

ĐẠI HỌC QUỐC GIA HÀ NỘI
KHOA LUẬT

NGUYỄN BÁ CHIẾN

**CƠ SỞ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN VỀ HOÀN THIỆN
HỆ THỐNG QUY PHẠM PHÁP LUẬT XUNG ĐỘT
Ở VIỆT NAM**

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Hà Nội - 2008

ĐẠI HỌC QUỐC GIA HÀ NỘI
KHOA LUẬT

NGUYỄN BÁ CHIẾN

**CƠ SỞ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN VỀ HOÀN THIỆN
HỆ THỐNG QUY PHẠM PHÁP LUẬT XUNG ĐỘT
Ở VIỆT NAM**

Chuyên ngành: Luật Quốc tế

Mã số: 62 38 60 01

LUẬN ÁN TIẾN SĨ LUẬT HỌC

Người hướng dẫn khoa học: PGS.TS. Nguyễn Bá Điển

Hà Nội – 2008

MỤC LỤC

Mở đầu	1
Chương 1: CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ HOÀN THIỆN HỆ THỐNG QUY PHẠM PHÁP LUẬT XUNG ĐỘT	16
1.1. Khái niệm quy phạm pháp luật xung đột và hệ thống quy phạm pháp luật xung đột	16
1.2. Quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài	54
1.3. Vai trò điều chỉnh của quy phạm pháp luật xung đột đối với quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài	66
1.4. Một số kinh nghiệm của nước ngoài trong việc ban hành và áp dụng các quy phạm pháp luật xung đột	79
1.5. Vị trí, vai trò của các quy phạm pháp luật xung đột trong hệ thống pháp luật Việt Nam	87
Chương 2: THỰC TRẠNG HỆ THỐNG QUY PHẠM PHÁP LUẬT XUNG ĐỘT Ở VIỆT NAM	99
2.1. Lịch sử phát triển các quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam	99
2.2. Thực trạng các quy phạm pháp luật xung đột trong một số văn bản pháp luật Việt Nam	105
2.3. Thực trạng các quy phạm pháp luật xung đột trong các điều ước quốc tế giữa Việt Nam với nước ngoài	146
2.4. Một số vấn đề về áp dụng quy phạm pháp luật xung đột trong thực tiễn	155
Chương 3: NHỮNG QUAN ĐIỂM, PHƯƠNG HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN HỆ THỐNG QUY PHẠM PHÁP LUẬT XUNG ĐỘT Ở VIỆT NAM	166
3.1. Tính tất yếu khách quan của việc hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam	166
3.2. Những quan điểm cơ bản về hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột	168
3.3. Những phương hướng hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột	174
3.4. Những giải pháp hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột	187
Kết luận	198
Danh mục công trình của tác giả	204
Danh mục tài liệu tham khảo	205

DANH MỤC CÁC CHỮ VIẾT TẮT

BLDS:	Bộ luật Dân sự
BLTTDS:	Bộ luật Tố tụng dân sự
CHXHCN:	Cộng hòa xã hội chủ nghĩa
ĐUQT:	điều ước quốc tế
HĐTTTP:	hiệp định tương trợ tư pháp
NXB:	nhà xuất bản
PLVN:	pháp luật Việt Nam
PLNN:	pháp luật nước ngoài
TAND:	tòa án nhân dân
TANDTC:	tòa án nhân dân tối cao
TPQT:	tư pháp quốc tế
TQQT:	tập quán quốc tế
XHCN:	xã hội chủ nghĩa

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài luận án

Cùng với quá trình hội nhập quốc tế của nước ta trong hai thập kỷ vừa qua, các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài như: quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài mà liên quan đến nước ta phát triển ngày càng đa dạng và phong phú. Thực tiễn hiện nay cho thấy rằng, ngày càng có nhiều người nước ngoài đến Việt Nam đầu tư kinh doanh. “Có thể nói, năm 2007 là một năm đặt dấu ấn đáng ghi nhớ trong thu hút đầu tư trực tiếp nước ngoài, theo đó tổng số vốn đầu tư trực tiếp nước ngoài đạt 20,3 tỉ USD – mức cao nhất từ trước tới nay, gấp đôi so với dự kiến ban đầu và chiếm 25% tổng số vốn trong 20 năm qua” [63, tr.8]. Số lượng người nước ngoài đi du lịch đến Việt Nam có xu hướng ngày càng tăng. “Theo Tổng cục Du lịch Việt Nam, trong tháng 7, Việt Nam đã đón được 343 nghìn lượt khách quốc tế, đưa lượng khách từ đầu năm đến nay lên hơn 2,46 triệu lượt khách quốc tế, tăng 16,2 % so với cùng kỳ năm trước” [68, tr.1]. Ngược lại, cũng ngày càng có nhiều người Việt Nam ra nước ngoài học tập, lao động, đi du lịch, đầu tư kinh doanh. “Tính theo lũy kế, đến hết quý I năm 2007, Việt Nam có 200 dự án đầu tư ra nước ngoài còn hiệu lực với tổng số vốn đầu tư hơn 1.003,95 triệu USD” [13, tr.17-18]. “Năm 2005, Việt Nam đã đưa gần 71.000 người lao động đi làm việc ở nước ngoài” [14, tr.18]. Từ điều kiện thực tiễn đó tất yếu làm phát sinh và phát triển những mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại giữa cá nhân, tổ chức Việt Nam với cá nhân, tổ chức nước ngoài hoặc giữa các cá nhân, tổ chức nước ngoài với nhau diễn ra trên lãnh thổ Việt Nam hoặc giữa các cá nhân, tổ chức Việt Nam với nhau diễn ra trên lãnh thổ nước ngoài. Chỉ riêng

quan hệ hôn nhân có yếu tố nước ngoài cũng đã rất phát triển. “Tính đến năm 2003, đã có gần 70.000 trường hợp kết hôn có yếu tố nước ngoài được giải quyết” [65, tr.23]. Ngay việc đất nước chúng ta có khoảng ba triệu người Việt Nam định cư ở nước ngoài cũng đã làm phát sinh và phát triển rất nhiều mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài.

Một nguyên lý chung vô cùng quan trọng trong sự điều chỉnh của pháp luật đối với các mối quan hệ xã hội là pháp luật phải phù hợp với sự phát triển khách quan và đặc điểm của các mối quan hệ xã hội đó. Thực tiễn cho thấy, để phù hợp với sự phát triển khách quan và đặc điểm của các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài thì không thể thiếu một loại quy phạm pháp luật đặc thù là: *quy phạm xung đột* (quy phạm không trực tiếp quy định quyền và nghĩa vụ của các bên chủ thể tham gia quan hệ cũng như các biện pháp chế tài kèm theo, mà chỉ có vai trò xác định pháp luật của quốc gia nào đó được áp dụng để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài). Điều đó cũng có nghĩa rằng: “Việc áp dụng pháp luật nước ngoài để giải quyết các quan hệ dân sự quốc tế là đòi hỏi tất yếu trong điều kiện hội nhập” [2, tr.42]. Vai trò điều chỉnh của quy phạm xung đột làm cho quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức của quốc gia này hoặc quốc gia khác được bảo vệ tốt nhất; đồng thời góp phần quan trọng vào việc thúc đẩy sự phát triển các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài. Chính vì vậy mà hiện nay mỗi quốc gia đều quan tâm và có rất nhiều các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật của quốc gia mình; ngoài ra, nhiều quốc gia còn tham gia xây dựng các điều ước quốc tế có chứa các quy phạm xung đột.

Trong những năm vừa qua, hệ thống các quy phạm xung đột cùng với các quy phạm pháp luật khác ở nước ta đã điều chỉnh có hiệu quả nhất định các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, góp phần bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ; thúc đẩy sự phát triển các quan hệ dân sự, kinh doanh, thương mại, lao động, hôn nhân và gia đình giữa các công dân, tổ chức của Việt Nam với các công dân, tổ chức của nước ngoài và cũng góp phần tạo điều kiện thuận lợi để Việt Nam hội nhập với nền kinh tế khu vực và thế giới. Tuy nhiên, theo khảo cứu của tác giả luận án, hệ thống các quy phạm xung đột ở nước ta hiện nay còn có không ít những bất cập, đó là: vẫn còn thiếu những quy phạm mang tính chất là nguyên tắc, nền tảng, thuộc về chính sách TPQT của Việt Nam; nhiều quy phạm xung đột không bảo đảm tính đồng bộ, thống nhất; có những quy phạm xung đột còn chưa phù hợp với nhu cầu của đời sống thực tế, tức là chưa đáp ứng được sự phát triển khách quan của các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, làm cho các quy phạm này khó đi vào thực tiễn; có những lĩnh vực quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài không có quy phạm xung đột điều chỉnh. Những bất cập như vậy đã có những cản trở không nhỏ đối với sự phát triển giao lưu dân sự, kinh doanh, thương mại, lao động, hôn nhân và gia đình giữa công dân, tổ chức của Việt Nam với công dân, tổ chức của nước ngoài; ảnh hưởng đến quyền và lợi ích chính đáng của các bên đương sự tham gia quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Những bất cập này sẽ được minh chứng qua phần nội dung của luận án.

Với những bất cập đó, hệ thống quy phạm xung đột cần được khắc phục nhằm đạt được sự hoàn thiện và sự hoàn thiện này cũng nằm trong xu hướng chung của việc hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam (PLVN) hiện nay. Vì vậy, việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột hiện nay là rất cần thiết và có ý nghĩa quan trọng nhằm những mục đích sau:

- Bảo vệ các quyền là lợi ích chính đáng của các công dân, tổ chức tham gia quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài;

- Tạo hành lang pháp lý thuận lợi để thúc đẩy sự phát triển giao lưu dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại quốc tế giữa công dân, tổ chức của Việt Nam với công dân, tổ chức của các nước;

- Góp phần thực hiện tốt chính sách mở cửa, hội nhập của nước ta với khu vực và thế giới;

- Góp phần hoàn thiện hệ thống PLVN trong quá trình xây dựng, phát triển đất nước và xây dựng Nhà nước pháp quyền ở nước ta.

2. Tình hình nghiên cứu liên quan đến đề tài luận án

Cho đến hiện nay, theo khảo cứu của tác giả, đã có không ít các công trình nghiên cứu ở góc độ này hay góc độ khác về xung đột pháp luật nói chung và quy phạm xung đột nói riêng, có liên quan đến đề tài luận án này, nhưng chưa có công trình nào nghiên cứu một cách tổng thể về cơ sở lý luận và thực tiễn về hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam. Những công trình đó là:

**** Những công trình nghiên cứu trong nước bao gồm:***

- Những công trình nghiên cứu có hệ thống về TPQT nói chung, về xung đột pháp luật và giải quyết xung đột pháp luật, vấn đề áp dụng pháp luật nước ngoài nói riêng, nhưng chủ yếu phục vụ việc nghiên cứu, giảng dạy về TPQT mà chưa hoặc rất ít đánh giá về hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam. Những công trình đó là: Giáo trình TPQT (TS. Nguyễn Bá Điển - Chủ biên, Khoa Luật, NXB (NXB) Đại học quốc gia Hà Nội, 2001); Một số vấn đề lý luận cơ bản về TPQT (TS. Đoàn Năng, NXB Chính trị quốc gia, 2001); TPQT Việt Nam (TS Đỗ Văn Đại và PGS.TS. Mai Hồng Quỳnh biên soạn, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, NXB Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh – 2006); Luật TPQT - tài liệu hội thảo (Nhà pháp luật Việt Pháp, 1995).

- Những công trình tập trung nghiên cứu dưới dạng những chuyên đề chuyên sâu ở một hoặc một số lĩnh vực trong TPQT hoặc một số chuyên đề chuyên sâu có gắn với thực tiễn pháp lý ở Việt Nam, nhưng chưa mang tính tổng thể về hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam. Những công trình đó là: Vị trí của TPQT trong đời sống xã hội (Nguyễn Trung Tín, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 5/1999, tr.30-37); Vấn đề nhất thể hóa pháp luật và hài hòa hóa pháp luật trong TPQT (TS. Bùi Xuân Nhự, Tạp chí Luật học số 02/2007, tr.41-50); Quyền lựa chọn pháp luật áp dụng của các cá nhân, tổ chức trong lĩnh vực TPQT (Nguyễn Bá Chiến, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 2/2006, tr.72-78); Chọn luật áp dụng trong hợp đồng thương mại quốc tế theo Công ước Rome về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng (ThS Bùi Thị Thu, Tạp chí Luật học số 1/2005, tr.53-58); Chọn luật để điều chỉnh thừa kế theo pháp luật có yếu tố nước ngoài (Đỗ Văn Đại, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 7/2003, tr.67-74); Xung đột pháp luật về xác định, định danh trong TPQT Việt Nam (Đỗ Văn Đại, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 10/2002, tr.53-61).

- Những công trình nghiên cứu tập trung, chuyên sâu về quy phạm xung đột, những hệ thuộc của quy phạm xung đột, vai trò điều chỉnh của quy phạm xung đột, nhưng vẫn còn ở một phạm vi hẹp mà chưa phải là nghiên cứu một cách tổng thể về hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam. Những công trình đó là: Về hệ thống quy phạm của TPQT (Trần Văn Thắng, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 10/2000, tr.54-63); Một số ý kiến về các quy phạm xung đột của Bộ luật Dân sự (BLDS) (Nguyễn Trung Tín, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 7/2004, tr.28-31); Bàn về một số yêu cầu đối với việc xây dựng hệ thống các quy phạm pháp luật xung đột và việc áp dụng đối với hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài (Nguyễn Bá Chiến, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 8/2003, tr.67- 72).

- Những công trình tập trung nghiên cứu, bàn luận, trao đổi về một số khái niệm trong TPQT, nhưng chủ yếu mới ở góc độ học thuật liên quan đến TPQT nói chung và TPQT ở Việt Nam. Những công trình đó là: Về việc xác định các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài trong PLVN (Nguyễn Trung Tín - Nguyễn Ngọc Lâm, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 3/2004, tr.72-76); Bàn về quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài (Thái Công Khanh, Tạp chí TAND số 1, tháng 1- 2004, tr.12-17); TPQT - một số quan điểm của các học giả nước ngoài (Nguyễn Quang Hưng, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 3/2005, tr.78-82); Luật TPQT: thử định nghĩa theo cách tiếp cận khách quan (Đặng Thị Thu Thảo, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 6/2005, tr.70-72).

- Những công trình nghiên cứu tập trung về thực trạng các quy phạm xung đột và kiến nghị những giải pháp hoàn thiện các quy phạm xung đột, nhưng mới nghiên cứu ở lĩnh vực này hoặc lĩnh vực khác mà chưa phải là sự nghiên cứu tổng thể về hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam hoặc nội dung nghiên cứu còn rất giới hạn. Những công trình đó là: Bàn về việc hoàn thiện các quy định trong Phần VII “Quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài” (Nguyễn Tiến Vinh, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 5/2003, tr.45-52); Chọn luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài (Nguyễn Tiến Vinh, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 6/2003, tr.51-57); Vấn đề hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài ở nước ta hiện nay (Đoàn Năng, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 11/1998, tr.38-51); Vấn đề xung đột pháp luật trong lĩnh vực hàng không được quy định trong BLDS (Ngô Huy Cương, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 7/1997); TPQT Việt Nam và vấn đề dẫn chiếu trong lĩnh vực hợp đồng (Đỗ Văn Đại, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 10/2003, tr.64-71); Nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng trong việc áp dụng pháp luật nước ngoài (PLNN) theo

quy định của PLVN (Nguyễn Bá Chiến, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 5/2004, tr.61-66); Giải quyết xung đột pháp luật về thừa kế có yếu tố nước ngoài trong một số điều ước quốc tế (ĐUQT) Việt Nam kí kết với nước ngoài (Nguyễn Hồng Bắc, Tạp chí Luật học số 12/1998, tr.50-54).

- Những công trình tập trung nghiên cứu về vấn đề áp dụng các quy phạm pháp luật nói chung và các quy phạm xung đột nói riêng điều chỉnh các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam, nhưng mỗi công trình trong đó chỉ nghiên cứu một hoặc một số vấn đề mà không phải là tổng thể các vấn đề về áp dụng hệ thống các quy phạm xung đột ở Việt Nam. Những công trình đó là: Hôn nhân có yếu tố nước ngoài tại Thành phố Hồ Chí Minh: Thực trạng, vấn đề đặt ra và phương hướng đổi mới (Nguyễn Thu Giang - Chủ nhiệm đề tài, 2003); Thực trạng phụ nữ Việt Nam kết hôn với người Đài Loan và giải pháp (Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp, Hà Nội, 2006); Tranh chấp liên quan đến hợp đồng đưa người lao động Việt Nam đi làm việc có thời hạn ở nước ngoài - pháp luật và thực tiễn xét xử (Phạm Công Bảy - Tòa lao động - TANDTC, Tạp chí TANDTC số 8, tháng 4-2006, tr.19-29); Về quyền thừa kế nhà ở của người Việt Nam định cư ở nước ngoài (Trần Văn Tuấn - Tòa dân sự - TANDTC, Tạp chí TAND số 1, tháng 1- 2005, tr.16-19).

- Những công trình nghiên cứu dưới dạng bình luận về các quy định của PLVN điều chỉnh quan hệ dân sự hoặc hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài, nhưng mỗi công trình trong đó mới chỉ bình luận một lĩnh vực hoặc một khía cạnh mà không phải là bình luận tất cả hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam. Những công trình đó là: Bình luận những nội dung mới của BLDS năm 2005 (TS. Đinh Trung Tụng - Chủ biên, NXB Tư pháp, Hà Nội - 2005); Những quy định mới của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 về quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài (Nguyễn

Hồng Bắc, Tạp chí Luật học số 3/2001, tr.43-47); Bàn thêm về quy định tại điểm c khoản 14 Điều 8 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 (Nguyễn Phương Lan, Tạp chí Dân chủ và pháp luật số 6/2004, tr.47-50).

- Đặc biệt có những công trình khoa học có liên quan đến đề tài luận án như: Hoàn thiện pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài (TS. Vũ Đức Long - Chủ nhiệm đề tài, Bộ Tư pháp Việt Nam và Cơ quan hợp tác phát triển quốc tế Nhật Bản, 2002). Nhưng công trình này cũng chỉ tập trung nghiên cứu các quy phạm xung đột trong Bộ luật Dân sự mà không nghiên cứu tất cả hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam và kết quả nghiên cứu là trước khi ban hành Bộ luật Dân sự năm 2005. Hoặc có những công trình luận án tiến sĩ luật học liên quan đến đề tài luận án như: Cơ sở lý luận và thực tiễn của pháp luật điều chỉnh một số quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài ở nước ta hiện nay (Nguyễn Công Khanh, Luận án tiến sĩ luật học, Hà Nội - 2003); Pháp luật điều chỉnh quan hệ hôn nhân có yếu tố nước ngoài tại Việt Nam (Nguyễn Quốc Bình, Luận án tiến sĩ luật học, Hà Nội - 2003). Những công trình luận án này không tập trung chỉ nghiên cứu về quy phạm xung đột mà nghiên cứu cả quy phạm thực chất và cũng chỉ nghiên cứu pháp luật điều chỉnh một số ít quan hệ có yếu tố nước ngoài là: quan hệ sở hữu, thừa kế, hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài.

**** Những công trình nghiên cứu nước ngoài bao gồm:***

- Những công trình nghiên cứu những vấn đề lý luận cơ bản về xung đột pháp luật; việc giải quyết xung đột pháp luật trong các lĩnh vực cụ thể (hôn nhân và gia đình, quan hệ tài sản, hợp đồng, bồi thường thiệt hại), đồng thời có đề cập đến thực tiễn pháp lý của nước Anh như: The Conflict of laws (J.H.C. MORRIS, Published by Stevens & Sons Limited, 1984); Conflict of laws (Michael Freeman, Published by the University of London Press, 2004).

- Những công trình tập trung nghiên cứu những vấn đề lý luận cơ bản về xung đột pháp luật và vấn đề lựa chọn pháp luật (những học thuyết về xung đột pháp luật và lựa chọn pháp luật, tương lai của vấn đề lựa chọn pháp luật, vấn đề lựa chọn pháp luật và hiến pháp của quốc gia...), đó là công trình: Conflict of laws - Foundations and Future Directions (Lea Brilmayer, Published simultaneously in Canada by Little, Brown & Company (Canada) Limited, 1991); Choice of law (From Wikipedia, the free encyclopedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Choice_of_law).

- Những công trình nghiên cứu các học thuyết về TPQT nói chung, vấn đề xung đột pháp luật nói riêng và thực tiễn pháp lý ở Hoa Kỳ, đồng thời có sự so sánh với TPQT ở Canada, đó là công trình: A Canadian Looks at American Conflict of Law Theory and Practice, Especially in the Light of the American Legal and Social Systems (William Tetley, <http://www.mcgill.ca/maritimelaw/glossaries/conflictlaw/>) hoặc một số vấn đề trong lĩnh vực xung đột pháp luật của Hoa Kỳ như: Conflict of laws in the United States (From Wikipedia, the free encyclopedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Conflict_of_laws_in_the_United_States).

- Những công trình khác liên quan đến TPQT và vấn đề xung đột pháp luật là: Luật quốc tế về doanh nghiệp (Carolyn Hotchkiss, do Luật sư.TS. Võ Hưng Thanh dịch, NXB Thống kê, 1993); Conflicting Jurisdictions in an Online Environment - The Yahoo! Case (2001) (Kaltons Solicitors 2001, <http://www.kaltons.co.uk/articles/141-1.cfm>).

Tóm lại, kết quả khảo cứu những công trình nghiên cứu trong và ngoài nước đó cũng như các công trình nghiên cứu khác mà tác giả không thể liệt kê hết cho thấy rằng, các công trình đó chủ yếu tập trung nghiên cứu các vấn đề như: những vấn đề lý luận cơ bản về TPQT, một hoặc một số vấn đề, lĩnh vực về quy phạm xung đột và việc áp dụng quy phạm xung đột trong thực tiễn.

Trong tất cả các công trình đó thì chưa có một công trình nào chỉ tập trung nghiên cứu chuyên sâu, khá toàn diện, có hệ thống về hệ thống quy phạm xung đột và việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam dưới dạng một luận án tiến sỹ khoa học luật học với tên đề tài là “*Cơ sở lý luận và thực tiễn về hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam*”.

3. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu của đề tài luận án

3.1. Mục đích nghiên cứu

Việc nghiên cứu đề tài luận án nhằm những mục đích sau:

* Làm sáng tỏ cơ sở lý luận và cơ sở thực tiễn của việc hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam;

* Lập luận và đề xuất những quan điểm, phương hướng và giải pháp cụ thể để hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam.

3.2. Nhiệm vụ nghiên cứu

Nhiệm vụ nghiên cứu của luận án là:

* *Đối với cơ sở lý luận về hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột:*

- Lập luận, phân tích những vấn đề lý luận cơ bản về quy phạm xung đột và hệ thống quy phạm xung đột;

- Lập luận, phân tích và lý giải quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài và vai trò điều chỉnh của quy phạm xung đột;

- Lập luận, phân tích và chứng minh tính tất yếu khách quan của việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam;

- Trình bày thực tiễn pháp lý của nước ngoài về việc áp dụng quy phạm xung đột điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài

* *Đối với cơ sở thực tiễn về hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột:*

- Phân tích, lập luận về thực trạng các quy phạm xung đột ở Việt Nam (bao gồm cả các văn bản pháp luật của Việt Nam và các ĐUQT mà Việt Nam là thành viên) để từ đó xác định những ưu điểm, hạn chế của các quy phạm xung đột và nguyên nhân của những ưu điểm, hạn chế đó;

- Phân tích, lập luận về thực tiễn thực hiện các quy phạm xung đột ở Việt Nam để từ đó góp phần xác định những điểm phù hợp và cả những điểm bất cập của các quy phạm xung đột trong việc điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

** Đối với phương hướng và kiến nghị hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột:*

- Phân tích, lập luận và chứng minh những quan điểm, phương hướng có tính chất định hướng cho việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam;

- Lập luận và kiến nghị cụ thể về từng vấn đề trong việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam.

4. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu của đề tài luận án

4.1. Đối tượng nghiên cứu

Đối tượng nghiên cứu của luận án là: hệ thống quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam. Cụ thể là:

- + Các mối quan hệ xã hội mà hệ thống quy phạm xung đột điều chỉnh;
- + Các quy phạm xung đột trong các lĩnh vực dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại, tố tụng dân sự;
- + Các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật của Việt Nam và trong các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

4.2. Phạm vi nghiên cứu

- Đề tài không nghiên cứu tất cả những vấn đề lý luận cơ bản về quy phạm xung đột và hệ thống quy phạm xung đột, mà chỉ tập trung nghiên cứu

một số vấn đề liên quan trực tiếp đến đề tài như: khái niệm, cấu trúc, phân loại, các hệ thuộc của quy phạm xung đột; khái niệm, đặc điểm, những yêu cầu, yếu tố ảnh hưởng đến hệ thống quy phạm xung đột.

- Đề tài chỉ tập trung nghiên cứu những yếu tố nội tại bên trong của hệ thống quy phạm xung đột như: mô hình, các bộ phận cấu thành và trật tự của các bộ phận cấu thành đó, mà không nghiên cứu hoặc không nghiên cứu nhiều những yếu tố bên ngoài hệ thống quy phạm xung đột như: cơ chế bảo đảm hệ thống quy phạm xung đột, mối quan hệ của hệ thống quy phạm xung đột với hệ thống pháp luật nói chung.

- Đề tài không nghiên cứu tất cả các quan điểm trên thế giới về việc sử dụng quy phạm xung đột để điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, mà đề tài chỉ tập trung nghiên cứu những quan điểm cơ bản, điển hình về vấn đề này.

- Đề tài không nghiên cứu tất cả những vấn đề thuộc về thực tiễn pháp lý quốc tế (các văn bản pháp luật quốc tế, các văn bản pháp luật quốc gia và việc áp dụng trong thực tiễn), mà đề tài chỉ tập trung nghiên cứu những văn bản pháp luật quốc tế, những văn bản pháp luật của một số quốc gia có tính chất phổ biến, điển hình có chứa các quy phạm xung đột.

- Đề tài không nghiên cứu hệ thống quy phạm xung đột ở Miền Nam dưới chế độ Mỹ - Ngụy khi đất nước bị chia cắt làm hai miền, mà đề tài chủ yếu tập trung nghiên cứu hệ thống quy phạm xung đột kể từ khi đất nước được thống nhất vào ngày 30/4/1975.

- Đề tài không phân tích hết tất cả các quy phạm xung đột trong các ĐUQT mà Việt Nam là thành viên và các văn bản PLVN, mà đề tài chủ yếu tập trung phân tích những quy phạm xung đột còn có những điểm bất cập, không phù hợp.

- Đề tài chỉ nghiên cứu thực tiễn thực hiện các quy phạm xung đột thông qua một số vụ việc cụ thể có tính chất điển hình.

5. Phương pháp nghiên cứu đề tài luận án

* **Phương pháp luận**: việc nghiên cứu đề tài luận án sử dụng phương pháp luận duy vật biện chứng và duy vật lịch sử.

- Việc nghiên cứu đề tài luận án dựa trên cơ sở thực tiễn là sự phát triển các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài là yếu tố quan trọng nhất. Các quy phạm pháp luật, trong đó có bộ phận cơ bản là các quy phạm xung đột là yếu tố thuộc kiến trúc thượng tầng của xã hội, là sự phản ánh những mối quan hệ xã hội đó.

- Việc nghiên cứu hệ thống quy phạm xung đột trong đề tài luận án được đặt trong trạng thái vận động, phát triển của các quy phạm xung đột, tính lịch sử của các quy phạm xung đột ở Việt Nam và trên thế giới.

* **Phương pháp cụ thể**: trên cơ sở phương pháp luận, việc nghiên cứu đề tài luận án có sử dụng các phương pháp cụ thể như: phương pháp tổng hợp, so sánh, đối chiếu, phân tích luật thực định....

- Việc nghiên cứu đề tài luận án có tổng hợp kết quả nghiên cứu của các công trình nghiên cứu có liên quan; kết quả phân tích về cơ sở lý luận và cơ sở thực tiễn của việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam.

- Luận án có so sánh các quan điểm, thực tiễn pháp lý quốc tế về việc sử dụng các quy phạm xung đột để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài; so sánh giữa các quy phạm xung đột của Việt Nam với các quy phạm xung đột ở một số nước trên thế giới, giữa các quy phạm xung đột của các thời điểm khác nhau ở Việt Nam với nhau, giữa các quy phạm xung đột trong văn bản này với văn bản khác ở Việt Nam.

- Luận án có đối chiếu một số nội dung của quy phạm xung đột với thực tiễn phát triển mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài.

- Luận án cũng có sử dụng rất phổ biến phương pháp phân tích luận thực định để xác định những ưu điểm, đặc biệt là những hạn chế, bất cập của các văn bản có chứa các quy phạm xung đột và nhất là những quy phạm xung đột cụ thể.

6. Những đóng góp mới của luận án

- Luận án phân tích và làm rõ thêm một số vấn đề lý luận cơ bản về hệ thống quy phạm xung đột như: phân tích khái niệm và đặc điểm của hệ thống quy phạm xung đột; phân tích và làm sáng tỏ những yếu tố ảnh hưởng đến hệ thống quy phạm xung đột, những yêu cầu của hệ thống quy phạm xung đột và xác định những yêu cầu này là những tiêu chí không thể thiếu để đánh giá thực trạng hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam hiện nay để từ đó đề xuất những phương hướng và giải pháp cụ thể để hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam; phân tích và làm sáng tỏ những ưu điểm và hạn chế của việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột.

- Luận án giới thiệu, trình bày một cách tổng hợp, khái quát thực tiễn pháp lý của nước ngoài về việc áp dụng quy phạm xung đột để điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài; đồng thời, phân tích và làm sáng tỏ các quy phạm xung đột là một bộ phận không thể thiếu của hệ thống pháp luật Việt Nam; lý giải tại sao cho đến hiện nay các quy phạm xung đột ở Việt Nam không tồn tại trong một đạo luật chuyên biệt về TPQT mà có ở rải rác trong các văn bản pháp luật khác nhau.

- Luận án phân tích và đánh giá thực trạng một cách có hệ thống, khá đầy đủ, toàn diện các quy phạm xung đột ở Việt Nam để chỉ ra những ưu điểm,

hạn chế và nguyên nhân của những ưu điểm, hạn chế đó. Trên cơ sở đó, luận án phân tích và làm sáng tỏ tính tất yếu khách quan của việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam.

- Luận án làm rõ thêm một số quan điểm, đề xuất những phương hướng và giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam. Luận án lập luận, phân tích về việc không nên xây dựng một đạo luật riêng về tư pháp quốc tế ở Việt Nam, nhưng xác định Phần thứ bảy của Bộ luật Dân sự về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là một bộ phận đặc biệt quan trọng về tư pháp quốc tế của Việt Nam; đồng thời xử lý tốt mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột trong các đạo luật chuyên ngành với các quy phạm xung đột trong Bộ luật Dân sự.

7. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của luận án

Với những kết quả đạt được, Luận án góp phần làm phong phú thêm cơ sở lý luận về tư pháp quốc tế ở Việt Nam; những kết quả nghiên cứu của Luận án có thể được sử dụng làm tài liệu tham khảo có giá trị cho những cá nhân, cơ quan, tổ chức làm công tác nghiên cứu, giảng dạy, học tập pháp luật; xây dựng văn bản quy phạm pháp luật và thực hiện pháp luật trong thực tiễn; góp phần hoàn thiện hệ thống pháp luật nói chung và hệ thống quy phạm xung đột nói riêng ở Việt Nam hiện nay.

8. Kết cấu của luận án

Luận án gồm:

- Lời cam đoan;
- Mục lục;
- Phần mở đầu;
- Phần nội dung: gồm ba chương;
- Phần kết luận;
- Danh mục tài liệu tham khảo.

Chương 1

CƠ SỞ LÝ LUẬN VỀ HOÀN THIỆN HỆ THỐNG QUY PHẠM PHÁP LUẬT XUNG ĐỘT

Để có cơ sở lý luận về việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam luận án cần trình bày những vấn đề mang tính lý luận có liên quan trực tiếp như: khái niệm quy phạm xung đột; khái niệm và đặc điểm của hệ thống quy phạm xung đột; những yêu cầu và những yếu tố ảnh hưởng đến hệ thống quy phạm xung đột; khái niệm và đặc điểm của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài; những ưu điểm và hạn chế của việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột; việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột là cần thiết khách quan. Đồng thời, để có sự so sánh với các nước trên thế giới, luận án trình bày về vị trí của các quy phạm xung đột ở một số nước có tính chất điển hình trên thế giới. Bên cạnh đó, một vấn đề mang tính lý luận không thể thiếu mà luận án cần trình bày là: vị trí và vai trò của các quy phạm xung đột trong hệ thống pháp luật Việt Nam.

1.1. Khái niệm quy phạm pháp luật xung đột và hệ thống quy phạm pháp luật xung đột

1.1.1. Khái niệm quy phạm pháp luật xung đột

1.1.1.1. Định nghĩa quy phạm pháp luật xung đột

Thuật ngữ “quy phạm pháp luật xung đột” hay còn gọi là “quy phạm xung đột” là thuật ngữ chỉ có tính chất quy ước. Bản thân thuật ngữ này mang tính chất rất đặc thù của pháp luật, thuộc về lĩnh vực TPQT. Vì là thuật ngữ có tính chất rất đặc thù, nên thậm chí không ít người đã từng được đào tạo về pháp luật nhưng khi nói về thuật ngữ này vẫn chưa hiểu nó một cách thấu đáo. Điều này cũng dễ hiểu do đây là thuật ngữ rất đặc thù và không phải người nào cũng

thường nghiên cứu về quy phạm xung đột và trong hoạt động thực tiễn cũng còn chưa sử dụng nhiều đến loại quy phạm này.

Để đưa ra định nghĩa về quy phạm xung đột, cần phải lý giải xem lý do nào dẫn đến sự xuất hiện loại quy phạm này và những đặc điểm của nó. Để lý giải những vấn đề này, trước tiên và không thể thiếu là cần tìm hiểu về đối tượng điều chỉnh của TPQT (vấn đề này sẽ được trình bày kỹ trong phần 1.2.). Đối tượng điều chỉnh của TPQT là các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, được diễn giải một cách cụ thể gồm: các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài và cả quan hệ tổ tụng mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Đó là những mối quan hệ vượt ra khỏi phạm vi của một quốc gia và liên quan tới quốc gia khác, tới hệ thống pháp luật của quốc gia khác. Hay nói cách khác, đối tượng điều chỉnh của TPQT thường liên quan đến nhiều hệ thống pháp luật của các quốc gia khác nhau. Do đó, nhiều hệ thống pháp luật của các quốc gia khác nhau cùng có thể được áp dụng để điều chỉnh quan hệ thuộc đối tượng điều chỉnh của TPQT. Hiện tượng này trong khoa học TPQT được gọi là *xung đột pháp luật* [17, tr.66-67], [59, tr.29], [61, tr.221-224] và thuật ngữ phổ biến của quốc tế là *conflict of laws* [74], [78], [79]. Trong khoa học TPQT, “xét về mặt lý luận, thì xung đột pháp luật giữa các quốc gia là hiện tượng tất yếu khách quan, phản ánh quy luật phát triển tự nhiên của xã hội trong điều kiện tồn tại nhà nước với các trình độ phát triển kinh tế - xã hội khác nhau” [35, tr.11].

Từ đó, vấn đề được đặt ra là: về từng mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cũng như về từng khía cạnh cụ thể trong mối quan hệ đó cuối cùng phải xác định được hệ thống pháp luật của quốc gia nào được áp dụng để điều chỉnh. Chính quy phạm xung đột có chức năng giải quyết vấn đề này, tức là nó chỉ ra hệ thống pháp luật của một quốc gia cụ thể được áp dụng. Chẳng hạn: công dân Việt Nam ký hợp đồng mua bán tài sản với công dân

Nga. Đây là mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Để giao dịch này là hợp pháp và có giá trị pháp lý thì một trong những vấn đề quan trọng trước hết cần xác định là: năng lực hành vi của các bên chủ thể giao kết hợp đồng. Theo quy định của Hiệp định Tương trợ tư pháp (HĐTTTP) và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Liên bang Nga năm 1998 thì: “Năng lực hành vi của cá nhân được xác định theo pháp luật của Bên ký kết mà người đó là công dân” (Khoản 1 Điều 19). Đây là quy phạm xung đột trong ĐUQT giữa Việt Nam và Liên bang Nga, có chức năng xác định hệ thống pháp luật được áp dụng để xác định năng lực hành vi của công dân Việt Nam và công dân Nga. Theo quy định đó, PLVN được áp dụng để xác định năng lực hành vi của công dân Việt Nam, còn pháp luật Nga được áp dụng để xác định năng lực hành vi của công dân Nga.

Hoặc ví dụ khác: công dân Việt Nam kết hôn với công dân Tây Ban Nha. Đây là quan hệ hôn nhân có yếu tố nước ngoài. Để xem xét quan hệ hôn nhân này là hợp pháp và có giá trị pháp lý thì vấn đề trước tiên cần xác định là: điều kiện kết hôn đối với hai công dân này. Theo quy định của Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam năm 2000 thì: “Trong việc kết hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài, mỗi bên phải tuân theo pháp luật của nước mình về điều kiện kết hôn;...” (Khoản 1 Điều 103). Đây là quy phạm xung đột trong văn bản pháp luật của Việt Nam, có chức năng xác định hệ thống pháp luật pháp luật được áp dụng để xác định điều kiện kết hôn đối với công dân Việt Nam và công dân Tây Ban Nha. Theo quy định đó, PLVN được áp dụng để xác định điều kiện kết hôn đối với công dân Việt Nam, còn pháp luật Tây Ban Nha được áp dụng để xác định điều kiện kết hôn đối với công dân Tây Ban Nha.

Một số ví dụ khác về quy phạm xung đột như:

“Năng lực lập di chúc, thay đổi và hủy bỏ di chúc phải tuân theo pháp luật của nước mà người lập di chúc là công dân” (Khoản 1 Điều 768 Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2005).

“Việc nuôi con nuôi được điều chỉnh bởi pháp luật của quốc gia mà cha mẹ nuôi mang quốc tịch tại thời điểm nhận con nuôi. Trường hợp luật của quốc gia mà đứa con mang quốc tịch đòi hỏi việc nhận nuôi con nuôi phải có sự thỏa thuận hoặc ưng thuận của đứa trẻ hoặc của bên thứ ba, hoặc sự phê chuẩn, các quyết định khác của cơ quan có thẩm quyền thì yêu cầu này cũng phải được thỏa mãn” (Khoản 1 Điều 20 Luật về áp dụng pháp luật của Nhật Bản năm 1898).

Những ví dụ trên về quy phạm xung đột cho thấy rằng, tính chất của quy phạm xung đột rất khác với các quy phạm pháp luật thông thường bởi những đặc điểm rất đặc thù sau đây:

Thứ nhất, quy phạm xung đột không trực tiếp quy định quyền và nghĩa vụ của các bên chủ thể tham gia quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Trong khi đó, quy phạm pháp luật thông thường có quy định về quyền và nghĩa vụ của các bên chủ thể tham gia quan hệ.

Thứ hai, quy phạm xung đột cũng không trực tiếp quy định chế tài sẽ được áp dụng đối với bên chủ thể có hành vi vi phạm. Trong khi đó, nhiều quy phạm pháp luật thông thường có quy định về các loại chế tài khác nhau để xử lý đối với bên chủ thể có hành vi vi phạm pháp luật như: chế tài phạt hợp đồng, bồi thường thiệt hại....

Thứ ba, quy phạm xung đột chỉ có chức năng xác định hệ thống pháp luật của quốc gia nào đó sẽ được áp dụng để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

Một điều cần lưu ý rằng, quy phạm xung đột xác định hệ thống pháp luật của quốc gia nào đó sẽ được áp dụng để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân

sự có yếu tố nước ngoài, chứ không quy định một văn bản pháp luật hay một số văn bản pháp luật, một quy phạm pháp luật hay một số quy phạm pháp luật cụ thể nào đó sẽ được áp dụng. Điều đó có nghĩa rằng, khi quy phạm xung đột xác định hệ thống pháp luật của quốc gia nào đó được áp dụng thì tất cả những quy phạm pháp luật hiện hành liên quan đến quan hệ xã hội (được quy phạm xung đột đề cập) cần phải được áp dụng (bao gồm cả các quy phạm trong văn bản, quy phạm tập quán, thậm chí cả tiền lệ pháp - đối với những nước coi tiền lệ pháp là một loại nguồn pháp luật). Vấn đề này được thừa nhận rộng rãi cả trong quan điểm cũng như thực tiễn pháp lý về TPQT [17, tr.85-89], [30, tr.16], [41, tr.51-59], [60, tr.236-243].

Từ những vấn đề đã trình bày đó, có thể định nghĩa: *quy phạm pháp luật xung đột là loại quy phạm không trực tiếp quy định quyền và nghĩa vụ của các bên chủ thể tham gia quan hệ cũng như các biện pháp chế tài kèm theo, mà chỉ xác định hệ thống pháp luật của quốc gia này hoặc hệ thống pháp luật của quốc gia khác được áp dụng để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.*

1.1.1.2. Cấu trúc của quy phạm pháp luật xung đột

Quy phạm xung đột có cấu trúc rất đặc thù, khác rất nhiều so với cấu trúc của quy phạm pháp luật nói chung. Khi nghiên cứu cấu trúc của quy phạm pháp luật nói chung và quy phạm xung đột nói riêng, điều trước tiên cần tìm hiểu là các bộ phận cấu thành của quy phạm. Đối với quy phạm pháp luật thông thường, những bộ phận cấu thành của nó thường là: phần giả định, phần quy định, phần chế tài; tuy rằng bản thân mỗi quy phạm có thể không có đầy đủ cả ba phần đó, có thể gồm phần giả định và phần quy định hoặc có thể gồm phần giả định và phần chế tài. Phần giả định là phần mô tả những tình huống thực tế mà khi tình huống đó xảy ra thì cần phải áp dụng quy phạm pháp luật đã có. Phần quy định là phần đưa ra quy tắc xử sự buộc mọi chủ thể phải xử sự

theo khi ở vào tình huống đã nêu ra trong phần giả định của quy phạm pháp luật. Còn phần chế tài là phần xác định những biện pháp tác động tới chủ thể trong trường hợp chủ thể không thực hiện hoặc thực hiện không đúng những quy định của quy phạm pháp luật (thực hiện hành vi vi phạm pháp luật) [39, tr.386-389].

Cấu trúc của quy phạm xung đột không có các phần giả định, quy định, chế tài như quy phạm pháp luật thông thường. Quy phạm xung đột chỉ bao gồm hai bộ phận cấu thành rất đặc thù là: phần phạm vi và phần hệ thuộc.

Phần phạm vi của quy phạm xung đột là phần chỉ ra quy phạm xung đột này áp dụng đối với quan hệ xã hội nào, hay nói cách khác, “phần phạm vi của quy phạm xung đột chỉ ra quan hệ xã hội sẽ được điều chỉnh bởi quy phạm xung đột đó” [17, tr.74].

Phần hệ thuộc của quy phạm xung đột là phần chỉ ra hệ thống pháp luật của quốc gia nào đó được áp dụng để điều chỉnh quan hệ xã hội được chỉ ra trong phần phạm vi.

Ví dụ: “Việc thừa kế bất động sản được thực hiện theo pháp luật của Nước ký kết nơi có di sản là bất động sản” (Khoản 2 Điều 36 HĐTTTP về dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Lào năm 1998). Trong ví dụ này, phần phạm vi của quy phạm xung đột là “*việc thừa kế bất động sản*”, còn phần hệ thuộc là: “*được thực hiện theo pháp luật của Nước ký kết nơi có di sản là bất động sản*”.

Các bộ phận cấu thành của quy phạm xung đột có những đặc điểm cần chú ý như sau:

Thứ nhất, cùng một phạm vi nhưng có thể được điều chỉnh bằng nhiều hệ thuộc khác nhau. Hay nói cách khác, cùng một loại quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài nhưng có thể có nhiều hệ thuộc pháp luật khác nhau cùng điều chỉnh. Ví dụ: về năng lực hành vi dân sự của các bên chủ thể tham gia quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, có thể điều

chỉnh bằng hệ thuộc pháp luật của quốc gia nơi người đó là công dân hoặc hệ thuộc pháp luật của quốc gia nơi người đó cư trú hoặc hệ thuộc pháp luật của quốc gia sở tại đã ban hành ra quy phạm xung đột đó.

Ngay trong một quốc gia, cùng một mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài có thể có nhiều hệ thuộc pháp luật khác nhau cùng điều chỉnh để phù hợp với từng trường hợp cụ thể. Bên cạnh đó, ở các quốc gia khác nhau, cùng một mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cũng có thể có nhiều hệ thuộc pháp luật khác nhau cùng điều chỉnh. Chính yếu tố khác nhau này dẫn đến sự phức tạp trong việc xác định hệ thống pháp luật được áp dụng.

Thứ hai, cùng một hệ thuộc pháp luật nhưng có thể được áp dụng để điều chỉnh nhiều phạm vi khác nhau, tức là điều chỉnh nhiều loại quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài khác nhau. Điều này cũng dễ hiểu, bởi có quá nhiều mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể, trong khi đó những hệ thuộc pháp luật cơ bản thường không có quá nhiều (được trình bày trong phần 1.1.1.4); hơn nữa có những hệ thuộc cơ bản là những hệ thuộc rất phổ biến, phù hợp với đặc điểm, tính chất của quan hệ xã hội được điều chỉnh cũng như truyền thống pháp luật của các quốc gia nên được áp dụng phổ biến với nhiều mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể khác nhau nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho việc điều chỉnh quan hệ xã hội.

1.1.1.3. Phân loại quy phạm pháp luật xung đột

Trong khoa học TPQT, còn có những cách khác nhau nhất định về việc phân loại quy phạm xung đột. Việc phân loại quy phạm xung đột thường có các tiêu chí khác nhau. Ứng với mỗi tiêu chí thì có các quy phạm xung đột khác nhau tương ứng. Quy phạm xung đột có thể được phân thành các loại sau đây:

* Căn cứ vào hình thức của quy phạm xung đột có: quy phạm xung đột một chiều và quy phạm xung đột hai chiều

- *Quy phạm xung đột một chiều*: là quy phạm quy định bắt buộc phải áp dụng pháp luật của quốc gia đã ban hành ra quy phạm này. Ví dụ: “Hợp đồng liên quan đến bất động sản ở Việt Nam phải tuân theo pháp luật Cộng hòa xã hội chủ nghĩa (CHXHCN) Việt Nam” (Khoản 2 Điều 769 BLDS Việt Nam năm 2005).

- *Quy phạm xung đột hai chiều*: là quy phạm chỉ quy định những nguyên tắc chung xác định pháp luật của một quốc gia nào đó sẽ được áp dụng. Ví dụ: “Năng lực pháp luật của một người do pháp luật của quốc gia mà người đó mang quốc tịch điều chỉnh” (Khoản 1 Điều 3 Luật về áp dụng pháp luật của Nhật Bản năm 1898).

Cách phân loại này đặt ra cho chúng ta một vấn đề đáng quan tâm là: về vấn đề gì thì cần thiết xây dựng và áp dụng quy phạm xung đột một chiều, còn về vấn đề gì thì cần thiết xây dựng và áp dụng quy phạm xung đột hai chiều. Nếu không xác định đúng loại quy phạm xung đột một chiều hoặc loại quy phạm xung đột hai chiều điều chỉnh quan hệ thì khó có thể điều chỉnh có hiệu quả quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Trong quá trình nghiên cứu, tác giả luận án nhận thấy, đối với quy phạm xung đột một chiều, nó được xây dựng và áp dụng nhằm bảo đảm cho pháp luật của quốc gia sở tại (quốc gia đã xây dựng ra quy phạm xung đột đó) được áp dụng. Thông thường, đó là những vấn đề quan trọng, gắn liền với quốc gia đó, chẳng hạn như: tài sản là bất động sản liên quan đến quan hệ tồn tại ở quốc gia đó.... Còn đối với quy phạm xung đột hai chiều, nó được xây dựng và áp dụng để hệ thống pháp luật của các quốc gia khác nhau cũng được tôn trọng và áp dụng nhằm điều chỉnh có hiệu quả quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Quy phạm xung đột hai chiều là loại quy phạm phổ biến hiện nay. Quy phạm xung đột

này tồn tại một cách khách quan, phù hợp với quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, do quan hệ đó có đặc điểm đặc trưng là tính chất dân sự và yếu tố nước ngoài, làm cho quan hệ đó liên quan đến hệ thống pháp luật của các quốc gia khác nhau và các hệ thống pháp luật đó đều có thể được áp dụng.

** Căn cứ vào phần phạm vi của quy phạm xung đột có: quy phạm xung đột về năng lực hành vi dân sự, về hợp đồng, về thừa kế, về hôn nhân và gia đình.... Ví dụ: “Hình thức của di chúc phải tuân theo pháp luật của nước nơi lập di chúc” (Khoản 2 Điều 768 BLDS Việt Nam năm 2005). Hoặc: “Nghị thức kết hôn được điều chỉnh bởi pháp luật nơi tiến hành kết hôn” (Khoản 2 Điều 13 Luật về áp dụng pháp luật năm 1898 của Nhật Bản)....*

Nghiên cứu cách phân loại này cho thấy rằng, về mặt lý thuyết thì đối với mỗi loại quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài có thể có quy phạm xung đột về nó; tuy nhiên, về mặt thực tế thì không hẳn như vậy. Bởi vì, không phải tất cả các loại quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể đều cần điều chỉnh bằng quy phạm xung đột. Những lĩnh vực quan hệ xã hội cần thiết điều chỉnh bằng quy phạm xung đột thường là những quan hệ xã hội gắn liền với phong tục, tập quán, truyền thống của mỗi nước (chẳng hạn như: quan hệ về hôn nhân và gia đình, thừa kế có yếu tố nước ngoài...). Nhưng có những lĩnh vực quan hệ xã hội thì không nên điều chỉnh bằng quy phạm xung đột mà chỉ nên điều chỉnh bằng quy phạm thực chất (là quy phạm trực tiếp quy định quyền và nghĩa vụ của các bên chủ thể tham gia quan hệ và có thể cả các biện pháp chế tài kèm theo). Việc sử dụng quy phạm thực chất để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài có ưu điểm là ít phức tạp hơn nhiều trong việc áp dụng pháp luật so với quy phạm xung đột. Những quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài nên xây dựng quy phạm thực chất để điều chỉnh thường là những quan hệ gắn chặt với chủ quyền quốc gia, với cơ quan công quyền (như những quan hệ về thủ tục tố tụng tòa án

giải quyết vụ việc tranh chấp mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài) hoặc là có những quan hệ xã hội trong lĩnh vực kinh doanh, thương mại quốc tế.... Chính vì vậy, ở góc độ quốc tế, hiện nay có hẳn một ĐUQT chứa đựng các quy phạm thực chất điều chỉnh việc mua bán hàng hóa quốc tế, đó là: Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Ví dụ: “Nếu người bán có nghĩa vụ phải giao các chứng từ có liên quan đến hàng hóa thì họ phải thi hành nghĩa vụ này đúng thời hạn, đúng địa điểm và đúng hình thức như quy định trong hợp đồng. Trong trường hợp người bán giao chứng từ trước kỳ hạn, thì họ có thể, trước khi hết thời hạn quy định sẽ giao chứng từ, loại bỏ bất kỳ điểm nào không phù hợp trong chứng từ với điều kiện là việc làm này không gây cho người mua một trở ngại hay phí tổn nào. Tuy nhiên, người mua vẫn có quyền đòi người bán bồi thường thiệt hại theo Công ước này” (Điều 34 Công ước Viên năm 1980).

** Căn cứ vào tính chất của quy phạm xung đột có: quy phạm xung đột mệnh mệnh và quy phạm xung đột tùy nghi*

- *Quy phạm xung đột mệnh lệnh*: là quy phạm quy định nhất thiết phải áp dụng một hệ thống pháp luật nào đó để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài mà không có quyền thỏa thuận lựa chọn pháp luật để áp dụng. Ví dụ: “Hợp đồng được giao kết tại Việt Nam và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam thì phải tuân theo pháp luật CHXHCN Việt Nam” (Khoản 1 Điều 769 BLDS Việt Nam năm 2005). Khi giao dịch này được thực hiện, các bên chủ thể nhất thiết phải áp dụng PLVN để điều chỉnh. Các bên không có quyền lựa chọn hệ thống pháp luật của bất kỳ quốc gia nào đó để áp dụng.

- *Quy phạm xung đột tùy nghi*: là quy phạm quy định cho phép các bên chủ thể có quyền lựa chọn hệ thống pháp luật của một quốc gia nào đó để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Ví dụ: “Hợp đồng được điều chỉnh bởi luật do các bên lựa chọn” (Khoản 1 Điều 3 Công ước

Roma năm 1980 về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng). Trong ví dụ này, các bên chủ thể hợp đồng có quyền thỏa thuận lựa chọn hệ thống pháp luật của bất kỳ quốc gia nào đó, kể cả ĐUQT để điều chỉnh hợp đồng giữa các bên chủ thể đó.

Nghiên cứu cách phân loại này cho thấy rằng, tùy thuộc vào từng loại quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài mà xây dựng quy phạm xung đột mệnh lệnh hoặc xây dựng quy phạm xung đột tùy nghi. Quy phạm xung đột tùy nghi thường được xây dựng để điều chỉnh các giao dịch hợp đồng có yếu tố nước ngoài. Đây là loại quy phạm rất đáng chú ý ở chỗ: nó tạo điều kiện rất rộng mở và thuận lợi cho các bên chủ thể nhằm bảo vệ một cách tốt nhất quyền và lợi ích của các bên chủ thể trong giao dịch hợp đồng có yếu tố nước ngoài. Cho nên, tác giả luận án cũng hoàn toàn nhất trí với quan điểm cho rằng, các bên chủ thể “thường lựa chọn hệ thống pháp luật gần gũi nhất với họ và họ hiểu rõ nhất về sự lựa chọn đó” [52, tr.54].

** Căn cứ vào nguồn chứa đựng quy phạm xung đột có: quy phạm thông thường và quy phạm xung đột thống nhất*

- *Quy phạm xung đột thông thường* (quy phạm xung đột quốc gia): là loại quy phạm có trong các văn bản pháp luật, tập quán hoặc án lệ của quốc gia. Ví dụ, Khoản 1 Điều 3 Luật về áp dụng pháp luật Nhật Bản năm 1898 quy định: “Năng lực pháp luật của một người do luật của quốc gia mà người đó có quốc tịch điều chỉnh”. Hoặc Khoản 1 Điều 767 BLDS Việt Nam năm 1995 quy định: “Thừa kế theo pháp luật phải tuân theo pháp luật của nước mà người để lại di sản thừa kế có quốc tịch trước khi chết”.

- *Quy phạm xung đột thống nhất*: là loại quy phạm có trong các ĐUQT hoặc tập quán quốc tế (TQQT) do các quốc gia, tổ chức quốc tế thỏa thuận thống nhất xây dựng, áp dụng. Ví dụ, Khoản 1 Điều 24 HĐTTTP và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Liên bang Nga năm 1998 quy

định: “Về điều kiện kết hôn, mỗi bên đương sự phải tuân theo pháp luật của Bên ký kết mà người đó là công dân. Ngoài ra, về những trường hợp cấm kết hôn, việc kết hôn còn phải tuân theo pháp luật của Bên ký kết nơi tiến hành kết hôn”.

