

LÊ NÉT

KINH TẾ LUẬT



**NXB TRI THỨC
TP HỒ CHÍ MINH – 2006**

MỤC LỤC

CHƯƠNG 1: GIỚI THIỆU VỀ KINH TẾ LUẬT	12
I. KHÁI NIỆM VÀ Ý NGHĨA CỦA MÔN KINH TẾ LUẬT	12
1. Kinh tế luật là gì?	12
2. Hiệu quả - mục tiêu của kinh tế luật	15
3. Nội dung của một giáo trình kinh tế luật.....	17
II. LỊCH SỬ PHÁT TRIỂN CỦA MÔN KINH TẾ LUẬT.....	18
III. KINH TẾ VI MÔ VÀ KINH TẾ VĨ MÔ	23
1. Cấu trúc của lý thuyết kinh tế vi mô.....	23
2. Kinh tế vĩ mô	24
IV. PHƯƠNG PHÁP NGHIÊN CỨU VÀ CÁC TRƯỜNG PHÁI	25
V. CÁC CÔNG CỤ NGHIÊN CỨU CỦA MÔN KINH TẾ LUẬT	26
1. Lựa chọn duy ý chí (rational choice).....	26
2. Hiệu quả và cân bằng – hai yếu tố quan trọng của kinh tế.....	30
3. Định lý Coase.....	32
4. Chi phí giao dịch	35
5. Lý thuyết trò chơi (đấu trí)	36
6. Tài sản công ("của chùa") và tài sản của nhóm ("của làng")	40
7. Tình trạng "tiết của" (endowment effects)	42
8. Hiệu ứng mạng	43

9.	Thông tin bất đối xứng	44
10.	Học thuyết về các định chế.....	45
VI.	TRÁCH NHIỆM PHÁP LÝ VÀ TRÁCH NHIỆM ĐẠO ĐỨC.....	46
VII.	KINH TẾ LUẬT – QUI PHẠM PHÁP LUẬT VÀ PHÁP CHẾ	48
VIII.	SAI LẦM KHI THỰC THI LUẬT DƯỚI GÓC ĐỘ KINH TẾ.....	50
	CÂU HỎI:.....	51
CHƯƠNG 2: KINH TẾ LUẬT VÀ NHÓM CHUYÊN NGÀNH LUẬT HÀNH CHÍNH.....		53
I.	KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT HIẾN PHÁP	53
1.	Hiến pháp và khoa học về sự lựa chọn của công chúng	53
2.	Cơ chế tự quản	56
3.	Tự quản địa phương và mô hình nhà nước liên bang	57
II.	KINH TẾ LUẬT VÀ LÝ LUẬN VỀ NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT	58
1.	Bản chất hợp đồng của các lý luận về nhà nước	58
2.	Bản chất hợp đồng của các ngành luật	59
III.	KINH TẾ LUẬT VỚI CÁCH THỨC BAN HÀNH LUẬT.....	61
IV.	KINH TẾ LUẬT VÀ CÁC QUY ĐỊNH HÀNH CHÍNH-KINH TẾ	63
V.	KINH TẾ LUẬT VÀ VIỆC BAN HÀNH VĂN BẢN DƯỚI LUẬT ...	67
VI.	KINH TẾ LUẬT VÀ TẬP QUÁN ĐẠO ĐỨC	69

CÂU HỎI.....	71
CHƯƠNG 3: KINH TẾ LUẬT VÀ NHÓM CHUYÊN NGÀNH LUẬT DÂN SỰ	72
I. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT VỀ SỞ HỮU	72
1. Căn cứ phát sinh quyền sở hữu	72
2. Quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt	73
3. Hình thức sở hữu	74
4. Bảo vệ quyền sở hữu	76
II. KINH TẾ LUẬT VÀ QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ	77
1. Quyền tác giả.....	77
2. Sáng chế	78
3. Nhãn hiệu.....	79
4. Bí mật kinh doanh.....	79
5. Những đối tượng khác về sở hữu trí tuệ	80
III. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT HỢP ĐỒNG	80
1. Soạn thảo hợp đồng	81
2. Giải thích hợp đồng và các điều khoản ngầm hiểu	82
3. Phân chia rủi ro trong hợp đồng	83
4. Chế tài khi vi phạm hợp đồng.....	84
5. Kinh tế luật và điều khoản bảo hành trong hợp đồng mua bán.....	85
6. Kinh tế luật và bên thứ ba trong hợp đồng	86

7. Kinh tế luật và hợp đồng thuê khoán trong nông nghiệp	86
IV. KINH TẾ LUẬT VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI THEO HỢP ĐỒNG.....	87
1. Nguyên tắc bồi thường thiệt hại	87
2. Phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại ấn định.....	89
V. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI NGOÀI HỢP ĐỒNG.....	90
1. Nền tảng kinh tế của luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng	90
2. Bồi thường thiệt hại theo lỗi và không theo lỗi	92
3. Nhiều người cùng gây ra thiệt hại	94
4. Mối quan hệ nhân quả.....	95
5. Thiệt hại xảy ra	96
6. Yếu tố lỗi	98
7. Bồi thường thiệt hại không phụ thuộc yếu tố lỗi.....	98
8. Kinh tế luật và bồi thường trừng phạt (punitive damages)	99
VI. KINH TẾ LUẬT VÀ CÁC QUI ĐỊNH VỀ ĐƯỢC LỢI KHÔNG CÓ CĂN CỨ PHÁP LUẬT.....	100
VII. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT LAO ĐỘNG.....	101
1. Kinh tế luật và hợp đồng lao động	101
2. Mức lương tối thiểu.....	101
3. Phân biệt đối xử	102

4.	Các qui định về an toàn lao động và bảo vệ sức khoẻ người lao động	103
5.	Kinh tế luật và bảo hiểm xã hội	104
VIII.	KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT HÔN NHÂN GIA ĐÌNH.....	105
1.	Quan hệ vợ chồng.....	105
2.	Quan hệ giữa cha, mẹ và con	106
IX.	KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ'	108
1.	Kinh tế luật về việc điều chỉnh hành vi của người tham gia tố tụng.	108
2.	Kinh tế luật và nghiên cứu về cơ cấu tổ chức toà án	110
3.	Kinh tế luật và việc đòi bồi thường chi phí luật sư	111
4.	Kinh tế luật và các qui định về thủ tục hoà giải.....	113
5.	Kinh tế luật và thủ tục trọng tài	114
X.	KINH TẾ LUẬT VÀ CÁC VỤ VIỆN TẬP THỂ	115
	CÂU HỎI :.....	116
	CHƯƠNG 4: KINH TẾ LUẬT VÀ CHUYÊN NGÀNH LUẬT HÌNH SỰ'	119
1.	Khái quát chung về vai trò kinh tế luật trong ngành luật hình sự....	119
2.	Kinh tế luật và môn tội phạm học	120
3.	Kinh tế luật và tội mua bán, tàng trữ, sử dụng trái phép chất ma tuý	122
4.	Kinh tế luật và án tử hình	122
	CÂU HỎI:.....	123

CHƯƠNG 5: KINH TẾ LUẬT VÀ CÁC CHUYÊN NGÀNH LUẬT THƯƠNG MẠI	124
I. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT ĐẤT ĐAI.....	124
1. Vấn đề thống nhất quản lý của nhà nước đối với đất đai	124
2. Vấn đề đền bù giải toả	126
II. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT MÔI TRƯỜNG	128
III. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT KINH DOANH BẢO HIỂM.....	132
1. Bản chất luật kinh doanh bảo hiểm	132
2. Thực hiện nhiệm vụ của kinh tế luật trong việc nghiên cứu luật kinh doanh bảo hiểm	134
IV. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT CẠNH TRANH	136
1. Lý thuyết về cạnh tranh và môn kinh tế luật	136
2. Qui định giá sản phẩm của các doanh nghiệp.....	138
3. Kinh tế luật đối với các doanh nghiệp độc quyền trong quá trình cạnh tranh	139
4. Kinh tế luật và vấn đề tập trung kinh tế.....	142
V. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT DOANH NGHIỆP.....	142
1. Kinh tế luật và lý thuyết về doanh nghiệp (theory of the firm)	142
2. Chế độ trách nhiệm hữu hạn của doanh nghiệp	147
3. Vấn đề quản lý doanh nghiệp	149
4. Kinh tế luật và thủ tục cấp giấy phép kinh doanh.....	150
5. Kinh tế luật và các ngành nghề kinh doanh đặc thù - nghề y.....	152

6.	Kinh tế luật và ngành nghề đặc thù - nghề luật sư	154
VI.	KINH TẾ LUẬT VÀ CÁC QUI ĐỊNH VỀ DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC	154
VII.	KINH TẾ LUẬT VÀ MỘT SỐ HÀNH VI THƯƠNG MẠI.....	156
1.	Kinh tế luật và các qui định về quảng cáo	156
2.	Kinh tế luật và việc đăng ký chất lượng sản phẩm.....	157
3.	Kinh tế luật và hoạt động nhượng quyền kinh doanh.....	159
VIII.	KINH TẾ LUẬT VÀ THỦ TỤC PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP ...	160
IX.	KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT TÀI CHÍNH NGÂN HÀNG	163
1.	Kinh tế luật và thị trường chứng khoán	163
2.	Các qui định về giao dịch nội gián.....	165
3.	Kinh tế luật và các qui định về thị trường tài chính.....	166
X.	KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT THUẾ	167
1.	Kinh tế luật và những vấn đề vĩ mô trong lĩnh vực thuế.....	167
2.	Kinh tế luật và các hành vi trốn thuế và tránh thuế.....	168
3.	Kinh tế luật và thuế thu nhập cá nhân (thường xuyên và không thường xuyên).....	169
4.	Kinh tế luật và thuế thu nhập doanh nghiệp.....	171
5.	Kinh tế luật và thuế đối với việc sở hữu tài sản	172
6.	Kinh tế luật và thuế gián thu	173
	CHƯƠNG 6: KINH TẾ LUẬT VÀ NGÀNH LUẬT QUỐC TÊ.....	175

I. KINH TẾ LUẬT VÀ TƯ PHÁP QUỐC TẾ.....	175
II. KINH TẾ LUẬT VÀ CÔNG PHÁP QUỐC TẾ	175
III. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ.....	176
IV. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT THUẾ QUỐC TÊ.....	176
CÂU HỎI:.....	178

LỜI MỞ ĐẦU

Từ lâu nay, nhiều người nghiên cứu pháp luật chỉ giới hạn trong lĩnh vực khoa học pháp lý. Việc mở rộng ra các lĩnh vực khác chỉ áp dụng cho những ngành luật có liên quan mật thiết đến kinh tế như luật cạnh tranh hay luật thuế, chứ không phải những môn truyền thống như luật dân sự hay hình sự. Khung sườn các đề tài nghiên cứu khoa học thường bao gồm ba phần: cơ sở lý luận, thực trạng và giải pháp. Tuy nhiên cách phân tích hệ thống như vậy đôi khi việc này chỉ đẹp về lý thuyết chứ chưa chắc đã hiệu quả. Lẽ ra, theo phương pháp luận của chủ nghĩa Marx, chúng ta nên bắt đầu bằng trực quan sinh động, rồi mới đến tư duy trừu tượng. Thế nhưng nếu bắt đầu bằng trực quan sinh động chứ không phải các qui định của pháp luật thì mọi người lại e ngại không biết lấy cái gì để nghiên cứu tình hình thực tiễn. Khi đặt câu hỏi như vậy, mọi người đã tìm kiếm các phương thức nghiên cứu khác hiệu quả hơn phương thức nghiên cứu pháp lý thuần túy. Trong số đó, vai trò của kinh tế học được đặc biệt coi trọng. Ngược lại, kinh tế học càng phát triển, nó càng được đón nhận ở những ngành khoa học khác như một công cụ hữu hiệu để tìm hiểu và đề ra giải pháp cho ngành học của mình.

Kinh tế luật (*law and economics*) tìm hiểu những trường hợp xảy ra trong các quan hệ xã hội vẫn còn chưa hiệu quả, và bản thân cơ chế thị trường không thể nào mang lại hiệu quả cho các quan hệ. Khi đó, kinh tế luật sẽ tìm hiểu nguyên nhân của sự kém hiệu quả và đề xuất giải pháp - bằng các qui định của pháp luật - để các quan hệ đó phát triển theo hướng có hiệu quả hơn. Thật vậy, lịch sử phát triển của loài người là lịch sử thay đổi các công cụ, phát triển khoa học kỹ thuật, tăng cường lực lượng sản xuất dẫn đến thay đổi quan hệ sản xuất. Đây là quá trình tối ưu hoá năng suất lao động, hay nói khác đi là làm mọi việc một cách hiệu quả hơn. Khi bánh xe xuất hiện thì con người có thể xây dựng được những công trình lớn. Chế độ chiếm hữu nô lệ ra đời thay thế chế độ cộng sản nguyên thủy. Sau đó trâu bò và các công cụ canh nông ra đời làm cho các hình thức lao động thủ công của nô lệ trở nên kém hiệu quả, vì họ không thể làm tốt nếu họ không được trả thưởng xứng đáng. Các nô lệ đã nổi dậy xoá bỏ chế độ chiếm hữu nô lệ và thay bằng chế độ phong kiến. Phải rất lâu sau đó khi cách mạng công nghiệp ra đời thì chế độ sản xuất tư bản mới thực sự phát triển. Khi quan sát toàn bộ quá trình phát triển như vậy,

chúng ta thấy mục tiêu sau cùng của loài người là xây dựng một chế độ ngày càng hiệu quả, mang lại lợi ích ngày càng cao với chi phí ngày càng thấp. Ngày hôm nay tốt hơn ngày hôm qua, ngày mai tốt hơn ngày hôm nay. Trong nền kinh tế cạnh tranh toàn cầu hiện nay, kém hiệu quả đồng nghĩa với việc giảm sức cạnh tranh và đưa đất nước trở nên lệ thuộc các nền kinh tế nước ngoài. Nhiệm vụ của đề tài là làm sao để người đọc suy nghĩ về tính hiệu quả trong từng văn bản pháp luật và tìm giải pháp để các văn bản đó đóng góp vào tính hiệu quả của nền kinh tế nói chung.

Trong những năm từ 1950 trở lại đây, kinh tế luật đã nổi lên như một trào lưu nghiên cứu mới. Bắt đầu từ hai công trình nổi tiếng của Ronald Coase (Bản chất Doanh nghiệp – *The Nature of the Firm*, và Chi phí Xã hội – *The Problem of Social Costs*), kinh tế luật đã được hưởng ứng nhiệt liệt ở hầu hết các trường luật tại Hoa Kỳ. Ở Châu Âu, môn kinh tế luật đã được du nhập mạnh mẽ vào các trường đại học như Hamburg (Đức), London School of Economics (Anh), Leuven (Bỉ) hay Zurich (Thụy Sĩ) và ngày càng được các trường đại học khác trong châu lục quan tâm. Tại Đông Á, kinh tế luật đã được đưa vào giảng dạy tại Nhật Bản và Hàn Quốc. Tại Đông Nam Á đã xuất hiện nhiều học giả về kinh tế luật tại Trường Đại học Quốc gia Singapore và Trường Đại học Malaya (Malaysia).

Nhằm mục đích cung cấp tài liệu chuyên khảo cho một phương pháp tư duy khoa học mới – kinh tế luật, quyển sách Kinh tế Luật, do TS Lê Nét, giảng viên Trường ĐH Luật TP HCM biên soạn bàn luận về những đối tượng nghiên cứu của môn kinh tế luật trong từng ngành luật cụ thể ở nước ta hiện nay. Quyển sách được phân thành các chương sau đây:

- Chương I: Giới thiệu về môn kinh tế luật
- Chương II: Kinh tế luật và các chuyên ngành luật hành chính
- Chương III: Kinh tế luật và các chuyên ngành luật dân sự
- Chương IV: Kinh tế luật và các chuyên ngành luật hình sự
- Chương V: Kinh tế luật và các chuyên ngành luật thương mại
- Chương VI: Kinh tế luật và các chuyên ngành luật quốc tế.

Xin trân trọng giới thiệu quyển sách cùng bạn đọc.

TS Lê Nét

Luật sư, LCT Lawyers

Giảng viên BM Luật Dân sự, Trường Đại học Luật TP Hồ Chí Minh

Net.le@lctlawyers.com

NXB TRI THỨC 2006

CHƯƠNG 1: GIỚI THIỆU VỀ KINH TẾ LUẬT

I. KHÁI NIỆM VÀ Ý NGHĨA CỦA MÔN KINH TẾ LUẬT

1. Kinh tế luật là gì?

Hiện nay ở nước ta, một số ngành luật đặc thù đang sử dụng các lý thuyết về kinh tế, đó là luật cạnh tranh, luật về một số ngành công nghiệp do Nhà nước độc quyền, luật thuế, luật ngân hàng và tài chính. Các câu hỏi đặt ra cho các ngành luật này thường là “thị phần của doanh nghiệp A là bao nhiêu?”, “nên đánh thuế linh kiện ô tô với thuế suất là bao nhiêu?”, “nên qui định giá bán điện như thế nào?”, “lãi suất ngân hàng nên tăng hay giảm trong 6 tháng tới?” Đối với những ngành luật quan trọng khác như luật dân sự, luật hình sự, luật hành chính, mức độ tham gia của kinh tế học còn hạn chế. Mặc dù từ lâu Marx đã chỉ ra rằng “mọi vấn đề, dù đơn giản hay phức tạp, đều có thể giải quyết được khi đưa về các nguyên nhân kinh tế”, song chúng ta chưa sử dụng phương pháp kinh tế để lý giải các vấn đề pháp luật hay soạn thảo các văn bản pháp luật. Cách thức nghiên cứu luật đôi khi mang tính siêu hình (luật là luật – *dura lex, sed lex*), hơn là xem xét xem các qui định pháp luật do chúng ta tạo ra đang tác động tích cực hay tiêu cực đến nền kinh tế, hoặc giả có thực sự cần có các qui định đó hay không.

Từ năm 1960, trên thế giới đã xuất hiện môn học mới – kinh tế luật (*law and economics*), dùng các lý thuyết kinh tế để nghiên cứu các ngành chế định luật truyền thống như quyền sở hữu, hợp đồng, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, luật hình sự và Hiến pháp. Hai nhà kinh tế có công khai phá ra môn học này là Ronald Coase và Guido Calabresi.¹ Kinh tế đã làm thay đổi bộ mặt của ngành khoa học pháp lý. Tại Hoa kỳ và Tây Âu hiện nay, khoa luật của mỗi trường đại học nổi tiếng đều có các giáo sư kinh tế.² Môn kinh tế luật được đưa vào giảng dạy ở nhiều trường đại học., Nhiều tạp chí khoa học về kinh tế luật đã ra đời như *Journal of Law and Economics* (từ năm 1958), *Journal of Legal Studies* (từ năm 1972),

¹ Coase, R. (1960) *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law and Economics* 1; Calabresi, G. (1961) *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 *Yale Law Journal* 499.

² Cooter, R. and Ulen, T. (1996) *Law and Economics*, 2nd ed., Wesley Addison, p. 2.

International Review of Law and Economics, European Journal of Law and Economics, Review on Economic Studies of Copyright Issues, v.v.. Các hiệp hội về kinh tế luật đã ra đời tại Mỹ, Canada, Châu Mỹ La tinh và Châu Âu. Ngành kinh tế luật thực sự đăng quang năm 1991 và 1992 khi hai học giả nổi tiếng, Ronald Coase và Gary Becker nhận được giải Nobel kinh tế do những công hiến cho môn kinh tế luật. Để tổng kết, GS Bruce Akerman của Trường Luật Đại học Yale đã mô tả môn kinh tế luật cùng với các phương pháp luận của nó như thành tựu rực rỡ nhất của khoa học pháp lý thế kỷ 20.

Môn kinh tế luật đặt ra nhiều câu hỏi làm bất ngờ các luật gia, song thực sự hữu ích, như: “có nên qui định một số tài sản thuộc sở hữu toàn dân trở thành sở hữu tư nhân hay không?”, “nên qui định về trách nhiệm do vi phạm hợp đồng như thế nào để các bên không vi phạm hợp đồng?”, “nên qui định về trách nhiệm đối với sản phẩm như thế nào để bảo vệ người tiêu dùng song vẫn thúc đẩy sản xuất?”, “nên qui định về nghĩa vụ cung cấp chứng cứ như thế nào để có một bản án công bằng?” Trên hết, câu hỏi hôm nay của chúng ta là: nên có những qui định pháp luật như thế nào để đạt được mục tiêu dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng văn minh?

Các câu hỏi và công trình nghiên cứu về kinh tế luật đã làm thay đổi mạnh mẽ và sâu sắc tư duy và cách thức ban hành chính sách và văn bản pháp luật tại Hoa Kỳ và Châu Âu. Kinh tế luật là công cụ cải cách của chính quyền Reagan tại Mỹ và Thatcher tại Anh. Các cải cách táo bạo như cho phép tự do cạnh tranh và doanh nghiệp tự quyết định giá bán trong ngành hàng không, viễn thông, điện lực, giao thông công cộng đã đem lại những lợi ích to lớn cho người tiêu dùng. Các bản án của tòa phúc thẩm và Tòa Tối cao tại Hoa Kỳ cũng đã bắt đầu trích dẫn các công trình về kinh tế luật.³

Ta có thể tóm gọn: Kinh tế luật là một ngành học nghiên cứu cách sử dụng kinh tế học để đánh giá hiệu quả của các qui định pháp luật.

³ Các thẩm phán tiên phong là Stephen Breyer, Richard Posner, Frank Easterbrook, Guido Calabresi, Douglas Ginsburg, Robert Bork and Alex Kozinski.

Tại sao môn kinh tế luật lại thành công đến như vậy? Đó là vì nó đã trám được chỗ trống trong khoa học pháp lý từ bấy lâu nay. Để giải thích, hãy xem mệnh đề sau đây về luật thực định: “luật bao gồm những qui phạm điều chỉnh các quan hệ xã hội, được Nhà nước bảo đảm thực hiện bằng chế tài.”

Thế nhưng, các nhà làm luật và áp dụng luật thường tự hỏi: “chế tài sẽ ảnh hưởng như thế nào đến các quan hệ xã hội?” Thí dụ, việc tăng cường ra bản án tử hình có làm giảm số tội phạm buôn ma túy hay không? Thông thường, chúng ta cho rằng chế tài càng nặng thì hiệu quả càng cao. Tuy thực tế không hẳn đã là như vậy, song chúng ta cũng không biết lý giải điều đó như thế nào.

Kinh tế luật cung cấp một lý thuyết khoa học về dự đoán hiệu quả của chế tài đối với quan hệ xã hội. Đối với các nhà kinh tế, chế tài giống như cái giá phải trả cho một hành động, và như vậy, một người phản ứng đối với chế tài cũng như người mua phản ứng trước giá của người bán đưa ra. Nếu người bán ra giá cao, người mua sẽ mua ít. Nếu Nhà nước áp dụng chế tài nặng, thì các hành vi trái pháp luật nhìn chung sẽ được giảm bớt. Kinh tế học có các công cụ toán học hữu hiệu - lý thuyết giá và lý thuyết trò chơi – *game theory* (hay đấu trí luận) và các công cụ thực tiễn đáng tin cậy (kinh tế lượng và xác suất thống kê) để phân tích ảnh hưởng của giá đối với quan hệ xã hội.

Thí dụ, một nhà sản xuất ô tô biết rằng xe của mình đôi khi gây tai nạn cho người tiêu dùng. Họ sẽ áp dụng tiêu chuẩn an toàn nào? Câu trả lời sẽ phụ thuộc vào hai yếu tố chi phí. Thứ nhất, chi phí cho sự an toàn, phụ thuộc vào các chi phí thiết kế và sản xuất xe. Thứ hai, chi phí bồi thường thiệt hại theo qui định của pháp luật đối với nhà sản xuất. Như vậy nhà sản xuất sẽ phải hỏi luật sư xem trách nhiệm của mình khi xe gây ra tai nạn tới đâu. Sau đó, họ sẽ so sánh chi phí cho sự an toàn với chi phí bồi thường thiệt hại gây ra do lỗi của mình trong quá trình sản xuất. Nếu chi phí cho sự an toàn lớn hơn chi phí cho bồi thường thiệt hại, họ sẽ giảm chi phí thiết kế, sản xuất. Khi đó chuyện gì sẽ xảy ra? Chúng ta biết một chiếc xe ô tô Toyota Camry tại Mỹ là 16.000 USD, tại Việt Nam là 50.000 USD, song chất lượng và độ an toàn của chiếc xe Camry tại Mỹ lại cao hơn chiếc xe Camry tại Việt Nam. Nguyên nhân là vì trách nhiệm

bồi thường thiệt hại do lỗi của nhà sản xuất gây ra tại Mỹ có thể lên tới nhiều triệu đô la Mỹ. Do vậy, nhà sản xuất phải tăng chi phí thiết kế và sản xuất, và vì vậy chất lượng và độ an toàn của chiếc xe cùng loại sản xuất tại Mỹ cao hơn tại Việt Nam. Còn giá của xe tại Việt Nam cao hơn xe tại Mỹ, là do thị trường xe ô tô trong nước được bảo hộ, nhà sản xuất xe tăng giá xe.

Nói tóm lại, kinh tế học cung cấp một lý thuyết dự đoán hành vi xem các quan hệ xã hội sẽ thay đổi thế nào khi pháp luật thay đổi. Lý thuyết này có cơ sở hơn cảm giác, cũng giống như khoa học thì có cơ sở hơn suy luận đơn giản.

2. Hiệu quả - mục tiêu của kinh tế luật

Ngoài lý thuyết khoa học về hành vi, kinh tế học còn cung cấp các tiêu chuẩn hữu ích để đánh giá pháp luật và chính sách. Luật không chỉ là các qui phạm, nó còn là công cụ để đạt được các mục đích xã hội quan trọng. Để biết được công cụ đó có hiệu quả hay không, các nhà làm luật phải có phương pháp đánh giá hiệu quả công tác lập pháp. Kinh tế học dự đoán hiệu quả của chính sách thông qua các lý thuyết về hiệu quả, cân bằng và chi phí - lợi ích.

