ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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

Số 18 (346)
Kỳ 2 - Tháng 9/2017

- TIẾP TỤC XÂY DỰNG VÀ HOÀN THIỆN CƠ CHẾ KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC THEO HIẾN PHÁP NĂM 2013
- BẢO ĐẢM CƠ HỘI TIẾP CẬN QUYỀN CHO TRẺ EM LANG THANG
- HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ QUYỀN CỦA NGƯỜI SỬ DỤNG DỊCH VỤ KHÁM, CHỮA BỆNH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 18/2017

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

3 Tiếp tục xây dựng và hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước theo Hiến pháp năm 2013

GS, TS. Trần Ngọc Đường

9 Áp dụng nguyên tắc có đi có lại trong công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của nước ngoài

TS. Bành Quốc Tuấn

14 Bảo đảm cơ hội tiếp cận quyền cho trẻ em lang thang

TS. Lê Thị Nga

22 Nâng cao hiệu quả xét xử sơ thẩm vụ án hành chính

ThS. Nguyễn Thị Hà

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

31 Thỏa thuận bán kèm trong hợp đồng chuyển quyền sử dụng quyền sở hữu trí tuệ dưới góc nhìn pháp luật cạnh tranh

ThS. Bùi Thị Hằng Nga

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

40 Bảo đảm sự tham gia của người dân vào quá trình ban hành quyết định hành chính

ThS. Trần Hà Thu

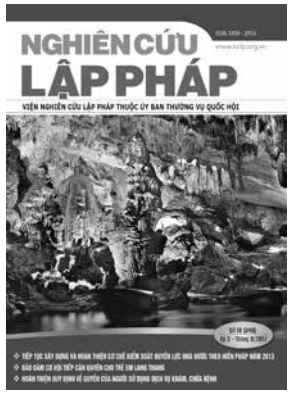
45 Hoàn thiện quy định về quyền của người sử dụng dịch vụ khám, chữa bệnh

ThS. Đinh Thị Thanh Nga

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

53 Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra - dưới góc nhìn so sánh

ThS. Vũ Thị Lan Hương



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:
TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU
PGS,TS. NGUYỄN THANH HẢI
PGS,TS. ĐINH VĂN NHÃ
PGS,TS. LÊ BỘ LĨNH
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT
PGS,TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. NGUYỄN VĂN HIỀN
PGS,TS. NGÔ HUY CƯƠNG
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

TRỤ SỞ:
27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 0243.2121204/0432121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:
BÙI HUYỀN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:
Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO
HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:
0991000023097
VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM
(VIETCOMBANK), CHI NHÁNH TÂY HỒ

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

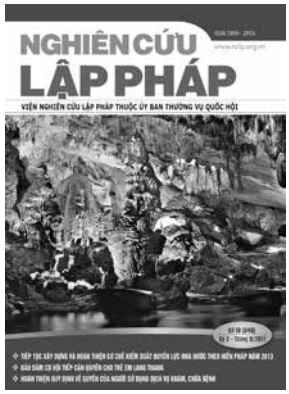
Ảnh bìa: *Thạch nhũ*

Ảnh: *Sưu tầm*

LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

INSTITURE FOR LEGISLATIVE STUDIES UNDER UNDER THE STANDING COMMITTEE OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE S.R. VIETNAM



Legis No 18/2017

STATE AND LAW

3 Development and Improvements of Mechanism for State Power Control under the Constitution of 2013

Prof. Dr., Tran Ngoc Duong

9 Applicability of Reciprocity Principle in Acceptance and Enforcement in Vietnam against the Foreign Civil Judgments and Decisions

Dr. Banh Quoc Tuan

14 Ensurance for Taking Use of the Rights for Street Children

Dr. Le Thi Nga

22 Improvements of Effectiveness of the First Instance Trial of the Administrative Cases

LLM. Nguyen Thi Ha

DISCUSSION OF BILLS

31 Terms of Sales as Included in Contract for Transfer of Use Rights to Intellectual Property Rights under the Competition Law

LLM. Bui Thi Hang Nga

LEGAL PRACTICE

40 Ensurance for the Citizen Participation in Process of Administrative Decisions Promulgation

LLM. Tran Ha Thu

45 Improvments of Regulations on the Rights of Users of Medical Examination and Treatment Services

LLM. Dinh Thi Thanh Nga

FOREIGN EXPERIENCE

53 Compensation Liability for Damages Caused by Houses and Construction Works under Comparative Viewpoints

LLM. Vu Thi Lan Huong

EDITORIAL BOARD:

Dr. NGUYEN DINH QUYEN (Chairman)
Dr. NGUYEN VAN GIAU
Prof, Dr. NGUYEN THANH HAI
Prof, Dr. DINH VAN NHA
Prof, Dr. LE BO LINH
Dr. NGUYEN VAN LUAT
Prof, Dr. HOANG VAN TU
Dr. NGUYEN VAN HIEN
Prof, Dr. NGO HUY CUONG
Dr. NGUYEN HOANG THANH

CHEF EDITOR IN CHARGE:
TS. NGUYEN HOANG THANH

OFFICE:
27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 0243.2121204/0432121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:
BUI HUYEN

LICENSE OF PUBLISHMENT:
Nº 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION
HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:
0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19.500 VND

TIẾP TỤC XÂY DỰNG VÀ HOÀN THIỆN CƠ CHẾ KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC THEO HIẾN PHÁP NĂM 2013

Trần Ngọc Đường*
* GS, TS, Nguyên Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: kiểm soát quyền lực nhà nước, Hiến pháp năm 2013.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 01/08/2017
Biên tập: 21/08/2017
Duyệt bài: 26/08/2017

Tóm tắt:

Bài viết đưa ra một số đánh giá và đề xuất giải pháp hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước theo Hiến pháp năm 2013 trên các phương diện cơ bản: thể chế hóa cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước; tiếp tục xây dựng và hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước bên trong tổ chức quyền lực nhà nước; xây dựng cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước độc lập do luật định.

Article Infomation:

Keywords: state power control, Constitution of 2013

Article History:

Received: 01 Aug. 2017
Edited: 21 Aug. 2017
Appproved: 26 Aug. 2017

Abstract:

The article provies assessments of and also recommendations for improvements of the mechanism for the state power control under the Constitution of 2013 on the substantial aspects: institutionalization of the people's control mechanism over state power; continuation of development and improvements of the control mechanism of the state power inside the state entities; establishment of an independent control mechanism for state power under legal provisions.

Để kiểm soát quyền lực nhà nước với tư cách là một nguyên tắc hiến định về tổ chức và hoạt động của quyền lực nhà nước trong nhà nước pháp quyền XHCN, Hiến pháp năm 2013 đã đặt nền móng cho việc xây dựng và hoàn thiện ba cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước sau đây:

Một là, cơ chế Nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước. Đây là cơ chế do những cá nhân và tổ chức không phải là Nhà nước tiến hành kiểm soát quyền lực nhà nước. Hay còn gọi là cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước do những chủ thể bên ngoài Nhà nước tiến hành. Để hình thành và xây dựng cơ chế này, luật phải thể chế các điều quy định sau đây của Hiến pháp:

- Điều 6: "Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước bằng dân chủ trực tiếp".

- Điều 9: "Mặt trận Tổ quốc Việt Nam

thực hiện… giám sát phản biện xã hội, tham gia xây dựng Đảng, Nhà nước"

- Điều 10: "Công đoàn Việt Nam… tham gia kiểm tra, thanh tra, giám sát hoạt động của cơ quan nhà nước, tổ chức, đơn vị, doanh nghiệp về những vấn đề liên quan đến quyền, nghĩa vụ của người lao động….".

- Các quyền dân chủ trực tiếp quy định ở Chương II: quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân như quyền bầu cử và bãi nhiệm; quyền tham gia quản lý nhà nước, quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí…

Hai là, cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước giữa các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Đây là cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước bên trong nội bộ Nhà nước do những chủ thể là Nhà nước kiểm soát lẫn nhau. Để hình thành và xây dựng cơ chế này đòi hỏi luật phải thể chế nguyên tắc "quyền lực nhà nước là thống nhất có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp" (khoản 3 Điều 2 Hiến pháp năm 2013).

Ba là, kiểm soát quyền lực nhà nước do luật định. Cơ chế này đòi hỏi luật phải thể chế khoản 2 Điều 119 Hiến pháp năm 2013 "Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ, Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân có trách nhiệm bảo vệ Hiến pháp. Cơ chế bảo vệ Hiến pháp do Luật định".

Việc thể chế các cơ chế nói trên trong các đạo luật ban hành sau Hiến pháp năm 2013 có hiệu lực đến nay như thế nào? Chúng tôi xin có một số nhận xét đánh giá và đề xuất giải pháp hoàn thiện sau đây:

1. Về thể chế hóa cơ chế Nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước

Để hình thành cơ chế này, Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam (MTTQVN) năm 2015 đã thể chế hóa Điều 6 Hiến pháp về giám sát và phản biện xã hội thành hai chương, Chương V: Hoạt động giám sát và Chương VI: Hoạt động phản biện. Luật MTTQVN năm 2015 đã có các quy định về mục đích, đối tượng, nội dung, phạm vi, hình thức giám sát; quyền và trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, cá nhân được giám sát; quyền và trách nhiệm của Ủy ban MTTQVN trong việc bãi nhiệm đối với đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân (HĐND); lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm đối với người giữ chức vụ do Quốc hội, HĐND bầu hoặc phê chuẩn. Đối với phản biện xã hội, Luật MTTQVN năm 2015 cũng đã chỉ ra đối tượng, nội dung, phạm vi phản biện xã hội, các hình thức phản biện và quyền, trách nhiệm của MTTQVN trong hoạt động phản biện xã hội cũng như quyền và trách nhiệm của cơ quan, tổ chức chủ trì soạn thảo dự thảo văn bản được phản biện.

Theo bộ tiêu chí đánh giá về sự phù hợp Hiến pháp thì Luật MTTQVN đã quy định khá rõ ràng minh bạch, thẩm quyền, quy trình thủ tục của Mặt trậtn các cấp trong giám sát và phản biện xã hội. Tuy nhiên, Luật MTTQVN mới chỉ quy định chủ thể giám sát, phản biện là tổ chức (Mặt trận các cấp) mà chưa có giám sát, phản biện của cá nhân, nhất là những "cá nhân tiêu biểu trong các giai cấp, tầng lớp xã hội, dân tộc, tôn giáo,…" là một chủ thể cấu thành MTTQVN" (khoản 1 Điều 9 Hiến pháp năm 2013).

Ngoài Luật MTTQVN, các đạo luật thể chế hóa về quyền dân chủ trực tiếp như

Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND, Luật Khiếu nại tố cáo, Luật Báo chí,… đều chưa thể chế các quyền dân chủ trực tiếp của công dân như là một phương tiện để kiểm soát quyền lực nhà nước. Ngoài ra, còn một số quyền dân chủ trực tiếp Hiến định của công dân chưa được thể chế hóa thành luật như: "Công dân có quyền tham gia quản lý Nhà nước và xã hội, tham gia thảo luận và kiến nghị với cơ quan nhà nước… (Điều 28 Hiến pháp năm 2013); cử tri có quyền bãi nhiệm đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND khi không còn xứng đáng với sự tín nhiệm của nhân dân (Điều 7 Hiến pháp năm 2013),…".

Từ thực trạng nói trên, có thể nói cho đến nay ở nước ta, cơ chế Nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước chưa được xây dựng đầy đủ, có hiệu lực và hiệu quả, Nhân dân tham gia kiểm soát quyền lực nhà nước còn rất hạn chế. Hiến pháp năm 2013 đã có hiệu lực gần 4 năm, nhưng những cơ sở Hiến định cho việc xây dựng và hoàn thiện cơ chế Nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước chưa được khẩn trương thể chế hóa. Vì thế, xin đề xuất một số giải pháp hoàn thiện sau đây:

Một là, xây dựng một đạo luật về tổ chức và hoạt động giám sát và phản biện nhà nước của Nhân dân. Dự án luật này được xây dựng trên cơ sở các quy định của Hiến pháp năm 2013, Điều 6 về "Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước bằng dân chủ trực tiếp"; Điều 9 về MTTQVN; Điều 10 về Công đoàn Việt Nam; Điều 28 về quyền tham gia quản lý nhà nước của công dân;… Nội dung của dự án luật này phải quy định đầy đủ quyền và trách nhiệm của công dân, của các tổ chức dân sự của công dân trong giám sát và phản biện xã hội, đặc biệt là các phương thức thực hiện quyền giám sát, phản biện, các quy định về trình tự, thủ tục thực hiện quyền giám sát, phản biện một cách dân chủ, thuận tiện. Đồng thời, quy định trách nhiệm của các cơ quan nhà nước trong việc tạo điều kiện cho công dân và các tổ chức chính trị, xã hội, nghề nghiệp của công dân thực hiện quyền. Trong điều kiện hệ thống chính trị một Đảng cầm quyền như nước ta, không hình thành được một cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước của công dân và các tổ chức đại diện của công dân tham gia giám sát và phản biện một cách thực chất thì khó mà tránh khỏi tình trạng tha hóa quyền lực nhà nước ngày càng trầm trọng.

Hai là, phát huy mạnh mẽ vai trò của các phương tiện thông tin đại chúng trong việc kiểm soát quyền lực nhà nước. Nhân việc đang tiến hành sửa đổi Luật Phòng chống tham nhũng năm 2005, cần có quy định pháp lý mở rộng, khuyến khích, khen thưởng tạo môi trường pháp lý, dân chủ, không có vùng cấm trong việc báo chí đấu tranh chống tiêu cực, tham nhũng của bất kỳ cá nhân, tổ chức nào trong hệ thống chính trị nước ta, nhất là các quan chức cao cấp trong bộ máy nhà nước.

Ba là, quy định trách nhiệm giải trình của các quan chức đứng đầu tổ chức Đảng, đứng đầu HĐND và Ủy ban nhân dân (UBND), chính quyền cấp xã, phường trước cử tri của các tổ dân phố để nghe dân nói, dân phản ảnh những biểu hiện tiêu cực ngay tại nơi sinh sống của mình.

2. Tiếp tục xây dựng và hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước bên trong tổ chức quyền lực nhà nước

Nói đến kiểm soát quyền lực nhà nước thì điều quan trọng trước tiên là tổ chức

bộ máy nhà nước phải được phân công, phân nhiệm một cách đúng đắn, mạch lạc giữa ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Có phân công, phân nhiệm mới có cơ sở để kiểm soát quyền lực nhà nước. Nhân dân là chủ thể của quyền lập hiến, thì Nhân dân là chủ thể phân công quyền lực nhà nước mà không phải Quốc hội là chủ thể phân công quyền lực nhà nước như trước đây. Theo nhận thức đó, Hiến pháp năm 2013 đã có một bước tiến mới trong việc phân công quyền lực nhà nước.

Lần đầu tiên trong lịch sử lập hiến nước ta, Hiến pháp năm 2013 đã quy định Quốc hội là cơ quan thực hiện quyền lập pháp, Chính phủ là cơ quan thực hiện quyền hành pháp và Tòa án nhân dân là cơ quan thực hiện quyền tư pháp. Việc thừa nhận các cơ quan khác nhau thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp là một đổi mới quan trọng so với mô hình tập quyền XHCN trước đây. Nó tạo điều kiện để quy định nhiệm vụ, quyền hạn một cách đúng đắn, mạch lạc giữa các cơ quan Quốc hội, Chính phủ và Tòa án nhân dân trong việc thực hiện quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Đây chính là cơ sở để kiểm soát quyền lực nhà nước và nhân dân có căn cứ để nhận xét, đánh giá hiệu lực và hiệu quả thực hiện quyền lực nhà nước của mỗi quyền. Đồng thời khắc phục được sự trùng lắp, dựa dẫm, ỷ lại hoặc không rõ trách nhiệm trong tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước của mô hình tập quyền XHCN trước đây và xây dựng cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước bên trong bộ máy nhà nước. Tuy nhiên, các luật về tổ chức bộ máy nhà nước chưa chế định rõ, đồng bộ và hiệu quả cơ chế phân công phối hợp và kiểm soát quyền lực nhà nước giữa các quyền và giữa các cấp. Tổ chức bộ máy nhà nước và cơ chế hoạt động của các thiết chế cơ bản trong bộ máy pháp quyền XHCN như Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ, hệ thống tư pháp còn những điểm chưa thực sự hợp lý, hiệu lực, hiệu quả. Theo các đạo luật về tổ chức bộ máy nhà nước hiện hành thì chủ yếu là quyền lập pháp kiểm soát quyền hành pháp bằng phương thức giám sát tối cao của Quốc hội. Đây là phương thức kiểm soát quyền lực nhà nước mang tính chất chính trị - pháp lý ở tầm vĩ mô. Trong lúc đó, kiểm soát quyền lực nhà nước còn cần phải tiến hành cả trên các hoạt động vi mô với các vụ việc cụ thể. Vì vậy, cần tiếp tục xây dựng và hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước giữa các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp (tức là cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước bên trong bộ máy nhà nước), đảm bảo các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp đều được kiểm soát. Để làm điều đó, cần tiến hành các giải pháp sau:

Một là, trước khi các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp kiểm soát lẫn nhau thì việc kiểm soát quyền lực nhà nước trong bản thân mỗi quyền là hết sức quan trọng. Bởi không kiểm soát được mình thì đừng nói kiểm soát người khác. Các luật tổ chức (như: Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Tổ chức Chính phủ, Luật Tổ chức Tòa án nhân dân, Luật Tổ chức Viện Kiểm sát nhân dân, Luật Tổ chức chính quyền địa phương) ban hành sau Hiến pháp năm 2013 chưa có quy định kiểm soát quyền lực nhà nước do bản thân tổ chức mình thực hiện. Trong tổ chức và hoạt động lập pháp của Quốc hội cũng cần phải có thiết chế kiểm soát quyền lực nhà nước, nhất là kiểm soát hoạt động lập pháp và kiểm soát việc sử dụng ngân sách do chính Quốc hội quyết định cho mình. Hiện nay, tổ chức và hoạt động của Quốc hội chưa có một thiết chế

nào kiểm soát. Thiết chế Thanh tra Chính phủ chưa phải là một thiết chế kiểm soát quyền lực nhà nước trong nội bộ cơ quan hành pháp theo đúng nghĩa, mà mới là một thiết chế nặng về phục vụ quản lý nhà nước. Vì vậy, phải có một thiết chế để giúp Thủ tướng kiểm soát quyền lực nhà nước trong nội bộ cơ quan thực hiện quyền hành pháp. Trong hoạt động xét xử thực hiện quyền tư pháp cũng chưa có cơ chế kiểm soát hoạt động giữa các cấp một cách hiệu quả. Chính vì thế, cần phải xây dựng cơ chế kiểm soát quyền lực trong bản thân mỗi nhánh quyền lực để tự mình kiểm soát bản thân mình trước khi kiểm soát nhánh quyền lực khác.

Hai là, theo chúng tôi, do đặc thù của hệ thống chính trị nước ta, kiểm soát quyền lực nhà nước của HĐND đối với UBND cùng cấp trong việc tuân thủ pháp luật bằng việc thực hiện quyền giám sát như quy định của Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 là không phù hợp, kém hiệu lực và hiệu quả. HĐND chỉ giám sát UBND cùng cấp trong việc tổ chức và thực hiện Nghị quyết của mình mà không giám sát được việc thực hiện pháp luật bởi HĐND và UBND cùng cấp theo Hiến pháp năm 2013 là một thiết chế thống nhất, là chính quyền địa phương của cấp đó. Vì thế, cần phải tăng cường giám sát và thanh tra của HĐND và UBND cấp trên đối với UBND cấp dưới. Đồng thời, tăng cường thanh tra của Chính phủ đối với HĐND và UBND cấp tỉnh. Không nên nhấn mạnh vai trò giám sát của HĐND đối với UBND cùng cấp trong việc kiểm soát quyền lực nhà nước.

Ba là, tăng cường kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước của các Bộ, cơ quan ngang Bộ bằng hoạt động giám sát tối cao của Quốc hội và giám sát của Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội, trong đó tập trung giám sát hiệu quả của việc sử dụng ngân sách nhà nước hàng năm được Quốc hội phân cho các Bộ là một nội dung giám sát quan trọng hàng đầu. Theo kinh nghiệm của các nước, khi nói đến kiểm soát quyền hành pháp thì trước hết và chủ yếu là kiểm soát hiệu quả của việc sử dụng ngân sách nhà nước được giao. Ở nước ta, giám sát tối cao của Quốc hội và giám sát của các cơ quan của Quốc hội, luật quy định quá rộng, bao gồm cả giám sát văn bản quy phạm pháp luật, trong lúc đó lại không coi trọng giám sát hiệu quả của việc sử dụng ngân sách. Tình trạng tham nhũng, lãng phí, tiêu cực, lộng quyền, lạm quyền đều bắt nguồn từ việc sử dụng ngân sách nhà nước không được kiểm soát chặt chẽ.

- *Bốn là*, cần coi trọng kiểm soát việc thực hiện quyền hành pháp trong tổ chức và hoạt động của lập pháp và tư pháp. Bởi trong tổ chức và hoạt động của quyền lập pháp và quyền tư pháp đều có hoạt động hành chính nhà nước. Tuy nhiên, Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 không thể chế quyền kiểm soát của Chính phủ với tư cách là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất đối với hoạt động mang tính chất hành chính nhà nước như: tổ chức bộ máy hành chính, biên chế công chức, công vụ, mua sắm công sở,… trong các hoạt động lập pháp và tư pháp. Khi nói đến kiểm soát quyền lực nhà nước của hành pháp đối với lập pháp và tư pháp thì đối tượng kiểm soát là các hoạt động mang tính hành chính nhà nước trong các nhánh quyền lực này.

3. Xây dựng cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước độc lập do luật định

Hiến pháp năm 2013 đã tạo lập cơ sở hiến định để hình thành cơ chế bảo vệ Hiến

pháp do luật định (Điều 119). Đồng thời, Hiến pháp giao cho "Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ, Tòa án nhân dân, Viện Kiểm sát nhân dân, các cơ quan khác của Nhà nước có trách nhiệm bảo vệ Hiến pháp". Như vậy, Hiến pháp năm 2013 tuy chưa hình thành cơ chế bảo vệ Hiến pháp chuyên trách, nhưng với quy định của Điều 119 đã tạo cơ sở hiến định để xây dựng một cơ chế bảo vệ Hiến pháp do luật định. Theo đó, cần tiếp tục nghiên cứu xây dựng cơ chế bảo vệ Hiến pháp này để kịp thời thể chế hóa nguyên tắc kiểm soát quyền lực nhà nước trong thời gian tới.

Kiểm soát quyền lực nhà nước ở nước ta là một vấn đề mới. Do đó, xây dựng cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước, một mặt phải đảm bảo phòng chống sự lạm dụng quyền lực nhà nước có hiệu lực và hiệu quả, nhưng mặt khác lại phải đảm bảo không vì kiểm soát quyền lực nhà nước mà làm mất đi tính năng động, sáng tạo, mềm dẻo cần phải có để tiến hành các công việc nhà nước. Vì thế, vấn đề cơ bản của kiểm soát quyền lực nhà nước là làm cho bộ máy nhà nước vừa có khả năng kiểm soát được xã hội, lại vừa không kém phần quan trọng là buộc Nhà nước phải tự kiểm soát được chính mình. Theo đó, cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước phải là một tổng thể bao gồm cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước từ bên ngoài do các chủ thể không phải là Nhà nước thực hiện; cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước bên trong do các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp tự kiểm soát mình và kiểm soát lẫn nhau. Đồng thời, phải có cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước một cách độc lập do luật quy định. Theo đó, chúng tôi đề nghị xây dựng cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước một cách độc lập do luật định được Hiến pháp quy định theo một trong hai phương án sau đây:

- *Phương án 1:* Xây dựng thiết chế Thanh tra thuộc Quốc hội, thực hiện chức năng kiểm soát tổ chức và hoạt động của các Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, chính quyền địa phương và các Tập đoàn kinh tế nhà nước. Đây là chức năng vốn đã có ở nước ta, nhưng lần sửa đổi Hiến pháp năm 1992 vào năm 2001 đã bỏ đi. Nay cần phải khôi phục lại bằng một cơ quan độc lập do một đạo luật quy định (không thể khôi phục lại chức năng này trong Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân năm 2014 được vì Hiến pháp năm 2013 đã quy định Viện kiểm sát nhân dân thực hiện chức năng công tố và kiểm sát hoạt động tư pháp). Nếu chức năng này không bị bỏ đi vào năm 2001 thì có lẽ các tiêu cực, tham nhũng trong các Bộ, các Tập đoàn kinh tế nhà nước, các chính quyền địa phương như: Bộ Công thương, Vinasin, Vinalines, Yên Bái, Bình Định, Phú Yên… như thời gian qua đã không xảy ra.

- *Phương án 2:* Cải tổ lại bộ máy Thanh tra Chính phủ. Chính phủ cần có bộ máy thanh tra riêng của mình với tư cách là cơ quan giúp Thủ tướng thực hiện chức năng quản lý nhà nước và kiểm soát quyền lực nhà nước trong nội bộ quyền hành pháp. Cơ quan này thuộc Thủ tướng, bộ máy gọn nhẹ. Còn phần lớn Thanh tra Chính phủ hiện nay chuyển thành cơ quan Thanh tra thuộc Quốc hội thực hiện chức năng kiểm soát tổ chức và hoạt động của các Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, chính quyền địa phương và các Tập đoàn kinh tế nhà nước. Cơ quan này độc lập với Chính phủ, chịu trách nhiệm và báo cáo công tác trước Quốc hội, chịu sự giám sát của Quốc hội ■

ÁP DỤNG NGUYÊN TẮC CÓ ĐI CÓ LẠI TRONG CÔNG NHẬN VÀ CHO THI HÀNH TẠI VIỆT NAM BẢN ÁN, QUYẾT ĐỊNH DÂN SỰ CỦA NƯỚC NGOÀI

Bành Quốc Tuấn*
* TS, Khoa Luật, Trường Đại học Công nghệ TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tư pháp quốc tế Việt Nam, nguyên tắc có đi có lại, công nhận và cho thi hành bản án, quyết định dân sự.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 30/07/2017
Biên tập: 07/09/2017
Duyệt bài: 11/09/2017

Tóm tắt:

Nguyên tắc có đi có lại trong công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của nước ngoài được ghi nhận tại Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 (sửa đổi năm 2011) và tiếp tục được kế thừa trong Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015. Tuy nhiên, để áp dụng nguyên tắc này vào thực tiễn, có nhiều vấn đề cần được tiếp tục nghiên cứu làm rõ. Bài viết phân tích quy định của pháp luật hiện hành về nguyên tắc có đi có lại trong lĩnh vực tư pháp quốc tế và nêu những vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu để áp dụng nguyên tắc có đi có lại vào thực tiễn.

Article Infomation:

Keywords: Vietnamese International Private Law, reciprocity principle, acceptance and enforcement of judgments, civil decision.

Article History:

Received: 30 Jul. 2017
Edited: 07 Sep. 2017
Appproved: 11 Sep. 2017

Abstract:

The reciprocity principle in the acceptance and enforcement of foreign civil judgments and decisions in Vietnam is defined in the Civil Procedure Code of 2004 (amended in 2011) and be inheritedly defined in the Civil Procedure Code of 2015. However, in order to apply this principle in practice, several issues need to be further clarified. This article provides analysis the current legislations on the principle of reciprocity in the international justice sector and discussions of the issues that need further reviewing to be applied in the principle of reciprocity into practice.

1. Quy định của pháp luật hiện hành về nguyên tắc có đi có lại trong lĩnh vực tư pháp quốc tế

Là một trong hai nguyên tắc cơ bản được quy định trong tư pháp quốc tế (TPQT)[1], nguyên tắc có đi có lại được quy

1 Nguyên tắc còn lại là nguyên tắc có đi

định trong nhiều văn bản pháp luật điều chỉnh các quan hệ trong lĩnh vực TPQT của Việt Nam. Cụ thể, Điều 4 Luật Tương trợ tư pháp năm 2007 quy định nguyên tắc có điều ước quốc tế (ĐƯQT) và nguyên tắc có đi có lại trong hoạt động tương trợ tư pháp. Nguyên tắc này được quy định cụ thể tại Điều 2 Nghị định số 92/2008/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/8/2008 "Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Tương trợ tư pháp". Điều 465 Bộ luật Tố tụng dân sự (TTDS) năm 2015 quy định việc áp dụng nguyên tắc có ĐƯQT và nguyên tắc có đi có lại trong xác định quyền, nghĩa vụ tố tụng của người nước ngoài, cơ quan, tổ chức nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài và tổ chức quốc tế, cơ quan đại diện của tổ chức quốc tế tại Việt Nam, Nhà nước nước ngoài. Trong hoạt động công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của nước ngoài, nguyên tắc có đi có lại được ghi nhận tại điểm a và điểm b khoản 1 Điều 423 Bộ luật TTDS năm 2015. Như vậy, có đi có lại là một nguyên tắc quan trọng của TPQT của Việt Nam.