Nghiên cứu cách phân loại này cho thấy rằng, ở phạm vi mỗi quốc gia có các quy phạm xung đột của riêng quốc gia đó; bên cạnh đó, ở phạm vi quốc tế còn có các quy phạm xung đột thống nhất do các quốc gia, tổ chức quốc tế xây dựng. Loại quy phạm xung đột thông thường có ưu điểm là do mỗi quốc gia tự chủ xây dựng, sửa đổi hoặc bãi bỏ nên nó tạo ra sự chủ động trong việc điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài; nhưng nó cũng có nhược điểm là khi về cùng một vấn đề mà quy phạm xung đột ở các quốc gia lại sử dụng những hệ thuộc khác nhau để điều chỉnh thì vẫn tạo ra sự phức tạp trong việc điều chỉnh quan hệ. Còn loại quy phạm xung đột thống nhất có ưu điểm là do các quốc gia, tổ chức quốc tế đã thống nhất xây dựng nên nó cũng đương nhiên tạo ra sự thống nhất trong việc áp dụng quy phạm để điều chỉnh quan hệ; nhưng nó cũng có nhược điểm là hiện nay các quy phạm xung đột thống nhất còn quá ít so với nhu cầu điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

1.1.1.4. Các hệ thuộc cơ bản của quy phạm pháp luật xung đột

Các hệ thuộc cơ bản của quy phạm xung đột là yếu tố quan trọng nhất để xác định hệ thống pháp luật của quốc gia nào đó được áp dụng để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Mỗi quy phạm xung đột đều có phần hệ thuộc của mình. Việc sử dụng hệ thuộc nào để điều chỉnh quan hệ xã hội trong phạm vi của quy phạm xung đột phụ thuộc vào đặc tính của quan hệ xã hội được điều chỉnh, truyền thống pháp lý của quốc gia, xu hướng chung của quốc tế trong việc điều chỉnh loại quan hệ xã hội được đề cập trong phạm vi của quy phạm xung đột. Các hệ thuộc cơ bản sau đây

thường được sử dụng để điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

* *Hệ thuộc luật nhân thân (lex personalis)*: là hệ thuộc chỉ ra luật liên quan đến nhân thân của một con người. Đây là hệ thuộc luật được áp dụng phổ biến nhất để điều chỉnh nhiều loại quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Về vấn đề này, một học giả nước ngoài đã hoàn toàn có lý khi nhận định rằng: “Trong hầu hết các hệ thống xung đột pháp luật, những vấn đề liên quan đến những mối quan hệ nhân thân và tài sản giữa các thành viên của một gia đình được điều chỉnh bởi luật nhân thân như là một nguyên tắc chung” [79, tr.14]. Luật nhân thân thường được áp dụng để điều chỉnh những vấn đề như: xác định năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự của cá nhân, việc tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự, điều kiện kết hôn, thừa kế động sản....

Hệ thuộc luật nhân thân bao gồm hai loại: hệ thuộc luật quốc tịch (*lex patriae* hoặc *lex nationalis*) và hệ thuộc luật nơi cư trú (*lex domicilii*).

- *Hệ thuộc luật quốc tịch (lex patriae)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước mà cá nhân mang quốc tịch. Ví dụ: “Quan hệ pháp lý về thừa kế động sản được xác định theo pháp luật của Bên ký kết mà người để lại di sản là công dân vào thời điểm chết” (Khoản 1 Điều 34 HĐTTTP và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Ucraina năm 2000). Hệ thuộc luật quốc tịch có ưu điểm rất quan trọng là tính ổn định cao, bởi vì, việc thay đổi quốc tịch không phải là dễ dàng. Đó là đặc điểm quan trọng của hệ thuộc luật quốc tịch. Nhưng “nhược điểm của nó cũng xuất phát từ đặc điểm này” [45, tr.16]. Bởi vì, thực tiễn cuộc sống cho thấy rằng, trong trường hợp những người nhập cư đã sinh sống một thời gian khá dài ở nước ngoài mà vẫn áp dụng hệ thuộc luật quốc tịch thì sẽ cản trở người đó hòa nhập vào với cộng đồng xã hội mới. Ngoài ra, hệ thuộc luật quốc tịch cũng gặp khó khăn trong trường hợp một người mang quốc tịch của nhiều quốc gia khác nhau.

- *Hệ thuộc luật nơi cư trú (lex domicilii)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước mà cá nhân có nơi cư trú. Ví dụ: “Việc thừa kế theo pháp luật đối với động sản được điều chỉnh bởi pháp luật của nước nơi người để lại di sản cư trú cuối cùng” (Điều 149 BLDS Trung Quốc năm 1986). Hệ thuộc luật nơi cư trú là hệ thuộc có từ rất sớm, ban đầu được áp dụng phổ biến ở Vương quốc Anh, Khối thịnh vượng chung và Hoa Kỳ. Sau này hệ thuộc luật nơi cư trú cũng được nhiều nước khác áp dụng. Hệ thuộc luật nơi cư trú được áp dụng rộng rãi là luật nhân thân cho việc giải quyết xung đột pháp luật [79, tr.33]. Hệ thuộc luật nơi cư trú có ưu điểm là tính linh hoạt, tạo điều kiện thuận lợi cho người nhập cư hòa nhập vào cộng đồng xã hội mới, giải quyết ổn thỏa trường hợp một người mang quốc tịch của nhiều quốc gia khác nhau. Nhưng nhược điểm của hệ thuộc này là tính không ổn định, do nơi cư trú của nhiều người không ổn định hoặc gặp khó khăn trong trường hợp một người có nhiều nơi cư trú khác nhau.

* *Hệ thuộc luật quốc tịch của pháp nhân (lex societatis)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước mà pháp nhân mang quốc tịch. Ví dụ: “Năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài được xác định theo pháp luật của nước mà pháp nhân đó có quốc tịch” (Khoản 1 Điều 8 Nghị định 60/CP của Chính phủ ngày 6/6/1997 hướng dẫn thi hành các quy định của BLDS về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài). Hệ thuộc luật quốc tịch của pháp nhân thường được áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật về việc xác định năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân, xác định tư cách chủ thể của pháp nhân khi tham gia quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài....

* *Hệ thuộc luật nơi có tài sản (lex rei sitae)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước nơi tài sản liên quan đến quan hệ đang tồn tại. Ví dụ: “Quyền sở hữu tài sản và các vật quyền khác do luật của nước nơi tồn tại tài sản chi phối” (Khoản 1 Điều 24 Luật TPQT Ba Lan năm 1965). Hệ thuộc luật nơi có tài sản

được áp dụng rất phổ biến để giải quyết xung đột pháp luật về quan hệ sở hữu và thừa kế (là hệ quả của quan hệ sở hữu) có yếu tố nước ngoài, đặc biệt là giải quyết xung đột pháp luật đối với “tài sản là bất động sản và một vài khía cạnh liên quan đến động sản” [80, tr.2]. Hệ thuộc luật nơi có tài sản cũng cho chúng ta thấy rằng: “Trong việc điều chỉnh quan hệ sở hữu, vấn đề áp dụng luật nước ngoài được tiến hành ít hơn so với các quan hệ dân sự khác (đặc biệt là quan hệ thương mại). Điều này có thể hiểu được bởi vì việc can thiệp vào lĩnh vực chiếm hữu và quản lý tài sản (đặc biệt là quan hệ sản xuất) được xem như sự can thiệp vào quan hệ sản xuất - quan hệ mà trụ cột của nó là sở hữu” [60, tr.265].

* *Hệ thuộc luật tòa án (lex fori)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước nơi có trụ sở của tòa án có thẩm quyền giải quyết vụ việc mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Ví dụ: “Việc ly hôn tuân theo pháp luật và thuộc thẩm quyền giải quyết của cơ quan tư pháp của Bên ký kết mà vợ chồng đều là công dân vào thời điểm nộp đơn xin ly hôn...” (Khoản 1 Điều 26 HĐTTTP và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Liên bang Nga năm 1998). Hệ thuộc luật tòa án thường được áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật đối với các quan hệ trong các lĩnh vực tố tụng dân sự, kinh doanh, thương mại, lao động; quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài. Hệ thuộc luật tòa án cũng có thể không được quy phạm xung đột quy định rõ, mà được thực hiện trong thực tiễn khi tòa án một nước có thẩm quyền giải quyết vụ việc thì tòa án đó chỉ áp dụng pháp luật của nước mình mà không áp dụng pháp luật của nước ngoài (tức là đối lập với *lex causa*). Cho nên, hệ thuộc luật tòa án tạo ra sự bất cập là không có sự đối xử đối với PLNN một cách tương ứng ở quốc gia có tòa án giải quyết vụ việc [78, tr.16].

* *Hệ thuộc luật nơi thực hiện hành vi (lex loci actus)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước nơi hành vi được thực hiện. Hệ thuộc luật nơi thực hiện hành vi bao gồm các dạng cụ thể sau:

- *Hệ thuộc luật nơi giao kết hợp đồng (lex loci contractus)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước nơi hợp đồng được giao kết. Hệ thuộc luật nơi giao kết hợp đồng thường được áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật về hình thức của hợp đồng có yếu tố nước ngoài. Ví dụ: “Hình thức của hợp đồng dân sự phải tuân theo pháp luật của Nước ký kết nơi giao kết hợp đồng” (Khoản 1 Điều 21 HĐTTTP về dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Lào năm 1998).

- *Hệ thuộc luật nơi thực hiện hợp đồng (locus regit actum)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước nơi hợp đồng được thực hiện. Hệ thuộc luật nơi thực hiện hợp đồng thường được áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật về nội dung của hợp đồng. Ví dụ: “Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng dân sự được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thỏa thuận khác” (Khoản 2 Điều 834 BLDS Việt Nam năm 1995).

- *Hệ thuộc luật nơi thực hiện nghĩa vụ (lex loci solutionis)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước nơi nghĩa vụ được thực hiện. Hệ thuộc luật nơi thực hiện nghĩa vụ thường được áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật về nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng và có thể nói là hệ thuộc luật “thích hợp nhất” [77, tr.3] đối với nội dung thực chất của nghĩa vụ, bởi vì “nó là luật có mối quan hệ gắn bó nhất với hợp đồng” [79, tr.270]. Ví dụ: “Nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước do các bên lựa chọn, nếu điều đó không trái với pháp luật của các Bên ký kết. Nếu các bên không lựa chọn pháp luật áp dụng thì áp dụng pháp luật của Bên ký kết nơi bên phải thực hiện nghĩa vụ chính của hợp đồng thường trú, được thành lập hoặc có trụ sở” (Khoản 1 Điều 36 HĐTTTP và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Liên bang Nga năm 1998).

- *Hệ thuộc luật nơi thực hiện kết hôn (lex loci celebrationis)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước nơi tiến hành kết hôn. Hệ thuộc luật nơi thực hiện kết hôn thường được áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật về nghi thức kết hôn và “nó như là một quy định chung” [79, tr.150]. Ví dụ: “Việc kết hôn tiến hành ở nước ngoài giữa các công dân Thái Lan với nhau hoặc giữa một công dân Thái Lan và một người nước ngoài, có thể được thực hiện theo đúng thể thức do pháp luật Thái Lan quy định hoặc do pháp luật của nước nơi tiến hành việc kết hôn đó quy định” (Điều 1459 BLDS và thương mại Thái Lan năm 1925).

- *Hệ thuộc luật nơi thực hiện công việc (lex loci laboris)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước nơi công việc được thực hiện. Hệ thuộc luật nơi thực hiện công việc thường được áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật phát sinh từ các quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài. Theo hệ thuộc này, khi công việc được thực hiện ở nước nào thì quan hệ lao động sẽ được điều chỉnh bằng pháp luật của nước đó. Ví dụ: “Quan hệ pháp lý phát sinh từ việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quan hệ lao động, cũng như các yêu cầu liên quan do pháp luật của Bên ký kết nơi cá nhân đang, đã hoặc cần phải thực hiện công việc điều chỉnh” (Khoản 1 Điều 40 HĐTTTP và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Ucraina năm 2000).

* *Hệ thuộc luật nơi xảy ra hành vi vi phạm pháp luật (lex loci delicti commisi)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước nơi thực hiện hành vi vi phạm pháp luật. Ví dụ: “Trách nhiệm bồi thường thiệt hại được xác định theo pháp luật của nước ký kết nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại” (Khoản 1 Điều 31 HĐTTTP về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự giữa Việt Nam và Bungari năm 1986). Hệ thuộc luật nơi xảy ra hành vi vi phạm pháp luật thường được áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật về việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Tuy nhiên, trong thực tiễn có những trường hợp hành vi vi phạm pháp

luật xảy ra ở nước này nhưng hậu quả thực tế của hành vi đó lại xảy ra ở nước khác. Vì vậy, *hệ thuộc luật nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi vi phạm pháp luật* có thể được áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật về việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Ví dụ: “Việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại” (Khoản 1 Điều 773 BLDS Việt Nam năm 2005).

* *Hệ thuộc luật lựa chọn (lex voluntatis)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước do các bên chủ thể tham gia quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài lựa chọn. Ví dụ: “Nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước do các bên lựa chọn, nếu điều đó không trái với pháp luật của Bên ký kết...” (Khoản 1 Điều 36 HĐTTTP và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Liên bang Nga năm 1998). Hệ thuộc luật lựa chọn thường được áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật về hợp đồng có yếu tố nước ngoài.

* *Hệ thuộc luật quốc kỳ (lex banderae)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước mà phương tiện vận tải mang quốc kỳ. Ví dụ: “Trong trường hợp quan hệ pháp luật liên quan đến quyền sở hữu tài sản trên tàu biển, hợp đồng cho thuê tàu biển, hợp đồng thuê thuyền viên, hợp đồng vận chuyển hành khách và hành lý, phân chia tiền công cứu hộ giữa chủ tàu cứu hộ và thuyền bộ của tàu cứu hộ, trục vớt tài sản chìm đắm ở biển cả, các vụ việc xảy ra trên tàu biển khi tàu đang ở biển cả thì áp dụng pháp luật của quốc gia mà tàu biển mang cờ quốc tịch” (Khoản 1 Điều 3 Bộ luật Hàng hải Việt Nam năm 2005). Hệ thuộc luật quốc kỳ thường được áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật đối với các quan hệ như: sở hữu, cho thuê phương tiện vận tải, các vụ việc xảy ra trên phương tiện vận tải khi phương tiện vận tải đang ở vùng không phận quốc tế hoặc hải phận quốc tế....

* *Hệ thuộc luật nơi đăng ký phương tiện vận tải (lex libri sitae)*: là hệ thuộc chỉ ra pháp luật của nước nơi phương tiện vận tải đăng ký. Ví dụ: “Các quyền về sở hữu tàu bay được xác định theo pháp luật của quốc gia nơi đăng ký tàu bay” (Điểm a Khoản 2 Điều 5 Luật Hàng không dân dụng Việt Nam năm 1991). Hệ thuộc luật nơi phương tiện vận tải đăng ký thường được áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật đối với các quan hệ như: sở hữu máy bay, việc trả công cứu hộ....

1.1.2. Hệ thống quy phạm pháp luật xung đột

1.1.2.1. Khái niệm và đặc điểm của hệ thống quy phạm pháp luật xung đột

* *Khái niệm hệ thống quy phạm pháp luật xung đột*

Để tìm hiểu khái niệm hệ thống quy phạm xung đột thì vấn đề trước tiên cần tìm hiểu là “khái niệm hệ thống” nói chung. Thuật ngữ “hệ thống” được sử dụng rất rộng rãi, đi với nhiều phạm trù khác nhau. Chẳng hạn như: hệ thống thiên văn, hệ thống thực vật, hệ thống nhận thức, hệ thống quản lý, hệ thống doanh nghiệp, hệ thống cơ quan nhà nước, hệ thống pháp luật.... Và cũng có nhiều định nghĩa khác nhau về hệ thống. Chẳng hạn, hệ thống là: “Tập hợp nhiều yếu tố, đơn vị cùng loại hoặc cùng chức năng, có quan hệ hoặc liên hệ với nhau chặt chẽ, làm thành một thể thống nhất” [49, tr.418] hoặc “Hệ thống là một tập hợp các phần tử có liên hệ với nhau, tác động qua lại với nhau một cách có quy luật để tạo thành một thể thống nhất, có thể thực hiện một số chức năng hay một số mục tiêu nhất định” [50, tr.9]. Vậy để hiểu được “khái niệm hệ thống” thì không thể không tìm hiểu tính chất của hệ thống. Thông thường một hệ thống phải có những tính chất quan trọng sau:

- Hệ thống phải có nhiều bộ phận hợp thành hay “Một hệ thống bao giờ cũng có cơ cấu bên trong của nó” [66, tr.159]. Các bộ phận hợp thành hệ thống

có quan hệ với nhau; tác động, ảnh hưởng lẫn nhau; mỗi sự thay đổi của một bộ phận hợp thành đều ảnh hưởng đến bộ phận còn lại của hệ thống.

- Hệ thống phải là một thể thống nhất nhằm thực hiện những chức năng hoặc mục tiêu nhất định. Mỗi bộ phận trong hệ thống có thể rất khác nhau, nhưng khi hợp thành hệ thống thì phải tạo thành một thể thống nhất, chứ không được chòng chẹo, mâu thuẫn hoặc phủ định lẫn nhau. Có như vậy mới bảo đảm cho hệ thống thực hiện được những chức năng hoặc mục tiêu của hệ thống - là những chức năng hoặc mục tiêu chung cho tất cả các bộ phận hợp thành hệ thống.

Như vậy, có thể định nghĩa: *hệ thống là một tập hợp các bộ phận cấu thành khác nhau, có quan hệ với nhau, tác động, ảnh hưởng lẫn nhau theo một trật tự có quy luật để tạo thành một thể thống nhất, nhằm thực hiện những chức năng hoặc mục tiêu nhất định.*

Vấn đề tiếp theo cần lý giải là: trong lĩnh vực pháp luật, thuật ngữ “hệ thống” cũng có nhiều loại khác nhau với nhiều tên gọi khác nhau. Chẳng hạn: hệ thống pháp luật quốc gia, hệ thống pháp luật quốc tế, hệ thống quy phạm thực chất, hệ thống quy phạm xung đột.... Hệ thống pháp luật quốc gia là tổng thể những quy phạm pháp luật của một quốc gia, do quốc gia đó xây dựng và ban hành để điều chỉnh chủ yếu những quan hệ xã hội diễn ra trong nội bộ của quốc gia đó. Hệ thống pháp luật quốc tế là tổng thể những quy phạm pháp luật do các quốc gia và các chủ thể khác của luật quốc tế thỏa thuận xây dựng nên và bảo đảm thi hành trên cơ sở tự nguyện và bình đẳng để điều chỉnh các mối quan hệ quốc tế giữa các chủ thể đó với nhau. Hệ thống quy phạm thực chất là tổng thể những quy phạm pháp luật trực tiếp quy định quyền, nghĩa vụ của các bên chủ thể và có thể cả các biện pháp chế tài kèm theo để điều chỉnh các mối quan hệ xã hội. Hệ thống quy phạm xung đột là đối tượng nghiên cứu chính của luận án này nên được lý giải kỹ ở phần dưới đây.

Ở Việt Nam, phạm trù hệ thống pháp luật nói chung thì đã có rất nhiều các sách, báo và các công trình khoa học pháp lý khác nhau nghiên cứu, nhưng phạm trù hệ thống quy phạm xung đột thì hiện tại còn khá mới mẻ vì đây là lĩnh vực pháp luật khá mới ở Việt Nam và mang tính đặc thù rất cao. Khi nói tới hệ thống quy phạm xung đột thì một vấn đề không thể không lý giải là cấu trúc của hệ thống quy phạm xung đột. Khi lý giải được cấu trúc, tức là các yếu tố cấu thành của hệ thống quy phạm xung đột sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho việc nghiên cứu cũng như hoạt động xây dựng và thực hiện quy phạm xung đột trong thực tiễn.

Thực tiễn pháp lý ở các quốc gia cho thấy rằng, để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, mỗi quốc gia tự quyết định xây dựng các quy phạm xung đột của riêng mình bằng việc ban hành các văn bản pháp luật của quốc gia đó hoặc thừa nhận án lệ, tập quán pháp. Các quy phạm xung đột có thể tập trung trong một đạo luật chuyên biệt như: Luật về áp dụng pháp luật năm 1898 của Nhật Bản, Luật TPQT của Ba Lan năm 1965... hoặc có rải rác trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau (Hà Lan, Trung Quốc, Việt Nam...) hoặc vừa có trong các văn bản pháp luật vừa có trong các án lệ của quốc gia như: Pháp. Ví dụ: ở Việt Nam, các quy phạm xung đột có trong các văn bản pháp luật như BLDS năm 2005 (Phần thứ bảy), Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 (Chương XI), Bộ luật Hàng hải năm 1990 (Điều 4 và 5)....

Bên cạnh đó, thực tiễn pháp lý quốc tế cũng cho thấy rằng, để điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, các quốc gia còn thỏa thuận thống nhất với nhau để ký kết các ĐUQT có chứa các quy phạm xung đột. Cơ sở xuất hiện vấn đề này là do: chính yếu tố nước ngoài của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài làm cho quan hệ đó vượt ra khỏi phạm vi của một quốc gia, có tính quốc tế, liên quan đến quốc gia khác và vì vậy các quốc gia cùng nhau thỏa thuận ký kết ĐUQT để điều chỉnh. Trên thực

tế, đã có những ĐUQT đa phương hoặc song phương chứa đựng các quy phạm xung đột như: Công ước Lahay năm 1905 về xung đột pháp luật trong lĩnh vực thừa kế, Công ước Lahay năm 1955 về pháp luật áp dụng trong mua bán quốc tế các loại động sản, Công ước Roma năm 1980 về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng, các HĐTTTP giữa các quốc gia.... Hiện nay, Việt Nam đã ký kết được với các nước hơn chục HĐTTTP song phương có chứa các quy phạm xung đột điều chỉnh các quan hệ dân sự, lao động, hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài. Bên cạnh đó, Việt Nam cũng đã ký kết được 13 hiệp định, thoả thuận hợp tác song phương về nuôi con nuôi có chứa các quy phạm xung đột. Theo quan điểm của tác giả luận án thì các quy phạm xung đột trong các ĐUQT mà một quốc gia ký kết với các quốc gia khác cũng là một bộ phận cấu thành của hệ thống quy phạm xung đột của quốc gia đó. Bởi vì, các quy phạm xung đột trong các ĐUQT và các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật quốc gia cùng có mục đích điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan và đều do quốc gia đó xây dựng.

Xét về mặt lĩnh vực điều chỉnh, một vấn đề được đặt ra là hệ thống quy phạm xung đột điều chỉnh những lĩnh vực quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể nào hay nói cách khác, hệ thống quy phạm xung đột bao gồm những loại quy phạm xung đột điều chỉnh những loại quan hệ xã hội cụ thể nào. Quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bao gồm nhiều lĩnh vực quan hệ cụ thể như: quan hệ dân sự và các quan hệ khác mang tính chất dân sự như: hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài. Ngoài ra, còn có quan hệ về hình thức là quan hệ tố tụng mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài để giải quyết các vụ việc thuộc về nội dung của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Điều đó cũng có nghĩa rằng, quy phạm xung đột có trong các lĩnh vực dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại, tố tụng mang tính chất dân sự

có yếu tố nước ngoài. Tất nhiên, các quy phạm xung đột trong các lĩnh vực đó không phải là tồn tại độc lập, tách biệt như một lĩnh vực riêng biệt mà có quan hệ gắn bó với nhau (vấn đề này sẽ được đề cập trong những phần sau có liên quan).

Vì vậy, hệ thống quy phạm xung đột bao gồm: các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật (hoặc án lệ - với quốc gia coi án lệ là nguồn pháp luật) của một quốc gia và các quy phạm xung đột trong các ĐUQT mà quốc gia đó là thành viên; và hệ thống quy phạm xung đột này bao gồm các quy phạm xung đột điều chỉnh các lĩnh vực quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài như: quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại, tố tụng mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Trong phạm vi Luận án này, hệ thống quy phạm xung đột không phải được hiểu là tất cả các quy phạm xung đột trên thế giới hiện nay, bao gồm các quy phạm xung đột trong tất cả các văn bản pháp luật của các quốc gia và trong tất cả các ĐUQT, mà hệ thống quy phạm xung đột được hiểu là hệ thống quy phạm xung đột của một quốc gia, liên quan đến một quốc gia để phù hợp với những nội dung khác của Luận án và bảo đảm tính khả thi trong nghiên cứu một luận án tiến sỹ luật học.

Vấn đề tiếp theo cần được lý giải là: dựa trên cơ sở nào để khẳng định rằng các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật của một quốc gia và các quy phạm xung đột trong các ĐUQT mà quốc gia đó là thành viên điều chỉnh các loại quan hệ: dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại, tố tụng mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài tồn tại dưới dạng một hệ thống. Cơ sở của vấn đề này là:

Thứ nhất, bản thân các loại quan hệ mà quy phạm xung đột điều chỉnh là: quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại, tố tụng mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài có mối liên hệ gắn bó với nhau, thống nhất với nhau, tác động qua lại lẫn nhau mang tính hệ thống và

diễn ra trong một hệ thống. Cho nên, khi nói đến tính hệ thống của pháp luật, GS.TS. Luật học Đào Trí Úc khẳng định rằng: “Pháp luật có tính hệ thống.... Pháp luật khi nó là ý chí của nhà nước, đó là ý chí phản ánh và phù hợp với các quy luật phát triển khách quan của xã hội. Pháp luật, do đó, phải xuất phát từ tính chất của các quan hệ xã hội vốn có mối liên hệ nội tại thống nhất để rồi bản thân nó cũng là một hệ thống thống nhất” [62, tr.7].

Do vậy, quy phạm xung đột trong các lĩnh vực dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại, tố tụng mang tính chất dân sự tuy có sự khác nhau nhưng là thống nhất với nhau, tác động, ảnh hưởng lẫn nhau. Giả dụ, nếu bỏ đi các quy phạm xung đột trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình thì làm cho hệ thống quy phạm xung đột thiếu hẳn một nhóm quy phạm quan trọng, ảnh hưởng đến việc điều chỉnh quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài.

Thứ hai, các quy phạm xung đột trong các lĩnh vực dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có cùng chức năng và mục đích điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan, do cùng một quốc gia xây dựng và được bảo đảm thực hiện bởi quốc gia đó.

Tóm lại, hệ thống quy phạm pháp luật xung đột bao gồm tổng thể các quy phạm xung đột trong các lĩnh vực khác nhau (dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại, tố tụng mang tính chất dân sự), có quan hệ với nhau, tác động, ảnh hưởng lẫn nhau theo một trật tự có quy luật, tạo thành một thể thống nhất nhằm thực hiện chức năng và mục đích điều chỉnh có hiệu quả các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

* *Đặc điểm của hệ thống quy phạm pháp luật xung đột*

Hệ thống quy phạm xung đột có những đặc điểm cơ bản sau đây:

- *Hệ thống quy phạm xung đột tồn tại và mang tính khách quan, được quyết định bởi các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài*

Bản thân hệ thống pháp luật nói chung mang tính khách quan. Bởi vì pháp luật chỉ là một bộ phận của kiến trúc thượng tầng của xã hội, tồn tại phụ thuộc vào và được quyết định bởi các điều kiện kinh tế, xã hội tồn tại và phát triển một cách khách quan trong xã hội. Vấn đề này đã được lịch sử nhà nước và pháp luật chứng minh một cách rõ ràng và đã được các nhà khoa học luật khẳng định trong các công trình nghiên cứu của mình. Chẳng hạn, trong một cuốn tài liệu về lý luận chung về nhà nước và pháp luật có đoạn viết: “sự hình thành các bộ phận cấu thành của hệ thống pháp luật bắt nguồn từ thực tiễn khách quan, đáp ứng yêu cầu điều chỉnh các quan hệ xã hội vốn hình thành, phát triển một cách khách quan [40, tr.261].

Là một bộ phận cấu thành của hệ thống pháp luật nói chung nên hệ thống quy phạm xung đột cũng được hình thành và tồn tại một cách khách quan. Tính khách quan này được quyết định bởi các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài tồn tại và phát triển một cách khách quan trong xã hội. Những đặc điểm của các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài đòi hỏi các quan hệ đó cần thiết phải được điều chỉnh bằng quy phạm xung đột. Những vấn đề này sẽ được trình bày cụ thể trong các phần sau.

Tính khách quan của hệ thống quy phạm xung đột cũng có nghĩa rằng, không thể ban hành, sắp xếp các quy phạm xung đột một cách hoàn toàn chủ quan mà không tính đến hoặc không nghiên cứu đầy đủ đặc điểm, cơ cấu và sự phát triển của các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài trong thực tiễn. Nếu không bảo đảm tính khách quan mà chỉ dựa trên ý chí chủ quan để xây dựng các quy phạm xung đột thì rất dễ dẫn đến tình trạng bất cập là các quy phạm xung đột được ban hành xa rời cuộc sống, không có tính khả thi, quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ không

được bảo vệ một cách đầy đủ, các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bị cản trở sự phát triển, ảnh hưởng đến quá trình hội nhập kinh tế và xã hội của một quốc gia.

- Hệ thống quy phạm xung đột chứa đựng yếu tố chủ quan, chịu sự tác động của đường lối, chính sách đối nội và đối ngoại của quốc gia

Bên cạnh tính chất khách quan, hệ thống pháp luật nói chung và hệ thống quy phạm xung đột nói riêng còn mang tính chủ quan. Dựa trên cơ sở khoa học, các nhà kinh điển của chủ nghĩa Mác - Lênin đã viết: “Trong một quốc gia hiện đại, pháp luật không những phải là sự biểu hiện các điều kiện kinh tế đó, mà còn là sự biểu hiện hài hòa bên trong. Sự biểu hiện này không vì những mâu thuẫn nội tại mà tự phủ định” [38, tr.501]. Tính chủ quan của hệ thống quy phạm xung đột trước hết là do đường lối, chính sách đối nội và đối ngoại của mỗi quốc gia quy định và dựa trên cơ sở chủ quyền quốc gia. Quan điểm hoàn toàn có cơ sở về vấn đề này là: “Mỗi quốc gia, trên cơ sở của nguyên tắc chủ quyền, tự mình quy định các quy phạm pháp luật, trong đó bao gồm cả các quy phạm xung đột” [16, tr.3]. Bên cạnh đó, tính chủ quan của hệ thống quy phạm xung đột còn do ý chí chủ quan của nhà làm luật, vì đây là những con người cụ thể trực tiếp tạo lập nên các quy phạm xung đột. Cho nên, nếu một quốc gia thực hiện chính sách mở rộng giao lưu, hợp tác với các quốc gia khác, nhìn nhận việc áp dụng PLNN trong TPQT là cần thiết khách quan thì đó là điều kiện rất thuận lợi để xây dựng các quy phạm xung đột điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Ngược lại, nếu một quốc gia không thực hiện chính sách mở rộng giao lưu, hợp tác với các quốc gia khác hoặc cho rằng việc áp dụng PLNN trong TPQT là không cần thiết thì sẽ không xây dựng hoặc xây dựng rất ít các quy phạm xung đột điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

- *Hệ thống quy phạm xung đột mang tính thống nhất và hài hòa*

Tính thống nhất và hài hòa là đặc điểm của hệ thống pháp luật nói chung và hệ thống quy phạm xung đột nói riêng. Hệ thống quy phạm xung đột mang tính thống nhất và hài hòa là do:

Thứ nhất, bản thân các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại, tố tụng mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài mà quy phạm xung đột điều chỉnh là thống nhất với nhau. Các mối quan hệ đó đều có tính chất của dân sự và đều mang yếu tố nước ngoài. Các mối quan hệ đó còn có quan hệ hài hòa, gắn bó với nhau.

Thứ hai, chính sách về TPQT của một quốc gia là thống nhất. Từ đó, các hệ thuộc luật được sử dụng thường là thống nhất trong việc điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Chẳng hạn: hệ thống pháp luật Anh, Mỹ lấy hệ thuộc luật nơi cư trú làm hệ thuộc chủ đạo để điều chỉnh nhiều mối quan hệ trong TPQT như: xác định năng lực pháp luật, năng lực hành vi dân sự của cá nhân, giải quyết vấn đề thừa kế..., nhưng hệ thống pháp luật của các nước châu Âu lục địa và nhiều nước khác như: Việt Nam, Nhật Bản... lấy hệ thuộc luật quốc tịch của cá nhân làm hệ thuộc chủ đạo để điều chỉnh nhiều mối quan hệ trong TPQT như: xác định năng lực pháp luật, năng lực hành vi dân sự của cá nhân, năng lực lập di chúc, giải quyết thừa kế động sản, xác định điều kiện kết hôn....

Tính thống nhất và hài hòa của hệ thống quy phạm xung đột phải bảo đảm tồn tại theo thứ bậc và phối hợp với nhau một cách chặt chẽ, được thể hiện ở những điểm sau:

+ *Quy phạm xung đột trong các ĐUQT được ưu tiên áp dụng so với quy phạm xung đột trong văn bản quốc gia, án lệ của quốc gia*

Điều này phù hợp với cả lý luận và thực tiễn, do quy phạm xung đột trong ĐUQT đã được các quốc gia thống nhất thỏa thuận xây dựng nên bởi

chính ý chí của các quốc gia đó, vì vậy, các quốc gia có nghĩa vụ cam kết thực hiện. Đây là nguyên tắc tự nguyện thực hiện các cam kết quốc tế trong công pháp quốc tế. Trong các văn bản pháp luật của các quốc gia có liên quan đến TPQT thường có quy định về vấn đề này. Ví dụ: “Trong trường hợp ĐUQT mà Trung Quốc ký kết hoặc tham gia có quy định khác với pháp luật dân sự của Trung Quốc thì quy định của ĐUQT sẽ được áp dụng trừ các điều khoản trong ĐUQT được Trung Quốc bảo lưu” (Điều 142 BLDS Trung Quốc năm 1986). Ví dụ khác: “Trong trường hợp ĐUQT mà CHXHCN Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của Bộ luật này thì áp dụng quy định của ĐUQT đó” (Khoản 2 Điều 759 BLDS Việt Nam năm 2005).

+ *Các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật của quốc gia có thứ bậc rõ ràng*

Các quy phạm xung đột do cơ quan nhà nước cấp dưới ban hành phải phù hợp và không được trái với các quy phạm xung đột do cơ quan nhà nước cấp trên ban hành. Hơn nữa, nhiều quy phạm xung đột do cơ quan nhà nước cấp dưới ban hành là sự cụ thể hóa các quy phạm xung đột do cơ quan nhà nước cấp trên ban hành. Ví dụ: ở Việt Nam các quy phạm xung đột trong Nghị định của Chính phủ số 60/CP ngày 06/06/1997 hướng dẫn thi hành các quy định của BLDS về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là sự cụ thể hóa và không được trái các quy phạm xung đột trong BLDS năm 1995 do Quốc hội ban hành. Hoặc các quy phạm xung đột trong Nghị định của Chính phủ số 138/2006/NĐ-CP ngày 15/11/2006 quy định chi tiết thi hành các quy định của BLDS về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là sự cụ thể hóa và không được trái các quy phạm xung đột trong BLDS năm 2005 do Quốc hội ban hành.

+ *Các quy phạm xung đột điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài trong các lĩnh vực: dân sự, hôn nhân và gia đình, lao*

động, kinh doanh, thương mại có mối quan hệ gắn bó với nhau, vì các mối quan hệ đó đều thuộc lĩnh vực tư, trong đó lĩnh vực dân sự là trung tâm

Trong các lĩnh vực đó, quy phạm xung đột điều chỉnh quan hệ dân sự mang tính chất là cái chung, còn quy phạm xung đột trong các lĩnh vực hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại mang tính chất là cái riêng, cái đặc thù. Giữa cái chung và cái riêng đó có mối quan hệ gắn bó với nhau. Cái chung là cơ sở cho cái riêng, là “một hệ thống thống nhất trong đa dạng” [44, tr.40]; còn cái riêng là cái chi tiết, cụ thể hóa cái chung trong các lĩnh vực chuyên biệt (vì đó là đặc thù của cái riêng). Về mối quan hệ giữa các luật chuyên ngành như: luật hôn nhân và gia đình, luật lao động, luật kinh doanh, thương mại với BLDS ở Việt Nam đã được nhà Luật học Đào Trí Úc đề cập như sau: “Rõ ràng là cái chung và cái riêng không thể thay thế cho nhau, loại trừ nhau, mà cần thiết cho nhau. Những văn bản pháp luật điều chỉnh từng loại quan hệ như vậy là cần thiết khi chưa có BLDS và sẽ vẫn cần thiết được ban hành sau khi có BLDS” [61, tr.10]. Theo quan điểm của tác giả luận án, quan điểm đó của nhà Luật học Đào Trí Úc hoàn toàn có lý, có cơ sở cho sự tồn tại và tồn tại lâu dài, là định hướng cho quá trình xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam ở hiện tại và cả trong tương lai. Từ lôgic đó thì các quy phạm xung đột trong lĩnh vực dân sự mang tính chất là cái chung, làm cơ sở cho việc xây dựng các quy phạm xung đột trong các lĩnh vực chuyên biệt là kinh doanh, thương mại, lao động, hôn nhân và gia đình; đồng thời các quy phạm xung đột trong các lĩnh vực chuyên biệt đó điều chỉnh các quan hệ đặc thù mà quy phạm xung đột trong lĩnh vực dân sự không điều chỉnh.

1.1.2.2. Những yếu tố ảnh hưởng đến hệ thống quy phạm pháp luật xung đột

** Chính sách đối ngoại của quốc gia*

Chính sách đối ngoại của quốc gia ảnh hưởng nhiều tới hệ thống quy phạm xung đột. Cho nên, trong một công trình nghiên cứu về TPQT hoàn toàn có lý khi khẳng định rằng: “Ý nghĩa của quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài trong cơ chế điều chỉnh pháp luật thể hiện ở chỗ, nó đã phản ánh được một cách khách quan chính sách đối ngoại theo xu hướng rộng mở hay hạn chế của quốc gia trong quan hệ quốc tế” [35, tr.12]. Nếu chính sách đối ngoại của quốc gia là mở rộng quan hệ quốc tế thì góp phần quan trọng làm cho hệ thống quy phạm xung đột trở nên đầy đủ và hoàn thiện. Sở dĩ như vậy là vì chính sách đối ngoại rộng mở của quốc gia sẽ làm cho các mối quan hệ giao lưu về dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại giữa các công dân, tổ chức của các quốc gia phát triển mạnh mẽ. Khi ấy, tất yếu cần phải xây dựng hệ thống các quy phạm pháp luật, trong đó có hệ thống quy phạm xung đột thuộc lĩnh vực TPQT để điều chỉnh các mối quan hệ đó. Khi đề cập đến vấn đề này, TS Luật học Nguyễn Trung Tín cho rằng: “Việc phát triển các quan hệ đó đặt ra nhu cầu hoàn thiện TPQT. Hay nói một cách khác, TPQT có điều kiện thuận lợi để phát triển” [53, tr.31]. Cho nên, khi đánh giá về TPQT của Việt Nam, tác giả luận án cũng hoàn toàn đồng ý với luận điểm cho rằng “Sự phát triển TPQT của Việt Nam chỉ thực sự có từ khi nước ta thực hiện chính sách ngoại giao rộng mở” [60, tr.218].

Một khía cạnh khác cũng cho thấy rằng, khi chính sách đối ngoại của quốc gia rộng mở, quốc gia quan tâm đến việc áp dụng PLNN khi cần thiết, đối xử một cách khách quan với PLNN thì khi đó tất yếu cần phải xây dựng hệ thống quy phạm xung đột để thực hiện việc này. Đồng thời, khi chính sách đối ngoại của quốc gia rộng mở, quốc gia có cơ sở và điều kiện thuận lợi để thỏa thuận với các quốc gia khác xây dựng các ĐUQT có chứa các quy phạm xung đột điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Cùng là quy phạm xung đột điều chỉnh, nhưng nếu đó là quy phạm xung đột trong

ĐUQT thì thuận lợi hơn so với quy phạm xung đột trong văn bản pháp luật quốc gia ở chỗ: các quy phạm trong ĐUQT đã quy định thống nhất việc điều chỉnh các quan hệ xã hội, các quốc gia liên quan đều có trách nhiệm thực hiện quy phạm đó (bảo đảm nguyên tắc tự nguyện thực hiện các cam kết quốc tế), thể hiện sự thống nhất cao trong việc điều chỉnh quan hệ, tạo điều kiện thuận lợi hơn cho các cá nhân, tổ chức và các cơ quan có thẩm quyền trong việc thực hiện quy phạm xung đột trong thực tiễn; trong khi đó, việc thực hiện quy phạm xung đột của quốc gia còn có phức tạp hơn, nhất là khi cùng một mối quan hệ nhưng quy phạm xung đột của các quốc gia sử dụng các hệ thuộc khác nhau để điều chỉnh. Cho nên, theo tác giả luận án thì tính phức tạp nhất của TPQT là về cùng một vấn đề nhưng pháp luật của các quốc gia lại điều chỉnh theo những cách thức khác nhau, những hệ thuộc luật khác nhau hay nói cách khác “điểm hạn chế lớn nhất là cùng một vấn đề nhưng có nhiều cách giải quyết khác nhau trên cơ sở luật TPQT của từng nước” [45, tr.5]. Ví dụ: công dân Trung Quốc sang Nhật Bản cư trú, làm ăn và ký một hợp đồng dân sự với công dân Việt Nam. Đây là hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài. Để hợp đồng này được hợp pháp thì vấn đề trước tiên là xác định năng lực pháp luật dân sự của các bên chủ thể tham gia. Nếu lấy PLVN là điểm xuất phát đầu tiên để xác định pháp luật áp dụng, năng lực pháp luật dân sự của công dân Việt Nam được xác định theo PLVN, còn công dân Trung Quốc được xác định theo pháp luật Trung Quốc (vì PLVN quy định nguyên tắc quốc tịch), nhưng theo pháp luật Trung Quốc thì dẫn chiếu đến pháp luật Nhật Bản để xác định (vì pháp luật Trung Quốc quy định nguyên tắc nơi cư trú để xác định đối với công dân Trung Quốc cư trú ở nước ngoài). Ngược lại, nếu lấy pháp luật Trung Quốc là điểm xuất phát đầu tiên để xác định pháp luật áp dụng, thì theo pháp luật Trung Quốc, năng lực pháp luật dân sự của công dân Trung Quốc được xác định theo pháp luật Nhật Bản, nhưng theo pháp luật Nhật Bản thì lại dẫn chiếu trở lại

pháp luật Trung Quốc để xác định (vì pháp luật Nhật Bản quy định nguyên tắc quốc tịch). Vì vậy, PGS.TS. Luật học Võ Khánh Vinh trong một bài nghiên cứu cho rằng: “Sự điều chỉnh pháp luật thống nhất đối với các quan hệ pháp luật giữa các quốc gia cũng như trong quốc gia là một trong những bảo đảm để nâng cao hiệu quả điều chỉnh pháp luật và khắc phục các xung đột pháp luật” [69, tr.11].

Ngược lại, nếu chính sách đối ngoại của quốc gia là không mở rộng quan hệ quốc tế thì làm cho các mối quan hệ giao lưu về dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại giữa các công dân, tổ chức của các quốc gia không có điều kiện thuận lợi để phát triển. Khi đó, hệ thống quy phạm của TPQT nói chung và hệ thống quy phạm xung đột nói riêng cũng không phát triển, cụ thể là: không đầy đủ, không phù hợp; việc áp dụng PLNN có thể không được đặt ra hoặc rất hạn chế. Chẳng hạn, thời kỳ Việt Nam thực hiện nền kinh tế tập trung, bao cấp, chính sách đối ngoại của Việt Nam chưa rộng mở và cả thời gian đầu khi Việt Nam mới thực hiện chính sách đổi mới, TPQT của Việt Nam chưa phát triển, chưa đáp ứng được nhu cầu của cuộc sống, cũng có nghĩa là hệ thống quy phạm xung đột của Việt Nam chưa phát triển. “Điều này có nhiều lý do, trước hết điều ảnh hưởng nặng nề tới phát triển TPQT của nước ta, đó là quan điểm về việc không áp dụng PLNN” [60, tr.219]. Cho nên, trong thời kỳ này, các quy phạm xung đột của Việt Nam còn rất ít, chủ yếu là quy phạm xung đột một chiều, mang tính mệnh lệnh, quy định bắt buộc phải áp dụng PLVN để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

** Quan niệm về cấu trúc của hệ thống pháp luật của quốc gia*

Trên thế giới, quan niệm về cấu trúc của hệ thống pháp luật của quốc gia được chia thành hai loại cơ bản: *thứ nhất*, bao gồm luật công và luật tư (cách chia này được áp dụng ở các nước châu Âu lục địa và nhiều nước khác trên thế giới); *thứ hai*, bao gồm các ngành luật độc lập với nhau như: luật hiến pháp,

luật hành chính, luật hình sự, luật dân sự, luật kinh tế, luật hôn nhân và gia đình... (cách chia này được áp dụng phổ biến ở các nước xã hội chủ nghĩa (XHCHN) trước đây và ở Việt Nam thời gian vừa qua trở về trước) [39, tr.337-353], [48, tr.31], [67, tr.332-344].

Theo cách chia thứ nhất, luật tư bao gồm nhiều lĩnh vực pháp luật, trong đó luật dân sự là trung tâm, là luật gốc, còn nhiều lĩnh vực khác như: luật hôn nhân và gia đình, luật thương mại... là luật chuyên ngành. Với cách chia này làm cho tính thống nhất của hệ thống pháp luật tốt hơn, hạn chế được tình trạng chòng chéo mâu thuẫn, tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện pháp luật trong thực tiễn. Nhưng với cách chia thứ hai thành các ngành luật, có ảnh hưởng rất lớn đến hệ thống pháp luật, làm cho tình trạng chòng chéo, mâu thuẫn của pháp luật trở nên phổ biến, tạo ra những khó khăn không nhỏ cho công tác xây dựng pháp luật cũng như thực hiện pháp luật trong thực tiễn. Khi đề cập đến thực trạng này ở Việt Nam, TS. Nguyễn Am Hiểu đã đánh giá rằng: “Điều đó đã làm cho nhà lập pháp luôn hy vọng vào điều không thể đạt được là điều chỉnh các quan hệ xã hội được coi là cùng loại trong một đạo luật. Trong thực tiễn, những cố gắng như vậy đã làm giảm tính hệ thống của pháp luật và cũng có nghĩa là làm giảm tính khả thi của hệ thống pháp luật, bởi tính hệ thống của pháp luật là một trong các điều kiện tiên quyết quyết định tính khả thi của từng đạo luật” [29, tr.9]. Cho nên, những điều đó tất yếu ảnh hưởng đến hệ thống quy phạm xung đột. Chẳng hạn, để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài thì một việc cần làm là xác định thế nào là quan hệ dân sự và các quan hệ khác có tính chất của dân sự có yếu tố nước ngoài, nhưng trước khi có BLDS Việt Nam năm 2005, có rất nhiều quy định mà chưa có sự thống nhất thực sự về vấn đề này, đó là: Điều 826 BLDS năm 1995 quy định về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, Điều 80 Luật Thương mại năm 1997 quy định về hợp đồng mua bán hàng hóa với thương nhân nước ngoài,

Khoản 14 Điều 8 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 quy định về quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài, Khoản 2 Điều 405 BLTTDS năm 2004 quy định vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài. Để khắc phục nhược điểm này của hệ thống pháp luật nói chung và hệ thống quy phạm xung đột nói riêng, quan điểm ở Việt Nam đã có sự thay đổi kể từ khi ban hành BLTTDS năm 2004 với việc quy định vụ việc dân sự được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm: vụ việc dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại (Điều 1 BLTTDS năm 2004). Đặc biệt là, sự thay đổi này tiếp tục được phát triển khi ban hành BLDS năm 2005 với quy định rất quan trọng, đó là: “các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động (sau đây gọi chung là quan hệ dân sự)” (Điều 1 BLDS Việt Nam năm 2005). Với quy định đó thì Điều 758 BLDS quy định về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được coi như là “công thức pháp lý” để xác định các quan hệ hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động có yếu tố nước ngoài. Từ đó, nó tạo điều kiện thuận lợi để xây dựng hệ thống quy phạm xung đột. Chẳng hạn: những quy định chung liên quan đến hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài trong BLDS năm 2005 cũng được áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, nên trong Luật Thương mại năm 2005 không cần quy định. Vấn đề này góp phần quan trọng vào việc bảo đảm tính hệ thống của các quy phạm xung đột ở Việt Nam.

1.1.2.3. Những yêu cầu của hệ thống quy phạm pháp luật xung đột

** Yêu cầu về tính phù hợp*

Yêu cầu về tính phù hợp là yêu cầu đầu tiên mà hệ thống pháp luật nói chung và hệ thống quy phạm xung đột nói riêng phải bảo đảm. Nói một cách khái quát là pháp luật phải bảo đảm phù hợp với thực tiễn khách quan. Một khẳng định hoàn toàn có lý khi cho rằng: “Trước hết chuẩn mực pháp luật được thực hiện chừng nào nó phù hợp với các quan hệ xã hội” [32, tr.141]. Yêu cầu

này đặt ra vấn đề phải luôn luôn quan tâm để hoàn thiện pháp luật. Để bảo đảm yêu cầu này, hệ thống quy phạm xung đột không được ban hành một cách tùy tiện, mà cần khảo sát kỹ từ thực tiễn phát triển các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài để xây dựng được các quy phạm xung đột phù hợp. Thực hiện được yêu cầu này sẽ làm cho hệ thống quy phạm xung đột mang tính khách quan. “Nếu hệ thống các quy phạm pháp luật xung đột không bảo đảm tính khách quan, tức là không phù hợp với thực tế, xa rời thực tế thì sẽ không đạt được mục đích điều chỉnh pháp luật đối với các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài” [7, tr.68]. Khi đó, khó có thể bảo vệ được quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ; quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài không có điều kiện thuận lợi để phát triển. Chẳng hạn: một quốc gia không áp dụng PLNN hoặc rất hạn chế áp dụng PLNN để điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan đến công dân, tổ chức của quốc gia đó sẽ dễ dẫn đến tình trạng các công dân, tổ chức của các quốc gia khác không muốn thiết lập giao dịch với công dân, tổ chức của quốc gia đó, quyền và lợi ích chính đáng của các công dân, tổ chức tham gia quan hệ khó có thể được bảo đảm một cách tốt nhất.

** Yêu cầu về tính toàn diện*

Yêu cầu về tính toàn diện đòi hỏi phải có đầy đủ các quy phạm xung đột điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, có nghĩa rằng, không bỏ sót quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài khi cần thiết điều chỉnh bằng quy phạm xung đột nhưng lại không có quy phạm xung đột để điều chỉnh. Khi cần thiết điều chỉnh, nhưng nếu quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bị bỏ sót, không được điều chỉnh bằng quy phạm xung đột thì khi đó quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ không được bảo vệ, cơ quan có thẩm quyền sẽ gặp rất nhiều khó khăn trong việc giải quyết vụ việc về quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố

nước ngoài. Chẳng hạn: khi Việt Nam ban hành BLDS năm 1995, Phần thứ bảy Bộ luật này quy định về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài nhưng còn thiếu quá nhiều quy phạm xung đột điều chỉnh các vấn đề như: xác định người mất năng lực hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự, mất tích, tuyên bố chết, giải quyết thừa kế có yếu tố nước ngoài....

Để bảo đảm yêu cầu về tính toàn diện đòi hỏi cần thực hiện:

Thứ nhất, trên bình diện quốc tế, các quốc gia cần thiết lập quan hệ với nhau và quan tâm vấn đề để có thể thỏa thuận xây dựng các quy phạm xung đột điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Bởi vì, các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài phát triển một cách khách quan, đa dạng và phong phú, liên quan hầu như đến mọi quốc gia trên thế giới, kể cả trường hợp các quốc gia không có hoặc chưa có quan hệ với nhau.

Thứ hai, trên bình diện quốc gia, mỗi quốc gia cần hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột trong văn bản pháp luật của quốc gia đó. Mỗi quốc gia cần quan tâm xây dựng được đầy đủ các quy phạm xung đột điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan đến quốc gia đó. Hiện nay, đây là giải pháp có tính khả thi nhiều hơn so với việc xây dựng quy phạm xung đột bằng việc ký kết ĐUQT. Bởi vì, mỗi quốc gia trên cơ sở chủ quyền của mình đều có quyền chủ động xây dựng các văn bản pháp luật của quốc gia mình; đồng thời, xuất phát từ thực tiễn của sự phát triển các quan hệ xã hội đã buộc mỗi quốc gia phải hoàn thiện hệ thống pháp luật của riêng mình để đáp ứng sự phát triển của các quan hệ xã hội.

** Yêu cầu về tính đồng bộ, thống nhất*

Các quy phạm xung đột trong hệ thống phải tồn tại trong một chỉnh thể đồng bộ và thống nhất, không được chồng chéo, mâu thuẫn với nhau. Hệ thống quy phạm xung đột cần phải bảo đảm chặt chẽ về mặt hình thức, trong đó từng

quy phạm xung đột cũng cần phải bảo đảm chặt chẽ về mặt hình thức. Nội dung của từng quy phạm xung đột cần phải được quy định cụ thể, rõ ràng và chặt chẽ. Yêu cầu này cũng có một ý nghĩa rất quan trọng, “nó là một yếu tố để cho việc thực hiện các quy phạm pháp luật xung đột được chính xác và nghiêm chỉnh” [7, tr.70]. Nếu các quy phạm xung đột không đồng bộ, không thống nhất hoặc quy định không rõ ràng, không chính xác hoặc cùng một quy phạm nhưng có thể hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau thì sẽ tạo ra những khó khăn cho các cá nhân, tổ chức cũng như các cơ quan có thẩm quyền trong việc thực hiện quy phạm xung đột, đồng thời cũng tạo ra những kẽ hở cho sự lẩn tránh khỏi việc thực hiện quy phạm xung đột.

** Yêu cầu về tính ổn định*

Đây là yêu cầu không chỉ của riêng hệ thống quy phạm xung đột, mà còn của hệ thống pháp luật nói chung. Pháp luật phải có tính ổn định nhất định. Sự ổn định của pháp luật góp phần làm cho quan hệ xã hội thuộc đối tượng điều chỉnh của pháp luật được ổn định và có điều kiện thuận lợi để phát triển. Ngược lại, nếu pháp luật không ổn định thì làm cho quan hệ xã hội cũng không được ổn định và khó có thể phát triển thuận lợi, quyền và lợi ích chính đáng của các chủ thể tham gia quan hệ khó có thể được bảo đảm một cách tốt nhất. Cho nên, sự ổn định của hệ thống quy phạm xung đột sẽ góp phần làm cho các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài được ổn định và tạo điều kiện thuận lợi để phát triển, quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ này được bảo đảm tốt hơn.

Để hệ thống quy phạm xung đột được ổn định, cần phải hạn chế đến mức tối đa việc thường xuyên thay đổi, hủy bỏ các văn bản pháp luật có chứa các quy phạm xung đột; chỉ ban hành văn bản mới, văn bản sửa đổi, bổ sung khi thiếu quy phạm xung đột, quy phạm xung đột bị lạc hậu, không phù hợp với thực tiễn. Lịch sử tồn tại và phát triển của TPQT nói chung và của các quy

phạm xung đột nói riêng ở nhiều quốc gia cho thấy rằng, tính ổn định của hệ thống quy phạm xung đột đã góp phần quan trọng vào việc nâng cao hiệu quả điều chỉnh các quan hệ thuộc đối tượng điều chỉnh của TPQT. Chẳng hạn: ở Nhật Bản, Luật về áp dụng pháp luật là đạo luật chuyên ngành về TPQT, chứa các quy phạm xung đột, có từ năm 1898 và đến nay vẫn còn hiệu lực, tất nhiên đạo luật này cũng được sửa đổi vài lần vào các năm 1942, 1947, 1964, 1986, 1989, 1999 và lần sửa đổi gần đây nhất vào năm 2001. Hoặc Luật TPQT của Lichtenstein có từ năm 1926, của Thái Lan có từ năm 1939, của Séc và Slovakia có từ năm 1963, của Ba Lan có từ năm 1965, của Anbani có từ năm 1964 Hoặc các quy phạm xung đột có trong các BLDS của nhiều nước mà đến nay vẫn còn hiệu lực như: BLDS của Pháp năm 1804, của Áo năm 1811....