Ngoài hiệu quả, kinh tế học còn dự đoán hiệu quả của chính sách thông qua một nội hàm quan trọng khác, đó là phân phối. Thí dụ, luật thuế áp dụng các lý thuyết kinh tế để thực hiện chức năng tái phân phối thu nhập trong xã hội. Tuy vậy, việc tái phân phối tài sản trong xã hội có thể dẫn đến mâu thuẫn giai cấp. Trong đó, giai cấp chiếm đa số hay có tiềm lực kinh tế mạnh nhất trong xã hội sẽ kiểm soát Quốc hội và biểu quyết cho những dự luật có lợi nhất cho mình. Vì vậy, kinh tế luật thường tránh sử dụng công cụ tái phân phối để đạt được hiệu quả cho một chính sách kinh tế - xã hội.

Để phân tích rõ hơn yếu tố hiệu quả, chúng ta có thể xem xét ba thí dụ sau đây:

- a. Tham nhũng là một trong những tội bị trừng phạt nghiêm khắc nhất với mức án tử hình. Tuy nhiên án tử hình có vẻ như không

làm giảm được mức độ phạm tội bao nhiêu. Ngày càng nhiều vụ tham nhũng bị phát hiện, vụ sau lớn hơn vụ trước. Nguyên nhân có phải do luật pháp không đủ nghiêm khắc? Nhà kinh tế học được giải Nobel Gary Becker nghiên cứu vấn đề này và chỉ ra rằng, nguyên do hành vi phạm tội không giảm là do tư tưởng “hy sinh đời bố củng cố đời con.” Như vậy, chống tham nhũng có hiệu quả nhất không phải bằng hình phạt tù hay thậm chí án tử hình, mà bằng các biện pháp kinh tế - phạt tiền gấp 5 lần số tiền tham nhũng, tịch thu toàn bộ tài sản của gia đình bị cáo, bắt kể nguồn gốc. Điều này hiện đang được áp dụng tại Trung Quốc và đã có những kết quả rõ rệt. Từ đó hình thành nguyên tắc làm luật: đối với các tội phạm về kinh tế, thì những chế tài kinh tế sẽ có hiệu quả hơn các hình phạt tù.

- b. Công ty Petech của Việt Nam nhập khẩu dầu từ công ty Abdulah của Iraq. Hợp đồng không thực hiện được do chiến tranh vùng Vịnh xảy ra. Petech chịu thiệt hại, kể cả những thu nhập bị mất, bị giảm sút do không có dầu để bán trên thị trường Việt Nam. Sau đó Petech kiện Abdulah. Tòa án sẽ phải quyết định xem nên buộc Abdulah bồi thường thiệt hại cho Petech do không thực hiện hợp đồng, hay coi chiến tranh là sự kiện bất khả kháng và coi việc Petech bị thiệt hại là rủi ro mà Petech phải gánh chịu. Trong một vụ án tương tự, thẩm phán Posner đã chia thiệt hại của Petech theo tỷ lệ lỗi của mỗi bên.⁴ Thế nhưng, xác định tỉ lệ lỗi như thế nào cho có hiệu quả nhất? Theo lý thuyết kinh tế, thì tỉ lệ lỗi hiệu quả nhất là tỉ lệ sao cho trong tương lai hành vi của mỗi bên sẽ có chi phí thấp nhất và lợi ích cao nhất cho cả hai bên. Trong hợp đồng này, Abdulah là công ty ở vùng Vịnh, họ có nhiều thông tin hơn Petech về khả năng xảy ra chiến tranh, họ có thể kiểm soát được việc thực hiện hợp đồng tốt hơn Petech, và vì vậy họ phải chịu tỉ lệ lỗi nhiều hơn Petech. Nếu quan điểm của tòa án là nhất quán – bên nào kiểm soát rủi ro lớn hơn sẽ có lỗi nhiều hơn khi thiệt hại xảy ra – thì các bên sẽ nỗ lực hết sức để tránh xảy ra thiệt hại cho đối tác, và kết quả là hợp đồng được thực hiện một cách có hiệu quả hơn.

⁴ Posner, R. và Rosenfield, A. (1977) “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law” 6 *Journal of Legal Studies* 88.

3. Nhà máy bột giặt Unix xả khói làm ám vải dệt lụa đang phơi của Nhà máy dệt Tân Châu. Tân Châu kiện Unix. Nếu Unix thua kiện, Unix phải trang bị một thiết bị máy lọc khí, chi phí khoảng 1 triệu USD, sao cho nước thải không ảnh hưởng đến tôm của ngư dân Cần Thạnh. Nếu Unix thắng kiện, Tân Châu phải trang bị một thiết bị sấy lụa trong nhà trị giá 500 ngàn USD. Giả sử ngoài Unix và Tân Châu không ai phải chịu thiệt hại gì, thì cách giải quyết có hiệu quả nhất không phải là một phán quyết trong đó Unix thua và Tân Châu thắng hay ngược lại, mà là việc toà án khuyến khích các bên hoà giải. Khi đó giải pháp tối ưu nhất có thể là Unix sẽ là bồi thường cho Tân Châu 750 ngàn USD để Tân Châu tự trang bị cho mình thiết bị sấy lụa trong nhà. Lập luận trên đã mang lại cho Ronald Coase giải Nobel kinh tế năm 1991.

Từ những thí dụ trên, chúng ta thấy các nhà làm luật có thể học được rất nhiều từ những nhà kinh tế học, sao cho các qui định của mình không những công bằng mà còn mang lại hiệu quả trên thực tế. Ngược lại, các nhà kinh tế có thể tìm hiểu thêm xem mình có thể thúc đẩy nền kinh tế phát triển thông qua việc kiến nghị thay đổi các qui định pháp luật hay không.

3. Nội dung của một giáo trình kinh tế luật

Như đã nêu trên, các luật gia phải học kinh tế, và các nhà kinh tế học phải học luật. Tuy nhiên do đối tượng của quyền sách là các nhà làm luật, luật sư, các nhà nghiên cứu luật và các sinh viên trường luật, Chương 1 của quyền sách sẽ cung cấp các kiến thức cơ bản về kinh tế học. Các chương tiếp theo trình bày cách đánh giá hiệu quả của từng ngành luật theo quan điểm kinh tế học, bắt đầu từ Luật Hành Chính (Chương 2), Luật Dân sự (Chương 3), Luật Hình sự (Chương 4), Luật Thương mại (Chương 5), Luật Quốc tế (Chương 6). Cuối mỗi chương đều có phần đánh giá hiệu quả của pháp luật Việt Nam trên quan điểm của những lý thuyết kinh tế.

Ở Chương 1 sẽ giới thiệu các công cụ quan trọng của môn kinh tế luật như định lý Coase, lý thuyết trò chơi (đấu trí luận), định lý Hand, phân tích chi phí - lợi ích theo lý thuyết của Gary Becker, lý thuyết về thông tin

bất đối xứng của Akerloff, Spence và Stiglitz, các vấn đề liên quan đến kinh tế học phúc lợi theo quan điểm của các trường phái Harvard (Schumpeter), Chicago (Stigler) và hậu Chicago (Buchanan).

Đối với các bạn đọc chưa học kinh tế, phần này sẽ hơi khó đọc, song rất cần thiết để các bạn có thể đi tiếp những chương sau. Đối với các bạn đã học kỹ môn kinh tế vi mô, chương này là không cần thiết. Đối với các bạn ở khoảng giữa, các bạn nên xem lướt qua chương này và chỉ dừng lại ở những lý thuyết mình chưa nắm chắc. Nếu các bạn gặp khó khăn trong việc nhắc lại những kiến thức ở Chương 1, có lẽ bạn nên đọc kỹ chương này trước khi tiếp tục.

II. LỊCH SỬ PHÁT TRIỂN CỦA MÔN KINH TẾ LUẬT

Chúng ta đang đi trong thời đại thông tin. Quốc hội và các cơ quan lập pháp không thể nào cứ ban hành văn bản luật rồi cho rằng: luật là ý chí của giai cấp thống trị, vì là giai cấp thống trị nên có quyền ban hành văn bản luật. Điều cần thiết là phải tìm cách thuyết phục những người thuộc đối tượng điều chỉnh tại sao văn bản luật đó được ban hành; thực hiện theo văn bản đó thì sẽ được gì; không thực hiện thì sẽ ra sao. Khi đưa ra quan điểm, các nhà làm luật cần phải biết cách giải thích tại sao quan điểm của mình lại tốt hơn quan điểm của người khác. Tại sao Nhà nước nên ban hành chính sách này chứ không phải chính sách khác.

Kinh tế luật có thể nói được xây dựng nền móng từ thế kỷ 18 và 19, với hai học giả nổi tiếng nhất là Adam Smith và Karl Marx. Từ trước đã có David Hume nói về tương tác trong quan hệ (Game Theory), hay Rousseau đề cập đến cuộc đấu trí săn hươu (1755, xem thí dụ dưới đây).⁵ Adam Smith sau đó đã giải thích rằng thị trường với bàn tay vô hình có thể giải quyết được nhiều vấn đề mà pháp luật cũng không giải quyết được. Đến năm 1859 Marx trong bộ Tư bản luận (*Das Kapital*) đã tuyên bố quyền lợi được xây dựng tùy vào cơ sở hạ tầng (điều kiện kinh tế - xã hội). Vì thế, pháp luật với tư cách là thượng tầng kiến trúc không thể tách rời hạ

⁵ Các học thuyết về đấu trí thực sự khởi sắc từ những năm 1930, với những công trình nghiên cứu của Joan Robinson hay Ronald Coase, có ảnh hưởng nhiều nước, nhất là Mỹ.

tầng cơ sở là chế độ kinh tế, cũng như ý thức người dân trong hệ thống kinh tế thời bấy giờ. Điều này được chấp nhận rộng rãi trong giới nghiên cứu tại Đức. Tuy nhiên thị trường không phải giải quyết được mọi vấn đề, bởi lẽ để hệ thống thị trường của Adam Smith có thể thực hiện tốt được, thì hệ thống thông tin giữa các chủ thể trên thị trường phải đầy đủ, các chủ thể phải có lòng tin vào nhau hay có cùng suy nghĩ như nhau về rủi ro. Vì các điều kiện đó không thỏa mãn, nên có những trường hợp thất bại của thị trường (*market failure*). Đó là khi một bên có thể làm những hành vi mà bên kia không cách nào đối phó được (do thiếu thông tin hay không có những điều kiện khác). Vào thời đó, Marx cũng như các nhà kinh tế khác cho rằng có thể dùng những chính sách của nhà nước để chỉnh sửa những thất bại của thị trường. Như vậy, giữa kinh tế và luật có mối tương tác qua lại. Thí dụ dưới đây cho thấy điều này.

Cuộc đấu trí "săn hươu"

Hai người thợ săn cần hợp tác với nhau để săn một con hươu. Nếu săn được, cả hai sẽ chia đôi lợi tức, mỗi người 10 đơn vị. Tuy nhiên để săn thỏ thì không cần phải đến hai người, và lợi ích của người săn thỏ là 8 đơn vị. Giả sử đang trong lúc săn hươu thì một con thỏ xuất hiện. Nếu một người bỏ hươu săn thỏ thì người kia sẽ không bắt được hươu. Vì thế người thứ hai cũng phải bỏ hươu săn thỏ, và hai người sẽ chia chung con thỏ bắt được (mỗi người 4 đơn vị). Bảng phân tích cuộc đấu trí này như sau:

		Thợ săn 2	
		Hươu	Thỏ
Thợ săn 1	Hươu	10, 10	0, 8
	Thỏ	8, 0	4, 4

Theo bảng trên, cả hai người thợ săn cùng phải áp dụng chiến lược linh động. Thợ săn 1 chỉ săn hươu nếu thợ săn 2 cũng săn hươu, còn ngược lại cả hai sẽ cùng săn thỏ. Tất nhiên sau khi chia đôi con thỏ bắt được, cả hai sẽ không hài lòng, và thoả thuận lần sau sẽ cùng săn hươu. Như vậy trong cuộc đấu trí này không có gì chắc là mỗi thợ săn sẽ áp dụng một chiến lược duy nhất.

Nếu tính xác suất các lần săn chúng ta sẽ có kết quả chính xác là khả năng nào sẽ xảy ra nhiều hơn. Thí dụ gọi p_1 là xác suất săn hươu của người thứ nhất, $1 - p_1$ là xác suất săn thỏ, thì tổng hai xác suất sẽ là: EPV (expected profit value) = $10p_1 +$

$8(1-p_1) = 8 + 2p_1 > 8 > 4$ (lợi ích khi cả hai cùng sản thỏ). Như vậy cho dù lựa chọn xác suất thế nào thì sử dụng chiến lược linh động cũng tốt hơn là chỉ áp dụng một chiến lược duy nhất là sản thỏ. Tuy vậy nếu chỉ áp dụng chiến lược sản hươu thì có khả năng sẽ bị người thứ hai lợi dụng khi người này quyết định "đánh lừa." Sau khi tính toán xác suất, cả hai thợ săn có thể sẽ đi đến cùng một kết luận là nên giành một nửa thời gian săn hươu và một nửa thời gian săn thỏ. Kết luận này gọi là *trung điểm* (focal point) hay *điểm Schelling*.

Đầu những năm 1950, Khoa Kinh tế Đại học Chicago bắt đầu nổi lên như một trung tâm nghiên cứu ứng dụng các lý thuyết kinh tế vào các ngành học khác. Các học giả nổi tiếng bao gồm Frank Knight, Milton Friedman và George Stigler. Các kinh tế gia này cho rằng không thể dùng nhà nước để điều chỉnh sự thất bại của thị trường (*market failure*), mà phải biết lợi dụng các qui luật của thị trường để phục vụ cho mục đích mà pháp luật hướng tới – công bằng và hợp lý, hiệu quả.

Đến những năm 1960 thì sau khi Coase có bài báo khoa học Vấn đề của Chi phí Xã hội (*The Problem of Social Costs*), kinh tế luật đã có một bước ngoặt quan trọng: nó đã phát triển mạnh thành một ngành khoa học độc lập, với sự ra đời của Tạp chí Kinh tế Luật (*Journal of Law and Economics – JLE*). Coase đã chứng tỏ cho các nhà khoa học thấy không thể dùng luật để áp đặt ý chí của các chủ thể, mà chỉ có thể chiêu theo ý chí của các chủ thể để xây dựng luật sao cho cuối cùng lợi ích của mọi chủ thể đều đạt được với chi phí thấp nhất. Đến năm 1970 thì các công trình nghiên cứu của các luật gia, đặc biệt là Calabresi, ra đời đã cho thấy rằng các nhà luật học đã công nhận phương pháp luận của môn kinh tế luật như là một phương pháp thích hợp để xây dựng luật pháp sao cho đạt kết quả tốt nhất với chi phí thấp nhất cho xã hội. Đến những năm 1980 thì kinh tế luật bắt đầu phát triển ở Châu Âu, môn kinh tế luật được đưa vào giảng dạy ở các trường đại học luật.

Để tổng kết, Posner (1992) cho rằng kinh tế luật được chấp nhận nhanh chóng như vậy là do nguyên tắc của luật - nhất là hệ thống Anglo-Saxon - từ trước đến nay đều là những nguyên tắc kinh tế - đề ra những giải pháp có hiệu quả, phục vụ lợi ích chung của hai bên, gia tăng lợi ích cho xã hội.

Tuy nhiên, có nhiều trường phái khoa học chống lại môn kinh tế luật. Ở Mỹ, Dworkin cho rằng ngoài các yếu tố như lợi nhuận, hiệu quả, thì pháp luật cần phải quan tâm đến các giá trị khác như lòng nhân đạo, bảo vệ người ngay tình v.v. Những vấn đề này chưa được quan tâm đúng mức. Hơn nữa, khái niệm hiệu quả cũng rất trừu tượng: hiệu quả cho ai và tới mức nào? Có bao nhiêu cách để đạt được hiệu quả? Nhiều khi mục đích của các giải pháp pháp lý không phải là để đạt được hiệu quả, mà để hạn chế rủi ro. Tất nhiên, cách giải thích sau cùng không thuyết phục, bởi lẽ rủi ro cũng đã được tính đến trong kinh tế, và được lượng hoá thông qua khái niệm “chi phí giao dịch.”

Các đối tượng nghiên cứu của môn kinh tế luật thông thường được tính đến trong khi phân tích bao gồm:

- Các định chế (*institutions*), thí dụ như doanh nghiệp, ngân hàng hay cơ quan nhà nước. Theo Coase (1937), định chế được thành lập là để giảm chi phí giao dịch, tập trung các nguồn lực để cạnh tranh với các định chế khác. Đây là một nhận xét quan trọng. Tuy nhiên thực sự không đơn giản như vậy. Trong mỗi định chế lại có một số các yếu tố khác nhau sẽ ảnh hưởng đến hiệu quả của từng định chế, như con người, tâm tư tình cảm, phe phái v.v.
- Lịch sử: phân tích lịch sử để dự đoán tương lai. Nhà kinh tế học đoạt giải Nobel Douglas North cho rằng những bài học lịch sử rất có giá trị khi phân tích ảnh hưởng của một chính sách kinh tế đối với một quốc gia, qua công trình nghiên cứu của ông về nền kinh tế Bắc Mỹ trong thời kỳ chiếm hữu nô lệ. Theo đó, nền kinh tế ở các bang miền Nam nước Mỹ thời chiếm hữu nô lệ đã phát triển khá tốt, do các nguồn lực được phân bổ một cách phù hợp. Tuy nhiên, cuộc chiến tranh Nam - Bắc vẫn nổ ra, không phải để xây dựng một nền kinh tế hiệu quả hơn, mà để xây dựng một Nhà nước nhân bản hơn. Kết luận của ông làm các nhà kinh tế phải suy nghĩ.
- Luật học so sánh: trước kia người ta coi trọng hệ thống luật và các bối cảnh lịch sử ra đời hệ thống luật đó. Trừ Marx, các nhà

nghiên cứu khác ít khi đi sâu hơn để tìm cái gốc kinh tế của bối cảnh lịch sử. Khi so sánh ngành luật này với ngành luật kia, việc liên hệ đến nền kinh tế của từng quốc gia khác nhau có thể sẽ cho nhiều kết quả khác nhau, từ đó ta có thể đánh giá luật pháp ở nước nào có hiệu quả hơn.

- Hành động chiến lược (*strategic behaviour*): các vấn đề về hành động chiến lược có liên quan đến lý thuyết trò chơi/đấu trí (*game theory*). Các học thuyết này thực sự khởi sắc từ những năm 1930, với những công trình nghiên cứu của Joan Robinson hay Ronald Coase, có ảnh hưởng nhiều nước, nhất là Mỹ. Đối tượng nghiên cứu của lý thuyết đấu trí là tìm chiến lược tối ưu cho những người chơi trong các mối quan hệ và điều chỉnh các chiến lược này sao cho có hiệu quả cho xã hội. Các hành vi chiến lược có thể ngăn cản hay thúc đẩy quá trình xây dựng pháp luật đạt được hiệu quả.
- Sự hạn chế của lý trí (*limited rationality*): các nghiên cứu kinh tế gần đây đã chỉ ra rằng không chỉ lợi ích là yếu tố tác động duy nhất đến lý trí, mà còn có các yếu tố khác như tâm lý, tình cảm, nhận thức hay tư tưởng của từng cá nhân. Các biến số này tuy khó phân tích, song sự ra đời của kinh tế học về thông tin bất đối xứng, do Akerloff, Spence và Stiglitz sáng lập đã giúp ích nhiều cho môn kinh tế luật.
- Rủi ro và tinh thần dám nghĩ dám làm (*entrepreneurship*). Các yếu tố này được nhà kinh tế học Áo Schumpeter đưa ra từ những năm 1940 và nay lại được rất nhiều người quan tâm. Đối tượng nghiên cứu của Schumpeter và những người ủng hộ ông là tìm những biện pháp thúc đẩy sáng tạo và tinh thần giám nghĩ giám làm. Khi một nền kinh tế được xây dựng phục vụ cho những người dám nghĩ dám làm, nó sẽ giải phóng được những rào cản về tư duy, giúp nền kinh tế trở nên có hiệu quả và dễ quản lý hơn (vì pháp luật thuận theo lòng người, tôn trọng sự tự do ý chí của họ).

- Lựa chọn của công chúng (*public choice*). Trường phái nghiên cứu *public choice* được Buchanan lập ra và được nhiều nhà kinh tế học khác tiếp bước. Nhiều người trong số họ đã đoạt giải Nobel, như Von Mises, North hay Fogel. Đối tượng nghiên cứu của lĩnh vực này là câu hỏi: Nhà nước được đặt ra để hạn chế các thất bại của thị trường (*market failure*) hay còn để làm phục vụ các mục tiêu gì khác?

Nói tóm lại, kinh tế luật có thể làm những công việc như chỉ ra được thiếu sót của hệ thống pháp luật, từ đó đề ra giải pháp. Tuy nhiên các giải pháp mà các nhà kinh tế luật đưa ra thường mang tính chất thận trọng và chỉ được áp dụng trong một ngành hẹp. Đó là vì kinh tế luật mới chỉ nghiên cứu các tham số kinh tế, và dựa trên một số giả thuyết đơn giản. Giải quyết một vấn đề xã hội thông thường phức tạp hơn, yêu cầu phải đặt ra nhiều tham số và nhiều yếu tố khác nhau cần phải được quan tâm.

III. KINH TẾ VI MÔ VÀ KINH TẾ VĨ MÔ

1. Cấu trúc của lý thuyết kinh tế vi mô

Kinh tế vi mô nghiên cứu hoạt động của các nhóm nhỏ, như các cá nhân, gia đình, tổ hợp tác, tổ chức kinh tế hay các cơ quan nhà nước. Ở phần tiếp theo trong chương này chúng ta sẽ xem xét các công cụ kinh tế cơ bản của kinh tế vi mô để sử dụng vào các chương tiếp theo. Kinh tế vi mô được định nghĩa là ngành học nghiên cứu xem nguồn lực được phân bổ như thế nào giữa các mục tiêu khác nhau. Bạn có 100.000 đồng, bạn nên mua một quyển sách, hay mời một người bạn đi ăn trưa? Bạn nên đi du lịch vào cuối tuần hay nên nghiên cứu ở nhà? Bởi lẽ thời gian và tiền bạc của bạn có giới hạn, bạn sẽ phải lựa chọn. Kinh tế vi mô cho chúng ta lý thuyết về việc mọi người ra quyết định lựa chọn như thế nào.

Đối tượng nghiên cứu của kinh tế vi mô thông thường được chia thành 2 hướng chính: nghiên cứu về cung và nghiên cứu về cầu. Hướng thứ nhất nghiên cứu lý thuyết về sự lựa chọn của người mua và nhu cầu. Các lý thuyết kinh tế trong lĩnh vực này giải thích một người tiêu dùng với thu nhập có hạn phải lựa chọn xem mình sẽ mua hàng hoá gì. Hướng thứ hai nghiên cứu các sự lựa chọn của người bán và sức cung. Chúng ta sẽ cùng

xem các doanh nghiệp quyết định mình sản xuất gì, sản xuất bao nhiêu và với giá như thế nào. Ngoài ra, các bạn cần biết thêm hai mục nữa có vị trí tương đối độc lập, đó là lý thuyết đầu trí – trò chơi (*game theory*) và ảnh hưởng của tâm lý (*psychology*). Các mục này sẽ được đề cập ở phần cuối của chương này.

2. Kinh tế vĩ mô

Mặc dù các công cụ kinh tế luật phần lớn liên quan đến kinh tế vi mô, kinh tế vĩ mô vẫn đóng vai trò quan trọng trong một số ngành luật, thí dụ như luật thuế, luật lao động, luật cạnh tranh, luật tài chính ngân hàng. Ngược lại, thông qua các công cụ pháp luật, Nhà nước điều chỉnh lãi suất tiền tệ và thuế suất để điều tiết các hoạt động kinh tế trong xã hội, thúc đẩy nền kinh tế phát triển. Kinh tế vĩ mô còn tác động đến nhiều ngành luật khác như luật đất đai, môi trường. Nơi nào hình thành thị trường và thu hút nhiều vốn của xã hội, nơi đó hiện diện các nghiên cứu về kinh tế vĩ mô. Kinh tế vĩ mô nghiên cứu sự bất ổn của nền kinh tế và quyết định xem Chính phủ có nên tạo sự ổn định kinh tế hay không.

Có hai trường phái chính về kinh tế vĩ mô – đó là kinh tế cổ điển của Keynes và kinh tế học tiền tệ của Friedman. Kinh tế cổ điển của Keynes cho rằng Nhà nước đóng vai trò quan trọng trong việc kích cầu tiêu dùng, từ đó tạo ra công ăn việc làm cho người dân, thúc đẩy sức tiêu thụ hàng hoá và từ đó nền kinh tế sẽ phát triển. Kinh tế học tiền tệ của Friedman lại cho rằng công cụ điều hành chính của nền kinh tế là lãi suất của ngân hàng trung ương. Thông qua điều chỉnh lãi suất, Nhà nước có thể khuyến khích người dân dùng tiền để làm ăn hay gửi tiền tiết kiệm vào ngân hàng. Từ đó người dân sẽ đầu tư đúng hướng và đúng thời điểm hơn. Mỗi trường phái kinh tế có điểm ưu và điểm khuyết khác nhau, tuy nhiên cách nghiên cứu phù hợp nhất có lẽ là kết hợp cả hai trường phái Keynes và Friedman. Thí dụ, trường phái Friedman không thể lý giải được vì sao trong cùng một nước, cùng một ngành kinh tế như nhau như Việt Nam mà số tiền gửi tiết kiệm ở Hà Nội là 144 ngàn tỉ, trong khi số tiền gửi tiết kiệm ở TP Hồ Chí Minh chỉ là 70 ngàn tỉ. Điều nghịch lý là nền kinh tế của TP Hồ Chí Minh lớn hơn gấp 4 lần nền kinh tế của Hà Nội. Như vậy, việc bỏ tiền ra kinh doanh hay gửi tiền tiết kiệm còn phụ thuộc vào việc người dân có tìm ra được cơ hội để kinh doanh hay không. Vấn đề này

lại phụ thuộc vào cả chính sách của Nhà nước lẫn tính năng động của người dân.

