

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

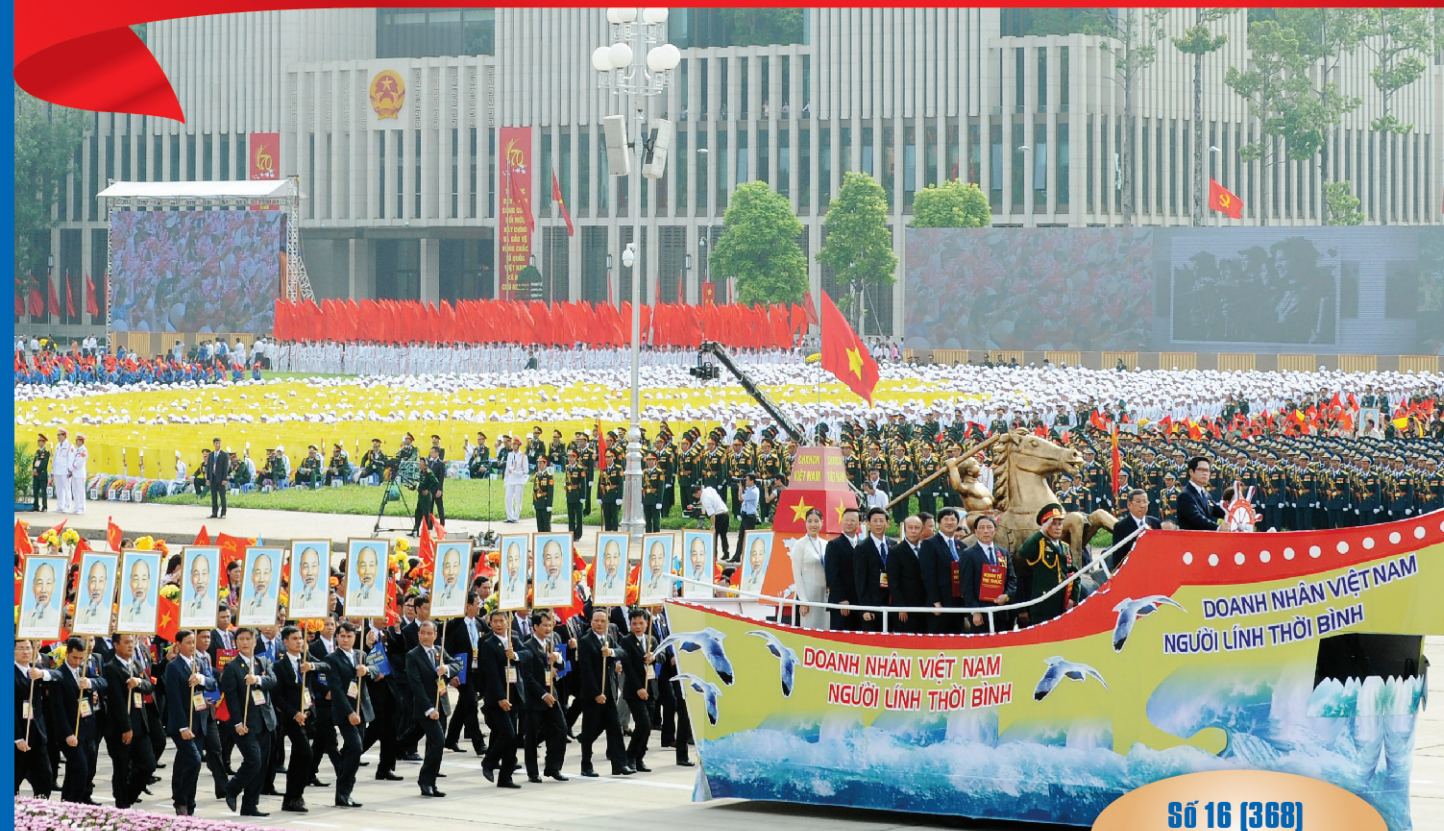
ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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

73
năm

**NHIỆT LIỆT CHÀO MỪNG
CÁCH MẠNG THÁNG 8 THÀNH CÔNG
VÀ QUỐC KHÁNH NƯỚC CỘNG HOÀ XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM**



**Số 16 (368)
Kỳ 2 - Tháng 8/2018**

- ❖ **BẢN VỀ HIỆU QUẢ LÀM LUẬT CỦA QUỐC HỘI**
- ❖ **CƠ CẤU TỔ CHỨC TRONG CÁC TRƯỜNG ĐẠI HỌC CÔNG LẬP THEO DỰ THẢO LUẬT SỬA ĐỔI, BỔ SUNG LUẬT GIÁO DỤC ĐẠI HỌC**
- ❖ **PHƯƠNG PHÁP KINH TẾ - LUẬT TRONG PHÂN TÍCH CHÍNH SÁCH LẬP PHÁP**

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 16/2018

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Bàn về hiệu quả làm luật của Quốc hội
GS. TS. Nguyễn Minh Đoan
- 9** Kỹ năng giám sát tối cao về xem xét báo cáo
TS. Bùi Ngọc Thanh
- 15** Bảo lưu điều ước quốc tế về quyền con người của Việt Nam
ThS. Phạm Thị Bắc Hà
- 22** Góp vốn dưới góc độ quyền tự do kinh doanh
ThS. Nguyễn Thị Thu Trang

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 29** Cơ cấu tổ chức trong các trường đại học công lập theo Dự thảo Luật Sửa đổi, bổ sung Luật Giáo dục đại học
TS. Nguyễn Ngọc Sơn

CHÍNH SÁCH

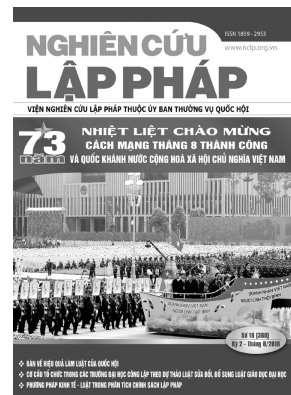
- 36** Phương pháp kinh tế - luật trong phân tích chính sách lập pháp
PGS. TS. Võ Trí Hào

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 46** Nghĩa vụ cấp dưỡng của cha mẹ đối với con
ThS. Ngô Thị Anh Vân

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 55** Khái niệm và các loại nhãn hiệu trong quy định của pháp luật Hoa Kỳ, Nhật Bản và Việt Nam
TS. Vũ Thị Phương Lan



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (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 HIẾN
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: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

BÙI HUYỀN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Lễ diễu hành mừng ngày Quốc khánh 2/9 tại Hà Nội.

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 16/2018

STATE AND LAW

- 3** Discussions on Legislation Efficiency by the National Assembly
Prof. Dr. Nguyen Minh Doan
Skills for Supreme Supervision in Performance Report
Reviews
- 9** **Dr. Bui Ngoc Thanh**
Reservation of International Treaties on Human Rights of
Vietnam
- 15** **LLM. Pham Thi Bac Ha**
Capital Mobilization under the Right of Business Freedom
- 22** **LLM. Nguyen Thi Thu Trang**

DISCUSSION OF BILLS

- 29** Organization Structure for Government Owned Universities under
the Bill of Law on Amendments of Law on Higher Education
Dr. Nguyen Ngoc Son

POLICIES

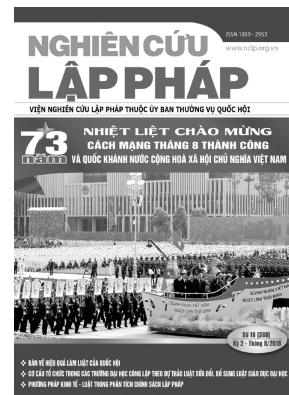
- 36** The Approach of Economics - Jurisprudence for Analysis of
Legislative Policy
Prof. Dr. Vo Tri Hao

LEGAL PRACTICE

- 46** The Parental Support to Their Children
LLM. Ngo Thi Anh Van

FOREIGN EXPERIENCE

- 55** Definition and Classification in Corporate Brands under the Laws in
the United States of America, Japan and Vietnam
Dr. Vu Thi Phuong Lan



EDITORIAL BOARD:

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

CHEF EDITOR IN CHARGE:

TS. NGUYEN HOANG THANH

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

BUI HUYEN

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19.500 VND

BÀN VỀ HIỆU QUẢ LÀM LUẬT CỦA QUỐC HỘI

Nguyễn Minh Đoan*

* GS.TS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: hiệu quả làm luật, Quốc hội, đại biểu Quốc hội

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 13/07/2018

Biên tập : 23/07/2018

Duyệt bài : 30/07/2018

Article Infomation:

Keywords: law making efficiency; National Assembly, National Assembly deputies

Article History:

Received : 13 Jul. 2018

Edited : 23 Jul. 2018

Approved : 30 Jul. 2018

Tóm tắt:

Có thể nói, hiệu quả kinh tế - xã hội là tiêu chuẩn quan trọng nhất của sự phát triển trong khi xây dựng nền kinh tế thị trường. Nền kinh tế thị trường định hướng XHCN đang được xây dựng và phát triển ở nước ta có ảnh hưởng rất lớn đến các hoạt động khác, trong đó có hoạt động pháp luật. Vấn đề hiệu quả cần được vận dụng thích hợp vào đánh giá hoạt động làm luật, sửa đổi luật của Quốc hội và đánh giá những luật mà Quốc hội đã làm được. Có như vậy thì trách nhiệm của Quốc hội, của từng đại biểu Quốc hội, của các tổ chức, cá nhân tham gia vào việc làm luật sẽ được nâng cao hơn.

Abstract

It can be seen that socio-economic efficiency is the most important criterion for the development when it is to pursue a market economy. The socialist-oriented market economy that is being established and developed in our country, which has a great influence on several activities, including legislative activities. The efficiency criterion needs to be appropriately applied for the assessment of legislative activity, the law amendments by the National Assembly and also the assessment of the laws by the National Assembly. Thus, the responsibilities of the National Assembly, the mandates of National Assembly deputies and takeholders involving in the law making will be raised.

1. Quan niệm về hiệu quả làm luật của Quốc hội

Theo quy định của Hiến pháp năm 2013, một trong những nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội là “làm luật và sửa đổi luật”. Thời gian gần đây, việc làm luật và sửa đổi luật của Quốc hội đã đạt được những kết quả, thành tựu rất to lớn không thể phủ

nhận. Điều này thể hiện ở số lượng các luật được làm ngày càng nhiều, chất lượng các luật ngày càng cao, các luật được làm đã phát huy tốt vai trò của mình trong đời sống xã hội. Tuy vậy, việc làm luật và sửa đổi luật của Quốc hội vẫn còn có nhiều vấn đề cần phải được bàn luận, trong đó có vấn đề chậm làm luật và hiệu quả của một số quy phạm

pháp luật mà Quốc hội đã làm ra chưa cao.

Lâu nay, trên các diễn đàn khoa học luật, đã có nhiều công trình nghiên cứu, đánh giá vấn đề hiệu quả của các quy phạm pháp luật, các luật mà Quốc hội làm ra¹, còn hiệu quả làm luật của Quốc hội chưa được đặt ra. Khi tổng kết đánh giá hoạt động làm luật, chúng ta thường nói tới số lượng và chất lượng các luật mà Quốc hội đã làm trong nhiệm kỳ hoặc trong một thời gian nhất định. Chúng tôi cho rằng, ngoài vấn đề số lượng và chất lượng của luật, còn cần phải nói tới hiệu quả của các quy phạm pháp luật và cả hiệu quả làm luật của Quốc hội.

Vậy nên hiểu thế nào về hiệu quả làm luật của Quốc hội? Theo lý thuyết, hiệu quả là một đại lượng so sánh giữa kết quả thực tế đạt được với kết quả (mục đích) mong muốn đạt được với mức độ những chi phí về các nguồn lực để đạt được kết quả đó. Do vậy, hiệu quả làm luật của Quốc hội sẽ là kết quả so sánh giữa kết quả mong muốn (mục đích) khi thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn làm luật, sửa đổi luật của Quốc hội với kết quả trên thực tế các luật (số lượng, chất lượng các luật) mà Quốc hội đã làm được với mức độ những chi phí về các nguồn lực (số người tham gia, thời gian thực hiện, chi phí về vật chất và các chi phí khác cho việc làm luật) trong khoảng thời gian nhất định. Với cách tiếp cận trên cho thấy, hiệu quả làm luật của Quốc hội không chỉ là kết quả về số lượng, về chất lượng các luật mà Quốc hội đã làm được mà còn phải quan tâm đến tất cả những chi phí và thời gian để đạt được kết quả đó trên thực tế.

Để đánh giá hiệu quả việc làm luật của Quốc hội cần phải xác định được những tiêu chí cơ bản sau: kết quả (mục đích) mong muốn đạt được khi Quốc hội thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn làm luật, sửa đổi luật; kết quả thực tế các luật mà Quốc hội đã làm được, sửa đổi được; những chi phí về các nguồn lực cho việc đạt được kết quả làm

luật, sửa đổi luật trên thực tế.

Hiệu quả làm luật, sửa đổi luật của Quốc hội có thể được đánh giá với những khoảng thời gian nhất định như theo nhiệm kỳ, theo giai đoạn được đánh dấu bằng những sự kiện có tính chất bước ngoặt trong sự phát triển của đất nước.

- *Kết quả (mục đích) mong muốn đạt được của Quốc hội khi thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn làm luật, sửa đổi luật.* Kết quả mong muốn (gọi tắt là mục đích) khi thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn làm luật, sửa đổi luật của Quốc hội thể hiện ở dự định, kế hoạch mà Quốc hội đề ra cho kỳ họp hoặc cho nhiệm kỳ hoạt động của Quốc hội là tạo ra được những luật, bộ luật nào đó có chất lượng cao, đáp ứng đầy đủ, kịp thời nhu cầu, đòi hỏi việc tổ chức và hoạt động của Nhà nước, việc quản lý xã hội bằng pháp luật ở mỗi giai đoạn phát triển của đất nước. Mục đích (kết quả) mong muốn của Quốc hội phải thống nhất với mục đích (kết quả) mong muốn chung của đất nước (của Đảng, của tất cả các cơ quan nhà nước, của các tổ chức xã hội, của nhân dân). Điều này cũng thể hiện sự thống nhất ý chí giữa Đảng, Nhà nước và Nhân dân trong việc ban hành pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội. Khi xác định mục đích làm luật cũng cần phải xác định cả những yêu cầu (mức độ phải đạt được khi thực hiện mục đích) đối với những luật và bộ luật được làm ra. Tuy nhiên, đôi khi mức độ đạt được cũng là mục đích cụ thể nên trong những trường hợp đó khó phân biệt được mục đích với yêu cầu của việc làm luật.

Những mục đích, yêu cầu đề ra khi làm luật có thể được định lượng, nhưng cũng có thể chỉ được định tính và được thể hiện ở nhiều cấp độ khác nhau như đối với cả quá trình làm luật của Quốc hội nói chung (làm được hệ thống các văn bản luật điều chỉnh có hiệu quả các quan hệ xã hội nhằm bảo đảm cho các quan hệ đó có trật tự và phát triển theo hướng mong muốn trên quy mô toàn xã

1 Xem, Nguyễn Minh Đoan, Hiệu quả của pháp luật - Những vấn đề lý luận và thực tiễn, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội 2012, tr. 9-36.

hội, bảo vệ được lợi ích của Nhà nước, tập thể và cá nhân, duy trì sự phát triển ổn định của cả xã hội, thực hiện sự công bằng xã hội và đưa lại hạnh phúc cho con người); cũng có thể là mục đích, yêu cầu được đề ra đối với từng nhiệm kỳ, từng kỳ họp, phiên họp của Quốc hội (thảo luận, xem xét sơ bộ hoặc thông qua được một số văn bản luật nhất định...). Tuy nhiên, mục đích, yêu cầu được đề ra cho mỗi phiên họp, kỳ họp, nhiệm kỳ của Quốc hội về thực chất chỉ là sự chi tiết hoá, cụ thể hoá mục đích chung, xuất phát từ mục đích chung của việc làm luật của Quốc hội. Việc thực hiện tốt những mục đích, yêu cầu của từng phiên họp, kỳ họp sẽ là điều kiện để đạt được mục đích ở mức độ cao hơn của cả nhiệm kỳ Quốc hội của công tác làm luật của Quốc hội nói chung. Do vậy, muốn đạt được mục đích chung của Quốc hội trong công tác làm luật thì phải thực hiện được những mục đích của từng nhiệm kỳ, từng kỳ họp, từng phiên họp cụ thể. Một phiên họp, một kỳ họp hay một nhiệm kỳ làm luật không có hiệu quả hoặc hiệu quả thấp có thể sẽ làm giảm tính hiệu quả làm luật của Quốc hội nói chung. Mức độ ảnh hưởng là tùy theo mức độ quan trọng, phạm vi ảnh hưởng của luật đó đối với đời sống Nhà nước và xã hội.

Khi tìm hiểu mục đích của việc làm luật cần phải quan tâm tới những điều kiện bảo đảm cho việc thực hiện chúng. Mục đích đề ra cho việc làm luật của Quốc hội cần phải phù hợp với các điều kiện thực tế như kinh tế, chính trị, văn hoá, xã hội... mà trong đó việc làm luật được thực hiện. Mục đích đề ra cho việc làm luật của Quốc hội chỉ có thể thực hiện được khi các điều kiện kinh tế, chính trị, văn hoá, xã hội của đất nước đủ khả năng để bảo đảm cho việc làm luật được thực hiện trên thực tế.

Xác định mục đích, yêu cầu của việc làm luật là cơ sở để đối chiếu, so sánh với các kết quả thực tế đạt được trong việc làm luật của Quốc hội về sự phù hợp và mức độ phù hợp với mục đích đề ra.

- Kết quả thực tế các luật mà Quốc

hội đã thông qua. Kết quả thực tế đạt được trong việc làm luật, sửa đổi luật của Quốc hội thể hiện ở số lượng luật mà Quốc hội đã thông qua theo dự định và chất lượng của luật cao hay thấp. Khi xem xét những kết quả đó, cần chú ý tới số lượng, chất lượng của quy định hay văn bản luật, tính ổn định (văn bản luật đó tồn tại được bao nhiêu năm cho đến khi bị sửa đổi hoặc hủy bỏ), mức độ khả thi và hiệu quả của chúng trong đời sống xã hội. Luật được xem là có hiệu quả phải là luật thúc đẩy, tạo điều kiện cho những mục tiêu phát triển kinh tế, chính trị, văn hoá, xã hội... của đất nước, phải góp phần tạo ra sự tiến bộ, công bằng xã hội, đưa lại cuộc sống ấm no, hạnh phúc cho nhân dân, được xã hội đón nhận và ủng hộ.

Khi xem xét những kết quả thực tế đạt được trong hoạt động lập pháp của Quốc hội, cần tính tới cả những tác dụng tích cực và cả những ảnh hưởng không tích cực nếu có của hoạt động đó và của cả các quy định của văn bản luật mà Quốc hội đã thông qua. Một số quy định pháp luật, văn bản luật có thể vừa có những tác dụng tích cực vừa có những tác dụng không tích cực nhất định. Chẳng hạn, đối với Dự thảo Luật Đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt, mặt tích cực của nó là có thể thu hút được vốn, tranh thủ được công nghệ tiên tiến của nước ngoài, tạo ra nhiều việc làm cho người lao động Việt Nam, tạo điều kiện cho sự tăng trưởng kinh tế của đất nước... song Dự thảo Luật cũng có thể sẽ làm cho vấn đề bảo vệ an ninh chính trị, trật tự an toàn xã hội... khó khăn, phức tạp hơn. Vì vậy, khi đánh giá những lợi ích mà quy định hay văn bản luật được làm ra mang lại phải tính đến sự tương quan giữa cái cơ bản (những lợi ích) đạt được với cái không cơ bản (những hạn chế, tiêu cực có thể phát sinh) từ những quy định của luật và việc thực hiện chúng trên thực tế.

Thông thường, khi làm luật, Quốc hội cần phải dự liệu trước được những tác động tích cực cũng như những tác động tiêu cực (nếu có) sẽ diễn ra đối với các quan hệ xã hội do sự tác động của quy định hay văn bản luật (RIA - đánh giá dự báo tác động của luật)

để cân nhắc xem, nên hay không nên thông qua quy định hay văn bản đó. Tuy nhiên, trên thực tế, có những trường hợp Quốc hội đã không dự liệu được, không lường trước được hết những biến đổi có thể có của các quan hệ xã hội, dẫn tới những kết quả không ngờ khi thông qua quy định hay văn bản luật đó. Những biến đổi không ngờ đó có thể tốt hơn, nhiều hơn so với kết quả dự định đề ra ban đầu, nhưng cũng có thể xấu hơn, ít hơn so với dự liệu ban đầu và thậm chí có trường hợp những biến đổi của các quan hệ xã hội trong thực tế còn trái ngược với dự tính ban đầu của nhà làm luật.

Những kết quả do sự tác động của luật luôn thay đổi theo không gian, nó có thể tác động tốt ở phạm vi không gian này của đất nước nhưng lại tác động một cách hạn chế ở phạm vi không gian khác. Sự khác nhau đó phụ thuộc vào hoàn cảnh, điều kiện, đặc điểm và nhiều yếu tố khác của từng vùng lãnh thổ mà quy định của luật tác động. Thông thường, theo thời gian, tác dụng của luật sẽ giảm dần cùng với những thay đổi của các quan hệ xã hội. Khi tác dụng hữu ích của văn bản, của quy định giảm đi đến một mức độ nào đó thì nó cần phải được sửa đổi, bổ sung hoặc hủy bỏ cho phù hợp với sự thay đổi của đời sống xã hội.

- Những chi phí về vật chất và những chi phí khác cho việc đạt được kết quả làm luật, sửa đổi luật trên thực tế. Mức độ chi phí các nguồn lực như số lượng người tham gia lên kế hoạch, soạn thảo, khảo sát trong và ngoài nước, thẩm định, thẩm tra, thảo luận, thông qua, công bố... Ngoài ra, còn có thể có cả chi phí cho việc tham gia đóng góp ý kiến, tham vấn, phản biện của các tổ chức và cá nhân, chi phí trưng cầu ý dân (nếu có)...

Những chi phí về các nguồn lực cho việc đạt được các kết quả thực tế trong quá trình làm luật và điều chỉnh pháp luật cần phải được tính trong tổng thể của Nhà nước, các cơ quan nhà nước, của các tổ chức xã hội, của các tập thể và của cá nhân công dân hoặc của các chủ thể pháp luật khác. Thông

thường, bên cạnh những ưu điểm, những lợi ích mà các quy định của luật mang lại, chúng còn có thể có những hạn chế, thậm chí, có thể gây ra những thiệt hại cho một số chủ thể nhất định. Vì thế, khi xem xét những lợi ích mà việc làm luật mang lại và những phí tổn mà nó gây ra đòi hỏi phải có cái nhìn tổng thể giữa lợi ích cũng như phí tổn của Nhà nước, xã hội với lợi ích và phí tổn của tổ chức, cá nhân sao cho có thể chấp nhận được, thể hiện tinh thần tiết kiệm ở tất cả các giai đoạn, quy trình của quá trình làm luật. Tuy nhiên, tiết kiệm là không lãng phí, không chi phí bừa bãi chứ không có nghĩa là cắt giảm những chi phí quan trọng, cần thiết cho hoạt động này. Chẳng hạn, để làm được những luật có chất lượng, hiệu quả liên quan đến an ninh quốc gia hay tính mạng, số phận con người thì tốn bao nhiêu cũng cần phải chi. Đối với việc làm luật, tiêu chí của hiệu quả phải là làm ra được những luật hoàn thiện có chất lượng cao chứ không thể chỉ lấy phí tổn vật chất đã được sử dụng để đánh giá. Không vì lý do tiền bạc, lý do thời gian mà chấp nhận thông qua những luật có chất lượng thấp để bắt xã hội phải trả giá đắt khi nó được thực hiện. Trong mọi trường hợp, khi ban hành, sửa đổi hay hủy bỏ một quy định nào đó của luật phải quán triệt nguyên tắc là việc ban hành, sửa đổi hay hủy bỏ quy định đó phải mang lại những lợi ích lớn hơn, lâu dài hơn so với những thiệt hại có thể có trước mắt và tạm thời. Việc hạch toán trong quá trình làm luật, quá trình điều chỉnh pháp luật còn cho phép dự báo được tính khả thi của luật trong thực tế. Theo đó, Quốc hội sẽ dự liệu nên hay không nên thông qua văn bản hay quy định đó hoặc sẽ lựa chọn thời điểm (thời gian) thông qua khi nào thì phù hợp nhất, thuận lợi nhất để đạt hiệu quả cao nhất.

Như vậy, hoạt động lập pháp của Quốc hội được xem là hiệu quả khi các kết quả (mục đích) mong muốn được hiện thực hóa bằng số lượng, chất lượng các luật mà Quốc hội đã thông qua với chi phí về các nguồn lực ở mức thấp trong thời gian dự định. Hiệu quả cao hay thấp là phụ thuộc vào số lượng, chất lượng các luật đã được

thông qua, những chi phí và thời gian dành cho việc làm ra hay sửa đổi các luật đó. Nếu số lượng các luật được thông qua quá ít so với dự định thì hiệu quả không cao. Nếu số lượng luật được thông qua đúng như dự định nhưng chất lượng của chúng không cao, có nhiều sai sót, không thể đi vào cuộc sống, không phát huy được vai trò trong đời sống xã hội thì hiệu quả làm luật cũng không cao. Nếu số lượng và chất lượng các luật được thông qua đều đạt như dự định nhưng những chi phí về các nguồn lực quá nhiều hoặc thời gian làm quá lâu... thì hiệu quả làm luật cũng không cao.

Từ phân tích trên cho thấy, nếu trên thực tế Quốc hội không làm đủ luật, hoặc làm luật có chất lượng thấp thì Quốc hội đã không hoàn thành nhiệm vụ đối với Nhà nước với tư cách là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, đồng thời Quốc hội cũng có lỗi với Nhân dân với tư cách là cơ quan đại biểu cao nhất của Nhân dân. Tuy nhiên, cũng phải thấy rằng, hoạt động lập pháp của Quốc hội còn phụ thuộc vào hoạt động của các cơ quan, tổ chức, cá nhân và rất nhiều những yếu tố, khác như: chất lượng của dự thảo luật được trình Quốc hội; năng lực, trình độ, trách nhiệm của đại biểu Quốc hội (ĐBQH); phương thức, quy trình xem xét, thông qua dự thảo luật; các điều kiện vật chất, kỹ thuật phục vụ hoạt động của Quốc hội; điều kiện làm việc, thời gian, công sức, trí tuệ thực tế mà đại biểu Quốc hội dành cho hoạt động lập pháp; việc tổ chức tham vấn chuyên gia, lấy ý kiến của các tổ chức, cá nhân, nhân dân trong quá trình nghiên cứu, xem xét dự thảo luật; chất lượng thẩm định, thẩm tra của các cơ quan, bộ phận được giao trách nhiệm... tất cả các khâu, các công đoạn trên đều đòi hỏi phải được tổ chức, được tiến hành có chất lượng, có hiệu quả thì mới làm cho hoạt động lập pháp của Quốc hội có hiệu quả và các luật làm ra mới có hiệu quả.

Trong một xã hội dân chủ, hoạt động lập pháp của Quốc hội không thể thiếu được những cuộc tranh luận, những ý kiến trái chiều về một số vấn đề thuộc nội dung của luật. Chẳng hạn, khi thảo luận về dự thảo

Luật Tố cáo, một số ý kiến cho rằng, ngoài hình thức tố cáo bằng văn bản hoặc trực tiếp thì nên mở rộng hình thức tố cáo bằng tin nhắn qua điện thoại, bằng thông báo qua điện thoại, fax... số khác lại cho rằng, không nên mở rộng vì như vậy có thể dẫn đến một số người lợi dụng tố cáo có tính chất vu khống, sai sự thật... Trong trường hợp này, những người ủng hộ sẽ tập trung nêu cái hay, cái được của phương án, còn những người phản đối thường tập trung nêu cái hạn chế, cái chưa được của phương án. Đây là tinh thần dân chủ của công tác lập pháp rất đáng phát huy ở Quốc hội nước ta hiện nay. Tuy nhiên, nếu so sánh cái được và cái mất khi mở rộng hoặc không mở rộng hình thức tố cáo thì việc mở rộng hình thức tố cáo sẽ được nhiều hơn là mất. Bởi lẽ, nếu mở rộng hình thức tố cáo thì sẽ giúp chủ thể tố cáo thuận lợi, nhanh chóng, đỡ ngại khi gửi thông tin đến chủ thể tiếp nhận và giải quyết. Vì vậy, những cơ quan, tổ chức, cá nhân có việc làm trái pháp luật sẽ bị tố cáo nhiều hơn, đội ngũ cán bộ sẽ trong sạch hơn, còn người tố cáo có thể sẽ hạn chế bị trả thù. Còn cái hại ở đây là có thể sẽ có người mạo danh lợi dụng tố cáo để vu khống, vu cáo làm hại người khác, việc giải quyết tố cáo sẽ vất vả, khó khăn phức tạp hơn. Tuy nhiên, việc lợi dụng quyền tố cáo để vu khống, vu cáo làm hại người khác đã bị Hiến pháp và pháp luật nghiêm cấm và trừng phạt. Như vậy, nếu áp dụng lý thuyết hiệu quả của các quy phạm pháp luật vào hoạt động làm luật trong trường hợp này sẽ giúp ĐBQH lựa chọn phương án dễ hơn.

2. Một số giải pháp nâng cao hiệu quả làm luật của Quốc hội

Có nhiều yếu tố ảnh hưởng đến hiệu quả làm luật của Quốc hội, do vậy, cũng có nhiều giải pháp để nâng cao hiệu quả làm luật của Quốc hội. Chúng tôi xin nêu ra một số giải pháp quan trọng dưới đây:

- Cần lựa chọn được những ĐBQH thực sự có tài, có đức, có đủ năng lực và điều kiện thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của đại biểu. Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất

của Nhân dân thì đại biểu phải được chọn từ các địa phương, các tầng lớp Nhân dân trong cả nước, song Quốc hội đồng thời là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất để lập hiến, lập pháp và quyết định những vấn đề quan trọng nhất của đất nước thì ĐBQH phải là những người giỏi nhất, có đức độ nhất từ những địa phương, những tầng lớp nhân dân mà họ là đại diện. Có như vậy, họ mới đủ năng lực và phẩm chất để thay mặt Nhân dân quyết nghị những vấn đề liên quan đến sự phát triển của đất nước. Do vậy, theo chúng tôi, việc giới thiệu ứng viên vào ĐBQH phải thật cẩn thận, bởi chúng ta vẫn nói rằng, cử tri phải thật sáng suốt khi lựa chọn, song trên thực tế cử tri của chúng ta không có thông tin đầy đủ về các ứng cử viên nên họ thường bị nhầm khi lựa chọn. Bên cạnh đó, đại biểu Quốc hội cần phải được bồi dưỡng những kiến thức cần thiết về pháp luật và kỹ năng đại biểu để có đủ năng lực tham gia làm luật, sửa đổi luật, thực hiện đầy đủ, có hiệu quả nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội.

- *Nâng cao nhận thức của Quốc hội, của ĐBQH về trách nhiệm làm luật của mình.* Luật là một văn kiện quy định những vấn đề quan trọng liên quan đến sự phát triển của đất nước trên phạm vi toàn xã hội, trong một thời gian khá dài. Trên thế giới đã có những luật, bộ luật nổi tiếng không chỉ trong nước mà còn ở phạm vi thế giới, tồn tại hàng chục đến cả trăm năm. Do vậy, không thể xem thường hoạt động này bởi nó liên quan đến lợi ích của rất nhiều người. Quốc hội, cũng như từng ĐBQH phải ý thức được làm luật là nhiệm vụ, quyền hạn, song cũng là vinh dự, trách nhiệm cao cả của mình trước nhân dân đối với đất nước.

- *Những chi phí về các nguồn lực cho việc làm luật phải theo tinh thần tiết kiệm, sao cho có thể chấp nhận được trong điều kiện hiện nay của đất nước.* Như trên đã bàn, để làm được những luật, bộ luật có chất lượng, có hiệu quả cao, Nhân dân không tiếc tiền của, công sức, song không có nghĩa là muốn chi bao nhiêu cũng được mà không tiết kiệm. Theo chúng tôi, nếu thấy chưa cần thiết về một luật nào đó thì không tiến hành

làm, còn đã thấy cần phải làm (do nhu cầu thực tiễn đòi hỏi) thì phải tập trung làm cho xong. Không thể chấp nhận việc có những dự án luật “treo” đến cả chục năm mà không thông qua được trong khi cuộc sống đòi hỏi phải có luật, những trường hợp như vậy được xem là có sự lãng phí trong quá trình làm luật.

Đành rằng, để việc làm luật của Quốc hội có hiệu quả còn đòi hỏi hoạt động của các bộ phận khác có liên quan đến dự án luật như soạn thảo, thẩm định, thẩm tra và trình dự thảo luật cũng phải có hiệu quả. Tuy nhiên, các bộ phận này cũng chỉ là những bộ phận giúp cho hoạt động của Quốc hội, ĐBQH được tốt hơn, người quyết định cuối cùng vẫn phải là ĐBQH. Quốc hội, ĐBQH phải chịu trách nhiệm về số lượng, chất lượng, hiệu quả của các luật đã được thông qua, đồng thời cũng phải chịu trách nhiệm về tình trạng thiếu luật điều chỉnh những quan hệ xã hội quan trọng.

- *Cần tổng kết, đánh giá dưới phương diện hiệu quả, rút kinh nghiệm về hoạt động làm luật đối với cả Quốc hội và từng ĐBQH.* Đánh giá hoạt động lập pháp của Quốc hội không nên dừng lại là đã thông qua được bao nhiêu luật trong nhiệm kỳ, mà còn phải đánh giá cả chất lượng của các luật đã được thông qua, hiệu quả thực tiễn của chúng sau những khoảng thời gian thực hiện nhất định. Tổng kết đánh giá cả những chi phí cho việc làm các luật đó mà còn phải đánh giá cả tinh thần thái độ, kết quả hoạt động của các bộ phận, cơ quan, từng ĐBQH đã tham gia làm luật đó như thế nào. Những thông tin đó nên được công bố để cử tri biết. Cử tri có biết được đại biểu của họ hoạt động như thế nào, đại biểu có tham gia hay không tham gia tích cực vào các hoạt động làm luật của Quốc hội, trên cơ sở đó mới có thể bỏ phiếu miễn nhiệm (nếu cơ quan có thẩm quyền tổ chức bỏ phiếu miễn nhiệm đối với đại biểu) hoặc bỏ phiếu cho đại biểu tái cử ở những lần bầu cử sau. ■

KỸ NĂNG GIÁM SÁT TỐI CAO VỀ XEM XÉT BÁO CÁO

Bùi Ngọc Thanh*

* TS. Nguyễn Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: giám sát tối cao, xem xét báo cáo công tác, kỹ năng của đại biểu Quốc hội

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/07/2018

Biên tập : 01/08/2018

Duyệt bài : 10/08/2018

Article Infomation:

Keywords: superime supervision; review of performance report; skills of National Assembly deputies.

