòi hỏi đ-à ra trong luật của WTO và 2) không v-ợt quá khả năng của một n-ớc có mức độ chậm phát triển và đang trong giai đoạn chuyển đổi nh- Việt Nam.

² Báo cáo th-ờng niên của WTO, năm 2001.

Hội nhập vào WTO là quan trọng trong chiến lược phát triển kinh tế của ta trong thế kỷ XXI. Do đó, việc đẩy nhanh tiến độ đàm phán để Việt Nam trở thành thành viên WTO “càng sớm càng tốt” là một trong những mục tiêu quan trọng đã được đặt ra hiện nay. Tuy nhiên, đấu tranh nhằm được kết nạp với những điều kiện gia nhập phù hợp với khả năng kinh tế của ta cũng quan trọng không kém.

Chúng ta cần tiếp tục khẩn trương xây dựng hệ thống luật pháp, đẩy nhanh quá trình đổi mới, đưa ra các chiến lược đàm phán hiệu quả, khuyến khích quá trình công khai hóa, dân chủ hóa để hỗ trợ quá trình gia nhập WTO; đồng thời, cũng phải nhận thấy rằng để thực hiện những cam kết này vào giai đoạn “hậu WTO”, công việc sẽ còn bề bộn hơn nữa. Hội nhập vào WTO không chỉ là cơ hội, mà đồng thời là một trong những thách thức lớn nhất mà nước ta gặp phải trong thế kỷ XXI./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Tài liệu của WTO:- *WT/ACC/1,4,5,7,8,9*; *WT/ACC/VNM/2,3*; *WT/MIN(01)/ST/98*; *WT/MIN(01)/ST/153*; *WT/TPR/S/130*; Tạp chí WTO số 12/12/3003, số 15/12/2004 và 15/6/2004 về đàm phán của VN với các thành viên về điều kiện gia nhập ;

2. Các tài liệu khác: *ANDERSON (Kym)*, “*Globalization, WTO, and ASEAN*”, in ASEAN economic bulletin, vol. 18, n°1, trang 12 – 23; Bộ ngoại giao, Vụ hợp tác kinh tế đa phương, *Việt Nam hội nhập kinh tế trong xu thế toàn cầu hóa – Vấn đề và giải pháp (sách tham khảo)*, NXB Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2002, 659 trang; CAI (Wenguo), HART (Michael), “*Vietnam’s accession to the WTO, background and issues*”, in *JWT*, vol. 30, n°6, trang 75 – 102; DJOSSOU (Jean Maurice), *L’Afrique, le GATT et*

l’OMC, Entre territoires douaniers et régions commerciales, l’Harmattan, Québec, Les presses de l’Université Laval, 2000, 265 trang; DRABEK (Zdenek) and LAIRD (Sam), “*The new liberalism – trade policy developments in emerging markets*”, in *JWT*, vol. 32, n°5, October 1998, trang 241 – 269; LANOSZKA (Anna), “*The world trade organisation accession process: negotiating participation in globalizing economy*”, in *JWT*, vol. 25, n°4, August 2001, trang 575 – 602; NGUYEN (Quoc Dinh), DAILLIER (Patrick), PELLET (Alain), *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} édition, Paris, 2002, 1510 trang ; OCDE, *Intégration des pays en développement dans le système commercial international*, OCDE, 1992, 151 trang ; POLUETOV (Alexander), “*Non – market economy issues in the WTO antidumping law and accession negotiations – Revival of a two – tier membership?*”, in *JWT*, vol. 36, n°1, February 2002; STEINBERG (Richard H.), “*Transatlanticism in support of multilateralism? Prospects for great power management of the world trading system*”, in DEMARET (Paul), BELLIS (Jean Francois), GARCIA JIMENEZ (Gonzalo), *Regionalism and multilateralism after the Uruguay round, Convergence, divergence and interaction*, Institut d’études juridiques européennes, Université de Liège, Brussels, 1997, 862 trang, trang 295 – 340; US – Vietnam Trade council, *Next steps: Other US – Vietnam trade issues and WTO accession*; UWE (Schmidt), “*Vietnam’s accession to the WTO – a road map for a rational approach in trade liberalization*”, Duisburg working papers on East Asian economic studies, n°66/2003, Duisburg, Germany, 2003; WANG (Guiguo), “*China’s return to GATT: legal and economic implications*”, in *JWT*, vol. 28, n°3, June 1994, trang 51 – 65.