IV. PHƯƠNG PHÁP NGHIÊN CỨU VÀ CÁC TRƯỜNG PHÁI

Phương pháp nghiên cứu môn kinh tế luật cũng tương tự như các phương pháp nghiên cứu kinh tế nói chung - hướng tới sự hiệu quả, hay nói cách khác là sự tối ưu hoá lợi ích của từng cá nhân và xã hội. Tuy nhiên có nhiều cản trở đối với việc tìm giải pháp tối ưu, thí dụ như lợi ích hay thông tin. Vì thế sẽ phải có nhiều cách: xác định lại giá trị các lợi ích, hay tìm cách để đưa thông tin đến cho người ra quyết định.

Xét về lợi ích, thì vấn đề này được lượng hoá trong môn kinh tế qua khái niệm giá trị sử dụng (*utility*). Gia tăng giá trị sử dụng của một chủ thể là một mục đích quan trọng trong kinh tế luật. Kinh tế luật phải đưa ra giải pháp điều chỉnh sao cho khi chủ thể đó ra quyết định, họ sẽ quyết định sao cho có lợi nhất cho xã hội. Ngoài ra, Coase cho rằng giá trị đích thực của kinh tế luật không chỉ là định hướng, mà còn ở chỗ phân tích được những nguyên nhân thất bại của các văn bản pháp luật khi áp dụng vào thực tế. Khi đó, chúng ta không chỉ bị bó buộc ở những giải pháp không chính xác, mà còn phải mở rộng tầm nhìn cho các vấn đề thuộc về thực tế khách quan.

Điểm chung của các phương pháp nghiên cứu của môn kinh tế luật là các khái niệm: chủ nghĩa cá nhân (*individualism*), sự lựa chọn hợp lý (*rational choice*), và điểm cân bằng (*equilibrium*). Các xu hướng nghiên cứu chính bao gồm (i) nghiên cứu về quyền sở hữu, (ii) nghiên cứu về các hành vi chiến lược, (iii) nghiên cứu về các định chế (*institutional economics*), (iv) nghiên cứu về sự can thiệp của nhà nước. Các khái niệm này sẽ có dịp được đề cập đến ở phần sau (các công cụ nghiên cứu).

Một phương pháp nghiên cứu (đôi lập với phương pháp nghiên cứu lý thuyết) là nghiên cứu thực nghiệm, dựa trên phương pháp loại suy. Phương pháp này lần lượt loại tất cả các lý do không khả thi để tìm lý do khả thi nhất, nhằm giải thích những vướng mắc trong xã hội hiện nay. Những vấn đề thực nghiệm mà kinh tế luật thông thường phải giải quyết bao gồm cách thức ra quyết định đơn lẻ, hành động tập thể và cách thức

phối hợp, tổ chức các ban ngành, cách trả giá, đấu giá, thông tin bất đối xứng.

Các trường phái nghiên cứu (*school*) là một tập hợp gồm những học giả có quan điểm giống nhau và đề ra được phương pháp giải quyết các vấn đề của xã hội. Ngoài ra, còn có các danh từ khác như phong trào (*movement*), tư duy (*paradigm*) hay chương trình nghiên cứu (*research program*). Mỗi danh từ có ý nghĩa khác nhau. Các khái niệm này chỉ có ý nghĩa về mặt học thuật, vì thế xin phép không bàn tiếp ở đây.

V. CÁC CÔNG CỤ NGHIÊN CỨU CỦA MÔN KINH TẾ LUẬT

1. Lựa chọn duy ý chí (*rational choice*)

Một trong những giả thiết quan trọng nhất của kinh tế học là con người là một thực thể duy lý (*rational – cognito ego sum*). Vì thế, mọi sự lựa chọn của con người là do ý chí của họ tạo ra. Ý chí này dựa trên căn bản lợi ích – nói như Hàn Phi Tử, là “điều gì có lợi thì làm, điều gì không có lợi thì không làm.” Theo T. Ulen (1999), một sự lựa chọn được coi là có lý nếu dựa trên các giả định sau đây:

- Sự lựa chọn đó phải nhất quán. Thí dụ, nếu ta thích A hơn B và B hơn C thì đương nhiên ta sẽ thích A hơn C. Tuy nhiên cần lưu ý là đôi khi ta lại thấy thích C hơn A. Lúc này cách giải thích sự lựa chọn sẽ thực sự khó hiểu. Và lại, không chắc mọi sự lựa chọn mang tính nhất quán đều đúng đắn, vì sự lựa chọn vô lý cũng có thể nhất quán. Chỉ có điều trên thực tế, một người khi đã chọn thường rất khó thay đổi sự lựa chọn của mình
- Sự lựa chọn đó làm tăng giá trị sử dụng (lợi ích) cho người lựa chọn. Tuy nhiên, đôi khi sự lựa chọn mang tính hình thức hơn là thực tế. H. Simon đã nói: Khi chúng ta lựa chọn có rất nhiều tham số hay cản trở (thí dụ thời gian, tiền bạc, v.v.) khiến chúng ta không lựa chọn được con đường đúng ra có thể chọn được tốt hơn.

Từ các phản chứng trên đây, có thể thấy cả hai giả định trên đều khó xảy ra trên thực tế. Thí dụ, một người có hai muống đường bằng nhau. Bây giờ ta cho thêm 1 hạt đường vào một muống và hỏi: anh thích muống nào hơn? Câu trả lời nếu theo lý trí thì người chọn sẽ thích muống đường nhiều đường hơn (càng nhiều càng tốt). Tuy nhiên, sự khác nhau quá nhỏ đến nỗi khả năng gần nhất là người chọn sẽ nói: tôi thấy hai muống như nhau. Ta tiếp tục bỏ hạt đường mới vào, lúc đó người chọn cũng sẽ vẫn cảm thấy hai muống như nhau. Cho đến một lúc “lượng đổi thì chất đổi”, người chọn sẽ cảm thấy sự khác biệt và chọn muống có nhiều đường hơn. Như vậy, trong trường hợp đầu, giả thiết về sự lựa chọn theo hướng gia tăng giá trị là sai. Trong trường hợp thứ hai, sự lựa chọn nhất quán là sai.

Tuy vậy, các nhà kinh tế học từ trước đến nay vẫn coi nguyên tắc duy lý là nguyên tắc cơ bản của kinh tế. Thí dụ: trên thị trường, nếu tăng giá thì cung tăng, hay nếu giảm giá thì cầu tăng. Đó là nguyên tắc cung cầu của thị trường. Người ta không giải thích được những hiện tượng có thực xảy ra trên thực tế như xe hơi càng tăng giá thì càng nhiều người mua; nhà đất càng tăng giá thì càng nhiều người đổ xô đi mua nhà (vì sợ sẽ còn tăng giá, hoặc mua trước để hy vọng bán lại kiếm lời). Liebenstein (1950) còn cho thấy có hiệu ứng của bệnh “sĩ diện hảo” (snob effect), thí dụ đồng hồ càng đắt càng nhiều người mua, để người đeo đồng hồ chứng tỏ là mình giàu có. Như vậy, niềm tin vào các lý thuyết kinh tế để lấy đó làm kim chỉ nam cho các chính sách pháp luật chỉ có giới hạn.

Tuy vậy, những thiếu sót đó chỉ là thiểu số, còn đa số các trường hợp có lựa chọn trên thị trường (market choice), thì sự lựa chọn đó thông thường là duy lý. Thứ nhất, vì đó là sự lựa chọn lập đi lập lại. Như vậy cho dù người lựa chọn có sai lần đầu thì lần sau anh ta vẫn có cơ hội sửa lại lỗi lầm của mình. Thứ hai, sự lựa chọn trên thị trường dễ đo đếm, thông qua tiền. Thứ ba, thị trường thông thường minh bạch hơn sự lựa chọn ở nơi không có thị trường. Như vậy, việc đầu tiên không phải là tạo ra sự lựa chọn duy lý, mà phải tạo ra một khung cảnh ở đó sự lựa chọn duy lý có thể phát sinh.

Tiếp theo, sau khi có sự lựa chọn duy lý rồi, thì ta làm điều gì trước? Ở đây lại xuất hiện các quan điểm kinh tế khác nhau về nguồn gốc duy lý trong một số chế định chính:

- Luật hợp đồng: Định lý Coase (xem định nghĩa ở phần sau) cho rằng nếu chi phí giao dịch bằng không, thì chúng ta không cần phải có luật sở hữu, hay thậm chí không cần có luật, mà các bên vẫn có thể thỏa thuận được với nhau. Như vậy điều gì làm tăng chi phí giao dịch: đó có thể là việc can thiệp của một bên thứ ba vào hợp đồng, việc thực thi hợp đồng trở nên khó khăn hơn, v.v. Như vậy khi chi phí giao dịch giảm, các bên sẽ có sự lựa chọn hợp lý, tức là chọn giao kết hợp đồng.
- Luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng: quan điểm của nhiều học giả trong việc ban hành luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng nhằm mục đích chính là để tránh xảy ra những hành vi trái pháp luật. Thí dụ, nếu thực hiện hành vi trái pháp luật thì được lợi 100 đồng, song luật qui định phải bồi thường 300 đồng, thì mọi người sẽ nghĩ đến việc không vi phạm pháp luật.
- Luật hình sự: tương tự như luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, nếu việc buôn ma túy chỉ mang lại 100 triệu đồng, trong khi nếu bị bắt thì người phạm tội có thể lãnh án tử hình, thì mọi người sẽ có khuynh hướng không phạm tội. Nếu suy luận đơn giản như vậy, thì hình phạt càng cao thì việc ngăn chặn tội phạm càng hiệu quả.

Nhưng bản thân suy luận duy lý không giải thích được tại sao vẫn có những hành động nhân nghĩa. Tại sao có những người chịu hy sinh vì nghĩa lớn? Thậm chí, nếu trong khu phố huy động mọi người góp tiền xây hẻm, có ai nghĩ rằng: mình không đóng thì cũng không ai nói gì, mà rồi cuối cùng khi con hẻm được xây, mình cũng sẽ là người hưởng lợi. Như vậy, sự thực con người không chỉ nghĩ vấn đề một cách duy lý, mà còn có tâm lý. Tức là họ quan tâm đến danh dự, đến lợi ích lâu dài của họ. Đối với mọi người, cuộc đời là một chuỗi những cuộc đấu trí kế tiếp nhau. Người nào quá khôn sẽ bị cô lập. Vì thế, để kết hợp được sức mạnh và vì lợi ích lâu dài của chính bản thân mình thì phải có lúc chịu “dại” đi một chút. Ulen đã nêu rất nhiều thí nghiệm nói lên vấn đề này (chia tiền, góp tiền, v.v.). Ngoài ra, còn có vấn đề “*ultimatum game*” và

“*endowment effect*” (con cá mắt là con cá to). Người ta sẵn sàng đòi bán một vật giá cao hơn cái giá mà mình sẵn sàng bỏ ra để mua chính vật đó.

Một vấn đề nữa là con người có thể rất thiên cận. Thí dụ, nếu chúng ta nói: hút thuốc gây ung thư thì sẽ chẳng ai quan tâm. Tuy nhiên nếu chúng ta nói: hút thuốc sẽ làm miệng có mùi hôi và răng sẽ vàng thì mọi người sẽ hưởng ứng bỏ thuốc lá mãnh liệt hơn. Tại sao vậy? Đó là vì chúng ta vốn thiên cận và chỉ quan trọng những gì mình nhìn thấy trước mắt hơn là cái hại lâu dài. Thí dụ tiếp theo là đôi khi chúng ta hay mua đồ rẻ mà chất lượng thấp hơn là mua đồ đắt tiền mà chất lượng cao, mặc dù về lâu dài thì mua đồ đắt tiền, chất lượng cao sẽ rẻ hơn (tính trung bình từng năm). Tại sao vậy? Đó là vì chúng ta thường đánh giá thấp những lợi nhuận có thể thấy được lâu dài. Thăng Bờm cũng thiên cận như chúng ta - chỉ thích ăn xôi (ăn ngay) chứ không thích “ba bò chín trâu.”

Như vậy, nhiệm vụ của nhà làm luật là phải dùng những gì dễ thấy để cho người dân thấy lợi mà làm. Để làm điều này không ai tài hơn Trần Hưng Đạo trong bài Hịch Tướng Sĩ. Ông đã nêu cái cảnh nước mất thì nhà tan để kích động quân sỹ xả thân giết giặc, một điều mà ông sẽ không làm được nếu chỉ nói đến lòng yêu nước suông, hay chỉ nói phân tích lợi hại ở tầm vĩ mô. Vậy mà có người vẫn phê phán (trong sách giáo khoa Văn học) là Trần Hưng Đạo vẫn chưa thoát ra khỏi cái suy nghĩ tầm thường - chống giặc vì lợi ích cá nhân (?). Bài học của Trần Hưng Đạo cho ta thấy có khả năng chiêu dụ những con người chỉ hám lợi bằng cách phân tích thiệt hơn cho họ, hơn là nói chuyện nhân nghĩa. Tuy nhiên cả hai biện pháp thuyết phục “duy nghĩa” và “duy lý” cần phải được kết hợp nhuần nhuyễn với nhau. Để ý bài Hịch Tướng Sĩ chúng ta sẽ thấy Trần Hưng Đạo nói chuyện nhân nghĩa trước, sau đó mới nói đến chuyện lợi ích.

Tóm lại, giả thuyết về sự lựa chọn duy lý chỉ đúng khi các điều kiện tiên quyết cho nó xảy ra là đúng. Khi đó, vai trò của pháp luật là tạo mọi điều kiện để điều đó xảy ra. Thông thường, chúng ta hay cho rằng mọi người không chọn được đúng là vì không có thông tin, và luật phải được làm sao cho mọi người nắm thông tin. Tuy nhiên, vấn đề không chỉ đơn giản như vậy. Chúng ta thấy có những vấn đề như óc thiên cận, tính vị kỷ (cho của mình hơn của người), tính cố chấp khiến cho có người dù có đủ thông tin vẫn không đi đúng hướng lựa chọn có lý. Vậy phải làm sao để giảm bớt

tác động tiêu cực của những yếu tố tâm lý đó lại? Để giải quyết vấn đề này phải làm hai việc: thứ nhất, phải tạo một cơ chế đối thoại bắt buộc, khiến cho việc ra một quyết định không thể nào vội vã hay cố chấp. Thứ hai, phải có biện pháp giáo dục cho mọi người thấy hậu quả của việc mình làm. Thí dụ: công tham nhũng bằng cách tuyên truyền không tốt bằng việc dẫn quan chức đi thăm nhà tù để họ thấy không bao giờ nên vi phạm pháp luật. Các biện pháp phải linh hoạt. Xét cho cùng, không bao giờ có cái gọi là giải pháp đúng đắn cho mọi vấn đề. Điều cần nhớ là sự lựa chọn duy lý là một trong những đặc tính cơ bản của con người, song đó không phải là đặc tính duy nhất. Gần đây, nhà triết học Đức Jurgen Habermas đã chỉ ra rằng ngoài nhu cầu gia tăng lợi nhuận mang tính bản năng, con người còn một nhu cầu khác cũng mang tính bản năng, đó là sự tìm kiếm tri thức. Nếu lợi nhuận là thức ăn của dạ dày, thì tri thức là thức ăn của bộ não. Đây là cái mà loài vật không thể có được. Nhận xét của Habermas cũng làm cho các nhà kinh tế học phải suy nghĩ.

2. Hiệu quả và cân bằng – hai yếu tố quan trọng của kinh tế

Các lý thuyết kinh tế đều giả thuyết rằng mọi người đều muốn tăng trưởng (*maximization*). Người tiêu dùng muốn tăng lợi ích (vật chất và tinh thần) của mình khi mua hàng; doanh nghiệp muốn tăng lợi nhuận; nhà chính trị muốn tăng số phiếu bầu, công chức muốn tăng thu nhập, các tổ chức xã hội muốn tăng phúc lợi, v.v. Nói tóm lại, mọi người đều muốn tăng cái mình thiếu. Tuy nhiên, giữa mong muốn và hiện thực có khoảng cách. Người tiêu dùng không thể mua nhiều hơn số tiền mình có. Như vậy, họ phải lựa chọn giữa những hàng hoá khác nhau xem mua thứ gì thì lợi ích của mình tăng được nhiều nhất. Thí dụ, có những người bỏ hàng giờ đi vòng quanh siêu thị để tìm cho mình một bộ đồ vừa hợp túi tiền, vừa đẹp. Những người biết tăng lợi ích trong phạm vi khả năng bị hạn chế như vậy trong kinh tế học gọi là người có lý trí (*rational*).

Nói như vậy thì phải chăng những người không biết tăng lợi ích hay bỏ thời gian lựa chọn là người không có lý trí? Nếu chúng ta quan niệm như vậy, thì nhiều lúc chúng ta đã lựa chọn không có lý trí. Ví dụ chúng ta cưới vợ mà không tìm hiểu kỹ xem trong thành phố còn có cô gái nào đảm đang và phù hợp với mình hơn; chúng ta đi ăn ở quán ăn gần nhất mà không xem xung quanh mình có quán ăn nào khác rẻ và ngon hơn. Nhà

kinh tế đoạt giải Nobel, Herbert Simon cho rằng khái niệm lý trí phải được cân nhắc trên từng cá nhân cụ thể (*bounded rational*). Tuy nhiên ở chương này chúng ta chỉ phân tích lý trí ở trường hợp đơn giản nhất: người lựa chọn có đầy đủ thông tin và có thời gian để tìm thông tin.

Khái niệm thứ hai trong kinh tế vi mô là cân bằng. Khi mọi người tăng lợi ích của mình, thì toàn xã hội sẽ đạt được vị trí cân bằng (*equilibrium*). Ở đó, mọi sự trao đổi giữa các chủ thể trên thị trường đạt được vị trí tối ưu hoá. Vị trí cân bằng tồn tại ngoài ý muốn của các chủ thể tham gia vào thị trường. Cân bằng có hai vị trí: cân bằng an toàn và cân bằng không an toàn. Cân bằng an toàn là vị trí mà khi giá cả thị trường đi lệch khỏi vị trí đó thì các lực tương tác của thị trường kéo giá cả trở lại vị trí cân bằng. Cân bằng không an toàn là vị trí mà ở đó giá cả có khuynh hướng rời khỏi vị trí cân bằng:

Khái niệm quan trọng thứ ba trong kinh tế vi mô là hiệu quả (*efficiency*). Một quá trình sản xuất được coi là có hiệu quả khi thỏa mãn hai điều kiện sau:

- không thể sản xuất cùng số lượng sản phẩm mới giá thành thấp hơn (thí dụ không thể sản xuất 10 xe hơi trong ngày với giá thành thấp hơn 10.000 USD một chiếc), hay
- không thể sản xuất nhiều sản phẩm hơn với cùng giá thành (thí dụ không thể sản xuất 11 xe hơi trong ngày với giá thành là 10.000 USD một chiếc).

Một hình thức hiệu quả thứ hai được gọi là hiệu quả Pareto (mang tên nhà kinh tế học Italia đầu Thế kỷ 20 Vilfredo Pareto). Theo đó, một trạng thái gọi là hiệu quả Pareto khi không thể làm tăng lợi ích cho một người mà không làm giảm lợi ích cho người khác. Thí dụ, hai em nhỏ cùng chia một chiếc bánh. Giả sử cả hai em cùng thích bánh, thì cách chia bánh có hiệu quả nhất là chia đều chiếc bánh, vì bất kỳ cách chia nào khác cũng làm một em được lợi hơn và em kia chịu thiệt hơn. Điều thú vị là hiệu quả Pareto cũng là vị trí cân bằng lợi ích giữa các bên trong thí dụ trên.

Ba khái niệm cơ bản – gia tăng lợi ích, cân bằng và hiệu quả - có vai trò rất quan trọng trong việc giải thích các quan hệ xã hội trên thị trường. Một số luật gia cho rằng các yếu tố này chưa hẳn đã quan trọng. Thí dụ, tại sao lại coi cân bằng là quan trọng, trong khi xã hội luôn thay đổi? Tại sao lại giả thiết hệ chủ thể có lý trí là sẽ gia tăng lợi ích, trong khi những yếu tố tâm lý khác như tình cảm, lý tưởng, sĩ diện v.v. không kém phần quan trọng? Trong lịch sử Trung Hoa, người phản đối phái trọng lợi ích (của Hàn Phi Tử) nhất là Mạnh Tử thuộc phái Nho giáo. Ông can gián nhà vua: Bệ hạ đừng nên đem lợi ích mà khuyến khích dân, phải đem nhân nghĩa ra để giáo dục dân. Hậu quả là, đất nước của ông đã bị Tần Thủy Hoàng, người áp dụng học thuyết của Hàn Phi Tử, đánh bại.

Như vậy, mặc dù các phản biện nêu trên phần nào có lý, cho đến thời điểm hiện tại, chúng ta thấy một thực tế không thể phủ nhận phần đông mọi người đều muốn gia tăng lợi ích của mình và thị trường luôn có khuynh hướng trở về vị trí cân bằng và vị trí cân bằng tốt nhất là vị trí cân bằng có hiệu quả.

3. Định lý Coase

Hai học thuyết được nhắc đến nhiều nhất trong môn kinh tế luật là lý thuyết trò chơi (xem mục 5 dưới đây) và định lý Coase về quyền sở hữu. Học thuyết của Coase dùng sự phân định của quyền sở hữu để giải quyết các vấn đề nảy sinh do các chi phí giao dịch. Điều này có thể được thể hiện rõ hơn qua thí dụ sau đây:

Trên một hoang đảo có hai người - Robinson Crusoe và Thứ Sáu. Robinson nuôi bò và Thứ Sáu trồng bắp. Bò của Robinson xâm hại bắp của Thứ Sáu. Thứ Sáu có nhất thiết phải bảo vệ quyền sở hữu của mình bằng cách xây dựng hàng rào (trị giá 100 triệu đồng) quanh vườn bắp của mình, trong khi thiệt hại do bò của Robinson gây ra không quá 50 triệu đồng hay không? Tại sao hai bên không thể thoả thuận với nhau: Thứ Sáu không xây hàng rào, còn Robinson sẽ đền bù cho Thứ Sáu 50 triệu đồng? Đối với câu hỏi trên cách giải thích của Ronald Coase, nhà kinh tế học Anh (đạt giải Nobel năm 1993) gây nhiều sự chú ý hơn cả. Theo Coase, nếu các bên có thể thoả thuận với nhau, thì các quy định về quyền sở hữu là không cần thiết (xem thí dụ về Robinson và Thứ Sáu nêu trên).⁶

⁶ The Sveriges Riksbank (Bank of Sweden) Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel (Nobel Economics 1991): *Property and Transaction Costs* (R. Coase).

Mặc dù sự thoả thuận giữa các bên có thể là giải pháp tối ưu, tuy nhiên không phải lúc nào các bên cũng có thể đạt được thoả thuận. Thí dụ nếu Robinson biết chi phí xây dựng hàng rào của Thứ Sáu là 100 triệu, Robinson có thể chỉ chấp nhận bồi thường 20 triệu. Nếu không có quy định về quyền đòi bồi thường thiệt hại hay cơ chế thực thi quyền yếu, Thứ Sáu có thể vẫn chấp nhận mức bồi thường này (thiệt $50 - 20 = 30$ triệu), vì nếu không mình sẽ thiệt $100 - 50 = 50$ triệu. Các nhân tố như khả năng thực thi pháp luật, đặc quyền kinh doanh của một bên, hay chi phí để tìm hiểu về đối tác được coi là chi phí giao dịch (*transaction cost*).

Coase phát biểu định lý: *việc bảo vệ quyền sở hữu sẽ không cần thiết nếu chi phí giao dịch bằng không hay nhỏ. Nếu chi phí giao dịch quá lớn, các bên không thể thoả thuận được với nhau, mỗi bên sẽ phải dùng quyền sở hữu để bảo vệ quyền lợi của mình.*⁷ Định lý này không chỉ đúng đối với giao dịch giữa các bên, mà còn đúng trong quan hệ giữa các quốc gia, trong đó chủ quyền của mỗi nước tương đương với quyền sở hữu. Nếu giữa các quốc gia không có sự tin cậy hiểu biết lẫn nhau, mỗi nước đều gia tăng các chi phí quân sự để bảo vệ chủ quyền của mình. Nếu độ tin cậy và hiểu biết lẫn nhau tăng lên, các bên có thể "thu hẹp" chủ quyền của mình bằng cách trao quyền quyết định vào một hội đồng do các quốc gia thoả thuận lập nên (thí dụ Liên minh Châu Âu hay ASEAN). Từ định lý đầu tiên, Coase phát biểu định lý tiếp theo: *quyền sở hữu chỉ là một trong những biện pháp nhằm kiểm soát quyền lợi của một chủ thể kinh doanh chứ không phải là một quyền tự nhiên.*⁸ Các biện pháp khác có thể là thoả thuận hay bồi thường thiệt hại. Như vậy thực thi quyền sở hữu không phải lúc nào cũng là phương pháp bảo vệ quyền tối ưu. Muốn biết một phương pháp bảo vệ quyền có phải là tối ưu hay không, cần phải xem xét đến chi phí giao dịch. Quyền sở hữu có thể là giải pháp bảo vệ quyền lợi tối ưu khi chi phí giao dịch để hoà giải hay thoả thuận với người xâm phạm là lớn.⁹

Cách dùng sự phân chia quyền sở hữu đã được Marx đề cập từ lâu. Để giải quyết mâu thuẫn giai cấp (một dạng của chi phí giao dịch), cần phải phân phối đồng đều quyền sở hữu. Tuy nhiên Marx chưa phân tích tính hiệu quả của việc phân phối đồng đều. Có những người làm việc hiệu

⁷ Cooter, T. and Ulen, R. (2000) *Law and Economics*. Wiley & Sons, Chương III.

⁸ Coase, R. (1988) *The Firm, The Market, and the Law*. The University of Chicago Press, IL.

