

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



Số 03 (331)

Kỳ 1 - Tháng 02/2017

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 3/2017

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Áp dụng và giải thích pháp luật nước ngoài trong tư pháp quốc tế Việt Nam

TS. Bành Quốc Tuấn

- 11** Nâng cao hiệu quả giám sát của Hội đồng nhân dân xã

Lê Văn Minh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 17** Pháp nhân thương mại trong pháp luật Việt Nam và một số kiến nghị

Hoàng Đức Cường

CHÍNH SÁCH

- 23** Tự do hóa dịch vụ bảo hiểm trong bối cảnh gia nhập cộng đồng kinh tế Asean

TS. Nguyễn Thị Thủy

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 31** “Trách nhiệm dân sự”, “chế tài” hay “biện pháp khắc phục” đối với hành vi vi phạm hợp đồng?

Bùi Thị Thanh Hằng

- 38** Một số suy nghĩ về quy định liên quan đến “vật quyền” trong Bộ luật Dân sự 2015

ThS. Trương Thị Diệu Thúy

- 45** Hoàn thiện pháp luật sở hữu trí tuệ trong bối cảnh Việt Nam đẩy mạnh hội nhập kinh tế quốc tế và tham gia các Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới

TS. Nguyễn Bích Thảo

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 56** Vấn đề quyền về tình dục trên thế giới và ở Việt Nam

PGS, TS. Vũ Công Giao - ThS. Nguyễn Minh Tâm

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỄN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU
PGS, TS. NGUYỄN THANH HẢI
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS, TS. LÊ BỘ LĨNH
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT
PGS, TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. NGUYỄN VĂN HIỂN
PGS, TS. NGÔ HUY CƯỜNG
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

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: 043.2121202

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: “Sắc Xuân Tây Bắc”
Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

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

Legis No.3/2017

STATE AND LAW

- 3** Application and Interpretations of Foreign Law in Vietnam
International Justice

Dr. Banh Quoc Tuan

- 11** Improvement of Supervisory Efficiency of Commune People's
Council

Le Van Minh

DISCUSSION OF BILLS

- 17** Commercial Entities in Vietnam Laws and Recommendations
Hoang Duc Cuong

POLICIES

- 23** Liberalization of insurance services in Context of
Intergradations into Asean Economic Community

Dr. Nguyen Thi Thuy

LEGAL PRACTICE

- 31** "Civil Liability", "Sanctions" or "Remedies" Imposed for
Breach of Contract?

Bui Thi Thanh Hang

- 38** Comments on Provisions related to "Rights in rem" in The Civil
Code of 2015

LLM. Truong Thi Dieu Thuy

- 45** Improvement of Law on Intellectual Property in Context of
Vietnam boosting International Economic Integration and
Participation in New Generation Free Trade Agreements

Dr. Nguyen Bich Thao

FOREIGN EXPERIENCE

- 56** Issues of Sexual Rights in the World and in Vietnam

Prof., Dr. Vu Cong Giao
LLM. Nguyen Minh Tam

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

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

Dr. NGUYEN HOANG THANH

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

N^o 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 043.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

ÁP DỤNG VÀ GIẢI THÍCH PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI TRONG TƯ PHÁP QUỐC TẾ VIỆT NAM

Bành Quốc Tuấn*

TS. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khoá: Áp dụng pháp luật nước ngoài, giải thích pháp luật nước ngoài, tư pháp quốc tế Việt Nam, xung đột pháp luật

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 11/11/2016

Biên tập: 05/12/2016

Duyệt bài: 10/12/2016

Tóm tắt:

Trong tư pháp quốc tế (TPQT), để pháp luật nước ngoài được áp dụng một cách chính xác, khách quan, đạt được mục đích điều chỉnh thì việc giải thích là yêu cầu cần thiết. Trong bối cảnh việc soạn thảo và ban hành đạo luật về TPQT của Việt Nam đang được xúc tiến, thì giải thích pháp luật nước ngoài là một vấn đề quan trọng cần nghiên cứu xây dựng trong nội dung của đạo luật.

Article Information:

Keywords: Application of Foreign Law, Interpretations of Foreign Law, Vietnamese International Justice, Conflict of Laws.

Article History:

Received: 11 Nov. 2016

Edited: 05 Dec. 2016

Approved: 10 Dec. 2016

Abstract:

In the International Justice, the law interpretations are essentially required so that a law of a foreign country is domestically applied correctly and objectively on the right purposes of enforcement. In its progress of developments of a bill and promulgation of a law on international justice of Vietnam, the interpretations of foreign laws are important matters, which needs to be seriously reviewed during development of the contents of the law.

1. Sự cần thiết phải áp dụng và giải thích pháp luật nước ngoài

Trong TPQT, áp dụng pháp luật nước ngoài là một hiện tượng đặc thù cần phải nghiên cứu, bởi vì xuất phát từ đối tượng điều chỉnh của TPQT là quan hệ dân sự (QHDS) có yếu tố nước ngoài (YTNN). Mỗi quan hệ này liên quan đến nhiều hệ thống pháp luật khác nhau nên việc áp dụng pháp

luật nước ngoài là điều khó tránh khỏi. Việc áp dụng pháp luật nước ngoài là một điều kiện quan trọng để giải quyết các mối QHDS có YTNN, bởi vì cho đến thời điểm hiện tại, số lượng các quy phạm pháp luật do các quốc gia cùng nhau xây dựng (quy phạm thực chất thống nhất) còn rất hạn chế, nhiều lĩnh vực vẫn chưa có những quy định chung để điều chỉnh. Việc áp dụng pháp luật

nước ngoài còn tạo điều kiện phát triển thương mại quốc tế vì trong nhiều quan hệ thương mại cụ thể, các bên có nhu cầu thỏa thuận áp dụng luật nước ngoài thay vì áp dụng luật pháp của nước mình. Với những lý do nêu trên, áp dụng pháp luật nước ngoài luôn là một trong những nội dung cơ bản của TPQT các nước. Chính vì vậy, TPQT của các quốc gia đều có những quy định về vấn đề áp dụng pháp luật nước ngoài như điều kiện áp dụng, chủ thể áp dụng, pháp luật áp dụng,... Áp dụng pháp luật nước ngoài trong nhiều trường hợp cụ thể là phù hợp và cần thiết, là yêu cầu khách quan của việc điều chỉnh pháp lý các QHDS theo nghĩa rộng có YTNN¹.

Theo các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành (Bộ luật Dân sự - BLDS năm 2015, Bộ luật Hàng hải năm 2016, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, Luật Đầu tư năm 2014,...) thì pháp luật nước ngoài sẽ được áp dụng trong trường hợp các văn bản pháp luật của Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật nước ngoài. Pháp luật nước ngoài cũng được áp dụng trong trường hợp các bên có thỏa thuận trong hợp đồng, nếu sự thỏa thuận đó không trái với pháp luật Việt Nam. Ngoài ra, pháp luật nước ngoài còn được áp dụng theo quyết định của cơ quan có thẩm quyền áp dụng pháp luật trong một số trường hợp đặc biệt. Trong các trường hợp này, pháp luật nước ngoài phải được áp dụng một cách đầy đủ và nghiêm túc như tại quốc gia đã ban hành ra nó.

Xuất phát từ nguyên tắc bình đẳng về chủ quyền quốc gia, việc áp dụng hay không, áp dụng đến mức độ nào pháp luật nước ngoài, là ý chí đơn phương của quốc gia. Tuy nhiên, khi đã chấp nhận áp dụng

pháp luật nước ngoài thì quốc gia phải có nghĩa vụ tôn trọng pháp luật nước ngoài đã được lựa chọn áp dụng cũng như các nguyên tắc áp dụng pháp luật nước ngoài đã được ghi nhận trong TPQT. Điều này đòi hỏi các quốc gia phải có những quy định chặt chẽ và rõ ràng về áp dụng pháp luật nước ngoài trong hệ thống pháp luật quốc gia và phải nghiêm túc thực hiện những quy định đó. Trong TPQT, sự dẫn chiếu của quy phạm xung đột (QPXD) hoàn toàn có thể dẫn đến kết quả pháp luật nước ngoài được áp dụng khi các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam giải quyết một QHDS có YTNN. Pháp luật nước ngoài còn có thể được áp dụng khi hai bên tham gia QHDS có YTNN thỏa thuận áp dụng pháp luật nước ngoài và sự thỏa thuận này đáp ứng các điều kiện về chọn luật do pháp luật Việt Nam quy định. Trong những trường hợp như thế, việc giải thích pháp luật nước ngoài là hoạt động quan trọng và cần thiết để đảm bảo việc áp dụng pháp luật nước ngoài là chính xác và khách quan. Pháp luật nước ngoài là sản phẩm của hoạt động lập pháp của cơ quan nhà nước nước ngoài và hoàn toàn khác biệt so với pháp luật Việt Nam. Chính vì vậy, việc áp dụng pháp luật nước ngoài vào một quan hệ pháp luật có liên quan đến Việt Nam, trên lãnh thổ Việt Nam là vấn đề phức tạp, đòi hỏi phải được sự giải thích chính thức của cơ quan có thẩm quyền.

Mặc dù đã có những quy định về việc áp dụng pháp luật nước ngoài nhưng pháp luật Việt Nam hiện hành chưa có bất cứ quy định nào về vấn đề giải thích pháp luật. Tương tự, pháp luật Việt Nam hiện hành cũng chưa có những quy định cụ thể về cơ quan có thẩm quyền giải thích pháp luật nước ngoài, cũng như nghĩa vụ chứng minh những cơ sở cho việc pháp luật nước ngoài

1 Xem thêm: Đoàn Năng, Một số vấn đề lý luận cơ bản về TPQT (Sách tham khảo), Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2001, tr.75.

đối với QHDS có YTNN đang được giải quyết trước cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam. Thực tế cho thấy, phần lớn các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam hiện nay đều gặp khó khăn trong việc giải thích pháp luật nước ngoài và khi không giải thích được hoặc không có cơ chế phù hợp để giải thích thì giải pháp được lựa chọn là áp dụng pháp luật Việt Nam. Trong quá trình hội nhập sắp tới, cách làm này không nên và cũng không thể là giải pháp phù hợp. Chính vì vậy, rất cần thiết phải có sự chính danh cho cơ quan hay chủ thể nào có thẩm quyền chính thức giải thích pháp luật nước ngoài trong TPQT Việt Nam².

2. Những vấn đề cần chú ý trong quá trình áp dụng pháp luật nước ngoài

2.1 Thể thức áp dụng pháp luật nước ngoài

Cơ quan nhà nước có thẩm quyền chỉ áp dụng pháp luật nước ngoài khi QPXĐ dẫn chiếu tới hoặc trong trường hợp các bên có thỏa thuận áp dụng và đáp ứng được các điều kiện về chọn pháp luật hoặc do cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự có YTNN ấn định pháp luật áp dụng là pháp luật nước ngoài. Khi QPXĐ dẫn chiếu tới pháp luật nước ngoài có nghĩa là dẫn chiếu tới toàn bộ hệ thống pháp luật của nước đó (luật hình thức, luật nội dung và cả luật xung đột). Như vậy, khi áp dụng pháp luật nước ngoài là áp dụng toàn bộ hệ thống pháp luật nước ngoài nên nó phải được giải thích, xác định nội dung và áp dụng để giải quyết vụ việc đúng như ở nước đã ban hành nó. Đây là điều kiện tiên quyết để bảo hộ một cách thiết thực quyền và lợi ích hợp

pháp của công dân và pháp nhân nước mình khi tham gia các quan hệ pháp luật đã phát sinh ở nước ngoài. Việc áp dụng pháp luật nước ngoài phải đáp ứng một số tiêu chí cơ bản sau: Các cơ quan tư pháp có thẩm quyền cần áp dụng pháp luật nước ngoài một cách thiện chí và đầy đủ; Pháp luật nước ngoài phải được giải thích và thực thi về nội dung giống như ở nước ban hành ra nó; Cơ quan tư pháp và cơ quan xét xử có thẩm quyền của một nước có trách nhiệm tìm hiểu nội dung thực tế của pháp luật nước ngoài thông qua việc nghiên cứu các văn bản pháp luật của nước ngoài, thực tiễn xét xử, tập quán và sách báo pháp lý của nước ngoài hữu quan.

Trong thực tiễn xét xử, việc áp dụng pháp luật nước ngoài của các nước Tây Âu rất đa dạng và phức tạp. Về thủ tục, cách xác định nội dung và cách nhìn nhận là khác nhau. Ở các nước theo hệ thống luật án lệ như Anh, Mỹ, tòa án đã hình thành một nguyên tắc là luật nước ngoài được xem xét như là chứng cứ (rights) chứ không phải là luật (law) trong quá trình tố tụng. Ở Anh, các tòa án theo thông lệ không cần nghiên cứu và biết rõ về luật nước ngoài mà các bên đương sự bắt buộc phải chứng minh luật nước ngoài trước tòa án. Các quan tòa xem xét và đánh giá các chứng cứ đó trên nền tảng, cơ sở pháp luật của Anh và dựa vào đó để xác định nội dung pháp luật nước ngoài cần áp dụng. Trong quá trình tiến hành tố tụng, tòa án có thể mời các chuyên gia về pháp luật của nước ngoài cần áp dụng trình bày ý kiến của mình như là người làm chứng, các ý kiến đó tòa có thể tham khảo.

2 Xem thêm: Nguyễn Công Khanh (2003), Cơ sở lý luận và thực tiễn của pháp luật điều chỉnh một số QHDS có YTNN ở nước ta hiện nay, Luận án TS, Trường Đại học Luật Hà Nội; Vũ Đức Long (Chủ nhiệm đề tài), Hoàn thiện pháp luật điều chỉnh QHDS có YTNN, Công trình nghiên cứu khoa học cấp Bộ năm 2002 thuộc dự án hợp tác giữa Bộ Tư pháp và Cơ quan Hợp tác phát triển quốc tế Nhật Bản; Nguyễn Tiến Vinh (2003), Bàn về việc hoàn thiện các quy định trong Phần thứ bảy BLDS 1995, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật (5), tr. 45 – 52.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Một khi các bên đương sự cùng ý kiến của các chuyên gia không chứng minh được, các quan tòa có quyền “suy luận” rằng pháp luật nước ngoài của các bên đương sự có liên quan cũng giống như pháp luật Anh và tòa án sẽ áp dụng pháp luật của Anh để giải quyết. Thậm chí trong một số trường hợp ở Anh, các bên đương sự có thể thỏa thuận về giải thích nội dung các quy phạm pháp luật nước ngoài cần áp dụng; kết quả của nội dung giải thích này sẽ được tòa án áp dụng để giải quyết, mặc dù tòa án có thể biết rõ nội dung giải thích thỏa thuận trên là không logic và không phù hợp với nội dung của các quy phạm. Ở Mỹ, việc áp dụng pháp luật nước ngoài về thể thức và xác định nội dung cũng tương tự như ở Anh³.

Theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành, pháp luật nước ngoài sẽ được áp dụng khi có điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên hoặc pháp luật Việt Nam quy định, bao gồm trường hợp QPXD trong luật Việt Nam dẫn chiếu tới pháp luật nước ngoài hoặc các bên có thỏa thuận chọn pháp luật nước ngoài và sự thỏa thuận này đáp ứng được các quy định về điều kiện chọn pháp luật (Điều 664, Điều 665 BLDS năm 2015); và khi áp dụng pháp luật nước ngoài tại Việt Nam là áp dụng toàn bộ hệ thống pháp luật, nghĩa là bao gồm cả luật thực chất và luật xung đột (khoản 1, khoản 2 Điều 668 BLDS năm 2015). So sánh với BLDS năm 2005 (Điều 759) cho thấy, quy định của BLDS năm 2015 đã cụ thể, chi tiết hơn về vấn đề phạm vi áp dụng pháp luật nước ngoài, loại bỏ được trường hợp dẫn chiếu đến pháp luật nước thứ ba. Tuy nhiên, các nội dung liên quan đến thể thức áp dụng pháp luật nước ngoài vẫn chưa được BLDS năm 2015 quy định cụ thể. Đây là nội dung cần quan tâm khi xây dựng Dự thảo Luật TPQT.

2.2 Chủ thể có nghĩa vụ xác định nội dung pháp luật nước ngoài cần áp dụng

Bên cạnh việc quy định rõ thể thức áp dụng, một trong những vấn đề quan trọng cần làm rõ trong quá trình áp dụng pháp luật nước ngoài là xác định nội dung pháp luật nước ngoài cần áp dụng. Bởi lẽ, khi dẫn chiếu đến hệ thống pháp luật nước ngoài là dẫn chiếu đến toàn bộ các quy định của hệ thống pháp luật nước đó. Việc xác định chính xác quy phạm pháp luật nào sẽ áp dụng để điều chỉnh QHDS có YTNN là vấn đề quan trọng bởi lẽ nó sẽ ảnh hưởng quyết định đến kết quả giải quyết vụ việc đó.

Pháp luật một số nước đã quy định rõ chủ thể có nghĩa vụ xác định nội dung pháp luật nước ngoài được QPXD dẫn chiếu đến để điều chỉnh QHDS có YTNN. Cụ thể: Điều 16 Luật TPQT Thụy Sĩ năm 1987 quy định: “Nội dung của pháp luật nước ngoài do cơ quan xét xử tự xác định. Về vấn đề này, có thể yêu cầu sự hợp tác của các bên đương sự”; Điều 14 Luật TPQT ngày 31/5/1995 của Italia quy định: “Thẩm phán tự xác định nội dung pháp luật nước ngoài”; Điều 15 Luật TPQT của Vương quốc Bỉ ngày 16/7/2004 quy định: “Nội dung của pháp luật nước ngoài được luật này dẫn đến do thẩm phán xác định. Pháp luật nước ngoài được áp dụng theo cách giải thích ở nước ngoài. Khi không thể xác định được nội dung của pháp luật nước ngoài, thẩm phán có thể yêu cầu sự hợp tác của các bên”.

Theo thực tiễn ở Pháp thì khi cần thiết phải áp dụng pháp luật nước ngoài, các bên đương sự phải chứng minh được sự cần thiết phải áp dụng nó; ngoài ra họ còn phải tự đưa ra các bằng chứng để xác định nội dung của pháp luật của nước cần áp dụng. Những bằng chứng mà đương sự trình bày trước tòa, các quan tòa sẽ kiểm tra, đánh giá và xác định nội dung để xét xử. Nếu các quy

3 Xem thêm: Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình TPQT, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 1999, tr. 57 - 58.

phạm pháp luật nước ngoài là rất quen thuộc với tòa án thì tòa án sẽ áp dụng mà không phụ thuộc vào việc các bên đương sự có đưa ra được các bằng chứng phù hợp hay không. Tòa án Pháp luôn phải giải thích và chứng minh nội dung pháp luật nước ngoài đúng với nội dung đích thực của nó để áp dụng. Việc những thiếu sót, khiếm khuyết của pháp luật nước ngoài (đối với luật pháp ở các nước chậm phát triển) không thể là căn cứ để kháng án lên tòa phá án (tương tự tòa phúc thẩm ở nước ta).

Ở Đức, theo Điều 293 Luật Tố tụng dân sự năm 1877 thì tòa án có nghĩa vụ (ex Zofficio) xác định nội dung của các quy phạm pháp luật nước ngoài cần áp dụng; nhưng tòa án cũng có quyền yêu cầu các bên đương sự chứng minh nội dung pháp luật nước ngoài trước tòa nếu thấy cần thiết. Ngoài ra, tòa án có thể yêu cầu các viện nghiên cứu pháp luật giải thích giúp. Nếu trong trường hợp các bên đương sự cũng như sự trợ giúp của các viện nghiên cứu không đưa ra được các bằng chứng phù hợp thì tòa án Đức có thể bác đơn yêu cầu và từ chối xem xét vụ kiện. Việc áp dụng và vận dụng pháp luật nước ngoài không đúng hoặc thiếu xác thực không thể là cơ sở để thay đổi quyết định của tòa án bằng trình tự phúc thẩm bởi một bản án phúc thẩm cùng loại dựa trên cơ sở pháp luật Đức⁴.

Tại Việt Nam trước đây, theo Thông tư số 11-TATC ngày 12/7/1994 của Tòa án nhân dân (TAND) tối cao hướng dẫn một số vấn đề về nguyên tắc và về thủ tục trong việc giải quyết những việc ly hôn có YTNN “khi cần có sự tham khảo pháp luật của nước ngoài như nêu trên, các TAND địa phương phải báo cáo thỉnh thị TAND tối cao về từng

trường hợp cụ thể. Về phần mình, TAND tối cao sẽ thông qua các cơ quan hữu quan trung ương để tìm hiểu và xác định nội dung của pháp luật cần tham khảo của nước ngoài nhằm hướng dẫn cho TAND địa phương vận dụng một cách đúng đắn”. Thông tư này đã chính thức xác nhận việc xác định nội dung pháp luật nước ngoài cần áp dụng là công việc của tòa án⁵. Tuy nhiên, Thông tư này hiện đã chấm dứt hiệu lực pháp luật.

BLDS năm 2005 không có quy định nào về chủ thể có nghĩa vụ xác định nội dung pháp luật nước ngoài cần áp dụng và vấn đề này vẫn chưa được giải quyết trong BLDS năm 2015. Như vậy, pháp luật Việt Nam hiện nay chưa có một quy định rõ ràng về nghĩa vụ tìm hiểu, xác định nội dung pháp luật nước ngoài cần áp dụng khi QPXĐ của Việt Nam dẫn chiếu đến. Đây cũng là một nội dung quan trọng cần quan tâm trong quá trình xây dựng Dự thảo Luật TPQT của Việt Nam trong giai đoạn sắp tới.

Trong giới nghiên cứu, có một số quan điểm cho rằng, thẩm phán là người có nghĩa vụ tìm hiểu, xác định nội dung pháp luật nước ngoài, “về mặt logic, không thể yêu cầu nguyên đơn và bị đơn có trách nhiệm chứng minh áp dụng pháp luật nước ngoài bởi vì không phải chính họ viện dẫn việc áp dụng pháp luật nước ngoài. Chính vì vậy, do QPXĐ Việt Nam dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật nước ngoài nên thẩm phán phải tìm hiểu nội dung pháp luật áp dụng”⁶. Tương tự, giáo trình TPQT của Đại học Luật Hà Nội cho rằng: “Ở Việt Nam, để đảm bảo lợi ích của các bên đương sự một cách chính đáng và giữ gìn trật tự pháp luật của Nhà nước, các cơ quan tư pháp và tòa án có trách nhiệm tìm hiểu nội dung đích thực của pháp

4 Xem thêm: Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình TPQT, Sdd, tr. 58 - 59.

5 Xem thêm: Đỗ Văn Đại, Mai Hồng Quý, TPQT Việt Nam – QHDS, thương mại, lao động có YTNN, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2010, tr. 122.

6 Xem thêm: Nguyễn Ngọc Điện, Chế định ly hôn trong TPQT của Việt Nam, Hội thảo về TPQT do Nhà Pháp luật Việt – Pháp tổ chức, tháng 5/2005.

luật nước ngoài cần áp dụng (nghiên cứu luật nước ngoài, thực tiễn tòa án xét xử của họ, tập quán pháp luật, thông lệ, án lệ và các tài liệu pháp lý trong và ngoài nước của các viện nghiên cứu...). Trong quá trình tố tụng, các bên đương sự cũng có quyền đưa ra các bằng chứng về luật nước ngoài trước tòa để bảo vệ quyền lợi của mình, song việc xác định nội dung luật nước ngoài vẫn là nhiệm vụ chính của cơ quan xét xử (tòa án hoặc trọng tài) và các cơ quan này phải có cơ sở xác đáng để quyết định nội dung pháp luật phù hợp để áp dụng (*iura novit curia*)⁷.

Những quan điểm trên đây phần lớn thiên về nghĩa vụ của cơ quan tư pháp và cơ quan tiến hành tố tụng, và theo quan điểm chúng tôi, giải pháp này cần được nghiên cứu đưa vào Dự thảo Luật TPQT. Tuy nhiên, để đảm bảo lợi ích của các bên đương sự một cách chính đáng và giữ gìn trật tự pháp luật của Nhà nước, ngoài các cơ quan tư pháp và tòa án có trách nhiệm tìm hiểu nội dung đích thực của pháp luật nước ngoài cần áp dụng trong quá trình tố tụng, các bên đương sự cũng có quyền đưa ra các bằng chứng về luật nước ngoài trước tòa án để bảo vệ quyền lợi của mình, song việc xác định nội dung luật nước ngoài vẫn là nhiệm vụ chính của cơ quan xét xử (tòa án hoặc trọng tài) và các cơ quan này cũng phải có cơ sở xác đáng để quyết định nội dung pháp luật phù hợp để áp dụng (*iura novit curia*). Trong trường hợp đã sử dụng các biện pháp cần thiết mà vẫn không thể xác định được nội dung pháp luật nước ngoài để áp dụng thì tòa án phải áp dụng nguyên tắc xét xử *Lex fori* (Luật tòa án) để giải quyết vụ kiện⁸.

3. Những vấn đề cần chú ý trong quá trình giải thích pháp luật nước ngoài

3.1 Xác định chủ thể có nghĩa vụ giải thích QPXD dùng để dẫn chiếu đến pháp luật nước ngoài và giải thích pháp luật nước ngoài được áp dụng

Để đảm bảo việc áp dụng thống nhất, chính xác, các quy phạm pháp luật nói chung, QPXD nói riêng đều cần phải được giải thích. Đặc biệt, QPXD là một loại quy phạm phức tạp cả về nội dung lẫn cách thức áp dụng nên việc giải thích càng trở nên quan trọng. Nếu không được hiểu và áp dụng một cách thống nhất một QPXD đối với cùng một QHDS có YTNN có thể dẫn đến kết quả chọn pháp luật khác nhau và cuối cùng kết quả giải quyết cũng sẽ khác nhau. Vì vậy, QPXD cần phải được giải thích một cách thống nhất trước khi áp dụng. Theo các quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam thì thẩm quyền giải thích pháp luật chính thức được trao cho Ủy ban thường vụ Quốc hội - UBTVQH⁹. Tuy nhiên, UBTVQH chỉ được trao thẩm quyền giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh mà không phải là tất cả các văn bản pháp luật. Trong khi đó, QPXD không chỉ chứa đựng trong các văn bản luật mà còn trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Vì vậy, với quy định trên của pháp luật thì cũng chưa thực sự đầy đủ, vì chỉ có những QPXD trong văn bản luật thì UBTVQH mới có thẩm quyền giải thích, còn những QPXD khác thì không có quy định cụ thể về cơ quan có thẩm quyền giải thích. Hơn nữa, giải thích pháp luật của UBTVQH trong trường hợp này là giải thích chính thức mang tính quy phạm chứ không phải giải thích theo từng vụ

7 Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình TPQT, Sdd, tr. 59, tr. 60.

8 Theo Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Giáo trình TPQT, Nxb. ĐHQG Hà Nội, 1997, tr. 59: “Trong trường hợp không thể xác định được nội dung pháp luật nước ngoài, theo quan điểm của chúng ta, các cơ quan xét xử nên áp dụng pháp luật nước mình để xử lý vụ tranh chấp giữa các đương sự. Sờ dĩ như vậy là vì không thể không giải quyết tranh chấp đã phát sinh và không thể áp dụng pháp luật nước ngoài một khi đã làm hết mọi cách mà không nắm được nội dung và cách giải thích, vận dụng pháp luật nước ngoài hữu quan”.

9 Khoản 2 Điều 74 Hiến pháp năm 2013.

việc cụ thể. Trong khi nhu cầu giải thích pháp luật phải tồn tại cả dưới hình thức quy phạm lẫn trong từng trường hợp cụ thể. Với lập luận trên, có thể thấy quy định của pháp luật Việt Nam về thẩm quyền giải thích quy phạm pháp luật nói chung cũng như QPXĐ nói riêng còn rất hạn hẹp, chưa bao quát toàn diện hết nhu cầu trong thực tiễn áp dụng pháp luật cả về phạm vi quy định cũng như cơ quan có thẩm quyền.

Hiện nay, hoạt động giải thích pháp luật chủ yếu do các tòa án trong quá trình áp dụng pháp luật sẽ linh hoạt giải thích pháp luật trong từng nội dung vụ việc. Đồng thời, hoạt động hướng dẫn thi hành của Chính phủ cũng một phần nào đó hướng cho sự phân tích, áp dụng nội dung quy phạm pháp luật của tòa án được đúng đắn hơn theo tinh thần pháp luật. Vì vậy, cần thiết phải xây dựng những quy phạm pháp luật quy định về thẩm quyền giải thích pháp luật của cơ quan nhà nước sao cho phù hợp với thực tiễn. Các kết quả khảo sát thực tiễn cho thấy, tòa án Việt Nam rất ít khi áp dụng các QPXĐ của Phần thứ bảy BLDS năm 2005 để chọn luật áp dụng mà chủ yếu áp dụng pháp luật Việt Nam khi giải quyết các vụ việc dân sự có YTNN¹⁰. Phải chăng vì không chắc chắn về vấn đề giải thích các QPXĐ của BLDS năm 2005 và quan trọng hơn là giải thích pháp luật nước ngoài trong trường hợp QPXĐ của Việt Nam dẫn chiếu đến mà tòa án Việt Nam đã lựa chọn giải pháp an toàn là áp dụng ngay pháp luật Việt Nam.

Tóm lại, đến thời điểm hiện tại, căn cứ vào quy định của pháp luật hiện hành, UBND tỉnh chỉ có thẩm quyền giải thích QPXĐ chứa đựng trong Hiến pháp, luật, pháp lệnh, những QPXĐ chứa đựng trong các văn bản pháp luật còn lại vẫn chưa có một quy định chính thức trong hệ thống

pháp luật về cơ quan có thẩm quyền giải thích. Đây cũng là một trong những vấn đề cần phải nghiên cứu giải quyết trong quá trình hoàn thiện hệ thống QPXĐ bao gồm cả cơ chế áp dụng QPXĐ vào thực tiễn trong giai đoạn sắp tới.

Bên cạnh đó, trong TPQT, sau khi đã xác định pháp luật nước ngoài cần áp dụng, xác định nội dung cụ thể của pháp luật nước ngoài thì một vấn đề quan trọng tiếp theo là phải giải thích nội dung của pháp luật nước ngoài đã được xác định đó. Việc giải thích pháp luật nước ngoài là hoạt động quan trọng và cần thiết để đảm bảo việc áp dụng pháp luật nước ngoài là chính xác và khách quan. Pháp luật nước ngoài là sản phẩm của hoạt động lập pháp của cơ quan nhà nước nước ngoài và hoàn toàn khác biệt so với pháp luật Việt Nam. Chính vì vậy, việc áp dụng pháp luật nước ngoài vào một quan hệ pháp luật có liên quan đến Việt Nam, trên lãnh thổ Việt Nam là vấn đề phức tạp, đòi hỏi phải được sự giải thích chính thức của cơ quan có thẩm quyền. Cũng tương tự như vấn đề giải thích QPXĐ, pháp luật Việt Nam hiện hành cũng chưa có những quy định cụ thể về cơ quan có thẩm quyền giải thích pháp luật nước ngoài cũng như nghĩa vụ chứng minh những cơ sở cho việc pháp luật nước ngoài đối với QHDS có YTNN đang được giải quyết trước cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam. Đây cũng là một trong những vấn đề cần có giải pháp tích cực để khắc phục trong giai đoạn sắp tới.

Quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 (khoản 3 Điều 35) không giao thẩm quyền giải quyết các vụ việc dân sự có YTNN cho TAND cấp huyện mà giao cho TAND cấp tỉnh. Một trong những lý do có thể xác định cho điều này là trình độ của thẩm phán tòa án cấp tỉnh cao hơn trình độ

10 Xem thêm: Hoa Hữu Long, Tổng quan pháp luật Việt Nam và thực tiễn thi hành pháp luật liên quan đến QHDS có YTNN, Tham luận tham gia Tọa đàm “Về thực trạng TPQT Việt Nam và kinh nghiệm Nhật Bản”, Bộ Tư pháp tổ chức ngày 05/12/2013 tại Hà Nội.

của thẩm phán tòa án cấp huyện. Tuy nhiên, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 cũng chưa xác định rõ chủ thể có nghĩa vụ giải thích pháp luật nước ngoài được áp dụng đối với vụ việc dân sự có YTNN được giải quyết tại tòa án. Giải pháp phù hợp nhất có lẽ là TAND tối cao là cơ quan chịu trách nhiệm cao nhất trong vấn đề giải thích pháp luật nói chung, pháp luật nước ngoài nói riêng và thẩm phán đang giải quyết vụ việc có trách nhiệm trực tiếp trong việc giải thích, áp dụng pháp luật nước ngoài trên thực tế. Bên cạnh đó, cần có quy định ràng buộc trách nhiệm của các bên có liên quan nhưng trường hợp đặc biệt như khi các bên đương sự thỏa thuận lựa chọn áp dụng pháp luật của một quốc gia cụ thể thì họ cũng có trách nhiệm làm rõ hệ thống pháp luật đã được lựa chọn đó. Đây là nội dung cũng cần phải quy định cụ thể trong Dự thảo Luật TPQT của Việt Nam.

3.2 Một số vấn đề đặt ra trong quá trình giải thích pháp luật nước ngoài

Đối với vấn đề cách thức giải thích pháp luật nước ngoài, như đã phân tích, cơ quan nhà nước có thẩm quyền chỉ áp dụng pháp luật nước ngoài khi QPXĐ dẫn chiếu tới hoặc trong trường hợp các bên có thỏa thuận áp dụng và đáp ứng được các điều kiện về chọn pháp luật hoặc do cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự có YTNN ấn định pháp luật áp dụng là pháp luật nước ngoài. Khi áp dụng pháp luật nước ngoài là áp dụng toàn bộ hệ thống pháp luật nước ngoài nên nó phải được giải thích, xác định nội dung và áp dụng để giải quyết vụ việc đúng như ở nước đã ban hành nó. Đây là điều kiện tiên quyết để bảo hộ một cách thiết thực quyền và lợi ích hợp pháp của công dân và pháp nhân nước mình khi tham gia các quan hệ pháp luật đã phát sinh ở nước ngoài. Việc áp dụng pháp luật nước ngoài phải đáp

ứng một số tiêu chí cơ bản sau: Các cơ quan tư pháp có thẩm quyền cần áp dụng pháp luật nước ngoài một cách thiện chí và đầy đủ; Pháp luật nước ngoài phải được giải thích và thực thi về nội dung giống như ở nước ban hành ra nó; Cơ quan tư pháp và cơ quan xét xử có thẩm quyền của một nước có trách nhiệm tìm hiểu nội dung thực tế của pháp luật nước ngoài thông qua việc nghiên cứu các văn bản pháp luật của nước ngoài, thực tiễn xét xử, tập quán và sách báo pháp lý của nước ngoài hữu quan¹¹.