** Yêu cầu về tính hiện đại, phù hợp với thực tiễn pháp lý và thông lệ quốc tế*

Trong thời đại ngày nay, quá trình hợp tác và hội nhập khu vực và quốc tế đã và đang diễn ra như là một quá trình mang tính tất yếu khách quan đối với mọi quốc gia trên thế giới, trong đó có lĩnh vực hợp tác và hội nhập về pháp luật. Việc hợp tác và hội nhập về lĩnh vực pháp luật cũng góp phần quan trọng thúc đẩy quan hệ kinh tế, văn hóa, xã hội ở các quốc gia phát triển hơn. Việc hợp tác và hội nhập về lĩnh vực pháp luật cũng có nghĩa là làm cho hệ thống pháp luật của một quốc gia mang tính hiện đại, phù hợp với thực tiễn pháp lý và thông lệ quốc tế. Một ví dụ rất điển hình là: một quốc gia là thành viên của Tổ chức thương mại thế giới (WTO) phải có nghĩa vụ thực hiện các định chế chung, tức là thực hiện những nguyên tắc và quy phạm chung của Tổ chức quốc tế này. Chính vì vậy, một quốc gia muốn trở thành thành viên của WTO phải sửa đổi, bổ sung pháp luật trong nước hoặc hủy bỏ những quy định không phù hợp để pháp luật của quốc gia đó tương thích với các quy định của WTO.

Nằm trong xu thế chung đó, hệ thống quy phạm xung đột cũng phải bảo đảm yêu cầu về tính hiện đại, phù hợp với thực tiễn pháp lý và thông lệ quốc tế. Việc bảo đảm yêu cầu này cũng góp phần thúc đẩy các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài phát triển hơn, bảo vệ quyền và lợi ích của các chủ thể tham gia các mối quan hệ đó được tốt hơn. Cho nên, một vấn đề quan trọng được đặt ra trong quá trình xây dựng hệ thống các quy phạm xung đột ở các quốc gia là: “làm sao để các quy phạm pháp luật của các quốc gia vẫn bảo đảm được “tính chủ quyền” của mình, vẫn được duy trì, nhưng lại có khả năng “liên kết” với nhau để trong trường hợp có mâu thuẫn cơ chế pháp lý vẫn được hoạt động” [69, tr.6]. Chẳng hạn: khi xây dựng quy phạm xung đột điều chỉnh các quan hệ sở hữu, thừa kế đối với bất động sản có yếu tố nước ngoài cần tham khảo quy phạm xung đột của các quốc gia về vấn đề này. Thực tiễn pháp lý quốc tế cho thấy rằng, các quốc gia phổ biến là sử dụng hệ thuộc luật nơi có bất động sản (*lex rei sitae*) để điều chỉnh các quan hệ đó. Vì vậy, nếu một quốc gia khi xây dựng quy phạm xung đột lại sử dụng hệ thuộc luật quốc tịch của cá nhân (*lex patriae*) để điều chỉnh các quan hệ đó sẽ làm cho quy phạm xung đột của quốc gia đó không phù hợp với thực tiễn pháp lý và thông lệ quốc tế, đồng thời tạo ra những khó khăn, phức tạp trong việc giải quyết vụ việc.

1.2. Quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài

1.2.1. Khái niệm quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài

Quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài là quan hệ cần được làm sáng tỏ, vì nó là đối tượng điều chỉnh của quy phạm xung đột. Vấn đề trước hết là làm sáng tỏ khái niệm quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài ở những khía cạnh sau đây:

Thứ nhất, về mặt thuật ngữ: đây là thuật ngữ thuộc đối tượng điều chỉnh của một lĩnh vực pháp luật riêng biệt: TPQT (tiếng Anh là private international

law - cách viết khác là international private law, tiếng Pháp là droit international privé, tiếng Tây Ban Nha là derecho internacional privado). Tuy nhiên, còn có những quan điểm khác nhau về TPQT là một lĩnh vực pháp luật riêng biệt hoặc là không riêng biệt. Chẳng hạn: Sadicov O.N, nhà nghiên cứu của Liên Xô trước đây cho rằng, TPQT là một trong những vấn đề của luật dân sự, vì quan hệ xã hội mà TPQT điều chỉnh gắn bó chặt chẽ với quan hệ dân sự thuộc đối tượng điều chỉnh của luật dân sự và ở nhiều quốc gia các quy phạm xung đột được ghi nhận trong BLDS [5, tr.38]. Tác giả luận án không đồng ý với quan điểm này. TPQT phải là một lĩnh vực pháp luật riêng biệt, bởi vì, nó có đối tượng điều chỉnh riêng, chủ thể riêng và nguồn pháp luật riêng. Tất nhiên, TPQT có mối quan hệ chặt chẽ và có sự giao thoa với luật dân sự.

Qua khảo cứu tài liệu về TPQT của các tác giả cho thấy rằng, đối tượng điều chỉnh của TPQT được hiểu chưa thống nhất về phạm vi và nội dung. Ngay thuật ngữ để chỉ quan hệ xã hội thuộc đối tượng điều chỉnh của TPQT cũng được sử dụng rất khác nhau. Giáo sư Lưu Nhân Sơn của Trung Quốc cho rằng: “Đối tượng điều chỉnh của TPQT là các mối quan hệ pháp luật dân thương sự mang yếu tố nước ngoài” [31, tr.79]. PGS.TS. Nguyễn Bá Diên của Đại học Quốc gia Hà Nội cho rằng: “Đối tượng điều chỉnh của TPQT là các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài” [17, tr.68]. Quan điểm khác thì cho rằng, đối tượng điều chỉnh của TPQT là “các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài” [46, tr.6-7], [51, tr.54], [55], [59, tr.7]. Hoặc có những tài liệu khi thì viết là quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, khi thì viết là quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Qua khảo cứu nhiều tài liệu nghiên cứu về TPQT thì tác giả luận án nhận thấy rằng, thực ra đây là cách sử dụng thuật ngữ khác nhau. Với quan điểm cho rằng, đối tượng điều chỉnh của TPQT là các quan hệ pháp luật dân thương sự mang yếu tố nước ngoài là không chính xác, bởi vì, như vậy sẽ đồng nhất quan hệ pháp

luật với quan hệ xã hội thuộc đối tượng điều chỉnh của pháp luật. Giáo sư Triệu Trương Lâm ở Trung Quốc khi nói về đối tượng điều chỉnh của TPQT cũng đã đồng nhất như vậy với quan điểm cho rằng: “Các mối quan hệ pháp luật dân thương sự có yếu tố nước ngoài gọi là các mối quan hệ dân, thương sự có yếu tố nước ngoài, gọi tắt là các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài” [31, tr.80]. Quan hệ xã hội chỉ trở thành quan hệ pháp luật khi được quy phạm pháp luật điều chỉnh, nếu không nó vẫn chỉ là quan hệ xã hội thông thường hay nói cách khác “quan hệ pháp luật là quan hệ xã hội được quy phạm pháp luật điều chỉnh” [40, tr.314]. Hoặc theo một cách hiểu khác có tính chất hình tượng hơn là: “Quan hệ pháp luật là hình thức pháp lý của các quan hệ xã hội” [66, tr.131]. Do vậy, không thể đồng nhất quan hệ pháp luật với quan hệ xã hội. Cho nên, tác giả luận án hoàn toàn đồng ý với quan điểm của nhà nghiên cứu Nguyễn Quang Hưng, người Trung Quốc cho rằng: “các mối quan hệ pháp luật trong lĩnh vực dân sự có yếu tố nước ngoài mới là đối tượng điều chỉnh của TPQT là không chính xác” [31, tr.81]. Về mặt thuật ngữ, tác giả luận án cũng đồng ý với quan điểm cho rằng, đối tượng điều chỉnh của TPQT là các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài, nhưng tác giả muốn sử dụng thuật ngữ “các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài” hơn để nhấn mạnh đến thuật ngữ “tính chất dân sự” là “tính chất của tư pháp”.

Thứ hai, về mặt lịch sử: từ rất xa xưa đã có những mối quan hệ cụ thể trong quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài thuộc đối tượng điều chỉnh của TPQT, tuy rằng thuật ngữ “TPQT” mới có từ năm 1834 trong tác phẩm “Bình luận về xung đột pháp luật, luật trong nước và luật nước ngoài” của một quan tòa, luật gia người Mỹ là Joseph Story. Vấn đề này chúng ta cũng không khó khăn để hình dung ra, bởi vì, từ xa xưa đã có việc người dân của nước này sang nước khác và thực hiện những giao dịch nhất định như: kết hôn, mua bán tài sản.... Ngay từ thời La Mã cổ đại đã có pháp luật quy định về địa

vị pháp luật của người nhập cư. Theo một công trình nghiên cứu về Luật La Mã của TS. Nguyễn Ngọc Đào thì: “Người ngoại tộc (dân nhập cư) hay là dân La Mã nhưng không có năng lực pháp luật La Mã hay pháp luật Latin đều được gọi là Peregrini. Họ bị coi là người “ngoại lai” sau này họ được quyền có năng lực pháp luật theo hệ thống luật các dân tộc - jus gentium” [25, tr.34]. Đây chính là nguyên tắc luật nhân thân - nguyên tắc cơ bản để điều chỉnh quan hệ và vì vậy: “luật lệ của bộ tộc được đem áp dụng đối với mỗi thành viên, bao gồm cả các quan hệ sở hữu, hợp đồng (khế ước), thừa kế, hôn nhân” [17, tr.37].

Cùng với lịch sử phát triển nhà nước và pháp luật, các mối quan hệ thuộc quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài ngày càng phát triển, đặc biệt là khi quá trình quốc tế hóa nhiều lĩnh vực xã hội diễn ra mạnh mẽ trong thời đại ngày nay. Điều đó cũng có nghĩa rằng, “quá trình quốc tế hóa càng sâu rộng thì TPQT càng phát triển” [53, tr.31]. Các quan hệ thuộc quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài phát triển rất đa dạng và phong phú, cả về phạm vi rộng rãi các loại quan hệ cũng như chiều sâu của từng loại quan hệ. Cơ sở để chứng minh cho vấn đề này là: *một là*, ở phạm vi quốc gia, mỗi quốc gia đều có nhiều văn bản pháp luật với rất nhiều quy định pháp luật cụ thể điều chỉnh các mối quan hệ thuộc quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài; *hai là*, ở phạm vi quốc tế, có rất nhiều ĐUQT song phương và đa phương điều chỉnh các mối quan hệ thuộc quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài; và xu hướng là ngày càng có nhiều ĐUQT hơn để điều chỉnh loại quan hệ này.

Thứ ba, về mặt phạm vi và nội dung

Quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài được hợp thành bởi hai yếu tố là: quan hệ mang tính chất dân sự và yếu tố nước ngoài. Tuy nhiên, về từng yếu tố này cũng còn có những quan điểm và thực tiễn pháp lý khác nhau.

- *Quan hệ mang tính chất dân sự*: vấn đề mấu chốt cần lý giải là quan hệ dân sự. Vẫn còn có những ý kiến gây tranh cãi của các nhà nghiên cứu trong và ngoài nước về quan hệ dân sự là gì? Phạm vi của quan hệ dân sự đến đâu? Có ý kiến cho rằng quan hệ dân sự là các quan hệ tài sản và quan hệ nhân thân giữa các cá nhân, tổ chức dựa trên nguyên tắc tự nguyện và bình đẳng phát sinh trong đời sống hàng ngày của các cá nhân, tổ chức đó. Có ý kiến khác lại cho rằng, quan hệ dân sự phải được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm cả các quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại.... Về mặt thực tiễn pháp luật, các nước quy định rất khác nhau: nhiều nước coi quan hệ hôn nhân và gia đình là một bộ phận của quan hệ dân sự, không tách rời quan hệ dân sự nên đưa quan hệ hôn nhân và gia đình vào BLDS (chẳng hạn: Pháp, Nhật Bản, Thái Lan, Canada...). Ngược lại, cũng có nhiều nước coi quan hệ hôn nhân và gia đình là quan hệ có tính độc lập nhất định với quan hệ dân sự, đặc biệt là quan điểm của các nước XHCN trước đây chia hệ thống pháp luật thành các ngành luật độc lập, khác nhau, trong đó có ngành luật hôn nhân và gia đình tồn tại độc lập. Cho nên, nhiều nước có một đạo luật riêng về hôn nhân và gia đình như: Việt Nam, Trung Quốc, Nga.... Tuy nhiên, ở Việt Nam đến thời điểm này, kể khi Bộ luật Tố tụng dân sự (BLTTDS) năm 2004 và BLDS năm 2005 được ban hành, quan điểm đã có sự thay đổi quan trọng, đó là: quan hệ (vụ việc) dân sự được hiểu theo nghĩa rất rộng, gồm cả quan hệ (vụ việc) hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động. Đó là sự thay đổi rất cần thiết để bảo đảm tính hệ thống của PLVN, tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện pháp luật trong thực tiễn.

Thuật ngữ quan hệ mang tính chất dân sự được sử dụng trong luận án này là mang tính chất rộng hơn, bao gồm không chỉ quan hệ dân sự theo nghĩa hẹp mà bao gồm cả quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại, tuy rằng, không phải tất cả quan điểm ở trong và ngoài nước đều

thống nhất cho rằng quan hệ dân sự bao gồm cả các quan hệ đó. Hơn nữa, cho dù quan hệ dân sự bao gồm cả quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại như Điều 1 của BLDS Việt Nam năm 2005 thì cũng không bao quát được hết tất cả các khía cạnh cụ thể của các quan hệ đó. Chính vì vậy, từng khía cạnh cụ thể mang tính chất riêng biệt của các quan hệ đó cần phải có các quy định chuyên biệt trong các văn bản pháp luật chuyên ngành về kinh doanh, thương mại, lao động, hôn nhân và gia đình. Cho nên, trong quá trình thảo luận sửa đổi BLDS Việt Nam năm 1995 thì thực tiễn cũng như quan điểm của PGS.TS. Đoàn Năng rất có lý khi cho rằng: “sẽ thuận lợi hơn cho các cơ quan, tổ chức, cá nhân khi áp dụng pháp luật, nếu BLDS chỉ quy định các vấn đề chung cho tất cả các lĩnh vực dân sự, còn đạo luật chuyên ngành cụ thể hóa các quy định chung của BLDS vào điều kiện cụ thể của mỗi chuyên ngành” [44, tr.40]. Ngoài ra, một khía cạnh quan trọng nữa mà tác giả luận án muốn đề cập trong lĩnh vực TPQT là: quan hệ mang tính chất dân sự bao gồm cả quan hệ tổ tụng mang tính chất dân sự (hay có quan điểm sử dụng thuật ngữ tổ tụng dân sự theo nghĩa rộng) mà quan điểm của nhiều nhà khoa học luật đã đề cập [17, tr.7], [55, tr.75]. Bởi vì, trong TPQT quan hệ tổ tụng mang tính chất dân sự - là quan hệ về hình thức, không thể tách rời các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại - là các quan hệ về nội dung, do các quan hệ về nội dung đó không tránh khỏi tranh chấp xảy ra mà cần phải được giải quyết bằng quan hệ tổ tụng.

- *Yếu tố nước ngoài*: là yếu tố không thể thiếu đối với quan hệ xã hội thuộc đối tượng điều chỉnh của TPQT. Về mặt quan điểm cũng như thực tiễn pháp lý cho thấy khó có thể có sự thống nhất hoàn toàn về yếu tố nước ngoài cho tất cả các loại quan hệ thuộc quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Ngay về thuật ngữ, có quan điểm sử dụng cụm từ: “nhân tố nước ngoài” [64]. Việc sử dụng cụm từ “nhân tố nước ngoài” là quá hẹp, không bao quát hết

các trường hợp, vì chữ “nhân” theo nghĩa Hán - Việt được hiểu là “người” - tức là chỉ nói đến một yếu tố chủ thể, phù hợp với quan hệ mang tính chất dân sự chỉ có “người” nước ngoài tham gia. Cho nên, sử dụng cụm từ “yếu tố nước ngoài” là chuẩn xác và “dẫn đến cách hiểu với đầy đủ ý nghĩa hơn” [33, tr.16].

Thực tiễn pháp lý cho thấy việc quy định về yếu tố nước ngoài trong từng lĩnh vực quan hệ cũng rất khác nhau. Chẳng hạn, theo Công ước Lahay năm 1964 về mua bán quốc tế những bất động sản thì có ba tiêu chí để xác định yếu tố nước ngoài là: các bên chủ thể có trụ sở thương mại ở các quốc gia khác nhau, đối tượng của hợp đồng là hàng hóa được chuyển dịch qua biên giới và căn cứ để xác lập hợp đồng diễn ra ở các quốc gia khác nhau. Còn theo Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế thì chỉ căn cứ vào một tiêu chí duy nhất để xác định là: trụ sở của các bên trong hợp đồng đặt tại các quốc gia khác nhau. Luật Thương mại Việt Nam năm 1997 cũng chỉ căn cứ vào một tiêu chí duy nhất để xác định là quốc tịch của các bên trong hợp đồng khác nhau (Điều 80). Pháp lệnh Hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài năm 1993 cũng chỉ căn cứ vào một tiêu chí duy nhất là quốc tịch của các bên trong quan hệ hôn nhân và gia đình để xác định.

Theo quan điểm phổ biến hiện nay, yếu tố nước ngoài của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài gồm có: yếu tố nước ngoài về mặt chủ thể, yếu tố nước ngoài về mặt khách thể, yếu tố nước ngoài về mặt sự kiện pháp lý [31, tr.81], [55, tr.75].

Yếu tố nước ngoài về mặt chủ thể có nghĩa là: các bên chủ thể tham gia quan hệ có quốc tịch khác nhau hoặc các bên chủ thể cùng một quốc tịch nhưng một hoặc các bên đó cư trú ở nước ngoài, mà không phụ thuộc vào việc có yếu tố nước ngoài về mặt khách thể và sự kiện pháp lý hay không. Ví dụ: công dân Việt Nam kết hôn với công dân Đức hoặc một công dân Việt Nam cư

trú và làm ăn, sinh sống ở Ba Lan để lại di sản thừa kế cho một công dân Việt Nam khác đang ở Việt Nam.

Yếu tố nước ngoài về mặt khách thể có nghĩa là: tài sản là đối tượng của quan hệ tồn tại ở nước ngoài, mà không phụ thuộc vào việc có yếu tố nước ngoài về mặt chủ thể và sự kiện pháp lý hay không. Ví dụ: công dân Nga ký hợp đồng mua bán tài sản của công dân Việt Nam đang tồn tại ở Đức.

Yếu tố nước ngoài về mặt sự kiện pháp lý có nghĩa là: sự kiện làm phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt quan hệ xảy ra ở nước ngoài, mà không phụ thuộc vào việc có yếu tố nước ngoài về mặt chủ thể và khách thể hay không. Ví dụ: hai công dân Việt Nam tiến hành kết hôn tại Thái Lan.

Quan hệ mang tính chất dân sự chỉ cần có một trong ba yếu tố trên là thuộc về quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Trong thực tiễn, có những quan hệ mang tính chất dân sự có hai, thậm chí cả ba yếu tố nước ngoài. Ví dụ: công dân Nga ký hợp đồng mua bán tài sản của công dân Việt Nam đang tồn tại ở Đức. Hợp đồng được ký tại Trung Quốc. Trong quá trình vận chuyển tài sản về Nga qua lãnh thổ Ba Lan thì có sự kiện thiệt hại về tài sản do công dân Ba Lan gây ra.

Về mặt quy định pháp luật, ba yếu tố nước ngoài đó có thể được quy định bằng một điều khoản luật hoặc không quy định mà dành cho cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ việc xác định. Ở những nước coi án lệ là nguồn của pháp luật thì thường dành cho tòa án có thẩm quyền xác định yếu tố nước ngoài của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Ở Việt Nam, kể từ khi ban hành BLDS năm 1995, có hẳn Điều 826 quy định thế nào là “quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài” và được thay thế bằng Điều 758 của BLDS năm 2005. Ngoài ra, Khoản 14 Điều 8 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 quy định thế nào là “quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài”; Khoản 2 Điều 405 BLTTDS quy định thế nào là “vụ việc dân sự có yếu tố

nước ngoài”. Việc có hẳn một điều khoản luật quy định thế nào là quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài có ưu điểm là tạo điều kiện thuận lợi cho các cá nhân, tổ chức và cơ quan có thẩm quyền trong việc thực hiện pháp luật.

Tóm lại, quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài là đối tượng điều chỉnh của TPQT, bao gồm hai yếu tố hợp thành mà không thể thiếu một trong hai yếu tố đó là: quan hệ mang tính chất dân sự và yếu tố nước ngoài. Quan hệ mang tính chất dân sự gồm có: quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại và cả quan hệ tố tụng mang tính chất dân sự. Yếu tố nước ngoài gồm có: yếu tố nước ngoài về mặt chủ thể, yếu tố nước ngoài về mặt khách thể, yếu tố nước ngoài về mặt sự kiện pháp lý.

1.2.2. Đặc điểm của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài

Để lý giải được tại sao xuất hiện quy phạm xung đột, vai trò điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài của quy phạm xung đột như thế nào thì không thể không lý giải hiện tượng xung đột pháp luật trong TPQT. Nhưng để lý giải hiện tượng xung đột pháp luật này thì không thể không tìm hiểu về đặc điểm của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Những đặc điểm cơ bản của loại quan hệ xã hội này là:

Thứ nhất, tính chất dân sự của quan hệ

Tính chất dân sự của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài có nghĩa rằng, quan hệ giữa các chủ thể (cá nhân, tổ chức) về những vấn đề thuộc lĩnh vực tư (mà không phải lĩnh vực gắn với việc thực hiện quyền lực công) nhằm thỏa mãn những nhu cầu trong đời sống hàng ngày của họ về vật chất, tinh thần được xác lập trên nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng, thỏa thuận, tự định đoạt và tự chịu trách nhiệm của các chủ thể tham gia quan hệ.

Quan hệ thuộc lĩnh vực tư bao gồm những hoạt động diễn ra hàng ngày, rất đa dạng và phong phú của các cá nhân, tổ chức. Vì vậy, chủ thể chủ yếu và thường xuyên của loại quan hệ này là các cá nhân, tổ chức, đặc biệt là các cá nhân; còn cơ quan công quyền hay quốc gia không phải là chủ thể chủ yếu và thường xuyên của loại quan hệ này vì chức năng của nó là chức năng công quyền. Nhưng điều quan trọng hơn cả là: các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ dựa trên nguyên tắc tự nguyện, bình đẳng, thỏa thuận, tự định đoạt và tự chịu trách nhiệm. Họ được quyền tự nguyện tham gia quan hệ mà không bị ép buộc phải tham gia quan hệ, tức là phụ thuộc vào ý chí của họ có muốn tham gia quan hệ hay không. Họ cũng được quyền bình đẳng với nhau, được quyền tự do trao đổi ý chí và tự quyết định việc thiết lập quan hệ hoặc thay đổi nội dung quan hệ hoặc chấm dứt quan hệ. Chẳng hạn, hai cá nhân A và B ký kết một hợp đồng mua bán tài sản. Khi thiết lập hợp đồng này phải bảo đảm nguyên tắc: việc ký hay không ký hợp đồng này là được dựa trên cơ sở tự nguyện của các bên mà không được ép buộc, các bên bình đẳng với nhau trong việc trao đổi, thỏa thuận với nhau và quyết định giá cả, thời gian, địa điểm giao nhận hàng..., đồng thời các bên cũng phải tự chịu trách nhiệm về quyết định giao kết hợp đồng của mình. Điều này làm cho quan hệ thuộc lĩnh vực tư khác với các quan hệ trong lĩnh vực công quyền như: hành chính và hình sự, vì trong quan hệ hành chính và hình sự không dựa trên cơ sở bình đẳng, thỏa thuận của các bên chủ thể tham gia quan hệ. Trong các quan hệ hành chính và hình sự đó, các bên chủ thể tham gia quan hệ chủ yếu dựa trên cơ sở mệnh lệnh - bắt buộc. Chẳng hạn: trong quan hệ hành chính, một bên là cơ quan, người có thẩm quyền quản lý (chủ thể quản lý) với một bên là cá nhân, tổ chức (chủ thể bị quản lý) dựa trên cơ sở mệnh lệnh - phục tùng, tức là chủ thể quản lý có quyền ra mệnh lệnh mang tính bắt buộc, còn chủ thể bị quản lý có nghĩa vụ phục tùng dù có muốn hay không. Hoặc trong quan hệ hình sự, một bên tham gia quan hệ

là cơ quan nhà nước (đại diện cho nhà nước) với một bên là can phạm dựa trên cơ sở mệnh lệnh - cưỡng chế, tức là cơ quan nhà nước có quyền ra các mệnh lệnh, thậm chí mang tính chất trừng phạt đối với chủ thể thực hiện hành vi phạm tội.

Với tính chất dân sự như vừa phân tích ở trên của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài làm cho các bên chủ thể tham gia quan hệ dù quốc tịch có khác nhau, cư trú ở trong nước hay ở nước ngoài đều được quyền tự nguyện, bình đẳng, thỏa thuận với nhau, tự định đoạt và tự chịu trách nhiệm. Chính từ cơ sở quan trọng đó làm cho trong những trường hợp nhất định, các chủ thể tham gia quan hệ còn được quyền thỏa thuận lựa chọn một hệ thống pháp luật được áp dụng để điều chỉnh quan hệ, đó chính là hệ thuộc luật lựa chọn (*lex voluntatis*) như đã được đề cập ở phần trên.

Thứ hai, yếu tố nước ngoài của quan hệ

Yếu tố nước ngoài là đặc điểm đặc trưng của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài [46, tr.6]. Yếu tố nước ngoài như đã được đề cập ở trên làm cho quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan đến quốc gia khác và cũng có nghĩa là liên quan đến pháp luật của quốc gia khác (do mỗi quốc gia đều có hệ thống pháp luật của riêng mình). Bởi vì, nếu là yếu tố nước ngoài về mặt chủ thể, tức là cá nhân, tổ chức mang quốc tịch của nước ngoài thì pháp luật của nước ngoài đó phải chi phối xuất phát từ nguyên tắc chủ quyền quốc gia, trong đó có nội dung chủ quyền quốc gia đối với công dân, tổ chức của quốc gia đó. Chẳng hạn, pháp luật của quốc gia có quyền xác định địa vị pháp lý của các cá nhân, tổ chức của quốc gia đó. Còn trường hợp chủ thể cư trú ở nước ngoài, khách thể của quan hệ tồn tại ở nước ngoài hoặc sự kiện pháp lý xảy ra ở nước ngoài thì những trường hợp đó đều diễn ra trong phạm vi lãnh thổ của một quốc gia và một điều hiển nhiên mà chúng ta thấy là quốc gia có chủ quyền đối với lãnh thổ của mình nên trong phạm vi lãnh thổ của quốc gia

là sự hiện diện của pháp luật của quốc gia đó. Ngoài ra, quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài còn liên quan đến pháp luật quốc tế (do các quốc gia có liên quan cùng nhau thỏa thuận xây dựng pháp luật quốc tế để điều chỉnh các quan hệ liên quan). Chính điều đó làm cho PLNN, pháp luật quốc tế cũng có thể được áp dụng để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, cho dù quan hệ đó được xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt ở một nước khác. Trong trường hợp này, PLNN cũng được xem như đối xử ngang tầm quan trọng với pháp luật trong nước. Sở dĩ PLNN được áp dụng đối với quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài là do: bản chất của quan hệ mang tính chất dân sự là các bên chủ thể được bình đẳng với nhau làm cho quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài tất yếu kéo theo sự bình đẳng giữa pháp luật của các quốc gia liên quan nếu các quốc gia muốn loại quan hệ xã hội này phát triển bình thường, góp phần tạo điều kiện thuận lợi cho việc phát triển kinh tế - xã hội của các quốc gia đó. Cho nên, trong một hội thảo về TPQT, các nhà khoa học đã cho rằng, “không thể phủ nhận một điều là, một nước nào đó muốn phát triển ngoại thương của mình cần có chính sách uyển chuyển, linh hoạt, không nên tìm cách áp đặt luật của mình với các nước khác” [45, tr.26]. Với việc một mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan đến pháp luật của các quốc gia khác nhau làm cho pháp luật của hai hay nhiều quốc gia cùng có thể được áp dụng để điều chỉnh quan hệ xã hội đó. Hiện tượng này được gọi là hiện tượng xung đột pháp luật trong TPQT (conflict of laws). Cho nên, quan điểm phổ biến trong khoa học TPQT cho rằng, “dù muốn hay không thì các quan hệ TPQT thường liên quan đến nhiều hệ thống pháp luật khác nhau và có thể phải chịu sự điều chỉnh của các hệ thống pháp luật đó” [17, tr.69]. Với việc xuất hiện hiện tượng xung đột pháp luật thì cần đến vai trò của quy phạm xung đột để xác định pháp luật của quốc gia cụ thể nào đó được áp dụng để điều chỉnh quan hệ.

Yếu tố nước ngoài của quan hệ làm cho quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài khác với quan hệ mang tính chất dân sự phát sinh chỉ trong nội bộ của một quốc gia (không liên quan đến quốc gia khác). Chẳng hạn: hai công dân Việt Nam ký kết một hợp đồng mua bán gạo tại Việt Nam. Quan hệ mang tính chất dân sự phát sinh chỉ trong nội bộ của một quốc gia, tức là chỉ liên quan tới pháp luật của quốc gia đó mà không liên quan đến pháp luật của nước ngoài. Trong trường hợp này chỉ pháp luật của quốc gia đó được áp dụng để điều chỉnh quan hệ mà không có việc áp dụng pháp luật của nước ngoài. Tuy nhiên, pháp luật quốc tế có thể được áp dụng trong trường hợp quốc gia phải thực thi các cam kết quốc tế trong các ĐUQT mà quốc gia là thành viên.

Tóm lại, quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài có hai đặc điểm rất cơ bản là: tính chất dân sự và yếu tố nước ngoài của quan hệ. Cả hai đặc điểm này hợp lại tạo thành đặc điểm đặc trưng riêng của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

1.3. Vai trò điều chỉnh của quy phạm pháp luật xung đột đối với quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài

1.3.1. Nguyên nhân của việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm pháp luật xung đột

Trước khi đề cập đến nguyên nhân của việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột thì dựa trên cơ sở thực tiễn pháp lý, một vấn đề mà chúng ta khẳng định được rằng, việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài không phải chỉ bằng loại quy phạm pháp luật duy nhất là quy phạm xung đột, mà còn bằng quy phạm pháp luật thực chất. Quy phạm này được hiểu là loại quy phạm trực tiếp quy định quyền, nghĩa vụ của các bên chủ thể tham gia quan hệ và có thể quy định cả các biện pháp chế tài kèm theo để điều chỉnh quan hệ mang tính chất

dân sự có yếu tố nước ngoài [30, tr.154-155]. Quy phạm thực chất có thể do mỗi quốc gia tự xây dựng hoặc do các quốc gia cùng thỏa thuận thống nhất xây dựng. Ví dụ, chi nhánh của thương nhân nước ngoài hoạt động thương mại tại Việt Nam có quyền: “Thuê trụ sở, thuê, mua các phương tiện, vật dụng cần thiết cho hoạt động của chi nhánh” (Khoản 1 Điều 19 Luật Thương mại Việt Nam năm 2005).

Hoặc ví dụ khác về mua bán hàng hóa quốc tế như sau: “Nghĩa vụ nhận hàng của người mua gồm:

a. Thực hiện mọi hành vi mà người ta có quyền chờ đợi ở họ một cách hợp lý để cho phép người bán thực hiện việc giao hàng, và,

b. Tiếp nhận hàng hóa” (Điều 60 Công ước Viên năm 1980 về mua bán hàng hóa quốc tế).

Tuy nhiên, thực tiễn cũng cho thấy rằng, không phải mọi mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể đều có thể điều chỉnh bằng quy phạm pháp luật thực chất, mà cần phải điều chỉnh bằng quy phạm pháp luật xung đột. Vậy đâu là nguyên nhân dẫn đến việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột? Kết quả nghiên cứu cho thấy những nguyên nhân đó là:

Thứ nhất, do đặc điểm tính chất dân sự và yếu tố nước ngoài của quan hệ xã hội mà quy phạm xung đột điều chỉnh

Đặc điểm này bao gồm cả hai yếu tố là: tính chất dân sự và yếu tố nước ngoài của quan hệ xã hội. Như đã được phân tích ở trên, xuất phát từ cả hai yếu tố đó làm cho pháp luật của hai hay nhiều quốc gia cùng có thể được áp dụng để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài (hiện tượng xung đột pháp luật). Quy phạm xung đột xuất hiện để thực hiện vai trò xác định pháp luật của quốc gia cụ thể nào đó được áp dụng để điều chỉnh quan hệ. Một điều cũng cần thấy rằng, nếu chỉ có quan hệ mang tính chất dân sự mà

không có yếu tố nước ngoài hoặc không phải là quan hệ mang tính chất dân sự mà là quan hệ mang tính chất công quyền có yếu tố nước ngoài thì cũng không xuất hiện hiện tượng xung đột pháp luật và không cần đến vai trò của quy phạm xung đột.

Nếu chỉ là quan hệ mang tính chất dân sự mà không có yếu tố nước ngoài thì đó thuần túy chỉ là quan hệ xã hội diễn ra trong nội bộ của một quốc gia, không liên quan đến quốc gia khác (do không có yếu tố nước ngoài) nên cũng không liên quan đến pháp luật của quốc gia khác. Ví dụ: hai công dân Việt Nam kết hôn với nhau tại Việt Nam. Đây là quan hệ mang tính chất dân sự không có yếu tố nước ngoài nên không liên quan đến quốc gia khác, pháp luật của quốc gia khác. Trong trường hợp này chỉ liên quan đến PLVN và phải áp dụng PLVN.

Nếu không phải là quan hệ mang tính chất dân sự mà là quan hệ mang tính chất công quyền có yếu tố nước ngoài thì cũng không xuất hiện hiện tượng xung đột pháp luật. Quan hệ mang tính chất công quyền có yếu tố nước ngoài (như quan hệ hành chính và hình sự có yếu tố nước ngoài) khác với quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài ở chỗ: không áp dụng PLNN với quan hệ mang tính chất công quyền đó (trừ trường hợp ĐUQT có quy định khác). Bởi vì, quan hệ mang tính chất công quyền “là những quan hệ liên quan, gắn bó chặt chẽ với trật tự, lợi ích công cộng, với thủ tục, thẩm quyền của cơ quan công quyền” [9, tr.72]. Ví dụ: người nước ngoài đến Việt Nam và vi phạm Bộ luật hình sự Việt Nam thì phải bị xử lý theo quy định của Bộ luật hình sự Việt Nam mà không lấy luật hình sự của nước ngoài để xử lý (trừ trường hợp ĐUQT về vấn đề này mà Việt Nam là thành viên có quy định khác).

Nguyên nhân về tính chất dân sự và yếu tố nước ngoài của quan hệ xã hội là nguyên nhân trước tiên của việc điều chỉnh quan hệ bằng quy phạm xung

đột. Nhưng nếu chỉ có nguyên nhân này thì chưa chắc đã cần đến việc điều chỉnh bằng quy phạm xung đột, bởi vì quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài có thể điều chỉnh bằng quy phạm pháp luật thực chất như đã được đề cập. Do vậy, việc điều chỉnh loại quan hệ xã hội này bằng quy phạm xung đột còn phải do nguyên nhân thứ hai sau đây.

Thứ hai, do có sự khác nhau về phong tục, tập quán và truyền thống lịch sử, văn hóa của các quốc gia

Đây là nguyên nhân gắn liền với việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột. Nhiều lĩnh vực của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài xuất phát hoặc gắn bó chặt chẽ với phong tục, tập quán và truyền thống lịch sử, văn hóa của từng quốc gia như: lĩnh vực thừa kế, hôn nhân và gia đình. Một nguyên lý đã được khẳng định cho thấy rằng, một quốc gia không thể tách rời yếu tố văn hóa của quốc gia đó. Tổ chức văn hóa, khoa học và giáo dục của Liên hợp quốc (UNESCO) đã thừa nhận rằng, văn hóa là cội nguồn trực tiếp của phát triển xã hội, có vị trí trung tâm và đóng vai trò điều tiết xã hội. Chính vì thế, đối với mỗi quốc gia, những phong tục, tập quán phù hợp và truyền thống lịch sử, văn hóa đòi hỏi phải được tôn trọng và bảo vệ. Một trong những cách bảo vệ phong tục, tập quán, truyền thống lịch sử, văn hóa của quốc gia là thông qua các quy định của pháp luật. Cho nên, khi mỗi quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể gắn với phong tục, tập quán và truyền thống lịch sử, văn hóa của các quốc gia khác nhau thì cũng có nghĩa là pháp luật của các quốc gia đó đều cần được tôn trọng và áp dụng, vì thế cần đến vai trò của quy phạm xung đột mà khó có thể điều chỉnh quan hệ xã hội đó bằng quy phạm pháp luật thực chất trong trường hợp này. Ví dụ: công dân Việt Nam kết hôn với công dân Pháp. Trong trường hợp này, PLVN không thể quy định công dân Pháp cũng như công dân Việt Nam đều phải tuân theo PLVN về tuổi kết hôn. Ngược lại, pháp

luật Pháp cũng không thể quy định công dân Việt Nam cũng như công dân Pháp đều phải tuân theo pháp luật Pháp về tuổi kết hôn. Bởi vì, tuổi kết hôn gắn bó chặt chẽ với truyền thống, tập quán của mỗi quốc gia. Vì vậy, giải pháp tốt nhất trong trường hợp này là mỗi bên phải tuân theo pháp luật của nước mà người đó là công dân về tuổi kết hôn. Công dân Việt Nam phải tuân theo PLVN về tuổi kết hôn: nam từ 20 tuổi trở lên, nữ từ 18 tuổi trở lên (Khoản 1 Điều 9 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000). Công dân Pháp phải tuân theo pháp luật Pháp về tuổi kết hôn: nam từ đủ 18 tuổi trở lên, nữ từ đủ 15 tuổi trở lên (Điều 144 BLDS Pháp). Thực tiễn đã có quy phạm xung đột cho ví dụ này, đó là: “Trong việc kết hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài, mỗi bên phải tuân theo pháp luật của nước mình về điều kiện kết hôn;...” (Khoản 1 Điều 103 Luật Hôn nhân và gia đình Việt Nam năm 2000).

Thứ ba, do có sự khác nhau về truyền thống pháp lý của các quốc gia

Thông thường mỗi quốc gia đều có truyền thống pháp lý của mình. Truyền thống pháp lý của quốc gia là cả một quá trình xây dựng và thực hiện pháp luật của quốc gia tạo thành. Xét sâu xa, mỗi quốc gia đều dựa theo những quan điểm, học thuyết pháp lý nhất định, thậm chí ngay trong từng vấn đề cụ thể cũng có quan điểm, học thuyết pháp lý. Đây là một trong những yếu tố cơ bản tạo nên truyền thống pháp lý của quốc gia. Bên cạnh đó, truyền thống pháp lý của quốc gia còn chịu ảnh hưởng bởi truyền thống lịch sử, văn hóa và trình độ phát triển kinh tế, xã hội của quốc gia. Đó là những yếu tố có sự khác nhau nhất định ở các quốc gia, cho nên có sự khác nhau về truyền thống pháp lý ở các quốc gia.

Chẳng hạn: có những nước theo quan điểm chia hệ thống pháp luật thành luật công và luật tư, nhưng có những nước theo quan điểm chia hệ thống pháp luật thành các ngành luật độc lập và khác nhau. Ví dụ, đối với việc mua bán hàng hóa quốc tế, trường hợp ký hợp đồng vắng mặt có hai quan điểm khác

nhau trên thế giới về việc xác định thời điểm giao kết hợp đồng, làm cho pháp luật của các quốc gia khác nhau về vấn đề này và tạo ra xung đột pháp luật. Cụ thể là: Anh, Hoa Kỳ và một số nước khác theo thuyết “tổng đạt” thì thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm bên được chào hàng nhận được chào hàng, chấp nhận vô điều kiện chào hàng và gửi chấp nhận chào hàng cho bên chào hàng; còn các nước châu Âu lục địa và nhiều nước khác theo thuyết “tiếp thu” thì thời điểm giao kết hợp đồng là thời điểm bên chào hàng nhận được chấp nhận chào hàng vô điều kiện do bên được chào hàng gửi đến.

Ví dụ khác, trong TPQT, để giải quyết quy chế nhân thân của cá nhân thì pháp luật của các quốc gia cũng khác nhau làm nảy sinh hiện tượng xung đột pháp luật. Quy chế nhân thân của cá nhân được giải quyết theo hệ thuộc luật nhân thân của cá nhân, nhưng hệ thuộc này được dựa trên hai loại học thuyết khác nhau, tạo thành hai hệ thuộc cụ thể khác nhau, đó là: học thuyết (nguyên tắc) quốc tịch và học thuyết (nguyên tắc) nơi cư trú. Nguyên tắc quốc tịch có manh nha từ rất sớm, trong Luật La Mã đã có quy định luật lệ của bộ tộc được đem áp dụng đối với mỗi thành viên bộ tộc, tuy rằng thuật ngữ quốc tịch phải đến thời kỳ tư bản chủ nghĩa mới có. Nguyên tắc quốc tịch chính thức được công bố trong tác phẩm “Tính dân tộc là cơ sở của luật quốc gia” của nhà bác học, luật học Pasquale Stanislao Mancini. Mancini đã kết luận rằng, luật nhân thân của cá nhân là luật quốc tịch (*lex patriae*) chứ không phải là luật nơi cư trú (*lex domicilii*). Bởi vì, theo ông, “tính cách và tính dân tộc của mỗi con người là thuộc tính không thể bị tách rời. Do đó, dù khi rời khỏi biên giới quốc gia của mình, con người không thể bị làm mất bản ngã và tính dân tộc” [17, tr.56]. Hiện nay, nguyên tắc quốc tịch được rất nhiều nước áp dụng. Đối lập với nguyên tắc quốc tịch là nguyên tắc nơi cư trú. Nguyên tắc nơi cư trú được dựa trên nguyên tắc lãnh thổ (hay còn gọi là học thuyết lãnh thổ) do các luật gia Hà Lan đưa ra ở thế kỷ 17. Các luật gia Hà Lan cho rằng, “quy phạm pháp luật của

mỗi quốc gia chỉ có hiệu lực trong phạm vi lãnh thổ của mình, và buộc tất cả mọi người - bất luận là cư trú chính thức hay tạm thời - phải tuân thủ pháp luật ở đó... Một quốc gia có chủ quyền, về nguyên tắc, không bắt buộc phải áp dụng luật của quốc gia khác” [17, tr.47-48]. Học thuyết lãnh thổ của các luật gia Hà Lan được nhà luật học nổi tiếng người Mỹ là Joseph Story kế thừa và thể hiện đậm nét nhất trong tác phẩm nổi tiếng về TPQT là “Bình luận về xung đột pháp luật, luật trong nước và luật nước ngoài” xuất bản năm 1834. Trong tác phẩm đó, một trong bốn nguyên tắc cơ bản, xuyên suốt mà Joseph Story đề cập là: “Luật của mỗi quốc gia độc quyền điều chỉnh tất cả các hành vi trong phạm vi lãnh thổ của quốc gia đó” [81, tr.7]. Cho đến hiện nay, học thuyết lãnh thổ vẫn là học thuyết chi phối TPQT của Hoa Kỳ, cả Anh Quốc và những nước khác như: Đan Mạch, Na Uy.... Theo nguyên tắc của học thuyết lãnh thổ này thì: “quốc gia không bao giờ áp dụng luật nước ngoài theo đúng thực chất nội dung, nhưng nếu vì quy phạm xung đột của nước mình thì chỉ thừa nhận quyền phát sinh dưới sự chi phối của luật nước ngoài (vested rights) bảo vệ những quyền đã có” [17, tr.51]. Chính vì vậy mà học thuyết lãnh thổ này đã “có nhiều sự phê bình về cách tiếp cận truyền thống từ các thành viên của cộng đồng pháp lý Hoa Kỳ những người mà cho rằng nó là quá cứng nhắc, và thỉnh thoảng bắt buộc áp dụng pháp luật của một nhà nước mà không có mối liên kết với các bên chủ thể tham gia” [75, tr.2].

1.3.2. Những ưu điểm và hạn chế của việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm pháp luật xung đột

Việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột có những ưu điểm rất lớn, nhưng cũng có những hạn chế không nhỏ.

**** Những ưu điểm của việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột***

- Hệ thống pháp luật được áp dụng phù hợp với đặc điểm của từng mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể

Qua thực tiễn phát triển của TPQT nói chung và TPQT của từng quốc gia nói riêng, có rất nhiều quy phạm xung đột được xác lập với rất nhiều hệ thuộc luật khác nhau (đã được đề cập ở trên), trong đó quy phạm xung đột hai chiều là phổ biến. Điều đó cũng có nghĩa rằng, pháp luật của nhiều quốc gia khác nhau có liên quan đều có thể được quy phạm xung đột dẫn chiếu áp dụng để điều chỉnh quan hệ. Ngay về mặt hình thức, vấn đề này cũng cho thấy tính phù hợp của pháp luật đối với quan hệ xã hội được pháp luật điều chỉnh. Bởi vì, xuất phát từ yếu tố nước ngoài của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài làm cho quan hệ đó liên quan đến nhiều quốc gia, nhiều hệ thống pháp luật của các quốc gia khác nhau. Và “về mặt lý luận, nếu quan hệ xã hội liên quan đến bao nhiêu quốc gia thì pháp luật của bấy nhiêu quốc gia đều có thể được áp dụng” [60, tr.222]. Còn nếu không sử dụng quy phạm xung đột, không tính tới việc áp dụng pháp luật của bất kỳ quốc gia nào khác mà chỉ áp dụng pháp luật của nước mình để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài thì điều đó là không khách quan, không phải là sự điều chỉnh bình thường của pháp luật đối với quan hệ xã hội.

Xét về mặt nội dung, mỗi hệ thuộc luật của quy phạm xung đột được sử dụng xuất phát từ thực tiễn và phù hợp với đặc điểm của từng mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể. Chẳng hạn: hệ thuộc luật nơi có tài sản (lex rei sitae) đều được các quốc gia áp dụng để điều chỉnh quan hệ sở hữu đối với bất động sản có yếu tố nước ngoài, bởi vì bất động sản thường là những tài sản quan trọng như: đất đai, nhà cửa... (tuy rằng pháp luật của các quốc gia cũng có sự khác nhau nhất định trong việc xác định tài sản là bất động sản). Còn đối với động sản, nhiều quốc gia cũng áp dụng hệ thuộc luật nơi có tài sản để điều chỉnh, nhưng cũng có quốc gia áp dụng hệ thuộc luật

quốc tịch để điều chỉnh. Nếu áp dụng hệ thuộc luật quốc tịch để điều chỉnh quan hệ sở hữu đối với động sản có yếu tố nước ngoài thì có thể nảy sinh vấn đề khá phức tạp, chẳng hạn trong trường hợp tranh chấp về tài sản giữa hai công dân mang hai quốc tịch khác nhau. Cho nên, xu hướng phổ biến cũng áp dụng cả hệ thuộc luật nơi có tài sản để điều chỉnh quan hệ sở hữu đối với động sản có yếu tố nước ngoài. Về vấn đề này, một nhận định rất có lý khi cho rằng: “Nguyên tắc pháp luật nơi có tài sản (lex rei sitae) cần được xây dựng trên cơ sở thực tế, quyền tài sản cần phải dễ xác định” [60, tr.271]. Đây cũng chính là nguyên lý trong xây dựng pháp luật nói chung, xây dựng các quy phạm xung đột nói riêng.

Vì vậy, có thể khẳng định rằng, việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột làm cho hệ thống pháp luật được áp dụng phù hợp với đặc điểm của từng mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể.

- Góp phần tạo sự bình đẳng giữa các hệ thống pháp luật của các quốc gia trong việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài

Khi sử dụng quy phạm xung đột để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cũng đồng nghĩa với việc thừa nhận áp dụng PLNN (trừ quy phạm xung đột một chiều - chỉ quy định áp dụng pháp luật của nước đã ban hành ra loại quy phạm đó). Điều này cũng góp phần tạo ra sự bình đẳng giữa các hệ thống pháp luật của các quốc gia trong việc điều chỉnh quan hệ xã hội vì quan hệ xã hội đó có sự liên quan đến các quốc gia. Hay nói cách khác, một ưu điểm rất quan trọng của việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột mà nhà luật học Lea Brilmayer đưa ra là: “chúng ta có thể đối xử luật nước ngoài ngang tầm quan trọng với luật trong nước” [74, tr.14]. Khi nghiên cứu những vấn đề cơ bản về TPQT, một quan điểm khác cũng rất có lý khi cho rằng, “các quốc gia bình

đẳng với nhau thì đương nhiên pháp luật của các quốc gia cũng phải bình đẳng với nhau trong việc điều chỉnh các mối quan hệ xã hội liên quan đến các quốc gia đó” [60, tr.222]. Chính các quy phạm xung đột góp phần tạo sự bình đẳng giữa các hệ thống pháp luật của các quốc gia trong việc điều chỉnh các mối quan hệ của TPQT. Bởi vì, trên cơ sở khách quan của quan hệ xã hội, quy phạm xung đột chỉ có chức năng xác định pháp luật của quốc gia nào đó được áp dụng, chứ không có chức năng xác định nội dung cụ thể của pháp luật để điều chỉnh quan hệ xã hội, do đó, người ta có thể nói rằng: “quy phạm xung đột có tính trung lập” [45, tr.17]. Từ đó làm cho việc điều chỉnh quan hệ được khách quan hơn, công bằng hơn, bảo vệ quyền và lợi ích của các bên chủ thể tham gia quan hệ được tốt hơn; góp phần thúc đẩy sự phát triển giao lưu dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại quốc tế.

**** Những hạn chế của việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột***

- Tạo ra nhiều khó khăn cho việc thực hiện pháp luật trong thực tiễn

Việc điều chỉnh các quan hệ xã hội của quy phạm xung đột không phải là điều chỉnh trực tiếp, mà là điều chỉnh gián tiếp. Quy phạm xung đột chỉ xác định hệ thống pháp luật của một quốc gia nào đó được áp dụng. Hệ thống pháp luật của quốc gia được áp dụng mới điều chỉnh trực tiếp quan hệ xã hội. Với đặc điểm đó làm cho ngay trong góc độ nghiên cứu pháp luật cũng gặp nhiều khó khăn. Còn trong góc độ thực hiện pháp luật, các cá nhân, tổ chức và cả cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ việc gặp phải nhiều khó khăn hơn. Trước hết các chủ thể đó phải xác định được đúng hệ thống pháp luật được áp dụng và vấn đề tiếp theo là phải xác định được đầy đủ, chính xác các quy định cụ thể của hệ thống pháp luật đó có liên quan đến quan hệ xã hội để áp dụng. Để thực hiện được vấn đề này đòi hỏi phải đáp ứng được rất nhiều yêu cầu như: phải có kiến thức pháp luật, am hiểu được tổng thể các nguyên tắc pháp luật, các học

thuyết chi phối, các đặc điểm của hệ thống pháp luật và những quy định liên quan cần được áp dụng. Muốn vậy, một đòi hỏi cũng không thể thiếu là am hiểu ngôn ngữ pháp lý của hệ thống pháp luật được áp dụng. Đó là những yêu cầu rất khó, không một cá nhân, tổ chức và cả những thẩm phán của tòa án được đào tạo chuyên môn về pháp luật có thể hiểu thông thạo pháp luật của tất cả các quốc gia trên thế giới. Ngược lại, nếu điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng các quy phạm pháp luật thực chất thì các cá nhân, tổ chức và cơ quan có thẩm quyền sẽ thuận lợi hơn trong việc thực hiện pháp luật, vì quy phạm này đã trực tiếp quy định quyền, nghĩa vụ của các bên chủ thể tham gia quan hệ và có thể cả các biện pháp chế tài kèm theo để áp dụng.

- Việc điều chỉnh quan hệ xã hội bằng quy phạm xung đột còn phụ thuộc vào nhiều yếu tố vượt ra khỏi khả năng giải quyết của một quốc gia

Khi quy phạm xung đột của một quốc gia dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật của quốc gia khác làm nảy sinh một số vấn đề có thể ảnh hưởng đến tính khả thi của quy phạm xung đột.

Nếu hệ thống pháp luật của quốc gia được dẫn chiếu đến không có quy phạm xung đột về cùng vấn đề thì việc áp dụng pháp luật đã trở nên rất khó khăn do không có quy phạm xung đột để thực hiện việc dẫn chiếu tiếp. Bởi vì, quan điểm khá phổ biến được nhiều quốc gia áp dụng hiện nay thuộc về chính sách TPQT của quốc gia là khi quy phạm xung đột dẫn chiếu đến hệ thống pháp luật của quốc gia khác thì bao gồm cả các quy phạm thực chất và quy phạm xung đột.

Nếu quy phạm xung đột dẫn chiếu đến luật nội dung (gồm các quy phạm thực chất) của quốc gia khác để áp dụng mà pháp luật của quốc gia đó thiếu các quy phạm nội dung về cùng vấn đề hoặc khi quy phạm xung đột dẫn chiếu đến tòa án một quốc gia có thẩm quyền giải quyết vụ việc mang tính chất dân

sự có yếu tố nước ngoài mà thiếu các quy phạm thủ tục cần thiết thì chắc chắn việc điều chỉnh, giải quyết các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài khó có thể thực hiện được bình thường. Cho nên, trong một luận án tiến sĩ luật học, khi nói về tính hiệu lực thực thi của quy phạm xung đột, tác giả Nguyễn Công Khanh cho rằng: “Chừng nào pháp luật nội dung và luật thủ tục chưa hoàn thiện, thì việc áp dụng pháp luật còn gặp nhiều khó khăn và chính điều này sẽ làm hạn chế hiệu lực của quy phạm xung đột” [33, tr.24].

1.3.3. Việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm pháp luật xung đột là cần thiết khách quan

Có nhiều loại quy phạm pháp luật khác nhau để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Đó là: quy phạm thực chất thống nhất (quy phạm có trong các ĐUQT và TQQT), quy phạm thực chất thông thường (quy phạm của từng quốc gia) [51, tr.60] và quy phạm xung đột.

Trước hết, một điều chúng ta khẳng định được ngay rằng, quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài tồn tại và phát triển một cách khách quan, đa dạng và phong phú, nhất là khi quá trình hội nhập và quốc tế hóa nhiều lĩnh vực của đời sống xã hội diễn ra mạnh mẽ như thời điểm hiện nay. Từ thực tiễn là cơ sở này đòi hỏi việc điều chỉnh loại quan hệ đó phải bằng những quy phạm pháp luật phù hợp đối với từng trường hợp cụ thể.