⁹ Id.

quả hơn người khác. Nếu mọi người đều được hưởng như nhau thì vô hình chung chúng ta triệt tiêu năng lực của những người làm việc hiệu quả. Coase đã giải quyết được nhược điểm này. Theo đó, thị trường sẽ quyết định quyền sở hữu được trao cho ai. Vấn đề là ở chỗ làm thế nào để giảm chi phí giao dịch để các bên dễ dàng thỏa thuận với nhau hơn.

Các chi phí giao dịch bao gồm hai loại: chi phí thông tin - đánh giá thông tin; và chi phí thực thi. Các chi phí này càng cao thì giao dịch càng kém hiệu quả. Muốn như vậy, phải xác lập các định chế để đảm bảo cho việc giảm chi phí giao dịch. Thí dụ, phải thực thi luật tốt, phải khiến cho các vấn đề góp ý được minh bạch (giảm chi phí thông tin), thỏa thuận khôn khéo (giảm chi phí giao dịch).

Định lý Coase có đúng trên lý thuyết không? Điều này hiện nay không ai chứng minh được, vì thế giới “không có chi phí giao dịch” là không tồn tại. Song có rất nhiều người chứng minh rằng định lý Coase là có khiếm khuyết trên thực tế, dựa vào những yếu tố sau:

- Hành vi lạm dụng lợi thế (*rent*). Nếu một trong hai bên có lợi thế thì họ sẽ khai thác lợi thế của họ và vì thế, kết quả không thể nào cân bằng được. Về lâu dài, bên yếu thế hơn sẽ rút khỏi thị trường, bởi vì họ không có tiền để “đút lót” cho bên có lợi thế.
- Sự tham gia vào thị trường trong tương lai (*entry in the long run*): nếu một bên chiếm vị trí độc quyền, thì họ sẽ có thể khai thác vị trí này, khiến cho việc tham gia của đối thủ cạnh tranh về lâu dài là khó khăn.
- Tính tách biệt của các loại chi phí giao dịch (*separable vs non-separable cost function*): thí dụ, doanh nghiệp A gây ô nhiễm môi trường. Điều đó gây thiệt hại không những cho doanh nghiệp B, mà còn thiệt hại cho doanh nghiệp A. Vì thế, việc tính toán lợi ích – chi phí để định lý Coase áp dụng lại càng khó khăn hơn.

- Tình trạng tiếc của (*endowment effects*, xem phân phân tích tại mục 7 dưới đây): sự chênh lệch giữa ý định giữ vật (*willing to accept – WTA*) và ý định mua vật (*willing to purchase – WTP*). Tuy nhiên điều này không bác bỏ lý thuyết về Định lý Coase.

4. Chi phí giao dịch

Đây là danh từ được sử dụng nhiều nhất trong môn kinh tế luật, song cũng là một trong những khái niệm không rõ ràng nhất. Khám phá đầu tiên của Coase (1937) trong bài *Bản chất của Doanh nghiệp (the Nature of the Firm)* trong tạp chí *Economica*. Khi đó cậu sinh viên Coase 23 tuổi đã tự hỏi: trên thị trường, giá cả quyết định việc giao dịch mua bán giữa các nguồn lực, cạnh tranh quyết định mọi thứ. Vậy tại sao chúng ta lại phải phối hợp với nhau? Tại sao các cơ quan trong doanh nghiệp phải kết hợp với nhau? Coase tìm ra câu trả lời: lý do là vì việc trao đổi bằng giá (định đoạt – theo khái niệm của quyền sở hữu) tốn một số chi phí - gọi là **chi phí giao dịch**. Điều này khiến mọi người muốn tiếp tục kết hợp với nhau hơn là để cho giá cả chi phối. Đó cũng là lý do khiến cho mọi người phải thành lập Doanh nghiệp (để hợp tác với nhau có hiệu quả hơn). Năm 1960, Coase, trong bài *Vấn đề Chi phí Xã hội (the Problem of Social Costs)* trên tạp chí *Journal of Law and Economics*, Coase lại phát biểu: việc phân chia quyền sở hữu là không quan trọng nếu chi phí giao dịch bằng không. Đây là hai phát kiến quan trọng nhất đã mang lại giải Nobel kinh tế cho Coase.

Các định nghĩa thông thường về chi phí giao dịch là:

- Chi phí giao dịch là chi phí xác lập và bảo vệ quyền sở hữu, như chi phí thông tin tìm kiếm tài sản, chi phí thực thi quyền sở hữu, chi phí thảo luận để trao đổi tài sản, v.v. (Allen 1971). Nếu không có cạnh tranh, lấn chiếm, trao đổi, thì chi phí giao dịch bằng không. Marx cũng cho rằng khi quyền sở hữu được xoá bỏ (loài người tiến lên chủ nghĩa cộng sản – hay nói theo Coase – chi phí giao dịch bằng không), thì nguồn lực trong xã hội được phân bổ có hiệu quả nhất. Tất nhiên điều này chỉ có trong quá khứ - xã hội cộng sản nguyên thủy.

- Chi phí giao dịch là chi phí liên quan đến việc trao đổi quyền sở hữu (Demsetz 1968). Định nghĩa này được mở rộng hơn so với định nghĩa đầu tiên, và nó lý giải tất cả những gì không diễn ra được trong thị trường cạnh tranh hoàn chỉnh.

Các lý do khiến chi phí giao dịch không thể bằng không được bao gồm: thông tin không đầy đủ và bất đối xứng, một bên ở vị trí độc quyền so với bên kia, một bên có thể lợi dụng một số ưu thế mà bên kia không có. Định lý Coase, khi nói rằng nếu chi phí giao dịch bằng không thì quyền sở hữu không cần thiết cũng đồng nghĩa với nói rằng, khi chi phí giao dịch là đáng kể thì quyền sở hữu lại càng cần thiết. Như vậy, nếu chúng ta quốc hữu hoá các nhà máy, hầm mỏ, điều này tưởng chừng như làm giảm chi phí giao dịch, song thực chất lại làm tăng chi phí giao dịch – do một số người nắm nhiều thông tin hơn, có những ưu thế mà người kia không có. Tóm lại, một nền kinh tế có hiệu quả không thể xoá bỏ được quyền sở hữu, vì chi phí giao dịch tồn tại trong hầu hết các hình thái kinh tế xã hội. Ngay cả trong chế độ xã hội chủ nghĩa, khi nền kinh tế phát triển đến mức cao, thì sự tập trung tư liệu sản xuất trong tay Nhà nước cũng sẽ tạo ra các lợi thế chính sách (*rent*), tăng chi phí giao dịch.

5. Lý thuyết trò chơi (đấu trí)

Bên cạnh định lý Coase, một lý thuyết kinh tế được sử dụng rất nhiều trong việc nghiên cứu luật là lý thuyết trò chơi (hay còn gọi là đấu trí - *game theory*). Chúng ta hãy xem bản tin dưới đây:

Hai giáo sư Mỹ và Israel đoạt giải Nobel kinh tế 2005

Chiều ngày 10-10, Hội đồng xét duyệt giải thưởng Nobel tại Stockholm, Thụy Điển đã công bố chủ nhân của giải Nobel kinh tế 2005: Robert J. Aumann quốc tịch Israel-Mỹ và Thomas C. Schelling - người Mỹ.

Bộ đôi này giành được giải thưởng Nobel do “đã nâng cao hiểu biết của chúng ta về sự hợp tác và mâu thuẫn thông qua các phân tích lý thuyết trò chơi”, nhận xét của Viện hàn lâm khoa học hoàng gia Thụy Điển.

Trong nghiên cứu của mình, Aumann, 75 tuổi và Schelling, 84 tuổi đã giúp “giải thích các mâu thuẫn kinh tế như cuộc chiến giá cả và cuộc chiến thương mại, cũng như giúp

giải thích tại sao một số cộng đồng thành công hơn các cộng đồng khác trong việc quản lý nguồn vốn chung”, trích tuyên dương của hội đồng xét duyệt giải Nobel.

Aumann, sinh tại Frankfurt, Đức nhưng mang quốc tịch Mỹ-Israel, là một giáo sư tại Trường ĐH Hebrew tại Jerusalem. Còn Schelling là một giáo sư thuộc khoa kinh tế Trường ĐH Maryland và là giáo sư danh dự tại Harvard.

Robert J. Aumann cho biết ông nhận được tin mình đoạt giải Nobel kinh tế 2005 qua điện thoại từ Viện hàn lâm khoa học hoàng gia Thụy Điển. “Tôi cảm thấy rất tuyệt”, Aumann nói với hãng AP nửa giờ sau khi nhận điện thoại từ Thụy Điển.

Các giải Nobel kinh tế trong thế kỷ 21:

- 2004: Finn E. Kydland (Na Uy) và Edward C. Prescott (Mỹ) với đóng góp Kinh tế vĩ mô động lực nói về thời gian chắc chắn của chính sách kinh tế và động lực của chu kỳ kinh doanh.

- 2003: Robert F. Engle (Mỹ) và Clive W.J. Granger (Anh) với đóng góp Các phương pháp thống kê cho chuỗi thời gian kinh tế.

- 2002: Daniel Kahneman (Mỹ- Israel) và Vernon L. Smith (Mỹ): những người tiên phong trong sử dụng kinh tế trải nghiệm và tâm lý học vào thực hiện các quyết định.

- 2001: George A. Akerlof, A. Michael Spence và Joseph E. Stiglitz (Mỹ) với nghiên cứu kiểm soát thông tin ảnh hưởng đến thị trường.

- 2000: James J. Heckman và Daniel L. McFadden (Mỹ): phát triển học thuyết giúp phân tích số liệu lao động và cách con người thực hiện quyết định công việc và di chuyển.

Các lý thuyết về đấu trí sẽ được trình bày trong từng chương cụ thể dưới đây, với các trò chơi đấu trí quan trọng nhất là đấu trí nghi phạm (xem dưới đây), đấu trí săn hươu (Chương 1) và đấu trí giữa những người đi xe (Chương 2).

Một thí dụ cơ bản về đấu trí giữa hai người chơi không có ý định cộng tác là *đấu trí "nghi phạm"* (prisoner's dilemma). Hai nghi phạm trong một vụ cướp đang ở trong quá trình điều tra. Mục đích của điều tra viên là làm sao cho cả hai nhận tội. Để thực hiện điều này, điều tra viên cách ly hai nghi phạm ở hai phòng khác nhau, và thông báo rằng nếu cả hai cùng nhận tội, mỗi người sẽ bị tuyên án 6 năm tù. Nếu một người nhận tội còn người kia không nhận tội, người nhận tội sẽ được khoan

hồng, còn người "ngoan cố" sẽ bị phạt 10 năm tù. Nếu cả hai cùng không nhận tội thì mỗi người sẽ chịu 2 năm tù. Xét về lợi ích của các nghi phạm thì tốt nhất là họ không nên nhận tội. Tuy nhiên vì họ không được nói chuyện với nhau nên không biết người kia sẽ nói gì với điều tra viên. Họ không muốn không nhận tội rồi phải ngồi tù 10 năm trong khi người kia phản bội lại họ và được thả. Bảng phân tích sẽ cho ta thấy kết quả như sau:

		Nghi phạm 2	
		Im lặng	Nhận tội
Nghi phạm 1	Im lặng	-2, -2	-10, 0
	Nhận tội	0, -10	-6, -6

Trong cuộc đấu trí trên, các nghi phạm sẽ phải tìm chiến lược an toàn nhất cho mình khi biết người kia chỉ nghĩ đến quyền lợi của bản thân họ. Nếu nghi phạm 2 im lặng thì đối sách tốt nhất của nghi phạm 1 là nhận tội. Ngược lại nếu nghi phạm 2 nhận tội thì đối sách tốt nhất của nghi phạm 1 cũng là nhận tội. Như vậy chiến lược tối ưu của nghi phạm 1 là nhận tội. Suy luận tương tự cũng áp dụng cho nghi phạm 2. Cuối cùng điểm cân bằng Nash của cuộc đấu trí là cả hai cùng nhận tội, chịu 6 năm tù.

Kết quả trên có vẻ hài hước, song thực tế lại là chuyện xảy ra nhiều trong thực tế, nhất là đối với việc khai thác tài sản công cộng (public good) mà Hardin gọi là *tê nạn "của công không ai lo"* (*tragedy of the common*). Thí dụ người dân ở Ban Mê Thuột có hai khả năng - một là phá rừng làm rẫy (tương ứng với "nhận tội" trong cuộc đấu trí người tù), và hai là bảo vệ rừng (tương ứng với "im lặng"). Nếu một người phá rừng còn người kia bảo vệ rừng, thì người bảo vệ rừng cũng không được lợi gì, còn người phá rừng thì được lợi. Nếu cả hai cùng bảo vệ rừng thì đó là giải pháp tối ưu, song vì không ai tin là người kia sẽ không lợi dụng mình nên cuối cùng mọi người sẽ bắt chước nhau phá rừng (nếu pháp luật không can thiệp). Chúng ta cũng dễ dàng nhận thấy đấu trí "nghi phạm" xuất hiện ở nhiều trường hợp khi pháp luật không can thiệp hay can thiệp không có hiệu quả. Thí dụ: giữa các công chức thoái hoá biến chất (nhận hối lộ hay không nhận hối lộ), giữa những người dân trong một khu du lịch (xả rác hay không xả rác), người xem phim VCD (mua đĩa gốc hay đĩa sao chép lậu). Tâm lý chung của những người này là: nếu mình làm tốt thì cũng chẳng được lợi ích gì, vì thế tại sao không đi theo chiều hướng xấu. Từ chỗ một người có hành vi xấu nhưng không bị trừng phạt sẽ tạo tiền lệ để nhiều người khác noi theo và hành vi xấu này sẽ trở thành những *hành động của tập thể*

(collective action). Nhiều vụ án hình sự về tội tham nhũng được xét xử, trong đó có trường hợp cả một đơn vị thoái hoá biến chất là những thí dụ điển hình về hành động tập thể.

Nhìn chung, lý thuyết trò chơi hay đấu trí được xác định bởi các yếu tố sau đây:

- Người chơi (*player*);
- Cách chơi hay chiến lược (*strategy*); và
- Kết quả (*payoff*).

Một cuộc đấu trí được gọi là “thông thường” (*normal form game*) khi nó bao gồm ba yếu tố trên và người chơi được cung cấp thông tin đầy đủ về cách chơi và kết quả của những người khác. Một dạng đấu trí khác là “đấu trí mở rộng” (*extensive form game*) khi người chơi không có đầy đủ thông tin về nhau, giống như đánh bài hay đánh cờ.

Ngoài ra, người ta còn phân đấu trí ra thành hai loại: đấu trí cộng tác (*cooperative games*) và đấu trí bất cộng tác (*non-cooperative games*). Trong cuộc đấu trí bất cộng tác, người chơi chỉ nghĩ đến lợi ích của riêng mình mà không quan tâm đến lợi ích của người chơi kia. Các cuộc đấu trí giữa hai bên trong chiến tranh, hay đấu trí nghi phạm là dạng đấu trí bất cộng tác. Ngược lại, đấu trí cộng tác là dạng đấu trí ở đó người chơi quan tâm đến lợi ích của nhau: đấu trí giữa hai vợ chồng về việc cuối tuần nên đi chơi ở đâu, đấu trí giữa hai đối tác trong liên doanh, v.v. Ngoài ra, còn có một loại đấu trí nữa là đấu trí linh động – nghĩa là nếu đối tác có ý định cộng tác thì mình sẽ cộng tác. Nếu đối tác không có ý định cộng tác thì mình sẽ không cộng tác. Đấu trí giữa hai người thợ săn hươu như thí dụ ở trên là loại đấu trí dạng này.

Bạn đọc muốn tìm hiểu thêm về đấu trí có thể xem trong quyển *Đấu trí và Luật* của Lê Nét, NXB Đại học Quốc Gia TP HCM (2005). Phạm vi ứng dụng của môn đấu trí rất lớn: làm thế nào lựa chọn được đối tác, tìm địa điểm kinh doanh, tìm mục tiêu quân sự của kẻ địch, phát hiện những hành vi lợi dụng, tiêu cực, tham ô lãng phí, hay tìm cách đàm phán giao kết hợp đồng với đối tác, v.v.

6. Tài sản công ("của chùa") và tài sản của nhóm ("của làng")

Hai khái niệm quan trọng có nhiều ứng dụng trong kinh tế luật là "của chùa" và "của làng". Của chùa hay tài sản/hàng hoá công (*public goods*) là những tài sản thỏa mãn hai điều kiện sau đây: (i) giá trị sử dụng của tài sản không giảm khi nhiều người cùng sử dụng một lúc (*non-rivalrous*), và (ii) việc ngăn cản một người không sử dụng tài sản là khó và đôi khi không thể thực hiện được (*non-excludability*). Thí dụ điển hình của tài sản công là ngọn đèn đường: dù dưới ngọn đèn có bao nhiêu người đứng, thì độ sáng của ngọn đèn cũng không bao giờ giảm, và việc ngăn cản một người đứng dưới ngọn đèn được hưởng ánh sáng của nó là không thể được. Mở rộng thí dụ, ta thấy có rất nhiều tài sản công xung quanh ta: phần mềm máy tính, các đối tượng sở hữu trí tuệ, v.v.

Của làng hay tài sản của nhóm (*club goods*) là những tài sản thỏa mãn hai điều kiện (i) giá trị sử dụng của tài sản giảm khi số lượng người sử dụng đạt đến một mức nào đó, và (ii) có thể ngăn cản người khác không sử dụng tài sản đó được. Thí dụ điển hình của tài sản nhóm là con đường: nếu nhiều người đi con đường đó thì sẽ dẫn đến nạn kẹt xe. Ta có thể giải quyết vấn đề bằng cách biến con đường thành đường có thu phí và dựng rào chắn, từ đó sẽ ngăn cản những người không muốn trả tiền mà vẫn có con đường dùng.

Vấn đề của cả của chùa và của làng là không ai chịu đóng góp để xây dựng của chùa hay của làng (nếu mình không đóng thì cũng có người khác đóng và mình cũng sẽ được hưởng, mà mình đóng thì người khác không đóng cũng được hưởng). Tình trạng này gọi là "của công không ai lo" (*tragedy of the common*). Vấn đề hiện tại là làm thế nào để làm gia tăng giá trị của của làng và của chùa, đồng thời hạn chế khả năng lẩn tránh trách nhiệm đóng góp xây dựng và tâm lý nhờ vả (*free riding*). Coase gọi đó là hai vấn đề về chi phí xã hội.

Có hai cách giải quyết cho vấn đề của chi phí xã hội. Theo Pigou, thì cần phải đánh thuế, và tiền thuế nộp cho Chính phủ để cùng xây dựng của chùa và của làng. Vấn đề là ở chỗ tiền thuế thu không bao giờ công bằng, và đôi khi bị sử dụng một cách lãng phí, không hiệu quả.

Theo Coase, thì không nhất thiết phải đánh thuế, mà hãy để cho mọi người tự do trao đổi. Người nào đánh giá của chèo cao nhất, mong sớm có chèo nhất thì sẽ bỏ tiền ra xây dựng chèo. Đồng thời nếu chúng ta giao quyền kinh doanh của chèo cho người bỏ tiền ra xây dựng, thì không lo gì không có người xây dựng chèo. Coase đã chứng minh điều này trong bài báo khoa học *Ngọn Đèn Biển tại Anh (the Lighthouses in England)* trên tạp chí *Journal of Law and Economics* năm 1973. Ở các nước, đèn biển là do Nhà nước xây dựng, vì đó là “của chèo”. Ở Anh, đèn biển là do tư nhân xây dựng, bằng cách thu thuế ra vào cảng của các tàu thuyền nhờ có đèn biển mà cập bến an toàn. Luận điểm của Coase là một đóng góp quan trọng: những vấn đề xã hội hãy để xã hội giải quyết – Nhà nước không nên làm thay xã hội. Theo lợi kêu gọi của ông, trường học, bệnh viện, nhà máy điện, hãng hàng không v.v., dần dần đã được xã hội hoá.

Bảo vệ tài sản công bằng tiền tư cũng đã từng là vấn đề được áp dụng ở Việt Nam trước đây qua nhà cải cách Bùi Viện, người đã từng nổi tiếng là nhà ngoại giao Việt Nam đầu tiên đến Hoa Kỳ. Ông còn là người đã khôi phục Hải quân Việt Nam. Vào cuối thế kỷ XIX Việt Nam rơi vào giai đoạn suy vong, một mặt bị thực dân Pháp đô hộ Nam Kỳ và Bắc Kỳ, một mặt bị Trung Quốc (tàn quân của Thái Bình Thiên Quốc) cướp bóc Bắc Kỳ và dọc bờ biển (gọi là giặc Tàu Ô). Hải quân Việt Nam hầu như bất lực trước nạn cướp bóc. Bùi Viện được bổ nhiệm làm Bộ trưởng Hải quân kiêm Thủy sư Đô đốc Tuần dương quân. Thay vì sử dụng ngân quỹ quốc gia, ông đã tiến hành dùng biện pháp kêu gọi các nhà buôn đường biển đóng góp tiền để ông xây dựng các tuần dương hạm hộ tống các thuyền buôn. Ông còn dùng tiền đóng góp này để mua chuộc các tướng giặc quay về làm tướng hải quân triều đình. Cuối cùng, cách xử của ông đã gây được uy danh cho Triều Nguyễn, bảo vệ đường Hàng Hải Việt Nam, xây dựng hạm đội Việt Nam. Nếu ông chỉ lo thu thuế của dân để xây dựng hạm đội thì không thể thành công, vì dân đã nghèo, lại chiến tranh liên miên, không đủ tiền đóng thuế. Có đủ tiền cũng không có đủ người để lựa chọn làm thủy thủ (vốn phải luyện tập, có kinh nghiệm) trong một thời gian ngắn. Đáng tiếc là ông chỉ thực thi chính sách cải cách này một năm thì mất, lại không có ai đủ sức thay thế tài mưu lược, sáng tạo của ông, nên cuộc cải cách Hải quân của ông đã thất bại giữa

chừng.¹⁰ Tuy vậy, Đô đốc Bùi Viện đã để lại bài học quý cho chúng ta mà phải đến những năm 1960 của thế kỷ sau Ronald Coase mới phát triển thành qui luật.

Đối với của làng, Buchanan-Ng đề xuất cách giải quyết là các thành viên của nhóm phải đóng một khoản phí tùy theo cách họ định giá chi phí đó. Khi đó, các thành viên phải sử dụng tài sản nhóm (sân golf, hồ bơi), vì không sử dụng thì sẽ phí khoản hội phí mình đóng góp. Càng nhiều người đóng thì hội phí càng giảm. Tuy nhiên khi số lượng người đã đủ thì không cần phải thu hút thêm hội viên nữa. Hội viên nào cảm thấy không muốn sử dụng tài sản thì có thể bán thẻ hội viên của mình. Tuy nhiên, nguyên tắc của Buchanan khiếm khuyết ở chỗ (i) đã giả thiết một cách vô căn cứ rằng mỗi thành viên của nhóm có giá trị sử dụng ngang nhau, (ii) cách giải quyết của Buchanan không đưa ra được điểm cân bằng Pareto, (iii) tự thân các nhóm không thể tăng tối ưu giá trị sử dụng về lâu dài, (iv) không thành lập được các nhóm có nhiều sản phẩm. Trong tương lai, quản lý tài sản công vẫn còn là đề tài thú vị của các cuộc nghiên cứu, nhất là khi nước ta quyết định con đường phát triển là kinh tế thị trường định hướng XHCN.

Bài phân tích về tài sản công tạm dừng các cuộc tranh luận liên quan đến các lý thuyết kinh tế duy lý (*rationalism*) tại đây. Tuy vậy, ngay từ đầu chúng tôi cũng đã chỉ ra rằng phân tích duy lý có thể không phải là các phân tích duy nhất đúng đắn, vì còn nhiều tham số tham gia, nhất là các tham số xã hội học hay tâm lý học. Trong phần phân tích dưới đây, chúng ta sẽ nghiên cứu một khía cạnh đặc thù của xã hội học và tâm lý học trong môn kinh tế luật - tình trạng tiếc của (*endowment effects*).

7. Tình trạng "tiếc của" (*endowment effects*)

Trong lý thuyết về sự thay đổi, tình trạng “tiếc của” (hay “con cá mất là con cá to”) xảy ra khi một người sẵn sàng bán một vật với giá cao hơn giá mà họ muốn mua nó (nếu họ không sở hữu vật này) (Kahneman, Knetsch và Thaler, 1991 - trong đó Kahneman được giải Nobel năm 2002 về các công trình đưa yếu tố tâm lý học vào kinh tế học). Thí dụ, một người tặng

¹⁰ Xem Bùi Viện – Một Tấm Lòng, NXB Thuận Hoá 2004.

1 cái cốc (ly) giá 30.000 VND và người khác được tặng 30.000 VND. Theo lý thuyết trao đổi, thì người đánh giá chiếc cốc không bằng 30.000 VND sẽ bán chiếc cốc để lấy 30.000 VND, và người đánh giá 30.000 VND lớn hơn chiếc cốc thì sẽ mua chiếc cốc với giá 30.000 VND. Điều đáng ngạc nhiên là, khi thí nghiệm điều này với cả ngàn người thì hầu như không ai bán chiếc cốc giá 30.000 VND, mà cũng không ai mua chiếc cốc với giá 30.000 VND. Như vậy, mọi người thường thích cái mình có, hơn là có cho bằng được cái mình thích.

Ứng dụng của trường hợp này khá nhiều trong cuộc sống, thí dụ như những người đòi đền bù giải tòa thường thích được bồi thường giá trị nhiều hơn giá thị trường, hay những cơ sở sản xuất trong thành phố rất ngại di dời ra ngoại thành, mặc dù sau khi di dời năng suất lao động có thể cao hơn. Tương tự, một người có thể đòi bồi thường thiệt hại nhiều hơn số tiền họ sẵn sàng trả nếu họ gây ra thiệt hại. Để giải quyết vấn đề này, phải làm giảm chi phí rời bỏ tài sản cũ cho chủ đang có tài sản (*switching costs*). Thí dụ, thông qua cơ chế hỗ trợ chi phí di dời, tạo công ăn việc làm cho người di dời, xây căn hộ tái định cư cho họ, thay vì bồi thường một khoản tiền nhất định. Hơn nữa, khi lựa chọn một kế hoạch, cũng không nên chỉ dựa vào phân tích chi phí - lợi ích, mà phải phân tích thêm các chi phí phát sinh khi chuyển đổi, gọi là giá chuyển đổi. Đây cũng chỉ là một số gợi ý về phương hướng nghiên cứu kinh tế luật trong tương lai, sử dụng những kiến thức về tâm lý học.