Khoản 1 Điều 66 Luật Tương trợ tư pháp năm 2007 quy định: Bộ Ngoại giao có trách nhiệm chủ trì phối hợp với các bộ, ngành có liên quan xem xét, quyết định áp dụng nguyên tắc có đi có lại trong quan hệ tương trợ tư pháp với nước hữu quan và định kỳ thông báo với Bộ Tư pháp tình hình áp dụng nguyên tắc có đi có lại trong quan hệ tương trợ tư pháp với nước hữu quan. Điều 7 Nghị định số 92/2008/NĐ-CP cũng không quy định chi tiết thêm vấn đề này. Các vấn đề cụ thể liên quan đến việc áp dụng nguyên tắc có đi có lại chỉ được quy định tương đối chi tiết tại Thông tư liên tịch số 15/2011/TTLT-BTP-BNG-TANDTC ngày 15/9/2011 của Bộ Tư pháp, Bộ Ngoại giao và Toà án nhân dân tối cao về "Hướng dẫn áp dụng một số quy định về tương trợ tư pháp trong lĩnh vực dân sự của Luật Tương trợ tư pháp" (sau đây gọi là Thông tư số 15). Theo các quy định của Thông tư số 15, cơ chế áp dụng nguyên tắc có đi có lại trong hoạt động tương trợ tư pháp như sau:

- *Về cơ quan có thẩm quyền quyết định áp dụng nguyên tắc có đi có lại:* Thông tư số 15 quy định hai trường hợp: Áp dụng nguyên tắc có đi có lại theo đề nghị của cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam và áp dụng nguyên tắc có đi có lại theo đề nghị của cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài.

Thứ nhất, áp dụng nguyên tắc có đi có lại theo đề nghị của cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam (thường là Toà án đang giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài). Khoản 1 Điều 4 Thông tư số 15 quy định: Đối với những nước mà giữa Việt Nam và nước đó chưa có thỏa thuận hoặc chưa có tiền lệ về việc áp dụng nguyên tắc có đi có lại thì Tòa án của Việt Nam yêu cầu cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài tương trợ tư pháp về dân sự cần có công văn gửi Bộ Tư pháp đề nghị áp dụng nguyên tắc có đi có lại kèm theo hồ sơ ủy thác tư pháp về dân sự. Bộ Tư pháp gửi hồ sơ đề nghị Bộ Ngoại giao xem xét, quyết định. Nếu cần thiết, Bộ Ngoại giao phải lấy ý kiến của Bộ Tư pháp và Tòa án nhân dân tối cao về việc áp dụng nguyên tắc có đi có lại.

Thứ hai, áp dụng nguyên tắc có đi có lại theo đề nghị của cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài (Bộ Ngoại giao là đầu mối tiếp nhận). Khoản 2 Điều 4 Thông tư số 15

quy định: Đối với những nước mà giữa Việt Nam và nước đó chưa có thỏa thuận hoặc chưa có tiền lệ về việc áp dụng nguyên tắc có đi có lại, Bộ Ngoại giao gửi công văn, kèm theo hồ sơ liên quan (nếu có), đề nghị Bộ Tư pháp và Tòa án nhân dân tối cao phối hợp xem xét việc áp dụng nguyên tắc có đi có lại.

Như vậy, theo Thông tư số 15, có 3 cơ quan chịu trách nhiệm giải quyết các vấn đề liên quan đến việc áp dụng nguyên tắc có đi có lại là Bộ Ngoại giao, Bộ Tư pháp và Toà án nhân dân có thẩm quyền. Trong đó, quyền quyết định cuối cùng về việc có áp dụng hay không áp dụng nguyên tắc có đi có lại thuộc về Bộ Ngoại giao.

- Căn cứ xem xét, quyết định áp dụng nguyên tắc có đi có lại: Điều 5 Thông tư số 15 quy định 4 căn cứ để xem xét, quyết định áp dụng nguyên tắc có đi có lại trong tương trợ tư pháp với nước ngoài sau đây :

+ Sự cần thiết, nhu cầu của Việt Nam đối với việc tương trợ tư pháp trong từng trường hợp cụ thể hoặc trong quan hệ chung với nước có liên quan;

+ Không trái với pháp luật Việt Nam, các ĐƯQT liên quan mà Việt Nam là thành viên và phù hợp với pháp luật, tập quán quốc tế;

+ Sự phù hợp về yêu cầu đối ngoại, tác động chính trị, kinh tế, xã hội và những tác động khác, nếu có;

+ Sự ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của Nhà nước, cá nhân, pháp nhân Việt Nam có liên quan.

- Trách nhiệm cập nhật và thông báo tên các quốc gia, vùng lãnh thổ đã có thỏa thuận hoặc có tiền lệ áp dụng nguyên tắc có đi có lại với Việt Nam về tương trợ tư pháp về dân sự: Điều 25 Thông tư số 15 quy định: Bộ Ngoại giao có trách nhiệm cập nhật tên các quốc gia, vùng lãnh thổ đã có thỏa thuận hoặc có tiền lệ áp dụng nguyên tắc có đi có lại với Việt Nam về tương trợ tư pháp trong lĩnh vực dân sự và gửi cho Bộ Tư pháp, Tòa án nhân dân tối cao. Việc này góp phần cung cấp thông tin về các quốc gia đã áp dụng nguyên tắc có đi có lại với Việt Nam để các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam thuận lợi trong việc quyết định có áp dụng hay không áp dụng nguyên tắc có đi có lại khi nhận được yêu cầu tương trợ tư pháp từ cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài.

Có thể thấy rằng, về cơ bản, Thông tư số 15 đã quy định tương đối cụ thể một số vấn đề liên quan đến việc áp dụng nguyên tắc có đi có lại trên thực tế. Tuy nhiên, Điều 5 Thông tư số 12/2016/TTLT-BTP-BNG-TANDTC ngày 19/10/2016 "Quy định về trình tự, thủ tục tương trợ tư pháp trong lĩnh vực dân sự" thay thế Thông tư số 15, về "Áp dụng nguyên tắc có đi có lại trong tương trợ tư pháp về dân sự" chỉ quy định ngắn gọn hai trường hợp cơ quan có thẩm quyền Việt Nam có thể từ chối thực hiện tương trợ tư pháp về dân sự cho nước ngoài trên cơ sở nguyên tắc có đi có lại: Khi có căn cứ cho thấy phía nước ngoài không thực hiện tương trợ tư pháp về dân sự cho Việt Nam; Khi việc thực hiện tương trợ tư pháp đó trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Các nội dung khác đều không được đề cập đến. Như vậy, đến thời điểm hiện tại, trong hệ thống văn bản pháp luật Việt Nam không có quy định cụ thể nào về việc áp dụng nguyên tắc có đi có lại trên thực tế.

2. Những vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu để áp dụng nguyên tắc có đi có lại vào thực tiễn

2.1 Vai trò của nguyên tắc có đi có lại trong công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của nước ngoài

Trong lĩnh vực công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của nước ngoài, nguyên tắc có đi có lại đóng một vai trò quan trọng và đã được quy định tại khoản 3 Điều 343 Bộ luật TTDS năm 2004 (sửa đổi năm 2011) và tiếp tục được quy định tại điểm a và điểm b khoản 1 Điều 423 Bộ luật TTDS năm 2015. Theo đó, vai trò của nguyên tắc có đi có lại trong công nhận và thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của nước ngoài được thể hiện cụ thể như sau:

Thứ nhất, đối với những bản án, quyết định dân sự của nước ngoài có yêu cầu thi hành tại Việt Nam chỉ được công nhận khi giữa Việt Nam và nước đó có ký kết ĐƯQT về vấn đề này. Đến thời điểm hiện tại Việt Nam đã ký kết 18 Hiệp định tương trợ tư pháp trong lĩnh vực dân sự có nội dung quy định về vấn đề công nhận lẫn nhau bản án, quyết định trong lĩnh vực dân sự[2]. Như vậy, đối với bản án, quyết định dân sự của những quốc gia còn lại nếu không áp dụng nguyên tắc có đi có lại sẽ không có cơ hội được công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bởi lẽ Việt Nam không áp dụng nguyên tắc đương nhiên công nhận đối với các bản án, quyết định dân sự của nước ngoài như mô hình của một số nước trên thế giới như Đức[3], Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai - len[4],…

Thứ hai, các hiệp định tương trợ tư pháp mà Việt Nam đã ký kết phần lớn với những nước XHCN Đông Âu trước đây nay được tiếp tục kế thừa (Ba Lan, Bungary, Hungary…) và nhiều hiệp định trong số này đã phát sinh nhiều bất cập phải sửa đổi nhưng chưa thực hiện được nên gần như không áp dụng được trên thực tế[5]. Bên cạnh đó, có những hiệp định ký với những quốc gia ít phát sinh quan hệ dân sự với Việt Nam như Cộng hoà dân chủ nhân dân Triều Tiên, Cu Ba… Trong khi đó, những quốc gia có đông người Việt Nam sinh sống thì lại chưa có hiệp định như Hoa Kỳ, Úc, Nhật Bản… Bất cập này đã dẫn đến thực tế là, nếu chỉ áp dụng nguyên tắc có ĐƯQT mà không áp dụng nguyên tắc có đi có lại thì trong nhiều trường hợp, bản án, quyết định dân sự của nước ngoài liên quan đến người Việt Nam sẽ không được công nhận tại Việt Nam, không bảo vệ được lợi ích hợp pháp của công dân Việt Nam, đặc biệt là bản án, quyết định trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình[6]. Ở đây, nguyên tắc có đi có lại chính

2 Bộ Tư pháp, "Báo cáo đánh giá tình hình ký kết Hiệp định Tương trợ tư pháp trong lĩnh vực dân sự giữa Việt Nam và các nước và sự cần thiết gia nhập Hội nghị La Haye về TPQT năm 2011, 2012, 2013, 2014".

3 Thomasrauscher (2005), "Công nhận và thi hành phán quyết về tài sản của Tòa án nước ngoài ở Đức", Tạp chí Khoa học Pháp lý (3), tr. 33-37.

4 The British Foreign Judg-ments Act of 1933. Nguồn: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/23-24/13/contents.

5 Xem thêm: Bành Quốc Tuấn (2016), "Đánh giá tổng quan các hiệp định tương trợ tư pháp về dân sự giữa Việt Nam với một số quốc gia", Tạp chí Quản lý nhà nước, (245), tr. 66 - 70.

6 Xem thêm: Bành Quốc Tuấn (2015), Công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài (Sách chuyên khảo), Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 204 - 212.

là giải pháp khắc phục hạn chế của nguyên tắc có ĐƯQT.

Thứ ba, đối với các bản án, quyết định không có yêu cầu thi hành tại Việt Nam chỉ được đương nhiên công nhận tại Việt Nam nếu có nội dung liên quan "về hôn nhân và gia đình của Tòa án nước ngoài, quyết định về hôn nhân và gia đình của cơ quan khác có thẩm quyền của nước ngoài" (khoản 2 Điều 431 Bộ luật TTDS năm 2015). Như vậy, đối với các bản án, quyết định còn lại, chỉ được đương nhiên công nhận tại Việt Nam khi giữa Việt Nam và nước đó có ĐƯQT quy định (khoản 1 Điều 431 Bộ luật TTDS năm 2015). Như vậy, nếu không áp dụng nguyên tắc có đi có lại, thì các bản án, quyết định này cũng không có cơ hội được công nhận tại Việt Nam theo thủ tục chung quy định tại Bộ luật TTDS năm 2015.

Tóm lại, với tư cách là một nguyên tắc của tư pháp quốc tế nói chung, tương trợ tư pháp nói riêng, nguyên tắc có đi có lại đã mở rộng phạm vi các trường hợp công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của Toà án nước ngoài, bảo vệ hiệu quả hơn trên thực tế lợi ích hợp pháp của công dân Việt Nam trong các quan hệ TTDS quốc tế. Nguyên tắc có đi có lại còn là cơ sở để Việt Nam bảo vệ các lợi ích công cộng của mình trong trường hợp có quốc gia nước ngoài từ chối công nhận bản án, quyết định dân sự của Toà án Việt Nam với lý do giữa Việt Nam và nước đó chưa có ĐƯQT điều chỉnh vấn đề này.

2.2 Những vấn đề cần tiếp tục cụ thể hoá trong văn bản pháp luật

Xuất phát từ vai trò quan trọng của nguyên tắc có đi có lại trong công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của nước ngoài, để đáp ứng yêu cầu triển khai Bộ luật TTDS năm 2015, việc nghiên cứu xây dựng cơ chế cụ thể để áp dụng nguyên tắc này vào thực tiễn là chính đáng và có tính cấp thiết. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, cần ban hành văn bản hướng dẫn chi tiết một số vấn đề sau đây:

Thứ nhất, về cơ quan có thẩm quyền quyết định áp dụng nguyên tắc có đi có lại.

Cần chuyển giao thẩm quyền quyết định áp dụng nguyên tắc có đi có lại từ Bộ Ngoại giao cho Bộ Tư pháp. Bởi lẽ, thẩm quyền này phù hợp với chức năng, nhiệm vụ của Bộ Tư pháp; tận dụng được trí tuệ của đội ngũ chuyên gia pháp lý đang công tác tại Bộ Tư pháp. Khi đó, Bộ Ngoại giao sẽ là đầu mối để thông báo kết quả giải quyết với cơ quan có thẩm quyền nước ngoài sau khi nhận được kết quả từ Bộ Tư pháp. Việc giao Bộ Tư pháp quyền quyết định áp dụng nguyên tắc có đi có lại còn góp phần đảm bảo tính pháp lý của kết quả áp dụng pháp luật, phù hợp với vai trò của Bộ Tư pháp là cơ quan trực tiếp tham mưu cho Chính phủ thẩm định các vấn đề liên quan đến pháp lý trong hoạt động của Chính phủ.

Thứ hai, về căn cứ xem xét, quyết định áp dụng nguyên tắc có đi có lại.

Cần quy định cơ chế áp dụng linh hoạt nguyên tắc có đi có lại theo hướng: Việt Nam có thể chủ động áp dụng nguyên tắc có đi có lại khi nhận được yêu cầu tương trợ tư pháp của cơ quan có thẩm quyền nước ngoài hoặc yêu cầu công nhận bản án, quyết định dân sự của nước ngoài của công dân Việt Nam mà không cần xem xét giữa Việt Nam và nước

(Xem tiếp trang 39)

BẢO ĐẢM CƠ HỘI TIẾP CẬN QUYỀN CHO TRẺ EM LANG THANG

Lê Thị Nga*
* TS.Trường Đại học Luật Huế.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: quyền trẻ em, trẻ em lang thang, trẻ em đường phố, trẻ cơ nhỡ.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 20/06/2017
Biên tập: 16/08/2017
Duyệt bài: 22/08/2017

Tóm tắt:

Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em trước đây và Luật Trẻ em năm 2016 đều xác định trẻ em lang thang là nhóm trẻ đặc thù, nên ngoài các quyền của trẻ nói chung, các em còn có những quyền đặc thù, song cơ hội thụ hưởng quyền của các em là rất hạn chế. Hơn nữa, do đặc thù của môi trường sống, nhóm trẻ em này có nguy cơ bị xâm hại trên nhiều lĩnh vực như: là nạn nhân của việc lạm dụng trẻ em, bị bóc lột lao động, bị lợi dụng thực hiện nhiều hành vi trái pháp luật như mại dâm, trộm cắp, buôn bán ma tuý… Chính vì vậy, nếu thiếu đi các điều kiện đặc thù từ phía gia đình, xã hội và Nhà nước, trẻ em lang thang sẽ ít có cơ hội tiếp cận các quyền của mình, các em rất dễ rơi vào hoàn cảnh tồi tệ, tương lai của các em không được bảo đảm.

Article Infomation:

Keywords: Children's rights, street children, street children, and children

Article History:

Received: 20 Jun 2017
Edited: 16 Aug. 2017
Appproved: 22 Aug. 2017

Abstract:

The former Law on the Protection, Care and Education of Children and the Law on Children of 2016 both identify the street children as a specialised group of children, so apart from the rights of children in general, they also have specific rights, but the opportunity to enjoy their children's rights is so limited. In addition, due to the special characteristics of the living environment, this group of children is at risk of being abused in several areas such as victims of child abuse, labor exploitation, illegal acts such as prostitution, theft, drug trafficking ... Therefore, if lack of specific conditions from the family, society and the government, the street children shall less take use of their rights, the children are very easy to fall into bad circumstances, their future is not guaranteed.

1. Khái niệm trẻ lang thang và bảo đảm quyền của trẻ lang thang

Trong Từ điển tiếng Việt, lang thang có nghĩa "đến chỗ này rồi lại bỏ đi chỗ khác, không dừng ở một chỗ nào nhất định"[1]. Cũng tương tự như vậy, trong từ điển Anh - Anh,

1 Từ điển Tiếng Việt (1992), Viện Khoa học xã hội, H., tr. 539.

khái niệm người lang thang là người sống trên đường phố (the men in the street) và là người không có nhà (withouts home); còn trẻ em đường phố được quan niệm là người trẻ sống trên đường phố (young people living on the street). Trong khoa học pháp lý, Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em năm 2004 (Luật BVCSGDTE) lần đầu đưa ra khái niệm trẻ em lang thang (TELT): "Trẻ em lang thang là trẻ em rời bỏ gia đình, tự kiếm sống, nơi kiếm sống và nơi cư trú không ổn định; trẻ em cùng với gia đình đi lang thang" (khoản 2, Điều 3). Như vậy theo định nghĩa này, để nhận diện là TELT phải có các dấu hiệu: 1) rời bỏ gia đình; 2) tự kiếm sống; và 3) nơi kiếm sống và nơi cư trú không ổn định. Ngoài ra, TELT có thể là cùng gia đình đi lang thang và cả gia đình đều có các dấu hiệu trên.

Luật Trẻ em năm 2016 không đưa ra định nghĩa về TELT mà xếp chung vào nhóm trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt. Khoản 10 Điều 4 của Luật quy định: "Trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt là trẻ em không đủ điều kiện thực hiện được quyền sống, quyền được bảo vệ, quyền được chăm sóc, nuôi dưỡng, quyền học tập, cần có sự hỗ trợ, can thiệp đặc biệt của Nhà nước, gia đình và xã hội để được an toàn, hòa nhập gia đình, cộng đồng". Nghị định số 56/2017/NĐ-CP của Chính phủ đã cụ thể hóa các nhóm trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt, không sử dụng cụm từ TELT mà thay vào đó là cụm từ *trẻ em phải bỏ học kiếm sống* và là trẻ "chưa hoàn thành phổ cập giáo dục trung học cơ sở không có người chăm sóc. Trẻ em phải bỏ học kiếm sống chưa hoàn thành phổ cập giáo dục trung học cơ sở sống cùng cha, mẹ hoặc người chăm sóc" (Điều 10).

Như vậy, có thể hiểu TELT là trẻ em không có nơi ở, không công việc ổn định, phải kiếm sống và không có đủ các điều kiện để thụ hưởng các quyền của trẻ em và là thuộc nhóm trẻ có hoàn cảnh đặc biệt. Trên cơ sở đó, TELT bao gồm các nhóm:

"Nhóm thứ nhất, TELT không có mối quan hệ thường xuyên với gia đình, gồm: trẻ em không có gia đình (trẻ em mồ côi, trẻ em bị bỏ rơi), trẻ em bỏ nhà đi lang thang;

Nhóm thứ hai, TELT có mối quan hệ thường xuyên với gia đình;

Nhóm thứ ba, TELT cùng với gia đình"[2].

Thuật ngữ "bảo đảm" trong tiếng Việt được hiểu theo nghĩa thông thường là "làm cho chắc chắn thực hiện được, giữ gìn được, hoặc có được những gì cần thiết"[3]; cũng với nghĩa tương tự, trong tiếng Anh thuật ngữ "guarantee"được hiểu là "chịu trách nhiệm về sự việc gì đó, tạo điều kiện cho sự việc đó được hoàn thành"[4]. Do đó, theo chúng tôi, *bảo đảm* có nghĩa chung nhất là đáp ứng các điều kiện cần thiết; chịu trách nhiệm để cho một sự việc được thực hiện hoặc đáp ứng được những nhu cầu cần thiết. Như vậy, bảo đảm quyền của TELT là việc Nhà nước, gia đình và xã hội đáp ứng các điều kiện cần thiết để cho TELT được tiếp cận và thụ hưởng các quyền mà pháp luật đã quy định.

2 Xem thêm, Lê Thị Nga (2007), Trẻ em lang thang ở đường phố Huế - Thực trạng và những vấn đề (Nguyễn Văn Mạnh chủ biên, Công tác xã hội ở miền Trung Việt Nam), Nxb. Thuận Hóa, tr291.

3 Từ điển tiếng Việt (1992), Viện Khoa học xã hội, tr. 52

4 Oxford (1995), Advanced Learner's Dictionary, page. 528

2. Thực trạng tiếp cận các quyền đối với trẻ em lang thang

Theo thống kê chưa đầy đủ, vào năm 2014, toàn quốc có hơn 1.473.000 trẻ em đặc biệt khó khăn, trong đó có gần 22.000 em là trẻ lang thang đường phố, sống không gia đình[5]. Năm 2016, Việt Nam ước tính có khoảng 3.300.000 trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt, trong đó khoảng 21.000 trẻ lang thang[6]. Theo các nhà nghiên cứu và nhà hoạt động xã hội, con số này còn thấp hơn con số thực tế, do: "Chính phủ ước tính dựa trên các số liệu hành chính và thường thấp hơn rất nhiều so với các số liệu có được từ các cuộc điều tra độc lập của các tổ chức phi chính phủ và các học viện tiến hành. Các số liệu ước tính ở Việt Nam dựa trên định nghĩa trẻ em là những người *dưới 16 tuổi, so với thông lệ quốc tế trẻ em là người dưới 18 tuổi*"[7].

Đối với TELT, cơ hội để tiếp cận các nhóm quyền được pháp luật quy định đối mặt với nhiều thách thức, khó khăn, do các điều kiện cho việc tiếp cận các quyền của nhóm trẻ này thấp hơn nhiều so với trẻ em sinh sống trong điều kiện bình thường.

Nhóm quyền sống: Quyền sống còn là quyền cơ bản của mỗi cá nhân, tiền đề cho việc bảo vệ tất cả các quyền khác của con người. Bảo vệ quyền này của trẻ cần dựa trên nguyên tắc vì lợi ích tốt nhất của trẻ. Đối với trẻ lang thang, một mặt trẻ có môi trường sống không ổn định, có nhiều rủi ro. Mặt khác, phần lớn các trẻ em này dường như đều tham gia lao động sớm với môi trường lao động đa dạng, phức tạp, nhiều trường hợp môi trường lao động thiếu an toàn cho tính mạng và sức khỏe. Trong điều kiện sống của trẻ hiện có, những nguy cơ đe dọa quyền sống còn của trẻ như: gây ra những tai nạn thương tích, những tổn thương do người lớn đem lại, thiếu sự chăm sóc yêu thương và hỗ trợ của gia đình, bị phân biệt đối xử... đều có nguy cơ xuất hiện cao hơn và trẻ cũng khó khăn hơn trong việc tiếp cận các kênh để nhận sự hỗ trợ khi cần thiết do thiếu kiến thức và kỹ năng. Tất cả chúng ta phải có trách nhiệm đảm bảo quyền được sống ở mức cao nhất có thể được.

Nhóm quyền được bảo vệ: Quyền được bảo vệ là bảo vệ trẻ em khỏi bị phân biệt đối xử, thoát khỏi sự bóc lột về kinh tế, sự lạm dụng, xâm hại về thể xác và tinh thần, bị lơ là và bỏ rơi, bị đối xử tàn tệ, các em phải được bảo vệ trong tình trạng khẩn cấp, khủng hoảng. Trên thực tế, cơ hội để tiếp cận nhóm quyền này của TELT là rất quan ngại. Nghiên cứu của Trung tâm MSD (Trung tâm Nghiên cứu quản lý và phát triển bền vững) tiến hành năm 2013 trên 120 trẻ em đường phố ở thành phố Hồ Chí Minh cho thấy: "92,5% trẻ em đường phố tại đây từng bị xâm hại tình dục, khiến các em không chỉ bị tổn thương về thể chất mà cả tinh thần. 98,3% các em đã từng thử một hoặc nhiều chất gây nghiện như rượu, bia thuốc lá, heroin, methamphetamine (đá), keo hay tân dược. Nhiều em sử dụng các chất gây nghiện từ khi còn rất nhỏ, hầu hết nằm trong độ tuổi từ 12-13"[8]. Pháp luật nghiêm cấm

5 H. Thiện, V. Học, N.Nam, Ai bảo vệ trẻ em đường phố, xem tại: http://www.nhandan.com.vn/cuoituan/doi-song-xa-hoi/item/26562202-ai-bao-ve-tre-em-duong-pho.html; dowload 16:45 ngày 2/6/2017.

6 H. Thiện, V. Học, N.Nam, Ai bảo vệ trẻ em đường phố, xem tại: http://www.nhandan.com.vn/cuoituan/doi-song-xa-hoi/item/26562202-ai-bao-ve-tre-em-duong-pho.html; dowload 16:45 ngày 2/6/2017.

7 LHQ: Việt Nam có 21.000 trẻ em đường phố, xem tại: http://thanhtra.com.vn/xa-hoi/doi-song/lhq-viet-nam-co-21000-tre-em-duong-pho_t114c1159n105167, post: 23/06/2016 09:10

8 Minh Tâm, Bi kịch của trẻ em đường phố Việt Nam, http://vietnamnet.vn/vn/doi-song/bi-kich-cua-tre-em-duong-pho-viet-nam-143824.html, 08/10/2013 13:00 GMT+7, xem 16:30, ngày 2/6/2017.

việc lạm dụng, bóc lột sức lao động của trẻ em, bất kỳ một hành vi, hoặc yếu tố tình huống có chủ ý của cá nhân, tổ chức hay của cộng đồng như xâm phạm đến thể chất, tình cảm, nhân cách, lạm dụng tình dục, ngược đãi, xao nhãng, bỏ rơi, sử dụng quá mức sức lao động, hoặc khai thác thương mại, tước đoạt quyền và sự tự do của trẻ, gây nguy hại đến sự phát triển thể chất, tinh thần, xã hội của trẻ. Tuy nhiên, với TELT khi bị lâm vào các tình trạng trên, kể cả khi trẻ bị lâm vào tình trạng khẩn cấp như: khủng hoảng, rối loạn, thiếu hụt, mất thăng bằng nghiêm trọng do những yếu tố bên ngoài tác động có ảnh hưởng xấu đến sự phát triển thể chất, tinh thần thì dường như hiếm khi các em tìm đến người lớn hay cơ quan, tổ chức, cá nhân có thể giúp đỡ mình mà các em thường phải chấp nhận hoàn cảnh. Khi sống lang thang, các em rất dễ bị xâm hại, đặc biệt là xâm hại tình dục, nạn nhân của hành vi xâm hại tình dục gồm cả các em nữ và nam. Thực tế cho thấy, có những em bị xâm hại nhiều lần, trong suốt một thời gian dài, để lại hậu quả là hết sức nghiêm trọng. "Đói, rét, sợ hãi và cô đơn - những đứa trẻ đường phố, sống lang thang nơi công viên, vỉa hè, bờ hồ, góc phố để mưu sinh này dường như không còn nét hồn nhiên như hàng triệu trẻ em khác, trong sự chở che bảo bọc của gia đình và xã hội nhân ái. Chúng chủ yếu là trẻ em nam, từ 13 - 15 tuổi, rất nhiều em hiện là nạn nhân bị những gã đồng tính lạm dụng tình dục. Chỉ cần một nắm xôi, một cái bánh bao kèm lời vỗ về phỉnh phờ... là các em có thể rơi vào nanh vuốt của "con thú săn mồi non" - những gã pê-đê bệnh hoạn người Việt hoặc người nước ngoài"[9]. Môi trường sống dễ dẫn tới những hậu quả bị xâm hại trên nhiều phương diện, nhưng cơ hội tiếp cận các biện pháp bảo vệ lại hết sức khó khăn với các em do thiếu một cơ chế pháp lý đặc thù giúp cho TELT dễ tiếp cận và các tổ chức, cá nhân dễ dàng ngăn ngừa và can thiệp sớm khi các em cần được bảo vệ.

Nhóm quyền phát triển: Bao gồm mọi hình thức giáo dục (chính quy và không chính quy) và quyền được có mức sống đầy đủ cho sự phát triển về thể lực, trí tuệ, tinh thần, đạo đức và xã hội của trẻ.