Như vậy, trong quá trình xây dựng Luật TPQT, cần chú ý quy định xác định rõ chủ thể có quyền và trách nhiệm giải thích pháp luật nước ngoài do QPXĐ của TPQT Việt Nam dẫn chiếu đến, cụ thể là thẩm phán giải quyết vụ việc, cũng là chủ thể có trách nhiệm chọn cách thức giải thích phù hợp nhất theo hướng đảm bảo việc chọn pháp luật do QPXĐ dẫn chiếu phải đảm bảo tính khách quan, hệ thống pháp luật được lựa chọn phải là hệ thống pháp luật xuất phát từ nguyên tắc chọn pháp luật đã được xác định trong phần hệ thuộc của QPXĐ, nội dung pháp luật nước ngoài đảm bảo tính chính xác và phù hợp với quan hệ cụ thể do pháp luật nước ngoài điều chỉnh. Việc quy định thẩm phán giải quyết vụ việc là chủ thể có trách nhiệm đối với cách thức giải thích pháp luật nước ngoài sẽ đảm bảo tính thống nhất trong việc hiểu và vận dụng pháp luật nước ngoài vào thực tiễn Việt Nam. Bên cạnh đó, việc thống nhất vai trò của thẩm phán trong việc giải thích, cũng như chịu trách nhiệm về cách thức giải thích pháp luật nước ngoài sẽ phát huy vai trò của thẩm phán trong quá trình áp dụng QPXĐ theo cách thức phù hợp nhất với những tình tiết cụ thể của vụ việc dân sự có YTNN đang được giải quyết ■

11 Xem thêm: Đoàn Năng, Sdd, tr. 80 – 82.

NÂNG CAO HIỆU QUẢ GIÁM SÁT CỦA HỘI ĐỒNG NHÂN DÂN XÃ

Lê Văn Minh*

* Giảng viên Trường Đại học Hồng Đức

Thông tin bài viết:

Từ khoá:

Giám sát, hiệu quả giám sát, hội đồng nhân dân xã

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 09/11/2016

Biên tập: 15/12/2016

Duyệt bài: 20/01/2017

Tóm tắt:

Theo quy định của pháp luật, Hội đồng nhân dân (HĐND) xã có quyền lực rất lớn, nhưng đối chiếu với thực tế hoạt động trong những nhiệm kỳ vừa qua, HĐND chưa phát huy hết quyền lực của mình, hoạt động chưa hiệu quả, đôi khi còn mang nặng tính hình thức, trong đó có hoạt động giám sát - một trong những hoạt động quan trọng của HĐND xã. Vì vậy, để HĐND thực sự là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương, cần chỉ ra những nguyên nhân và đề ra những giải pháp nhằm nâng cao hơn nữa hiệu quả giám sát của HĐND.

Article Infomation:

Keywords:

Supervision, Supervisory Efficiency, Commune People's Council.

Article History:

Received: 09 Nov. 2016

Edited: 15 Dec. 2016

Approved: 20 Jan. 2017

Abstract:

According to the law, the Commune People's Council has such great power, but it has not fulfilled its obligated mandates, not operated efficiently in recent years. Sometimes, its performance is carried out in a formalistic manner, including its supervisory mandate which is one of the important activities of the Commune People's Council. Therefore, it is necessary to address the root causes leading to its ineffective supervisory activities and to give out the solutions to improve the supervisory efficiency of the Commune People's Council so that the Commune People's Council would be a powerful state agency at the localities.

Trong cơ cấu chính quyền địa phương, HĐND xã là cơ quan quyền lực nhà nước ở xã có vị trí, vai trò hết sức quan trọng đối với sự phát triển của địa phương. HĐND xã là cơ quan gần dân nhất, đại diện cho ý chí, nguyện vọng, quyền lợi, quyền làm chủ của nhân dân ở từng địa phương, có mối liên hệ mật thiết với nhân dân, là cầu nối chuyển tải các chủ trương, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước đến với người dân ở địa phương. Thực tiễn cho thấy, ở đâu hoạt động giám sát của HĐND xã hoạt động hiệu quả thì ở địa phương đó các chủ trương, chính

sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước được tôn trọng và được bảo đảm thực hiện, địa phương nào hoạt động giám sát của HĐND xã hình thức, hiệu quả không cao thì ở đó đời sống kinh tế - văn hóa - xã hội của người dân gặp nhiều khó khăn, dễ phát sinh các tiêu cực.

1. Các quy định của pháp luật hiện hành về chức năng giám sát của Hội đồng nhân dân xã

Hoạt động giám sát của HĐND xã được hiểu là việc HĐND xã theo dõi, xem xét, đánh giá hoạt động của cơ quan, tổ

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

chức, cá nhân chịu sự giám sát trong việc tuân theo Hiến pháp và pháp luật về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình, xử lý theo thẩm quyền hoặc yêu cầu, kiến nghị cơ quan có thẩm quyền xử lý.

Thẩm quyền giám sát của HĐND được quy định tại khoản 2 Điều 113 Hiến pháp năm 2013: “HĐND quyết định các vấn đề của địa phương do luật định; giám sát việc tuân theo Hiến pháp và pháp luật ở địa phương và việc thực hiện nghị quyết của HĐND”¹.

Như vậy, hoạt động giám sát là một trong hai chức năng chính của HĐND các cấp nói chung, HĐND xã nói riêng. Hoạt động giám sát của HĐND xã được thực hiện thông qua hoạt động giám sát của HĐND xã tại các kỳ họp, giám sát của Thường trực HĐND xã, tổ đại biểu HĐND xã, đại biểu HĐND xã, các Ban của HĐND xã.

Khoản 1 Điều 5 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND năm 2015 quy định: “HĐND giám sát việc tuân theo Hiến pháp, pháp luật ở địa phương và việc thực hiện nghị quyết của HĐND cùng cấp; giám sát hoạt động của Thường trực HĐND, Ủy ban nhân dân (UBND), Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, cơ quan thi hành án dân sự cùng cấp và Ban của HĐND cấp mình; giám sát quyết định của UBND cùng cấp và nghị quyết của HĐND cấp dưới trực tiếp;

Thường trực HĐND giám sát việc tuân theo Hiến pháp, pháp luật ở địa phương và việc thực hiện nghị quyết của HĐND cùng cấp; giám sát hoạt động của UBND, các cơ quan thuộc UBND, Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, cơ quan thi hành án dân sự cùng cấp và HĐND cấp dưới; giám sát quyết định của UBND cùng cấp, nghị quyết của HĐND cấp dưới trực tiếp; giúp HĐND thực hiện quyền giám sát theo sự phân công của HĐND;

Ban của HĐND giúp HĐND giám sát hoạt động của Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, cơ quan thi hành án dân sự cùng cấp; giám sát hoạt động của UBND, các cơ quan thuộc UBND cùng cấp thuộc lĩnh vực Ban phụ trách; giám sát văn bản quy phạm pháp luật thuộc lĩnh vực Ban phụ trách;

Tổ đại biểu HĐND giám sát việc tuân theo Hiến pháp, luật, văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên ở địa phương và nghị quyết của HĐND cùng cấp hoặc về vấn đề do HĐND, Thường trực HĐND phân công;

Đại biểu HĐND chất vấn Chủ tịch UBND, thành viên khác của UBND, Chánh án Tòa án nhân dân, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân, Thủ trưởng cơ quan thuộc UBND cùng cấp; trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình giám sát việc tuân theo Hiến pháp và pháp luật; giám sát việc giải quyết khiếu nại, tố cáo, kiến nghị của công dân ở địa phương”².

Tùy thuộc vào hoạt động giám sát của từng chủ thể mà hoạt động giám sát của HĐND xã, của Thường trực HĐND xã, tổ đại biểu, đại biểu và các Ban của HĐND xã sẽ có những hình thức, nội dung, phương pháp giám sát khác nhau. Mặc dù hoạt động giám sát của HĐND xã được thực hiện bởi nhiều chủ thể, phạm vi giám sát rộng, hình thức giám sát đa dạng nhưng về nguyên tắc, hoạt động giám sát của HĐND xã phải tuân theo Hiến pháp và pháp luật, hoạt động giám sát phải đảm bảo khách quan, công khai, minh bạch và đạt được mục tiêu, hiệu quả của hoạt động giám sát, tuyệt đối không được làm ảnh hưởng, cản trở đến hoạt động bình thường của các cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát của HĐND xã.

1 <http://www.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/NuocCHXHCNVietNam/ThongTinTongHop/hienphapnam2013>

2 <http://thuvienphapluat.vn/van-ban/Bo-may-hanh-chinh/Luat-hoat-dong-giam-sat-cua-Quoc-hoi-va-Hoi-dong-nhan-dan-2015-298366.aspx>

2. Thực trạng về hoạt động giám sát của Hội đồng nhân dân xã

Trên cơ sở trực tiếp tham dự các kỳ họp, tham gia hoạt động tiếp xúc cử tri cùng các đại biểu, tham gia hoạt động giám sát cùng tổ đại biểu và đại biểu HĐND xã, kết hợp với các báo cáo tổng kết hoạt động của HĐND xã nhiệm kỳ 2011-2016 ở một số địa phương trên phạm vi cả nước, theo chúng tôi, về cơ bản có thể đánh giá, hoạt động giám sát của HĐND xã trong những năm qua đã từng bước được củng cố, tăng cường. Việc xây dựng nội dung, chương trình giám sát hàng năm trình HĐND xã thông qua đã tạo sự chủ động cho HĐND xã, Thường trực HĐND xã, tổ đại biểu HĐND xã, đại biểu HĐND xã và các Ban của HĐND xã, làm cho hoạt động này từng bước đi vào nề nếp, nội dung, hình thức, phương pháp giám sát tương đối phù hợp với thực tiễn, đáp ứng được yêu cầu thực tế của địa phương. Hoạt động chất vấn và trả lời chất vấn từng bước đi vào thực chất, trở thành nội dung trọng tâm của kỳ họp, được các đại biểu và cử tri quan tâm. Tính hình thức trong hoạt động giám sát của HĐND xã giảm dần, chất lượng kỳ họp, chất lượng chất vấn tại kỳ họp từng bước được nâng lên. Sống và làm việc gần dân, thân dân, nên các đại biểu đã lắng nghe được nhiều hơn tâm tư, nguyện vọng của nhân dân.

Các đại biểu HĐND xã đã tâm huyết hơn với công tác đại biểu, trong đó có công tác giám sát, nhiều địa phương thường xuyên có các cuộc giám sát theo chuyên đề, thành lập các đoàn giám sát, hiệu quả từ các cuộc giám sát theo chuyên đề và đoàn giám sát đem lại rất cao. Kết quả hoạt động giám sát của HĐND xã đã có tác dụng tích cực trong việc giải quyết các vấn đề cử tri đang bức xúc. Tổ đại biểu, đại biểu HĐND xã trong những năm qua đã có nhiều cố gắng để tăng cường công tác giám sát việc thi hành Hiến pháp, luật, các văn bản quy phạm

pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên, nghị quyết của HĐND xã, phát huy tính dân chủ ở cơ sở và quyền làm chủ của nhân dân. Có được những kết quả đó là do có sự quan tâm, lãnh đạo, chỉ đạo sát sao của cấp ủy Đảng đối với hoạt động của HĐND xã, đồng thời bản thân các đại biểu HĐND xã đã không ngừng nỗ lực phấn đấu để xứng đáng là người đại biểu của nhân dân, trong quá trình hoạt động giám sát họ đã biết dựa vào dân, được nhân dân đồng tình, ủng hộ.

Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đã đạt được, trong hoạt động giám sát của HĐND xã còn bộc lộ nhiều hạn chế. Hoạt động giám sát của HĐND xã chưa đáp ứng được yêu cầu phát triển kinh tế - văn hóa - xã hội của địa phương đang diễn ra trong thời kỳ hội nhập và toàn cầu hóa và quá trình xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN ở Việt Nam trong giai đoạn hiện nay. Hoạt động giám sát của HĐND xã nói chung và của Thường trực HĐND xã, tổ đại biểu HĐND xã, đại biểu HĐND xã, Ban Pháp chế và Ban Kinh tế - xã hội nói riêng còn nặng về hình thức, chưa thực chất, hiệu quả giám sát chưa cao, hoạt động giám sát có nơi, có lúc còn lúng túng, chưa bao quát hết các vấn đề của địa phương thuộc chức năng giám sát của HĐND xã. Một bộ phận đại biểu chưa thật sự tâm huyết với công tác đại biểu, nên chưa dành nhiều thời gian cho hoạt động giám sát³. Phương thức, hình thức giám sát còn nhiều điểm bất cập, giám sát chủ yếu là nghe các báo cáo những thành tích đã đạt được, thiếu sự giám sát trực tiếp, thiếu tiếp xúc với cử tri tại nơi ở, nơi làm việc. Các kết luận sau giám sát thường chung chung, công tác theo dõi, đôn đốc, kiểm tra việc kiến nghị sau giám sát không được thực hiện nghiêm túc, không truy vấn đề đã giám sát đến cùng. Vì vậy, hiệu quả giám sát của HĐND xã nhìn chung không cao, nặng về hình thức, thiếu thực chất.

3 GS.TS Thái Vĩnh Thắng (Chủ nhiệm đề tài), “Cơ sở lý luận và thực tiễn của việc đổi mới tổ chức và hoạt động của HĐND địa phương (Góp phần sửa đổi chế định HĐND trong Hiến pháp 1992)”, Đề tài khoa học cấp bộ, Hà Nội, 2013, tr 381 - 382.

Nguyên nhân của những tồn tại, hạn chế trên là do:

Thứ nhất, phiên họp của HĐND xã thường chỉ diễn ra 1 đến 1,5 ngày, trong khi đó thời gian đọc các báo cáo đã chiếm đến 1/2 ngày, thời gian còn lại không đủ để cho các đại biểu thảo luận và chất vấn. Nhiều đại biểu HĐND ở xã thiếu kiến thức pháp luật, quản lý nhà nước, kiến thức chuyên môn, thiếu những thông tin liên quan đến vấn đề cần phải thảo luận, nhất là những vấn đề liên quan đến tài chính, ngân sách và quyết toán thu chi hàng năm, cùng với tâm lý nể nang, ngại va chạm, thiếu bản lĩnh, thiếu tâm huyết ở một số đại biểu, dẫn đến tại kỳ họp HĐND xã, nhiều đại biểu đến dự kỳ họp chỉ nghe là chính, không tham gia thảo luận, chất vấn tại hội trường cũng như ở tổ đại biểu HĐND xã⁴.

Thứ hai, theo Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015, Thường trực HĐND xã chỉ có 2 chức danh là Chủ tịch và Phó Chủ tịch HĐND xã, sẽ không đảm bảo điều kiện để HĐND xã làm việc và quyết định tập thể theo nguyên tắc tập trung khi cần thiết. Và vì chỉ có hai thành viên, nên hầu hết công việc của Thường trực HĐND xã giữa các kỳ họp đều được phân công cho Phó Chủ tịch HĐND xã phụ trách, việc nhiều người ít nên khó có thể đảm bảo các hoạt động của Thường trực HĐND xã được thực hiện đầy đủ, đúng quy trình luật định và có hiệu quả như mong muốn.

Thứ ba, hoạt động tiếp xúc cử tri còn hạn chế và hình thức, nhiều đại biểu thường xuyên vắng mặt trong các buổi tiếp xúc cử tri. Ở xã, đa số đại biểu là kiêm nhiệm, trong khi đó Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 không quy định thời gian tối thiểu đối với đại biểu kiêm nhiệm, cùng với việc nhiều đại biểu không có điều kiện tham gia các hoạt động của HĐND xã và thiếu tâm huyết với công tác của HĐND xã,

nên chất lượng và hiệu quả giám sát thấp. Thời gian tiến hành Hội nghị tiếp xúc cử tri ở xã thường diễn ra trong một buổi (từ 2 đến 3 giờ), trong đó việc đọc các báo cáo, thông báo... đã chiếm gần hết hai phần ba thời gian, không còn thời gian để cử tri tham gia ý kiến. Vì vậy, việc tiếp xúc cử tri mang tính hình thức và khó đạt được hiệu quả.

Thứ tư, các tổ đại biểu HĐND xã nhìn chung chưa duy trì tốt việc họp tổ để thực hiện các nhiệm vụ của tổ đại biểu, kiểm tra lại những công việc đã làm, đã kiến nghị, triển khai các hoạt động giám sát tiếp theo, phân công tiếp xúc cử tri, tham gia hoạt động giám sát, phát biểu tại kỳ họp.

Thứ năm, Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 có quy định: HĐND cấp xã có 2 Ban, Ban Kinh tế - xã hội và Ban Pháp chế. Nhưng trong kỳ họp đầu tiên của nhiệm kỳ 2016 - 2021, hai Ban này của HĐND xã cũng chưa phát huy được tốt nhiệm vụ giám sát của mình bởi vì Trưởng và Phó Ban đều là kiêm nhiệm, đồng thời tất cả thành viên của các Ban đều là đại biểu HĐND xã.

Thứ sáu, nhiều đại biểu HĐND xã thiếu những kỹ năng cần thiết khi làm đại biểu như: kỹ năng tiếp xúc cử tri; kỹ năng chất vấn và trả lời chất vấn; kỹ năng thu thập, xử lý và phân tích thông tin; kỹ năng giám sát; kỹ năng đánh giá; kỹ năng xây dựng kế hoạch hoạt động, xây dựng chương trình, kế hoạch giám sát; kỹ năng thuyết trình và thảo luận. Điều đó ảnh hưởng không nhỏ đến hiệu quả hoạt động giám sát của HĐND xã.

Thứ bảy, hoạt động giám sát của HĐND nói chung và HĐND xã nói riêng không có luật riêng để điều chỉnh, các quy định về hoạt động giám sát của HĐND được quy định ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau như: Hiến pháp năm 2013, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND năm

4 GS.TS Thái Vĩnh Thắng (Chủ nhiệm đề tài), “Cơ sở lý luận và thực tiễn của việc đổi mới tổ chức và hoạt động của HĐND địa phương (Góp phần sửa đổi chế định HĐND trong Hiến pháp 1992)”, tldd, 2013, tr 377-378.

2015, Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015, Luật Khiếu nại năm 2011, Luật Tố cáo năm 2011, Quy chế hoạt động của HĐND, nội quy các kỳ họp... nên còn có trường hợp chồng chéo, trùng lặp, không thuận lợi cho việc áp dụng, thực hiện luật và hoạt động giám sát. Quy định về nội dung giám sát, hình thức giám sát rộng với nhiều chủ thể, một số hoạt động giám sát được thực hiện trên thực tế nhưng chưa được ghi nhận trong các văn bản pháp luật.

3. Một số đề xuất nhằm nâng cao hiệu quả giám sát của Hội đồng nhân dân xã

Thứ nhất, cần tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với tổ chức và hoạt động của HĐND xã. Thực tế đã chứng minh, ở đâu Đảng quan tâm lãnh đạo, chỉ đạo thường xuyên đến việc tổ chức và hoạt động của HĐND xã, thì ở địa phương đó HĐND xã hoạt động có hiệu quả, phát huy tốt vị trí, vai trò của mình. Đảng không can thiệp quá sâu vào hoạt động của HĐND xã nhưng Đảng ủy cần quan tâm công tác quy hoạch, đào tạo phân công cán bộ có đạo đức, có chuyên môn, nghiệp vụ, có điều kiện tham gia công tác trong HĐND xã, tránh xảy ra việc cán bộ làm công tác tại HĐND xã là do không còn vị trí nào khác. Đặc biệt là việc bố trí cán bộ giữ chức danh trong Thường trực HĐND xã và Trưởng Ban Pháp chế, Ban Kinh tế - xã hội phải là những người có chuyên môn, kinh nghiệm công tác.

Thứ hai, cần đổi mới công tác hiệp thương, giới thiệu người ra ứng cử làm đại biểu, không nên nặng về cơ cấu mà nên coi trọng phẩm chất, đạo đức, trình độ, năng lực công tác, kinh nghiệm công tác, có điều kiện tham gia các hoạt động của HĐND xã và tâm huyết với công tác của HĐND xã. Trong đó, cần đặc biệt chú ý đến tiêu chuẩn “có điều kiện tham gia các hoạt động HĐND xã” và tâm huyết với công tác của HĐND xã. Trên thực tế, hoạt động của HĐND xã không hiệu quả một phần là do có những đại biểu tuy có chuyên môn, nhưng trong suốt nhiệm kỳ không phát biểu, không kiến nghị, không chất vấn, thiếu bản

lĩnh, thiếu tâm huyết, ngại va chạm, thì cũng không nên bầu vào HĐND xã.

Thứ ba, cần phải tăng số lượng kỳ họp lên 4 kỳ vì Điều 78 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 quy định, HĐND trong đó có HĐND xã mỗi năm họp ít nhất hai kỳ là chưa hợp lý. Bởi vì, công việc quản lý nhà nước ở địa phương trong thời kỳ hội nhập, toàn cầu hóa và theo xu hướng tăng cường quyền lực cho chính quyền địa phương, cùng với việc Luật Tổ chức chính quyền địa phương trên thực tế quy định cho HĐND xã hai chức năng cơ bản là quyết định và giám sát, HĐND xã có 8 nhiệm vụ, quyền hạn được quy định tại Điều 33 là rất nhiều việc. Thế nhưng mỗi một năm chỉ họp hai kỳ, mỗi một kỳ họp thường chỉ kéo dài từ 1 đến 1,5 ngày, như vậy là không đủ để thực hiện tốt nhiệm vụ, quyền hạn của mình. HĐND xã cần tăng số lượng kỳ họp lên 4 kỳ trên một năm và mỗi một quý họp một lần.

Cần nâng cao chất lượng kỳ họp của HĐND xã, kỳ họp của HĐND xã phải thực sự dân chủ, là nơi cử tri và đại biểu HĐND xã thể hiện chính kiến của mình, dành nhiều thời gian cho hoạt động thảo luận và chất vấn của đại biểu.

Thứ tư, cần phải thực hiện tốt và phải đa dạng hình thức giám sát của HĐND xã, giám sát tại kỳ họp thông qua việc giám sát các báo cáo giải trình của UBND xã; kiểm tra, giám sát của Thường trực HĐND xã; chất vấn của đại biểu HĐND xã tại kỳ họp; của tổ đại biểu; của đại biểu trên thực tế; các Ban của HĐND xã phải thẩm định tốt các báo cáo của UBND xã.

Thứ năm, cần đổi mới và nâng cao chất lượng tiếp xúc cử tri, tiếp công dân của đại biểu HĐND xã. Muốn nâng cao chất lượng các buổi tiếp xúc cử tri của đại biểu HĐND xã cần phải nâng cao nhận thức cho cử tri và đại biểu khi tiếp xúc cử tri. Đại biểu HĐND xã cần phải xem đây là công việc thường xuyên, không chỉ trước và sau kỳ họp HĐND mà cần lắng nghe ý kiến, kiến nghị, nguyện vọng, phát hiện, nhận xét của nhân

dân mọi lúc mọi nơi nhằm nắm bắt các vấn đề đang gây bức xúc trong nhân dân để kịp thời phản ánh tại cuộc họp và kiến nghị với UBND xã và các cơ quan liên quan xem xét, giải quyết. Đại biểu cần tích cực nghiên cứu, tìm hiểu đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng, pháp luật Nhà nước, tình hình phát triển kinh tế - văn hóa - xã hội ở địa phương. Tự nâng cao trình độ hiểu biết, bản lĩnh vốn sống của mình; phối hợp tốt với Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức đoàn thể trong hoạt động giám sát. Có như vậy mới hoàn thành được nhiệm vụ của người đại biểu.

Thứ sáu, HĐND xã trong từng nhiệm kỳ cần xây dựng kế hoạch giám sát cho cả nhiệm kỳ, kế hoạch từng năm, từng quý và có sự phân công cho các tổ đại biểu và từng đại biểu thực hiện chức năng giám sát của mình, lấy đó làm căn cứ triển khai hoạt động giám sát. Trong giám sát, cần tập trung giám sát những vấn đề đang nổi cộm tại xã, đang gây nên dư luận trong xã hội, đang được cử tri quan tâm. Việc giám sát của HĐND xã sẽ góp phần giải quyết đúng các vấn đề tại địa phương và hạn chế các tiêu cực trong xã hội.

Thứ bảy, đầu mỗi nhiệm kỳ cần tập trung bồi dưỡng và nâng cao các kỹ năng

cần thiết cho các đại biểu HĐND xã như: kỹ năng tiếp xúc cử tri; kỹ năng chất vấn và trả lời chất vấn; kỹ năng thu thập, xử lý và phân tích thông tin; kỹ năng giám sát; kỹ năng đánh giá; kỹ năng xây dựng kế hoạch hoạt động, xây dựng chương trình, kế hoạch giám sát; kỹ năng thuyết trình và thảo luận. Do đa số đại biểu HĐND xã hoạt động kiêm nhiệm, không mang tính chuyên nghiệp, hoạt động không thường xuyên, lại có nhiều thay đổi sau mỗi kỳ bầu cử, nhiều đại biểu được bầu mới còn bỡ ngỡ với công tác đại biểu, trình độ của các đại biểu khác nhau, nguồn hình thành (cơ cấu) khác nhau và điều kiện tham gia hoạt động HĐND xã cũng không giống nhau. Vì vậy, phải bồi dưỡng các kỹ năng cơ bản cho các đại biểu HĐND xã.

Thứ tám, cần xây dựng riêng một luật về giám sát của HĐND, vì hiện nay hoạt động giám sát của HĐND được quy định ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau và quy định chung với hoạt động giám sát của Quốc hội. Điều đó là không phù hợp, không thuận lợi cho việc thực hiện hoạt động giám sát của HĐND các cấp nói chung và HĐND xã nói riêng ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam năm 2013.
2. Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003.
3. Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015.
4. Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND.
5. GS, TS. Thái Vĩnh Thắng (Chủ nhiệm đề tài), “Cơ sở lý luận và thực tiễn của việc đổi mới tổ chức và hoạt động của HĐND địa phương (Góp phần sửa đổi chế định HĐND trong Hiến pháp 1992)”, đề tài khoa học cấp bộ, Hà Nội, 2013.
6. <http://xahuonglinh.quangtri.gov.vn/vi/nvlaws/Bao-cao/Bao-cao-tong-ket-hoat-dong-HDND-xa-khoa-X-nhiem-ky-2011-2016-47/>
7. <http://baiphathieuhay.com/bai-phat-bieu/bao-cao-tong-ket-hoat-dong-cua-hoi-dong-nhan-dan-huyen-nhiem-ky-2011-2016/>
8. <https://hoaiduc.hanoi.gov.vn/hoat-dong-hdnd/-/news/rcipnIGuc8B5/420011.html?jsessionid=yloejVxIVOrj4Jbb3vYVvRmR.app2>
9. <http://dbnd.hagiang.gov.vn/index.php?nv=news&op=HOAT-DONG-CO-SO/Xa-Mau-Due-tong-ket-hoat-dong-cua-HDND-xa-khoa-XVIII-nhiem-ky-2011-2016-1658>
10. <https://huonggiang.thuathienhue.gov.vn/?gd=1&cn=28&tc=1538>
11. <http://w3.lamdong.gov.vn/vi-VN/a/cattien/tintuc/hdnd/Pages/Tong-ket-dh-DHND-xa-tt-2015.aspx>
12. <http://thuvienphapluat.vn/van-ban/Bo-may-hanh-chinh/Huong-dan-26-HD-BTCTW-2014-cong-tac-nhan-su-cap-uy-tien-toi-Dai-hoi-dai-bieu-toan-quo-lan-thu-XII-cua-Dang-251869.aspx>

PHÁP NHÂN THƯƠNG MẠI TRONG PHÁP LUẬT VIỆT NAM VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ

Hoàng Đức Cường*

* Viện Kiểm sát quân sự Khu vực 43.

Thông tin bài viết:

Từ khóa:

Pháp nhân thương mại; Bộ luật Hình sự năm 2015; trách nhiệm hình sự của pháp nhân; doanh nghiệp; hoàn thiện pháp luật.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 15/11/2016

Biên tập: 01/12/2016

Duyệt bài: 05/01/2017

Article Infomation:

Keywords: Commercial Entity; Vietnam Penal Code of 2015; Criminal Liability for Commercial Entity; Enterprise; Law Improvement.

Article History:

Received: 15 Nov. 2016

Edited: 01 Dec. 2016

Approved: 05 Jan. 2017

Tóm tắt:

Truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại là một chế định mới của Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015. Mặc dù ở nhiều nước, chế định này không mới, song trong điều kiện nước ta, để áp dụng được các quy định về trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại không hẳn là dễ dàng, bởi sự không đồng nhất giữa các khái niệm về pháp nhân thương mại trong Bộ luật Dân sự (BLDS), Luật Thương mại, Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư và Luật Hợp tác xã. Bài viết nêu lược sử hình thành pháp nhân thương mại trong pháp luật Việt Nam, những vấn đề còn tồn tại và đưa ra một số kiến nghị, giải pháp nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật về truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại.

Abstract:

Criminal prosecutions for commercial entity are new regulations of the Penal Code of 2015. In several countries, this rule is not a new one, however, under the current conditions of Vietnam, application of the provision on criminal liability for commercial entity is not so easy, which is resulted from the heterogeneity of the definitions of commercial entities in the Civil Code, Law on Commerce, Law on Enterprise, Law on Investment and the Law on Cooperatives. This article provides an overview of the brief history of the commercial entity, as well as shortcomings and recommendations and solutions to improve the laws on criminal prosecution for commercial entity.

1. Lược sử pháp nhân thương mại ở Việt Nam

Các văn bản quy phạm pháp luật trước đây của Nhà nước ta đã mô tả các dấu hiệu của pháp nhân như tại Thông tư số 525 ngày 26//3/1975 của Trọng tài Kinh tế, Nghị định

số 17 ngày 16/01/1990 hướng dẫn thi hành Pháp lệnh Trọng tài kinh tế, Pháp lệnh Hợp đồng dân sự ngày 01/7/1991. Điều 84 BLDS năm 2005 mô tả dấu hiệu (điều kiện) một tổ chức được công nhận là pháp nhân: “1. Được cơ quan có thẩm quyền thành lập, cho

phép thành lập, đăng ký hoặc công nhận; 2. Có cơ cấu tổ chức chặt chẽ; 3. Có tài sản độc lập với cá nhân, tổ chức khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản đó; 4. Nhân danh mình tham gia các quan hệ pháp luật một cách độc lập”. Điều 74, BLDS năm 2016 mô tả về “pháp nhân”: “1. Một tổ chức được công nhận là pháp nhân khi có đủ các điều kiện sau đây: a) Được thành lập theo quy định của Bộ luật này, luật khác có liên quan; b) Có cơ cấu tổ chức theo quy định tại Điều 83 của Bộ luật này; c) Có tài sản độc lập với cá nhân, pháp nhân khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình; d) Nhân danh mình tham gia quan hệ pháp luật một cách độc lập. 2...”. Qua các văn bản pháp luật đã ban hành, có thể đưa ra khái niệm pháp nhân như sau: *Pháp nhân là tổ chức thống nhất, độc lập, hợp pháp có tài sản riêng và chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình, nhân danh mình tham gia vào các quan hệ pháp luật một cách độc lập.*

Ở nước ta, có các loại pháp nhân sau: (i) Các pháp nhân là cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang; (ii) các pháp nhân là các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị - xã hội nghề nghiệp; (iii) Các pháp nhân là các tổ chức kinh tế; (iv) các pháp nhân là các tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, các quỹ xã hội, quỹ từ thiện (Điều 85, BLDS năm 2005). Như vậy, cho đến trước khi BLDS năm 2015 ban hành, pháp luật Việt Nam vẫn chưa hề có một văn bản quy phạm pháp luật nào đề cập đến “Pháp nhân thương mại”.

BLDS năm 2015 quy định về “Pháp nhân thương mại” tại Điều 75 như sau: “1. Pháp nhân thương mại là pháp nhân có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận và lợi nhuận được chia cho các thành viên. 2. Pháp nhân thương mại bao gồm doanh nghiệp và các tổ chức kinh tế khác. 3. Việc thành lập, hoạt động và chấm dứt pháp nhân thương mại được thực hiện theo quy định của Bộ luật này, Luật Doanh nghiệp và quy định khác của pháp luật có liên quan”.

Như vậy, theo Điều 75 BLDS 2015 thì pháp nhân thương mại là doanh nghiệp và các tổ chức kinh tế khác. Các công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH), công ty cổ phần, công ty hợp danh,... được pháp luật công nhận tư cách pháp nhân hoạt động vì mục đích lợi nhuận thì được xem là pháp nhân thương mại.

Luật Thương mại: Trước khi thống nhất đất nước (năm 1975), ở miền Nam, Điều thứ 13 của Bộ Thương luật đã đề cập thể nhân hay pháp nhân có tư cách nhà buôn đều được gọi là doanh nghiệp: “Bất luận thể nhân hay pháp nhân có tư cách nhà buôn đều phải giữ một cuốn sổ nhật ký ghi chép những nghiệp vụ doanh nghiệp và những chi thu trong ngày...” nhưng chưa từng đề cập đến “Pháp nhân thương mại”.