8. Hiệu ứng mạng

Hiệu ứng mạng xảy ra khi trên một thị trường, càng nhiều người mua một tài sản thì tài sản đó càng có giá trị. Thí dụ, trên một mạng điện thoại di động, càng nhiều sử dụng một mạng thì giá trị của mạng càng tăng. Đối với hệ điều hành máy tính cũng vậy, càng nhiều sử dụng một hệ điều hành, thì càng nhiều người sử dụng phần mềm áp dụng chạy trên hệ điều hành đó. Điều đó khiến cho người sản xuất sản phẩm phổ biến thì thu lợi càng cao, còn những người khác thì không thể sản xuất được vì rơi vào vòng luẩn quẩn: ít người mua – không phát triển được mạng lưới – giá trị sản phẩm giảm - lại càng ít người mua hơn. Sự ủng hộ của người tiêu

dùng sản phẩm được gọi là “*positive feedback*” – giúp tăng cường giá trị của mạng.¹¹

Nhiều thí dụ đã xảy ra về hiệu ứng mạng, như máy đánh chữ được sắp xếp theo trình tự QWERTY, hệ điều hành WINDOWS và những thí dụ về tính tương thích và tiêu chuẩn được cả thế giới áp dụng vì tính phổ biến của chúng chứ không hẳn vì tính hiệu quả. Ngoài khái niệm hiệu ứng mạng, chúng ta còn có khái niệm xu hướng (path dependence), để mô tả tình trạng càng nhiều sản phẩm được đưa ra thị trường thì người tiêu dùng càng muốn sử dụng sản phẩm đó.

Có hai loại hiệu ứng mạng: hiệu ứng trực tiếp và hiệu ứng gián tiếp. Hiệu ứng mạng trực tiếp xảy ra khi giá trị một mạng sẽ tăng khi có nhiều người sử dụng mạng đó (thí dụ mạng điện thoại). Hiệu ứng mạng gián tiếp xảy ra khi giá trị một mạng (thí dụ hệ điều hành máy tính) tăng khi nhiều người đóng góp gián tiếp vào các phân nhánh của mạng (các chương trình ứng dụng chạy trên hệ điều hành).

9. Thông tin bất đối xứng

Akerloff, Spence và Stiglitz được giải Nobel kinh tế năm 2001 về những công trình nghiên cứu về thông tin bất đối xứng. Trong một nền kinh tế không có thông tin đầy đủ, những người có thông tin có thể lạm dụng ưu thế của mình gây thiệt hại cho người không có thông tin. Công trình của các nhà kinh tế học này là về kinh tế học thông tin, Họ đã tìm ra khái niệm bất đối xứng về thông tin, mà ví dụ đầu tiên là ví dụ nghiên cứu về những người bán xe hơi đã qua sử dụng. Người bán xe thì biết xe nào tốt, xe nào không tốt. Như vậy, người bán xe lương thiện thì sẽ chọn xe loại 1 tôi bán chừng này, xe loại 3 tôi bán chừng này. Nhưng người bán xe không lương thiện thì cho lẫn xe loại 3 với xe loại 1. Họ bán với một cái giá thấp hơn xe loại 1 một tí nhưng mà có lãi hơn người bán xe loại 1. Nghĩa là, trong một xã hội không có minh bạch về thông tin thì những người làm ăn lương thiện sẽ bị phá sản, vì sẽ bị những người lừa đảo cướp hết khách hàng. Người bán đồ rởm thì sẽ lãi, người bán đồ thật sẽ

¹¹ Xem Lê Nét (2005) “Kịch bản cạnh tranh ngành viễn thông” *Sài Gòn Tiếp Thị*, tháng 12/2005.

không thể sống được. Như vậy, nguy cơ kém hiệu quả trong một nền kinh tế có thông tin không đầy đủ rất lớn. Trong phần chế định về hợp đồng ở Chương 3, chúng ta sẽ xem xét vấn đề thông tin bất đối xứng được giải quyết như thế nào.

10. Học thuyết về các định chế

Nghiên cứu về định chế (*institutional economics*) được xác lập dựa trên nguyên tắc của một tổ chức. Định chế (*institution*) được định nghĩa là một tập thể hoạt động dưới sự lãnh đạo của một người. Marx cho rằng khi lực lượng sản xuất thay đổi sẽ dẫn đến sự thay đổi của quan hệ sản xuất. Loài người tập hợp lại thành từng nhóm như các công ty, doanh nghiệp, để tập trung các nguồn lực, giải quyết nhu cầu của riêng họ. Các xử sự này tập trung thành hai loại: một loại xử sự duy lý, luôn luôn tìm đến những cái mới như công nghệ, để hợp lý hoá sản xuất hay các mối quan tâm. Một loại xử sự dựa trên tình cảm, đạo đức, những vấn đề không thể giải quyết bằng những quan điểm duy lý. Tuy vậy, cho dù xuất phát từ điểm nào, vẫn có những mối liên quan giữa cấu trúc và hành vi của từng định chế. Nhờ đó mà ta có thể xác định được một định chế muốn có một hành vi đúng đắn thì phải có những cấu trúc gì.

Vấn đề về hiệu quả của các định chế thực ra không đơn giản. Nó liên quan đến lựa chọn chính trị xem giai cấp nào cần được bảo vệ và tại sao. Calabresi (1985) quan niệm kinh tế luật phải giải quyết được vấn đề khi đưa ra quyết định trên một định chế hiện tại, ai sẽ có lợi, ai sẽ chịu bất lợi và lý do để họ phải chịu bất lợi là gì. Tiếp nối các công trình của ông, nhiều nhà kinh tế học hiện nay vẫn đang tiếp tục nghiên cứu theo hướng cấu trúc (cơ chế) phản ánh hành vi. Ông cha ta cũng thường nói: “ở bầu thì tròn, ở ống thì dài”, hoặc “đi với bụi mặc áo cà sa, đi với ma mặc áo giấy”. Thí dụ, muốn có một Nhà nước (một định chế được làm đối tượng của nhiều cuộc nghiên cứu nhất) hiệu quả và không tham nhũng, thì các cơ quan của Nhà nước đó phải được thiết kế ra sao, ai sẽ tạo động lực cho định chế, ai sẽ giám sát để các định chế không hoạt động quá đà. Đây cũng là hướng nghiên cứu hứa hẹn nhiều điều thú vị nếu chúng ta chịu khó đi sâu.

VI. TRÁCH NHIỆM PHÁP LÝ VÀ TRÁCH NHIỆM ĐẠO ĐỨC

Trong các công trình nghiên cứu về luật, nghiên cứu về trách nhiệm pháp lý đóng vai trò quan trọng. Trách nhiệm pháp lý hay chế tài (*sanction*) là các xử sự mang tính tiêu cực của pháp luật với hành vi trái pháp luật. Tuy nhiên, các chế tài chỉ hiệu quả nếu nó chỉ ra được cụ thể các hành vi trái pháp luật và có cách thức đảm bảo thực thi pháp luật. Trong khi đó, thế giới mà chúng ta đang sống lại không hoàn chỉnh như vậy. Thí dụ, chúng ta muốn chống tham nhũng thì phải có thông tin đầy đủ về hành vi tham nhũng và cơ chế bộc lộ các hành vi tham nhũng, không bao che các hành vi này. Nếu không thì các biện pháp chống tham nhũng, dù có chế tài nặng, sẽ không có hiệu quả. Hơn nữa, nếu con người thực thi chống tham nhũng mà cũng tham nhũng thì niềm tin của nhân dân vào luật phòng chống tham nhũng cũng không có. Một thí dụ nữa là luật về hợp đồng. Luật này không thể nêu hết các trường hợp thỏa thuận của các bên, vốn rất phong phú đa dạng. Khi đó, luật phải đề ra các nguyên tắc giao kết và thực hiện hợp đồng, thí dụ như nguyên tắc hợp tác ngay tình, nguyên tắc thiện chí trung thực (*good faith*). Các nguyên tắc này trám các lỗ hổng trong hợp đồng và giúp các bên dễ thực hiện hơn.

Tóm lại, bên cạnh các trách nhiệm pháp lý, cần thiết lập các chuẩn đạo đức, thí dụ như trách nhiệm đạo đức hay qui tắc ứng xử. Các chuẩn đạo đức có thể được chia thành hai loại. Loại thứ nhất là các chuẩn xã hội (*external norms*), sao cho khi thành viên của xã hội vi phạm sẽ gặp phải phản ứng của cộng đồng. Thí dụ, Đoàn luật sư có thể ra qui chế rằng ai có những hành vi trái đạo đức, như nói xấu hay lôi kéo khách hàng của luật sư khác sẽ bị xoá tên ra khỏi Đoàn. Loại thứ hai là các chuẩn nội tâm (*internal norms*), đó là những qui tắc mà khi một người vi phạm sẽ cảm thấy xấu hổ hay lương tâm cắn rứt. Hai nguyên tắc ứng xử này tạo thành nền tảng của xã hội thậm chí trước khi pháp luật hình thành.

Giữa những trách nhiệm pháp lý và trách nhiệm đạo đức có một mối liên hệ mật thiết. Trước hết, trách nhiệm đạo đức bổ sung những khoảng trống mà trách nhiệm pháp lý để lại. Sau đó, nếu hai loại trách nhiệm này cho ra những kết quả mâu thuẫn lẫn nhau, thì ba trường hợp có thể sẽ xảy ra. Trường hợp đầu tiên là trách nhiệm đạo đức sẽ chịu ảnh hưởng của trách nhiệm pháp lý và thay đổi theo trách nhiệm pháp lý, thí dụ như các

nguyên tắc về quan hệ cha con, vua tôi trong xã hội cũ sẽ được nói lòng theo những nguyên tắc về bình đẳng, tự do, dân chủ trong pháp luật của xã hội mới. Trường hợp thứ hai là các trách nhiệm pháp lý sẽ chịu ảnh hưởng của những trách nhiệm đạo đức mà thay đổi theo. Thí dụ, các qui định quản lý văn hoá thông tin qua hình thức kiểm duyệt, cấp phép mua video hay đăng ký thông tin trên Internet hy vọng sẽ kiểm soát được nội dung thông tin theo hướng chỉ cho người dân xem những tin tức mà mình muốn truyền đạt. Song điều này không khả thi vì nó không phù hợp với đạo đức xã hội cũng như các nguyên tắc về tự do tiếp nhận thông tin, tự do ngôn luận được Hiến Pháp hầu hết các nước công nhận. Vì thế, sau cùng các qui định này trở nên không khả thi và bị bãi bỏ. Trường hợp thứ ba là các qui định về trách nhiệm pháp lý và trách nhiệm đạo đức giao thoa lẫn nhau, lúc này thì qui định pháp lý thắng thế, lúc khác thì các qui định đạo đức thắng thế.

Xét về phương diện kinh tế, các qui định về trách nhiệm có thể được nghiên cứu dưới dạng các lý thuyết về đấu trí. Khi người ta thay đổi các kết quả của từng đợt đấu trí thì người chơi sẽ phải suy tính lại cách thức xử sự sao cho ít rủi ro nhất hơn là có lợi nhất song rủi ro lại cao nhất. Lúc này, trách nhiệm pháp lý hay đạo đức cũng đều được nghiên cứu với tư cách là cái giá phải trả đối với một hành vi nhất định. Thí dụ, trong cuộc đấu trí ‘nghỉ phạm’ (prisoner’s dilemma), nếu một bên thú tội và bên kia không thú tội, thì bên thú tội có thể được tha bổng, song ngoài trách nhiệm pháp lý, bên thú tội còn có những trách nhiệm đạo đức (thí dụ, cảm giác tội lỗi vì đã phản bội bạn bè, hoặc sẽ bị những người cùng hội cùng thuyền trừng trị vì đã phản bội). Cảm giác đó khiến nghỉ phạm sẽ ngần ngại khi chọn phương án “thú tội.”

Phạm vi áp dụng của các nguyên tắc về trách nhiệm đạo đức rất rộng, bao gồm luật hôn nhân gia đình (trách nhiệm nuôi dưỡng của cha mẹ đối với con cái), luật hợp đồng (nguyên tắc thiện chí, trung thực), luật hình sự (chế độ giáo dục về tội phạm), luật doanh nghiệp (nghĩa vụ trung thực, mẫn cán, bắt vụ lợi của thành viên Hội đồng Quản trị đối với công ty).

Theo Cooter (1996), để các trách nhiệm đạo đức có hiệu quả, cần phân tích các yếu tố cấu thành của chúng, sau đó tiến hành xây dựng cấu trúc hạ tầng để các trách nhiệm đạo đức đó phát huy tác dụng. Như vậy, một

trong những mục tiêu nghiên cứu của môn kinh tế luật là tìm cách làm sao cho các qui định về trách nhiệm đạo đức có hiệu quả. Nếu các qui định đó không có hiệu quả, thì nên làm cách nào để nó có hiệu quả: có cần thiết phải sử dụng các qui phạm pháp luật hay không.

VII. KINH TẾ LUẬT – QUI PHẠM PHÁP LUẬT VÀ PHÁP CHẾ

Qui phạm pháp luật (*rules*) là những qui tắc xử sự chung do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành, điều chỉnh các quan hệ xã hội. Tuy nhiên, các qui phạm đó chỉ phát huy hiệu quả khi nó được chuyển hoá thành các tiêu chuẩn ứng xử (*standards*) mà người dân chấp nhận và tuân thủ - nói cách khác, chúng trở thành tính pháp chế (hay còn gọi là nhà nước pháp quyền – *rule of law*). Như vậy, kinh tế luật phải dự đoán được việc ban hành một đạo luật có hiệu quả hay không và khi nào thì cần phải điều chỉnh luật để thay đổi các tiêu chuẩn ứng xử của người dân, giúp nền kinh tế đất nước vận hành một cách hiệu quả hơn.

Để có một qui phạm pháp luật có hiệu quả, điều đầu tiên là nó phải cụ thể. Người ta cho rằng văn bản càng cụ thể thì khả năng lách luật càng ít. Tuy nhiên, văn bản càng cụ thể thì sửa đổi càng khó, nhất là khi có nhiều văn bản cùng điều chỉnh một vấn đề. Văn bản cụ thể sẽ khiến việc áp dụng rất phức tạp, khó thi hành. Văn bản phức tạp thì khó kiểm soát, vì thế người dân không muốn thi hành và vì vậy trở nên không hiệu quả. Như vậy, việc có nên soạn thảo văn bản phức tạp hay không còn phụ thuộc vào chi phí thực thi của văn bản đó, bên cạnh việc điều chỉnh những hành vi pháp luật không cho phép hay cho phép làm.

Một thí dụ điển hình của việc văn bản pháp luật trở nên quá phức tạp là luật thuế giá trị gia tăng. Thay vì những thuế suất đơn giản và hiện đại hoá hệ thống thanh toán thuế, khai báo thuế thông qua máy tính, luật thuế giá trị gia tăng của Việt Nam trở nên quá phức tạp với rất nhiều mức thuế, nhiều mặt hàng được miễn giảm, nhiều cách tính thuế, các qui định về hoá đơn tài chính, v.v. đã khiến cho luật thuế tuy công kênh, chi phí thực thi cao nhưng khả năng gian lận lại lớn. Có lẽ chỉ có Việt Nam mới qui định về hoá đơn tài chính. Ở các nước khác như Ba Lan hay Anh, họ không cần phải qui định về hoá đơn tài chính, chỉ cần vi tính hoá hệ thống kê khai thuế. Họ cũng không hề có chuyện hoàn thuế trong vòng 15 ngày

từ khi nhận được báo cáo, mà phải kiểm tra xong và xác nhận số thuế đã nộp hay số hàng đã xuất khẩu thì số thuế được thoái trả mới có giá trị. Như vậy, khi bãi bỏ việc ban hành hoá đơn tài chính thì số doanh nghiệp “ma” để mua hoá đơn cũng không còn lý do để tồn tại.

Như vậy, phòng bệnh vẫn hơn chữa bệnh. Khi tiêu trừ được nguyên nhân chính của việc thành lập công ty ma là do hoá đơn tài chính, thì vấn nạn thành lập công ty ma cũng như việc gian lận thuế cũng chấm dứt. Nguyên tắc của kinh tế luật là phải giải quyết được tận gốc của vấn đề chứ không thể chỉ có những biện pháp cải cách nửa vời.

Đối lập với những qui định cụ thể, Posner và Elhrich (1974) cho rằng cách tốt nhất để điều chỉnh các mối quan hệ trong xã hội là thông qua các tiêu chuẩn mang tính nguyên tắc, nhưng có giá trị biện minh đạo đức cao. Thí dụ nguyên tắc thiện chí, trung thực trong thực hiện hợp đồng, hay nguyên tắc tự nguyện, tự định đoạt khi tham gia vào quan hệ pháp luật dân sự.

Trước tiên, việc xây dựng nguyên tắc dễ hơn nhiều so với xây dựng các qui phạm pháp luật cụ thể. Giống như xây một ngôi nhà, bao giờ cũng phải có thiết kế sơ bộ. Việc xây dựng các văn bản pháp luật bao giờ cũng phải đạt được một số nguyên tắc chủ đạo, chứ không phải xây dựng và sửa đổi văn bản pháp luật một cách tùy hứng hay không theo nguyên tắc nào, hoặc sửa đổi những vấn đề không nằm trong nguyên tắc.

Tuy nhiên, qui phạm pháp luật cụ thể và dễ thực hiện hơn là thực hiện những vấn đề chỉ mang tính nguyên tắc. Vì vậy, thông thường người ta cho rằng khi các hành vi của con người đã được chuẩn hoá (thí dụ nộp đơn hay tiến hành các thủ tục pháp lý) thì nên dùng qui phạm. Ngược lại, khi các hành vi của con người quá phong phú đa dạng (thí dụ các thỏa thuận) thì nên dùng nguyên tắc. Tương tự, nếu mục đích của luật là hỗ trợ hay tạo hành lang pháp lý cho các bên tự do thỏa thuận thì chúng ta hay dùng nguyên tắc. Nếu mục đích của luật là ngăn cản những hành vi gây hại cho xã hội diễn ra một cách thường xuyên thì chúng ta hay dùng các qui phạm pháp luật.

Giữa nguyên tắc và qui phạm là vấn đề rủi ro cho người thực hiện. Người thực hiện đúng các qui phạm pháp luật có ít rủi ro hơn là người thực hiện đúng các nguyên tắc pháp luật (vì chưa chắc việc mình giải thích các nguyên tắc đó đã là đúng). Hơn nữa các qui định của pháp luật có thể sẽ trái với các nguyên tắc đã định từ trước, và Việt Nam hiện cũng chưa có Toà án Hiến Pháp để loại bỏ các qui phạm pháp luật trái Hiến Pháp. Các qui định của pháp luật phải được thiết kế sao cho khuyến khích các doanh nghiệp chịu rủi ro đầu tư, do những phần thưởng họ đạt được lớn hơn, hay ít nhất là giảm rủi ro cho họ. Ở lĩnh vực này, nên có những qui định cụ thể, song mặt khác không được giảm bớt hay thui chột ý chí của họ.

Như vậy, làm quá nhiều luật cũng có tác hại. Điều đáng tiếc là hiện nay chúng ta chưa báo động tình trạng này. Ban hành quá nhiều luật không những tác hại cho người dân mà còn tác hại cho cơ quan quản lý. Họ phải tuân thủ những ràng buộc do chính mình tạo ra. Đôi khi, do trình độ soạn thảo văn bản còn hạn chế và nhận thức hạn hẹp, họ đã tự thu hẹp và tách khỏi những thay đổi của thời cuộc.

Chúng ta đang ở giai đoạn giao thời. Những người ủng hộ cơ chế cũ vẫn còn, trong khi những người ủng hộ cái mới chưa làm quyết liệt để thay đổi. Như vậy cách ban hành luật là cũng mang tính chất giao thời hơn là vĩnh cửu. Lúc đó, chúng ta phải đặt lộ trình thay đổi. Đối với những người cũ, phải có cơ chế giải quyết chính sách cho họ để họ từ bỏ việc ủng hộ cái cũ. Đối với những người mới, phải có cơ chế khuyến khích họ tiếp tục sáng tạo.

VIII. SAI LÂM KHI THỰC THI LUẬT DƯỚI GÓC ĐỘ KINH TẾ

Sai lầm khi thực thi luật xảy ra khi toà án hay các cơ quan tiến hành tố tụng khác ra quyết định quá nặng hay quá nhẹ đối với một hành vi vi phạm pháp luật. Hiện nay các nghiên cứu về vấn đề này vẫn chưa phát triển và còn phải chỉnh sửa nhiều.

Một vấn đề quan trọng trong kinh tế luật là sự khác biệt giữa các giá trị kinh tế và các giá trị pháp luật. Đối với kinh tế, giá trị của chúng ở chỗ gia tăng lợi ích và tối ưu hoá phân bổ các nguồn lực, giảm rủi ro và gia tăng hiệu quả. Đối với pháp luật, đó là các giá trị về tính công bằng và

hợp lý. Milton Friedman đã nhận định: “đối với tôi, những gì hợp lý theo luật là những gì có hiệu quả trong kinh tế.” Điều đó có thể đúng, song chúng ta hiểu thế nào là hợp lý trong luật? Mọi người bình đẳng, hay người nào sử dụng nguồn lực có hiệu quả nhất xứng đáng được hưởng nhiều nhất?

Nếu chúng ta theo trường phái pháp luật về quyền sở hữu của John Locke, theo đó người lao động nhiều nhất xứng đáng được hưởng quyền sở hữu, thì đúng là những gì hợp lý là những gì hiệu quả. Theo Coase, đại diện cho trường phái kinh tế Chicago về quyền sở hữu, thì quyền sở hữu nên được trao cho người nào sử dụng tài sản một cách có hiệu quả nhất. Trong trường hợp không có chi phí giao dịch, thì các bên sẽ tự thỏa thuận với nhau về sở hữu. Thí dụ người có nhà mặt tiền nhưng không biết sử dụng có hiệu quả thì sẽ cho người khác thuê để kinh doanh mặt tiền. Tuy nhiên khi chi phí giao dịch lớn thì họ sẽ không nghĩ đến chuyện cho thuê mặt tiền nữa, mà sẽ nghĩ đến chuyện giữ lấy tài sản của mình.

Nếu chúng ta theo các trường phái pháp luật khác như về quyền tự nhiên của Dworkin hay về đấu tranh giai cấp của Marx, thì việc phân chia quyền sở hữu cho hợp lý không chỉ đơn thuần là việc ai làm việc có hiệu quả nhất, mà còn là việc phân phối cơ hội cho công bằng giữa những con người cùng sản xuất với nhau. Sự bất công về cơ hội kinh doanh sẽ làm phát sinh các mô hình kinh doanh kém hiệu quả. Nói tóm lại, các nguyên tắc của pháp luật phải chiếm vị trí tiên phong trong việc tính toán hiệu quả. Trường phái này cho rằng không nên coi hiệu quả kinh tế là cái gốc của vấn đề, mà phải tạo một môi trường pháp lý một cách tự do, bình đẳng, hạn chế các tác động ngoại lai (*externality*) làm ảnh hưởng đến tính hiệu quả của thị trường. Khuynh hướng ngày nay là khuyến khích tranh luận về các giá trị, không thừa nhận một giá trị luôn luôn đúng trong mọi thời điểm, mà chỉ cung cấp một phương cách để chữa những điểm bất hợp lý trong hệ thống giá trị hiện có.

CÂU HỎI:

1. Trong trường hợp nào thì hiệu quả Pareto có ý nghĩa áp dụng trên thực tế?

2. Trong trường hợp nào thì các chủ thể trên thị trường không hành xử theo phương pháp duy lý?
3. Lý thuyết trò chơi (đấu trí) là gì? Chúng có ứng dụng trên thực tế không?
4. Tại sao những thất bại của thị trường (*market failure*) tồn tại? Chúng khác các yếu tố ngoại lai (*externalities*) ở chỗ nào? Tại sao các yếu tố ngoại lai có thể làm cho thị trường kém hiệu quả?
5. Thế nào là tài sản công? Mạng tìm kiếm Google có phải là tài sản công không, tại sao? Tài sản công có bao giờ được tư hữu hoá không? Tại sao?
6. Coase ủng hộ cách chỉnh sửa những thất bại của thị trường “từ dưới lên”, trong khi Pigou ủng hộ cách chỉnh sửa những thất bại của thị trường “từ trên xuống”. Bạn ủng hộ ý kiến của ai? Vì sao?
7. Khi nào thì nên điều chỉnh hành vi bằng qui phạm, và khi nào thì nên điều chỉnh bằng nguyên tắc?
8. Có phải mọi thứ hợp pháp đều có hiệu quả không? Có phải mọi thứ hiệu quả đều công bằng không?
9. Tại sao trước khi có luật pháp dân sự, kinh tế, vào thời phong kiến, các quan hệ xã hội vẫn được điều chỉnh có hiệu quả bằng các qui phạm đạo đức?
10. Kinh tế học định chế là gì? Nêu một vài thí dụ.
11. Toà án đóng vai trò gì trong việc giảm chi phí giao dịch?
12. Tại sao những cuộc mặc cả theo định lý Coase ít xảy ra trên thực tế. Giả sử chi phí giao dịch bằng không, bạn có tin rằng định lý Coase sẽ đúng không? Vì sao?

CHƯƠNG 2: KINH TẾ LUẬT VÀ NHÓM CHUYÊN NGÀNH LUẬT HÀNH CHÍNH

I. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT HIẾN PHÁP

1. Hiến pháp và khoa học về sự lựa chọn của công chúng

Nguồn gốc của kinh tế luật và Hiến pháp là khoa học về sự lựa chọn của công chúng (*public choice*). Đây là sự kết hợp giữa suy luận về tối đa hoá lợi ích và các qui tắc về đạo đức - sự đánh đổi giữa lợi ích này với lợi ích khác. Sau đó Buchanan sáng lập ra khoa học về kinh tế chính trị Hiến pháp (*Constitutional Political Economy – CPE*). Mục đích của khoa học về kinh tế chính trị và Hiến pháp là làm thế nào để đạt được thỏa thuận giữa các nhóm người trong xã hội. Mỗi người tự kiểm chế mình để thỏa mãn được lợi ích lớn hơn về lâu dài. Buchanan (1977, 292) nhận định “luật hiến pháp qui định những hạn chế đối với các cơ quan quyền lực của đất nước trong khi họ thực hiện những mục tiêu của mình.”