Cũng như hai nhóm quyền trên, việc thụ hưởng nhóm quyền phát triển cũng là một niềm mơ ước xa vời của hầu hết TELT. Do đặc thù của hoàn cảnh sống, đối với cả nhóm TELT không sống cùng gia đình và TELT cùng gia đình, thì việc đến trường dưới các hình thức chính quy và không chính quy đều có những khó khăn đáng kể. Ngoài ra, còn phải kể đến tình trạng nhiều em không có những giấy tờ cần thiết như giấy khai sinh hay giấy tờ tùy thân khác đáp ứng yêu cầu của thủ tục hành chính cho việc học tập. Các tổ chức cứu trợ trẻ em hiện có ở Việt Nam đều nhìn nhận: không có giấy tờ tùy thân là một trong những nguyên nhân chính khiến TELT ít có cơ hội. Vì thế, Tổ chức Rồng Xanh (Blue Dragon), trụ sở chính ở Hà Nội, trong những năm qua đã giúp cho 10.227 trường hợp làm giấy tờ tùy thân[10].

Cơ hội tiếp cận các quyền được chăm sóc sức khoẻ, được học tập và phát triển năng khiếu, vui chơi, giải trí lại càng xa xôi hơn đối với TELT, khi việc được ăn uống đầy đủ và có chỗ ngủ qua đêm đã là khó

9 Tâm Lê, Hoàng Bảo Lâm, Thảm cảnh xâm hại, lạm dụng tình dục trẻ em đường phố, http://laodong.com.vn/phong-su/tham-canh-xam-hai-lam-dung-tinh-duc-tre-em-duong-pho-329308.bld, post: 7:50 AM, 23/05/2015.

10 Xem tại trang web: https://www.bluedragon.org/

khăn thì cơ hội nào để cho TELT có thể vui chơi, giải trí, chơi thể thao và đi du lịch? Chỉ một số nhỏ TELT hiện đang sống trong các nhà mở, các mái ấm... mới phần nào có cơ hội tiếp cận các quyền này, nhưng số các em đang ở các trung tâm này là rất nhỏ so với số TELT trên thực tế của cả nước.

Nhóm quyền tham gia: Bao gồm quyền được bày tỏ ý kiến trong mọi vấn đề có liên quan tới bản thân, quyền được lắng nghe và được kết giao hội họp. Quyền được tiếp cận thông tin, bày tỏ ý kiến và tham gia hoạt động xã hội.

Cơ hội tiếp cận nhóm quyền này đối với TELT cũng là hết sức khó khăn. Một mặt hiện chúng ta chưa có những kênh chính thức để cho nhóm trẻ này được lên tiếng cho các vấn đề của chính mình. Hơn nữa, do hạn chế về hiểu biết, kiến thức và mặc cảm về điều kiện sống, TELT thường sống khép kín, chỉ giới hạn trong nhóm những người cùng hoàn cảnh, ít chia sẻ với các đối tượng khác.

Có thể thấy, việc thụ hưởng các quyền được pháp luật quy định đối với TELT là hết sức khiêm tốn đối với cả bốn nhóm quyền: nhóm quyền sống, nhóm quyền được bảo vệ, nhóm quyền phát triển và nhóm quyền tham gia.

3. Những nguyên nhân dẫn đến hạn chế cơ hội tiếp cận quyền của trẻ lang thang

Để bảo đảm thực thi các quyền trẻ em đối với trẻ em cần phải có đầy đủ các điều kiện: cơ chế pháp lý hoàn thiện và đồng bộ, sự quan tâm của gia đình và xã hội và chính sự hiểu biết và tiếng nói của người trong cuộc. Tuy nhiên đối với TELT, để có các điều kiện này là hết sức khó khăn, những nguyên nhân dẫn đến hạn chế cơ hội tiếp cận quyền của TELT có nhiều, song trên hết là những nguyên nhân sau:

Thứ nhất, do hoàn cảnh sống của TELT là nơi ở không cố định, phần lớn các em đều phải lao động kiếm sống nên các em không có điều kiện học tập. Không đến trường đồng nghĩa với việc các em khó có thể tiếp cận với quyền được học tập, quyền vui chơi, giải trí, quyền nói lên tiếng nói của chính mình cho các vấn đề của trẻ em và vấn đề của cộng đồng và xã hội.

Thứ hai, nhiều em trong số TELT không có chứng minh nhân dân và thiếu các giấy tờ tùy thân do bỏ nhà ra đi lâu ngày, không nhớ rõ về gia đình, quê quán hoặc bản thân cha mẹ các em cũng không có giấy tờ tùy thân. Việc không có các giấy tờ tùy thân đồng nghĩa với việc đa số trẻ em đường phố không được tiếp cận với các dịch vụ chăm sóc, bảo vệ, không được đến trường, không có cơ hội tiếp cận tri thức. "Trong cái vòng luẩn quẩn, không lối thoát, nhiều trẻ đường phố lại tiếp tục sinh ra trẻ đường phố. Cuộc sống cay nghiệt, TELT thường có cái nhìn khắt khe với những người xung quanh, sống trong bạo lực, tiêm nhiễm các tệ nạn. Nhiều em chán chường đã tự hủy hoại cơ thể mình; trong khi phần đông tìm đến rượu, thuốc lá và ma túy để tạm quên đi cuộc sống tăm tối, bế tắc. Giá như được xã hội quan tâm nhiều hơn, giá như trẻ có được giấy tờ tùy thân, hẳn nhiều em đã phấn đấu vươn lên để thoát khỏi cảnh sống lang thang"[11].

Thứ ba, thiếu cơ chế pháp lý hoàn thiện để TELT tiếp cận quyền của mình trên cả ba phương diện: 1) quy định của pháp luật cho việc bảo đảm tiếp cận quyền của TELT chưa đầy đủ, các quy định bảo vệ trẻ em trong một số trường hợp vẫn còn thiếu

11 Mai Văn Huyên, Trẻ em đường phố mơ "tấm thẻ vào đời"!, http://www.baogiaothong.vn/tre-em-duong-pho-mo-tam-the-vao-doi-d54913.html, , 03/12/2012 - 15:26 (GMT+7), xem 16:40 ngày 2/6.

vắng hoặc chưa phù hợp với thực tế (đơn cử như đối với các trường hợp trẻ em nam là nạn nhân của tình trạng lạm dụng tình dục); 2) thiếu các thiết chế chuyên trách cho sự bảo đảm tiếp cận quyền của các nhóm trẻ rơi vào tình trạng khó khăn, đặc biệt là các thiết chế hỗ trợ tiếp cận nhóm quyền được bảo vệ; và 3) cơ chế hoạt động và phối hợp giữa các thiết chế hiện có cho việc bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em, đặc biệt là TELT còn thiếu đồng bộ và thống nhất.

Thứ tư, thiếu các dịch vụ xã hội cần thiết hỗ trợ cho TELT. Khi phát hiện các em lang thang hoặc có nguy cơ tham gia đội ngũ TELT, chúng ta không có các cơ sở để hỗ trợ nhóm trẻ em này. Tuy ở các tỉnh, thành trong cả nước đã nhiều nơi thành lập được các trung tâm, các mái ấm, nhưng số lượng các trung tâm, các mái ấm hiện có chưa đáp ứng được nhu cầu và số lượng TELT. Mặt khác, chỉ TELT không cùng với gia đình mới là đối tượng được thu nhận tại các trung tâm, các mái ấm này. Dù trong Luật Trẻ em đã có những quy định về việc xây dựng và phát triển các cơ sở xã hội dành cho trẻ em, tuy nhiên để quy định của Luật đi vào cuộc sống cần có những quy định cụ thể, tránh tình trạng các quy định của Luật chỉ mang tính hình thức.

Thứ năm, trách nhiệm gia đình, Nhà nước và xã hội chưa rõ ràng và thiếu thống nhất.

Để giáo dục, nuôi dưỡng một đứa trẻ trưởng thành, cần có sự chung tay của cả 3 yếu tố quan trọng: gia đình, nhà nước và xã hội. Gia đình là cái nôi đầu tiên của mỗi con người, đứa trẻ được sinh ra trước tiên được ủ ấm bằng hơi ấm của các thành viên trong gia đình mà đầu tiên là người mẹ. Chính gia đình là nơi hình thành nên nền tảng nhân cách đầu tiên của mỗi con người, là nơi chuyển giao các giá trị cho các thế hệ. TELT, đặc biệt là nhóm trẻ đã tách rời khỏi gia đình, vô hình trung các em đã mất đi quyền quan trọng của mình đó là quyền được sống cùng với gia đình. Vì thế pháp luật cần quy định cụ thể (có biện pháp chế tài thích ứng) cho những gia đình để con cái đi lang thang. Để làm được điều này, Nhà nước phải vào cuộc một cách quyết liệt để ngăn chặn sớm, can thiệp kịp thời đối với những trẻ có nguy cơ tham gia cuộc sống lang thang và TELT. Luật Trẻ em đã có những quy định rõ hơn so với Luật BVCSGDTE trước đây, tuy nhiên các quy định vẫn chủ yếu là mang tính định tính, thiếu tính định lượng, đặc biệt là quy trách nhiệm cụ thể để có thể phòng ngừa, can thiệp sớm đối với trẻ em có nguy cơ rơi vào tình trạng lang thang.

Cuối cùng, kiến thức hạn chế và mặc cảm xã hội của trẻ em là một trong những nguyên nhân dẫn đến sự hạn chế của chính TELT trong việc tiếp cận quyền của mình. Trong nhiều trường hợp, các em bị bóc lột sức lao động nhưng không biết mình đang bị bóc lột. Các em bị xâm hại tình dục nhưng không biết mình đang bị xâm hại, hoặc biết nhưng không dám tố cáo, không dám lên tiếng. "Lâm, Hiếu còi, Khánh, Bắc Tây, Hùng, Minh bóng bay rụt rè kể với chúng tôi, đằng sau gói xôi, bát mì tôm và vài trăm ngàn bạc lẻ đó là đi đâu, làm gì. Ban đầu các em hoàn toàn không biết, thậm chí vào đến khách sạn, nhà nghỉ rồi vẫn nghĩ đó là người... rất tốt. Họ cho mình ăn, cho mình chơi game trên ipad, lại không bắt mình lao động, lại không đánh đập thì còn gì bằng. Nhưng sự thật phía sau, các em không biết cái điều mà các em chưa hề biết bao giờ ấy,

tại sao ông này lại là pê-đê, pê-đê là gì, tại sao lại bắt mình làm cái điều kỳ quặc, quan hệ tình dục quái đản"[12].

4. Kết luận và khuyến nghị giải pháp

Hiện ở nước ta, tình trạng TELT có sự thay đổi cả về số lượng, hình thức và tính chất cũng phức tạp hơn. TELT xuất hiện nhiều ở các thành phố lớn như Hà Nội, thành phố Hồ Chí Minh, các em đi lang thang kiếm sống trên đường phố với các công việc đánh giầy, bán báo, kẹo cao su, bán vé số hoặc làm giúp việc gia đình, trông trẻ, làm việc trong các nhà hàng, quán bia… Đây chính là nhóm trẻ khó có cơ hội để thụ hưởng các quyền của mình. Trước đây, TELT chỉ đơn thuần là trẻ em Việt Nam, hiện nay còn có cả TELT là người nước ngoài (Lào, Căm-pu-chia). Nhóm trẻ em này xuất hiện chủ yếu ở thành phố Hồ Chí Minh, một số tỉnh biên giới phía Nam của Việt Nam và có nguy cơ gây mất ổn định an toàn xã hội, ảnh hưởng đến vấn đề di cư quốc tế. Để cho mọi trẻ em, trong đó đặc biệt là những trẻ em rơi vào hoàn cảnh khó khăn, bao gồm TELT tăng cường cơ hội thụ hưởng các quyền của mình, bảo đảm bình đẳng về cơ hội cho mọi trẻ em, cần nhanh chóng tiến hành đồng bộ các giải pháp sau:

Một là, Nhà nước cần đẩy mạnh chính sách trợ giúp xã hội đối với trẻ em; kết hợp dạy nghề với tạo việc làm cho những gia đình có hoàn cảnh khó khăn; tăng cường quản lý nhà nước với việc giải quyết triệt để tình trạng sử dụng lao động trẻ em trong những điều kiện nặng nhọc, độc hại, lợi dụng TELT để bóc lột sức lao động của trẻ. Tại các địa phương tập trung số đông TELT, chính quyền cơ sở cần có chính sách hỗ trợ, phối hợp với các tổ chức xã hội để thu nhận trẻ em, hỗ trợ trong việc dạy chữ và dạy nghề cho trẻ lang thang,... bảo đảm các quyền cơ bản cho trẻ em.

Hai là, Nhà nước cần có chính sách an sinh xã hội phù hợp bảo đảm các quyền cơ bản cho mọi trẻ em; sửa đổi, bổ sung các quy định không còn phù hợp về bảo trợ xã hội đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt khó khăn; tăng chi phí hỗ trợ giáo dục dành cho trẻ em nghèo và gia đình nghèo có trẻ em học từ mẫu giáo đến các bậc phổ thông.

Ba là, chính quyền địa phương nơi có TELT mà chưa có giấy tờ tùy thân, cần rà soát, phối hợp giữa các cấp chính quyền, các cơ quan chức năng để giải quyết tình trạng pháp lý cho trẻ. Tránh cho trẻ rơi vào vòng luẩn quẩn, trẻ không có giấy tờ, lớn lên, chung sống như vợ chồng với người khác, sinh con ra tiếp tục không giấy tờ (tình trạng này hiện còn nhiều ở các thành phố lớn và một số tỉnh biên giới thuộc Tây Nguyên và Tây Nam bộ).

Bốn là, cần gắn trách nhiệm của gia đình trong công tác bảo vệ, chăm sóc, giáo dục trẻ em, song khi gia đình không có khả năng và điều kiện thực hiện thì cộng đồng xã hội và Nhà nước có trách nhiệm giúp đỡ các gia đình thực hiện, mà trước tiên, trách nhiệm này thuộc về Nhà nước. Việc giúp đỡ này phải được thực hiện thông qua hệ thống chính sách, các chương trình cụ thể nhằm giải quyết các vấn đề cấp bách liên quan tới trẻ em, nhất là đối với những gia đình mà trẻ

12 Tâm Lê, Hoàng Bảo Lâm, Thảm cảnh xâm hại, lạm dụng tình dục trẻ em đường phố, http://laodong.com.vn/phong-su/tham-canh-xam-hai-lam-dung-tinh-duc-tre-em-duong-pho-329308.bld, post: 7:50 AM, 23/05/2015 , xem 16: 35, ngày 2/6/17.

em có nguy cơ rơi vào tình trạng lang thang kiếm sống sớm.

Năm là, cần hoàn thiện cơ chế pháp lý, cụ thể: 1) Hoàn thiện khung pháp lý về bảo đảm các quyền của trẻ em trên tất cả các phương diện: pháp luật hình sự, pháp luật hành chính và pháp luật lao động. Hiện nay, ở Việt Nam, mức độ xử lý các đối tượng lạm dụng lao động trẻ em và bạo hành trẻ em vẫn còn quá nhẹ, chủ yếu mới dừng lại ở việc nhắc nhở, xử phạt hành chính. Đã đến lúc cần phải căn cứ vào các quy định của Bộ luật Lao động để xử lý nghiêm các cơ sở có hành vi bóc lột lao động và sử dụng lao động trẻ em không đúng pháp luật. Cần rà soát lại các quy định của Bộ luật Hình sự, sửa đổi và bổ sung các tội liên quan đến lạm dụng tình dục của trẻ em, trong đó chú ý đối với nạn nhân là trẻ em trai cho phù hợp với thực tế; 2) Xây dựng và phát triển hệ thống bảo vệ trẻ em phải được coi là ưu tiên hàng đầu trong thời gian tới, thông qua việc hoàn thiện hệ thống pháp lý, hệ thống tổ chức và cán bộ làm công tác bảo vệ, chăm sóc trẻ em mang tính chuyên nghiệp và cấu trúc mạng lưới tổ chức cung cấp dịch vụ bảo vệ theo 3 cấp độ: phòng ngừa; can thiệp giảm thiểu hoặc loại bỏ nguy cơ; trợ giúp hòa nhập cộng đồng và tạo cơ hội phát triển. Bởi thực tế cho thấy "vấn đề bảo vệ trẻ lang thang bị đe dọa lạm dụng và xâm hại tình dục cũng chưa nhận được sự quan tâm thích đáng của các cơ quan chức năng"[13]; 3) Quy định rõ trách nhiệm của từng tổ chức và quy chế phối hợp giữa các thiết chế, bởi liên quan đến thực hiện quyền trẻ em không phải chỉ là chức năng của một cơ quan mà liên quan đến nhiều thiết chế, vì thế, nếu không quy định cụ thể sẽ dẫn đến tình trạng đùn đẩy trách nhiệm giữa các cơ quan và không cơ quan nào chịu trách nhiệm khi xảy ra các vụ việc xâm hại trẻ em.

Sáu là, trao quyền mạnh hơn cho các tổ chức xã hội thuộc xã hội dân sự theo tinh thần của Luật Trẻ em. Thực tế cho thấy, trong những năm qua các tổ chức thuộc xã hội dân sự đã chung tay giải quyết được nhiều vấn đề của TELT mà trong đó nổi bật lên là sự đóng góp của các tổ chức Rồng Xanh (Blue Dragon), Trung tâm KOTO, Trung tâm Hoa sữa (ở Hà Nội), Trường tình thương Ái Linh, Mái ấm Hướng Dương, Mái ấm Tre xanh, Trung tâm Phát huy... (ở thành phố Hồ Chí Minh).

Bảy là, tăng cường các hoạt động giáo dục, phổ biến các quyền của trẻ em cho đối tượng TELT dưới nhiều hình thức khác nhau để tăng cường sự hiểu biết của các em về quyền của mình. Mặt khác, thông qua sự hỗ trợ của các nhóm tình nguyện viên, các NGOs, CSOs trang bị kỹ năng tự bảo vệ mình cho TELT để các em vượt qua mặc cảm và sự sợ hãi, biết lên tiếng tự bảo vệ mình khi cần thiết. Có như vậy mới có thể tiếp cận được mục tiêu đến năm 2035, "đảm bảo hầu hết trẻ em đều hoàn thành trung học phổ thông và tốt nghiệp với các kỹ năng phù hợp"[14] ■

13 H. Thiện, V.Học, N.Nam, Ai bảo vệ trẻ em đường phố (KỲ II: Gập gềnh đường đến tương lai, http://www.nhandan.com.vn/cuoituan/doi-song-xa-hoi/item/26562202-ai-bao-ve-tre-em-duong-pho.html; 07/06/2015, 14:55:12, xem 16:45 ngày 2/6/2017.

14 Ngân hàng Thế giới, Bộ Kế hoạch và Đầu tư (2016), Việt Nam 2035: Hướng tới thịnh vượng, sáng tạo, công bằng và dân chủ, tr 32.

NÂNG CAO HIỆU QUẢ XÉT XỬ SƠ THẨM VỤ ÁN HÀNH CHÍNH

Nguyễn Thị Hà*
* ThS,NCS, Khoa Luật - Trường Đại học Vinh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: xét xử sơ thẩm, vụ án hành chính

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 22/05/2017
Biên tập: 12/08/2017
Duyệt bài: 21/08/2017

Tóm tắt:

Từ việc phân tích thực trạng xét xử sơ thẩm vụ án hành chính ở nước ta, đặc biệt kể từ khi áp dụng Luật Tố tụng hành chính năm 2015, bài viết đánh giá hiệu quả cũng như những hạn chế, vướng mắc cần khắc phục, nhìn nhận nguyên nhân, từ đó đề ra các giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả xét xử sơ thẩm vụ án hành chính hiện nay.

Article Infomation:

Keywords: instance trial, the administrative case

Article History:

Received: 22 May 2017
Edited: 12 Aug. 2017
Appproved: 21 Aug. 2017

Abstract:

This article focuses the analysis of the current developments of first instance trials of administrative cases in Vietnam, particularly since the Administrative Litigation Law of 2015 came into effectiveness. The article also provides assessments of its effeciency as well as limitations and obstacles to be overcome, gives out the causes and recommends the solutions to improve the effectiveness of the first instance trial of administrative cases.

Giải quyết tranh chấp hành chính bằng con đường tư pháp là vấn đề đang được Đảng, Nhà nước và xã hội đặc biệt quan tâm, nhất là trong giai đoạn xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN và dân chủ hoá mọi mặt đời sống xã hội hiện nay. Xét xử vụ án hành chính được thực hiện theo nguyên tắc bảo đảm chế độ xét xử sơ thẩm, phúc thẩm. Trong đó, xét xử sơ thẩm là cấp xét xử thứ nhất có ý nghĩa quan trọng, tạo cơ sở nền tảng cho toàn bộ hoạt động tố tụng hành chính (TTHC). Luật TTHC năm 2015 được thông qua và có hiệu lực thi hành từ ngày 01/7/2016 đã có nhiều điểm mới tiến bộ, tạo thuận lợi cho người dân, có tác động tích cực trong việc kiểm soát nền hành chính. Tuy vậy, qua một thời gian ngắn thực hiện Luật cũng đã phát sinh một số khó khăn, vướng mắc cần có sự điều chỉnh, hướng dẫn cần thiết, kịp thời nhằm

bảo đảm tính thống nhất, đồng bộ, hợp pháp và nâng cao hiệu quả tổ chức thực hiện pháp luật về xét xử sơ thẩm vụ án hành chính.

1. Thực trạng xét xử sơ thẩm vụ án hành chính hiện nay

Trong những năm qua, công tác xét xử vụ án hành chính nói chung và xét xử sơ thẩm vụ án hành chính nói riêng đã đạt những kết quả đáng ghi nhận thể hiện ở việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức, góp phần nâng cao hiệu quả quản lý hành chính nhà nước, đảm bảo dân chủ và công bằng xã hội. Tuy nhiên, thực tiễn xét xử sơ thẩm vụ án hành chính cũng bộc lộ nhiều hạn chế, bất cập cả về số lượng và chất lượng, làm nảy sinh những tâm lý tiêu cực, giảm lòng tin của người dân cũng như cộng đồng doanh nghiệp đối với hiệu quả hoạt động xét xử sơ thẩm vụ án hành chính. Một số biểu hiện cụ thể là:

Thứ nhất, trên thực tế, nhu cầu khởi kiện và số lượng vụ án hành chính giải quyết theo thủ tục TTHC so với nhu cầu khiếu nại và xét xử sơ thẩm các vụ án khác còn thấp. Từ năm 2011 đến 2016, cả nước thụ lý sơ thẩm 28.747 vụ án hành chính, chỉ bằng 10,8% số vụ khiếu nại hành chính đã được thụ lý (265.515 vụ)[1]. Tỷ lệ giải quyết các vụ án hành chính chưa đạt chỉ tiêu đề ra: như năm 2016, do việc chuyển giao giữa việc thi hành Luật TTHC năm 2010 và Luật TTHC năm 2015, Tòa án nhân dân (TAND) các cấp đã thụ lý 6.708 vụ nhưng chỉ giải quyết, xét xử được 5.358 vụ, đạt tỷ lệ 80%. Trong đó, giải quyết, xét xử theo thủ tục sơ thẩm 4.011/4.933 vụ; giảm 313 vụ so với năm 2015 (4.324 vụ)[2]. Có thể thấy, xét xử sơ thẩm vụ án hành chính hiện nay vẫn chưa đạt được hiệu quả như mong đợi, chưa đáp ứng được nhu cầu khiếu kiện hành chính của cá nhân, tổ chức trong xã hội.

Thứ hai, công tác thụ lý và chuẩn bị xét xử sơ thẩm vụ án hành chính còn nhiều hạn chế cần khắc phục, còn có trường hợp xác định sai đối tượng, thời hiệu khởi kiện vụ án hành chính; việc trả lại đơn khởi kiện trong một số trường hợp chưa chính xác. Hơn nữa, vụ án hành chính là loại án phức tạp, nên việc xác minh, thu thập tài liệu chứng cứ còn gặp khó khăn, không đầy đủ, nhất là trong những trường hợp liên quan đến các tranh chấp về đất đai.

Thứ ba, thực tiễn xác định thẩm quyền xét xử sơ thẩm theo quy định hiện nay còn gặp một số vướng mắc, bất cập. Quy định mới về phân cấp thẩm quyền theo Điều 31, 32 Luật TTHC năm 2015 về thẩm quyền xem xét các quyết định hành chính (QĐHC), hành vi hành chính (HVHC) của Ủy ban nhân dân (UBND), Chủ tịch UBND cấp huyện được chuyển lên TAND cấp tỉnh dẫn đến một thực trạng là nhiều TAND huyện không thụ lý các QĐHC và HVHC đó, mà để chờ đến ngày 01/7/2016 chuyển lên cho TAND tỉnh. Do vậy, đến nay TAND cấp tỉnh đã, đang và sẽ phải ôm đồm quá

1 Báo cáo của TAND tối cao về tổng kết công tác các năm từ 2011 – 2016; Báo cáo của Chính phủ về công tác giải quyết khiếu nại, tố cáo các năm từ 2011 -2016.

2 TAND tối cao, "Báo cáo Tổng kết công tác năm 2016 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2017 của ngành TAND"

nhiều vụ án hành chính vừa gây quá tải cho cấp tỉnh, vừa không thể thực hiện được việc mở rộng thẩm quyền cho TAND cấp huyện theo đúng tinh thần cải cách tư pháp. Mặt khác, do đối tượng được Chủ tịch UBND ủy quyền tham gia tố tụng theo quy định Luật TTHC năm 2015 quy định hẹp hơn, chỉ có cấp phó (khoản 3 Điều 60), trong khi đó Chủ tịch và các Phó Chủ tịch thường bận rất nhiều công việc chuyên môn nên việc triệu tập những người này đến phiên tòa gặp nhiều khó khăn. Đây là một trong những nguyên nhân dẫn đến số lượng vụ án hành chính bị hoãn, tạm đình chỉ chiếm tỷ lệ cao.

Việc áp dụng quy định quyền hạn của Hội đồng xét xử sơ thẩm trên thực tế cũng có nhiều vướng mắc. Theo quy định tại khoản 1 Điều 193 Luật TTHC năm 2015, Hội đồng xét xử được xem xét tính hợp pháp của QĐHC và HVHC bị khởi kiện. Nhưng chưa có một văn bản pháp luật nào quy định cụ thể và thống nhất các tiêu chí để đánh giá tính hợp pháp của một QĐHC hoặc HVHC khi xét xử. Điều này dẫn đến có tình trạng cùng một vụ việc, loại quyết định nhưng các cấp Tòa án lại có những quan điểm đánh giá khác nhau về tính hợp pháp của QĐHC và HVHC hay tuyên án vượt quá thẩm quyền, bỏ sót yêu cầu khởi kiện, đánh giá chứng cứ và áp dụng pháp luật không đúng dẫn đến đường lối giải quyết vụ án không chính xác. Do đó, tỷ lệ án sơ thẩm bị sửa, hủy, giao xét xử lại còn nhiều gây mất thời gian, tốn kém về vật chất và gây tâm lý không tốt cho đương sự. Theo thống kê của TAND tối cao năm 2015, tỷ lệ các bản án, quyết định sơ thẩm vụ án hành chính bị hủy là 4,2%, bị sửa là 5,1%; năm 2016: tỷ lệ các bản án, quyết định bị hủy là 3,75%; bị sửa là 3,92%; tỷ lệ các bản án, quyết định sơ thẩm có kháng cáo, kháng nghị phúc thẩm là 42,4%[3].

Bên cạnh đó, Điều 6 Luật TTHC năm 2015 đã bổ sung thêm quyền hạn của Tòa án trong việc xem xét, xử lý VBQPPL, văn bản hành chính, HVHC trái pháp luật có liên quan trong vụ án hành chính. Thế nhưng, theo các quy định tại khoản 4 Điều 193 và Điều 194 Luật TTHC năm 2015, việc trực tiếp xử lý văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) nêu trên không thuộc quyền hạn của Hội đồng xét xử sơ thẩm và cũng không được thể hiện trong bản án hành chính sơ thẩm. Với những quy định này, khi phát hiện ra VBQPPL sai trái, Hội đồng xét xử chỉ có quyền "tạm ngừng phiên tòa", chuyển cho Chánh án Tòa án thực hiện việc kiến nghị sửa đổi, bãi bỏ. Do vậy, việc giải quyết vụ án hành chính sẽ bị gián đoạn, cá nhân, tổ chức khởi kiện vụ án hành chính phải tiếp tục phải chờ đợi việc xử lý VBQPPL, ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của đương sự. Hơn nữa, Điều 6 Luật TTHC năm 2005 chỉ quy định việc xem xét về tính hợp pháp của văn bản hành chính, HVHC có liên quan là "quyền", do đó, Tòa án có thể xem xét hoặc không.

3 TAND tối cao, "Báo cáo Tổng kết công tác năm 2015 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2016 của ngành TAND", số: 03/BC-TA, ngày 29/01/2016; TAND tối cao,"Báo cáo Tổng kết công tác năm 2016 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2017 của ngành TAND".