Nếu điều chỉnh bằng quy phạm thực chất thống nhất thì vấn đề đặt ra là các quốc gia cần phải có quan hệ với nhau để thỏa thuận xây dựng được các ĐUQT hoặc thừa nhận TQQT có chứa loại quy phạm này. Nhưng thực tiễn cho thấy rằng, không phải tất cả các quốc gia đều có quan hệ với nhau, trong khi đó quan hệ giữa các công dân, tổ chức của các quốc gia khác nhau diễn ra một cách phổ biến và bình thường. Hoặc kể cả trường hợp các quốc gia có quan hệ với nhau nhưng vì nhiều lý do khác nhau nên chưa thể ký kết được các ĐUQT (Chẳng hạn: Việt Nam có quan hệ ngoại giao với hơn 160 quốc gia nhưng Việt

Nam mới ký kết được hơn 80 Hiệp định thương mại với các quốc gia có chứa các quy phạm thực chất thống nhất điều chỉnh quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài). Hơn nữa, như đã được đề cập ở trên, nhiều mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài gắn bó chặt chẽ với phong tục, tập quán, truyền thống lịch sử, văn hóa của quốc gia nên khó có thể điều chỉnh bằng quy phạm thực chất thống nhất, mà điều chỉnh bằng quy phạm xung đột. Chính vì vậy, bên cạnh các ĐUQT chứa các quy phạm thực chất, còn có các ĐUQT chứa các quy phạm xung đột như: Công ước Roma năm 1980 về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng, nhiều HĐTTTP giữa các nước....

Nếu điều chỉnh bằng quy phạm thực chất của từng quốc gia, thì mỗi quốc gia tự quyết định xây dựng loại quy phạm này thông qua việc ban hành các văn bản pháp luật của quốc gia. Quy phạm thực chất của từng quốc gia thể hiện ý chí đơn phương của một quốc gia và đương nhiên không có việc áp dụng PLNN. Trong khi đó, quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan đến ít nhất hai quốc gia, hai hệ thống pháp luật khác nhau. Do vậy, nếu trong bất cứ trường hợp nào cũng tùy tiện điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm thực chất của từng quốc gia sẽ làm cho pháp luật không phù hợp với thực tiễn phát triển của loại quan hệ này.

Từ đó, có thể khẳng định rằng, ngoài việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm thực chất trong ĐUQT, quy phạm thực chất của từng quốc gia, còn cần đến vai trò điều chỉnh của quy phạm xung đột. Việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột là không thể thiếu và là cần thiết khách quan, phù hợp với tính chất khách quan của sự tồn tại và phát triển loại quan hệ này trong xã hội.

1.4. Một số kinh nghiệm của nước ngoài trong việc ban hành và áp dụng các quy phạm pháp luật xung đột

Như đã được đề cập ở phần trên, việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột là cần thiết khách quan và không thể thiếu được. Chính vì vậy, thực tiễn pháp lý quốc tế hiện nay cho thấy rằng, trong pháp luật của các quốc gia có rất nhiều quy phạm xung đột và rất nhiều quốc gia đã ký kết hoặc tham gia các ĐUQT song phương hoặc đa phương có chứa các quy phạm xung đột. Thực tiễn hệ thống pháp luật của các quốc gia trên thế giới hiện nay cho thấy, các quy phạm xung đột hoặc có tập trung trong một đạo luật chuyên biệt hoặc có rải rác trong rất nhiều văn bản pháp luật khác nhau. Một số dẫn chứng điển hình cho vấn đề này là:

** Những nước có đạo luật chuyên biệt về TPQT*

- Nhật Bản

Nhật Bản là nước có đạo luật chuyên biệt về TPQT từ rất sớm. Đó là Đạo luật số 10/1898 về áp dụng pháp luật và đã được sửa đổi vài lần vào các năm 1942, 1947, 1964, 1986, 1989, 1999 và lần gần đây nhất là vào năm 2001. Đạo luật này bao gồm 34 điều, quy định từ những vấn đề chung có tính nền tảng, nguyên tắc cho đến những vấn đề cụ thể, trong đó tập trung chủ yếu là các hệ thuộc luật được sử dụng để xác định một hệ thống pháp luật của quốc gia nào đó được áp dụng để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan.

Những vấn đề chung có tính nền tảng, nguyên tắc là: áp dụng tập quán (Điều 2); luật áp dụng trong trường hợp người có nhiều quốc tịch, người không có quốc tịch, người có quốc tịch một nước nhưng có nhiều vùng có pháp luật khác nhau (Điều 28); luật nơi cư trú (Điều 29); luật nơi cư trú thường xuyên (Điều 30); luật thay đổi theo địa phương của một người khi một người có quốc tịch thuộc về một địa phương (bang hoặc nước cộng hòa trực thuộc) mà pháp

luật có sự khác nhau giữa các địa phương (Điều 31); dẫn chiếu ngược (Điều 32) và vấn đề bảo lưu trật tự công cộng (Điều 33).

Những vấn đề cụ thể là: năng lực pháp luật (Điều 3); vấn đề giám hộ (Điều 4); vấn đề chăm sóc (Điều 5); tuyên bố mất tích (Điều 6); xác lập và hệ quả của hành vi pháp lý (Điều 7); hình thức của hành vi pháp lý (Điều 8); hành vi pháp lý giữa những người thuộc các hệ thống pháp luật khác nhau (Điều 9); các quyền in rem và các quyền đòi hỏi phải có đăng ký (Điều 10); xác lập và hệ quả pháp lý của của các yêu cầu ngoài hợp đồng (Điều 11); chuyển giao quyền yêu cầu (Điều 12); các yêu cầu đối với việc xác lập quan hệ hôn nhân (Điều 13); hệ quả pháp lý của việc kết hôn (Điều 14); chế độ luật tài sản thuộc hôn nhân và bảo vệ giao dịch nội bộ (Điều 15); ly hôn (Điều 16); con trong giá thú (Điều 17); con ngoài giá thú và việc nhận con ngoài giá thú (Điều 18); việc hợp pháp hóa đứa con (Điều 19); nuôi con nuôi (Điều 20); mối quan hệ pháp lý giữa cha mẹ và con (Điều 21); hình thức của các hành vi pháp lý ảnh hưởng đến những mối quan hệ gia đình (Điều 22); các mối quan hệ khác trong gia đình (Điều 23); việc giám hộ (Điều 24); việc chăm sóc (Điều 25); thừa kế (Điều 26); di chúc (Điều 27).

Qua khảo cứu các quy phạm xung đột của Nhật Bản cho thấy:

+ các quy phạm xung đột có tính ổn định rất cao, được ban hành từ năm 1898, qua bảy lần sửa đổi và vẫn đang tiếp tục có hiệu lực.

+ Đạo luật của Nhật Bản về áp dụng pháp luật có phạm vi điều chỉnh rộng, bao quát những vấn đề về TPQT nói chung và vấn đề giải quyết xung đột pháp luật đối với các lĩnh vực cụ thể nói riêng. Đối với những vấn đề chung, Đạo luật này đã quy định những vấn đề căn bản, là nền tảng đối với các quy phạm xung đột cụ thể và việc thực hiện các quy phạm xung đột đó trong thực tiễn. Nếu thiếu những vấn đề chung này thì các quy phạm xung đột cụ thể khó có thể được thực hiện trong thực tiễn. Những vấn đề đó là: luật áp dụng trong

trường hợp người có nhiều quốc tịch, người không quốc tịch; vấn đề dẫn chiếu ngược; vấn đề bảo lưu trật tự công cộng.... Đối với những vấn đề cụ thể, Đạo luật này giải quyết hầu hết những quan hệ làm nảy sinh xung đột pháp luật như: năng lực pháp luật, vấn đề giám hộ, tuyên bố mất tích, hợp đồng, hôn nhân và gia đình, thừa kế....

+ Đạo luật của Nhật Bản về áp dụng pháp luật đã sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến mà nhiều nước cũng áp dụng, phù hợp với thực tiễn giải quyết xung đột pháp luật. Chẳng hạn: áp dụng hệ thuộc luật quốc tịch để xác định năng lực pháp luật của cá nhân (Khoản 1 Điều 3), điều kiện kết hôn (Khoản 1 Điều 13), việc giám hộ (Khoản 1 Điều 24), việc thừa kế (Điều 26); hệ thuộc luật nơi tiến hành kết hôn để xác định nghi thức kết hôn (Khoản 2 Điều 13); hệ thuộc luật lựa chọn để xác định việc xác lập và hệ quả pháp lý của một hành vi pháp lý (Khoản 1 Điều 7)....

- Thái Lan

Thái Lan là nước cũng có đạo luật chuyên biệt về TPQT từ khá sớm. Đó là Đạo luật về xung đột pháp luật năm 1938, bao gồm 42 điều. Đây là đạo luật có kết cấu các phần rất rõ ràng, quy định nhiều mối quan hệ và rất chi tiết; cũng bao gồm các vấn đề chung và các vấn đề cụ thể của xung đột pháp luật, xác định pháp luật áp dụng để điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan.

Những vấn đề chung: được quy định trong một phần riêng có tên là “những điều khoản chung” (từ Điều 3 đến Điều 9), bao gồm những vấn đề như: áp dụng nguyên tắc chung của TPQT (Điều 3); PLNN dẫn chiếu đến pháp luật Thái Lan thì pháp luật thực chất của Thái Lan được áp dụng mà không áp dụng những nguyên tắc về xung đột pháp luật (không chấp nhận dẫn chiếu tiếp) (Điều 4); vấn đề bảo lưu trật tự công cộng (Điều 5); áp dụng trong trường hợp một người có hai hay nhiều quốc tịch (Điều 6); áp dụng pháp luật liên quan đến

quốc tịch của pháp nhân (Điều 7); trong trường hợp PLNN được dẫn chiếu áp dụng mà không chứng minh được trước tòa án thì pháp luật của Thái Lan được áp dụng (Điều 8); pháp luật áp dụng để xác định hiệu lực của hành vi pháp lý (Điều 9).

Những vấn đề cụ thể bao gồm các phần:

- Năng lực pháp luật và năng lực hành vi của cá nhân (từ Điều 10 đến Điều 12): trường hợp có hoặc không có năng lực hành vi (Điều 10); năng lực hành vi của người nước ngoài thực hiện hành vi pháp lý ở Thái Lan trong trường hợp người đó không có hoặc bị hạn chế năng lực hành vi theo luật quốc tịch của người đó (Điều 11); năng lực hành vi trong trường hợp hành vi pháp lý liên quan đến tài sản là bất động sản (Điều 11); năng lực hành vi của ngoại kiều mà cư trú ở Thái Lan (Điều 12).

- Nghĩa vụ (từ Điều 13 đến Điều 15): xác định nghĩa vụ hợp đồng trong trường hợp các bên chủ thể hợp đồng cùng quốc tịch hoặc có quốc tịch khác nhau (Điều 13); xác định nghĩa vụ hợp đồng trong trường hợp ký hợp đồng vắng mặt (Điều 13); nghĩa vụ phát sinh trong trường hợp quản lý việc kinh doanh mà không có sự ủy nhiệm (Điều 14); nghĩa vụ phát sinh trong trường hợp xảy ra hành vi bất hợp pháp (Điều 15).

- Tài sản (từ Điều 16 đến Điều 17): xác định pháp luật điều chỉnh đối với tài sản là động sản và bất động sản (Điều 16); xác định pháp luật điều chỉnh trong trường hợp xuất khẩu động sản (Điều 16); xác định pháp luật điều chỉnh tài sản là động sản trong trường hợp có sự thay đổi (Điều 17).

- Gia đình (từ Điều 18 đến Điều 36): năng lực hành vi đối với sự hứa hôn hoặc hủy bỏ sự hứa hôn (Điều 18); điều kiện kết hôn (Điều 19); nghi thức kết hôn (Điều 20); nghi thức kết hôn trong trường hợp kết hôn giữa những công dân Thái Lan với nhau hoặc giữa công dân Thái Lan với người nước ngoài được thực hiện ở nước ngoài (Điều 20); mối quan hệ vợ chồng (Điều

21); vấn đề tài sản của vợ chồng (Điều 22); hiệu lực của tình trạng hôn nhân (Điều 23); tài sản của vợ chồng trong trường hợp có sự thỏa thuận trước khi cưới (Điều 24 và Điều 25); ly hôn (Điều 26 và Điều 27); hủy bỏ tình trạng hôn nhân (Điều 28); hợp pháp hóa đứa con (Điều 29); quyền và nghĩa vụ của cha mẹ với con cái (Điều 30); quyền và nghĩa vụ của mẹ với con riêng (Điều 30); hợp pháp hóa cha cho con (Điều 31); trẻ vị thành niên không có cha mẹ (Điều 32); tước đoạt quyền của cha mẹ (Điều 33); quyền hành động của con cháu (Điều 34); con nuôi và việc nhận con nuôi (Điều 35); nghĩa vụ nuôi dưỡng (Điều 36).

- Thừa kế (từ Điều 37 đến Điều 42): giải quyết thừa kế động sản, bất động sản (Điều 37 và Điều 38); năng lực của người lập di chúc (Điều 39); hình thức của di chúc (Điều 40); hiệu lực và việc giải thích di chúc (Điều 41); hủy bỏ di chúc (Điều 42); sự nhầm lẫn của di chúc hoặc của một điều khoản của di chúc (Điều 42).

Qua khảo cứu các quy phạm xung đột của Thái Lan cho thấy:

+ Cũng như Nhật Bản, các quy phạm xung đột của Thái Lan có tính ổn định cao, được ban hành từ năm 1938 trong Đạo luật về xung đột pháp luật.

+ Đạo luật về xung đột pháp luật của Thái Lan có số lượng điều khoản lớn (gồm 42 điều), các quy phạm xung đột tồn tại trong một chỉnh thể có tính hệ thống cao, kết cấu của Đạo luật gồm phần chung và các phần cụ thể được cấu trúc một cách rõ ràng và hệ thống.

+ Đạo luật về xung đột pháp luật của Thái Lan quy định rất cụ thể các mối quan hệ có yếu tố nước ngoài và sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến, được nhiều nước áp dụng để điều chỉnh các mối quan hệ cụ thể. Chẳng hạn: áp dụng hệ thuộc luật quốc tịch để xác định năng lực hành vi và tình trạng không có năng lực hành vi (Điều 10), điều kiện kết hôn (Điều 19), quan hệ giữa vợ và chồng (Điều 21), quyền và nghĩa vụ của cha mẹ với con (Điều 30), năng lực

lập di chúc (Điều 39); hệ thuộc luật lựa chọn để xác định các yếu tố nội dung và hiệu lực của hợp đồng (Điều 13), hệ thuộc luật nơi tồn tại tài sản để xác định quan hệ đối với tài sản là động sản và bất động sản (Điều 16)....

** Những nước có các quy phạm xung đột tồn tại rải rác trong các văn bản pháp luật khác nhau*

- Trung Quốc

Các quy phạm xung đột của Trung Quốc có ở trong các văn bản pháp luật khác nhau, nhưng chủ yếu và cơ bản nhất vẫn là BLDS. BLDS Trung Quốc năm 1986 dành hẳn một chương riêng bao gồm 9 điều, từ Điều 142 đến Điều 150 quy định về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Những quy định trong Bộ luật này mang tính chất là nền tảng của TPQT nói chung và các quy phạm xung đột nói riêng của Trung Quốc. Đó là:

Những quy định chung như: nguyên tắc áp dụng pháp luật (Điều 142); vấn đề bảo lưu trật tự công cộng (Điều 150); vấn đề áp dụng pháp luật đối với công dân Trung Quốc định cư ở nước ngoài (Điều 143).

Những quy định về các vấn đề cụ thể như: quyền sở hữu bất động sản (Điều 144); hợp đồng (Điều 145); việc bồi thường thiệt hại (Điều 146); việc kết hôn và ly hôn (Điều 147); việc cấp dưỡng giữa vợ và chồng sau khi ly hôn (Điều 148); việc thừa kế (Điều 149).

Qua khảo cứu các quy phạm xung đột của Trung Quốc cho thấy: các quy phạm cơ bản và các quy phạm xung đột cụ thể có tập trung trong BLDS. Những hệ thuộc luật phổ biến, được nhiều nước áp dụng cũng được Trung Quốc sử dụng như: hệ thuộc luật nơi có tài sản để điều chỉnh quyền sở hữu bất động sản, hệ thuộc luật nơi xảy ra hành vi để giải quyết việc bồi thường thiệt hại....

- Québec (Canada)

Québec có BLDS rất đồ sộ, chia thành các quyển khác nhau, trong đó Quyển thứ mười về “Luật tư pháp quốc tế”. Trong Quyển thứ mười này (từ Điều 3076 đến Điều 3168) bao gồm bốn phần lớn, trong đó phần hai (từ Điều 3083 đến Điều 3133) là Phần về xung đột pháp luật. Phần này gồm hệ thống các quy phạm xung đột khá hoàn chỉnh, quy định về: xung đột pháp luật, bao gồm: địa vị và năng lực hành vi của cá nhân, pháp nhân (Điều 3083); không có năng lực hành vi (Điều 3085, 3086, 3087); quan hệ hôn nhân (Điều 3088, 3089); ly hôn (Điều 3090); truy nhận con, nhận con nuôi (Điều 3091, 3092, 3093); nghĩa vụ cấp dưỡng (Điều 3094, 3095, 3096); quan hệ tài sản (Điều 3097); quan hệ thừa kế (từ Điều 3098 đến Điều 3101); những bảo đảm đối với động sản (từ Điều 3102 đến Điều 3106); ủy thác (Điều 3107, 3108); những điều khoản chung về nghĩa vụ (từ Điều 3109 đến Điều 3113); mua bán (Điều 3114, 3115); đại diện (Điều 3116); hợp đồng mua bán hàng hóa (Điều 3117); hợp đồng lao động (Điều 3118); hợp đồng bảo hiểm phi hàng hải (Điều 3119); quyền yêu cầu (Điều 320); trọng tài (Điều 321); chế độ hôn nhân (Điều 3122, 3123, 3124); những quy định khác về nghĩa vụ (từ Điều 3125 đến Điều 3129); chứng cứ (Điều 3130); thủ tục (Điều 3132, 3133).

Qua khảo cứu các quy phạm xung đột của Québec (Canada) cho thấy:

+ Québec không có một đạo luật riêng, nhưng có một quyển riêng (Quyển thứ mười) trong BLDS về TPQT. Trong Quyển này có một phần riêng về xung đột pháp luật bao gồm 51 điều. Với một phần riêng về xung đột pháp luật góp phần làm cho tính hệ thống của các quy phạm xung đột tốt hơn. Đồng thời, với số lượng điều luật nhiều như vậy làm cho hệ thống quy phạm xung đột được đầy đủ và cụ thể để điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

+ Các quy phạm xung đột của Québec cũng sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến như: hệ thuộc luật nơi cư trú để xác định địa vị pháp lý và năng lực hành vi (Điều 3083); hệ thuộc luật nơi tồn tại tài sản để xác định quyền đối với tài sản (Điều 3097)....

+ Trong phần về xung đột pháp luật này của Québec có cả quy phạm xung đột về hợp đồng lao động (Điều 3118), hợp đồng bảo hiểm phi hàng hải (Điều 3119). Đây cũng là những quan hệ mang tính chất dân sự và cần phải được điều chỉnh bằng quy phạm xung đột.

- Pháp

Các quy phạm xung đột ở Pháp điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài có ở trong BLDS và các văn bản pháp luật khác, đặc biệt là còn có trong các án lệ (vì án lệ là một loại nguồn pháp luật quan trọng ở Pháp).

BLDS đã quy định một số quy phạm xung đột như: áp dụng hệ thuộc luật nơi có tài sản đối với bất động sản (Điều 3), hệ thuộc luật nhân thân đối người Pháp ở trong nước và cả ở nước ngoài (Điều 3); bảo lưu trật tự công cộng (Điều 6); xung đột pháp luật liên quan đến ly hôn và ly thân (Điều 310); xung đột pháp luật liên quan đến việc chứng minh quan hệ giữa cha mẹ và con cái (Điều 311- 14, 311- 15, 311- 16, 311- 17, 311- 18).

Qua khảo cứu BLDS của Pháp cho thấy rằng: có rất ít các quy phạm xung đột trong BLDS. Lý do của vấn đề này là: các quy phạm xung đột của Pháp chủ yếu có trong các án lệ. Chẳng hạn: án lệ liên quan đến trường hợp áp dụng PLNN như sau: khi pháp luật quốc gia (quy phạm xung đột) quy định thì thẩm phán có nghĩa vụ phải áp dụng PLNN; khi ĐUQT mà Pháp ký kết hoặc gia nhập có quy định thì thẩm phán có nghĩa vụ phải áp dụng các quy phạm xung đột trong ĐUQT; khi các bên chủ thể thỏa thuận lựa chọn áp dụng PLNN. Khi áp dụng PLNN, thẩm phán xét xử nội dung vụ việc có toàn quyền

giải thích nội dung của PLNN. Các bên đương sự có nghĩa vụ cung cấp chứng cứ về quy định của PLNN. Về hôn nhân: các điều kiện của việc kết hôn do pháp luật nhân thân (luật quốc tịch) của mỗi bên vợ chồng điều chỉnh; nghi thức kết hôn phải tuân theo pháp luật của nước nơi tiến hành hôn lễ; quyền yêu cầu xin ly hôn của công dân Pháp cư trú trên lãnh thổ Pháp do pháp luật của Pháp về trật tự công cộng điều chỉnh; việc ly hôn giữa những người có quốc tịch khác nhau do pháp luật của nước nơi thường trú chung của vợ chồng điều chỉnh, nếu vợ chồng mỗi người thường trú ở một nước khác nhau thì việc ly hôn sẽ do pháp luật của nước có ưu thế trong việc giải quyết ly hôn điều chỉnh.

Như vậy, các quy phạm xung đột của các nước trên thế giới có hình thức tồn tại rất khác nhau. Đó là: các quy phạm xung đột có tập trung trong một đạo luật chuyên biệt về TPQT (Nhật Bản, Thái Lan...) hoặc có trong BLDS và các văn bản pháp luật khác (Trung Quốc, Hà Lan...) hoặc có tập trung đầy đủ trong BLDS (Québec, Nga...) hoặc vừa có trong BLDS vừa có trong các án lệ (Pháp). Tuy hình thức tồn tại khác nhau, nhưng các nước đó có khá đầy đủ các quy phạm xung đột để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài. Một điều quan trọng hơn cả là nhìn chung các nước cũng sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến, phù hợp với tính chất của từng mối quan hệ cụ thể, được nhiều nước áp dụng. Điều này phản ánh tính hội nhập pháp luật rất cao của các quốc gia trong lĩnh vực TPQT.

1.5. Vị trí, vai trò của các quy phạm pháp luật xung đột trong hệ thống pháp luật Việt Nam

1.5.1. Vị trí của các quy phạm pháp luật xung đột trong hệ thống pháp luật Việt Nam

1.5.1.1. Các quy phạm xung đột là một bộ phận pháp luật không thể thiếu trong hệ thống pháp luật Việt Nam

Một vấn đề được đặt ra là trong hệ thống PLVN có cần các quy phạm xung đột không? Câu trả lời là rất cần thiết và các quy phạm xung đột là một bộ phận không thể thiếu được của hệ thống PLVN. Nếu thiếu các quy phạm xung đột thì một mảng quan hệ xã hội quan trọng không có pháp luật điều chỉnh. Hậu quả của tình trạng này là không nhỏ, quyền và lợi ích của công dân, tổ chức không được bảo vệ, các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại quốc tế bị cản trở sự phát triển, ảnh hưởng đến việc hội nhập của Việt Nam vào nền kinh tế thế giới và khu vực. Lý do của việc không thể thiếu các quy phạm xung đột trong hệ thống PLVN là:

Thứ nhất, hiện nay quá trình hội nhập và quốc tế hóa nhiều lĩnh vực của đời sống xã hội diễn ra rất mạnh mẽ mà Việt Nam không thể tách mình ra khỏi quy luật chung đó. Điều này làm cho quan hệ giữa Việt Nam với các quốc gia khác nói chung, giữa công dân, tổ chức của Việt Nam với công dân, tổ chức của các quốc gia khác nói riêng diễn ra rất mạnh mẽ. Hay nói cách khác, “kể từ khi Nhà nước thực hiện công cuộc đổi mới đất nước, hội nhập khu vực và quốc tế, thì yếu tố nước ngoài đã xâm nhập ngày càng mạnh mẽ vào các quan hệ xã hội” [35, tr.11]. Những mối quan hệ có yếu tố nước ngoài đòi hỏi phải được điều chỉnh bằng pháp luật.

Thứ hai, Việt Nam đã và đang thực hiện chính sách mở cửa, chủ động hội nhập với thế giới và khu vực làm cho các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại giữa công dân, tổ chức của Việt Nam với công dân, tổ chức của nước ngoài càng có điều kiện thuận lợi để phát triển mạnh mẽ. Cho nên, một công trình khoa học đã hoàn toàn có lý khi nhận định rằng: “Hội nhập quốc tế ngày càng trở nên sâu rộng, không những chỉ kéo theo quá trình xích lại gần nhau giữa các quốc gia, mà còn kéo theo sự xích lại gần nhau giữa các cá nhân, pháp nhân của các nước khác nhau” [35, tr.47].

Thứ ba, thực tế cho thấy, hiện nay có khoảng 3 triệu người Việt Nam đang ở nước ngoài, ngày càng có nhiều người nước ngoài đến Việt Nam đầu tư, kinh doanh, đi du lịch và cũng ngày càng có nhiều người Việt Nam đi lao động ở nước ngoài, đi du lịch hoặc đầu tư, kinh doanh ở nước ngoài, kết hôn với công dân nước ngoài. “Trong bối cảnh đó, đã làm gia tăng hết sức mạnh mẽ các giao lưu về dân sự có yếu tố nước ngoài đòi hỏi phải được pháp luật điều chỉnh” [33, tr.2].

Những lý do đó đòi hỏi phải có các quy định pháp luật cần thiết điều chỉnh những mối quan hệ có yếu tố nước ngoài phát sinh. Ngoài việc điều chỉnh bằng quy phạm thực chất, các mối quan hệ có yếu tố nước ngoài đó còn phải được điều chỉnh bằng các quy phạm xung đột như đã được phân tích ở trên. Xu hướng là các quy phạm xung đột trong hệ thống PLVN ngày càng đầy đủ và hoàn thiện để đáp ứng được với thực tế phát triển các quan hệ xã hội có yếu tố nước ngoài. Vì vậy, biểu hiện để chứng minh cho vấn đề này là: Việt Nam ban hành rất nhiều văn bản pháp luật có chứa các quy phạm xung đột như: Luật Hàng không dân dụng năm 1991, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, Bộ luật Hàng hải năm 2005, BLDS năm 2005, Nghị định số 138/2006/NĐ-CP ngày 15/11/2006 hướng dẫn thi hành các quy định của BLDS về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, Nghị định số 68/2002/NĐ-CP ngày 10- 7- 2002 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Hôn nhân và gia đình.... Bên cạnh các văn bản pháp luật trong nước, Việt Nam còn ký hơn chục HĐTTTP với các quốc gia, trong đó có rất nhiều các quy phạm xung đột điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

1.5.1.2. Các quy phạm xung đột tồn tại đan xen cùng với các quy phạm pháp luật khác trong các văn bản pháp luật khác nhau

Thực tiễn pháp lý của Việt Nam hiện nay cho thấy, các quy phạm xung đột không có tập trung trong một đạo luật chuyên biệt về TPQT như một số

nước trên thế giới (Nhật Bản, Đức...). Như nhiều nước trên thế giới, các quy phạm xung đột ở Việt Nam tồn tại rải rác trong các văn bản pháp luật về dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại, tổ tụng dân sự. Cụ thể: Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986 (đã hết hiệu lực) có chương 9, gồm 3 điều (Điều 52, 53, 54) quy định về quan hệ hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài; Pháp lệnh Hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài năm 1993 (đã hết hiệu lực), Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 có chương 11, gồm 7 điều (từ Điều 100 đến Điều 106) quy định về quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài; Bộ luật Hàng hải năm 1990 (Điều 4 và 5) (đã hết hiệu lực); Bộ luật Hàng hải năm 2005 (Điều 3 và 4); BLDS năm 1995 (đã hết hiệu lực) có Phần thứ bảy, gồm 13 điều (từ Điều 826 đến Điều 838) quy định về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài; BLDS năm 2005 có Phần thứ bảy, gồm 20 điều (từ Điều 758 đến Điều 777) quy định về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài....

Vậy vấn đề được đặt ra là tại sao cho đến hiện nay các quy phạm xung đột ở Việt Nam không tồn tại trong một đạo luật chuyên biệt về TPQT, mà lại tồn tại trong các văn bản pháp luật khác nhau. Theo nghiên cứu của tác giả thì vấn đề này có những lý do sau đây:

Một là, trước đây trong một thời gian khá dài (đến trước khi ban hành BLDS năm 2005), quan niệm về hệ thống pháp luật của Việt Nam cũng như nhiều nước XHCN khác bao gồm các ngành luật độc lập với nhau [40, tr.265], [66, tr.159], có ngành luật dân sự, ngành luật hình sự, ngành luật hôn nhân và gia đình, ngành luật kinh tế.... Với quan niệm đó thì các văn bản pháp luật thuộc từng ngành luật cũng phải độc lập với nhau, làm cho các quy phạm xung đột trong các văn bản đó cũng độc lập với nhau.

Hai là, Việt Nam thực hiện chính sách mở cửa, hội nhập với nền kinh tế khu vực và thế giới muộn so với nhiều nước khác nên TPQT của Việt Nam

cũng phát triển muộn. Ban đầu, trong từng lĩnh vực có các quy phạm xung đột, nhưng chưa đầy đủ hoặc còn tản mạn điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Càng về sau này, nhất là khi Việt Nam ban hành BLDS năm 1995, chúng ta mới có hệ thống các quy phạm xung đột theo đúng nghĩa của nó (tuy rằng vẫn còn nhiều hạn chế). Tiếp tục kế thừa thành tựu xây dựng và hoàn thiện PLVN nói chung, các văn bản của PLVN nói riêng, BLDS năm 2005 vẫn dành hẳn Phần thứ bảy bao gồm rất nhiều quy phạm xung đột quy định về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài và có một điểm đổi mới đáng kể là quan hệ dân sự trong BLDS này được hiểu theo nghĩa rộng, gồm cả quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại (Điều 1). Điều đó cũng có nghĩa rằng Phần thứ bảy BLDS được áp dụng đối với cả quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài. Nhưng không vì quan niệm như vậy mà ở thời điểm này chúng ta xây dựng một đạo luật chuyên biệt bao gồm hầu hết các quy phạm xung đột của TPQT. Khi bàn luận về Dự thảo BLDS năm 2005, PGS.TS. Luật học Đoàn Năng cho rằng: “Trong điều kiện nước ta hiện nay, mô hình hệ thống pháp luật dân sự có tính khả thi nhất là vẫn giữ lại BLDS, nhưng chỉ với vai trò quy định về những vấn đề chung nhất..., kết hợp với các quy định dân sự trong các luật, pháp lệnh chuyên ngành” [44, tr.39]. Khi bàn về hoàn thiện các quy định của BLDS về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, ThS. Luật học Nguyễn Tiến Vinh cho rằng: “Việc xây dựng một đạo luật riêng về TPQT... là một biện pháp không mang tính khả thi cao. Thực hiện theo cách này cũng sẽ làm xáo trộn nghiêm trọng hệ thống các văn bản hiện tồn” [70, tr.48].

Ba là, thực tiễn pháp lý quốc tế cho thấy rằng, tỉ lệ số quốc gia có đạo luật riêng về TPQT không phải là nhiều so với các quốc gia mà có các quy phạm xung đột tồn tại trong các văn bản pháp luật khác nhau, thậm chí cả trong án lệ. Hơn nữa, kể cả quốc gia có đạo luật riêng về TPQT cũng không bao quát

được hết tất cả các quy phạm xung đột trong tất cả các lĩnh vực, nên vẫn có những quy phạm xung đột chuyên biệt trong các văn bản pháp luật chuyên ngành. Chẳng hạn: Thái Lan có Đạo luật về xung đột pháp luật năm 1938; nhưng trong BLDS và thương mại vẫn có quy phạm xung đột nhất định, đó là: “Việc kết hôn tiến hành ở nước ngoài giữa các công dân Thái Lan với nhau hoặc giữa một công dân Thái Lan và một người nước ngoài, có thể được thực hiện theo đúng thể thức do pháp luật Thái Lan quy định hoặc do pháp luật của nước nơi tiến hành việc kết hôn đó quy định (Điều 1459). Đây cũng là một nguyên nhân tác động làm cho hiện tại Việt Nam không xây dựng một đạo luật riêng về TPQT, mà các quy phạm xung đột vẫn tồn tại đan xen cùng với các quy phạm pháp luật khác trong các văn bản pháp luật khác nhau.

1.5.1.3. Quá trình xây dựng và hoàn thiện các quy phạm xung đột không tách rời quá trình xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam nói chung

Các quy phạm xung đột và các quy phạm pháp luật khác trong hệ thống PLVN có mối quan hệ gắn bó với nhau, cho nên, quá trình xây dựng và hoàn thiện các quy phạm xung đột không tách rời quá trình xây dựng và hoàn thiện hệ thống PLVN nói chung. Cơ sở của vấn đề này là:

Thứ nhất, bản thân các mối quan hệ xã hội mà hệ thống pháp luật điều chỉnh, đặc biệt là các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại, tổ tụng dân sự không tách rời các mối quan hệ mang tính chất dân sự đó có yếu tố nước ngoài mà các quy phạm xung đột điều chỉnh (hoặc do có bên chủ thể cùng là công dân, tổ chức Việt Nam tham gia, hoặc tài sản là đối tượng của quan hệ tồn tại ở Việt Nam...). Khi đề cập đến vấn đề này, trong một đề tài nghiên cứu khoa học luật khẳng định: “TPQT Việt Nam và Luật dân sự Việt Nam có mối liên quan mật thiết và phụ thuộc lẫn nhau” [5, tr.10]. Điều này là hoàn toàn có lý và có cơ sở vững chắc cho sự tồn tại.

Thứ hai, giữa đường lối, chính sách đối nội và đường lối, chính sách đối ngoại của Việt Nam có mối quan hệ mật thiết với nhau. Đường lối, chính sách đối nội là cơ sở để xây dựng đường lối, chính sách đối ngoại; ngược lại, việc xây dựng đường lối, chính sách đối nội phải tính đến yếu tố quốc tế hiện nay. Hệ thống PLVN là phương tiện quan trọng nhất để thể hiện và thực hiện đường lối, chính sách đối nội và một phần đường lối, chính sách đối ngoại (đường lối, chính sách đối ngoại còn được thực hiện thông qua phương tiện cơ bản khác là các ĐUQT mà Việt Nam là thành viên). Trong hệ thống PLVN thì các quy phạm xung đột là bộ phận không thể thiếu và cũng phản ánh “một cách khách quan chính sách đối ngoại” [35, tr.12] của Việt Nam. Vì vậy mà giữa các quy phạm xung đột và hệ thống PLVN nói chung có mối quan hệ khăng khít và không tách rời nhau.

Thứ ba, Việt Nam đã và đang trong quá trình xây dựng Nhà nước pháp quyền. “Nhà nước pháp quyền của dân, do dân, vì dân... Nhà nước quản lý xã hội bằng pháp luật. Mọi cơ quan, tổ chức, cán bộ, công chức, mọi công dân có nghĩa vụ chấp hành Hiến pháp và pháp luật” [23, tr.131-132]. Đây là một chủ trương lớn của quá trình cải cách và hoàn thiện Nhà nước Việt Nam. Để xây dựng được Nhà nước pháp quyền Việt Nam thì một việc làm quan trọng trước hết là phải xây dựng và hoàn thiện hệ thống PLVN, trong đó từng lĩnh vực pháp luật cũng phải được xây dựng và hoàn thiện, bao gồm các quy phạm xung đột là một bộ phận không tách rời. Chính vì vậy mà trong thời gian vừa qua Nhà nước Việt Nam đã ban hành mới, sửa đổi, bổ sung hoặc hủy bỏ văn bản hiện hành về các lĩnh vực khác nhau, trong đó có các văn bản chứa đựng các quy phạm xung đột (chẳng hạn: ban hành Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 thay thế Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986, BLDS năm 2005 thay thế BLDS năm 1995, Bộ luật Hàng hải năm 2005 thay thế Bộ luật Hàng hải năm 1990, Luật Thương mại năm 2005 thay thế Luật Thương mại năm 1997...).

1.5.2. Vai trò của các quy phạm pháp luật xung đột trong hệ thống pháp luật Việt Nam

** Góp phần quan trọng trong việc điều chỉnh có hiệu quả quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan*

Các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan đến Việt Nam (do có công dân, tổ chức của Việt Nam tham gia quan hệ, tài sản là đối tượng của quan hệ tồn tại ở Việt Nam...) là một loại quan hệ xã hội cơ bản, quan trọng trong tổng thể các mối quan hệ xã hội ở Việt Nam cần được điều chỉnh bằng pháp luật. Các mối quan hệ có yếu tố nước ngoài này được điều chỉnh bằng cả hai loại quy phạm là: quy phạm xung đột và quy phạm thực chất, mà không thể thiếu một trong hai loại quy phạm đó. Giả thiết, nếu thiếu quy phạm xung đột - là loại quy phạm đặc trưng trong lĩnh vực TPQT thì khi đó không có quy phạm phù hợp để điều chỉnh, làm cho pháp luật không phù hợp với sự phát triển khách quan của quan hệ xã hội, ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của các bên chủ thể tham gia quan hệ, đến sự phát triển bình thường của loại quan hệ xã hội này. Cho nên, các quy phạm xung đột là bộ phận không thể thiếu của hệ thống PLVN và có vai trò không nhỏ là góp phần quan trọng trong việc điều chỉnh có hiệu quả quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan.

** Góp phần thúc đẩy việc thực hiện chính sách mở cửa và hội nhập của Việt Nam vào nền kinh tế khu vực và thế giới*

Để hội nhập vào nền kinh tế khu vực và thế giới đòi hỏi Việt Nam phải có một hệ thống pháp luật hoàn thiện, trong đó có hệ thống quy phạm xung đột. Hiện nay, Việt Nam đã có một hệ thống các quy phạm xung đột, trong đó phổ biến là các quy phạm xung đột hai chiều. Nhìn một cách tổng thể, đây là sự phản ánh phù hợp với thông lệ quốc tế trong việc điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, tuy rằng các quy phạm xung đột ở

Việt Nam còn có nhiều những bất cập cần được tiếp tục hoàn thiện. Lĩnh vực pháp luật điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài được hoàn thiện cũng là một lĩnh vực cần thiết để đáp ứng nhu cầu hội nhập vào nền kinh tế khu vực và thế giới của Việt Nam. “Thông qua đó, sẽ giúp cho nhiều người nước ngoài thuộc các quốc tịch khác nhau hiểu rõ hơn về chính sách, pháp luật của quốc gia. Điều đó gây ảnh hưởng tích cực đối với vị thế của quốc gia trên trường quốc tế” [33, tr.40-41].

** Tạo cơ sở pháp lý cho các cơ quan có thẩm quyền giải quyết các vụ việc mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài*

Như đã được đề cập, các quy phạm xung đột là một bộ phận không thể thiếu của hệ thống PLVN. Giả thiết, nếu thiếu các quy phạm xung đột điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài thì hệ quả là nhiều mối quan hệ xã hội cụ thể không có quy phạm phù hợp để điều chỉnh, không những thế khi cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ việc mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài sẽ thiếu cơ sở pháp lý để giải quyết. Trường hợp này không chỉ là các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam thiếu cơ sở pháp lý để giải quyết, mà các cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài cũng thiếu cơ sở pháp lý để giải quyết khi các cơ quan đó áp dụng quy phạm xung đột của nước ngoài dẫn chiếu đến hệ thống pháp luật của Việt Nam để áp dụng. Cho nên, việc có các quy phạm xung đột trong hệ thống PLVN là rất cần thiết, nó tạo cơ sở pháp lý cho các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cũng như cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài giải quyết các vụ việc về quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 1

1. Quy phạm xung đột là loại quy phạm pháp luật rất đặc thù, do loại quy phạm này không trực tiếp quy định quyền và nghĩa vụ, cũng như các biện pháp chế tài để điều chỉnh quan hệ xã hội, mà chỉ có chức năng xác định hệ thống pháp luật của một quốc gia nào đó được áp dụng để điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Quy phạm xung đột là rất cần thiết và tồn tại một cách khách quan, do quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài tồn tại, phát triển một cách khách quan, liên quan đến các quốc gia và hệ thống pháp luật của các quốc gia khác nhau; trong khi đó, mỗi quốc gia có phong tục, tập quán, truyền thống lịch sử, văn hóa, pháp lý khác nhau, trình độ phát triển kinh tế, xã hội khác nhau đòi hỏi phải được tôn trọng. Việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột có ưu điểm là: làm cho hệ thống pháp luật được áp dụng phù hợp với đặc điểm của từng mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể; góp phần tạo sự bình đẳng giữa các hệ thống pháp luật của các quốc gia trong việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Chính vì vậy, quy phạm xung đột có vai trò quan trọng trong việc điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, bảo vệ quyền và lợi ích của các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ; góp phần vào việc thực hiện chính sách mở cửa, hội nhập của một quốc gia vào nền kinh tế khu vực và thế giới.

2. Cùng với sự phát triển mạnh mẽ của các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài làm cho các quy phạm xung đột ở mỗi quốc gia rất nhiều, đa dạng, phong phú và hợp thành một hệ thống. Tuy ở mỗi quốc gia hệ thống quy phạm xung đột đó có các bộ phận cấu thành khác nhau, nhưng chúng tồn tại trong một chỉnh thể thống nhất với nhau, quan hệ tác động lẫn

nhau và hài hòa với nhau. Để bảo đảm điều đó, hệ thống quy phạm xung đột phải thỏa mãn những yêu cầu của nó là: yêu cầu về tính phù hợp; tính toàn diện; tính đồng bộ, thống nhất; tính ổn định; tính hiện đại, phù hợp với thực tiễn pháp lý và thông lệ quốc tế. Những yêu cầu này cũng chính là những tiêu chí để đánh giá thực trạng và đề ra phương hướng, giải pháp hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam.

3. Thực tiễn pháp lý của nước ngoài trong việc ban hành và áp dụng quy phạm xung đột cho thấy rằng:

- Về hình thức: các quy phạm xung đột của các nước trên thế giới có hình thức tồn tại rất khác nhau. Đó là: các quy phạm xung đột có tập trung trong một đạo luật chuyên biệt về TPQT (Nhật Bản, Thái Lan...) hoặc có trong BLDS và các văn bản pháp luật khác (Trung Quốc, Hà Lan...) hoặc có tập trung đầy đủ trong BLDS (Québec, Nga...) hoặc vừa có trong BLDS vừa có trong các án lệ (Pháp).

- Về nội dung: tuy hình thức tồn tại khác nhau, nhưng nhiều nước có khá đầy đủ các quy phạm xung đột để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài. Một điều quan trọng hơn cả là nhìn chung các nước cũng sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến, phù hợp với tính chất của từng mối quan hệ cụ thể, được nhiều nước áp dụng. Điều này phản ánh tính hội nhập pháp luật rất cao của các quốc gia trong lĩnh vực TPQT.

4. Ở Việt Nam, các quy phạm xung đột không tồn tại trong một đạo luật chuyên biệt, mà tồn tại đan xen cùng với các quy phạm pháp luật khác trong các văn bản pháp luật khác nhau. Hệ thống quy phạm xung đột là một bộ phận không thể thiếu của hệ thống PLVN, có mối quan hệ gắn bó, tương tác với hệ thống pháp luật Việt Nam nói chung. Cho nên, quá trình xây dựng và hoàn thiện hệ thống PLVN nói chung không thể tách rời và thiếu được việc xây

dựng và hoàn thiện hệ thống các quy phạm xung đột. Việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam là cần thiết khách quan nhằm: góp phần quan trọng trong việc điều chỉnh có hiệu quả quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, thúc đẩy việc thực hiện chính sách mở cửa và hội nhập của Việt Nam vào nền kinh tế khu vực và thế giới; đồng thời, tạo cơ sở pháp lý cho các cơ quan có thẩm quyền giải quyết các vụ việc mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

Chương 2

THỰC TRẠNG HỆ THỐNG QUY PHẠM PHÁP LUẬT XUNG ĐỘT Ở VIỆT NAM

2.1. Lịch sử phát triển các quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam

Trước khi nước ta thực hiện đường lối đổi mới (năm 1986), các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài giữa công dân, tổ chức của Việt Nam với công dân, tổ chức của các nước khác cũng chưa phát triển rộng rãi. Cho nên, nhu cầu xây dựng các quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ đó chưa nhiều, mới dừng lại ở số ít. Từ thực tiễn đó thì “việc xây dựng các quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các mối quan hệ cũng chưa trở thành vấn đề thu hút sự quan tâm hay chú ý đúng mức của các cơ quan nhà nước cũng như của các chuyên gia pháp luật” [42, tr.39]. Hơn nữa, trong thời gian này, chúng ta chỉ coi trọng việc áp dụng PLVN mà không coi trọng việc áp dụng PLNN nên các quy phạm xung đột được xây dựng chủ yếu là quy phạm xung đột một bên với quy định bắt buộc phải áp dụng Việt Nam với các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Các quy phạm xung đột đó có trong các văn bản pháp luật như: Thông tư số 11/TATC ngày 12- 7- 1974 của TANDTC về thủ tục giải quyết vấn đề ly hôn có yếu tố nước ngoài; Quyết định số 122/CP ngày 25- 4- 1977 của Hội đồng Chính phủ về chính sách đối với người nước ngoài cư trú và làm ăn sinh sống ở Việt Nam; Thông tư liên bộ Bộ Ngoại giao, Bộ Nội vụ số 178/LB-NG-NV ngày 25- 5- 1977 hướng dẫn thi hành Quyết định số 122/CP ngày 25- 4- 1977, Điều lệ về đầu tư nước ngoài năm 1977....

Tuy nhiên, ở góc độ quan hệ quốc tế, trong giai đoạn này, Việt Nam và các nước trong hệ thống XHCN đã ký được 6 HĐTTTP có chứa các quy phạm xung đột hai chiều - quy phạm không quy định bắt buộc phải áp dụng PLVN

mà chỉ đặt ra những nguyên tắc chung xác định pháp luật của một nước nào đó được áp dụng, có thể là PLVN hoặc có thể là PLNN, làm cho PLNN cũng được áp dụng để điều chỉnh quan hệ. Những HĐTTTP đó là: HĐTTTP và pháp lý giữa Việt Nam và Cộng hòa dân chủ Đức năm 1980; HĐTTTP và pháp lý về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự giữa Việt Nam và Liên bang Xô Viết năm 1981; HĐTTTP và pháp lý về dân sự và hình sự giữa Việt Nam và Tiệp Khắc năm 1982; HĐTTTP về các vấn đề dân sự, gia đình, lao động và hình sự giữa Việt Nam và Cu Ba năm 1984; HĐTTTP về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự giữa Việt Nam và Hunggari năm 1985; HĐTTTP về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự giữa Việt Nam và Bungari năm 1986.

Nhưng từ khi nước ta thực hiện đường lối đổi mới vào năm 1986, chính sách mở rộng giao lưu và hợp tác với các nước trên thế giới về các lĩnh vực kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội, khoa học và kỹ thuật được quan tâm và ngày càng phát triển. Đó là điều kiện rất thuận lợi để các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài giữa công dân, tổ chức của Việt Nam với công dân, tổ chức của các nước khác ngày càng phát triển. Cùng với thực tiễn đó, Nhà nước ta cũng ngày càng quan tâm hơn đến việc điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, trong đó có các quy phạm xung đột và xu hướng ngày càng có nhiều quy phạm xung đột hai chiều (quy phạm chỉ quy định nguyên tắc xác định hệ thống pháp luật của một quốc gia nào đó được áp dụng để bảo đảm phù hợp với thực tiễn khách quan của các mối quan hệ xã hội). Các quy phạm xung đột có trong rất nhiều văn bản pháp luật khác nhau như: Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986, Bộ luật Hàng hải năm 1990, Luật Hàng không dân dụng năm 1991, Pháp lệnh Hợp đồng dân sự năm 1991, Pháp lệnh Quyền và nghĩa vụ của tổ chức, cá nhân nước ngoài thuê đất tại Việt Nam năm 1994, Pháp lệnh Hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài năm 1993, Nghị định số 184-CP ngày 30/11/1994 quy định

về thủ tục kết hôn, nhận con ngoài giá thú, nuôi con nuôi, nhận đỡ đầu giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài....

Các quy phạm xung đột ở Việt Nam phát triển một cách rõ nét nhất và mang tính hệ thống so với trước kể từ khi nước ta ban hành BLDS năm 1995. Trong Bộ luật này có hẳn Phần thứ bảy, bao gồm 13 điều quy định về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, trong đó có rất nhiều quy phạm xung đột có tính nền tảng. Tuy Phần thứ bảy BLDS năm 1995 còn có nhiều hạn chế, nhưng có thể coi đây như là một đạo luật về TPQT thu nhỏ của Việt Nam, là “một thành tựu đáng ghi nhận trong lý luận và thực tiễn pháp luật nước ta” [58, tr.332] và là “một bước tiến quan trọng trong quá trình xây dựng các quy phạm xung đột ở nước ta” [42, tr.43]. “Có thể nói rằng, đây là lần đầu tiên ở Việt Nam một lĩnh vực quan hệ quan trọng nhất của TPQT Việt Nam được điều chỉnh một cách tương đối toàn diện” [54, tr.65]. Đánh giá về vai trò của BLDS nói chung và Phần thứ bảy nói riêng đối với TPQT Việt Nam, một công trình khoa học khác về TPQT cho rằng: “BLDS Việt Nam năm 1995 không những đánh dấu mốc phát triển vượt bậc của quá trình pháp điển hóa pháp luật ở Việt Nam mà còn là một mốc son ghi nhận bước phát triển quan trọng của TPQT Việt Nam” [17, tr.25]. Trong BLDS năm 1995 ngoài những quy định chung về TPQT như: nguyên tắc áp dụng PLVN, ĐƯQT, TQQT, PLNN, căn cứ chọn pháp luật áp dụng đối với người không quốc tịch hoặc người nước ngoài có nhiều quốc tịch; còn có các quy phạm xung đột điều chỉnh những vấn đề như: năng lực pháp luật và năng lực hành vi của người nước ngoài, năng lực pháp luật của pháp nhân nước ngoài, quyền sở hữu, hợp đồng dân sự, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp và chuyển giao công nghệ có yếu tố nước ngoài. Nhằm mục đích cụ thể, chi tiết hóa Phần thứ bảy BLDS năm 1995, Chính phủ ban hành Nghị định số 60/CP ngày 06/6/1997 hướng dẫn thi hành các quy định của BLDS về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

Ngoài BLDS năm 1995, Nhà nước ta còn ban hành nhiều văn bản pháp luật chuyên ngành khác có chứa các quy phạm xung đột để điều chỉnh các quan hệ xã hội trong các lĩnh vực chuyên ngành có yếu tố nước ngoài, đó là: Luật Thương mại năm 1997, Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 2000, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, BLTTDS năm 2004, Bộ luật Hàng hải năm 2005, Nghị định số 68/CP ngày 10/7/2002 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 về quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài. Với việc ban hành các văn bản pháp luật chuyên ngành có chứa các quy phạm xung đột, chúng ta có thể khẳng định rằng, các quy phạm xung đột ở Việt Nam có xu hướng ngày càng đầy đủ để đáp ứng việc điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài trong thực tiễn.

Bên cạnh các văn bản pháp luật trong nước, các quy phạm xung đột còn có trong các ĐUQT giữa Việt Nam với nước ngoài để điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan như: HĐTTTP giữa Việt Nam và Lào năm 1998, giữa Việt Nam và Liên bang Nga năm 1998, giữa Việt Nam và Ucraina năm 2000, giữa Việt Nam và Mông Cổ năm 2000, giữa Việt Nam và Bê-la-rút năm 2000, giữa Việt Nam và Cộng hòa dân chủ nhân dân Triều Tiên năm 2002; HĐHT về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Pháp năm 2000, giữa Việt Nam và Đan Mạch năm 2003, giữa Việt Nam và Italia năm 2003, giữa Việt Nam và Ai-len năm 2003, giữa Việt Nam và Thụy Điển năm 2004, giữa Việt Nam và Cộng đồng nói tiếng Pháp Vương quốc Bỉ năm 2005, giữa Việt Nam và Cộng đồng nói tiếng Đức Vương quốc Bỉ năm 2005, giữa Việt Nam và Cộng đồng nói tiếng Hà Lan Vương quốc Bỉ năm 2005, giữa Việt Nam và Hoa Kỳ năm 2005, giữa Việt Nam và Canada năm 2005, giữa Việt Nam và Québec năm 2005, giữa Việt Nam và Thụy Sĩ năm 2005, giữa Việt Nam và Britishcolumbo năm 2007.

Thực tiễn pháp lý cho thấy rằng, bên cạnh những kết quả đạt được, pháp luật luôn còn có những bất cập so với thực tiễn cuộc sống. Đối với TPQT của nước ta cũng vậy, nhất là khi đây là lĩnh vực pháp luật mới được quan tâm và phát triển muộn ở Việt Nam. Chính vì vậy, các quy phạm xung đột ở Việt Nam tuy ngày càng được quan tâm xây dựng, nhưng còn có những bất cập như chồng chéo, mâu thuẫn, có những mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài nhưng không có quy phạm xung đột để điều chỉnh. Chẳng hạn: trong BLDS năm 1995, có những mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài không có quy phạm xung đột điều chỉnh như: quan hệ thừa kế, quan hệ về việc tuyên bố một người mất tích hoặc chết; hoặc trong Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 không có quy phạm xung đột điều chỉnh quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng, quan hệ giữa cha mẹ và con. Bên cạnh đó, một điểm bất cập khá lớn của hệ thống pháp luật nói chung là sự tách biệt không đáng có giữa các văn bản pháp luật về dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại nên làm cho các quy phạm xung đột cũng tách biệt và ảnh hưởng đến tính hệ thống của nó. Nhằm mục đích khắc phục những nhược điểm đó của hệ thống pháp luật nói chung, pháp luật dân sự và TPQT của Việt Nam nói riêng, BLDS năm 1995 cần được sửa đổi. Một trong những quan điểm cơ bản về vấn đề này là: “Sửa đổi BLDS theo hướng BLDS là đạo luật chung để điều chỉnh các quan hệ xã hội được xác lập trên nguyên tắc bình đẳng, thỏa thuận, tự nguyện và tự chịu trách nhiệm giữa các chủ thể. Các nguyên tắc, quy định chung của BLDS là cơ sở để xây dựng các chế định pháp lý điều chỉnh trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình, kinh tế-thương mại, lao động” [72, tr.12-13]. Vì vậy, BLDS Việt Nam năm 2005 đã được ban hành. Trong Bộ luật này, Phần thứ bảy bao gồm 20 điều quy định về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Tuy rằng còn có không ít những bất cập, nhưng các quy phạm xung đột trong phần này có những hoàn thiện hơn so với BLDS năm 1995 và điều quan trọng

hơn: đây còn là cơ sở để điều chỉnh các quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài.