Luật Thương mại năm 2015 và Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng như Luật Thương mại và Luật Doanh nghiệp năm 2005 trước đây không quy định thể nào là “Pháp nhân thương mại” mà chỉ quy định về Thương nhân và Hành vi thương mại. Nếu dẫn chiếu theo Điều 75 BLDS 2015 thì có thể coi đây là các văn bản quy định về các loại pháp nhân thương mại bên cạnh các cá nhân có tư cách thương gia (thương gia thể nhân).

Luật Thương mại về bản chất quy định thương nhân và hành vi thương mại. Tuy nhiên Luật Thương mại năm 2005 không có điều luật nào quy định thể nào là thương nhân và hành vi thương mại, lại không có một quy định nào được gọi là “Pháp nhân thương mại”, chỉ quy định về “hoạt động thương mại” là gì tại khoản 1 Điều 3, và thương nhân gồm những ai tại khoản 1 Điều 6. Tại khoản 1, Điều 6 Luật Thương mại 2005 chỉ quy định thương nhân gồm: “1. Thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh”.

Như vậy, thương nhân gồm: tổ chức kinh tế và cá nhân có các điều kiện hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh. Vậy tổ chức kinh tế gắn liền với hoạt động thương mại được coi là pháp nhân thương mại. Nếu hiểu vậy thì HTX là tổ chức kinh tế, có tư cách pháp nhân theo khoản 1 Điều 3 Luật HTX 2012, thì có thể coi HTX là pháp nhân thương mại hay không? Khoản 1 Điều 3 Luật Thương mại 2005 quy định: “1. Hoạt động thương mại là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác”. Như vậy, HTX quy định theo khoản 1 Điều 3 Luật HTX 2012 được coi là pháp nhân thương mại.

Luật Doanh nghiệp: Trước khi có Luật Doanh nghiệp năm 1999, sau đó được sửa đổi, bổ sung bằng Luật Doanh nghiệp năm 2005, chúng ta từng có Luật Công ty. Tuy nhiên, cùng với sự phát triển kinh tế - xã hội, nhà làm luật đã đưa ra khái niệm “doanh nghiệp tư nhân”, đồng thời đưa các loại hình công ty trong Luật Công ty vào trong một đạo luật, xây dựng thành Luật Doanh nghiệp năm 1999. Luật Doanh nghiệp năm 2005 tiếp tục đưa “doanh nghiệp tư nhân” vào Luật, bên cạnh các quy định về công ty.

Luật HTX: Khoản 1 Điều 3 Luật HTX năm 2012 quy định như sau: “1. HTX là tổ chức kinh tế tập thể, đồng sở hữu, có tư cách pháp nhân, do ít nhất 07 thành viên tự nguyện thành lập và hợp tác tương trợ lẫn nhau trong hoạt động sản xuất, kinh doanh, tạo việc làm nhằm đáp ứng nhu cầu chung của thành viên, trên cơ sở tự chủ, tự chịu trách nhiệm, bình đẳng và dân chủ trong quản lý HTX”. Như vậy, HTX là tổ chức kinh tế, có tư cách pháp nhân, thỏa mãn quy định về “Pháp nhân thương mại” theo quy định tại Điều 76 BLDS 2015.

2. Pháp nhân thương mại trong Bộ luật Hình sự năm 2015

BLHS năm 2015 có rất nhiều nội dung mới mà BLHS năm 1999 chưa quy định, trong đó có “Pháp nhân thương mại”. Đây là một nội dung quan trọng, làm thay đổi cơ bản chính sách hình sự truyền thống, bên cạnh nguyên tắc cá thể hóa trách nhiệm hình sự (TNHS), luật hình sự Việt Nam đã đặt ra TNHS đối với thực thể mà BLHS năm 2015 gọi là “Pháp nhân thương mại” trong một số tội. Điều này, đã thể hiện rõ quan điểm của Đảng và Nhà nước về xử lý, phòng chống tội phạm trong tình hình hiện nay, đáp ứng yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội của đất nước trong thời kỳ mới.

Điều kiện chịu trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại

1. Pháp nhân thương mại chỉ phải chịu TNHS khi có đủ các điều kiện sau đây: a) Hành vi phạm tội được thực hiện nhân danh pháp nhân thương mại; b) Hành vi phạm tội được thực hiện vì lợi ích của pháp nhân thương mại PNTM; c) Hành vi phạm tội được thực hiện có sự chỉ đạo, điều hành hoặc chấp thuận của pháp nhân thương mại; d) Chưa hết thời hiệu truy cứu TNHS quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 27 của BLHS 2015.

2. Việc pháp nhân thương mại chịu TNHS không loại trừ TNHS của cá nhân.

Phạm vi chịu trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại

Pháp nhân thương mại chỉ phải chịu TNHS về các tội phạm sau đây: 1. Điều 188 (tội buôn lậu); Điều 189 (tội vận chuyển trái phép hàng hóa, tiền tệ qua biên giới); Điều 190 (tội sản xuất, buôn bán hàng cấm); Điều 191 (tội tàng trữ, vận chuyển hàng cấm); Điều 192 (tội sản xuất, buôn bán hàng giả); Điều 193 (tội sản xuất, buôn bán hàng giả là lương thực, thực phẩm, phụ gia thực phẩm); Điều 194 (tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh); Điều

195 (tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thức ăn dùng để chăn nuôi, phân bón, thuốc thú y, thuốc bảo vệ thực vật, giống cây trồng, vật nuôi); Điều 196 (tội đầu cơ); Điều 200 (tội trốn thuế); Điều 203 (tội in, phát hành, mua bán trái phép hóa đơn, chứng từ); Điều 209 (tội cố ý công bố thông tin sai lệch hoặc che giấu thông tin trong hoạt động chứng khoán); Điều 210 (tội sử dụng thông tin nội bộ để mua bán chứng khoán); Điều 211 (tội thao túng thị trường chứng khoán); Điều 213 (tội gian lận trong kinh doanh bảo hiểm); Điều 216 (tội trốn đóng bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp cho người lao động); Điều 217 (tội vi phạm quy định về cạnh tranh); Điều 225 (tội xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan); Điều 226 (tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp); Điều 227 (tội vi phạm các quy định về nghiên cứu, thăm dò, khai thác tài nguyên); Điều 232 (tội vi phạm các quy định về khai thác và bảo vệ rừng); Điều 234 (Tội vi phạm quy định về quản lý, bảo vệ động vật hoang dã); 2. Điều 235 (tội gây ô nhiễm môi trường); Điều 237 (tội vi phạm phòng ngừa, ứng phó, khắc phục sự cố môi trường); Điều 238 (tội vi phạm quy định về bảo vệ an toàn công trình thủy lợi, đê điều và phòng, chống thiên tai; vi phạm quy định về bảo vệ bờ, bãi sông); Điều 239 (tội đưa chất thải vào lãnh thổ Việt Nam); Điều 242 (tội huỷ hoại nguồn lợi thủy sản); Điều 243 (tội huỷ hoại rừng); Điều 244 (tội vi phạm quy định về quản lý, bảo vệ động vật nguy cấp, quý, hiếm); Điều 245 (tội vi phạm các quy định về quản lý khu bảo tồn thiên nhiên); Điều 246 (tội nhập khẩu, phát tán các loài ngoại lai xâm hại).

3. Một số kiến nghị liên quan đến “pháp nhân thương mại”

3.1 Về cụm từ “doanh nghiệp” trong định nghĩa Pháp nhân thương mại

Pháp nhân thương mại theo quy định của BLDS năm 2015 gồm doanh nghiệp và

tổ chức kinh tế. Nhưng Luật Doanh nghiệp chỉ có khái niệm về “doanh nghiệp tư nhân”, Doanh nghiệp tư nhân lại không có tư cách pháp nhân, trong khi các tổ chức kinh tế quy định ở Luật Doanh nghiệp lại được gọi là “Công ty”, quy định ở Luật HTX được gọi là “HTX” và “Liên hiệp HTX”. Vậy cụm từ “doanh nghiệp” theo định nghĩa của BLDS về “Pháp nhân thương mại” tại Điều 75 trở nên thừa thãi, không cần thiết.

Nhiều người cho rằng, doanh nghiệp nhà nước hoạt động theo Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hoạt động theo Luật Đầu tư năm 2005 (trước đây đăng ký và hoạt động theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1996, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư nước ngoài năm 2000 và Luật Khuyến khích đầu tư trong nước năm 1998) vẫn gọi là *doanh nghiệp* và họ vẫn có tư cách pháp nhân. Nhưng doanh nghiệp nhà nước trước đây hoạt động theo Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 phải chuyển đổi hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005, tức là doanh nghiệp nhà nước chỉ tồn tại theo mô hình công ty. Điều 166 về chuyển đổi công ty nhà nước quy định: “1. Thực hiện theo lộ trình chuyển đổi hằng năm, nhưng chậm nhất trong thời hạn bốn năm kể từ ngày Luật này có hiệu lực, các công ty nhà nước thành lập theo quy định Luật Doanh nghiệp nhà nước năm 2003 phải chuyển đổi thành công ty TNHH hoặc công ty cổ phần theo quy định của Luật này”. Điều 169 Luật Doanh nghiệp 2005 quy định: “Doanh nghiệp do Nhà nước thành lập kể từ ngày Luật này có hiệu lực phải được đăng ký, tổ chức quản lý và hoạt động theo quy định của Luật này và pháp luật có liên quan”.

Tương tự, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hoạt động theo Luật Đầu tư cũng vậy, họ được coi là các tổ chức kinh tế hoạt động theo mô hình công ty. Khoản 6 Điều 3 Luật Đầu tư năm 2005 quy định: “6. Doanh

nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài bao gồm doanh nghiệp do nhà đầu tư nước ngoài thành lập để thực hiện hoạt động đầu tư tại Việt Nam; doanh nghiệp Việt Nam do nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần, sáp nhập, mua lại”. Khoản 2 Điều 170 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định về hình thức hoạt động của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài: “Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thành lập trước khi Luật này có hiệu lực, trừ trường hợp quy định tại khoản 3 Điều này, có quyền thực hiện theo một trong hai cách sau đây: a) Đăng ký lại và tổ chức quản lý, hoạt động theo quy định của Luật này và pháp luật có liên quan; việc đăng ký lại được thực hiện trong thời hạn hai năm, kể từ ngày Luật này có hiệu lực; b) Không đăng ký lại; trong trường hợp này, doanh nghiệp chỉ được quyền hoạt động kinh doanh trong phạm vi ngành, nghề và thời hạn được ghi trong Giấy phép đầu tư và tiếp tục được hưởng ưu đãi đầu tư theo quy định của Chính phủ”.

Khoản 1 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005 định nghĩa về doanh nghiệp: “Doanh nghiệp là tổ chức kinh tế có tên riêng, có tài sản, có trụ sở giao dịch ổn định, được đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật nhằm mục đích thực hiện các hoạt động kinh doanh”. Khoản 7 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014 định nghĩa lại về doanh nghiệp: “Doanh nghiệp là tổ chức có tên riêng, có tài sản, có trụ sở giao dịch, được đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật nhằm mục đích kinh doanh”. Như vậy, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã bỏ từ “kinh tế”, trong cụm từ “tổ chức kinh tế” trong Luật Doanh nghiệp năm 2005. Phải chăng nhà làm luật đã đưa “doanh nghiệp” ra khỏi nội hàm khái niệm “tổ chức kinh tế” nên khiến cho định nghĩa pháp nhân thương mại theo Bộ luật Dân sự 2015 là “doanh nghiệp và các tổ chức kinh tế”.

Việc tách bạch “doanh nghiệp” và “tổ chức kinh tế”, “doanh nghiệp” đơn thuần chỉ

là các “tổ chức” sẽ phù hợp hơn với mục đích hoạt động của một số doanh nghiệp công ích hiện nay - chỉ nhằm phục vụ lợi ích cộng đồng, giải quyết các vấn đề xã hội, môi trường...

Vì vậy, cần sớm bỏ cụm từ “doanh nghiệp” tại Điều 75 BLDS năm 2015. Và các cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi hướng dẫn áp dụng BLHS năm 2015 cần hướng dẫn cụ thể thế nào là pháp nhân thương mại trong khi dẫn chiếu tới Điều 75 BLDS năm 2015 sẽ bãi bỏ cụm từ “doanh nghiệp” để phù hợp với các quy định pháp luật liên quan.

3.2 Về phân biệt hành vi của pháp nhân và người đại diện cho pháp nhân và một số vấn đề về sự thành lập, chấm dứt tồn tại của pháp nhân

Trên thực tế, hoạt động của pháp nhân đều thông qua người đại diện, vậy nên việc phân biệt hành vi của người đại diện và pháp nhân để truy cứu TNHS của pháp nhân có ý nghĩa to lớn và cần quy định chặt chẽ. Việc hình sự hóa các quan hệ dân sự, thương mại trong thời gian qua là minh chứng cho việc luật pháp đã không quy định rõ bằng các định nghĩa pháp lý có tính thực tiễn cao. Nếu không phân biệt rõ, dễ nhầm lẫn truy cứu TNHS của pháp nhân và người đại diện pháp nhân.

Cần quy định rõ, pháp nhân phải chịu TNHS về những giao ước, thỏa thuận (hợp đồng) tuy do người đại diện ký kết hoặc những hành vi khác nhưng nhân danh pháp nhân. Khoản 1 Điều 75 BLHS năm 2015 quy định Pháp nhân thương mại chỉ phải chịu TNHS khi có đủ các điều kiện sau: a) Hành vi phạm tội được thực hiện nhân danh pháp nhân thương mại; b) Hành vi phạm tội được thực hiện vì lợi ích của pháp nhân thương mại; c) Hành vi phạm tội được thực hiện có sự chỉ đạo, điều hành hoặc chấp thuận của pháp nhân thương mại. Quy định của BLHS về điều kiện thứ ba là sự khó khăn trong áp dụng pháp luật thời gian tới,

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

bởi lẽ pháp nhân không có tri giác để tự hành động. Mọi hoạt động của pháp nhân đều thông qua người đại diện. Do đó, không thể nào có việc người đại diện hoạt động lại thông qua sự chỉ đạo, điều hành chấp thuận của chính mình được. Do đó, chỉ cần giữ hai điều kiện a) và b) tại Khoản 1 Điều 75 BLHS năm 2015 là được.

Cần quy định rõ việc thay đổi người đại diện theo điều lệ thành lập pháp nhân, hay theo sự lựa chọn của thành viên pháp nhân (Ví dụ: thay đổi giám đốc hoặc tổng giám đốc theo sự lựa chọn của thành viên hội đồng thành viên hoặc cổ đông sáng lập trong công ty TNHH và công ty cổ phần) không ảnh hưởng gì đến thân phận, trách nhiệm của người đại diện trước. Trong “Luật Thương mại toát yếu”, Lê Tài Triển viết: “Hội - đoàn tuy có pháp nhân nhưng không có trí óc như người để quyết đoán mọi việc, tất nhiên sự điều khiển đó phải do những cá nhân đảm nhiệm, cá nhân ấy đại diện cho hội - đoàn nhưng nhiều khi không hẳn đã được mỗi hội viên ủy quyền riêng biệt, nhất là những công ty thương mại họ được lựa chọn do đa số”. Vì vậy, khi truy cứu TNHS của pháp nhân thông qua người đại diện thì phải là người đại diện trước đó tại thời điểm pháp nhân phạm tội.

Cần quy định rõ thời điểm ra đời của pháp nhân thương mại. Nếu như năng lực chịu TNHS của cá nhân còn phụ thuộc vào độ tuổi, thì hành vi phải chịu TNHS của pháp nhân tính từ thời điểm nào, từ thời điểm thành lập giữa các thành viên ngồi lại với nhau hoặc mua bán, sáp nhập công ty ra bản điều lệ hay từ thời điểm đăng ký kinh doanh. Đăng ký kinh doanh không được tính là thời điểm ra đời của pháp nhân thương mại, bởi giống như cá nhân, giấy khai sinh không làm cá nhân đó ra đời được.

Cần quy định rõ, pháp nhân thương mại chấm dứt hoạt động (giải thể, phá sản, sáp nhập, chia tách) có thể bị truy cứu TNHS không. Theo quy định của pháp luật hiện hành, cá nhân bị truy cứu TNHS sẽ bị đình chỉ, vậy pháp nhân khi “chết” (giải thể, phá sản, sáp nhập, chia tách) có được đình chỉ không?

Những vấn đề trên trong việc truy cứu TNHS pháp nhân còn phải được kiểm nghiệm qua thực tiễn. Dù không mới so với pháp luật một số nước, nhưng ở nước ta, những quy định của BLHS năm 2015 còn gặp phải sự không đồng bộ với các văn bản quy phạm pháp luật khác, nhất là trong lĩnh vực kinh doanh thương mại ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ Thương luật, Thần chung xuất bản, Sài Gòn, năm 1972;
2. Lê Tài Triển, Thương mại toát yếu, Sài Gòn 1972;
3. Bộ luật Hình sự năm 2015;
4. Bộ luật Dân sự năm 2015;
5. Luật Doanh nghiệp các năm 1999; 2005 và 2014;
6. Luật Doanh nghiệp Nhà nước năm 2003;
7. Luật Đầu tư năm 2005;
8. Luật HTX năm 2012;
9. <http://vpluatsu.org/luat-su-phan-tich-quy-dinh-phap-nhan-thuong-mai-pham-toi>
10. Nguyễn Ngọc Hòa (2016), “Khái niệm tội phạm và việc quy định TNHS của PNTM trong Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015”, Tạp chí Luật học, số tháng 2/2016 (189), tr. 3-13;

TỰ DO HÓA DỊCH VỤ BẢO HIỂM TRONG BỐI CẢNH GIA NHẬP CỘNG ĐỒNG KINH TẾ ASEAN

Nguyễn Thị Thủy*

* TS. Khoa Quản trị - Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khoá: hội nhập; bảo hiểm; dịch vụ bảo hiểm; tự do hóa thị trường; cộng đồng kinh tế Asean.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 25/11/2016

Biên tập: 05/12/2016

Duyệt bài: 28/12/2016

Tóm tắt:

Bài viết phân tích những thuận lợi, khó khăn và thách thức đối với ngành bảo hiểm Việt Nam khi thực hiện tự do hóa dịch vụ bảo hiểm trong khối Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC). Thông qua sự phân tích này, tác giả chứng minh sự tác động của việc hội nhập sẽ có những ảnh hưởng đối với nền kinh tế và pháp luật kinh doanh bảo hiểm (KDBH) Việt Nam, từ đó đưa ra những kiến nghị về chính sách kinh tế cũng như những sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật KDBH Việt Nam nhằm đáp ứng nhu cầu hội nhập.

Article Infomation:

Keywords: integration, insurance services, market liberalization, ASEAN Economic Community.

Article History:

Received: 25 Nov. 2016

Edited: 05 Dec. 2016

Approved: 28 Dec. 2016

Abstract:

This article analyzes the advantages, difficulties and challenges for Vietnam's insurance industry when liberalization of insurance services in the ASEAN Economic Community is widely spread. Through the analysis, it is the author's demonstrations of the integration impacts on the economy and the insurance laws of Vietnam, from which it is proposed recommendations for economic policies as well as amendments to Vietnam laws on insurance business in order to meet the integration requirements.

1. Những nội dung hội nhập của dịch vụ bảo hiểm Việt Nam khi gia nhập Cộng đồng kinh tế ASEAN

Dịch vụ bảo hiểm Việt Nam vẫn còn khá non trẻ so với các nước trong khu vực. So với các nước phát triển như Singapore, Thái Lan thì doanh thu phí bảo hiểm của chúng ta còn khiêm tốn. Cụ thể, thị trường bảo hiểm Singapore - thị trường phát triển

nhất khu vực Đông Nam Á - có tổng doanh thu từ bảo hiểm nhân thọ và phi nhân thọ năm 2013 đạt gần 23 tỷ USD¹. Trong khi đó doanh thu phí bảo hiểm nhân thọ của Việt Nam năm 2015 ước đạt 68.688 tỷ đồng, tương đương khoảng 3 tỷ USD².

Đối với dịch vụ bảo hiểm, các quốc gia thành viên AEC đã cam kết tự do hóa vào năm 2015 bao gồm:

1 Nguyễn Thị Tuyết "Cộng đồng kinh tế ASEAN - cơ hội và thách thức cho ngành tài chính Việt Nam" - Tạp chí Khoa học xã hội Việt Nam, số 8(93) - 2015, tr. 10.

2 WWW.MOF.GOV.VN - Công thông tin điện tử - Cục Giám sát bảo hiểm đăng ngày 10/2/2016.

Các lĩnh vực bảo hiểm	Các quốc gia thành viên đã cam kết thực hiện tự do hóa vào năm 2015
Bảo hiểm (gốc) nhân thọ	Indonesia, Philippines
Bảo hiểm (gốc) phi nhân thọ	Brunei, Cambodia, Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore và Việt Nam
Tái bảo hiểm và tái bảo hiểm tiếp (retrocession)	Brunei, Cambodia, Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore và Vietnam
Trung gian bảo hiểm	Cambodia, Malaysia, Indonesia, Philippines, Singapore và Việt Nam
Các ngành dịch vụ phụ trợ của bảo hiểm	Brunei, Cambodia, Indonesia

Nguồn: Trang Điện tử Hiệp hội bảo hiểm Việt Nam, ngày 27/2/2014³

Như vậy, theo bảng cam kết trên đây, Việt Nam đã cam kết tự do hóa dịch vụ bảo hiểm từ năm 2015 đối với các lĩnh vực bảo hiểm gốc phi nhân thọ; tái bảo hiểm và tái bảo hiểm tiếp (retrocession); trung gian bảo hiểm. Đối với lĩnh vực bảo hiểm nhân thọ, Việt Nam chưa thực hiện việc tự do hóa. Lĩnh vực bảo hiểm nhân thọ là lĩnh vực còn khá mới mẻ của Việt Nam. Mãi đến năm 2000, khi chúng ta ban hành Luật KDBH thì dịch vụ bảo hiểm nhân thọ mới bắt đầu phát triển bằng việc các công ty bảo hiểm nhân thọ nước ngoài vào hoạt động tại Việt Nam. Do vậy, nếu chúng ta quyết định tự do hóa dịch vụ bảo hiểm nhân thọ quá sớm sẽ gây những bất lợi cho lĩnh vực bảo hiểm nhân thọ Việt Nam với hiện tượng các doanh nghiệp bảo hiểm (DNBH) nhân thọ nước ngoài tại Việt Nam sẽ rời bỏ thị trường. Với các ngành dịch vụ phụ trợ của bảo hiểm, chúng ta cũng chưa cam kết hội nhập vì đây là những dịch vụ yêu cầu khả năng cạnh tranh cao, trong khi đó các DNBH Việt Nam chưa có nhiều kinh nghiệm trong việc thiết kế và cung cấp các dịch vụ này.

Trong lĩnh vực bảo hiểm, Việt Nam cam kết tự do hóa cả 4 phương thức: cung cấp dịch vụ qua biên giới (phương thức 1); tiêu dùng ngoài lãnh thổ (phương thức 2); hiện diện thương mại (phương thức 3); hiện diện thể nhân (phương thức 4).

Cụ thể, theo cam kết này, sau AEC, các DNBH từ các nước ASEAN có thể:

Cung cấp dịch vụ bảo hiểm trực tiếp cho các cá nhân, tổ chức ở nước ASEAN khác;

Các cá nhân, tổ chức trong ASEAN có thể tự do mua các dịch vụ bảo hiểm ở các nước ASEAN khác;

Các DNBH ASEAN được mở công ty, chi nhánh hoạt động ở nước ASEAN khác;

Các chuyên gia bảo hiểm có thể tự do kiếm việc làm, cung cấp dịch vụ ở các nước ASEAN khác (căn cứ theo lộ trình cam kết của từng quốc gia ASEAN cụ thể, nhưng mục tiêu là sẽ tự do hóa toàn bộ ở tất cả các nước ASEAN vào năm 2020).

Việc thực hiện các nội dung cam kết trên đây sẽ tạo điều kiện cho các DNBH Việt Nam gia nhập vào thị trường bảo hiểm của

³ <http://www.avi.org.vn/News/Item/1925/226/vi-VN/Default.aspx>.

các nước ASEAN. Đồng thời, các DNBH các nước ASEAN cũng có cơ hội thâm nhập vào thị trường bảo hiểm Việt Nam thông qua các phương thức đã được cam kết.

2. Tác động của tự do hóa dịch vụ bảo hiểm trong cộng đồng kinh tế ASEAN đối với nền kinh tế Việt Nam

Với một thị trường bảo hiểm còn non kém như Việt Nam hiện nay thì việc hội nhập bảo hiểm là vấn đề cần quan tâm và cân nhắc. Khi thực hiện các cam kết hội nhập, chúng ta phải đảm bảo giúp các DNBH Việt Nam có thể mở rộng thị phần sang các nước khác nhưng cũng phải đảm bảo không để các công ty bảo hiểm nước ngoài thôn tính thị trường bảo hiểm Việt Nam.

Tuy nhiên, cũng phải thừa nhận rằng, tác động của hội nhập kinh tế đã mang đến hệ quả, số lượng các DNBH có sự gia tăng đáng kể. Đặc biệt, số lượng các công ty bảo hiểm có vốn đầu tư nước ngoài tăng gần 2 lần trong giai đoạn 2007 - 2015. Hội nhập sâu rộng đã góp phần tăng quy mô của các DNBH nói riêng và thị trường bảo hiểm nói chung. Trong năm 2015, tổng doanh thu bảo hiểm ước đạt 81.374 tỷ đồng, chiếm khoảng 2% GDP². Trong đó, tổng doanh thu phí bảo hiểm ước đạt 68.024 tỷ đồng, tăng 21,43% so với cùng kỳ năm 2014, mức tăng cao nhất trong giai đoạn 2011 - 2015, doanh thu từ hoạt động đầu tư đạt 13.000 tỷ đồng. Doanh thu trong lĩnh vực bảo hiểm phi nhân thọ ước đạt 31.374 tỷ đồng (tăng 14%) - hồi phục đà tăng trưởng trước năm 2010, trong khi doanh thu phí bảo hiểm nhân thọ ước đạt 36.650 tỷ đồng, tăng 29,5% - tốc độ tăng trưởng cao nhất 10 năm qua⁴.

Việc Việt Nam tự do hóa dịch vụ bảo

hiểm trong cộng đồng kinh tế ASEAN sẽ có những tác động tích cực đến nền kinh tế và thị trường bảo hiểm Việt Nam. Những kết quả mà ngành bảo hiểm Việt Nam có thể đạt được bao gồm:

- Tự do hóa dịch vụ bảo hiểm sẽ giúp mở rộng các sản phẩm bảo hiểm do giao lưu thương mại, vận tải hàng không phát triển. Lĩnh vực bảo hiểm phi nhân thọ đã được cam kết tự do hóa. Bảo hiểm phi nhân thọ bao gồm hai loại hình bảo hiểm: bảo hiểm trách nhiệm dân sự và bảo hiểm tài sản. Hai loại hình bảo hiểm này rất thông dụng trong hoạt động kinh doanh. Để đảm bảo an toàn tài sản, hàng hóa... trong kinh doanh, các doanh nghiệp thường phải mua bảo hiểm tài sản. Đối với các hoạt động kinh doanh như dịch vụ vận chuyển đường biển, dịch vụ hàng không, các doanh nghiệp sẽ phải tiến hành mua bảo hiểm trách nhiệm dân sự để tránh những rủi ro trong việc bồi thường thiệt hại cho người thứ ba nếu phát sinh trách nhiệm dân sự. Khi giao lưu thương mại và vận tải hàng không phát triển, các DNBH sẽ phát triển dịch vụ bảo hiểm trách nhiệm dân sự và bảo hiểm tài sản.

- Tự do hóa dịch vụ bảo hiểm giúp mở rộng hoạt động đầu tư ra nước ngoài của các DNBH. Mặc dù Nhà nước ta đã chú trọng đến việc phát triển thị trường bảo hiểm bằng việc ban hành các văn bản pháp luật như Nghị định số 100/1993/NĐ-CP ngày 18/12/1993 về KDBH, tiếp sau đó là việc ban hành Luật KDBH năm 2000 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật KDBH năm 2010. Song song với đó là các chính sách, chiến lược về phát triển thị trường bảo hiểm như Nghị định số 193/QĐ-TTg ngày 15/12/2012 về chiến lược phát triển thị

4 TS. Lê Thị Thùy Vân, “Thị trường tài chính Việt Nam trong hội nhập kinh tế quốc tế: Những tác động tích cực và một số hạn chế”, www.mof.gov.vn - Cổng thông tin Bộ Tài chính - Viện Chiến lược và Chính sách tài chính đăng ngày 07/06/2016.

Một số chỉ tiêu phát triển thị trường bảo hiểm*Đơn vị: tỷ đồng*

	2010	2011	2012	2013	2014	2015*
Doanh thu phí bảo hiểm	30.842	36.552	41.248	46.130	52.680	68.024
Tỷ trọng doanh thu của bảo hiểm phi nhân thọ (%)	55,3	56,2	55,4	49,5	47,9	46,1
Tỷ trọng doanh thu của bảo hiểm nhân thọ (%)	44,7	43,8	44,6	50,5	52,1	55,9
Đầu tư trở lại nền kinh tế	79.069	83.439	89.567	113.682	131.371	152.543
Bồi thường và trả tiền bảo hiểm	12.300	15.971	16.649	17.821	18.552	21.160

*Nguồn: Tổng hợp từ Niên giám thị trường bảo hiểm Việt Nam các năm. *: Số ước tính*

trường dịch vụ bảo hiểm Việt Nam giai đoạn 2011 – 2020 của Thủ tướng Chính phủ. Tuy nhiên, thị trường bảo hiểm Việt Nam vẫn còn phát triển khá khiêm tốn.

Bảng tổng hợp trên cho thấy, chỉ tiêu phát triển của thị trường bảo hiểm Việt Nam khá thấp, tốc độ tăng trưởng của dịch vụ KDBH còn chậm, thậm chí có chỉ tiêu năm sau còn thấp hơn năm trước. Tự do hóa dịch vụ bảo hiểm sẽ giúp các DNBH Việt Nam đầu tư ra nước ngoài, có cơ hội để học hỏi nghiệp vụ KDBH và đầu tư từ các nước trong khu vực.

- Tăng thị phần đối với hoạt động cung cấp dịch vụ bảo hiểm xuyên biên giới. Cung cấp dịch vụ bảo hiểm xuyên biên giới là việc cung ứng dịch vụ bảo hiểm từ lãnh thổ của Bên này sang lãnh thổ Bên khác;

hoặc cung cấp dịch vụ bảo hiểm trong lãnh thổ của một Bên cho cá nhân thuộc Bên khác; hoặc cung cấp dịch vụ bảo hiểm cho công dân của Bên này đang hoạt động trên lãnh thổ của Bên khác. Khi chúng ta tham gia vào AEC, các DNBH nước ngoài được phép cung cấp dịch vụ bảo hiểm vào thị trường Việt Nam và ngược lại, các DNBH Việt Nam cũng được cung cấp dịch vụ bảo hiểm ra nước ngoài thông qua các phương thức đã thỏa thuận.

- Giải quyết được vấn đề khó khăn về nhân sự cấp cao như các chuyên gia tính toán phí bảo hiểm, chuyên gia về đầu tư tài chính, luật, chuyên gia phân tích rủi ro. Hoạt động KDBH có đối tượng kinh doanh là rủi ro, là yếu tố trừu tượng, vì vậy, phí bảo hiểm (tức giá cả của sản phẩm bảo hiểm) không

phải được hình thành dựa vào giá thành của sản phẩm mà dựa vào xác suất rủi ro. Việc tính toán xác suất rủi ro của các sản phẩm bảo hiểm tương tự trước để định ra mức phí cho sản phẩm bảo hiểm sau là vô cùng phức tạp. Thị trường bảo hiểm Việt Nam là thị trường còn khá non trẻ, vì vậy, các chuyên gia tính toán phí bảo hiểm chưa đảm bảo đạt đến trình độ chuyên nghiệp. Khi hội nhập bảo hiểm, chúng ta có thể thu hút được nhiều chuyên gia giỏi từ nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam và ngược lại, các chuyên gia tính toán phí bảo hiểm của Việt Nam có cơ hội ra nước ngoài để học hỏi kinh nghiệm. Ngoài ra, song song với việc thực hiện hoạt động KDBH, các DNBH còn thực hiện các hoạt động đầu tư tài chính. Đây là hoạt động kinh doanh bổ trợ của DNBH nhưng lại mang đến lợi nhuận lớn cho DNBH. Hội nhập bảo hiểm sẽ giúp ngành bảo hiểm giải quyết khó khăn trong việc đào tạo các nhân sự cấp cao trong các lĩnh vực như đầu tư tài chính, luật, phân tích rủi ro.

- Thu hút nguồn vốn cho nền kinh tế thông qua kênh bảo hiểm. Hoạt động KDBH ngoài việc cung cấp dịch vụ bảo hiểm cho các tổ chức, cá nhân trong xã hội còn là kênh huy động vốn cho nền kinh tế. Thông qua việc các DNBH thu phí bảo hiểm để tạo lập quỹ bảo hiểm nhằm chi trả bảo hiểm, khi quỹ bảo hiểm tạm thời nhàn rỗi, các DNBH sẽ sử dụng số vốn này để đầu tư vào nền kinh tế. Hội nhập bảo hiểm sẽ giúp các DNBH Việt Nam mở rộng thị phần, đồng nghĩa với việc doanh thu phí bảo hiểm của các DNBH Việt Nam tăng lên, quỹ bảo hiểm nhàn rỗi sẽ lớn. Việc thu hút nguồn vốn từ kênh bảo hiểm cho nền kinh tế sẽ ngày càng gia tăng.