Thứ tư, thực tiễn triển khai thủ tục xét xử sơ thẩm vụ án hành chính cũng còn những tồn tại, hạn chế nhất định ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của đương sự và hiệu quả xét xử sơ thẩm vụ án hành chính, cụ thể: một số Tòa án địa phương vi phạm thời hạn tố tụng quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 107 Luật TTHC năm 2015 gây khó khăn cho người khởi kiện. Việc tổ chức phiên họp giao nộp, tiếp cận, công khai chứng cứ và đối thoại cũng gặp nhiều vướng mắc, trở ngại vì trên thực tế, người bị kiện viện các lý do để vắng mặt và do đó đối thoại không thực hiện được, tạo tâm lý bất bình, bức xúc cho người khởi kiện. Trong quá trình xét xử, việc vận dụng quy định tại Khoản 1 Điều 158 để xin xử vắng mặt sẽ gây khó khăn cho việc giải quyết vụ án. Bên cạnh đó, khi triển khai quy định Điều 175 Luật TTHC năm 2015 về phương thức tranh tụng tại phiên tòa sơ thẩm vụ án hành chính, Hội đồng xét xử còn lúng túng và chưa thể hiện rõ được trình tự tranh tụng, chưa bảo đảm được cho đương sự được trình bày, đối đáp, đưa ra quan điểm, lập luận của mình. Với những vụ án không có luật sư tham gia, trình tự này tiến hành rất hình thức và qua loa.

2. Một số nguyên nhân

Có nhiều nguyên nhân dẫn đến hạn chế của hoạt động xét xử sơ thẩm vụ án hành chính. Dưới đây là một số nguyên nhân chính từ phương diện cơ sở pháp lý, năng lực, trình độ của người tiến hành tố tụng và ý thức, hiểu biết pháp luật của người tham gia tố tụng:

Thứ nhất, Luật TTHC năm 2015 vừa mới được ban hành và đi vào thực hiện kể từ ngày 01/7/2016. Do đó, hệ thống văn bản hướng dẫn đang dần được hoàn thiện, việc nhận thức để áp dụng các quy định pháp luật tố tụng và các văn bản có liên quan của thẩm phán, đặc biệt thẩm phán cấp huyện trong quá trình xét xử các vụ án hành chính còn chưa thống nhất, lúng túng và có nhiều cách hiểu, vận dụng khác nhau. Một số quy định về xét xử sơ thẩm vụ án hành chính theo quy định của Luật TTHC năm 2015 bộc lộ những hạn chế nhất định như quy định về đối tượng xét xử còn thiếu tính rõ ràng, minh bạch, quy định về thẩm quyền và thủ tục xét xử sơ thẩm còn một số điểm chưa hợp lý, gây ra những khó khăn nhất định cho việc áp dụng như đã phân tích ở trên.

Thứ hai, bên cạnh nguyên nhân về các quy định pháp luật, thì hạn chế trong công tác tổ chức thực hiện pháp luật cũng ảnh hưởng không nhỏ đến hiệu quả xét xử sơ thẩm vụ án hành chính. Công tác tuyên truyền phổ biến pháp luật TTHC nói chung và chế định xét xử sơ thẩm vụ án hành chính nói riêng chưa thực sự được chú trọng, tiến hành đồng bộ, kịp thời. Do đó, nhận thức và sự hiểu biết của người dân về pháp luật TTHC và quyền khởi kiện vụ án hành chính còn hạn chế, đặc biệt ở những vùng sâu, vùng xa. "Qua phỏng vấn nhanh những học viên tham gia học luật thuộc nhiều loại hình đào tạo ở các tỉnh cho thấy, một bộ phận không nhỏ người dân không biết đến Tòa Hành chính (cơ chế xét xử hành chính) để

bảo vệ quyền và lợi ích của mình"[4], không những vậy, họ lại có tâm lý ngại va chạm và kiện tụng cơ quan công quyền "không thích và chưa có thói quen giải quyết các tranh chấp bằng con đường tòa án"[5]. Công dân vẫn muốn tìm một giải pháp "ôn hòa" hơn là khiếu kiện đến tòa án. Hơn nữa, việc khiếu nại theo con đường hành chính có phần đỡ tốn kém hơn so với theo đuổi việc khởi kiện ra tòa.

Thứ ba, năng lực, trình độ và trách nhiệm của chủ thể tiến hành tố tụng cũng có những hạn chế nhất định ảnh hưởng đến chất lượng và hiệu quả của hoạt động xét xử sơ thẩm vụ án hành chính. Đặc biệt, chủ thể thực hiện việc xét xử sơ thẩm vụ án hành chính chủ yếu là đội ngũ tiến hành tố tụng ở địa phương. Một bộ phận thẩm phán cấp huyện chủ yếu là thẩm phán kiêm nhiệm, kinh nghiệm xét xử và kiến thức quản lý hành chính chưa thực sự sâu, do đó gặp nhiều khó khăn trong việc giải quyết sơ thẩm vụ án hành chính. Ngoài ra, họ còn bị áp lực bởi mối quan hệ với cá nhân, cơ quan có thẩm quyền bị kiện; còn có tâm lý "ngại xét xử án hành chính", "ngại va chạm" với chính quyền địa phương. Việc tham gia xét xử sơ thẩm của hội thẩm nhân dân mang nặng tính hình thức. Trình độ và kinh nghiệm của hội thẩm nhân dân ở nước ra còn hạn chế, chưa phát huy hết tinh thần trách nhiệm trong việc nghiên cứu hồ sơ và đưa ra quyết định trong giải quyết sơ thẩm vụ án hành chính. Số lượng tranh chấp ngày càng tăng nhưng Tòa án vẫn chưa đảm bảo đủ về biên chế, đặc biệt là đội ngũ thẩm phán chuyên trách có đầy đủ các tiêu chuẩn về kỹ năng xét xử, trình độ chuyên môn sâu về quản lý hành chính nhà nước cũng như điều kiện cơ sở vật chất, trang thiết bị, công nghệ thông tin nhằm phục vụ có hiệu quả công tác xét xử sơ thẩm vụ án hành chính.

Ngoài ra, mô hình tổ chức hệ thống xét xử hiện nay còn theo cấp hành chính cũng ảnh hưởng không nhỏ đến tính độc lập, khách quan trong việc xét xử sơ thẩm vụ án hành chính, làm giảm hiệu quả công tác xét xử sơ thẩm vụ án hành chính.

3. Kiến nghị giải pháp

3.1 Hoàn thiện pháp luật về xét xử sơ thẩm vụ án hành chính

Thứ nhất, pháp luật TTHC cần quy định rõ ràng, hợp lý và tiếp tục mở rộng đối tượng xét xử sơ thẩm vụ án hành chính.

Luật TTHC cần sử dụng phương pháp định tính kết hợp với phương pháp loại trừ thay cho phương pháp liệt kê và loại trừ như hiện nay để đảm bảo sự thống nhất trong các điều luật, tạo thuận lợi trong việc nhận diện đối tượng khởi kiện và thụ lý vụ án. Cụ thể, cần xác định các tiêu chí, dấu hiệu đặc thù của QĐHC, HVHC là đối tượng xét xử sơ thẩm vụ án hành chính. Không nên tách

4 Trần Kim Liễu (2011), Toà hành chính trong Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam của dân, do dân, vì dân, trang 136, 137, Luận án TS, Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội.

5 TS. Nguyễn Minh Đoan (2003),"Một số ý kiến về cải cách tư pháp trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền", Tạp chí Luật học, tr.18.

ra quy định khoản 1, 2 Điều 3 về "Quyết định hành chính" và "Quyết định hành chính bị kiện", khoản 3, 4 Điều 3 về "hành vi hành chính" và "hành vi hành chính bị kiện". Luật TTHC năm 2015 chỉ nên tập trung quy định cụ thể, hợp lý về đối tượng của xét xử sơ thẩm vụ án hành chính là các QĐHC, HVHC bị kiện. Theo đó, có thể đưa ra định nghĩa: *QĐHC bị kiện* là phán quyết bằng văn bản do cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân có thẩm quyền ban hành quyết định về vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể và làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức đó. *HVHC bị kiện* là xử sự được thể hiện bằng hành động hay không hành động của cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân có thẩm quyền theo quy định của pháp luật làm ảnh hưởng đến việc thực hiện quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân trong quá trình tiến hành hoạt động quản lý hành chính nhà nước.

Bên cạnh đó, Luật TTHC nên mở rộng thẩm quyền trong việc quy định đối tượng xét xử sơ thẩm vụ án hành chính bao gồm các QĐHC mang tính chất nội bộ của các cơ quan, tổ chức mà có tác động đến quyền và lợi ích của công chức như quyết định kỷ luật nói chung, quyết định về tuyển dụng công chức, quyết định cho thôi việc công chức hoặc cho nghỉ hưu sớm, một số quyết định khác liên quan đến công tác tổ chức nhân sự… Bởi lẽ, đây cũng là những quyết định ảnh hưởng đến quyền có việc làm của công dân được quy định trong Hiến pháp, mặt khác sẽ giúp kiểm soát công khai tình trạng tiêu cực trong tuyển dụng, bổ nhiệm cán bộ, công chức và chạy chức, chạy quyền trong xã hội. Ngoài ra, điểm b khoản 1 Điều 30 nên sửa đổi quy định về quyết định, hành vi của Tòa án trong việc áp dụng biện pháp xử lý hành chính, xử lý hành vi cản trở hoạt động tố tụng là đối tượng khởi kiện nhằm đảm bảo nguyên tắc công bằng, quyền con người, quyền công dân.

Thứ hai, hoàn thiện quy định pháp luật về thẩm quyền xét xử sơ thẩm vụ án hành chính.

Trước hết, hoàn thiện quy định pháp luật về phân cấp thẩm quyền quy định tại Điều 31, 32. Theo đó, khoản 2 Điều 31 nên loại trừ quyết định kỷ luật công chức của Chủ tịch UBND cấp huyện để đảm bảo tính thống nhất khi đã chuyển thẩm quyền xem xét QĐHC, HVHC của UBND huyện lên TAND cấp tỉnh. Khoản 2 Điều 32 bổ sung thêm QĐHC của tổ chức. Khoản 3 Điều 32 bổ sung thêm QĐHC của tổ chức, cá nhân được trao quyền quản lý hành chính nhà nước nhằm thống nhất với Điều 3 quy định về QĐHC, HVHC được khởi kiện. Đồng thời, điều chỉnh lại việc phân cấp thẩm quyền xét xử theo hướng giữ nguyên thẩm quyền xét xử sơ thẩm của TAND huyện đối với các vụ án hành chính về QĐHC, HVHC của UBND và Chủ tịch UBND cấp huyện, nhằm phù hợp với yêu cầu nhiệm vụ cải cách tư pháp về việc mở rộng thẩm quyền xét xử cho TAND cấp huyện đồng thời tạo thuận lợi trong việc đi lại, xác minh, điều tra làm rõ bản chất vụ án. Song song đó có giải

pháp bồi dưỡng, tập huấn nâng cao chuyên môn, nghiệp vụ, trách nhiệm, bản lĩnh của đội ngũ thẩm phán TAND cấp huyện đáp ứng yêu cầu trong việc giải quyết sơ thẩm vụ án hành chính.

Không những vậy, Luật TTHC năm 2015 cần quy định hợp lý quyền hạn của Hội đồng xét xử sơ thẩm vụ án hành chính. Trước hết, quy định rõ ràng, cụ thể, đầy đủ về nội dung các phán quyết của Tòa án thể hiện trong bản án, quyết định sơ thẩm vụ án hành chính theo quy định tại Điều 193 Luật TTHC năm 2015 và các vấn đề có liên quan đến vấn đề bồi thường thiệt hại, khôi phục quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân. Ngoài ra, đối với thẩm quyền xem xét tính hợp pháp của các QĐHC quy phạm và văn bản hành chính, HVHC có liên quan đến một vụ kiện hành chính cụ thể, được phát hiện trong quá trình giải quyết sơ thẩm, cũng cần quy định cụ thể nếu VBQPPL, văn bản hành chính, HVHC có liên quan trái pháp luật thì Hội đồng xét xử tuyên hủy QĐHC cá biệt bị kiện, đồng thời ra phán quyết với VBQPPL, văn bản hành chính, HVHC nêu trên, yêu cầu cơ quan đã ban hành văn bản quy phạm, văn bản hành chính đó hoặc cơ quan cấp trên sửa đổi hoặc bãi bỏ, hủy bỏ các văn bản này trong thời hạn cụ thể. Những nội dung này cần phải được thể hiện trong bản án hành chính và có tính bắt buộc phải thi hành. Đồng thời để đảm bảo trách nhiệm và cơ sở pháp lý đảm bảo trách nhiệm của Hội đồng xét xử trong việc phát hiện và ra phán quyết về tính hợp pháp của các QĐHC, HVHC có liên quan, cần quy định cho đương sự đồng thời với việc khởi kiện QĐHC, HVHC có quyền yêu cầu Tòa án xem xét về tính hợp pháp của VBQPPL và văn bản hành chính, HVHC có liên quan.

Ngoài ra, xuất phát từ tầm quan trọng và đặc thù của xét xử sơ thẩm vụ án hành chính thì việc nghiên cứu, lựa chọn và công bố án lệ hành chính sơ thẩm là việc làm cần thiết để nâng cao hiệu quả xét xử sơ thẩm vụ án hành chính hiện nay.

Thứ ba, hoàn thiện quy định về thủ tục xét xử sơ thẩm vụ án hành chính

Luật TTHC cần quy định thống nhất và đơn giản hóa về điều kiện khởi kiện vụ án hành chính để đại đa số người dân ở mọi trình độ đều có thể dễ dàng thực hiện việc khởi kiện bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Theo đó, về chủ thể thực hiện việc khởi kiện, nên sửa đổi khoản 8 Điều 3 Luật TTHC năm 2015 chỉ quy định quyền khởi kiện thuộc về cá nhân, tổ chức, không phải là cơ quan nhà nước, vì mục đích của xét xử hành chính là hướng đến bảo vệ quyền và lợi ích của đối tượng bị quản lý khi phát sinh tranh chấp hành chính. Về thời hiệu khởi kiện, xuất phát từ tính chất đặc thù của quan hệ pháp luật TTHC, mục đích cuối cùng là hướng đến một nền hành chính có hiệu lực, hiệu quả, phục vụ tốt nhất cho lợi ích của nhân dân, thiết nghĩ nên nghiên cứu nâng thời hiệu được khởi kiện vụ án hành chính có thể lên 2 hoặc 3 năm. Về đơn khởi kiện, nên bỏ quy định "Người khởi kiện cam đoan về việc không khiếu nại đến

người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại", vì thực tế nội dung này không cần thiết. Về việc ký đơn khởi kiện, luật nên quy định đơn khởi kiện có thể do người khởi kiện ký hoặc người đại diện hợp pháp ký (bao gồm đại diện theo pháp luật và đại diện theo ủy quyền).

Bên cạnh đó, cần cụ thể hóa các quy định pháp luật về trách nhiệm, quyền hạn của các chủ thể tham gia tố tụng nhằm đảm bảo sự công bằng thực sự giữa các bên đương sự trong xét xử sơ thẩm vụ án hành chính. Hơn nữa, để việc đối thoại trên thực tế đảm bảo hiệu quả, pháp luật cần bổ sung quy định cụ thể về trách nhiệm phải có mặt của người bị kiện trong phiên họp đối thoại, cũng như nâng cao trách nhiệm công vụ của người bị kiện trong TTHC nói chung.

Ngoài ra, quy định tăng cường và đảm bảo nguyên tắc tranh tụng tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hành chính theo hướng thực chất, đảm bảo dân chủ, công khai, đúng quy định của pháp luật. Để việc tranh tụng có hiệu quả, cần phát huy vai trò của luật sư và trợ giúp viên pháp lý trong hoạt động tranh tụng. Tuy nhiên, trên thực tế không phải cá nhân, tổ chức nào cũng có đủ điều kiện, kinh phí trong việc thuê luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình, cho nên, trong xét xử sơ thẩm vụ án hành chính, Nhà nước cần hỗ trợ tiền thuê luật sư hoặc thực hiện việc mời luật sư cho cá nhân, tổ chức, đảm bảo sự có mặt của luật sư trong giai đoạn xét xử sơ thẩm nhằm nâng cao hiệu quả tranh tụng và bảo đảm tính bình đẳng giữa các bên đương sự.

3.2 Giải pháp nâng cao hiệu quả tổ chức thực hiện pháp luật về xét xử sơ thẩm vụ án hành chính

Thứ nhất, tăng cường công tác hướng dẫn áp dụng và thi hành pháp luật, bởi Luật TTHC năm 2015 vừa mới ban hành và có hiệu lực, do đó việc giải thích, hướng dẫn, giải đáp về nghiệp vụ xét xử và áp dụng luật cần thực hiện thống nhất, đồng bộ, đảm bảo việc xét xử sơ thẩm vụ án hành chính đúng đắn, có hiệu quả trên phạm vi cả nước.

Thứ hai, đẩy mạnh việc tuyên truyền pháp luật một cách sâu rộng và đồng bộ nhằm nâng cao ý thức pháp luật của người dân về xét xử vụ án hành chính, khuyến khích việc tham dự phiên tòa hành chính sơ thẩm của nhân dân địa phương nơi ban hành QĐHC, thực hiện HVHC bị kiện. Đối với người bị kiện, người đứng đầu cơ quan, tổ chức của Nhà nước cần phải gương mẫu và thường xuyên chỉ đạo, quán triệt cho cán bộ, công chức thuộc quyền của mình có quan điểm đúng đắn trong phục vụ nhân dân, hết sức tránh tình trạng cửa quyền, "trả đũa" người dân đã khiếu kiện. Ngược lại, phải có thái độ cầu thị, hợp tác, sẵn sàng nhận trách nhiệm và đối thoại để tìm ra sự thật khách quan của vụ án; phối hợp chặt chẽ với người tiến hành tố tụng trong việc cung cấp tài liệu, chứng cứ trong quá trình giải quyết sơ thẩm vụ án hành chính và phải tự nêu cao trách nhiệm thi hành phán quyết của Tòa án.

Thứ ba, kiện toàn mô hình thiết chế thực hiện xét xử sơ thẩm vụ án hành chính theo thẩm quyền xét xử, không phụ thuộc

vào đơn vị hành chính nhằm đảm bảo tính độc lập, khách quan và hiệu quả trong xét xử. Cùng với đó là việc nâng cao trình độ, năng lực, trách nhiệm của các chủ thể tiến hành tố tụng trong quá trình xét xử sơ thẩm vụ án hành chính, đặc biệt là cần xác lập chức danh thẩm phán hành chính và hội thẩm hành chính bảo đảm yêu cầu đặc thù của xét xử sơ thẩm vụ án hành chính nói riêng và xét xử vụ án hành chính nói chung.

Thứ tư, quy định rõ các cơ chế để đảm bảo thi hành các phán quyết của Tòa án. Bởi nếu bản án chỉ được tuyên mà không thi hành được thì quá trình xét xử sơ thẩm vụ án trở nên vô nghĩa và vai trò của Tòa án trong xét xử sơ thẩm vụ án hành chính bị phủ nhận. Vì vậy pháp luật cần đưa ra cách thức, thời hạn và chế tài cụ thể đối với việc xử lý các hành vi vi phạm việc thi hành bản án, quyết định sơ thẩm vụ án hành chính. Ngoài ra, tăng cường công tác kiểm tra, giám sát, phát hiện và xử lý những vi phạm pháp luật trong quá trình xét xử sơ thẩm vụ án hành chính.

Cuối cùng, để nâng cao hiệu quả xét xử sơ thẩm vụ án hành chính, bên cạnh những giải pháp nêu trên cũng cần chú trọng đầu tư cơ sở vật chất, trang thiết bị, phương tiện kỹ thuật nghiệp vụ phục vụ công tác xét xử sơ thẩm vụ án hành chính và tăng cường sự phối hợp giữa các cơ quan nhà nước và các cơ quan, tổ chức bổ trợ tư pháp khác trong công tác giải quyết tranh chấp hành chính như vai trò của đội ngũ luật sư, trợ giúp viên pháp lý, thừa phát lại, công chứng... nhằm hỗ trợ cho các bên đương sự trong việc thu thập các chứng cứ, thông tin, tài liệu cần thiết cho việc tranh tụng và tham gia TTHC. Bên cạnh đó, phát huy vai trò kiểm soát ngoài của các tổ chức xã hội, truyền thông đại chúng, các cá nhân, tổ chức trong xã hội - đây là một kênh tác động tích cực và có ý nghĩa trong việc đảm bảo sự công bằng, khách quan, đúng đắn của quá trình xét xử sơ thẩm vụ án hành chính bảo đảm quyền và lợi ích chính đáng cho cá nhân, tổ chức ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Hoàng Quốc Hồng (2007), *Đổi mới tổ chức và hoạt động của Toà Hành chính đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam hiện nay*, Luận án TS, Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội.
2. TS. Nguyễn Minh Đoan (2003),"Một số ý kiến về cải cách tư pháp trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền", Tạp chí Luật học, (5), tr 15-19.
3. Trần Kim Liễu (2011), *Toà hành chính trong Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam của dân, do dân, vì dân*, Luận án TS, Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội.
4. TAND tối cao, *Báo cáo Tổng kết công tác năm 2015 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2016 của ngành TAND*, (số: 03/BC-TA), ngày 29/01/2016.
5. TAND tối cao, *Dự thảo Báo cáo Tổng kết công tác năm 2016 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2017 của ngành TAND*.

THỎA THUẬN BÁN KÈM TRONG HỢP ĐỒNG CHUYỂN QUYỀN SỬ DỤNG QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ DƯỚI GÓC NHÌN PHÁP LUẬT CẠNH TRANH

Bùi Thị Hằng Nga*
* Khoa Luật Kinh tế - Trường Đại học Kinh tế - Luật.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: bán kèm, Luật Cạnh tranh, Luật Sở hữu trí tuệ.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 17/07/2017
Biên tập: 31/08/2017
Duyệt bài: 06/09/2017

Tóm tắt:

Trong hợp đồng chuyển quyền sử dụng quyền sở hữu trí tuệ, để đảm bảo tính thống nhất của công nghệ hoặc chất lượng của sản phẩm, dịch vụ được chuyển giao, bên chuyển giao thường ghi nhận về điều khoản bán kèm (chuyển giao cả gói). Với đặc thù của quyền sở hữu trí tuệ thì đó là thỏa thuận hợp lý cần được ghi nhận. Tuy nhiên, dưới góc nhìn của pháp luật cạnh tranh, các thỏa thuận ấy có thể bị xem là hành vi vi phạm và bị ngăn cấm.

Article Infomation:

Keywords: inclusive sales, competition law, law on intellectual property.

Article History:

Received: 17 Jul. 2017
Edited: 31 Aug. 2017
Appproved: 06 Sep. 2017

Abstract:

Under the contract for transfer of the use rights to the intellectual property rights, in order to ensure the consistency of the technology or the quality of the delivered product or services, the seller shall normally record the terms of sales as included (sales as a whole). With the specificity of intellectual property rights, it is a reasonable agreement to be recognized. However, from the perspective of competition law, such agreements may be considered as legal violations and prohibited acts.

1. Đặt vấn đề

Dưới góc độ pháp luật sở hữu trí tuệ (SHTT), việc đặt ra các quy định về bán kèm đôi khi là quy định cần thiết để quyết định xem bên chuyển giao có chấp nhận chuyển giao hay không chuyển giao các đối tượng SHTT (sở hữu công nghiệp). Bởi lẽ, hành vi bán kèm sẽ giúp đảm bảo chất lượng sản phẩm chính thông qua việc đảm bảo chất lượng của nguyên vật liệu hoặc đảm bảo chất lượng thống nhất của dây chuyền, thiết bị thông qua đảm bảo chất lượng của từng thiết bị trong dây chuyền. Bên cạnh đó, thỏa thuận bán kèm hoặc chuyển giao

cả gói cũng giúp cho chủ sở hữu quyền công nghiệp có thể gia tăng lợi nhuận từ chính các phát minh, sáng tạo của mình. Điều đó giúp họ có động lực tốt hơn trong hoạt động đầu tư cho hoạt động nghiên cứu, sáng tạo.

Tuy nhiên, dưới góc độ của pháp luật cạnh tranh thì hành vi bán kèm có thể được xem là hành vi gây hạn chế cạnh tranh bởi (i) nó có thể hạn chế sự lựa chọn của người mua (người nhận chuyển giao) đối với sản phẩm được bán kèm (hay nói cách khác trong trường hợp này họ không có quyền quyết định đối với giá cả và chất lượng của sản phẩm được bán kèm đó); (ii) hành vi này sẽ làm cản trở sự gia nhập thị trường cũng như có thể loại bỏ sự cạnh tranh của các chủ thể đối với thị trường sản phẩm được bán kèm. Bởi vì, lúc này các giao dịch đối với sản phẩm đó không còn được thực hiện trên cơ sở cung cầu.

Rõ ràng với cách tiếp cận khác biệt như trên thì một thỏa thuận bán kèm có thể bị xem là thỏa thuận gây hạn chế cạnh tranh và mặc nhiên sẽ bị ngăn cấm, nhưng đôi lúc thỏa thuận ấy lại là đương nhiên và cần thiết cho sự phát triển của các doanh nghiệp nói riêng và quyền lợi của người tiêu dùng nói chung dưới góc độ tiếp cận của pháp luật về SHTT. Bởi lẽ, sự hợp tác giữa các nhà kinh doanh là điều tất yếu, cần thiết cho sự ổn định và phát triển của từng doanh nghiệp. Quyền tự do kinh doanh bao hàm trong nó cả quyền được liên kết, hợp tác phát triển. Sự thỏa thuận cho dù có làm giảm cạnh tranh giữa những bên tham gia, nhưng ở giới hạn nào đó nó lại là cơ sở để hình thành những liên kết kinh tế để thúc đẩy sự phát triển lành mạnh, hợp lực để nâng cao sức cạnh tranh trên một thị trường rộng lớn hơn. Những lý lẽ đưa ra để bảo hộ cho các thỏa thuận chủ yếu dựa vào những tác động tích cực của thỏa thuận đối với sự phát triển và đối với thị trường, đó là:

- Các thỏa thuận cạnh tranh có khả năng nâng cao năng lực cạnh tranh của các doanh nghiệp nhỏ và từ đó nâng cao mức độ cạnh tranh của thị trường.

- Sự hợp tác bằng các thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh với nhau có thể nâng cao năng lực cạnh tranh cho từng thành viên.

- Việc hợp tác, hỗ trợ giữa các doanh nghiệp về thông tin thị trường có thể làm cho cuộc cạnh tranh trở nên lành mạnh, minh bạch và làm cho hoạt động kinh doanh được thuận lợi hơn.

Với những lý do trên, pháp luật cạnh tranh của hầu hết các quốc gia đều đặt ra những ngoại lệ cho các thỏa thuận trong kinh doanh của các doanh nghiệp và thỏa thuận bán kèm cũng là một trong các trường hợp đó.

Tuy nhiên, việc phân biệt giữa thỏa thuận hạn chế cạnh tranh và thỏa thuận ủng hộ cạnh tranh để cấm hoặc miễn trừ không phải là việc đơn giản. Do vậy, đối với từng thỏa thuận cụ thể, cơ quan quản lý nhà nước cần thu thập các bằng chứng và phân tích kỹ lưỡng trước khi đưa ra quyết định cấm hoặc miễn trừ.

2. Quy định của pháp luật một số nước và của Việt Nam về thỏa thuận bán kèm

2.1 Quy định của pháp luật Mỹ và châu Âu

Trước đây, trong hệ thống pháp luật của Mỹ, hành vi bán kèm có thể bị Tòa án tối cao Mỹ xem là vi phạm mặc nhiên (Per se) nếu như, chủ thể thực hiện hành vi có vị trí thống lĩnh trên thị trường hàng hóa bán kèm. Hay nói cách khác, hành vi bán kèm bị

xem là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và mặc nhiên bị cấm theo quy định tại Điều 2 Đạo luật Sherman[1].

Tuy nhiên, hiện nay quan điểm của Tòa án tối cao Mỹ cho rằng, nếu chỉ dựa vào sức mạnh thị trường để kết luận rằng thỏa thuận bán kèm gây hạn chế cạnh tranh là không đầy đủ mà cần phải chứng minh những tác động hạn chế cạnh tranh của thỏa thuận đó dưới nhiều khía cạnh khác nhau[2]. Bởi lẽ, trên thực tế, ngoài nguy cơ ảnh hưởng xấu đến môi trường cạnh tranh thì thỏa thuận bán kèm cũng có những tác động tích cực đến cạnh tranh thông qua các dạng thức sau:

- Đó là một trong những cách thức để doanh nghiệp thực hiện hành vi phân biệt giá nhằm tăng thêm lợi ích cho khách hàng. Theo đó, thông qua việc định giá sản phẩm được bán kèm thấp (thậm chí bằng 0) như một cách dành cho những khách hàng thân thiết, tiềm năng một lợi ích nhất định khi họ chọn mua sản phẩm chính của doanh nghiệp.