Article History:

Received : 20 Jul. 2018

Edited : 01 Aug. 2018

Approved : 10 Aug. 2018

Tóm tắt:

Trong bảy hình thức giám sát tối cao của Quốc hội được quy định tại Điều 11 của Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân năm 2015 thì hình thức xem xét báo cáo công tác là hình thức duy nhất diễn ra thường xuyên ở tất cả các kỳ họp của Quốc hội trong mỗi khóa. Bởi vậy, khi bàn về kỹ năng hoạt động giám sát thì trước hết cũng ưu tiên bàn về kỹ năng giám sát của hình thức giám sát này.

Abstract

Of the seven types of superime supervisions by the National Assembly specified in Article 11 of the Law on Supervisory Activities of the National Assembly and People's Councils of 2015, the supervision of reviewing the performance report is the only one that usually takes place at every meeting sessions of the National Assembly. Therefore, when the discussions on the skills of the supervisory activities, it is first of all important to discuss the supervisory skills of this supervision of reviewing the performance reports.

I. Các quy định pháp lý về hoạt động giám sát tối cao tại kỳ họp

Hiện nay có 3 văn bản pháp luật chủ yếu quy định về hoạt động giám sát tối cao của Quốc hội tại kỳ họp, đó là:

- Hiến pháp năm 2013: Điều 70 nói về nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội, tại khoản 2 Điều này quy định, Quốc hội thực

hiện quyền giám sát tối cao việc tuân theo Hiến pháp, luật và nghị quyết của Quốc hội; xét báo cáo công tác của Chủ tịch nước, Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Hội đồng bầu cử quốc gia, Kiểm toán nhà nước và cơ quan khác do Quốc hội thành lập.

- Luật tổ chức Quốc hội năm 2014: Điều 6 ghi lại như Điều 70 Hiến pháp năm 2013.

- Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân (HĐND) năm 2015: Điều 11 nói về các hoạt động giám sát tối cao của Quốc hội, trong đó khoản 1 ghi lại như Điều 70 của Hiến pháp năm 2013; khoản 4 xem xét báo cáo giám sát chuyên đề; khoản 5 xem xét báo cáo của Ủy ban lâm thời do Quốc hội thành lập để điều tra về một vấn đề nhất định; khoản 7 xem xét báo cáo của UBTVQH về kiến nghị giám sát của UBTVQH, Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội và đại biểu Quốc hội.

Xin bàn thêm về kỹ năng xem xét các báo cáo theo Điều 13 của Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND năm 2015.

II. Kỹ năng giám sát tối cao tại kỳ họp về xem xét báo cáo công tác

Xét về thời gian thì có hai loại báo cáo công tác tại kỳ họp của Quốc hội, đó là báo cáo hằng năm và báo cáo cuối nhiệm kỳ. Và cũng có thể chia làm hai loại kỹ năng, đó là kỹ năng chung để xem xét mọi loại báo cáo và kỹ năng riêng để xem xét từng loại báo cáo. Trong quá trình xem xét (giám sát) thì lại phải phối hợp cả hai loại kỹ năng với nhau.

1. Những kỹ năng chung

1.1 Kỹ năng phân biện. Xem xét báo cáo chính là phải thể hiện chính kiến (đúng, sai; hợp lý, không hợp lý thế nào; đó chính là phân biện). Xét về nội dung thông tin của báo cáo, trong các báo cáo thường xảy ra bốn tình huống: *một là*, thông tin đúng, chuẩn xác; *hai là*, thông tin sai, không chuẩn xác; *ba là*, thông tin có đúng, có sai; *bốn là*, thông tin không rõ đúng, sai thế nào. Ngoài ra, có thể còn có thông tin lạc đề.

Đối với thông tin đúng, chuẩn xác,

đương nhiên là các đại biểu Quốc hội sẽ chấp nhận, thậm chí là tán dương. Tuy nhiên, chấp nhận hay tán dương cũng phải lập luận với lý lẽ sắc bén (nếu không muốn bị đánh giá là “mù tịt, chẳng biết gì nên toàn khen “phò mã tốt áo”, nói cho qua chuyện”) Muốn thế phải có thông tin, thông tin càng “đắt giá” càng tốt.

Đối với thông tin sai, không chuẩn xác, đương nhiên là phải chứng minh. Tuy từng vấn đề mà có thể chứng minh bằng lý lẽ hay bằng số liệu hoặc cả hai. Lý lẽ và số liệu phải làm bật ra sự mâu thuẫn giữa báo cáo và thực tế.

Đối với thông tin có đúng, có sai thì phải bóc tách ra điểm nào đúng, điểm nào sai; chi tiết nào đúng, chi tiết nào sai. Đúng vì sao, sai vì sao; chứng minh đúng, sai bằng lập luận, bằng thông tin của mình đã thu thập và đã được kiểm chứng.

Đối với thông tin chưa rõ đúng, sai thế nào thì phải yêu cầu làm rõ, sẽ phải chất vấn. Tuy nhiên đại biểu phải chứng minh cho được thông tin đó không đủ rõ là như thế nào (giả dụ, cùng một việc nhưng ở đoạn này thì nhận định là tốt; đến đoạn khác thì lại coi là hiện tượng xấu...).

1.2 Kỹ năng trình bày (nói). Trước hết cần lưu ý là, chỉ có ở lễ kỷ niệm trọng thể một ngày lịch sử hay ở một đại hội thì diễn văn hay báo cáo chính trị mới được đọc nguyên văn, còn đã là phát biểu ý kiến thì chủ yếu phải trình bày miệng (không nên nói tiếp nhau đọc các bài viết sẵn như diễn văn, nhiều khi nhầm chán vì lặp đi lặp lại thông tin). Kỹ năng trình bày miệng (nói) cũng không dễ, do vậy phải tự rèn luyện. Những lần đầu có thể phụ thuộc văn bản, giấy tờ 80-90%, sau đó rèn luyện trí nhớ, “ly khai” dần văn bản, giấy tờ, tới mức chỉ còn phụ thuộc 15-20% là đạt yêu cầu. Nghĩa là chỉ cần đề cương sơ lược là có thể phát biểu được. Khoa học quản lý đã kết luận rằng,

người cầm giấy đọc đều đều như ru ngủ thì người nghe giỏi lắm cũng chỉ vào tai độ 20% nội dung bài đọc; còn nói vo mà súc tích, dí dỏm, người nghe có thể tiếp thu 80-90% ý kiến. Người ta thường đánh giá, người nói vo, súc tích bao giờ cũng thông minh hơn nhiều so với người cầm giấy mà đọc (cầm giấy đọc thì chỉ cần thoát nạn mù chữ là làm được). Có ba cách (phương pháp) lựa chọn ngôn ngữ để trình bày ý kiến:

- Trình bày theo ngôn từ “bác học”, nghĩa là tất cả các vấn đề, mọi chi tiết đều được diễn đạt bằng các luận cứ và ngôn ngữ khoa học. Ưu điểm của phương pháp này là mọi sự kiện, mọi hiện tượng đều có khả năng luận giải đến tận cùng. Nhưng có nhược điểm là không phải ai cũng hiểu cặn kẽ được tất cả các vấn đề khoa học, nhất là những vấn đề kỹ thuật, chuyên môn hẹp và khó.

- Trình bày, diễn đạt bằng phương pháp “dân dã” một vấn đề nào đó, có thể dẫn ra một vài việc thực tế, là người nghe có thể hiểu được. Ưu điểm của phương pháp này là hầu như ai cũng hiểu, cũng nắm được vấn đề. Nhưng có nhược điểm là không thể cắt nghĩa được cặn kẽ, lý giải đến tận cùng được nhiều vấn đề, nhiều hiện tượng mang tính khoa học.

- Kết hợp từ ưu, nhược điểm của hai phương pháp trên để trình bày, có vấn đề trình bày bằng luận cứ, ngôn ngữ khoa học, có vấn đề được ví dụ bằng thực tiễn. Cấp độ, liều lượng kết hợp tùy nội dung đang được trình bày và tùy thuộc khả năng tri thức, trình độ thực tiễn và sự nhạy cảm của người trình bày. Hiện nay phương pháp kết hợp là phương pháp thông dụng được sử dụng rộng rãi ở tất cả các phiên thảo luận kinh tế - xã hội, giám sát chuyên đề, thảo luận dự án luật lần đầu và trong nhiều trường hợp khác.

1.3 Kỹ năng chuẩn bị một bài phát biểu. Thực tế các kỳ họp cho thấy, hầu hết

các đại biểu đều sử dụng hết thời lượng 7 phút cho phép, có một số đại biểu nói quá thời lượng do chuẩn bị quá nhiều nội dung; do quá giờ nên bị Chủ tọa ngắt lời. Do vậy, đại biểu nên cân nhắc “tuân thủ” một số vấn đề như là các “nguyên tắc”.

- Tuân thủ nghiêm ngặt thời lượng được phép sử dụng để chuẩn bị bài nói vừa vặn với thời lượng đó. Không nên viết quá dài, nhiều vấn đề vì sẽ phải nói quá thời lượng. Nói dài, bị ngắt lời sẽ gây ra cảm giác dang dở, sức lan tỏa của ý kiến phát biểu bị hạn chế. Do đó chỉ nên lựa chọn một, hai vấn đề phù hợp với thời lượng cho phép, đó là những vấn đề mình nắm chắc thông tin (cả lý luận và thực tiễn) và cảm thấy tâm đắc nhất và có đóng góp thiết thực; chắc chắn sẽ được nhiều người quan tâm hơn.

- Chọn lọc những chi tiết thông tin “đắt giá” nhất cho mỗi vấn đề diễn đạt trong bài nói. Sử dụng những ngôn từ đặc trưng nhất để lột tả sự việc một cách hợp lý, chính xác nhất.

- Các kiến nghị, các giải pháp nhất thiết phải “ăn nhập”, logic với tình hình (hết sức tránh tình hình một đằng, kiến nghị một nẻo).

- Xem lại và tự trình bày một vài lần, ngẫm nghĩ xem bản thân mình nghe có “lọt tai” không; sửa chữa tới mức mình ưng ý nhất trước khi được phát biểu.

Khi đã chuẩn bị chu đáo, nhuần nhuyễn rồi thì như đã nói, nên trình bày, diễn đạt bằng lời nói diễn cảm sẽ có tính thuyết phục hơn là cầm giấy đọc.

1.4 Kỹ năng tiếp nhận, xử lý thông tin. Các kỹ năng nói trên phụ thuộc nhiều vào kỹ năng này. Mỗi đại biểu phải tạo cho mình một “kho” tư liệu và tích lũy kiến thức đạt tới mức phong phú và đa dạng. Có thể ví như làm một mâm cỗ ngon thì phải có nhiều loại thực phẩm ngon, tươi sống, phong phú và đầy đủ gia vị cần thiết.

- Có nhiều cách tiếp nhận thông tin, có thể đọc tài liệu, đọc sách, báo, tạp chí; có thể nghe đài, xem truyền hình; nghe truyền đạt, nghe nói chuyện, nghe thảo luận; tìm kiếm trên các trang mạng... Vấn đề quan trọng là khi đọc, nghe, xem, nhìn, nếu có những thông tin thú vị, cần thiết thì phải lưu lại; thông tin “đắt giá” thì phải đánh dấu, có ký hiệu lưu ý để dễ tra cứu.

- Phải tiếp nhận thông tin nhanh chóng, nhạy bén và sàng lọc giỏi; phải có phương pháp đọc để đọc nhanh khi ít thời gian, thấu tóm thông tin chính xác; phải có phương pháp nghe và tinh ý khi nghe để loại bỏ những thông tin vu vơ; phải biết tổng hợp “cô đặc” thông tin và nhận định giá trị của nó và sử dụng hợp lý. Trong 7 bậc nhận thức: *Biết, Hiểu, Vận dụng, Phân tích, Tổng hợp, Đánh giá* và *Sáng tạo* thì bậc nào cũng quan trọng, nhưng đánh giá và sáng tạo là vô cùng quan trọng đối với người đại biểu dân cử.

- Trong mỗi kỳ họp, đại biểu thường được cung cấp khá nhiều tài liệu chính thức và tham khảo. Nếu không có phương pháp đọc sẽ không nắm được cốt lõi của mỗi văn bản. Có thể xem qua bố cục, các mục lớn, rồi xem kỹ những vấn đề mình quan tâm nhất hay trọng tâm nhất.

- Phải luyện tập để có đầu óc phân tích, tổng hợp thông tin theo chuyên đề, theo lĩnh vực, tìm ra mối liên hệ giữa thông tin này với thông tin khác; thông tin nào là nguyên nhân, thông tin nào là kết quả và ngược lại.

Một khi đại biểu dân cử đã có phương pháp tiếp nhận thông tin, phân tích, tổng hợp, tìm thấy mối liên hệ giữa các thông tin thì chắc chắn hoạt động giám sát của đại biểu sẽ ngày càng có hiệu quả. Tổng quát lại là, đại biểu dân cử phải cần mẫn, nhẫn nại, chịu khó ghi chép, cập nhật thông tin và phân loại. Chịu khó nghe, chắt lọc thông tin trong hội họp, làm việc là một phương pháp làm việc khoa học, có trách nhiệm và có chất lượng.

2. Kỹ năng riêng đối với mỗi loại báo cáo

Trên thực tế, có khá nhiều loại báo cáo trình Quốc hội để xem xét (giám sát), nhưng để gọn vấn đề, xin được phân chia theo “lô lớn” gồm 3 loại báo cáo: Báo cáo về lĩnh vực công tác lập pháp; báo cáo về các hoạt động của lĩnh vực hành pháp; báo cáo công tác về lĩnh vực tư pháp. Để xem xét một cách đúng hướng thì đại biểu phải nắm vững chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mỗi loại cơ quan mà mình xem xét báo cáo.

2.1 Kỹ năng xem xét báo cáo về công tác thuộc lĩnh vực lập pháp. Đó là các báo cáo của UBTVQH hàng năm và cả nhiệm kỳ về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội và UBTVQH. Báo cáo thường tập trung vào 3 chức năng của Quốc hội là lập pháp, giám sát và quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước. Gần đây có thêm một phần về hoạt động đối ngoại (ngoại giao Nghị viện). Quá trình xem xét (giám sát), về kỹ năng cần chú ý một số vấn đề sau.

- Có thể coi đây là bản kiểm điểm thực thi quyền hạn, nhiệm vụ của Quốc hội, trong đó có trách nhiệm (hoạt động) của từng đại biểu dân cử. Vì thế, việc xem xét phải khách quan, trung thực và sâu sát; phải nắm chắc chương trình, nội dung, yêu cầu của mỗi loại nhiệm vụ (xây dựng luật và pháp lệnh; chương trình hoạt động giám sát; những vấn đề cần quyết định; chương trình hoạt động đối ngoại); nắm vững kết quả thực hiện mỗi loại nhiệm vụ, nhất là những vụ việc mà mình đã tham gia.

- Ba chức năng của Quốc hội được thể hiện thành nhiệm vụ cụ thể hàng năm và cả nhiệm kỳ đều có phạm vi rộng lớn do nhiều cơ quan của Quốc hội, các Đoàn đại biểu Quốc hội cùng tiến hành, bởi vậy, cần phải làm rõ “lát cắt” phân công nhiệm vụ cho mỗi chủ thể tham gia. Tuyệt đại bộ phận các dự án luật, pháp lệnh đều do Chính phủ và các chủ thể ngoài Quốc hội trình Quốc hội, do đó, khi xem xét phải làm rõ trách nhiệm của

cơ quan trình dự án. Đồng thời, cũng phải làm rõ trách nhiệm chỉ đạo, phân công, phối hợp ở từng công đoạn và toàn bộ quy trình; trách nhiệm chuẩn bị của UBND; tinh thần làm việc, trách nhiệm của đại biểu...

Nhân đây chúng tôi cũng xin được nói thêm rằng, khi giám sát chính mình thì hầu như đại biểu Quốc hội cũng chưa thật sự làm việc hết mình, chưa mạnh dạn phát biểu đầy đủ mọi mặt, mọi góc cạnh của từng vấn đề. Các báo cáo hàng năm rất ít được giám sát độc lập.

2.2 Kỹ năng xem xét các báo cáo thuộc lĩnh vực hành pháp. Đây là lĩnh vực mà hàng năm cũng như cả nhiệm kỳ đều có nhiều báo cáo nhất. Trong đó, trọng tâm là các vấn đề kinh tế - xã hội, tài chính, ngân sách, an sinh xã hội...

- Trước hết, đại biểu dân cử phải nắm chắc luật pháp, chính sách, thậm chí là các khái niệm cơ bản về các lĩnh vực đó. Ví dụ, nói về tăng trưởng kinh tế, phải hiểu rõ nội hàm của GDP là gì, những nhân tố nào tác động tới nó; trong điều kiện nào tăng lên là tốt, là bền vững và ngược lại.

- Nên chọn trước những vấn đề thuộc lĩnh vực mình đã và đang hoạt động, trong đó cũng nên ưu tiên những việc mình nắm chắc thông tin và có nhiều kinh nghiệm. Ở một số kỳ họp Quốc hội, có đại biểu luôn so sánh giữa cơ cấu kinh tế với cơ cấu lao động để đánh giá sự tiến bộ của việc đổi mới cơ cấu nền kinh tế. Đây là một kỹ năng đáng ghi nhận, vì giữa chuyển đổi cơ cấu kinh tế và chuyển dịch cơ cấu lao động nói chung phải ăn khớp với nhau (tỷ trọng lao động khu vực nông nghiệp giảm thì tỷ trọng lao động khu vực công nghiệp, dịch vụ thường tăng lên; tỷ trọng giá trị công nghiệp, dịch vụ trong tổng GDP cũng thường tăng lên); nếu thấy bất thường thì cần phân tích, mổ xẻ để làm rõ thực chất...

- Cần so sánh giữa vĩ mô và thực tế ở vi mô xem có khác biệt gì không, để xem

mức độ đánh giá trong báo cáo có sát thực tiễn không. Ví dụ, trong một số báo cáo hàng năm của Chính phủ thường có câu: *tình hình chính trị, kinh tế, quốc phòng, trật tự, an toàn xã hội được ổn định và giữ vững...* Thực ra trong câu này phải phân biệt hai vế (hai vấn đề) để có nhận định thỏa đáng. Chính trị, kinh tế, quốc phòng được ổn định và được giữ vững là chính xác. Còn trật tự, an toàn xã hội thì khác. Thời gian gần đây và hiện nay, tình hình trật tự, an toàn xã hội hết sức đáng lo ngại. Các vụ án giết người hàng loạt (kể cả giết nhiều người trong một gia đình) đã xảy ra. Tình trạng chống người thi hành công vụ cũng không hiếm; việc đi lại của công dân không an toàn... Những năm gần đây, các cuộc biểu tình tự phát gây náo loạn ở một số nơi có chiều hướng ngày càng nghiêm trọng... Như vậy khái quát chung như báo cáo là chưa chính xác, nếu không muốn nói là chưa đúng sự thật. Vì vậy, cần phải bóc tách vấn đề, so sánh để chính xác hóa tình hình. Cần lưu ý là, từ nhận định sẽ đi đến giải pháp, nếu cứ nhận định là tình hình trật tự, an toàn xã hội đã được giữ vững thì có thể có lúc, có nơi sẽ lơ là, mất cảnh giác!

- Cần hệ thống hóa tình hình trong nhiều kỳ họp để làm rõ hoặc xử lý hợp lý một số vấn đề. Tại sao khi xây dựng kế hoạch thu chi ngân sách thì lần nào cũng căng thẳng, chật vật trong cân đối thu chi, trong đó báo cáo thường nói tình hình rất “thảm thiết” do những khó khăn về nguồn thu, mức thu, vậy mà tại sao năm nào cũng vượt mức kế hoạch thu, có năm vượt cả nghìn tỷ đồng? Có phải là cố tình “đánh đố”, nêu khó khăn để khẳng định thành tích hay không?

- Cần phân tích rõ ràng, minh bạch hơn những con số và tình hình mà lần nào Quốc hội cũng phải “miễn cưỡng” chấp nhận. Ví dụ, luôn báo cáo là hàng năm đã giải quyết được việc làm cho 1,5 đến 1,6 triệu lao động. Các con số này là thống kê cộng dồn từ các tỉnh, thành hay là điều tra chọn mẫu rồi suy rộng? Tỷ lệ thất nghiệp rất thấp nhưng tại

sao số người cụ thể thiếu việc làm và thất nghiệp toàn phần lại lớn vậy? Tại sao rừng bị tàn phá ngày càng dữ dội (phá cả rừng đầu nguồn, rừng phòng hộ) mà sao tỷ lệ độ che phủ lại đạt cao thế, vượt cả độ che phủ rừng theo thống kê trước Cách mạng tháng Tám 1945?...

Tóm lại, cần phải phát hiện cho được những mâu thuẫn, những bất hợp lý, những hiện tượng trái chiều, không bình thường để đi đến đề xuất các giải pháp tương thích, hợp lý, có hiệu quả. Điều đó đặt ra yêu cầu đối với đại biểu Quốc hội là phải nhanh chóng mở mang kiến thức, nắm vững luật pháp, chí thú với công việc. Đại biểu Quốc hội phải làm việc cật lực nếu mong muốn có đóng góp thực sự và “được cử tri biết đến”.

2.3 Kỹ năng xem xét báo cáo công tác thuộc lĩnh vực tư pháp. Đây là các báo cáo công tác hàng năm và cả nhiệm kỳ của Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao và một số báo cáo của Chính phủ về công tác thi hành án, công tác phòng, chống vi phạm pháp luật. Một số báo cáo thuộc lĩnh vực tư pháp thường có nhược điểm là rất nhiều số liệu, rất nhiều tình hình nhưng thiếu tính đúc rút, tổng kết, khái quát; thiếu dự báo tình hình và biện pháp xử lý cụ thể...

- Về kỹ năng xem xét, cũng như các báo cáo thuộc các lĩnh vực khác, đại biểu Quốc hội phải nắm vững những nội dung cơ bản của luật pháp thuộc lĩnh vực này, nhất là Bộ luật Hình sự, Bộ luật Tố tụng hình sự, Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng dân sự, Luật Thi hành án..., phải nắm chắc những quy định về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân được Hiến pháp năm 2013 quy định. Đồng thời, phải nắm chắc những nội dung quan trọng của Nghị quyết 08-NQ/TW ngày 02/01/2002 và Nghị quyết số 49 ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị Ban chấp hành trung ương khóa IX về *Một số nhiệm vụ trọng tâm của công tác tư pháp và Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020*. Đó là những căn cứ pháp lý, là tư tưởng

chính trị để xem xét, đối chiếu, đánh giá các báo cáo tư pháp.

- Ở bất kỳ lĩnh vực nào thì cán bộ (con người trong bộ máy) đều có vai trò quyết định đến kết quả công việc, công tác tư pháp liên quan trực tiếp đến sinh mệnh con người thì cán bộ tư pháp càng có vai trò đặc biệt quan trọng. Vì vậy, nên xem xét kỹ lưỡng phần bộ máy và cán bộ trong các báo cáo.

Vì sao trong hơn 30 năm đổi mới mà xã hội lại xảy ra quá nhiều vụ án và có xu hướng ngày càng tăng? Tại sao phạm nhân lại ngày càng “trẻ hóa”? Tại sao trong lĩnh vực tư pháp lại dễ xảy ra quá nhiều vụ án oan gây chấn động dư luận xã hội; vì sao cán cân công lý lại bị xô lệch như vậy? Đây là những câu hỏi chung nhất có tính chất tìm “điểm tiếp cận” để làm rõ hiện tình công tác tư pháp; làm rõ (đánh giá) tình hình đội ngũ cán bộ tư pháp.

- Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 và nhiệm vụ trọng tâm của công tác tư pháp đều nhấn mạnh nhiệm vụ: *Xây dựng đội ngũ cán bộ tư pháp và hỗ trợ tư pháp trong sạch, vững mạnh*. Vậy, sau 15 năm thực hiện, bây giờ đội ngũ này số lượng và chất lượng như thế nào? Lý giải như thế nào tình trạng lãnh đạo cấp cao trong lĩnh vực tư pháp có không ít người phạm nhiều trọng tội? Có báo cáo nào nói rõ ngọn ngành những vấn đề này chưa? Ở đây không có kỹ năng nào hơn ngoài việc chất vấn đến cùng để làm rõ vấn đề...

Nhìn chung, có thể tóm tắt như sau: Kỹ năng chính là trình độ am hiểu pháp luật; là trình độ am hiểu chuyên môn nghiệp vụ nhiều lĩnh vực; là trình độ phân tích, tổng hợp thông tin, đánh giá và sáng tạo; là phương cách diễn đạt nội dung theo một trật tự hợp lý nhất, bằng ngôn từ trong sáng, hấp dẫn và dễ tiếp thu nhất. Tổng hợp các nội dung đó chính là kỹ năng của người đại biểu Quốc hội ■

BẢO LƯU ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ VỀ QUYỀN CON NGƯỜI CỦA VIỆT NAM

Phạm Thị Bắc Hà*

* ThS. Bộ môn Công pháp quốc tế, Khoa Pháp luật Quốc tế, Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: bảo lưu điều ước quốc tế, điều ước quốc tế về quyền con người, tuyên bố bảo lưu của Việt Nam.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 01/03/2018

Biên tập : 22/05/2018

Duyệt bài : 01/06/2018

Article Infomation:

Keywords: reservation of international treaties; international treaties on human rights; reservation declaration of Vietnam

Article History:

Received : 01 Mar. 2018

Edited : 22 May 2018

Approved : 12 Jun. 2018

Tóm tắt:

Bên cạnh việc ký kết, gia nhập các điều ước quốc tế về quyền con người, với tư cách là một thành viên tích cực của cộng đồng quốc tế, Việt Nam đang tận tâm, thiện chí thực hiện các cam kết quốc tế của mình. Để có thể thực hiện đầy đủ cam kết quốc tế trong điều kiện đất nước và phù hợp với tinh thần chung của Luật Quốc tế, bảo lưu điều ước quốc tế về quyền con người là phương thức Việt Nam đã và đang thực hiện khi tham gia ký, phê chuẩn, phê duyệt hay gia nhập một số điều ước quốc tế đa phương về quyền con người.

Abstract

In addition to signing and accession to the international treaties on human rights, as an active member of the international community, Vietnam is committed to its commitment fulfillment to the signed international. In order to fully implement international commitments in the context of the country and in line with the general spirit of the international laws, the reservation of international treaties on human rights is a method that Vietnam has been followed during its conclusion, ratification, approval or accession to a number of multilateral treaties on human rights.

1. Các điều ước quốc tế đa phương về quyền con người mà Việt Nam là thành viên

Là một thành viên có trách nhiệm của cộng đồng quốc tế, góp phần xây dựng trật tự chính trị và kinh tế công bằng, dân chủ¹, Việt Nam đang hội nhập sâu rộng, hợp tác

quốc tế với các quốc gia và các tổ chức quốc tế trên nhiều lĩnh vực bao gồm cả quyền con người.

Đối với Việt Nam, quyền con người vừa là những giá trị phổ quát được thừa nhận rộng rãi đồng thời cũng phản ánh

1 Văn kiện Đại hội Đảng XI và Nghị quyết 22 của Bộ Chính trị.

những giá trị truyền thống của một dân tộc, phản ánh thành quả của cuộc cách mạng giải phóng dân tộc giành độc lập, tự do. Chính vì thế, hơn 70 năm qua, Nhà nước Việt Nam luôn nhất quán chủ trương tăng cường hợp tác quốc tế và tham gia các điều ước quốc tế (ĐUQT) về quyền con người nhằm thúc đẩy và bảo đảm các quyền của cá nhân theo đúng các chuẩn mực quốc tế.

Việt Nam bắt đầu tích cực tham gia các ĐUQT quan trọng về quyền con người ngay vào đầu những năm 80 của thế kỷ XX, trong bối cảnh kinh tế trong nước còn gặp nhiều khó khăn, phải nhờ vào sự viện trợ, giúp đỡ của các quốc gia trong khối XHCN. Việc khôi phục lại đất nước sau chiến tranh cũng là một gánh nặng quá sức đối với một dân tộc đã chịu quá nhiều mất mát trong thời kỳ kháng chiến. Tuy nhiên, vượt lên tất cả, việc tham gia các ĐUQT về quyền con người của Việt Nam trong thời kỳ này là một minh chứng đối với cả thế giới về nỗ lực của Đảng và Nhà nước Việt Nam trong sự nghiệp bảo vệ quyền con người.

Kể từ khi Tuyên ngôn thế giới về Nhân quyền được thông qua cho đến nay, đã có 13 công ước quốc tế được coi là các ĐUQT quan trọng về quyền con người được ký kết trong khuôn khổ Liên hiệp quốc (LHQ). Với tư cách thành viên LHQ, đến nay Việt Nam đã phê chuẩn và gia nhập hầu hết các công ước quốc tế về quyền con người:

- Ngày 9/6/1981, Việt Nam gửi văn kiện gia nhập 3 công ước quốc tế đầu tiên về quyền con người là Công ước về Ngăn ngừa và trừng trị tội diệt chủng năm 1948, Công ước về Xóa bỏ mọi hình thức phân biệt chủng tộc năm 1965, Công ước về Ngăn ngừa và trừng trị tội Apartheid năm 1973.

- Việt Nam gia nhập Công ước về Xóa bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ năm 1979 vào ngày 19/3/1982.

- Ngày 24/9/1982, Việt Nam gửi văn

kiện gia nhập 2 công ước tiếp theo là Công ước về Quyền dân sự và chính trị năm 1966, Công ước về Quyền kinh tế, xã hội và văn hóa năm 1966.

- Ngày 4/6/1983, Việt Nam tiếp tục gia nhập Công ước Không áp dụng những hạn chế luật định đối với tội phạm chiến tranh và tội phạm chống loài người năm 1968;

- Phê chuẩn Công ước về Quyền trẻ em năm 1989 vào ngày 28/2/1990. Tháng 12/2001, Việt Nam gửi thư phê chuẩn hai Nghị định thư Tùy chọn bổ sung Công ước về quyền trẻ em là Nghị định thư về Sử dụng trẻ em trong xung đột vũ trang và Nghị định thư về Buôn bán trẻ em, mại dâm trẻ em và văn hóa phẩm khiêu dâm trẻ em.

- Ngày 5/2/2015, Việt Nam phê chuẩn Công ước về Quyền của người khuyết tật năm 2006 và Công ước Chống tra tấn năm 1984.

Như vậy, trong tổng số 13 công ước quốc tế quan trọng về quyền con người, Việt Nam đã chính thức trở thành thành viên của 10 công ước. Đối với các công ước quốc tế còn lại như Công ước về Quyền của người lao động di cư và thành viên gia đình họ năm 1990, Công ước về Bảo vệ quyền của mọi người khỏi bị cưỡng bức mất tích năm 2006... Việt Nam đang nghiên cứu, xem xét về khả năng tham gia các công ước này.

Bên cạnh các công ước quốc tế về quyền con người ở cấp độ toàn cầu, được ký kết trong khuôn khổ LHQ, Việt Nam còn tham gia một số văn kiện về quyền con người của ASEAN. Tuy nhiên, các văn kiện về quyền con người của ASEAN chủ yếu là các văn kiện mang tính chính trị chứ chưa ràng buộc về pháp lý.

2. Nội dung tuyên bố bảo lưu của Việt Nam đối với các điều ước quốc tế về quyền con người

Việc tham gia các ĐUQT về quyền con người trong thời gian qua, đã góp phần

giúp Việt Nam bảo đảm và thúc đẩy tốt hơn các quyền con người, quyền công dân trên lãnh thổ Việt Nam. Tuy nhiên, việc tham gia các ĐUQT này cũng đặt ra một số vấn đề: (i) quy định của một số ĐUQT về quyền con người chưa có sự tương thích với pháp luật Việt Nam; (ii) một số quy định còn có khả năng làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của Việt Nam trong quan hệ quốc tế; (iii) ĐUQT về quyền con người cũng đặt ra nhiều nghĩa vụ mà một quốc gia khi trở thành thành viên cần phải thực hiện. Chính vì những vấn đề nêu trên nên Việt Nam khá thận trọng khi quyết định tham gia một số ĐUQT về quyền con người, đồng thời cũng cân nhắc thực hiện quyền bảo lưu một số quy định của ĐUQT. Bảo lưu của Việt Nam đối với các ĐUQT về quyền con người thường liên quan đến:

- Quy định hạn chế quyền tham gia ĐUQT của các quốc gia.

- Quy định về thẩm quyền của các thiết chế quốc tế được thành lập trên cơ sở các ĐUQT.

- Quy định về thẩm quyền của các cơ quan tài phán quốc tế trong việc giải quyết các tranh chấp liên quan đến giải thích hay thực hiện ĐUQT.

- Quy định về dẫn độ trên cơ sở các ĐUQT

a. Nội dung tuyên bố bảo lưu Công ước về các Quyền dân sự, chính trị và Công ước về các Quyền kinh tế, xã hội, văn hoá năm 1966

Đây là hai công ước được thông qua trong khuôn khổ Đại hội đồng LHQ vào ngày 16/12/1966. Công ước về các Quyền dân sự

và chính trị và Công ước về các Quyền kinh tế, văn hóa và xã hội phát sinh hiệu lực lần lượt từ ngày 3/1/1976² và ngày 23/3/1976³. Năm 1982, Việt Nam gia nhập hai Công ước với tuyên bố: “Quy định tại Điều 48 khoản 1 Công ước về quyền dân sự chính trị và Điều 26 khoản 1 Công ước về quyền kinh tế, văn hóa và xã hội mang tính phân biệt làm hạn chế cơ hội tham gia Công ước của một số quốc gia. Chính phủ nước CHXHCN Việt Nam cho rằng, phù hợp với nguyên tắc bình đẳng về chủ quyền giữa các quốc gia, Công ước nên được mở cho tất cả các quốc gia tham gia không có bất kỳ sự phân biệt hoặc giới hạn nào”⁴. Tuyên bố của Việt Nam liên quan đến Điều 48 khoản 1 Công ước về Quyền dân sự chính trị năm 1966 và Điều 26 khoản 1 Công ước về Quyền kinh tế, văn hóa và xã hội năm 1966. Đây là hai điều khoản quy định ở hai công ước khác nhau nhưng đều chung nội dung là: “Công ước này đề ngỏ để các nước thành viên của LHQ hoặc thành viên của bất kỳ tổ chức chuyên môn nào của LHQ hoặc cho các nước tham gia Quy chế Toà án quốc tế, cũng như những nước khác được Đại hội đồng LHQ mời tham gia Công ước này ký”⁵. Theo đó, tuyên bố Việt Nam đưa ra là nhằm bảo lưu đối với hai điều khoản này và cụ thể là hướng đến việc sửa đổi hiệu lực, phù hợp với nguyên tắc bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia. Việt Nam bảo lưu theo hướng mở rộng sự tham gia ĐUQT cho tất cả các quốc gia mà không có bất kỳ sự phân biệt nào.

b. Nội dung tuyên bố bảo lưu một số ĐUQT khác về quyền con người

* *Bảo lưu quy định hạn chế quyền tham gia của các quốc gia*

2 Căn cứ Điều 27 Công ước về Quyền kinh tế, văn hóa, xã hội.

3 Căn cứ theo Điều 49 Công ước về các Quyền dân sự, chính trị; riêng quy định tại Điều 41 về Ủy ban nhân quyền đến ngày 28/3/1979 mới phát sinh hiệu lực phù hợp với Khoản 2 Điều 41.