Tuy nhiên, khi thực hiện hội nhập, ngành bảo hiểm Việt Nam cũng đứng trước những khó khăn, thách thức sau:

- Các DNBH có quy mô nhỏ, vốn pháp định thấp. Theo quy định tại Nghị định số 73/2016/NĐ-CP ngày 01/7/2016 của Chính phủ thì mức vốn pháp định của DNBH nhân thọ là 600 tỷ VND, mức vốn pháp định của DNBH phi nhân thọ là 300 tỷ VND. Theo cam kết hội nhập, Việt Nam sẽ tự do hóa bảo hiểm chỉ với lĩnh vực bảo hiểm phi nhân thọ. Với mức vốn pháp định đối với DNBH phi nhân thọ là 300 tỷ VND (chưa đến 1,5 triệu USD) thì việc cạnh tranh về khả năng tài chính của các DNBH Việt Nam với các DNBH nước ngoài là vô cùng khó khăn. Hiện tại, cơ quan quản lý bảo hiểm ở một số nước đã nâng mức quy định về vốn để nâng cao năng lực cạnh tranh và phù hợp với các cam kết ASEAN (ví dụ, các nước Indonesia, Phillipines, các DNBH phải tăng vốn với những mốc thời hạn bắt buộc rất cụ thể vào 31/12/2014, 31/12/2016⁵...). Muốn nâng cao khả năng tài chính, các DNBH Việt Nam phải có lộ trình tăng vốn điều lệ. Mức tăng này phải tương đương với các DNBH nước ngoài. Nhưng điều này là tương đối khó với các DNBH Việt Nam khi khả năng tài chính có hạn. Muốn khắc phục được thực trạng này, các DNBH Việt Nam phải có phương án tăng vốn điều lệ trong thời gian ngắn để đảm bảo cạnh tranh được với các DNBH nước ngoài.

- Các sản phẩm bảo hiểm của DNBH Việt Nam cung ứng ra thị trường hầu hết là các sản phẩm bảo hiểm truyền thống. Sức hấp dẫn và sự đảm bảo an toàn cho người được bảo hiểm của các sản phẩm này chưa cao. Để đảm bảo cạnh tranh, các DNBH Việt

5 Ngô Trung Dũng, Phó Tổng thư ký Hiệp hội bảo hiểm Việt Nam, “AEC - Cơ hội đối với các DNBH Việt Nam”, <http://www.hiephoibaohiemvietnam.vn> cập nhật ngày 18/11/2016.

Nam phải tiến hành đổi mới các sản phẩm bảo hiểm. Ngoài ra, cần phải chú trọng đến việc xây dựng các sản phẩm có sức hấp dẫn với người mua bảo hiểm trên cơ sở đảm bảo quyền lợi cho những người tham gia bảo hiểm.

- Hiện nay, phí bảo hiểm của thị trường bảo hiểm Việt Nam khá cao. Hơn nữa, trên thực tế, các DNBH Việt Nam sau khi bán bảo hiểm chủ yếu tái lại cho các DNBH nước ngoài. Nếu các DNBH Việt Nam không giảm phí, hội nhập sẽ giúp các DNBH nước ngoài tiếp cận thị trường Việt Nam. Với mức phí thấp, các DNBH nước ngoài sẽ dễ dàng thu hút khách hàng mua bảo hiểm tại doanh nghiệp mình.

- Trình độ nghiệp vụ quản lý của các DNBH Việt Nam chưa cao, phong cách kinh doanh chưa chuyên nghiệp. Các tranh chấp bảo hiểm trên thị trường Việt Nam khá nhiều. Nguyên nhân dẫn đến tranh chấp thường là do các DNBH không thực hiện trách nhiệm bảo hiểm hoặc do DNBH không giải thích cụ thể điều kiện, điều khoản bảo hiểm cho bên mua bảo hiểm dẫn đến gây nhầm lẫn về phạm vi bảo hiểm. Để khắc phục tình trạng này, các DNBH cần chú trọng đến việc nâng cao trình độ quản lý, nâng cao uy tín trong kinh doanh, tạo thương hiệu cho mình để có thể cạnh tranh với các DNBH nước ngoài.

- Mạng lưới khai thác của các DNBH Việt Nam không ổn định, thiếu tính chuyên nghiệp. Đa số các đại lý bảo hiểm thực hiện hoạt động đại lý với tư cách là một nghề phụ, một công việc làm thêm, vì thế mà họ chưa thật sự chú trọng đến việc nâng cao trình độ chuyên môn, nghiệp vụ về bảo

hiểm. Chính vì vậy, việc tư vấn các sản phẩm bảo hiểm cho khách hàng của các đại lý bảo hiểm khá sơ sài, thiếu tính chuyên nghiệp, ảnh hưởng đến quyền lợi của người mua bảo hiểm. Trong khi đó, mạng lưới đại lý của các DNBH nước ngoài hoạt động khá chuyên nghiệp, trách nhiệm nghề nghiệp của họ cao. Nếu các DNBH Việt Nam không khắc phục được điểm yếu này sẽ dễ mất thị phần ngay trên sân nhà.

3. Một số kiến nghị về chính sách kinh tế để phục vụ cho việc gia nhập Cộng đồng kinh tế ASEAN đối với dịch vụ bảo hiểm của Việt Nam

Trong bối cảnh hội nhập, nhằm thúc đẩy thị trường bảo hiểm phát triển bền vững, bắt kịp xu hướng phát triển của thị trường thế giới, cơ quan quản lý bảo hiểm đang không ngừng nỗ lực hoàn thiện, liên tục cập nhật, sửa đổi cơ chế chính sách nhằm đảm bảo phù hợp với quá trình mở cửa, tiến tới chuẩn mực quốc tế, song vẫn đảm bảo quyền lợi của DNBH trong nước cũng như quyền lợi của bên mua bảo hiểm⁶.

Để giúp cho các DNBH tự tin trong quá trình hội nhập, Bộ Tài chính đã có quy định: “Về lĩnh vực bảo hiểm: Tiếp tục triển khai, hoàn thiện các chính sách để thực hiện các cam kết về dịch vụ bảo hiểm trong các Hiệp định thương mại của Việt Nam, hoàn thiện các quy định quản lý, giám sát, quản trị doanh nghiệp, cải thiện môi trường đầu tư, nâng cao năng lực cạnh tranh của các DNBH, thúc đẩy sự phát triển của thị trường bảo hiểm”⁷. Cụ thể hóa quy định này, ngành bảo hiểm cần thực hiện các giải pháp sau:

Thứ nhất, thực hiện việc nâng cao năng lực tài chính cho các DNBH bằng việc

6 Phùng Ngọc Khánh, Cục trưởng Cục giám sát bảo hiểm, Bộ Tài chính, “Thị trường bảo hiểm Việt Nam triển khai mạnh các cam kết mở cửa hội nhập”, Tạp chí Tài chính, Kỳ 1 tháng 10/2015.

7 Chỉ thị số 02/CT-BTC ngày 18/02/2016 của Bộ Tài chính về hội nhập trong lĩnh vực tài chính.

sáp nhập các DNBH để tăng khả năng cạnh tranh. Hiện nay, việc tăng vốn điều lệ cho các DNBH vừa khó khăn, vừa là giải pháp mang tính dài hạn, nên trước mắt, chúng ta nên thực hiện việc sáp nhập các DNBH như đã từng làm với ngành ngân hàng. Thực hiện được điều này sẽ tăng khả năng tài chính cho các DNBH để thực hiện tốt hoạt động chi trả bảo hiểm cũng như hoạt động đầu tư tài chính.

Thứ hai, các DNBH phải tập trung chú trọng xây dựng các sản phẩm bảo hiểm mới nhằm đáp ứng nhu cầu của thị trường bảo hiểm, như: xây dựng các sản phẩm bảo hiểm rủi ro mạng, bảo hiểm bảo lãnh, bảo hiểm tín dụng... Hiện nay, các DNBH Việt Nam chủ yếu khai thác các sản phẩm bảo hiểm truyền thống như bảo hiểm con người, bảo hiểm trách nhiệm dân sự, bảo hiểm tài sản mà chưa chú trọng đến các sản phẩm bảo hiểm cao cấp trong lĩnh vực tín dụng, ngân hàng, chứng khoán. Trong khi đó, dịch vụ tài chính - ngân hàng, chứng khoán ngày càng phát triển theo xu thế phát triển của nền kinh tế và hội nhập. Nếu các DNBH triển khai được các hình thức bảo hiểm phục vụ các lĩnh vực trên sẽ tăng sức cạnh tranh, mở rộng thị trường và đáp ứng được nhu cầu phát triển của nền kinh tế.

Thứ ba, các DNBH phải xây dựng các kênh bán hàng chuyên nghiệp. Hoạt động bán bảo hiểm của DNBH được thực hiện bằng việc bán bảo hiểm trực tiếp hoặc thông qua trung gian như đại lý bảo hiểm, môi giới bảo hiểm. Tuy nhiên, hiện nay, kênh trung gian bán hàng của các doanh nghiệp còn rất yếu về nghiệp vụ và thiếu tính chuyên nghiệp. Để mở rộng kênh phân phối sản phẩm bảo hiểm, các DNBH cần chú trọng đến việc đào tạo mạng lưới đại lý bảo hiểm có trình độ chuyên môn về bảo hiểm và cách thức bán hàng chuyên nghiệp. Ngoài ra, Nhà nước cũng phải tạo điều kiện thuận lợi trong việc thành lập các công ty môi giới bảo hiểm để hỗ trợ cho sự phát triển của thị trường bảo hiểm.

Thứ tư, các DNBH cần mở rộng quy mô hoạt động của mình bằng việc thành lập thêm văn phòng đại diện, chi nhánh. Đặc biệt, Nhà nước cần phải có cơ chế tạo điều kiện để thành lập các DNBH liên doanh, DNBH 100% vốn nước ngoài để tăng cường tính chuyên nghiệp và đa dạng cho thị trường bảo hiểm Việt Nam.

Thứ năm, Nhà nước và các DNBH cần quan tâm đến việc mua lại các DNBH nước ngoài để mở rộng hoạt động KDBH ra nước ngoài một cách nhanh nhất, với chi phí thấp nhất. Hiện nay, việc mua lại các doanh nghiệp đã có sẵn là phương thức thành lập doanh nghiệp nhanh và tốn ít chi phí nhất. Việc mua lại các DNBH có sẵn ở nước ngoài là một phương thức gia nhập thị trường bảo hiểm nước ngoài với cơ cấu quản lý và thị phần sẵn có, điều này giúp các DNBH Việt Nam tiếp cận được thị trường bảo hiểm nước ngoài trong thời gian ngắn nhất.

4. Kiến nghị sửa đổi một số nội dung của pháp luật kinh doanh bảo hiểm Việt Nam để nâng cao hiệu quả hội nhập ASEAN đối với dịch vụ bảo hiểm

Một trong những nội dung cam kết về dịch vụ bảo hiểm trong AEC là các DNBH từ các nước ASEAN có thể thực hiện việc cung cấp dịch vụ bảo hiểm trực tiếp cho các cá nhân, tổ chức ở nước ASEAN khác, các cá nhân, tổ chức trong ASEAN có thể tự do mua các dịch vụ bảo hiểm ở các nước ASEAN khác. Để các cam kết này được thực thi một cách hiệu quả, các nước ASEAN phải chú trọng đến việc hoàn thiện pháp luật về KDBH của mình. Đối với Việt Nam, để pháp luật KDBH thực sự là công cụ pháp lý hữu hiệu bảo vệ quyền và lợi ích các bên trong quan hệ bảo hiểm, Nhà nước phải chú trọng bổ sung và sửa đổi các quy định sau:

Thứ nhất, pháp luật KDBH cần có những quy định chi tiết về trách nhiệm của chi nhánh công ty bảo hiểm nước ngoài khi

thực hiện hoạt động kinh doanh tại Việt Nam. Hiện nay, Nghị định số 73/2016/NĐ-CP ngày 01/7/2016 của Chính phủ quy định chi tiết Luật KDBH và Luật sửa đổi bổ sung một số điều của Luật KDBH có quy định về điều kiện thành lập chi nhánh DNBH nước ngoài tại Việt Nam, nhưng chưa quy định chi tiết quyền và nghĩa vụ của chi nhánh khi hoạt động tại Việt Nam. Trong khi đó, nội dung này là cần thiết để chi nhánh công ty bảo hiểm nước ngoài hoạt động tại Việt Nam có hiệu quả, đồng thời cũng là cơ sở pháp lý để bảo vệ quyền lợi người mua bảo hiểm, người được bảo hiểm.

Thứ hai, để đảm bảo khả năng tài chính của DNBH Việt Nam có thể cạnh tranh với các DNBH nước ngoài, Chính phủ cần tăng mức vốn pháp định đối với các DNBH và doanh nghiệp môi giới bảo hiểm của Việt Nam. Hiện nay, theo quy định của pháp luật hiện hành, mức vốn pháp định của các DNBH nhân thọ là 600 tỷ đồng, DNBH phi nhân thọ 300 tỷ đồng, doanh nghiệp môi giới bảo hiểm 4 tỷ đồng là quá thấp. Với mức vốn pháp định hiện nay, các DNBH và doanh nghiệp môi giới bảo hiểm Việt Nam khó có thể cạnh tranh về khả năng tài chính với các DNBH nước ngoài.

Thứ ba, cần sửa đổi, bổ sung một số quy định còn bất cập của Luật KDBH về hợp đồng bảo hiểm để đảm bảo pháp luật phải thống nhất với bản chất của quan hệ bảo hiểm như cần có quy định về quyền lợi

được bảo hiểm trong bảo hiểm tài sản, quyền lợi được bảo hiểm trong bảo hiểm con người. Những nội dung này, pháp luật KDBH các nước như Singapore, Thái Lan, Malaysia quy định khá chi tiết, nhưng Luật KDBH Việt Nam quy định còn chung chung. Cần thống nhất các quy định về đơn phương đình chỉ thực hiện hợp đồng và hậu quả pháp lý của hành vi này. Sửa đổi, bổ sung quy định về hợp đồng bảo hiểm vô hiệu, theo đó điều khoản hợp đồng bảo hiểm bị vô hiệu khi bên mua bảo hiểm không có quyền lợi được bảo hiểm cần xem xét lại đối với loại hình bảo hiểm trách nhiệm dân sự⁸.

Thứ tư, pháp luật KDBH cần bổ sung quy định về trình độ chuyên môn nghiệp vụ của người quản trị và điều hành DNBH. Theo quy định của pháp luật hiện hành⁹, tiêu chuẩn của thành viên Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng thành viên là có bằng đại học hoặc trên đại học; trực tiếp làm việc trong các lĩnh vực bảo hiểm, tài chính, ngân hàng tối thiểu 5 năm. Tiêu chuẩn đối với Tổng giám đốc, người đại diện trước pháp luật là có bằng đại học hoặc trên đại học; có tối thiểu 5 năm làm trong lĩnh vực bảo hiểm, tài chính, ngân hàng, trong đó có ít nhất 3 năm giữ vị trí là người quản trị, điều hành tại DNBH, chi nhánh nước ngoài, doanh nghiệp môi giới bảo hiểm hoặc trực tiếp làm công tác quản lý nhà nước trong lĩnh vực bảo hiểm...

(Xem tiếp trang 44)

8 Bảo hiểm trách nhiệm dân sự là loại hình bảo hiểm có đối tượng bảo hiểm là trách nhiệm dân sự của người được bảo hiểm đối với người thứ ba. Mục đích của loại hình bảo hiểm này là người mua bảo hiểm muốn chuyển giao trách nhiệm bồi thường thiệt hại của người được bảo hiểm sang DNBH. Như vậy, người phải có quyền lợi được bảo hiểm trong loại hình bảo hiểm này là người được bảo hiểm chứ không nhất thiết phải là người mua bảo hiểm. Tuy nhiên, Điều 22, Luật KDBH lại quy định một trong những trường hợp dẫn đến hợp đồng bảo hiểm vô hiệu là: “Bên mua bảo hiểm không có quyền lợi có thể được bảo hiểm”.

9 Điều 27 và Điều 28 Nghị định số 73/2016/NĐ-CP ngày 01/7/2016 quy định chi tiết Luật KDBH và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật KDBH.

10 Thông tư số 101/2013/TT-BTC ngày 30/7/2013 của Bộ Tài chính mới quy định về nguồn hình thành quỹ, việc sử dụng quỹ... nhưng chưa có quy định việc áp dụng các cơ chế nhằm đảm bảo an toàn cho sự tồn tại của quỹ.

“TRÁCH NHIỆM DÂN SỰ”, “CHẾ TÀI” HAY “BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC” ĐỐI VỚI HÀNH VI VI PHẠM HỢP ĐỒNG?

Bùi Thị Thanh Hằng*

* Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khoá: vi phạm hợp đồng, chế tài, biện pháp khắc phục, Bộ luật Dân sự năm 2015.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 08/11/2016

Biên tập: 15/11/2016

Duyệt bài: 05/01/2017

Tóm tắt:

Khi có hành vi vi phạm hợp đồng (VPHĐ), hệ thống pháp luật các quốc gia đều áp đặt trách nhiệm pháp lý đối với bên không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng, cũng như dự liệu các hệ quả pháp lý nhằm khắc phục tình trạng do hành vi không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng gây nên. Tuy mọi hệ thống pháp luật đều dự liệu các giải pháp pháp lý nhằm khắc phục tình trạng không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng nhưng việc sử dụng các thuật ngữ để chỉ đến các giải pháp pháp lý này lại có những khác biệt nhất định. Bài viết sẽ phân tích các thuật ngữ “trách nhiệm dân sự”, “chế tài”, “biện pháp khắc phục” dưới góc độ so sánh để tham khảo.

Article Information:

Keywords: Breach of Contract, Sanctions, Remedies, Vietnam Civil Code of 2015.

Article History:

Received: 08 Nov. 2016

Edited: 15 Nov. 2016

Approved: 05 Jan. 2017

Abstract:

Once breach of contract occurs, legal systems of any nation shall impose the liability on the party in breach as well as anticipate legal solutions to overcome the consequences which might be resulted from the breach of contract. However, the terms used to refer to these legal solutions are vary in different legal systems. This article provides analysis the term “Civil Liability”, “Sanctions”, “Remedies” in a comparative approach for Vietnam lessons.

Do hệ thống pháp luật các quốc gia cũng như quốc tế đều có nguồn gốc, hoặc chịu ảnh hưởng của luật La Mã nói chung và nguyên tắc “pacta sunt servanda” nói riêng, nên các hệ thống pháp luật này đều nhìn nhận tính ràng buộc của hợp đồng và đều buộc các bên tham gia xác lập hợp đồng phải thực hiện nghĩa vụ của mình phù hợp với các điều khoản đã thỏa thuận. Vì vậy, không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng hay không tôn trọng cam kết mà các bên đã tự nguyện xác lập (VPHĐ) đều bị xem là hành

vi sai trái. Khi có hành vi VPHĐ, hệ thống pháp luật các quốc gia đều áp đặt trách nhiệm pháp lý đối với bên không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng, cũng như dự liệu các hệ quả pháp lý nhằm khắc phục tình trạng do hành vi không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng gây nên.

Hệ quả của trách nhiệm pháp lý đối với hành vi không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng được biết đến là việc áp dụng các hình thức pháp lý đã được pháp luật dự liệu nhằm khắc phục, sửa chữa hậu quả của hành

vi không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng¹, hay nói cách khác là áp dụng các giải pháp pháp lý nhằm khắc phục tình trạng không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên một cách cân bằng nhất. Tuy mọi hệ thống pháp luật đều dự liệu các giải pháp pháp lý nhằm khắc phục tình trạng không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, nhưng việc sử dụng các thuật ngữ để chỉ đến các giải pháp pháp lý này lại có những khác biệt nhất định.

1. Các thuật ngữ được sử dụng để chỉ đến các giải pháp pháp lý đối với hành vi vi phạm hợp đồng

Các thuật ngữ được sử dụng để chỉ đến các giải pháp pháp lý nhằm khắc phục tình trạng không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng (VPHĐ) gồm: “remedies for breach of contract/non-performance” (các biện pháp khắc phục đối với hành vi VPHĐ/không thực hiện hợp đồng), viết tắt là “remedies”, “les sanctions contractuelle civiles” (các chế tài đối với VPHĐ), viết tắt là “sanctions”, “moyens ouverts d’en cas d’inexécution” (các biện pháp khắc phục do không thực hiện hợp đồng), viết tắt là “moyens”.

Các quốc gia thuộc hệ thống civil law như Pháp, Bỉ, Thụy Sĩ sử dụng thuật ngữ “sanctions”, hay đầy đủ hơn là “sanction contractuelle civile”, hoặc “les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelle”, đôi khi là “les remèdes”², để chỉ các giải pháp pháp lý nhằm khắc phục tình trạng do

hành vi không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng mang lại, hay nói cách khác, là để chỉ các hình thức pháp lý nhằm sửa chữa việc không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng³. Đặc biệt, Điều 1217 mới của Bộ luật Dân sự (BLDS) Pháp ban hành theo Pháp lệnh số 2016-131 ngày 10/2/2016 về cải cách luật hợp đồng, các quy định chung và bằng chứng của nghĩa vụ còn chính thức sử dụng thuật ngữ “sanctions” để chỉ đến các giải pháp pháp lý nhằm khắc phục tình trạng không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng gồm: Đình chỉ thực hiện hợp đồng; Tiếp tục thực hiện hợp đồng; Yêu cầu giảm giá; Hủy bỏ hợp đồng; bồi thường thiệt hại (BTTH)⁴.

Các quốc gia thuộc hệ thống common law không sử dụng thuật ngữ “sanctions”, mà sử dụng thuật ngữ “remedies for breach of contract/non-performance”, viết tắt là “remedies” để chỉ đến các giải pháp pháp lý nhằm khắc phục tình trạng không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng.

Thuật ngữ “remedies” cũng là thuật ngữ được sử dụng trong Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế năm 1980 (CISG), Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế (UPICC), Bộ nguyên tắc Châu Âu về luật hợp đồng (PECL). Trong phiên bản tiếng Pháp của các văn bản pháp lý quốc tế này, thuật ngữ “moyens” hay đầy đủ là “moyens ouverts d’en cas d’inexécution” được sử dụng thay cho thuật ngữ “sanctions”, và là

1 Giuditta Cordero Moss, Lectures on comparative law of contracts, Publications Series of the Department of Private law, University of Oslo, 2004, p. 161.

2 Xem M. Fontaine et G. Viney. Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles - Études de droit comparé. Revue internationale de droit comparé. Vol. 54 N°1. 2002. Page. 216.

3 Xem Jean-Baptiste Racine, Laura Sautonie-Laguionie, Aline Tenenbaum and Guillaume Wicker, European Contract Law - Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. Sellier. European law publishers, p. 227.

4 Art 1217 du code civil: “La partie envers laquelle l’engagement n’a pas été exécuté, ou l’a été imparfaitement, peut: - refuser d’exécuter ou suspendre l’exécution de sa propre obligation; - poursuivre l’exécution forcée en nature de l’obligation; - solliciter une réduction du prix; - provoquer la résolution du contrat; - demander réparation des conséquences de l’inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s’y ajouter”.

thuật ngữ tiếng Pháp tương đương với thuật ngữ “remedies” trong tiếng Anh.

Như vậy, các thuật ngữ “sanctions”, “sanctions contractuelle civiles” hay “les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelle” có nội hàm tương đồng với thuật ngữ “remedies”, “remedies for breach of contract”, “remedies for non-performance” trong tiếng Anh. Đặc biệt, phiên bản tiếng Pháp của CISG, UPICC và PECL đã sử dụng thuật ngữ “moyens” để tránh nhầm lẫn với thuật ngữ “sanctions” trong tiếng Anh.

Trong hệ thống pháp luật hợp đồng Việt Nam, nhiều thuật ngữ được sử dụng để đề cập đến hệ quả của việc không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. BLDS năm 2015 sử dụng các thuật ngữ như “chế tài”⁵, “phương thức”⁶, “trách nhiệm dân sự”⁷ hoặc “trách nhiệm...” chỉ đến từng trường hợp cụ thể như “trách nhiệm tiếp tục thực hiện nghĩa vụ”⁸, “trách nhiệm do không thực hiện nghĩa vụ giao vật”⁹, “trách nhiệm do chậm thực hiện nghĩa vụ trả tiền”¹⁰, “trách nhiệm do không thực hiện hoặc không được thực hiện một công việc”¹¹, “trách nhiệm do chậm tiếp nhận việc thực hiện nghĩa vụ”¹², “trách nhiệm BTTH do vi phạm nghĩa vụ”¹³,... “trách nhiệm do giao tài sản không đúng số lượng”¹⁴, “trách nhiệm do giao vật không đồng bộ”¹⁵, “trách nhiệm giao tài sản không đúng chủng loại”¹⁶. Trong đó thuật ngữ “chế tài” được sử dụng như một thuật ngữ thay

thế cho thuật ngữ “trách nhiệm dân sự”, “BTTH”¹⁷ và thuật ngữ “phương thức” được sử dụng có nội hàm tương tự như nội hàm của thuật ngữ “chế tài”. Tương tự như BLDS năm 2015, Luật Thương mại năm 2005 sử dụng các thuật ngữ như “trách nhiệm”, “chế tài” và “biện pháp” khi đề cập đến vấn đề này. Trong đó, thuật ngữ “biện pháp” được sử dụng trong Luật Thương mại năm 2005 như một thuật ngữ thay thế cho thuật ngữ “chế tài”¹⁸.

Vấn đề được đặt ra là các thuật ngữ được sử dụng trong hệ thống pháp luật hợp đồng Việt Nam có nội hàm tương đồng với các thuật ngữ được sử dụng trong hệ thống civil law, common law và các văn bản pháp lý quốc tế hay không? Và nếu không tương đồng thì việc sử dụng thuật ngữ nào tương đồng hơn với khoa học pháp lý thế giới? Để trả lời cho câu hỏi này, việc xem xét các thuật ngữ “trách nhiệm dân sự”, “chế tài”, “biện pháp khắc phục” dưới góc độ so sánh là hết sức cần thiết.

2. Thuật ngữ “trách nhiệm dân sự”

Theo “Từ điển Thuật ngữ pháp lý” của Nhà xuất bản Dalloz và “Từ điển Thuật ngữ pháp lý” của Gérard Cornu, trách nhiệm dân sự (responsabilité civile) gồm trách nhiệm theo hợp đồng (responsabilité contractuelle) và trách nhiệm ngoài hợp đồng (responsabilité délictuelle), chỉ đến bất kỳ sự đáp trả về mặt dân sự nào đối với những tổn hại gây ra cho

5 Xem khoản 2 Điều 10 BLDS năm 2015.

6 Xem Điều 11 BLDS năm 2015.

7 Xem Điều 87, Điều 97, Điều 103, Điều 342, Điều 351, Điều 364, Điều 428, Điều 509, Điều 510, Điều 524, Điều 534 BLDS năm 2015.

8 Xem Điều 352 BLDS năm 2015.

9 Xem Điều 356 BLDS năm 2015.

10 Xem Điều 357 BLDS năm 2015.

11 Xem Điều 358 BLDS năm 2015.

12 Xem Điều 359 BLDS năm 2015.

13 Xem Điều 360 BLDS năm 2015.

14 Xem Điều 437 BLDS năm 2015.

15 Xem Điều 438 BLDS năm 2015.

16 Xem Điều 439 BLDS năm 2015.

17 Xem khoản 2 Điều 10 BLDS năm 2015.

18 Xem khoản 7 Điều 292 Luật Thương mại năm 2005.

người khác, nghĩa là đền bù bằng hiện vật hoặc tương đương¹⁹.

Theo Từ điển Luật học “Black’s Law Dictionary”, trách nhiệm dân sự (civil liability) được hiểu là tình trạng bị ràng buộc về mặt pháp lý phải BTTH dân sự²⁰.

Tương tự như vậy, các luật gia như Trần Thúc Linh, Vũ Văn Mẫu đều cho rằng, trách nhiệm dân sự có hai hình thức: trách nhiệm theo hợp đồng (trách nhiệm khế ước) và trách nhiệm ngoài hợp đồng (trách nhiệm dân sự phạm và chuẩn dân sự phạm). Cũng theo các luật gia này, trách nhiệm dân sự phát sinh trên cơ sở hành vi vi phạm nghĩa vụ, “nói tới trách nhiệm dân sự tức là nói tới bồi thường”²¹ hay cụ thể hơn là trách nhiệm dân sự theo hợp đồng (trách nhiệm khế ước) là trách nhiệm bồi thường của bên không thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng cho bên bị “tổn thất”²².

Như vậy, theo quan điểm của nhiều luật gia, thuật ngữ “trách nhiệm dân sự theo hợp đồng” thường chỉ đến trách nhiệm BTTH theo hợp đồng.

Theo Từ điển Luật học của Bộ Tư pháp, “trách nhiệm dân sự” được hiểu là “trách nhiệm pháp lý mang tính tài sản được áp dụng đối với người vi phạm pháp luật dân sự nhằm bù đắp về tổn thất vật chất, tinh thần cho người bị thiệt hại”²³ hay “những hậu quả bất lợi mà chủ thể pháp luật phải gánh chịu do pháp luật quy định vì hành vi vi phạm pháp luật của mình (hoặc của người mà mình bảo lãnh hay giám hộ)”²⁴. Nội hàm của “trách nhiệm dân sự” được Từ điển xác

định tương tự như nội hàm của trách nhiệm dân sự trong hệ thống common law và civil law, bao gồm trách nhiệm dân sự theo hợp đồng và trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng. Tuy nhiên, bên cạnh sự tương đồng này, Từ điển Luật học lại chỉ ra “trách nhiệm dân sự bao gồm buộc xin lỗi, cải chính công khai, buộc thực hiện nghĩa vụ dân sự; buộc BTTH, phạt vi phạm”²⁵.

Cùng với thuật ngữ “trách nhiệm dân sự”, Từ điển Luật học còn đưa ra định nghĩa về “trách nhiệm BTTH”; theo đó, đây là thuật ngữ chỉ đến “trách nhiệm của người có hành vi vi phạm, có lỗi trong việc gây ra thiệt hại về vật chất, tinh thần phải bồi hoàn cho người bị thiệt hại nhằm phục hồi tình trạng tài sản, bù đắp tổn thất tinh thần cho người bị thiệt hại”²⁶, đồng thời chỉ rõ “trách nhiệm BTTH được phân thành trách nhiệm BTTH theo hợp đồng và trách nhiệm BTTH ngoài hợp đồng”²⁷.

Như vậy, theo Từ điển Luật học của Bộ Tư pháp, thuật ngữ “trách nhiệm dân sự” trong hệ thống pháp luật Việt Nam được hiểu là thuật ngữ chỉ chung các giải pháp pháp lý có thể được áp dụng khi có hành vi vi phạm pháp luật và trách nhiệm BTTH (trách nhiệm BTTH theo hợp đồng và trách nhiệm BTTH ngoài hợp đồng) là một loại của trách nhiệm dân sự. Quan niệm này cũng được thể hiện qua các quy định tại Mục 4, Chương XV, Phần III BLDS năm 2015, theo đó nội hàm của thuật ngữ “trách nhiệm dân sự” không chỉ chỉ đến “BTTH”, mà còn được sử dụng để chỉ đến các giải

19 Xem Lexique Juridiques. Dalloz. 23e édition 2015-2016, pp. 913-914; Gérard Cornu. Vocabulaire juridique. Presses Universitaires de France. 3e édition. 1992, p. 724. Black’s Law- Dictionary, Seventh Edition, West group, 1999, pp. 723-724.

20 Xem Black’s Law- Dictionary. Seventh Edition. West group. 1999. Page 926.

21 Xem Trần Thúc Linh, Danh từ pháp luật lược giải, Nhà sách Khai trí, 1974, tr. 397-398. Vũ Văn Mẫu, Việt Nam dân luật lược khảo – Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước, In lần thứ nhất, Bộ Quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 431, 433.

22 Vũ Văn Mẫu, Tlđđ, tr. 433-434.

23 Xem Từ điển Luật học, Bộ Tư pháp - Viện Khoa học pháp lý, Nxb. Từ điển Bách khoa, Nxb. Tư pháp, 2006, tr. 800.

24 Xem Từ điển Luật học, Bộ Tư pháp - Viện Khoa học pháp lý, Tlđđ, tr. 803.

25 Xem Từ điển Luật học, Bộ Tư pháp - Viện Khoa học pháp lý, Tlđđ, tr. 800.

26 Xem Từ điển Luật học, Bộ Tư pháp - Viện Khoa học pháp lý, Tlđđ, tr. 799.

27 Xem Từ điển Luật học, Bộ Tư pháp - Viện Khoa học pháp lý, Tlđđ, tr. 800.

pháp pháp lý khác như “tiếp tục thực hiện”, “tự mình thực hiện”, “giao cho người khác thực hiện”, “chấm dứt thực hiện”, “khôi phục tình trạng ban đầu”... qua tiêu đề “Trách nhiệm tiếp tục thực hiện nghĩa vụ”.

Điều này cho thấy sự thiếu tương đồng của hệ thống pháp luật Việt Nam nói chung và BLDS năm 2015 nói riêng với hệ thống pháp luật thế giới trong việc sử dụng thuật ngữ “trách nhiệm dân sự”. Đó là các hệ thống pháp luật có sự phân biệt giữa tình trạng pháp lý bắt buộc mà bên có hành vi vi phạm nghĩa vụ phải gánh chịu (trách nhiệm dân sự) với hệ quả pháp lý (giải pháp pháp lý) được đưa ra nhằm đảm bảo tình trạng pháp lý bắt buộc mà bên có hành vi vi phạm nghĩa vụ phải gánh chịu được giải quyết (biện pháp khắc phục). Trong khi đó, pháp luật Việt Nam dường như chưa có sự phân tách một cách rõ ràng giữa “trách nhiệm dân sự” với “biện pháp khắc phục”.

3. Thuật ngữ “chế tài”

Theo Từ điển Thuật ngữ pháp lý của Nhà xuất bản Dalloz năm 2015-2016, chế tài (sanction) được hiểu là:

“- Biện pháp bắt buộc gắn liền với bất kỳ quy phạm pháp luật nào (cấu thành nên các tiêu chuẩn đặc trưng của pháp luật và đạo đức);

- Biện pháp đáp trả sự vi phạm pháp luật (hình phạt, hủy bỏ, vô hiệu, hết thời hiệu,...);

- Biện pháp đáp trả sự vi phạm một nghĩa vụ”²⁸.