* Phó Hiệu trưởng Trường Cán bộ thành phố Hồ Chí Minh

** Khoa Luật trường Đại học Aix - Marseille III (Cộng hòa Pháp)

T- PHÁP QUỐC TẾ - MỘT SỐ QUAN ĐIỂM CỦA CÁC HỌC GIẢ N-ỨC NGOÀI

NGUYỄN QUANG H-NG*

Luật xung đột, xung đột pháp luật, t- pháp quốc tế, luật dân sự quốc tế là những khái niệm th-ờng gặp khi bàn đến ngành luật điều chỉnh các hoạt động dân sự, th-ơng mại có yếu tố n-ớc ngoài. Tác giả bàn về quan điểm của các học giả n-ớc ngoài về khái niệm và ngành luật này, kèm theo những nội hàm điều chỉnh theo những quan điểm đó

“T- pháp quốc tế” hay là “T- quốc tế pháp”?

Thuật ngữ “t- quốc tế pháp” (private international law) đ-ợc pháp quan toà án tối cao Hoa Kỳ Joseph Story sử dụng lần đầu tiên từ năm 1834 trong cuốn sách “**Giải thích xung đột luật**”: “về vấn đề xung đột luật thì còn có thể gọi nó một cách thích đáng là t- quốc tế pháp”¹. Các ph-ơng án tiếng Pháp (droit international privé), Ý (diritto internazionale privato), Bồ Đào Nha (direito internacional privado), Tây Ban Nha (deracho internacional privato), Anh đều gọi là “t- quốc tế pháp”. Nh-ng, chúng ta th-ờng gọi là “t- pháp quốc tế” và trong tiếng Nga, Trung Quốc, Đức, Nhật cũng gọi t-ơng tự.

Giáo s- luật Anuphrieva ng-ời Nga cho rằng, sự khác nhau trong tên gọi trên hoàn toàn là do thói quen sử dụng và do sự phiên dịch từ tiếng này sang tiếng khác. Bà viết: “Trong tiếng Nga, ng-ời ta sử dụng thuật

ngữ t- pháp quốc tế chứ không phải là t- quốc tế pháp nh- dịch từ tiếng Anh – private international law, vì luật học Nga tr-ớc kia nằm d-ới sự ảnh h-ởng của tr-ờng phái luật của Pháp nhiều hơn là d-ới sự ảnh h-ởng của tr-ờng phái Anh. Chắc là thuật ngữ t- pháp quốc tế đ-ợc dịch chính từ tiếng Pháp – droit international privé: tính từ “quốc tế” đứng đầu, sau đó là tính từ “t-”, sau đó là danh từ “pháp”². Trong các ngôn ngữ Đức, Nga, Trung Quốc đều dùng trật tự từ trên – tức là quốc tế t- pháp; trong tiếng Việt thì “t- pháp quốc tế” và “quốc tế t- pháp” là một, cả cụm từ “quốc tế t- pháp” là từ Hán Việt, còn “t- pháp quốc tế” là đ-ợc Việt hoá bằng cách đ-a tính từ “quốc tế” ra sau danh từ “pháp” cho thuận, còn cụm từ “t- pháp” không thay đổi.

Các tác giả Trung Quốc trong lĩnh vực t- pháp quốc tế nh- giáo s- Hoàng Tiến, giáo s- Khuất Quảng Thanh cũng đ-a ra các ph-ơng án gọi tên khác nhau “t- pháp quốc

¹ Mặc dù vậy, hiện tại ở Hoa Kỳ thịnh hành tên gọi Xung đột Luật pháp - Conflicts Law, hoặc là The conflicts of Laws.
² Xem Anuphrieva L.P. Mối quan hệ của công pháp và t- pháp quốc tế, NXB Spark, Matxcova, 2002, tr.18, tiếng Nga.

tế” và “t- quốc tế pháp”, nh-ng ph-ơng án tiếng Pháp “*droit international privé*” dịch là “t- quốc tế pháp” chứ không phải là “quốc tế t- pháp”, nh- ý kiến của của giáo s- Anuphrieva. Trong tiếng Pháp tính từ đứng sau và càng gần danh từ thì càng ổn định, cụm từ “*droit international*”- “quốc tế pháp” là cụm từ ổn định và tính từ “*privé*” - “t- pháp quốc tế” làm nó rõ nghĩa hơn, chứ không phải vì trong cả cụm từ, tính từ “*international*” đứng tr-ớc “*privé*” mà dịch thành “quốc tế t- pháp”.