4 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en#EndDec

5 <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>

Tương tự như bảo lưu đối với hai Công ước về Quyền dân sự, chính trị và Công ước về Quyền kinh tế, xã hội, văn hoá, Việt Nam cũng đưa ra tuyên bố bảo lưu đối với quy định của một số ĐUQT hạn chế quyền tham gia ĐUQT của các quốc gia như Điều 11 Công ước Ngăn ngừa và trừng trị tội diệt chủng năm 1948, Điều 17 Công ước về Xóa bỏ mọi hình thức phân biệt chủng tộc năm 1965, Điều 5 Công ước về Không áp dụng các hạn chế luật định đối với tội phạm chiến tranh và tội phạm chống nhân loại năm 1968... Ví dụ, tuyên bố của Việt Nam về Bảo lưu Công ước Không áp dụng các hạn chế luật định đối với tội phạm chiến tranh và tội phạm chống nhân loại năm 1968 có nội dung: “Chính phủ nước CHXHCN Việt Nam thấy rằng, phù hợp với nguyên tắc bình đẳng về chủ quyền giữa các quốc gia, Công ước nên để tất cả các quốc gia tham gia mà không có bất kỳ sự phân biệt đối xử hay hạn chế nào”⁶.

Khi tham gia vào các ĐUQT, Việt Nam quan tâm tới điều khoản về quy chế thành viên. Nhiều điều ước khi quy định về quy chế thành viên đã hạn chế một số quốc gia tham gia điều ước. Theo quan điểm của Việt Nam, điều đó không phù hợp với nguyên tắc bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia. Hơn nữa, các ĐUQT ra đời thường điều chỉnh các vấn đề mang tính toàn cầu, xuyên quốc gia với mục đích mở rộng phạm vi, do đó, việc càng nhiều quốc gia tham gia thì điều ước đó càng ảnh hưởng rộng khắp hơn, nếu hạn chế các quốc gia tham gia thì mục đích đó khó đạt được.

** Bảo lưu quy định liên quan đến thẩm*

quyền giải quyết tranh chấp của cơ quan tài phán quốc tế

Việt Nam đưa ra tuyên bố bảo lưu đối với thẩm quyền của Tòa án Công lý quốc tế và các cơ quan tài phán quốc tế khác trong việc giải quyết các tranh chấp liên quan đến việc giải thích, thi hành quy định của ĐUQT (cơ sở lập luận để đưa ra những tuyên bố bảo lưu này tương tự như đối với các ĐUQT về ngoại giao, lãnh sự đã được phân tích ở trên). Việt Nam bảo lưu Điều 22 Công ước về Xóa bỏ mọi hình thức phân biệt chủng tộc năm 1965, Điều 9 Công ước về Ngăn ngừa và trừng trị tội diệt chủng năm 1948, Điều 29 khoản 1 Công ước về Xóa bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ năm 1979, Điều 30 khoản 1 Công ước Chống tra tấn năm 1984...

Trong văn kiện phê chuẩn Công ước xóa bỏ mọi hình thức phân biệt chủng tộc năm 1965, Việt Nam đưa ra bảo lưu: “Chính phủ nước CHXHCN Việt Nam không bị ràng buộc bởi các quy định tại Điều 22 Công ước⁷ và tuyên bố rằng bất kỳ tranh chấp nào liên quan đến việc giải thích hay áp dụng Công ước chỉ được đưa ra trước Tòa án Công lý quốc tế nếu được sự đồng ý của tất cả các bên”.

Tương tự, trong văn kiện phê chuẩn Công ước về Xóa bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ năm 1979, Việt Nam tuyên bố: “Trong quá trình thực hiện Công ước, nước Cộng hòa XHCN Việt Nam không bị ràng buộc bởi quy định tại Điều 29 khoản 1”⁸. Cụ thể, Điều 29 khoản 1 Công ước quy định: “Bất kỳ tranh chấp nào giữa hai hay nhiều quốc gia thành viên liên quan đến việc

6 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&clang=_en

7 Điều 22 Công ước quy định “Bất kỳ tranh chấp nào giữa hai hay nhiều quốc gia thành viên liên quan đến việc giải thích hay áp dụng công ước mà không được giải quyết thông qua đàm phán hay bằng thủ tục được quy định trong Công ước thì theo yêu cầu của bất kỳ bên nào trong tranh chấp sẽ được giải quyết tại Tòa Công lý quốc tế LHQ, trừ trường hợp các bên chấp thuận phương thức giải quyết khác.

8 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en#EndDec

giải thích hay áp dụng Công ước mà không được giải quyết bằng đàm phán thì theo yêu cầu của một trong các bên sẽ được đệ trình ra trọng tài. Nếu trong vòng 6 tháng từ ngày yêu cầu đưa ra trọng tài các bên không thỏa thuận được về tổ chức của trọng tài thì bất kỳ bên tranh chấp nào có thể đệ trình tranh chấp lên Tòa án Công lý quốc tế phù hợp với Quy chế Tòa”.

** Bảo lưu quy định liên quan đến thẩm quyền của các thiết chế quốc tế được thành lập trên cơ sở các ĐUQT về quyền con người*

Một số ĐUQT về quyền con người thành lập các Ủy ban công ước để giám sát việc thực hiện ĐUQT như Ủy ban công ước về quyền dân sự, chính trị; Ủy ban công ước về quyền kinh tế, xã hội và văn hoá; Ủy ban chống tra tấn; Ủy ban công ước chống phân biệt đối xử với phụ nữ; Ủy ban quyền trẻ em... Thẩm quyền của các ủy ban này rất rộng tập trung chủ yếu vào việc giám sát việc thực thi các nghĩa vụ thành viên; đưa ra các khuyến nghị, bình luận hướng dẫn thực hiện điều ước;... đặc biệt một số ủy ban còn có thể tiếp nhận các khiếu kiện cá nhân hoặc tiến hành điều tra trên lãnh thổ quốc gia thành viên.

Cơ cấu tổ chức và thẩm quyền của các ủy ban hoặc được quy định trực tiếp trong ĐUQT có liên quan như Công ước Chống tra tấn, Công ước Quyền trẻ em... hoặc được quy định trong các nghị định thư tùy chọn bổ sung công ước như Nghị định thư bổ sung Công ước về Quyền dân sự, chính trị; Nghị định thư bổ sung Công ước về Quyền kinh tế, xã hội và văn hoá; Nghị định thư bổ sung Công ước về Xoá bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ...

Nhằm bảo đảm nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia, nguyên tắc không can thiệp vào công việc nội bộ của quốc gia

khác, hướng tới việc bảo đảm quyền và lợi ích của quốc gia, cũng như cần có sự chuẩn bị cần thiết để thực thi nghĩa vụ thành viên, Việt Nam hoặc chưa tham gia các nghị định thư bổ sung hoặc tiến hành bảo lưu quy định của ĐUQT liên quan đến một số thẩm quyền của các ủy ban công ước như thẩm quyền điều tra trên lãnh thổ quốc gia thành viên hoặc thẩm quyền tiếp nhận các khiếu kiện cá nhân (các thẩm quyền khác Việt Nam không bảo lưu).

Trong văn kiện phê chuẩn Công ước Chống tra tấn năm 1984, Việt Nam đưa ra tuyên bố: “Cộng hòa XHCN Việt Nam, phù hợp với Điều 28 khoản 1 không công nhận thẩm quyền của Ủy ban quy định tại Điều 20...”. Ủy ban chống tra tấn được thành lập theo quy định tại Điều 17 Công ước gồm 10 chuyên gia được các quốc gia thành viên bầu, có tính tới sự phân bố công bằng về địa lý và lợi ích của sự tham gia của những người có kinh nghiệm pháp luật. Thẩm quyền của Ủy ban được quy định tại Điều 19, Điều 20. Trên cơ sở quy định tại Điều 28 khoản 1 Công ước “Mỗi quốc gia thành viên có thể, tại thời điểm ký, phê chuẩn hoặc gia nhập Công ước này, tuyên bố quốc gia đó không công nhận thẩm quyền của Ủy ban nói ở Điều 20”. Việt Nam bảo lưu nhằm loại bỏ thẩm quyền của Ủy ban này trong việc kiểm tra thông tin và có thể tiến hành điều tra khi Ủy ban nhận được thông tin đáng tin cậy chứa đựng những dấu hiệu có cơ sở là việc tra tấn đang được tiến hành một cách có hệ thống trên lãnh thổ của một quốc gia thành viên.

** Bảo lưu quy định liên quan đến dẫn độ trên cơ sở các ĐUQT*

Một số ĐUQT về quyền con người mà Việt Nam đã ký kết hoặc gia nhập như: Công ước Chống tra tấn năm 1984, Nghị định thư

9 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_en#EndDec

bổ sung Công ước Quyền trẻ em liên quan đến buôn bán trẻ em, mại dâm trẻ em và văn hóa phẩm khiêu dâm trẻ em năm 2000 quy định về dẫn độ những người thực hiện hành vi bị coi là tội phạm. Theo đó, ĐUQT đã ký là cơ sở pháp lý để tiến hành hoạt động dẫn độ giữa Việt Nam với các quốc gia thành viên điều ước. Tuy nhiên, khi tham gia các ĐUQT này, Việt Nam đều cân nhắc bảo lưu. Theo quan điểm của Việt Nam, phù hợp với luật pháp quốc tế và thực tiễn các nước, cơ sở pháp lý tiến hành hoạt động dẫn độ là các ĐUQT song phương chuyên biệt quy định trực tiếp về dẫn độ hoặc trên cơ sở nguyên tắc có đi có lại. Các ĐUQT về quyền con người là các ĐUQT đa phương. Nếu coi các điều ước này là cơ sở để tiến hành dẫn độ thì chưa thực sự phù hợp.

- Khẳng định sự cam kết mạnh mẽ của Việt Nam đối với việc thực hiện Công ước về Quyền trẻ em, Việt Nam cũng ký và nộp Thư phê chuẩn hai Nghị định thư là Nghị định thư bổ sung của Công ước liên quan đến buôn bán trẻ em, mại dâm trẻ em và văn hóa phẩm khiêu dâm trẻ em năm 2000¹⁰ và Nghị định thư bổ sung của Công ước về Quyền trẻ em liên quan đến việc sử dụng trẻ em trong xung đột vũ trang năm 2000¹¹. Đây là hai văn bản pháp lý quốc tế quan trọng cụ thể hóa Điều 11, Điều 34, Điều 35 và Điều 38 của Công ước về Quyền trẻ em. Trong văn kiện phê chuẩn, Việt Nam đưa ra bảo lưu đối với Điều 5 khoản 1, 2, 3 và 4 về dẫn độ đối với các tội phạm quy định tại Điều 3 khoản 1 Nghị định thư bổ sung Công ước Quyền trẻ em liên quan đến buôn bán trẻ em, mại dâm

trẻ em và văn hóa phẩm khiêu dâm trẻ em năm 2000. Tuy nhiên, vào ngày 26/3/2009, Chính phủ Việt Nam đã gửi thông báo rút bảo lưu tới Tổng thư ký LHQ¹². Điều này thể hiện sự thiện chí hợp tác của Việt Nam với các quốc gia thành viên trong đấu tranh phòng, chống loại tội phạm đặc biệt liên quan đến một trong những đối tượng dễ bị tổn thương nhất, đó là trẻ em.

- Đối với Công ước Chống tra tấn năm 1984, ngoài bảo lưu một số thẩm quyền của Ủy ban công ước (như phân tích ở phần trên), nội dung tuyên bố bảo lưu của Việt Nam còn ghi nhận: "... Cộng hòa XHCN Việt Nam không coi Công ước là cơ sở pháp lý trực tiếp cho việc dẫn độ đối với các tội phạm quy định tại Điều 4 Công ước. Việc dẫn độ sẽ được quyết định trên cơ sở điều ước về dẫn độ mà Việt Nam đã ký kết hoặc trên cơ sở nguyên tắc có đi có lại và phải phù hợp với pháp luật và quy định của Việt Nam"¹³.

** Bảo lưu quy định khác của ĐUQT*

Tham gia Công ước về ngăn ngừa và trừng trị tội diệt chủng năm 1948, tuyên bố bảo lưu của Việt Nam có nội dung: "Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam không chấp nhận Điều 12 của Công ước và cho rằng, tất cả các điều khoản của Công ước nên được áp dụng cả đối với các vùng lãnh thổ đã giành được quyền tự quản, bao gồm cả các vùng lãnh thổ quản thác"¹⁴. Nội dung bảo lưu này liên quan đến phạm vi áp dụng của Công ước và thể hiện quan điểm của Việt Nam đối với thực tế tồn tại cũng như vai trò của các

10 Nghị định thư không bắt buộc về buôn bán trẻ em, mại dâm trẻ em và văn hóa phẩm khiêu dâm trẻ em, bổ sung cho Công ước về quyền trẻ em được thông qua ngày 25/5/2000 và có hiệu lực từ ngày 18/1/2002. Việt Nam ký ngày 8/9/2000 và phê chuẩn ngày 20/1/2001.

11 Nghị định thư không bắt buộc về việc sử dụng trẻ em trong xung đột vũ trang được thông qua ngày 25/5/2000 và có hiệu lực từ ngày 12/2/2002. Việt Nam ký ngày 8/9/2000 và phê chuẩn ngày 20/1/2001.

12 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-11-c&chapter=4&clang=_en#EndDec

13 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_en

14 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en

vùng lãnh thổ đã giành được quyền tự quản trong quan hệ quốc tế.

Như vậy, trong các ĐUQT về quyền con người được ký kết trong khuôn khổ LHQ mà Việt Nam tham gia, Việt Nam đã đưa ra bảo lưu đối với điều khoản trong 7 ĐUQT và không đưa ra bảo lưu đối với 3 ĐUQT là Công ước về Quyền trẻ em năm 1989, Công ước về Quyền của người khuyết tật năm 2006 và Công ước về Ngăn ngừa và trừng trị tội Apartheid năm 1973. Nhìn chung, các bảo lưu của Việt Nam trong lĩnh vực quyền con người tập trung vào bảo lưu quy định hạn chế quyền tham gia ĐUQT của quốc gia, quy định về thẩm quyền của ủy ban công ước, quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp phát sinh liên quan đến việc giải thích hay áp dụng các quy định của công ước và quy định xác định công ước là cơ sở pháp lý trực tiếp cho việc dẫn độ.

3. Kiến nghị

Nhìn chung, bảo lưu ĐUQT về quyền con người của Việt Nam phù hợp với các quy định của luật quốc tế cũng như luật quốc gia. Tuy nhiên, cùng với quá trình phát triển của đất nước, trong bối cảnh hiện nay, theo chúng tôi, Việt Nam nên rút bảo lưu liên quan đến dẫn độ tội phạm được quy định trong ĐUQT về quyền con người.

Dẫn độ tội phạm là một trong những điều khoản được Việt Nam bảo lưu nhiều nhất trong những công ước về đấu tranh phòng chống tội phạm, bao gồm cả các tội phạm xâm phạm đến quyền con người. Về phương diện pháp lý, bảo lưu của Việt Nam phù hợp với quy định của Công ước và nguyên tắc cơ bản của Luật Quốc tế. Tuy nhiên, về phương diện thực tiễn, dẫn độ tội phạm tồn tại nguyên tắc có đi có lại. Theo đó, trong trường hợp nếu các quốc gia thành viên bảo lưu điều khoản dẫn độ đồng thời

cũng không có thỏa thuận riêng về vấn đề này sẽ dẫn đến việc hợp tác đấu tranh phòng chống tội phạm được ghi nhận trong Công ước không đạt được hiệu quả như mong đợi của các quốc gia. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, Việt Nam nên rà soát lại cơ chế cũng như pháp luật trong nước để rút bảo lưu về dẫn độ tội phạm ở một số ĐUQT. Quá trình này không phải rút toàn bộ mà hoàn toàn có thể xem xét rút dần để bảo đảm hiệu quả thực thi của Việt Nam. Thực tế cho thấy, Việt Nam đã từng rút bảo lưu đối quy định về dẫn độ tội phạm được quy định tại Khoản 1 Điều 3 Nghị định thư bổ sung Công ước Quyền trẻ em liên quan đến buôn bán trẻ em, mại dâm trẻ em và văn hóa phẩm khiêu dâm trẻ em năm 2000 vào ngày 26/3/2009¹⁵. Vì vậy, Việt Nam có thể xem xét tiếp tục rút bảo lưu điều khoản dẫn độ tội phạm được quy định trong các ĐUQT khác như Công ước Chống tra tấn và các hình thức đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục con người năm 1984.

Nhìn chung, tham gia vào sân chơi quốc tế và cùng với sự phát triển của đất nước, Việt Nam nên dần xây dựng cơ chế vừa bảo đảm sự tận tâm, thiện chí thực hiện điều ước vừa mang lại hiệu quả cho quốc gia từ chính việc thực thi Công ước. Để làm được điều đó, bên cạnh xây dựng, sửa đổi các quy phạm pháp luật còn cần xây dựng hệ thống giám sát việc thực thi quy định đó.

Với tư cách là một thành viên tích cực của cộng đồng quốc tế, trên nhiều lĩnh vực, Việt Nam đã nỗ lực thực hiện thiện chí các cam kết của mình. Bảo lưu ĐUQT là một công cụ pháp lý được Việt Nam sử dụng hiệu quả để bảo đảm việc thực thi các điều ước phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của luật quốc tế cũng như điều kiện quốc gia ■

15 https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-c&chapter=4&clang=_en#EndDec

GÓP VỐN DƯỚI GÓC ĐỘ QUYỀN TỰ DO KINH DOANH

Nguyễn Thị Thu Trang*

* ThS. Trường Đại học Kinh tế - Luật

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Quyền tự do kinh doanh, vốn

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 21/12/2017

Biên tập : 20/01/2018

Duyệt bài : 02/02/2018

Tóm tắt:

Quyền tự do kinh doanh là quyền kinh tế của con người. Quyền tự do kinh doanh của con người được thực hiện thông qua hoạt động góp vốn, huy động vốn, thay đổi vốn và thoái vốn. Vì vậy, để đảm bảo quyền con người nói chung, quyền tự do kinh doanh nói riêng, pháp luật cần tôn trọng quyền tự do góp vốn, huy động vốn, thay đổi vốn và thoái vốn. Bài viết tiếp cận những quyền nêu trên dưới góc độ so sánh để thấy được sự phát triển, tương thích của pháp luật Việt Nam với pháp luật các quốc gia trên thế giới; chỉ ra những điểm bất cập trong chế định vốn kinh doanh của Việt Nam và đưa ra những khuyến nghị hoàn thiện pháp luật nhằm bảo vệ quyền con người nói chung và quyền tự do kinh doanh nói riêng.

Article Information:

Keywords: Freedom of business, capital.

Article History:

Received : 21 Dec. 2017

Edited : 20 Jan. 2018

Approved : 02 Feb. 2018

Abstract

Business freedom is an economic right of human beings. In particular, it is realized through activities of contributions, capital mobilization, change or divestment in projects. Therefore, to ensure the human rights generally and the business freedom particularly, the law should respect the freedom in contribution, mobilization, change, and divestment of capital. This article is based on the approach of above issues under the comparative perspective to understand the development and compatibility between Vietnamese laws and the law of countries from all over the world. Besides, the article also provides the inadequate issues in Vietnam's provisions on business capital and also recommended solutions for further improvements of the legal environment for protecting human rights in general and business freedom in particular.

1. Quyền tự do góp vốn

Góp vốn xét từ phương diện kinh tế,

là việc tạo ra tài sản cho công ty, nhằm đảm

bảo những chi phí trong hoạt động của công

ty và đảm bảo quyền lợi của các chủ nợ. Xét từ phương diện pháp lý, góp vốn là hành vi chuyển giao tài sản hay đưa tài sản vào sử dụng trong hoạt động kinh doanh để đổi lấy quyền lợi từ công ty¹, theo đó, người góp vốn không nhận được bất kỳ một khoản tiền nào từ việc chuyển giao vốn vào công ty nhưng nhận được giá trị khác là quyền lợi trong công ty. Đảm bảo quyền tự do góp vốn là đảm bảo được chủ thể kinh doanh có cơ hội tiếp cận và tìm kiếm quyền lợi trong công ty - nơi chủ thể đó góp vốn. Để đánh giá được quyền tự do góp vốn vào doanh nghiệp trong pháp luật của một quốc gia thì phải đánh giá được sự thừa nhận tính đa dạng của các loại tài sản góp vốn và tính đơn giản về điều kiện góp vốn.

Khi tiếp cận về vốn, hình thức của vốn đa dạng và thể hiện ở 4 loại như sau: vốn kinh tế (tiền và tài sản); vốn văn hoá (hàng hóa và dịch vụ văn hoá, cũng bao gồm các chứng chỉ giáo dục); vốn xã hội (mạng lưới và người quen) và vốn biểu tượng (đề cập đến tính hợp pháp)². Tuy vậy, không phải loại “vốn” nào cũng được thừa nhận là vốn góp vào doanh nghiệp. Trên thế giới, pháp luật nhiều nước ghi nhận các loại “tài sản” góp vốn gồm: tiền, hiện vật, đất đai, quyền hưởng dụng, quyền sở hữu trí tuệ, trí tuệ, công sức và sản nghiệp thương mại³.

Điều 35 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định về tài sản góp vốn: “1. Tài sản góp vốn có thể là Đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng, giá trị quyền sử dụng đất, giá trị quyền sở hữu trí tuệ, công nghệ, bí quyết kỹ thuật, các tài sản khác có thể định giá được bằng Đồng Việt Nam...”.

Đối với quyền góp vốn của nhà đầu tư nước ngoài, Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Nghị định số 96/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 hướng dẫn một số điều của Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã chính thức bỏ quy định hạn chế tỷ lệ góp vốn và mua cổ phần của các nhà đầu tư nước ngoài. Đây là một bước tiến rất lớn trong việc đảm bảo sự bình đẳng giữa nhà đầu tư trong nước và nước ngoài; đồng thời, có thể thấy, quyền tự do góp vốn của nhà đầu tư nước ngoài được mở rộng hơn rất nhiều so với giai đoạn trước đây.

Trong quá trình phát triển, pháp luật Việt Nam có sự thay đổi quy định về tài sản góp vốn, điều kiện góp vốn để tương đồng với pháp luật của các quốc gia trên thế giới và phù hợp với điều ước quốc tế mà Việt Nam tham gia. Sự thay đổi của pháp luật có tác động tích cực tới số lượng doanh nghiệp được thành lập mới và nguồn vốn góp vào doanh nghiệp. Điều đó thể hiện rõ thông qua bảng thống kê về doanh nghiệp Việt Nam 15 năm đầu thế kỷ XXI sau:

- 1 Xem Nguyễn Như Phát (2009), Quyền sở hữu cá nhân - Cội nguồn của tự do kinh doanh trong nền kinh tế thị trường, Quyền con người: tiếp cận đa ngành và liên ngành khoa học xã hội (Võ Khánh Vinh Chủ biên), Nxb. Khoa học Xã hội, Hà Nội, tr. 88.
- 2 Navarro, Z. (2006), “In search of a cultural interpretation of power: the contribution of Pierre Bourdieu”, IDS bulletin, 37(6), P.17.
- 3 Xem Phạm Tuấn Anh (2009), Góp vốn thành lập công ty theo pháp luật Việt Nam, Luận văn ThS, Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.34-62.

Bảng 1. Thống kê nguồn vốn các doanh nghiệp tại thời điểm 31/12

Nội dung Năm	Tổng số doanh nghiệp <i>(Doanh nghiệp)</i>	Tổng số doanh nghiệp FDI <i>(Doanh nghiệp)</i>	Nguồn vốn chủ sở hữu <i>(Tỷ đồng)</i>	Nguồn vốn chủ sở hữu doanh nghiệp FDI <i>(Tỷ đồng)</i>
2000	39.069	1.528	370.660	108.737
2005	106.616	3.697	806.817	225.935
2010	279.360	7.248	3.750.995	681.071
20115	442.485	11.940	7.399.890	1.669.604

Nguồn: Tổng cục Thống kê⁴

Từ số liệu thống kê tại Bảng 1 cho thấy, quyền tự do góp vốn đã tác động làm tăng số lượng doanh nghiệp thành lập mới và tăng vốn góp vào doanh nghiệp. Đặc biệt, sự gia tăng đáng kể vốn góp của nhà đầu tư nước ngoài vào các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài trong vòng 15 năm gần đây. Tuy nhiên, nhằm đảm bảo quyền tự do góp vốn của chủ thể kinh doanh chúng tôi cho rằng, pháp luật Việt Nam cần có một số chỉnh sửa, bổ sung sau đây:

Thứ nhất, được góp vốn bằng công sức lao động: Pháp luật Việt Nam không ghi nhận hình thức góp vốn bằng “tri thức” và “công sức lao động”. Tuy nhiên, kinh nghiệm của một số nước cho thấy, phân vốn góp bằng công sức lao động không được tính vào vốn của công ty, nhưng người góp vốn bằng công sức lao động được nhận cổ phần của công ty, có quyền chia lãi và tài sản có, đồng thời cũng phải chịu lỗ⁵. Sự thừa nhận góp vốn bằng sức lao động nhưng áp dụng một cách uyển chuyển, khéo léo không tính vào vốn của công ty nhưng là cơ sở để chia lãi và chịu lỗ. Quy định này làm tăng cơ hội tham gia vào doanh nghiệp và tìm kiếm lợi nhuận của các chủ thể. Con người có thể

góp công sức lao động của mình vào công ty với tư cách chủ thể thành lập thay vì là người làm thuê. Vì vậy, pháp luật Việt Nam nên thừa nhận hình thức góp vốn này.

Thứ hai, được góp vốn bằng tri thức: Hiện nay, thế giới đang hướng tới phát triển nền kinh tế tri thức. Tri thức không còn là khái niệm mơ hồ mà nó đã trở thành một tài sản quý của mỗi cá nhân, của tổ chức. Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế (OECD) và Diễn đàn Hợp tác Kinh tế châu Á - Thái Bình Dương (APEC) đã ghi nhận: “Kinh tế tri thức là nền kinh tế trong đó sự sản sinh ra, truyền bá và sử dụng tri thức là động lực chủ yếu nhất của sự tăng trưởng, tạo ra của cải, tạo ra việc làm trong tất cả các ngành kinh tế”⁶. Vì vậy, để tạo động lực phát triển kinh tế và tôn trọng quyền con người, pháp luật Việt Nam cần thừa nhận hình thức góp vốn bằng tri thức.

Thứ ba, quy định về tài sản cần mang tính khái quát: Tài sản là một tập hợp các quyền trên vật có hiệu lực loại trừ quyền của chủ thể khác⁷. Dù tiếp cận tài sản dưới góc độ là động sản và bất động sản hay là quyền của chủ thể đối với vật thì cách tiếp cận của các quốc gia là khái quát chứ không liệt kê

4 Tổng cục Thống kê (2017), Doanh nghiệp Việt Nam 15 năm đầu thế kỷ (2000-2014), Nxb. Thống kê, Hà Nội, tr.171.

5 Xem Article 1843-2 Civil Code of France.

6 Đặng Hữu (2004), Kinh tế tri thức - Thời cơ và sự thách thức đối với sự phát triển của Việt Nam, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, Tr.98.

7 Ngô Huy Cương (2003), Tổng quan về tài sản, Tạp chí Khoa học kinh tế - luật”, ĐHQGHN, Số 3/2003.

cụ thể. Cách quy định này nhằm bảo đảm sự ổn định, tránh để xảy ra thiếu sót. Tuy nhiên, quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về tài sản được thiết kế theo phương pháp liệt kê các loại tài sản. Phương pháp này vô hình chung bỏ sót những “tài sản vô hình” như tri thức, sức lao động, mối quan hệ, danh tiếng,... Để tránh những bất cập này, chúng tôi cho rằng, quy định của Bộ luật Dân sự Việt Nam về tài sản nên được sửa đổi theo hướng khái quát hơn.

2. Quyền tự do huy động vốn và thay đổi vốn điều lệ

Quyền huy động vốn và thay đổi vốn điều lệ là quyền của doanh nghiệp. Thông qua quyền tự do huy động vốn và thay đổi vốn điều lệ của doanh nghiệp, các cá nhân đã gián tiếp thực hiện quyền con người của mình. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014: (i) Doanh nghiệp phát hành cổ phiếu và trái phiếu doanh nghiệp không cần phải “xin phép”⁸; (ii) Các loại hình doanh nghiệp dễ dàng huy động vốn theo nhiều hình thức khác nhau⁹; (iii) Doanh nghiệp được quyền tăng, giảm vốn điều lệ theo quy định¹⁰. Quy định này cho thấy, quyền huy động vốn và quyền thay đổi vốn điều lệ của doanh nghiệp khá dễ dàng.

Nhìn chung, các quốc gia đều ghi nhận quyền huy động vốn và tăng vốn điều lệ thông qua việc góp thêm vốn, kết nạp thành viên mới hoặc phát hành cổ phiếu ra công chúng. Những quy định đó tương đồng với pháp luật Việt Nam. Riêng với quy định về giảm vốn điều lệ, quy định của pháp

luật một số quốc gia có những điểm khác biệt nhất định. Có thể lấy ví dụ về quy định của pháp luật Singapore. Theo quy định của Luật Công ty Singapore, một công ty có thể giảm vốn của mình theo các hình thức sau đây: (i) *Trường hợp giảm vốn*: chấm dứt hoặc giảm bớt khoản nợ đối với phần vốn góp chưa được thanh toán; huỷ bỏ vốn đã góp nhưng bị mất hoặc không còn trong tài sản có sẵn; trả phần vốn góp cho cổ đông mà phần vốn được hoàn trả là phần cao hơn mức công ty cần¹¹; (ii) *Điều kiện giảm vốn*: công ty đại chúng (public company) và công ty tư nhân (private company) để được giảm vốn điều lệ thì công ty phải đáp ứng yêu cầu “khi giảm vốn điều lệ vẫn phải đảm bảo khả năng thanh toán và công khai thông tin theo quy định của pháp luật”¹². Riêng với công ty trách nhiệm vô hạn (unlimited company), việc giảm vốn điều lệ không bị ngăn cản¹³.

Như vậy, quy định về giảm vốn điều lệ của pháp luật doanh nghiệp Việt Nam và Singapore có sự khác biệt sau:

Thứ nhất, pháp luật về doanh nghiệp của Việt Nam quy định giảm vốn điều lệ theo hình thức mua lại vốn góp của các thành viên hoặc cổ đông, thông qua hình thức giảm vốn này, thành viên hoặc cổ đông bảo vệ quyền lợi của mình khi yêu cầu công ty mua lại phần vốn góp¹⁴. Trong khi đó, pháp luật về doanh nghiệp Singapore không quy định điều này;

Thứ hai, pháp luật về doanh nghiệp của Singapore chỉ nêu việc hoàn trả vốn góp chung chung (không quy định tỷ lệ) và

8 Xem Khoản 3, Điều 110 và Điều 127 Luật Doanh nghiệp năm 2014; Nghị định số 90/2011/NĐ-CP về phát hành trái phiếu doanh nghiệp; Luật Chứng khoán năm 2006; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Chứng khoán năm 2010; Nghị định số 58/2012/NĐ-CP Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Chứng khoán và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Chứng khoán; và Nghị định số 60/2015/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 58/2012/NĐ-CP.

9 Xem Điều 68, 87 và Khoản 5, Điều 111 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

10 Xem Điều 68, 87, 181 và Khoản 5, Điều 111 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

11 Article 78A(1) Company Act of Singapore.

12 Xem Article 78B(1) và 78C(1) Company Act of Singapore .

13 Xem Article 78A(5) Company Act of Singapore.

14 Xem Điều 52 và Điều 129 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

đảm bảo điều kiện còn khả năng thanh toán sau khi hoàn trả vốn góp. Với quy định này, việc hoàn trả vốn góp theo Luật Công ty của Singapore dễ dàng hơn so với Luật Doanh nghiệp Việt Nam;

Thứ ba, pháp luật về doanh nghiệp Singapore ghi nhận trường hợp giảm vốn do việc mất hoặc không còn tài sản đã góp vào công ty thì công ty có thể điều chỉnh giảm vốn điều lệ nhưng pháp luật doanh nghiệp Việt Nam không ghi nhận trường hợp này. Đây được xem là điểm thiếu sót của pháp luật doanh nghiệp Việt Nam và làm giảm cơ hội của doanh nghiệp khi muốn giảm vốn điều lệ.

Trên cơ sở những phân tích so sánh nêu trên, chúng tôi cho rằng, để đảm bảo quyền tự do huy động vốn và thay đổi vốn điều lệ, pháp luật về doanh nghiệp của Việt Nam cần được hoàn thiện theo hướng sau:

Thứ nhất, đối với công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) 2 thành viên và công ty cổ phần (CTCP): bổ sung quy định được giảm vốn điều lệ khi công ty hoàn trả vốn góp cho thành viên hoặc cổ đông nếu phần vốn đó vượt quá nhu cầu của công ty.

Thứ hai, đối với CTCP: bổ sung quy định được giảm vốn điều lệ trong các trường hợp như: (1) Giảm hoặc loại bỏ vốn đại diện bởi cổ phần mà cổ phiếu không cho lưu hành nữa; (2) Mua hoặc mua lại cổ phiếu đang lưu hành hoặc vốn đại diện cho cổ phần đã được mua hoặc mua lại, hoặc phần vốn chưa được phân bổ; (3) Áp dụng chuyển đổi hoặc trao đổi cổ phiếu hoặc vốn đại diện cho cổ phần hoặc cả hai dẫn đến tổng số vốn lớn hơn tổng mệnh giá cổ phần; (4) Bằng cách chuyển sang phần dư (i) một phần hoặc toàn bộ vốn không được đại diện bởi bất kỳ loại vốn cổ phần nào; (ii) một phần hoặc toàn bộ số vốn được đại diện bởi cổ phần phát hành với mệnh giá nhất định, vốn vượt quá tổng mệnh giá của cổ phần đó; Hoặc (iii) một số vốn được đại diện bởi cổ phần phát hành của phần vốn cổ phần không có mệnh giá; (5) Các trường hợp khác được pháp luật quy định.

Thứ ba, đối với CTCP và công ty TNHH 2 thành viên trở lên: bỏ quy định “giảm vốn điều lệ bằng cách hoàn trả lại vốn góp sau hơn 2 năm hoạt động kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp”. Thay vào đó, doanh nghiệp giảm vốn điều lệ khi doanh nghiệp hoàn trả lại phần vốn góp của các thành viên hoặc cổ đông theo tỷ lệ vốn góp mà họ sở hữu nhưng doanh nghiệp vẫn đảm bảo khả năng thanh toán các khoản nợ và nghĩa vụ tài chính khác sau khi giảm vốn điều lệ.