Theo Từ điển Luật học “Black’s Law Dictionary”, chế tài (sanction) được hiểu là “một hình phạt hoặc biện pháp cưỡng chế là kết quả của việc không tuân thủ luật, nguyên tắc hoặc phán lệnh”²⁹, trong khi đó, để chỉ đến các biện pháp đáp trả hành vi vi phạm pháp luật nói chung và vi phạm nghĩa vụ hợp đồng nói riêng, hệ thống common law

sử dụng thuật ngữ “remedies”³⁰ là thuật ngữ có nội hàm tương tự thuật ngữ “sanctions” trong tiếng Pháp.

Có thể nhận thấy, thuật ngữ “sanction” trong hệ thống pháp luật civil law và common law không đồng nhất với nhau. Hệ thống common law sử dụng thuật ngữ này để chỉ đến các biện pháp mang tính hình phạt, trong khi hệ thống civil law sử dụng thuật ngữ này để chỉ đến các biện pháp đáp trả sự vi phạm pháp luật nói chung và vi phạm nghĩa vụ hợp đồng nói riêng.

Tương tự các học giả của hệ thống civil law, theo các luật gia Sài Gòn trước đây, chế tài được hiểu là biện pháp bảo đảm cho các quyền dân sự được thi hành³¹, theo đó các chế tài (dân sự) gồm hai loại: bồi thường và cưỡng chế thi hành (buộc thực hiện). Bồi thường là biện pháp xóa bỏ những thiệt hại do sự vi phạm pháp luật gây ra bằng hiện vật hoặc bồi thường bằng tiền và cưỡng chế thi hành là chế tài có mục đích buộc người có nghĩa vụ phải thực hiện nếu người có nghĩa vụ không tự nguyện thực hiện hợp đồng³².

Như vậy, trong luật hợp đồng của hệ thống civil law và hệ thống common law cũng như theo cách hiểu của các luật gia Sài Gòn trước đây, “trách nhiệm dân sự” hay “trách nhiệm dân sự theo hợp đồng” nói riêng không đồng nghĩa với “chế tài” hay các biện pháp khắc phục hậu quả của hành vi VPHĐ, cho dù chúng đều có điểm chung là xuất hiện khi có hành vi VPHĐ.

Trong hệ thống pháp luật Việt Nam hiện hành, “chế tài” được hiểu là “một trong ba bộ phận cấu thành quy phạm pháp luật”³³ và “chế tài dân sự” là “hậu quả pháp lý bất lợi ngoài mong muốn được áp dụng đối với người có hành vi vi phạm trong quan hệ dân sự khi họ không thực hiện, thực hiện không đúng các nghĩa vụ dân sự.

28 Xem Lexique Juridiques, Dalloz, 23e edition, 2015-2016, pp. 943-944;

29 Xem Black’s Law- Dictionary, Seventh Edition, West group, 1999, p. 1341.

30 Xem Black’s Law- Dictionary, Seventh Edition, West group, 1999, p. 1296.

31 Xem Nguyễn Quang Quýnh, Dân luật (Quyển I), Viện Đại học Cần Thơ xuất bản, 1967, tr. 129, 131.

32 Xem Nguyễn Quang Quýnh, Dân luật (Quyển I), Tlđđ, tr. 131.

33 Xem Từ điển Luật học. Bộ Tư pháp - Viện Khoa học pháp lý, Tlđđ, tr. 130.

Chế tài dân sự thường liên quan đến tài sản (buộc sửa chữa, BTTH, khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận) hoặc có thể là những biện pháp chế tài khác (buộc chấm dứt hành vi vi phạm, buộc xin lỗi, cải chính công khai...)”³⁴.

Mặc dù quan niệm “chế tài dân sự” là “hậu quả pháp lý bất lợi ngoài mong muốn được áp dụng đối với người có hành vi vi phạm trong quan hệ dân sự khi họ không thực hiện, thực hiện không đúng các nghĩa vụ dân sự”, nhưng Từ điển Luật học của Bộ Tư pháp cũng như BLDS năm 2015, Luật Thương mại năm 2005 lại tiếp cận “chế tài” với một nội hàm rộng hơn, không chỉ là “hậu quả pháp lý bất lợi” mà còn bao gồm cả những biện pháp không mang lại cho bên VPHĐ “hậu quả pháp lý bất lợi” mà chỉ “buộc bên vi phạm phải thực hiện nghĩa vụ mà trước đó họ đã tự nguyện cam kết thực hiện”³⁵.

4. Thuật ngữ “biện pháp khắc phục”

Thuật ngữ “các biện pháp khắc phục” (remedies trong tiếng Anh hay remède, moyens trong tiếng Pháp) có nguồn gốc từ thuật ngữ Latinh: “remedium”. Ban đầu thuật ngữ này trong tiếng Latinh, tiếng Anh và tiếng Pháp cổ chỉ mang nghĩa y học thuần túy như “chữa bệnh”, “điều trị”, “cứu chữa” và “chữa khỏi”, đến khoảng những năm 1300 sau công nguyên, thuật ngữ “remedy” mới được sử dụng theo nghĩa bóng là “biện pháp khắc phục”.

Theo Từ điển Black’s Law, “remedy” được hiểu là biện pháp pháp lý hoặc biện pháp mang tính công bình (equity) để thực thi quyền hoặc ngăn ngừa hoặc khắc phục

những hệ quả do hành vi sai trái gây nên³⁶. Như vậy, các biện pháp khắc phục (remedies) theo Black’s Law là những biện pháp khác nhau nhằm bảo đảm thực thi quyền hoặc ngăn chặn, khắc phục những hệ quả do hành vi sai trái gây nên không chỉ trong lĩnh vực hợp đồng mà còn trong cả lĩnh vực ngoài hợp đồng.

Do không được chính thức sử dụng trong khoa học pháp lý Pháp nên thuật ngữ “biện pháp khắc phục (remède)” không được tìm thấy trong các từ điển pháp lý uy tín của Pháp, như “Từ điển Thuật ngữ pháp lý” của Nhà xuất bản Dalloz hay “Từ điển Thuật ngữ pháp lý” của Gérard Cornu, mà chỉ được tìm thấy trong Từ điển tiếng Pháp thông dụng. Theo đó “remède” cũng có nghĩa là chữa khỏi, chữa trị, chữa bệnh, sửa chữa. Tuy nhiên, các học giả Pháp hiện nay cũng đã sử dụng thuật ngữ “remède” để chỉ đến các biện pháp khắc phục đối với hành vi VPHĐ³⁷.

Các văn bản pháp luật về hợp đồng của Việt Nam không sử dụng thuật ngữ “biện pháp khắc phục” để chỉ đến các giải pháp pháp lý nhằm khắc phục hệ quả của hành vi không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng. Thay vào đó, để chỉ đến vấn đề này, pháp luật hợp đồng Việt Nam sử dụng nhiều thuật ngữ khác như “chế tài”, “phương thức”, “trách nhiệm dân sự”... Tuy nhiên, như trên đã phân tích, các thuật ngữ như “chế tài”, “trách nhiệm dân sự” có nội hàm không hoàn toàn tương thích với cách hiểu chung của cộng đồng quốc tế. Đối với nghĩa của thuật ngữ “phương thức” - cách thức và phương pháp tiến hành³⁸, chúng ta nhận thấy nghĩa của thuật ngữ này gần giống với nghĩa

34 Xem Từ điển Luật học, Bộ Tư pháp - Viện Khoa học pháp lý, Tlđđ, tr. 130.

35 Xem Từ điển Luật học, Bộ Tư pháp - Viện Khoa học pháp lý, Tlđđ, tr. 130; khoản 2 Điều 10 BLDS năm 2015, khoản 1 Điều 292 Luật Thương mại năm 2005.

36 Xem Black’s Law- Dictionary. Seventh Edition, West group, 1999, p. 1296.

37 Xem Emmanuel S. Darankoum. La protection du contrat dans l’avant-projet d’Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats: conclusion, exécution et remèdes en cas d’inexécution. Unif. L. Rev. 2008; Paul Grosser. Les remèdes a l’inexécution du contrat: essai de classification. Thèse de doctorat en Droit privé. 2000; Catherine Popineau Dehaullon. Les remèdes de justice privée à l’inexécution du contrat: Etude comparative. L.G.D.J. 2006...

38 Xem Hoàng Phê, Từ điển tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng, 2003, tr. 793.

của thuật ngữ “biện pháp khắc phục” được sử dụng trong các hệ thống pháp luật trên thế giới. Tuy nhiên, thuật ngữ “phương thức” mang ý nghĩa chung chung không chỉ bao hàm các biện pháp khắc phục đối với hành vi VPHĐ mà còn chỉ đến các biện pháp khắc phục đối với các quyền dân sự bị vi phạm³⁹. Bên cạnh đó, thuật ngữ này trong BLDS năm 2015 còn chỉ đến cách thức thực hiện quyền sở hữu chung của các thành viên gia đình⁴⁰, cách thức thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng⁴¹, cách thức xác lập quyền dân sự⁴²... Do vậy, có thể nhận thấy cụm từ “phương thức” không đồng nghĩa với thuật ngữ “biện pháp khắc phục”.

Mặc dù chưa được sử dụng chính thức trong các văn bản pháp luật nhưng trong một số công trình nghiên cứu, thuật ngữ “biện pháp khắc phục” hoặc thuật ngữ tương đương “biện pháp xử lý” đã được sử dụng⁴³.

Từ các phân tích nêu trên, có thể đưa ra các nhận xét sau:

Pháp luật hợp đồng Việt Nam chưa có sự thống nhất trong việc sử dụng thuật ngữ để chỉ đến các giải pháp pháp lý nhằm bảo đảm thực thi quyền hoặc ngăn chặn, khắc phục những hệ quả do hành vi VPHĐ gây nên.

Trong pháp luật hợp đồng Việt Nam, “chế tài” là các giải pháp pháp lý liên quan đến tài sản được sử dụng khi có “hành vi vi phạm” hợp đồng nhằm bảo đảm thực thi quyền hoặc ngăn chặn, khắc phục những hệ quả do hành vi VPHĐ và “BTTH” chỉ là một loại “chế tài” dân sự.

Thuật ngữ “chế tài” trong hệ thống pháp luật Việt Nam vừa được tiếp cận giống

với thuật ngữ “chế tài” trong hệ thống civil law (là một bộ phận của quy phạm pháp luật) và là biện pháp đáp trả sự vi phạm một nghĩa vụ⁴⁴, lại vừa được tiếp cận giống với thuật ngữ “chế tài” trong hệ thống common law (hình phạt hoặc biện pháp cưỡng chế hay hậu quả pháp lý bất lợi) khi có sự xuất hiện của hành vi vi phạm. Nói cách khác, dường như khái niệm “chế tài dân sự” được ghi nhận trong Từ điển Luật học của Bộ Tư pháp chưa thực sự nhất quán.

Pháp luật hợp đồng Việt Nam dường như không có sự phân biệt giữa “trách nhiệm dân sự” và “chế tài” hay các giải pháp pháp lý (biện pháp khắc phục) được sử dụng nhằm bảo đảm cho trách nhiệm dân sự được thực hiện.

Dựa trên các phân tích trên, có thể thấy thuật ngữ “biện pháp khắc phục đối với hành vi VPHĐ” (remedies/moyens), hay “chế tài đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng” (sanctions) trong hệ thống pháp luật quốc tế nói chung và các quốc gia nói riêng là các thuật ngữ có nội hàm tương đồng chỉ đến các giải pháp pháp lý (biện pháp) khác nhau nhằm bảo đảm thực thi quyền của chủ thể quyền trong quan hệ hợp đồng hoặc ngăn chặn, khắc phục những hệ quả do hành vi vi phạm nghĩa vụ hợp đồng gây nên.

Với mục tiêu hội nhập kinh tế quốc tế và tạo môi trường pháp lý minh bạch cho sự phát triển kinh tế, xã hội, thiết nghĩ BLDS năm 2015 nên sử dụng thống nhất thuật ngữ “biện pháp khắc phục” để chỉ đến các giải pháp pháp lý khắc phục hệ quả của hành vi VPHĐ để loại bỏ nhầm lẫn và gây tranh cãi do việc sử dụng thuật ngữ thiếu tương thích với cộng đồng quốc tế mang lại ■

39 Xem Điều 11, Điều 15 BLDS năm 2015.

40 Xem Điều 212 BLDS năm 2015.

41 Xem Điều 280 BLDS năm 2015.

42 Xem Điều 388 BLDS năm 2015.

43 Xem Đỗ Ngọc Bích, Góp ý điều khoản phạt hợp đồng và mối liên hệ với BTTH trong dự thảo BLDS (sửa đổi), <http://tcdpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/xay-dung-phap-luat.aspx?ItemID=186>; Đỗ Văn Đại, Các biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật Việt Nam. Nxb Chính trị quốc gia – Sự thật, 2013.

44 Xem khoản 2 Điều 10 BLDS năm 2015, Điều 292 Luật Thương mại năm 2005.

MỘT SỐ SUY NGHĨ VỀ QUY ĐỊNH LIÊN QUAN ĐẾN “VẬT QUYỀN” TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ 2015

Trương Thị Diệu Thúy*

*ThS. Chuyên viên chính Vụ Pháp luật - Văn phòng Quốc hội

Thông tin bài viết:

Từ khoá:

vật quyền, trái quyền, tài sản, Bộ Luật Dân sự năm 2015

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 09/05/2016
Biên tập: 31/05/2016
Duyệt bài: 06/01/2017

Article Information:

Keywords:

Rights in Rem, Rights in Personam, Property, The Civil Code of 2015

Article History:

Received: 09 May 2016
Edited: 31 May 2016
Approved: 06 Jan. 2017

Tóm tắt:

Vật quyền được xác định là nhóm quyền về tài sản mà chủ thể vật quyền (có thể là chủ sở hữu hoặc người không phải là chủ sở hữu) có đầy đủ quyền chi phối trực tiếp đối với vật mà không cần thông qua hành vi của người khác. Quá trình xây dựng BLDS năm 2015, việc có sử dụng thuật ngữ này hay không đã được bàn thảo nhiều lần, từ dự thảo do Chính phủ trình đến dự thảo lấy ý kiến Nhân dân... Chúng tôi cho rằng, vấn đề của BLDS năm 2015 không chỉ là việc có sử dụng thuật ngữ “vật quyền” hay không, mà là tinh thần của “vật quyền”, với ý nghĩa là một quyền năng rất mạnh của chủ thể đối với tài sản như đã nêu trên, có được thể hiện trong BLDS năm 2015 hay không và ở mức độ nào?

Abstract:

Rights in rem are defined as groups of property rights that holders of rights in rem (possibly the owner or person who is not the owner) have full power to govern directly to objects without governing through others's behavior. During the process of drafting The Civil Code of 2015, the use of the term “rights in rem” or not has been discussed many times, from the draft submitted by the Government to the draft from People's opinions... We believe that the problem of The Civil Code of 2015 is not only the use of the term “Rights in rem” or not, that is the spirit of the term, which means a very strong power of the subject property as described above, has been shown in The Civil Code of 2015 or not and to what extent?

Dự thảo Bộ luật Dân sự (BLDS) sửa đổi do Chính phủ trình Quốc hội tháng 10/2014 có một điểm sửa đổi lớn xin ý kiến Quốc hội, đó là: Phần thứ hai của BLDS năm 2005 - “Tài sản và quyền sở hữu” được đổi tên gọi mới là “Vật quyền”; Phần thứ ba của BLDS 2005 - “Nghĩa vụ và hợp đồng”

được đổi tên gọi mới là “Trái quyền”. Thông qua quá trình Quốc hội thảo luận, lấy ý kiến Nhân dân từ tháng 01 - 4/2015, Phần thứ hai của Dự thảo BLDS sửa đổi đã có một bước chỉnh lý, trở thành “Quyền sở hữu và các vật quyền khác”; Phần thứ ba đã được thay đổi, từ “Trái quyền” của bản Dự thảo Chính phủ

trình trở về tên gọi của BLDS năm 2005 là “Nghĩa vụ và hợp đồng”. Sự thay đổi này tiếp tục được duy trì cho đến bản Dự thảo BLDS sửa đổi tiếp thu ý kiến Nhân dân và trình Quốc hội tại kỳ họp tháng 5/2015. Sau kỳ họp này, trên cơ sở tiếp thu ý kiến đại biểu Quốc hội, tiếp tục lấy ý kiến các cơ quan, tổ chức, các chuyên gia, nhà khoa học, Dự thảo BLDS sửa đổi chính thức trình Quốc hội thông qua tại kỳ họp tháng 10/2015 đã không còn cụm từ “vật quyền”, mà tên gọi của Phần thứ hai đã từ “Quyền sở hữu và các vật quyền khác” trở thành “Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản”.

Sự thay đổi này là kết quả của cả một quá trình nghiên cứu, thảo luận, lấy ý kiến Nhân dân, các ngành, các cấp, sự nghiên cứu, phân tích, đánh giá, góp ý của các đại biểu Quốc hội, nhiều chuyên gia, nhà khoa học. Chúng tôi cho rằng, vấn đề của BLDS năm 2015 không phải là có sử dụng thuật ngữ *vật quyền* hay không, mà là tinh thần của *vật quyền*, với ý nghĩa là một quyền năng rất mạnh của chủ thể đối với tài sản, đó là quyền có thể được thực hiện trực tiếp và ngay tức khắc trên một vật mà không phụ thuộc vào ý chí của người khác, có được thể hiện trong BLDS năm 2015 hay không và ở mức độ nào?

1. Những lý do của việc không sử dụng thuật ngữ “vật quyền” trong Bộ luật Dân sự năm 2015

Trong quá trình xây dựng BLDS, nhiều ý kiến của đại biểu Quốc hội, ý kiến của Nhân dân, các chuyên gia, nhà khoa học cho rằng, các quy định về vật quyền, quyền địa dịch, quyền hưởng dụng, quyền bề mặt... của Dự thảo BLDS sửa đổi rất khó hiểu mà nội hàm không khác nhiều so với các quy định hiện hành. Do đó, không nên sử dụng các thuật ngữ mới nếu những thuật ngữ trong BLDS hiện hành đã trở nên thông dụng, không có gì vướng mắc.

Xét về tính lịch sử, khái niệm “vật quyền” trước đây đã được sử dụng trong tương quan với “trái quyền”. Tuy nhiên, khi tổng kết thực tiễn thi hành pháp luật để xây dựng BLDS năm 1995 thì cả hai khái niệm này đã không còn được sử dụng vì không phù hợp với các khái niệm pháp lý khác, không diễn tả được đầy đủ nội hàm và không bảo đảm thống nhất với các quy định khác trong hệ thống pháp luật dân sự nước ta.

Xét về tính đồng bộ, “vật quyền” được xác định là nhóm quyền về tài sản mà chủ thể vật quyền (có thể là chủ sở hữu hoặc người không phải là chủ sở hữu) có đầy đủ quyền chi phối trực tiếp đối với vật mà không cần thông qua hành vi của người khác. Khái niệm “vật quyền” thường dùng để phân biệt với các quyền tài sản thuộc nhóm “trái quyền”, trong đó, chủ thể trái quyền có quyền yêu cầu người khác thực hiện nghĩa vụ về tài sản. Như vậy, nếu BLDS ghi nhận chế định *vật quyền* (Phần thứ hai) thì nhóm quyền này phải được đặt trong mối quan hệ với chế định *trái quyền* chứ không phải *nghĩa vụ và hợp đồng* (Phần thứ ba) như trong các bản Dự thảo BLDS trước khi trình Quốc hội thông qua.

Xét về mối quan hệ giữa chế định quyền tài sản (vật quyền, trái quyền) với bản thân khái niệm tài sản, nếu việc xây dựng chế định vật quyền dựa trên lý thuyết quyền trực tiếp đối với vật sẽ không phù hợp trong điều kiện tài sản hiện nay không chỉ gồm vật mà còn gồm tiền, giấy tờ có giá, quyền tài sản. Đồng thời, nếu xác định quyền sở hữu là vật quyền trung tâm, thì giới hạn của quyền sở hữu càng không thể chỉ ở sở hữu đối với vật. Do đó, việc sử dụng khái niệm *vật quyền* là không phù hợp với khái niệm *tài sản* mà BLDS Việt Nam đang điều chỉnh.

Điều này có thể thấy rõ là kể từ BLDS năm 1995, BLDS năm 2005 đến các Dự thảo BLDS sửa đổi trình thông qua năm 2015 đều duy trì khái niệm tài sản cơ bản gồm 4 loại: vật, tiền, giấy tờ có giá, quyền

tài sản¹. Dù BLDS năm 2005 và 2015 dùng từ “vật” mà không phải là “vật có thực” như trong BLDS năm 1995, thì thực chất, khái niệm “vật” trong BLDS Việt Nam được tiếp cận hoàn toàn dưới góc độ là một thực thể vật lý, là “vật được định hình ở dạng thể rắn, lỏng, thể khí và các dạng khác mà con người có thể nắm giữ, chi phối”². Với cách tiếp cận này, vật và quyền không được phân biệt là hai phương pháp tiếp cận khái niệm tài sản, mà lại được coi là hai loại tài sản. Trong khi đó, chúng ta cần lưu ý rằng, nếu định nghĩa tài sản theo phương pháp liệt kê như BLDS hiện nay điều chỉnh, thì ranh giới giữa các loại tài sản trong xã hội hiện đại sẽ là rất khó xác định hay phân định một cách thực sự triệt để. Chẳng hạn, tiền, nếu là tiền giấy, tiền đồng có thể cầm nắm, chi phối, thì chính là vật. Nhưng cũng là tiền mà ở trạng thái trên tài khoản hoặc sổ tiết kiệm, thì lại là quyền tài sản. Hoặc chẳng hạn như giấy tờ có giá, một số loại cổ phiếu hiện nay như cổ phiếu không ghi danh có thể trực tiếp chuyển nhượng mà không cần qua thủ tục đăng ký thay đổi tại doanh nghiệp phát hành cổ phiếu hoặc tổ chức có thẩm quyền khác thì tính chất, việc chi phối loại tài sản này, cũng như hình thức giao dịch sẽ khác hẳn loại cổ phiếu có ghi danh - giấy chứng nhận cổ phiếu khi đó chỉ là giấy tờ ghi nhận quyền tài sản... Chính do sự phân định chưa thực sự rõ ràng này nên trong quá trình xây dựng Dự thảo BLDS sửa đổi, đã có nhiều ý kiến tranh luận trong việc, có nên quy định đối tượng của cầm cố bao gồm cả các quyền tài sản hay không; nếu quy định cầm cố cả quyền tài sản thì ranh giới giữa cầm cố và thế chấp tài sản có gì khác biệt? Bởi vì, đặc điểm của cầm cố là *giao tài sản*, mà nếu đối

tượng của cầm cố là quyền tài sản, đặc biệt là quyền tài sản mà sự chuyển dịch quyền sở hữu đòi hỏi thủ tục đăng ký thì sẽ không thể có việc *giao tài sản* về mặt pháp lý tại thời điểm xác lập giao dịch cầm cố.

Như vậy, việc xây dựng chế định vật quyền, *nếu có*, cần phải được thiết lập trên cơ sở nhận thức lại toàn diện khái niệm, nội hàm và xây dựng lại định nghĩa *tài sản*. Hiện nay có rất nhiều trường phái, quan điểm xác định về nội hàm của tài sản. Theo quan niệm của luật học la-tinh, tài sản, được hiểu là một vật có giá trị tiền tệ, có thể được nhận dạng theo một trong hai cách:

- *Hoặc ở góc độ vật lý*, tài sản thực sự là một vật. Đó có thể là một vật hữu hình, nghĩa là nhận biết được đối với con người nhờ các giác quan tiếp xúc, như cái nhà, chiếc xe, thửa đất,... Nhưng đó cũng có thể là một vật vô hình mà sự hiện hữu chỉ được hình dung nhờ các công cụ khái niệm, chẳng hạn các quyền chủ nợ, quyền tác giả, các quyền sở hữu công nghiệp,...³.

- *Hoặc ở góc độ pháp lý*, tài sản được hình dung như một quyền. Tùy theo quyền có thể được thực hiện trực tiếp hoặc thông qua vai trò của một chủ thể khác, người ta phân biệt giữa vật quyền và trái quyền. Do tính chất quan trọng của vật quyền, đặc biệt là do ảnh hưởng sâu rộng của nó đối với đời sống xã hội và giao lưu dân sự nói riêng, người làm luật có xu hướng đòi hỏi vật quyền phải được luật ghi nhận mới được coi là tồn tại hợp pháp và được bảo vệ. Cũng bằng phương pháp loại suy, người ta nói rằng những tài sản không phải là vật quyền, thì được gọi là trái quyền. Theo thời gian, có một loại quyền thứ ba, gắn với giá trị kinh tế của các công trình lao động trí óc như tác

1 Điều 172 BLDS 1995 quy định: Tài sản bao gồm vật có thực, tiền, giấy tờ trị giá được bằng tiền và các quyền tài sản.

2 Điều 110 Dự thảo BLDS trình xin ý kiến UBTƯQH tại phiên họp tháng 5/2015.

3 PGS,TS. Nguyễn Ngọc Điện, Những vấn đề bị bỏ quên liên quan đến chế độ sở hữu trong BLDS năm 2015, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, 6/2011.

phẩm văn chương, khoa học, nghệ thuật, gọi là quyền sở hữu trí tuệ, đứng bên cạnh vật quyền và trái quyền như một loại tài sản đặc thù⁴. Đây cũng có thể coi là một khái niệm tương đối thuyết phục để chúng ta tiếp cận vật quyền, trái quyền với tư cách là các loại tài sản trong đời sống giao lưu dân sự.

2. Những quy định mới thể hiện tư tưởng về vật quyền trong Bộ luật Dân sự năm 2015

Mặc dù BLDS năm 2015 không sử dụng thuật ngữ *vật quyền*, nhưng không thể phủ nhận rằng, để khuyến khích, mở rộng các giao dịch dân sự và theo đó là thúc đẩy sự phát triển của nền kinh tế, thì BLDS một mặt cần phải minh định rõ ràng hơn các loại quyền tài sản; một mặt cần ghi nhận, xác lập và bảo vệ các quyền đối với tài sản đang hiện hữu trong đời sống xã hội. Chính vì vậy, BLDS được Quốc hội thông qua tại kỳ họp thứ 10 (tháng 11/2015) đã ghi nhận một số điểm cơ bản của lý thuyết vật quyền theo hướng: về mặt từ ngữ, sử dụng cụm từ “quyền khác đối với tài sản”; về mặt nội hàm, ghi nhận các quyền mới là *quyền hưởng dụng*, *quyền bề mặt*, mở rộng và quy định cụ thể hơn nữa *quyền đối với bất động sản liền kề* (địa dịch); đồng thời bổ sung Chương XIV Phần thứ hai để điều chỉnh cụ thể về các nhóm quyền này trong mối quan hệ với quyền sở hữu, phân biệt với Phần thứ ba của BLDS về nghĩa vụ và hợp đồng.

Tuy rằng so với bản dự thảo BLDS do Ban soạn thảo gửi lấy ý kiến tháng 6/2014 (trước khi Chính phủ trình Quốc hội tại kỳ họp thứ 8 - tháng 10/2014), chế định vật quyền (quyền khác đối với tài sản) đã được thu hẹp lại, chỉ bao gồm những vật quyền chính yếu (quyền sở hữu và các quyền khác

liên quan đến quyền sở hữu - hưởng dụng, địa dịch, bề mặt), mà không gồm các vật quyền bảo đảm như cầm cố, thế chấp, cầm giữ, bảo lưu quyền sở hữu do còn có nhiều ý kiến khác nhau, đặc biệt là chưa thực sự phù hợp với thực tiễn giao dịch dân sự ở nước ta hiện nay, nhưng cũng đã thể hiện một bước đổi mới căn bản của BLDS trong việc làm rõ hơn, minh định sắc nét hơn các loại quyền tài sản để từ đó thúc đẩy sự phát triển của giao dịch dân sự.

Theo quy định tại Điều 159 BLDS: *Quyền khác đối với tài sản* là quyền của chủ thể trực tiếp nắm giữ, chi phối tài sản thuộc quyền sở hữu của chủ thể khác. Quyền khác đối với tài sản bao gồm: *Quyền đối với bất động sản liền kề*; *Quyền hưởng dụng*; *Quyền bề mặt*.

Khác với các quyền tài sản được ghi nhận tại Phần thứ ba (Nghĩa vụ và hợp đồng) của BLDS, quyền khác đối với tài sản mà Điều 159 BLDS điều chỉnh vẫn có hiệu lực trong trường hợp quyền sở hữu được chuyển giao, trừ trường hợp BLDS, luật khác có liên quan quy định khác. Điều này phản ánh một trong những tư tưởng cốt lõi của vật quyền, đó là quyền này cho phép chủ sở hữu quyền được phép thực hiện quyền của mình, bất kể vật đó đang thuộc quyền sở hữu của ai.

Có thể nói, các quyền đối với tài sản khác được ghi nhận tại Phần thứ hai của BLDS, mặc dù không sử dụng thuật ngữ vật quyền, nhưng tư tưởng, bản chất chính là thể hiện quyền năng rất mạnh của chủ thể sở hữu quyền đối với tài sản. Cụ thể:

Điều 247 BLDS ghi nhận: *Quyền đối với bất động sản liền kề có hiệu lực đối với mọi cá nhân, pháp nhân và được chuyển*

4 PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện, Lợi ích của việc xây dựng chế định vật quyền đối với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật tài sản, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số chuyên đề về sửa đổi BLDS phần liên quan đến quyền sở hữu tài sản và hợp đồng.

giao khi bất động sản được chuyển giao, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác.

Điều 259 BLDS quy định: *Quyền hưởng dụng được xác lập từ thời điểm nhận chuyển giao tài sản, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác. Quyền hưởng dụng đã được xác lập có hiệu lực đối với mọi cá nhân, pháp nhân, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác.* Đồng thời, khoản 1 Điều 263 cũng ràng buộc: *chủ sở hữu tài sản được quyền định đoạt tài sản nhưng không được làm thay đổi quyền hưởng dụng đã được xác lập.*

Điều 269 về quyền bề mặt quy định: *Quyền bề mặt có hiệu lực từ thời điểm chủ thể có quyền sử dụng đất chuyển giao mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất cho chủ thể có quyền bề mặt, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác. Quyền bề mặt có hiệu lực đối với mọi cá nhân, pháp nhân, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác.* Điều 271 cũng làm rõ nội hàm của quyền bề mặt như sau: *Chủ thể quyền bề mặt có quyền khai thác, sử dụng mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất thuộc quyền sử dụng đất của người khác để xây dựng công trình, trồng cây, canh tác nhưng không được trái với quy định của Bộ luật này, pháp luật về đất đai, xây dựng, quy hoạch, tài nguyên, khoáng sản và quy định khác của pháp luật có liên quan. Chủ thể quyền bề mặt có quyền sở hữu đối với tài sản được tạo lập theo quy định này.*

Như vậy, dù lý thuyết vật quyền mới được thể hiện trong BLDS năm 2015 ở một mức độ nhất định, thì với tư cách là đạo luật cơ bản của hệ thống pháp luật tư, những quy phạm này của BLDS cũng sẽ có tác

động hết sức sâu rộng, lan tỏa đến các đạo luật khác có liên quan như Luật Đất đai, Luật Sở hữu trí tuệ, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản, Luật Xây dựng, Luật Quy hoạch đô thị... và thực tiễn sẽ có những trả lời thỏa đáng cho việc tiếp tục phát triển lý thuyết này hay không ở những lần sửa đổi BLDS sau.

3. Một số suy nghĩ về các quyền mới trong Phần thứ hai “Quyền sở hữu và các quyền khác đối với tài sản” của Bộ luật Dân sự năm 2015

Việc hoàn thiện các quy định về quyền khác đối với tài sản trong Phần thứ hai của BLDS được tiến hành hết sức khẩn trương sau khi lấy ý kiến Nhân dân trên nền những tư tưởng về lý thuyết vật quyền mà Chính phủ trình và tiếp thu ý kiến của các đại biểu Quốc hội, ý kiến của các cơ quan, tổ chức, các chuyên gia, nhà khoa học. Bộ luật đã được thông qua theo đúng chương trình, kế hoạch, nhưng vẫn còn những vấn đề phải tiếp tục nghiên cứu, để việc áp dụng vào thực tiễn sau khi BLDS năm 2015 có hiệu lực cũng như trong mối quan hệ với các đạo luật có liên quan thực sự khả thi.

Chúng tôi xin nêu một số vấn đề như sau:

- Thứ nhất, quyền khác đối với tài sản theo quy định tại Phần thứ hai của BLDS là một quyền năng rất mạnh, gần như chủ sở hữu. Khác với các quyền tài sản thuộc Phần thứ ba về nghĩa vụ và hợp đồng, quyền đối với tài sản không thể bị đơn phương chấm dứt, không thể bị hủy bỏ, thậm chí có thể chuyển dịch theo sự chuyển dịch quyền sở hữu tài sản⁵. Quyền đối với tài sản chỉ bị chấm dứt trong những trường hợp rất hạn chế, hoặc theo quy định của luật, hoặc phải có sự đồng thuận ý chí của cả hai bên giao

5 Điều 247 BLDS năm 2015 quy định: Quyền đối với bất động sản liền kề có hiệu lực đối với mọi cá nhân, pháp nhân và được chuyển giao khi bất động sản chuyển giao, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác.

dịch, hoặc khi bên hưởng quyền từ bỏ việc hưởng quyền của mình⁶. Thậm chí đối với quyền hưởng dụng, chủ sở hữu tài sản chỉ được yêu cầu Tòa án truất quyền của người hưởng dụng khi người này vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ. Như vậy, khi xác lập một giao dịch đối với các quyền thuộc Phần thứ hai của BLDS, cá nhân, pháp nhân là chủ sở hữu tài sản bị hạn chế rất nhiều quyền của mình, do đó, cần phải hết sức thận trọng, cân nhắc.