Có ý kiến cho rằng, hai ph-ơng án khác nhau trên hàm chứa sự khác nhau về nội dung chứ không chỉ là sự khác nhau về trật tự từ. Giáo s- Khuất Quảng Thanh viết: “T- quốc tế pháp và quốc tế t- pháp mặc dù tên gọi rất giống nhau, nh-ng thực ra phản ánh cách nhìn khác nhau của các học giả đối với bộ môn luật T- pháp quốc tế. Nếu coi luật quốc tế có thể chia làm hai loại t- và công, thì gọi là luật quốc tế (quốc tế pháp) và t- quốc tế pháp; ng-ợc lại, nếu coi t- pháp quốc tế là bộ phận của t- pháp (private law) trong n-ớc thì gọi là quốc tế t- pháp”³.

Cần chú ý rằng, giữa trật tự từ của thuật ngữ và hàm ý của nó không có mối liên quan bắt buộc nh- ý kiến trên đ-a ra.

Thứ nhất, mặc dù công pháp quốc tế chỉ có một nội dung duy nhất không bị tranh cãi là bộ phận của luật quốc tế hay của luật trong n-ớc, vẫn tồn tại hai cách gọi là “*công pháp quốc tế*” trong tiếng Nga, tiếng Đức,

Trung Quốc, tiếng Việt và “*công quốc tế pháp*” trong tiếng Anh (public international law), tiếng Pháp (*droit international public*).

Thứ hai, trong hệ thống luật của Nga có sự thay đổi về quan điểm, tr-ớc kia, t- pháp quốc tế đ-ợc chính thức coi là một nhánh của luật quốc tế, hiện nay, đ-ợc coi là một bộ phận của luật trong n-ớc, cụ thể là một ch-ơng trong Bộ luật Dân sự Cộng hoà Liên bang Nga. Nh-ng từ tr-ớc đến nay, bộ môn luật này ở Nga vẫn chỉ đ-ợc gọi là t- pháp quốc tế mà không có sự thay đổi trong cách dùng thuật ngữ bằng cách đảo trật tự từ để biểu hiện sự thay đổi cách nhìn. Nh- vậy, việc gán một cách gọi nhất định với một nội dung nhất định là ý kiến riêng của từng tác giả chứ không phản ánh tính quy luật khách quan của nó.

“Quan hệ dân sự mang yếu tố n-ớc ngoài” hay “quan hệ pháp luật dân sự mang yếu tố n-ớc ngoài”?

Khi nói về đối t-ợng điều chỉnh của t- pháp quốc tế, đại đa số các tác giả của Trung Quốc đều có cùng quan điểm.

Giáo s- L-u Nhân Sơn viết: “Đối t-ợng điều chỉnh của t- pháp quốc tế là các mối quan hệ pháp luật dân th-ơng sự mang yếu tố n-ớc ngoài”⁴. Giáo s- Hoàng Tiến, L-u T-ởng Thụy, Tr-ơng Tiêu Kiểm tuy dùng từ có khác nhau một chút nh-ng đều cho rằng, t- pháp quốc tế là bộ môn luật điều chỉnh các mối quan hệ pháp luật dân sự mang yếu tố n-ớc ngoài.

³ Giới thiệu t- pháp quốc tế, Khuất Quảng Thanh chủ biên, NXB Pháp luật, Bắc Kinh, 2003, tr.26, tiếng Hán.

⁴ T- pháp quốc tế, L-u Nhân Sơn chủ biên, NXB Pháp luật Trung Quốc, Bắc Kinh, 1999, tr. 1, tiếng Hán.