- Thông qua hành vi bán kèm sẽ tạo ra cơ hội gia nhập thị trường cho sản phẩm được bán kèm đặc biệt là trong trường hợp thị trường gia nhập sản phẩm được bán kèm có rào cản lớn. Đó chính là cơ chế để giúp các đối thủ cạnh tranh theo chiều dọc dễ dàng gia nhập thị trường hơn thông qua hành vi bán kèm sản phẩm của mình với một sản phẩm nổi tiếng đã được người tiêu dùng chấp nhận.

- Bán kèm cũng là một trong những phương thức hữu hiệu để đảm bảo chất lượng của hàng hóa, dịch vụ bằng cách đảm bảo những yếu tố nhỏ nhất trong khâu nguyên liệu hoặc công nghệ tốt nhất trong khâu cung ứng dịch vụ. Do đó, đối với những hoạt động có yêu cầu cao đối với sự đồng bộ để đảm bảo chất lượng hàng hóa hoặc dịch vụ cung ứng (như hình thức nhượng quyền thương mại) thì bán kèm lại là hành vi mang lại lợi ích cho tất cả các bên, đặc biệt là khách hàng khi họ được tiếp cận các sản phẩm, dịch vụ ở nhiều nơi khác nhau với một mức giá và chất lượng đồng nhất[3].

- Dưới góc độ đảm bảo quyền cho chủ sở hữu quyền SHTT, hành vi bán kèm là cơ sở cho phép chủ sở hữu quyền SHTT gia tăng lợi nhuận dựa trên các phát minh, sáng chế của mình trong trường hợp đó là một dây chuyền công nghệ cần sự đồng bộ và thống nhất.

Vì vậy, hiện nay, thỏa thuận bán kèm được Tòa án tối cao Mỹ xem xét theo nguyên tắc cân bằng hợp lý (The Rule of reason) thay vì nguyên tắc vi phạm mặc nhiên (Per se). Theo đó, một thỏa thuận bán kèm sẽ bị xem là vi phạm khi nó thỏa mãn cả bốn tiêu chí sau đây:

- Hai sản phẩm đó không có liên quan đến nhau;

- Hợp đồng bán có quy định: một sản phẩm (sản phẩm chính) chỉ được bán khi mua một sản phẩm khác (sản phẩm kèm theo);

- Chủ thể thực hiện hành vi có đủ sức mạnh kinh tế để bắt buộc bên mua phải chấp nhận thỏa thuận đó và;

---

1 Nguyễn Văn Cương (2006), Tiêu chí đánh giá tính cạnh tranh bất hợp pháp của một số nước và một số bình luận về Luật Cạnh tranh của Việt Nam, Nxb. Tư pháp, H., tr. 104.

2 U.S Department Of Justice And The Federal Trade Commission (2007), Antitrust Enforcement And Intellectual Property Rights: Promoting Innovation And Competition, p. 104.

3 Quan điểm này được Tòa án tối cao Mỹ công nhận trong án lệ Illinois Tool Work Inc. v. Independent Ink, Inc.

- Gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến hoạt động thương mại giữa các tiểu bang[4].

Quan điểm này một lần nữa được khẳng định trong án lệ Eastman Kodak[5]; theo đó, Kodak là chủ thể chiếm 80-95% thị phần trên thị trường phụ tùng thay thế cho máy in, máy photocopy chỉ đồng ý cung cấp các phụ tùng thay thế kèm theo cho những khách hàng mua máy in/photocopy của mình đã loại bỏ sức cạnh tranh của chủ thể khác (ISO). Điều đó đã gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến hoạt động thương mại cũng như môi trường cạnh tranh. Do đó, Tòa án tối cao đã kết luận hành vi của Kodak là vi phạm pháp luật khi đã thỏa mãn đủ 4 tiêu chí nói trên bất chấp các viện dẫn về tính thống nhất của công nghệ được đưa ra từ phía Kodak.

Tương tự như quy định của pháp luật của Mỹ, tại châu Âu, thỏa thuận bán kèm sẽ bị ngăn cấm theo quy định tại Điều 102 TFEU (Hiệp định về hoạt động của Liên minh châu Âu)[6] khi thỏa mãn 4 tiêu chí:

- Sản phẩm chính và sản phẩm được bán kèm là hai sản phẩm tách rời, độc lập với nhau;

- Chủ thể thực hiện có vị trí thống lĩnh trên thị trường;

- Khách hàng bị tước bỏ quyền lựa chọn mua hay không mua sản phẩm kèm theo sản phẩm chính;

- Hành vi đó gây cản trở cạnh tranh[7].

Quan điểm này được thể hiện rõ trong vụ việc của Microsoft. Theo đó, Microsoft với tư cách là doanh nghiệp có vị trí độc quyền trên thị trường hệ điều hành tương thích với thiết bị của Intel (chiếm 95% thị phần hoặc trên 80% thị phần nếu các hệ điều hành của MAC được tính đến[8]) đã tích hợp phần mềm giải trí Windows Media Player vào hệ điều hành Windows đã buộc người tiêu dùng phải mua kèm sản phẩm đi cùng với hệ điều hành Windows.

Trước hành vi đó của Microsoft, ngày 17/9/2007, Tòa sơ thẩm Liên minh châu Âu (Tòa) tuyên phạt một khoản tiền kỷ lục lên tới 613 triệu đô la đối với tập đoàn Microsoft do đã vi phạm luật chống độc quyền của EU với các lập luận: Hệ điều hành Windows là hệ điều hành phổ biến được trang bị cho hầu hết các máy tính cá nhân; Phần mềm Windows Media Player là một phần mềm hỗ trợ xem phim, nghe nhạc thông qua Internet; Phần mềm Windows Media Player không liên quan đến mã nguồn Windows để liên kết với nhau; Hệ điều hành Windows của Microsoft được trang bị cho khoảng 95% máy tính cá nhân trên thế giới; Hành vi này tác động đến môi trường cạnh tranh tại Liên minh châu Âu, Norway, Iceland và Liechtenstein[9].

Theo kết luận của Ủy ban châu Âu (EC), từ năm 2004, Microsoft đã thực hiện hai hành vi vi phạm luật chống độc quyền

4 U.S Department Of Justice and The Federal Trade Commission (2007), Antitrust Enforcement And Intellectual Property Rights: Promoting Innovation And Competition, p. 106.

5 Xem thêm *Eastman Kodak v Image Technical Services, 504 U.S. 451, 461-462 (1992).*

6 Trước đây là Điều 82(d) Hiệp định thành lập Cộng đồng châu Âu (TEC).

7 Comparison Between U.S and E.U Antitrust Treatment Of Tying Claims Against Microsoft: When Should Bundling Of Computer Software Be Permitted, Northwestern Journal Of International Law & Business, p. 441.

8 Thông tin được công bố trên trang web của Ủy ban châu Âu tại địa chỉ: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-382_en.htm?locale=en, truy cập ngày 03/4/2017.

9 Xem thêm tại địa chỉ: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-382_en.htm?locale=en, truy cập ngày 03/4/2017.

của EU: lạm dụng vị trí thống lĩnh của mình trên thị trường hệ điều hành máy tính cá nhân để thâm nhập thị trường các sản phẩm dành cho máy chủ và bán kèm phần mềm Windows Media Player cùng với hệ điều hành Windows nhằm hạn chế sự tiếp cận khách hàng của các đối thủ cạnh tranh.

Tại phiên xét xử lần này, Tòa kết luận, việc tích hợp phần mềm giải trí Windows Media Player vào hệ điều hành Windows đã buộc người tiêu dùng phải mua kèm sản phẩm đi cùng với hệ điều hành Windows. Do đó, dù không tính phí riêng biệt đối với phần mềm Windows Media Player hay người tiêu dùng không bị buộc phải sử dụng sản phẩm bán kèm này, nhưng hành vi của Microsoft rõ ràng đã gây thiệt hại cho các đối thủ cạnh tranh và người tiêu dùng. Đồng thời, ngoài việc phải nộp khoản tiền phạt kỷ lục kể trên, Microsoft còn phải thực hiện các biện pháp khắc phục hậu quả bao gồm: loại bỏ việc tích hợp phần mềm Windows Media Player ra khỏi hệ điều hành Windows và chia sẻ với các đối thủ cạnh tranh mã nguồn về giao thức giữa các phần mềm máy chủ[10].

Tuy nhiên, Điều 82(d) cũng đề cập đến một ngoại lệ cho thỏa thuận bán kèm dù chủ thể thực hiện hành vi có vị trí thống lĩnh trên thị trường: "Trong trường hợp sản phẩm chính và sản phẩm kèm theo là các yếu tố kết hợp của một sản phẩm hoàn chỉnh (vật đồng bộ) thì hành vi bán kèm ấy sẽ không bị xem là vi phạm Điều 82(d) giống như việc bán dây giày kèm theo việc bán giày (đối với loại giày cột dây), bởi lẽ trong trường hợp này thì mọi người tiêu dùng đều nhận thấy rằng giày của mình chỉ thật sự hoàn chỉnh nếu có dây giày. Do đó, người bán giày luôn bán kèm dây giày cho các đôi giày của mình[11]".

Điều đó cho thấy, tính liên quan giữa sản phẩm chính và sản phẩm kèm theo là một trong những khía cạnh quan trọng để xem xét thỏa thuận bán kèm có phải là hành vi vi phạm pháp luật hay không. Hay nói cách khác, cho dù chủ thể thực hiện hành vi có vị trí độc quyền trên thị trường hàng hóa liên quan nhưng sản phẩm chính và sản phẩm kèm theo là các yếu tố không thể tách rời của một sản phẩm đồng bộ hoặc của một dây chuyền thiết bị thì hành vi bán kèm đó lại là hợp pháp và cần được tôn trọng.

Lập luận này được khẳng định thông qua án lệ *Kentucky Fried Chicken v Diversified Packing,* khi Kentucky (KFC) chỉ đồng ý chuyển giao bí quyết và các quyền SHTT khác thuộc quyền sở hữu của mình thông qua hợp đồng nhượng quyền với yêu cầu bên nhận quyền phải mua các thiết bị và nguyên liệu từ KFC hay từ các nhà cung cấp khác được KFC chấp thuận bằng văn bản nếu thỏa mãn những yêu cầu về chất lượng mà KFC công bố, và việc chấp thuận như vậy không thể bị hủy bỏ một cách bất hợp lý, thì ràng buộc như vậy lại được Tòa án phúc thẩm liên bang Mỹ cho là cần thiết để đảm bảo tính thống nhất của hệ thống nhượng quyền cũng như tính đồng bộ của dây chuyền thiết bị và chất

10 Thông tin được đăng tải trên website của Cục Quản lý cạnh tranh Việt Nam tại địa chỉ: http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?ID=9&CateID=1, truy cập ngày 31/3/2017.

11 James F.Ponsoldt, Christohper D.David (2007), Comparison Between U.S and E.U Antitrust Treatment Of Tying Claims Against Microsoft: When Should Bundling Of Computer Software Be Permitted, Northwestern Journal Of International Law & Business, p. 441.

lượng hàng hóa nên thỏa thuận bán kèm này không vi phạm pháp luật cạnh tranh[12].

Tóm lại, trong hệ thống pháp luật của Mỹ và của châu Âu, điều khoản bán kèm sẽ được xem xét dựa trên nguyên tắc hợp lý nhằm cân bằng lợi ích của các bên liên quan. Theo đó, một thỏa thuận bán kèm chỉ bị ngăn cấm khi có các bằng chứng chứng minh rằng thỏa thuận ấy sẽ gây hạn chế cạnh tranh và tác động tiêu cực đến lợi ích của người tiêu dùng. Tính hạn chế cạnh tranh sẽ được xem xét dưới các khía cạnh khác nhau: thị phần của chủ thể trên thị trường sản phẩm chính và sản phẩm bán kèm, tính liên quan giữa sản phẩm chính và sản phẩm bán kèm…

2.2 Quy định của pháp luật Việt Nam

Trong hệ thống pháp luật Việt Nam, thỏa thuận bán kèm (chuyển giao cả gói) được điều chỉnh bởi cả Luật SHTT năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) và Luật Cạnh tranh năm 2004. Tuy nhiên, do cách tiếp cận khác nhau cùng với tính liên kết của hai văn bản pháp luật này không rõ ràng nên việc xem xét, đánh giá về một thỏa thuận bán kèm vẫn còn nhiều điểm chưa thống nhất.

Theo quy định của Luật SHTT, "Buộc bên được chuyển quyền phải mua toàn bộ hoặc một tỷ lệ nhất định các nguyên liệu, linh kiện hoặc thiết bị của bên chuyển quyền hoặc của bên thứ ba do bên chuyển quyền chỉ định mà không nhằm mục đích bảo đảm chất lượng hàng hoá, dịch vụ do bên được chuyển quyền sản xuất hoặc cung cấp;

…

3. Các điều khoản trong hợp đồng thuộc các trường hợp quy định ở trên mặc nhiên bị vô hiệu"[13].

Như vậy, thỏa thuận bán kèm trong hợp đồng chuyển giao quyền SHTT là thỏa thuận cần thiết và bên chuyển giao có quyền ghi nhận nếu nó nhằm mục đích đảm bảo chất lượng hàng hóa, dịch vụ. Luật SHTT chỉ ngăn cấm nếu bên chuyển quyền buộc bên được chuyển quyền phải mua toàn bộ hoặc một tỷ lệ nhất định các nguyên liệu, linh kiện hoặc thiết bị của bên chuyển quyền hoặc của bên thứ ba do bên chuyển quyền chỉ định mà không nhằm mục đích bảo đảm chất lượng hàng hoá, dịch vụ do bên được chuyển quyền sản xuất hoặc cung cấp[14].

Tuy nhiên, theo quy định của Luật Cạnh tranh năm 2004, điều khoản bán kèm này được xem là thỏa thuận áp đặt cho doanh nghiệp khác (bên được chuyển quyền) điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, dịch vụ hoặc buộc các doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng theo quy định tại khoản 5 Điều 8. Cho nên, trường hợp thị phần của các bên chuyển quyền và bên nhận chuyển quyền từ 30% trở lên thì thỏa thuận này sẽ mặc nhiên bị cấm theo khoản 2 Điều 9 Luật Cạnh tranh, trừ trường hợp được miễn trừ khi có mục đích hợp lý hóa mô hình kinh doanh (điểm a khoản 1 Điều 10), và/ hoặc thúc đẩy việc áp dụng thống nhất các tiêu chuẩn chất lượng, định mức kỹ thuật của chủng loại sản phẩm (điểm c khoản 1 Điều 10). Như vậy, với quy định tại Điều 9 và

12 Hằng Nga (2009), Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong hợp đồng nhượng quyền thương mại, Nxb. Tổng hợp, tr. 98.
13 Khoản 2, 3 Điều 144 Luật SHTT.
14 Điểm c khoản 2 Điều 144 Luật SHTT.

Điều 10 Luật Cạnh tranh năm 2004 sẽ dẫn đến tình huống:

Một là, thỏa thuận bán kèm (chuyển giao cả gói) sẽ mặc nhiên bị ngăn cấm, bỏ qua tính hợp lý và cần thiết để đảm bảo sự thống nhất, hiệu quả của công nghệ dưới góc độ quyền SHTT khi thị phần của các bên từ 30% trở lên (nếu không chứng minh được các điều kiện miễn trừ), điều này sẽ tác động tiêu cực đến việc thực thi quyền SHTT của bên chuyển giao vì nó có thể phá vỡ tính đồng bộ của dây chuyền, công nghệ chuyển giao.

Hai là, bên chuyển giao vẫn sẽ áp đặt các điều khoản bán kèm (cho dù áp đặt đó là bất hợp lý) ngay cả trong trường hợp bên chuyển giao có khả năng chi phối thị trường (thị phần từ 30% trở lên) mà không bị xem là vi phạm pháp luật và phải gánh chịu các chế tài theo quy định của Luật Cạnh tranh. Bởi lẽ, lúc này bên chuyển giao sẽ viện dẫn điểm a, c khoản 1 Điều 10 Luật Cạnh tranh để biện minh cho những hạn chế, áp đặt đó. Bên cạnh đó, việc chứng minh thỏa thuận đó vi phạm Điều 144 Luật SHTT bởi tiêu chí "không nhằm mục đích bảo đảm chất lượng hàng hoá, dịch vụ do bên được chuyển quyền sản xuất hoặc cung cấp" không phải là việc dễ dàng. Hay nói cách khác, trong trường hợp này, các thỏa thuận bán kèm trong hợp đồng chuyển giao công nghệ sẽ được chấp nhận ngay cả trường hợp nó gây cản trở, hạn chế cạnh tranh.

Ví dụ, trong hoạt động chuyển giao bí quyết, công nghệ sản xuất (nhượng quyền thương mại) của hệ thống cà phê Trung Nguyên thì việc Công ty cà phê Trung Nguyên buộc các cửa hàng nhận quyền phải mua cà phê của công ty chế biến và pha bán tại các cửa hàng là cần thiết, liên quan đến hợp đồng. Tuy nhiên, giả sử Trung Nguyên khi nhượng quyền, công ty này buộc các bên nhận quyền chỉ được phép sử dụng đường cát trắng nhãn hiệu Biên Hòa để pha cà phê thì ràng buộc đó có liên quan đến hợp đồng hay không? Do vậy, khái niệm "phù hợp với hệ thống kinh doanh do bên nhượng quyền quy định" có nội hàm khác biệt so với khái niệm "nhằm mục đích bảo đảm chất lượng hàng hoá, dịch vụ do bên được chuyển quyền sản xuất hoặc cung cấp". Chính sự không rõ ràng đó, có thể làm xuất hiện tình trạng hành vi bắt buộc bán kèm của bên chuyển giao quyền vi phạm khoản 5 Điều 13 Luật Cạnh tranh năm 2004 nhưng vẫn được phép thực hiện theo quy định của pháp luật về SHTT.

Do vậy, trong quá trình chuyển giao và thực thi quyền SHTT, một số trường hợp thỏa thuận bán kèm là hợp lý và được chấp nhận nếu điều đó là cần thiết để bảo vệ uy tín của các bên và tính thống nhất của công nghệ. Tuy nhiên, điều này cũng dễ dàng dẫn đến trường hợp chủ sở hữu quyền SHTT lạm dụng để có được vị trí thống lĩnh hoặc tác động tiêu cực đến tính cạnh tranh của thị trường[15]. Vì vậy, khi xem xét một thỏa thuận bán kèm, trước khi đưa ra kết luận thỏa thuận đó có vi phạm

15 Trong án lệ Queen City Pizza, Inc V Domino's Pizza, Inc, bên nhượng quyền (DPI) quy định tất cả nguyên liệu, đồ dùng và bao bì sử dụng tại các cửa hàng nhượng quyền thương mại phải phù hợp với tiêu chuẩn của DPI, cho nên bên nhận quyền phải mua chúng từ DPI hoặc bên cung cấp được sự đồng ý của DPI và Tòa án phúc thẩm liên bang (Mỹ) cho rằng quy định đó là cần thiết để đảm bảo tính đồng bộ của hệ thống nên được phép ghi nhận trong hợp đồng.

pháp luật hay không, cần phải có sự phân tích chi tiết mục đích của việc ràng buộc và bối cảnh của thị trường đối với các thỏa thuận bán kèm.

Nếu hai sản phẩm có liên hệ với nhau theo chiều dọc, sản phẩm này là nguyên liệu của quá trình sản xuất sản phẩm kia hoặc các sản phẩm được đính kèm, gắn liền nhau nhằm tạo thành chất lượng của sản phẩm hoặc tính đồng bộ của dây chuyền công nghệ thì việc ràng buộc đó là cần thiết nhằm duy trì hay tăng danh tiếng đối với chất lượng, độ tin cậy đối với hàng hóa, dịch vụ và tính nguyên vẹn của công nghệ. Trường hợp này, pháp luật cần thừa nhận nó như một thỏa thuận cần có trong hợp đồng chuyển giao quyền SHTT. Ngược lại, nếu bên chuyển giao quyền lạm dụng điều đó nhằm đạt được vị trí độc quyền trên thị trường, tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh thì thỏa thuận đó phải bị nghiêm cấm.

Vì vậy, nếu chỉ dựa vào yếu tố thị phần, hay mục đích thể hiện ra bên ngoài của các thỏa thuận bán kèm (đối với các trường hợp xin miễn trừ) theo cách tiếp cận hiện nay của Luật Cạnh tranh năm 2004 để xem xét chấp thuận hoặc không chấp thuận đối với mọi thỏa thuận bán kèm là không khả thi, mà phải tùy vào từng trường hợp, vụ việc cụ thể với các phân tích, đánh giá tác động của các thỏa thuận đó trong mối quan hệ với lợi ích mà thỏa thuận ấy mang lại nhằm đưa ra quyết định cho phép hay không cho phép thỏa thuận bán kèm (chuyển giao trọn gói).

Với những phân tích nêu trên, chúng tôi cho rằng, pháp luật SHTT và pháp luật cạnh tranh cần xác định rõ các nguyên tắc, căn cứ để xem xét, kết luận trường hợp nào thỏa thuận bán kèm sẽ được chấp thuận, trường hợp nào sẽ bị ngăn cấm trong mối quan hệ tổng hòa giữa đặc trưng của quyền SHTT và pháp luật cạnh tranh. Còn cụ thể, thỏa thuận nào đó có vi phạm pháp luật, bị ngăn cấm hay không sẽ thuộc thẩm quyền của Cục Quản lý cạnh tranh, tương tự như pháp luật của Mỹ và châu Âu.

3. Thay cho lời kết

Về nguyên tắc, chủ thể quyền SHTT có quyền độc quyền khai thác tài sản trí tuệ, nhưng điều đó không có nghĩa quyền SHTT không chịu sự tác động của pháp luật cạnh tranh. Tức là sự tồn tại quyền độc quyền theo quy định của pháp luật về SHTT phải không được phép vi phạm pháp luật cạnh tranh. Tuy nhiên, trên thực tế, việc chủ sở hữu thực hiện việc khai thác và sử dụng quyền đó có thể vi phạm pháp luật cạnh tranh.

Do đó, tương tự như các điều khoản khác có thể tồn tại trong hợp đồng chuyển giao quyền SHTT thì điều khoản về bán kèm (chuyển giao cả gói) phải được đặt trong mối tương quan với pháp luật SHTT. Theo đó, điều khoản này phải được xem xét trong sự đảm bảo quyền lợi của bên chuyển giao đối với tính thống nhất của đối tượng chuyển giao cũng như quyền lợi của người tiêu dùng đối với hàng hóa, dịch vụ được chuyển giao. Với lý do đó, yếu tố thị phần của các bên không thể là căn cứ duy nhất nhằm xem xét cho phép hay không cho phép với các thỏa thuận này mà cần phải dựa vào bản chất, mối tương quan giữa hàng hóa chính và hàng hóa được bán kèm nhằm đảm bảo tính thống nhất của các sáng chế, dây chuyền thiết bị, kỹ thuật cũng như tác động của thỏa thuận đó với môi trường cạnh tranh của thị trường thông qua việc xem xét cần thiết

hay không cần thiết cho phép tồn tại thỏa thuận/ điều khoản đó giữa các bên.

Nói tóm lại, mặc dù việc khai thác, sử dụng quyền SHTT của các chủ thể đã được quy định trong pháp luật về SHTT thông qua phạm vi, thời hạn bảo hộ cùng những ngoại lệ đối với đối tượng SHTT, nhưng điều đó không mặc nhiên tạo nên vị thế độc quyền cho chủ sở hữu cũng như chấp nhận mọi hành vi của chủ thể nhằm loại bỏ sự lạm dụng của họ tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh và quyền lợi người tiêu dùng. Do đó, pháp luật cạnh tranh được sử dụng bổ sung nhằm đảm bảo quyền độc quyền mà pháp luật về SHTT trao cho chủ thể quyền SHTT không bị lạm dụng bởi các hành vi hạn chế cạnh tranh, góp phần tạo nên hiệu quả điều chỉnh của pháp luật quốc gia ■

ÁP DỤNG NGUYÊN TẮC...

(Tiếp theo trang 13)

đó đã áp dụng hoặc có thoả thuận áp dụng nguyên tắc có đi có lại hay chưa. Dĩ nhiên, việc áp dụng linh hoạt trong trường hợp này cần có những quy định chi tiết về phạm vi áp dụng, cơ quan có thẩm quyền thẩm tra, quyết định và những trường hợp dù có thể bảo vệ được lợi ích của công dân Việt Nam nhưng cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam vẫn từ chối áp dụng nguyên tắc có đi có lại do vi phạm trật tự công cộng của Việt Nam.

Thứ ba, về trách nhiệm theo dõi, tổng kết danh sách các quốc gia đã áp dụng hoặc thoả thuận áp dụng nguyên tắc có đi có lại với Việt Nam để đề xuất ký kết hiệp định về áp dụng nguyên tắc có đi có lại với Việt Nam.

Nguyên tắc có đi có lại về bản chất là những trường hợp cụ thể trên thực tế cơ quan có thẩm quyền của các quốc gia quyết định việc tương trợ tư pháp lẫn nhau khi giữa hai quốc gia chưa có ĐƯQT ràng buộc nghĩa vụ này. Vì vậy, để đảm bảo việc ký kết được thực hiện theo một định hướng thống nhất, bảo vệ lợi ích hợp pháp của chủ thể Việt Nam, bảo đảm trật tự công cũng như chính sách đối ngoại của Việt Nam, cần có một cơ quan đảm nhận việc theo dõi, tổng kết danh sách các quốc gia đã áp dụng hoặc thoả thuận áp dụng nguyên tắc có đi có lại với Việt Nam để đề xuất ký kết hiệp định về áp dụng nguyên tắc có đi có lại với Việt Nam.

Xét về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, Bộ Tư pháp là cơ quan phù hợp để đảm nhận trách nhiệm này.

Tóm lại, với vai trò là một trong hai nguyên tắc của công nhận và cho thi hành tại Việt Nam bản án, quyết định dân sự của nước ngoài được Bộ luật TTDS năm 2015 quy định, việc xây dựng cơ chế cụ thể để áp dụng nguyên tắc này vào thực tiễn là cần thiết nhằm triển khai thi hành Bộ luật TTDS năm 2015 cũng như góp phần hoàn thiện pháp luật về tương trợ tư pháp trong lĩnh vực dân sự nói chung ■

BẢO ĐẢM SỰ THAM GIA CỦA NGƯỜI DÂN VÀO QUÁ TRÌNH BAN HÀNH QUYẾT ĐỊNH HÀNH CHÍNH[1]

Trần Hà Thu*
* ThS, Trung tâm Thông tin Khoa học lập pháp, Viện Nghiên cứu Lập pháp.

Thông tin bài viết:
Từ khóa: quyết định hành chính, quản lý nhà nước, lợi ích cộng đồng, quyền tham gia
Lịch sử bài viết:
Nhận bài: 20/07/2017
Biên tập: 09/08/2017
Duyệt bài: 16/08/2017

Tóm tắt:
Bài viết phân tích, đánh giá thực trạng quy định của pháp luật về bảo đảm quyền tham gia của người dân vào quá trình ban hành quyết định hành chính và đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về nội dung này.

Article Infomation:
Keywords: administrative decision, state administration, communit benefits, participation rights
Article History:
Received: 20 Jul. 2017
Edited: 09 Aug. 2017
Appproved: 16 Aug. 2017

Abstract:
This article points out limitations of provisions on ensuring the participation of citizens in process of promulgating administrative decisions and proposes solutions to improve laws on promulgating the administrative decisions.

1. Nội dung của bảo đảm sự tham gia của người dân vào quá trình ban hành quyết định hành chính

Điều 28 Hiến pháp năm 2013 quy định: "Công dân có quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội, tham gia thảo luận và kiến nghị với cơ quan nhà nước về các vấn đề của cơ sở, địa phương và cả nước. Nhà nước tạo điều kiện cho công dân tham gia quản lý nhà nước và xã hội". Quy định này của Hiến pháp tuy không đề cập cụ thể quyền tham gia vào quá trình ban hành quyết định

1 Bài viết là một phần kết quả của Đề tài nghiên cứu khoa học cấp cơ sở năm 2017 "Bảo đảm sự tham gia của người dân vào quá trình ban hành QĐHC" do Viện Nghiên cứu Lập pháp chủ trì, ThS. Trần Hà Thu làm Chủ nhiệm.

hành chính (QĐHC), nhưng với cách hiểu ban hành QĐHC là một hoạt động của quản lý nhà nước trong lĩnh vực hành chính thì có thể khẳng định: tham gia vào quá trình ban hành QĐHC là một trong những nội dung của quyền tham gia vào quản lý nhà nước.

Nội dung của bảo đảm sự tham gia của người dân vào quá trình ban hành QĐHC bao gồm: bảo đảm quyền tham gia đề xuất ban hành QĐHC; bảo đảm quyền được thông tin về việc ban hành QĐHC; bảo đảm quyền được tham vấn ý kiến về nội dung của QĐHC và về các vấn đề nảy sinh trong quá trình ban hành QĐHC và bảo đảm quyền khiếu nại đối với những nội dung của QĐHC.