- *Thứ hai*, đối với ba quyền năng mạnh gần như quyền sở hữu được BLDS ghi nhận, BLDS lại không quy định các chủ thể tham gia giao dịch về quyền phải đăng ký giao dịch. Ngoại trừ quyền đối với bất động sản liền kề, quyền bề mặt liên quan đến đất, theo quy định tại Điều 95 Luật Đất đai thì mọi biến động về đất đều phải đăng ký, thì đối với quyền còn lại là quyền hưởng dụng, một quyền năng có nội hàm chưa thực sự rõ ràng⁷, quyền năng của người thụ hưởng rất rộng thì lại không ràng buộc cơ chế đăng ký để bảo đảm hiệu lực đối kháng. Việc áp dụng quy định này sẽ có thể phát sinh một số vướng mắc, tranh chấp. Chẳng hạn, chúng ta xem xét trong ví dụ sau đây, nếu giao dịch về quyền tài sản không được đăng ký thì sẽ đem đến những hệ lụy gì:

Ông A giao kết với ông B một hợp đồng về quyền hưởng dụng trang trại trong 30 năm. Do luật không yêu cầu nên hợp đồng này không được đăng ký. Sau đó, ông A muốn chuyển nhượng trang trại đó nhưng ông B không đồng ý, do đó, việc chấm dứt quyền hưởng dụng này không thể thực hiện bởi vì Điều 265 BLDS hạn chế những

trường hợp chấm dứt quyền hưởng dụng theo ý chí của chủ sở hữu tài sản. Do vậy, ông A đã lách luật bằng cách chuyển nhượng quyền sở hữu trang trại đó cho ông C mà không hề thông báo về việc trang trại đó hiện đang thuộc quyền hưởng dụng của ông B. Sau khi ông C hoàn tất các thủ tục nhận chuyển nhượng thì mới phát hiện mình không có bất cứ quyền năng gì đối với trang trại đó cho đến hết 30 năm thời hạn của quyền hưởng dụng đã xác lập giữa ông A và ông B. Nếu như hợp đồng ban đầu giữa ông A và ông B là một hợp đồng thuê thông thường thì có thể hoàn toàn chấm dứt hợp đồng do một trong các bên (ông A) vi phạm nghĩa vụ. Nhưng do hợp đồng đã ký kết giữa ông A và ông B là hợp đồng hưởng dụng, nên không thể áp dụng các quy định về hủy bỏ, đơn phương chấm dứt hợp đồng tại phần thứ ba của BLDS. Trường hợp này, do thiếu thông tin nên ông C đã mua phải một tài sản bị hạn chế quyền hưởng dụng. Tất nhiên, vụ việc tranh chấp giữa các bên sẽ có Tòa án giải quyết, nhưng nếu luật ràng buộc cơ chế đăng ký để minh bạch thông tin về các quyền quy định tại Phần thứ hai của BLDS, là các quyền năng rất mạnh - gần như chủ sở hữu, thì có thể sẽ hạn chế các vụ tranh chấp trên thực tế.

- *Thứ ba*, một trong những quyền thuộc Phần thứ hai của BLDS sẽ có ảnh hưởng lớn đến các luật liên quan như Luật Đất đai, Luật Xây dựng, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản... Đó là quyền bề mặt.

Theo quy định tại Điều 267 BLDS, quyền bề mặt là quyền của một chủ thể đối

6 Xem các điều 256, 265, 272 BLDS năm 2015.

7 Với cách quy định của BLDS, quyền hưởng dụng (Phần thứ hai) có phần chồng lấn sang các nội dung của phần Nghĩa vụ và hợp đồng (Phần thứ ba); đồng thời cũng chồng lấn sang khái niệm quyền sử dụng trong quyền sở hữu. Bởi vì, theo quy định tại Điều 257, quyền hưởng dụng (tức quyền khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức) có nội hàm giống như quyền sử dụng trong các quyền năng của quyền sở hữu; Điều 258 quy định quyền hưởng dụng có thể xác lập thông qua thỏa thuận. Kết hợp nội dung các điều này có thể gây ra cách hiểu: quyền hưởng dụng với tư cách là một vật quyền không có gì khác so với quyền của chủ sở hữu chuyển quyền sử dụng tài sản của mình cho chủ thể khác thông qua hợp đồng (là các quy phạm thuộc phần Nghĩa vụ và hợp đồng).

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

với mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất mà quyền sử dụng đất đó thuộc về chủ thể khác.

Điều 271 BLDS quy định: Chủ thể quyền bề mặt có quyền khai thác, sử dụng mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất thuộc quyền sử dụng đất của người khác để xây dựng công trình, trồng cây, canh tác nhưng không được trái với quy định của BLDS, pháp luật về đất đai, xây dựng, quy hoạch, tài nguyên, khoáng sản và quy định khác của pháp luật có liên quan. Chủ thể quyền bề mặt *có quyền sở hữu đối với tài sản được tạo lập* theo quy định này.

Xét từ góc độ của Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Kinh doanh bất động sản, chủ thể của quyền bề mặt theo quy định của

BLDS chính là chủ sở hữu tài sản trên đất. Như vậy, cần phải xem xét một cách tổng thể xem sự thay đổi về mặt khái niệm, cách tiếp cận này có ảnh hưởng gì đến quyền của chủ sử dụng đất và chủ sở hữu tài sản trên đất như cách tiếp cận lâu nay của BLDS năm 2005, Luật Đất đai năm 2013, Luật Nhà ở và Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 hay không? Các cá nhân, pháp nhân có liên quan sau khi BLDS mới có hiệu lực, chịu ảnh hưởng của các quy định mới này như thế nào và liệu có xung đột pháp luật gì nảy sinh hay không?

Đây là những vấn đề phát sinh từ một số nội dung mới của BLDS đang cần có sự nghiên cứu sâu sắc, toàn diện, để việc áp dụng được thuận lợi và khả thi ■

TỰ DO HÓA DỊCH VỤ BẢO HIỂM...

(Tiếp theo trang 30)

Theo chúng tôi, với tiêu chuẩn có bằng đại học hoặc trên đại học của người quản trị và điều hành cần bổ sung thêm lĩnh vực chuyên môn, đó là bằng cấp này phải thuộc một trong các lĩnh vực: tài chính, ngân hàng, quản trị kinh doanh, luật. Sở dĩ cần phải yêu cầu trình độ đại học hoặc trên đại học thuộc một trong các lĩnh vực trên vì hoạt động KDBH là hoạt động phức tạp, để thực hiện được hoạt động này, cần thiết phải có trình độ chuyên môn, nghiệp vụ nhất định. Người quản trị, điều hành DNBH phải có kiến thức chuyên môn nghiệp vụ về lĩnh vực KDBH. Nếu như người quản trị, điều hành không có bằng cấp thuộc một trong các lĩnh vực như tài chính, ngân hàng, quản trị kinh doanh, luật sẽ rất khó thực hiện vai trò điều hành và kiểm soát hoạt động KDBH. Việc bổ sung quy định về bằng cấp chuyên môn

của người quản trị và điều hành DNBH sẽ hạn chế được rủi ro trong việc điều hành hoạt động KDBH của DNBH, giúp thị trường bảo hiểm phát triển an toàn và lành mạnh.

Thứ năm, pháp luật cần quy định cụ thể về quỹ bảo vệ người được bảo hiểm để đảm bảo quyền lợi cho người tham gia bảo hiểm trong bối cảnh cho phép các DNBH nước ngoài cung cấp dịch vụ bảo hiểm tại Việt Nam. Hiện nay, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật KDBH quy định DNBH phải lập quỹ này, nhưng cơ chế đảm bảo an toàn cho quỹ chưa được pháp luật quy định chi tiết¹⁰. Nếu nội dung này không được pháp luật chú trọng sẽ không đảm bảo được ý nghĩa của việc thành lập quỹ nhằm mục đích bảo vệ quyền lợi của người được bảo hiểm khi DNBH mất khả năng thanh toán, DNBH bị phá sản ■

HOÀN THIÊN PHÁP LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ TRONG BỐI CẢNH VIỆT NAM ĐẨY MẠNH HỘI NHẬP KINH TẾ QUỐC TẾ VÀ THAM GIA CÁC HIỆP ĐỊNH THƯƠNG MẠI TỰ DO THẾ HỆ MỚI

Nguyễn Bích Thảo*

* TS. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khoá: pháp luật sở hữu trí tuệ, hội nhập kinh tế quốc tế, hiệp định thương mại tự do thế hệ mới.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 29/11/2016
Biên tập: 30/12/2016
Duyệt bài: 11/01/2017

Article Information:

Keywords: Law on Intellectual Property, International Economic Integration, New Generation Free Trade Agreements.

Article History:

Received: 29 Nov. 2016
Edited: 30 Dec. 2016
Approved: 11 Jan. 2017

Tóm tắt:

Hoàn thiện pháp luật sở hữu trí tuệ (SHTT) là một nhu cầu cấp thiết, không chỉ để nhằm thực hiện các cam kết hội nhập quốc tế của Việt Nam, mà còn xuất phát từ nhu cầu phát triển tự thân của nền kinh tế trong điều kiện đổi mới mô hình tăng trưởng. Hoàn thiện pháp luật SHTT không chỉ dựa trên cơ sở rà soát, đối chiếu các quy định cụ thể nhằm đảm bảo tương thích với các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới, mà còn phải xuất phát từ thực trạng pháp luật SHTT Việt Nam và xu hướng phát triển của pháp luật SHTT các nước trên thế giới trên các phương diện: xác lập quyền SHTT, khai thác quyền SHTT và bảo vệ quyền SHTT.

Abstract:

Improvement of law on intellectual property (IP) is an urgent need, which is driven by not only Vietnam's international integration commitments but also by the internal requirements for economic developments of Vietnam in the context of transitioning the country's growth model. Improvement of IP law should not be limited to the reviews of specific provisions to ensure compatibility with new generation free trade agreements, but should be approached comprehensively from the current state of Vietnamese IP law and the trend of IP law in the world with respect to establishment, exploitation, and enforcement of IP rights.

1. Bối cảnh và nhu cầu hoàn thiện pháp luật sở hữu trí tuệ

Từ khi Việt Nam chính thức gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (năm 2007) đến nay, tiến trình chủ động, tích cực hội nhập kinh tế quốc tế của nước ta ngày càng sâu rộng hơn. Đặc biệt là gần đây, Việt Nam đã hoàn tất việc đàm phán, ký kết một số

hiệp định thương mại tự do (FTA), trong đó có các FTA thế hệ mới như Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) và Hiệp định thương mại tự do giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (EVFTA). Nước ta cũng đang trong quá trình đàm phán Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện khu vực giữa ASEAN và 6 đối tác (Trung Quốc, Ấn Độ, Nhật Bản, Hàn

Quốc, Australia, New Zealand - RCEP)¹. TPP, EVFTA và RCEP được gọi là những “FTA thế hệ mới” do có những đặc điểm mới so với các hiệp định thương mại mà Việt Nam đã ký kết trước đây, đó là: (1) mức độ tự do hóa (mở cửa thị trường) rất sâu; (2) phạm vi cam kết rất rộng, ngoài các lĩnh vực truyền thống như thương mại hàng hóa, thương mại dịch vụ, đầu tư, sở hữu trí tuệ, các FTA thế hệ mới còn bao gồm những cam kết về nhiều lĩnh vực mới như doanh nghiệp nhà nước, mua sắm Chính phủ, thương mại điện tử, lao động - công đoàn, môi trường, minh bạch và chống tham nhũng...; (3) khác với các FTA trước đây chủ yếu ảnh hưởng tới chính sách thuế quan tại biên giới, các FTA thế hệ mới có nhiều cam kết ảnh hưởng trực tiếp và lớn đến thể chế, chính sách pháp luật nội địa; (4) các FTA thế hệ mới có sự tham gia của những đối tác thương mại đặc biệt lớn của Việt Nam như Hoa Kỳ, EU, Nhật Bản, Trung Quốc².

Trong khi quá trình hội nhập kinh tế quốc tế diễn ra ngày càng sôi động, mạnh mẽ, thì quá trình đổi mới, hoàn thiện thể chế, pháp luật trong nước chưa được thực hiện một cách đồng bộ, kịp thời³. Để thực hiện có hiệu quả hơn nữa tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế, một nhu cầu cấp thiết hiện nay là tiếp tục đổi mới, hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam, “khẩn trương rà soát, bổ sung, hoàn thiện luật pháp trực tiếp liên quan đến hội nhập kinh tế quốc tế, phù hợp với Hiến pháp, tuân thủ đầy đủ, đúng đắn

các quy luật của kinh tế thị trường và các cam kết hội nhập kinh tế quốc tế; nội luật hóa theo lộ trình phù hợp những điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, trước hết là luật pháp về thương mại, đầu tư, SHTT và chuyển giao công nghệ, lao động - công đoàn... bảo đảm tranh thủ được thời cơ, thuận lợi, vượt qua các khó khăn, thách thức từ việc tham gia và thực hiện các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới”⁴.

Hoàn thiện pháp luật nói chung và pháp luật SHTT nói riêng không chỉ xuất phát từ nhu cầu đẩy mạnh hội nhập kinh tế quốc tế, mà còn xuất phát từ nhu cầu phát triển tự thân của nền kinh tế Việt Nam hiện nay. Trong bối cảnh nhân loại đang bước vào cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ 4, kinh tế toàn cầu ở vào giai đoạn phát triển cao của nền kinh tế tri thức, các thành quả sáng tạo - đối tượng bảo hộ của quyền SHTT - ngày nay được các nhà kinh tế học hiện đại coi là động lực cơ bản để phát triển kinh tế và nâng cao năng lực cạnh tranh quốc gia. Khác với vài thập kỷ trước đây khi các quốc gia chạy đua trong các ngành công nghiệp sử dụng nhiều tài nguyên thiên nhiên, vốn và lao động, hiện nay hầu hết các nước, kể cả các nước phát triển và đang phát triển, đều cạnh tranh bằng cách chạy đua về công nghệ. Trước tình hình đó, Việt Nam thực hiện chủ trương *đổi mới mô hình tăng trưởng*, “chuyển dần từ dựa vào gia tăng số lượng các yếu tố đầu vào của sản xuất sang dựa vào tăng năng suất, chất lượng lao động, ứng dụng khoa học - công nghệ và đổi mới

1 Hiệp định RCEP (Regional Comprehensive Economic Partnership) được gọi là Hiệp định đối tác Kinh tế toàn diện Khu vực. Hiệp định RCEP là một hiệp định thương mại tự do với 10 nước thành viên ASEAN và 6 nước mà ASEAN đã ký hiệp định thương mại tự do (Australia, Trung Quốc, Ấn Độ, Nhật Bản, Hàn Quốc và New Zealand). Hiệp định RCEP được dự đoán là một hiệp định thế kỷ, quy định các hoạt động thương mại của toàn vùng ASEAN.

2 Vũ Tiến Lộc, Các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới: Cơ hội và thách thức của nền kinh tế Việt Nam, <http://enternews.vn/cac-hiep-dinh-thuong-mai-tu-do-the-he-moi-co-hoi-va-thach-thuc-cua-nen-kinh-te-viet-nam.html>, ngày 23/7/2015.

3 Nghị quyết Hội nghị lần thứ 4 Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII số 06-NQ/TW ngày 05/11/2016 về thực hiện có hiệu quả tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế, giữ vững ổn định chính trị - xã hội trong bối cảnh nước ta tham gia các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới.

4 Như trên, tldd.

sáng tạo”⁵, với trọng tâm ưu tiên là “hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng XHCN, bảo đảm ổn định kinh tế vĩ mô và các cân đối lớn của nền kinh tế; cải thiện môi trường đầu tư kinh doanh hấp dẫn, thuận lợi cho khởi nghiệp và đổi mới, sáng tạo, nghiên cứu và triển khai ứng dụng khoa học - công nghệ”⁶.

Trong năm 2016, các cơ quan, bộ, ngành hữu quan đã tiến hành rà soát hệ thống pháp luật Việt Nam, trong đó có pháp luật SHTT, để từ đó phát hiện những điểm chưa tương thích, những khoảng trống và khuyến nghị sửa đổi, bổ sung hoặc ban hành mới các quy định cho phù hợp, tương thích với các hiệp định TPP và EVFTA mà Việt Nam đã ký kết. Việc rà soát, đối chiếu pháp luật Việt Nam với các quy định về SHTT trong các hiệp định nói trên là rất cần thiết, nhưng chưa đủ. Để đáp ứng yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế và tham gia các FTA thế hệ mới, cần một cách tiếp cận toàn diện về pháp luật SHTT.

Bản chất của việc bảo hộ quyền SHTT là Nhà nước trao độc quyền cho các nhà sáng tạo đối với các thành quả trí tuệ của họ (tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học, sáng chế, kiểu dáng công nghiệp v.v..) trong một thời gian hạn định, nghĩa là họ có quyền ngăn cấm người khác sao chép, sử dụng, khai thác thành quả sáng tạo của mình mà không xin phép, và Nhà nước bảo vệ khi có hành vi xâm phạm độc quyền đó theo các cơ chế khác nhau. “Độc quyền” là sự “trao thưởng” của toàn xã hội mà đại diện là Nhà nước cho công sức, vốn đầu tư mà các chủ thể quyền SHTT đã bỏ ra để nghiên cứu, sáng tạo. Tuy nhiên, độc quyền này không tồn tại vĩnh viễn. Sau khi hết thời hạn bảo hộ quyền SHTT - tức là một khoảng thời gian đủ để chủ thể quyền SHTT có thể độc

quyền khai thác lợi ích vật chất từ thành quả sáng tạo của mình để bù đắp xứng đáng vốn, công sức bỏ ra, công chúng có quyền tự do tiếp cận, sử dụng các thành quả sáng tạo đã có để tiếp tục cải tiến, nâng cấp, sáng tạo ra các đối tượng mới, nhờ đó không ngừng thúc đẩy sự phát triển của khoa học công nghệ và văn học, nghệ thuật, nâng cao chất lượng cuộc sống của con người, đem lại lợi ích cho toàn xã hội.

Một hệ thống bảo hộ quyền SHTT tốt cần tạo điều kiện cho quyền đó được hiện thực hóa ở cả ba khâu: xác lập quyền, khai thác giá trị của quyền và bảo vệ quyền (chống lại hành vi xâm phạm). Ba khâu này có mối quan hệ chặt chẽ với nhau. Nếu quyền SHTT không được xác lập ngay từ đầu thì không thể nói đến việc khai thác giá trị do quyền đó mang lại, càng không thể nói đến việc chống lại hành vi xâm phạm quyền như sao chép, sử dụng trái phép. Nếu bảo vệ quyền SHTT tốt trước các hành vi xâm phạm sẽ nâng cao giá trị của tài sản trí tuệ, giúp cho việc khai thác quyền được hiệu quả hơn và tạo động lực mạnh mẽ hơn để các chủ thể tiếp tục sáng tạo, tiếp tục xác lập quyền SHTT. Quyền SHTT sẽ hoàn toàn vô giá trị nếu như các đối tượng được bảo hộ bị người khác sao chép, sử dụng trái phép một cách dễ dàng mà không có cơ chế hữu hiệu để xử lý. Đồng thời, nếu khai thác tốt giá trị của quyền SHTT, đem lại lợi ích kinh tế cao hơn cho chủ thể quyền cũng sẽ tạo động lực để các chủ thể tiếp tục sáng tạo và tiếp tục xác lập quyền.

Xác lập quyền SHTT đòi hỏi phải có một hệ thống pháp luật về SHTT đầy đủ, bảo hộ toàn diện các đối tượng sáng tạo, với các quy định rõ ràng, cụ thể về điều kiện bảo hộ đối với từng loại đối tượng và quy trình, thủ tục xác lập quyền (tự động hay phải

5 Nghị quyết Hội nghị lần thứ 4 Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII số 05-NQ/TW ngày 01/11/2016 về một số chủ trương, chính sách lớn nhằm tiếp tục đổi mới mô hình tăng trưởng, nâng cao chất lượng tăng trưởng, nâng suất lao động, sức cạnh tranh của nền kinh tế.

6 Nghị quyết Hội nghị lần thứ 4 Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII; tldd.

đăng ký bảo hộ). Tuy nhiên, cũng không thể bỏ qua một yêu cầu tiên quyết để xác lập quyền SHTT, đó là trước hết phải tạo lập được các đối tượng SHTT được bảo hộ (như sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, tác phẩm văn học, nghệ thuật...). Không có các đối tượng được bảo hộ - kết quả của hoạt động sáng tạo - thì cũng không có quyền SHTT. Sáng tạo là khả năng vốn có của con người dù ở xã hội nào, trình độ phát triển nào, nhưng một xã hội có chế độ bảo hộ quyền SHTT tốt thì sẽ thúc đẩy, khuyến khích hoạt động sáng tạo, tạo lập tài sản trí tuệ lên một tầm cao hơn nữa. Do đó, ngoài pháp luật SHTT, các cơ chế, chính sách khác khuyến khích hoạt động đổi mới sáng tạo cũng hết sức quan trọng như xây dựng nguồn nhân lực cho hoạt động sáng tạo (thông qua phát hiện, đào tạo, bồi dưỡng, trọng dụng nhân tài và nhân lực trình độ cao); tôn vinh các nhà sáng tạo; đầu tư xứng đáng cho hoạt động nghiên cứu và phát triển (R&D), bảo đảm khả năng tiếp cận, tra cứu, khai thác tốt nguồn thông tin SHTT, đặc biệt là thông tin sáng chế phục vụ cho nghiên cứu khoa học và phát triển công nghệ; tạo điều kiện thuận lợi cho các nhà sáng tạo tiếp cận vốn; có chính sách ưu đãi về thuế và các ưu đãi khác cho các doanh nghiệp đổi mới sáng tạo.v.v...

Khai thác giá trị của quyền SHTT là khâu được thực hiện sau khi đã xác lập quyền, và thậm chí có thể thực hiện ngay cả khi quyền SHTT chưa được xác lập (tài sản trí tuệ đang trong quá trình hình thành)⁷. Khai thác có thể bằng nhiều phương thức khác nhau, và hiện nay, trên thế giới, ngày càng xuất hiện nhiều mô hình khai thác tài sản trí tuệ đa dạng, phong phú, sáng tạo, ví dụ: tự mình khai thác (chẳng hạn như trực tiếp sản xuất, phân phối sản phẩm có chứa đối tượng được bảo hộ quyền SHTT), bán/chuyển nhượng toàn bộ tài sản trí tuệ,

chuyên giao quyền sử dụng (cấp li-xăng), cho thuê, góp vốn bằng tài sản trí tuệ vào doanh nghiệp, thế chấp tài sản trí tuệ để vay vốn, chứng khoán hóa tài sản trí tuệ (securitization), thu mua bằng độc quyền sáng chế và khởi kiện các bên xâm phạm yêu cầu bồi thường thiệt hại; mua bán tài sản trí tuệ qua sàn giao dịch SHTT v.v.. Để làm tốt khâu khai thác giá trị của quyền SHTT thì trước hết phải thực hiện tốt các khâu xác lập quyền và bảo vệ quyền, đồng thời phải xây dựng và hoàn thiện các quy định pháp luật có liên quan như pháp luật về hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu, quyền sử dụng tài sản trí tuệ, pháp luật về giao dịch bảo đảm (nhằm thúc đẩy việc thế chấp tài sản trí tuệ và tiếp cận vốn)... Để tạo lập được một thị trường cho tài sản trí tuệ, cần phát triển các chủ thể trung gian rất quan trọng như các tổ chức tư vấn, đánh giá, định giá, môi giới về SHTT...

Bảo vệ quyền SHTT chống lại các hành vi xâm phạm thông thường được thực hiện thông qua các biện pháp: dân sự (khởi kiện vụ án dân sự), hành chính (hoạt động xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực SHTT của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền), hình sự (truy tố, xử lý về hình sự đối với các tội xâm phạm quyền SHTT), và kiểm soát biên giới (ngăn chặn hàng hóa nhập khẩu vi phạm quyền SHTT ngay tại biên giới). Trong số đó, biện pháp dân sự là biện pháp hữu hiệu nhất vì nó phản ánh đúng bản chất của quyền SHTT là một quyền dân sự, và chủ thể quyền SHTT có thể vừa ngăn chặn được hành vi xâm phạm vừa yêu cầu bồi thường thiệt hại do hành vi xâm phạm gây ra. Để bảo vệ (thực thi) quyền SHTT, không những cần có một hệ thống pháp luật SHTT đầy đủ, mà còn phải có một hệ thống tư pháp dân sự, tư pháp hình sự và

7 Ở các nước phát triển, tài sản trí tuệ đang trong quá trình hình thành cũng có thể đem thế chấp để kêu gọi vốn từ các nhà đầu tư, các tổ chức cấp tín dụng, từ đó, các nhà sáng tạo tiếp cận được vốn để tiếp tục tạo lập tài sản trí tuệ.

hệ thống cơ quan hành chính nhà nước có hiệu lực, hiệu quả, và cần nâng cao nhận thức của toàn xã hội về bảo vệ quyền SHTT.

Do đó, hoàn thiện pháp luật SHTT theo nghĩa rộng cần được hiểu là hoàn thiện các quy định pháp luật về xác lập quyền SHTT, khai thác quyền SHTT và thực thi quyền SHTT và các quy định pháp luật khác có liên quan như pháp luật về hợp đồng, pháp luật về giao dịch bảo đảm, pháp luật về doanh nghiệp v.v., và hoàn thiện cơ chế bảo đảm thi hành các quy định đó, góp phần xây dựng một hệ thống SHTT “hành động kịp thời, thực thi hiệu quả, thúc đẩy sáng tạo, gia tăng giá trị”⁸.

2. Thực trạng pháp luật sở hữu trí tuệ Việt Nam

Sau 30 năm đổi mới và hội nhập kinh tế quốc tế, hệ thống pháp luật SHTT ở Việt Nam đã có những bước tiến vượt bậc. Theo đánh giá, hệ thống pháp luật về bảo hộ và thực thi quyền SHTT của Việt Nam không những đạt chuẩn tối thiểu của WTO mà còn đạt tiêu chuẩn cao hơn theo Hiệp định Thương mại song phương với Hoa Kỳ, có thể sánh với các nước tiên tiến trong khu vực và đang hướng tới các chuẩn mực tiên tiến của thế giới theo các cam kết trong các FTA thế hệ mới về các tiêu chí có lợi cho chủ sở hữu quyền⁹. Khung pháp luật đó bao gồm quy định về bảo hộ quyền SHTT trong Hiến pháp năm 2013, Luật SHTT năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) cùng các văn bản hướng dẫn thi hành Luật này, và các Luật khác có liên quan như Luật Khoa học và công nghệ, Luật Hải quan, Luật Chuyển giao công nghệ... Việt Nam cũng là thành viên của các điều ước quốc tế đa phương quan trọng nhất về SHTT như Hiệp định

TRIPS về các khía cạnh thương mại của quyền SHTT trong khuôn khổ các hiệp định của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), Công ước Berne về bảo hộ tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học, Công ước Pari về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp, Công ước UPOV về bảo hộ giống cây trồng mới...

Pháp luật Việt Nam bảo hộ các loại đối tượng quyền SHTT đa dạng, bao gồm: (1) các đối tượng của quyền tác giả (tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học) và quyền liên quan đến quyền tác giả (quyền của người biểu diễn, tổ chức sản xuất bản ghi âm, ghi hình, tổ chức phát sóng), (2) các đối tượng của quyền sở hữu công nghiệp (sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp, bí mật kinh doanh, nhãn hiệu, tên thương mại, chỉ dẫn địa lý, thiết kế bố trí mạch tích hợp, quyền chống cạnh tranh không lành mạnh, và (3) các đối tượng của quyền đối với giống cây trồng (giống cây trồng mới). Pháp luật hiện hành quy định rõ các điều kiện bảo hộ đối với từng loại đối tượng quyền SHTT, cơ chế xác lập quyền, nội dung quyền, giới hạn quyền, cơ chế bảo vệ và thực thi quyền và các chế tài đối với hành vi xâm phạm quyền SHTT.

Về phương diện xác lập quyền, số lượng quyền SHTT được xác lập ngày càng gia tăng theo từng năm, cho thấy sự tăng trưởng mạnh mẽ trong hoạt động sáng tạo, tạo lập tài sản trí tuệ ở Việt Nam. Số lượng đơn đăng ký sở hữu công nghiệp tăng nhanh (bình quân khoảng 10% mỗi năm). Trong 05 năm gần đây (từ 2011 đến 2015), Cục SHTT đã nhận được 390.876 đơn hoặc yêu cầu các loại, đã xử lý được 338.387 đơn (bằng 86,7% tổng số đơn nhận được), cấp 132.107 văn bằng bảo hộ sở hữu công nghiệp, trong

8 Đây là các mục tiêu được đề ra trong Dự thảo Chiến lược SHTT quốc gia.

Xem: <http://www.tapchiconsan.org.vn/Home/PrintStory.aspx?distribution=38109&print=true>.

9 Báo cáo của Cục SHTT tại buổi làm việc với Phó Thủ tướng Vũ Đức Đam ngày 29/9/2016. Xem: <http://www.bacninh.gov.vn/web/so-tu-phap/news/-/details/22549/pho-thu-tuong-vu-duc-dam-viet-nam-phai-vuon-len-thu-2-asean-ve-so-huu-tri-tue>

đó có 6.028 Bằng độc quyền sáng chế, 466 Bằng độc quyền giải pháp hữu ích, 6.648 Bằng độc quyền kiểu dáng công nghiệp, 118.922 Giấy chứng nhận đăng ký nhãn hiệu và 23 Giấy chứng nhận đăng ký Chỉ dẫn địa lý...¹⁰. Tuy nhiên, công tác xử lý đơn đăng ký sở hữu công nghiệp còn chậm, thời hạn xử lý đơn dài, gây bức xúc cho doanh nghiệp và xã hội. Quy trình, thủ tục và việc ứng dụng công nghệ thông tin trong xử lý công việc còn hạn chế, chậm đổi mới¹¹.

Về phương diện khai thác quyền SHTT, tuy đã có tiến triển đáng kể trong những năm qua, nhưng nhìn chung đây là khâu còn rất yếu. Các giao dịch liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ chưa sôi động, giá trị của tài sản trí tuệ chưa được đánh giá, khai thác, tận dụng một cách thỏa đáng trong các hoạt động li-xăng và chuyển giao công nghệ, đầu tư, góp vốn, mua bán sáp nhập doanh nghiệp, cho vay có bảo đảm bằng tài sản trí tuệ. Mặc dù trên thực tế, ở Việt Nam đã xuất hiện các giao dịch này, nhưng mới mang tính chất nhỏ lẻ, chưa được thực hiện trên diện rộng. Trong năm 2015, chỉ có 848 hợp đồng chuyển nhượng quyền sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp và 203 hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp được đăng ký tại Cục SHTT¹².

Về phương diện bảo vệ quyền, Việt Nam cũng đã cải thiện đáng kể hệ thống thực thi quyền SHTT phù hợp với yêu cầu của Hiệp định TRIPS theo các cơ chế dân sự, hành chính, hình sự và kiểm soát biên

giới. Trong giai đoạn 2012 - 2015, thực hiện Chương trình hành động về phối hợp phòng và chống xâm phạm quyền SHTT giai đoạn II, các lực lượng chức năng của 9 bộ, ngành đã xử lý vi phạm hành chính 25.543 vụ việc, trong đó phạt tiền 23.197 vụ việc với tổng số tiền xử phạt vi phạm hành chính gần 97 tỷ đồng; đã khởi tố 381 vụ với 553 bị can; xét xử 55 vụ án về SHTT tại tòa án (trong đó có 12 vụ án hình sự)¹³. Tuy nhiên, thực thi quyền SHTT ở Việt Nam vẫn là khâu rất yếu, nhất là thực thi bằng biện pháp dân sự. Số vụ kiện dân sự về tranh chấp quyền SHTT được giải quyết tại Tòa án rất nhỏ so với số vụ việc được giải quyết bằng biện pháp hành chính. Từ ngày 1/7/2006 đến ngày 22/6/2009, các tòa án Việt Nam chỉ thụ lý 108 vụ việc về sở hữu trí tuệ¹⁴. Từ năm 2012 đến năm 2015, Tòa án các cấp tiếp nhận 288 vụ việc, đã giải quyết được 177 vụ, trong đó xét xử 55 vụ (12 vụ án hình sự), công nhận sự thỏa thuận của các bên 16 vụ và đình chỉ 91 vụ¹⁵. Điều này không phản ánh đúng thực trạng xâm phạm quyền SHTT ở Việt Nam, bởi con số này rất ít so với hàng ngàn vụ việc được xử lý bằng biện pháp hành chính mỗi năm. Các chủ thể quyền SHTT không muốn khởi kiện ra tòa án do quá trình giải quyết tại tòa án thường kéo dài, tốn kém, nhưng không hiệu quả. Các thẩm phán không có kiến thức chuyên môn và kinh nghiệm giải quyết các vụ việc về SHTT, nên thường gửi công văn hỏi ý kiến của các cơ quan chuyên môn về SHTT như Cục SHTT hay Cục Bản quyền tác giả và

10 Báo cáo của Cục SHTT tại buổi làm việc với Phó Thủ tướng Vũ Đức Đam ngày 29/9/2016. Xem: <http://www.bacninh.gov.vn/web/so-tu-phap/news/-/details/22549/pho-thu-tuong-vu-duc-dam-viet-nam-phai-vuon-len-thu-2-asean-ve-so-huu-tri-tue>

11 Thông báo kết luận của Phó Thủ tướng Vũ Đức Đam về buổi làm việc với Cục SHTT ngày 29/9/2016.

12 Cục SHTT, Báo cáo thường niên về hoạt động SHTT năm 2015, tr. 94-96.

13 Thanh tra Bộ Khoa học và Công nghệ, Những kết quả đạt được của Chương trình 168 về phối hợp hành động phòng và chống xâm phạm quyền SHTT giai đoạn II (2012 - 2015), <http://thanhtra.most.gov.vn/vi/cac-bai-nghien-cuu-shtt/nh-ng-k-t-qu-d-t-d-c-ch-ng-trinh-168-v-ph-i-h-p-hanh-d-ng-phong-va-ch-ng-xam-ph-m-quy-n-s-h-u-tri-tu-giai-do-n-ii-2012-2015>.