Tác giả Khuất Quảng Thanh cho rằng, đối tượng điều chỉnh của t- pháp quốc tế là các mối quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài. Giáo s- Triệu T-ong Lâm lại có ý kiến thứ ba: *“Đối tượng điều chỉnh của t- pháp quốc tế là các mối quan hệ pháp luật dân, th-ơng sự có tính chất quốc tế, còn gọi là các mối quan hệ pháp luật dân th-ơng sự có yếu tố n-ớc ngoài. Các mối quan hệ pháp luật dân th-ơng sự có yếu tố n-ớc ngoài gọi là các mối quan hệ dân, th-ơng sự có yếu tố n-ớc ngoài, gọi tắt là các mối quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài”*⁵.

Chúng ta nhận thấy, chỉ trong một câu định nghĩa về đối tượng điều chỉnh của t- pháp quốc tế đã có ba quan điểm khác nhau. Điểm mấu chốt nằm ở hai từ *“quan hệ dân sự”* và *“quan hệ pháp luật dân sự”*.

Trong các ý kiến trên, ai đúng, ai sai, đối tượng điều chỉnh của t- pháp quốc tế là các mối quan hệ pháp luật dân sự hay là các mối quan hệ dân sự, hay thực ra chúng là một? Tiến sỹ Tiêu Vĩnh Bình có lời bình luận về vấn đề này: *“Quan hệ dân sự là mối quan hệ xã hội về tài sản và con ng-ời; còn quan hệ pháp luật dân sự là mối quan hệ xã hội về tài sản và con ng-ời đã có nội dung quyền lợi và nghĩa vụ, đã ý chí hoá và là kết quả của sự điều chỉnh pháp luật. Vì vậy, đối tượng điều chỉnh của t- pháp quốc tế phải là quan hệ dân sự chứ không phải là quan hệ pháp luật dân sự”*⁶.

Quan điểm trên có lý nh-ng thiếu tính thuyết phục vì ch-a đi vào bản chất của vấn đề. Để giải quyết câu hỏi này, chúng ta cần phải nhờ đến kiến thức của lý thuyết cơ bản về luật, về cơ chế điều chỉnh pháp luật, về khái niệm thế nào là quan hệ pháp luật. Đó là: *“Điều chỉnh pháp luật là sự hoạt động của nhà n-ớc và xã hội, đ-ợc thực hiện trong quá trình chuẩn bị và thông qua các quy định pháp luật, việc thực hiện chúng trong các mối quan hệ cụ thể và áp dụng c-ơng chế nhà n-ớc để đạt đ-ợc trật tự ổn định trong xã hội”*⁷.

Nh- chúng ta thấy, sự điều chỉnh pháp luật bao gồm ba giai đoạn: giai đoạn làm luật, giai đoạn thực hiện luật và giai đoạn bảo vệ luật. Nếu nh- các chủ thể đều tuân thủ pháp luật thì không có phạm pháp và không thể xảy ra giai đoạn bảo vệ pháp luật, khi ch-a có các sự kiện pháp lý thì ch-a có quan hệ pháp luật và ch-a xảy ra giai đoạn thực hiện luật. Làm luật đã là sự điều chỉnh pháp luật rồi. Trong giai đoạn thực hiện luật thì các chủ thể tham gia vào mối quan hệ pháp luật, tức là quyền lợi, nghĩa vụ đ-ợc xác định và bảo vệ bởi luật pháp. Quan hệ pháp luật đ-ợc hình thành, biến đổi và chấm dứt trên cơ sở của hai yếu tố bắt buộc là các pháp quy và sự kiện pháp lý. Nh- vậy, quan hệ pháp luật là sản phẩm của giai đoạn hai của quá trình điều chỉnh pháp luật – giai đoạn thực hiện luật.

Sự điều chỉnh pháp luật bao gồm khái niệm, đối tượng, ph-ơng pháp, giới hạn và cơ chế

⁵ T- pháp quốc tế, Triệu T-ong Lâm chủ biên, NXB Đại học chính pháp Trung Quốc, Bắc Kinh, 2000, tr. 1, tiếng Hán.

⁶ Chuyên luận về các vấn đề của t- pháp quốc tế, Hàn Đức Phối chủ biên, NXB. Đại học Vũ Hán, Vũ Hán, 2004, tr. 32, tiếng Hán.