Tóm lại, các quy phạm pháp luật xung đột điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài ngày càng được quan tâm xây dựng ở Việt Nam. Trước khi Việt Nam thực hiện đường lối đổi mới vào năm 1986, các quy phạm xung đột ở nước ta có rất ít, chủ yếu là các quy phạm xung đột một chiều, quy định bắt buộc phải áp dụng PLVN đối với quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Trong giai đoạn này cũng có các quy phạm xung đột hai chiều, nhưng chỉ có trong một số HĐTTTP giữa Việt Nam với các nước. Sau khi Việt Nam thực hiện đường lối đổi mới, các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài ngày càng được quan tâm và có điều kiện thuận lợi để phát triển, nên các quy phạm xung đột được xây dựng ngày càng nhiều và có trong tất cả các lĩnh vực dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài. Không chỉ nhiều về mặt số lượng các quy phạm xung đột cần thiết, mà các quy phạm xung đột đã dần hình thành một hệ thống. Một dấu ấn quan trọng đánh dấu tính hệ thống của các quy phạm xung đột ở Việt Nam là khi BLDS năm 1995 được ban hành, trong đó có Phần thứ bảy, bao gồm nhiều quy phạm xung đột mang tính nền tảng, nguyên tắc điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Một sự phát triển quan trọng hơn nữa của các quy phạm xung đột ở Việt Nam là khi BLDS năm 2005 được ban hành. Trên cơ sở BLDS này, ngày 15/11/2006 Chính phủ đã ban hành Nghị định số 138/2006/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành các quy định của BLDS về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. BLDS năm 2005 không chỉ phát triển về số lượng các quy phạm xung đột cần thiết so với BLDS năm 1995, mà còn tạo nền tảng tốt hơn cho hệ thống các quy phạm xung đột khi BLDS quy định quan hệ dân sự gồm cả quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại.

2.2. Thực trạng các quy phạm pháp luật xung đột trong một số văn bản pháp luật Việt Nam

2.2.1. Các quy phạm pháp luật xung đột trong các văn bản pháp luật về dân sự

2.2.1.1. Những ưu điểm của các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật dân sự

** Các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật dân sự ngày càng được bổ sung hoàn thiện*

Sau một thời gian thực hiện chính sách đổi mới, Nhà nước ta rất quan tâm đến việc xây dựng và ban hành BLDS, vì đây là đạo luật rất quan trọng trong việc điều chỉnh đời sống dân sự của các cá nhân, tổ chức. Trong cơ cấu của BLDS, một trong những phần cơ bản của nó là phần về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Đây là Phần thứ bảy của BLDS năm 1995, bao gồm 13 điều. Phần này có những quy định về: khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài; áp dụng pháp luật dân sự Việt Nam, ĐUQT, TQQT và PLNN; nguyên tắc áp dụng PLNN và TQQT; căn cứ chọn pháp luật áp dụng đối với người không quốc tịch hoặc người nước ngoài có nhiều quốc tịch nước ngoài; năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự của người nước ngoài; năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài; quyền sở hữu tài sản; hợp đồng dân sự; quyền tác giả; quyền sở hữu công nghiệp và chuyển giao công nghệ. Trên cơ sở BLDS năm 1995, ngày 06/6/1997 Chính phủ ban hành Nghị định số 60/CP hướng dẫn thi hành các quy định của BLDS về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Nghị định này bao gồm 15 điều. Nhìn một cách tổng thể các quy định đó chỉ điều chỉnh một số loại quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài nhất định, “không đủ đáp ứng các yêu cầu do thực tiễn đặt ra” [35, tr.6]. “Một số quy định trong BLDS không còn phù hợp với thực tế. Qua nghiên cứu và khảo sát thực tế cho thấy, một số quy định trong BLDS đã bị lạc hậu so với sự phát triển kinh

tế - xã hội hiện nay” [72, tr.10]. Do vậy, việc sửa đổi, bổ sung BLDS năm 1995 nói chung và sửa đổi, bổ sung Phần thứ bảy BLDS về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là “yêu cầu bức thiết xuất phát từ chính sự phát triển nội tại của đất nước chúng ta trong giai đoạn mới, trong đó có việc thực hiện chủ trương hội nhập kinh tế quốc tế của Đảng và Nhà nước gắn liền và phục vụ đắc lực cho mục tiêu dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ, văn minh” [58, tr.330]. Để đáp ứng yêu cầu do thực tiễn đặt ra, ngày 14/6/2005 Quốc hội đã thông qua BLDS năm 2005 thay thế cho BLDS năm 1995. BLDS năm 2005 cũng dành cả Phần thứ bảy quy định về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, bao gồm 20 điều, từ Điều 758 đến Điều 777. Trên cơ sở BLDS năm 2005, ngày 15/11/2006 Chính phủ ban hành Nghị định số 138/2006/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành các quy định của BLDS về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Trong Phần thứ bảy BLDS đã bổ sung thêm nhiều quy phạm xung đột mới để điều chỉnh những mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể như: quy phạm xung đột về việc xác định người không có, mất hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự; xác định người mất tích hoặc chết; xác định quyền sở hữu đối với tàu bay dân dụng và tàu biển tại Việt Nam; thừa kế theo pháp luật, thừa kế theo di chúc; hình thức hợp đồng liên quan đến việc xây dựng hoặc chuyển giao quyền sở hữu công trình, nhà cửa và các bất động sản khác trên lãnh thổ Việt Nam; giao kết hợp đồng dân sự vắng mặt; giao dịch dân sự đơn phương; quyền đối với giống cây trồng và vấn đề khởi kiện đối với các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài.

** Các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật dân sự ngày càng giữ vai trò quan trọng trong hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam.*

Vai trò quan trọng của các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật dân sự được biểu hiện ở những khía cạnh sau đây:

Một là, các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật dân sự điều chỉnh những mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài rất cơ bản, quan trọng và thường có liên quan, ảnh hưởng đến các mối quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài. Những mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài đó là: năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự của người nước ngoài; năng lực pháp luật dân sự của pháp nhân nước ngoài; quyền sở hữu tài sản; thừa kế; hợp đồng dân sự.... Khi đánh giá về BLDS, về quan hệ dân sự, tác giả luận án cũng rất tán đồng với quan điểm cho rằng: “Một trong các tiêu chí quan trọng nhất làm cho BLDS khẳng định được đúng vị trí của nó là tính ổn định, bởi quan hệ dân sự là loại quan hệ về cơ bản rất ít thay đổi” [29, tr.8].

Hai là, kể từ khi ban hành BLDS năm 2005, các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật dân sự giữ vai trò là các quy phạm xung đột gốc, làm cơ sở cho việc xây dựng và thực hiện các quy phạm xung đột trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài. Bởi vì, trên cơ sở Điều 1 BLDS năm 2005 quy định về phạm vi điều chỉnh của BLDS, Khoản 1 Điều 3 Nghị định của Chính phủ số 138/2006/NĐ-CP ngày 15/11/2006 quy định: “Quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là:

a) Các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại và lao động có ít nhất một trong các bên tham gia là cơ quan, tổ chức, cá nhân nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài;

b) Các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại và lao động mà các bên tham gia là công dân, tổ chức Việt Nam, nhưng căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt theo PLNN, phát sinh ở nước ngoài hoặc tài sản liên quan đến quan hệ đó ở nước ngoài”.

Đây là một ưu điểm rất quan trọng của các quy phạm xung đột trong hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam hiện nay. Nó có ý nghĩa lý luận và thực

tiền rất lớn, đồng thời góp phần quan trọng bảo đảm tính hệ thống của các quy phạm xung đột ở Việt Nam. Chẳng hạn: khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được quy định tại Điều 758 BLDS năm 2005 được coi là công thức pháp lý để xác định quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài.

** Các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật dân sự sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến đã được thực tiễn kiểm nghiệm trong việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài ở các nước trên thế giới*

Qua khảo cứu BLDS năm 1995 và BLDS năm 2005 cũng như các nghị định hướng dẫn thi hành hai Bộ luật này về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, tác giả thấy rằng, những hệ thuộc luật được sử dụng là những hệ thuộc luật phổ biến được nhiều nước áp dụng từ lâu trong thực tiễn điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài phát sinh. Một vài dẫn chứng về các hệ thuộc luật phổ biến trong các văn bản pháp luật dân sự Việt Nam là:

- Hệ thuộc luật quốc tịch được sử dụng để xác định năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự của người nước ngoài (Điều 761 và Điều 762 BLDS Việt Nam năm 2005). Hệ thuộc luật quốc tịch cũng đã được Điều 3 Luật về áp dụng pháp luật của Nhật Bản năm 1898 và Điều 10 Luật về xung đột pháp luật của Thái Lan năm 1938 sử dụng để xác định năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự của người nước ngoài.

- Hệ thuộc luật lựa chọn được sử dụng để xác định tính hợp pháp về nội dung của hợp đồng (Điều 770 BLDS Việt Nam năm 2005). Hệ thuộc luật lựa chọn cũng đã được Điều 145 BLDS Trung Quốc năm 1986, Điều 13 Luật về xung đột pháp luật của Thái Lan năm 1938 và Điều 3 Công ước Rome về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng năm 1980 sử dụng để xác định tính hợp pháp về nội dung của hợp đồng.

- Hệ thuộc luật nơi tồn tại tài sản được sử dụng để giải quyết quan hệ đối với bất động sản (Khoản 2 Điều 767 BLDS Việt Nam năm 2005). Hệ thuộc luật nơi tồn tại tài sản cũng đã được Điều 144 BLDS Trung Quốc năm 1986, Khoản 1 Điều 15 Luật về áp dụng pháp luật của Nhật Bản năm 1898 và Điều 3 BLDS Pháp năm 1804 sử dụng để giải quyết quan hệ đối với bất động sản.

Điều này có những ý nghĩa quan trọng như: *một là*, làm cho quy phạm xung đột được sử dụng phù hợp với thực tiễn các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, đáp ứng được việc điều chỉnh các mối quan hệ này; *hai là*, tạo điều kiện thuận lợi trong việc áp dụng pháp luật khi giao dịch dân sự giữa công dân, tổ chức của Việt Nam và công dân, tổ chức của nước ngoài mà pháp luật của Việt Nam và pháp luật của nước ngoài đó đều cùng sử dụng một hệ thuộc luật để điều chỉnh giao dịch tương ứng; *ba là*, bảo đảm tính tương thích giữa PLVN và thực tiễn pháp lý quốc tế trong quá trình hội nhập quốc tế diễn ra mạnh mẽ như hiện nay.

2.2.1.2. Những hạn chế của các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật dân sự

Bên cạnh những ưu điểm, các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật dân sự còn có không ít những hạn chế, đó là:

** Vẫn thiếu những quy phạm xung đột trực tiếp quy định về chính sách tư pháp quốc tế*

Các quy phạm xung đột điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể chỉ có thể phát huy được hiệu quả khi có đầy đủ quy phạm quy định những vấn đề thuộc về chính sách TPQT của quốc gia. Những vấn đề thuộc về chính sách TPQT của quốc gia mang tính chất là nền tảng, đó là: vấn đề áp dụng PLNN, TQQT và ĐUQT; bảo lưu trật tự công cộng; dẫn chiếu ngược trở lại và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba....

- Đối với vấn đề dẫn chiếu: trong khoa học và thực tiễn TPQT ở nhiều quốc gia thì vấn đề dẫn chiếu gồm hai loại là:

+ Dẫn chiếu ngược trở lại (Renvoi I): là trường hợp quy phạm xung đột của quốc gia này dẫn chiếu tới pháp luật của quốc gia khác để áp dụng, quy phạm xung đột của quốc gia đó lại dẫn chiếu ngược trở lại để áp dụng. Ví dụ: công dân Việt Nam ký hợp đồng dân sự với công dân Trung Quốc đang định cư ở Việt Nam. Vấn đề trước tiên là xác định năng lực hành vi dân sự của các bên chủ thể. Quy phạm xung đột của Việt Nam quy định: “Năng lực hành vi dân sự của cá nhân là người nước ngoài được xác định theo pháp luật của nước mà người đó là công dân, trừ trường hợp pháp luật CHXHCN Việt Nam có quy định khác” (Khoản 1 Điều 762 BLDS năm 2005). Theo quy định này, năng lực hành vi dân sự của công dân Trung Quốc được xác định theo pháp luật Trung Quốc. Nhưng quy phạm xung đột của Trung Quốc lại quy định: “Trường hợp công dân Trung Quốc định cư ở nước ngoài, năng lực hành vi dân sự của công dân này được xác định theo pháp luật nước công dân này cư trú” (Điều 143 BLDS Trung Quốc năm 1986). Như vậy, theo quy định này thì quy phạm xung đột của Trung Quốc dẫn chiếu ngược trở lại PLVN để áp dụng.

+ Dẫn chiếu tới pháp luật nước thứ ba (Renvoi II): là trường hợp quy phạm xung đột của quốc gia này tới chiếu tới pháp luật của quốc gia khác để áp dụng, quy phạm xung đột của quốc gia đó lại dẫn chiếu tới pháp luật của quốc gia thứ ba để áp dụng. Ví dụ: công dân Việt Nam ký hợp đồng dân sự với công dân Trung Quốc đang định cư ở Hoa Kỳ. Vấn đề trước tiên là xác định năng lực hành vi dân sự của các bên chủ thể tham gia hợp đồng. Theo quy định của Khoản 1 Điều 762 BLDS Việt Nam (như đã được đề cập ở trên) thì quy phạm xung đột của Việt Nam dẫn chiếu tới pháp luật của Trung Quốc để áp dụng. Nhưng theo quy định của Điều 143 của BLDS Trung Quốc (đã đề cập ở trên)

thì quy phạm xung đột của Trung Quốc lại dẫn chiếu tới pháp luật của Hoa Kỳ để áp dụng, vì công dân Trung Quốc đang định cư ở Hoa Kỳ.

Vấn đề dẫn chiếu là một trong những vấn đề cơ bản thuộc chính sách TPQT của mỗi quốc gia. Bởi vì, việc dẫn chiếu là vấn đề cốt lõi của quy phạm xung đột và ảnh hưởng lớn đến việc áp dụng PLNN. Chẳng hạn: quan điểm của một quốc gia được thể hiện trong pháp luật cho rằng khi quy phạm xung đột dẫn chiếu tới pháp luật của một quốc gia nào đó là chỉ dẫn chiếu tới luật thực chất của quốc gia đó mà thôi (tức là phủ nhận dẫn chiếu ngược trở lại và dẫn chiếu tới pháp luật nước thứ ba) thì chỉ áp dụng pháp luật của quốc gia được quy phạm xung đột dẫn chiếu tới mà không áp dụng pháp luật của bất kỳ quốc gia nào khác. Nhưng nếu quan điểm của một quốc gia lại được thể hiện trong pháp luật cho rằng khi quy phạm xung đột dẫn chiếu tới pháp luật của một quốc gia nào đó là dẫn chiếu tới toàn bộ hệ thống pháp luật bao gồm cả luật thực chất và luật xung đột của quốc gia đó (tức là thừa nhận dẫn chiếu ngược trở lại và dẫn chiếu tới pháp luật nước thứ ba) thì trong trường hợp này pháp luật được áp dụng rất có thể không phải là pháp luật của quốc gia được dẫn chiếu đầu tiên đó mà có thể là quay trở lại pháp luật của quốc gia có quy phạm xung đột dẫn chiếu ban đầu hoặc có thể là pháp luật của nước thứ ba được áp dụng theo sự chỉ dẫn của quy phạm xung đột. Chính điều này làm cho trong thực tiễn có quan điểm phê phán vấn đề dẫn chiếu rằng: “nó có thể dẫn đến một vòng tròn không kết thúc” [75, tr.3].

Vấn đề dẫn chiếu ngược trở lại và dẫn chiếu tới pháp luật nước thứ ba theo thực tiễn trên thế giới còn có những khác nhau nhất định. Tuy nhiên, quan điểm phổ biến trên thế giới hiện nay cho rằng, quy phạm xung đột dẫn chiếu đến PLNN là dẫn chiếu tới cả hệ thống PLNN, bao gồm cả các quy phạm thực chất và quy phạm xung đột của nước ngoài đó. Do đó, quan điểm chấp nhận

dẫn chiếu ngược trở lại và dẫn chiếu tới pháp luật nước thứ ba cũng là phổ biến.

Theo PLVN, vấn đề dẫn chiếu ngược trở lại đã được quy định cụ thể trong BLDS năm 2005. Quy định đó là: “Trong trường hợp Bộ luật này, các văn bản pháp luật khác của CHXHCN Việt Nam hoặc ĐUQT mà CHXHCN Việt Nam là thành viên dẫn chiếu đến việc áp dụng PLNN thì pháp luật của nước đó được áp dụng, nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật CHXHCN Việt Nam; trong trường hợp pháp luật nước đó dẫn chiếu trở lại pháp luật CHXHCN Việt Nam thì áp dụng pháp luật CHXHCN Việt Nam” (Khoản 3 Điều 759 BLDS năm 2005).

Tuy nhiên, vấn đề dẫn chiếu đến pháp luật của nước thứ ba chưa được quy định trong BLDS năm 2005. Vấn đề này làm ảnh hưởng đến tính toàn diện của hệ thống quy phạm xung đột. Theo tinh thần của PLVN, quy phạm xung đột của Việt Nam dẫn chiếu tới PLNN bao gồm cả các quy phạm thực chất và quy phạm xung đột, nhưng nếu quy phạm xung đột của nước ngoài đó không dẫn chiếu ngược trở lại PLVN mà dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba để áp dụng thì chúng ta không có căn cứ để áp dụng. Vấn đề này sẽ gây khó khăn cho các cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ việc cũng như các cá nhân, tổ chức là chủ thể của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Vấn đề dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba chỉ được quy định trong Nghị định của Chính phủ số 60/CP ngày 06/6/1997 hướng dẫn thi hành các quy định của BLDS năm 1995 về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, đó là: “nếu pháp luật của nước ngoài đó dẫn chiếu đến pháp luật của nước thứ ba thì áp dụng pháp luật của nước thứ ba” (Khoản 3 Điều 5). Nhưng trong Nghị định của Chính phủ số 138/2006/NĐ-CP ngày 15/11/2006 quy định chi tiết thi hành các quy định của BLDS năm 2005 về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thay thế cho Nghị định số 60/CP ngày 06/6/1997 lại không có một quy định nào về vấn đề

dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba. Đây là điểm thật lùì đáng kể của PLVN trong vấn đề này, ảnh hưởng lớn đến việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể.

- Vấn đề dẫn chiếu tới pháp luật của nước có nhiều hệ thống pháp luật: cũng là một vấn đề quan trọng trong chính sách TPQT. Hiện nay, PLVN không có điều khoản nào quy định về trường hợp này, làm cho trong nhiều trường hợp khi quy phạm xung đột của Việt Nam dẫn chiếu tới PLNN mà nước ngoài đó có nhiều hệ thống pháp luật thì các bên chủ thể cũng như cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ việc không thể áp dụng pháp luật. Thực tiễn quốc tế cho thấy, có không ít nước có nhiều hệ thống pháp luật khác nhau, thường đó là những nước liên bang (chẳng hạn, Liên bang Nga: ngoài hệ thống pháp luật của Liên bang Nga còn có hệ thống pháp luật của từng nước cộng hòa trong Liên bang Nga). Bên cạnh đó, ở những nước có vùng (khu vực) tự trị cũng có nhiều hệ thống pháp luật khác nhau (chẳng hạn, ở Canada, Québec là khu vực tự trị có BLDS riêng, có hệ thống các quy phạm xung đột riêng, trong khi đó Canada cũng có BLDS, có hệ thống các quy phạm xung đột). Để giải quyết trường hợp này, cần có quy định xác định hệ thống pháp luật cụ thể được áp dụng. Chẳng hạn, Luật về áp dụng pháp luật của Nhật Bản năm 1898 quy định: “Trong trường hợp một người có quốc tịch của một nước mà có nhiều vùng có pháp luật khác nhau thì pháp luật quốc gia sẽ là pháp luật do pháp luật của quốc gia này dẫn chiếu đến, trường hợp không có dẫn chiếu này thì là pháp luật của vùng mà người này có quan hệ gần gũi nhất” (Khoản 3 Điều 28).

- Đối với vấn đề bảo lưu trật tự công cộng: theo thực tiễn pháp luật của các quốc gia, vấn đề bảo lưu trật tự công cộng luôn được đặt ra khi xem xét vấn đề áp dụng PLNN. Trong trường hợp này, tuy rằng quy phạm pháp luật xung đột dẫn chiếu đến việc áp dụng PLNN nhưng PLNN không được áp dụng vì trái với nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng. Nhưng vấn đề bảo lưu trật tự

công cộng không có một tiêu chí chung duy nhất và cũng không có một cách hiểu thống nhất trên thế giới. Về mặt thuật ngữ, vấn đề này là: public policy (Anh), ordre public (Pháp), oeffentliche Ordnung (Đức), oyake no chitsujomata ha zenryo no fuzoku (Nhật), các nguyên tắc cơ bản của pháp luật (Việt Nam). Việc giải thích về nội dung, phạm vi của trật tự công cộng ở các nước khác nhau là khác nhau. Nhưng một vấn đề chung rất cần được chú ý là vấn đề trật tự công cộng cần được sử dụng một cách thận trọng. Bởi vì, vấn đề trật tự công cộng “có thể phá hoại toàn bộ cơ sở lý luận của xung đột pháp luật” [78, tr.25]. Vấn đề thẩm quyền giải thích trật tự công cộng ở các nước cũng khác nhau. Chẳng hạn, ở Anh, luật nước ngoài sẽ không được áp dụng, nếu luật nước ngoài hoặc hậu quả của việc áp dụng luật đó trái với chính sách công của Anh và tòa án Anh có đầy đủ thẩm quyền để từ chối công nhận hoặc áp dụng luật nước ngoài [78, tr.23]. Hoặc ở Trung Quốc “Việc áp dụng PLNN hoặc TQQT theo quy định tại Chương này không được vi phạm lợi ích công cộng của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa” (Điều 150 BLDS Trung Quốc năm 1986). Còn ở Nhật Bản thì có quy định: “Trường hợp vụ việc được điều chỉnh bởi PLNN mà việc áp dụng các quy định của PLNN đó trái với trật tự công cộng thì các quy định đó sẽ không được áp dụng” (Điều 33 Luật về áp dụng pháp luật của Nhật Bản năm 1898).

Hiện tại, BLDS Việt Nam năm 2005 không có một điều riêng quy định về vấn đề bảo lưu trật tự công cộng, trong khi đó BLDS năm 1995 có một điều riêng là Điều 828. Từ thực tế đó dẫn đến những quy định liên quan đến bảo lưu trật tự công cộng có rải rác trong các quy định khác nhau là: Khoản 3 và Khoản 4 Điều 759, Điều 776. Quy định theo cách thức như vậy không bảo đảm sự tập trung, thống nhất, tạo ra sự rườm rà trong các quy phạm pháp luật. Thực tiễn pháp lý quốc tế cho thấy rằng, pháp luật của nhiều quốc gia thường có một điều riêng quy định về vấn đề bảo lưu trật tự công cộng (Chẳng hạn: Điều 150

BLDS Trung Quốc, Điều 33 Luật về áp dụng pháp luật của Nhật Bản, Điều 5 Luật về xung đột pháp luật của Thái Lan, Điều 6 BLDS Pháp...).

Nhân đề cập đến vấn đề bảo lưu trật tự công cộng, tác giả luận án trình bày luôn vấn đề này được quy định trong các văn bản khác của Việt Nam điều chỉnh quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài, bởi vì ở góc độ khoa học vấn đề bảo lưu trật tự công cộng là thống nhất ở một quốc gia. Hiện tại ở Việt Nam, việc quy định về vấn đề bảo lưu trật tự công cộng còn rất không thống nhất trong các văn bản pháp luật [8, tr.61-66]. Nhưng trong thời gian gần đây các văn bản pháp luật được ban hành đã dần có xu hướng thống nhất ở vấn đề: *các nguyên tắc cơ bản của PLVN* (Chẳng hạn: Khoản 2 Điều 5 Luật Thương mại năm 2005; Khoản 3, Khoản 4 Điều 759 và Điều 776 BLDS năm 2005). Tuy nhiên, nội dung và phạm vi của vấn đề bảo lưu trật tự công cộng ở Việt Nam còn khá khác nhau. Cụ thể là: *nếu việc áp dụng và hậu quả của việc áp dụng PLNN* trái với các nguyên tắc cơ bản của PLVN (BLDS năm 2005) hoặc *nếu PLNN* trái với các nguyên tắc cơ bản của PLVN (Luật Thương mại năm 2005) hoặc *nếu việc áp dụng PLNN* trái với các nguyên tắc quy định trong Luật này (Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000). Trong quá trình xây dựng một số văn bản PLVN gần đây, vấn đề bảo lưu trật tự công cộng cũng có quan điểm cho rằng cần sử dụng cụm thuật ngữ “*trật tự công cộng*” trong các văn bản để tương thích và thống nhất với cách sử dụng thuật ngữ trên thế giới. Nhưng quan điểm này đã không được chấp nhận vì lý do “đó là một thuật ngữ mới mẻ, chưa được sử dụng trong các văn bản pháp luật thực định của chúng ta” [36, tr.56]. Hơn nữa trong đa số văn bản PLVN hiện nay có quy định về vấn đề bảo lưu trật tự công cộng chúng ta sử dụng phổ biến là thuật ngữ “*các nguyên tắc cơ bản của PLVN*” nên quan điểm cần giữ nguyên các quy định như hiện nay của Việt Nam là hợp lý hơn cả. Nhưng dù quy định theo cách nào thì điều quan trọng tiếp theo là thực hiện quy

định về vấn đề bảo lưu trật tự công cộng trong thực tiễn. Muốn thực hiện quy định này thì vấn đề rất quan trọng là cần có sự giải thích của toà án. Về vai trò giải thích pháp luật của toà án, nhà luật học Võ Trí Hào cho rằng: “Toà án luôn có vai trò lớn trong việc giải thích pháp luật qua các Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán và các Công văn của TAND tối cao” [27, tr.4], thế nhưng “Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán TAND tối cao vẫn chưa đáp ứng đủ nhu cầu giải thích pháp luật trong hoạt động xét xử” [27, tr.4]. Ngoài việc giải thích pháp luật nói chung của toà án, theo tác giả luận án, việc giải thích về vấn đề bảo lưu trật tự công cộng là vấn đề còn khá mới ở Việt Nam. Cho nên, trong thời gian tới cần nâng cao hơn nữa vai trò giải thích pháp luật của toà án và cần có quy định cụ thể: “tòa án có quyền từ chối công nhận hoặc áp dụng PLNN nếu PLNN hoặc hậu quả của việc áp dụng PLNN trái với các nguyên tắc cơ bản của PLVN”.

- Vấn đề áp dụng TQQT: “Trong trường hợp quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài không được Bộ luật này, các văn bản pháp luật khác của CHXHCN Việt Nam, ĐUQT mà CHXHCN Việt Nam là thành viên hoặc hợp đồng dân sự giữa các bên điều chỉnh thì áp dụng TQQT, nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật CHXHCN Việt Nam” (Khoản 4 Điều 759 BLDS năm 2005).

Theo quy định đó, TQQT chỉ được áp dụng khi quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài không được BLDS, các văn bản pháp luật khác của Việt Nam, ĐUQT mà Việt Nam là thành viên hoặc hợp đồng dân sự giữa các bên điều chỉnh. Các bên chủ thể không có quyền thoả thuận lựa chọn áp dụng TQQT. Quy định như vậy là quá hẹp, chưa phù hợp hoàn toàn với thực tiễn của quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, “TQQT chỉ có thể là nguồn có tính chất bổ trợ, cuối cùng” [71, tr.55]. “Đây là một điểm còn khiếm khuyết của BLDS năm 2005” [11, tr.25]. Trong khi đó, đối với giao dịch dân sự (đặc biệt là hợp đồng)

có yếu tố nước ngoài thì sự tự do ý chí của các bên chủ thể trong giao dịch là rất quan trọng và “cần phải được tôn trọng một cách tối đa” [71, tr.56]. Chính vì thế, đoạn 2 của Khoản 3 Điều 759 BLDS năm 2005 quy định cho phép các bên trong hợp đồng có yếu tố nước ngoài có quyền thỏa thuận áp dụng PLNN, nhưng Khoản 4 của Điều 759 lại không có quy định các bên chủ thể hợp đồng có quyền thỏa thuận áp dụng TQQT. Cho nên, đối với quan hệ hợp đồng có yếu tố nước ngoài PLVN nên có quy định các bên chủ thể có quyền thỏa thuận áp dụng TQQT, Tác giả luận án cũng rất tán đồng với quan điểm của thạc sỹ luật học Nguyễn Tiến Vinh cho rằng: “quyền tự do lựa chọn TQQT cần phải được thừa nhận tương tự như quyền tự do lựa chọn PLNN” [71, tr.56]. Về vấn đề này, trong pháp luật thực định về thương mại của Việt Nam cũng đã có quy định. Luật Thương mại năm 2005 cho phép các bên chủ thể có quyền thỏa thuận áp dụng TQQT, đó là: “Các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được thỏa thuận áp dụng PLNN, tập quán thương mại quốc tế nếu PLNN, tập quán thương mại quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của PLVN” (Khoản 2 Điều 5 Luật Thương mại năm 2005). Quy định này của Luật Thương mại năm 2005 là hoàn toàn cần thiết và phù hợp với thực tiễn.

** Tất cả các quy phạm xung đột ở Việt Nam hợp thành một hệ thống quy phạm xung đột và các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật dân sự cũng hợp thành một hệ thống nhỏ trong hệ thống lớn các quy phạm xung đột. Nhưng xét ở tính hệ thống và những yêu cầu của hệ thống quy phạm xung đột thì còn có những quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật dân sự chưa bảo đảm những yêu cầu của hệ thống quy phạm xung đột. Cụ thể là:*

- Đối với yêu cầu về tính phù hợp:

+ Vấn đề thỏa thuận áp dụng PLNN: “PLNN cũng được áp dụng trong trường hợp các bên có thỏa thuận trong hợp đồng, nếu sự thỏa thuận đó không trái với quy định của Bộ luật này và các văn bản pháp luật khác của CHXHCN

Việt Nam” (Khoản 3 Điều 759 BLDS năm 2005). Tuy nhiên, quy định này cũng cho thấy rằng: “quyền lựa chọn pháp luật áp dụng của các bên chủ thể tham gia hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài khó có thể thực hiện được vì quy định: sự thỏa thuận áp dụng PLNN (được hiểu ở đây là nội dung PLNN do các bên thỏa thuận) phải không trái với quy định của BLDS và các văn bản pháp luật khác của Việt Nam. Quy định kiểu này dễ dẫn đến vô hiệu hoá quyền lựa chọn PLNN áp dụng của các bên chủ thể trong hợp đồng. Bởi vì, nội dung cụ thể của PLNN trái với quy định của BLDS và các văn bản pháp luật khác của Việt Nam là khá phổ biến và rất bình thường” [9, tr.76]. Ngoài ra, điểm bất cập của quy định về các bên chủ thể trong hợp đồng thỏa thuận áp dụng PLNN là chỉ đặt ra vấn đề “nếu sự thỏa thuận đó không trái với quy định của Bộ luật này và các văn bản pháp luật khác của CHXHCN Việt Nam” mà không đặt ra vấn đề nếu sự thỏa thuận đó không trái với quy định của ĐUQT mà Việt Nam là thành viên, trong khi đó, trong thực tiễn sự thỏa thuận lựa chọn pháp luật của các bên chủ thể rất có thể trái với ĐUQT mà Việt Nam là thành viên. Do đó, cần bổ sung thêm quy định về trường hợp này.

Thực tiễn pháp lý quốc tế cho thấy rằng, pháp luật của nhiều nước không quy định theo cách thức và nội dung như vậy. Thông thường pháp luật các nước quy định: “các bên chủ thể có quyền thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng” trong một điều, khoản của văn bản (Chẳng hạn: Điều 145 BLDS Trung Quốc năm 1986, Khoản 1 Điều 7 Luật về áp dụng pháp luật của Nhật Bản năm 1898, Điều 13 Luật về xung đột pháp luật của Thái Lan năm 1938...). Tất nhiên, việc thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng của các bên chủ thể phải có giới hạn, bảo đảm không trái với trật tự công cộng (nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng) theo quy định của mỗi quốc gia. Thế thì pháp luật do các bên chủ thể thỏa thuận lựa chọn chỉ bị loại trừ trong trường hợp trái với trật tự công cộng của một quốc gia. Quy định như vậy là phù hợp cả với lý luận và thực

tiến pháp lý của TPQT. Cho nên, nếu trong BLDS có một điều riêng quy định về vấn đề bảo lưu trật tự công cộng thì trong đoạn 2 của Khoản 3 Điều 759 BLDS không cần quy định cụ thể: “nếu sự thỏa thuận đó không trái với quy định của Bộ luật này và các văn bản pháp luật khác của CHXHCN Việt Nam”.

+ Vấn đề về căn cứ áp dụng pháp luật đối với người không quốc tịch: “Trong trường hợp Bộ luật này hoặc các văn bản pháp luật khác của CHXHCN Việt Nam dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật của nước mà người nước ngoài là công dân thì pháp luật áp dụng đối với người không quốc tịch là pháp luật của nước nơi người đó cư trú; nếu người đó không có nơi cư trú thì áp dụng pháp luật CHXHCN Việt Nam” (Khoản 1 Điều 760 BLDS năm 2005). Trong trường hợp này, hệ thuộc luật nơi cư trú được ưu tiên áp dụng. Nhưng hệ thuộc này cũng sẽ gặp khó khăn khi áp dụng pháp luật trong trường hợp người không quốc tịch có từ hai nơi cư trú trở lên (chẳng hạn: thường trú hoặc cư trú thường xuyên ở một nước, nhưng đang cư trú ở nước khác một thời gian nhất định do nhu cầu đi du lịch, kinh doanh...). Dem so sánh quy định này với quy định của Khoản 1 Điều 829 BLDS năm 1995 thì thấy quy định của BLDS năm 1995 khả thi hơn vì sử dụng hệ thuộc luật của nước “nơi người đó thường trú”. Ngoài ra, xét về kỹ thuật lập pháp, BLDS năm 2005 quy định “nếu người đó không có nơi cư trú” là giả tưởng, bởi trong bất kỳ trường hợp nào người không quốc tịch cũng phải cư trú ở một nước nào đó. Cũng về vấn đề này, Điều 29 Luật về áp dụng pháp luật của Nhật Bản năm 1898 quy định rất cụ thể, phù hợp với thực tiễn quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Quy định đó là: “1. Trong trường hợp luật nơi cư trú thường xuyên của một người sẽ điều chỉnh nhưng nơi cư trú thường xuyên của người đó không xác định được thì luật của nước nơi người đó đang cư trú sẽ điều chỉnh.

2. Trường hợp một người có hai hoặc nhiều nơi cư trú thường xuyên thì luật của nước nơi người đó cư trú thường xuyên và có quan hệ gần gũi nhất sẽ điều chỉnh”.

Vì vậy, trong trường hợp này, theo kinh nghiệm quốc tế thì: “Nơi cư trú được thay thế bằng nơi cư trú thường xuyên” [76, tr.3] hoặc nơi thường trú để giải quyết xung đột pháp luật.

+ Vấn đề về hợp đồng dân sự: BLDS năm 2005 cũng như BLDS năm 1995 có ưu điểm rất lớn là ưu tiên áp dụng hệ thuộc luật do các bên chủ thể lựa chọn để xác định quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng. Quy định này phù hợp với thực tiễn pháp lý và thông lệ quốc tế. Quy định đó là: “Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thỏa thuận khác” (Khoản 1 Điều 769 BLDS năm 2005). Tuy nhiên, điểm bất cập đáng chú ý của BLDS năm 2005 cũng như BLDS năm 1995 về vấn đề này là không có quy định xác định trong trường hợp các bên chủ thể có thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng thì chỉ gồm các quy phạm thực chất hay gồm cả các quy phạm xung đột. Nếu PLNN do các bên chủ thể trong hợp đồng thỏa thuận lựa chọn được xác định gồm cả các quy phạm pháp luật xung đột thì có nghĩa là chúng ta chấp nhận dẫn chiếu tiếp. Trường hợp này là hoàn toàn bất lợi đối với các bên chủ thể trong hợp đồng. Tiến sỹ luật học Đỗ Văn Đại cũng đã hoàn toàn có lý khi đưa ra nhận định trong trường hợp này là: khi đó “sẽ làm đảo lộn những dự tính của các bên khi họ thỏa thuận chọn pháp luật áp dụng cho hợp đồng” [19, tr.68]. Trong khi đó, trong thực tiễn, khi các bên chủ thể của hợp đồng thỏa thuận lựa chọn pháp luật của một nước nào đó để áp dụng, họ chỉ lựa chọn những quy phạm thực chất, trực tiếp xác định quyền, nghĩa vụ và có thể cả các biện pháp chế tài kèm theo để điều chỉnh quan hệ hợp đồng. Do vậy, giải pháp để khắc phục bất cập này là

chúng ta nên phủ nhận dẫn chiếu tiếp trong trường hợp các bên chủ thể có thỏa thuận lựa chọn pháp luật điều chỉnh hợp đồng.

+ Vấn đề về quyền tác giả có yếu tố nước ngoài: nội dung quy định về vấn đề này về cơ bản vẫn giữ như quy định của BLDS năm 1995 mà không có sự sửa đổi nào, ngoài trừ việc thay cụm từ “ĐUQT mà CHXHCN Việt Nam ký kết hoặc tham gia” bằng cụm từ “ĐUQT mà CHXHCN Việt Nam là thành viên”. Quy định đó là: “Quyền tác giả của người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài đối với tác phẩm lần đầu tiên được công bố, phổ biến tại Việt Nam hoặc được sáng tạo và thể hiện dưới hình thức nhất định tại Việt Nam được bảo hộ theo quy định của pháp luật CHXHCN Việt Nam và ĐUQT mà CHXHCN Việt Nam là thành viên” (Điều 774 BLDS năm 2005). Sự bất hợp lý của quy định này thể hiện: mới chỉ quy định về hai điều kiện quan trọng nhất để quyền tác giả của người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài được bảo hộ theo PLVN là: tác phẩm lần đầu tiên được công bố, phổ biến tại Việt Nam hoặc được sáng tạo và thể hiện dưới hình thức nhất định tại Việt Nam. Ngoài hai điều kiện đó, để quyền tác giả được bảo hộ theo PLVN còn phải tuân thủ rất nhiều điều kiện về nội dung và thủ tục khác. Với lý do đó, quy định trên mất đi tính thực tế áp dụng [70, tr.50].

- *Yêu cầu về tính đồng bộ, thống nhất:*

+ Khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài: “Quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là quan hệ dân sự có ít nhất một trong các bên tham gia là cơ quan, tổ chức, cá nhân nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài hoặc là các quan hệ dân sự giữa các bên tham gia là công dân, tổ chức Việt Nam nhưng căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó theo PLNN, phát sinh tại nước ngoài hoặc tài sản liên quan đến quan hệ đó ở nước ngoài” (Điều 758 BLDS năm 2005). Quy định đó còn có những điểm không đồng bộ, thống nhất với các quy định khác là: việc sử dụng thuật ngữ “cơ quan” là thừa (vì cơ quan

là một loại tổ chức) và không ăn nhập với các phần sau (không có một quy định nào khác trong phần thứ VII BLDS sử dụng thuật ngữ này); việc sử dụng thuật ngữ “cá nhân nước ngoài” cũng khác biệt so với các quy định khác (thuật ngữ phổ biến được sử dụng là “người nước ngoài”). Đồng thời, cụm từ “căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó theo PLNN” là khó hiểu [56, tr.34], không rõ nghĩa và thừa. Một vấn đề được đặt ra là: như thế nào là căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ theo PLNN. Đây là một sự sao chép Khoản 2 Điều 405 BLTTDS năm 2004 khi quy định khái niệm vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài và trước đó nữa là Khoản 14 Điều 8 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 khi quy định khái niệm quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài. Thực ra, yếu tố nước ngoài ở đây là: “căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ phát sinh tại nước ngoài” là phù hợp với lý luận của TPQT, được thừa nhận rộng rãi và rõ nghĩa, dễ dàng xác định. Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 không quy định yếu tố này, nhưng đến Khoản 2 Điều 405 BLTTDS và Điều 758 BLDS đã quy định đây là một yếu tố nước ngoài.

Ở nhiều nước, trong các văn bản pháp luật quy định về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài không có quy định về khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài (Pháp, Nhật, Thái Lan...). Một trong những lý do của nó là, khi giải quyết vụ việc tòa án là cơ quan có thẩm quyền xác định đâu là quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Tuy nhiên, trong BLDS Việt Nam có quy định về khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài cũng rất cần thiết là tạo sự thuận lợi cho việc thực hiện pháp luật trong thực tiễn, nhất là khi ở Việt Nam, hiện tại tòa án không có thẩm quyền giải thích pháp luật thông qua các án lệ.

+ Vấn đề áp dụng pháp luật dân sự Việt Nam: “Các quy định của pháp luật dân sự CHXHCN Việt Nam được áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, trừ trường hợp Bộ luật này có quy định khác” (Khoản 1 Điều 759 BLDS năm 2005). Quy định đó cũng giống như quy định tại khoản 1 Điều

827 BLDS năm 1995 mà không có một sửa đổi nào. Quy định: “trừ trường hợp Bộ luật này có quy định khác” làm cho các chủ thể gặp khó khăn khi phải thực hiện pháp luật trong thực tiễn. Trong khi đó, chúng ta có thể xác định được một cách rõ ràng luôn “trường hợp Bộ luật này có quy định khác”, đó là: Khoản 2, Khoản 3 và Khoản 4 của Điều 759. Cho nên, cần quy định cụ thể là: “trừ trường hợp được quy định tại Khoản 2, Khoản 3 và Khoản 4 Điều này”. Hơn nữa, quy định của Khoản 1 Điều 759 còn có phần không phù hợp với quy định tại Khoản 3 Điều 2 của BLDS năm 2005. Quy định đó là: “BLDS được áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, trừ trường hợp ĐUQT mà Việt Nam là thành viên có quy định khác”. Hai quy định đó về cùng một vấn đề: áp dụng PLVN đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là không cần thiết. Sự không phù hợp của hai quy định đó còn thể hiện: Khoản 3 Điều 2 thì quy định: “BLDS”, còn Khoản 1 Điều 759 thì quy định “Pháp luật dân sự CHXHCN Việt Nam” – là rộng hơn BLDS, gồm cả các văn bản dưới luật, hướng dẫn, chi tiết thi hành “BLDS”. Đồng thời, theo Khoản 3 Điều 2 thì chỉ “trừ trường hợp ĐUQT mà Việt Nam là thành viên có quy định khác”, trong khi đó theo tinh thần của Khoản 1 Điều 759 thì “trừ trường hợp Bộ luật này có quy định khác” là rộng hơn.

Ngoài ra, ngay Khoản 1 Điều 759 sử dụng thuật ngữ cũng không ăn khớp nhau, cụ thể: về trước là thuật ngữ “các quy định của pháp luật dân sự”, còn về sau là thuật ngữ “Bộ luật này”. Nếu theo quy định của Khoản 1 Điều 759 thì các văn bản pháp luật khác về dân sự của Việt Nam có quy định khác cũng không cần tính đến. Hơn nữa, các quy định khác trong phần VII BLDS sử dụng phổ biến thuật ngữ “pháp luật CHXHCN Việt Nam”, tức là cả hệ thống PLVN. Vấn đề này phù hợp với khoa học về tư pháp quốc tế nói chung, bởi vì, khi pháp luật của một quốc gia được áp dụng để điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là toàn bộ hệ thống pháp luật của quốc gia đó, chứ không

phải là một văn bản pháp luật cụ thể [17, tr.85-89], [41, tr.51-59], [60, tr.236-243].

+ Vấn đề áp dụng ĐUQT: nội dung và cách thiết kế điều khoản của BLDS năm 2005 về vấn đề này cũng giống như BLDS năm 1995 (chỉ trừ việc thay cụm từ “ĐUQT mà CHXHCN Việt Nam ký kết hoặc tham gia” bằng cụm từ “ĐUQT mà Việt Nam là thành viên”. Khoản 2 Điều 759 BLDS năm 2005 quy định: “Trong trường hợp ĐUQT mà CHXHCN Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của Bộ luật này thì áp dụng quy định của ĐUQT đó”. Bên cạnh đó, Khoản 3 Điều 2 BLDS năm 2005 cũng quy định: “BLDS được áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, trừ trường hợp ĐUQT mà CHXHCN Việt Nam là thành viên có quy định khác”. Hai điều khoản này là trái ngược nhau về mặt vị trí và cần được hoán đổi cho nhau [66, tr.53], bởi vì, Khoản 3 Điều 2 quy định về hiệu lực của BLDS đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì đặt ở phần hiệu lực của BLDS (Điều 2), còn Khoản 2 Điều 759 quy định về hiệu lực của BLDS nói chung thì lại đặt ở phần quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài (Phần thứ bảy).

Như vậy, ĐUQT được áp dụng vì để bảo đảm nguyên tắc ưu tiên thực hiện các cam kết quốc tế. Trong thực tiễn quốc tế hiện nay, ĐUQT còn có thể được áp dụng trong trường hợp các bên chủ thể của hợp đồng thoả thuận lựa chọn áp dụng ĐUQT. BLDS Việt Nam không có quy định về việc các bên chủ thể có quyền thoả thuận lựa chọn áp dụng ĐUQT, mà chỉ có quyền thoả thuận lựa chọn áp dụng PLNN (Khoản 3 Điều 759). “Đây là một điểm còn hạn chế của PLVN. Do vậy, về nguyên tắc, theo PLVN các bên không có quyền lựa chọn ĐUQT liên quan đến quan hệ giữa các bên để áp dụng” [9, tr.77].

+ Vấn đề động sản đang trên đường vận chuyển: đối với động sản đang trên đường vận chuyển thì BLDS Việt Nam áp dụng hệ thuộc luật nơi động sản chuyển đến, nếu không có thoả thuận khác. Trong khi đó, những nước có nền

kinh tế phát triển thì thường áp dụng hệ thuộc luật của nước nơi động sản được chuyển đi. Nhưng trong một đề tài khoa học đã đưa ra nhận định về vấn đề này dựa trên sự phát triển của nền kinh tế Việt Nam như sau: “đối với Việt Nam, trong 10 năm tới, nhìn về tổng quát vẫn là nước đang phát triển nên vẫn có sự mất cân đối giữa nhập khẩu và xuất khẩu (nhập siêu), nên việc áp dụng “Luật nơi động sản được chuyển đến” là phù hợp với hoàn cảnh thực tiễn của Việt Nam và cũng là phù hợp với thông lệ quốc tế” [35, tr.71-72]. Vì vậy, khoản 2 Điều 766 BLDS năm 2005 quy định: “Quyền sở hữu đối với động sản trên đường vận chuyển được xác định theo pháp luật của nước nơi động sản được chuyển đến, nếu không có thoả thuận khác”. Tuy nhiên, quy định này có những điểm còn chưa rõ và không chặt chẽ ở chỗ: “đường vận chuyển” có thể là chỉ trên lãnh thổ của một quốc gia và có thể là trên đường vận chuyển quốc tế; trong trường hợp nơi động sản được chuyển đến thuộc hai quốc gia khác nhau mà các bên không có thỏa thuận khác thì không thể xác định được pháp luật áp dụng trong trường hợp này.

+ Vấn đề về hợp đồng dân sự: được quy định tại Điều 769 BLDS. Điểm bất cập của Điều 769 là: tên của Điều này là “hợp đồng dân sự” nhưng những quy định cụ thể thì không bao quát hết những vấn đề về hợp đồng dân sự. Để tương thích với Điều 770 quy định về hình thức của hợp đồng dân sự thì Điều 769 cần có tên là “nội dung của hợp đồng dân sự” và khoản 1 của Điều này cần thay cụm từ “quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng” bằng “nội dung của hợp đồng” để tương thích và bao quát hơn.

+ Vấn đề bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng: hành vi gây thiệt hại ngoài hợp đồng có yếu tố nước ngoài diễn ra cũng khá phổ biến và đòi hỏi phải được điều chỉnh bằng pháp luật. BLDS nước ta cũng như pháp luật quốc tế và pháp luật của nhiều quốc gia đã sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến để điều chỉnh vấn đề này, đó là: luật của nước nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi

phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại. BLDS quy định: “Việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại” (Khoản 1 Điều 773 BLDS năm 2005). Tuy nhiên, điểm bất cập không nhỏ của quy định đó là: không xác định ưu tiên hệ thuộc luật nào trước trong hai hệ thuộc đó. Điều này gây rất nhiều khó khăn cho việc thực hiện pháp luật trong thực tiễn, trong nhiều trường hợp rất dễ nảy sinh tranh chấp giữa các bên chủ thể khi hành vi gây thiệt hại ở quốc gia này nhưng hậu quả thực tế lại phát sinh ở quốc gia khác.

Ngoài ra, vấn đề tàu bay, tàu biển gây ra thiệt hại: áp dụng hệ thuộc luật của nước mà tàu bay, tàu biển mang quốc tịch, cụ thể là: “Việc bồi thường thiệt hại do tàu bay, tàu biển gây ra ở không phận quốc tế hoặc biển cả được xác định theo pháp luật của nước mà tàu bay, tàu biển mang quốc tịch, trừ trường hợp pháp luật về hàng không dân dụng và pháp luật về hàng hải của Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam có quy định khác” (Khoản 2 Điều 773 BLDS năm 2005). Quy định này cũng có điểm bất cập không nhỏ ở chỗ: nếu các tàu bay hoặc các tàu biển mang các quốc tịch khác nhau va chạm nhau gây thiệt hại thì không xác định được pháp luật áp dụng trong trường hợp này.

+ Vấn đề chuyển giao công nghệ có yếu tố nước ngoài: là một nội dung được bổ sung thêm cả việc tuân theo PLNN so với BLDS năm 1995. Quy định cụ thể là: “Việc chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, pháp nhân Việt Nam với người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài, việc chuyển giao công nghệ từ nước ngoài vào Việt Nam và từ Việt Nam ra nước ngoài, phải tuân theo quy định của Bộ luật này, các văn bản pháp luật khác của Việt Nam về chuyển giao công nghệ và ĐUQT mà Việt Nam là thành viên hoặc pháp luật của nước ngoài, nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật CHXHCN Việt Nam” (Điều 776 BLDS năm 2005). Theo

quy định đó thì việc chuyển giao công nghệ có yếu tố nước ngoài hoặc là tuân theo quy định của PLVN và ĐUQT mà Việt Nam là thành viên hoặc tuân theo quy định của PLNN. Trong trường hợp này các bên chủ thể gián tiếp có quyền lựa chọn một trong hai loại pháp luật đó để áp dụng vì quy định sử dụng cụm từ “hoặc”. Nếu các bên chủ thể áp dụng PLNN thì không cần phải tuân theo PLVN và ĐUQT mà Việt Nam là thành viên nữa, trong khi đó việc chuyển giao công nghệ liên quan đến Việt Nam là rất quan trọng đối với Việt Nam đòi hỏi phải tuân theo PLVN và ĐUQT mà Việt Nam là thành viên. Cho nên, đây là một lỗ hổng trong xây dựng pháp luật, đáng ra chúng ta cần thiết kế quy phạm này theo cách khác để bảo đảm PLVN phải được áp dụng, ngoài ra PLNN cũng có thể được áp dụng.

Một điểm đáng chú ý được thể hiện trong Nghị định số 138/2006/NĐ-CP ngày 15/11/2006 khi Nghị định này có nội dung hướng dẫn Điều 776 của BLDS. Theo quy định của Nghị định đó thì các bên chủ thể trong hợp đồng có quyền thỏa thuận áp dụng PLNN để điều chỉnh việc chuyển giao công nghệ có yếu tố nước ngoài. Thực ra, Nghị định số 138/2006/NĐ-CP không cần quy định về vấn đề này vì trong BLDS đã có quy định chung về việc các bên chủ thể hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài có quyền thỏa thuận áp dụng PLNN. Vì vậy, PLVN chỉ được áp dụng khi các bên trong hợp đồng không có thỏa thuận áp dụng PLNN hoặc các ĐUQT mà Việt Nam là thành viên không có quy định điều chỉnh việc chuyển giao công nghệ có yếu tố nước ngoài. Điều 20 của Nghị định 138 quy định: “Trong trường hợp các bên không thỏa thuận trong hợp đồng về việc áp dụng PLNN hoặc các ĐUQT mà Việt Nam là thành viên không có quy định điều chỉnh việc chuyển giao công nghệ, thì việc chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, pháp nhân Việt Nam với cá nhân, pháp nhân nước ngoài, việc chuyển giao công nghệ từ nước ngoài vào Việt Nam và từ Việt Nam ra nước ngoài phải tuân theo các quy định từ Điều 754 đến Điều

757 của BLDS, các quy định có liên quan của Luật Chuyển giao công nghệ và các văn bản pháp luật khác có liên quan của Việt Nam”.

2.2.2. Các quy phạm pháp luật xung đột trong các văn bản pháp luật về hôn nhân và gia đình

Cùng với quá trình mở rộng giao lưu, hợp tác quốc tế, các quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài ngày càng phát triển đa dạng, phức tạp [34, tr.47] và “việc điều chỉnh các mối quan hệ đó trở thành một yêu cầu quan trọng đối với mỗi quốc gia trong cộng đồng quốc tế” [65, tr.45]. Nhằm góp phần vào việc điều chỉnh có hiệu quả mối quan hệ này, ngày 09/6/2000 Quốc hội Việt Nam đã thông qua Luật Hôn nhân và gia đình mới thay thế cho Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986; Pháp lệnh Hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài năm 1993 cũng hết hiệu lực khi Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 có hiệu lực vào ngày 01/01/2001. Luật Hôn nhân và gia đình dành cả Chương XI (từ Điều 100 đến Điều 106) quy định về quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài. Khi đánh giá về những quy định mới, một tác giả cho rằng “Những quy định của Chương XI là bước đột phá trong lĩnh vực lập pháp của nước ta ở lĩnh vực này” [4, tr.43]. Để hướng dẫn thi hành Luật này, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 68/2002/NĐ-CP ngày 10/7/2002 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Hôn nhân và gia đình về quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài. Có thể đánh giá một cách tổng quát các văn bản pháp luật về quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài như sau: “văn bản sau kế thừa và phát triển hơn, tạo cơ chế phối hợp và điều kiện thuận lợi cho các cơ quan chức năng của Nhà nước thực hiện nhiệm vụ quản lý” [26, tr.19] và góp phần điều chỉnh có hiệu quả quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài. Các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật về hôn nhân và gia đình có những ưu điểm và hạn chế sau:

2.2.2.1. Những ưu điểm

** Các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật về hôn nhân và gia đình có phạm vi điều chỉnh rộng*

So với Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986 và Pháp lệnh Hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài năm 1993, các quy phạm xung đột hiện hành về quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài có phạm vi điều chỉnh rộng hơn cả về yếu tố nước ngoài cũng như các mối quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài cụ thể. Pháp lệnh Hôn nhân và gia đình năm 1993 chỉ có một yếu tố nước ngoài là: yếu tố về chủ thể (giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài), trong khi đó, theo Khoản 14 Điều 8 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 thì yếu tố nước ngoài về chủ thể cũng được mở rộng hơn (gồm cả giữa những người nước ngoài với nhau thường trú tại Việt Nam), ngoài ra, còn có thêm yếu tố nước ngoài về sự kiện pháp lý (căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ theo PLNN) và yếu tố nước ngoài về tài sản (tài sản liên quan đến quan hệ tồn tại ở nước ngoài). Xét về phạm vi các mối quan hệ cụ thể, Luật Hôn nhân và gia đình năm 1986 chỉ có một điều (Điều 52) có quy phạm xung đột quy định về điều kiện kết hôn, trong khi đó, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 có bốn điều (Điều 103, 104, 105, 106) với nhiều quy phạm xung đột quy định về kết hôn, ly hôn, nuôi con nuôi và giám hộ trong hôn nhân có yếu tố nước ngoài. Với phạm vi điều chỉnh rộng hơn như vậy của các quy phạm xung đột đã góp phần quan trọng vào việc điều chỉnh các quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài. Cho nên, có thể nói rằng, với sự ra đời của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 thì “pháp luật về hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài của Việt Nam trong giai đoạn hiện nay đã thực sự đạt được một bước phát triển vượt bậc so với các thời kỳ trước đó” [65, tr.51].