Buchanan cho rằng không cá nhân nào có quyền cho mình quan trọng hơn bất kỳ cá nhân nào khác. Theo nguyên tắc của Jefferson và sau này Chủ tịch Hồ Chí Minh nhắc lại, mọi người sinh ra đều có quyền tự do và bình đẳng. Tạo hoá đã ban cho họ những quyền không thể tước bỏ được, đó là quyền được hưởng độc lập, tự do và quyền mưu cầu hạnh phúc. Không ai có quyền áp đặt ý chí của mình. Ngay cả khi có cái gọi là mục tiêu của xã hội, thì mục tiêu đó cũng phải dựa trên ý chí của dân và được người dân đồng tình. Mặt khác, theo Rawls (1944), không thể nào có chuyện 100% người dân đều đồng tình ở một điểm. Vì thế nên cũng phải có nguyên tắc thiểu số phục tùng đa số. Tuy nhiên nguyên tắc này không được phép tiến đến vô hạn. Hiến pháp cần bảo vệ quyền lợi cơ bản của bên thiểu số, đó là quyền tự do bày tỏ ý kiến của mình.

Vào thời phong kiến, một số nước Châu Âu cũng đã bắt đầu có Hiến pháp. Tuy nhiên Hiến pháp chỉ phục vụ quyền lợi cho giai cấp quý tộc. Chính vì vậy mà giai cấp này có quyền sử dụng và lạm dụng (*rent seek*) quyền lợi của mình. Hiến pháp đầu tiên của Hoa Kỳ cũng chưa thực sự bình đẳng cho mọi công dân, mà quyền lực phần lớn trong tay đàn ông

gia trắng và chủ nô. Sau đó các sửa đổi tiếp theo đã mang lại quyền bình đẳng cho các công dân. Điều này có thể được lý giải bằng hai nguyên nhân: có thể đó là do thành quả vận động hành lang của các tầng lớp quan tâm, hoặc có thể là do kết quả của việc người dân lựa chọn những giải pháp mang lại lợi ích lớn nhất cho nhân dân.

Vấn đề tiếp theo là cách thức phân chia quyền lực. Posner (1978) cho rằng sự phân chia quyền lực này làm tăng chi phí giao dịch cho các cơ quan. Tuy nhiên North lại cho rằng việc phân chia quyền lực này bảo vệ quyền sở hữu tốt hơn, vì các cơ quan không dám lạm dụng quyền lực của mình để tước đoạt quyền sở hữu của người dân. Quyền sở hữu được bảo vệ tốt sẽ dẫn đến nền kinh tế trở nên có hiệu quả hơn (theo Định lý Coase). Cũng chính từ việc phân chia quyền lực sẽ giảm bớt nạn độc quyền, giảm chi phí giao dịch mà một số nước thay vì tập trung quyền lực vào Quốc hội đã phân Quốc hội thành Thượng nghị viện và Hạ nghị viện.

Tiếp theo: chính phủ một nước nên là Liên bang hay trung ương tập quyền? Buchanan (1982) cho rằng Chính phủ Liên bang hiệu quả hơn, bởi lẽ các Bang được thực hiện các quyền tự do của mình, lôi kéo công dân đồng lòng với chính sách của mình sang lãnh thổ của mình sống, mặt khác vẫn dựa với nhau về những vấn đề lớn. Như vậy, điều này sẽ dẫn đến cạnh tranh và phát triển kinh tế. Sau cùng, quyền tự do kinh doanh của công dân sẽ dẫn đến người dân được phát huy hết năng lực để làm giàu, đem lại hiệu quả cho nền kinh tế.

Sự lựa chọn của công chúng (*public choice*) được phân thành hai loại: lựa chọn Hiến pháp và lựa chọn luật pháp. Lựa chọn Hiến pháp là sự lựa chọn đầu tiên. Các nhóm trong xã hội lựa chọn cách tự hạn chế mình, tự phục tùng một quyền lực để được thỏa mãn một mục đích lớn hơn về lâu dài. Thông thường, các sự lựa chọn đó được đưa ra khi xuất hiện một sự thất bại của thị trường (*market failure*). Lúc đó, các nhóm trong xã hội sẽ thống nhất với nhau cách điều chỉnh sự thất bại này.

Cách đặt vấn đề của Buchanan là ngược lại với Pareto. Pareto, cùng với các nghiên cứu về đấu trí nghi phạm (*prisoner's dilemma*) như trình bày tại Chương 1 cho rằng hiệu quả dẫn người ta đến sự thỏa thuận, chứ ngay từ đầu chưa ai nghĩ đến thỏa thuận. Buchanan cho rằng ngược lại, sự thỏa

thuận bao giờ cũng mang lại hiệu quả. Tuy nhiên, có thể xảy ra trường hợp một số người thì được hưởng lợi từ sự thỏa thuận, song chi phí lại đẩy cho người khác (thí dụ đi nghĩa vụ quân sự). Như vậy, các nghiên cứu về sự lựa chọn của công chúng phải có giải pháp làm giảm các chi phí ngoại lai có thể dẫn đến việc ra quyết định sai lầm. Ngoài ra, nhiều người trong đấu trí săn hươu (xem Mục 1.5 ở trên) cũng cho thấy rằng khi một người phản bội lại lý tưởng mà không bị trừng phạt, người kia sẽ phản bội theo.

Vấn đề không kém phần quan trọng là quan hệ chủ - tớ (*principal – agent conflict of interests*). Thí dụ, nếu người chủ là nhân dân giao quyền lực cho đầy tớ (là Chính phủ) để tớ tự hạn chế quyền lợi của chủ, thì phải có cơ chế để tránh cho việc tớ vì lợi ích của mình mà quên lợi ích của chủ. Bởi lẽ, tớ có thể tiến hành một số hành vi vụ lợi (*rent seeking*), đem tài sản công (*public goods*) đi chia chác cho một nhóm quyền lực trong xã hội (gọi là giai cấp thống trị). Vì thế Buchanan cho rằng phải hạn chế bớt quyền lực của tớ bằng cách phân nhỏ quyền lực này, thí dụ như thành lập chính phủ liên bang. Theo đó các bang sẽ được tự trị và các qui định giữa các bang được nhân dân so sánh, đồng thời cách thức quản lý sẽ được nhân dân lựa chọn một cách chính xác hơn cả (gọi là hiệu ứng Tiebout, xem Tiebout, 1956).

Buchanan cho rằng khi các bên đi tìm một thỏa thuận đối xử theo kiểu bất bình đẳng, đó cũng là lúc các hành vi vụ lợi nảy sinh. Đó cũng là một trong nhiều dạng của chi phí giao dịch, thí dụ như chi phí thông tin, chi phí thực thi, hành vi nhờ vả, v.v. Để Hiến pháp có hiệu quả, điều cần làm trước nhất là làm giảm chi phí giao dịch. Tuy nhiên để đạt được thỏa thuận, phải có một số vấn đề được nêu ra và chấp thuận về nguyên tắc, đó là việc giảm tập trung quyền lực quá lớn vào một nhóm người, việc độc quyền của đa số đối với thiểu số, và sự lạm quyền của người quản lý đối với chủ sở hữu.

Đối với vấn đề thứ nhất, Hayek trong tác phẩm *Con đường dẫn đến chế độ nô lệ* (*The Road to Serfdom*, Harper & Row 1945) còn suy nghĩ đến rủi ro của một nhà độc tài (*big player*). Các doanh nghiệp lớn tồn tại sẽ tập trung hoá quyền lực của Nhà nước, ảnh hưởng đến tính năng động sáng

tạo, dám nghĩ dám làm của nền kinh tế. Điều đó sẽ làm thất bại những ý tưởng tốt của bản kế ước xã hội giữa nhân dân và Chính phủ.

Đối với vấn đề thứ hai và thứ ba, đó là sự độc quyền của đa số đối với thiểu số, và sự lạm quyền của người quản lý đối với tài sản của chủ sở hữu. Cụ thể là, nếu dân tộc đa số không quan tâm đến quyền lợi của dân tộc thiểu số, xã hội sẽ dẫn đến bạo động và chia rẽ. Nếu chủ nhân của đất nước (là toàn dân, thông qua Quốc hội) không nắm quyền làm chủ mà giao hết quyền hành cho nhà quản lý (tức Chính phủ) thì sẽ dẫn đến tình trạng là chính phủ sẽ lạm quyền, tham nhũng và gây thiệt hại cho nhân dân. Chính vì vậy mà nhiều nước đã đề ra nguyên tắc “kiểm soát và cân bằng” (*check and balance*), trong đó các quyền lực cần phải được giám sát đề phòng trường hợp lạm dụng quyền lực.

Trong các mục dưới đây, chúng ta sẽ đi sâu hơn về hai vấn đề thuộc về thể chế nhà nước: cơ chế tự quản và mô hình nhà nước liên bang.

2. Cơ chế tự quản

Cơ chế tự quản liên quan đến việc quản lý những hiệp hội có trình độ chuyên nghiệp cao. Thí dụ như nghiệp đoàn bác sỹ hay Đoàn luật sư. Về mặt bản chất, đây là một dạng hợp đồng. Các thành viên của hiệp hội thấy rõ lợi ích của mình khi tham gia vào hiệp hội, nên đã tự nguyện tuân thủ một số qui định của hiệp hội, nhằm nâng cao uy tín của mình và của bản thân hiệp hội. Nhìn chung, nếu chúng ta cho rằng hợp đồng là cơ chế tốt nhất để đạt được hiệu quả tại một nơi có chi phí giao dịch thấp, thì tự quản cũng là cơ chế tốt để quản lý trong một môi trường có chi phí giao dịch thấp (mọi người tin cậy lẫn nhau và cùng hướng tới một mục đích chung).¹²

Tuy nhiên việc quá tin cậy vào một cơ chế tự quản cũng có những điểm bất lợi. Vụ sụp đổ của công ty kiểm toán Arthur Andersen cho thấy các qui định tự quản của hiệp hội kế toán là không hiệu quả. Vì thế, các qui định cần phải được đặt ra (trong Luật Sarbanes-Oxley) với những chế tài khắt khe hơn cho các thành viên hiệp hội, kể cả trách nhiệm hình sự. Như

¹² Mục V.4, Chương 1.

vậy, cơ chế trong tương lai sẽ là một cơ chế hỗn hợp: các hiệp hội có thể ban hành cơ chế tự quản, song cơ chế đó phải được cơ quan nhà nước xét duyệt và giám sát. Như vậy mới giảm được nguy cơ lợi dụng quyền lực của các hiệp hội.

3. Tự quản địa phương và mô hình nhà nước liên bang

Tự quản địa phương trong nhiều năm nay đã trở thành đề tài quan trọng. Ở nước ngoài, các nhà kinh tế cũng đang tranh luận sôi nổi xem một nhà nước liên bang thì hoạt động hiệu quả hơn nhà nước trung ương tập quyền hay không. Tình hình thế giới cho thấy, có những nhà nước trung ương tập quyền như Trung Quốc vẫn hoạt động tốt, song cũng có những nhà nước liên bang như Ấn Độ vẫn còn sống nghèo khổ. Vậy nguyên tắc của Buchanan, tức là chính quyền liên bang bao giờ cũng hiệu quả hơn, vì nó tạo ra cạnh tranh giữa các bang, có thể còn mang nặng tính chủ quan.

Tuy vậy vấn đề ở đây là một hệ thống phi tập trung hoá bao giờ cũng mang lại nhiều quyền tự chủ hơn cho các địa phương, từ đó các địa phương có thể phát huy sự năng động của mình, đem lại hiệu quả cho địa phương. Tuy nhiên hiệu quả chỉ tăng đến một mức nào đó, sau đó sẽ suy giảm. Nguyên nhân là vì nếu địa phương quyền lực quá lớn thì sẽ nảy sinh tình trạng thiếu phối hợp. Các địa phương không tin nhau sẽ dẫn đến hành động giống như đấu trí nghi phạm (xem Mục V.5, Chương I). Kết quả sau cùng là không đạt được thỏa thuận, dẫn đến kém hiệu quả. Như vậy, lối thoát ra khỏi vấn đề này là phải cân nhắc giữa một số giá trị không mang tính hiệu quả trước mắt nhưng sẽ mang lại lợi ích lâu dài.

Nhà nước liên bang là một mô hình nghiên cứu thú vị. Hầu hết các Nhà nước liên bang còn tồn tại đến ngày nay và quyền tự trị được chia cho các bang đều ở Châu Âu, Châu Mỹ: Hoa Kỳ, Nga, Đức, Thụy Sĩ, Anh Quốc (gồm England, Scotland và Bắc Ireland), Nam Tư, Brazil, Mexico. Một số nhà nước liên bang ở các châu lục khác như Nam Phi, Ấn Độ hay Malaysia quyền tự quyết của các tiểu bang không mạnh bằng. Có những nước lớn như Trung Quốc hay Canada cũng không thành lập nhà nước liên bang. Vậy quan điểm cho rằng thành lập liên bang để quản lý một lãnh thổ rộng lớn cũng không hoàn toàn chính xác. Cũng không thể nói như Buchanan (1982) rằng nhà nước liên bang luôn hiệu quả hơn nhà

nước trung ương tập quyền, nếu chúng ta so sánh giữa Nga và Trung Quốc, hay giữa Nam Tư và Thụy Sĩ. Một số liên bang không hề được sự ủng hộ của các tiểu bang thành viên và đã tự tan rã, như Liên bang Đông Dương hay Tiệp Khắc. Vậy nhà nước liên bang phát huy hiệu quả khi nào và không phát huy hiệu quả khi nào? Đây là câu hỏi hiện đang được nhiều nhà nghiên cứu kinh tế luật quan tâm.

Theo John Stuart Mill và Jean Jacques Rousseau, nhà nước liên bang có lợi điểm là đem quyền tự quyết lại gần nhân dân hơn, do họ có quyền trực tiếp bầu ra các cơ quan quyền lực địa phương. Quyền tự quyết của nhân dân được sử dụng để đảm bảo một quyền lớn hơn – đó là các quyền tự do của người dân. Chính vì thế, những chính quyền gần gũi dân nhất thì được dân tin nhiều nhất. Các cuộc khảo sát của năm nước (Hoa Kỳ, Canada, Italia, Đức, Thụy Sĩ) cho thấy người dân biết nhiều về chính quyền địa phương hơn chính phủ trung ương hay liên bang (Finifter 1970). Nhìn chung, các nghiên cứu cho thấy nếu phân cấp thì sẽ làm tăng hiệu quả, và việc Nhà nước tham gia quá nhiều sẽ làm ảnh hưởng đến hiệu quả. Mặt khác, cần có cơ chế kiểm soát hình thức tự chủ cơ sở sao cho nó không phát triển thái quá thành các hình thức ly khai.

II. KINH TẾ LUẬT VÀ LÝ LUẬN VỀ NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

1. Bản chất hợp đồng của các lý luận về nhà nước

Xét về khía cạnh kinh tế, tất cả các ngành luật xét cho cùng là luật hợp đồng, là những qui định về quyền và nghĩa vụ của các bên, trong đó mỗi bên tự nguyện nhận lãnh nghĩa vụ cho mình để đổi lấy quyền lợi. Quyền và nghĩa vụ luôn đi đôi với nhau, và cơ chế hình thành quyền và nghĩa vụ là qua các hợp đồng – hay nói theo cách của Montesquieu là các khế ước xã hội. Lý luận về nhà nước và pháp luật của các nước XHCN cho rằng nhà nước và pháp luật luôn mang hai đặc tính: tính giai cấp và tính xã hội. Đối với tính xã hội - đặc trưng về hợp đồng và khế ước là rất rõ: muốn được hưởng tự do và độc lập thì phải thi hành nghĩa vụ quân sự, muốn được hưởng các công trình phúc lợi xã hội, muốn có an ninh, trật tự, thì phải đóng thuế nhằm xây dựng hạ tầng cơ sở, giáo dục, y tế, công an,

quân đội, muốn được hưởng hệ thống an sinh xã hội thì phải đóng bảo hiểm xã hội.

Đối với tính giai cấp, nhiều người vẫn nhầm tưởng rằng tính giai cấp không mang bản chất hợp đồng - rằng ý chí của giai cấp thống trị là tuyệt đối, và giai cấp bị trị phải phục tùng giai cấp thống trị. Suy nghĩ như vậy là sai lầm. Ý chí của giai cấp thống trị mà đi ngược lại với các giai cấp khác theo kiểu đối kháng, ai thắng ai thì sớm muộn gì cũng dẫn đến đấu tranh giai cấp, sản xuất đình đốn, chiến tranh, đói kém xảy ra. Ý chí của giai cấp thống trị mà đi ngược lại các qui luật khách quan, trong đó có các qui luật kinh tế thì sẽ dẫn đến thảm họa. Bài học thất bại của quá trình “quá độ từ nền kinh tế tiểu nông tiến thẳng lên CNXH không qua giai đoạn phát triển tư bản chủ nghĩa” của Việt Nam trong giai đoạn 1975 – 1985 đã cho chúng ta thấy ý chí của giai cấp thống trị không phải bao giờ cũng đúng, và đôi khi còn giảm tác dụng. Như vậy, bản chất của lý luận về nhà nước và pháp luật là hợp đồng – là khế ước giữa các tầng lớp trong xã hội cho cùng một mục đích: dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ, văn minh.

Nếu quá nhấn mạnh đến tính giai cấp và chuyên chính thì một Hiến pháp sẽ không khác nào một hợp đồng có những điều khoản được soạn sẵn, trong đó bên mạnh thế về kinh tế (bên độc quyền) quyết định mọi thứ, và bên yếu thế chỉ có cách phải thi hành. Đáng buồn hơn, trong một dạng hợp đồng mang tính độc quyền như Hiến pháp, bên yếu thế không thể không ký hợp đồng, vì không còn ai khác để mà ký. Nếu trong kinh tế chúng ta có luật chống độc quyền, thì trong pháp luật cũng nên tránh để xảy ra tình trạng một tầng lớp độc quyền lãnh đạo và lạm dụng vị trí thống lĩnh của mình, khước từ mọi quyền lợi đối với giai cấp không phải là lãnh đạo.

2. Bản chất hợp đồng của các ngành luật

Để đảm bảo bản chất này (luật = hợp đồng) phát huy tác dụng, thì các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng phải đảm bảo, tức là các bên phải nhận thức đúng về vai trò của mình (*có năng lực hành vi*), hành xử trong phạm vi pháp luật qui định – hay các nguyên tắc cơ bản về công bằng và hợp lý (*không trái pháp luật*), hoàn toàn tự nguyện (*dân chủ, tự do phát*

biểu ý kiến và thuyết phục người khác nghe theo ý kiến của mình) và tuân thủ các trình tự do pháp luật qui định.

Bản chất hợp đồng trong các quan hệ kinh tế là rất rõ rệt. Định lý Coase cho ta thấy khi hoạt động trên thương trường, tất cả các bên luôn luôn phải thỏa thuận với nhau. Nếu bên A hoạt động không hiệu quả (không khai thác một tài sản X sao cho có lợi nhất), thì bên B sẽ mua lại tài sản X từ bên A để sử dụng tài sản X có hiệu quả hơn. Tương tự, nếu Bên A gây thiệt hại cho bên B, mà chi phí khắc phục thiệt hại cho bên B lớn hơn lợi ích mà bên B nhận được từ việc khắc phục thiệt hại, thì bên B sẽ thỏa thuận với bên A về một khoản bồi thường bằng tiền hơn là khắc phục lại nguyên trạng như trước khi xảy ra thiệt hại. Nói tóm lại, cách tốt nhất để đạt được công lý và hiệu quả là cho các bên tự do thỏa thuận. Cách can thiệp tốt nhất của pháp luật là làm giảm chi phí giao dịch giữa các bên, sao cho các thỏa thuận mang lại hiệu quả cao nhất.

Đối với luật dân sự, kinh tế, thương mại, lao động thì như vậy, còn đối với luật hình sự thì sao? Ở đây chúng ta thấy có bản chất hợp đồng - khế ước xã hội giữa cá nhân với tập thể (ở đây thể hiện qua quyền lập pháp của Quốc hội). Lúc này, vai trò làm giảm chi phí giao dịch giữa những nhóm quyền lợi trong xã hội yêu cầu phải có thỏa thuận giữa những người bị thiệt hại do những hành vi nguy hiểm cho xã hội gây ra và phản ứng của xã hội đối với những hành vi nói trên. Trên một khía cạnh khác, luật hình sự là hợp đồng giữa những cá nhân và xã hội về cái giá mà họ phải trả khi vi phạm pháp luật. Nếu hình phạt quá nhẹ thì cá nhân sẽ vi phạm pháp luật (vì sau khi trả giá họ vẫn còn lời – tương tự như những hình phạt về tội tham nhũng hiện nay). Tình trạng pháp luật lỏng lẻo sẽ dẫn đến những phản ứng tiêu cực của người dân (mua súng để tự vệ hay thuê bảo vệ, hoặc hối lộ cho xong chuyện vì tham nhũng là tình trạng chung), làm tăng chi phí cho xã hội, giảm hiệu quả.

Ngược lại, hình phạt quá nặng cũng không có nghĩa là tình trạng tội phạm sẽ giảm, mà có khi còn làm tăng. Lý do là vì những người bị liên lụy sẽ phải bao che hành vi phạm tội để không bị trừng phạt (khi bị phát hiện). Ngược lại, những người đã phải đối diện với án tử hình sẽ rơi vào cảnh “không còn gì để mất”, “không hy vọng được khoan hồng”, và vì vậy tiếp tục gây tội ác. Cách xử lý tốt nhất đối với luật hình sự là qui về luật hợp

đồng: có thưởng, có phạt, tuy nhiên cũng mở đường khoan hồng cho những người lập công chuộc tội, dù tội của họ có nặng bao nhiêu, miễn là cái lợi của xã hội do họ lập công lớn hơn cái lợi của việc loại họ ra khỏi xã hội. Chính vì vậy mà gần đây đang có xu hướng nghiên cứu loại bỏ án tử hình ra khỏi Bộ luật hình sự.

Ngoài ra, chúng ta cũng phải xem xét giải pháp dân sự: bồi thường thiệt hại hay khắc phục thiệt hại, hay khôi phục lại vị trí ban đầu. Cách tìm giải pháp là xem xét các chi phí phải trả khi phương án này hay phương án kia xảy ra. Nếu không có qui định gì khác, thì giải pháp thông thường là khôi phục lại vị trí ban đầu (*restitution*), sao cho người đó cũng không bị thiệt hại hơn so với những hành vi gây thiệt hại cho xã hội. Thí dụ, một người thấy người khác gặp nguy hiểm, và cứu người đó, thì phải được đền bù các chi phí khi cứu nạn. Nếu không có các qui định này, người đó có thể sẽ không cứu giúp, và như vậy chi phí phát sinh đối với xã hội sẽ lớn hơn.

Tóm lại, tất cả các ngành luật phức tạp đều có thể suy về dạng đơn giản là hợp đồng. Tuy nhiên các ngành luật vẫn khác nhau ở cách thức điều chỉnh, vì quyền lợi của mỗi chủ thể trong từng trường hợp là khác nhau. Có nhiều vấn đề vẫn chưa giải quyết được bằng các công cụ lý luận của môn kinh tế luật, thí dụ tại sao tố tụng dân sự và hình sự khác nhau. Tuy nhiên, nếu chúng ta không hiểu được cái gốc của vấn đề sẽ dẫn đến tình trạng ban hành những văn bản pháp luật không khớp nhau, hoặc trái với bản chất hợp đồng của mỗi ngành luật.

III. KINH TẾ LUẬT VỚI CÁCH THỨC BAN HÀNH LUẬT

Trên thế giới có hai cách ban hành luật – thông qua Quốc hội hoặc cơ quan lập pháp (legislation) của hệ thống luật lục địa, hay thông qua các thẩm phán (judge-made law) của hệ thống luật Anglo-Saxon. Theo Posner (1960) và Hayek (1962), thì hệ thống luật Anglo-Saxon hiệu quả hơn, bởi lẽ thông qua tranh luận trước tòa, các bên sẽ đạt được thỏa thuận theo hướng ai có khả năng sử dụng tài sản hiệu quả hơn sẽ được trao quyền sử dụng các nguồn lợi. Thí dụ, trong vụ kiện đầu tiên bên có hiệu quả lại bị xử sai, thì các tòa án tiếp theo sẽ không theo tiền lệ sai đó, mà tìm cách lách tiền lệ bằng cách nói rằng trường hợp của họ khác với

trường hợp đề cập đến trong tiền lệ (*distinguishment*). Đôi khi, tòa án có thể tuyên bố rằng các phán quyết cũ đã không còn đúng nữa (*overruling*). Trong khi đó, đối với các nước theo hệ thống luật lục địa, một văn bản luật sai vẫn có tác dụng (*dura lex, sed lex*) làm cản trở các giao dịch tuy không đúng với văn bản pháp luật song thực sự có hiệu quả.

Cooter không đồng ý với quan điểm này. Ông và Hirschleifer (1973) đã cho rằng luật Anglo-Saxon có hiệu quả hay không còn tùy thuộc thẩm phán có muốn ra một bản án có hiệu quả hay không. Thí dụ, nếu thẩm phán chịu sự thuyết phục của một nhóm quyền lợi, do họ có luật sư giỏi hơn, thì ông cũng có thể ra những bản án không hiệu quả. Tóm lại, cho dù là hệ thống nào, thì pháp luật cũng chỉ phục vụ những người có khả năng thuyết phục cao nhất, và thông thường đó là những người thuộc giai cấp thống trị. Ủng hộ ý kiến của Cooter và Hirschleifer, Roe (1988) cho rằng hiệu quả không phải là tiêu chí chính của thẩm phán Anglo-Saxon. Kết quả của bản án còn phụ thuộc vào hệ thống giáo dục mà thẩm phán được đào tạo và thành phần giai cấp mà thẩm phán xuất thân. Quan trọng hơn cả là thẩm phán bị ràng buộc bởi tập quán và quan niệm rằng mình phải phán xử sao cho nhất quán với những quyết định trước đây của mình (để không ai nói rằng mình đã từng mắc sai lầm). Việc nhận thức mình sai không phải là điều dễ dàng, cho dù thẩm phán có sống ở một trong những nước theo hệ thống luật nào đi nữa.