Thứ tư, đối với công ty TNHH 1 thành viên: bỏ quy định “giảm vốn điều lệ bằng cách rút lại vốn góp sau hơn 2 năm hoạt động kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp”. Thay vào đó, doanh nghiệp giảm vốn điều lệ khi chủ sở hữu doanh nghiệp hoàn rút vốn một phần góp mà doanh nghiệp vẫn đảm bảo khả năng thanh toán các khoản nợ và nghĩa vụ tài chính khác sau khi giảm vốn điều lệ.

3. Quyền tự do định đoạt lợi nhuận và thoái vốn

Việt Nam cũng như các quốc gia trên thế giới đều tôn trọng và ghi nhận quyền tự do thoái vốn của các chủ thể khi tham gia hoạt động kinh doanh. Theo đó, các chủ thể có quyền rút vốn thông qua các phương thức sau: chuyển nhượng vốn góp, chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp để thu hồi vốn và rút vốn theo quy định của pháp luật. Nhìn chung, quyền thoái vốn của con người khỏi doanh nghiệp có sự tương đồng giữa pháp luật các nước nên quyền này là quyền phổ quát trên phạm vi toàn cầu.

Đối với quyền chuyển lợi nhuận về nước, Điều 11 Luật Đầu tư Việt Nam năm 2014 quy định: “Sau khi thực hiện đầy đủ nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước Việt Nam theo quy định của pháp luật, nhà đầu tư nước ngoài được chuyển ra nước ngoài các tài sản sau đây: 1. Vốn đầu tư, các khoản thanh lý đầu tư; 2. Thu nhập từ hoạt động đầu tư kinh doanh; 3. Tiền và tài sản khác

thuộc sở hữu hợp pháp của nhà đầu tư”. Đến thời điểm này, nhà đầu tư nước ngoài không phải nộp khoản “thuế chuyển lợi nhuận ra nước ngoài”. Rõ ràng, các nhà đầu tư dễ dàng chuyển lợi nhuận ra nước ngoài, đồng nghĩa với việc quyền tự do kinh doanh được tôn trọng và trở nên phổ quát trong pháp luật đầu tư Việt Nam.

Bên cạnh đó, pháp luật Việt Nam còn có nhiều quy định nhằm đảm bảo quyền lợi của các nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam cũng như nhà đầu tư Việt Nam ở nước ngoài liên quan tới thu nhập của họ. Tính đến ngày 10/8/2016, Việt Nam đã ký Hiệp định tránh đánh thuế hai lần và ngăn ngừa việc trốn lậu thuế thu nhập với 75 nước/vùng lãnh thổ trên thế giới¹⁵. Các nhà đầu tư nước ngoài dễ dàng chuyển lợi nhuận về nước và đảm bảo tối đa lợi nhuận thu được vì không phải chịu những khoản thuế bất hợp lý hoặc bị đánh thuế nhiều lần cho cùng một nguồn thu ở các quốc gia, vùng lãnh thổ khác nhau.

Bên cạnh quyền tự do chuyển lợi nhuận về nước, nhà đầu tư tại Việt Nam còn có quyền tự do thoái vốn. Nhà đầu tư có quyền thoái vốn thông qua một số hình thức sau: chuyển nhượng vốn góp hoặc cổ phần; rút vốn khỏi doanh nghiệp; yêu cầu doanh nghiệp mua lại vốn góp; chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp để thu hồi vốn.

Các quốc gia trên thế giới đều ghi nhận các hình thức thoái vốn giống với quy định của pháp luật Việt Nam. Để đánh giá được mức độ tự do, dễ dàng của hoạt động thoái vốn của nhà đầu tư cần phải xem xét đến chính sách thuế của các quốc gia liên quan tới hoạt động này. Một trong những chính sách thuế liên quan tới quyền tự do thoái vốn của nhà đầu tư là thuế thặng dư vốn (capital

gain tax)¹⁶.

Quy định về thuế thặng dư vốn của các quốc gia là khác nhau nên có ảnh hưởng khác nhau tới hoạt động thoái vốn của nhà đầu tư. Trên thế giới hiện nay, giống với Việt Nam, có khá nhiều nước không đánh thuế thặng dư vốn như Singapore, Bỉ, Thụy Sĩ,... Tại các quốc gia này, nhà đầu tư không bị đánh thuế thặng dư vốn nên việc thoái vốn diễn ra thuận lợi và quyền lợi của nhà đầu tư hoàn toàn được đảm bảo. Tuy vậy, một số quốc gia có quy định khá rõ về áp thuế đối với thặng dư vốn. Theo pháp luật Hoa Kỳ, Nhà nước sẽ đánh thuế dựa trên mức tăng lên của vốn, loại vốn và đối chủ sở hữu vốn mà có thuế suất khác nhau trong các thời điểm khác nhau¹⁷. Theo pháp luật Pháp, Nhà nước áp thuế đối với thặng dư vốn với mức thuế suất khác nhau cho các đối tượng khác nhau là công dân Pháp, công dân thuộc EU và các quốc gia khác¹⁸. Mức thuế suất thặng dư vốn theo pháp luật thuế của Pháp có thể thay đổi theo thời gian nhằm tăng nguồn thu và điều tiết nền kinh tế.

Việt Nam không đánh thuế thặng dư vốn. Theo chúng tôi, việc không áp dụng loại thuế này đã giúp các nhà đầu tư có lợi ích rất lớn, nghĩa là các nhà đầu tư đầu tư tại Việt Nam khi thoái vốn và giá trị vốn góp tăng họ không phải nộp thuế cho khoản thặng dư vốn này. Vì vậy, các nhà đầu tư rất dễ dàng thoái vốn và không phải nộp thuế. Quy định này giúp cho các nhà đầu tư tự do trong hoạt động thoái vốn nói riêng và tự do kinh doanh nói chung.

Hiện nay, một số nước như Pháp, Hoa Kỳ đều áp dụng thuế thặng dư vốn. Việc áp dụng loại thuế này sẽ khiến các nhà đầu tư phải cân nhắc kỹ lưỡng trước khi thoái vốn,

15 Nguồn Tổng cục Thống kê - Bộ Tài chính.

16 Thuế thặng dư vốn là một loại thuế đánh trên lượng vốn do cá nhân hay doanh nghiệp thu được. Lượng vốn này là khoản lãi mà nhà đầu tư thu được từ việc bán các tài sản vốn tại một mức giá cao hơn mức giá khi họ mua tài sản này.

17 Quy định chi tiết tại 2015 US Code, Title 26 - Internal Revenue Code, Subtitle A - Income Taxes, Chapter 1 - Normal Taxes and Surtaxes, Subchapter P - Capital Gains and Losses (Sections 1201 - 1298).

18 Tham khảo Moore Stephens(2016),Doing Business in France 2016, London, P.21-22.

bởi lẽ, khi thoái vốn, họ phải nộp một khoản tiền thuế thặng dư vốn cho Nhà nước. Ngày nay, tư tưởng mới tập trung vào ba điểm mấu chốt trong mối quan hệ giữa doanh nghiệp với quyền con người đó là: trách nhiệm kinh tế, trách nhiệm xã hội và trách nhiệm với môi trường¹⁹. Các doanh nghiệp trong hoạt động của mình luôn phải có trách nhiệm với xã hội. Chúng tôi cho rằng, phổ quát hóa quyền tự do kinh doanh nói chung và quyền tự do thoái vốn nói riêng không phải là chỉ đưa ra những quy định để tuyệt đối hóa quyền của các chủ thể kinh doanh, mà

còn phải đảm bảo quyền lợi của các chủ thể khác, đảm bảo lợi ích của cộng đồng và ràng buộc trách nhiệm của chủ thể kinh doanh với xã hội. Vì vậy, trước mắt Việt Nam có thể chưa quy định về thuế thặng dư vốn để thu hút các nhà đầu tư nhằm phát triển kinh tế. Nhưng về lâu dài, đến một thời điểm phù hợp, Việt Nam cần áp dụng thuế thặng dư vốn. Thuế suất của loại thuế thặng dư vốn ở mỗi thời điểm khác nhau sẽ áp dụng mức thuế suất khác nhau để quyền lợi của nhà đầu tư vẫn được đảm bảo nhưng vẫn hài hòa với lợi ích của cộng đồng■

Tài liệu tham khảo:

1. 8 Delaware Code (2016)
2. 2015 US Code, Title 26 - Internal Revenue Code, Subtitle A - Income Taxes, Chapter 1 - Normal Taxes and Surtaxes, Subchapter P - Capital Gains and Losses (Sections 1201 - 1298)
3. Louis Bach (1999), *Droit Civil, Tome 1, 13e Edition*, Sirey
4. Bộ luật Dân sự năm 2015.
5. Civil Code of France.
6. Company Act of Singapore.
7. Nguyễn Quang Duy (2017), “*Hoàn thiện pháp luật về góp vốn bằng tài sản vô hình ở Việt Nam*”, Tạp chí Dân chủ và pháp luật (Online), Truy cập ngày 10/09/2017 <http://tcdcl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/xay-dung-phap-luat.aspx?ItemID=328>
8. Đặng Hữu (2004), *Kinh tế tri thức - Thời cơ và sự thách thức đối với sự phát triển của Việt Nam*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội.
9. Doreen McBarnet(2005), “*Human Rights, Corporate Responsibility and the New Accountability*”, Human rights and the moral responsibilities corporate and public sector organizations, Kluwer Academic Publishers, New York.
10. Nguyễn Đức Minh (2010), “*Quyền tự do kinh doanh của công dân và nhà nước thuế*”, Quyền con người – Tiếp cận đa ngành và liên ngành luật học (Võ Khánh Vinh Chủ biên), Nxb. Khoa học Xã hội.
11. Nhà pháp luật Việt – Pháp (2009), *Từ điển thuật ngữ pháp luật Pháp – Việt*, Nxb. Từ điển Bách Khoa, Hà Nội.
12. Nghị định số 102/2010/NĐ-CP ngày 01/ 10 / 2010 hướng dẫn một số điều Luật Doanh nghiệp năm 2005.
13. Nghị định số 96/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 hướng dẫn một số điều của Luật Doanh nghiệp năm 2014.
14. Nguyễn Thị Lan (2016), “*Chính sách ưu đãi thuế đối với hoạt động đầu tư nước ngoài*”, Tạp chí Tài chính, kỳ 2 số 4/2016.
15. Luật Chứng khoán Việt Nam năm 2006.
16. Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Chứng khoán Việt Nam năm 2010.
17. Luật Doanh nghiệp Việt Nam năm 2014.
18. Moore Stephens (2016), *Doing Business in France 2016*, London.
Navarro, Z. (2006), “*In search of a cultural interpretation of power: the contribution of Pierre Bourdieu*”, IDS bulletin, 37(6).

19 Doreen McBarnet(2005), “*Human Rights, Corporate Responsibility and the New Accountability*”, Human rights and the moral responsibilities corporate and public sector organizations, Kluwer Academic Publishers, New York, P.63.

CƠ CẤU TỔ CHỨC TRONG CÁC TRƯỜNG ĐẠI HỌC CÔNG LẬP THEO DỰ THẢO LUẬT SỬA ĐỔI, BỔ SUNG LUẬT GIÁO DỤC ĐẠI HỌC

Nguyễn Ngọc Sơn*

* TS. Trường Đại học Tôn Đức Thắng.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung Luật Giáo dục đại học; bất cập; tổ chức quản lý trường đại học; Hội đồng trường; Hiệu trưởng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 30/06/2018

Biên tập : 28/07/2018

Duyệt bài : 03/08/2018

Tóm tắt:

Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Giáo dục đại học năm 2012 hiện đang được soạn thảo. Một trong những cơ sở quan trọng khi xây dựng Dự án luật này là những định hướng từ Nghị quyết số 19-NQ/TW về tiếp tục đổi mới hệ thống tổ chức và quản lý, nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động của các đơn vị sự nghiệp công lập được Ban Chấp hành trung ương thông qua ngày 25/10/2017 (Nghị quyết 19-NQ/TW). Tuy nhiên, Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung Luật Giáo dục đại học hiện chưa quán triệt đầy đủ, trọn vẹn các định hướng ghi trong Nghị quyết 19-NQ/TW. Do vậy, Dự thảo Luật này cần phải tiếp tục bổ sung, hoàn thiện.

Article Infomation:

Keywords: The bill of law on amendments of the Law on Higher Education; shortcomings; university organization and management; university council; the university principal.

Article History:

Received : 30 Jun. 2018

Edited : 28 Jul. 2018

Approved : 03 Aug. 2018

Abstract

The law on amendments of a number of articles under the Law on Higher Education of 2012 is currently being developed. One of the important grounds for this bill is the orientation in the Resolution No. 19-NQ/TW on continuation for renovation of the organization and management system of, improvement of the quality and efficiency of the performance of the public service units approved by the Central Committee on 25 Oct. 2017 (the Resolution 19-NQ/TW). However, it does not seem that the bill of law to amend the Law on Higher Education is not fully undertaken and fully described in the Resolution 19-NQ / TW. Therefore, this draft law needs to receive further improvements.

1. Mô hình tổ chức quản lý trường đại học

1.1 Bất cập trong quy định về mô hình tổ chức quản lý trường đại học

Cơ cấu tổ chức của trường đại học được quy định tại Điều 14 Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Giáo

dục đại học (GDĐH) năm 2012¹ (Dự thảo Luật). So sánh quy định của Dự thảo Luật và Điều 14 Luật GDĐH hiện hành, chúng tôi nhận thấy, quy định về cơ cấu tổ chức của trường đại học công lập theo Khoản 1 gần như không có thay đổi so với Luật GDĐH hiện hành. Sự thay đổi chỉ là bổ sung thêm mô hình quản lý của trường đại học tư thục và đại học có vốn nước ngoài. Đồng thời, từ Khoản 1 đến Khoản 3 Điều 14 của Dự thảo Luật, Ban soạn thảo đã có sự phân loại trường đại học theo vốn sở hữu và thiết kế mô hình quản trị khác nhau. Trong đó có ba mức độ khác nhau về bộ máy quản lý của trường đại học:

- Với trường đại học công lập, mô hình quản lý được thiết kế bao gồm: Hội đồng trường; Hiệu trưởng và các Phó hiệu trưởng; Phòng, Ban chức năng và Khoa, Bộ môn.

- Với các trường tư thục, mô hình quản lý bao gồm: Đại hội đồng cổ đông (hoặc Chủ tịch trường hoặc Hội đồng quản trị); Hội đồng quản trị; Hiệu trưởng và các Phó hiệu trưởng; Phòng, Ban chức năng và Khoa, Bộ môn; và Ban kiểm soát.

- Trường đại học có từ 51% vốn đầu tư nước ngoài trở lên được tự quyết định cơ cấu tổ chức.

Chúng tôi cho rằng, cách quy định này là lỗi thời, bất bình đẳng và không phù hợp với tinh thần của Nghị quyết 19-NQ/TW.

Sự lỗi thời thể hiện ở việc phân chia mô hình quản lý theo vốn góp. Ngay từ năm 2005, Quốc hội đã ban hành Luật Doanh nghiệp trên tinh thần xóa bỏ sự phân biệt về vốn góp khi quản lý các doanh nghiệp, dù đó là vốn Nhà nước, vốn tư nhân hay vốn nước ngoài. Nhưng, Dự thảo Luật lại tạo ra sự phân biệt rõ ràng, mỗi loại trường đại học có cơ cấu quản lý khác nhau tùy theo nguồn vốn đầu tư. Rõ ràng, sự phân biệt này hoàn toàn chưa thoát được tư duy “bao

cấp” và “hành chính hóa” trong quản lý giáo dục, nhất là quản lý các cơ sở đào tạo công lập. Cho đến nay, với tinh thần đổi mới cơ chế quản lý các đơn vị sự nghiệp công lập theo Nghị quyết 19/NQ-TW, các đơn vị sự nghiệp sẽ được quản lý theo mô hình doanh nghiệp. Chỉ khi các đơn vị sự nghiệp (trong đó có các trường đại học) được quản lý theo mô hình doanh nghiệp, Nhà nước mới có cơ hội giảm bớt sự bao cấp và gánh nặng tài chính, gánh nặng nhân sự... và các đơn vị sự nghiệp có cơ hội hoạt động hiệu quả trong môi trường cạnh tranh.

Sự bất bình đẳng thể hiện ở chỗ, theo Điều 14 của Dự thảo Luật, các trường đại học có vốn nước ngoài từ 51% trở lên được toàn quyền định đoạt mô hình quản lý. Các trường đại học còn lại đều phải tuân theo mô hình quản lý do luật định, bị áp dụng chế độ kiểm soát không khác gì Luật GDĐH hiện hành và các cơ quan quản lý nhà nước có thể can thiệp khá sâu vào việc bổ nhiệm các chức danh chủ chốt, nhất là Thành viên Hội đồng trường và Hiệu trưởng. Như vậy, các trường đại học công lập và tư thục phải có cơ cấu quản lý chặt chẽ trong khi các trường đại học có vốn nước ngoài lại “được thả nổi” về mô hình quản trị. Điều này tạo nên “vùng tự do” trong quản lý và vùng này dành riêng cho các trường có vốn nước ngoài. Sự bất bình đẳng này là mối nguy cơ lớn cho cả một quá trình quản lý giáo dục và chắc chắn tạo nên sự bất lợi cho các trường đại học công lập và tư thục khi hoạt động ngay trên lãnh thổ Việt Nam.

Hơn nữa, với các trường đại học có vốn đầu tư nước ngoài từ 51% trở lên (lưu ý chỉ là *vốn đầu tư nước ngoài* - chưa cần chủ thể đầu tư là một trường danh tiếng hoặc không danh tiếng, thậm chí có thể là nhà đầu tư chưa có kinh nghiệm giáo dục), pháp luật hoàn toàn không quy định về cơ

1 Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật GDĐH (Dự thảo lần thứ ba) tại: http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1394&LanID=1524&TabIndex=1

cấu quản lý, tiêu chuẩn của người đứng đầu, chức danh đại diện theo pháp luật, và cũng chẳng quy trách nhiệm cho bất kỳ ai ngoài nhà đầu tư. Điều này đặt ra hàng loạt vấn đề pháp lý (i) ai sẽ là người chịu trách nhiệm chính về chương trình và chất lượng đào tạo; (ii) trường đại học có vốn đầu tư nước ngoài có là pháp nhân theo pháp luật Việt Nam không; (iii) trong những trường hợp có sự lừa đảo trong đào tạo, chúng ta sẽ quy trách nhiệm cho ai và ai là người có trách nhiệm giải trình?...

Chúng tôi cho rằng, sự khác biệt giữa các trường đại học theo vốn sở hữu đơn giản là chỉ khẳng định chủ sở hữu của trường đó là ai. Do đó, sự khác biệt trong cơ cấu quản lý giữa các trường đại học công lập, đại học tư thục và đại học tư thục có vốn nước ngoài chỉ đơn giản là cơ quan đại diện chủ sở hữu là cơ quan nào và cách thức thành lập, cách thức vận hành của cơ quan đó. Tất cả các chế định khác như chế định về hiệu trưởng, về bộ máy điều hành, bộ máy chuyên môn là phải giống nhau. Phải có sự bình đẳng về quản lý theo nguyên tắc *đã tự do định đoạt thì tất cả đều có cơ hội giống nhau hoặc đã kiểm soát chặt thì việc kiểm soát chặt phải áp dụng chung* cho mọi trường đại học. Nếu Ban soạn thảo cho rằng, có những quy định chỉ có thể áp dụng cho các trường trong nước mà không thể áp dụng cho các trường có vốn đầu tư nước ngoài thì rõ ràng, phải xem lại giá trị đích thực của quy định đó và xác định có cần thiết áp dụng quy định đó cho các trường đại học có vốn đầu tư trong nước hay không.

Bên cạnh đó, *Dự thảo Luật không phù hợp với thực tiễn hoạt động của khối các trường đại học công lập và chưa theo định hướng của Nghị quyết 19-NQ/TW*. Nghị quyết 19-NQ/TW phân hóa rõ đơn vị sự nghiệp công lập tự chủ hoàn toàn và chưa tự chủ (ở đây là các cơ sở GDĐH tự chủ hoàn toàn và cơ sở giáo dục đại học chưa tự chủ). Đặc biệt, Nghị quyết nêu rõ các giải pháp tổng thể, toàn diện trong cải cách bộ máy

quản lý của các cơ sở GDĐH tự chủ hoàn toàn. Đối với tổ chức quản lý của các đơn vị sự nghiệp tự chủ hoàn toàn, Nghị quyết 19-NQ/TW có nêu định hướng tại tiểu mục 5, mục III “Áp dụng mô hình quản trị đối với các đơn vị sự nghiệp tự bảo đảm chi thường xuyên và chi đầu tư như mô hình quản trị doanh nghiệp”. Rất tiếc, Dự thảo Luật chỉ đặt ra một mô hình chung cho cả hai loại hình đại học công lập (dù có tự chủ hay không) mà chưa phân hóa mô hình quản lý riêng cho các cơ sở GDĐH tự chủ hoàn toàn, chưa thiết kế theo mô hình quản trị doanh nghiệp đối với nhóm trường đại học tự chủ.

1.2 Kiến nghị sửa đổi

Từ các phân tích nêu trên, giải pháp cần làm khi xây dựng cơ cấu quản lý của các trường đại học theo Điều 14 trong Dự thảo Luật là:

- Phải đảm bảo xây dựng được mô hình quản trị chung và tối thiểu cho các trường đại học. Trong đó, ngay cả các trường đại học có vốn đầu tư nước ngoài (dù mức đầu tư là bao nhiêu) cũng phải tuân thủ cơ cấu tối thiểu trong quản lý và điều hành. Cơ cấu này gồm các nội dung sau: những bộ phận quản trị cơ bản (Hội đồng trường, Hội đồng quản trị, Đại hội đồng cổ đông...); chức danh điều hành và nguyên tắc xác định người đại diện theo pháp luật; xác định người (hoặc nhóm người) có trách nhiệm cao nhất trước pháp luật, trước người học và các đối tác...

- Đối với các trường đại học công lập đã tự chủ về tài chính hoàn toàn, mô hình quản lý phải tuân thủ đúng định hướng: “Áp dụng mô hình quản trị đối với các đơn vị sự nghiệp tự bảo đảm chi thường xuyên và chi đầu tư như mô hình quản trị doanh nghiệp” tiểu mục 5, mục III của Nghị quyết 19-NQ/TW. Các cơ quan, chức danh quản lý điều hành (trừ Hội đồng trường) của trường đại học công lập tự chủ tài chính được áp dụng tương tự các trường tư thục. Các chức vụ quản lý khác ngoài Hội đồng trường của một trường đại học công lập tự chủ tài chính phải được áp dụng theo các tiêu chuẩn, quy

trình theo quy định áp dụng cho trường tư thực. Bởi theo quy định trong Dự thảo Luật, mô hình quản lý của trường đại học tư thực hoàn toàn giống với mô hình quản lý của một doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp 2014. Chỉ khi quy định như vậy, chúng ta mới đảm bảo: sự tuân thủ đúng định hướng của Nghị quyết 19-NQ/TW; khuyến khích các trường tự chủ và sự tạo sự bình đẳng trong hoạt động giữa trường tư và trường công tự chủ.

- Điều 14 nên phân chia thành các nhóm nội dung trong cơ cấu quản lý và tổ chức của một trường đại học để tránh nhầm lẫn về chức năng, nhiệm vụ và vai trò của từng bộ phận như sau: 1) Bộ máy quản lý, các cơ quan và chức danh quản lý điều hành bao gồm: cơ quan quản lý có thẩm quyền cao nhất: Hội đồng trường của Trường công lập (tương tự là Đại hội đồng cổ đông, Hội đồng quản trị của Trường tư thực...); cơ quan điều hành (Hiệu trưởng); và Ban kiểm soát (đối với Trường tư thực); 2) Cơ cấu tổ chức: trường đại học ngoài trụ sở chính còn có thể có các phân hiệu (giống chi nhánh của một doanh nghiệp); cơ sở thực hành, tổ chức phục vụ đào tạo, nghiên cứu khoa học và chuyển giao công nghệ; văn phòng đại diện (việc thành lập văn phòng đại diện là quyền cơ bản của một tổ chức, đơn vị sự nghiệp); doanh nghiệp, cơ sở kinh doanh khác do trường đại học lập theo Luật Doanh nghiệp (nếu có). 3) Tổ chức chuyên môn: các Khoa, Bộ môn, Tổ chức khoa học và công nghệ; Hội đồng khoa học và đào tạo; các Hội đồng tư vấn. Trên cơ sở phân định này, chúng ta thiết kế rõ sự phân bổ quyền lực và khả năng can thiệp vào chuyên môn, quản lý và điều hành của từng bộ phận. Đồng thời, Điều 14 sẽ tránh được sự phức tạp, trộn lẫn các nội dung khác về bản chất vào cùng một quy định.

2. Hội đồng trường

2.1 Bất cập trong quy định về Hội đồng trường

Những điểm mới trong quy định về Hội đồng trường trong Dự thảo Luật không

làm thay đổi bản chất trong tổ chức và hoạt động của Hội đồng trường. Dự thảo Luật đang lặp lại nguyên văn Khoản 2 Điều 16 Luật GDDH hiện hành, “Hội đồng trường là tổ chức quản trị, đại diện quyền sở hữu của nhà trường...”. Nếu theo tinh thần Nghị quyết 19-NQ/TW (tiểu mục 5, Mục III), có thể thấy, Dự thảo Luật chưa tiếp thu nguyên tắc đã đặt ra là “Nâng cao hiệu lực, hiệu quả cơ chế Hội đồng trường trong các Trường đại học theo hướng, Hội đồng trường là cơ quan thực quyền cao nhất của Trường đại học”.

Dự thảo Luật có nhiều thay đổi về thẩm quyền cho Hội đồng trường. Tuy nhiên, điểm đ Khoản 2 Điều 16 Dự thảo Luật đặt ra cơ chế khá phức tạp và chưa mạnh dạn giao quyền tự chủ cho các trường đại học công lập khi Hội đồng trường “quyết định nhân sự Hiệu trưởng và các Phó hiệu trưởng trình cơ quan quản lý có thẩm quyền công nhận”. Quy định này chưa hợp lý và chưa đảm bảo tinh thần tự chủ mà Nghị quyết 19-NQ/TW đã đặt ra. Theo đó, (1) Dự thảo Luật giao quyền quyết định nhân sự Ban Giám hiệu cho Hội đồng trường nhưng lại đặt ra cơ chế “công nhận” và giao quyền “công nhận” cho cơ quan quản lý có thẩm quyền. Hội đồng trường hoàn toàn không là cơ quan có quyền cao nhất về nhân sự của trường đại học. Mặc dù Dự thảo Luật không sử dụng từ “cơ quan chủ quản”, song với sự xuất hiện của cụm từ “cơ quan quản lý có thẩm quyền” cho thấy, “cơ quan chủ quản” vẫn tiếp tục tồn tại trong việc quản lý một trường đại học công lập; (2) Vấn đề phát sinh là khi tiếp tục tồn tại mô hình quản lý “cơ quan chủ quản” thì Luật GDDH cũng cần phải định rõ thẩm quyền, phạm vi, khả năng và cách thức can thiệp vào hoạt động của cơ quan chủ quản đối với trường đại học. Trường đại học chỉ có thể tự chủ theo đúng định hướng của Nghị quyết 19-NQ/TW khi xác định rõ thẩm quyền, cách thức cũng như phạm vi quản lý của cơ quan chủ quản. Rất tiếc, Dự thảo Luật hoàn toàn không có quy định về giới hạn quản lý của cơ quan chủ quản đối

với các trường đại học. Hạn chế này có thể tạo ra cơ hội cho sự quản lý và can thiệp của các cơ quan quản lý một cách tùy tiện, sâu rộng vào các trường và phá vỡ hoàn toàn kế hoạch xây dựng mô hình tự chủ đối với các cơ sở đào tạo đại học công lập.

2.2 Kiến nghị sửa đổi

Thứ nhất, thay đổi cách quản lý các cơ sở đào tạo đại học bằng việc tăng cường sự tự chủ và tự chịu trách nhiệm cho các cơ sở này. Vấn đề tự chủ không thể là “khâu hiệu” và chỉ được thể hiện trong các “chính sách, chủ trương” mà phải là thể hiện bằng pháp luật. Trong đó, việc tự chủ phải thể hiện dứt khoát và mạnh mẽ trong mô hình quản lý. Luật GDĐH phải được sửa đổi triệt để về mô hình quản trị theo đúng định hướng của Nghị quyết 19-NQ/TW. Về mô hình quản trị, chúng ta nên xây dựng Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung Luật GDĐH theo cách thức sau:

Một là, đối với các trường đại học công lập, Nhà nước quản lý thông qua Hội đồng trường. Do đó, cơ chế duy nhất để thực hiện quyền sở hữu nhà nước đối với Trường đại học là Hội đồng trường. Theo đó, Nhà nước cử đại diện quản lý bằng cách bổ nhiệm các thành viên của Hội đồng trường. Đối chiếu với mô hình quản trị các doanh nghiệp, chủ sở hữu các công ty quản trị thông qua bộ máy đại diện (cô đồng quản lý qua việc bầu Hội đồng quản trị); khi đã cử đại diện, chủ sở hữu trao quyền quyết định cho Hội đồng quản trị để quyết định việc quản lý doanh nghiệp. Mô hình này đã và đang áp dụng cho các doanh nghiệp nhà nước. Áp dụng tương tự với các trường đại học công lập, Nhà nước cần phải quản lý thông qua Hội đồng trường. Tuy nhiên, có các vấn đề cần phải thể hiện rõ:

- Phải có quy định khẳng định vai trò của Hội đồng trường theo đúng tinh thần của Khoản 5 Tiêu mục III, Nghị quyết 19-NQ/TW là “Hội đồng trường là cơ quan thực quyền cao nhất của Trường đại học; Bí thư Đảng ủy kiêm Chủ tịch Hội đồng trường”.

- Hội đồng trường là cơ quan bắt buộc

trong các Trường đại học công lập, bao gồm trường tự chủ và trường chưa tự chủ.

- Phải có quy định rõ cơ quan nào có thẩm quyền bổ nhiệm Thành viên Hội đồng trường;

- Chủ tịch Hội đồng trường là chức vụ quản lý chứ không phải là chức danh như Dự thảo Luật đang quy định tại Khoản 7 Điều 16.

Hai là, một khi Hội đồng trường được xác lập là cơ quan đại diện chủ sở hữu và là cơ quan thực thi quyền cao nhất của Trường đại học thì tất yếu bộ máy điều hành (các thành viên Ban giám hiệu, Trưởng phó Phòng, Ban, Khoa...) phải được tạo lập theo đúng nguyên tắc tự chủ của đơn vị sự nghiệp công lập. Đối với các trường đại học công lập đã tự chủ về tài chính hoàn toàn, ngoài việc đảm bảo áp dụng đúng mô hình quản trị doanh nghiệp cho nhóm các trường đại học này, chúng tôi cho rằng, Ban soạn thảo cần soạn lại các quy định của Dự thảo Luật như sau:

- Về nguyên tắc, một trường đại học công lập tự chủ hoàn toàn về tài chính không phải và không bao giờ còn là một đơn vị sự nghiệp công lập bao cấp, nên khung pháp luật áp dụng cho mô hình này tuyệt đối không còn là cơ chế quản lý hành chính và cơ chế quản lý bao cấp.

- Đại học công lập tự chủ hoàn toàn được quản trị như doanh nghiệp và không áp dụng chế độ “công chức” đối với mọi chức vụ quản lý và người lao động. Vì thế, không áp dụng bất cứ quy định về công chức nào đối với bất kỳ nhân sự nào của trường (bao gồm và không giới hạn ở các thành viên Ban giám hiệu - kể cả Hiệu trưởng, Trưởng, phó các Phòng, Ban, Khoa, Giảng viên, Viên chức...). Trong cơ chế này, chúng ta không định tuổi bổ nhiệm, nhiệm kỳ, tuổi về hưu (nếu còn làm việc tốt và còn được nhà trường tín nhiệm và ký hợp đồng thuê làm việc)...;

- Hội đồng trường của một trường đại

học nói chung và trường đại học tự chủ hoàn toàn chỉ có thực quyền khi pháp luật và Nhà nước mạnh dạn thực hiện cơ chế “bỏ Bộ chủ quản và bỏ cơ chế chủ quản”. Hội đồng trường chọn Hiệu trưởng và quyết nghị bổ nhiệm. Hiệu trưởng chọn Phó hiệu trưởng trở xuống và quyết định bổ nhiệm.

- Đã được quản trị như doanh nghiệp thì đại học công lập tự chủ hoàn toàn phải được quản trị theo Luật Doanh nghiệp (về bộ máy quản lý, về sáp nhập, chia tách, giải thể, thành lập...). Dự thảo Luật không nên quy định bên trong đại học công lập tự chủ có bao nhiêu cấp tổ chức. Đó là quyền của Hội đồng trường. Tùy theo tình hình phát triển của trường và nhu cầu xã hội, Hội đồng trường quyết định nhà trường có mấy cấp quản lý. Bên trong đại học có thể có Trường trực thuộc, Khoa, Phân hiệu, Cơ sở, Phòng, Ban, đơn vị sản xuất, công ty... Việc Dự thảo Luật tự chế định các cấp quản lý nội bộ của một đơn vị tự chủ là đi ngược với xu thế tự chủ và ngược lại với định hướng cụ thể của Nghị quyết 19-NQ/TW. Pháp luật giao quyền quyết định về các cấp quản lý nội bộ của trường cho Hội đồng trường. Hội đồng trường còn có quyền chọn và quyết định Hiệu trưởng thì việc quyết định cơ cấu quản lý và tổ chức nội bộ của trường phải giao cho Hội đồng trường thì Hội đồng trường mới có thực quyền và là cơ quan có quyền cao nhất trong Trường theo đúng tinh thần của Nghị quyết 19-NQ/TW.

- Tất cả những vấn đề còn lại: đầu tư, mua sắm, quy chế chi tiêu, liên kết nước ngoài, liên doanh, liên kết, quyết định cho nhân sự đi nước ngoài, tổ chức hội thảo quốc tế, việc tổ chức Đảng - Đoàn thể trong Nhà trường... đều áp dụng theo Luật Doanh nghiệp hoặc áp dụng theo các Quy định đối với đại học tự thực, đại học có vốn đầu tư nước ngoài.

- Là doanh nghiệp đặc biệt, thuộc sở hữu nhà nước trong lĩnh vực giáo dục dù là tự chủ hoàn toàn; nên đại học tự chủ phải được hưởng các ưu đãi về thuế: phải miễn

thuế thu nhập doanh nghiệp (hiện nay các trường đều đang bị áp loại thuế này); miễn thuế trị giá gia tăng đối với các hoạt động kinh doanh, miễn thuế thu nhập từ tiền lãi do Ngân hàng trả (hiện nay các trường đều đang bị áp loại thuế này)... nhằm có nguồn tài chính tài trợ học bổng cho con em nghèo và con em diện chính sách (Ngân sách Nhà nước không cần tài trợ nữa); được giao đất không qua đấu giá, miễn tiền thuê và tiền sử dụng đất...