** Các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật về hôn nhân và gia đình sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến trên thế giới, phù hợp với thực tiễn các mối quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài cụ thể.*

Việc sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến trên thế giới để điều chỉnh quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài làm cho quy định pháp luật phù hợp với thực tiễn các quan hệ đó, tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện pháp luật. Một vài dẫn chứng về việc sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến là:

- Đối với việc kết hôn có yếu tố nước ngoài: Khoản 1 Điều 103 Luật Hôn nhân và gia đình sử dụng hệ thuộc luật quốc tịch để xác định điều kiện kết hôn. Đây là hệ thuộc luật phổ biến mà nhiều nước đều sử dụng để xác định điều kiện kết hôn có yếu tố nước ngoài (Chẳng hạn: Khoản 1 Điều 13 Luật về áp dụng pháp luật của Nhật Bản năm 1898, Điều 19 Luật về xung đột pháp luật của Thái Lan năm 1938...). Trong tất cả các HĐTTTP giữa Việt Nam với các nước có quy phạm xung đột về kết hôn thì đều sử dụng hệ thuộc luật quốc tịch của các bên chủ thể để xác định điều kiện kết hôn.

- Đối với quan hệ ly hôn có yếu tố nước ngoài: Khoản 1 và 2 Điều 104 Luật Hôn nhân và gia đình sử dụng hệ thuộc luật nơi thường trú của vợ chồng để giải quyết. Nếu vợ chồng thường trú ở Việt Nam thì áp dụng PLVN; nếu một trong hai người không thường trú ở Việt Nam vào thời điểm xin ly hôn thì áp dụng hệ thuộc luật của nước nơi thường trú chung của vợ chồng, nếu họ không có nơi thường trú chung thì áp dụng PLVN. Pháp luật của nhiều nước trên thế giới cũng sử dụng hệ thuộc luật này để giải quyết ly hôn có yếu tố nước ngoài (Điều 310 BLDS Pháp năm 1804, Điều 16 Luật về áp dụng pháp luật của Nhật Bản năm 1898...). Trong nhiều HĐTTTP giữa Việt Nam và các nước cũng sử dụng hệ thuộc luật này để giải quyết ly hôn có yếu tố nước ngoài (Khoản 2 Điều 26 HĐTTTP giữa Việt Nam và Ba Lan, Khoản 2 Điều 27 HĐTTTP giữa Việt Nam và Lào...).

- Đối với quan hệ nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài: Điều 105 Luật Hôn nhân và gia đình sử dụng PLVN (nơi mà trẻ em Việt Nam hoặc trẻ em nước ngoài thường trú tại Việt Nam được nhận làm con nuôi) kết hợp với hệ thuộc luật quốc tịch của người nước ngoài nhận nuôi con nuôi để giải quyết việc nuôi con nuôi; hệ thuộc luật của nước nơi thường trú của con nuôi để giải quyết việc nuôi con nuôi giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài được thực hiện tại nước ngoài. Khoản 1 Điều 20 Luật về áp dụng pháp luật của Nhật Bản năm 1898 cũng sử dụng hệ thuộc luật của cha mẹ nuôi và phải tôn trọng những yêu cầu của pháp luật của quốc gia mà đứa con nuôi mang quốc tịch. Điều 35 Luật về xung đột pháp luật của Thái Lan và Điều 3 Luật về xung đột pháp luật liên quan đến việc nhận con nuôi và công nhận việc nhận con nuôi giữa các quốc gia của Hà Lan năm 2003 cũng có sử dụng hệ thuộc luật tương tự để điều chỉnh.

2.2.2.2. Những hạn chế

** Còn thiếu những quy phạm xung đột quan trọng điều chỉnh những mối quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài cụ thể*

Trong Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 chỉ có các quy phạm xung đột xác định điều kiện kết hôn, ly hôn, nuôi con nuôi và giám hộ trong quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài. Nghị định của Chính phủ số 68/2002/NĐ-CP ngày 10/7/2002 bổ sung thêm quy phạm xung đột về nghi thức kết hôn. Trong các văn bản pháp luật hiện hành về hôn nhân và gia đình không có những quy phạm xung đột điều chỉnh những quan hệ sau: quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng; quan hệ giữa cha mẹ và con có yếu tố nước ngoài. Trong khi đó trong thực tiễn đã nảy sinh rất nhiều vụ việc về loại quan hệ này và “các cơ quan chức năng của Việt Nam đã gặp rất nhiều lúng túng, khó khăn khi giải quyết vụ việc vì thiếu cơ sở pháp lý” [65, tr.41-42]. Đây là những loại quan hệ hôn nhân và gia đình quan trọng và rất cần đến vai trò điều

chỉnh của quy phạm xung đột. Các văn bản pháp luật về hôn nhân và gia đình trước đây còn tiến bộ hơn các văn bản hiện hành về vấn đề này vì đã có quy phạm xung đột điều chỉnh quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng có yếu tố nước ngoài, đó là: Điều 10 và Điều 14 Pháp lệnh Hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài năm 1993. Với việc các văn bản pháp luật không có quy phạm xung đột quy định chọn pháp luật áp dụng để điều chỉnh quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng và quan hệ giữa cha mẹ và con có yếu tố nước ngoài là một khó khăn đáng kể cho các cơ quan hữu quan khi giải quyết các vấn đề liên quan đến các quan hệ đó [6, tr.94]. Trong các HĐTTTP giữa Việt Nam và các nước cũng có các quy phạm xung đột quy định việc chọn pháp luật điều chỉnh các mối quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng và quan hệ giữa cha mẹ và con có yếu tố nước ngoài (Điều 24 và Điều 28 HĐTTTP giữa Việt Nam và Ba Lan, Điều 25 và Điều 28 HĐTTTP giữa Việt Nam và Liên bang Nga...). Ngoài ra, các HĐTTTP giữa Việt Nam và các nước còn có các quy phạm xung đột quy định việc chọn pháp luật để xác định hôn nhân và hủy hôn nhân vô hiệu (Điều 34 HĐTTTP giữa Việt Nam và Hunggari, Điều 26 HĐTTTP giữa Việt Nam và Ucraina...). Vì vậy, có thể nói rằng, “các quy định chọn pháp luật áp dụng để giải quyết xung đột pháp luật được ghi nhận trong các ĐUQT có nội dung toàn diện hơn so với các quy định trong pháp luật trong nước” [6, tr.99]. Đối chiếu với PLNN, các quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng, quan hệ giữa cha mẹ và con có yếu tố nước ngoài cũng có các quy phạm xung đột điều chỉnh (chẳng hạn: Điều 17,18,19,21 Luật về áp dụng pháp luật của Nhật Bản năm 1898; Điều 22, 24, 30 Luật về xung đột pháp luật của Thái Lan năm 1938...).

** Quy định về khái niệm quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài còn có điểm chưa rõ nghĩa, không phù hợp*

Khoản 14 Điều 8 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 quy định về các yếu tố nước ngoài của quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài, trong đó điểm c quy định về yếu tố: “giữa công dân Việt Nam với nhau mà căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó theo PLNN”. Yếu tố này là: “chưa chính xác và không rõ nghĩa, dễ dẫn tới cách hiểu sai” [34, tr.48-49]. Vấn đề này cũng đã được đề cập liên quan đến khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài ở phần trên. Để phù hợp với lý luận về TPQT và tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện pháp luật, yếu tố nước ngoài này cần xác định chính xác là: “giữa công dân Việt Nam với nhau mà căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó phát sinh tại nước ngoài”.

** Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 chỉ có quy định dẫn chiếu ngược trở lại mà không có quy định dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba*

Theo Điều 101 Luật này thì, trong trường hợp PLVN hoặc ĐUQT mà Việt Nam là thành viên viện dẫn thì PLNN được áp dụng, nếu PLNN dẫn chiếu trở lại PLVN thì áp dụng pháp luật về hôn nhân và gia đình Việt Nam. Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 cũng như các văn bản hướng dẫn thi hành không có một quy định nào về vấn đề dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba. Đây là điểm bất cập của các văn bản pháp luật về hôn nhân và gia đình và cũng là điểm bất cập của các văn bản pháp luật về dân sự của Việt Nam như đã được đề cập ở trên. Giả thiết rằng, PLVN hoặc ĐUQT mà Việt Nam là thành viên dẫn chiếu tới PLNN, nhưng PLNN đó không dẫn chiếu trở lại PLVN mà dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba thì các cơ quan có thẩm quyền cũng như các bên đương sự không có cơ sở pháp lý để giải quyết vụ việc.

2.2.3. Các quy phạm pháp luật xung đột trong các văn bản pháp luật về lao động

Cùng với quá trình quốc tế hóa, mở rộng hợp tác đầu tư, kinh doanh, các mối quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài diễn ra ngày càng nhiều, phong phú

và đa dạng. Quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài cũng đòi hỏi cần phải có các quy phạm pháp luật tương ứng để điều chỉnh có hiệu quả loại quan hệ này. Cũng là một loại quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài nhưng quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài khác với quan hệ dân sự và hôn nhân, gia đình có yếu tố nước ngoài ở chỗ: nó không gắn nhiều với phong tục, tập quán như các quan hệ dân sự, hôn nhân, gia đình. Do vậy, việc sử dụng các quy phạm xung đột để điều chỉnh loại quan hệ này không nhiều như quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài, mà sử dụng nhiều quy phạm pháp luật thực chất để điều chỉnh.

Thực tiễn các văn bản pháp luật về lao động của Việt Nam cho thấy rằng, chủ yếu là sử dụng các quy phạm xung đột một chiều (quy phạm quy định bắt buộc phải áp dụng pháp luật Việt Nam) để điều chỉnh quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài. Quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài được quy định trong Bộ luật Lao động Việt Nam năm 1994 (từ Điều 131 đến Điều 135) và phần này cũng được sửa đổi, bổ sung trong Luật của Quốc hội năm 2002 về sửa đổi, bổ sung một số điều của BLLĐ; trong Nghị định số 81/2003/NĐ-CP ngày 17/7/2003 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành BLLĐ về người lao động Việt Nam làm việc ở nước ngoài. Theo Điều 131 BLLĐ năm 1994 thì, công dân Việt Nam làm việc trong các doanh nghiệp được thành lập theo Luật đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, trong khu chế xuất, trong các cơ quan, tổ chức nước ngoài hoặc quốc tế tại Việt Nam, hoặc làm việc cho cá nhân là người nước ngoài tại Việt Nam và người nước ngoài lao động tại Việt Nam đều phải tuân theo pháp luật lao động Việt Nam. Pháp luật Việt Nam được áp dụng đối với: việc xác định mức lương tối thiểu của người lao động Việt Nam (Khoản 2 Điều 132); thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, an toàn lao động, bảo hiểm xã hội, việc giải quyết tranh chấp lao động (Khoản 3 Điều 132). Bên cạnh đó còn có rất nhiều quy phạm xung đột một chiều được quy

định trong các điều khoản khác của các văn bản pháp luật Việt Nam về lao động. Quy phạm xung đột hai chiều cũng được sử dụng, nhưng rất hiếm, đó là quy định tại Điều 134 BLLĐ năm 1994 và Điều này được sửa đổi, bổ sung tại Khoản 29 Điều 1 Luật của Quốc hội năm 2002 về sửa đổi, bổ sung một số điều của BLLĐ (quy định trong Điều này kết hợp giữa quy phạm xung đột một chiều và quy phạm xung đột hai chiều). Quy định đó là:

“1. Nhà nước khuyến khích doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, cá nhân tìm kiếm và mở rộng thị trường lao động nhằm tạo việc làm ở nước ngoài cho người lao động Việt Nam theo quy định của pháp luật Việt Nam, phù hợp với pháp luật nước sở tại và ĐUQT mà Việt Nam ký kết hoặc gia nhập.

2. Công dân Việt Nam đủ 18 tuổi trở lên, có khả năng lao động, tự nguyện và có đủ tiêu chuẩn, điều kiện khác theo pháp luật Việt Nam, phù hợp với pháp luật và yêu cầu của bên nước ngoài thì được đi làm việc ở nước ngoài”.

Việc chủ yếu sử dụng quy phạm xung đột một chiều để điều chỉnh quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài có ưu điểm là tạo điều kiện thuận lợi cho việc áp dụng pháp luật, nhất là việc áp dụng pháp luật của Tòa án Việt Nam để giải quyết những vụ tranh chấp phát sinh. Tuy nhiên, nếu chỉ dựa vào quy phạm xung đột một chiều để giải quyết vụ việc trong mọi trường hợp thì không phù hợp với lý luận của TPQT (vì quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài liên quan đến PLNN). Do vậy, cần phải có những quy phạm xung đột xung đột hai chiều, dựa vào những quy phạm đó để giải quyết vụ việc về quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài trong những trường hợp cần thiết. Ngay trong một số HĐTTTP giữa Việt Nam với các nước có sử dụng các quy phạm xung đột hai chiều, áp dụng những hệ thuộc luật khác nhau để điều chỉnh quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài. Chẳng hạn: HĐTTTP giữa Việt Nam và Liên bang Nga năm 1998 sử dụng hệ thuộc luật lựa chọn (Khoản 1 Điều 44); hệ thuộc luật nơi công việc

đang, đã hoặc cần thực hiện (Khoản 2 Điều 44). Khoản 1 và Khoản 3 Điều 40 của HĐTTTP giữa Việt Nam và Ucraina năm 2000 cũng sử dụng hệ thuộc luật tương tự. Cho nên, có thể thấy trong một số ĐUQT giữa Việt Nam với nước ngoài đã sử dụng quy phạm xung đột hai chiều, trong đó có cả quy phạm xung đột sử dụng hệ thuộc luật lựa chọn để điều chỉnh quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài. Đây là điểm thông thoáng của pháp luật về vấn đề này, phù hợp với thực tiễn pháp lý quốc tế. Đối chiếu với thực tiễn pháp luật của nước ngoài cho thấy, những quy phạm xung đột hai chiều cũng được sử dụng để điều chỉnh quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài. Chẳng hạn: Điều 3118 của BLDS Québec (Canada) sử dụng hệ thuộc luật nơi công việc được thực hiện, hệ thuộc luật nơi cư trú của người sử dụng lao động để điều chỉnh.

Như vậy, trong các văn bản pháp luật về lao động, các quy phạm xung đột, đặc biệt là quy phạm xung đột hai chiều điều chỉnh các quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài còn khá ít. Trong đó, không có những quy phạm xung đột hai chiều sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến trên thế giới, phù hợp với quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài. Việc thiếu các quy phạm xung đột hai chiều trong lĩnh vực lao động được khắc phục một phần kể từ khi nước ta ban hành BLDS năm 2005, bởi vì, theo Điều 1 của Bộ luật này thì quan hệ lao động cũng gọi chung là quan hệ dân sự. Điều đó có nghĩa rằng, Phần thứ bảy của BLDS quy định về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài cũng được áp dụng đối với quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài. Tuy nhiên, trong các văn bản pháp luật về lao động vẫn cần có những quy phạm xung đột đặc thù quy định về quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài.

2.2.4. Các quy phạm pháp luật xung đột trong các văn bản pháp luật về kinh doanh, thương mại

Các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật về kinh doanh, thương mại có trong các đạo luật như: Luật Thương mại năm 2005, Bộ luật Hàng hải năm 2005, Luật Hàng không dân dụng năm 2006.

* Trước đây, trong Luật Thương mại năm 1997 có một số quy định về quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài, đó là: Điều 4 quy định về việc áp dụng ĐUQT, PLNN và tập quán thương mại quốc tế trong hoạt động thương mại với thương nhân nước ngoài; Điều 80 quy định về khái niệm hợp đồng mua bán hàng hóa với thương nhân nước ngoài; Điều 81 quy định về điều kiện hiệu lực của hợp đồng mua bán hàng hóa với thương nhân nước ngoài và Điều 82 quy định về áp dụng các quy định về mua bán hàng hóa với thương nhân nước ngoài. Trong những điều quy định đó thì có các quy phạm xung đột quy định về thỏa thuận áp dụng PLNN và tập quán thương mại quốc tế (Khoản 2 và Khoản 3 Điều 4), quy phạm xung đột sử dụng hệ thuộc luật quốc tịch để xác định tư cách chủ thể của các bên trong hợp đồng (Khoản 1 Điều 81), hệ thuộc luật của nước bên mua và bên bán để xác định điều kiện của hàng hóa (Khoản 2 Điều 81) và hệ thuộc luật của nước ban hành - luật Việt Nam để xác định nội dung của hợp đồng (Khoản 3 Điều 81). Luật Thương mại năm 2005 đã thay thế Luật Thương mại năm 1997 và có những điểm mới phát triển hơn trong việc quy định về quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài. Cụ thể là:

- Luật Thương mại năm 2005 không cần có các quy phạm xung đột quy định hệ thuộc luật xác định tư cách chủ thể của hợp đồng, điều kiện của hàng hóa mua bán, nội dung của hợp đồng; bởi vì, những vấn đề này chính là những vấn đề của hợp đồng dân sự nói riêng, quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài nói chung và một điểm rất tiên bộ của pháp luật Việt Nam là đã coi quan hệ thương mại là một loại quan hệ dân sự (theo Điều 1 BLDS năm 2005). Cho nên, Phần

thứ bảy của BLDS quy định về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài cũng được áp dụng đối với quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài. Các quy định về hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài được áp dụng đối với hợp đồng thương mại có yếu tố nước ngoài. Luật Thương mại năm 2005 đã quy định: “Hoạt động thương mại không được quy định trong Luật thương mại và trong các luật khác thì áp dụng quy định của BLDS” (Khoản 3 Điều 4).

- Để tạo điều kiện thuận lợi cho các bên chủ thể trong các giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài, Luật Thương mại năm 2005 quy định các bên trong giao dịch được quyền thỏa thuận áp dụng PLNN, tập quán thương mại quốc tế nếu PLNN, tập quán thương mại quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của PLVN (Khoản 2 Điều 5). So với quy định của BLDS về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, thì quy định này thông thoáng hơn ở chỗ: trong BLDS chỉ có quy định quyền thỏa thuận lựa chọn PLNN của các bên chủ thể trong hợp đồng và không có quy định quyền thỏa thuận lựa chọn TQQT để áp dụng; trong khi đó, Luật Thương mại quy định cả quyền thỏa thuận áp dụng tập quán thương mại quốc tế; thỏa thuận áp dụng PLNN, tập quán thương mại quốc tế không chỉ với hợp đồng mà với các giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài nói chung. Quy định này phù hợp với thực tiễn pháp lý và thông lệ của quốc tế.

Tuy vậy, Luật Thương mại năm 2005 không có quy định các bên chủ thể trong hợp đồng thương mại có yếu tố nước ngoài được quyền thỏa thuận áp dụng ĐUQT. Đây là một điểm còn hạn chế của pháp luật Việt Nam về vấn đề này. Do vậy, về nguyên tắc, theo pháp luật Việt Nam các bên chủ thể không có quyền lựa chọn ĐUQT liên quan đến quan hệ hợp đồng giữa các bên để áp dụng. Một dẫn chứng để chứng minh cho vấn đề này là, trong lĩnh vực mua bán hàng hóa quốc tế, Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là một công ước điển hình, thể hiện sự thống nhất cao, phù hợp với

thực tiễn điều chỉnh quan hệ mua bán hàng hóa quốc tế; nhưng theo các quy định của PLVN thì các bên cũng không có quyền trực tiếp lựa chọn Công ước này để áp dụng. Tuy nhiên, “các bên chủ thể tham gia hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế vẫn có thể gián tiếp lựa chọn Công ước này thông qua việc lựa chọn PLNN và PLNN đó có quy định (quy phạm xung đột) cho phép các bên có quyền lựa chọn pháp luật áp dụng, trong đó có cả lựa chọn ĐUQT để áp dụng” [9, tr.77]. Việc lựa chọn Công ước Viên theo cách thức đó là cần thiết đối với các bên chủ thể của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, bởi vì: “Trong xu thế toàn cầu hóa các quan hệ kinh tế quốc tế và chính sách mở cửa, hội nhập quốc tế của Việt Nam hiện nay, việc áp dụng Công ước Viên năm 1980 để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là điều tất yếu mà các thương nhân Việt Nam phải tính đến khi đàm phán, ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa với thương nhân nước ngoài” [19, tr.249].

* Lĩnh vực hoạt động hàng hải có yếu tố nước ngoài là lĩnh vực có nhiều mối quan hệ đặc thù, do vậy, ngoài những quy định chung còn có nhiều quy phạm xung đột đặc thù để điều chỉnh những mối quan hệ đó. Đây là một ưu điểm của các quy phạm xung đột trong lĩnh vực này. Những quy phạm xung đột điều chỉnh quan hệ hàng hải có yếu tố nước ngoài được quy định tại Khoản 2 Điều 773 BLDS năm 2005, Điều 3 và Điều 4 Bộ luật Hàng hải năm 2005, điều chỉnh: quan hệ liên quan đến quyền sở hữu tài sản trên tàu biển, hợp đồng cho thuê tàu biển, hợp đồng thuê thuyền viên, hợp đồng vận chuyển hành khách và hành lý, phân chia tiền công cứu hộ giữa chủ tàu cứu hộ và thuyền bộ của tàu cứu hộ, trục vớt tài sản chìm đắm ở biển cả, các vụ việc xảy ra trên tàu biển khi tàu đang ở biển; quan hệ liên quan đến tổn thất chung; quan hệ liên quan đến tai nạn đâm va, tiền công cứu hộ, trục vớt tài sản chìm đắm xảy ra tại nội thủy hoặc lãnh hải của quốc gia; quan hệ liên quan đến tai nạn đâm va hoặc cứu hộ xảy ra ở biển cả; quan hệ liên quan đến hợp đồng vận chuyển hàng hoá.

Một ưu điểm nữa của các quy phạm xung đột trong lĩnh vực hàng hải là: nhìn chung, tùy thuộc vào từng loại quan hệ hàng hải có yếu tố nước ngoài mà các quy phạm xung đột sử dụng những hệ thuộc luật khác nhau để điều chỉnh. Những hệ thuộc luật đó là: luật của quốc gia mà tàu biển mang cờ quốc tịch, luật của nước nơi tàu biển ghé vào, luật của quốc gia mà trọng tài hoặc toà án của quốc gia đầu tiên đã thụ lý việc giải quyết tranh chấp, luật của quốc gia nơi hàng hoá được trả theo hợp đồng. Đặc biệt là, Bộ luật Hàng hải cũng sử dụng hệ thuộc luật do các bên lựa chọn để điều chỉnh hợp đồng hàng hải có yếu tố nước ngoài nhằm tạo điều kiện một cách thuận lợi nhất cho các bên trong quan hệ hợp đồng. Quy định đó là: “Các bên tham gia trong hợp đồng liên quan đến hoạt động hàng hải mà trong đó có ít nhất một bên là tổ chức hoặc cá nhân nước ngoài thì có quyền thoả thuận áp dụng luật nước ngoài hoặc tập quán hàng hải quốc tế trong các quan hệ hợp đồng...” (Khoản 2 Điều 4). Quyền thoả thuận lựa chọn PLNN để áp dụng “thể hiện sự tôn trọng tự do ý chí của các bên chủ thể tham gia hợp đồng, hơn nữa để quyền lợi của các bên trong hợp đồng phù hợp nhất với mong muốn của các bên” [9, tr.73]. Cho nên, tác giả Curti Gialdino rất có lý khi đề cập đến ý chí của các bên trong TPQT với khẳng định quả quyết rằng, muốn xác định luật có thẩm quyền (luật được áp dụng), cũng như muốn xác định một nội dung pháp lý của hành vi, tốt hơn hãy để cho các bên liên quan có quyền tự do ý chí, bởi vì, chính họ là người sẽ chỉ ra giải pháp thỏa đáng nhất [73, tr.21].

Tuy nhiên, các quy phạm xung đột điều chỉnh quan hệ hàng hải có yếu tố nước ngoài cũng có những hạn chế của nó. Đó là:

- Có những hệ thuộc luật được sử dụng chưa phù hợp hoặc cách quy định chưa đầy đủ, chưa rõ nên tất yếu sẽ làm cho việc thực hiện những quy phạm xung đột này gặp rất nhiều khó khăn. Theo Khoản 2 Điều 773 BLDS năm 2005 thì, việc bồi thường thiệt hại do tàu biển gây ra ở biển cả được xác

định theo pháp luật của nước mà tàu biển mang quốc tịch, trừ trường hợp pháp luật về hàng hải Việt Nam có quy định khác. Quy định đó chỉ áp dụng được trong trường hợp các tàu biển gây thiệt hại cho nhau mang cùng một quốc tịch. Còn trong trường hợp các tàu biển gây thiệt hại cho nhau mang các quốc tịch khác nhau thì không thể giải quyết nổi. Thực ra, trong BLDS không cần quy định cụ thể hệ thuộc luật giải quyết việc bồi thường thiệt hại do tàu biển gây ra, mà chỉ cần một quy định viện dẫn: “việc bồi thường thiệt hại do tàu biển gây ra được xác định theo pháp luật về hàng hải Việt Nam”. Bởi vì, pháp luật về hàng hải là lĩnh vực pháp luật chuyên ngành, dễ dàng hơn để quy định đầy đủ quan hệ hàng hải có yếu tố nước ngoài và bảo đảm tính thống nhất cao hơn. Còn với một quy định như vậy trong BLDS vừa rất thiếu vừa không bảo đảm tính thống nhất của các quy phạm xung đột.

- Bộ luật Hàng hải quy định các bên trong hợp đồng có quyền thỏa thuận áp dụng luật nước ngoài và giới hạn của sự thỏa thuận đó là: luật nước ngoài phải không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Quy định đó là: “Trong trường hợp Bộ luật này có quy định hoặc các bên có thỏa thuận trong hợp đồng, luật nước ngoài có thể được áp dụng tại Việt Nam đối với các quan hệ hợp đồng liên quan đến hoạt động hàng hải, nếu luật đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam” (Khoản 3 Điều 4). Tuy nhiên, xét về kỹ thuật lập pháp, hạn chế của quy định này ở chỗ: Bộ luật Hàng hải sử dụng thuật ngữ “có thể” là thừa, không chuẩn xác và “làm cho quyền lựa chọn pháp luật được hiểu tồn tại dưới dạng khả năng, bởi vì, PLNN có thể được áp dụng thì cũng có thể không được áp dụng và lại cần có quy định trường hợp nào thì có thể được áp dụng và trường hợp nào thì không thể được áp dụng” [9, tr.76]. Trong khi đó, PLNN được áp dụng trong tất cả các trường hợp, “nếu luật đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”.

* Trong lĩnh vực hàng không dân dụng có yếu tố nước ngoài, xung đột pháp luật cũng thường xảy ra. Để giải quyết xung đột pháp luật này, góp phần điều chỉnh có hiệu quả quan hệ hàng không dân dụng có yếu tố nước ngoài. Luật Hàng không dân dụng năm 2006 đã dành hẳn Điều 4 quy định về nguyên tắc áp dụng pháp luật khi có xung đột pháp luật. Những hệ thuộc luật phù hợp đã được sử dụng là:

- Pháp luật của quốc gia đăng ký quốc tịch tàu bay được áp dụng đối với quan hệ xã hội phát sinh trong tàu bay đang bay và áp dụng để xác định các quyền đối với tàu bay (Khoản 1).

- Pháp luật của quốc gia nơi ký kết hợp đồng liên quan đến các quyền đối với tàu bay được áp dụng để xác định hình thức của hợp đồng (Khoản 2). Đây là hệ thuộc luật phổ biến để xác định hình thức của hợp đồng trong lĩnh vực hàng không dân dụng nói riêng và lĩnh vực dân sự nói chung nên trong BLDS năm 2005 cũng có quy định hệ thuộc luật này (Khoản 1 Điều 770).

- Pháp luật của quốc gia nơi thực hiện việc cứu hộ hoặc giữ gìn tàu bay được áp dụng đối với việc trả tiền công cứu hộ hoặc giữ gìn tàu bay đó (Khoản 3).

- Pháp luật của quốc gia nơi xảy ra tai nạn do tàu bay va chạm hoặc cản trở nhau, do tàu bay đang bay gây thiệt hại cho người thứ ba ở mặt đất được áp dụng đối với việc bồi thường thiệt hại (Khoản 4).

Bên cạnh đó, để điều chỉnh quan hệ hàng không dân dụng có yếu tố nước ngoài còn có quy phạm xung đột trong BLDS quy định cụ thể việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, đó là: việc bồi thường thiệt hại do tàu bay gây ra ở không phận quốc tế được xác định theo pháp luật của nước mà tàu bay mang quốc tịch, trừ trường hợp pháp luật về hàng không dân dụng của Việt Nam có quy định khác (Khoản 2 Điều 773 BLDS năm 2005). Tuy nhiên, ngay quy phạm này có điểm bất cập ở chỗ: nếu trường hợp hai tàu bay va chạm gây

thiệt hại cho nhau mà hai tàu bay đó mang hai quốc tịch khác nhau hoặc trường hợp tàu bay đang bay ở không phận quốc tế mà gây thiệt hại cho tàu biển hoặc một công trình trên biển ở biển cả thì không thể giải quyết nổi những trường hợp này.

Ngoài ra, xét về kỹ thuật lập pháp, các quy phạm xung đột điều chỉnh quan hệ hàng không dân dụng có yếu tố nước ngoài có ưu điểm là: sử dụng những hệ thuộc luật đặc thù, không cần những quy định đã có trong BLDS là đạo luật chung. Cách thiết kế quy phạm như thế này tránh được sự rườm rà, đồng thời dễ dàng bảo đảm sự thống nhất của các quy phạm xung đột hơn. Chẳng hạn: trong BLDS năm 2005 đã có quy định về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng (Khoản 3 và 4 Điều 759) nên trong Luật Hàng không dân dụng không cần có quy định về vấn đề này. Hoặc trong BLDS đã có quy định các bên trong hợp đồng có quyền thỏa thuận áp dụng PLNN (khoản 3 Điều 759) nên trong Luật Hàng không dân dụng không cần có quy định về vấn đề này. Trong một số đạo luật khác lại có quy định về quyền thỏa thuận áp dụng PLNN của các bên trong hợp đồng mà thực ra là không cần thiết quy định vì BLDS đã quy định (Chẳng hạn: Khoản 2 Điều 5 Luật Thương mại năm 2005, Khoản 2 Điều 4 Bộ luật Hàng hải năm 2005).

2.2.5. Các quy phạm pháp luật xung đột trong văn bản pháp luật về tố tụng mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài

Lĩnh vực tố tụng mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài là lĩnh vực luật về hình thức, quy định thẩm quyền, thủ tục giải quyết các vụ việc dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài (gọi chung là vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài theo Điều 1 BLTTDS Việt Nam năm 2004). Đây là lĩnh vực gắn bó chặt chẽ với trật tự, lợi ích công cộng và chủ quyền của cơ quan công quyền. Nên mỗi quốc gia bằng chính văn bản của quốc gia mình để xác định thẩm quyền của cơ quan cụ thể cũng như thủ tục

cụ thể để giải quyết vụ việc mà không áp dụng quy định của PLNN để xác định (trong các ĐUQT giữa các quốc gia về vấn đề này cũng có xác định thẩm quyền, nhưng chỉ là thẩm quyền chung thuộc về một quốc gia nào đó, mà không xác định một cơ quan cụ thể của một quốc gia có thẩm quyền giải quyết vụ việc). Cho nên, trong lĩnh vực tố tụng mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài thường có rất ít các quy phạm xung đột, chủ yếu là các quy phạm xung đột xác định địa vị pháp lý của các đương sự trong lĩnh vực này. BLTTDS năm 2004 cũng chỉ có các quy phạm xung đột quy định về năng lực pháp luật tố tụng dân sự và năng lực hành vi tố tụng dân sự của công dân nước ngoài, người không quốc tịch (Điều 407); năng lực pháp luật tố tụng dân sự của cơ quan, tổ chức nước ngoài, tổ chức quốc tế (Điều 408).

Các quy phạm xung đột trong lĩnh vực tố tụng mang tính chất dân sự có những ưu điểm sau:

- Các quy phạm xung đột sử dụng những hệ thuộc luật phù hợp, quy định một cách rõ ràng, cụ thể, tạo điều kiện thuận lợi cho việc áp dụng pháp luật trong thực tiễn. Theo quy định tại điểm a Khoản 1 Điều 407, năng lực pháp luật và năng lực hành vi tố tụng dân sự của công dân nước ngoài được xác định theo pháp luật của nước mà công dân đó có quốc tịch (điểm a Khoản 1 Điều 407). Trong trường hợp công dân vừa có quốc tịch Việt Nam vừa có quốc tịch nước ngoài thì theo pháp luật Việt Nam. Quy định này tạo điều kiện thuận lợi cho tòa án trong việc áp dụng pháp luật. Còn trong trường hợp công dân có nhiều quốc tịch của nhiều nước ngoài khác nhau thì theo pháp luật của nước nơi công dân đó sinh sống, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác. Trong trường hợp công dân nước ngoài cư trú, làm ăn, sinh sống lâu dài tại Việt Nam hoặc hành vi tố tụng dân sự được thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam thì năng lực pháp luật và năng lực hành vi tố tụng dân sự của công dân đó được xác định theo pháp luật Việt Nam. Năng lực pháp luật và năng lực hành

vi tố tụng dân sự của người không quốc tịch được xác định theo pháp luật của nước nơi người không quốc tịch cư trú, làm ăn, sinh sống lâu dài.

Theo Điều 408 BLTTDS thì, năng lực pháp luật tố tụng dân sự của cơ quan, tổ chức nước ngoài được xác định theo pháp luật của nước nơi cơ quan, tổ chức đó được thành lập, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác. Còn năng lực pháp luật tố tụng dân sự của tổ chức quốc tế được xác định trên cơ sở ĐUQT là căn cứ để thành lập tổ chức đó, quy chế hoạt động của tổ chức quốc tế hoặc ĐUQT đã được ký kết với cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam.

- Để tạo điều kiện thuận lợi cho việc giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài, BLTTDS Việt Nam đã có quy định mang tính ưu đãi đối với trường hợp công dân nước ngoài và người không quốc tịch không có năng lực hành vi tố tụng dân sự theo PLNN. Quy định đó là: “Công dân nước ngoài, người không quốc tịch có thể được công nhận có năng lực hành vi tố tụng dân sự trên lãnh thổ Việt Nam, nếu theo quy định của PLNN thì họ không có năng lực hành vi tố tụng dân sự, nhưng theo quy định của pháp luật Việt Nam thì họ có năng lực hành vi tố tụng dân sự” (Khoản 2 Điều 407).

Bên cạnh những ưu điểm, các quy phạm xung đột trong lĩnh vực tố tụng mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài còn có những hạn chế nhất định. Trước hết, một quy phạm không phải là quy phạm xung đột nhưng liên quan chặt chẽ tới quy phạm xung đột là quy phạm quy định về khái niệm vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài (Khoản 2 Điều 405). Trong khái niệm này có một yếu tố nước ngoài được xác định là: “các quan hệ dân sự giữa các đương sự là công dân, cơ quan, tổ chức Việt Nam nhưng căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó theo PLNN, phát sinh tại nước ngoài”. Việc sử dụng cụm từ “theo PLNN” là không chính xác và không rõ nghĩa. Vấn đề này cũng đã được đề

cập trong các phần liên quan khi phân tích về khái niệm dân sự, hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài ở các phần trên.

Ngoài ra, trong một số quy định có sử dụng cụm từ “trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác” sẽ tạo nhiều khó khăn cho việc thực hiện pháp luật trong thực tiễn. Đó là quy định xác định năng lực pháp luật và năng lực hành vi tố tụng dân sự của công dân nước ngoài: “trong trường hợp công dân có nhiều quốc tịch của nhiều nước ngoài khác nhau thì theo pháp luật của nước nơi công dân đó sinh sống, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác” (Khoản 1 Điều 407) hoặc xác định năng lực pháp luật tố tụng dân sự của cơ quan, tổ chức nước ngoài là “theo pháp luật của nước nơi cơ quan, tổ chức đó được thành lập, trừ trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác”. Vậy, những trường hợp “pháp luật Việt Nam có quy định khác” là những trường hợp nào? Đây là tình trạng khá phổ biến trong việc xây dựng pháp luật ở Việt Nam. Đáng lý ra, “trường hợp pháp luật Việt Nam có quy định khác” cần phải được xác định cụ thể ngay bằng những điều khoản cụ thể gắn liền với những quy định đó.

2.3. Thực trạng các quy phạm pháp luật xung đột trong các điều ước quốc tế giữa Việt Nam với nước ngoài

2.3.1. Sự tồn tại khách quan của các quy phạm pháp luật xung đột trong các điều ước quốc tế

Cho đến hiện nay, Việt Nam đã ký được hơn chục HĐTTTP song phương và hơn chục HĐHT song phương về nuôi con nuôi với các nước có chứa các quy phạm xung đột. Tuy chưa ký được nhiều ĐUQT song phương có chứa quy phạm xung đột, nhưng với các HĐTTTP, HĐHT về nuôi con nuôi hiện hành cũng đã cho thấy rằng việc tồn tại các quy phạm xung đột trong các ĐUQT giữa Việt Nam với nước ngoài là một tất yếu khách quan. Cơ sở của vấn đề này là:

Thứ nhất, quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài là loại quan hệ xã hội đặc thù, do có yếu tố nước ngoài nên nó liên quan đến các quốc gia khác nhau (vừa liên quan đến Việt Nam vừa liên quan đến quốc gia khác). Cho nên, trong trường hợp này, một giải pháp hữu hiệu là Việt Nam cùng với quốc gia liên quan thỏa thuận thống nhất ký kết ĐUQT để điều chỉnh có hiệu quả quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan. Ví dụ: công dân Việt Nam kết hôn với công dân Nga. Đây là quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài, vừa liên quan đến Việt Nam vừa liên quan đến Nga. Nếu không có ĐUQT giữa Việt Nam và Nga về vấn đề này thì phải điều chỉnh quan hệ bằng luật quốc gia của Việt Nam và của Nga. Trong trường hợp này, những vấn đề phức tạp có thể nảy sinh rất nhiều do nội dung của PLVN và pháp luật Nga về hôn nhân và gia đình khác nhau nhiều. Để hạn chế sự phức tạp nảy sinh và góp phần điều chỉnh có hiệu quả quan hệ hôn nhân và gia đình giữa công dân Việt Nam và công dân Nga, ngày 25/8/1998 hai nước đã ký HĐTTTP và pháp lý về các vấn đề dân sự và hình sự, trong đó có chương II quy định các vấn đề về hôn nhân và gia đình.

Thứ hai, trước đây, trong một thời gian khá dài, Việt Nam chủ yếu quan hệ với các nước XHCN nên các ĐUQT cũng chủ yếu được ký kết với các nước đó như: HĐTTTP với Liên Xô năm 1981, với Tiệp Khắc năm 1982, với Cuba năm 1984, với Hunggari năm 1985, với Bunggari năm 1986; nhưng ở giai đoạn hiện nay khi quá trình toàn cầu hóa và khu vực hóa diễn ra mạnh mẽ và chính sách đối ngoại của Việt Nam là “mở rộng quan hệ hữu nghị và hợp tác” [20, tr.88] làm cho môi quan hệ giữa Việt Nam với các nước khác rất rộng mở, tạo điều kiện để Việt Nam cùng với các nước khác ký kết các ĐUQT (là phương tiện pháp lý không thể thiếu), trong đó có các ĐUQT có chứa các quy phạm xung đột. Đây vừa là điều kiện thuận lợi vừa là nhu cầu cần thiết hiện nay để điều chỉnh có hiệu quả quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài,

góp phần tạo điều kiện thuận lợi để Việt Nam hội nhập với nền kinh tế khu vực và thế giới.

2.3.2. Những ưu điểm của các quy phạm pháp luật xung đột trong các điều ước quốc tế

** các quy phạm xung đột có phạm vi điều chỉnh rộng, nhiều quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể liên quan*

Nhìn chung, các HĐTTTP (trừ HĐTTTP với Trung Quốc, Pháp, Hàn Quốc, ASEAN) có các quy phạm xung đột điều chỉnh nhiều loại quan hệ của TPQT như: dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài. Có HĐTTTP còn có quy phạm xung đột điều chỉnh cả quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài (HĐTTTP với Nga, Ucraina, Bêlarút). Các quy phạm xung đột điều chỉnh nhiều vấn đề cụ thể như: năng lực pháp luật, năng lực hành vi; tuyên người bị hạn chế năng lực hành vi hoặc mất năng lực hành vi; tuyên bố một người mất tích hoặc đã chết; thừa kế; kết hôn; quan hệ thân thân và tài sản giữa vợ chồng; ly hôn; xác định hôn nhân và hủy hôn nhân vô hiệu; quan hệ pháp lý giữa cha mẹ và con; nuôi con nuôi; giám hộ và trợ tá; hình thức hợp đồng, nghĩa vụ hợp đồng; trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Còn các HĐHT về nuôi con nuôi có các quy phạm xung đột điều chỉnh các vấn đề như: điều kiện đối với trẻ em làm con nuôi, điều kiện đối với người nhận con nuôi, hệ quả pháp lý của việc nuôi con nuôi.

Với việc các quy phạm xung đột có phạm vi điều chỉnh rộng, nhiều quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể liên quan như vậy có ý nghĩa rất quan trọng. Nó tạo điều kiện thuận lợi để giải quyết xung đột pháp luật, thống nhất cách thức điều chỉnh những mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể phát sinh, góp phần điều chỉnh có hiệu quả những mối quan hệ đó. Nếu một HĐTTTP không có hoặc chỉ có một vài quy phạm xung đột điều chỉnh một số mối quan hệ mang tính dân sự có yếu tố nước

ngoài nhất định thì khi đó nhiều mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài khác sẽ không có quy phạm xung đột điều chỉnh. Trong khi đó, vai trò điều chỉnh của quy phạm xung đột là rất cần thiết (như đã được chứng minh trong chương 1). Vấn đề này sẽ ảnh hưởng đến việc điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan.

** Các quy phạm xung đột sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến, phù hợp với từng mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể*

Qua khảo cứu các quy phạm xung đột trong các HĐTTTP, HĐHT về nuôi con nuôi giữa Việt Nam với nước ngoài, tác giả nhận thấy rằng, các quy phạm xung đột sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến được sử dụng rộng rãi trên thế giới. Chẳng hạn: đối với năng lực hành vi và năng lực pháp lý; điều kiện kết hôn; thừa kế động sản, năng lực lập di chúc... thì hệ thuộc luật quốc tịch được sử dụng (HĐTTTP giữa Việt Nam với Ba Lan, Nga, Lào, Mông Cổ...). Đối với quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng; ly hôn thì hệ thuộc luật nơi thường trú được sử dụng (HĐTTTP giữa Việt Nam và Hunggari, Bungari, Nga...). Đối với hình thức hợp đồng thì hệ thuộc luật nơi giao kết hợp đồng được sử dụng (HĐTTTP giữa Việt Nam và Ba Lan, Lào, Nga, Ucraina, Mông Cổ, Bêlarút). Đối với bất động sản thì hệ thuộc luật được các HĐTTTP đều sử dụng là luật của nước nơi tồn tại tài sản. Điều kiện đối với trẻ em làm con nuôi thì hệ thuộc luật của nước gốc quy định (HĐHT về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Ai-len, giữa Việt Nam và Thụy Điển...). Điều kiện đối với người nhận con nuôi thì hệ thuộc luật của nước quy định đối với cha mẹ nuôi và hệ thuộc luật của nước gốc quy định (HĐHT về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Cộng đồng nói tiếng Đức Vương quốc Bỉ, giữa Việt Nam và Thụy Sĩ...).

Việc các quy phạm xung đột sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến cũng là một ưu điểm của các quy phạm xung đột trong các ĐUQT giữa Việt Nam với nước ngoài. Vấn đề này có ý nghĩa rất quan trọng bởi những lý do sau đây:

Một là, những hệ thuộc luật phổ biến là những hệ thuộc luật đã được khoa học TPQT đề cập khá lâu và đã được kiểm nghiệm thông qua thực tiễn điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Cho nên, những hệ thuộc luật đó thường phù hợp với thực tiễn, đáp ứng được việc điều chỉnh các mối quan hệ xã hội này.

Hai là, những hệ thuộc luật phổ biến được áp dụng khá rộng rãi ở các quốc gia cũng như ở Việt Nam. Điều này làm cho các quy phạm xung đột trong ĐUQT giữa Việt Nam với nước ngoài và các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật của Việt Nam cũng như các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật của nước ngoài có tính tương thích cao, tạo điều kiện thuận lợi cho việc xây dựng cũng như thực hiện các quy phạm xung đột trong thực tiễn.

** Các quy phạm xung đột trong các điều ước quốc tế giữa Việt Nam với nước ngoài mang tính ổn định cao*

Các quy phạm xung đột trong các ĐUQT sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến, phù hợp với từng môi quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể. Với tính phổ biến và phù hợp đó làm cho các quy phạm xung đột mang tính ổn định cao. Chẳng hạn, HĐTTTP giữa Việt Nam và Tiệp Khắc năm 1982 và các quy phạm xung đột trong Hiệp định đó hiện vẫn đang có hiệu lực với các Séc và Xlô-va-ki-a mà chưa phải sửa đổi lần nào cũng như chưa phải bị thay thế. Hoặc HĐTTTP giữa Việt Nam và Cu Ba năm 1984 và các quy phạm xung đột trong Hiệp định đó hiện vẫn đang có hiệu lực mà cũng chưa phải sửa đổi lần nào cũng như chưa phải bị thay thế. Ngoài ra, còn nhiều HĐTTTP khác được ký kết từ thập kỷ 80 của Thế kỷ 20 nhưng hiện vẫn đang còn hiệu lực. Những HĐTTTP mới được ký trong những năm gần đây như: HĐTTTP giữa Việt Nam và Liên bang Nga năm 1998, HĐTTTP giữa Việt Nam và Lào năm 2000, HĐTTTP giữa Việt Nam và Mông Cổ năm 2000.... có những quy phạm

xung đột sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến, phù hợp với từng mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể cũng sẽ có tính ổn định cao.

Các quy phạm xung đột trong các ĐUQT mang tính ổn định cao cũng có ý nghĩa rất quan trọng. Chúng góp phần làm cho các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài giữa công dân, tổ chức của Việt Nam với công dân, tổ chức của nước ngoài có ký kết ĐUQT với Việt Nam được ổn định và có điều kiện thuận lợi để phát triển, các công dân, tổ chức dễ dàng hơn trong việc tìm hiểu và thực hiện các quy phạm xung đột trong thực tiễn.

** Các quy phạm xung đột trong các điều ước quốc tế góp phần lấp các lỗ hổng của hệ thống quy phạm xung đột trong nước hiện nay*

Trong những năm gần đây, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam đã có nhiều cố gắng trong việc nghiên cứu, bổ sung những quy phạm xung đột cần thiết để góp phần làm hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam. Tuy nhiên, ở thời điểm hiện nay, vẫn còn có những mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể chưa có quy phạm xung đột hoặc chưa có quy phạm xung đột thích hợp điều chỉnh như: quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng, quan hệ giữa cha mẹ và con, quan hệ lao động... có yếu tố nước ngoài. Trong khi đó, đại đa số các HĐTTTP giữa Việt Nam với nước ngoài có các quy phạm xung đột điều chỉnh quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng, quan hệ giữa cha mẹ và con có yếu tố nước ngoài; một số HĐTTTP còn có các quy phạm xung đột điều chỉnh quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài. Vì vậy, với những hạn chế của các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật trong nước, “thì các cơ quan tư pháp nước ta có thể vận dụng các quy phạm xung đột ghi trong HĐTTTP sau khi đã tham vấn ý kiến cần thiết của các cơ quan thẩm quyền để xử lý vấn đề phát sinh. Chính các quy phạm xung đột thống nhất ghi trong các HĐTTTP sẽ góp phần lấp các lỗ hổng

của pháp luật nước ta trong quá trình giải quyết vụ việc trong thực tiễn” [28, tr.23].

2.3.3. Những hạn chế của các quy phạm pháp luật xung đột trong các điều ước quốc tế

Bên cạnh những ưu điểm, các quy phạm xung đột trong các ĐUQT giữa Việt Nam với nước ngoài còn có những hạn chế nhất định. Những hạn chế đó là:

** Các quy phạm xung đột còn quá ít về số lượng so với nhu cầu điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột*

Các quy phạm xung đột chủ yếu có trong các HĐTTTP, HĐHT về nuôi con nuôi giữa nước ta với các nước. Các HĐTTTP giữa nước ta và các nước là những ĐUQT song phương (trừ HĐTTTP giữa các nước ASEAN năm 2004), vì vậy, mỗi hiệp định chỉ có hiệu lực đối với công dân, tổ chức của nước ta và công dân, tổ chức của quốc gia liên quan có ký kết HĐTTTP với nước ta. Cho đến hiện nay, Việt Nam đã ký tổng cộng 16 HĐTTTP song phương với các nước: Cộng hòa dân chủ Đức (năm 1980), Liên Xô (năm 1981), Tiệp Khắc (năm 1982), Cu Ba (năm 1984), Hung-ga-ri (năm 1985), Bun-ga-ri (năm 1986), Ba Lan (năm 1993), Lào (năm 1998), Liên bang Nga (năm 1998), Trung Quốc (năm 1998), Pháp (năm 1999), Ucraina (năm 2000), Mông Cổ (năm 2000), Bê-la-rút (năm 2000), Cộng hòa dân chủ nhân dân Triều Tiên (năm 2002), Hàn Quốc (năm 2003). Trong các HĐTTTP thì HĐTTTP giữa nước ta với Cộng hòa dân chủ Đức đã hết hiệu lực, HĐTTTP giữa nước ta với Liên Xô được thay thế bằng HĐTTTP giữa nước ta với Liên bang Nga. Còn HĐTTTP giữa nước ta với Tiệp Khắc (trước đây) thì hiện nay có hiệu lực đối với cả Séc và Slô-va-ki-a. Trong các HĐTTTP có những hiệp định cũng không có quy phạm xung đột như: HĐTTTP giữa nước ta và Trung Quốc, Pháp, Hàn Quốc

và HĐTTTP ASEAN. Nhiều HĐTTTP không có quy phạm xung đột điều chỉnh quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài như: HĐTTTP với Tiệp Khắc, Hung-ga-ri, Bun-ga-ri, Ba Lan, Lào. Bên cạnh các HĐTTTP, nước ta cũng đã ký kết 13 HĐHT về nuôi con nuôi có chứa những quy phạm xung đột điều chỉnh vấn đề: điều kiện đối với trẻ em làm con nuôi, điều kiện đối với người nhận con nuôi, hậu quả pháp lý của việc nuôi con nuôi.

Với thực tế đó cho thấy rằng, các quy phạm xung đột trong các ĐUQT giữa nước ta với nước ngoài còn quá ít để điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan. Trong khi đó, công dân Việt Nam làm ăn, sinh sống ở hầu khắp các nước trên thế giới và ngược lại công dân của nhiều nước trên thế giới làm ăn, sinh sống ở Việt Nam hoặc đi du lịch đến Việt Nam. Theo xu hướng phát triển của xã hội hiện nay thì số lượng công dân của nước này làm ăn, sinh sống hoặc đi du lịch ở nước khác ngày càng nhiều. Nhưng hiện nay, Việt Nam và nhiều quốc gia khác có liên quan chưa thể ký kết được các ĐUQT, đặc biệt là các HĐTTTP trong đó có chứa các quy phạm xung đột để điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan. Nguyên nhân của tình trạng này là do:

Thứ nhất, nước ta thực hiện chính sách mở cửa, mở rộng giao lưu và hợp tác quốc tế mới được hơn hai chục năm một chút (từ Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VI năm 1986). Trong điều kiện thời gian còn ngắn như vậy thì chúng ta chưa thể ký kết được rất nhiều HĐTTTP, HĐHT về nuôi con nuôi có chứa các quy phạm xung đột.

Thứ hai, có những trường hợp do quan điểm của nước ta và quan điểm của quốc gia khác còn có nhiều điểm khác biệt nên khó có thể ký kết được các HĐTTTP, HĐHT về nuôi con nuôi có chứa các quy phạm xung đột hoặc có ký kết được các HĐTTTP nhưng không xây dựng được các quy phạm xung đột (ví

dụ: HĐTTTP giữa Việt Nam và Trung Quốc năm 1998, HĐTTTP giữa Việt Nam và Pháp năm 1999).

Thứ ba, còn có những nước chưa thiết lập quan hệ ngoại giao với nước ta. Trong điều kiện như vậy thì những nước đó và nước ta chưa thể có điều kiện thuận lợi để tiến hành đàm phán, ký các ĐUQT nói chung và các HĐTTTP, HĐHT về nuôi con nuôi nói riêng có chứa các quy phạm xung đột điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

** Về cùng một mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể nhưng nhiều khi các quy phạm xung đột trong các điều ước quốc tế lại không giống nhau trong việc sử dụng các hệ thuộc luật để điều chỉnh*

Để minh chứng cho vấn đề này, có những ví dụ sau:

Khoản 2 Điều 25 HĐTTTP giữa Việt Nam và Liên bang Nga quy định về quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng như sau: “Nếu một người thường trú trên lãnh thổ của Bên ký kết này, còn người kia thường trú trên lãnh thổ của Bên ký kết kia, thì quan hệ nhân thân và tài sản của họ được xác định theo pháp luật của Bên ký kết mà họ là công dân. Nếu một người là công dân của Bên ký kết này, còn người kia là công dân của Bên ký kết kia thì áp dụng pháp luật của Bên ký kết có Tòa án đang xem xét vụ việc”. Trong khi đó, Khoản 3 Điều 25 HĐTTTP giữa Việt Nam và Mông Cổ quy định về quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng như sau: “Nếu vợ chồng, người thường trú trên lãnh thổ của Bên ký kết này, người thường trú lãnh thổ của Bên ký kết kia và người là công dân Bên ký kết này, người là công dân Bên ký kết kia, thì quan hệ pháp luật về nhân thân và tài sản giữa họ được xác định theo pháp luật của Bên ký kết mà họ đã có nơi thường trú chung cuối cùng”.

Hoặc Khoản 1 Điều 37 HĐTTTP giữa Việt Nam và Ba Lan quy định về hình thức của hợp đồng dân sự như sau: “Hình thức giao kèo được xác định theo pháp luật áp dụng đối với chính giao kèo đó. Tuy nhiên, giao kèo vẫn

được coi là hợp thức, nếu tuân theo pháp luật nơi ký kết giao kèo đó”. Trong khi đó, Khoản 1 Điều 21 HĐTTTP giữa Việt Nam và Lào quy định về hình thức của hợp đồng dân sự như sau: “Hình thức của hợp đồng dân sự phải tuân theo pháp luật của Nước ký kết nơi giao kết hợp đồng”.

Tình trạng cùng một mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể mà các quy phạm xung đột trong các ĐUQT giữa Việt Nam với các nước sử dụng các hệ thuộc luật khác nhau để điều chỉnh cũng tạo ra những bất cập nhất định như: xét ở tính hệ thống của quy phạm xung đột thì điều đó không bảo đảm sự thống nhất; có hệ thuộc luật thì thống nhất, nhưng có hệ thuộc luật thì khác biệt với hệ thuộc luật trong các văn bản pháp luật trong nước về cùng một vấn đề.