Đề xuất ban hành QĐHC là giai đoạn đầu tiên của quá trình ban hành QĐHC. Đề xuất ban hành QĐHC được hiểu là những ý tưởng, ý kiến về ban hành QĐHC. Tham gia đề xuất ban hành QĐHC tức là người dân được đưa ra ý tưởng của mình về việc ban hành một QĐHC. Do đó, bảo đảm quyền tham gia đề xuất ban hành QĐHC là bảo đảm việc tiếp nhận các ý tưởng của người dân về việc ban hành QĐHC và nỗ lực biến các ý tưởng đó thành kế hoạch ban hành QĐHC. Trên thực tế, người dân có thể có rất nhiều ý kiến, ý tưởng khác nhau về cùng một vấn đề. Chất lượng của các ý tưởng này cũng khác nhau tùy thuộc vào trình độ nhận thức, kiến thức và kinh nghiệm của mỗi người. Trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền là tiếp nhận các đề xuất này, tổng hợp và tiếp thu một cách tối đa để đưa ra kế hoạch ban hành QĐHC. Như vậy, đánh giá việc người dân có được bảo đảm quyền tham gia đề xuất ban hành QĐHC hay không không phụ thuộc vào kết quả đề xuất đó có được chấp nhận hay không, mà phụ thuộc vào cách thức và thái độ tiếp nhận đề xuất đó. Để bảo đảm quyền tham gia đề xuất ban hành QĐHC thì quy định pháp luật cần chú ý đến quy trình tiếp nhận và xử lý các đề xuất nêu trên.

Bên cạnh việc tham gia đề xuất ban hành QĐHC thì việc được thông tin về việc ban hành QĐHC có ý nghĩa quan trọng đối với cả những cá nhân tham gia đề xuất và những cá nhân không tham gia đề xuất. Chẳng hạn, việc phổ biến thông tin về ban hành những QĐHC có liên quan đến lợi ích cộng đồng là cần thiết bởi QĐHC sau khi được ban hành sẽ có ảnh hưởng không chỉ tới cá nhân mà còn tới cả cộng đồng. Ngoài ra, đối với các QĐHC bất lợi cho đối tượng thi hành hoặc cho người thứ ba thì việc thông tin là bắt buộc để đảm bảo quyền lợi cho họ. Do vậy, bảo đảm quyền được thông tin về việc ban hành QĐHC được hiểu là những người có liên quan được gửi thông báo bằng các hình thức khác nhau (phương tiện thông tin đại chúng, bưu điện, thư điện tử, điện thoại) và được chắc chắn rằng những người này nhận được thông tin. Kể từ thời điểm nhận được thông tin về việc ban hành QĐHC, người dân bắt đầu tham gia một cách chủ động vào quá trình ban hành QĐHC.

Tiếp theo, giai đoạn quan trọng của quá trình ban hành QĐHC và có ảnh hưởng tới chất lượng QĐHC đó là tham vấn ý kiến về nội dung của QĐHC và về các vấn đề nảy sinh trong quá trình ban hành QĐHC. Tham vấn ý kiến là việc hỏi ý kiến, tham khảo ý kiến về một vấn đề nào đó. Việc hỏi ý kiến này có thể được thực hiện bằng các hình thức

đa dạng như: Phiếu điều tra, bảng hỏi, tổ chức cuộc họp, trưng cầu ý kiến trên phương tiện thông tin đại chúng... Càng có nhiều ý kiến, chất lượng của dự thảo QĐHC càng cao và việc ban hành QĐHC càng đạt hiệu quả tốt. Tuy nhiên, việc tham vấn ý kiến có tốt hay không không những phụ thuộc vào quá trình tổ chức lấy ý kiến mà còn vào cách thức, thái độ tiếp thu các ý kiến này. Như vậy, bảo đảm cho người dân được tham vấn ý kiến trong quá trình ban hành QĐHC là bảo đảm các điều kiện cho họ được tham gia đóng góp ý kiến và đảm bảo việc tổ chức tổng hợp, tiếp thu các ý kiến đó một cách nghiêm túc.

Cuối cùng, quá trình ban hành QĐHC về cơ bản sẽ kết thúc khi một QĐHC được ban hành bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Tuy nhiên, sau khi QĐHC được ban hành, người dân vẫn có quyền khiếu nại và được giải quyết khiếu nại[2]. Khoản 1 Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011 giải thích "khiếu nại là việc người dân có quyền yêu cầu cơ quan có thẩm quyền xem xét lại QĐHC … khi có căn cứ cho rằng quyết định đó… trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của mình". Kết quả của quá trình giải quyết khiếu nại là hoặc giữ nguyên QĐHC cũ để thi hành hoặc thay đổi nội dung của QĐHC cho phù hợp. Ở trường hợp thứ hai, việc ban hành QĐHC vẫn tiếp tục được diễn ra. Với ý nghĩa đó, đảm bảo quyền khiếu nại đối với QĐHC sau khi QĐHC được ban hành, theo chúng tôi, được coi là của sự bảo đảm trong quá trình ban hành QĐHC.

Với nội dung nêu trên, việc đảm bảo cho người dân tham gia vào quá trình ban hành QĐHC vừa đảm bảo quyền tham gia vào quản lý nhà nước theo tinh thần của Hiến pháp 2013 và các Công ước quốc tế về Quyền con người, vừa góp phần nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước, đảm bảo dân chủ, công khai và minh bạch trong quản lý hành chính.

2. Những hạn chế, bất cập trong quy định của pháp luật về bảo đảm sự tham gia của người dân vào quá trình ban hành quyết định hành chính

Thứ nhất, ở một số lĩnh vực, quy định của luật chuyên ngành về sự tham gia của người dân vào quá trình ban hành QĐHC còn thiếu, chưa thống nhất về hình thức, nội dung thể hiện.

Nhìn chung, pháp luật chuyên ngành không quy định trực tiếp trách nhiệm của Nhà nước, quyền của người dân trong bảo đảm tham gia vào quá trình ban hành QĐHC, mà chỉ quy định về trách nhiệm của Nhà nước trong việc thông báo QĐHC cho đối tượng chịu tác động và quyền khiếu nại, khởi kiện QĐHC của người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan. Một số luật có quy định thêm về quyền được yêu cầu giải thích, cung cấp thông tin về xử phạt hành vi vi phạm trong quá trình ban hành QĐHC như là một trong những biện pháp đảm bảo. Ví dụ, các Điều 28, 204 và 208 Luật Đất đai năm 2013 quy định về (1) Trách nhiệm của Nhà nước trong việc thông báo

2 Luật Khiếu nại năm 2011 quy định về khiếu nại và giải quyết khiếu nại đối với QĐHC.

QĐHC trong lĩnh vực quản lý đất đai cho tổ chức, cá nhân bị ảnh hưởng quyền và lợi ích hợp pháp (Điều 28)[3]; (2) Quyền khiếu nại, khởi kiện QĐHC của người sử dụng đất, người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan đến sử dụng đất (Điều 204)[4]; (3) Xử lý kỷ luật hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự với hành vi vi phạm (Điều 208)[5]; Luật Xây dựng năm 2014 quy định trách nhiệm của cơ quan Nhà nước trong việc lấy ý kiến về quy hoạch xây dựng (Điều 16 và 17), quyền khiếu nại, khởi kiện, tố cáo hành vi vi phạm trong việc cấp phép xây dựng của người dân (Điều 106); Luật Quản lý thuế năm 2006 quy định người nộp thuế được quyền "khiếu nại, khởi kiện quyết định hành chính liên quan đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình" (Điều 6), cơ quan quản lý thuế có trách nhiệm "Giải thích, cung cấp thông tin...."; "Giải quyết khiếu nại, tố cáo..." và "Giao kết luận, biên bản kiểm tra thuế, thanh tra..., giải thích khi có yêu cầu"(Điều 8); Luật Đầu tư năm 2014 quy định: "Người lợi dụng chức vụ, quyền hạn cản trở hoạt động đầu tư kinh doanh, có hành vi sách nhiễu, gây phiền hà đối với nhà đầu tư, không thực thi công vụ theo quy định của pháp luật thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự" (Khoản 2, Điều 73)...

Thứ hai, các quy định của pháp luật chuyên ngành chưa đảm bảo quyền của người dân tham gia vào quá trình ban hành QĐHC ngay từ giai đoạn soạn thảo dự thảo QĐHC

Điều 28 Luật Đất đai năm 2013 đã quy định về việc thông báo về QĐHC cho đối tượng có liên quan. Nhưng điều luật chưa làm rõ QĐHC này được thông báo khi đã ban hành hay khi đang trong quá trình xây dựng Dự thảo. Trong trường hợp QĐHC đã được ban hành và ký bởi người có thẩm quyền rồi mới thông báo cho người có liên quan thì chưa đảm bảo được sự tham gia của người dân (trước hết là người chịu tác động) vào quá trình ban hành QĐHC này. Hay Điều 204 Luật Đất đai năm 2013 quy định về giải quyết khiếu nại, khiếu kiện đối với QĐHC trong lĩnh vực đất đai - một trong những phương pháp bảo đảm quyền và lợi ích của cá nhân, tổ chức là đối tượng chịu tác động của QĐHC - nhưng phương pháp này chưa thực sự hiệu quả đối với quá trình ban hành QĐHC do chỉ được thực hiện ở giai đoạn sau khi QĐHC được ban hành.

Theo các quy định của các Điều 6, 8 Luật Quản lý thuế năm 2006, người dân có

3 Khoản 3 Điều 28 Luật Đất đai 2013 quy định Nhà nước có trách nhiệm "Thông báo QĐHC, hành vi hành chính trong lĩnh vực quản lý đất đai cho tổ chức, cá nhân bị ảnh hưởng quyền và lợi ích hợp pháp"

4 Điều 204 Luật Đất đai 2013 về giải quyết khiếu nại, khiếu kiện về đất đai quy định:" Người sử dụng đất, người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan đến sử dụng đất có quyền khiếu nại, khởi kiện QĐHC hoặc hành vi hành chính về quản lý đất đai"; "Trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại QĐHC… thực hiện theo quy định của pháp luật về khiếu nại. Trình tự, thủ tục giải quyết khiếu kiện QĐHC về đất đai được thực hiện theo quy định của pháp luật về tố tụng hành chính".

5 Điều 208 Luật Đất đai 2013 quy định xử lý đối với các hành vi "Lợi dụng chức vụ, quyền hạn làm trái quy định của pháp luật trong ra QĐHC trong quản lý đất đai" và "Vi phạm các quy định về lấy ý kiến, công bố, công khai thông tin; vi phạm quy định trình tự, thủ tục hành chính; vi phạm quy định về báo cáo trong quản lý đất đai".

quyền yêu cầu giải thích về kết luận, biên bản kiểm tra thuế, thanh tra thuế. Tuy nhiên, quy trình giải thích, biện pháp xử lý đối với cán bộ không thực hiện yêu cầu giải thích của người dân ra sao thì chưa được pháp luật quy định cụ thể.

Quy định của Luật Khiếu nại năm 2011 về quyền đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền xem xét lại QĐHC khi có căn cứ cho rằng quyết định đó là trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của mình (Điều 1) chỉ đảm bảo được cho người dân tham gia có ý kiến một cách bị động sau khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành QĐHC.

Thứ ba, chưa có biện pháp xử lý kỷ luật đối với hành vi thờ ơ hay cản trở sự tham gia của người dân vào quá trình ban hành QĐHC

Điều 208 của Luật Đất Đai năm 2013 đã có quy định về việc xử lý người có thẩm quyền có hành vi vi phạm các quy định về trình tự, thủ tục ban hành QĐHC. Tuy nhiên, đối với hành vi không tiếp thu, giải trình đối với ý kiến của nhân dân hoặc hành vi cản trở việc tham gia của người dân có bị xử lý hay không, biện pháp khắc phục hậu quả thế nào… vẫn là vấn đề còn bỏ ngỏ. Tương tự, Luật Xây dựng năm 2014, Luật Đầu tư năm 2014 chỉ quy định trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền mà không xác định hình thức xử lý đối với trường hợp không hoàn thành trách nhiệm đó.

3. Một số kiến nghị

Chúng tôi cho rằng, để bảo đảm sự tham gia của người dân vào quá trình ban hành QĐHC, cần thực hiện một số giải pháp sau đây:

Thứ nhất, cần đẩy nhanh quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật về hành chính nói chung và về ban hành QĐHC nói riêng nhằm tạo cơ sở pháp lý cho người dân thực hiện quyền tham gia của mình vào quá trình ban hành QĐHC. Do đó, việc nhanh chóng xem xét đưa Dự án Luật Ban hành QĐHC vào Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh hoặc nghiên cứu bổ sung các quy định này vào luật có liên quan là cần thiết;

Thứ hai, cần xác định mục tiêu của việc xây dựng các quy định của pháp luật về ban hành QĐHC theo hướng: (1) Tăng cường khả năng thực hiện và bảo đảm quyền tham gia của người dân vào quản lý nhà nước bằng các quy định của pháp luật; (2) Thống nhất và cụ thể hóa các quy định của pháp luật về quy trình ban hành QĐHC và về mức độ, nội dung tham gia của người dân vào quá trình ban hành QĐHC;

Thứ ba, làm rõ một số nội dung như: về quá trình ban hành QĐHC; về thông tin trong quá trình ban hành QĐHC; về tham vấn ý kiến của cá nhân, tổ chức có liên quan; về hành vi vi phạm trong quá trình ban hành QĐHC bị xử lý trách nhiệm ■

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ QUYỀN CỦA NGƯỜI SỬ DỤNG DỊCH VỤ KHÁM, CHỮA BỆNH

Đinh Thị Thanh Nga*
* ThS, Học viện Cán bộ TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Quyền của người sử dụng dịch vụ khám, chữa bệnh; Luật Khám bệnh, chữa bệnh.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 02/05/2017
Biên tập: 22/08/2017
Duyệt bài: 31/08/2017

Tóm tắt:

Khám, chữa bệnh là dịch vụ phục vụ con người được thiết lập trên cơ sở hợp đồng giữa cơ sở khám, chữa bệnh với tư cách là nhà cung cấp dịch vụ và người sử dụng dịch vụ khám, chữa bệnh. Bài viết trình bày về thực trạng quyền của người sử dụng dịch vụ khám, chữa bệnh và đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật mà cụ thể là Luật Khám bệnh, chữa bệnh năm 2009.

Article Infomation:

Keywords: rights of users of medical examination and treatment services, Law on medical examination and treatment

Article History:

Received: 02 May 2017
Edited: 22 Aug. 2017
Appproved: 31 Aug. 2017

Abstract:

The services of medical examination and treatment are the ones for the human, which is established on the basis of contracts between the medical examination and treatment establishments as the service providers and the users of the medical examination and treatment services. This article presents the status of the rights of users of medical examination and treatment services and provides recommendations to improve the law, specifically the Law on medical examination and treatment of 2009.

1. Quyền của người sử dụng dịch vụ khám, chữa bệnh theo Luật Khám bệnh, chữa bệnh

1.1 Quyền được khám, chữa bệnh có chất lượng phù hợp với điều kiện thực tế (Điều 7)

Đây là quyền đầu tiên của người bệnh được đề cập tại Luật Khám bệnh, chữa bệnh (KBCB) năm 2009. Về nội dung, quyền được khám, chữa bệnh (KCB) phù hợp với điều kiện thực tế, bao gồm "được tư vấn, giải thích về tình trạng sức khoẻ, phương pháp điều trị và dịch vụ KCB phù hợp với bệnh; được điều trị bằng phương pháp an toàn, hợp lý và có hiệu quả theo các quy định về chuyên môn kỹ thuật".

Tuy nhiên, có thể thấy rằng, khái niệm "chất lượng phù hợp điều kiện thực tế" là phạm trù định tính, có thể dễ dàng giải thích theo hướng có lợi cho cơ sở KCB. Vì vậy, để bảo đảm quyền của người KBCB, cần tiếp cận theo hướng quyền được hưởng thụ dịch vụ KCB đạt tiêu chuẩn hoặc tiêu chuẩn cao. Quyền về chất lượng dịch vụ y tế đòi hỏi các tổ chức chăm sóc sức khỏe và các chuyên gia cung cấp mức độ thỏa mãn về kỹ thuật, sự an toàn. Theo Tổ chức Y tế thế giới (WHO) thì về quyền đối với sức khoẻ con người, các dịch vụ y tế phải có sẵn, có thể tiếp cận, được chấp nhận và chất lượng tốt (available, accessible, acceptable and good quality)[1]; cụ thể là các chuyên gia y tế lành nghề, thuốc và phương tiện y tế đạt chuẩn về khoa học và còn hiệu lực, điều kiện vệ sinh đầy đủ và nước uống an toàn. Quyền đối với chất lượng KCB còn được giải thích là "quyền nhận tư vấn y tế và điều trị, đáp ứng đầy đủ các tiêu chuẩn được thừa nhận hiện nay về chất lượng và chăm sóc. Các tiêu chuẩn được thừa nhận hiện nay là những tiêu chuẩn được công nhận bởi một cơ quan chịu trách nhiệm về sự chuyên nghiệp về hành nghề y đương đại"[2].

Như vậy, thay vì đưa ra một khái niệm chỉ mang giá trị định tính, nếu xác định rõ quyền được thụ hưởng dịch vụ y tế đảm bảo các tiêu chuẩn chất lượng đã được công bố sẽ đem lại sự an toàn hơn cho người bệnh. Đồng thời, người bệnh còn cần có quyền được đảm bảo an toàn trong mọi hoạt động của toàn bộ quá trình KCB, không nên chỉ giới hạn ở việc được điều trị bằng phương pháp an toàn, hợp lý như Luật KBCB đã nêu.

1.2 Quyền được tôn trọng bí mật riêng tư (Điều 8)

Được tôn trọng bí mật riêng tư là quyền thứ hai của người bệnh theo Luật KBCB. Theo đó, người bệnh được giữ bí mật thông tin về tình trạng sức khoẻ và đời tư được ghi trong hồ sơ bệnh án. Những thông tin nêu trên chỉ được phép công bố khi người bệnh đồng ý hoặc để chia sẻ thông tin, kinh nghiệm nhằm nâng cao chất lượng chẩn đoán, chăm sóc, điều trị người bệnh giữa những người hành nghề trong nhóm trực tiếp điều trị cho người bệnh hoặc trường hợp khác do pháp luật quy định.

Theo quy định của Điều 59 Luật KBCB, hồ sơ bệnh án được lưu trữ theo các cấp độ mật của pháp luật về bảo vệ bí mật Nhà nước. Người đứng đầu cơ sở KCB quyết định việc cho phép khai thác hồ sơ bệnh án trong các trường hợp: (i) Sinh viên thực tập, nghiên cứu viên, người hành nghề trong cơ sở KBCB được mượn hồ sơ bệnh án tại chỗ để đọc hoặc sao chép phục vụ cho việc nghiên cứu hoặc công tác chuyên môn kỹ thuật; (ii) Đại diện cơ quan quản lý nhà nước về y tế trực tiếp quản lý cơ sở KBCB, cơ quan điều tra, viện kiểm sát, tòa án, thanh tra chuyên ngành y tế, cơ quan bảo hiểm, tổ chức giám định pháp y, pháp y tâm thần, luật sư được mượn hồ sơ

1 World Health Organization- Office of the United Nations High Commissioner for Human rights, The right to health-Fact sheet No 31, trang 4; http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf.

2 NTEC Patient's Relations Office, Patient's right and responsibilities, http://www3.ha.org.hk/pwh/content/comm/charterpamphlet_e.html.

bệnh án tại chỗ để đọc hoặc sao chép phục vụ nhiệm vụ được giao theo thẩm quyền cho phép. Các đối tượng trên khi sử dụng thông tin trong hồ sơ bệnh án phải giữ bí mật và chỉ được sử dụng đúng mục đích như đã đề nghị với người đứng đầu cơ sở KBCB. Quy định này tương đồng với các quyền người bệnh được các nước phát triển thừa nhận.

Tuy nhiên, nội hàm quyền được tôn trọng bí mật riêng tư chưa được Luật thể hiện đầy đủ vì những lý do sau đây:

Thứ nhất, theo quy định của Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015, cá nhân có quyền đối với bí mật đời tư và quyền đối với hình ảnh. Như vậy, mọi thông tin về đời tư cá nhân, không chỉ là thông tin về tình trạng sức khoẻ và đời tư được ghi trong hồ sơ bệnh án, mà còn bao gồm cả các mối quan hệ với người thân và hình ảnh của người bệnh phải được bảo mật tuyệt đối. Hiện nay, hình ảnh và một số thông tin của người bệnh cụ thể liên quan đến tình trạng bệnh thường được một số bác sĩ đưa lên mạng xã hội khi chưa được sự đồng ý của bệnh nhân. Hành vi này đã xâm phạm đến bí mật đời tư của người bệnh.

Thứ hai, một trong những vấn đề thường xuyên xuất hiện tại các bệnh viện ở Việt Nam là việc các thực tập sinh y khoa thường có mặt tại phòng khám, thậm chí có thể thực hiện một số công việc dưới sự hướng dẫn và giám sát của người hành nghề trong quá trình KCB. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là sự hiện diện của các thực tập sinh có cần nhận được sự đồng ý của người bệnh hay không vẫn còn bị bỏ ngỏ trong các quy định về KCB. Các thông tin và sự riêng tư của người bệnh đều cần được bảo mật ngay cả đối với người thân nếu không phải là người đại diện của người bệnh.

Thứ ba, mỗi người bệnh có quyền được giữ bí mật thông tin cá nhân, không chỉ bao gồm thông tin về tình trạng sức khỏe và các thủ tục chẩn đoán hoặc điều trị mà còn cần được bảo vệ sự riêng tư của mình trong suốt quá trình thực hiện chẩn đoán, điều trị và phẫu thuật nói chung. Tất cả các hoạt động chẩn đoán, điều trị và phẫu thuật phải diễn ra trong một môi trường thích hợp và trong sự hiện diện của chỉ những người cần thiết (trừ khi bệnh nhân đã đồng ý hoặc yêu cầu). Đây cũng là nội dung rất hợp lý và tiến bộ của quyền bí mật riêng tư trong Hiến chương Quyền người bệnh của EU[3] mà chưa được ghi nhận trong pháp luật Việt Nam.

Những hạn chế nêu trên cho thấy sự cần thiết sửa đổi, bổ sung Luật KBCB nhằm bảo đảm quyền tôn trọng bí mật riêng tư của người KCB phù hợp với BLDS.

1.3 Quyền được tôn trọng danh dự, bảo vệ sức khoẻ trong KBCB (Điều 9)

Điều 9 Luật KBCB quy định: "(1) Không bị kỳ thị, phân biệt đối xử hoặc ép buộc KBCB, trừ trường hợp được quy định tại khoản 1 Điều 66 của Luật; (2) Được tôn trọng về tuổi tác, giới tính, dân tộc, tín ngưỡng; (3) Không bị phân biệt giàu nghèo, địa vị xã hội".

3 Dónal P. O'Mathúna- P. Anne Scott-Adam McAuley, Healthcare Rights and Responsibilities- A review of the EU patient's rights, Irish Patients' Association, 4/2005, page 18.

Mặc dù quyền được tôn trọng danh dự và bảo vệ sức khoẻ bao gồm cả vấn đề không bị phân biệt đối xử do giàu nghèo và tôn trọng về tuổi tác, giới tính, dân tộc, tín ngưỡng nhưng cách thể hiện này chưa thể hiện được đầy đủ nội hàm của quyền. Bên cạnh những nội dung trên, lẽ ra quyền được bảo vệ sức khoẻ còn cần được thể hiện thông qua việc người bệnh phải được bảo vệ khỏi nguy cơ tổn hại gây ra bởi các sai sót, chậm trễ trong chuyên môn và được tiếp cận với các dịch vụ y tế và các phương pháp điều trị có thể đáp ứng tiêu chuẩn an toàn (right to safety). Được bảo vệ sức khoẻ còn là việc người bệnh phải được tránh hoặc giảm nhẹ mọi đau đớn không cần thiết ở tất cả giai đoạn có thể trong quá trình điều trị của mình (right to avoid unessecary suffering and pain)[4]. Những ý nêu trên đều chưa được thể hiện trong Luật KBCB hiện hành.

1.4 Quyền được lựa chọn trong KBCB (Điều 10)

Quyền được lựa chọn trong KCB bao gồm ba nội dung sau:

Một là, "được cung cấp thông tin, giải thích, tư vấn đầy đủ về tình trạng bệnh, kết quả, rủi ro có thể xảy ra để lựa chọn phương pháp chẩn đoán và điều trị". Đối với nội dung này, pháp luật của một số nước như Hoa Kỳ và Australia còn quy định thêm yêu cầu về việc cung cấp toàn bộ các thông tin liên quan trong điều trị người bệnh bằng ngôn ngữ đơn giản, dễ hiểu, đầy đủ và toàn diện để người bệnh có thể đưa ra các quyết định[5];

Hai là, người bệnh "được chấp nhận hoặc từ chối tham gia nghiên cứu y sinh học". Nghiên cứu để thử nghiệm các loại thuốc mới hoặc phương pháp chữa bệnh mới cần phải được sự đồng ý của người được thử nghiệm. Nội dung này hoàn toàn phù hợp với BLDS[6] và với Tuyên bố Lisbon 1981 về Quyền người bệnh[7].

Ba là, "được lựa chọn người đại diện để thực hiện và bảo vệ quyền, nghĩa vụ của mình trong KBCB". Được lựa chọn người đại diện cho mình trong KCB là quyền rất có ý nghĩa đã được Luật KBCB ghi nhận. Trong quá trình điều trị, người bệnh có thể lâm vào tình trạng mất khả năng nhận thức hoặc điều khiển hành vi. Để có thể bị coi là mất năng lực hành vi thì phải có quyết định của Toà án, điều khó khả thi trong hoàn cảnh đó. Do vậy, việc chỉ định trước người đại diện cho mình sẽ đem lại cơ hội tốt hơn để người bệnh thể hiện tự do ý chí và cơ sở KCB cũng thuận lợi hơn trong việc thực hiện các quyết định điều trị, vì không phải mọi trường hợp người bệnh đều có người đại diện theo pháp luật tham gia vào việc chăm sóc. Vì thế, các cơ sở KCB nên đưa nội dung này vào thoả thuận khi người bệnh tham gia điều trị nội trú. Pháp

4 Italy: Charter of rights against unnescesrary pain,http://www.cittadinanzattiva.it/files/corporate/salute/carta_dei_diritti/carta_dei_diritti_sul_dolore_inutile_en.pdf

5 Thompson Reuter, http://injury.findlaw.com/medical-malpractice/unauthorized-treatment-and-lack-of-informed-consent.html,

6 Điều 32 BLDS 2015, Điều 33 BLDS năm 2015

7 Wolrd Medical Assembly (1981), World Medical association declaration of Lisbon on the rights of the patient, right to self- determination p2, http://dl.med.or.jp/dl-med/wma/lisbon2005e.pdf.

luật nước Anh còn cho phép người bệnh thực hiện quyền nêu trước các quyết định điều trị cho chính mình (future healthcare dicisions) khi xảy ra những tình huống nhất định vì họ không còn khả năng tự đưa ra quyết định vào thời điểm đó[8].

Ngoài ra, dịch vụ KCB cần được nhìn nhận đúng với tư cách là hàng hoá, người mua phải có quyền lựa chọn ai là người bán nó cho mình giữa rất nhiều nhà cung cấp trên cùng thị trường. Do vậy, bên cạnh những nội dung trên, quyền được lựa chọn trong KCB cần chứa đựng cả quyền được lựa chọn cơ sở KCB, bao gồm việc lựa chọn cơ sở KCB ngay cả khi sử dụng bảo hiểm y tế. Nội dung này thực chất hiện nay cũng đã được thể hiện trong Luật Bảo hiểm xã hội sửa đổi năm 2014 và các văn bản hướng dẫn có liên quan. Bên cạnh đó, người bệnh cũng cần được biết tên toàn bộ người hành nghề đang thực hiện việc khám chữa bệnh cho mình vì hoạt động KCB mang tính chuyên nghiệp phụ thuộc phần lớn vào năng lực cá nhân và phải do người có chứng chỉ hành nghề thực hiện.

1.5 Quyền được cung cấp thông tin về hồ sơ bệnh án và chi phí KBCB (Điều 11)

Điều 11 Luật KBCB quy định "Người bệnh được cung cấp thông tin tóm tắt hồ sơ bệnh án nếu có yêu cầu bằng văn bản, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác; được cung cấp thông tin về giá dịch vụ KCB, giải thích chi tiết các khoản chi trong hoá đơn thanh toán dịch vụ KCB".

Hồ sơ bệnh án là tài liệu y học, y tế và pháp lý; được bảo quản theo các cấp độ mật của pháp luật về bí mật Nhà nước. Người bệnh chỉ có quyền được cung cấp tóm tắt hồ sơ bệnh án khi có yêu cầu bằng văn bản.