3. Quy định về Hiệu trưởng

3.1 *Bất cập trong các quy định về Hiệu trưởng*

Các quy định về Hiệu trưởng được đề cập tại Điều 20 của Dự thảo Luật. Nếu so sánh Điều 20 của Dự thảo Luật với Điều 20 Luật GDDH hiện hành, có thể thấy, những quy định mới về Hiệu trưởng của trường đại học chỉ áp dụng cho các trường đại học ngoài công lập. Các quy định về Hiệu trưởng của trường đại học công lập không có bất kỳ sự thay đổi nào so với quy định của Luật GDDH, cụ thể: 1) Hiệu trưởng trường đại học công lập vẫn do cơ quan quản lý có thẩm quyền công nhận sau khi Hội đồng trường quyết định. Điều này cho thấy, Ban soạn thảo chưa sẵn sàng bỏ cơ chế quản lý đối với các trường đại học công lập. Do đó, cơ quan chủ quản vẫn là cơ quan có quyền cao nhất trong việc quản lý trường đại học. Trong đó, chức danh điều hành do cơ quan chủ quản công nhận. 2) Các tiêu chuẩn của Hiệu trưởng và giới hạn hai nhiệm kỳ của Hiệu trưởng trường đại học công lập hoàn toàn không có sự khác biệt so với Luật GDDH hiện hành.

Về quản lý các đơn vị sự nghiệp công lập, Nghị quyết 19-NQ/TW đã nêu ra nhiều giải pháp mang tính toàn diện, tổng thể và hệ thống để đổi mới cơ chế và bộ máy quản lý. Trong đó, có 07 vấn đề quan trọng có thể áp dụng cho các cơ sở GDDH, bao gồm: (1) “đẩy mạnh cơ chế tự chủ, xã hội hóa, trước hết là các cơ sở GDDH” (mục III.4); (2) áp dụng mô hình quản trị đối với các đơn vị sự

nghiệp tự bảo đảm chi thường xuyên và chi đầu tư như mô hình quản trị doanh nghiệp (mục III.4 và 5); (3) Nâng cao hiệu lực, hiệu quả cơ chế Hội đồng trường trong các Trường đại học theo hướng Hội đồng trường là cơ quan quyền lực cao nhất của Trường đại học; Bí thư Đảng ủy kiêm Chủ tịch Hội đồng trường (mục III.5); (4) Chuyển các đơn vị sự nghiệp công lập có tính chất cung cấp dịch vụ sự nghiệp công của bộ, ngành về chính quyền địa phương quản lý. Bộ chỉ thực hiện chủ quản đối với các đơn vị sự nghiệp công lập phục vụ nhiệm vụ quản lý nhà nước của bộ và các đơn vị trọng điểm, chuyên sâu (mục III.7); (5) Thí điểm thuê giám đốc điều hành tại các đơn vị sự nghiệp công lập (mục III.3); (6) thực hiện hợp đồng viên chức có thời hạn (mục III.3); (7) không thực hiện chế độ công chức trong đơn vị sự nghiệp công lập (mục III.3).

Như vậy, chúng ta thấy Dự thảo Luật chưa tiếp thu những định hướng có tính “cách mạng” trong quản trị trường đại học của Nghị quyết 19-NQ/TW. Riêng các quy định về Hiệu trưởng của Trường đại học, Dự thảo Luật vẫn mang đậm màu sắc và nguyên tắc của quản lý hành chính mà chưa phải là quản trị đại học theo mô hình doanh nghiệp.

3.2 Kiến nghị

Dự thảo Luật cần phân định rạch ròi mô hình quản trị của một đơn vị sự nghiệp công lập chưa tự chủ tài chính với quản trị một đơn vị sự nghiệp công lập đã tự chủ tài chính. Tiêu mục 3, Mục III, Nghị quyết 19-NQ/TW xác định “Đổi mới cơ chế xác định và giao biên chế theo hướng quản lý, giám sát chặt chẽ biên chế của các đơn vị sự nghiệp công lập do ngân sách nhà nước bảo đảm toàn bộ hoặc một phần chi thường xuyên; đẩy mạnh thí điểm việc thi tuyển và thực hiện thuê giám đốc điều hành tại các đơn vị sự nghiệp công lập”. Như vậy, với vai trò điều hành, Hiệu trưởng sẽ như một giám đốc điều hành. Mặt khác, Nghị quyết 19-NQ/TW cũng đã xác định “Áp dụng mô hình quản trị đối với các đơn vị sự nghiệp tự

bảo đảm chi thường xuyên và chi đầu tư như mô hình quản trị doanh nghiệp”.

Cần bỏ những quy định cứng nhắc về nhiệm kỳ, về các điều kiện cứng áp dụng với chức vụ Hiệu trưởng trường công lập, kê cả quy trình bổ nhiệm và công nhận - nhất là đối với các trường tự chủ. Các trường đại học tự chịu trách nhiệm trước pháp luật và trước Nhà nước về chất lượng và hiệu quả điều hành. Nhà nước kiểm soát bộ máy điều hành thông qua Hội đồng trường. Từng thành viên trong Hội đồng trường phải chịu trách nhiệm trước Nhà nước và pháp luật về các quyết định của mình, trong đó có việc lựa chọn và bổ nhiệm Hiệu trưởng. Nếu chúng ta tự tin với cơ chế tự chủ thì chúng ta phải tự tin xây dựng cơ chế chịu trách nhiệm đối với các trường đại học và cụ thể là cơ chế chịu trách nhiệm của các thành viên Hội đồng trường. Do đó, vấn đề cần giải quyết là xây dựng một cơ chế mạnh cho Hội đồng trường cả về thẩm quyền và trách nhiệm. Đồng thời, phải mạnh mẽ mở rộng và làm thông thoáng cho các quy định khác theo hướng giao trách nhiệm hơn nữa cho các trường đại học trong việc lựa chọn, quyết định Hiệu trưởng. Vì thế, sẽ không còn quy định về tiêu chuẩn mà sẽ do từng Trường đại học tự đặt ra các tiêu chuẩn về Hiệu trưởng.

Nghị quyết 19-NQ/TW và pháp luật hiện hành đều không áp dụng chế độ công chức cho bất kỳ chức danh nào trong các trường đại học tự chủ hoàn toàn về tài chính. Vì lẽ đó, sẽ không còn áp dụng các chế độ kiểm soát và quản lý công chức dành cho Hiệu trưởng và các thành viên khác trong Ban giám hiệu. Mặt khác, Nghị quyết 19-NQ/TW cũng đặt ra cơ chế thí điểm rất thoáng dành cho các đơn vị sự nghiệp công lập là cho phép thuê giám đốc. Một khi Nghị quyết của Trung ương Đảng đã chấp nhận cho thí điểm thuê giám đốc thì việc thuê Hiệu trưởng hoàn toàn có thể áp dụng và nên khuyến khích áp dụng cho các trường đại học công lập đã tự chủ tài chính ■

PHƯƠNG PHÁP KINH TẾ - LUẬT TRONG PHÂN TÍCH CHÍNH SÁCH LẬP PHÁP

Võ Trí Hào*

* PGS. TS. Khoa Luật, Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: quyền tự nhiên, xã hội hóa, phương pháp điều chỉnh, hiệu quả pháp luật

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 28/05/2018

Biên tập : 21/07/2018

Duyệt bài : 01/08/2018

Article Information:

Keywords: natural rights, privatization, (legal dealing) method, effectiveness of law

Article History:

Received : 28 May 2018

Edited : 21 Jul. 2018

Approved : 01 Aug. 2018

Tóm tắt:

Bài viết phân tích hiệu lực, chi phí, hiệu quả, trật tự ưu tiên của các phương pháp điều chỉnh mà nhà nước có thể sử dụng; các nguyên tắc cơ bản cần phải tuân thủ trong thiết kế bộ máy nhà nước, lựa chọn lãnh đạo, tuyển dụng công chức, thu thuế... nhằm đạt được hiệu quả tối ưu dưới góc nhìn kinh tế - luật.

Abstract

This article provides the analysis of strengths, costs, benefits, priorities of each method for which the government may apply; and also the principles should be followed for establishment of state apparatus, leadership selection, employment of civil servants, tax collection etc. in order to receive the optimal option under the view of economics - jurisprudence.

1. Lựa chọn bên thứ ba để góp quyền tự do

Mỗi cá nhân chúng ta khi góp quyền tự do cho ai đó cũng sẽ có những mưu cầu, toan tính như thể một nhà đầu tư tài chính; họ cũng áp dụng nguyên tắc “trúng không để cùng một giờ”; họ đa dạng hoá “kênh đầu tư góp vốn”, để phân tán rủi ro và thu được “lợi ích đặc thù”, mà ở các kênh khác không có được. Ví dụ, đa số nhân loại khi đến tuổi

trưởng thành, chấp nhận hy sinh tự do của trạng thái độc thân, mang hầu hết của cải và tự do của mình để đầu tư vào hợp đồng quan trọng nhất của cuộc đời - contract of marriage - tức hôn nhân trong chế độ một vợ một chồng; một quan hệ hợp đồng mà một bên (thường là phụ nữ) xem là “đầu tư”, một bên (thường là đàn ông) quan niệm là “tiêu dùng” với quy trình thẩm định đối tác (tìm hiểu yêu đương), đặt cọc giao kết hợp

đồng (ăn hỏi), ký kết hợp đồng với nghi thức chứng thực đăng ký giao dịch bảo đảm tại ủy ban nhân dân xã, phường và với lễ công bố long trọng.

Cũng giống như các nhà đầu tư tài chính, càng có nhiều đam mê sở thích, càng có nhiều “vốn” họ càng đầu tư đa dạng; các cá nhân không chỉ góp tự do của mình cho nhà nước, cho gia đình mà họ còn tham gia xây dựng, tạo lập hoặc gia nhập các hợp đồng mẫu có sẵn của các cơ quan, tổ chức, các hợp đồng này có thể thành văn, bất thành văn với tên gọi đa dạng từ điều lệ, hiến chương, nội quy, quy chế... Người mê sinh vật cảnh thì gia nhập hội cây cảnh, người muốn chia sẻ cảm xúc thì gia nhập câu lạc bộ thơ, người muốn bảo vệ lợi ích nhóm hội viên thì gia nhập hội bất động sản, hội taxi...¹.

Mỗi cá nhân khi tham gia vào bất kỳ quan hệ hợp đồng, gia nhập một “cộng đồng” nào đó họ đều phải góp một quyền tự do nào đó, để đổi lại một lợi ích nào đó. Vì vậy, có nhiều quyền tự do tự nhiên của chúng ta sinh ra bị hạn chế không phải bởi luật pháp; mà bởi chúng ta đã tự nguyện trao quyền hành xử nó cho một bên thứ ba nào đó; sau khi gia nhập hội thì hội viên mất một phần quyền tự do tư hữu của mình tương ứng với phần hội phí.

Cũng như trên thị trường chứng khoán, công ty nào nhận được sự quan tâm của các nhà đầu tư nhiều nhất sẽ là công ty mạnh nhất; tổ chức nào giành được sự hy sinh (góp tự do) nhiều nhất của những nhóm người xuất sắc nhất trong xã hội thì tổ chức đó sẽ trở nên mạnh nhất. Nhà nước là ứng cử viên số một bởi hai lý do chính: (a) Là tổ chức có số lượng thành viên đông nhất ở

mỗi quốc gia; (b) Có tính độc quyền; trừ khi thay đổi quốc tịch, các thành viên trong một quốc gia không có một tổ chức tương đương thay thế để lựa chọn. Tuy nhiên, đồng chưa hẳn đã mạnh; nhà nước đôi khi chỉ đứng vị trí số hai về sức mạnh quyền lực, do các “cổ đông quyền lực” dồn vốn cho một tổ chức khác và khéo léo kiểm soát nhà nước. Điều đó có nghĩa, quyền lực nhà nước luôn luôn phải được phân tích trong mối tương quan, chuyên hoá qua lại giữa các loại quyền lực khác; bản thân nhà nước cũng phải “cạnh tranh” với các loại tổ chức khác trong xã hội.

Ở Việt Nam, song song với quá trình đổi mới là quá trình chuyển giao trở lại chức năng cung cấp một số loại dịch vụ công cho các tổ chức phi nhà nước, từ những việc khó thấy như chấn hưng Phật giáo đến những việc dễ thấy như cổ phần hoá doanh nghiệp nhà nước, BOT, trường học tư, bệnh viện tư... Và đặc biệt gần đây, sự cạnh tranh diễn ra ở các lĩnh vực vốn từng được xem là độc quyền nhà nước bất khả tranh như dịch vụ công chúng, dịch vụ cung cấp công lý, dịch vụ thi hành án. Sự linh hoạt này cho thấy, văn phòng công chứng tư nhân, trung tâm trọng tài thương mại, thừa phát lại... đang góp phần giảm gánh nặng ngân sách, thuế khoá cho người dân, từng bước nâng cao chất lượng phục vụ, đặc biệt là dịch vụ công chứng tư nhân.

Ở chiều ngược lại, khi một quy tắc xã hội (social norm) không đủ sức mạnh, kém hiệu quả để ngăn chặn bội tín, giảm bớt tranh chấp, thì nhà nước cần can dự, loại bỏ những quy tắc trái ngược lợi ích công cộng như tảo hôn, nổi nôi, hoặc gán giá trị pháp lý cho các quy tắc xã hội, như quy tắc hụi, họ, để đạo đức xã hội được hỗ trợ từ phía nhà

1 Cổ đông/người tham gia góp vốn vào doanh nghiệp cũng có hai loại loại: doanh nghiệp thương mại và doanh nghiệp xã hội; doanh nghiệp xã hội cũng chia làm hai loại: doanh nghiệp xã hội trách nhiệm & doanh nghiệp xã hội chân chính vì sự phát triển bền vững của môi trường, cộng đồng, xã hội.

nước để có thể vận hành tốt hơn. Năm 2018, ở Việt Nam đang có ý kiến đề xuất chuyển giao ngược công việc phát triển hạ tầng giao thông từ mô hình BOT trở về mô hình đầu tư bằng ngân sách nhà nước, là một ví dụ về sự linh hoạt, chuyển đổi qua lại giữa khu vực công và khu vực tư.

Dưới góc nhìn này, việc góp quyền tự do cá nhân cho bên thứ ba hành xử sẽ giống như một danh mục “đầu tư”; cá nhân cần được bảo đảm quyền lựa chọn mà theo họ là sẽ tối ưu hoá giữa số lượng quyền phải từ bỏ và lợi ích thu lại tương ứng; tối ưu hoá diễn ra khi hệ thống tạo ra nhiều cơ hội lựa chọn song song cho người dân, từ đó tạo ra cạnh tranh, áp lực đổi mới trên toàn bộ hệ thống²; để giảm bớt gánh nặng ngân sách, giảm bớt rủi ro bội tín, thì nguyên tắc “gần trước, xa sau” cần được tôn trọng, để bảo đảm người dân có quyền lựa chọn tổ chức nào gần họ nhất, họ tin tưởng nhất để trao quyền, chỉ khi tổ chức đó không đáp ứng được kỳ vọng, việc góp quyền mới đẩy lên cấp trên kế tiếp, lên tổ chức có quy mô lớn hơn; hay nói cách khác, nhà nước chỉ nên là lựa chọn sau cùng khi thị trường và xã hội thất bại; bởi bất cứ cái gì chuyển giao từ khu vực tư nhân, từ xã hội sang nhà nước thì tính cạnh tranh sẽ suy giảm.

2. Tối ưu hoá khi lựa chọn phương pháp điều chỉnh

Đối với phần tự do mà đa số thành viên trưởng thành trong một cộng đồng quốc gia đã biểu quyết uỷ quyền cho nhà nước thực hiện thì nhà nước cũng có nhiều phương pháp khác nhau để hoàn thành phần công việc được uỷ nhiệm này. Dưới góc nhìn luật học các phương pháp này có thể được phân chia làm năm loại³ và đánh giá dựa vào khả

năng mang lại hiệu lực nhanh hay chậm, yếu hay mạnh, từ phương pháp: (a) quy định mẫu, gán giá trị pháp lý; (b) phương pháp khuyến khích bằng phần thưởng lợi ích; (c) phương pháp nhà nước trực tiếp thực hiện; (d) phương pháp hành chính; (d) phương pháp hình sự.

Dưới góc nhìn kinh tế, việc đánh giá năm phương pháp này được dựa vào chi phí thực hiện, sự tác động lên toàn bộ nền kinh tế và hiệu quả kinh tế, để từ đó bàn câu chuyện tối ưu hoá trong sử dụng các phương pháp.

a) *Phương pháp quy định mẫu, gán giá trị pháp lý* có thể tìm thấy trong các quy định về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 của Việt Nam. Thay vì đưa ra quy tắc bắt buộc, BLDS nhiều chỗ đưa ra các bộ quy tắc mẫu và kèm theo cụm từ: “trừ khi các bên có thoả thuận khác” để cho các bên lựa chọn; các bên có thể lựa chọn áp dụng hoặc không áp dụng; nhưng khi các bên không tuỳ biến hay nêu rõ lựa chọn trong hợp đồng thì quy tắc mẫu trở thành quy tắc bắt buộc.

Trong trường hợp này, hiệu quả tối ưu hoá việc sử dụng “vốn góp” (quyền tự do) thể hiện ở các khía cạnh sau đây: *Thứ nhất*, bảo đảm tôn trọng quyền sáng tạo mô hình hợp tác của hai bên hợp đồng, tôn trọng quyền tự do hợp đồng, coi trọng “quần chúng” thông minh hơn trí tuệ của các công chức soạn luật; *Thứ hai*, tôn trọng sự đa dạng và đi trước của thực tiễn so với hiểu biết hạn hẹp của các công chức soạn luật; tôn trọng quyền hiến định “công dân được làm tất cả những gì không cấm”; *Thứ ba*, giảm bớt thời gian đàm phán của các bên,

2 Hiện nay Điều 5 Khoản 1 Nghị định 45/2010/NĐ-CP, đang loại bỏ quyền lựa chọn, sự đa dạng và cạnh tranh, hạn chế các hội mới ra đời khi hội cũ hoạt động không tốt, bằng cách đặt ra điều kiện thành lập hội mới: “không trùng lặp về tên gọi và lĩnh vực hoạt động chính với hội đã được thành lập hợp pháp trước đó trên cùng địa bàn lãnh thổ”.

3 Các giáo trình luật học thường gọi là “phương pháp điều chỉnh” và chỉ chia làm ba loại.

bằng cách đưa ra các khuôn mẫu; các bên sẽ không phải đàm phán mọi chi tiết từ đầu, mà chỉ đàm phán những nội dung tùy biến. Điều này cho phép cắt giảm thời gian và chi phí đàm phán, chi phí kinh doanh; thúc đẩy số lượng giao dịch thành công tăng lên; thúc đẩy sự thịnh vượng của xã hội; *Thứ tư*, khác với Incoterm - chỉ áp dụng khi hai bên cùng lựa chọn - các quy tắc mẫu của BLDS năm 2015 sẽ mặc nhiên được áp dụng nếu các bên tùy biến hay không tùy biến.

b) Phương pháp khuyến khích bằng lợi ích:

Với phương pháp này, nhà nước không còn dùng lại ở vai trò “người lính gác đêm” nữa, mà can dự vào việc điều tiết hành vi của các chủ thể; thuế không còn đơn thuần là công cụ tạo nguồn thu nuôi bộ máy; mà còn đóng vai trò điều tiết kinh tế.

Chi phí áp dụng phương pháp này chính là số tiền chi trực tiếp từ ngân sách hoặc số tiền mà ngân sách bị hụt đi do giảm thuế tương ứng. So với phương pháp quy định mẫu, gán giá trị pháp lý, chi phí của phương pháp này tăng lên, rủi ro bị lạm dụng từ cả hai phía tăng lên.

Việc trao quyền sở hữu, quyền khai thác, sử dụng các tài nguyên công như đất đai, vùng biển, vùng trời... cho các chủ thể tư nhân như một ưu đãi thu hút đầu tư cũng có thể xếp vào nhóm phương pháp này.

c) Phương pháp nhà nước trực tiếp thực hiện. Đối với một số công việc không phát sinh lợi nhuận, tư nhân không muốn làm; hoặc quy mô quá lớn, vượt quá khả năng của các chủ thể tư nhân của quốc gia, ví dụ ở thế kỷ 21, Công ty Space X của tỷ phú Elon Musk có thể đưa người lên vũ trụ

được; nhưng thập niên 60 của thế kỷ 20, nhà nước Hoa Kỳ phải trực tiếp đứng ra làm; hoặc việc giao cho tư nhân làm có thể dẫn tới độc quyền tự nhiên hoặc lãng phí nguồn lực dân tộc, ví dụ xây dựng mạng lưới truyền tải điện quốc gia; hoặc vì lý do an ninh, quốc phòng đặc biệt, nhà nước sẽ trực tiếp thực hiện công việc và yêu cầu nhân dân trả thuế, phí cho việc cung cấp hàng hoá công cộng đặc biệt này.

Về phương diện kinh tế, đảng nào người dân cũng phải bỏ tiền mua các hàng hoá công cộng đặc biệt này, hoặc từ các nhà cung cấp tư nhân, hoặc từ nhà nước. Vì vậy chi phí ở đây chính là khoảng chênh lệch (chi phí cơ hội) giữa chi phí mà người dân phải bỏ ra mua hàng hoá chất lượng tương đương từ nhà nước so với mua từ khu vực tư nhân (nếu khu vực này cũng có khả năng cung cấp)⁴. Nếu hiệu số này là dương thì nhân dân có lãi; nếu âm thì nhân dân lỗ và cần chuyển giao ngược bán phần hoặc toàn phần về khu vực tư nhân (nếu có thể), giống như quá trình xã hội hóa đã làm với giáo dục, y tế, công chứng.

d) Phương pháp hành chính. Đối với những vấn đề mà phương pháp khuyến khích không phát huy tác dụng, hoặc xã hội cần một quy tắc duy nhất để tránh xung đột, thì nhà nước sẽ ban hành các quy tắc xử sự bắt buộc, tạo ra các nghĩa vụ pháp lý cho các chủ thể. Ví dụ quy tắc giao thông, do việc trao quyền tùy biến cho các bên là không thể, nên nhà nước sẽ ban hành các quy tắc xử sự bắt buộc, tạo ra các nghĩa vụ pháp lý cho các chủ thể. Và để bảo đảm chủ thể tuân thủ đúng quy tắc xử sự thì nhà nước đặt ra các chế tài. Nhóm các chế tài làm cho đối tượng vi phạm bị thiệt hại về tài sản, quyền

4 Quốc phòng luôn do nhà nước cung cấp, nhưng các cấu phần trong đó như quân trang, quân dụng, vũ khí thì không nhất thiết phải do nhà nước mà các công ty tư nhân, ví dụ Lockheed Martin, Boeing, cung cấp; hoặc dịch vụ quốc phòng cũng có thể mua bán phần từ nước ngoài, ví dụ như Nhật Bản, Hàn Quốc “mua” dịch vụ này từ Hoa Kỳ thông qua các hiệp ước phòng thủ chung.

tự do, nhưng không bao gồm hạn chế tự do thân thể hay tự do tính mạng, được gọi là các chế tài hành chính. Phương pháp này có ưu điểm là có hiệu lực nhanh; được bảo đảm bởi sức mạnh cưỡng chế của nhà nước - điều tạo ra sự khác biệt với các quy tắc đạo đức.

Để áp dụng chế tài hành chính, thu về tiền xử phạt vi phạm hành chính, thì ngân sách đã phải chi ra rất nhiều cho đội ngũ công chức tham gia vào thanh tra, kiểm tra, cấp phép và xử lý vi phạm hành chính. Đó chưa phải là chi phí lớn nhất mà nhân dân phải trả khi sử dụng phương pháp hành chính; chi phí lớn nhất mà họ phải chịu đựng là những tiêu cực, nhũng nhiễu, tham nhũng phát sinh từ phương pháp hành chính⁵.

Nếu có thể ví von, thì sử dụng phương pháp hành chính giống như sử dụng kháng sinh, đôi khi buộc phải sử dụng để nhanh chóng chấm dứt cơn đau đầu, nhưng chi phí mua kháng sinh có thể đắt đỏ, kèm theo các phản ứng phụ tiêu cực.

đ) Phương pháp hình sự hóa các hành vi mà xã hội cần ngăn cấm. Phương pháp này được áp dụng khi phương pháp hành chính không đủ ngăn chặn những hành vi nguy hiểm cho xã hội. Phương pháp này có cùng khuynh hướng và tính chất với phương pháp hành chính, với nhiều điểm khác biệt. Nhưng sự khác biệt lớn nhất về mặt kinh tế nằm ở chi phí áp dụng. *Thứ nhất*, để buộc một người chịu trách nhiệm hình sự một cách thận trọng, tránh oan sai, quy trình phức tạp hơn rất nhiều so với áp dụng trách nhiệm hành chính. Bắt đầu từ khởi tố vụ án, khởi tố bị can, phê chuẩn và kiểm sát hoạt động điều tra; lập cáo trạng; xét xử hai cấp với sự tham gia của luật sư. *Thứ hai*, nếu thi hành quyết định xử phạt hành chính thường thu về tiền xử phạt, thì thi hành án hình sự,

trừ án tử hình, người đóng thuế lại phải tiếp tục chi ra một khoản tiền rất lớn để xây dựng và duy trì hệ thống nhà tù. *Thứ ba*, việc một người bị hạn chế tự do cá nhân, cách ly ra khỏi môi trường bên ngoài, đặc biệt đối với các tội phạm kinh tế, sẽ loại bỏ khả năng đóng góp kinh tế của họ và gây ra một số tác động tiêu cực lên các thành viên gia đình của họ; suy cho cùng đây cũng là một loại chi phí mà xã hội phải hy sinh. *Thứ tư*, sau khi mãn hạn tù, nhà nước sẽ phải tiếp tục chi thêm chi phí giúp họ tái hòa nhập cộng đồng; nếu thành công, vòng quay chi phí sẽ dừng lại ở loại chi phí thứ tư này. *Thứ năm*, nếu nhà tù không thành công trong việc giáo dục nhân phẩm, xã hội không thành công trong việc giúp người mãn hạn tù tái hòa nhập xã hội; việc tái phạm của người mãn hạn tù sẽ giống như vi khuẩn kháng thuốc. Xã hội lại phải trả giá theo một chu trình mới, với giá cao hơn nhiều.

So với phương pháp hành chính, trách nhiệm hình sự như kháng sinh liều cao, rất đắt tiền khi mua và nếu bị kháng thuốc thì “hết cách chữa”. Bởi vậy, việc quyết định có hình sự hóa hay không một hành vi nguy hiểm cho xã hội phải được quyết định bởi Quốc hội/Nghị viện, không chỉ vì nó tác động ghê gớm đến tự do cá nhân, mà cả về phương diện chi phí (kinh tế) mà xã hội phải trả khi áp dụng phương pháp này.

Để hạn chế bớt các chi phí cho phương pháp hình sự, pháp luật hình sự một số quốc gia đã cho phép chuyển đổi qua lại giữa việc nộp tiền và hạn chế tự do cá nhân đối với các hành vi tội phạm mang tính chất vụ lợi; kẻ phạm tội đi tìm kiếm lợi ích kinh tế thì chỉ cần đánh vào lợi ích kinh tế là đủ, khi đối tượng này không còn khả năng kinh tế thì mới phải đánh vào tự do cá nhân. Ví dụ

5 Hào, Võ Trí. (2014). Chi phí của lệnh cấm. from <http://www.thesaigontimes.vn/121342/Chi-phi-cua-lenh-cam.html>

năm 2017, Saudi Arabia đã áp dụng chính sách nộp lại tiền có nguồn gốc bất minh để đổi lấy tự do và đã thu hồi trở về 107 tỷ USD cho ngân sách sau ba tháng triển khai chiến dịch chống tham nhũng⁶.

Như vậy, xét về phương diện kinh tế, việc dịch chuyển từ phương pháp có hiệu lực chậm, yếu sang phương pháp có hiệu lực nhanh, mạnh sẽ kéo theo chi phí xã hội tăng lên theo cấp số nhân. Bởi vậy, để đạt được hiệu quả tối ưu và sự tôn trọng cần thiết như nguyên tắc dùng thuốc kháng sinh, các cơ quan làm luật cần phải chứng minh cho nhân dân rằng các phương pháp mạnh đã không còn phát huy tác dụng; tránh tùy tiện áp dụng phương pháp hành chính, hình sự thiếu kiểm soát.

3. Tối ưu hóa mô hình quản trị nhà nước

Nhân dân góp tự do của mình cho nhà nước cũng giống như cổ đông góp vốn vào công ty cổ phần, các cổ đông có quyền kỳ vọng bộ máy quản trị sẽ giúp mình “kiếm lời” chia lại cho mình. “*Lời*” ở đây có thể chính là dịch vụ công chất lượng cao hơn, giá cả rẻ hơn quốc gia láng giềng, có thể do bằng phúc lợi xã hội như dịch vụ giáo dục, y tế, giao thông, môi trường, an ninh... Gần đây, người dân ở một số quốc gia như Thụy Sĩ, Hà Lan, Singapore còn được Nhà nước chia đều cho mỗi người từ 500 - 2500 USD/tháng, mà không cần phải làm gì thêm.

Để có “lời” lớn như ngày hôm nay, các quốc gia này đã phải trải qua hàng chục năm miệt mài tối ưu hóa việc quản trị quốc gia, tiết kiệm chi ngân sách, tăng cường đầu tư ngân sách hiệu quả, kiểm soát bội tín, kiểm

soát tham nhũng, thất thoát và duy trì hòa bình, ổn định trong sự tôn trọng tự do cá nhân tối đa. Họ đã giải quyết thành công ba vấn đề lớn sau đây:

Thứ nhất, bảo vệ quyền cơ bản của “cổ đông thiểu số” bằng thiết chế độc lập: Tạo dựng được niềm tin giữa nhóm “cổ đông thiểu số” - là những tộc ít người, nhóm có niềm tin tôn giáo khác đa số, nhóm bị dễ bị tổn thương trong xã hội - và nhóm “cổ đông đa số” - là những tộc người chiếm số đông, nhóm có niềm tin tôn giáo trùng với số đông, nhóm giàu có, nhóm có ảnh hưởng truyền thông lớn, nhóm có thể kiểm soát được chính trị của quốc gia. Để tạo dựng niềm tin rằng, nhóm “cổ đông đa số” không thể dùng nguyên tắc số đông để phủ quyết các quyền cơ bản của nhóm “cổ đông thiểu số”; không thể dùng chính trị để bắt nạt nhóm “cổ đông thiểu số”, các dân tộc này thiết lập các thể chế bảo vệ vững chắc các quyền của nhóm cổ đông thiểu số bằng việc quy định trong Hiến pháp quyền con người, quyền cơ bản của công dân – quyền mà vốn dĩ nhóm “cổ đông đa số” không thể dùng số đông của mình trong nghị viện để thay đổi hay tước đoạt; và thiết kế nên cơ chế tài phán hiến pháp nhân danh công lý phán quyết một cách khách quan, công bằng về những hành vi dùng quyền lực số đông, thông qua các cơ quan nhà nước, để xâm hại đến các quyền tự do cơ bản của nhóm “cổ đông thiểu số”⁷; đồng thời ngăn chặn sự quá khích của tâm lý đám đông; ngăn chặn sự tùy tiện của các chính trị gia dân túy⁸.

Thỏa thuận bảo quyền cơ bản của

6 Diệp, Thăng. (2018), Saudi Arabia tuyên bố đã thu hồi số tiền hơn 400 tỷ Riyal, tương đương 107 tỷ USD, từ các nghi phạm bị bắt giữ trong chiến dịch chống tham nhũng gây chấn động diễn ra mới đây ở nước này, VnEconomy.

7 Bởi nhóm đa số lúc này không còn nhu cầu giữ các quyền này; mà ngược lại lúc này các quyền hiến định này trở thành rào cản, ngăn bước họ thực hiện các tham vọng đối với nhóm thiểu số.

8 Minh, B. (2017). Tòa án phúc thẩm Mỹ ngày 25/5 từ chối lập lại sắc lệnh hạn chế nhập cảnh của Tổng thống Donald Trump đối với công dân từ 6 quốc gia có phần đông dân số là người theo đạo Hồi. Trong phán quyết được coi là một đòn pháp lý giáng vào ông Trump, tòa phúc thẩm gọi sắc lệnh này của ông là một sự phân biệt đối xử. VnEconomy.

nhóm “cổ đông thiểu số” được văn bản hóa (written down) theo tiến trình dân chủ hóa của nhân loại, từ *Magna Carta 1215* ở Anh Quốc, *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen 1789* ở Pháp, *Bill of Rights 1789* ở Hoa Kỳ và trở thành điều khoản tiêu chuẩn cho tất cả các bản hiến pháp thành văn dưới tên gọi “quyền con người, quyền cơ bản của công dân”. Sau thảm họa diệt chủng, phát - xít, điều khoản này được toàn cầu hóa trong các điều ước quốc tế như ICCPR 1966 và ICESCR 1966 của Liên hiệp quốc.

Việc soạn ra, thông qua cam kết tôn trọng các quyền cơ bản của nhóm “cổ đông thiểu số” không khó, nhưng việc thiết kế ra một hệ thống thể chế thực thi điều khoản này khó hơn rất nhiều: thiết kế ra một cơ quan nhà nước như thể đứng ngoài bộ máy nhà nước, đứng về phía nhân dân để kiểm soát sự lạm quyền của nhà nước; đứng về phía công lý, không phụ thuộc áp lực của số đông⁹ để có thể “độc lập xét xử” - đó chính là tòa án.

Thứ hai, quản trị kiểm soát đa lớp, phòng ngừa rủi ro bội tín: Tạo dựng sự kiểm soát của “cổ đông” đối với bộ máy quản trị, điều hành bằng cách thiết lập các lớp kiểm soát (layers).

Lớp thứ nhất, nghị viện. Cử tri bầu ra nghị viện/quốc hội có nét tương đồng với việc bầu ra “hội đồng quản trị” với bốn chức năng: (a) lập pháp; (b) tuyển chọn nhân sự lãnh đạo cho các bộ phận khác; (c) giám sát nhân sự lãnh đạo của các bộ phận khác và giám sát việc sử dụng ngân sách; (d) quyết định các vấn đề quan trọng. Bản thân trong lớp này bao gồm hai lớp nhỏ, chia thành hạ

viện và thượng viện¹⁰.

Đây chính là lớp kiểm soát thứ nhất, đóng vai trò chính trong việc kiểm soát bội tín của bộ phận thực thi (executive) hay còn gọi là hành pháp¹¹. Lớp kiểm soát thứ nhất này có nhược điểm là nó khép kín trong nội bộ các cơ quan nhà nước; không cho phép công dân chủ động khởi xướng một quy trình kiểm soát.

Lớp thứ hai, tòa án là lớp cho phép công dân thông qua quyền khởi kiện vụ án hành chính; khởi kiện vụ án hiến pháp để có thể chống lại hành vi lạm quyền của các cơ quan hành pháp, cơ quan lập pháp, bất kể đó là hành vi cá biệt hay một văn bản quy phạm pháp luật. Tòa án không nắm giữ sức mạnh của “túi tiền thiên hạ” như nghị viện; không nắm giữ “thanh gươm thiên hạ” như hành pháp, mà chỉ nắm giữ “trí khôn thiên hạ”. Để cho cơ quan nắm giữ “trí khôn thiên hạ” có thể đủ sức kiểm soát “túi tiền thiên hạ” và “thanh gươm thiên hạ” không quay trở lại “chém bừa” vào dân, thì tòa án cần được trao quyền xét xử lại các hành vi lạm quyền của các cơ quan nhà nước thông qua tài phán hành chính, tài phán hiến pháp, chứ không chỉ dừng lại ở việc xét xử các vụ án hình sự, dân sự.