Ngoài ra, hệ thống Anglo-Saxon cũng có thể phát sinh các hành vi lạm dụng luật. Đây cũng là luận điểm của Coase (1960) thông qua phân tích vụ án *Sturge* (1876). Trong vụ này, một bác sỹ đã kiện người hàng xóm của mình, chủ tiệm một lò bánh vì tiếng ồn và mùi bánh nướng làm ông không thể mở phòng mạch được. Tòa đã xử cho bác sỹ này thắng kiện. Tuy nhiên, Coase cho rằng kết quả cũng chẳng có gì thay đổi nếu Tòa xử cho ông chủ tiệm bánh mì thắng kiện. Vấn đề là xã hội coi trọng việc chữa bệnh hơn hay coi trọng bánh mì hơn. Nếu xã hội coi trọng việc chữa bệnh hơn và vì vậy phòng mạch thu được nhiều hơn thì bác sỹ sẽ trả tiền để chủ tiệm bánh thôi không làm bánh nữa. Ngược lại, nếu xã hội coi trọng bánh mì hơn thì chủ tiệm bánh sẽ trả tiền để bác sỹ thôi đừng mở phòng mạch nữa. Như vậy, phán quyết của tòa án không làm gì tốt hơn mà chỉ làm cho sự việc kém hiệu quả hơn. Giả sử tòa án tuyên cho bác sỹ thắng, ông sẽ có quyền đòi hỏi một khoản tiền bồi thường lớn hơn so với

trường hợp không có bản án của toà án. Điều này được gọi là hành vi trục lợi (*rent seeking*).

IV. KINH TẾ LUẬT VÀ CÁC QUY ĐỊNH HÀNH CHÍNH-KINH TẾ

Theo định nghĩa của kinh tế luật, luật hành chính điều chỉnh mối quan hệ giữa các chủ thể liên quan đến lợi ích chung và các tài sản công. Điều mà kinh tế luật phải làm rõ là mối quan hệ giữa tài sản tư và tài sản công, và khi nào thì một tài sản công nên được tư hữu hoá (xem Mục V.6, Chương I). Câu trả lời hầu như nằm ở tính hiệu quả: hình thức tài sản nào đem lại lợi ích cao nhất cho người dân?

Đối với kinh tế, tài sản tư là một yếu tố quan trọng đem lại hiệu quả cho nền kinh tế thị trường, vì nó tạo nên động lực để phấn đấu của mỗi cá nhân. Ngoài ra, theo định lý Coase, điều này tạo nên sự trao đổi hữu hiệu trong một nền kinh tế có chi phí giao dịch. Ngược lại, tài sản công tạo nên sự kém hiệu quả, do của chung không ai lo (*tragedy of the commons*).

Tuy nhiên, không dễ gì tư hữu hoá tài sản công có thể tạo hiệu quả cho nền kinh tế. Để qui định về tài sản tư có hiệu quả, thì phải có qui định rõ ràng về sở hữu. Khi tạo nên thay đổi về quyền sở hữu, sẽ có những người bị mất quyền lợi chống lại sự thay đổi. Họ sẽ hòa theo những người chống đối cải tổ để duy trì chế độ tài sản công, đồng thời trục lợi (*rent-seeking*) từ việc chống đối cải tổ trên những quan điểm thủ cựu của họ. Như vậy, tài sản công có ba điều bất lợi: thứ nhất, đó là việc có những người muốn trục lợi từ tài sản công (*rent seek*). Thứ hai, đó là việc chi phí giao dịch trở nên quá cao, không biết ai sử dụng có hiệu quả, ai không, từ đó việc dùng người và tài sản không hiệu quả. Thứ ba, đó là hiệu quả thấp. Khi của chung không ai lo, thì không còn ai có động lực phát triển nền kinh tế. Kinh tế Việt Nam trước thời kỳ đổi mới đã thể hiện toàn bộ những hiện tượng như vậy: trong 11 năm từ 1975 đến 1986, thu nhập bình quân trên đầu người chỉ khoảng 125 USD, vào hàng những nước nghèo nhất thế giới. Từ khi có đổi mới, khuyến khích toàn dân kinh doanh, tài sản tư tăng dần thay thế tài sản công, thu nhập bình quân trên đầu người tăng lên 490 USD. Tuy vậy, khi phát triển nền kinh tế nhiều thành phần định hướng XHCN, chúng ta vẫn định nghĩa XHCN là một “nền sản xuất

đặt trên cơ sở sở hữu toàn dân và sở hữu tập thể.” Như vậy, tính hiệu quả của định hướng phát triển XHCN là ở đâu?

Vấn đề là ở chỗ: các suy nghĩ nêu trên chỉ mới nêu được hiện tượng chứ không hiểu bản chất. **Điều nguy hiểm là các lập luận trên đã nhầm lẫn ở ba điểm.**¹³ Thứ nhất, tài sản công khác với mở cửa cho mọi người hưởng chung (sở hữu tập thể). Thứ hai, tài sản công khác với những nguồn lực hữu hạn. Thứ ba, hệ thống hoá các nguồn lực khác với tập hợp các nguồn lực.

Đối với vấn đề thứ nhất, thất bại của kinh tế Việt Nam trước 1986 là do dựa vào sở hữu tập thể chứ không phải vào tài sản công. Trong một nền kinh tế tập thể, ai cũng được hưởng như nhau, dù làm nhiều làm ít, làm tốt làm xấu. Trong một nền kinh tế có tài sản công, một nhóm người có quyền ngăn cản những người khác được hưởng thành quả nếu chính họ không đóng góp một cách có hiệu quả vào việc tạo ra tài sản đó. Điều này có thể làm bằng nhiều cách. Thí dụ, qui định trong đó có cơ chế thưởng phạt rõ ràng cho những người làm lợi cho tài sản công. Họ phải được lương và thưởng tương đương khi làm cho một công ty tư nhân, như vậy mới kích thích sự lao động sáng tạo. Ngoài ra, các công trình công cộng như đường sá, hạ tầng cơ sở hay thậm chí bảo vệ an ninh cũng phải thu phí. Có thu phí thì mới có động lực để giữ gìn tài sản công.

Đối với vấn đề thứ hai, những nguồn lực hữu hạn thì không nên để trở thành tài sản công (xem định nghĩa tài sản công tại Mục V.6, Chương 1). Chỉ những tài sản nào thỏa mãn hai điều kiện sau mới có thể trở thành tài sản công (i) không thể hạn chế người sử dụng tài sản này, và (ii) việc có thêm người sử dụng cũng không làm giảm lợi ích hưởng dụng của những người hiện đang sử dụng. Trong khi đó, những nguồn lực hữu hạn như tài nguyên thiên nhiên, bệnh viện công, trường học công hay của công trong kho hợp tác xã lại có hai đặc điểm sau (i) khó hạn chế người sử dụng mới khi họ xin được sử dụng (do cơ chế phải mở), và (ii) việc có thêm người sử dụng sẽ làm người khác đang sử dụng sẽ bị giảm khẩu phần. Đối với đặc điểm thứ nhất, việc khó hạn chế người sử dụng có đặc điểm giống tài

¹³ Ostrom (2000) – *Private Properties and Common Properties*, theo Encyclopedia of Law and Economics (DeGeest và Geritz chủ biên), Kluwer Law International.

sản công, vì thế sẽ dẫn đến tình trạng lợi dụng (*free ride*), người sau không chịu đóng góp vào thành quả mà người trước đã để lại. Đối với đặc điểm thứ hai, nguồn lực hữu hạn lại có đặc điểm giống tài sản tư, vì thế sẽ dẫn đến việc hạn chế, tranh giành lợi ích của những người hiện đang nắm quyền sử dụng nguồn lực hạn chế. Việc Bảo hiểm Y tế Tỉnh Tiền Giang bị thâm hụt nặng do quyết định thanh toán tiền bảo hiểm y tế cho việc khám chữa bệnh ngoài giờ của những người có bảo hiểm đã cho thấy điều này. Như vậy, cách quản lý các nguồn hữu hạn chế như thế nào là điều rất khó, không thể chỉ bằng cách chúng ta quản lý tài sản công.

Đối với vấn đề thứ ba, cho dù Việt Nam đã huy động các nguồn lực theo kiểu tập hợp, song không hệ thống hoá các nguồn lực, mà hai vấn đề này khác nhau. Khi hệ thống hoá các nguồn lực, không những chỉ tập hợp các nguồn lực, mà còn phải biết phân bổ các nguồn lực sao cho người sử dụng hiệu quả có quyền sử dụng các nguồn lực đó, người không sử dụng hiệu quả phải trả lại tài sản cho người sử dụng có hiệu quả hơn.

Chúng ta biết, quyền sở hữu bao gồm ba quyền: chiếm hữu, sử dụng, định đoạt. Trong mỗi quyền lại có thể phân ra thành nhiều quyền nhỏ hơn (ví dụ quyền sử dụng bao gồm quyền quản lý, trực tiếp sử dụng, khai thác công dụng, hưởng lợi ích). Như vậy, có hai cách sử dụng quyền sở hữu một cách có hiệu quả. Một là theo cách của Coase, nghĩa là giao hết cả ba quyền (chiếm hữu, sử dụng, định đoạt) cho một người. Hai là phân chia quyền lực giữa các chủ thể khác nhau – người thì nắm quyền chiếm hữu, người nắm quyền sử dụng, người khác nắm quyền định đoạt. Đây cũng là cách quản lý của các doanh nghiệp nhà nước của Việt Nam trước đây: các giám đốc tuy có quyền sử dụng tài sản nhà nước, nhưng việc định đoạt tài sản lại do cơ quan chủ quản quyết định. Điều này nghe có vẻ như giảm bớt quyền tự chủ của doanh nghiệp, tuy nhiên nó có thể khiến cho việc kiểm soát tài sản được tốt hơn. Tương tự, cơ chế qui định đất đai thuộc sở hữu toàn dân, tuy nhiên lại giao quyền sử dụng cho người có quyền sử dụng đất và một phần quyền định đoạt cho họ cũng khiến việc sử dụng đất có hiệu quả hơn so với việc hợp tác hoá sản xuất xưa kia. Tuy nhiên, vấn đề là ở chỗ có cần thiết phải giữ đất đai thuộc tài sản công hay không, hay có thể tư hữu hoá được quyền sở hữu?

Vấn đề hiện nay là đối với những nguồn lực hạn chế, chúng ta có nên hình thành một hình thái “quyền sở hữu không hoàn chỉnh” (thí dụ quyền sử dụng đất) hay không? Trong đó, mọi người đều có quyền sở hữu, song chỉ những người có thể sử dụng tài sản có hiệu quả mới được sử dụng tài sản trên, và thậm chí chính họ cũng không có toàn quyền định đoạt tài sản của mình. Một mặt, điều này khiến họ không hứng thú cho việc phát triển tài sản của họ. Mặt khác, điều này có khiến họ biết tự kiềm chế trước những hành động lạm dụng quyền sở hữu quá đáng?

Theo chúng tôi, trước tiên, cần loại bỏ những rào cản cho việc sử dụng tài sản một cách có hiệu quả, thí dụ như nền kinh tế trang trại. Mặt khác, cần xoá bỏ những hạn chế tập trung điền địa vào một vài cá nhân, nếu như điều đó xảy ra nạn đói cơ đất đai. Các làng quê nuôi bò ở Thụy Sĩ đã sử dụng cơ chế như sau: họ thành lập các trang trại tập thể dưới dạng công ty cổ phần. Sau đó mỗi nông dân được quyền sử dụng đất trồng cỏ của làng để nuôi bò tùy theo số bò họ có và lệ phí mà họ phải trả để sử dụng đất. Như vậy, bò sẽ được ăn cỏ ở những cánh đồng to hơn và cho năng suất cao hơn.

Tiếp theo, mỗi người trong nhóm có nhu cầu khác nhau. Vì vậy, cần phải làm thế nào để thỏa mãn nhu cầu của tất cả mọi người. Theo các nguyên tắc nêu tại đầu trí cắt bánh (xem Mục IX.4, Chương 3), thì tốt nhất là nên công khai hoá lợi ích riêng, vừa tranh luận với nhau xem cách nào đưa sản phẩm đến cách thức sử dụng tốt nhất cho lợi ích chung. Tuy nhiên, khi đó sẽ nảy sinh vấn đề là thông tin không đầy đủ. Chính vì vậy mà phải có cách để khám phá các thông tin là thật hay giả, bằng cách làm cho các cá nhân tự bộc lộ thông tin của mình.

Việc hạn chế quyền sở hữu sẽ làm giảm đáng kể giá trị tài sản. Thí dụ quyền sử dụng đất cho những căn nhà được bán hoá giá đã giảm dưới giá trị thực của chúng khi Nhà nước không cho chuyển nhượng quyền sở hữu các căn nhà trên. Điều này đã tạo cơ hội cho những người đánh bạc vào căn nhà mà họ mua theo hình thức không chính thức. Trên một phương diện nào đó, người có tiền chưa hẳn đã là người biết sử dụng tiền có hiệu quả. Khi đó, người thông minh nhất mới nên được trao quyền tài sản. Vấn đề là làm sao biết một người thông minh hay không? Chẳng lẽ phải

trình dự án kinh tế khả thi để xem xét xem có nên trao quyền tài sản cho một người nào đó không?

Mô hình quản lý các nguồn lực hạn chế có thể sẽ là một sự phối hợp giữa tài sản tư và tài sản công. Điều này giống như một người mua nhà ở chung cư cao cấp. Họ vừa có quyền được hưởng quyền sở hữu đối với căn hộ của mình, vừa có nghĩa vụ phải tôn trọng quyền sở hữu của những người khác trong cộng đồng cũng như những tài sản được sử dụng chung. Hàng tháng, những người trong nhà hợp lại với nhau xem việc đánh giá tình hình sử dụng tài sản có hiệu quả không. Khi một người muốn bán nhà, phải thông báo với ban quản trị, và người mua phải cam kết thỏa mãn các điều kiện mà ban quản trị đặt ra. Mô hình này có thể áp dụng trong những trường hợp đơn giản. Liệu nó có áp dụng được ở những trường hợp phức tạp hơn không? Mức độ đó là các cổ đông trong công ty, khi các cổ đông lớn chèn ép các cổ đông nhỏ. Khi đó, các hành động lợi dụng và không hiệu quả (tham nhũng, lãng phí) diễn ra thường xuyên. Cơ chế hạn chế các hành vi lạm dụng và minh bạch hoá của quản trị doanh nghiệp sẽ giúp chúng ta hạn chế được những thiếu sót. Thiết nghĩ, chúng ta nên chấm dứt các phân định công tư, mà phải có cách giải quyết hỗn hợp. Trong đó, các thành viên sẽ có phần của mình trong việc xây dựng cách quản trị sao cho hiệu quả.

V. KINH TẾ LUẬT VÀ VIỆC BAN HÀNH VĂN BẢN DƯỚI LUẬT

Các văn bản dưới luật thông thường do các cơ quan hành pháp ban hành, như nghị định của Chính phủ, Quyết định của Thủ tướng, Bộ trưởng, thông tư của các bộ. Vậy cách thức họ ban hành văn bản dưới luật như thế nào? Có hiệu quả không? Nếu không thì làm thế nào để có hiệu quả? Làm thế nào để kiểm tra hoạt động của cơ quan hành pháp, bằng các định chế cố định hay bằng cách kiểm tra đột xuất? Cơ chế phối hợp hoạt động giữa cơ quan lập pháp và hành pháp được thực hiện như thế nào? Đó là chủ đề của phần này.

Thông thường, quyền lập pháp của cơ quan hành pháp được cơ quan lập pháp ủy quyền. Thí dụ trong một luật, có câu: “Chính phủ qui định chi tiết về việc đăng ký kinh doanh.” Sau đó Chính phủ sẽ ban hành nghị định về

đăng ký kinh doanh. Sau đó Bộ Kế hoạch và Đầu tư lại ban hành thông tư hướng dẫn thi hành nghị định của Chính phủ. Khi các cơ quan cấp dưới hay người dân thắc mắc, Bộ có thể sẽ gửi công văn hướng dẫn. Xét về bản chất thì đây không phải văn bản pháp luật. Tuy nhiên các cơ quan và người dân vẫn tôn trọng và tuân theo các văn bản hướng dẫn này. Điều này sẽ dẫn đến tình trạng văn bản dưới luật đôi khi tác động trực tiếp đến người dân hơn là các qui định pháp luật. Nhiều văn bản pháp luật tác động trực tiếp rất yếu. Luật Thương mại 1997 là một thí dụ về việc này. Thậm chí, dự án luật hầu hết là do các Bộ có liên quan chủ trì soạn thảo chứ không phải xuất phát từ các ủy ban của Quốc hội.

Điều nguy hiểm là các Bộ, ngành thường có khuynh hướng soạn thảo sao cho cái gì khó khăn thì đẩy cho dân, cái gì thuận lợi thì dành cho mình. Văn bản nào cũng có đoạn “Quản lý nhà nước về vấn đề XYZ.” Trong đó, bộ chủ quản dành quyền chỉ đạo kiểm tra, cấp phép và đôn đốc, theo dõi các đối tượng thi hành thực hiện luật. Trái lại, trách nhiệm của bộ chủ quản trong việc giúp đỡ người dân hay doanh nghiệp thì lại bị “lờ” đi. Vì quyền lực thì nhiều mà trách nhiệm thì ít, các cơ quan chủ quản có nguy cơ lợi dụng quyền lực (rent seek) và thậm chí đưa ra những qui định trái với tinh thần của luật, mà không ai làm gì được, do Tòa án Hiến Pháp chưa được thành lập.

Như vậy phải có cơ chế để quản lý hành vi lợi dụng của cơ quan hành pháp. Một trong những phương pháp này là thành lập những cơ quan thẩm định hiệu quả văn bản pháp luật, và lấy ý kiến nhân dân về việc xây dựng các văn bản pháp luật (regulatory impact assessment). Tuy nhiên điều này hiện nay chưa hiệu quả, bởi lẽ các tầng lớp nhân dân khó đoàn kết lại để trình bày ý kiến của mình một cách rõ ràng, mạch lạc, mà thông thường trình bày ý kiến một cách tản mạn. Schwartz (1984) và Weingast (1984) đề nghị nên sử dụng hai hệ thống kiểm soát: một là kiểm soát đột xuất (xe tuần tiễu – police patrol), hai là lắp đặt hệ thống báo động thông qua người dân (fire alarms). Theo Schwartz, cần phải kết hợp cả hai phương pháp này có thể hiệu quả. Tuy nhiên các kinh tế gia khác cho rằng cả hai cũng chưa chắc hiệu quả. Thứ nhất, việc tổ chức xe tuần tiễu - thỉnh thoảng cử đoàn thanh tra đi xem xét sẽ không nắm thông tin rõ, và nếu chế tài không nặng thì tính khả thi không mạnh. Thứ hai, việc trang bị hệ thống báo động cũng tốn chi phí, song không phải chỗ nào cơ quan

hành pháp cũng cho phép lắp đặt hệ thống báo động và cho dân giám sát. Như vậy phải nắm được những chỗ hiểm yếu để kiểm soát. Weingast (1981) cho rằng cần thiết phải thành lập một ban kiểm soát liên ngành, bao gồm đại diện của Quốc hội, của những hiệp hội doanh nghiệp đại diện cho đối tượng được luật áp dụng, và đại diện Chính phủ. Ban kiểm soát liên ngành được quyền kiểm tra đột xuất cũng như điều tra chi tiết những hoạt động của cơ quan hành pháp xem có hiệu quả hay không.

Kaplow (1990) cho rằng để kiểm soát cơ quan hành pháp hiệu quả, phải xem những lĩnh vực nào có thể kiểm soát được thì mới ủy quyền ban hành văn bản pháp luật cho cơ quan hành pháp. Lĩnh vực nào khó kiểm soát thì không nên ủy quyền trước khi tìm được biện pháp giám sát.

VI. KINH TẾ LUẬT VÀ TẬP QUÁN ĐẠO ĐỨC

Cuối cùng, một loại qui phạm không thể bỏ qua là tập quán đạo đức. Tập quán đạo đức có thể được coi như những qui phạm tồn tại tự phát từ trong dân gian và được mọi người nhất trí tuân theo. Xét trên một phương diện, đó là một dạng hợp đồng. Tập quán pháp thông thường không được coi như một nguồn chính thống của luật, tuy nhiên trên thực tế vẫn được người dân tuân theo. Trong một số lĩnh vực như hàng hải hay thương mại, tập quán pháp (thí dụ như *lex mercatoria*) giúp doanh nghiệp vượt được những lỗ hổng khi chưa có thỏa thuận. Xét về mặt tâm linh, tập quán đạo đức có tác dụng như những qui phạm mệnh lệnh của lương tâm, bắt buộc mọi người phải tuân theo. Vai trò của tập quán trong xã hội như vậy không thể phủ nhận.

Không những bổ sung cho luật pháp, mà những tập quán trái với pháp luật đôi khi cũng chiến thắng các qui định của pháp luật, nếu các tập quán xuất phát từ thực tiễn cuộc sống của người dân hơn, gần gũi với thực tế và thuận lòng dân hơn. Chính vì thế nhân dân ta mới có câu: phép vua thua lệ làng. Theo thuật ngữ kinh tế, tập quán được tôn trọng trong một xã hội người dân trực tiếp xây dựng nên tập quán, đó là khi chi phí giao dịch trong xã hội thấp.

Một lệ làng đáng nghiên cứu là tục lệ của một số ngôi làng ở Nghệ An đã dành một khoản ruộng của làng để chu cấp cho những nhà có con đi học

hay đi thi. Điều này cũng một phần do các cụ trong làng thấy cái lợi của việc học. Một phần cũng do cuộc sống khổ cực quá, cần phải học để thoát cái nghèo. Phần cũng vì đi học sẽ vang danh cho địa phương (một người làm quan cả làng được nhờ). Tục lệ này không được nhìn thấy ở các làng ở Miền Nam hay Miền Bắc. Có người cho rằng do người dân không thấy cần thiết phải học mới đòi hỏi được. Mặt khác, điều này cũng có thể là do người dân ở đó không đoàn kết với nhau, vì vậy không tin nhau tới mức có thể bỏ một khoản ruộng để vì sự nghiệp chung của cả làng.

Một trong những lý do khiến tục lệ này có thể phát triển nữa là mọi người trong làng đều coi trọng việc học như nhau. Không có người nào nghĩ rằng: trong dòng họ mình sẽ không có người có ngày được sử dụng mảnh ruộng trên. Ai cũng lo học, hoặc cũng nghĩ rằng người nào đỗ đạt trong làng cũng sẽ không quên công ơn của những người đã từng giúp mình để có được ngày vinh quy bái tổ. Như vậy, tập quán dễ phát sinh ở những vùng quê mà ở đó niềm tin của mọi người được nâng cao. Trong khi đó, pháp luật có thể được ban hành nhanh nhưng hiệu quả chưa chắc đã bằng những tập quán có từ ngàn đời.

Trong cuộc đấu trí người tù, chúng ta thấy do hai người tù không tin nhau mà họ đã phải phân tích hai ba khả năng: thượng sách, trung sách, hạ sách (Mục V.5, Chương 1). Để an toàn, họ chọn trung sách, song cuối cùng lại rơi vào hạ sách. Nếu hai người tù này có thể liên lạc và thống nhất với nhau trong hành động, chắc chắn họ sẽ chọn thượng sách (không khai báo). Trong xã hội cũng vậy, một xã hội có dân chủ, người dân được bàn bạc với nhau thì rồi kết quả sẽ làm hài lòng mọi người. Một xã hội thiếu dân chủ sẽ làm cho người dân phải giữ thế và do vậy sẽ qui định trung sách và hạ sách hơn là thượng sách.

Nói vậy không có nghĩa là mọi tập quán đều tốt cả. Có những tập quán không tốt, lạc hậu, song nó đã trở thành lề lối làm việc. Đến nỗi mọi người không dám phá bỏ nó, vì sợ rằng chi phí để chuyển đổi sang một hệ thống mới còn tốn kém hơn hệ thống cũ rất nhiều. Đó là vấn đề của giá chuyển đổi mà ta sẽ đề cập đến trong những chương tới đây. Tuy nhiên, ngay cả trong trường hợp đó thì nên tìm cách để những người tham gia trong tập thể tự nguyện chuyển đổi hơn là ép buộc họ phải chuyển đổi do

những mệnh lệnh từ trên xuống. Chúng ta thấy rằng phong trào Duy tân hồi đầu thế kỷ XX (cắt tóc, bỏ tập quán nhuộm răng đen, học chữ quốc ngữ thay cho chữ nôm), chẳng phải do mệnh lệnh từ trên xuống, mà mang lại hiệu quả to lớn trong việc cải tổ xã hội Việt Nam đó sao?

Tóm lại, đã đến lúc nên công nhận tập quán như một nguồn chính thống của luật. Ngoài ra, cần suy nghĩ đến việc định hướng sao cho người dân có thể đạt được thỏa thuận xây dựng những tập quán mới cho thời đại mới. Các tập quán mới này có thể không được đa số chấp nhận (thí dụ - vì những người này chưa hề biết khi thực hiện thay đổi tập quán thì chuyện gì sẽ xảy ra). Vì thế, pháp luật phải được thiết kế sao cho những tập quán tốt thì luôn được công nhận (phải có một số nguyên tắc mang tính định hướng xem tập quán như thế nào là tốt), còn tập quán xấu sẽ bị loại bỏ, vì không hợp đạo đức hay không phù hợp với tình hình mới. Như vậy, phát triển tập quán tốt đẹp là một quá trình không ngừng, và biết khai thác tốt vai trò của tập quán sẽ có tác dụng thúc đẩy xã hội phát triển.