Về lý thuyết có thể cho rằng, hồ sơ bệnh án có những thuật ngữ chuyên môn người bệnh không cần thiết phải tiếp cận, trong quá trình KCB họ đã được giải thích đầy đủ về tình trạng bệnh, kết quả cũng như phương pháp chữa trị… nên chỉ cần cung cấp tóm tắt hồ sơ bệnh án là đủ. Tuy nhiên, bệnh án chứa đựng những thông tin nhân thân liên quan trực tiếp đến người bệnh và họ phải có quyền tiếp cận đến toàn bộ những gì thuộc về chính mình. Không được tiếp cận hồ sơ bệnh án, họ hoàn toàn có thể nghi ngờ bản tóm tắt không đúng sự thật và bên cung cấp che giấu thông tin. Họ cũng khó có thể tham khảo ý kiến từ chuyên gia y khoa khác nếu không có hồ sơ bệnh án với đầy đủ các xét nghiệm cận lâm sàng, y lệnh nên dễ nảy sinh nguy cơ tranh chấp khi có tai biến. Khi muốn yêu cầu bảo vệ quyền lợi cho mình trong tranh chấp, người bệnh cũng gặp khó khăn trong việc cung cấp chứng cứ để chứng minh có sai sót chuyên môn trong KCB. Việc khiếu kiện của người bệnh chỉ dựa vào cảm nhận chủ quan và những thông tin trong bản tóm tắt bệnh án do cơ sở KCB cung cấp mà họ có thể cho rằng không khách quan. Việc không cho người bệnh được biết toàn bộ hồ sơ bệnh án không chỉ tạo nguy cơ tranh chấp cao hơn mà còn có thể làm trầm trọng hơn tranh chấp khi đã xảy ra.

8 British Columbia Government, http://www2.gov.bc.ca/gov/content/family-social-supports/seniors/health-safety/advance-care-planning, 11/2016.

Chưa kể đến việc trên thực tế, nhiều cơ sở KCB còn giữ lại cả những kết quả xét nghiệm, thăm dò chức năng trong quá trình điều trị nội trú mặc dù người bệnh đã trả chi phí cho những kết quả này của họ. Do vậy người bệnh hầu như phải làm lại toàn bộ các chỉ định cận lâm sàng khi chuyển từ cơ sở KCB này sang cơ sở KCB khác. Điều này vừa gây tốn kém cả về thời gian và tiền bạc cho người bệnh, vừa dẫn đến nguy cơ không theo dõi được đầy đủ diễn tiến của bệnh để điều trị hiệu quả.

Trong khi đó, pháp luật về quyền người bệnh của Australia và của Cộng hoà Lithuania, Tuyên bố (mở rộng) về quyền người bệnh của Châu Âu đều cho phép người bệnh được xem hồ sơ bệnh án và được cung cấp bản sao lục hồ sơ nếu có yêu cầu[9]. Người bệnh còn có quyền yêu cầu chỉnh sửa những thông tin không chính xác trong hồ sơ bệnh án của mình. Người bệnh cũng có quyền tham khảo ý kiến từ một chuyên gia y tế khác trong quá trình KCB (Tuyên bố Lisbon 1981 về Quyền người bệnh)[10]. Theo Luật của South Calorina (section 44-115-60), chỉ trong một số trường hợp luật định, cơ sở KCB mới được phép cung cấp bản tóm tắt hoặc một phần hồ sơ bệnh án thay cho toàn bộ hồ sơ bệnh án, như khi có căn cứ hợp lý cho rằng việc cung cấp toàn bộ hồ sơ bệnh án sẽ gây ảnh hưởng xấu đến tâm lý hoặc tình trạng tinh thần của người bệnh hoặc các trường hợp khác bị luật cấm[11].

Bên cạnh đó, theo Luật KBCB, người đại diện hợp pháp của người bệnh bị mất năng lực hành vi dân sự, không có năng lực hành vi dân sự, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc người chưa thành niên từ đủ 6 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi quyết định việc KCB. Trường hợp cấp cứu, để bảo vệ tính mạng, sức khoẻ của người bệnh, nếu không có mặt người đại diện hợp pháp của người bệnh thì người đứng đầu cơ sở KCB quyết định việc KCB.

1.6 Quyền được từ chối chữa bệnh và ra khỏi cơ sở KBCB (Điều 12)

Quyền được từ chối chữa bệnh và ra khỏi cơ sở KBCB bao gồm: (1) Được từ chối xét nghiệm, sử dụng thuốc, áp dụng thủ thuật hoặc phương pháp điều trị, nhưng phải cam kết tự chịu trách nhiệm bằng văn bản về việc từ chối của mình, trừ trường hợp được quy định tại khoản 1 Điều 66; (2) Được ra khỏi cơ sở KCB khi chưa kết thúc điều trị, nhưng phải cam kết tự chịu trách nhiệm bằng văn bản về việc ra khỏi cơ sở KCB trái với quy

9 Patient's rights of South Australia, Legal services commission, http://www.lawhandbook.sa.gov.au/ch29s01.php.
Article 7 (Right of Access to Entries in one's Medical Records), Law on the right of patients and compensation for the damage to their heath of The Republic of Lithuania, 10/1996, http://www.lncp.lt/admin/upload/LAW%20ON%20THE%20RIGHTS%20OF%20PATIENTS%20AND%20COMPENSATION%20FOR%20THE%20DAMAGE%20TO%20THEIR%20HEALTH.pdf.
Article 4 (Confidentality and privacy) Adeclaration on the promotion of patients' rights in Europe, European consultation on the rights of patients Amsterdam 3/1994 –WHO, ICP/HLE 121.

10 Điểm b, Điều 2 (Right to ask for the opinion of another physician at any stage) Tuyên bố Lisbon về Quyền người bệnh http://dl.med.or.jp/dl-med/wma/lisbon2005e.pdf.

11 South Calorina Code of Law, Chapter 115, Physicans'Patient Record Act, SECTION 44-115-60. Physician's release of summary or portion in lieu of full record, http://www.scstatehouse.gov/code/t44c115.php.

định của người hành nghề, trừ trường hợp được quy định tại khoản 1 Điều 66.

Quyền được ra khỏi cơ sở KCB là biểu hiện cụ thể của quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng áp dụng cho hợp đồng dịch vụ KCB, trong đó bao hàm cả việc người bệnh được ra khỏi cơ sở KCB này để chuyển sang cơ sở KCB khác theo yêu cầu của họ. Nội dung này cũng đã được đề cập trong Điều 58 Luật KBCB về các trường hợp phải chuyển cơ sở KCB, và khi được ghi nhận là quyền của người bệnh thể hiện sự thống nhất, đầy đủ trong pháp luật về KCB.

Tuy nhiên, bản chất của hợp đồng là sự tự do ý chí, tự nguyện, bình đẳng. Người bệnh, với tư cách là người sử dụng dịch vụ, phải có quyền quyết định việc phát sinh, thay đổi và chấm dứt quan hệ hợp đồng. Cả hai quyền nêu trên đều có liên quan đến quyền tự quyết định của người bệnh với tư cách là một bên trong hợp đồng, thiết nghĩ không cần phải tách làm quyền độc lập bên cạnh quyền được lựa chọn trong KCB.

2. Một số quyền của người bệnh chưa được đề cập trong Luật Khám bệnh, chữa bệnh

Thứ nhất, về quyền khiếu nại của người KCB trong hợp đồng dịch vụ KCB. Luật KBCB lại chưa đề cập đến quyền này với tư cách là quyền của người KCB, mà chỉ quy định: việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính về KBCB; việc tố cáo và giải quyết tố cáo vi phạm pháp luật về KBCB được thực hiện theo quy định của pháp luật về khiếu nại, tố cáo (Điều 79). Điều 80 quy định, các tranh chấp về KCB do các bên tự hòa giải, trong trường hợp hòa giải không thành thì các bên tranh chấp có quyền khởi kiện tại Tòa án theo quy định của pháp luật.

Xét về khía cạnh dân sự, hợp đồng dịch vụ KCB là hợp đồng dân sự, vì vậy, bên sử dụng dịch vụ phải có quyền khiếu nại về chất lượng, về những sai sót trong quá trình cung cấp dịch vụ của bên cung cấp dịch vụ. Nếu khiếu nại không được giải quyết thoả đáng, bên sử dụng dịch vụ có quyền khởi kiện tại Toà án theo thủ tục tố tụng dân sự. Vì vậy, để bảo quyền lợi của người KCB, cần bổ sung quy định về quyền khiếu nại của KCB đối với bên cung cấp dịch vụ KCB.

Thứ hai, về quyền đòi bồi thường của người bệnh. Quyền được bồi thường về vật chất, tinh thần là quyền con người đã được hiến định (Điều 30 Hiến pháp năm 2013). Bên sử dụng dịch vụ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại khi dịch vụ được cung ứng không đạt được như thoả thuận hoặc công việc không được hoàn thành đúng thời hạn; bên cung ứng dịch vụ vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ (Điều 516 và Điều 520 BLDS năm 2015). Trong quá trình KCB, có thể xảy ra những thiệt hại do lỗi của bên cung cấp dịch vụ như: cẩu thả, không tuân thủ quy định chuyên môn kỹ thuật gây ra. Thiệt hại mà bên sử dụng dịch vụ phải gánh chịu do những vi phạm từ phía bên cung cấp liên quan đến sức khoẻ, tính mạng, những giá trị quan trọng nhất của con người. Mặc dù trách nhiệm bồi thường của người hành nghề, cơ sở KCB khi xảy ra tai biến đã được đề cập tại Điều 76 Luật KBCB, thiết nghĩ quyền được yêu cầu bồi thường thiệt hại cũng cần được ghi nhận với tư cách là quyền người bệnh để mang tính đồng bộ, nâng cao trách nhiệm của cơ sở KCB trong quan hệ này.

3. Các kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định về quyền người bệnh trong Luật Khám bệnh, chữa bệnh

Thứ nhất, sửa đổi tên gọi của "quyền được KCB phù hợp với điều kiện thực tế" thành "quyền được hưởng dịch vụ KCB có chất lượng tuân thủ các tiêu chuẩn được công nhận". Theo đó người bệnh phải được khám, tư vấn, điều trị, chăm sóc đáp ứng đầy đủ các tiêu chuẩn chất lượng KCB đã được công bố và thừa nhận bởi cơ quan có thẩm quyền. Các tiêu chuẩn này sẽ không chỉ bao gồm chất lượng chuyên môn kỹ thuật mà còn có cả chất lượng phục vụ người bệnh (chăm sóc khách hàng), chất lượng quản lý hệ thống KCB.

Thứ hai, người bệnh có quyền được tôn trọng bí mật thông tin cá nhân. Trước hết, mọi thông tin trong hồ sơ bệnh án và thông tin về đời tư cá nhân (mối quan hệ nhân thân, hình ảnh, lịch sử gia đình…) của người bệnh phải được giữ bí mật. Chỉ được phép công bố các thông tin trên khi người bệnh đồng ý hoặc để chia sẻ thông tin kinh nghiệm nhằm nâng cao chất lượng chẩn đoán, chăm sóc điều trị người bệnh trong nhóm trực tiếp điều trị cho người bệnh và những trường hợp khác luật định. Ngay cả khi được sử dụng thông tin của bệnh nhân thì những thông tin định danh (identify information) cần giữ bí mật nếu không có sự cho phép của người bệnh, trừ trường hợp luật định phải công khai vì lợi ích công hoặc lợi ích của người đó. Ví dụ, trường hợp sử dụng hình ảnh hoặc thông tin về tình trạng bệnh của người bệnh để chia sẻ kinh nghiệm chuyên môn y khoa, cung cấp thông tin về dịch bệnh hoặc thống kê y học, các thông tin hoặc hình ảnh nhận dạng phải được xoá hoặc che đi nếu không có sự cho phép của người bệnh.

Quá trình KCB cần được đảm bảo chỉ có sự tham gia của những người hành nghề có liên quan, trừ khi bệnh nhân đồng ý hoặc yêu cầu. Người hành nghề không được tự ý chia sẻ thông tin về người bệnh cho người khác, kể cả người thân hoặc bạn bè không phải là người đại diện của người bệnh, trừ khi việc thông báo là cần thiết vì lợi ích tốt nhất cho người bệnh căn cứ vào hoàn cảnh cụ thể.

Thứ ba, sửa đổi, bổ sung nội dung quyền được tôn trọng danh dự, bảo vệ sức khoẻ trong KCB như sau: (i) Không bị kỳ thị, phân biệt đối xử vì giàu nghèo, địa vị xã hội, giới tính, dân tộc, tín ngưỡng hoặc bất cứ lý do nào. Không bị ép buộc KCB trừ trường hợp bắt buộc chữa bệnh do luật định; (ii) Được tôn trọng nhân phẩm, danh dự và các quyền nhân thân khác trong KCB; (iii) Được sử dụng các dịch vụ KCB và phương pháp điều trị đáp ứng các tiêu chuẩn an toàn, được tránh hoặc giảm nhẹ mọi đau đớn không cần thiết trong quá trình điều trị.

Thứ tư, bổ sung một số nội dung của quyền được cung cấp thông tin trong KCB. Theo đó, người bệnh có quyền: 1. Được cung cấp thông tin, giải thích, tư vấn đầy đủ và rõ ràng về quá trình KCB bao gồm tình trạng bệnh, phương pháp điều trị và kết quả rủi ro có thể xảy ra, giá dịch vụ và từng khoản chi phí trong KCB; 2. Được đọc, xem và được cung cấp sao lục hồ sơ bệnh án khi có yêu cầu bằng văn bản, trừ trường hợp luật định người bệnh chỉ được cung cấp một phần hoặc thông tin tóm tắt về hồ sơ

(Xem tiếp trang 64)

TRÁCH NHIỆM BỒI THƯỜNG THIỆT HẠI DO NHÀ CỬA, CÔNG TRÌNH XÂY DỰNG KHÁC GÂY RA - DƯỚI GÓC NHÌN SO SÁNH

Vũ Thị Lan Hương*
* ThS, GV Khoa Luật, Đại học Lao động - Xã hội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Dân sự, bồi thường thiệt hại, nhà cửa, công trình xây dựng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 16/07/2017
Biên tập: 28/07/2017
Duyệt bài: 02/08/2017

Tóm tắt:

Bài viết nghiên cứu quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra trong pháp luật dân sự ở các quốc gia Anh, Pháp, Đức và Bộ Tham khảo chung về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (DCFR). Trên cơ sở đó, bài viết phân tích những hạn chế trong Điều 605 Bộ luật Dân sự năm 2015 về trách nhiệm bồi thường thiệt hại do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra, từ đó đưa ra những kiến nghị hoàn thiện quy định về trách nhiệm này.

Article Infomation:

Keywords: Civil law; compensation for damage; houses and other construction works or buildings

Article History:

Received: 16 Jul. 2017
Edited: 28 Jul. 2017
Appproved: 02 Aug. 2017

Abstract:

This article provides detailed reviews of the applicable provisions of the compensation for damages caused by houses and other construction works or buildings in the civil laws of England, France, German and the Draft Common Frame of Reference (DCFR). Based on that, this article also analyzes the limitations in provisions of the compensation for damages caused by houses and other construction works or buildings in Article 605 of Civil Code of 2015, and provides reference suggestions to improve this provision.

Ngay từ thời La Mã cổ đại, trách nhiệm bồi thường thiệt hại (BTTH) do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra đã được các học giả La Mã đề cập đến thông qua quy định về tố quyền *cautio damni infecti* (tố quyền để bảo vệ sự thiệt hại viễn ảnh[1]). Theo đó, trong trường hợp một tòa nhà có nguy cơ bị sụp đổ, tạo ra một mối đe dọa cho những người láng giềng thì những người này có quyền yêu cầu các Pháp quan buộc chủ sở hữu của tòa nhà phải nộp một số tài sản bảo đảm với mục đích nếu thiệt hại thực sự xảy ra thì người bị thiệt hại sẽ luôn được bồi

1 Xem Vũ Văn Mẫu, Việt Nam Dân luật lược khảo (Quyển II – Nghĩa vụ và khế ước), Nxb. Sài Gòn, Sài Gòn, 1963, tr. 469.

thường. Cùng với tố quyền *cautio damni infecti,* Luật La Mã cũng quy định trách nhiệm bồi thường cho những thiệt hại gây ra bởi các vật bị ném ra hoặc rơi ra khỏi tòa nhà (actio effusis et dejectis).

Kế thừa các quy định trong Luật La Mã, sau này, pháp luật dân sự của các quốc gia đều có quy định về trách nhiệm BTTH do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra. Tuy nhiên, do được xây dựng dựa trên nền tảng những học thuyết khác nhau nên bản chất và nội dung của trách nhiệm này ở các quốc gia cũng được quy định khác nhau.

1. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra trong pháp luật của Anh

Ở Anh không có quy định riêng về trách nhiệm BTTH do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra. Trách nhiệm này nằm trong trách nhiệm BTTH trên tài sản (Liability for harm occurring on premises) được quy định trong Luật về Trách nhiệm của người chiếm hữu năm 1957 và 1984 (Occupiers' Liability Act 1957, 1984)[2]. Khái niệm "premises" (tài sản) trong trường hợp y được hiểu là "bất kỳ một cấu trúc cố định hoặc di động nào bao gồm cả tàu, xe hoặc máy bay"[3]. Trách nhiệm BTTH trên tài sản của Anh được xây dựng dựa trên học thuyết về sự cẩu thả (the tort of negligence[4]). Theo Baron Alderson trong *Blyth v Birmingham Waterworks Company (1856) 11 Ex Ch 781*, "sự cẩu thả" (negligence) là "việc bỏ qua không thực hiện những điều mà một người bình thường… sẽ làm hoặc làm những việc mà những người thận trọng bình thường sẽ không làm"[5]. Để được BTTH, người bị thiệt hại phải chứng minh được người chiếm hữu (ocupiers) tài sản có một nghĩa vụ theo quy định của pháp luật là phải quan tâm bảo đảm sự an toàn về tính mạng, tài sản, sức khoẻ cho mình (the common duty of care); người chiếm hữu đã vi phạm nghĩa vụ đó (a breach of this duty); thiệt hại xảy ra là hậu quả của việc vi phạm nghĩa vụ của người chiếm hữu[6]. Tuy nhiên, mức độ "quan tâm" (care) của người chiếm hữu đối với người bị thiệt hại lại phụ thuộc vào "địa vị pháp lý của người bị thiệt hại là "khách mời" (visitors) hay "kẻ xâm phạm" (trespasser). Luật về Trách nhiệm của người chiếm hữu năm 1957 (Occupiers' Liability Act 1957) quy định trách nhiệm của người chiếm hữu

2 Xem Christian von Bar (2009), Non-contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another: (PEL Liab. Dam.), Sellier Eropean law publishers, p. 671.

3 Điểm a, khoản 3, điều 1 Occupiers' Liability Act 1957: "any fixed or moveable structure, including any vessel, vehicle or aircraft". Nguồn: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/5-6/31/contents.

4 Xem thêm học thuyết về sự cẩu thả (negligence) tại: Kirsty Horsey, Erika Rackley, 2013, Tort Law, OUP Oxford, 4th edition, p. 27-278.

5 Xem thêm S.I. Strong, Liz Williams, 2011, Complete Tort Law: Text, Cases, & Materials, OUP Oxford, p.66, 67: "Negligence is the omission to do something which a reasonable man…. would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do".

6 Xem thêm Kirsty Horsey, Erika Rackley, 2013, Tort Law, OUP Oxford, 4th edition, p. 38-44.
Để thiết lập trách nhiệm BTTH do cẩu thả (negligence), nguyên đơn cần chứng minh được ba yếu tố (elements): (1) bị đơn có một nghĩa vụ pháp lý cần quan tâm đến nguyên đơn (a legal duty owed by the defendant to the claimant to take care); (2) bị đơn đã vi phạm nghĩa vụ đó (a breach of this duty by the defendant); (3) thiệt hại xảy ra là do sự vi phạm nghĩa vụ đó của bị đơn (damage to the claimant, caused by the breach).

đối với "khách mời"[7]. Khách mời" được hiểu là những người được người chiếm hữu "mời" hoặc "cho phép" (một cách trực tiếp hoặc gián tiếp) được đi vào hoặc được sử dụng tài sản[8]. Đối với "khách mời", người chiếm hữu có nghĩa vụ quan tâm một cách hợp lý (the common duty of care) trong mọi trường hợp để đảm bảo khách mời sẽ được an toàn (cả về sức khoẻ, tính mạng, tài sản) trong việc sử dụng tài sản (premises) phù hợp với mục đích mà người khách đã được mời hoặc được cho phép[9]. Người chiếm hữu chỉ được loại trừ trách nhiệm trong hai trường hợp: (1) thiệt hại xảy ra do lỗi của khách mời đã không theo sự cảnh báo của người chiếm hữu về một mối nguy hiểm trên tài sản (với điều kiện sự cảnh báo ở mức đủ để khách mời có thể được an toàn hợp lý trong mọi trường hợp)[10]; (2) thiệt hại xảy ra cho khách mời là do lỗi của bên thứ ba (VD: lỗi của nhà thầu do người chiếm hữu thuê để xây dựng, bảo trì, sửa chữa tài sản)[11].

Luật về Trách nhiệm của người chiếm hữu năm 1984 quy định trách nhiệm của người chiếm hữu đối với "những người không phải là khách mời" (persons other than his visitors)[12] - hay còn gọi là "kẻ xâm phạm" (trespasser)[13]. Trong *Robert Addie & Sons (Colliery) Ltd v. Dumbreck [1929] AC 358*, Lord Dunedin đã định nghĩa về "kẻ xâm phạm" là: "những người xâm nhập vào đất của người khác mà không được mời và chủ sở hữu cũng không biết về sự có mặt của họ, hoặc nếu biết cũng không đồng ý"[14]. Đối với "kẻ xâm phạm", người chiếm hữu vẫn có nghĩa vụ quan tâm bảo đảm an toàn cho "kẻ xâm phạm". Tuy nhiên, mức độ quan tâm của người chiếm hữu đối với "kẻ xâm phạm" "nhẹ" hơn rất nhiều so với "khách mời". Người chiếm hữu chỉ cần bảo vệ sự an toàn về tính mạng và sức khoẻ mà không cần bảo vệ sự an toàn về tài sản cho "kẻ xâm phạm"[15]. Người chiếm hữu chỉ cần bảo vệ để "kẻ xâm phạm" không gặp nguy hiểm trên "tài sản" (premises) của mình trong trường hợp: người chiếm hữu đã biết

---

7 Xem thêm Occupiers' Liability Act 1957 tại http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/5-6/31/contents.

8 Xem thêm khoản 2 Điều 1 Occupiers' Liability Act 1957. Nguồn: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/5-6/31/contents.

9 Xem thêm khoản 2 Điều 2 Occupiers' Liability Act 1957: "The common duty of care is a duty to take such care as in all the circumstances of the case is reasonable to see that the visitor will be reasonably safe in using the premises for the purposes for which he is invited or permitted by the occupier to be there". Nguồn: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/5-6/31/contents.

10 Xem thêm điểm a, khoản 4 Điều 2 Occupiers' Liability Act 1957. Nguồn: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/5-6/31/contents.

11 Xem thêm điểm b, khoản 4 Điều 2 Occupiers' Liability Act 1957. Nguồn: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/5-6/31/contents.

12 Xem Occupiers' Liability Act 1984 tại http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/3/section/1.

13 Xem thêm https://en.wikipedia.org/wiki/Occupiers%27_Liability_Act_1984'.

14 Xem John Hodgson, John Lewthwaite, 2007, Tort Law Textbook, OUP Oxford, p. 219:
"A trespasser is a person who goes upon land without invitation of any sort and whose presence is unknown to the proprietor or, if known, is practically objected to".

15 Xem khoản 4 Điều 1 Occupiers' Liability Act 1984: "Where, by virtue of this section, an occupier of premises owes a duty to another in respect of such a risk, the duty is to take such care as is reasonable in all the circumstances of the case to see that he does not suffer injury on the premises by reason of the danger concerned". Nguồn: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/3/section/1.

về sự nguy hiểm hoặc có cơ sở hợp lý để tin rằng nó tồn tại; người chiếm hữu biết hoặc có lý do hợp lý để tin rằng "khách không mời" đang trong vùng nguy hiểm hoặc có thể đi vào vùng nguy hiểm đó; trong khả năng của mình, người chiếm hữu có thể đưa ra một số biện pháp bảo vệ[16].

2. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra trong pháp luật của Đức

Bộ luật Dân sự (BLDS) Đức dành tới 3 điều luật (Điều 836, 837, 838)[17] để quy định về trách nhiệm đối với những thiệt hại phát sinh do "sự sụp đổ hoặc sự vỡ ra" của một "toà nhà hoặc công trình xây dựng khác gắn liền với đất" (Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstück verbundenen Werkes)[18].

Khái niệm "toà nhà" (Gebäudes) và "công trình" (Werkes) được giải thích là những cấu trúc *không cần* phải kết nối vĩnh viễn, chặt chẽ với mặt đất. Nó có thể bao gồm cả các cửa hàng, giàn giáo, cổng, gian hàng triển lãm, bia mộ, và các cây cầu[19]. Trách nhiệm này được áp dụng với cả những tấm ván rơi ra từ giàn giáo hoặc những vòi hoa sen bị rơi xuống từ chỗ được gắn cố định trên tường[20] nhưng không được áp dụng với tuyết rơi xuống từ mái nhà vì tuyết không phải là một phần của toà nhà[21].

Theo quy định của BLDS Đức, trách nhiệm BTTH do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra ở Đức phát sinh khi thoả mãn các điều kiện: (1) người bị thiệt hại chứng minh được ba yếu tố: có thiệt hại, có *sự tự thân* tác động của nhà cửa, công trình xây dựng và có mối quan hệ nhân quả giữa thiệt hại xảy ra với sự tự thân tác động của nhà cửa, công trình xây dựng; (2) chủ sở hữu của mảnh đất mà trên đó có các toà nhà hoặc công trình, người chiếm hữu toà nhà hoặc công trình trên đất của người khác và người chịu trách nhiệm bảo trì toà nhà hoặc công trình *không thể* chứng minh được là mình *không có lỗi* trong việc để nhà cửa, công trình xây dựng gây thiệt hại.

16 Xem khoản 3 Điều 1 Occupiers' Liability Act 1984. Nguồn: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/ 1984/3/section/1.

17 Xem bản tiếng Đức tại https://dejure.org/gesetze/BGB;
Bản dịch tiếng Việt: Trường Đại học Luật Hà Nội, German Civil Code (BGB) BLDS Đức: Chế định nghĩa vụ, Nxb Lao động, H., tr. 685-686.

18 Khoản 1 Điều 836 BLDS Đức: "Wird durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstück verbundenen Werkes oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Besitzer des Grundstücks, sofern der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Besitzer zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat"; nguồn: https://dejure.org/gesetze/BGB/836.html.

19 RG 23 March 1916, JW 1916, 1019 (booth); BGH 27 April 1999, NJW 1999, 2593 = VersR 1999, 1424; BGH 4 March 1997, NJW 1997, 1853 = VersR 1997, 835; BGH 21 April 1959, 694 (walls, gates, and scaffolding); BGH 29 March 1977, NJW 1977, 1392 = Vers 1977, 668 (gravestone); BGH 9 July 1959, VersR 1959, 948 (bridge).
(Trích dẫn trong Cees van Dam, 2013, European Tort Law, 2th edition, OUP Oxford, p.465).

20 BGH 4 March 1997, NJW 1997, 1853 = VersR 1997, 835 (scaffolding); RG 13 October 1930, JW 1931, 194 (sun-shade); BGH 12 March 1985, 2588 = VersR 1985, 666 (shower cubicle)
(Trích dẫn trong Cees van Dam, sđd, tr. 465).

21 BGH 8 December 1954, NJW 1955, 300 (Trích dẫn trong Cees van Dam, sđd, tr. 465).

Như vậy, có thể thấy rằng, BLDS Đức sử dụng học thuyết lỗi do suy đoán để xác định trách nhiệm BTTH do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra[22]. So với trách nhiệm BTTH trong pháp luật Anh, BLDS Đức tạo điều kiện thuận lợi hơn cho người bị thiệt hại do *gánh nặng về nghĩa vụ chứng minh lỗi đã được chuyển từ nguyên đơn sang bị đơn*. Sự chuyển "gánh nặng" này là hợp lý bởi với tư cách là chủ sở hữu, người chiếm hữu, người bảo trì nhà cửa, công trình xây dựng thì những chủ thể này thường có kiến thức, có sự am hiểu nhất định về nhà cửa, công trình xây dựng thuộc quyền sở hữu, chiếm hữu, quản lý của mình, do đó, họ có những điểm thuận lợi nhất định khi đưa ra những bằng chứng chứng minh mình đã thực hiện đầy đủ những biện pháp phòng ngừa, chăm sóc cần thiết nhưng nhà cửa, công trình xây dựng vẫn sụp đổ, gây thiệt hại.

3. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra trong pháp luật của Pháp

Điều 1386 BLDS Pháp[23] quy định về trách nhiệm của chủ sở hữu của một "công trình xây dựng" (bâtiment) đối với những "thiệt hại do công trình bị đổ vì thiếu bảo dưỡng hoặc vì khuyết tật trong khi xây dựng" (du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction)[24]. Trong thời kỳ đầu, khi LDS Pháp mới được ban hành, khoản 1 Điều 1384 chỉ được coi như một *điều khoản chuyển tiếp* từ các quy định về *trách nhiệm BTTH do lỗi* (Điều 1382, Điều 1383) sang các quy định về trách nhiệm BTTH *không cần chứng minh yếu tố lỗi* (Điều 1385, Điều 1386) mà chưa được thừa nhận là một điều luật độc lập như hiện nay. Chính vì vậy, để bảo vệ tối đa quyền lợi của người bị thiệt hại, giúp người bị thiệt hại được bồi thường mà không cần phải chứng minh yếu tố lỗi, Toà án Pháp đã giải thích khái niệm "công trình xây dựng" theo nghĩa rất rộng, thậm chí còn bị đánh giá là "quá mức lỏng lẻo"[25]. Hầu như mọi loại tài sản đều được Toà án quy thành "toà nhà" để buộc chủ sở hữu phải chịu trách nhiệm bồi thường.

---

22 Xem Xiang Li, Jigang Jin, 2014, Concise Chinese Tort Laws, Springer, p. 29.
Về lỗi do suy đoán (Presumed Fault Liability):
"According to this principle, if the victim can prove damage or injury, illegal act, as well as causation, and the perpetrator cannot prove that there was no intention or negligence relating to the act and damage, then the judge can make the presumption that the perpetrator is at fault and order him to pay for the damage" (Theo nguyên tắc này, nếu nạn nhân có thể chứng minh có thiệt hại, có hành vi trái pháp luật, cũng như có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi trái pháp luật và thiệt hại; còn người gây thiệt hại không thể chứng minh không có lỗi cố ý hoặc vô ý gây ra thiệt hại, khi đó thẩm phán có thể suy đoán rằng người gây thiệt hại có lỗi và buộc người đó chịu trách nhiệm bồi thường).

23 Điều 1386 BLDS Pháp - bản Tiếng Pháp "Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction"; nguồn https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006438858;
Bản dịch Tiếng Việt: "Chủ sở hữu một công trình xây dựng phải chịu trách nhiệm về thiệt hại do công trình bị đổ vì thiếu bảo dưỡng hoặc vì khuyết tật trong khi xây dựng", Nhà Pháp luật Việt - Pháp, 1998, BLDS của nước Cộng hoà Pháp, Nxb. Chính trị quốc gia, H., tr. 366.

24 Điều 1386 BLDS Pháp.

25 Xem C. Giraudel, Responsabilité du fait des bâtiments, Jurisclasseur, 1996, fascicule 152, n°34.
Trích dẫn trong Olivia Depetris, La responsabilité civile délictuelle du fait des immeubles, http://magat.francois.free.fr/La%20responsabilit%E9%20civile%20d%E9lictuelle%20du%20fait%20des%20immeubles.html, truy cập ngày 17/7/2016.

Trong bản án ngày 20/8/1877, Tòa án đã ra phán quyết coi thiệt hại do một cái cây bị đổ gây ra cũng là thiệt hại do một "công trình xây dựng" gây ra và buộc chủ sở hữu có trách nhiệm bồi thường[26]. Trong một bản án khác, ngày 01/3/1904, Toà án đã coi thiệt hại do một chiếc tủ gương bị đổ khiến người làm công bị thương cũng là thiệt hại "công trình xây dựng" gây ra[27]. Chỉ sau phán quyết về vụ Teffaine (năm 1896) - vụ vợ của người tử ạn trong một vụ nổ nồi hơi của một chiếc tàu kéo mà nạn nhân đang làm việc trên đó khởi kiện chủ sở hữu yêu cầu bồi thường - thì Toà Phá án Pháp mới chính thức vận dụng Khoản 1 Điều 1384 để buộc chủ sở hữu tàu kéo phải chịu trách nhiệm bồi thường[28]. Bằng phán quyết này, Toà Phá án đã công nhận giá trị độc lập cho khoản 1 Điều 1384. Khoản 1 Điều 1384 đã chính thức trở thành một nguyên tắc cơ bản cho trách nhiệm BTTH do tác động của vật gây ra - một loại trách nhiệm BTTH do tài sản gây ra, không cần chứng minh yếu tố lỗi. Việc giải thích khái niệm "công trình xây dựng" theo hướng rộng rãi như trước không còn cần thiết. Khái niệm "công trình xây dựng" dần được Toà án giải thích theo nghĩa chặt chẽ hơn. Trong bản án ngày 26/11/1946, Tòa Phúc thẩm Paris đã giải thích "công trình xây dựng" là công trình xây dựng hình thành từ việc lắp ráp các vật liệu bởi bàn tay con người, được gắn vào trong đất hoặc các bất động sản do tính chất"[29].

Trách nhiệm BTTH theo Điều 1386 BLDS Pháp phát sinh khi thoả mãn ba điều kiện: (1) có thiệt hại; (2) có sự tự thân tác động của công trình xây dựng; (3) có mối quan hệ nhân quả giữa thiệt hại xảy ra với sự tự thân tác động của công trình xây dựng (thiệt hại là hậu quả của sự sụp đổ của nhà cửa, công trình xây dựng khác). Nguyên đơn *không cần* chứng minh yếu tố lỗi của chủ sở hữu; ngược lại, chủ sở hữu cũng *không thể* được miễn trách nhiệm chỉ vì chứng minh được rằng mình *không có lỗi.*

Có thể nói rằng, BLDS Pháp đã xây dựng trách nhiệm BTTH trên cơ sở *học*

---

26 Xem Paris, 20 août 1877, S. 1878.2.48.
Trích dẫn trong Olivia Depetris, La responsabilité civile délictuelle du fait des immeubles, http://magat.francois.free.fr/La%20responsabilit%E9%20civile%20d%E9lictuelle%20du%20fait%20des%20immeubles.html, truy cập ngày 17/7/2016.

27 Xem Paris, 11 mars 1904, D. 1904.2.257.
Trích dẫn trong Olivia Depetris, La responsabilité civile délictuelle du fait des immeubles, http://magat.francois.free.fr/La%20responsabilit%E9%20civile%20d%E9lictuelle%20du%20fait%20des%20immeubles.html, truy cập ngày 17/7/2016.

28 Franz Werro, (2010), Liability for Harm Caused by Things, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1639357 truy cập ngày 1/6/ 2016.

29 Paris, 26 novembre 1946, JCP G 1947.2.3444. 62 Civ «une construction résultant de l'assemblage de matériaux qui, d'une part, sont reliés artificiellement de façon à procurer une union durable, et d'autre part, sont incorporés au sol ou à un immeuble par nature".
Trích dẫn trong Olivia Depetris, La responsabilité civile délictuelle du fait des immeubles, http://magat.francois.free.fr/La%20responsabilit%E9%20civile%20d%E9lictuelle%20du%20fait%20des%20immeubles.html, truy cập ngày 17/7/2016.

thuyết về trách nhiệm nghiêm ngặt[30]. Đây chính là điểm khác biệt với trách nhiệm BTTH do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra trong BLDS Đức. Nếu như trong BLDS Đức, bị đơn sẽ được *loại trừ* trách nhiệm nếu chứng minh được là mình *không có lỗi* (đã tuân thủ sự cẩn trọng cần thiết nhằm mục đích phòng tránh nguy cơ[31]); còn trong BLDS Pháp, kể cả trong trường hợp chứng minh được là mình không có lỗi, bị đơn vẫn phải chịu trách nhiệm. Bị đơn chỉ được loại trừ trách nhiệm trong ba trường hợp: thiệt hại xảy ra là do sự kiện bất khả kháng, thiệt hại xảy ra hoàn toàn do lỗi của nạn nhân hoặc hoàn toàn do lỗi của người thứ ba.

So với pháp luật dân sự của Anh và Đức, các quy định trong BLDS Pháp về trách nhiệm BTTH do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra đã tạo điều kiện thuận lợi tối đa cho nạn nhân trong việc yêu cầu BTTH.

4. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra trong Bộ Tham khảo chung về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng

Với mong muốn nhằm nhất thể hoá hệ thống pháp luật BTTH ngoài hợp đồng để tiến tới xây dựng BLDS chung châu Âu, hai nhóm nghiên cứu là *Study Group on a European Civil Code* và *The Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* đã xây dựng Bộ Tham khảo chung về BTTH ngoài hợp đồng (Draft common Frame of reference**,** viết tắt là DCFR)[32]. Bộ DCFR không quy định về trách nhiệm BTTH do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra, mà quy định *trách nhiệm đối với thiệt hại do tình trạng không an toàn của bất động sản gây ra* (Accountability for damage caused by the unsafe state of an immovable - Điều VI-3:02)[33]. Khái niệm "bất động sản" được quy định riêng tại phần Phụ lục, theo đó, "bất động sản" là "đất đai và bất cứ cái gì gắn liền với đất mà không thể thay đổi vị trí bằng hành động bình thường của con người"[34]. Với định nghĩa này, "bất động sản" được hiểu là "những tòa nhà, cây cầu bền vững và cấu trúc tương tự". Khái niệm "bất động sản" trong điều này tương đồng với khái niệm tài sản ("premises") trong pháp luật Anh[35].

---

30 Xem Richard A. Epstein, 1973, A Theory of Strict Liability.
Nguồn: http://www.jstor.org/stable/724030?seq=4#page_scan_tab_contents.
Trách nhiệm nghiêm ngặt (strict liability) hay còn gọi là trách nhiệm không cần lỗi (no-fault liability) là loại trách nhiệm mà để được bồi thường nguyên đơn không cần chứng minh lỗi của bị đơn và ngược lại, bị đơn cũng không thể được loại trừ trách nhiệm chỉ vì chứng minh được là mình không có lỗi. Bị đơn chỉ được loại trừ trách nhiệm trong ba trường hợp: thiệt hại xảy ra là do sự kiện bất khả kháng, thiệt hại xảy ra hoàn toàn do lỗi của nạn nhân hoặc hoàn toàn do lỗi của người thứ ba.

31 Điều 836 BLDS Đức.

32 Xem thêm:Anemari-Iuliana Opritoiu, 2015, Introduction in DCFR –Draft Common Frame of References, nguồn: http://jolas.ro/wp-content/uploads/2015/03/jolas3a8.pdf.

33 Xem Điều VI-3:02. Nguồn: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

34 "Land and anything so attached to land as not to be subject to change of place by usual human action". Nguồn: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

35 Xem Christian von Bar (2009), Non-contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another: (PEL Liab. Dam.), Sellier Eropean law publishers, p. 660.

Trách nhiệm theo Điều VI-3:02 của DCFR phát sinh khi thiệt hại xảy ra là do "tình trạng không an toàn của bất động sản". "Tình trạng không an toàn của bất động sản" được hiểu theo nghĩa rộng, không chỉ bao gồm sự "sụp đổ" hoặc sự "vỡ ra" của nhà cửa, công trình xây dựng như trong BLDS Pháp và Đức mà còn bao gồm cả các trường hợp khác như: sự sụp đổ của một tấm bia mộ trong nghĩa trang; sự trơn trượt của sàn nhà do dùng quá nhiều dầu đánh bóng; sự thiếu những tấm biển cảnh báo nguy hiểm tại nơi công cộng ở những vị trí có cây cối bị đổ, có lối đi phủ đầy băng chưa được dọn sạch, có những cái hố chưa được che chắn; sự không an toàn tại một bể bơi do hệ thống nước lắp đặt không đúng quy cách khiến trẻ em gặp nguy hiểm khi bơi hoặc lặn; sự thiếu một hệ thống gọi điện khẩn cấp khiến khách hàng bị khoá trái trong một căn phòng mà không thể gọi cứu hộ để thoát ra ngoài...[36]

Điều VI-3:02 của DCFR quy định "người có quyền kiểm soát độc lập trên bất động sản" (A person who independently exercises control over an immovable) sẽ phải chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại do tình trạng không an toàn của bất động sản gây ra. Khoản 3 Điều VI-3:02 quy định: "Người có quyền kiểm soát độc lập trên bất động sản" thông thường chính là chủ sở hữu, trừ trường hợp chủ sở hữu chứng minh được người khác đang thực hiện quyền kiểm soát độc lập này[37]. Như vậy, chủ thể chịu trách nhiệm BTTH có thể là "chủ sở hữu" hoặc là "người chiếm hữu" bất động sản tại thời điểm bất động sản gây thiệt hại (VD: người thuê nhà, hoặc nếu trong giai đoạn xây dựng, công ty xây dựng phải chịu trách nhiệm cho sự an toàn trong phạm vi công trường xây dựng...)[38]

Được xây dựng dựa trên học thuyết về trách nhiệm nghiêm ngặt nên "Người có quyền kiểm soát độc lập trên bất động sản" không được loại trừ trách nhiệm BTTH ngay cả khi chứng minh được mình không có lỗi. Họ chỉ được loại trừ trách nhiệm trong trường hợp thiệt hại xảy ra hoàn toàn do lỗi của người bị thiệt hại (Điều VI. - 5:101), hoàn toàn do lỗi của bên thứ ba/cơ quan có thẩm quyền theo quy định của pháp luật (Điều VI. - 5: 201) hoặc do một sự kiện ngoài tầm kiểm soát (bất khả kháng) theo Điều VI. - 5:302.

Nghiên cứu các quy định về trách nhiệm BTTH do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra trong pháp luật của một số quốc gia và trong Bộ Tham khảo chung về BTTH ngoài hợp đồng cho thấy, dù được xây dựng dựa trên những học thuyết khác nhau: học thuyết về sự cẩu thả (Anh), học thuyết về lỗi do suy đoán (Đức), học thuyết về trách nhiệm nghiêm ngặt (Pháp,

36 Xem Christian von Bar (2009), Non-contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another: (PEL Liab. Dam.), Sellier Eropean law publishers, p. 660.

37 Khoản 3 Điều Điều VI-3:02: "The owner of the immovable is to be regarded as independently exercising control, unless the owner shows that another independently exercises control". Nguồn: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

38 Xem Christian von Bar (2009), Non-contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another: (PEL Liab. Dam.), Sellier Eropean law publishers, p. 662.

Bộ Tham khảo chung về BTTH ngoài hợp đồng song pháp luật các quốc gia này đều rất rõ ràng trong việc xác định bản chất của trách nhiệm, điều kiện làm phát sinh trách nhiệm, chủ thể phải chịu trách nhiệm và các trường hợp loại trừ trách nhiệm.

5. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do nhà cửa, công trình xây dựng khác trong Bộ luật Dân sự năm 2015 của Việt Nam

Trách nhiệm BTTH do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra được quy định tại Điều 605 BLDS năm 2015 của Việt Nam. Đối chiếu quy định tại Điều 605 BLDS 2015 với các quy định trong pháp luật dân sự của các quốc gia nói trên, có thể rút ra một số nhận xét như sau:

Thứ nhất, về bản chất trách nhiệm

Điều 605 không rõ ràng trong việc xác định bản chất của trách nhiệm BTTH do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra. Cụ thể, nếu căn cứ vào đoạn 1 Điều 605: "Chủ sở hữu, người chiếm hữu, người được giao quản lý, sử dụng nhà cửa, công trình xây dựng khác phải BTTH *do nhà cửa, công trình xây dựng khác* đó gây thiệt hại cho người khác" thì có thể khẳng định: đây là *trách nhiệm BTTH do tài sản gây ra* (nguyên nhân gây thiệt hại là "do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra"). Nhưng nếu căn cứ vào đoạn 2 Điều 605: "Khi người thi công *có lỗi* trong việc để nhà cửa, công trình xây dựng khác gây thiệt hại thì phải liên đới bồi thường" - thì đây lại là *trách nhiệm BTTH do hành vi trái pháp luật, có lỗi (của người thi công gây ra).*

Trong cùng một điều luật, chúng ta đã thấy hai sự mâu thuẫn: (1) mâu thuẫn giữa tên gọi và nội dung điều luật (tên gọi là "trách nhiệm BTTH *do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra"* nhưng nội dung lại điều chỉnh trách nhiệm BTTH do *lỗi của người thi công gây ra);* (2) mâu thuẫn trong chính nội dung của điều luật khi đoạn 1 thì quy định về trách nhiệm BTTH *do tài sản gây ra* còn đoạn 2 lại quy định về trách nhiệm BTTH *do hành vi trái pháp luật có lỗi gây ra.*

Thứ hai, về điều kiện làm phát sinh trách nhiệm

Sự mâu thuẫn trong việc xác định bản chất của trách nhiệm đã dẫn đến sự mâu thuẫn trong việc xác định điều kiện làm phát sinh trách nhiệm. Nếu theo đoạn 1 Điều 605 thì để làm phát sinh trách nhiệm BTTH của chủ sở hữu, người chiếm hữu, người được giao quản lý, sử dụng nhà cửa, công trình xây dựng nguyên đơn cần chứng minh *ba điều kiện*: có thiệt hại, có sự tự thân tác động của nhà cửa, công trình xây dựng và có mối quan hệ nhân quả giữa thiệt hại với sự tự thân tác động của nhà cửa, công trình xây dựng mà *không cần chứng minh lỗi* của chủ sở hữu, người chiếm hữu, người được giao quản lý, sử dụng nhà cửa, công trình xây dựng.

Trong khi đó, để buộc người thi công phải chịu trách nhiệm BTTH thì nguyên đơn lại phải chứng minh *bốn điều kiện*: có thiệt hại, có hành vi trái pháp luật của người thi công, có mối quan hệ nhân quả giữa thiệt hại với hành vi trái pháp luật của người thi công và quan trọng nhất là phải chứng minh được cả *lỗi của người thi công.*

Đoạn 2 Điều 605 quy định trách

nhiệm của người thi công là trách nhiệm liên đới ("Khi người thi công *có lỗi* trong việc để nhà cửa, công trình xây dựng khác gây thiệt hại thì phải liên đới bồi thường"). Điều này có nghĩa, nếu người thi công *có lỗi* họ phải *liên đới* cùng chủ sở hữu, người chiếm hữu, người được giao quản lý, sử dụng nhà cửa, công trình xây dựng BTTH. Vấn đề đặt ra trong trường hợp này, nguyên đơn phải chứng minh những gì để được BTTH? Chứng minh thiệt hại xảy ra là do *sự tự thân tác động của nhà cửa, công trình xây dựng* hay chứng minh thiệt hại xảy ra là *do hành vi trái pháp luật có lỗi của người thi công*? Hay cả hai? Trong trường hợp người thi công có lỗi thì chỉ cần chứng minh lỗi của người thi công hay phải chứng minh cả lỗi của chủ sở hữu, người chiếm hữu, người được giao quản lý, sử dụng nhà cửa, công trình xây dựng?

Về vấn đề này, pháp luật hiện hành chưa có phương hướng giải quyết.

Thứ ba, về chủ thể chịu trách nhiệm BTTH

Điều 605 BLDS 2015 quy định tới *năm* chủ thể phải chịu trách nhiệm BTTH là: chủ sở hữu, người chiếm hữu, người được giao quản lý, sử dụng nhà cửa, công trình xây dựng (trong khi đó tối đa như BLDS Đức cũng chỉ quy định đến *ba* chủ thể (chủ sở hữu, người chiếm hữu, người bảo trì); Nhật Bản, Hàn Quốc, Thái Lan chỉ quy định *hai* chủ thể (chủ sở hữu, người chiếm hữu)[39]; còn Pháp chỉ *một* chủ thể (chủ sở hữu). Mặc dù quy định tới *năm* chủ thể có khả năng phải chịu trách nhiệm nhưng BLDS 2015 hoàn toàn không đưa ra bất kỳ một quy định nào về thứ tự các chủ thể chịu trách nhiệm bồi thường hay tiêu chí để xác định chủ thể chịu trách nhiệm bồi thường trong từng trường hợp cụ thể. Các quy định trong Điều 605 chỉ đơn thuần mang tính liệt kê.

Trong khi đó, như đã phân tích, BLDS của các quốc gia hoặc trực tiếp xác định rõ ràng chủ thể chịu trách nhiệm bồi thường (tại Pháp luôn là chủ sở hữu) hoặc đưa ra những tiêu chí rõ ràng để xác định chủ thể chịu trách nhiệm (BLDS Nhật Bản, Hàn Quốc, Thái Lan quy định: người phải chịu trách nhiệm trước hết là người đang trực tiếp *chiếm hữu* nhà cửa, công trình xây dựng; nếu người này chứng minh được là mình *không có lỗi* thì khi đó *chủ sở hữu* phải chịu trách nhiệm BTTH)[40]. Hơn nữa, việc quy định buộc chủ sở hữu, người chiếm hữu, người được giao quản lý, sử dụng nhà cửa, công trình xây dựng phải *liên đới bồi thường* cùng với người thi công trong trường hợp thiệt hại xảy ra do "lỗi của người thi công" cũng là không hợp lý. Tại sao chủ sở hữu, người chiếm

39 Điều 717 BLDS Nhật Bản quy định: "Nếu việc xảy ra thiệt hại đối với người khác vì nguyên nhân sai sót trong xây dựng hoặc bảo quản cấu trúc trên đất thì người chiếm hữu cấu trúc chịu trách nhiệm về những thiệt hại đối với bên bị thiệt hại, song nếu như người chiếm hữu đã thể hiện sự quan tâm đúng mức nhằm ngăn chặn việc xảy ra thiệt hại thì chủ của các cấu trúc phải BTTH".
Điều 434 BLDS và Thương mại Thái Lan: Nếu tổn thất xảy ra vì lý do xây dựng tồi hoặc không được bảo trì đầy đủ đối với một ngôi nhà hoặc kiến trúc khác thì người chiếm hữu ngôi nhà hoặc kiến trúc đó có bổn phận bồi thường; nhưng nếu người chiếm hữu đó đã có sự chăm nom thích đáng để ngăn ngừa xảy ra tổn thất thì chủ sở hữu có bổn phận bồi thường.

40 Điều 717 BLDS Nhật Bản, Điều 434 BLDS và Thương mại Thái Lan, Tlđd./.

hữu, người được giao quản lý, sử dụng nhà cửa, công trình xây dựng phải bồi thường trong khi thiệt hại xảy ra do lỗi của người thi công? Sở dĩ, tại khoản 1 Điều 605 BLDS 2015 họ phải chịu trách nhiệm BTTH - ngay cả khi họ chứng minh được là mình không có lỗi - là bởi vì họ là người được hưởng lợi ích từ việc khai thác, sử dụng nhà cửa, công trình xây dựng nên khi nhà cửa, công trình xây dựng gây thiệt hại thì họ đương nhiên phải chịu trách nhiệm bồi thường. Tuy nhiên, theo quy định của đoạn 2, thiệt hại xảy ra do *lỗi* của người thi công, chủ sở hữu không hề có lỗi, bản thân họ cũng là người bị thiệt hại (nhà cửa, công trình xây dựng thuộc sở hữu của họ bị sụp đổ, hư hỏng, sụt lở do *lỗi* của người thi công) nhưng họ lại phải *liên đới* chịu trách nhiệm BTTH cùng người thi công? Vậy cơ sở của việc buộc chủ sở hữu phải bồi thường trong trường hợp này là gì? Về vấn đề này, BLDS 2015 cũng chưa có sự giải quyết thoả đáng.

Thứ tư, về các trường hợp loại trừ trách nhiệm

Các trường hợp loại trừ trách nhiệm không được quy định tại Điều 605 mà được quy định chung trong Điều 584 cho tất cả các trách nhiệm. Theo đó, chủ thể chịu trách nhiệm BTTH sẽ được loại trừ trách nhiệm bồi thường trong trường hợp: "thiệt hại phát sinh là do sự kiện bất khả kháng hoặc hoàn toàn do lỗi của bên bị thiệt hại, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác" (khoản 2 Điều 584).

Nghiên cứu quy định này có thể thấy các trường hợp loại trừ trách nhiệm BLDS 2015 chưa được quy định đầy đủ. Cụ thể, BLDS 2015 đã "bỏ qua" trường hợp được loại trừ trách nhiệm bồi thường trong trường hợp thiệt hại xảy ra "hoàn toàn do lỗi của người thứ ba". "Người thứ ba" ở đây có thể là cá nhân, tổ chức bất kỳ hoặc cũng có thể là cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Trên thực tế, có rất nhiều công trình xây dựng thuộc danh mục di tích lịch sử phải bảo tồn (nhà cổ, đền, chùa...). Đối với những công trình này, việc sửa chữa phải được sự đồng ý của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Vậy, nếu trong trường hợp vì cơ quan có thẩm quyền không cấp phép sửa chữa khiến công trình bị xuống cấp rồi sụp đổ thì ai phải chịu trách nhiệm BTTH? Nếu căn cứ vào khoản 2 Điều 584 BLDS 2015 thì đây không thuộc các trường hợp để được loại trừ trách nhiệm bồi thường (thiệt hại phát sinh là do sự kiện bất khả kháng hoặc hoàn toàn do lỗi của bên bị thiệt hại). Do đó, chủ sở hữu hoặc người chiếm hữu, người được giao quản lý, sử dụng nhà cửa, công trình xây dựng sẽ vẫn phải chịu trách nhiệm BTTH. Điều này không phù hợp với lẽ công bằng.

Từ những phân tích nêu trên, chúng tôi đề xuất để hoàn thiện một số quy định của BLDS năm 2015 về trách nhiệm BTTH do nhà cửa, công trình xây dựng khác gây ra như sau:

Một là, nên tách trách nhiệm BTTH của người thi công thành một điều luật riêng với những quy định riêng thể hiện bản chất của trách nhiệm là trách nhiệm BTTH do hành vi trái pháp luật gây ra; điều kiện làm phát sinh trách nhiệm là *có lỗi của người thi công*; nội dung của trách nhiệm có thể là trách nhiệm độc lập của

người thi công nếu thiệt hại xảy ra hoàn toàn do lỗi của người thi công, hoặc có thể là trách nhiệm liên đới trong trường hợp chủ sở hữu, người chiếm hữu, người được giao quản lý, sử dụng nhà cửa, công trình xây dựng hoặc người thứ ba cũng có lỗi khiến thiệt hại xảy ra.

Hai là, xác định rõ tiêu chí để một chủ thể phải chịu trách nhiệm BTTH theo hướng: Trong trường hợp nhà cửa, công trình xây dựng gây thiệt hại thì *người chiếm hữu* nhà cửa, công trình xây dựng chịu trách nhiệm BTTH; người chiếm hữu sẽ được loại trừ trách nhiệm nếu chứng minh được là mình *không có lỗi,* khi đó chủ sở hữu sẽ chịu trách nhiệm bồi thường (kể cả khi chủ sở hữu chứng minh được là mình không có lỗi). Quy định này rất chặt chẽ, phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội của nước ta.

Ba là, bổ sung khoản 2 Điều 584 trường hợp được loại trừ trách nhiệm BTTH là "thiệt hại xảy ra hoàn toàn do lỗi của người thứ ba". Theo đó, Khoản 2 Điều 584 quy định như sau: "Người gây thiệt hại không phải chịu trách nhiệm BTTH trong trường hợp thiệt hại phát sinh là do sự kiện bất khả kháng, hoàn toàn do lỗi của bên bị thiệt hại hoặc *hoàn toàn do lỗi của người thứ ba,* trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác" ■

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH...

(Tiếp theo trang 52)

bệnh án. Người bệnh cũng có quyền yêu cầu chỉnh sửa những thông tin về cá nhân không chính xác trong hồ sơ bệnh án.

Thứ năm, hợp nhất "quyền được lựa chọn trong KCB"và "quyền từ chối chữa bệnh và ra khỏi cơ sở KCB" thành "quyền tự quyết định trong KCB". Theo đó, người bệnh có quyền: (i) được cung cấp thông tin, giải thích, tư vấn đầy đủ về tình trạng bệnh, kết quả, rủi ro có thể xảy ra để quyết định lựa chọn phương pháp chẩn đoán và điều trị; (ii) đồng ý hoặc từ chối tham gia nghiên cứu y sinh học về KCB; (iii) đồng ý hoặc từ chối thực hiện bất kỳ một hoạt động chuyên môn nào trong quá trình KCB và tự chịu trách nhiệm về việc từ chối của mình bằng văn bản, trừ trường hợp bắt buộc chữa bệnh do luật định; (iv) chấm dứt điều trị và tự chịu trách nhiệm về việc chấm dứt điều trị của mình tại cơ sở KCB, trừ trường hợp bắt buộc chữa bệnh. Trong trường hợp chấm dứt điều trị nội trú khi chưa kết thúc điều trị trái với chỉ định của người hành nghề, người bệnh phải cam kết tự chịu trách nhiệm bằng văn bản; (v) tham khảo ý kiến từ người hành nghề khác về việc KCB của mình.

Thứ sáu, bổ sung quyền được khiếu nại và quyền được bồi thường thiệt hại trong KCB theo luật định; quyền của người đại diện trong KCB đối với người đã thành niên do tình trạng thể chất hoặc tinh thần có khó khăn trong nhận thức điều khiển hành vi, phù hợp với quy định mới của BLDS năm 2015 ■