Nguyên nhân của tình trạng này là do: quan điểm nói chung và pháp lý về việc sử dụng các hệ thuộc luật của các nước trên thế giới có những khác nhau nhất định. Đây là chuyện bình thường. Vì vậy, khi đàm phán, ký ĐUQT khó có thể có chuyện chỉ thể hiện quan điểm, trong đó có quan điểm pháp lý của một quốc gia mà không thể hiện quan điểm của quốc gia khác. Phải có sự dung hòa quan điểm, lợi ích của các quốc gia khác nhau thì mới có thể ký kết được các ĐUQT.

2.4. Một số vấn đề về áp dụng quy phạm pháp luật xung đột trong thực tiễn

2.4.1. Một số kết quả đạt được

Quy phạm xung đột cũng như các loại quy phạm pháp luật khác sau khi đã được ban hành thì một vấn đề rất quan trọng là áp dụng quy phạm trong thực tiễn để điều chỉnh các mối quan hệ cụ thể. Qua khảo cứu vấn đề này ở Việt Nam, tác giả luận án nhận thấy rằng việc áp dụng quy phạm xung đột cũng đã có những thực tế và kết quả nhất định. Dẫn chứng cho vấn đề này là: đối với những vụ việc kết hôn giữa công dân với công dân nước ngoài, theo

quy định của các HĐTTTP giữa Việt Nam với các nước và theo Luật Hôn nhân và gia đình, mỗi bên phải tuân theo pháp luật của nước mình về điều kiện kết hôn. Công dân Việt Nam phải tuân theo pháp luật Việt Nam, còn công dân nước ngoài phải tuân theo pháp luật nước ngoài về điều kiện kết hôn. Điều đó cũng có nghĩa là pháp luật nước ngoài cũng được áp dụng. Chẳng hạn: số lượng phụ nữ Việt Nam kết hôn với người Đài Loan trong các năm 2000, 2001, 2002, 2003 mỗi năm trên 11.000 người [1, tr.5]. Hoặc theo số liệu thống kê cho thấy từ năm 1993 đến năm 2002, Ủy ban nhân dân TP. Hồ Chí Minh đã cấp giấy chứng nhận đăng ký kết hôn cho 39.325 trường hợp kết hôn có yếu tố nước ngoài, trong đó đối tượng kết hôn giữa công dân Việt Nam với người nước ngoài chiếm 40,82% [26, tr.1]. Để bảo đảm điều kiện kết hôn, bên đương sự phải có “xác nhận họ đủ điều kiện kết hôn” [26, tr.7] hoặc “vận dụng chấp nhận một số loại giấy tờ có giá trị tương đương thay thế” [26, tr.10] như: giấy khai sinh, giấy tuyên thệ độc thân có xác nhận của cơ quan có thẩm quyền, sổ hộ khẩu và giấy xác nhận hộ tịch ghi rõ thời điểm phát sinh sự kiện hộ tịch.... Hoặc theo số liệu thống kê cho thấy tính từ đầu những năm 90 của thế kỷ trước đến nay đã có khoảng 20.000 trẻ em Việt Nam được người nước ngoài nhận làm con nuôi [12, tr.5]. Trong đó, người nước ngoài nhận trẻ em Việt Nam làm con nuôi phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện theo quy định của pháp luật nước tiếp nhận con nuôi. Điều đó có nghĩa là pháp luật nước ngoài cũng được áp dụng để giải quyết việc nuôi con nuôi ở Việt Nam. Đây là quy định mà nhiều hiệp định hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và các nước có quy định. Ví dụ: “Người nhận nuôi con nuôi phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện theo quy định của pháp luật Nước tiếp nhận và Nước gốc và Điều 15 của Hiệp định này” (Điều 10 Hiệp định Hợp tác về nuôi con nuôi giữa Việt Nam và Đan Mạch năm 2003).

2.4.2. Những hạn chế, bất cập trong việc áp dụng quy phạm xung đột

** Việc áp dụng các quy định pháp luật nói chung và các quy phạm xung đột nói riêng còn có những khó khăn, bất cập do thiếu sự hướng dẫn cụ thể*

Thực tiễn hiện nay cho thấy, có những người Việt Nam định cư ở nước ngoài vẫn có quốc tịch Việt Nam và đồng thời họ đã được nhập quốc tịch nước ngoài. Đã có nhiều trường hợp kết hôn giữa họ với công dân Việt Nam ở trong nước và việc kết hôn này có xu hướng ngày càng nhiều. “Tuy nhiên, trong giấy chứng nhận kết hôn hiện nay ghi họ có quốc tịch nước ngoài, không ghi quốc tịch Việt Nam. Điều này dẫn đến xung đột pháp luật, vì cả hai nước đều coi họ là công dân nước mình” [26, tr.7]. Đối với trường hợp này, nếu coi họ là công dân nước ngoài thì điều kiện kết hôn được xác định theo pháp luật của nước mà người đó là công dân, nhưng nếu coi họ là công dân Việt Nam thì điều kiện kết hôn được xác định theo PLVN. Hiện nay, trong các văn bản pháp luật về hôn nhân và gia đình của Việt Nam không có quy định nào giải thích về trường hợp này nên tạo ra sự khó khăn đáng kể cho việc giải quyết vụ việc trong thực tiễn. Khi đề cập đến vấn đề này, trong một công trình khoa học nghiên cứu về hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài tại Thành phố Hồ Chí Minh có kiến nghị rằng: “cần sửa đổi lại việc ghi quốc tịch Việt Nam cho người Việt Nam định cư ở nước ngoài trong giấy chứng nhận kết hôn cho dù họ đã có quốc tịch nước ngoài” [26, tr.7] để bảo đảm đúng bản chất và tạo điều kiện thuận lợi hơn khi tiến hành điều tra giải quyết vụ án ly hôn. Nhưng vấn đề được đặt ra là: việc ghi quốc tịch Việt Nam trong giấy chứng nhận kết hôn như vậy dựa vào cơ sở pháp lý nào? Cơ sở pháp lý ở đây là người Việt Nam định cư ở nước ngoài đó mang quốc tịch Việt Nam. Nhưng cơ sở pháp lý đó không đầy đủ và chắc chắn ở chỗ: người Việt Nam định cư ở nước ngoài đó còn có cả quốc tịch nước ngoài. Giả thiết rằng, họ muốn giải quyết vụ việc trên cơ sở quốc tịch nước ngoài của họ thì sao? Các văn bản pháp luật về hôn nhân và gia đình không có

quy định giải thích trường hợp này là một thiếu sót không nhỏ. Tuy nhiên, từ khi có BLDS năm 2005 thì chúng ta áp dụng quy định của Bộ luật này để giải thích về trường hợp hai quốc tịch (vì theo Điều 1 BLDS thì quan hệ dân sự trong BLDS gồm cả quan hệ hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động). Nhưng rất tiếc BLDS chỉ có quy định về trường hợp người nước ngoài có hai hay nhiều quốc tịch nước ngoài (Điều 760) mà không có quy định về trường hợp người Việt Nam định cư ở nước ngoài vừa có quốc tịch Việt Nam vừa có quốc tịch nước ngoài.

** Việc áp dụng quy phạm xung đột có trường hợp khó khăn do việc hiểu không thống nhất hoặc hiểu không đúng quy phạm xung đột*

Một vụ việc thực tế [37, tr.22-23] cho thấy có nhiều quan điểm khác nhau về việc hiểu và áp dụng quy phạm xung đột trong thực tiễn. Ví dụ đó là: Bà Lê Hoài Phương hiện đang thường trú tại MARKICHEALLEE 8012681 BERLIN (Cộng hòa Liên bang Đức) có nơi cư trú trước lúc xuất cảnh tại phường 1 thị xã X, xin ly hôn ông Hoàng Đức Vượng (thường trú tại FRIEDRICH – ENGEL – RING 39 – 15562 RUDERSDORE BEI BERLIN (Cộng hòa Liên bang Đức) có nơi cư trú trước lúc xuất cảnh là Hải Phòng, Việt Nam. Theo lời khai của các đương sự, thì bà Lê Hoài Phương và ông Hoàng Đức Vượng kết hôn vào tháng 11/2000 trên cơ sở tự nguyện, có đăng ký kết hôn tại văn phòng Đại sứ quán Việt Nam tại Cộng hòa Liên bang Đức. Sau khi kết hôn, vợ chồng chung sống hạnh phúc được hơn 2 năm thì phát sinh mâu thuẫn. Tháng 4/2004, hai người sống ly thân, đến tháng 7/2004, bà Phương về Việt Nam thăm gia đình và làm đơn xin ly hôn ông Vượng.

Tòa án nhân dân tỉnh Q đã áp dụng Điều 89, khoản 2 Điều 104 Luật Hôn nhân và gia đình xử cho bà Lê Hoài Phương được ly hôn ông Hoàng Quốc Vượng. Bản án sơ thẩm đã có hiệu lực pháp luật. Tuy nhiên, xoay quanh việc

giải quyết vụ việc này có nhiều quan điểm khác nhau về việc áp dụng quy phạm xung đột.

Quan điểm thứ nhất cho rằng: theo quy định tại khoản 4 Điều 100, khoản 2 Điều 104 Luật Hôn nhân và gia đình thì thẩm quyền giải quyết vụ án này là của Tòa án Cộng hòa Liên bang Đức. Bởi vì, khoản 2 Điều 104 Luật Hôn nhân và gia đình quy định: Trong trường hợp bên là công dân Việt Nam không thường trú tại Việt Nam vào thời điểm yêu cầu ly hôn thì việc ly hôn được giải quyết theo pháp luật của nước nơi thường trú chung của vợ chồng; nếu họ không có nơi thường trú chung thì theo PLVN.

Trong vụ án này, tại thời điểm xin ly hôn, hai đương sự đang thường trú tại Cộng hòa Liên bang Đức, bà Phương chỉ về Việt Nam một thời gian ngắn để thăm gia đình và làm thủ tục xin ly hôn. Mặc dù, ông Vượng, bà Phương chưa có quốc tịch Đức nhưng đang thường trú tại Cộng hòa Liên bang Đức (ít nhất cũng từ năm 2000 cho đến khi làm đơn xin ly hôn). Mặt khác, Nghị quyết 01/2003/NQ/HĐTP ngày 16/4/2003 của Hội đồng thẩm phán TANDTC hướng dẫn áp dụng pháp luật trong việc giải quyết một số loại tranh chấp dân sự, hôn nhân gia đình, tại mục 2.2 phần II quy định: đối với trường hợp các bên đều là công dân Việt Nam kết hôn ở nước ngoài, theo PLNN, nay họ về Việt Nam xin ly hôn thì giải quyết theo PLVN. Chúng ta cần phải hiểu cụm từ “nay họ về...” nghĩa là họ về thường trú tại Việt Nam mà không phải là về thăm gia đình thì mới thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án Việt Nam. Còn nếu đương sự đang thường trú tại nước ngoài mà về Việt Nam xin ly hôn thì không thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án Việt Nam.

Quan điểm thứ hai cho rằng: trong vụ án này, tuy hai đương sự đang thường trú tại nước ngoài nhưng lại sống tại hai nơi khác nhau như: không cùng số nhà, đường phố.... Vì vậy, phải xem đây là trường hợp không có nơi thường trú chung nên do PLVN điều chỉnh.

Quan điểm thứ ba cho rằng: Các đương sự kết hôn tại Đại sứ quán Việt Nam ở Đức và pháp luật áp dụng cho đăng ký kết hôn là PLVN, khi có yêu cầu ly hôn, đương sự về Việt Nam làm thủ tục xin ly hôn theo PLVN nhưng không áp dụng ly hôn có yếu tố nước ngoài mà áp dụng các điều luật tại chương 10 về ly hôn để giải quyết.

** Quy phạm xung đột không được áp dụng còn là do cơ quan nhà nước có thẩm quyền không thực hiện việc áp dụng pháp luật nước ngoài để giải quyết vụ việc*

Thực tiễn hiện nay trong việc giải quyết các vụ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài của tòa án ở Việt Nam cho thấy, PLNN hầu như không được áp dụng mặc dù có quy định dẫn chiếu áp dụng. Điều này cũng có nghĩa rằng quy phạm xung đột không được áp dụng. Một thẩm phán TAND Thành phố Hà Nội cho biết rằng: “chúng tôi chưa bao giờ áp dụng pháp luật nước ngoài khi giải quyết các tranh chấp dân sự hay ly hôn” [21, tr.6]. Kết quả khảo sát các thẩm phán khác của TANDTC có thẩm quyền giải quyết các vụ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài cũng cho kết quả là hầu như không áp dụng PLNN. Cho nên, trong các báo cáo tổng kết hàng năm của ngành tòa án không có chỗ nào đề cập đến việc áp dụng PLNN trong việc giải quyết các vụ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài.

Trong lĩnh vực quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài, khi xảy ra tranh chấp của công dân Việt Nam đi lao động ở nước ngoài, khởi kiện tại Tòa án Việt Nam, nhưng PLNN cũng rất hiếm khi được áp dụng [3, tr.22]. Một ví dụ thực tế sau đây chứng minh cho vấn đề này [3, tr.22]: Tòa án tỉnh B đã giải quyết vụ kiện của 18 người lao động Việt Nam đi làm việc tại Malaysia. Do chủ sử dụng lao động nước ngoài chấm dứt hợp đồng lao động, nên người lao động phải về nước trước thời hạn. Sau khi về nước, người lao động khởi kiện

đòi doanh nghiệp xuất khẩu lao động bồi thường do bị chấm dứt hợp đồng lao động tại Malaysia. Trong việc giải quyết vụ án này, Tòa án cấp sơ thẩm và phúc thẩm căn cứ vào các quy định của Nghị định số 81/2003/NĐ-CP của Chính phủ để xử buộc doanh nghiệp xuất khẩu lao động phải bồi thường cho người lao động toàn bộ tiền lương chưa được trả trong thời gian làm việc tại Malaysia, bồi thường do bị chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật theo quy định của Điều 41 Bộ luật Lao động, trả lại cho người lao động các chi phí mà người lao động đã nộp. Sau khi xét xử, bị đơn kháng cáo và khiếu nại cho rằng: vì Tòa án xác định quan hệ tranh chấp là tranh chấp về hợp đồng lao động, do đó Tòa án phải áp dụng PLNN để giải quyết, vì hợp đồng lao động ký tại nước ngoài, theo PLNN. Tòa án áp dụng PLVN để buộc doanh nghiệp xuất khẩu lao động phải bồi thường là không có căn cứ pháp lý. Theo nguyên tắc áp dụng pháp luật trong TPQT thì: “hợp đồng lao động được ký kết, thực hiện ở Malaysia, sự kiện chấm dứt hợp đồng cũng xảy ra tại Malaysia, do đó khi có tranh chấp, pháp luật Malaysia được áp dụng để xem xét tính hợp pháp, lỗi và trách nhiệm của bên chấm dứt hợp đồng” [3, tr.23].

KẾT LUẬN CHƯƠNG 2

Qua khảo cứu thực trạng hệ thống quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam hiện nay tác giả thấy rằng: cùng với quá trình hoàn thiện hệ thống PLVN nói chung, hệ thống quy phạm xung đột có những hoàn thiện đáng kể, tạo thành những ưu điểm quan trọng; tuy nhiên, hệ thống quy phạm xung đột còn có những hạn chế không nhỏ cần tiếp tục khắc phục và hoàn thiện.

Những ưu điểm cơ bản của hệ thống quy phạm xung đột là:

Thứ nhất, tính hệ thống của các quy phạm xung đột được bảo đảm tốt hơn kể từ khi ban hành BLDS năm 2005.

Trước khi ban hành BLDS năm 2005, các quy phạm xung đột có trong Phần thứ bảy BLDS năm 1995, Bộ luật Hàng hải năm 1990, Luật Hàng không dân dụng năm 1991, Luật Thương mại năm 1997, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000.... Nhưng các quy phạm xung đột trong các văn bản pháp luật đó gần như là tồn tại độc lập, tách biệt, chưa có mối quan hệ chính thống, rõ ràng do chúng ta chưa có quy định coi BLDS là đạo luật gốc, là luật chung trong lĩnh vực tư. Nhưng đến khi chúng ta ban hành BLDS năm 2005 thì theo quy định tại Điều 1, BLDS được hiểu là đạo luật gốc, là luật chung, nên các đạo luật khác như Bộ luật Hàng hải, Luật Hàng không dân dụng, Luật Hôn nhân và gia đình, Luật Thương mại, Luật Lao động được xác định là luật riêng, luật chuyên ngành. Mối quan hệ giữa luật chung và luật riêng đã được xác định rõ là: trước hết là áp dụng luật riêng (mang tính đặc thù), khi luật riêng không có quy định thì áp dụng luật chung (BLDS). Với tính chất mối quan hệ như vậy sẽ tạo điều kiện thuận lợi trong việc xây dựng cũng như thực hiện các quy phạm xung đột. Khi xây dựng các quy phạm xung đột trong các đạo luật chuyên ngành chỉ cần xây dựng các quy phạm xung đột đặc thù, còn lại là các quy phạm xung đột có tính chất chung được đặt trong BLDS. Với việc ban hành các văn bản pháp luật trong thời gian vừa qua đã thể hiện được một phần tính chất mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột trong các đạo luật chuyên ngành với BLDS, làm cho tính hệ thống của các quy phạm xung đột được bảo đảm tốt hơn kể từ khi ban hành BLDS năm 2005.

Thứ hai, nhìn chung các quy phạm xung đột sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến trên thế giới, phù hợp với đặc điểm, tính chất của mối quan hệ mà quy phạm xung đột đó điều chỉnh.

Kết quả khảo cứu các quy phạm xung đột trong các văn bản PLVN cũng như ĐUQT giữa Việt Nam với các nước đã cho thấy: những hệ thuộc luật được sử dụng là những hệ thuộc luật phổ biến, đã được sử dụng trên thế giới, thậm chí có từ lâu trong lịch sử phát triển của TPQT. Điều này làm cho pháp luật phù hợp với các mối quan hệ xã hội mà pháp luật điều chỉnh, đáp ứng được việc điều chỉnh các mối quan hệ xã hội đó; đồng thời cũng phản ánh tính tương thích của PLVN với pháp luật quốc tế trong quá trình hội nhập quốc tế của nước ta hiện nay.

Những hạn chế đáng kể của hệ thống quy phạm xung đột là:

Một là, Phần thứ bảy BLDS năm 2005 là một chế định rất quan trọng về TPQT của Việt Nam nhưng còn quá nhiều hạn chế, không tương xứng với vị trí của nó.

Với vị trí quan trọng của nó, nhưng Phần thứ bảy của BLDS năm 2005 còn quá nhiều hạn chế kể cả về nội dung cũng như kỹ thuật lập pháp, không tương xứng với vị trí của nó được lịch sử phát triển TPQT của Việt Nam trao cho. Về nội dung, hạn chế lớn nhất của nó là còn thiếu nhiều quy định quan trọng, mang tính chất là nguyên tắc, thuộc về chính sách TPQT mà thiếu chúng làm cho hệ thống quy phạm xung đột bị xộc xệch, ảnh hưởng lớn đến tính khả thi của các quy phạm xung đột. Bên cạnh đó, về nội dung còn có những quy phạm xung đột không phù hợp với thực tế, không có tính khả thi. Về kỹ thuật lập pháp, nhiều quy phạm xung đột còn chồng chéo, mâu thuẫn, cách thiết kế quy phạm còn nhiều rối rắm, ngôn từ sử dụng chỗ thì thừa, chỗ thì thiếu làm ảnh hưởng không nhỏ đến việc thực thi các quy phạm xung đột trong thực tiễn.

Hai là, tính hệ thống của các quy phạm xung đột còn nhiều hạn chế như:

- Thiếu nhiều quy phạm xung đột cụ thể

Ngay trong BLDS cũng như các đạo luật chuyên ngành vẫn còn thiếu nhiều quy phạm xung đột điều chỉnh các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia

đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài cụ thể như: quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng, quan hệ giữa cha mẹ và con.... Điều này làm cho thiếu cơ sở pháp lý điều chỉnh quan hệ, ảnh hưởng đến việc bảo vệ quyền và lợi ích của các chủ thể tham gia quan hệ đó.

- Có những quy phạm xung đột không phù hợp với thực tế, không có tính khả thi

Nhiều quy phạm xung đột được xây dựng nhưng không phù hợp với thực tế của các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, không có khả năng thực thi trong thực tiễn do cách thiết kế quy phạm hoặc do thiếu tính dự liệu như: quy phạm xung đột về thỏa thuận áp dụng PLNN, căn cứ áp dụng pháp luật với người không quốc tịch, hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài....

- Có những quy phạm xung đột chồng chéo, mâu thuẫn với nhau

Đây là tình trạng còn rất phổ biến trong hệ thống các quy phạm xung đột ở nước ta hiện nay. Nhiều quy phạm xung đột sử dụng thuật ngữ chưa thống nhất hoặc lặp đi lặp lại những cách diễn đạt không cần thiết hoặc mâu thuẫn với các quy phạm xung đột khác. Tình trạng này cũng làm cho việc hiểu và thực hiện quy phạm xung đột trong thực tiễn gặp nhiều khó khăn.

Ba là, mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột trong các đạo luật chuyên ngành với các quy phạm xung đột trong BLDS còn nhiều khập khiễng, không bảo đảm tính chất mối quan hệ giữa luật chung và luật riêng.

Tuy rằng, kể từ khi ban hành BLDS năm 2005, cách xây dựng các quy phạm xung đột trong BLDS và trong các đạo luật chuyên ngành đã có nhiều khía cạnh thể hiện mối quan hệ giữa luật chung và luật riêng. Nhưng nhìn một cách tổng thể, vẫn còn nhiều hạn chế trong việc thể hiện mối quan hệ này. Chẳng hạn: Khoản 2 Điều 773 BLDS quy định về việc bồi thường thiệt hại do tàu bay, tàu biển gây ra là quy định có tính chất đặc thù nên dành cho Bộ luật

Hàng hải và Luật Hàng không dân dụng quy định hoặc trong Luật Hàng không dân dụng năm 2006 tập trung quy định những quy phạm xung đột đặc thù mà không quy định những quy phạm xung đột chung khác, nhưng trong Bộ luật Hàng hải ngoài những quy phạm xung đột đặc thù vẫn có những quy phạm xung đột chung mà đáng lẽ không cần quy định vì BLDS đã quy định như: thỏa thuận áp dụng PLNN trong hợp đồng, vấn đề bảo lưu trật tự công cộng.

Chương 3

NHỮNG QUAN ĐIỂM, PHƯƠNG HƯỚNG CƠ BẢN VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN HỆ THỐNG QUY PHẠM PHÁP LUẬT XUNG ĐỘT Ở VIỆT NAM

3.1. Tính tất yếu khách quan của việc hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam

Như đã được trình bày trong chương 2, hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam hiện nay còn có rất nhiều hạn chế, bất cập. Nếu những hạn chế, bất cập đó không được khắc phục sẽ mang lại những ảnh hưởng tiêu cực là:

** Ảnh hưởng lớn đến việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài*

Thực tiễn hiện nay cho thấy rằng, các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài tồn tại và phát triển một cách khách quan trong đời sống xã hội và đòi hỏi phải được điều chỉnh bằng hệ thống các quy phạm pháp luật đặc thù là các quy phạm xung đột. Cũng như các lĩnh vực pháp luật khác, muốn điều chỉnh có hiệu quả các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài thì hệ thống quy phạm xung đột phải hoàn thiện như: có đầy đủ các quy phạm xung đột cần thiết, các quy phạm xung đột phải phù hợp với thực tiễn, phải đồng bộ, thống nhất, phải phù hợp với thực tiễn pháp lý quốc tế về việc sử dụng quy phạm xung đột để điều chỉnh các quan hệ xã hội. Khi thiếu các quy phạm xung đột cần thiết thì có những mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể không có cơ sở pháp lý để giải quyết; khi các quy phạm xung đột không phù hợp với thực tiễn, chồng chéo, mâu thuẫn nhau, không tương thích với thực tiễn pháp lý quốc tế thì sẽ rất khó khăn để giải quyết vụ việc hoặc không giải quyết được vụ việc phát sinh, quyền và lợi ích

chính đáng của các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ xã hội không được bảo đảm.

** Ảnh hưởng đến chủ trương hội nhập nền kinh tế quốc tế và khu vực của Việt Nam*

Chủ trương hội nhập vào nền kinh tế thế giới và khu vực là một chủ trương lớn của Việt Nam, phù hợp với xu thế phát triển chung của thời đại. Đảng Cộng sản Việt Nam đã xác định: “Chủ động và tích cực hội nhập kinh tế quốc tế, đồng thời mở rộng hợp tác quốc tế trên các lĩnh vực khác” [24, tr.112]. Để thực hiện thành công chủ trương hội nhập vào nền kinh tế thế giới và khu vực đòi hỏi phải thực hiện rất nhiều công việc khác nhau, trong đó có việc hoàn thiện hệ thống PLVN. “Quá trình hội nhập quốc tế đòi hỏi Việt Nam phải có một hệ thống pháp luật hoàn thiện” [33, tr.3]. Như vậy, chủ trương hội nhập vào nền kinh tế thế giới và khu vực của Việt Nam đòi hỏi Việt Nam phải có một hệ thống pháp luật hoàn thiện, trong đó có hệ thống quy phạm xung đột. Nếu không có hệ thống pháp luật hoàn thiện sẽ tạo ra nhiều khó khăn cho quá trình hội nhập. Trong đó nếu hệ thống quy phạm xung đột không hoàn thiện cũng ảnh hưởng đến quá trình hội nhập kinh tế quốc tế và khu vực của Việt Nam. Khi đó các giao dịch dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại quốc tế không được điều chỉnh có hiệu quả, ảnh hưởng đến việc thu hút các cá nhân, tổ chức nước ngoài và các cá nhân, tổ chức Việt Nam tham gia vào các giao dịch đó.

** Ảnh hưởng đến quá trình xây dựng Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam*

Hiện nay, Việt Nam đã và đang thực hiện chủ trương xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN. Muốn thực hiện được thành công chủ trương lớn này thì một nội dung lớn và cũng là một yêu cầu trước hết không thể thiếu được là phải xây dựng được một hệ thống pháp luật hoàn thiện. Nếu không có một hệ thống pháp luật hoàn thiện thì không thể nói đến có Nhà nước pháp quyền.

Chính vì vậy, Quốc hội Việt Nam cũng như các cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác đã và đang tích cực xây dựng mới hoặc sửa đổi, bổ sung những quy định hiện hành, loại bỏ những quy định lạc hậu để tiến tới có thể có một hệ thống pháp luật hoàn thiện đáp ứng sự nghiệp xây dựng Nhà nước pháp quyền. Trong quá trình hoàn thiện hệ thống PLVN thì không thể thiếu việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột vì hệ thống quy phạm xung đột là một bộ phận cấu thành và không thể thiếu hiện nay. Tuy nhiên, với những hạn chế, bất cập hiện tại của mình thì hệ thống quy phạm xung đột cũng ảnh hưởng đến tính hoàn thiện của hệ thống PLVN nói chung, tức là ảnh hưởng đến quá trình xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam.

Do vậy, với những lý do ảnh hưởng đó và những hạn chế, bất cập của hệ thống quy phạm xung đột thì việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở nước ta hiện nay là công việc mang tính tất yếu khách quan.

3.2. Những quan điểm cơ bản về hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột

Những quan điểm cơ bản hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột là những tư tưởng chủ đạo, mang tính nguyên tắc, là nền tảng, định hướng cho việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam. Những quan điểm đó là:

3.2.1. Bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân và tổ chức tham gia quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài

Các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài gồm các cá nhân, tổ chức Việt Nam và các cá nhân, tổ chức nước ngoài. Bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức đó là rất cần thiết. Thực tiễn hiện nay cho thấy, các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài phát triển một cách khách quan và ngày càng phát triển hơn nữa khi quá trình quốc tế hóa diễn ra mạnh mẽ và Nhà nước ta đang đẩy mạnh

giao lưu, hợp tác quốc tế trên các lĩnh vực. Nhà nước Việt Nam có trách nhiệm xây dựng các quy phạm pháp luật, trong đó có các quy phạm xung đột để điều chỉnh các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài nhằm trước hết bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của các công dân, tổ chức Việt Nam, đồng thời còn bảo vệ cả quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức nước ngoài tham gia những quan hệ có yếu tố nước ngoài đó. Bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài có ý nghĩa rất quan trọng. Nó tạo ra sự yên tâm cho các cá nhân, tổ chức Việt Nam và cả các cá nhân, tổ chức nước ngoài, thu hút các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ và từ đó thúc đẩy sự phát triển giao lưu dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại quốc tế. Vì vậy, việc xây dựng và hoàn thiện các quy phạm xung đột phải tính đến mục đích và cũng chính là bảo đảm vấn đề có tính nền tảng, nguyên tắc là: bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Nghị quyết số 07-NQ/TW ngày 27.11.2001 của Bộ Chính trị về Hội nhập kinh tế quốc tế đã xác định: “Đi đôi với việc nâng cao khả năng cạnh tranh của các sản phẩm và dịch vụ, của các doanh nghiệp, cần ra sức cải thiện môi trường kinh doanh, khả năng cạnh tranh quốc gia thông qua việc khẩn trương đổi mới và xây dựng đồng bộ hệ thống pháp luật phù hợp với đường lối của Đảng, với thông lệ quốc tế”.

3.2.2. Góp phần tạo môi trường pháp lý đầy đủ và thuận lợi cho việc thực hiện chính sách mở cửa, hội nhập của Việt Nam với khu vực và thế giới

Hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột, tức là góp phần tạo ra một môi trường pháp lý thuận lợi, có tác dụng thu hút các cá nhân, tổ chức nước ngoài tham gia quan hệ với cá nhân, tổ chức Việt Nam hoặc vào Việt Nam để thực hiện các hoạt động, giao lưu dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh

doanh, thương mại; đồng thời nó cũng có tác dụng thúc đẩy các cá nhân, tổ chức Việt Nam tham gia quan hệ với các cá nhân, tổ chức nước ngoài hoặc ra nước ngoài để thực hiện các hoạt động, giao lưu đó. Chính điều đó nó cũng có tác dụng thúc đẩy sự phát triển các quan hệ hợp tác kinh tế, văn hóa, xã hội, khoa học, kỹ thuật giữa Việt Nam với các nước trên thế giới. “Sở dĩ như vậy là vì, chủ thể tham gia, ký kết thực hiện cụ thể các giao dịch hay hợp đồng trong giao lưu quốc tế về kinh tế, thương mại, khoa học – công nghệ và văn hóa chủ yếu là các cá nhân, pháp nhân của quốc gia. Có thể nói rằng, thực chất tất cả các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là hệ quả tất yếu của giao lưu quốc tế nói chung giữa các quốc gia, đặc biệt giao lưu quốc tế của các quốc gia về kinh tế, thương mại, khoa học – công nghệ và văn hóa [43, tr.200].

Vì vậy, việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột phải hướng tới mục tiêu và nhằm bảo đảm góp phần tạo môi trường pháp lý thuận lợi cho việc thực hiện chính sách mở cửa, hội nhập của nước ta với khu vực và thế giới. Chính sách mở cửa, hội nhập này được Đảng và Nhà nước ta rất quan tâm vì sự phát triển của đất nước, vì sự giàu có và hạnh phúc của nhân dân. Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ X đã khẳng định: “Khẩn trương đổi mới thể chế kinh tế, hoàn chỉnh hệ thống pháp luật bảo đảm lợi ích quốc gia và phù hợp với các quy định, thông lệ quốc tế” [24, tr.204]. Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 05.2.2007 của Ban chấp hành Trung ương Đảng về một số chủ trương, chính sách lớn để nền kinh tế phát triển nhanh và bền vững khi Việt Nam là thành viên của Tổ chức Thương mại thế giới đã xác định: “Khẩn trương bổ sung, hoàn thiện hệ thống pháp luật và thể chế kinh tế phù hợp với các nguyên tắc, quy định của Tổ chức Thương mại thế giới”.

3.2.3. Bảo vệ chủ quyền và lợi ích quốc gia

Bảo vệ chủ quyền và lợi ích quốc gia là vấn đề có ý nghĩa rất quan trọng, bởi vì, chủ quyền quốc gia là thuộc tính chính trị - pháp lý không thể thiếu đối

với mỗi quốc gia (không thể có quốc gia mà không có chủ quyền), còn lợi ích quốc gia là vấn đề có ý nghĩa “sống còn” đối với quốc gia.

Khi xây dựng và hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột cần lưu ý rằng, các quy phạm xung đột điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, đó là những mối quan hệ vượt ra ngoài phạm vi lãnh thổ quốc gia và liên quan đến quốc gia khác. Điều đó tất yếu dẫn đến có những trường hợp cần phải áp dụng PLNN và không tránh khỏi có trường hợp ảnh hưởng đến chủ quyền và lợi ích quốc gia. Vì vậy, cần thiết phải đặt ra vấn đề bảo vệ chủ quyền và lợi ích quốc gia trong việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột.

Đây là vấn đề mang tính nguyên tắc không chỉ riêng đối với vấn đề hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột mà còn đối với cả quá trình hội nhập kinh tế quốc tế và thực hiện nhiệm vụ đối ngoại của nước ta. Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ X đã khẳng định: “Đưa các quan hệ quốc tế đã được thiết lập vào chiều sâu, ổn định, bền vững. Phát triển quan hệ với tất cả các nước, các vùng lãnh thổ trên thế giới và các tổ chức quốc tế theo nguyên tắc: tôn trọng độc lập, chủ quyền và toàn vẹn lãnh thổ, không can thiệp vào công việc nội bộ của nhau...”

Đẩy mạnh hoạt động kinh tế đối ngoại, hội nhập sâu hơn và đầy đủ hơn với các thể chế kinh tế toàn cầu, khu vực và song phương, lấy phục vụ lợi ích đất nước làm mục tiêu cao nhất” [24, tr.112-114].

Vậy việc bảo vệ chủ quyền và lợi ích quốc gia được thực hiện bằng cách nào trong quá trình hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột? Việc này được thực hiện bằng các quy định pháp luật cụ thể. Chẳng hạn: “Hợp đồng liên quan đến bất động sản ở Việt Nam phải tuân theo pháp luật CHXHCN Việt Nam” (Khoản 2 Điều 769 BLDS năm 2005). Đặc biệt, quy định một vấn đề có tính bao trùm là nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng trong việc áp dụng PLNN, tức

là không áp dụng PLNN nếu PLNN hoặc hậu quả của việc áp dụng PLNN trái với các nguyên tắc cơ bản của PLVN.

3.2.4. Đặt trong tổng thể hoàn thiện hệ thống pháp luật trong quá trình xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam

Hệ thống quy phạm xung đột là một bộ phận không thể thiếu và không tách rời của hệ thống PLVN. Chính vì thế, quá trình hoàn thiện hệ thống PLVN không thể thiếu việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột hay nói cách khác, việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột phải đặt trong tổng thể hoàn thiện hệ thống PLVN. Hiện nay, Việt Nam đang trong quá trình xây dựng Nhà nước pháp quyền nên việc hoàn thiện hệ thống pháp luật là công việc tất yếu cần phải thực hiện. Bên cạnh đó, việc hoàn thiện hệ thống PLVN còn nhằm điều chỉnh có hiệu quả các mối quan hệ xã hội, bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân, tổ chức và của toàn xã hội, thúc đẩy sự phát triển mọi mặt của đời sống xã hội, góp phần thực hiện tốt chính sách mở cửa và hội nhập của Việt Nam với nền kinh tế khu vực và thế giới. Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ X đã khẳng định: “Xây dựng cơ chế vận hành của Nhà nước pháp quyền XHCN.... Hoàn thiện hệ thống pháp luật, tăng tính cụ thể, khả thi của các quy định trong văn bản pháp luật” [24, tr.126].

Giả thiết rằng, nếu tiến hành hoàn thiện hệ thống PLVN mà không tiến hành hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột thì hệ thống PLVN cũng chưa thực sự được hoàn thiện. Hay ngược lại, nếu tiến hành hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột nhưng không hoàn thiện các lĩnh vực pháp luật khác trong hệ thống PLVN thì hệ thống quy phạm xung đột cũng khó mà phát huy được hiệu quả điều chỉnh các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài. Bởi vì, các quy phạm xung đột có mối quan hệ khăng khít với các quy phạm nội dung. “Thực tế cho thấy, các quy phạm xung đột chỉ thực sự phát huy tác dụng nếu hệ thống pháp luật thực định

(trong đó có luật dân sự) đầy đủ, đồng bộ, phù hợp với thực tế khách quan, tạo cơ sở pháp lý an toàn cho việc áp dụng” [5, tr.12]. Hay một khẳng định khác như sau: “Chừng nào pháp luật nội dung và luật thủ tục chưa hoàn thiện, thì việc áp dụng pháp luật còn gặp nhiều khó khăn và chính điều này sẽ làm hạn chế hiệu lực của quy phạm xung đột” [33, tr.24].

3.2.5. Bảo đảm những yêu cầu của hệ thống quy phạm pháp luật xung đột

Những yêu cầu của hệ thống quy phạm xung đột đã được trình bày trong chương 1. Trong quá trình hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột, bảo đảm những yêu cầu của hệ thống quy phạm xung đột có ý nghĩa rất quan trọng. Nó làm cho hệ thống quy phạm xung đột phù hợp với sự phát triển khách quan của các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, có đầy đủ các quy phạm xung đột để điều chỉnh, các quy phạm xung đột đó tồn tại trong một chỉnh thể mang tính đồng bộ, thống nhất, ổn định, chặt chẽ và phù hợp với thực tiễn pháp lý, thông lệ quốc tế nhằm thúc đẩy sự phát triển mạnh mẽ các quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại quốc tế. Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24.5.2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 đã đưa ra một trong những quan điểm chỉ đạo xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật như sau: “Xuất phát từ thực tiễn Việt Nam, đồng thời tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm quốc tế về xây dựng và tổ chức thi hành pháp luật; kết hợp hài hòa bản sắc văn hóa, truyền thống tốt đẹp của dân tộc và tính hiện đại của hệ thống pháp luật”.

Thực trạng hệ thống quy phạm xung đột điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài ở Việt Nam được trình bày trong chương 2 cho thấy rằng, hệ thống quy phạm xung đột còn có rất nhiều hạn chế, bất cập là: vẫn còn thiếu những quy định mang tính nền tảng, nguyên tắc; thiếu những

quy phạm xung đột cụ thể; có những quy phạm xung đột chưa phù hợp với thực tiễn khách quan của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, chưa chặt chẽ, còn chông chéo, mâu thuẫn... Những hạn chế, bất cập đó chính là chưa bảo đảm những yêu cầu của hệ thống quy phạm xung đột. Vì vậy, quá trình hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột nhất thiết cần quan tâm đến việc bảo đảm những yêu cầu của hệ thống quy phạm xung đột, lấy đó làm một vấn đề mang tính nguyên tắc cho việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột. “Hệ thống các quy phạm pháp luật xung đột phải thỏa mãn những yêu cầu nhất định để đảm bảo cơ sở khoa học của việc hoàn thiện nó và điều chỉnh có hiệu quả quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài” [7, tr.67].

3.3. Những phương hướng cơ bản hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột

Những phương hướng cơ bản hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột là những vấn đề mang tính định hướng, dựa trên cơ sở những quan điểm cơ bản (đã được trình bày trong mục 3.2) và thực trạng các quy phạm xung đột ở Việt Nam. Những phương hướng cơ bản đó là:

3.3.1. Không cần thiết xây dựng một đạo luật riêng về tư pháp quốc tế ở Việt Nam

Một giả thiết được đặt ra rằng, nên chăng ở Việt Nam hiện nay cần xây dựng một đạo luật riêng về TPQT. Giả thiết này cũng đã được bàn đến khi xây dựng Phần thứ VII BLDS năm 1995 về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Nhưng cuối cùng Quốc hội cũng đã quyết định không xây dựng một đạo luật riêng về TPQT. Theo quan điểm của tác giả luận án thì không cần thiết phải xây dựng một đạo luật riêng về TPQT ở Việt Nam hiện nay bởi những lý do sau đây:

Thứ nhất, việc có một đạo luật riêng về TPQT hay không có một đạo luật riêng về TPQT thì đó chủ yếu chỉ là yếu tố thuộc về hình thức. Không thể

khẳng định được rằng có đạo luật riêng về TPQT thì việc điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài sẽ hiệu quả hơn hay ngược lại không có đạo luật riêng về TPQT mà các quy phạm của TPQT có trong các đạo luật khác nhau thì việc điều chỉnh các mối quan hệ đó sẽ hiệu quả hơn. Điều quan trọng hơn cả mà có thể khẳng định được, đó là: yếu tố thuộc về nội dung, tức là nội dung các quy phạm của TPQT. Khi các quy phạm của TPQT mà chủ yếu là các quy phạm xung đột phù hợp với sự phát triển khách quan của các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, đồng thời các quy phạm đó đồng bộ, thống nhất, chặt chẽ, phù hợp với thực tiễn pháp lý quốc tế thì nhất định điều chỉnh có hiệu quả các mối quan hệ xã hội đó.

Thứ hai, hiện tại ở Việt Nam các quy phạm của TPQT mà chủ yếu là các quy phạm xung đột là một bộ phận cấu thành của BLDS năm 2005. Đó là Phần thứ bảy. Tính lịch sử của Phần này đã được xác định và tiền thân của nó là từ khi ban hành BLDS năm 1995. Do vậy, các quy phạm pháp luật trong Phần thứ bảy của BLDS đã mang tính ổn định nhất định. Hơn nữa, trên cơ sở quy định của Điều 1 BLDS năm 2005, quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại được gọi chung là quan hệ dân sự nên BLDS được xác định là đạo luật gốc trong lĩnh vực tư và Phần thứ bảy Bộ luật này cũng được xác định là phần quy định gốc trong lĩnh vực TPQT của Việt Nam; do vậy, các quy phạm xung đột trong các đạo luật chuyên ngành khác có mối quan hệ khăng khít với Phần thứ bảy BLDS. Đó là mối quan hệ giữa luật chung và luật chuyên ngành. Giả thiết nếu hiện tại chúng ta chủ trương xây dựng một đạo luật riêng về TPQT thì khi đó tất yếu sẽ làm: “xáo trộn nghiêm trọng hệ thống các văn bản hiện tồn” [70, tr.48]. Bởi vì khi đó từ BLDS cho đến nhiều đạo luật và các văn bản dưới luật khác trong lĩnh vực dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại cần phải được sửa đổi hoặc hủy bỏ. Đây là công việc

“không mang tính khả thi cao” [70, tr.48], mất nhiều thời gian, công sức nhưng ý nghĩa không phải là nhiều.

Thứ ba, như đã được trình bày trong chương 1, thực tiễn pháp lý quốc tế cho thấy rằng, tỉ lệ số quốc gia có đạo luật riêng về TPQT không phải là nhiều so với các quốc gia mà có các quy phạm xung đột tồn tại trong các văn bản pháp luật khác nhau, thậm chí cả trong án lệ. Hơn nữa, kể cả quốc gia có đạo luật riêng về TPQT cũng không bao quát được hết tất cả các quy phạm xung đột trong tất cả các lĩnh vực, nên vẫn có những quy phạm xung đột chuyên biệt trong các văn bản pháp luật chuyên ngành.

Tuy không cần thiết xây dựng một đạo luật riêng về TPQT như một số nước, nhưng Phần thứ bảy BLDS cần được xác định có tính chất như một đạo luật về TPQT của Việt Nam. Điều đó có nghĩa là Phần này là phần quan trọng nhất, giữ vị trí trung tâm của TPQT Việt Nam, có kết cấu hoàn chỉnh, bao gồm những quy định có tính chất là nền tảng và cả những quy định điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể.

3.3.2. Cần xử lý tốt mối quan hệ giữa các quy phạm pháp luật trong các đạo luật chuyên ngành với các quy phạm pháp luật trong Bộ luật Dân sự điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài

Không cần thiết xây dựng một đạo luật riêng về TPQT ở Việt Nam nên các quy phạm về TPQT tồn tại trong các đạo luật khác nhau là BLDS và các đạo luật chuyên ngành về hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại. Khi đó một vấn đề rất quan trọng là xử lý đúng mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột trong các đạo luật chuyên ngành với các quy phạm của Phần thứ bảy BLDS. Mối quan hệ này là mối quan hệ mang tính nguyên lý giữa luật chung và luật riêng. Luật chung là nền tảng, hàm chứa những quy định chung nhất, bao quát nhất; còn luật riêng (luật chuyên ngành) hàm chứa những quy định riêng, quy định đặc thù. Chúng ta có thể khẳng định rằng: “Một yếu tố rất

quan trọng trong việc bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật, tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện pháp luật trong thực tiễn là xử lý đúng mối quan hệ giữa luật chung và luật chuyên ngành” [11, tr.25]. Quan điểm của PGS.TS Luật học Đoàn Năng cũng hoàn toàn có lý khi cho rằng: “Thực tiễn cho thấy rằng, sẽ thuận lợi hơn cho các cơ quan, tổ chức, cá nhân khi áp dụng pháp luật, nếu BLDS chỉ quy định các vấn đề chung cho tất cả các lĩnh vực dân sự, còn đạo luật chuyên ngành cụ thể hóa các quy định chung của BLDS vào điều kiện cụ thể của mỗi chuyên ngành” [44, tr.40]. Trong mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột trong các đạo luật chuyên ngành với các quy phạm của Phần thứ bảy BLDS còn nhiều bất cập cần được xử lý. Những bất cập đó chính là vấn đề: “đặc điểm về mối quan hệ giữa luật chung và luật chuyên ngành chưa được áp dụng một cách triệt để khi xây dựng các văn bản” [11, tr.25]. Việc xử lý tốt những bất cập đó nhằm góp phần quan trọng bảo đảm tính hệ thống của các quy phạm xung đột ở Việt Nam.

** Về mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột của Luật Hôn nhân và gia đình với các quy phạm của Phần thứ bảy Bộ luật Dân sự*

Có những quy định trong Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 không cần thiết phải đặt ra vì đã có quy định chung trong Phần thứ bảy BLDS. Nhưng lý do của vấn đề ở đây rất dễ hiểu là: Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 có trước BLDS năm 2005. Luật Hôn nhân và gia đình này tuy có sau BLDS năm 1995 nhưng khi đó giữa BLDS và Luật Hôn nhân và gia đình cũng như các đạo luật khác còn tồn tại khá tách biệt, không có quy định coi quan hệ dân sự gồm cả quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại như BLDS năm 2005. Xét về tính chất mối quan hệ thì trong Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000:

- Không cần phải có quy định của Khoản 14 Điều 8 về khái niệm quan hệ hôn nhân và gia đình, bởi vì, Điều 758 BLDS đã quy định về khái niệm

quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Quy định này của BLDS như là một công thức pháp lý để xác định các mối quan hệ khác có yếu tố nước ngoài là: quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại.

- Không cần phải có quy định: “Trong trường hợp PLNN dẫn chiếu trở lại PLVN thì áp dụng pháp luật về hôn nhân và gia đình Việt Nam” (Điều 101), bởi vì, Khoản 3 Điều 759 BLDS đã có quy định về trường hợp dẫn chiếu ngược trở lại nói chung.

** Về mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột của Bộ luật Lao động với các quy phạm của Phần thứ bảy Bộ luật Dân sự*

Bộ luật Lao động được ban hành năm 1994 và được sửa đổi, bổ sung năm 2002. Đây là đạo luật được ban hành trước BLDS năm 2005 nên cũng không có quy định xử lý mối quan hệ giữa luật chung và luật chuyên ngành. Hơn nữa, các quy phạm xung đột trong Bộ luật Lao động chủ yếu là quy phạm xung đột mệnh mệnh, quy định bắt buộc phải áp dụng pháp luật lao động Việt Nam đối với quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài; dường như không quan tâm đến việc áp dụng PLNN. Ngay Điều 3 của Bộ luật Lao động năm 1994 cũng đã thể hiện tinh thần này với quy định: “Công dân Việt Nam làm việc trong các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, tại các cơ quan, tổ chức nước ngoài hoặc quốc tế đóng trên lãnh thổ Việt Nam và người nước ngoài làm việc trong các doanh nghiệp, tổ chức và cho cá nhân Việt Nam trên lãnh thổ Việt Nam đều thuộc phạm vi áp dụng của Bộ luật này và các quy định khác của PLVN, trừ trường hợp ĐUQT mà CHXHCN Việt Nam ký kết hoặc tham gia có quy định khác”.

Trong Bộ luật Lao động cần có những quy phạm xung đột đặc thù, trong đó có cả những quy phạm xung đột hai chiều mà có trong một số ĐUQT giữa Việt Nam với nước ngoài, cũng như phù hợp với thực tiễn pháp lý quốc tế để góp phần điều chỉnh có hiệu quả quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài.

** Về mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột của Luật Thương mại với các quy phạm của Phần thứ bảy Bộ luật Dân sự*

Luật Thương mại năm 2005 là đạo luật mới thay thế cho Luật Thương mại năm 1997. Đạo luật này được ban hành cùng thời điểm với BLDS năm 2005 nên đã xử lý mối quan hệ giữa các quy phạm điều chỉnh quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài với các quy phạm điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài trong BLDS. Quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài nói chung là một loại quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, có tính tương đồng rất cao với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài nên dường như tính đặc thù của quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài không rõ rệt. Chính yếu tố này làm cho việc xử lý mối quan hệ giữa quy phạm trong Luật Thương mại với quy phạm trong BLDS điều chỉnh quan hệ có yếu tố nước ngoài trở nên khá dễ dàng. Vấn đề này được thể hiện rõ trong Luật Thương mại năm 2005. Trước đây, trong Luật Thương mại năm 1997 có một số quy phạm xung đột được quy định tại Điều 4, Điều 80, Điều 81. Luật Thương mại năm 2005 đã bỏ quy định về khái niệm hợp đồng mua bán hàng hóa với thương nhân nước ngoài và quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng mua bán hàng hóa với thương nhân nước ngoài. Những quy định này cần được xác định trên cơ sở Phần thứ bảy BLDS, từ đó cũng dễ dàng bảo đảm tính thống nhất và đầy đủ.

Tuy nhiên, trong Luật Thương mại năm 2005 không cần có quy định về việc các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài có quyền thỏa thuận áp dụng PLNN và quy định nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng (Khoản 2 Điều 5). Những quy định này đã có trong Phần thứ bảy BLDS. Việc có quy định này vừa thừa, vừa có những chỗ không thống nhất với quy định của BLDS (chẳng hạn quy định về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng: BLDS thì quy định nếu việc áp dụng hoặc hậu quả việc áp dụng PLNN, TQQT không trái

các nguyên tắc cơ bản của PLVN; trong khi đó Luật Thương mại thì quy định nếu PLNN, TQQT không trái các nguyên tắc cơ bản của PLVN).

** Về mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột của Bộ luật Hàng hải với các quy phạm của Phần thứ bảy Bộ luật Dân sự*

Bộ luật Hàng hải năm 2005 được ban hành cùng thời điểm với BLDS năm 2005. Bộ luật Hàng hải được coi là đạo luật chuyên ngành, còn BLDS là đạo luật chung. Mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột trong Bộ luật Hàng hải với các quy phạm của Phần thứ bảy BLDS đã được xử lý. Điều 3 Bộ luật Hàng hải năm 2005 đã quy định những quy phạm xung đột đặc thù điều chỉnh các mối quan hệ hàng hải có yếu tố nước ngoài. Tuy nhiên, trong Bộ luật Hàng hải năm 2005 vẫn còn có những quy định không cần thiết. Khoản 2 Điều 4 quy định về việc các bên tham gia hợp đồng hàng hải có yếu tố nước ngoài có quyền thỏa thuận áp dụng PLNN, còn Khoản 3 Điều 4 quy định về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng trong việc áp dụng PLNN. Những quy định này đã có trong Phần thứ bảy BLDS mà không cần thiết phải được quy định trong Bộ luật Hàng hải. Hơn nữa, việc quy định như vậy có trường hợp còn làm cho các quy định giữa hai đạo luật không thống nhất với nhau (chẳng hạn: Bộ luật Hàng hải quy định nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng trong việc áp dụng PLNN là nếu PLNN đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của PLVN, trong khi đó BLDS quy định nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng PLNN không trái với các nguyên tắc cơ bản của PLVN; ngoài ra, Bộ luật Hàng hải chỉ quy định nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng đối với việc áp dụng PLNN mà không quy định đối với việc áp dụng TQQT, trong khi đó BLDS quy định đối với cả TQQT).

** Về mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột của Luật Hàng không dân dụng với các quy phạm của Phần thứ bảy Bộ luật Dân sự*

Năm 2006 Quốc hội Việt Nam ban hành Luật Hàng không dân dụng mới, thay thế cho Luật Hàng không dân dụng năm 1991. Luật Hàng không dân dụng mới được ban hành sau BLDS năm 2005, cho nên, mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột trong đạo luật chuyên ngành này với các quy phạm trong Phần thứ bảy của BLDS được xử lý khá tốt. So với các đạo luật chuyên ngành khác thì có thể nói rằng, Luật Hàng không dân dụng năm 2006 xử lý tốt nhất mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột trong Luật này với các quy phạm của Phần thứ bảy BLDS. Luật Hàng không dân dụng năm 2006 chỉ quy định những quy phạm xung đột đặc thù mà không quy định những quy phạm xung đột chung vì BLDS đã quy định. Chẳng hạn: Luật Hàng không dân dụng không quy định các bên chủ thể trong hợp đồng hàng không dân dụng có yếu tố nước ngoài có quyền thỏa thuận áp dụng PLNN và cũng không quy định về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng.

3.3.3. Bổ sung và hoàn thiện những quy định mang tính nguyên tắc thuộc về chính sách tư pháp quốc tế của quốc gia

Hệ thống quy phạm xung đột muốn có nền móng ổn định của nó đòi hỏi phải có những quy định mang tính nguyên tắc, là nền tảng, thuộc về chính sách TPQT của quốc gia. Những quy định này đòi hỏi phải rõ ràng, thống nhất, phù hợp với thực tiễn. Nếu thiếu những quy định đó thì các quy phạm xung đột trở nên khập khiễng, không phát huy được hiệu quả điều chỉnh các quan hệ xã hội trong thực tiễn, các cá nhân, tổ chức và cơ quan có thẩm quyền sẽ gặp nhiều khó khăn khi phải áp dụng quy phạm xung đột vào vụ việc cụ thể.

** Hoàn thiện quy định về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng*

Thực trạng quy định pháp luật về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng được đề cập trong Chương 2 cho thấy:

Thứ nhất, nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau là: BLDS năm 2005, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, Luật Thương mại năm 2005, Bộ luật Hàng hải năm 2005. Việc quy định về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau như thế này là không cần thiết, nhất là khi BLDS được xác định là đạo luật gốc trong lĩnh vực dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại. Bản thân nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng là thống nhất ở một quốc gia, cho nên chỉ cần quy định nguyên tắc này trong BLDS là đủ, còn các đạo luật về hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại thì không cần quy định. Việc quy định nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng như vậy nhằm bảo đảm tính thống nhất cao về vấn đề này và tránh sự rườm rà trong các văn bản pháp luật.

Hiện tại, nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng không chỉ được quy định trong nhiều văn bản pháp luật khác nhau mà ngay trong BLDS năm 2005, nguyên tắc này có trong ba quy định khác nhau là: Khoản 3 Điều 759, Khoản 4 Điều 759 và Điều 776. Nguyên tắc này có trong ba quy định khác nhau như vậy là không cần thiết, tạo ra sự rườm rà trong BLDS. Giải pháp cho vấn đề này là cần thiết quy định nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng trong một điều luật độc lập. Bởi vì, “quy định như vậy sẽ tránh được sự rườm rà; bảo đảm sự tập trung, thống nhất, dễ hiểu, dễ thực hiện. Ngoài ra, nó còn quan trọng ở chỗ, BLDS là luật chung, những quy định chung cần phải thể hiện sự tập trung, rõ ràng, đậm nét, thậm chí còn là khuôn mẫu để tạo điều kiện thuận lợi cho các luật chuyên ngành khi cần áp dụng những quy định chung của BLDS” [11, tr.26]. Thực tiễn pháp lý quốc tế ở nhiều quốc gia cũng như vậy. Ngay trong BLDS năm 1995 cũng quy định nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng trong một điều luật độc lập (Điều 828). Đó là giải pháp ưu việt hơn cả.