Lớp thứ ba, trung cầu ý dân. Đối với các vấn đề hoàn toàn mới, vấn đề mang tính chất chính trị, nếu các cư dân - với tư cách cổ đông - không tin tưởng nghị viện - với tư cách hội đồng quản trị - thì sẽ yêu cầu triệu tập “đại hội cổ đông” để trực tiếp quyết định các vấn đề liên quan vận mệnh đất nước. Nếu các chuyên gia luật sư gọi việc triệu tập này là “đại hội cổ đông” thì các chuyên gia luật công cố làm cho ra vẻ khác biệt bằng cách gọi nó là “trung cầu ý dân” hay phúc

9 Bảng chế độ nhiệm kỳ suốt đời; lương chỉ có tăng, không giảm; chi thuyên chuyển khi được thẩm phán đồng ý.

10 Đề hạn chế bớt của việc ban hành luật một cách tùy tiện thì thông thường, một dự luật sau khi được hạ viện thông qua sẽ được chuyển lên thượng viện xem xét lại lần nữa. Xem thêm: Hào, Võ Trí. (2015). *Làm luật: quy trình quyết định sản phẩm*, Thời báo Kinh tế Sài Gòn.

11 Hành vi bội tín có thể xuất phát từ bất kỳ cơ quan nào; nhưng nhiều nhất, thường xuyên nhất vẫn xuất phát từ hành pháp.

quyết toàn dân.

Dù tên gọi khác nhau, nhưng bản chất không thay đổi: các đồng chủ sở hữu (tiền bạc hay quyền lực) trực tiếp hành xử, không thông qua người đại diện nữa. Bởi vậy, nó luôn phải bảo đảm các yêu cầu sau: a) *Hiệu lực cao nhất: Quyết định của người chủ sẽ có hiệu lực cao nhất, có thể phủ quyết hành vi của người đại diện*¹². b) *Bảo đảm quyền chủ động khởi xướng: Khi hội đủ chữ ký của một nhóm cổ đông nhất định thì cuộc trưng cầu ý dân bắt buộc phải tổ chức, giống như việc triệu tập Đại hội đồng cổ đông bất thường; nếu bị tước đi quyền này, thì sự ủy quyền đã trở thành “ủy quyền định đoạt” và mất quyền sở hữu trên thực tế.* c) *Những nội dung bắt buộc phải thông qua trưng cầu dân ý hay Đại hội đồng cổ đông: Để tránh việc những người đại diện câu kết với bên ngoài, ký các thỏa thuận bất lợi với bên ngoài - ví dụ điều ước quốc tế về sáp nhập, chia tách lãnh thổ, tự tiện quyết định các vấn đề liên quan vận mệnh quốc gia, thì hiến pháp - với tư cách là Điều lệ của siêu công ty - hoặc Luật Trưng cầu Ý dân sẽ quy định danh mục các nội dung nghị viện không được phép tự mình quyết định, mà bắt buộc chỉ được quyết định thông qua trưng cầu dân ý, đồng thời đặt ra tiêu chí xác định các việc sẽ phát sinh trong tương lai, chưa rõ đó là việc gì, nhưng được xem là “liên quan vận mệnh quốc gia”.*

Để cho ba lớp kiểm soát này hoạt động độc lập, phát huy tác dụng bọc lột lẫn nhau, thì nguyên tắc bất khả kiêm trong bộ máy nhà nước phải được áp dụng.

Thứ ba, đề xuất “*phương án khai thác tài nguyên công, cung ứng dịch vụ công*” gắn liền với “*đấu thầu*” trọn gói nhân sự

thực thi

Đề thuyết phục rằng cư dân, cũng như cổ đông sẽ có “lời” khi góp quyền tự do cho nhà nước, các chính trị gia phải trình ra các phương án khai thác, tối ưu hóa phân quyền, nguồn lực mà nhân dân đã trao cho nhà nước, chẳng khác nào các CEO phải trình phương án kinh doanh trước mỗi kỳ Đại hội đồng cổ đông.

Một ý tưởng tốt không có người thực thi thì cũng trở nên vô nghĩa; một con người bằng cấp chót vót, đạo đức sáng ngời nhưng không có kế hoạch, chính sách thì cũng vô dụng¹³. Bởi vậy, vạch ra ý tưởng, lên kế hoạch không gắn với nguồn lực tài chính, nhân sự là một sai lầm; càng sai lầm sau khi chọn người xong, mới nghĩ ra việc, mới nghĩ ra “ghế”.

Bởi vậy, thay vì cấm, thì việc vận động tranh cử cần được khuyến khích và luật hóa. Để thực hiện những ý tưởng lớn, cần cho phép các ứng viên liên danh với nhau cùng ra tranh cử, như thể liên danh đấu thầu cùng ứng dịch vụ công; mọi điểm yếu trong kế hoạch sẽ bị loại bỏ thông qua sự tấn công của đối thủ. Hay nói cách khác, cạnh tranh là động lực cần thiết cho phát triển trong việc tìm ra kế hoạch hoàn hảo nhất, người thực hiện phù hợp nhất, chi phí (thuế, phí) hợp lý nhất.

4. Hiệu quả cuối cùng và sự linh hoạt

Tạo hóa sinh ra con người vốn bình đẳng, tự do. Nhưng chúng ta mang tự do cá nhân của mình góp vào nhiều nơi, trong đó có nhà nước. Khi chúng ta thỏa thuận cùng nhau “đầu tư” quyền tự do cho nhà nước, chúng ta nhận lại gì? Đó là hàng hóa công cộng đặc biệt theo nghĩa rộng, trong đó bao gồm từ giao thông, an ninh, giáo dục, y tế, an sinh xã

12 Chi trong quan hệ nội bộ; còn trong quan hệ bên ngoài, hành vi của người đại diện theo ủy quyền hợp lệ sẽ phát sinh hiệu lực pháp lý đối với người được đại diện. Và người được đại diện phải tuân thủ nguyên tắc Pacta sunt servanda.

13 Hào, Võ Trí. (2018). Ngâm về tài, đức, bằng cấp, Thời báo Kinh tế Sài Gòn.

hội, trật tự, giá trị đạo đức tốt đẹp (theo quan niệm của từng quốc gia tương ứng).

Để có một hàng hóa dịch vụ bất kỳ, người dân phải mua nó từ khu vực tư nhân hoặc khu vực nhà nước; dù cách nào thì người dân cũng đều mất tiền. Sự khác biệt căn bản nằm ở chỗ, khi mua từ khu vực tư nhân, có tồn tại sự cạnh tranh, người dân có quyền đàm phán rộng hơn, đàm phán trực tiếp và trả tiền trực tiếp, ví dụ thuê một công ty bảo vệ tư nhân để bảo vệ tính mạng tự do tài sản của mình; khi mua từ nhà nước, người dân ít có lựa chọn và phải thỏa thuận thông qua người đại diện là các cơ quan dân cử và phải trả tiền gián tiếp thông qua thuế, phí, để nhà nước tuyển dụng lực lượng cảnh sát hướng tới mục đích tương tự.

Dưới góc nhìn kinh tế, người dân đều mất tiền và người dân quan tâm nhiều đến tổng số tiền phải chi và tổng số lợi ích nhận lại, mà việc tách bạch thành trả trực tiếp hay trả gián tiếp qua thuế phí. Vì vậy, người dân quan tâm nhiều hơn tới hệ số tổng chi/ tổng lợi ích, sao cho họ nhận được dịch vụ tốt nhất, với chi phí thấp nhất có thể. Do đó, cần phải bảo đảm sự linh hoạt chuyển đổi qua lại giữa hai khu vực công và tư trong việc cung cấp dịch vụ công, không nên cứng nhắc một việc nào đó nhất định phải do tư nhân cung cấp; một việc nào đó nhất định phải do nhà nước cung cấp, mà không xuất phát từ hiệu quả hệ số tổng chi/ tổng lợi ích mà người dân đạt được; mọi phân tích hiệu quả phải xuất phát từ lợi ích của người dân; nhà nước chỉ là một trong số các công cụ giúp người dân đạt được lợi ích; chứ nhà nước không có lợi ích tự thân hay nói cách khác, không có lợi ích nào của nhà nước không xuất phát và gắn liền với nhân dân; một lợi ích nhà nước tự thân, ví dụ nhu cầu quản lý nhà nước, mà không lý giải được nhu cầu, lợi ích tương ứng của nhân dân, đó là lợi ích nguy hiểm, lợi ích nhóm thân hữu.

Kết luận

Một chính sách, một đạo luật đạt được hiệu quả tối ưu, đạt được hệ số *Tổng chi, tổng tự do hy sinh/ Tổng dịch vụ, phúc lợi, hàng hóa công cộng* cao nhất đòi hỏi chính sách đó phải đồng thời đạt được hiệu quả *Tối ưu – Max f(Social welfare) = Tối ưu về Chủ thể đứng ra tiếp nhận việc góp quyền tự do - Max f(p) + Tối ưu về phương pháp điều chỉnh - Max f(m) + Tối ưu về mô hình quản trị - Max f(s) + Tối ưu về chi phí tài chính - Max f(f)*, khi đó dân tộc đó sẽ đạt được thịnh vượng.

Ngược lại, một chính sách hoặc vì duy ý chí của lãnh tụ hoặc cảm tính của đám đông dân túy, rơi vào trạng thái hiệu quả thấp nhất: $Min f(S) = Min f(p) + Min f(m) + Min f(s) + Min f(f)$, lúc đó dân tộc đó sẽ gặp tai họa.

Phương pháp nêu trên không cho phép xác định chi tiết, cụ thể, đạo luật nào, quy tắc xử sự nào được luật pháp pháp hóa/ hoặc được phi luật pháp hóa, trả về cho các quy tắc xã hội khác điều chỉnh sẽ giúp một cộng đồng cụ thể, tại một thời điểm cụ thể, nhưng nó sẽ có những đóng góp sau:

Thứ nhất, nó chưa giúp lượng hóa thành các con số cụ thể - ít nhất cho đến chừng nào chưa thống nhất về thang điểm đối với các quyền tự do, lợi ích phi vật chất - nhưng lại dễ dàng giúp cho những người tham gia tranh luận so sánh các lựa chọn chính sách, lựa chọn chính sách khác nhau. Lúc này việc chứng minh một lựa chọn chính sách nào đó là tối ưu rất giống với việc chứng minh bất đẳng thức toán học, rằng: hệ số tương quan chi phí (cost) và lợi ích đạt được (benefit) lớn hơn hệ số của phương án thuộc đối tượng so sánh. Ít nhất, nó giúp cho các tranh luận diễn ra trong cùng một hệ quy chiếu; tránh tình trạng A bảo rằng cam nhà B rất chua, còn B thì ra sức chứng minh khế nhà B rất ngọt.

Thứ hai, thành công hay thất bại của một quốc gia do thể chế; thể chế gồm nhiều yếu tố cấu thành; việc giải thích cắt khúc phiến diện sẽ không tìm ra lời giải đúng. Phương pháp nêu trên, bắt đầu từ việc góp quyền tự do nguyên thủy... đến phân tích hiệu quả sử dụng từng đồng ngân sách. Hy vọng sẽ tránh bỏ sót các giai đoạn, các yếu tố quan trọng; đồng thời gợi mở cách tiếp cận linh hoạt, mà không bó hẹp việc tìm kiếm giải pháp ở trong khu vực công.

Thứ ba, làm rõ hơn bản chất, vai trò

của “nhà nước của dân, do dân, vì dân”, nhà nước phúc lợi chung thay vì nhà nước cai trị; nhà nước cảm tính, duy ý chí theo ý muốn chủ quan của một nhóm nhỏ người cai trị.

Thứ tư, các chính sách công trên thực tế sẽ ít khi đạt trạng thái tuyệt đối, mà dao động giữa hai đường cong (đường cong thịnh vượng & đường cong đói nghèo); nhiệm vụ của các thảo luận chính sách, các đạo luật là nắn đường cong thực tế sao cho càng tiệm cận đường cong thịnh vượng càng tốt ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Điệp, Thăng. 2018. *Saudi Arabia tuyên bố đã thu hồi số tiền hơn 400 tỷ Riyal, tương đương 107 tỷ USD, từ các nghi phạm bị bắt giữ trong chiến dịch chống tham nhũng gây chấn động diễn ra mới đây ở nước này*, VnEconomy, 31/1/2018.
2. Dương, Đặng. 2018, 27/1/2018. *Vận tải ở Đồng bằng sông Cửu Long: cần đột phá về chính sách từ Bộ Giao thông vận tải*, from <http://www.thesaigontimes.vn/268286/Van-tai-o-DBSCL-can-dot-pha-ve-chinh-sach-tu-Bo-GTVT.html>
3. Hào, Võ Trí. 2014, 18/10/2014. *Chi phí của lệnh cấm*, from <http://www.thesaigontimes.vn/121342/Chi-phi-cua-lenh-cam.html>
4. Hào, Võ Trí. 2015, 06/11/2015. *Làm luật: quy trình quyết định sản phẩm*, from <http://www.thesaigontimes.vn/137978/Lam-luat-quy-trinh-quiet-dinh-san-pham.html>
5. Hào, Võ Trí. 2018, 19/3/2018. *Ngẫm về tài, đức, bằng cấp*, from <http://www.thesaigontimes.vn/270072/Ngam-ve-tai-duc-bang-cap.html>
6. Loan, Đào. 2017. *Khách sạn không được tự gắn sao công bố chất lượng*, Thời báo Kinh tế Sài Gòn.
7. Minh, Bình. 2017. *Tòa án phúc thẩm Mỹ ngày 25/5 từ chối lập lại sắc lệnh hạn chế nhập cảnh của Tổng thống Donald Trump đối với công dân từ 6 quốc gia có phần đông dân số là người theo đạo Hồi. Trong phán quyết được coi là một đòn pháp lý giáng vào ông Trump, Tòa phúc thẩm gọi sắc lệnh này của ông là một sự phân biệt đối xử*, VnEconomy, 26/5/2017.
8. Văn Bông, Nguyễn. 1966. *Luật Hiến pháp và Chính trị học*, Tủ sách Đại học, Saigon.
9. Như, Khánh. 2017. *Hệ quả từ can thiệp thị trường*, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, 15/10/2017.
10. Quỳnh, Châu Như. 2015. *“Nóng” tranh luận về mũ bảo hiểm dành riêng cho phụ nữ người dân tộc*, Dân Trí.
11. Trang, Đ. 2012. *Ông Đặng Hùng Võ nộp đơn rút khỏi danh sách tự ứng cử*, Tuổi Trẻ.
12. Yển, Hải. 2012. *Tục xăm mình kỳ quái của bộ tộc săn đầu người*, VTC.

NGHĨA VỤ CẤP DƯỠNG CỦA CHA MẸ ĐỐI VỚI CON

Ngô Thị Anh Vân*

* ThS. GV. Khoa Luật Dân sự - Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: nghĩa vụ cấp dưỡng, cấp dưỡng giữa cha mẹ đối với con, quan hệ giữa cha mẹ và con.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 25/10/2017

Biên tập : 07/11/2017

Duyệt bài : 15/11/2017

Article Infomation:

Keywords: support obligations; parental supports for children; relationship between parents and children

Article History:

Received : 25 Oct. 2017

Edited : 07 Nov. 2017

Approved : 15 Nov. 2017

Tóm tắt:

Bài viết phân tích những vấn đề pháp lý và thực tiễn phát sinh trong quan hệ cấp dưỡng giữa cha mẹ đối với con. Từ các quy định của pháp luật hôn nhân - gia đình hiện hành, các vấn đề thực tế, có liên hệ đến pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật Hoa Kỳ, bài viết nêu một số đề xuất để việc thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng là sự kết hợp một cách hài hoà giữa quyền lợi của con và khả năng thực tế của cha, mẹ.

Abstract

This article provides analysis of the legal matters and practices that arise in the parental supports for children. From the provisions of the current marriage-family law, practical issues, related to the law and the practical application of the United States' laws, the article also provides recommended proposals for the performance of support obligations as a harmonious combination of the interests of the child and the actual ability of the parents.

Cũng như những mối quan hệ gia đình khác, quan hệ giữa cha mẹ và con chịu sự ảnh hưởng mạnh mẽ bởi các quy phạm đạo đức và quy phạm pháp luật. Bên cạnh sự gắn kết về mặt tình cảm, cha mẹ có rất nhiều quyền và nghĩa vụ mang tính tài sản đối với con. Thông thường, cha mẹ trực tiếp chăm sóc, nuôi dưỡng, giáo dục con. Tuy vậy, trên thực tế cũng có không ít các trường hợp cha mẹ không có điều kiện để chung sống cùng con. Việc đặt ra nghĩa vụ cấp dưỡng trong

những hoàn cảnh như vậy có ý nghĩa rất lớn đối với quá trình phát triển của người con và việc bảo vệ quyền lợi chính đáng của các chủ thể khác có liên quan.

1. Căn cứ phát sinh nghĩa vụ cấp dưỡng của cha mẹ đối với con theo quy định của pháp luật

Cấp dưỡng là việc một người có nghĩa vụ đóng góp tiền hoặc tài sản khác để đáp ứng nhu cầu thiết yếu của người không

sống chung với mình¹ mà có quan hệ hôn nhân, huyết thống, hoặc nuôi dưỡng trong trường hợp người đó là người chưa thành niên, người đã thành niên mà không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình, hoặc người gặp khó khăn, túng thiếu theo quy định của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 (Luật HNGĐ 2014)². Việc thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng của cha mẹ đối với con không có bất cứ sự phân biệt nào giữa con đẻ, con nuôi; con có cha mẹ tồn tại quan hệ hôn nhân hợp pháp hoặc con có cha, mẹ không tồn tại quan hệ hôn nhân hợp pháp. Cha, mẹ có nghĩa vụ cấp dưỡng cho con chưa thành niên, con đã thành niên không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình khi không sống chung với con hoặc sống chung với con nhưng vi phạm nghĩa vụ nuôi dưỡng con³. Việc thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng tập trung vào sự đóng góp tài sản của cha, mẹ để đảm bảo cho quá trình phát triển và hoàn thiện thể chất, tinh thần của con. Cùng với quan hệ nuôi dưỡng, quan hệ cấp dưỡng được xem là một trong những quyền và nghĩa vụ tài sản (gắn với nhân thân) quan trọng giữa cha mẹ và con.

Theo quy định của Luật HNGĐ 2014, quan hệ cấp dưỡng được đặt ra khi người con chưa thành niên hoặc đã thành niên không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình⁴. Cha mẹ thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng trong trường hợp không chung sống với con hoặc chung sống cùng con nhưng vi phạm nghĩa vụ nuôi dưỡng⁵. Thông thường, cha, mẹ chung sống cùng con để có điều kiện thuận lợi cho việc chăm sóc và nuôi dưỡng trẻ. Tuy vậy, cũng có những trường hợp trẻ chỉ chung sống với cha hoặc với mẹ. Cha mẹ không cùng nhau chung sống với con khi họ

đã ly hôn hoặc hai người không tồn tại quan hệ hôn nhân hợp pháp. Lúc này, người trực tiếp chung sống cùng con thực hiện nghĩa vụ nuôi dưỡng, người còn lại (không chung sống với con) phải thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng.

Thực tế cho thấy, cha mẹ có thể không (thường xuyên) cùng chung sống dưới một mái nhà với con, nhưng nghĩa vụ cấp dưỡng vẫn không được đặt ra nếu giữa họ tồn tại mối quan hệ hôn nhân. Luật HNGĐ 2014 không định nghĩa thế nào là việc cha, mẹ “chung sống” cùng với con hoặc ngược lại. Theo chúng tôi, nếu cha mẹ vẫn tồn tại quan hệ hôn nhân thì họ cùng có nghĩa vụ nuôi dưỡng con cái (vấn đề chỉ là cách thức chăm sóc, nuôi dưỡng con cái của mỗi gia đình có thể khác biệt - thực hiện một cách trực tiếp hoặc gián tiếp). Việc con không chung sống cùng với cha hoặc mẹ nên được nhìn nhận dưới góc độ pháp lý. Cha, mẹ lúc này thường không có sự ràng buộc trong mối quan hệ nhân thân, tình cảm, họ có chỗ ở riêng biệt và việc phải lựa chọn tại một thời điểm cụ thể chỉ sống với cha hoặc mẹ là điều tất yếu.

Ngoài ra, quan hệ cấp dưỡng có thể diễn ra ngay cả khi con chung sống cùng cha, mẹ. Trường hợp cha, mẹ bị hạn chế quyền đối với con chưa thành niên là một ví dụ điển hình. Cha, mẹ đã bị Tòa án hạn chế quyền đối với con chưa thành niên vẫn phải thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng cho con⁶. Lúc này, ngay cả khi đang chung sống với con, bên cha, mẹ vi phạm nghĩa vụ nuôi dưỡng con phải thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng.

Nếu như Luật HNGĐ năm 2000 chỉ quy định cụ thể về nghĩa vụ cấp dưỡng giữa cha, mẹ đối với con khi ly hôn, thì Luật HNGĐ 2014 lại mở rộng các trường hợp

1 Ngoại lệ: trong một số trường hợp, cha mẹ có nghĩa vụ cấp dưỡng cho con khi sống chung với con nhưng vi phạm nghĩa vụ nuôi dưỡng con - Điều 110 Luật HNGĐ 2014.

2 Khoản 24 Điều 3 Luật HNGĐ 2014.

3 Điều 110 Luật HNGĐ.

4 Điều 110 Luật HNGĐ 2014.

5 Xem Mục 1, Quyền và nghĩa vụ giữa cha mẹ và con, Luật HNGĐ 2014.

6 Khoản 3 Điều 87 Luật HNGĐ 2014.

phát sinh nghĩa vụ cấp dưỡng. Điều này một mặt đảm bảo quyền lợi của người con (không có sự phân biệt dựa trên tình trạng quan hệ hôn nhân của cha mẹ), một mặt tạo nên sự cân bằng về quyền và nghĩa vụ giữa bên trực tiếp nuôi dưỡng con và bên không nuôi dưỡng con.

2. Thời điểm phát sinh nghĩa vụ cấp dưỡng

Thông thường, quyền, nghĩa vụ giữa cha mẹ và con phát sinh từ thời điểm con được sinh ra. Việc thực hiện quyền và nghĩa vụ không đơn thuần là vấn đề mang tính pháp lý, mà thực chất còn là nhu cầu rất đời thường của mỗi người. Khi không trực tiếp chăm sóc, nuôi dưỡng con, cha, mẹ sẽ thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng để thay thế. Việc cấp dưỡng cho con khi cha mẹ ly hôn thường được thể hiện thông qua bản án, quyết định giải quyết ly hôn. Trong trường hợp này, thời điểm quan hệ cấp dưỡng phát sinh được xác định theo sự thoả thuận của các bên hoặc theo quyết định của Toà án.

Pháp luật chưa có quy định chi tiết về việc cấp dưỡng cho con khi cha, mẹ sống chung với con nhưng vi phạm nghĩa vụ nuôi dưỡng. Nếu rơi vào trường hợp cấp dưỡng cho con khi bị hạn chế quyền của cha, mẹ đối với con chưa thành niên thì quan hệ cấp dưỡng sẽ chính thức đặt ra khi có quyết định hạn chế quyền của Toà án. Thực chất, trong cả hai trường hợp: cấp dưỡng khi ly hôn và cấp dưỡng khi cha, mẹ bị hạn chế quyền đều có sự chuyển hoá giữa quyền nuôi dưỡng sang quyền cấp dưỡng. Dưới góc độ pháp lý, hai khoảng thời gian này được thực hiện tiếp nối nhau mà không có sự gián đoạn. Tuy vậy, thực tế cho thấy, cũng không ít những trường hợp một bên cha, mẹ hoàn toàn không thực hiện trách nhiệm của mình trong cả việc nuôi dưỡng lẫn cấp dưỡng. Điều này không chỉ ảnh hưởng đến quyền lợi của

con, mà còn gây khó khăn cho đời sống của người trực tiếp nuôi dưỡng trẻ. Trong một số vụ việc, một bên đã yêu cầu bên vợ/ chồng còn lại trả chi phí nuôi con trong thời gian họ không chung sống với nhau và một người không thực hiện nghĩa vụ đối với con⁷.

Nếu như đối với cả hai trường hợp kể trên, quan hệ cấp dưỡng phát sinh một cách mặc nhiên trên cơ sở sự tồn tại mối quan hệ cha, mẹ - con, thì quan hệ cấp dưỡng khi cha mẹ không tồn tại quan hệ hôn nhân hợp pháp lại là một điều khác biệt. Việc cấp dưỡng giữa các chủ thể chỉ có thể diễn ra (dưới góc độ pháp lý) khi có phán quyết của Toà án thừa nhận mối quan hệ cha - con / mẹ - con. Điều này đã đặt ra vấn đề về thời điểm phát sinh nghĩa vụ cấp dưỡng cho con.

Việc đóng góp tài sản để nuôi dưỡng hoặc cấp dưỡng con là những quyền và nghĩa vụ rất đối tự nhiên giữa cha mẹ, con. Dù pháp luật không có quy định cụ thể nhưng có thể hiểu rằng, quan hệ cấp dưỡng giữa cha mẹ và con phát sinh từ thời điểm trẻ được sinh ra. Tuy vậy, cũng không ít những trường hợp con được sinh ra một khoảng thời gian rồi mới được xác định cha hoặc mẹ. Vấn đề đặt ra là việc thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng giữa người được xác định là cha, mẹ và con phát sinh kể từ thời điểm trẻ được sinh ra hay từ thời điểm có bản án, quyết định của cơ quan có thẩm quyền công nhận quan hệ cha mẹ con.

Ví dụ, trong một vụ việc, Toà án đã xác định: “riêng số tiền cấp dưỡng nuôi con từ khi trẻ sinh ra đến nay là 33 tháng (từ 06/11/2007 đến 11/8/2010) bị đơn phải cấp dưỡng một lần ngay sau khi án có hiệu lực pháp luật để trả một phần các chi phí mà nguyên đơn đã bỏ ra để nuôi con”⁸. Tương tự như vậy, ở một vụ việc khác, Toà án đã ra phán quyết xác định là cha có nghĩa vụ cấp dưỡng cho con từ trước thời điểm bản

7 Quyết định số 138/2015/DS – GĐT là một ví dụ điển hình: người vợ đã yêu cầu chồng “hoàn trả chi phí nuôi con trong thời gian ly thân” (20 tháng).

8 Xem Bản án số 883/2010/DSPT của Toà án nhân dân TP. Hồ Chí Minh.

án xác định quan hệ cha, con phát sinh hiệu lực pháp luật⁹.

Có thể thấy hướng giải quyết chung của Tòa án trong trường hợp yêu cầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng là căn cứ theo thời điểm trẻ được sinh ra để xác định thời điểm cấp dưỡng. Phán quyết vì vậy có thể buộc một người cấp dưỡng ngay cả trước khi bản án thừa nhận quan hệ cha mẹ, con phát sinh hiệu lực (quan hệ cấp dưỡng phát sinh từ khi con được sinh ra). Điều này giúp bảo vệ lợi ích của người con và quyền lợi của người trực tiếp nuôi dưỡng con¹⁰.

Tuy vậy, điều này đặt ra một vấn đề: liệu rằng khi có yêu cầu xác định cha, mẹ cho con khi con đã thành niên, người được xác định có phải thực hiện cấp dưỡng một lần cho toàn bộ thời gian từ khi con sinh ra đến khi con đủ 18 tuổi hay không. Hơn nữa, về bản chất, số tiền này được hiểu là tài sản của con (cấp dưỡng cho con) hay “chi trả một phần chi phí nuôi con”.

Vấn đề yêu cầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng đi cùng việc xác định cha, mẹ cho con (trong trường hợp cha mẹ không tồn tại quan hệ hôn nhân hợp pháp) là điều diễn ra khá phổ biến ở Hoa Kỳ. Pháp luật liên bang cấm áp dụng hiệu lực hồi tố với những

trường hợp xác định công nhận cha, mẹ sau khi con được sinh ra. Điều này có nghĩa rằng đương sự không thể yêu cầu người được xác định cha hoặc mẹ thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng từ khi con được sinh ra cho đến khi bản án công nhận quan hệ cha, mẹ con có hiệu lực¹¹. Điều này được thể hiện khá rõ nét thông qua quy định 45 CFR 303.106 - quy trình cấm hồi tố yêu cầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng¹². Theo đó, việc sửa đổi yêu cầu cấp dưỡng mang tính hồi tố chỉ có thể diễn ra từ ngày bản án xác định nghĩa vụ cấp dưỡng phát sinh hiệu lực¹³.

Chúng tôi cho rằng, không nên buộc bên cấp dưỡng phải thực hiện nghĩa vụ trước khi có yêu cầu xác định quan hệ cha mẹ, con - cấp dưỡng cho khoảng thời gian diễn ra trong quá khứ. Quan hệ cấp dưỡng được đặt ra nhằm tạo điều kiện và sự hỗ trợ cho trẻ được cấp dưỡng, đồng thời san sẻ gánh nặng về tài chính đối với bên trực tiếp nuôi dưỡng con. Mặc dù quan hệ cấp dưỡng và nuôi dưỡng mặc nhiên phát sinh từ khi con được sinh ra, tuy nhiên, nếu trong vụ việc cụ thể người con vẫn có thể phát triển thể chất và tinh thần mà không cần có sự hỗ trợ này thì việc cấp dưỡng có tính hồi tố không nên được đặt ra. Hơn nữa, với một số phán quyết của tòa án như nói trên, chúng ta rất khó xác

9 Xem Bản án số 998/2009 của Tòa án nhân dân TP Hồ Chí Minh: Con chung được sinh ra vào ngày 21/8/1990. Từ năm 2003 bị đơn không còn chung sống và nuôi dưỡng con. Đến ngày 03/ 7/ 2008 nguyên đơn khởi kiện yêu cầu công nhận quan hệ cha, con và thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng. Tòa án xác định bị đơn có nghĩa vụ cấp dưỡng một lần cho con từ thời điểm 1/2003 đến tháng 8/2008.

10 Có quan điểm cho rằng: “việc một số Tòa án chỉ buộc bên không trực tiếp nuôi con thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng tính từ bản án xử lý hôn có hiệu lực pháp luật thay cho tính từ ngày không thực hiện việc nuôi dưỡng là không đảm bảo quyền lợi của con và bên trực tiếp nuôi con” - xem Phạm Thái Quý (2011), “Trao đổi về việc xác định cha mẹ cho con và cấp dưỡng nuôi con”, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 20, tr. 3. Mặc dù bài viết không trực tiếp đề cập đến vấn đề “cấp dưỡng cho con khi cha mẹ không tồn tại quan hệ hôn nhân hợp pháp”, nhưng, nội dung trên đã đặt ra vấn đề: có nên buộc cấp dưỡng cho con đối với khoảng thời gian trong quá khứ hay không?

11 Chẳng hạn như con 6 tuổi mới được xác định cha, đồng nghĩa với việc chỉ có thể yêu cầu cấp dưỡng từ khi con 6 tuổi trở đi mà không thể yêu cầu cấp dưỡng từ khi con sinh ra cho đến khi con trước 6 tuổi.

12 Xem 45 CFR (Code of Federal Regulations) 303.106 - Procedures to prohibit retroactive modification of child support arrearages - Cấm việc thay đổi có tính hồi tố đối với nghĩa vụ cấp dưỡng cho trẻ em.

<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/45/303.106> truy cập ngày 20/9/2017.

13 Chẳng hạn như Tòa án buộc một người thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng cho con vào năm 2008 nhưng từ năm 2008 đến năm 2011 người này không thực hiện nghĩa vụ này trên thực tế. Vào năm 2011, bên có quyền có thể yêu cầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng (có tính hồi tố) từ năm 2008 trở đi. Nếu đến năm 2011 đương sự mới có yêu cầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng thì người này không thể yêu cầu việc cấp dưỡng từ năm 2008 đến năm 2011 - Xem thêm án lệ Keltner v Keltner, 589 S.W. 2d 235 (Mo. 1979).

định được bản chất và mục đích của số tiền “cấp dưỡng” bù đắp cho khoản thời gian chưa được xác định quan hệ cha - con. Số tiền này nên được xác định là tài sản của con hay tài sản hỗ trợ cho bên trực tiếp nuôi con? Nếu việc không được cấp dưỡng gây sự khó khăn trong đời sống, người có quyền và lợi ích bị xâm hại nên có sự chủ động để bảo vệ quyền lợi của mình một cách nhanh chóng, kịp thời. Việc cấp dưỡng mang tính hồi tố cho khoảng thời gian đã diễn ra chỉ nên được áp dụng cho trường hợp bên có quyền lợi liên quan đã nỗ lực (trong khả năng có thể) yêu cầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng nhưng bên còn lại trốn tránh thực hiện. Đối với những trường hợp còn lại, quan hệ cấp dưỡng chỉ nên đặt ra khi người có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết sự việc.

Trong một số trường hợp đã nêu, người vợ đã yêu cầu chồng “hoàn trả chi phí nuôi con trong thời gian ly thân”¹⁴. Đây cũng được xem là giải pháp buộc một bên phải thực hiện trách nhiệm với con và bên vợ/chồng còn lại. Đối với những hoàn cảnh khác, khi nam nữ không tồn tại quan hệ hôn nhân hợp pháp, giữa họ không có nhiều sự ràng buộc (đặc biệt là khi họ không chung sống với nhau như vợ chồng). Tuy vậy, nếu giữa họ có con chung thì cả hai đều có nghĩa vụ như nhau đối với con. Việc một bên không thực hiện trách nhiệm với con gây ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi của trẻ và tạo gánh nặng đối với người còn lại. Theo chúng tôi, không nên đặt ra vấn đề cấp dưỡng cho cả thời gian trước khi một người được xác định tư cách cha/ mẹ. Bản chất của cấp dưỡng là việc cung cấp vật chất để đáp ứng cho những nhu cầu cần thiết, giúp trẻ phát triển một cách ổn định và đầy đủ. Khi thời gian trôi qua nhưng trẻ vẫn có thể phát triển bình thường mà không cần đến khoản tiền cấp dưỡng thì nghĩa vụ này không cần

thiết phải đặt ra với khoảng thời gian trong quá khứ. Tuy nhiên, với người trực tiếp chăm sóc và nuôi dưỡng trẻ, việc yêu cầu hoàn trả một phần chi phí nuôi con là điều có thể. Khi đó, khoản tiền này được xác định một cách cụ thể nhằm chi trả cho bên trực tiếp nuôi con (tương ứng với thời gian phải một mình nuôi dưỡng con và được tính toán dựa trên những chi phí thực tế để nuôi con - chi phí này có thể lớn hơn với mức cấp dưỡng mà Tòa án tuyên)¹⁵.