⁷ S-r-kh V.M, Lý luận nhà n-ớc và pháp luật, NXB. Tin tức pháp luật, Matxcova, 2004, tr. 153, tiếng Nga.

điều chỉnh. Đối tượng của sự điều chỉnh pháp luật là các mối quan hệ xã hội trong các lĩnh vực của đời sống. Các mối quan hệ xã hội này sau khi cụ thể hoá, hay nh- giáo s- Tiêu Vĩnh Bình gọi là ý chí hoá, trở thành các quan hệ pháp luật. Sau khi quan hệ pháp luật chấm dứt thì nó lại trở thành quan hệ xã hội thông thường trong lĩnh vực nào đó nh- hình sự, dân sự hoặc hôn nhân gia đình. Rõ ràng, trước khi quan hệ pháp luật được hình thành và sau khi quan hệ pháp luật chấm dứt thì sự điều chỉnh pháp luật vẫn hoạt động và lúc đó đối tượng của điều chỉnh pháp luật là các mối quan hệ xã hội đặc thù, chứ không phải là các mối quan hệ pháp luật. Và các mối quan hệ đặc thù này sau khi trở thành quan hệ pháp luật vẫn là đối tượng của một giai đoạn trong quá trình điều chỉnh pháp luật.

Sự phân tích trên đây chỉ rõ, các mối quan hệ pháp luật trong lĩnh vực dân sự có yếu tố n-ớc ngoài mới là đối tượng điều chỉnh của t- pháp quốc tế là không chính xác mà là các quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài (trên phương diện so sánh với cách nói quan hệ pháp luật dân sự).

Câu hỏi thứ hai trong vấn đề đối tượng điều chỉnh của t- pháp quốc tế là khái niệm “*yếu tố n-ớc ngoài*”.

Thành phần biểu hiện “*yếu tố n-ớc ngoài*” là: *thứ nhất*, chủ thể của mối quan hệ thuộc về hai quốc gia; *thứ hai*, về mặt khách thể, đối tượng của mối quan hệ nằm ở n-ớc ngoài; *thứ ba*, sự kiện pháp lý – căn cứ phát sinh quyền lợi và nghĩa vụ – xảy ra ở n-ớc ngoài.

Tuy nhiên, có nhiều quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài không phải là đối tượng điều chỉnh của t- pháp quốc tế. Ví dụ: Hai thương gia Nga gặp nhau tại Hà Nội và ký hợp đồng mua bán một lô hàng tại Matxcova, thì nội dung của hợp đồng sẽ hoàn toàn được viết dựa trên luật dân sự Nga, mọi tranh chấp về sau giữa hai bên sẽ được giải quyết tại Tòa án Nga. Theo pháp luật Nga, mặc dù có yếu tố n-ớc ngoài là sự kiện pháp lý (việc ký kết hợp đồng xảy ra tại n-ớc ngoài là Hà Nội – Việt Nam) trừ phi hai thương gia trên thỏa thuận công chứng hợp đồng trên tại phòng công chứng Hà Nội là điều gần nh- không xảy ra (vì luật pháp Nga không đòi hỏi công chứng hợp đồng mua bán thông thường).

Theo ý kiến của giáo s- Nga Anuphrieva và giáo s- Khuất Quảng Thanh thì “*mặc dù trong mối quan hệ dân sự có xuất hiện yếu tố n-ớc ngoài, nh-ng nếu nó không dẫn đến việc cần thiết sử dụng luật n-ớc ngoài hoặc không liên quan đến hiệu lực của luật n-ớc ngoài, thì mối quan hệ này cũng không phải là đối tượng của t- pháp quốc tế*”⁸. Đặc điểm chủ yếu mà các mối quan hệ xã hội cần đáp ứng để trở thành đối tượng điều chỉnh của t- pháp quốc tế là mối liên hệ pháp lý giữa các mối quan hệ trên với hệ thống luật pháp của hai n-ớc trên.