14 Tòa án nhân dân tối cao (2009), Chuyên đề Khoa học xét xử, Giải quyết tranh chấp quyền SHTT tại Tòa án nhân dân, <http://www.toaan.gov.vn/portal/pls/portal/docs/2201254.PDF>.

15 Thanh tra Bộ Khoa học và Công nghệ, tlđd.

dựa hoàn toàn vào các ý kiến đó để giải quyết vụ án¹⁶. Nhiều vụ việc bị kéo dài do tòa án chờ ý kiến của các cơ quan chuyên môn này. Tuy nhiên, cũng cần khẳng định rằng số lượng các vụ việc về SHTT được giải quyết tại tòa án đang ngày càng tăng lên, cho thấy các chủ thể quyền đang dần dần tin tưởng hơn vào hệ thống tòa án và nhận thức rõ hơn giá trị quyền SHTT của mình. Không chỉ có chủ thể quyền SHTT là tổ chức, cá nhân nước ngoài khởi kiện tại tòa án, mà số vụ việc do tổ chức, cá nhân khởi kiện cũng ngày càng tăng. Các vụ kiện về xâm phạm quyền SHTT không chỉ tập trung ở Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh như trước đây, mà còn xuất hiện ở nhiều tỉnh, thành trên cả nước như Đà Nẵng, Thanh Hóa, Đắk Lắk, Tây Ninh v.v.. Như vậy, thực thi quyền SHTT hiện nay không chỉ xuất phát từ sức ép bên ngoài do hội nhập kinh tế quốc tế, mà đang dần dần trở thành nhu cầu tự thân, nội tại của các tổ chức, cá nhân Việt Nam trong việc bảo vệ thành quả sáng tạo, thành quả đầu tư của mình để có thể cạnh tranh và phát triển trên thị trường.

Nhìn tổng thể, mặc dù hệ thống pháp luật về SHTT của Việt Nam được xây dựng và hoàn thiện với tốc độ nhanh chóng, nhìn chung tương thích với chuẩn mực quốc tế (Hiệp định TRIPS), nhưng TRIPS chỉ đặt ra các tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu mang tính chất khung, định hướng cơ bản cho mỗi quốc gia xây dựng pháp luật SHTT của mình. Đối chiếu pháp luật Việt Nam với pháp luật SHTT của các nước phát triển như Mỹ, Liên minh châu Âu và thậm chí là với nước láng giềng Trung

Quốc, có thể thấy pháp luật SHTT Việt Nam còn có khoảng cách khá xa. Nhiều quy định còn thiếu vắng, chưa đầy đủ, chưa chi tiết, cụ thể, hoặc chưa thích ứng với xu hướng thay đổi của thế giới. Các quy định pháp luật về SHTT chưa đầy đủ cũng là một nguyên nhân chủ yếu dẫn đến sự thiếu hiệu quả của tòa án Việt Nam trong việc giải quyết các vụ án tranh chấp về quyền SHTT, ví dụ: thiếu các quy định cụ thể về xác định hành vi xâm phạm từng loại đối tượng SHTT, về các loại hành vi xâm phạm trực tiếp và gián tiếp, về xác định thiệt hại, về các loại chế tài đối với hành vi xâm phạm... Vì vậy, không tránh khỏi việc tòa án phụ thuộc vào ý kiến của các cơ quan chuyên môn về SHTT để giải quyết tranh chấp, bởi các quy định chung của TRIPS đã được tiếp nhận trong Luật SHTT năm 2005 không thể đủ sức giải quyết các tranh chấp quyền SHTT vô cùng đa dạng, phong phú trong đời sống, trong khi Việt Nam chưa có một hệ thống án lệ về SHTT để bổ sung cho các quy định pháp luật thành văn¹⁷.

4. Đề xuất phương hướng hoàn thiện pháp luật sở hữu trí tuệ

Theo kết quả rà soát pháp luật Việt Nam với các cam kết về SHTT trong Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - EU (EVFTA) do Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam công bố tháng 7/2016, nhìn tổng thể, pháp luật Việt Nam đã cơ bản tương thích với yêu cầu của EVFTA; một số ít nội dung chưa tương thích chỉ mang tính quy định chi tiết, đơn lẻ, ở các vấn đề cụ thể¹⁸. Tuy nhiên, nguyên tắc tối huệ quốc (MFN) được nhấn mạnh trong EVFTA đòi

16 Ví dụ, trong vụ án về xâm phạm quyền đối với giải pháp hữu ích giữa Công ty Hưng Phú Thành và Công ty Trần Thành Đạt (Bản án số 1892/2011/KDTM-ST của Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh ngày 24/10/2011), Tòa án đã gửi công văn cho Cục SHTT đề nghị cung cấp ý kiến chuyên môn về việc có hành vi xâm phạm quyền hay không). Tương tự, trong vụ tranh chấp về quyền tác giả giữa Nxb. Trẻ và Công ty cổ phần Văn hóa nhân văn năm 2010, Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh gửi công văn đề nghị Cục Bản quyền tác giả cung cấp ý kiến chuyên môn về việc bị đơn có xâm phạm quyền tác giả của nguyên đơn hay không.

17 Mặc dù đến nay, Việt Nam đã chính thức thừa nhận án lệ là một nguồn pháp luật được tòa án sử dụng trong hoạt động xét xử và đã có 10 án lệ được công bố, nhưng chưa có án lệ nào về SHTT. Xem: anle.toaan.gov.vn.

18 Nguyễn Thị Thu Trang (chủ biên), Rà soát pháp luật Việt Nam với các cam kết của Hiệp định thương mại tự do Việt Nam-EU về SHTT, Nxb. Công thương, Hà Nội, 2016, tr. 21.

hỏi Việt Nam phải đối xử với các chủ thể EU ở mức tốt nhất theo các cam kết EVFTA và Hiệp định TPP (là FTA có nội dung cam kết nhiều nhất về SHTT tính đến nay). Do đó, để thực thi các cam kết EVFTA về SHTT thì cũng đồng thời phải điều chỉnh, sửa đổi pháp luật SHTT Việt Nam tương thích với các cam kết trong TPP. Mặc dù tại thời điểm hiện nay, chưa thể dự đoán TPP có được các nước thành viên phê chuẩn hay không, nhưng trong tiến trình chủ động, tích cực hội nhập kinh tế quốc tế của Việt Nam, việc hoàn thiện pháp luật SHTT theo các tiêu chuẩn tiên tiến của TPP vẫn rất cần thiết. Việc đàm phán, ký kết TPP cũng là một cơ hội tốt để Việt Nam nhìn lại hệ thống pháp luật SHTT của mình, nhận diện những khoảng trống và học hỏi được những giải pháp pháp lý mà TPP cung cấp - thực chất chính là kinh nghiệm lập pháp từ các nước có hệ thống pháp luật SHTT. Cho dù TPP có được các nước phê chuẩn hay không, nó vẫn có thể được xem là một bộ tiêu chuẩn mới về lập pháp trong lĩnh vực SHTT, chứa đựng các tiêu chuẩn bảo hộ cao hơn và chi tiết, đầy đủ hơn so với Hiệp định TRIPS, vì vậy có giá trị tham khảo đối với các nước đang phát triển như Việt Nam trong quá trình cải cách, hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường đáp ứng yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế ngày càng sâu rộng¹⁹. Ngoài trừ những quy định mang tính chất “mặc cả” giữa các nước phát triển và các nước đang phát triển về kéo dài thời hạn bảo hộ đối với một số đối tượng SHTT, về tăng cường bảo hộ đối với sáng chế và dữ liệu thử nghiệm trong lĩnh vực dược phẩm và lĩnh vực hóa nông..., Việt

Nam có thể học hỏi, tiếp thu được các chuẩn mực tiên tiến về bảo hộ quyền SHTT của thế giới từ TPP cũng như các FTA thế hệ mới nói chung.

Trên cơ sở nghiên cứu các tiêu chuẩn bảo hộ quyền SHTT trong TPP và EVFTA và xuất phát từ thực trạng pháp luật SHTT Việt Nam, có thể đề xuất một số phương hướng hoàn thiện sau đây:

4.1 Mở rộng phạm vi đối tượng được bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ

Khi nền kinh tế dựa trên tri thức và công nghệ càng phát triển, tất yếu sẽ xuất hiện càng nhiều các đối tượng SHTT mới cần được bảo hộ. Đối với nhãn hiệu, hiện nay pháp luật Việt Nam mới chỉ bảo hộ các nhãn hiệu là dấu hiệu nhìn thấy được²⁰. Để phù hợp với xu hướng bảo hộ nhãn hiệu trên thế giới, cần từng bước mở rộng phạm vi bảo hộ sang các nhãn hiệu không nhìn thấy được như nhãn hiệu âm thanh, nhãn hiệu mùi hương²¹. Không chỉ có Mỹ, nhiều nước trên thế giới đã bảo hộ các loại nhãn hiệu phi truyền thống này. Ví dụ, Luật Nhãn hiệu Trung Quốc sửa đổi năm 2013 (có hiệu lực từ 1/5/2014) đã xóa bỏ điều kiện nhãn hiệu phải là dấu hiệu “nhìn thấy được” và chính thức ghi nhận nhãn hiệu âm thanh có thể được đăng ký bảo hộ²². Đối với sáng chế, hiện nay pháp luật Việt Nam bảo hộ hai loại là sáng chế dạng sản phẩm và sáng chế dạng quy trình²³. Trong khi đó, các nước phát triển bảo hộ cả sáng chế dạng sử dụng tức là những giải pháp đã được biết đến nếu như chúng được sử dụng theo một cách mới hoặc là phương pháp hay quy trình sử dụng mới

19 Theo TS. Nguyễn Đình Cung, Viện trưởng Viện nghiên cứu Quản lý kinh tế trung ương, nếu không có TPP, thì để hội nhập, thực hiện các cam kết với các FTA khác, nền kinh tế Việt Nam vẫn buộc phải tiến cùng thời đại, thúc đẩy cải cách mạnh mẽ theo hướng kinh tế thị trường đầy đủ, hiện đại, cạnh tranh công bằng hơn. Xem: Không TPP, áp lực cải cách sẽ càng mạnh mẽ, <http://baodautu.vn/khong-tpp-ap-luc-cai-cach-se-cang-manh-me-d55249.html>, ngày 28/11/2016.

20 Khoản 1 Điều 72 Luật SHTT năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009).

21 Điều 18.18 TPP: “Không Bên nào được quy định rằng dấu hiệu phải được nhìn thấy bằng mắt như một điều kiện để đăng ký, cũng không được từ chối việc đăng ký nhãn hiệu là một âm thanh đơn thuần. Ngoài ra, mỗi Bên phải nỗ lực để cho phép đăng ký nhãn hiệu mùi hương.”

22 Điều 8 Luật Nhãn hiệu Trung Quốc 2013. Xem: <http://www.chinaiplawyer.com/full-text-2013-china-trademark-law/>

23 Khoản 12 Điều 4 Luật SHTT năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009).

của một sản phẩm đã được biết đến²⁴. Đối với kiểu dáng công nghiệp, pháp luật Việt Nam hiện hành chỉ bảo hộ kiểu dáng tổng thể bên ngoài của sản phẩm mà không bảo hộ kiểu dáng được chứa đựng trong một phần sản phẩm²⁵. Do vậy, đây là những vấn đề Việt Nam cần xem xét bổ sung khi sửa đổi Luật SHTT.

4.2 Quy định các chế tài đủ mạnh đối với hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ

Để thực thi quyền SHTT một cách hiệu quả, pháp luật SHTT Việt Nam cần được nghiên cứu sửa đổi, bổ sung để quy định các chế tài đủ mạnh đối với hành vi xâm phạm quyền. Về chế tài dân sự, ngoài chế tài buộc bồi thường thiệt hại thực tế và lợi nhuận của bên xâm phạm, cần có quy định về bồi thường thiệt hại theo luật định (statutory damages) trong những trường hợp khó xác định thiệt hại và mức bồi thường thiệt hại theo luật định này phải đủ lớn để bảo đảm tính răn đe. Đối với hành vi xâm phạm cố ý thì tòa án cần có quyền buộc bên xâm phạm phải trả một khoản tiền bồi thường bổ sung (additional damages), bao gồm cả các khoản bồi thường mang tính chất trừng phạt, răn đe (punitive damages, hay exemplary damages)²⁶. Ví dụ, theo pháp luật Hoa Kỳ, mức bồi thường thiệt hại do luật định đối với vi phạm bản quyền tối thiểu là 750 USD trên 1 tác phẩm và tòa án có thể quyết định tới mức 30.000 USD trên 1 tác phẩm, nếu là vi phạm cố ý thì mức này tối đa là 150.000 USD trên 1 tác phẩm²⁷. Điều 68 Dự thảo sửa đổi, bổ sung Luật Sáng chế Trung Quốc cũng quy định tăng mức bồi thường thiệt hại luật định tối đa do xâm

phạm quyền đối với sáng chế từ 1 triệu nhân dân tệ (tương đương 155.000 USD) lên 5 triệu nhân dân tệ (tương đương 776.000 USD) và tăng mức bồi thường mang tính trừng phạt (tối đa gấp 3 lần mức thiệt hại thực tế) đối với hành vi xâm phạm cố ý²⁸. Trong khi đó, Điều 205 Luật SHTT Việt Nam chỉ quy định một cách chung chung là mức bồi thường thiệt hại về vật chất do Tòa án ấn định nhưng không quá 500 triệu đồng, và không có quy định về việc tòa án có quyền tăng mức bồi thường lên gấp ba đối với hành vi xâm phạm cố ý.

Về chế tài hình sự, cần từng bước hình sự hóa thêm một số hành vi xâm phạm quyền SHTT. Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015 chỉ có 2 điều (225 và 226) quy định về Tội xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan và Tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp với rất ít loại hành vi. TPP yêu cầu các nước thành viên quy định trách nhiệm hình sự đối với rất nhiều hành vi xâm phạm quyền SHTT như cố ý giả mạo nhãn hiệu, cố ý nhập khẩu/xuất khẩu hàng hóa mang nhãn hiệu giả mạo, sao chép bản quyền hoặc các quyền liên quan trên quy mô thương mại, cố ý tiếp cận trái phép một bí mật kinh doanh được lưu trữ trong hệ thống máy tính, cố ý chiếm đoạt trái phép bí mật kinh doanh, cố ý tiết lộ trái phép bí mật kinh doanh hoặc tiết lộ bí mật kinh doanh mang tính chất gian dối; sản xuất, lắp ráp, chỉnh sửa, xuất/nhập khẩu, bán, cho thuê, hoặc phân phối thiết bị mà mình biết hoặc buộc phải biết rằng thiết bị đó được dùng để hỗ trợ việc giải mã hoặc tiếp nhận tín hiệu vệ

24 Điều 18.37 TPP: mỗi Bên khẳng định rằng bằng sáng chế cho các phát minh được tuyên bố ít nhất một trong các điều sau: cách sử dụng mới của một sản phẩm đã được biết, phương pháp sử dụng mới của một sản phẩm đã được biết, hoặc quy trình sử dụng mới của một sản phẩm đã được biết.
 25 Điều 18.55 TPP. Trung Quốc cũng đang xem xét sửa đổi luật để mở rộng phạm vi bảo hộ kiểu dáng công nghiệp đối với kiểu dáng một phần sản phẩm. Xem Điều 2 Dự thảo sửa đổi, bổ sung Luật Sáng chế Trung Quốc, <http://www.ip-watchdog.com/2015/12/18/chinese-patent-law-amendments-proposed/id=63981/>
 26 Khoản 6-9 Điều 18.57 TPP.
 27 17 U.S.C §504.
 28 <http://www.ipwatchdog.com/2015/12/18/chinese-patent-law-amendments-proposed/id=63981/>

tin hoặc cáp mang chương trình đã được mã hóa²⁹...

4.3 Nâng cấp và hoàn thiện các quy định về bảo hộ quyền tác giả, quyền liên quan trong môi trường Internet

Các Hiệp định TPP và EVFTA dành dung lượng đáng kể quy định về bảo hộ quyền tác giả, quyền liên quan và trách nhiệm của các nhà cung cấp dịch vụ trung gian trong môi trường Internet (Internet Service Provider – ISP). Trong khi đó, pháp luật Việt Nam quy định về vấn đề này còn khá đơn giản trong một văn bản ở cấp độ thông tư (Thông tư Liên tịch số 07/2012/TTLT-BTTTT-BVHTTDL ngày 19/6/2012 của Bộ Thông tin và Truyền thông và Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch quy định trách nhiệm của doanh nghiệp cung cấp dịch vụ trung gian trong việc bảo hộ quyền tác giả và quyền liên quan trên môi trường mạng Internet và mạng viễn thông - Thông tư 07). Về nguyên tắc, việc quy định trách nhiệm của các ISP phải bảo đảm cân bằng giữa hai lợi ích: một là, thúc đẩy sự phát triển các dịch vụ trung gian trực tuyến, và hai là, cho phép các chủ thể quyền đối phó một cách hiệu quả với hành vi xâm phạm bản quyền xảy ra trong môi trường Internet³⁰. Do đó, các FTA thế hệ mới một mặt yêu cầu các nước thành viên phải quy định chặt chẽ, nghiêm ngặt trách nhiệm của ISP đối với hành vi xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan của người sử dụng dịch vụ trung gian do mình cung cấp, mặt khác phải quy định rõ những “giới hạn an toàn” (safe harbors), tức là những trường hợp ISP được miễn trừ trách nhiệm³¹. Thông tư số 07 hiện hành chỉ quy định những trường hợp ISP phải chịu trách nhiệm mà chưa quy định các

giới hạn an toàn này. Đồng thời, Thông tư số 07 chỉ quy định ISP phải gỡ bỏ và xoá nội dung thông tin số vi phạm quyền tác giả, quyền liên quan, cắt, ngừng và tạm ngừng đường truyền Internet, đường truyền viễn thông khi nhận được yêu cầu bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, mà chưa quy định trách nhiệm gỡ bỏ nội dung vi phạm *theo yêu cầu của chủ thể quyền*, cũng như trách nhiệm bồi thường của người đã đưa ra yêu cầu gỡ bỏ hoặc cung cấp thông tin không đúng cho ISP³². Do vậy, cần nâng cấp các quy định của Thông tư số 07 thành điều luật quy định trách nhiệm và giới hạn trách nhiệm của ISP trong việc bảo hộ quyền tác giả, quyền liên quan với nội dung phù hợp với quy định của TPP và EVFTA.

4.4 Công bố các bản án, quyết định hành chính về giải quyết tranh chấp, xử lý các hành vi xâm phạm quyền SHTT và phát triển hệ thống án lệ về SHTT

Việc phát triển hệ thống án lệ về SHTT là một nhu cầu cấp thiết hiện nay. Ngay cả các nước theo truyền thống luật dân sự (pháp điển hóa) như Liên minh châu Âu hay Trung Quốc đều đã công bố các bản án, quyết định của tòa án về SHTT, và tòa án các nước này cũng thường xuyên tham khảo, trích dẫn án lệ (dù không phải nguồn luật bắt buộc) khi xét xử các tranh chấp về SHTT. Khi các thẩm phán, các cán bộ thực thi, các luật sư, học giả và sinh viên luật có thể tiếp cận và nghiên cứu các bản án về SHTT, họ sẽ có được một cái nhìn đầy đủ, toàn diện các khía cạnh biểu hiện của quyền SHTT trong đời sống thực tế, về thực trạng các giao dịch liên quan đến tài sản trí tuệ, cách giải quyết của tòa án và cơ quan hành chính đối với các vụ xâm phạm quyền

29 Xem các điều 18.77, 18.78, 18.79 TPP.

30 Khoản 1 Điều 18.82 TPP.

31 Điều 18.82 TPP, Điều XX EVFTA.

32 Khoản 3 Điều 18.82 TPP quy định ISP chỉ được miễn trừ trách nhiệm nếu xóa bỏ hoặc vô hiệu hóa ngay lập tức đường dẫn truy cập vào tài liệu có trên mạng hoặc hệ thống của mình ngay khi biết về vi phạm bản quyền hoặc khi nhận được thông báo về vi phạm từ chủ sở hữu bản quyền hoặc từ một người được chủ sở hữu ủy quyền.

SHTT, từ đó, họ có thể phát hiện những khoảng trống trong pháp luật và đề xuất giải pháp hoàn thiện. Kinh nghiệm Trung Quốc cho thấy, nước này đã công bố một số lượng lớn các bản án về SHTT và hàng năm công bố một tập bản án mẫu về SHTT do các tòa án cấp cao ban hành, để các tòa án khác có thể sử dụng làm nguồn tư liệu tham khảo khi giải quyết các vụ việc tương tự³³. Theo cách này, việc áp dụng pháp luật SHTT sẽ thống nhất hơn, lý luận về pháp luật SHTT sẽ không ngừng được bổ sung bởi thực tiễn phong phú. Trên cơ sở đó, các khoảng trống trong pháp luật sẽ được nhận diện và được lấp đầy. Hơn nữa, việc công bố các bản án về SHTT là một biện pháp gián tiếp để thu hút đầu tư nước ngoài bởi nó thể hiện cam kết mạnh mẽ của Việt Nam trong việc tuân thủ Hiệp định TRIPS và các FTA thế hệ mới³⁴, đồng thời tăng cường tính minh bạch trong thực thi quyền SHTT.

Việc phát triển hệ thống án lệ về SHTT cũng sẽ góp phần nâng cao năng lực của tòa án trong việc xét xử các tranh chấp quyền SHTT, từ đó dịch chuyển dần cơ chế thực thi quyền SHTT ở Việt Nam đi theo đúng quỹ đạo tự nhiên với trọng tâm là cơ chế khởi kiện dân sự, bởi chỉ thông qua cơ chế này, các chủ thể quyền SHTT mới được bảo vệ đầy đủ, trọn vẹn, được hưởng các chế tài dân sự mà biện pháp hành chính không thể mang lại cho họ như chế tài bồi thường thiệt hại. Cơ chế kiện dân sự với bản chất tranh tụng có thể bảo đảm tính minh bạch, dân chủ, công khai, chặt chẽ về thủ tục để

bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của cả hai bên. Hơn nữa, các hành vi xâm phạm quyền SHTT hiện nay đã trở nên tinh vi, phức tạp hơn nhiều so với việc làm hàng giả, hàng nhái, ăn cắp bản quyền, do vậy, quy trình giải quyết theo biện pháp hành chính là không phù hợp và không đủ khả năng đánh giá đầy đủ các tình tiết, chứng cứ, lập luận của các bên để đưa ra quyết định đúng đắn.

4.5 Hoàn thiện quy trình xác lập quyền sở hữu công nghiệp và các quy định pháp luật có liên quan như pháp luật về hợp đồng, pháp luật về giao dịch bảo đảm, pháp luật về chuyển giao công nghệ...

Các quy định về xác lập quyền sở hữu công nghiệp cần được sửa đổi, bổ sung để thích ứng với việc mở rộng phạm vi bảo hộ cho nhãn hiệu âm thanh, nhãn hiệu mùi, kiểu dáng công nghiệp của một phần sản phẩm, sáng chế dạng sử dụng... Quy trình xác lập quyền cần đơn giản, minh bạch, tạo thuận lợi cho người nộp đơn và tăng cường ứng dụng công nghệ thông tin.

Để khuyến khích khởi nghiệp, đổi mới sáng tạo, điều quan trọng hàng đầu là khả năng tiếp cận vốn của các doanh nghiệp khởi nghiệp, sáng tạo. Do đó, pháp luật về giao dịch bảo đảm và pháp luật về chuyển giao công nghệ cần quy định rõ hơn về cơ chế nhận bảo đảm bằng tài sản trí tuệ, nhận diện rõ các loại tài sản trí tuệ có thể sử dụng làm tài sản bảo đảm. Đồng thời, cần nghiên cứu, học tập kinh nghiệm của nước ngoài về thúc đẩy hoạt động cho vay có bảo đảm bằng tài sản trí tuệ³⁵ ■

33 IP Protection by Chinese Courts in 2012, http://chinaipr2.files.wordpress.com/2013/04/ip-protection-by-chinese-courts-in-2012_en.pdf (47.422 bản án về SHTT của các Trung Quốc được công bố trên mạng tính đến cuối năm 2012).

34 Khoản 1(b) Điều 18.73 TPP: Mỗi Bên phải quy định rằng các phán quyết tư pháp và quyết định hành chính liên quan đến việc thực thi các quyền SHTT phải được phát hành hoặc, nếu không thể phát hành thì phải công bố rộng rãi ra công chúng dưới mọi hình thức bằng ngôn ngữ quốc gia nhằm mục đích cho các đối tượng và cá nhân hữu quan nắm rõ.

35 Hoa Kỳ đã có lịch sử gần 200 năm về việc cho vay có bảo đảm bằng tài sản trí tuệ. Ở châu Á, Trung Quốc đã và đang có những bước tiến mạnh mẽ trong hoạt động này, còn Singapore và Malaysia đang thực hiện những bước thử nghiệm đầu tiên. Đáng chú ý là ở các nước châu Á này, Chính phủ đóng vai trò rất chủ động trong việc thúc đẩy các chương trình cho vay có bảo đảm bằng tài sản trí tuệ nhằm tạo điều kiện cho các doanh nghiệp sáng tạo trong việc tiếp cận vốn để tạo lập và khai thác tài sản trí tuệ.

VẤN ĐỀ QUYỀN VỀ TÌNH DỤC TRÊN THẾ GIỚI VÀ Ở VIỆT NAM

Vũ Công Giao*

Nguyễn Minh Tâm**

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

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

Thông tin bài viết:

Từ khoá: Quyền tình dục, quyền con người, Việt Nam

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 10/06/2015

Biên tập: 15/01/2016

Duyệt bài: 30/12/2016

Article Information:

Keywords: Sexual Right, Human Rights, Vietnam

Article History:

Received: 10 Jun. 2015

Edited: 15 Jan. 2016

Approved: 30 Dec. 2016

Tóm tắt:

Bài viết phân tích những vấn đề lý luận, pháp lý và thực tiễn liên quan đến quyền về tình dục trên thế giới và ở Việt Nam. Theo các tác giả, quyền về tình dục là một quyền con người, nằm trong nội hàm của quyền về đời tư của cá nhân, được bảo vệ trong nhiều công ước quốc tế về nhân quyền. Việc bảo đảm quyền này có ý nghĩa đặc biệt quan trọng với một số nhóm xã hội như người khuyết tật, LGBT... Các tác giả cũng cho rằng, khuôn khổ pháp luật về quyền về tình dục ở Việt Nam hiện nay còn sơ sài, chưa cụ thể, vì thế cần được nghiên cứu củng cố để bảo đảm và cải thiện quyền hưởng thụ tình dục chính đáng của người dân, đặc biệt là một số nhóm xã hội đang gặp những khó khăn nhất định về vấn đề này như người khuyết tật, người độc thân, người già, người sống chung với HIV, người lao động nhập cư từ nông thôn...

Abstract:

This article provides analysis of theories, legal system and practices related to the sexual right in the world and in Vietnam. According to the authors, sexual right is the one of the human rights belonging to the contents of the privacy rights protected by various international conventions on human rights. The guarantee of this right is particularly important for a number of social groups such as people with disabilities, LGBT ... Under the authors' arguments, the legal framework on the sexual right in Vietnam is still vague and limited, which needs to be strengthened in order to ensure the sexual right and improve the legitimate sexual enjoyment of the people, especially such social groups facing difficulties in this regard such as the people with disabilities, the single, the elderly, the persons with HIV, the migrant workers from rural areas ...

1. Nhận thức quyền về tình dục

Quyền về tình dục (sexual rights/rights to sexuality) là khái niệm được sử dụng ngày càng rộng rãi không chỉ bởi các tổ chức phi chính phủ, mà còn bởi Liên hiệp quốc (LHQ) và các tổ chức liên chính

phủ quốc tế¹, các quốc gia và giới học thuật. Theo IPPF², quyền về tình dục là một tập hợp các quyền đang được củng cố liên quan đến tình dục mà góp phần vào tự do, bình đẳng và nhân phẩm của tất cả mọi người. Mặc dù vậy, hiện chưa có định nghĩa nào về

quyền về tình dục được thừa nhận chung bởi cộng đồng quốc tế. Từ những gì được thảo luận và nghiên cứu về vấn đề này trên thế giới, theo chúng tôi, có thể hiểu quyền về tình dục là *khả năng của mọi cá nhân, theo một cách thức tự do và có trách nhiệm, được biểu lộ xu hướng, thực hành và hưởng thụ đời sống tình dục một mình hoặc với người khác mà không phải chịu bất kỳ sự cản trở, trừng phạt, lạm dụng, bóc lột hay phân biệt đối xử nào, miễn là không làm ảnh hưởng đến các quyền, tự do và lợi ích chính đáng của người khác và của cộng đồng*³.

Giống như các quyền con người khác, quyền về tình dục mang tính phổ quát, dành cho mọi thành viên của nhân loại, vì vậy, về nguyên tắc, cần chú ý đến quyền về tình dục của tất cả mọi cá nhân. Tuy nhiên, trong thực tế, quyền này thường được nói đến nhiều hơn khi gắn với một số nhóm xã hội nhất định, bao gồm những nhóm có xu hướng, lựa chọn tình dục khác biệt với số đông (những người có quan hệ tình dục đồng tính (gay, lesbian), song tính (bisexual) và người chuyển giới (transgender), mà được gọi chung là nhóm LGBT) và những nhóm bị thiệt thòi, lạm dụng hoặc bị phân

biệt đối xử trong việc biểu lộ và hưởng thụ tình dục, cụ thể như những người khuyết tật, phụ nữ, người sống chung với HIV, người chưa thành niên và trong một chừng mực nhất định là cả người lao động tình dục (hành nghề mại dâm)⁴.

Quyền về tình dục rất gần gũi nhưng không hoàn toàn đồng nhất với các quyền về hôn nhân/gia đình (marriage/family rights) và quyền sinh sản (reproductive rights). Về nội hàm, quyền về tình dục rộng hơn, bao gồm quyền sinh sản, do quyền sinh sản chủ yếu chỉ đề cập đến tự do của các cá nhân trong việc quyết định có con và được tiếp cận với các dịch vụ về sức khoẻ sinh sản⁵. Tuy nhiên, quyền về tình dục đề cập sâu hơn về tự do tình dục, nhưng hẹp hơn về các khía cạnh tài sản và con cái - là những nội dung cốt lõi của các quyền về hôn nhân/gia đình. Về phương diện pháp lý và lịch sử, các quyền về hôn nhân/gia đình và quyền sinh sản được pháp điển hoá trong luật quốc tế và luật quốc gia sớm hơn so với quyền về tình dục. Từ nhiều góc độ, đặc biệt là góc độ pháp lý, có thể coi quyền về tình dục là một sự phát triển, mở rộng của các quyền về hôn nhân/gia đình và quyền sinh sản.

- 1 Xem: Phát biểu của ông Ban Ki-moon Tổng thư ký LHQ; ông Michel Sidibé - Giám đốc điều hành Chương trình của LHQ về phòng, chống HIV/AIDS (UNAIDS) nhân Ngày thế giới phòng, chống AIDS 01/12/2012, đăng tại <http://www.un.org/en/events/aidsday/2012/statements.shtml>, truy cập: 5/6/2015.
- 2 IPPF là viết tắt của tổ chức International Planned Parenthood Federation (tạm dịch: Liên đoàn quốc tế các bậc cha mẹ có kế hoạch). Xem: <http://www.ippf.org/resource/Sexual-Rights-IPPF-declaration>, truy cập: 5/6/2015.
- 3 Cũng xem đề xuất (không phải là định nghĩa chính thức) được đưa ra thảo luận bởi Tổ chức Y tế thế giới (WHO), theo đó quyền về tình dục là những quyền con người được thừa nhận trong pháp luật của các quốc gia, các văn kiện nhân quyền quốc tế và các tuyên bố đồng thuận khác. Nó bao gồm quyền của tất cả mọi người, một cách tự do không bị cưỡng bức, phân biệt đối xử và bạo lực, được: (i) hưởng tiêu chuẩn cao nhất có thể về sức khoẻ tình dục, bao gồm việc tiếp cận với các dịch vụ chăm sóc sức khoẻ sinh sản và tình dục; (ii) tìm kiếm, tiếp nhận và phổ biến thông tin liên quan đến tình dục; (iii) hưởng giáo dục tình dục; (iv) tôn trọng sự toàn vẹn về thân thể; (v) lựa chọn bạn tình; (vi) quyết định có tham gia hoạt động tình dục hay không; (vii) có các quan hệ đồng thuận về tình dục; (viii) kết hôn dựa trên sự đồng thuận; (ix) quyết định có con hay không và vào khi nào; (x) theo đuổi một đời sống tình dục thỏa mãn, an toàn và thú vị. Mọi người khi hưởng thụ các quyền này đồng thời có nghĩa vụ tôn trọng các quyền của người khác. Xem: http://www.who.int/reproductivehealth/topics/gender_rights/sexual_health/en/, truy cập: 5/6/2015.
- 4 Xem: International Council on Human Rights Policy (2009), Sexuality and Human Rights, đăng tại: <http://korea.ssrn.com/delivery.php?ID=423027122029096005119025097102091085055056033007026070025023074117106124081089091030097010120030123038049123097084064015029105016054063082050068123091114114014112120042042047067006020002122030125006022067023114097102125075089125082092071075005074067&EXT=pdf&TYPE=2>, truy cập: 5/6/2015.
- 5 Xem: Chương trình hành động của Hội nghị Quốc tế về Dân số và Phát triển, Cairo 1994, đoạn 7.3, đăng tại: <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offeng/poa.html>; và Chương trình hành động Hội nghị Phụ nữ thế giới lần 4, Bắc Kinh 1995, đoạn 95, đăng tại: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>, truy cập: 5/6/2015.