3. Mức cấp dưỡng

Theo Điều 116 Luật HNGĐ 2014, mức cấp dưỡng do người có nghĩa vụ cấp dưỡng và người được cấp dưỡng hoặc người giám hộ của người đó thỏa thuận căn cứ vào thu nhập, khả năng thực tế của người có nghĩa vụ cấp dưỡng và nhu cầu thiết yếu của người được cấp dưỡng; nếu không thỏa thuận được thì yêu cầu Tòa án giải quyết. Việc xác định mức cấp dưỡng giữa cha mẹ với con dựa trên hai yếu tố chính: các nhu cầu chính đáng cần được đáp ứng của người con và khả năng tài chính trên thực tế của cha, mẹ.

Thứ nhất, mức cấp dưỡng được xác định dựa trên nhu cầu thiết yếu của người con được cấp dưỡng. Ngoại trừ những nhu cầu chung mà bất cứ một cá nhân nào cũng cần được đáp ứng để duy trì sự sống (như ăn, mặc, ở), nhu cầu thiết yếu của mỗi người thường được xác định dựa trên độ tuổi. Càng ở độ tuổi phát triển, nhóm nhu cầu thiết yếu càng có xu hướng mở rộng hơn. Chẳng hạn, bên cạnh những nhu cầu cơ bản để duy trì sự sống, người ta bắt đầu hình thành nhu cầu học tập, đi lại, thông tin liên lạc. Cùng với đó, nhu cầu thiết yếu còn được xác định trên hoàn cảnh cụ thể của mỗi người. Có những nhu cầu là cần thiết với người này nhưng với người khác lại không được đặt ra. Ví dụ như với một số người, việc khám, chữa bệnh là vô

14 Vụ việc cũng đề cập đến vấn đề: hoàn trả chi phí nuôi con cho khoảng thời gian đã diễn ra trong quá khứ.

15 Bên có nghĩa vụ phải chịu ít nhất 1/2 chi phí này - vì nghĩa vụ nuôi dưỡng và chăm sóc con đặt ra đối với cả cha và mẹ. Việc xác định chi phí được thực hiện hài hoà với khả năng và điều kiện của bên phải trả chi phí nuôi con. Mức chi phí cũng phụ thuộc nhiều vào khả năng chứng minh của bên trực tiếp nuôi dưỡng con.

cùng cần thiết, nhưng cũng có những người gần như không có nhu cầu này trên thực tế. Vì vậy, mặc dù nhu cầu thiết yếu là những yêu cầu cơ bản đối với tất cả mọi người, nhưng việc xác định nhu cầu cụ thể của một người trên thực tế lại cần có sự xem xét cẩn trọng từ nhiều yếu tố và cơ sở khác nhau¹⁶.

Dưới góc độ văn bản pháp luật và thực tiễn xét xử, có thể nhận thấy rằng, liên quan đến người được cấp dưỡng, mức cấp dưỡng chủ yếu được xác định dựa trên nhu cầu thiết yếu của người này. Tuy vậy, việc giới hạn mức cấp dưỡng trong phạm vi những nhu cầu thiết yếu trong một số trường hợp là chưa thực sự hợp lý. Khi xét đến mức cấp dưỡng cho người con, pháp luật Hoa Kỳ luôn dành một sự quan tâm đặc biệt đến hoàn cảnh về mọi mặt của người con. Theo đó, các yếu tố được chú trọng bao gồm: nguồn tài chính của con, mức sống mà người con có thể được hưởng nếu cha, mẹ không ly hôn, điều kiện về thể chất, tinh thần và những nhu cầu về giáo dục của trẻ¹⁷. Điều này cho thấy việc thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng của cha, mẹ luôn hướng đến sự ổn định trong đời sống của con. Nói cách khác, pháp luật hỗ trợ tối đa để quyền lợi của trẻ không thay đổi trong hoàn cảnh được nuôi dưỡng hay cấp dưỡng. Nhu cầu thiết yếu lúc này chỉ được xem xét như là một trong những yếu tố để xác định điều kiện sống của trẻ.

Thứ hai, mức cấp dưỡng được xác định trên khả năng tài chính của cha, mẹ. Khả năng tài chính của cha, mẹ có thể được đánh giá thông qua giá trị tài sản mà cha, mẹ sở hữu, nguồn thu nhập cũng như những nghĩa vụ tài

sản mà cha, mẹ phải thực hiện. Trong đó, việc xác định nguồn thu nhập của cha, mẹ không phải là điều đơn giản. Khái niệm “thu nhập” được hiểu rất khác biệt đối với từng ngành luật khác nhau¹⁸. Thu nhập được xác định để tính mức cấp dưỡng nên là những nguồn thu có tính ổn định. Điều này xuất phát từ tính chất quan hệ cấp dưỡng giữa cha, mẹ và con. Thông thường, mức cấp dưỡng được định sẵn trong một khoảng thời gian dài, những khoản thu nhập tăng hoặc giảm có tính “đột biến” chỉ nên được xác định để yêu cầu thay đổi mức cấp dưỡng. Việc thực hiện nghĩa vụ này cần được diễn ra một cách ổn định để không tạo nên biến động lớn trong đời sống của con được cấp dưỡng.

Vấn đề đặt ra ở đây là ngoài những nguồn thu xuất phát từ hoạt động sản xuất, kinh doanh..., các khoản tiền trợ cấp của cha, mẹ có được xác định là thu nhập để cấp dưỡng hay không. Nếu nguồn thu duy nhất của cha, mẹ là trợ cấp liên quan đến người có công với cách mạng hay các khoản trợ cấp khác thì liệu rằng chúng ta có nên “chia sẻ” một phần số tiền này để cấp dưỡng cho con? Pháp luật HNGĐ vẫn chưa nêu ra quy định cụ thể cho vấn đề này¹⁹.

“Đôi khi các Tòa án băn khoăn rằng việc thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng có được phép yêu cầu sử dụng đến cả những khoản trợ cấp tàn tật hay không. Vào năm 1987, Tòa án tối cao Hoa Kỳ đã tuyên bố trong án lệ *Rose v Rose*²⁰ rằng: pháp luật Liên bang không cản trở việc giữ lại một phần tiền trợ cấp thương tật của cựu chiến binh để đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng (cho

16 Trong một vụ việc, Tòa án đã tuyên người cha có nghĩa vụ cấp dưỡng với số tiền 365.000 đồng/tháng cho mỗi người con. Tuy vậy, thực tế người con trai mắc chứng bệnh “U sun suon (Uoo) phải điều trị khá lâu dài”. Theo quan điểm của chúng tôi, việc xác định nghĩa vụ cấp dưỡng như trên chưa thực sự căn cứ vào hoàn cảnh cụ thể của con được cấp dưỡng (khi không có sự phân biệt giữa người con khoẻ mạnh và người con đang phải điều trị bệnh).

Xem Bản án số 35/ 2011/ HNGĐ-PT của Tòa án nhân dân tỉnh An Giang.

17 John De Witt Gregory, Peter N. Swisher, Robin Fretwell Wilson (2013), *Understand family law*, LexisNexis, 4th, pp. 386.

18 Chẳng hạn như Luật Thuế thu nhập cá nhân hay luật dân sự, Luật HNGĐ sẽ có những cách nhìn không hoàn toàn đồng nhất về “thu nhập”.

19 Hướng dẫn về thu nhập và các khoản thu nhập hợp pháp khác được thể hiện tại Điều 9 và Điều 11 Nghị định số 126/ 2014/ ND-CP có ý nghĩa trong việc xác định tài sản chung, tài sản riêng của vợ, chồng.

20 Án lệ *Rose v Rose* 418 U.S 619 (1987).

dù pháp luật thành văn đã quy định rằng khoản tiền này không là đối tượng của việc tịch thu hoặc là bất cứ dạng thức nào khác của việc chiếm đoạt)²¹. Để xác định các khoản thu nhập được sử dụng vì mục đích cấp dưỡng con, pháp luật cũng như án lệ đã cố gắng cụ thể hoá những khoản thu này như: trợ cấp thôi việc, trợ cấp tàn tật, tiền bồi thường thiệt hại thương tật, lương hưu, tài sản chắc chắn được tặng cho, tiền cho vay, tiền thừa kế, cũng như những khoản phúc lợi xã hội khác²².

Việc sử dụng các khoản thu nhập của cha, mẹ để xác định mức cấp dưỡng cho con là điều hợp lý. Quan hệ cấp dưỡng cần hướng đến sự hỗ trợ tốt nhất có thể giữa cha, mẹ đối với con. Mặc dù thu nhập trước hết phải được sử dụng để đáp ứng các nhu cầu thiết yếu của cha, mẹ. Các khoản tiền trợ cấp của cha, mẹ vẫn có thể được sử dụng để cấp dưỡng cho con nếu các nhu cầu thiết yếu của cha, mẹ đã được đáp ứng²³.

Như đã phân tích trước đó, việc xác định mức cấp dưỡng thường được xác định dựa trên nhu cầu chính đáng của con và khả năng cấp dưỡng của cha, mẹ. Trên thực tế, Toà án thường căn cứ vào mức lương cơ bản để xác định mức cấp dưỡng cụ thể. Trong một vụ việc, Toà án đã từng tuyên “án sơ thẩm tuyên buộc ông H chịu mức cấp dưỡng

nuôi con là 365.000 đồng/tháng, vào thời điểm tháng 3/2011 lương cơ bản là 730.000 đồng/tháng. Tuy nhiên, tại thời điểm xét xử phúc thẩm thì lương cơ bản là 830.000 đồng/tháng. Nên cần điều chỉnh lại mức cấp dưỡng tại thời điểm xét xử phúc thẩm là 415.000 đồng/tháng...”²⁴.

Như vậy, Toà án đã căn cứ vào mức lương cơ bản để xác định mức cấp dưỡng cho con, với mức cấp dưỡng bằng $\frac{1}{2}$ mức lương cơ bản. Mức cấp dưỡng này là khá thấp, không đủ để đảm bảo quyền lợi của trẻ. Nhưng có một lưu ý là bên cạnh quyền được cấp dưỡng, con còn được bên cha, mẹ còn lại trực tiếp nuôi dưỡng - và vì thế, trách nhiệm chăm sóc và hỗ trợ để con phát triển toàn diện về thể chất, tinh thần được cha, mẹ cùng nhau san sẻ thực hiện.

Pháp luật các bang ở Hoa Kỳ thường quy định mức cấp dưỡng tối thiểu. Tuy vậy, con vẫn được cấp dưỡng trong khả năng chi trả của cha, mẹ. Vấn đề đặt ra là thế nào là “giới hạn thích hợp” khi cha, mẹ không phải lúc nào cũng có một khoản thu nhập lớn. Các bang thường áp dụng một trong ba cách sau: xác định mức cấp dưỡng dựa trên thu nhập cao hơn của bên cha hoặc mẹ²⁵; đưa ra mức cấp dưỡng cao nhất dựa trên những nhu cầu đặc biệt và mức sống của người con trước khi cha, mẹ ly hôn²⁶; trong một số trường

21 Xem thêm John De Witt Gregory, Peter N. Swisher, Robin Fretwell Wilson (2013), *Understand family law*, LexisNexis, 4th, pp. 387.

22 John De Witt Gregory, Peter N. Swisher, Robin Fretwell Wilson (2013), *Understand family law*, LexisNexis, 4th, pp. 392.

23 Tham khảo thêm các mô hình tính tiền cấp dưỡng của cha, mẹ đối với con:

Mô hình chia sẻ thu nhập: nhu cầu của con sẽ được đáp ứng bởi thu nhập của cả cha và mẹ. Thu nhập của cha, mẹ được sử dụng để thoả mãn mức sống cơ bản của cha, mẹ và con. Điều này đồng nghĩa với việc khi trẻ càng trưởng thành thì mức cấp dưỡng càng tăng.

Mô hình Delaware: tất cả những nhu cầu cơ bản của trẻ phải được đáp ứng trước khi bất cứ nhu cầu nào không phải là nhu cầu tối thiểu của cha, mẹ được đáp ứng.

Xem thêm John De Witt Gregory, Peter N. Swisher, Robin Fretwell Wilson (2013), *Understand family law*, LexisNexis, 4th, pp. 390 - 391.

24 Bản án số 33/2011/HNGĐ-PT của Toà án nhân dân tỉnh Long An.

25 Xem thêm: Va. Code Ann. §20 – 108.2 (2011): tính tổng thu nhập của cha, mẹ, kết hợp với tuổi của con để xác định mức cấp dưỡng theo từng tháng. Nếu tổng thu nhập quá thấp (< 150 % mức đói nghèo của Liên bang), thì Toà án sẽ quyết định mức cấp dưỡng thấp hơn định mức.

26 Cũng cần lưu ý rằng, Toà án sẽ hạn chế tối đa những trường hợp nhận tiền cấp dưỡng để nuôi con nhưng lại tăng mức sống – thường diễn ra với bên vợ, chồng có hoàn cảnh khó khăn

hợp, Toà án không áp dụng nguyên tắc mà tùy thuộc vào từng trường hợp cụ thể để giải quyết²⁷. Các nguyên tắc trên được áp dụng cho cả trường hợp cha, mẹ ly hôn, cũng như trường hợp cha, mẹ chưa từng tồn tại quan hệ hôn nhân hợp pháp. Có thể thấy rằng, pháp luật Hoa Kỳ vừa đặt ra những giới hạn nhất định cho việc cấp dưỡng, nhưng đồng thời, mức cấp dưỡng cụ thể cũng là sự vận dụng quy định một cách rất linh hoạt của Toà án. Điều này là vô cùng cần thiết để quyền lợi của con và cha, mẹ tồn tại một cách hài hoà trong quan hệ cấp dưỡng.

Tương tự như vậy, chúng tôi cho rằng, pháp luật Việt Nam cần có hướng dẫn cụ thể hơn về mức cấp dưỡng tối thiểu. Theo cách thức mà rất nhiều Toà án đã đưa ra, mức cấp dưỡng có thể được tính theo mức lương cơ sở theo từng thời điểm khác nhau. Trong hoàn cảnh các nhu cầu cần được đáp ứng ngày càng mở rộng, mức cấp dưỡng không nên thấp hơn $\frac{3}{4}$ mức lương cơ sở do Nhà nước quy định. Mặc dù bên cấp dưỡng hay bên trực tiếp nuôi dưỡng đều có nghĩa vụ đóng góp tài sản để nuôi dạy con, tuy vậy, mức cấp dưỡng bằng $\frac{1}{2}$ mức lương cơ sở như trong nhiều trường hợp là chưa thực sự đảm bảo quyền lợi của con²⁸. Hơn nữa, bên trực tiếp nuôi dưỡng con cần được san sẻ bớt gánh nặng về mặt tài chính trong việc nuôi dạy con.

4. Chấm dứt việc thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng

Theo Điều 118 Luật HNGĐ 2014, quan hệ cấp dưỡng giữa cha, mẹ và con chấm dứt khi thuộc một trong các trường hợp sau: (i) con đã thành niên và có khả năng lao động hoặc có tài sản để tự nuôi mình; (ii) con đã được nhận làm con nuôi; (iii) con

được bên cha, mẹ cấp dưỡng trực tiếp nuôi dưỡng; (iv) một trong hai bên chết. Theo logic được thể hiện bởi Luật HNGĐ: cha, mẹ chỉ có nghĩa vụ nuôi dưỡng, cấp dưỡng nếu con chưa thành niên. Khi người con đã thành niên, có khả năng lao động thì quyền và nghĩa vụ này sẽ tự động chấm dứt. Điều này đã dẫn đến một kết quả ngầm định rằng: khi người con đủ 18 tuổi và có khả năng lao động thì quan hệ cấp dưỡng sẽ chấm dứt.

Thực tiễn xét xử ở Việt Nam cho thấy, một số Toà án buộc người không trực tiếp nuôi con phải thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng đến khi con *trưởng thành*. “Các thẩm phán của các Toà án này cho rằng, hiện nay nhiều trường hợp dù con đã thành niên nhưng đang theo học ở các trường chuyên nghiệp (trung cấp, cao đẳng, đại học) thì cha, mẹ phải có nghĩa vụ nuôi con ăn học, nên khi ly hôn cha, mẹ phải có nghĩa vụ cấp dưỡng nuôi con”²⁹. Ngoài những trường hợp này, phần lớn phán quyết của Toà án vẫn bám sát quy định của pháp luật và định rõ việc cấp dưỡng được thực hiện đến khi con đủ 18 tuổi.

Có thể thấy rằng, độ tuổi chính là thước đo để đánh giá một cách khách quan về mức độ phát triển và hoàn thiện về thể chất cũng như khả năng nhận thức của một người. Thông thường, người đủ 18 tuổi có khả năng lao động để tạo ra của cải nuôi sống bản thân. Đây cũng là dấu mốc quan trọng đánh dấu sự trưởng thành và khả năng duy trì cuộc sống độc lập của một cá nhân. Mặc dù vậy, việc có khả năng lao động và việc tham gia vào những hoạt động nghề nghiệp cụ thể trên thực tế là hai vấn đề khác biệt. Quan hệ cấp dưỡng giữa cha, mẹ đối với con vì thế không nên là sự đánh giá đơn thuần dựa trên độ tuổi. Ở Hoa Kỳ, trong quá

27 Đọc thêm án lệ: Wright v Wright, 19 So. 3d 901, 906: khi tổng thu nhập cao hơn mức giới hạn, tiền cấp dưỡng được xem xét dựa trên nhu cầu, phong cách sống, thói quen đã hình thành của người con trước đó.

28 Tất nhiên, điều này cần được thực hiện trong sự xem xét về mức thu nhập của người có nghĩa vụ cấp dưỡng.

29 Phạm Thái Quý (2011), “Trao đổi về việc xác định cha, mẹ cho con và cấp dưỡng nuôi con”, Tạp chí Toà án nhân dân, số 20, tr 4.

Tham khảo Quyết định số 79/ 2010/ DS-GĐT ngày 26/ 02/ 2010 của Toà dân sự - Toà án nhân dân tối cao; Bản án số 1062/ 2009/ HN-PT ngày 26/ 6/ 2009 của Toà án nhân dân TP Hồ Chí Minh...

khứ việc cấp dưỡng có sự phân biệt độ tuổi trưởng thành giữa nam và nữ. Tuy nhiên, sau khi án lệ *Stanton v Stanton* (năm 1975) ra đời, Tòa án tối cao đã thống nhất quan điểm rằng, sự phân biệt dựa trên giới tính như vậy là không đảm nguyên tắc đối xử công bằng do Hiến pháp đặt ra³⁰. Nghĩa vụ cấp dưỡng được xem xét một cách linh hoạt tùy từng hoàn cảnh và mức độ trưởng thành của người con. Cũng vì vậy, cha, mẹ có thể chấm dứt nghĩa vụ cấp dưỡng khi người con chưa thành niên đã kết hôn, tham gia phục vụ quân đội hoặc đã được thừa nhận có năng lực hành vi dân sự đầy đủ bằng những cách thức khác³¹. Ngược lại, nghĩa vụ cấp dưỡng vẫn có thể được đặt ra ngay cả khi con đủ 18 tuổi. Học tập được xem là một nhu cầu chính đáng của người con cần được cha, mẹ hỗ trợ mặc dù con đã đủ tuổi thành niên. Trong một vụ việc cụ thể, Tòa án Colorado đã buộc người cha cấp dưỡng cho con gái đã 21 tuổi vì người này vẫn đang tham gia học tập năm thứ ba tại trường đại học³². Hướng xét xử như trên cũng được ghi nhận một cách khá rộng rãi tại các bang khác.

Theo chúng tôi, quan hệ cấp dưỡng được thực hiện với mục đích tạo sự hỗ trợ tốt nhất có thể đối với quá trình phát triển của người con (ngay cả khi người này đã thành niên). Tùy thuộc vào mỗi giai đoạn mà việc thực hiện nghĩa vụ về tài sản của cha, mẹ lại thể hiện một ý nghĩa nhất định. Khi chưa thành niên, việc đáp ứng các nhu cầu vật chất của con phụ thuộc phần lớn vào cha, mẹ. Qua thời gian, những ràng buộc này có xu hướng giảm dần. Tuy vậy, sự quan tâm và hỗ trợ từ phía cha, mẹ vẫn vô cùng cần thiết. Khi con đủ 18 tuổi, nghĩa vụ cấp dưỡng vẫn nên được đặt ra nếu cha, mẹ có khả năng và người con có lý do hoàn toàn chính đáng cho yêu cầu này. Lúc này mức cấp dưỡng cần được xác định lại để việc

cấp dưỡng vẫn thể hiện sự hỗ trợ của cha, mẹ giúp cuộc sống của con thuận lợi. Mặt khác, người con vẫn có trách nhiệm chính trong việc chủ động tổ chức, duy trì và phát triển cuộc sống của mình. Vì thế, việc người con trên 18 tuổi, đang tham gia chương trình đào tạo toàn thời gian vẫn được cha, mẹ cấp dưỡng là điều hợp lý. Trách nhiệm của cha, mẹ không chỉ dừng lại ở việc nuôi dưỡng con khôn lớn và hoàn thiện về mặt thể chất. Sự gắn kết đặc biệt của mối quan hệ này đòi hỏi cha, mẹ - trong khả năng có thể, tạo điều kiện thuận lợi để con có thể xây dựng một cuộc sống tốt đẹp.

Có thể nhận thấy rằng, điều kiện cấp dưỡng giữa cha, mẹ và con là một trong những nội dung cần được điều chỉnh cụ thể. Trong đó, việc xem xét quyền lợi của người con cần có sự nhìn nhận một cách linh động và toàn diện. Điều này không thể được thực hiện mà không có sự đánh giá nhu cầu thiết yếu của trẻ trên thực tế. Tuy vậy, để đảm bảo lợi ích của con và hướng mối quan hệ cấp dưỡng thực sự tạo sự hỗ trợ để con có đủ điều kiện phát triển một cách toàn diện về thể chất lẫn tinh thần, việc xem xét nhu cầu của người con trong nhiều trường hợp không nên chỉ bị bó hẹp trong những nhu cầu thiết yếu hoặc các điều kiện về độ tuổi một cách đơn thuần. Điều này được thực hiện trên nền tảng mối quan hệ thân thiết và gắn kết giữa cha, mẹ và con. Sự hỗ trợ và giúp đỡ trong hoàn cảnh này là hoàn toàn phù hợp với bản chất mối quan hệ cha, mẹ, con. Mặc dù vậy, việc bảo vệ quyền lợi của con cũng cần được đặt trong một tổng thể hài hòa với lợi ích và khả năng thực tế của cha, mẹ ■

30 Xem thêm *Stanton v Stanton*, 517 P.2d 1010 (Utah 1974), rev'd U.S 7 (1975).

31 Xem thêm Va. code ann. §§ 16.1 – 333, 334 (West 2011) Findings necessary to order that minor is emancipated - Những sự kiện xác định trẻ vị thành niên được giải phóng (có sự độc lập các quyền và nghĩa vụ với cha, mẹ)

32 Xem *In re Marriage of Plummer* 735 P. 2d 165 (Colo. 1987).

KHÁI NIỆM VÀ CÁC LOẠI NHÃN HIỆU TRONG QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT HOA KỲ, NHẬT BẢN VÀ VIỆT NAM

Vũ Thị Phương Lan*

* TS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: nhãn hiệu, phân loại nhãn hiệu, nhãn hiệu hàng hoá, nhãn hiệu dịch vụ, nhãn hiệu tập thể, nhãn hiệu chứng nhận, nhãn hiệu liên kết, bảo hộ nhãn hiệu Hoa Kỳ, bảo hộ nhãn hiệu Nhật Bản.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 30/03/2018

Biên tập : 11/04/2018

Duyệt bài : 18/04/2018

Article Infomation:

Keywords: brands; brand classification; good brands; service brands; collective brands; certified brands; associated brands; brand protection in the United States of America; brand protection in Japan

Article History:

Received : 30 Mar. 2018

Edited : 11 Apr. 2018

Approved : 11 Apr. 2018

Tóm tắt:

Trong nền kinh tế toàn cầu, nhãn hiệu của các doanh nghiệp không những được coi là tài sản quý giá của doanh nghiệp mà còn là công cụ để các nền kinh tế xâm nhập một cách hiệu quả hơn vào thị trường các quốc gia khác. Cuộc Cách mạng công nghiệp 4.0 đang diễn ra ở nhiều nơi trên thế giới sẽ làm cho năng suất và hiệu quả kinh tế ngày càng tăng, kéo theo đó là xu hướng hình thành ngày càng nhiều các loại nhãn hiệu đa dạng và có giá trị cao. Việc tìm hiểu và so sánh quy định của pháp luật Hoa Kỳ và Nhật Bản và Việt Nam về các loại nhãn hiệu sẽ không chỉ giúp hiểu biết sâu sắc hơn về pháp luật của các nước về vấn đề này mà còn giúp đánh giá sự tương thích của pháp luật Việt Nam với các quốc gia hiện đang dẫn đầu cuộc Cách mạng công nghiệp 4.0.

Abstract

In the global economy, the corporate branding is not only understood as a valuable corporate asset, but also a tool for the economies to more effectively penetrate into the other markets of the world. The Industrial Revolution 4.0 is taking place in several parts of the world, increasing the productivity and efficiency of the world economy, leading to the emergence of more and more diversal and highly valuable brands. It is requested to understand and make comparison of the laws of the United States of America, Japan and Vietnam on trademarks will not only provide a in-depth understandings of the laws of the concerned countries but also help us to assess the similarity of the law of Vietnam with these countries currently leading the Industrial Revolution 4.0

1. Quy định của pháp luật Hoa Kỳ, Nhật Bản và Việt Nam về khái niệm nhãn hiệu

1.1 Quy định của pháp luật Hoa Kỳ

Các vấn đề liên quan đến nhãn hiệu của Hoa Kỳ được điều chỉnh bởi Đạo luật Lanham (Lanham Act) Luật về Nhãn hiệu ban hành năm 1946 và được sửa đổi nhiều

lần trong quá trình áp dụng (lần sửa đổi gần đây nhất là ngày 7/10/2016)¹. Trong Luật này có hai quy phạm liên quan đến định nghĩa về nhãn hiệu có phần nào đó khác nhau. Phần định nghĩa Luật này quy định: “Thuật ngữ nhãn hiệu bao gồm bất kỳ từ, tên gọi, biểu tượng, hay hình vẽ, hoặc sự kết hợp giữa chúng mà - (1) được sử dụng bởi một người, hoặc (2) được một người có ý định chân thành là sử dụng nó trong thương mại và xin đăng ký theo quy định tại luật này - để xác định và phân biệt hàng hóa của người đó, bao gồm cả các hàng hóa đặc chủng, với những hàng hóa cùng loại được sản xuất hoặc được bán bởi những người khác và để chỉ rõ nguồn gốc của hàng hóa thậm chí khi mà không xác định được nguồn gốc đó”.

Theo quy định của pháp luật Hoa Kỳ, các yếu tố được công nhận trong khái niệm nhãn hiệu chỉ bao gồm những yếu tố truyền thống như tên gọi, biểu tượng, hình vẽ hay sự kết hợp giữa chúng mà thôi. Các yếu tố mới không mang tính chất truyền thống nhưng vẫn có khả năng phân biệt hàng hóa, dịch vụ cùng loại của các doanh nghiệp khác nhau như âm thanh, hay mùi, dường như chưa được bao trùm trong định nghĩa này. Tuy nhiên, do nhu cầu phát triển mạnh mẽ và đa dạng của nền kinh tế, Hoa Kỳ là một trong những nước đầu tiên trên thế giới công nhận và cho đăng ký các nhãn hiệu chứa đựng các yếu tố mới này. Thực tiễn này diễn ra là nhờ việc giải thích một điều khoản có tính mở trong Điều 2 Luật Nhãn hiệu năm 1946 của Hoa Kỳ. Điều luật này quy định: “Không có nhãn hiệu nào có khả năng phân biệt hàng hóa của người nộp đơn với những hàng hóa của những người khác lại bị từ chối đăng ký vào sổ đăng ký...”. Theo tinh thần của điều khoản này, bất kỳ *dấu hiệu* nào, không phân biệt định hình hay không định hình nếu có khả năng phân biệt hàng hóa, dịch vụ của

các doanh nghiệp thì đều có thể được coi là nhãn hiệu, miễn là nó có khả năng phân biệt hàng hóa của người này với hàng hóa cùng loại của người khác.

1.2 Quy định của pháp luật Nhật Bản

Pháp luật hiện hành của Nhật Bản về nhãn hiệu là Đạo luật về Nhãn hiệu (Trademark Act) ban hành năm 1959 và được sửa đổi lần gần đây nhất năm 2015. Pháp luật Nhật Bản về nhãn hiệu có thiên hướng nghiêng về phía truyền thống. Khác với quy định mở của pháp luật Hoa Kỳ, pháp luật Nhật Bản quy định nhãn hiệu là các chữ cái, con số, dấu hiệu, hình họa ba chiều hay sự kết hợp giữa chúng có thể có màu sắc, thỏa mãn một trong hai điều kiện sau: thứ nhất, đối với nhãn hiệu gắn lên hàng hóa, nó phải được sử dụng đối với hàng hóa mà một người sản xuất, xác nhận hay đem vào lưu thông; hoặc thứ hai, đối với nhãn hiệu dịch vụ, nó được sử dụng đối với dịch vụ mà một người cung cấp hay xác nhận trong quá trình thương mại. Và theo quy định này, đến nay pháp luật Nhật Bản cũng như Cục Sở hữu công nghệ Nhật Bản vẫn chưa công nhận cho đăng ký nhãn hiệu âm thanh và mùi².

1.3. Quy định của pháp luật Việt Nam

Hiện nay, các vấn đề liên quan đến đăng ký và bảo hộ nhãn hiệu tại Việt Nam được quy định trong Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 (Luật SHTT 2005 - sửa đổi năm 2009) và các văn bản hướng dẫn như Nghị định số 122/2010/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 103/2006/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật SHTT về sở hữu công nghiệp và một số văn bản khác.

Điều 4 khoản 16 Luật SHTT 2005 quy định: “*Nhãn hiệu* là dấu hiệu dùng để phân biệt hàng hoá, dịch vụ của các tổ chức, cá nhân khác nhau”. Quy định này nhấn mạnh

1 Xem Cục Sáng chế và nhãn hiệu Hoa Kỳ, https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/trademark_rules_statutes_2017-7-21.pdf (truy cập ngày 29/3/2018).

2 Khoản 1 Điều 2, Luật Nhãn hiệu năm 1959 (2015) của Nhật Bản; Giới thiệu pháp luật Nhãn hiệu hàng hóa, Cục SHCN Nhật Bản - TT SHCN Châu Á - Thái Bình dương (JIII) 2000, tr 14.

đến chức năng và cũng là mục đích của nhãn hiệu, là để phân biệt hàng hóa, dịch vụ của các tổ chức, cá nhân khác nhau. Xét về nội dung, có thể thấy đây là một định nghĩa mở, không có sự hạn chế các dấu hiệu cụ thể được sử dụng làm nhãn hiệu. Về mặt pháp lý, bất kỳ dấu hiệu nào có khả năng phân biệt hàng hóa, dịch vụ của các tổ chức, cá nhân khác nhau đều có thể trở thành nhãn hiệu.

2. Quy định của pháp luật Hoa Kỳ, Nhật Bản, Việt Nam về các yếu tố có thể cấu thành nhãn hiệu

Nếu xét ở nghĩa rộng nhất của khái niệm nhãn hiệu, tức là dựa vào chức năng phân biệt nguồn gốc hàng hóa, dịch vụ của nó, nhãn hiệu có thể được tạo thành bởi rất nhiều loại yếu tố khác nhau, bao gồm:

- Các từ ngữ, chữ cái và chữ số, ví dụ một hay nhiều từ ngữ, chữ cái, một hay nhiều số hay sự kết hợp giữa chúng. Đây cũng là một dạng nhãn hiệu phổ biến. Tuy nhiên, không phải bất kỳ chữ cái hay chữ số nào cũng có thể đăng ký làm nhãn hiệu. Đặc biệt là các chữ cái đứng đơn lẻ và không được cách điệu thì thường bị đa số pháp luật các nước và pháp luật quốc tế coi là không có tính phân biệt và vì thế không có khả năng đăng ký nhãn hiệu. Theo quy định của pháp luật Việt Nam, hình và hình học đơn giản, chữ số, chữ cái, chữ thuộc các ngôn ngữ không thông dụng thì không được đăng ký làm nhãn hiệu, trừ trường hợp các dấu hiệu này đã được sử dụng và thừa nhận rộng rãi với danh nghĩa một nhãn hiệu³. Luật về Nhãn hiệu của Hoa Kỳ, với một cách tiếp cận luôn luôn mở, không đề cập gì đến điều kiện về sự kết hợp có thể phát âm được hay với những số lượng chữ cái, chữ số tối thiểu để một nhãn chữ cái hoặc chữ số có thể được đăng ký như một nhãn hiệu. Pháp luật Nhật Bản lại không quy định một cách cứng nhắc buộc việc kết hợp các chữ cái phải theo một thứ tự có thể phát âm được. Các nhãn chỉ

gồm chữ cái và chữ số, nếu chỉ có một chữ cái hoặc chữ số thì sẽ bị coi là quá đơn giản và theo đó không được đăng ký. Ngoài ra, một quy định khá đặc biệt nữa là nếu hai chữ cái alphabet được nối với nhau bằng dấu gạch ngang (-) thì sẽ bị coi là quá đơn giản không được đăng ký trong khi nếu nối với nhau bằng dấu "&" thì lại được coi là có tính phân biệt và có khả năng đăng ký⁴.

- Hình vẽ: bao gồm các hình vẽ trang trí, các nét vẽ, biểu tượng hoặc hình họa hai chiều của hàng hóa hay bao bì. Hầu hết pháp luật các quốc gia đều công nhận các hình vẽ, biểu tượng có tính phân biệt và có khả năng đăng ký bảo hộ cao. Tuy nhiên, ngoại trừ pháp luật Hoa Kỳ, pháp luật Nhật Bản, Việt Nam đều không công nhận đăng ký nhãn hiệu cho các dấu hiệu hình học hai chiều đơn giản ví dụ hình tam giác ngược hoặc xuôi, hình vuông, hình tròn, hình bình hành, hình quả tim, nguyệt quế... Các hình học cơ bản này muốn được đăng ký làm nhãn hiệu thường phải được trình bày một cách cách điệu để tạo thành sự khác biệt giống như trường hợp chữ "S" có nhiều nét lồng vào nhau làm nhãn hiệu dòng xe SEAT của Tây Ban Nha.

- Các dấu hiệu màu sắc: loại này bao gồm các từ ngữ, hình vẽ và bất kỳ sự kết hợp nào giữa chúng có màu sắc hoặc sự kết hợp màu sắc hoặc bản thân màu sắc. Việc sử dụng các chữ cái, hình họa với màu sắc hoặc kết hợp với màu sắc nói chung thường làm tăng thêm tính phân biệt của chúng. Vì thế, các đơn đăng ký đối với những dấu hiệu trong đó có nói rõ màu sắc dùng hay mô tả trong đơn thường dễ được đăng ký hơn.