Nh- vậy, các tác giả bắt đầu định nghĩa đối tượng điều chỉnh của t- pháp quốc tế từ góc độ của luật thực thể (thông qua phân thành phần và nội dung của quan hệ xã hội) nh-ng kết thúc dưới cách nhìn của luật xung đột (conflict of laws). Giải quyết sự

⁸ Giới thiệu t- pháp quốc tế, Khuất Quảng Thanh chủ biên, NXB pháp luật, Bắc Kinh, 2003, tr. 4, tiếng Hán.

không đồng bộ này đòi hỏi nhiều giấy mực và nằm ngoài phạm vi chúng ta bàn luận vì liên quan đến các học thuyết về t- pháp quốc tế.

“T- pháp quốc tế” hay là “Luật dân sự quốc tế”?

Nếu t- pháp quốc tế là bộ môn luật điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài thì tại sao không gọi là luật dân sự quốc tế?

Thứ nhất, nh- ở trên đã đề cập, việc đ-a ra khái niệm đối t-ợng t- pháp quốc tế là các mối quan hệ dân sự có yếu tố n-ớc ngoài là một sự miễn c-ỡng. Bởi vì, t- pháp quốc tế điều chỉnh các quan hệ có yếu tố n-ớc ngoài không chỉ trong lĩnh vực dân sự, mà còn trong lĩnh vực lao động, hôn nhân gia đình... Có thể lập luận rằng, “*dân sự*” hiểu theo nghĩa rộng còn bao hàm cả vấn đề lao động và hôn nhân gia đình, thế nh-ng rộng nữa cũng không bao hàm đ-ợc cả vấn đề về xung đột luật pháp, về tố tụng và trọng tài quốc tế.

Gọi là “*luật dân sự quốc tế*” không những không phản ánh đầy đủ nội dung mà còn có thể dẫn đến hiểu nhầm vấn đề. T- pháp (private law) là khái niệm rộng hơn luật dân sự, và ban đầu thuật ngữ “*t- pháp quốc tế*” đ-ợc sử dụng để phân biệt với “*công pháp quốc tế*”. Khái niệm công pháp, t- pháp đ-ợc phân chia từ thời La Mã cổ đại và đến nay, có mấy cách phân chia theo các tiêu chuẩn khác nhau nh- sau:

Một là, lấy lợi ích hay mục đích làm tiêu chuẩn. Công pháp lấy bảo hộ lợi ích công cộng, quốc gia làm mục đích.

Hai là, lấy chủ thể làm tiêu chuẩn phân chia. Công pháp điều chỉnh các mối quan hệ mà một bên hoặc cả hai bên chủ thể của chúng là quốc gia hoặc các tổ chức công cộng; t- pháp điều chỉnh các mối quan hệ mà một bên hoặc cả hai bên chủ thể của chúng là t- nhân hoặc các tổ chức t- nhân.

Ba là, lấy quyền lực và quyền lợi làm tiêu chuẩn. Công pháp điều chỉnh các mối quan hệ chiều dọc giữa các chủ thể có quyền lực và quyền lợi không ngang nhau mà có tính chất phục tùng; t- pháp điều chỉnh các mối quan hệ bình đẳng giữa các chủ thể.

Tóm lại, các vấn đề nêu trên nhằm làm sáng tỏ hơn về bản chất của T- pháp quốc tế. Hiện nay, trong bộ môn T- pháp quốc tế luôn có nhiều cuộc tranh luận và mục đích của mọi cuộc tranh luận khoa học đều là đi đến thỏa hiệp, tìm ra chân lý, cũng nh- bản thân thuật ngữ “*xung đột luật*” (conflict of law) thực ra là nói về cách thỏa hiệp tìm ra biện pháp giải quyết xung đột (va chạm) trong sự lựa chọn luật ứng dụng, chứ không phải nói về sự đấu tranh của các hệ thống luật khác nhau./.