Thứ hai, hiện tại các văn bản pháp luật khác nhau quy định về nội dung nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng là rất khác nhau (như đã được trình bày trong Chương 2). Không những thế quy định nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng trong BLDS còn có chỗ không rõ nghĩa do sử dụng cụm từ “nếu việc áp dụng PLNN, TQQT” không trái các nguyên tắc cơ bản của PLVN. Với những bất cập đó sẽ tạo rất nhiều khó khăn cho các cá nhân, tổ chức và cơ quan có thẩm quyền trong việc thực hiện nguyên tắc này trong thực tiễn. Giải pháp phù hợp hơn cả về việc quy định nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng trong BLDS Việt Nam là: “nếu PLNN, TQQT hoặc hậu quả của việc áp dụng PLNN, TQQT không trái với các nguyên tắc cơ bản của PLVN”.

** Bổ sung vấn đề dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba*

Đối với vấn đề dẫn chiếu, theo Khoản 3 Điều 759 BLDS năm 2005 và Điều 101 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 thì chỉ có quy định về trường hợp dẫn chiếu ngược trở lại. Tức là quy phạm xung đột của Việt Nam dẫn chiếu tới việc áp dụng pháp luật của nước ngoài, nhưng quy phạm xung đột của nước ngoài đó lại dẫn chiếu ngược trở lại pháp luật của Việt Nam để áp dụng. Cũng theo tinh thần đó thì quan điểm của Việt Nam là: khi quy phạm xung đột dẫn chiếu tới pháp luật của nước ngoài là dẫn chiếu tới cả hệ thống pháp luật của nước ngoài đó, bao gồm cả quy phạm thực chất và quy phạm xung đột. Hiện tại, theo quy định của PLVN, không có một quy định nào về vấn đề dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba, tuy rằng trước đây có quy định trong Nghị định số 60/CP ngày 06/6/1997 hướng dẫn thi hành các quy định của BLDS về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài (đã được đề cập trong Chương 2). Cho nên, nếu quy phạm xung đột của nước ngoài không dẫn chiếu ngược trở lại PLVN mà dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba thì các cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ cũng như các cơ quan có thẩm quyền giải quyết vụ việc phát

sinh sẽ không có cơ sở pháp lý để áp dụng pháp luật, tức là không có cơ sở pháp lý cần thiết để giải quyết vụ việc.

Vì vậy, trong PLVN cần bổ sung quy định về việc dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba. Chúng ta nên quy định cả vấn đề dẫn chiếu ngược trở lại và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba trong một điều luật riêng biệt để bảo đảm sự rõ ràng, thống nhất, tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực hiện pháp luật trong thực tiễn. Chẳng hạn, có thể quy định rằng: “Trong trường hợp các văn bản pháp luật của Việt Nam hoặc ĐUQT mà Việt Nam là thành viên dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật nước ngoài thì pháp luật của nước đó được áp dụng; trường hợp pháp luật của nước đó dẫn chiếu ngược trở lại pháp luật của Việt Nam thì áp dụng PLVN; trường hợp pháp luật của nước đó dẫn chiếu đến pháp luật của nước thứ ba thì áp dụng pháp luật của nước thứ ba đó”.

** Bổ sung quy định dẫn chiếu đến pháp luật một nước có nhiều hệ thống pháp luật khác nhau*

Trong trường hợp quy phạm xung đột của Việt Nam dẫn chiếu tới pháp luật của nước ngoài mà nước đó có nhiều hệ thống pháp luật khác nhau thì không có cơ sở pháp lý để xác định được một hệ thống pháp luật cụ thể, thích hợp để điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

Vì vậy, cần phải bổ sung quy phạm xung đột về việc xác định pháp luật áp dụng trong trường hợp quy phạm xung đột của Việt Nam dẫn chiếu tới pháp luật của nước ngoài mà nước đó có nhiều hệ thống pháp luật khác nhau. Trước hết, quy phạm xung đột của Việt Nam nên quy định tôn trọng quy phạm xung đột dẫn chiếu tiếp của nước ngoài đó đến một hệ thống pháp luật cụ thể của nước đó. Trong trường hợp không có sự dẫn chiếu đó thì quy phạm xung đột của Việt Nam quy định áp dụng hệ thống pháp luật mà có quan hệ gắn bó nhất về quyền và nghĩa vụ của cá nhân, tổ chức tham gia quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

** Bổ sung quy định các bên chủ thể hợp đồng có quyền thỏa thuận áp dụng TQQT*

Như đã được trình bày trong Chương 2, theo quy định của Khoản 3 Điều 759, TQQT chỉ được coi là nguồn bổ trợ cuối cùng. TQQT chỉ được áp dụng khi quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài không được BLDS, các văn bản pháp luật khác của Việt Nam, ĐUQT mà Việt Nam là thành viên hoặc hợp đồng dân sự giữa các bên điều chỉnh. Không chỉ là nguồn bổ trợ cuối cùng, trong quan hệ hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài các bên chủ thể cũng không có quyền thỏa thuận chọn TQQT để áp dụng, trong khi đó các bên chủ thể có quyền thỏa thuận áp dụng PLNN (Khoản 3 Điều 759). Ngay trong BLDS đã thể hiện việc áp dụng TQQT rất bị hạn chế, không tương thích với việc quy định về áp dụng PLNN. Đối chiếu với một số đạo luật chuyên ngành cho thấy: trong một số đạo luật chuyên ngành có quy định các bên chủ thể hợp đồng có quyền thỏa thuận áp dụng TQQT (Khoản 2 Điều 4 Bộ luật Hàng hải năm 2005, Khoản 2 Điều 5 Luật Thương mại năm 2005). Những quy định đó phù hợp với thực tiễn quan hệ hợp đồng, tạo điều kiện thuận lợi cho việc điều chỉnh quan hệ có yếu tố nước ngoài liên quan. Những đạo luật chuyên ngành đó có quy định cụ thể việc thỏa thuận áp dụng TQQT mới có cơ sở pháp lý để áp dụng. Trong trường hợp một đạo luật chuyên ngành không có quy định các bên chủ thể hợp đồng được quyền thỏa thuận áp dụng TQQT thì không có cơ sở pháp lý để áp dụng. Chẳng hạn, Luật Hàng không dân dụng năm 2006 không có quy định về việc các bên chủ thể hợp đồng thỏa thuận áp dụng PLNN và TQQT, mà theo cách xây dựng của đạo luật này thì những vấn đề đó là những vấn đề chung được quy định trong BLDS nên áp dụng theo quy định của BLDS. Luật Hàng không dân dụng năm 2006 chỉ quy định những quy phạm xung đột đặc thù. Nhưng theo quy định hiện hành của BLDS thì các bên trong hợp đồng hàng không dân dụng có yếu tố nước ngoài cũng không có quyền thỏa thuận áp dụng TQQT. Trong khi

đó, cũng như hợp đồng thương mại, hàng hải có yếu tố nước ngoài, các bên chủ thể trong hợp đồng hàng không dân dụng có yếu tố nước ngoài cần được quyền thỏa thuận áp dụng TQQT. Vì vậy, trong BLDS cần có quy định các bên chủ thể trong hợp đồng có quyền thỏa thuận áp dụng TQQT để phù hợp với quan hệ hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài và làm cơ sở pháp lý cho các đạo luật chuyên ngành về vấn đề này.

3.3.4. Mở rộng giao lưu hợp tác quốc tế để ký kết, gia nhập các điều ước quốc tế trong đó có chứa các quy phạm pháp luật xung đột thống nhất điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài

Về lý thuyết, do đặc điểm đặc trưng của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài là yếu tố nước ngoài (tức là tính quốc tế) của quan hệ làm cho quan hệ đó liên quan đến nước ngoài, hệ thống pháp luật của nước ngoài. Điều này tất yếu đặt ra nhu hợp tác giữa các quốc gia nhằm xây dựng các ĐUQT liên quan để điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài đó. Trong thực tiễn, ngày càng có nhiều cá nhân, tổ chức nước ngoài đến Việt Nam đầu tư, kinh doanh, đi du lịch, quan hệ kết hôn. Ngược lại, cũng ngày càng có nhiều công dân, tổ chức Việt Nam ra nước ngoài đầu tư, kinh doanh, đi du lịch, quan hệ kết hôn. Hiện nay có khoảng ba triệu người Việt Nam định cư ở nước ngoài, trong đó rất nhiều người vẫn giữ quốc tịch Việt Nam. Những người này đã, đang và sẽ thực hiện rất nhiều giao dịch về dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại với các cá nhân, tổ chức nước ngoài. Từ cơ sở lý thuyết cũng như cơ sở thực tiễn đó đặt ra nhu cầu “Việt Nam cần mở rộng quan hệ hợp tác song phương, ký kết HĐTTTP với các nước, đặc biệt là đối với các quốc gia có nhiều người Việt Nam định cư, sinh sống” [26, tr.4]. Ngoài việc mở rộng hợp tác song phương, Việt Nam cũng cần mở rộng hợp tác đa phương để ký kết các ĐUQT đa phương có chứa các quy phạm xung đột điều chỉnh các mối quan hệ mang tính

chất dân sự có yếu tố nước ngoài. “Điều này cũng có nghĩa là chúng ta ngày càng xâm nhập sâu vào quá trình nhất thể hóa pháp luật trong TPQT” [47, tr.47]. Khi mở rộng hợp tác với các quốc gia để ký kết các ĐUQT song phương hoặc đa phương sẽ có ưu điểm rất lớn là: sự thống nhất cao của các quốc gia trong việc sử dụng quy phạm xung đột để điều chỉnh các mối quan hệ xã hội liên quan, làm cho việc giải quyết xung đột pháp luật được triệt để hơn so với việc sử dụng quy phạm xung đột của từng quốc gia. Tất nhiên, việc mở rộng quan hệ hợp tác giữa Việt Nam với quốc gia khác còn phụ thuộc vào quốc gia khác đó nữa, không chỉ phụ thuộc vào chủ trương mở rộng hợp tác quốc tế của Việt Nam. Hơn nữa, do trong các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, có những mối quan hệ như: hôn nhân và gia đình, thừa kế... gắn bó chặt chẽ với phong tục, tập quán, truyền thống văn hóa của mỗi quốc gia và do truyền thống pháp lý của các quốc gia khác nhau nên đây cũng là nguyên nhân dẫn đến có những khó khăn trong việc thỏa thuận ký kết các ĐUQT có chứa các quy phạm xung đột. Nhưng trong xu thế chung của thời đại, quá trình nhất thể hóa và hài hòa hóa pháp luật ngày càng diễn ra phổ biến hơn sẽ làm cho việc ký kết các ĐUQT nói chung và các ĐUQT có chứa các quy phạm xung đột nói riêng ngày càng thuận lợi hơn để có nhiều quy phạm xung đột thống nhất hơn điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

3.4. Những giải pháp hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột

3.4.1. Hoàn thiện các quy phạm pháp luật xung đột trong Bộ luật Dân sự

Việc hoàn thiện những quy phạm xung đột mang tính chất là nguyên tắc, nền tảng thuộc về chính sách TPQT của quốc gia đã được đề cập trong mục 3.3. Mục này chỉ đề cập việc hoàn thiện các quy phạm xung đột điều chỉnh các

mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể. Việc hoàn thiện các quy phạm xung đột này dựa trên cơ sở những bất cập đã được phân tích trong Chương 2.

- Điều 758 về khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài cần được sửa đổi lại để bảo đảm tính đồng bộ, thống nhất và chính xác. Khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài hiện tại cần bỏ cụm từ “cơ quan” và “theo pháp luật nước ngoài”. Cụ thể là: Quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là quan hệ dân sự có ít nhất một trong các bên tham gia là cá nhân, tổ chức nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài hoặc là các quan hệ dân sự giữa các bên tham gia là công dân, tổ chức Việt Nam nhưng căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó phát sinh tại nước ngoài hoặc tài sản liên quan đến quan hệ đó ở nước ngoài.

- Khoản 1 Điều 759 BLDS cần thay cụm từ “trừ trường hợp Bộ luật này có quy định khác” bằng cụm từ “trừ trường hợp được quy định tại Khoản 2, Khoản 3 và Khoản 4 Điều này”. Đồng thời, Khoản 2 Điều 759 cần hoán đổi vị trí cho Khoản 3 Điều 2 của BLDS để bảo đảm tính đồng bộ, thống nhất. Cụ thể là: Các quy định của pháp luật dân sự Việt Nam được áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, trừ trường hợp ĐUQT mà CHXHCN Việt Nam là thành viên có quy định khác.

- Khoản 3 Điều 759 BLDS cần sửa đổi lại là: pháp luật của nước ngoài cũng được áp dụng trong trường hợp các bên chủ thể có thỏa thuận trong hợp đồng, nếu pháp luật của nước ngoài đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của PLVN và các ĐUQT mà Việt Nam là thành viên. Pháp luật của nước ngoài do các bên chủ thể hợp đồng thỏa thuận là pháp luật nội dung, không gồm quy phạm xung đột. Nội dung sửa đổi này là một nội dung quan trọng và cần quy định trong một điều luật độc lập. Khi có một điều khoản riêng về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng trong BLDS thì không cần quy định: “nếu pháp luật

của nước ngoài đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của PLVN và các ĐUQT mà Việt Nam là thành viên”.

- Điều 760 BLDS cần thay cụm từ “cư trú” bằng cụm từ “thường trú” hoặc “cư trú thường xuyên”. Cụ thể là:

Trong trường hợp Bộ luật này hoặc các văn bản pháp luật khác của Việt Nam dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật của nước mà người nước ngoài là công dân thì pháp luật áp dụng đối với người không quốc tịch là pháp luật của nước nơi người đó thường trú; nếu không xác định được nơi người đó thường trú thì áp dụng PLVN.

Trong trường hợp Bộ luật này hoặc các văn bản pháp luật khác của Việt Nam dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật của nước mà người nước ngoài là công dân thì pháp luật áp dụng đối với người nước ngoài có hai hay nhiều quốc tịch nước ngoài là pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch và thường trú vào thời điểm phát sinh quan hệ dân sự; nếu người đó không thường trú tại một trong các nước mà người đó có quốc tịch thì áp dụng pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch và có quan hệ gắn bó nhất về quyền và nghĩa vụ.

- Bổ sung thêm quy phạm xung đột xác định pháp luật áp dụng trong trường hợp một công dân vừa có quốc tịch Việt Nam vừa có quốc tịch nước ngoài. Trong BLDS chỉ có quy định trường hợp người nước ngoài có hai hay nhiều quốc tịch nước ngoài (Khoản 2 Điều 760) mà không có quy định một công dân vừa có quốc tịch Việt Nam vừa có quốc tịch nước ngoài. Cho nên, khi người công dân này tham gia quan hệ có yếu tố nước ngoài với một công dân khác của Việt Nam thì không có cơ sở pháp lý để giải quyết. Nên trong BLDS cần có quy định về vấn đề này. Cụ thể là: Trong trường hợp BLDS hoặc các văn bản pháp luật khác của Việt Nam dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật của nước mà một công dân vừa có quốc tịch Việt Nam vừa có quốc tịch nước ngoài là pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch và thường trú vào thời

điểm phát sinh quan hệ; nếu người đó không thường trú tại Việt Nam hoặc tại nước mà người đó có quốc tịch thì áp dụng pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch và có quan hệ gắn bó nhất về quyền và nghĩa vụ.

- Khoản 2 Điều 766 cần bổ sung cụm từ “quốc tế” sau cụm từ “trên đường vận chuyển” để bảo đảm tính chính xác, bởi vì, nếu chỉ “trên đường vận chuyển” nói chung thì có thể diễn ra trong một quốc gia. Khi đó, hệ thuộc luật của nước nơi có tài sản phải được áp dụng vì nó “thuận tiện và dễ xác định hơn cả” [56, tr.37]. Cụ thể là: Quyền sở hữu đối với động sản trên đường vận chuyển quốc tế được xác định theo pháp luật của nước nơi động sản được chuyển đến, nếu không có thỏa thuận khác.

- Tên của Điều 769 BLDS cần bổ sung thêm cụm từ “nội dung của” trước cụm từ “hợp đồng dân sự”, bởi vì, hợp đồng dân sự bao gồm nhiều khía cạnh, trong khi đó nội dung của Điều 769 quy định về nội dung của hợp đồng. Tên của điều luật như vậy cũng làm cho quy định tương thích với tên của Điều 770 về “Hình thức của hợp đồng dân sự”. Ngoài ra, Khoản 1 của Điều 769 cần thay cụm từ “Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng” bằng cụm từ “nội dung của hợp đồng”.

- Khoản 1 Điều 773 quy định về việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng cần xác định rõ ưu tiên hệ thuộc luật cụ thể nào đó được áp dụng, chứ không nên quy định như hiện nay là lựa chọn một trong hai hệ thuộc luật. Quy định này dễ gây ra sự bất đồng khi xác định hệ thuộc luật áp dụng. Có thể ưu tiên hệ thuộc luật nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại, nếu không xác định được nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại không rõ ràng để xác định thì áp dụng hệ thuộc luật nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại. Cụ thể là: Việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại, nếu không xác định được nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại hoặc nơi xảy ra hành vi gây thiệt hại

không rõ ràng để xác định thì xác định theo pháp luật của nước nơi phát sinh hậu quả thực tế của hành vi gây thiệt hại.

Còn Khoản 2 Điều 773 không nên quy định về việc bồi thường thiệt hại do tàu bay, tàu biển gây ra ở không phận quốc tế hoặc biển cả, vì quy định này mang tính chuyên ngành, nên được quy định trong các đạo luật chuyên ngành (Luật Hàng không dân dụng và Bộ luật Hàng hải) thì hợp lý hơn cả. Hơn nữa, như đã được phân tích trong Chương 2, quy định của Khoản 2 này không có tính khả thi trong trường hợp việc bồi thường thiệt hại do tàu bay, tàu biển gây ra mà các tàu bay, tàu biển mang các quốc tịch khác nhau.

- Điều 776 BLDS cần thay cụm từ “hoặc” bằng cụm từ “và” để bảo đảm BLDS, các văn bản pháp luật khác của Việt Nam về chuyển giao công nghệ và ĐUQT mà Việt Nam là thành viên phải được áp dụng. Bởi vì, khi sử dụng cụm từ “hoặc” như hiện nay thì các cá nhân, tổ chức trong quan hệ chuyển giao công nghệ có yếu tố nước ngoài cũng như cơ quan có thẩm quyền có quyền lựa chọn một trong hai loại nguồn luật đó để áp dụng. Nếu các chủ thể đó lựa chọn PLNN thì PLVN không được áp dụng. Ngoài ra, khi trong BLDS có một điều luật riêng về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng thì Điều 776 cần bỏ quy định về vấn đề này đó là cụm từ: “nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật CHXHCN Việt Nam”. Điều 776 cần quy định là: Việc chuyển giao công nghệ giữa cá nhân, pháp nhân Việt Nam với người nước ngoài, pháp nhân nước ngoài, việc chuyển giao công nghệ từ nước ngoài vào Việt Nam và từ Việt Nam ra nước ngoài, phải tuân theo quy định của Bộ luật này, các văn bản pháp luật khác của Việt Nam về chuyển giao công nghệ và ĐUQT mà Việt Nam là thành viên và phải tuân theo quy định của PLNN.

3.4.2. Hoàn thiện các quy phạm pháp luật xung đột trong Luật Hôn nhân và gia đình

* Bỏ khái niệm quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài được quy định tại Khoản 14 Điều 8 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000, vì BLDS đã có quy định về khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài này là công thức pháp lý để xác định khái niệm hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài.

* Bổ sung thêm các quy phạm xung đột điều chỉnh quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng, quan hệ giữa cha mẹ và con có yếu tố nước ngoài để bảo đảm sự đầy đủ của quy phạm xung đột trong lĩnh vực này và có cơ sở pháp lý cho việc giải quyết vụ việc phát sinh.

- Đối với quan hệ nhân thân và tài sản giữa vợ chồng: áp dụng hệ thuộc luật phổ biến và cũng được quy định trong các HĐTTTP giữa Việt Nam với nước ngoài là pháp luật của nước nơi thường trú chung của vợ chồng; nếu vợ chồng có cùng một quốc tịch nhưng mỗi người thường trú ở một nước khác nhau thì áp dụng pháp luật của nước mà họ là công dân; nếu vợ chồng không cùng quốc tịch cũng không có nơi thường trú chung thì áp dụng pháp luật nơi thường trú chung cuối cùng của họ, nếu họ chưa bao giờ có nơi thường trú chung thì áp dụng pháp luật của nước nơi cơ quan có thẩm quyền nhận được đơn kiện.

- Đối với quan hệ giữa cha mẹ và con: áp dụng pháp luật của nước nơi thường trú chung của cha mẹ và con; nếu cha mẹ và con không có nơi thường trú chung thì áp dụng pháp luật của nước nơi người con thường trú.

3.4.3. Hoàn thiện các quy phạm pháp luật xung đột trong Bộ luật Lao động

Hiện tại trong Bộ luật Lao động năm 1994 và Luật năm 2002 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Lao động chủ yếu là quy phạm xung đột một chiều quy định áp dụng PLVN, rất hiếm quy phạm xung đột hai chiều (đã được đề cập trong Chương 2). Trong khi đó, quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài là loại quan hệ vừa liên quan đến PLVN vừa liên quan đến PLNN. Cho nên, cũng cần có những quy phạm xung đột hai chiều nhất định quy định áp dụng PLNN đối với quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài. Kể từ khi quan hệ dân sự được xác định gồm cả quan hệ hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại thì các quy phạm xung đột chung của BLDS cũng được áp dụng đối với quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài. Đây là điểm thuận lợi để điều chỉnh loại quan hệ lao động này. Tuy nhiên, trong Bộ luật Lao động vẫn cần có những quy phạm xung đột đặc thù để điều chỉnh quan hệ lao động có yếu tố nước ngoài. Hệ thuộc luật nơi công việc đang, đã hoặc cần thực hiện là hệ thuộc luật phổ biến trên thế giới và cũng được quy định trong một số HĐTTTP giữa Việt Nam với nước ngoài mà Bộ luật Lao động cần quy định. Cụ thể là: việc xác lập, thay đổi, chấm dứt hợp đồng lao động và các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng lao động đó được xác định theo pháp luật của nước nơi công việc đang, đã hoặc cần thực hiện.

3.4.4. Hoàn thiện các quy phạm pháp luật xung đột trong các đạo luật về kinh doanh, thương mại

** Hoàn thiện các quy phạm xung đột trong Luật Thương mại năm 2005*

Quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài nói chung là một loại quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, có tính tương đồng rất cao với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài mà thường hiếm có tính đặc thù riêng. Cho nên, quan hệ thương mại có yếu tố nước ngoài áp dụng hoàn toàn những quy phạm xung đột trong BLDS. Vì thế, trong Luật Thương mại không cần có những quy phạm xung đột riêng. Hiện tại, trong Luật Thương mại năm 2005 cũng chỉ có quy

phạm xung đột được quy định tại khoản 2 Điều 5 về việc các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được thỏa thuận áp dụng PLNN, tập quán thương mại quốc tế nếu PLNN, tập quán thương mại quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của PLVN. Quy phạm xung đột này cũng không cần thiết quy định trong Luật Thương mại. Bởi vì, trong BLDS đã có quy định các bên chủ thể hợp đồng có quyền thỏa thuận áp dụng PLNN; đồng thời, trong BLDS cũng cần có quy định về việc các bên chủ thể hợp đồng có quyền thỏa thuận áp dụng TQQT và có một điều khoản riêng quy định về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng.

** Hoàn thiện các quy phạm xung đột trong Bộ luật Hàng hải năm 2005*

- Khoản 3 Điều 4 Bộ luật Hàng hải quy định về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng là không cần thiết khi trong BLDS có một điều khoản riêng về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng. Cho nên, cần bỏ Khoản 3 Điều 4 này vì thừa và để bảo đảm tính thống nhất cao về quy định nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng. Ngay quy định hiện hành của Khoản 3 Điều 4 Bộ luật Hàng hải và quy định về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng trong BLDS là không thống nhất với nhau (đã được phân tích trong Chương 2).

- Trong Bộ luật Hàng hải cần bổ sung quy phạm xung đột về việc bồi thường thiệt hại do tàu biển gây ra ở biển cả, vì trong BLDS không nên quy định về vấn đề này như hiện nay, do đây là loại quan hệ có yếu tố nước ngoài đặc thù. Đồng thời, quy phạm quy định về vấn đề này cần rõ ràng và khả thi hơn. Cụ thể là: Việc bồi thường thiệt hại trong trường hợp việc gây thiệt hại cho nhau ở biển cả giữa các tàu biển có cùng quốc tịch thì xác định theo pháp luật của nước mà tàu biển có quốc tịch, trong trường hợp các tàu biển đó có quốc tịch khác nhau thì xác định theo pháp luật của nước nơi tàu biển có quốc tịch là bên bị gây thiệt hại; trong trường hợp tàu biển gây thiệt hại cho một

công trình của một quốc gia ở biển cả thì xác định theo pháp luật của nước nơi có công trình bị gây thiệt hại.

** Hoàn thiện các quy phạm xung đột trong Luật Hàng không dân dụng năm 2006*

Luật Hàng không dân dụng năm 2006 là đạo luật xử lý khá tốt mối quan hệ giữa các quy phạm xung đột chuyên ngành với các quy phạm xung đột trong BLDS. Trong đạo luật này chỉ cần bổ sung thêm quy phạm xung đột quy định về việc bồi thường thiệt hại do tàu bay gây ra ở không phận quốc tế. Hiện tại, vấn đề này được quy định tại Khoản 2 Điều 773 BLDS. Nhưng do việc bồi thường thiệt hại do tàu bay gây ra ở không phận quốc tế là loại quan hệ hàng không dân dụng đặc thù nên cần được quy định trong Luật Hàng không dân dụng và cần quy định rõ ràng và chính xác hơn. Cụ thể là: Việc bồi thường thiệt hại trong trường hợp việc gây thiệt hại cho nhau ở không phận quốc tế giữa các tàu bay có cùng quốc tịch thì xác định theo pháp luật của nước mà tàu bay có quốc tịch, trong trường hợp các tàu bay đó có quốc tịch khác nhau thì xác định theo pháp luật của nước nơi tàu bay có quốc tịch là bên bị gây thiệt hại.

3.4.5. Hoàn thiện quy phạm pháp luật xung đột trong Bộ luật Tố tụng dân sự

Khoản 2 Điều 405 BLTTDS quy định về khái niệm vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài cần bỏ cụm từ “theo pháp luật nước ngoài”, vì cụm từ này không rõ nghĩa và khó xác định mà đã được phân tích ở quy định về khái niệm quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài (Điều 758 BLDS) và khái niệm quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài (Khoản 14 Điều 8 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000). Cụ thể là: vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài là vụ việc dân sự có ít nhất một trong các đương sự là người nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài hoặc các quan hệ dân sự giữa các đương sự là công

dân, cơ quan, tổ chức Việt Nam nhưng căn cứ để xác lập, thay đổi, chấm dứt quan hệ đó phát sinh tại nước ngoài hoặc tài sản liên quan đến quan hệ đó ở nước ngoài.

KẾT LUẬN CHƯƠNG 3

1. Việc hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam là cần thiết khách quan. Việc hoàn thiện này trước hết cần bảo đảm những nguyên tắc cơ bản, là những tư tưởng chủ đạo mang tính chất là nền tảng, định hướng cho việc hoàn thiện các quy phạm xung đột cụ thể. Những nguyên tắc cơ bản đó là: bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân và tổ chức tham gia quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài; góp phần tạo môi trường pháp lý đầy đủ và thuận lợi cho việc thực hiện chính sách mở cửa, hội nhập của Việt Nam với khu vực và thế giới; bảo vệ chủ quyền và lợi ích quốc gia; đặt trong tổng thể hoàn thiện hệ thống pháp luật trong quá trình xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam; bảo đảm những yêu cầu của hệ thống quy phạm pháp luật xung đột.

2. Dựa trên cơ sở những nguyên tắc cơ bản, việc hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột cần phải trên cơ sở những phương hướng cơ bản, tức đó cũng là những vấn đề mang tính định hướng nhưng cụ thể hơn những nguyên tắc cơ bản. Những phương hướng cơ bản hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam là:

- Không cần thiết xây dựng một đạo luật riêng về tư pháp quốc tế, nhưng xác định Phần thứ bảy của Bộ luật Dân sự về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là một bộ phận đặc biệt quan trọng về tư pháp quốc tế của Việt Nam; đồng thời xử lý tốt mối quan hệ giữa các quy phạm pháp luật trong các đạo luật

chuyên ngành với các quy phạm pháp luật trong Bộ luật Dân sự điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài;

- Bổ sung và hoàn thiện những quy định mang tính nguyên tắc thuộc về chính sách tư pháp quốc tế của quốc gia như: quy định về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng, vấn đề dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba, dẫn chiếu đến pháp luật của một nước có nhiều hệ thống pháp luật, các bên chủ thể hợp đồng có quyền thỏa thuận áp dụng TQQT;

- Mở rộng giao lưu hợp tác quốc tế để ký kết, gia nhập các điều ước quốc tế trong đó có chứa các quy phạm pháp luật xung đột thống nhất điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

3. Trên cơ sở những nguyên tắc, phương hướng cơ bản, Luận án đề ra những kiến nghị cụ thể về việc hoàn thiện các quy phạm xung đột cụ thể trong BLDS và các đạo luật chuyên ngành có chứa các quy phạm xung đột là: Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000; Bộ luật Lao động năm 1994 và Luật năm 2002 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Lao động; Luật Thương mại năm 2005; Bộ luật Hàng hải năm 2005; Luật Hàng không dân dụng năm 2006 và Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004.

KẾT LUẬN

1. Trong đời sống xã hội hiện nay, các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài (quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài) phát triển một cách khách quan, ngày càng đa dạng và phong phú. Lý do của vấn đề này là: quá trình quốc tế hoá diễn ra ngày càng mạnh mẽ, công dân của nước này sang nước khác đầu tư, làm ăn, sinh sống hoặc đi du lịch ngày càng nhiều. Do đặc điểm tính chất dân sự và yếu tố nước ngoài của quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, đồng thời do có sự khác nhau về phong tục, tập quán, truyền thống lịch sử, văn hóa và pháp lý của các quốc gia nên việc điều chỉnh các mối quan hệ xã hội này không thể thiếu một loại quy phạm pháp luật đặc biệt, đó là: quy phạm xung đột.

2. Việc điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài bằng quy phạm xung đột có những ưu điểm và nhược điểm của nó. Những ưu điểm đó là: làm cho hệ thống pháp luật được áp dụng phù hợp với đặc điểm của từng mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài cụ thể; góp phần tạo sự bình đẳng giữa các hệ thống pháp luật của các quốc gia trong việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Những hạn chế đó là: tạo ra nhiều khó khăn cho việc thực hiện pháp luật trong thực tiễn; việc điều chỉnh bằng quy phạm xung đột còn phụ thuộc vào nhiều yếu tố mà vượt ra khỏi khả năng giải quyết của một quốc gia. Thông qua những ưu điểm của việc điều chỉnh quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài chúng ta có thể khẳng định được rằng, quy phạm xung đột có vai trò quan trọng trong việc điều chỉnh các quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, bảo vệ quyền và lợi ích của các cá nhân, tổ chức tham gia quan

hệ; góp phần vào việc thực hiện chính sách mở cửa, hội nhập của một quốc gia vào nền kinh tế khu vực và thế giới.

3. Cùng với sự phát triển mạnh mẽ của các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài làm cho các quy phạm xung đột ở mỗi quốc gia rất nhiều, đa dạng, phong phú và hợp thành một hệ thống. Tuy ở mỗi quốc gia hệ thống quy phạm xung đột đó có các bộ phận cấu thành khác nhau, nhưng chúng cần tồn tại trong một chỉnh thể thống nhất với nhau, quan hệ tác động lẫn nhau và hài hòa với nhau. Để bảo đảm điều đó, hệ thống quy phạm xung đột phải thỏa mãn những yêu cầu của nó là: yêu cầu về tính phù hợp; tính toàn diện; tính đồng bộ, thống nhất; tính ổn định; tính hiện đại, phù hợp với thực tiễn pháp lý và thông lệ quốc tế. Những yêu cầu này là không thể thiếu được và đó cũng chính là những tiêu chí để đánh giá thực trạng của hệ thống các quy phạm xung đột hiện hành và đề ra phương hướng, giải pháp hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam trong thời gian tới.

4. Hiện nay, trong hệ thống pháp luật của mỗi quốc gia đều cần có các quy phạm xung đột để điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài. Nhưng thực tiễn pháp lý của nước ngoài trong việc ban hành và áp dụng quy phạm xung đột cho thấy rằng:

- Về hình thức: các quy phạm xung đột của các nước trên thế giới có hình thức tồn tại rất khác nhau. Đó là: các quy phạm xung đột có tập trung trong một đạo luật chuyên biệt về TPQT (Nhật Bản, Thái Lan...) hoặc có trong BLDS và các văn bản pháp luật khác (Trung Quốc, Hà Lan...) hoặc có tập trung đầy đủ trong BLDS (Québec, Nga...) hoặc vừa có trong BLDS vừa có trong các án lệ (Pháp).

- Về nội dung: tuy hình thức tồn tại khác nhau, nhưng nhiều nước có khá đầy đủ các quy phạm xung đột để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự, hôn nhân

và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài. Hơn nữa, nhìn chung các nước cũng sử dụng những hệ thuộc luật phổ biến, phù hợp với tính chất của từng mối quan hệ cụ thể, được nhiều nước áp dụng. Điều này phản ánh tính hội nhập pháp luật rất cao của các quốc gia trong lĩnh vực TPQT.

Theo quan điểm của tác giả luận án, việc các quy phạm xung đột tồn tại trong những hình thức như thế nào thì đây chủ yếu chỉ là yếu tố thuộc về hình thức. Điều quan trọng hơn cả vẫn là nội dung của các quy phạm xung đột. Các quy phạm xung đột phù hợp với thực tiễn, tức mang tính khách quan là yếu tố quan trọng nhất để điều chỉnh có hiệu quả các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài.

5. Ở Việt Nam, các quy phạm xung đột không tồn tại trong một đạo luật chuyên biệt, mà tồn tại đan xen cùng với các quy phạm pháp luật khác trong các văn bản pháp luật khác nhau. Hệ thống quy phạm xung đột là một bộ phận không thể thiếu của hệ thống PLVN, có mối quan hệ gắn bó, tác động qua lại với hệ thống pháp luật Việt Nam nói chung. Cho nên, quá trình xây dựng và hoàn thiện hệ thống PLVN nói chung không thể tách rời và thiếu được việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống các quy phạm xung đột. Việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam là cần thiết khách quan nhằm: góp phần quan trọng trong việc điều chỉnh có hiệu quả quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài, thúc đẩy việc thực hiện chính sách mở cửa và hội nhập của Việt Nam vào nền kinh tế khu vực và thế giới; đồng thời, tạo cơ sở pháp lý cho các cơ quan có thẩm quyền giải quyết các vụ việc mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

6. Thực trạng các quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam cho thấy: còn quá nhiều bất cập cần phải được tiếp tục hoàn thiện. Chẳng hạn: các quy phạm xung đột trong BLDS vẫn chưa đáp ứng được vị trí của nó là những quy phạm xung đột chung, quy phạm xung đột gốc cho các quy phạm xung đột

trong các đạo luật chuyên ngành; vẫn còn thiếu những quy phạm xung đột mang tính chất là nguyên tắc, thuộc về chính sách tư pháp quốc tế của quốc gia; còn có những quy phạm xung đột không phù hợp với thực tiễn, chòng chéo, mâu thuẫn; việc thực hiện các quy phạm xung đột còn có những khó khăn, bất cập do thiếu sự hướng dẫn cụ thể; vẫn thiếu những quy phạm xung đột cụ thể và thiếu nhiều ĐUQT có chứa các quy phạm xung đột để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài liên quan....

7. Trong những năm vừa qua, Nhà nước ta cũng đã quan tâm nhất định đến việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam. Tuy nhiên, hiện nay việc tiếp tục hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam vẫn là vấn đề mang tính tất yếu khách quan nhằm đáp ứng việc điều chỉnh các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài liên quan. Ngoài ra, việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam còn không tách rời quá trình hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam nói chung nhằm: đáp ứng sự nghiệp xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam; thúc đẩy sự phát triển mọi mặt của đời sống xã hội, góp phần quan trọng vào việc thực hiện chính sách mở cửa và hội nhập của Việt Nam với khu vực và thế giới.

8. Việc hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột cần bảo đảm những quan điểm, phương hướng cơ bản.

Những quan điểm cơ bản về hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam là:

- Bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng của các cá nhân và tổ chức tham gia quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài;

- Góp phần tạo môi trường pháp lý đầy đủ và thuận lợi cho việc thực hiện chính sách mở cửa, hội nhập của Việt Nam với khu vực và thế giới;

- Bảo vệ chủ quyền và lợi ích quốc gia;
- Đặt trong tổng thể hoàn thiện hệ thống pháp luật trong quá trình xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam;
- Bảo đảm những yêu cầu của hệ thống quy phạm pháp luật xung đột.

Những phương hướng hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam là:

- Không cần thiết xây dựng một đạo luật riêng về tư pháp quốc tế, nhưng xác định Phần thứ bảy của Bộ luật Dân sự về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là một bộ phận đặc biệt quan trọng về tư pháp quốc tế của Việt Nam; đồng thời xử lý tốt mối quan hệ giữa các quy phạm pháp luật trong các đạo luật chuyên ngành với các quy phạm pháp luật trong Bộ luật Dân sự điều chỉnh các mối quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài;

- Bổ sung và hoàn thiện những quy định mang tính nguyên tắc thuộc về chính sách tư pháp quốc tế của quốc gia như: quy định về nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng, vấn đề dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba, dẫn chiếu đến pháp luật của một nước có nhiều hệ thống pháp luật, các bên chủ thể hợp đồng có quyền thỏa thuận áp dụng TQQT;

- Mở rộng giao lưu hợp tác quốc tế để ký kết, gia nhập các điều ước quốc tế trong đó có chứa các quy phạm xung đột thống nhất điều chỉnh các mối quan hệ mang tính chất dân sự có yếu tố nước ngoài.

Sở dĩ ở Việt Nam hiện nay cũng không cần thiết phải xây dựng một đạo luật chuyên biệt về tư pháp quốc tế như một số nước đã thực hiện, vì đây chủ yếu chỉ là yếu tố thuộc về hình thức. Giải pháp mang tính khả thi hơn là hoàn thiện thực sự những quy phạm xung đột trong Phần thứ bảy BLDS để khi đó Phần này trở thành một chế định giữ vai trò đặc biệt quan trọng về tư pháp quốc tế của Việt Nam, và một điều quan trọng nữa là cần xử lý tốt mối quan hệ

giữa các quy phạm xung đột trong BLDS với các quy phạm xung đột trong các đạo luật chuyên ngành.

9. Trên cơ sở những quan điểm cơ bản và phương hướng hoàn thiện hệ thống quy phạm pháp luật xung đột ở Việt Nam hiện nay, những giải pháp hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột tiếp tục được cụ thể hoá. Những giải pháp hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột ở Việt Nam hiện nay chính là hoàn thiện các quy phạm xung đột cụ thể trong các đạo luật như: Bộ luật Dân sự, Luật Hôn nhân và gia đình, Bộ luật Lao động, Bộ luật Tố tụng dân sự và các đạo luật về kinh doanh, thương mại. Việc hoàn thiện các quy phạm xung đột cụ thể cần đáp ứng những yêu cầu của hệ thống quy phạm xung đột là: tính phù hợp với thực tiễn, toàn diện, đồng bộ, thống nhất, chặt chẽ, phù hợp với thông lệ quốc tế về việc sử dụng quy phạm xung đột để điều chỉnh các mối quan hệ dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động, kinh doanh, thương mại có yếu tố nước ngoài.

DANH MỤC CÔNG TRÌNH CỦA TÁC GIẢ

1. Nguyễn Bá Chiến (2003), “Bàn về một số yêu cầu đối với việc xây dựng hệ thống các quy phạm pháp luật xung đột và việc áp dụng đối với hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật* (số 8), tr.67-72.
2. Nguyễn Bá Chiến (2004), “Nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng trong việc áp dụng pháp luật nước ngoài theo quy định của pháp luật Việt Nam”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật* (số 5), tr.61-66.
3. Nguyễn Bá Chiến (2006), “Quyền lựa chọn pháp luật áp dụng của các cá nhân, tổ chức trong lĩnh vực tư pháp quốc tế”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật* (số 2), tr.72-78.
4. Nguyễn Bá Chiến (2006), “Pháp luật triệt tiêu pháp luật”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (số 4), tr.51-57.
5. Nguyễn Bá Chiến (2007), “Tình trạng thừa quy định pháp luật”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (số 24 tháng 7), tr.23-26.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

I. Tiếng Việt

1. Phan An (Chủ nhiệm đề tài) (2004), *Nghiên cứu hôn nhân giữa người Việt Nam với người Đài Loan – Thực trạng, xu hướng và giải pháp* (Ở TP. Hồ Chí Minh và các tỉnh Nam Bộ), Viện Khoa học xã hội vùng Nam Bộ.
2. Ban biên tập Tạp chí Tòa án nhân dân (2006), “Áp dụng Luật Hôn nhân và gia đình khi giải quyết vụ án ly hôn có yếu tố nước ngoài”, *Tạp chí Tòa án nhân dân* (số 14), tr.38-43.
3. Phạm Công Bảy (2006), “Tranh chấp liên quan đến hợp đồng đưa người lao động Việt Nam đi làm việc có thời hạn ở nước ngoài: pháp luật và thực tiễn xét xử”, *Tạp chí Tòa án nhân dân* (số 8), tr.19-29.
4. Nguyễn Hồng Bắc (2001), “Những quy định mới của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 về quan hệ hôn nhân và gia đình có yếu tố nước ngoài”, *Tạp chí Luật học* (số 3), tr.43-47.
5. TS. Nguyễn Hồng Bắc (Chủ nhiệm đề tài) (2004), *Mối quan hệ giữa Tư pháp quốc tế Việt Nam và Luật dân sự Việt Nam*, Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội.
6. Nông Quốc Bình (2003), *Pháp luật điều chỉnh quan hệ hôn nhân có yếu tố nước ngoài tại Việt Nam*, Luận án tiến sĩ Luật học, Hà Nội.
7. Nguyễn Bá Chiến (2003), “Bàn về một số yêu cầu đối với việc xây dựng hệ thống các quy phạm pháp luật xung đột và việc áp dụng đối với hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật* (số 8), tr.67-72.
8. Nguyễn Bá Chiến (2004), “Nguyên tắc bảo lưu trật tự công cộng trong việc áp dụng pháp luật nước ngoài theo quy định của pháp luật Việt Nam”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật* (số 5), tr.61-66.

9. Nguyễn Bá Chiến (2006), “Quyền lựa chọn pháp luật áp dụng của các cá nhân, tổ chức trong lĩnh vực tư pháp quốc tế”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật* (số 2), tr.72-78.
10. Nguyễn Bá Chiến (2006), “Pháp luật triệt tiêu pháp luật”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (số 4), tr.51-57.
11. Nguyễn Bá Chiến (2007), “Tình trạng thừa quy định pháp luật”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (số 24), tr.23-26.
12. Cục Con nuôi quốc tế, Bộ Tư pháp (2005), *Cơ sở lý luận và thực tiễn hoàn thiện pháp luật Việt Nam về nuôi con nuôi có yếu tố nước ngoài nhằm chống buôn bán trẻ em*, Chương trình 130/CP, Hà Nội.
13. Cục đầu tư nước ngoài (2007), “Tình hình đầu tư ra nước ngoài của các doanh nghiệp Việt Nam”, *Tạp chí Kinh tế và Dự báo* (số 7), tr.17-19.
14. Nguyễn Việt Cường (2006), “Tranh chấp giữa người lao động với doanh nghiệp xuất khẩu lao động”, *Tạp chí Tòa án nhân dân* (số 11), tr.18-23.
15. Nguyễn Bá Diên (1995), “Về các trường phái cổ điển của tư pháp quốc tế”, *Tạp chí Luật học* (số 6), tr.5-10.
16. Nguyễn Bá Diên (1996), “Về các trường phái cổ điển của tư pháp quốc tế”, *Tạp chí Luật học* (số 1), tr.3-5.
17. TS. Nguyễn Bá Diên (Chủ biên) (2001), *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, NXB Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
18. PGS.TS. Nguyễn Bá Diên (Chủ biên) (2005), *Giáo trình Luật Thương mại quốc tế*, NXB Đại học Quốc gia Hà Nội.
19. Đỗ Văn Đại (2003), “Tư pháp quốc tế Việt Nam và vấn đề dẫn chiếu trong lĩnh vực hợp đồng”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (số 10), tr.64-71.
20. Đỗ Văn Đại (2003), “Chọn luật để điều chỉnh thừa kế theo pháp luật có yếu tố nước ngoài”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (số 7), tr.67-74.
21. TS. Đỗ Văn Đại và PGS.TS. Mai Hồng Quỳnh (Biên soạn) (2006), *Tư pháp*

- quốc tế Việt Nam*, NXB Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.
22. Đảng Cộng sản Việt Nam (1991), *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ VII*, NXB Sự thật, Hà Nội.
 23. Đảng Cộng sản Việt Nam (2001), *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ IX*, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội.
 24. Đảng Cộng sản Việt Nam (2006), *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ X*, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội.
 25. PTS. Nguyễn Ngọc Đào (1994), *Giáo trình Luật La Mã*, Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
 26. Nguyễn Thu Giang (Chủ nhiệm đề tài) (2003), *Hôn nhân có yếu tố nước ngoài tại Thành phố Hồ Chí Minh: Thực trạng, vấn đề đặt ra và phương hướng đổi mới*, Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý Bộ Tư pháp.
 27. Võ Trí Hào (2005), “Giải thích pháp luật và vai trò của tòa án”, *Tạp chí Tòa án nhân dân* (số 13), tr.2-5.
 28. Hiệp định Tương trợ tư pháp và pháp lý ký kết giữa Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và các nước (2001), NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội.
 29. Nguyễn Am Hiểu (2005), “Sửa đổi Bộ luật Dân sự: Cần chú ý tính hệ thống”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (số 3), tr.8-11.
 30. Học viện Hành chính quốc gia (2001), *Giáo trình Luật quốc tế*, NXB Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
 31. Nguyễn Quang Hưng (2005), “Tư pháp quốc tế - Một số quan điểm của các học giả nước ngoài”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (số 3), tr.78-82.
 32. Kulcsar Kalman (1999), *Cơ sở xã hội học pháp luật*, NXB Giáo dục.
 33. Nguyễn Công Khanh (2003), *Cơ sở lý luận và thực tiễn của pháp luật điều chỉnh một số quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài ở nước ta hiện nay*, Luận án tiến sĩ Luật học, Hà Nội.
 34. ThS. Nguyễn Phương Lan (2004), “Bàn thêm về quy định tại điểm c

- Khoản 14 Điều 8 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000”, *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật* (số 6), tr.47-50.
35. Vũ Đức Long (Chủ nhiệm đề tài) (2002), *Hoàn thiện pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài*, Bộ Tư pháp Việt Nam và Cơ quan hợp tác phát triển quốc tế Nhật Bản, Hà Nội.
 36. Hoa Hữu Long và Nguyễn Hữu Huyền (2005), “Những vấn đề sửa đổi, bổ sung về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài trong Bộ luật Dân sự năm 2005”, *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật*, Chuyên đề về Bộ luật Dân sự năm 2005, tr.54-60.
 37. Nguyễn Thị Hồng Lý (2005), “Về áp dụng Luật Hôn nhân – gia đình khi giải quyết vụ án có yếu tố nước ngoài”, *Tạp chí Tòa án nhân dân* (số 13), tr. 22- 23.
 38. C.Mác - Ph.Ăngghen (1971), *Tuyển tập*, Tập II, NXB Sự thật, Hà Nội.
 39. PTS. Đinh Văn Mậu, PTS. Phạm Hồng Thái (1997), *Lý luận chung về Nhà nước và pháp luật*, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội.
 40. Đinh Văn Mậu (Chủ biên) (2001), *Giáo trình Lý luận chung về Nhà nước và pháp luật*, Học viện Hành chính quốc gia, NXB Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
 41. Đoàn Năng (Chủ biên) (1996), *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, Khoa Luật - Đại học Khoa học Xã hội và Nhân văn, Hà Nội.
 42. Đoàn Năng (1998), “Vấn đề hoàn thiện hệ thống quy phạm xung đột hướng dẫn chọn pháp luật điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài ở nước ta hiện nay”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật* (số11), tr.38-51.
 43. Đoàn Năng (2001), *Một số vấn đề lý luận về tư pháp quốc tế*, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội.
 44. Đoàn Năng (2005), “Mối quan hệ giữa Bộ luật Dân sự với các luật chuyên

- ngành và giữa các luật chuyên ngành với nhau”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (số 4), tr.38-41.
45. Nhà Pháp luật Việt - Pháp (1995), *Tài liệu hội thảo Luật Tư pháp quốc tế*, Hà Nội.
 46. Bùi Xuân Nhự (Chủ biên) (1999), *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, Trường Đại học Luật Hà Nội, NXB Công an nhân dân.
 47. TS. Bùi Xuân Nhự (2007), “Vấn đề nhất thể hóa pháp luật và hài hòa hóa pháp luật trong TPQT”, *Tạp chí Luật học* (số 2), tr.41-50.
 48. TS. Nguyễn Như Phát (2001), “Tư pháp dân sự - Mấy vấn đề lý luận và thực tiễn”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (số ¾), tr.24-31.
 49. Hoàng Phê (chủ biên) (1994), *Từ điển tiếng Việt*, NXB Giáo dục, Hà Nội.
 50. Nguyễn Văn Quỳ (1987), *Vận dụng quan điểm hệ thống trong quản lý kinh tế*, NXB Khoa học và kỹ thuật, Hà Nội.
 51. Trần Văn Thắng (2000), “Về hệ thống quy phạm của tư pháp quốc tế”, *Tạp chí Nhà nước và pháp luật* (số 10), tr.54-63.
 52. ThS. Bùi Thị Thu (2005), “Chọn luật áp dụng trong hợp đồng thương mại quốc tế theo Công ước Rome về Luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng”, *Tạp chí Luật học* (số 1), tr.53-58.
 53. Nguyễn Trung Tín (1999), “Vị trí của Tư pháp quốc tế trong đời sống xã hội”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật* (số 5), tr.30-37.
 54. Nguyễn Trung Tín (2004), “Mấy ý kiến về các quy định chung của Phần VII Bộ luật Dân sự 1995 “Quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật* (số 2), tr.65-69.
 55. Nguyễn Trung Tín và Nguyễn Ngọc Lâm (2004), “Về việc xác định các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài trong pháp luật Việt Nam”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật* (số 3), tr.72-76.
 56. Nguyễn Trung Tín (2006), “Những quy định mới, những điểm mới được

- sửa đổi, bổ sung về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài trong Bộ luật Dân sự năm 2005” *Tạp chí Kiểm sát* (số 01), tr.34-38.
57. Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Tư pháp quốc tế* (1997), NXB Công an nhân dân, Hà Nội.
 58. TS. Đinh Trung Tụng (Chủ biên) (2005), *Bình luận những nội dung mới của Bộ luật Dân sự năm 2005*, NXB Tư pháp, Hà Nội.
 59. Hồ Phong Tư (Chủ biên) (1992), *Giáo trình Tư pháp quốc tế*, Trường Đại học Pháp lý Hà Nội, Hà Nội.
 60. TS. Đào Trí Úc (Chủ biên) (1994), *Một số vấn đề lý luận cơ bản về Luật quốc tế*, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội.
 61. Đào Trí Úc (1995), “Một số vấn đề cơ bản về Bộ luật Dân sự Việt Nam”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật* (số 5),
 62. Đào Trí Úc (2000), “Xây dựng luận cứ khoa học của chiến lược lập pháp ở nước ta”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật* (số 1), tr.5-16.
 63. Huệ Văn (2008), Đầu tư trực tiếp nước ngoài khơi thông dòng chảy, *Tạp chí kinh tế Châu Á – Thái Bình Dương* (số 5 – 9 (200-204)), tr.8.
 64. Nguyễn Thị Thu Vân (1995), “Những quy định của pháp luật về vấn đề hộ tịch có nhân tố nước ngoài”, *Tạp chí Luật học* (số 6), tr.53-57.
 65. Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (2006), *Báo cáo phúc trình và các chuyên đề của đề tài cấp cơ sở: Thực trạng phụ nữ Việt Nam kết hôn với người Đài Loan và giải pháp*, Hà Nội.
 66. TS. Nguyễn Cửu Việt (Chủ biên) (2000), *Giáo trình Nhà nước và pháp luật đại cương*, NXB Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
 67. Nguyễn Cửu Việt (Chủ biên) (2001), *Giáo trình Lý luận chung về Nhà nước và pháp luật*, NXB Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội.
 68. “Việt Nam đón hơn 2,4 triệu lượt du khách quốc tế”, *Báo Nhân dân*, số 18985, thứ tư, ngày 8/8/2007.

69. PGS.TS. Võ Khánh Vinh (2006), “Cơ chế xích lại gần nhau của các hệ thống pháp luật các quốc gia ASEAN”, *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật* (số 3), tr.6-15.
70. Nguyễn Tiến Vinh (2003), “Bàn về việc hoàn thiện các quy định trong Phần VII “Quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật* (số 5), tr.45-52.
71. Nguyễn Tiến Vinh (2003), “Chọn luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp* (số 6), tr.51-57.
72. Vụ Công tác Lập pháp (2005), *Những nội dung mới của Bộ luật Dân sự năm 2005*, NXB Tư pháp, Hà Nội.
73. Professor N.Watte, *Tư pháp quốc tế*, Đại học Kinh tế quốc dân Hà Nội và Đại học tổng hợp Bruxell, Chương trình thạc sĩ quản lý Việt Nam - Bỉ.

II. Tiếng Anh

74. Lea Brilmayer (1991), *Conflict of laws - Foundations and Future Directions*, Published simultaneously in Canada by Little, Brown & Company (Canada) Limited.
75. *Conflict of laws in the United States*,
http://en.wikipedia.org/wiki/Conflict_of_laws_in_the_United_States, tr.1-6.
76. *Domicile (law)*, http://en.wikipedia.org/wiki/Domicile_%28law%29, tr.1-5.
77. *Lex loci solutionis*, http://en.wikipedia.org/wiki/lex_loci_solutionis, tr.1-3.
78. Michael Freeman (2004), *Conflict of laws*, Published by the University of London Press.
79. J.H.C. MORRIS (1984), *The Conflict of laws*, Published by Stevens & Sons Limited.

80. *Succession (Conflict)*,
http://en.wikipedia.org/wiki/Succession_%28conflict%29, tr.1-5.
81. William Tetley, *A Canadian Looks at American Conflict of Law Theory and Practice*, Especially in the Light of the American Legal and Social Systems, <http://www.mcgill.ca/maritimelaw/glossaries/conflictlaw/>, tr.1-76.