- Các dấu hiệu và hình ảnh ba chiều: đây là một loại nhãn hiệu mới đang được các doanh nghiệp ngày càng ưa chuộng. Các dấu hiệu và hình ảnh ba chiều thường tạo ra hình ảnh rất mạnh, dễ tác động và in sâu vào tâm trí người tiêu dùng vì thế chúng có khả năng

3 Điểm a khoản 2 Điều 74 Luật SHTT 2005.

4 Giới thiệu pháp luật Nhãn hiệu hàng hóa, Cục SHCN Nhật Bản-Trung tâm SHCN Châu Á- Thái Bình dương (JIII) 2000, tr. 8.

phân biệt rất cao (ví dụ: ngôi sao ba cánh nổi nằm trong vòng tròn của xe Mercedes, hình con sư tử đứng hai chân nổi của xe Peugeot, hình con ngựa bay đúc nguyên khối của xe Roll-Royce).

- Các dấu hiệu thính giác (nhãn hiệu âm thanh) và các dấu hiệu khứu giác (nhãn hiệu mùi): đây là hai loại nhãn hiệu mới phát triển trong thời gian gần đây do nhu cầu phát triển đa dạng của nền kinh tế, đặc biệt là sự phát triển mạnh mẽ của thương mại hàng hóa. Các doanh nghiệp năng động phát hiện ra rằng âm thanh cũng có khả năng làm cho người tiêu dùng nhận biết được hàng hóa mà mình cần dùng hay giúp người tiêu dùng phân biệt được nguồn gốc sản xuất khác nhau của hàng hóa cùng loại, ngay cả khi người tiêu dùng chưa nhìn thấy hàng hóa. Đối với nhãn hiệu khứu giác (nhãn hiệu mùi) chưa có sự phát triển mạnh mẽ như nhãn hiệu âm thanh. Một trong những lý do của thực tiễn này là vì, không giống như nhãn âm thanh hay nhãn ba chiều, việc mô tả các mùi là hết sức khó khăn, đặc biệt là các mùi tự tạo không có trong thiên nhiên. Một lý do nữa là trong việc giúp người tiêu dùng phân biệt và nhận ra sản phẩm quen dùng, các mùi không có hiệu quả cao như hình ảnh hoặc âm thanh. Vì thế cho đến nay vẫn chỉ mới có một số mùi nhất định đăng ký cho một số hàng hóa đặc thù nhất định. Đó là những mùi đặc trưng (hay còn gọi là mùi cơ bản) mà không cần mô tả ai cũng có thể biết và nhận ra chúng, ví dụ mùi vanilla đăng ký cho một số loại bánh kẹo hay hương liệu, mùi hoa Plimeria đăng ký cho chỉ may và sợi thêu.

- Những dấu hiệu khác (không nhìn thấy được): ví dụ những dấu hiệu loại này được nhận biết qua xúc giác thường dành để gắn lên những loại hàng hóa giúp cho người khiếm thị nhận biết được hàng hóa mình cần chọn. Về bản chất, lý thuyết về những dấu hiệu khác không nhìn thấy được có khả năng đăng ký làm nhãn hiệu được phát triển trên cơ sở “tính mờ” của khái niệm nhãn hiệu như quy định của Hoa Kỳ. Về nguyên tắc, bất kỳ dấu hiệu nào có thể phân biệt hàng

hóa, dịch vụ của doanh nghiệp này với hàng hóa, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác đều có thể được coi là nhãn hiệu. Có thể có những nhãn tố mà ngày nay chúng ta chưa xác định được nhưng trong tương lai, với sự ra đời và phát triển của các môi trường mới như internet, thực tại ảo (Virtual Reality), chúng có thể thỏa mãn chức năng phân biệt của một nhãn hiệu.

Qua quy định của pháp luật Hoa Kỳ, Nhật Bản và Việt Nam về khái niệm nhãn hiệu, có thể thấy Hoa Kỳ và Việt Nam có quy định cởi mở nhất. Về mặt pháp lý, tất cả các dấu hiệu trên đây đều có thể được đăng ký nhãn hiệu ở hai quốc gia này. Điểm khác biệt có lẽ nằm ở thực tiễn thi hành pháp luật về nhãn hiệu. Trong khi thực tiễn này ở Việt Nam còn tương đối nghèo nàn thì thực tiễn ở Hoa Kỳ đã rất phong phú. Nền kinh tế lớn nhất và phát triển sôi động nhất trên thế giới đã thúc đẩy các nhà sản xuất, các doanh nghiệp tận dụng triệt để lợi thế từ các quy định về bảo hộ nhãn hiệu. Các loại nhãn hiệu mới nhất như nhãn hiệu âm thanh, nhãn hiệu mùi đều đã được đăng ký bảo hộ ở Hoa Kỳ. Nhà sản xuất và bán lẻ kem hàng đầu thế giới Wall của Hoa Kỳ đã đăng ký giai điệu âm nhạc đặc trưng trên các xe bán kem lưu động làm nhãn hiệu âm thanh độc đáo cho sản phẩm kem của mình. Sự ra đời của Internet và thương mại điện tử càng làm cho môi trường kinh doanh trở nên đa dạng và nhãn hiệu âm thanh phát huy được vai trò của mình một cách tích cực hơn. Ví dụ nhà sản xuất hoặc phân phối có thể “nhắc nhở” khách hàng mua sản phẩm của mình khi người này đang duyệt các trang web bán các sản phẩm cùng loại bằng một tín hiệu âm thanh đặc trưng cho sản phẩm của mình. Ở Hoa Kỳ hiện có hai dạng nhãn âm thanh thường được sử dụng. Đó là những nốt nhạc hoặc tiết tấu nhạc ngắn được sáng tác (ví dụ các âm thanh của chương trình Windows) hoặc các âm thanh trong tự nhiên (ví dụ tiếng gầm của loài thú hay tiếng rì rào của biển cả). Hiện tại đã có hàng trăm nhãn hiệu âm thanh khác nhau được đăng ký tại Cục Sáng chế và nhãn hiệu Hoa Kỳ, từ dịch

vụ giải trí đa phương tiện đến chương trình máy tính và kinh doanh nhà hàng⁵... Cũng giống như nhãn hiệu ba chiều, để được đăng ký bảo hộ thì nhãn hiệu âm thanh phải được thể hiện thành các nốt nhạc và tiết tấu nhạc trên giấy. Và do đó, trên thực tế cái cần bảo hộ là giai điệu nhạc gắn lên hàng hóa, dịch vụ trong khi đó cái được bảo hộ lại là những nốt nhạc và tiết tấu nhạc mà người nộp đơn thể hiện trên giấy. Nhãn hiệu mùi hương cũng đã được sử dụng, ví dụ mùi hoa cỏ tươi tái hiện mùi hoa Plimeria đã được đăng ký cho mặt hàng chỉ may và sợi thêu⁶.

So với pháp luật Hoa Kỳ và Việt Nam, pháp luật Nhật Bản với cách tiếp cận truyền thống hiện chưa tính đến các yếu tố mùi và âm thanh trong cấu thành nhãn hiệu và do đó loại bỏ các nhãn hiệu âm thanh và mùi ra khỏi thực tiễn đăng ký và bảo hộ nhãn hiệu của mình⁷.

3. Quy định của pháp luật Hoa Kỳ, Nhật Bản và Việt Nam về các loại nhãn hiệu

Trong thực tiễn bảo hộ nhãn hiệu của các nước và quốc tế, nhãn hiệu thường được chia thành các loại khác nhau dựa trên các căn cứ phân loại khác nhau và tùy thuộc vào đặc điểm của từng loại. Những loại nhãn hiệu phổ biến nhất được quy định trong pháp luật của Hoa Kỳ, Nhật Bản và Việt Nam là nhãn hiệu hàng hóa, nhãn hiệu dịch vụ, nhãn hiệu tập thể, nhãn hiệu chứng nhận, nhãn hiệu liên kết và nhãn hiệu nổi tiếng. Pháp luật Hoa Kỳ, Nhật Bản và Việt Nam quy định về các loại nhãn hiệu này có những điểm giống và khác nhau khá cơ bản.

3.1 Nhãn hiệu hàng hóa và nhãn hiệu dịch vụ

Tất cả các văn bản pháp luật của Hoa Kỳ, Nhật Bản, Việt Nam phân tích ở đây đều có sự phân biệt giống nhau giữa nhãn hiệu hàng hóa (NHHH) và nhãn hiệu dịch

vụ (NHDV). Sự phân biệt giữa hai loại nhãn hiệu này chỉ ở chỗ NHHH là những dấu hiệu phân biệt được gắn lên các sản phẩm là hàng hóa; còn các NHDV là những dấu hiệu phân biệt dành cho các sản phẩm dịch vụ, tức là các sản phẩm vô hình do một người hay một doanh nghiệp thực hiện để phục vụ một hay nhiều người hay doanh nghiệp khác. Ngoài sự khác biệt này, NHHH và NHDV cơ bản trùng nhau về bản chất. Bởi vì NHDV cũng mang đầy đủ chức năng biểu hiện nguồn gốc và phân biệt đối với dịch vụ giống như các chức năng tương tự của NHHH đối với hàng hóa. Trong pháp luật của cả ba quốc gia, NHDV được đăng ký, gia hạn và hủy bỏ theo cùng một cách như NHHH và được chuyển giao hoặc cấp phép sử dụng theo cùng những điều kiện như NHHH. Vì thế, các quy định điều chỉnh NHHH ở các nước cũng được áp dụng, về nguyên tắc, giống hệt của NHDV.

3.2 Nhãn hiệu tập thể và nhãn hiệu chứng nhận

Trong nhiều trường hợp, nhãn hiệu xác định một nhóm doanh nghiệp là nguồn gốc của hàng hóa sản xuất ra hoặc dịch vụ cung cấp. Người ta có thể chia các nhãn hiệu do một tập thể các doanh nghiệp làm chủ Văn bằng hoặc cùng sử dụng một nhãn hiệu chung ra làm hai dạng: nhãn hiệu tập thể (NHTT) và nhãn hiệu chứng nhận (NHCN). Theo pháp luật của Hoa Kỳ, Nhật Bản và Việt Nam, mục đích sử dụng của hai loại nhãn hiệu này có sự khác nhau. NHTT biểu thị sự liên minh của một số doanh nghiệp sử dụng nhãn hiệu. Trong khi đó NHCN dẫn chiếu đến những tiêu chuẩn nhất định mà các sản phẩm sử dụng nhãn phải đáp ứng.

Dưới đây là những đặc điểm giống và khác nhau trong những quy định của pháp luật của ba quốc gia về vấn đề này.

5 Xem <https://www.uspto.gov/trademark/soundmarks/trademark-sound-mark-examples> (tra cứu ngày 29/ 3/20118).

6 Quyết định TTAB (1990) Cục đăng ký bảo hộ NHHH và sáng chế Hoa Kỳ.

7 Giới thiệu pháp luật NHHH, Cục SHCN Nhật Bản - Trung tâm SHCN Châu Á- Thái Bình dương (JIII) 2001; Khoản 4, Điều 16, Luật SHTT Việt Nam.

3.2.1 Nhân hiệu tập thể

Theo định nghĩa của Luật Nhân hiệu của Hoa Kỳ năm 1946, thuật ngữ “NHTT” có nghĩa là NHHH hoặc NHDV được sử dụng bởi các thành viên của một hiệp hội, các nhóm hay tổ chức tập thể khác, hoặc được hiệp hội, nhóm tập thể khác này có ý định chân thành trong việc sử dụng nó với mục đích thương mại và xin đăng ký tại cơ quan có thẩm quyền và bao gồm các nhân chỉ ra mối quan hệ thành viên trong liên minh, trong hiệp hội hay trong tổ chức tập thể.

Như vậy, pháp luật Hoa Kỳ phân biệt có hai loại NHTT: *Thứ nhất*, NHTT dưới dạng NHHH hay NHDV được đăng ký và sử dụng bởi một tổ chức tập thể và thành viên của tổ chức tập thể. Chức năng của NHTT này là phân biệt nguồn gốc thương mại của sản phẩm mang nhãn của bản thân tổ chức tập thể. Lúc này tổ chức tập thể có tư cách không khác gì một tổ chức đơn lẻ đứng ra đăng ký nhãn hiệu. Và bản thân NHTT lúc này cũng không khác gì một NHHH hay NHDV thông thường; *Thứ hai*, NHTT được gọi là nhân hiệu tư cách thành viên tập thể. Những nhân hiệu thuộc loại này là những NHTT chân chính. Chúng được sử dụng bởi thành viên của một tổ chức tập thể với mục đích chỉ ra tư cách thành viên trong tổ chức đó. Bản thân tổ chức tập thể có thể đứng ra đại diện đăng ký nhãn hiệu loại này và thực thi các quyền của chủ sở hữu. Tuy nhiên, người trực tiếp có quyền gắn nhãn hiệu đó lên sản phẩm là các thành viên của tổ chức tập thể. Vì vậy, giữa các thành viên thường phải có quy chế về việc sử dụng NHTT này⁸.

Pháp luật nhân hiệu của Nhật Bản chỉ công nhận một loại NHTT được sử dụng chung bởi các thành viên của một tổ chức tập thể. Các nhãn hiệu nếu không được sử dụng bởi cả tổ chức tập thể và các thành viên hay chỉ được sử dụng bởi bản thân tổ

chức tập thể thì sẽ không có khả năng đăng ký như một NHTT. Tuy nhiên, khi đăng ký NHTT, tổ chức kinh tế tập thể chỉ cần điền vào một mẫu đơn đăng ký được làm sẵn và nộp các tài liệu chứng minh tư cách pháp nhân của mình. Các cơ quan phụ trách việc đăng ký có thể sẽ yêu cầu nộp quy chế sử dụng nhãn hiệu khi cần thiết⁹.

Đối với pháp luật Việt Nam, NHTT vẫn là một khái niệm tương đối mới. Luật SHTT 2005 (sửa đổi năm 2009) chỉ bao hàm một số quy định rất sơ sài về NHTT. Theo đó, *nhãn hiệu tập thể* là nhãn hiệu dùng để phân biệt hàng hoá, dịch vụ của các thành viên của tổ chức là chủ sở hữu nhãn hiệu đó với hàng hoá, dịch vụ của tổ chức, cá nhân không phải là thành viên của tổ chức đó¹⁰. Đối với NHTT, quyền nộp đơn yêu cầu cấp văn bằng bảo hộ thuộc về tổ chức tập thể được thành lập hợp pháp, các thành viên của tổ chức đó được sử dụng nhãn hiệu theo quy chế sử dụng nhãn hiệu tập thể¹¹. Khi đăng ký NHTT, người nộp đơn cũng phải nộp một bản quy chế sử dụng NHTT đó cho Cục SHTT¹². Căn cứ vào các quy định ngắn gọn này, có thể nhận định NHTT của Việt Nam cũng có một số đặc điểm đáng chú ý sau: *Thứ nhất*, giống pháp luật Hoa Kỳ, pháp luật Việt Nam cũng công nhận khả năng sử dụng NHTT bởi nhiều cá nhân hay pháp nhân trong một tập thể; *Thứ hai*, quyền sở hữu NHTT có thể được trao cho một cá nhân hoặc pháp nhân đại diện cho tập thể. Đây là một điểm khác biệt đáng kể so với pháp luật tương ứng của Hoa Kỳ; *Thứ ba*, pháp luật Việt Nam yêu cầu người nộp đơn xin đăng ký NHTT phải nộp một bản dự thảo quy chế sử dụng nhãn để điều chỉnh quá trình sử dụng nhãn của các thành viên của tập thể.

3.2.2 Nhân hiệu chứng nhận

NHCN là một loại nhãn hiệu mới xuất hiện gần đây trong thực tiễn thương mại thế

8 Điều 4 Đạo luật Lanham (15 U.S.C. 1054).

9 Khoản 1 Điều 7 Luật Nhân hiệu năm 1959 (2015) của Nhật Bản.

10 Khoản 17 Điều 4 Luật SHTT 2005 (sửa đổi 2009).

11 Khoản 3 Điều 87 Luật SHTT 2005 (sửa đổi 2009).

12 Mục i điểm b khoản 7.1 Điều 7 Thông tư 01/2007/TT-BKHCN ngày 14/2/2007.

giới. Có lẽ Hoa Kỳ là quốc gia quen thuộc nhất với loại hình nhãn hiệu này. Luật Nhãn hiệu năm 1946 của Hoa Kỳ qua nhiều lần sửa đổi, cùng với tài liệu hướng dẫn chính thức đăng ký nhãn hiệu của Cục Sáng chế và nhãn hiệu Hoa Kỳ đề cập khá chi tiết về NHCN và những đặc điểm của nó. Kể từ năm 2005, khi Luật SHTT được ban hành, pháp luật của Việt Nam mới quy định về nhãn hiệu chứng nhận.

Trong Luật Nhãn hiệu của Hoa Kỳ năm 1946, NHCN và NHTT được xếp vào cùng một điều khoản để điều chỉnh - Điều 4. Tuy nhiên, NHCN lại có nhiều điểm hết sức khác biệt với NHTT. Theo hướng dẫn của Cục Sáng chế và nhãn hiệu Hoa Kỳ, NHCN được hiểu là bất kỳ từ, tên gọi, hình ảnh hay sự kết hợp chúng được sử dụng bởi một người không phải là chủ của nó; hay người chủ của nó có ý định chân thành là cho phép người khác sử dụng nó trong thương mại để chứng nhận xuất xứ địa lý hay xuất xứ khác, nguyên vật liệu sử dụng, cách thức sản xuất, chất lượng, độ chính xác hay các đặc điểm khác của hàng hóa, dịch vụ của những người sử dụng nó.

Hiểu một cách chung nhất, NHCN là loại nhãn hiệu được sử dụng hoặc dự định được sử dụng nhằm mục đích phân biệt các hàng hóa hoặc dịch vụ đã được chứng nhận với các hàng hóa cùng loại khác về nguồn gốc, nguyên liệu, phương pháp sản xuất hoặc chất lượng, độ chính xác hoặc các đặc điểm khác.

Xét về bản chất, NHCN rất khác các loại nhãn hiệu khác. Mặc dù NHCN cũng được sử dụng hay dự định được sử dụng đối với các hàng hóa, dịch vụ và có thể vì thế mà giống với NHHH hay NHDV, song chúng vẫn khác với NHHH và NHDV ở chỗ chúng không phân biệt nguồn gốc thương mại của hàng hóa, dịch vụ mang nhãn. Nếu có thì rất ít và không phải là chức năng chính của nó. Có thể khẳng định điều này qua diện sử dụng NHCN là rất rộng, bao gồm nhiều doanh nghiệp trong cùng một hiệp hội, thậm chí không cùng một hiệp hội nhưng thỏa mãn đầy đủ các điều kiện sử dụng nhãn do chủ

sở hữu nhãn đặt ra và được chủ nhãn đồng ý. Ví dụ điển hình của trường hợp này là các nhãn hiệu thuộc dòng ISO - International Standard Organization (ISO 9001, ISO 9002, ISO 14000).

Hơn nữa các NHCN không những không được sử dụng bởi người chủ nhãn hiệu mà còn không được sử dụng cho hàng hóa, dịch vụ của người chủ nhãn hiệu. Đây chính là cơ sở quan trọng nhất để cơ quan đăng ký nhãn hiệu của Hoa Kỳ phân biệt giữa NHTT và NHCN. Người chủ NHCN chỉ đơn thuần là người đứng ra đăng ký nhãn hiệu này và chỉ rõ nó nhằm xác nhận một tiêu chuẩn nhất định, thường là tiêu chuẩn về chất lượng, nếu không là đặc điểm về quy trình sản xuất hay sử dụng nhân công lao động. Trách nhiệm của họ là phải đảm bảo tất cả các doanh nghiệp hay cá nhân có mang nhãn phải tuân thủ đúng điều kiện được mang nhãn đã đăng ký với cơ quan có thẩm quyền. Do đặc điểm này mà chủ NHCN thường là các hiệp hội doanh nghiệp, các liên minh doanh nghiệp, các cơ quan nhà nước hay chính bản thân Nhà nước.

Một điểm khác biệt nữa giữa NHCN và NHTT là NHCN chỉ được sử dụng theo những tiêu chuẩn đã được xác định rõ ràng, còn đối với NHTT, yêu cầu này không được đặt ra. Chỉ có một số doanh nghiệp cụ thể được sử dụng NHTT. Ví dụ, thành viên của tổ chức sở hữu NHTT, trong khi đó NHCN có thể được sử dụng bởi bất kỳ ai miễn là tuân thủ được những tiêu chuẩn đã được xác định của nhãn hiệu đó và được người chủ chấp nhận. Vì thế có thể nói, những người sử dụng NHTT thành lập một “câu lạc bộ” trong khi đó những người sử dụng NHCN thì sẽ thành lập một “cửa hàng tự do” ai có đủ điều kiện thì vào.

Những điểm đặc thù nêu trên của NHCN đều được quy định trong pháp luật hiện hành của Hoa Kỳ và Việt Nam. Chính vì những đặc điểm đặc thù của NHCN trên mà một trong những yêu cầu quan trọng trong việc đăng ký NHCN là pháp nhân xin đăng ký phải “có khả năng bảo đảm giá trị” của hàng hóa liên quan. Người sở

hữu NHCN phải là người đại diện cho các hàng hóa đăng ký NHCN. Đây là một sự bảo đảm quan trọng cho việc bảo vệ lợi ích công chúng khỏi những hành vi không trung thực.

Khác với Hoa Kỳ và Việt Nam, pháp luật Nhật Bản không quy định NHCN như một loại nhãn hiệu riêng lẻ. Ở Nhật Bản, các NHCN được điều chỉnh giống như nhãn hiệu thông thường về khía cạnh xin bảo hộ, điều kiện và thủ tục đăng ký. Vì được điều chỉnh như một nhãn hiệu thông thường, NHCN ở Nhật Bản phải được đăng ký bảo hộ bởi chính một trong những doanh nghiệp có sử dụng NHCN đó.

3.3 Nhãn hiệu nổi tiếng và nhãn hiệu liên kết

3.3.1 Nhãn hiệu nổi tiếng (NHNT)

Đây là một loại nhãn hiệu được xác định dựa trên cơ sở tính phổ thông của chúng, được nhiều người tin dùng và có tính phân biệt cao. Nhiều nhãn hiệu đối với người tiêu dùng ngoài giá trị phân biệt nguồn gốc thương mại còn là sự bảo đảm đối với chất lượng của sản phẩm mang nhãn. Vì thế tình trạng sao chép và vi phạm quyền đối với NHNT diễn ra khắp nơi trên thế giới và đặt ra nhu cầu bảo hộ loại nhãn hiệu này theo một cách thức đặc biệt hơn nhãn hiệu thông thường. Hầu hết các hệ thống pháp luật đề cập ở đây đều có quy định về NHNT dù là ở các mức độ khác nhau.

Theo quy định của pháp luật Hoa Kỳ, việc bảo hộ NHNT sẽ được tiến hành khi có các hành vi bị xem là sự bất chước không hợp pháp, chỉ dẫn sai nguồn gốc thương mại dẫn đến làm giảm giá trị của một nhãn hiệu nào đó. Trong trường hợp này, chủ NHNT có quyền yêu cầu tòa ra lệnh cấm việc sử dụng vì mục đích thương mại của một người khác đối với nhãn hiệu hay tên thương mại nổi tiếng của mình nếu hành vi sử dụng diễn ra khi nhãn hiệu hay tên thương mại của mình đã trở nên nổi tiếng và gây hại đến sự nổi tiếng của nhãn hiệu. Để quyết định một nhãn hiệu có nổi tiếng hay không, tòa án sẽ xem xét các yếu tố sau:

- Mức độ của tính phân biệt mà tự thân nhãn hiệu có;

- Thời gian sử dụng và mức độ sử dụng nhãn hiệu đối với hàng hóa, dịch vụ gắn nhãn;

- Thời gian và mức độ quảng cáo và đưa ra công chúng nhãn hiệu đó;

- Phạm vi địa lý của khu vực thương mại liên quan đến nhãn hiệu;

- Các kênh thương mại hàng hóa, dịch vụ có gắn nhãn;

- Mức độ nhận ra nhãn hiệu đó tại các khu vực và kênh thương mại có sự tham gia của người chủ nhãn hiệu và người mà chủ nhãn hiệu kiện;

- Bản chất và mức độ sử dụng các nhãn hiệu trùng hay tương tự bởi bên thứ ba và;

- Nhãn hiệu đó đã được đăng ký theo các luật có liên quan của Hoa Kỳ chưa¹³.

Khi dựa vào các căn cứ trên, tòa án xác định được một nhãn hiệu nào đó là NHNT thì người chủ có quyền yêu cầu tòa án chấm dứt hành vi xâm hại của người khác đối với nhãn hiệu của mình. Tuy nhiên, nếu một trong ba trường hợp sau xảy ra thì quyền đó của chủ NHNT sẽ không được bảo vệ:

- Hành vi của người khác sử dụng một cách công bằng NHNT trong hoạt động quảng cáo hay quảng bá sản phẩm thương mại cạnh tranh nhằm chỉ rõ nguồn gốc thương mại của các sản phẩm, dịch vụ cạnh tranh với sản phẩm của NHNT; hoặc

- Hành vi sử dụng NHNT không vì mục đích thương mại; hoặc

- Các hình thức báo cáo tin tức hay bình luận tin tức.

Pháp luật Hoa Kỳ cũng định nghĩa thế nào là giảm giá trị của NHNT. Điều đó có nghĩa là làm giảm khả năng của một NHNT trong việc xác định và phân biệt hàng hóa, dịch vụ, không lệ thuộc vào việc tồn tại hay không tồn tại các yếu tố sau: (1) sự cạnh tranh giữa chủ NHNT và người khác; hay

13 Điều 43.c (U.S.C 1125) Đạo luật Lanham năm 1946.

(2) khả năng xảy ra sự nhầm lẫn hay lừa dối.

Khác với pháp luật Hoa Kỳ, pháp luật Nhật Bản không có các quy định thành văn về các tiêu chuẩn đánh giá một cách cụ thể mức độ nổi tiếng của một nhãn hiệu. Để đánh giá một nhãn hiệu có nổi tiếng hay không, các cơ quan có thẩm quyền của Nhật Bản, trên thực tế, thường dựa vào các tiêu chí sau:

- Thời gian sử dụng nhãn hiệu, thời điểm bắt đầu sử dụng, phạm vi lãnh thổ sử dụng và phạm vi hàng hóa dịch vụ mang nhãn;

- Mức độ của hoạt động quảng cáo;

- Quy mô của công ty, tình trạng hoạt động, phạm vi kinh doanh và các vấn đề khác của công ty;

- Các kênh thương mại liên quan đến hàng hóa, phương thức sử dụng nhãn hiệu trên các sản phẩm mang nhãn¹⁴.

Việc bảo hộ NHNT theo pháp luật Việt Nam còn chưa thực sự cụ thể. Luật SHTT 2005 cũng đã đề cập tới NHNT nhưng mới dừng lại ở mức khái niệm và một số tiêu chí để nhằm thừa nhận Điều 6^{bis} của Công ước Paris trong việc điều chỉnh NHNT, còn để điều chỉnh về mặt nội dung đối với loại nhãn hiệu này thì những quy định như vậy là chưa đủ cụ thể¹⁵. Nghị định 06/2001/NĐ-CP¹⁶ ngày 1/2/2001 của Chính phủ có quy định chi tiết hơn, song cũng chỉ dừng lại ở một định nghĩa chung chung về NHNT tại khoản 2 Điều 1 Nghị định này. Theo đó, NHNT là nhãn hiệu được sử dụng liên tục cho sản phẩm, dịch vụ có uy tín khiến cho nhãn hiệu đó được biết đến một cách rộng rãi. Tuy nhiên, điều đáng ghi nhận là Nghị định sửa đổi bổ sung này đã có một quy định khá linh hoạt về nguyên tắc xác định thẩm quyền quyết định nhãn hiệu nào là NHNT. Nguyên tắc đó được đề cập gián tiếp trong

khoản 5 Điều 1: “Quyền SHCN đối với NHNT phát sinh trên cơ sở quyết định công nhận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền”. Về lời văn, quy định này không cho biết cơ quan nào chính xác là cơ quan có thẩm quyền, nhưng theo cách hiểu thông thường và trong bối cảnh đây là một văn bản pháp luật của Việt Nam thì phải hiểu cơ quan có thẩm quyền ở đây là cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam. Ở khía cạnh giải thích đó, đây là một quy định tiến bộ và phù hợp với Hiệp định TRIPs.

3.3.2 Nhãn hiệu liên kết (NHLK)

Đây là một loại nhãn hiệu mới được đưa vào pháp luật về nhãn hiệu của Việt Nam, trong Nghị định 06/2001/NĐ-CP. Pháp luật các nước trên thế giới có sự đề cập ở mức độ rất khác nhau. Pháp luật Hoa Kỳ không coi đây là một loại nhãn hiệu riêng biệt và cũng không quy định cho nó một thuật ngữ riêng. Trong pháp luật Nhật Bản có một khái niệm thường được coi là tương tự với NHLK, đó là khái niệm “defensive mark” hay còn gọi là “nhãn hiệu bảo vệ”.

Pháp luật Việt Nam quy định “nhãn hiệu liên kết là các nhãn hiệu tương tự với nhau do cùng một chủ thể đăng ký để dùng cho các sản phẩm, dịch vụ cùng loại, tương tự với nhau hoặc có liên quan tới nhau, và các nhãn hiệu trùng nhau do cùng một chủ thể đăng ký để dùng cho các sản phẩm, dịch vụ tương tự với nhau hoặc có liên quan tới nhau”¹⁷, Luật SHTT 2005 (sửa đổi 2009) cũng quy định: “*Nhãn hiệu liên kết* là các nhãn hiệu do cùng một chủ thể đăng ký, trùng hoặc tương tự nhau dùng cho sản phẩm, dịch vụ cùng loại hoặc tương tự nhau hoặc có liên quan với nhau”¹⁸. Theo định nghĩa này, có hai loại NHLK. Loại thứ nhất là NHLK bao gồm một loạt các nhãn hiệu tương tự nhau được một chủ sở hữu đăng ký dùng cho các hàng hóa, dịch vụ cùng loại

14 Khoản 1 Điều 32, Luật Nhãn hiệu năm 1959 (2015) của Nhật Bản.

15 Khoản 20 Điều 4 và Điều 75 Luật SHTT 2005.

16 Nghị định 06/2001/NĐ-CP ngày 1/2/2001.

17 Khoản 8.a Điều 2 Nghị định 63-CP được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 06/2001.

18 Khoản 19 Điều 4 Luật SHTT 2005 sửa đổi 2009.

hay tương tự nhau (ví dụ nhãn hiệu LIOA của công ty Nhật Linh được coi là nhãn hiệu chính và để bảo vệ nhãn hiệu đó công ty đã đăng ký bảo hộ cho nhiều nhãn hiệu tương tự như LEEOA, LIWA, LYWA, LYOA¹⁹). Loại thứ hai là NHLK bao gồm các nhãn hiệu giống hệt nhau nhưng đăng ký cho nhiều sản phẩm, dịch vụ tương tự nhau hoặc có liên quan với nhau, ví dụ nhãn hiệu SONY có thể được đăng ký cho máy chơi nhạc, tai nghe hoặc điện thoại di động. Mục đích của loại NHLK này là cho phép chủ nhãn hiệu có thể độc quyền sử dụng một loại nhãn hiệu mà không sợ bị sao chép hay bắt chước của người khác. Đối với một NHNT, điều này rất có ý nghĩa bởi người thứ ba có thể lợi dụng sự quá quen thuộc và tin tưởng của người tiêu dùng đối với nhãn hiệu để gắn các nhãn hiệu tương tự hoặc gần giống cho các sản phẩm, dịch vụ cùng loại hay khác loại hoặc để gắn nhãn hiệu giống hệt lên các sản phẩm, dịch vụ không cùng loại. Đối với những nhãn hiệu rất nổi tiếng, chỉ cần sự sao chép không giống lắm thôi cũng đã có thể gây ra sự nhầm lẫn trong người tiêu dùng và ảnh hưởng lớn tới giá trị của nó.

Pháp luật Nhật Bản khác với pháp luật Việt Nam ở chỗ quy định về nhãn hiệu bảo

vệ (NHBV) như là một công cụ để bảo hộ nhãn hiệu nổi tiếng. Theo đó chủ sở hữu một nhãn hiệu có thể đăng ký các NHBV giống hệt với nhãn hiệu đã đăng ký của mình khi nhãn hiệu đã đăng ký trở nên nổi tiếng đối với người tiêu dùng và vì thế người khác không thể sử dụng nhãn tương tự cho các hàng hóa, dịch vụ không cùng loại và qua đó gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng về nhãn hiệu đã đăng ký²⁰.

Những so sánh trên đây cho thấy, quy định của pháp luật hiện hành của Việt Nam về nhãn hiệu đang có sự tương thích và mức độ ưu việt khá cao so với pháp luật của Hoa Kỳ và Nhật Bản, đặc biệt là về phạm vi các dấu hiệu có thể sử dụng làm nhãn hiệu và về các loại nhãn hiệu được pháp luật bảo hộ. Vấn đề còn nằm ở chỗ trình độ phát triển của nền kinh tế chưa cho phép hoạt động thực tiễn về vấn đề này diễn ra ở mức độ phong phú tương ứng. Vì vậy, trong tương lai Việt Nam cần chú trọng tới công tác cụ thể hoá và bảo đảm thực thi các quy định của pháp luật trong lĩnh vực này để hệ thống pháp luật về nhãn hiệu nói chung và các loại nhãn hiệu được pháp luật bảo hộ nói riêng thực sự phát huy tác dụng, đáp ứng được yêu cầu của cuộc Cách mạng công nghiệp 4.0 ở Việt Nam ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Giới thiệu pháp luật NHHH, Cục SHCN Nhật Bản-Trung tâm SHCN Châu Á-TBD (JIII) 2001.
2. Đạo luật Lanham của Hoa Kỳ.
3. Luật Nhãn hiệu năm 1959 (2015) của Nhật Bản.
4. Luật SHTT 2005 (sửa đổi 2009) của Việt Nam.
5. Nghị định 63-CP ngày 24/10/1996.
6. Nghị định 06/2001/NĐ-CP ngày 1/2/2001.
7. Quyết định TTAB (1990) Cục Đăng ký bảo hộ NHHH và sáng chế Hoa Kỳ.
8. Thông tư 01/2007/TT-BKHHCN ngày 14/2/2007.
9. Viện nghiên cứu và đào tạo về quản lý, “99 câu hỏi về nhãn Hàng hóa và NHHH” Nxb. Lao động 2001
Xem Cục sáng chế và nhãn hiệu Hoa Kỳ, https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/trademark_rules_statutes_2017-7-21.pdf (truy cập ngày 29/3/2018).
Xem <https://www.uspto.gov/trademark/soundmarks/trademark-sound-mark-examples> (tra cứu ngày 29/3/2018).

19 Viện Nghiên cứu và đào tạo về quản lý, “99 câu hỏi về nhãn Hàng hóa và NHHH” Nxb. Lao động 2001, tr 27.

20 Giới thiệu pháp luật Nhật Bản, tr. 62.