* TS. PGS, Viện Luật tr-ờng ĐHTH Hồ Nam, Trung Quốc

KẾT HÔN VỚI NG-ỜI N-ỚC NGOÀI: nhìn từ cơ sở

NGUYỄN QUANG MINH*

Hiện nay, phụ nữ n-ớc ta lấy chồng ng-ời n-ớc ngoài ngày càng nhiều; có những cuộc hôn nhân trên cơ sở tình yêu và cũng có các cuộc hôn nhân vội vã, hoặc vì những toan tính khác, để lại nhiều hậu quả xấu cho phụ nữ. Từ thực tiễn ở tỉnh Long An, tác giả đề xuất ý kiến sửa đổi, bổ sung Nghị định số 68/2002/NĐ-CP ngày 10/7/2002 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000

Thực trạng

Sau hơn 2 năm triển khai thực hiện Nghị định 68/2002/NĐ-CP ngày 10/7/2002 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 (gọi tắt là Nghị định 68), quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố n-ớc ngoài đã có nhiều chuyển biến tích cực đáp ứng yêu cầu quản lý nhà n-ớc cũng như yêu cầu đăng ký hộ tịch phát sinh giữa công dân Việt Nam với ng-ời n-ớc ngoài.

Tuy nhiên, có nhiều tr-ờng hợp công dân Việt Nam, đặc biệt là phụ nữ kết hôn với ng-ời n-ớc ngoài (phần lớn từ Đài Loan) không nhằm mục đích xây dựng gia đình hạnh phúc mà có biểu hiện mua bán phụ nữ.

Riêng ở tỉnh Long An, theo báo cáo của Sở T- pháp, từ đầu năm 2004 đến nay, trong toàn tỉnh số l-ợng ng-ời kết hôn với ng-ời n-ớc ngoài t-ơng đối cao với 315 tr-ờng hợp, trong đó có 203 ngoại kiều và 112 Việt kiều. Tính theo quốc tịch ng-ời chồng, có 170 tr-ờng hợp là ng-ời Đài Loan chiếm gần 84%, 22 tr-ờng

hợp là ng-ời Hàn Quốc, còn lại thuộc một số quốc tịch khác nh- Nhật, Canada, Mỹ, Pháp.... Thực trạng kết hôn và sau hôn nhân của phụ nữ địa ph-ơng cũng phần nhiều nằm trong các tr-ờng hợp nh- phản ánh của báo chí và trong báo cáo của Bộ T- pháp.

Một số phụ nữ rơi vào hoàn cảnh bất hạnh, bị hành hạ, ng-ợc đãi, xâm phạm tình dục... không đ-ợc bảo hộ kịp thời nên phải chịu nhiều thiệt thòi về quyền lợi, thậm chí mất cả mạng sống¹. Xu h-ớng này đang đe dọa, có nguy cơ làm băng hoại những giá trị truyền thống, phong tục, tập quán tốt đẹp của dân tộc ta, đặc biệt là gây bất ổn đối với hoạt động quản lý nhà n-ớc và bảo hộ công dân².

Nguyên nhân

Phần lớn cô dâu Việt Nam tr-ớc khi theo chồng ra n-ớc ngoài sinh sống ch-a đ-ợc t- vấn để có những hiểu biết cần thiết về văn hoá, phong tục tập quán, truyền thống nơi mà mình sẽ đến sống. Họ cũng không biết bất kỳ ngoại ngữ nào khác để làm công cụ, ph-ơng tiện

¹ Cô dâu kết hôn với ng-ời n-ớc ngoài cần có t- vấn, xem <http://www.vnn.vn> ngày 15/11/2002.

² Xem <http://www.vnn.vn> ngày 08/6/2003, ngày 17/7/2003, ngày 03/9/2003, ngày 15/08/2004 mục Các vấn đề xã hội.

giao tiếp nên gặp nhiều khó khăn trong việc hoà nhập với cộng đồng và ổn định cuộc sống ở n-ớc ngoài. Những cuộc hôn nhân đó là hậu quả của sự vội vã, thiếu suy nghĩ chín chắn của cô dâu hoặc ng-ời thân, đôi khi, đơn thuần chỉ vì lý do kinh tế. Nguyên tắc tự nguyện trong hôn nhân bị vi phạm nghiêm trọng bởi do ng-ời khác xúi giục, dụ dỗ, lừa đảo, c-ờng ép; trong số đó có cả những ng-ời thân, gia đình, bè bạn của cô dâu.