2. Quyền về tình dục trong luật nhân quyền quốc tế

Theo nghĩa rộng, một số quyền liên quan đến tình dục đã được đề cập từ lâu trong luật nhân quyền quốc tế (Luật NQQT)⁶. Cụ thể, Tuyên ngôn quốc tế về Quyền con người (UDHR, 1948) tại Điều 16 đã ghi nhận quyền bình đẳng trong việc kết hôn, lập gia đình và trong quan hệ gia đình của nam và nữ, đồng thời quy định nguyên tắc nền tảng là việc hôn nhân phải xuất phát từ quyết định tự do, đồng thuận của cả hai bên. Những quy định này sau đó được tái ghi nhận trong cả hai Công ước quốc tế về các Quyền dân sự, chính trị (ICCPR, 1966) và Công ước quốc tế về các Quyền kinh tế, xã hội, văn hoá năm 1966 (ICESCR, 1966) tại các Điều 10 và Điều 23, và Công ước về Kết hôn tự nguyện, tuổi kết hôn tối thiểu và việc đăng ký kết hôn năm 1964. Vào những thập kỷ tiếp theo, các Công ước về xoá bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ (CEDAW, 1979), Công ước về Quyền trẻ em (CRC, 1989) cùng hai nghị định thư bổ sung CRC và một số điều ước quốc tế khác về quyền con người đã mở rộng vấn đề bằng việc cấm bóc lột, lạm dụng tình dục, buôn bán phụ nữ, trẻ em và ghi nhận các quyền sinh sản của phụ nữ. Trong Tuyên bố Viên và Chương trình hành động được thông qua tại Hội nghị thế giới về Nhân quyền năm 1993, các quyền được lựa chọn người phối ngẫu; quyền được bình đẳng trong đời sống hôn nhân và gia đình; quyền không bị lạm dụng, bóc lột về tình dục; quyền được lựa chọn các biện pháp tránh thai và được hưởng các dịch vụ kế hoạch hoá gia đình... một lần nữa được đề cập và nhấn mạnh.

Công ước về Quyền của người khuyết tật (CRPD, 2006) - một trong hai công ước

quốc tế về nhân quyền đầu tiên của thế kỷ XXI - đã ghi nhận quyền được bảo vệ khỏi sự bóc lột tình dục (Điều 16, Điều 17); quyền được kết hôn, lập gia đình với sự tự nguyện và đồng thuận (Điều 23); quyền được có con và quyết định số lượng, khoảng cách giữa các lần sinh con (Điều 23); quyền được tiếp cận với các dịch vụ chăm sóc sức khoẻ tình dục và sinh sản (Điều 23, Điều 25) của người khuyết tật. Trước đó, vào năm 1993, Đại hội đồng LHQ đã thông qua Nghị quyết số 48/96 về Các quy tắc tiêu chuẩn về bình đẳng hoá những cơ hội cho người khuyết tật (Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities), trong đó có Quy tắc thứ 9 về đời sống gia đình và sự toàn vẹn cá nhân. Quy tắc này đòi hỏi các quốc gia thúc đẩy sự tham gia đầy đủ của người khuyết tật vào đời sống gia đình, xoá bỏ những quy định của pháp luật phân biệt đối xử với người khuyết tật về các vấn đề như quan hệ tình dục, kết hôn và làm cha mẹ, đồng thời có các biện pháp chống sự lạm dụng, cưỡng bức tình dục với người khuyết tật.

Trong bản báo cáo công bố vào năm 2011 với tiêu đề *Luật phân biệt đối xử và thực tiễn, hành động bạo lực chống lại những cá nhân bởi khuynh hướng tình dục và nhân dạng giới của họ*⁷, Cao uỷ Nhân quyền LHQ khẳng định quyền hưởng thụ tình dục thuộc về đời tư của cá nhân. Quyền này, cùng với các quyền dân sự, chính trị khác, được áp dụng cho tất cả mọi người, không phân biệt khuynh hướng tình dục, nhân dạng giới, tình trạng sức khoẻ hay bất cứ yếu tố nào khác. Báo cáo đặc biệt lên án những quốc gia hình sự hoá các hành vi tình dục đồng giới, coi đó là sự vi phạm nhân quyền. Trong phán quyết về vụ *Toonen kiện*

6 Các văn kiện quốc tế về quyền con người có liên quan đến vấn đề này được đăng tại: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/UniversalHumanRightsInstruments.aspx>, truy cập: 5/6/2015.

7 Xem: Báo cáo của Cao uỷ Nhân quyền LHQ năm 2011: Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, đăng tại: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/a.hrc.19.41_english.pdf, truy cập: 5/6/2015.

*Australia*⁸, Ủy ban Nhân quyền (HRC - cơ quan giám sát thực hiện ICCPR) cho rằng, theo Luật NQQT, các nhà nước có nghĩa vụ bảo vệ mọi công dân khỏi sự phân biệt đối xử vì khuynh hướng tình dục của họ.

Những văn kiện nêu trên cho thấy quan điểm rất rộng của LHQ về các quyền liên quan đến tình dục, trong đó lấy nền tảng là nguyên tắc bình đẳng, không phân biệt đối xử về chủ thể quyền và xuất phát điểm là các quyền về hôn nhân/gia đình và quyền sinh sản.

Mặc dù vậy, cần thấy rằng, cho đến thời điểm hiện nay, Luật NQQT thực tế không quy định một quyền cụ thể nào gọi là *quyền về tình dục*, mà chỉ có những quy định về các quyền liên quan đến việc hưởng thụ đời sống tình dục của con người. Khái niệm quyền về tình dục chỉ được đề cập và thảo luận trên các diễn đàn quốc tế từ cuối thập kỷ 1980, sau sự bùng nổ của đại dịch HIV/AIDS, chủ yếu bởi các tổ chức của người đồng tính và các tổ chức hoạt động thúc đẩy quyền của phụ nữ. Khái niệm quyền về tình dục đã được nỗ lực đưa vào văn kiện của Hội nghị quốc tế về Dân số và Phát triển tổ chức tại Cairo, Ai Cập năm 1994 như là sự bổ sung cho khái niệm quyền sinh sản nhưng không thành công. Tuy nhiên, vấn đề này đã được đưa vào đoạn 96

của Tuyên bố Bắc Kinh và Cương lĩnh Hành động (được thông qua tại Hội nghị thế giới về Phụ nữ lần thứ 4 ở Bắc Kinh, Trung Quốc, năm 1995), trong đó nêu rằng: “Quyền con người của phụ nữ bao gồm quyền được kiểm soát và quyết định một cách tự do và có trách nhiệm về những vấn đề liên quan đến tình dục của họ, bao gồm sức khỏe tình dục và sức khỏe sinh sản, không bị cưỡng bức, phân biệt đối xử và bạo lực trong tình dục. Mỗi quan hệ bình đẳng giữa phụ nữ và nam giới trong các vấn đề quan hệ tình dục và sinh sản, bao gồm cả tôn trọng đầy đủ sự toàn vẹn về thể chất, đòi hỏi phải có sự tôn trọng lẫn nhau, đồng thuận và chia sẻ trách nhiệm đối với hành vi tình dục và hậu quả của nó”.

Không lâu sau, nội hàm của quyền về tình dục đã được cụ thể hoá qua Tuyên ngôn về Quyền về tình dục (được thông qua tại Hội nghị thế giới lần thứ 14 về Tình dục, tổ chức tại Hồng Kông, Trung Quốc, năm 1999) và được sửa đổi vào năm 2014⁹. Theo bản Tuyên ngôn năm 2014, quyền về tình dục gồm 16 quyền - là các quyền con người liên quan đến [khía cạnh] tình dục. Nói cách khác, quyền về tình dục là một quyền hàm chứa hay một khía cạnh của nhiều quyền con người khác đã được ghi nhận trong Luật NQQT (cụ thể là UDHR, ICCPR và ICESCR)¹⁰.

8 Xem: Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), đăng tại: <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Toonen%20v.%20Australia.pdf>, truy cập: 5/6/2015.

9 Xem: Declaration of Sexual Rights, năm 2014: http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/declaration_of_sexual_rights_sep03_2014.pdf; năm 1999: <http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/declaration-of-sexual-rights.pdf>, truy cập: 5/6/2015.

10 Bao gồm 16 quyền: (i) Quyền bình đẳng và không phân biệt đối xử (right to equality and non-discrimination); (ii) Quyền sống, tự do và an ninh của cá nhân (right to life, liberty and security of the person); (iii) Quyền tự chủ và toàn vẹn về thân thể (right to autonomy and bodily integrity); (iv) Quyền tự do khỏi bị tra tấn và các hình thức đối xử hay trừng phạt tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp (right to be free from torture and cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment); (v) Quyền tự do khỏi tất cả các hình thức bạo lực hay ép buộc (right to be free from all forms of violence and coercion); (vi) Quyền riêng tư (right to privacy); (vii) Quyền được hưởng tiêu chuẩn cao nhất về sức khỏe, bao gồm sức khỏe tình dục; với khả năng trải nghiệm tình dục thú vị, thỏa mãn và an toàn (right to the highest attainable standard of health, including sexual health; with the possibility of pleasurable, satisfying, and safe sexual experiences); (viii) Quyền được hưởng những lợi ích của tiến bộ khoa học và ứng dụng của nó (right to enjoy the benefits of scientific progress and its application); (ix) Quyền [tiếp cận] thông tin (right to information); (x) Quyền giáo dục và quyền giáo dục tình dục toàn diện (right to education and the right to comprehensive sexuality education); (xi) Quyền được tiên hành, tạo lập và chấm dứt hôn nhân và các dạng quan hệ tương tự khác dựa trên sự bình đẳng và chấp thuận đầy đủ và tự do (right to enter, form, and dissolve marriage and other similar types of relationships based on equality and full and free consent); (xii) Quyền quyết định có con, số lượng và khoảng cách giữa các con, và có thông tin và các biện pháp để thực hiện việc này (right to decide whether to have children, the number and spacing of children, and to have the information and the means to do so); (xiii) Quyền tự do tư tưởng, quan điểm và biểu đạt (right to the freedom of thought, opinion, and expression); (xiv) Quyền tự do hiệp hội và hội họp hòa bình (right to freedom of association and peaceful assembly); (xv) Quyền tham gia vào cộng đồng và đời sống chính trị (right to participation in public and political life); (xvi) Quyền tiếp cận công lý, bồi thường và khắc phục (right to access to justice, remedies, and redress).

3. Quyền về tình dục trong pháp luật của các quốc gia

Hiện tại, chưa có khảo sát toàn diện nào về quyền về tình dục trong pháp luật các quốc gia được công bố. Tuy nhiên, thông qua một số nghiên cứu hiện có về quyền của LGBT và của người khuyết tật - hai nhóm tiêu biểu khi nói đến quyền về tình dục - có thể thấy được phần nào bức tranh tổng thể về vấn đề này trên thế giới.

3.1. Quyền về tình dục của LGBT trong pháp luật các quốc gia

Báo cáo kết quả khảo sát về thực trạng bảo đảm quyền của LGBT trên thế giới do Hiệp hội quốc tế của những người đồng giới nam, nữ, người song tính và chuyển giới (ILGA) thực hiện và công bố tháng 5/2015 cho thấy¹¹, bức tranh quyền về tình dục của LGBT trên thế giới ngày càng sáng hơn khi số quốc gia coi tình dục đồng giới là vi phạm pháp luật ngày càng giảm xuống (từ 92 năm 2006 xuống còn 76 năm 2015), trao quyền dân sự cho các cặp đồng tính (kết hôn, kết hợp dân sự, nhận con nuôi,...), cấm phân biệt đối xử dựa trên cơ sở nhận dạng giới và định hướng tính dục,...

Mặc dù vậy, báo cáo trên cũng cho thấy sự phân biệt đối xử với LGBT trong vấn đề tình dục vẫn còn khá phổ biến trên thế giới, khi số quốc gia vẫn duy trì các quy định của pháp luật về trừng phạt hành vi tình dục đồng giới vẫn còn khá cao (76/193 quốc gia, trong đó có một số quốc gia/khu vực quy định hình phạt tử hình). Ngoài ra, vẫn còn ít quốc gia ban hành pháp luật quy định cụ thể về cấm phân biệt đối xử dựa trên định hướng tính dục (63/193), trao các quyền dân sự (với những mức độ khác nhau) cho các cặp đôi đồng giới (19/193). Đặc biệt, mới chỉ có 18/193 quốc gia pháp luật chính thức cho phép hôn nhân đồng giới.

Cũng từ báo cáo nêu trên, có thể thấy những quốc gia tiến bộ, cởi mở nhất về quyền về tình dục của LGBT chủ yếu là những nước có nền dân chủ phát triển ở các khu vực Tây Âu, châu Mỹ và châu Đại Dương, trong khi những quốc gia tỏ ra “khắc nghiệt” nhất trong vấn đề này chủ yếu là những nước đang phát triển hoặc theo Hồi giáo ở khu vực châu Phi, Trung Đông, Nam và Đông Nam Á. Những nước chịu ảnh hưởng của Phật giáo, Nho giáo và thuộc khối xã hội chủ nghĩa trước đây (gồm Trung Quốc, Việt Nam, Cu Ba, Triều Tiên hiện nay) nằm ở giữa hai khối nước trên (không coi tình dục đồng giới là trái pháp luật, song chưa có luật cụ thể về chống phân biệt đối xử cũng như chưa thừa nhận các quyền dân sự của các cặp đồng giới). Thực trạng này cho thấy có mối liên hệ khá rõ ràng giữa trình độ phát triển của dân chủ và đặc trưng tôn giáo, văn hoá với việc thừa nhận và bảo đảm các quyền về tình dục của LGBT.

3.2. Quyền về tình dục của người khuyết tật trong pháp luật các quốc gia

Tuy không tập trung riêng vào vấn đề quyền về tình dục, kết quả của cuộc Khảo sát toàn cầu về hành động của các chính phủ trong việc thực thi các quy tắc tiêu chuẩn về bình đẳng hoá các cơ hội cho người khuyết tật (Global Survey on Government Action on the Implementation of the Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities) do Báo cáo viên đặc biệt về người khuyết tật của LHQ công bố trong các năm 1997 và 2006 cung cấp một số thông tin về thực trạng pháp lý về các quyền liên quan đến tình dục của người khuyết tật ở các quốc gia được khảo sát như sau¹²:

Từ bảng trên, có thể thấy hiện vẫn còn khoảng 25% trong số 85 quốc gia trên thế giới chưa bảo đảm quyền liên quan đến tình dục của người khuyết tật trong pháp

11 Xem: http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2015.pdf, truy cập: 9/6/2015.

12 Xem: Government Action on Disability Policy, A Global Survey (Báo cáo khảo sát giai đoạn 1, khảo sát ở 85 quốc gia), công bố tại: http://www.independentliving.org/standardrules/UN_Answers/UN.pdf, tr.14-15, 162, truy cập: 9/6/2015. Tổng hợp và lập bảng bởi các tác giả.

luật. Mặc dù số quốc gia không thừa nhận các quyền này trong pháp luật trong khoảng thời gian từ 1997 - 2006 giảm đi, song tỷ lệ lớn (khoảng hơn 50%) số quốc gia hiện vẫn không có hành động gì cụ thể để bảo đảm đời sống gia đình và sự toàn vẹn cá nhân của người khuyết tật cho thấy một khoảng trống lớn giữa pháp luật và thực tế.

4. Thực trạng quyền về tình dục và một số vấn đề đặt ra với Việt Nam

Nếu không tính đến những khía cạnh truyền thống về quyền hôn nhân/gia đình và quyền sinh sản, quyền về tình dục là vấn đề mới được thảo luận rộng rãi ở Việt Nam khoảng một thập kỷ trở lại đây, chủ yếu bởi các tổ chức xã hội¹³. Mặc dù vậy, vấn đề này đang nhận được sự quan tâm ngày càng rộng rãi của cộng đồng và của một số cơ quan hoạch định chính sách, đặc biệt trong quá trình nghiên cứu sửa đổi, bổ sung Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 (Luật HNGĐ).

Khác với nhiều quốc gia trên thế giới, các cuộc thảo luận về quyền về tình dục ở Việt Nam không chỉ xoay quanh hai nhóm chính là LGBT và người khuyết tật, mà ít nhiều đã được mở rộng đến một số nhóm khác như phụ nữ, thanh thiếu niên, người lao động di trú¹⁴,... Điều này phản ánh sự nhạy cảm của các tổ chức xã hội ở Việt Nam và phù hợp với cách tiếp cận của Luật NQQT trong đó coi các quyền con người, bao gồm các quyền liên quan đến tình dục, là có tính phổ quát, áp dụng cho mọi cá nhân.

	Tên quyền	Tỷ lệ quốc gia được khảo sát mà pháp luật không ghi nhận các quyền này	
		Báo cáo của chính phủ	Báo cáo của các NGOs
1	Quyền kết hôn	22,5%	37,3%
2	Quyền có gia đình/làm cha mẹ	21,3%	40,3%
3	Quyền về đời tư	22,5%	29,9%
4	Quyền được chăm sóc y tế	11,1%	25,5%
5	Quyền được sống độc lập	42,0%	63,4%
6	Tham gia vào việc ra các quyết định liên quan đến bản thân mình	40,7%	60,0%

Xét về nội dung, các cuộc thảo luận về quyền về tình dục trên các diễn đàn ở Việt Nam tỏ ra khá phong phú, trong đó đề cập đến một loạt yếu tố như về sức khoẻ (bản chất của hoạt động tình dục; tác dụng của tình dục với sức khoẻ thể chất, tinh thần của con người), về tâm lý - xã hội (tác động của tình dục với sự gắn kết trong gia đình, cộng đồng; thực trạng phân biệt đối xử và vấn nạn lạm dụng, bạo lực tình dục với một số nhóm xã hội dễ bị tổn thương); về văn hoá (ảnh hưởng của những yếu tố văn hoá với quan niệm và đời sống tình dục của các cá nhân và cộng đồng) và về pháp lý (khoảng trống trong pháp luật quốc gia về các quyền của con người trong việc hưởng thụ tình dục)¹⁵,... Đã có một số công trình nghiên cứu khá công phu, toàn diện về vấn đề tình dục và quyền về tình dục ở Việt Nam, đặc biệt dưới góc độ xã hội học¹⁶. Mặc dù vậy, vẫn còn nhiều khía cạnh lý luận và thực tiễn về vấn đề này cần được làm sáng tỏ, cụ thể như phạm vi những chủ thể đặc biệt của các quyền về tình dục (ngoài hai nhóm thường được đề cập là LGBT và người khuyết tật); giới hạn của các quyền này trong mối quan

13 Nhận định này căn cứ vào việc khảo sát những bài viết, thông tin có liên quan của các cá nhân, tổ chức trong nước được đăng tải trên mạng Internet. Một số tổ chức phi chính phủ (NGO) trong nước có vai trò tích cực trong vấn đề này trong thời gian qua như Trung tâm sống độc lập của người khuyết tật Hà Nội; Trung tâm Sáng kiến Sức khỏe và Dân số (CCIHP); Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (iSEE); Viện Nghiên cứu Phát triển Xã hội (ISDS); Tổ chức bảo vệ và thúc đẩy quyền của người LGBT tại Việt Nam (ICS);...

14 Ví dụ, ICS đã tổ chức một cuộc triển lãm ảnh với tiêu đề: “Sao không nói” - Triển lãm quyền về tình dục hướng về các đối tượng chính là thanh thiếu niên vào tháng 7/2012.

hệ với việc bảo đảm các quyền và lợi ích chính đáng của người khác và trật tự, đạo đức của cộng đồng; khuôn khổ trách nhiệm của các nhà nước trong việc bảo đảm các quyền này trong pháp luật và thực tế...

Trên phương diện pháp lý, Luật về Người khuyết tật năm 2010 đã gián tiếp thừa nhận quyền về tình dục của nhóm xã hội này khi cấm cản trở quyền kết hôn, quyền nuôi con của người khuyết tật (Điều 14). Thêm vào đó, Luật này cũng quy định các quyền bình đẳng tham gia vào các hoạt động xã hội; quyền sống độc lập, hòa nhập cộng đồng; quyền được chăm sóc sức khỏe, phục hồi chức năng, học văn hóa, học nghề, việc làm, trợ giúp pháp lý, tiếp cận công trình công cộng, phương tiện giao thông, công nghệ thông tin, dịch vụ văn hóa, thể thao, du lịch và dịch vụ khác... của người khuyết tật. Những quy định đó, cùng với các quy định khác có liên quan trong các Bộ luật Dân sự (BLDS), Luật HNGĐ,... cho thấy Việt Nam đã có một khuôn khổ pháp luật khá tiên bộ về quyền về tình dục của người khuyết tật, tuy vẫn cần có những quy định cụ thể hơn nữa về quyền này cũng như về nghĩa vụ của các chủ thể có liên quan trong việc bảo đảm các điều kiện hưởng thụ tình dục cho người khuyết tật.

Mặc dù vậy, thực trạng đời sống tình dục của người khuyết tật ở Việt Nam hiện vẫn rất ảm đạm. Theo một số nghiên cứu gần đây, tỷ lệ người khuyết tật ở độ tuổi sinh hoạt tình dục tích cực nhất (tuổi thanh niên) có quan hệ tình dục “vô cùng thấp, gần như không”. Kết quả là có đến 60% người khuyết tật bị trầm cảm từ nhẹ đến nặng¹⁵. Nhìn một cách tổng quát, có thể xác định một số nguyên nhân dẫn đến thực trạng này như sau:

Thứ nhất, định kiến nặng nề trong xã hội và trong các gia đình coi người khuyết tật không hoặc ít có nhu cầu về tình dục. Định kiến này dẫn tới niềm tin là không cần thiết phải ghi nhận các quyền và có biện pháp bảo đảm các quyền về tình dục cho người khuyết tật.

Thứ hai, chính sách sàng lọc thai nhi theo thuyết ưu sinh đã được thực hiện ở nhiều quốc gia và đang được triển khai ở Việt Nam, trong đó loại bỏ các bào thai nghi bị dị tật. Tuy có ý nghĩa tốt về phương diện sức khỏe cộng đồng, song chính sách này lại đặt ra những câu hỏi về phương diện đạo đức, vì nó đồng nghĩa với việc tước bỏ quyền sống của những bào thai dị tật, đồng thời gián tiếp làm tăng sự kỳ thị với người khuyết tật, đặc biệt là quyền về tình dục của họ, do lo ngại rằng người khuyết tật sẽ sinh ra những trẻ em khuyết tật.

Thứ ba, cách hiểu hạn hẹp về việc đáp ứng các nhu cầu tình dục của người khuyết tật mà trong đó, tình dục chủ yếu được hiểu là giao hợp giữa hai người khác giới mà không bao gồm những cách thức tìm kiếm và tận hưởng khoái cảm tình dục khác, ví dụ như thông qua thủ dâm, mua dâm hoặc sử dụng đồ chơi tình dục,... Hậu quả của cách hiểu hạn hẹp này đã củng cố định kiến và sự bàng quan của xã hội với việc thừa nhận và bảo đảm quyền được hưởng thụ tình dục của người khuyết tật, gạt những người khuyết tật (và cả một số nhóm người không khuyết tật nhưng không có điều kiện hưởng thụ đời sống tình dục theo cách thức quan hệ vợ chồng, ví dụ như những người già, người sống độc thân, người phải thường xuyên sống xa gia đình do công việc, nghề

15 Xem các bài viết và diễn đàn thảo luận có liên quan đăng tải trên website của các NGO kể trên. Cũng xem các bài viết liên quan đăng tải trên một số báo mạng ở Việt Nam, ví dụ: <http://ccihp.org/index.php/news/6/126/431/Quyền-sinh-san-va-tinh-duc-cua-NKT-AI-HOI-AI-TRA-LOI.html>; <http://giadinh.net.vn/dan-so/quyen-sinh-san-va-tinh-duc-cua-nguoi-khuyet-tat-1-nuoc-mat-dang-2012082210456270.htm>; <http://giadinh.net.vn/dan-so/quyen-sinh-san-va-tinh-duc-cua-nguoi-khuyet-tat-2-khat-vong-chinh-dang-20120824104542695.htm>; <http://doisong.vnexpress.net/tin-tuc/gia-dinh/gioi-tinh/nguoi-khuyet-tat-bi-ky-thi-quyen-tinh-duc-2307137.html>, truy cập: 9/6/2015.

16 Ví dụ, xem cuốn “Tình dục trong xã hội Việt Nam đương đại: Chuyện để đùa mà khó nói” của nhóm tác giả Khuất Thu Hồng, Lê Bạch Dương và Nguyễn Ngọc Hương, Nxb. Thế giới, Hà Nội, 2012.

17 Xem các bài viết liên quan đến chủ đề này ở chú thích số 15.

nghiệp...) khỏi cơ hội hưởng thụ khoái cảm tình dục.

Thứ tư, tâm lý mặc cảm, tự ti của người khuyết tật trong vấn đề tình dục và năng lực hạn chế của họ trong việc vận động, đấu tranh cho các quyền được hưởng thụ tình dục của bản thân mình. Điều này khiến cho vấn đề quyền về tình dục của người khuyết tật mãi đến mấy năm gần đây mới được nêu ra thảo luận và hoàn toàn vẫn chưa đủ mạnh để tạo ra những thay đổi về pháp luật, chính sách và tâm lý xã hội. Có thể nói, quyền về tình dục của người khuyết tật ở Việt Nam hiện vẫn đang bị lu mờ, chìm lấp trong một loạt vấn đề khác mà thường được ưu tiên bởi các gia đình và trong chính sách về người khuyết tật của Nhà nước, chẳng hạn như bảo đảm đời sống, phục hồi chức năng, hay giáo dục đặc biệt...

Liên quan đến các quyền về tình dục của LGBT, về phương diện pháp lý, việc sống chung, kể cả có hay không tổ chức đám cưới theo các nghi lễ truyền thống của các cặp đồng giới ở nước ta hiện không bị coi là trái pháp luật và thực tế đang diễn ra, song Luật HNGĐ của Việt Nam từ trước đến nay (1959, 1986, 2000, 2014) vẫn chưa thừa nhận hôn nhân đồng giới và các quyền dân sự của các cặp đồng tính sống chung.¹⁸ Về vấn đề này, theo HRC, *trong khi việc không thừa nhận hôn nhân đồng giới không bị coi là vi phạm*¹⁹, thì việc không bảo đảm các quyền dân sự cho các cặp đồng tính sống với nhau không có hôn thú chính thức một cách bình đẳng như các cặp nam nữ trong

*cùng bối cảnh sẽ bị coi là phân biệt đối xử theo Luật NQQT*²⁰.

Như vậy, mặc dù Luật HNGĐ năm 2014 không cấm kết hôn đồng giới, nhưng việc không thừa nhận nó đã và vẫn đang gây ra sự phân biệt đối xử với các cặp đồng tính sống với nhau không có hôn thú chính thức, bởi những cặp này không được hưởng các quyền dân sự, trong khi theo pháp luật hiện hành, những trường hợp chưa đăng ký kết hôn nhưng không vi phạm các điều kiện kết hôn khác (hôn nhân thực tế) mà có tranh chấp phát sinh thì các vấn đề về quan hệ vợ chồng, con cái vẫn được toà án giải quyết (Điều 14, Điều 15, Điều 16 Luật HNGĐ năm 2014)²¹.

Do đó, Nhà nước nên tiếp tục nghiên cứu sửa đổi các quy định của pháp luật có liên quan trong BLDS, Luật HNGĐ, Luật Nuôi con nuôi, Luật Hộ tịch,... để cho phép các cặp đồng tính có thể cùng nhận con nuôi, thừa kế tài sản của nhau và các quyền dân sự khác tương tự như các cặp đôi chung sống khác giới tính. Hiện nay, theo quy định tại Điều 37 BLDS năm 2015, những người đã phẫu thuật chuyển giới được thay đổi họ tên và giới tính của họ trên giấy tờ tùy thân theo pháp luật về hộ tịch. Điều 37 BLDS năm 2015 cũng mở ra khả năng thừa nhận quyền chuyển giới khi quy định: “Việc chuyển đổi giới tính được thực hiện theo quy định của luật”, nhưng các điều kiện và trình tự, thủ tục cụ thể cho việc chuyển giới sẽ đợi đến khi có luật cụ thể hoá Điều 37 BLDS năm 2015. Khi xây dựng Luật này,

18 Điều 10(5) Luật HNGĐ năm 2000 cấm kết hôn giữa những người cùng giới tính. Đến Luật HNGĐ năm 2014 đã bỏ quy định cấm này, tuy nhiên tại Điều 8 quy định: “Nhà nước không thừa nhận hôn nhân giữa những người cùng giới tính”. Điều này được hiểu là những người đồng giới vẫn có thể sống chung, nhưng nếu có tranh chấp xảy ra trong quá trình chung sống thì sẽ không được pháp luật giải quyết.

19 Về vấn đề này, HRC đã từng nêu rõ, các quốc gia thành viên ICCPR không có nghĩa vụ phải quy định cho phép hôn nhân đồng giới trong pháp luật. Xem phán quyết của HRC về vụ Joslin kiện New Zealand (CCPR/C/75/D/902/1999), tại: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/e44ccf85efc1669ac1256c37002b96c9?Opendocument>, truy cập: 9/6/2015.

20 Xem phán quyết của HRC về vụ Young kiện Australia (CCPR/C/78/D/941/2000), đoạn 10.4, tại: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/3c839cb2ae3bef6fc1256dac002b3034?Opendocument>, truy cập: 9/6/2015.

21 Xem thêm các Nghị quyết số 35/2000/NQ-QH10 ngày 09/6/2000 của Quốc hội về việc thi hành Luật HNGĐ; Thông tư liên tịch số 01/2001/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP ngày 13/1/2001 của Toà án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao và Bộ Tư pháp hướng dẫn Nghị quyết số 35/2000/QH10 thi hành Luật HNGĐ và Nghị quyết số 01/2003/NQ-HĐTP ngày 16/4/2003 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng pháp luật trong việc giải quyết một số loại tranh chấp dân sự, hôn nhân và gia đình.

Nhà nước nên tham khảo các khuyến nghị của HRC²² về quyền chuyển giới, trong đó bao gồm việc thừa nhận những người đã phẫu thuật chuyển giới có thể thay đổi họ tên và giới tính của họ trên giấy tờ tùy thân mà không kèm theo điều kiện phẫu thuật.

Ngoài ra, theo nghĩa rộng, Nhà nước và cộng đồng cần quan tâm hơn nữa đến việc bảo đảm và cải thiện quyền hưởng thụ tình dục chính đáng của một số nhóm xã hội khác đang gặp những khó khăn nhất định về vấn đề này như phụ nữ (một bộ phận), người độc thân, người già, người sống chung với HIV, người lao động nhập cư từ nông thôn, thanh thiếu niên, người lao động tình dục, ... Liên quan đến khía cạnh này, nên tiếp tục nghiên cứu khả năng coi mại dâm là một nghề hợp pháp, trước hết là để bảo vệ, thúc đẩy nhân phẩm và các quyền của người lao động tình dục, sau đó là để quản lý các bệnh

lây truyền và góp phần bảo đảm quyền hưởng thụ tình dục của những nhóm mà do điều kiện sống hay do nghèo khó, bệnh tật/dị tật không thể hoặc khó có thể được hưởng thụ tình dục bằng quan hệ vợ chồng hay tình yêu. Ngoài ra, cũng nhằm mục đích đó, Nhà nước nên xem xét sửa đổi các quy định pháp luật hiện hành có liên quan để tạo điều kiện sản xuất, buôn bán các dụng cụ tình dục, bao gồm các búp bê tình dục.

Theo nghĩa cơ bản nhất, quyền về tình dục cũng chính là quyền mưu cầu hạnh phúc chính đáng của con người, vì vậy, việc bảo đảm quyền này trong thực tế có ý nghĩa nhân văn cao cả. Việt Nam chưa là một nước giàu có, nhưng là một nước có nền văn hoá giàu nhân bản. Nhà nước cần quan tâm đến việc bảo vệ và thúc đẩy tất cả các quyền chính đáng của người dân, trong đó có bao gồm các quyền về tình dục ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO:

1. Phát biểu của Tổng thư ký LHQ Ban Ki-moon nhân Ngày thế giới phòng, chống AIDS 01/12/2012, đăng tại <http://www.un.org/en/events/aidsday/2012/statements.shtml>.
2. Tổ chức Y tế thế giới (WHO), Quyền về tình dục http://www.who.int/reproductivehealth/topics/gender_rights/sexual_health/en/
3. Hội đồng Nhân quyền Liên hợp quốc (2009), Sexuality and Human Rights, tại: <http://korea.ssrn.com/delivery.php>
4. Chương trình hành động của Hội nghị Quốc tế về Dân số và Phát triển, Cairo 1994, đoạn 7.3, tại: <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offeng/poa.html>;
5. Chương trình hành động Hội nghị Phụ nữ thế giới lần 4, Bắc Kinh 1995, đoạn 95, tại: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>,
6. Báo cáo của Cao ủy Nhân quyền LHQ năm 2011: Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, tại: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/a.hrc.19.41_english.pdf.
7. Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), tại: <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Toonen%20v.%20Australia.pdf>
8. Declaration of Sexual Rights, năm 2014, tại: http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/declaration-of-sexual-rights-sep03_2014.pdf; năm 1999: <http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/declaration-of-sexual-rights.pdf>.
9. Liên hợp quốc, Government Action on Disability Policy, A Global Survey, tại: http://www.independentliving.org/standardrules/UN_Answers/UN.pdf, tr.14-15, 162.
10. Khuất Thu Hồng, Lê Bạch Dương và Nguyễn Ngọc Hương, Tình dục trong xã hội Việt Nam đương đại: Chuyện dễ đùa mà khó nói, Nxb. Thế giới, Hà Nội, 2012.
11. HRC, *Joslin vs New Zealand* (CCPR/C/75/D/902/1999), tại: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/e44ccf85efc1669ac1256c37002b96c9?Opendocument>
12. HRC, *Young vs Australia* (CCPR/C/78/D/941/2000), đoạn 10.4, tại: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/3c839cb2ae3bef6fc1256dac002b3034?Opendocument>

22 Xem Kết luận khuyến nghị của HRC về Báo cáo quốc gia thực hiện ICCPR của Ireland năm 2008 (CCPR/C/IRL/CO/3, para. 8), và của Liên hiệp Anh và Bắc Ai-len, năm 2007 (CCPR/C/GBR/CO/6, para. 5), tại: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=5, truy cập: 9/6/2015.