Kiến nghị

Nhằm tăng c-ờng quản lý nhà n-ớc trong lĩnh vực đăng ký kết hôn có yếu tố n-ớc ngoài ở địa ph-ơng, với mục đích h-ớng các quan hệ hôn nhân có yếu tố n-ớc ngoài ngày càng phù hợp với nguyên tắc cơ bản của chế độ hôn nhân gia đình Việt Nam; đồng thời, nâng cao vai trò, trách nhiệm của cán bộ, công chức trong quá trình giải quyết các quan hệ hôn nhân có yếu tố n-ớc ngoài, chúng tôi tập trung tìm hiểu một số quy định về hồ sơ, thủ tục xin đăng ký kết hôn có yếu tố n-ớc ngoài còn bất cập cần sửa đổi, bổ sung để từng b-ớc hoàn thiện pháp luật về kết hôn có yếu tố n-ớc ngoài.

Một là, ngoài các giấy tờ quy định về hồ sơ đăng ký kết hôn tại Điều 13 của Nghị định 68 nên có quy định chứng chỉ về ngôn ngữ, trình độ tiếng Việt đối với ng-ời n-ớc ngoài, hoặc chứng chỉ về trình độ ngoại ngữ của n-ớc mà ng-ời n-ớc ngoài là công dân đối với công dân Việt Nam; hoặc trong tr-ờng hợp cả hai bên nam, nữ không có khả năng sử dụng ngôn ngữ gốc của một trong hai bên, thì cần có chứng chỉ về một ngoại ngữ chung khác. Chứng chỉ về năng lực ngoại ngữ phải do Bộ Giáo dục và Đào tạo cấp thuộc hệ thống văn bằng, chứng chỉ quốc gia để tránh nạn bằng giả hoặc mua bằng; nếu là chứng chỉ do cơ sở đào tạo n-ớc ngoài cấp thì phải đ-ợc Bộ Giáo dục và Đào tạo công nhận.

Hai là, thủ tục nộp, nhận hồ sơ quy định tại Điều 14, Nghị định 68 nên sửa đổi theo h-ớng:

khi nộp hồ sơ đăng ký kết hôn, hai bên nam, nữ đều phải có mặt tại cơ quan có thẩm quyền đăng ký kết hôn (Sở T- pháp hoặc cơ quan Ngoại giao, Lãnh sự Việt Nam). Trên thực tế, việc cho phép uỷ quyền nộp hồ sơ đăng ký kết hôn đã bị các đối t-ợng môi giới hôn nhân lợi dụng để trục lợi.

Ba là, nên sửa đổi bổ sung trình tự giải quyết việc đăng ký kết hôn theo Điều 16 nh- sau:

- Trong khâu niêm yết việc kết hôn, bổ sung quy định “*Hết thời hạn niêm yết tại cấp xã, UBND cấp xã phải gửi văn bản báo cáo ngay cho Sở T- pháp*” chứ không đợi khi có khiếu nại, tố cáo mới gửi văn bản báo cáo đến Sở T- pháp nh- quy định tại Nghị định 68. Hiện nay, nhiều UBND cấp xã chỉ thông báo Sở T- pháp khi có khiếu nại, tố cáo, trong tr-ờng hợp không có khiếu nại, tố cáo thì không có thông tin phản hồi cho Sở T- pháp, làm ảnh h-ởng đến thời gian giải quyết đăng ký kết hôn cho đ-ợng sự.

- Việc tổ chức phỏng vấn phải đ-ợc coi là một khâu bắt buộc trong quá trình giải quyết đăng ký kết hôn để hạn chế các tr-ờng hợp kết hôn không tuân theo nguyên tắc của Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam. Nên quy định việc phỏng vấn phải đ-ợc lập thành biên bản, kết thúc phỏng vấn cán bộ phỏng vấn phải ghi rõ kết luận và chịu trách nhiệm về kết luận của mình.

Bốn là, cần bổ sung vào Điều 18 căn cứ từ chối đăng ký kết hôn “*không phù hợp với thuần phong, mỹ tục của dân tộc*” nhằm ngăn ngừa tr-ờng hợp kết hôn tuy không vi phạm các điều kiện kết hôn theo quy định của Luật Hôn nhân gia đình nh-ng việc xác lập quan hệ hôn nhân đó lại không phù hợp với thuần phong, mỹ tục dân tộc nh- chênh lệch tuổi giữa ng-ời nam và nữ quá cao v.v.../.

*Văn phòng UBND tỉnh Long An