CÂU HỎI

1. Luật pháp có phải là thể lệ cuộc chơi trong các cuộc đấu trí không, xét về khía cạnh kinh tế?
2. Các qui định về pháp luật có liên hệ như thế nào với các qui định về đạo đức?
3. Tại sao lại coi các nguyên tắc kết lập hợp đồng là cơ sở của cách thức soạn thảo văn bản pháp luật?
4. “Tài sản công” và “tài sản tập thể” có giống nhau không? Tại sao?
5. Làm thế nào để quản lý tài sản tập thể một cách có hiệu quả?
6. Khi nào thì mô hình tự quản địa phương phát huy hiệu quả? Hạn chế của mô hình này là gì?

CHƯƠNG 3: KINH TẾ LUẬT VÀ NHÓM CHUYÊN NGÀNH LUẬT DÂN SỰ

I. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT VỀ SỞ HỮU

1. Căn cứ phát sinh quyền sở hữu

Một trong những vấn đề nghiên cứu đầu tiên về quyền sở hữu là căn cứ phát sinh quyền sở hữu – làm thế nào để pháp luật có thể giao quyền sở hữu một tài sản cho chủ thể có khả năng sử dụng nó một cách hiệu quả nhất? Theo Coase – có hai cách thông thường làm phát sinh quyền sở hữu đối với một tài sản: một là từ chiếm đoạt, hai là thông qua hợp đồng hay đấu giá. Liên quan đến cách đầu tiên là việc một người được hưởng quyền sở hữu thông qua săn bắt, lao động (theo học thuyết của John Locke). Cách này có thể khiến mọi người cạnh tranh với nhau để tàn sát các nguồn lực (dùng chất nổ để bắt cá, đốt rừng làm rẫy), thu hoạch tài sản quá sớm, không có kế hoạch phát triển tài sản trong tương lai. Hậu quả là việc sử dụng tài sản là sẽ dẫn đến không hiệu quả. Cách giải quyết thứ hai cũng chưa chắc hiệu quả. Còn một cách giải quyết thứ ba là thông qua việc xác lập tài sản chung. Tuy nhiên điều này lại dẫn đến những vấn đề của tài sản công như đã trình bày ở trên.¹⁴

Một số đối tượng vô hình khó được công nhận quyền sở hữu. Các đối tượng đó là quyền sở hữu trí tuệ, thông tin bí mật, các qui định về cạnh tranh. Đối với những đối tượng như vậy, vấn đề quan trọng là nếu bảo hộ quá sâu sẽ tạo độc quyền và gây thiệt hại cho những đối tượng khác muốn tạo ra đối tượng tương tự hay tốt hơn đối tượng hiện đang được bảo vệ quyền sở hữu.

Một nguồn gốc sở hữu khác là sở hữu theo thời hiệu. Nếu quyền sở hữu được bảo vệ một cách tuyệt đối và vô thời hạn, chủ sở hữu sẽ không

¹⁴ Vậy có những qui định nào không hiệu quả và phải thay đổi? Thí dụ việc phân ruộng vườn cho tầng lớp quý tộc thời phong kiến, hay phân chia chiến lợi phẩm của quân Đồng minh sau Chiến tranh Thế giới lần thứ II theo tiêu chuẩn, chức tước chứ không theo khả năng sử dụng tài sản một cách có hiệu quả, hoặc việc quốc hữu hoá tài sản cá nhân một cách tràn lan theo ý thức hệ chứ không hẳn mang lại hiệu quả kinh tế cao hơn đã dẫn đến tình trạng đình đốn về kinh tế.

muốn trao đổi quyền sở hữu mà muốn chiếm sở hữu và đòi giá cao cho đến khi họ được giá mới thôi. Đó là những trường hợp lạm dụng quyền sở hữu để đắc lợi một cách không chính đáng (gọi là lợi thế, hay *Rent*). Thí dụ các cán bộ được phân nhà hay hoá giá nhà giá rẻ đã bán lại nhà với giá đắt hơn để hưởng chênh lệch, mà lẽ ra Nhà nước đã thu được số tiền chênh lệch đầy nếu có cơ chế bán đấu giá một cách hợp lý. Điều này cũng nảy sinh trường hợp những người không sử dụng tài sản một cách hiệu quả cũng được giao tài sản. Họ không đầu tư chăm sóc, làm tài sản xuống cấp. Họ nghĩ kể cả nếu họ bỏ tài sản không chăm sóc thì tài sản vẫn thuộc về họ. Nhà nước không đánh thuế tài sản, thì tài sản đó không sinh lợi, chủ của tài sản cũng không quan tâm. Cuối cùng, sẽ dẫn đến tình trạng người muốn sử dụng không có tài sản để sử dụng, người không có khả năng sử dụng lại được giao tài sản. Việc cho phép được quyền sở hữu theo thời hiệu cho phép sử dụng tài sản một cách có hiệu quả hơn. Trong khi đó, theo định lý Coase, thì pháp luật phải tạo ra cơ chế sao cho các chủ thể có thể thương lượng với nhau, và người nào có khả năng sử dụng tài sản có hiệu quả nhất thì là người đó xứng đáng được làm chủ sở hữu (xem Mục V.3, Chương 1).

2. Quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt

Một số nước có truyền thống tách quyền sử dụng ra khỏi quyền sở hữu, thí dụ như quyền sử dụng đất của luật Việt Nam hay quyền sở hữu đất theo luật Anh Quốc. Tại đây, người sở hữu nhà ở chỉ có quyền sử dụng chứ không có quyền sở hữu đất. Cơ chế này có hiệu quả hay không là còn tùy vào chi phí giao dịch bỏ ra có nhiều để bảo vệ thành quả đầu tư trên đất không. Đối với Việt Nam, việc có hai loại giấy chứng nhận sử dụng đất ở và giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở đã làm cho việc bảo vệ quyền sử dụng đất khó khăn, từ đó các chi phí giao dịch tăng làm mọi người ngại giao dịch, thị trường nhà đất trở nên đóng băng sau một thời gian phát triển quá nóng.

Đối với việc chiếm hữu, luật pháp các nước nhấn mạnh đến nhu cầu bảo vệ người chiếm hữu ngay tình, sao cho người ngay tình được khuyến khích đầu tư trên mảnh đất mình không phải là chủ. Đối với người không ngay tình, họ vẫn có thể đầu tư, song một phần nỗ lực của họ để cản trở người có khả năng đầu tư hơn, thậm chí dẫu thông tin đối với chủ sở hữu.

Pháp luật không khuyến khích đầu tư trong một môi trường thiếu thông tin. Vì vậy thời gian để người chiếm hữu không ngay tình trở thành chủ sở hữu sẽ dài hơn ở một số nước. Tại Việt Nam, người chiếm hữu không ngay tình không bao giờ được làm chủ sở hữu bất động sản.

Cả quyền sử dụng của chủ sở hữu cũng có thể bị hạn chế. Để giảm chi phí giao dịch, pháp luật cũng qui định về quyền địa dịch (quyền về lối đi qua bất động sản liền kề), sao cho nhiều người có thể sử dụng một mảnh đất một cách có hiệu quả hơn. Chúng ta thấy rằng pháp luật phát triển do thỏa thuận, các thỏa thuận lâu ngày được xác lập trở thành tập quán. Tập quán được pháp điển hoá thành các điều luật. Vì là thỏa thuận, nên nó tuân thủ các qui luật kinh tế, có lợi thì thỏa thuận, không thì thôi. Họ tiếp tục thỏa thuận cho đến khi đạt được trạng thái cân bằng Pareto (Mục V.2, Chương 1). Đó là lý do tại sao các qui định của pháp luật thông thường cũng đạt tiêu chuẩn hiệu quả của kinh tế.

3. Hình thức sở hữu

Trong số những vấn đề được tranh luận nhiều nhất liên quan đến quyền sở hữu, có vấn đề nên bảo hộ một đối tượng dưới dạng một tài sản công (*public property*) hay tài sản tư (*private property*) (Mục V.6, Chương 1). Câu hỏi đặt ra là: bảo vệ dưới dạng tài sản công hay tài sản tư thì có lợi hơn cho xã hội. Để trả lời câu hỏi này, chúng ta phải xem chúng ta mong muốn điều gì. Thí dụ, nếu mục đích của chúng ta là loại bỏ các yếu tố ngoại biên (*externality*) của thị trường để làm tăng hiệu quả nền kinh tế, thì có nhất thiết phải sử dụng qui định về tài sản công hay không.

Một yếu tố ngoại biên đầu tiên có thể xảy ra là tình trạng của chung không ai lo (*tragedy of the common*), khi một việc ai cũng cảm thấy lợi và nên làm, song không ai chịu làm, vì mình thì thiệt hại mà lợi ích người khác lại hưởng. Để hoàn thiện những vấn đề như vậy có hai cách: hoặc yêu cầu mọi người cùng chung tay vào xây dựng tài sản công (*common pool*), hoặc chỉ định một công ty tư nhân xây dựng tài sản công và sau đó cho họ quyền khai thác tài sản công trong một thời gian nhất định.

Trên thực tế đôi khi có thể kết hợp giữa cách quản trị tài sản công và tài sản tư. Thí dụ trong một chung cư cao cấp, mỗi người có một căn hộ

riêng, song mọi người chung nhau tiền thuê bảo vệ, chiếu sáng, các công trình công cộng. Điều này giúp cho chất lượng chung cư trở nên tốt hơn nhiều so với việc cứ để cho “đền nhà ai nấy rặng.” Bài học ở các chung cư này cũng cho thấy ngay cả các công trình công vẫn nên thuê dịch vụ ngoài. Điều này sẽ dẫn đến cạnh tranh giữa các công ty dịch vụ công ích khiến cho chất lượng vệ sinh chung cư được bảo đảm hơn. Xét cho cùng, không phải quyền sở hữu quyết định, mà cách thức điều hành hợp với qui tắc đấu trí của người chơi sẽ quyết định hiệu quả của việc quản lý một tài sản. Bài học về lý thuyết đấu trí có thể áp dụng tại đây để đem lại hiệu quả (Mục V.5, Chương 1).

Sở hữu tập thể phát sinh khi nhu cầu cần chia sẻ những nguồn lực hữu hạn mà không thể tách bạch được, làm giảm chi phí. Việc mọi người cùng chung sống trong một khu tập thể ở trung tâm thành phố thay vì sống trong các biệt thự ở ngoại ô là một thí dụ. Tuy nhiên, sở hữu tập thể sẽ dẫn đến vấn đề là làm thế nào để phối hợp quản lý một cách có hiệu quả, và có cách nào giảm thiểu các tác động tiêu cực của các yếu tố ngoại vi (*externalities*) hay không. Khắc phục được hai nhược điểm đó là vấn đề chính của sở hữu tập thể.¹⁵

Trước tiên, người ta đặt ra một số nguyên tắc quản lý sở hữu tập thể, như nghĩa vụ trung thực, hợp tác vì quyền lợi của nhau (*fiduciary duty*). Tuy nhiên do nguyên tắc này thiếu cụ thể nên những trường hợp lạm dụng vẫn xảy ra. Calabresi và Melamed (1971) cho rằng có hai cách để xử lý - hoặc công nhận quyền sở hữu (chủ sở hữu không thể bị xâm phạm quyền trừ trường hợp được họ đồng ý) hoặc công nhận quyền được bồi thường thiệt hại (chủ sở hữu có thể bị xâm phạm quyền nếu được bồi thường thỏa đáng). De Geest cho rằng việc công nhận quyền được bồi thường thiệt hại sẽ khiến của cải trong xã hội được phân chia đều hơn. Tất nhiên, điều này đúng nếu trên thị trường không có chi phí giao dịch.

Cách quản lý các tài sản công cũng khác. Thông thường để đạt được một xã hội có trật tự và mọi người có lợi như Singapore, công dân đã phải hy sinh những quyền cá nhân như tự do, tự quyết. Mặc dầu vậy, họ được hưởng các quyền an sinh phúc lợi xã hội mà nếu ở một xã hội vô trật tự

¹⁵ Xem thêm Mục IV, Chương 2.

họ sẽ không được hưởng. Như vậy cách quản lý tài sản chung như thế nào là có hiệu quả nhất? Có lẽ trong tương lai các nghiên cứu về đấu trí sẽ phải giải quyết được phần nào câu hỏi này.

4. Bảo vệ quyền sở hữu

Một trong những vấn đề mà kinh tế luật nghiên cứu nhiều nhất là cách thức bảo vệ quyền sở hữu như thế nào cho hợp lý. Chúng ta biết để bảo vệ quyền sở hữu có hai thể thức kiện: kiện đòi vật (*rei vindicatio*) và kiện đòi bồi thường thiệt hại (*actio negatoria*). Trong trường hợp kiện đòi vật, người có hành vi xâm phạm quyền sở hữu có nghĩa vụ khôi phục lại tình trạng ban đầu như trước khi xảy ra hành vi xâm phạm. Khi đòi bồi thường thiệt hại, người có hành vi xâm phạm phải bồi thường một khoản tiền để đền bù cho chủ sở hữu khoản thiệt hại mà họ phải gánh chịu.

Thí dụ, một người gây thiệt hại cho tài sản của người khác, Tòa án sẽ quyết định như thế nào: yêu cầu người đó bồi thường thiệt hại hay khắc phục hậu quả như nguyên trạng? Như định lý Coase phát biểu và đã trình bày ở phần trên, không nhất thiết phải khắc phục hậu quả như nguyên trạng mới là giải pháp tốt nhất. Nếu chi phí giao dịch bằng không, các bên sẽ biết cách xử trí như thế nào cho có lợi nhất cho cả đôi bên (Mục V.4, Chương 1). Tuy nhiên, trường hợp chi phí giao dịch bằng không là rất ít. Vì thế các nhà kinh tế học thường viện dẫn đến lý thuyết của Calabresi và Melamed (1973), theo đó khi thiệt hại xảy ra, tòa án nên chọn giải pháp tốn ít chi phí nhất cho bên gây thiệt hại mà vẫn đạt hiệu quả tương đương cho bên bị thiệt hại. Từ đó có thể phát biểu một định lý, đó là chi phí giao dịch càng thấp thì các qui định về quyền sở hữu sẽ càng có tác dụng tốt. Ngược lại, chi phí giao dịch càng cao thì qui định về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng càng phát huy được tác dụng. Đó là vì việc bồi thường thiệt hại tốn ít chi phí hơn thực hiện các biện pháp tự bảo vệ quyền sở hữu.

Định lý trên cũng nêu lên được một vấn đề, là để cho luật sở hữu phát huy được hiệu quả thì phải tiến hành các biện pháp làm giảm chi phí giao dịch cho quan hệ về sở hữu. Khi xã hội càng phát triển, các mối quan hệ càng phức tạp, việc khắc phục hậu quả càng khó khăn. Thí dụ, đối với việc một người xây nhà làm đổ xi-măng xuống ống cống của nhà hàng xóm,

gây tắc cống, thì việc tốt nhất là trả tiền bồi thường cho nhà hàng xóm hơn là tự mình nạo vét cống, vì công việc này đối với ông không phải là chuyên nghiệp, đồng thời chi phí để khắc phục hậu quả đối với ông còn cao hơn chi phí bồi thường thiệt hại. Tóm lại, nhiều nhà kinh tế học cho rằng các qui định về khắc phục hậu quả trong thời đại ngày nay chỉ còn thích hợp đối với những vi phạm nhỏ về quyền sở hữu.

II. KINH TẾ LUẬT VÀ QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ

Menel (1999) cho rằng bản chất của việc bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ chịu ảnh hưởng nhiều của chủ nghĩa lợi ích (*utilitarianism*). Theo đó, việc bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ là cần thiết vì nó đem lại lợi ích cho xã hội nhiều hơn lợi ích cho cá nhân. Vai trò của chính phủ là xem xét xem nên có chính sách nào để bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ một cách sao cho có lợi nhất cho nền kinh tế đất nước. Xét về kinh tế, học thuyết của Coase (1961) và Becker (1967) đã cho chúng ta thấy điều này (Mục V.3, Chương 1).

1. Quyền tác giả

Trong lĩnh vực quyền tác giả, Liebowitz (1985), Ordoover and Willig (1990) cho rằng không cần phải dựa vào chủ nghĩa lợi ích mới biện hộ được cho quyền tác giả, do nó mang tính chất nhân thân. Tuy nhiên, chúng ta cũng thấy rằng ngay cả việc xác định phạm vi bảo hộ quyền tác giả hay sử dụng hạn chế cũng thể hiện rõ bản chất của chủ nghĩa lợi ích. Đó là khi sự khuyến khích lao động sáng tạo đem lại lợi ích nhỏ hơn cho xã hội so với việc cho phép sử dụng hạn chế để tiếp tục phát triển (thí dụ để phá những tác động tiêu cực của hiệu ứng mạng), thì điều này sẽ giải quyết được những khó khăn trong việc biện minh cho quyền tác giả.

Gordon (1999) lại có quan điểm khác về quyền tác giả. Theo Gordon, tất cả các đối tượng được bảo hộ dưới dạng quyền sở hữu trí tuệ đều có đặc tính là tài sản công. Vì thế đều có hai nhược điểm là khó bảo vệ và khó khuyến khích sáng tạo. Vì vậy, mục tiêu của bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ là để khuyến khích sáng tạo. Tuy nhiên khi bảo hộ như vậy sẽ tạo ra độc quyền (*deadweight loss*) và làm tăng chi phí giao dịch của người không nắm độc quyền (*transaction costs*). Mục đích của những qui định về sử

dụng hạn chế (*fair use*) là để hạn chế các vấn đề phát sinh từ hai tồn tại nói trên.¹⁶ Thí dụ, *market failure* (sự thất bại của thị trường) liên quan đến quyền của người nắm thông tin và hiệu quả của người sử dụng thông tin đã khiến cho có qui định về *fair use*. Gordon cảnh báo rằng với sự gia tăng vai trò quan trọng của phần mềm, việc cho rằng bảo hộ quyền tác giả không tốn nhiều chi phí có thể không còn đúng nữa, khi độc quyền do sở hữu trí tuệ gây ra có thể hạn chế các doanh nghiệp sử dụng tài sản một cách hiệu quả hơn.

2. Sáng chế

Đối với sáng chế, để cân bằng lợi ích giữa các chủ thể, một số người cho rằng phải tính lại thời hạn bảo hộ sáng chế (Scotchmer 1994). Tuy nhiên quan điểm như vậy gặp phải khó khăn vì khó xác định sáng chế nào có giá trị, sáng chế nào không, và nên bảo hộ như thế nào thì hiệu quả.

Một số người khác cho rằng bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ là cản trở nghiên cứu phát triển. Việc bảo hộ bí mật kinh doanh và sáng chế khiến cho khả năng nghiên cứu sáng tạo bị hạn chế. Ngoài ra, việc bảo hộ những sáng chế cơ bản cũng khiến cho việc nghiên cứu những sáng chế thứ cấp tiếp theo sẽ rơi vào khó khăn. Càng ngày càng có nhiều người cho rằng việc bảo hộ như vậy là cần phải được điều chỉnh lại sao cho mức độ bảo hộ không vượt quá giới hạn cần thiết.

Mặc dầu vậy, cần nhìn nhận rằng vai trò của luật ở đây là phải bảo vệ được các thông tin được bộc lộ đối với sáng chế. Nếu không, giá trị của thông tin sẽ giảm. Người mua thông tin sẽ phải trừ đi một khoản dự phòng rủi ro cho việc thông tin bị tiết lộ bí mật. Điều này khiến cho người bán thông tin cảm thấy không có lợi cho việc bán thông tin. Chính đây là vấn đề mà Coase đã đề cập đến: chi phí giao dịch quá cao khiến cho việc sử dụng tài sản trở nên kém hiệu quả. Vậy giải pháp của vấn đề là làm sao để giảm chi phí giao dịch và thúc đẩy khả năng trao đổi thông tin giữa người muốn có thông tin và người muốn chia sẻ thông tin. Việc cấp bằng sáng chế (patent) không ngoài mục đích này.

¹⁶ Xem Mục V.4, Chương 1.

3. Nhãn hiệu

Đối với nhãn hiệu, luật pháp cho thấy cần bảo hộ nhãn hiệu để các doanh nghiệp yên tâm phát triển thương hiệu (*brand*), nâng cao chất lượng cho người tiêu dùng, bảo vệ quyền lợi và an toàn cho họ. Đây là lợi ích xã hội của việc bảo hộ nhãn hiệu. Điểm thú vị là điều này không ảnh hưởng gì đến những thiệt hại mà xã hội phải gánh chịu do bảo hộ nhãn hiệu (hầu như không có).

4. Bí mật kinh doanh

Đối với cơ chế bảo hộ bí mật kinh doanh, cho đến hiện nay người ta vẫn cho rằng điều này cũng mang lại lợi ích cho người tiêu dùng, vì nó không khuyến khích mọi người nộp đơn sáng chế, chống lại độc quyền một cách không hợp pháp. Ngoài ra, nó cũng làm cho người ta yên tâm nghiên cứu nâng cao chất lượng sản phẩm dựa trên bí mật kinh doanh.

Một trong những vấn đề mà kinh tế luật có thể giúp giải thích trong lĩnh vực sở hữu là làm sao định giá được những tài sản thuộc về sở hữu trí tuệ như quyền tác giả hay bí mật kinh doanh. Thí dụ đối với quyền tác giả, luật qui định không bảo hộ các dữ liệu hay những sự kiện thực tế mà không có cách này diễn giải khác được (thí dụ số điện thoại – trong vụ *Fiest v. Rural Telephone Services*). Như vậy các số liệu này dù có mất công thu thập bao nhiêu đi chăng nữa thì cũng không thể định giá bằng tiền (vì nó không phải là đối tượng của trao đổi). Xét về khía cạnh kinh tế, việc công nhận quyền sở hữu đối với nội dung ý tưởng sẽ tạo ra lợi thế quá lớn cho người sáng tạo trước (*externality* hay *rent*), và ảnh hưởng đến cơ hội sáng tạo của những người đến sau.

Tuy vậy, cũng vẫn những đối tượng đó lại có thể được bảo hộ dưới dạng bí mật kinh doanh. Ở đây các thông tin như danh sách khách hàng hay số điện thoại của họ lại có giá trị nhất định. Giá trị của nó tùy thuộc vào việc nếu các đối tượng thông tin này được tiết lộ thì nó đem lại cho người nhận thông tin bao nhiêu tiền. Lúc này mọi thông tin đều có thể định giá được.

Ở đây chúng ta thấy một vấn đề thú vị: đó là việc cùng một thông tin song ở luật này thì pháp luật không bảo vệ, song ở luật kia thì pháp luật bảo vệ. Việc bảo vệ hay không sẽ ảnh hưởng đến giá trị của thông tin, cũng như các chi phí giao dịch có liên quan. Thông qua việc bảo vệ bí mật kinh doanh, pháp luật muốn bên có thông tin chia sẻ thông tin cho bên muốn có thông tin với đúng giá trị mà bên muốn có thông tin đánh giá. Đồng thời, thông qua việc không bảo vệ quyền tác giả cho các thông tin thuần túy mang tính chất sự kiện, pháp luật giải tỏa khả năng độc quyền thông tin, vốn làm tăng chi phí giao dịch cho bên muốn có thông tin. Cả hai qui định trên đều nhằm một mục đích mà Coase đã đề ra, tức là trên một thị trường không có chi phí giao dịch, thì người nào có khả năng sử dụng tốt nhất một tài sản sẽ mua được tài sản mà mình cần.

5. Những đối tượng khác về sở hữu trí tuệ

Đối với những đối tượng khác, quyền sở hữu trí tuệ có thể được bảo hộ không phải do thuyết lợi ích, mà còn có các nguyên nhân khác như bảo vệ dân chủ, bảo vệ quyền tự do (theo Kant), bảo vệ quyền nhân thân, v.v. Tuy nhiên, thuyết lợi ích vẫn có vẻ chiếm ưu thế hơn cả. Nói vậy, chúng ta vẫn chưa nắm được phương pháp luận để tạo ra các quyền sở hữu tương tác lẫn nhau để có một hệ thống bảo hộ công bằng và hiệu quả nhất cho xã hội.

Một vấn đề nữa chúng tôi muốn đề cập, đó là cả thông tin bí mật và tin tức thuần túy đều là các tài sản công - tức là không thể tách những người muốn sử dụng và việc thêm người cũng không làm giảm giá trị sử dụng tuyệt đối của tài sản đó.¹⁷ Tuy nhiên nếu có sự can thiệp của pháp luật, thì các tài sản công nói trên đã được tư hữu hoá, vì thế định lý Coase sẽ trở nên áp dụng được.

III. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT HỢP ĐỒNG

Ở chương II, chúng ta đã thấy một nhận xét thú vị là bản chất của các ngành luật là luật hợp đồng. Craswell (1999) cũng cho rằng các qui định về hợp đồng là nơi kinh tế luật chứng tỏ được năng lực nghiên cứu của

¹⁷ Mục V.6, Chương 1.

mình nhiều hơn cả. Khi mỗi chủ thể trong xã hội quan hệ với nhau, việc tốt nhất họ có thể làm được để làm tăng lợi ích của nhau là hợp tác với nhau - hay ký hợp đồng. Tuy nhiên, theo định lý Coase, để việc giao kết hợp đồng đem lại hiệu quả, thì các bên phải có thông tin đầy đủ. Ngoài ra, chi phí giao dịch phải thấp. Việc pháp luật bảo vệ quyền lợi của các bên trong hợp đồng cũng làm tăng niềm tin của các bên về hành vi của bên kia, khiến cho chi phí giao dịch giảm (Mục V.4, Chương 1).

1. Soạn thảo hợp đồng

Khi các bên soạn thảo hợp đồng, việc đầu tiên cần quan tâm là các bên sẽ lựa chọn những giải pháp nào. Kinh tế luật quan tâm đến việc thiết kế trò chơi sao cho các bên sẽ đi đến những lựa chọn có hiệu quả, vượt qua những khó khăn như lựa chọn sai lầm (*adverse selection*) hay hội chứng 'tiếc của' (*endowment effects*).¹⁸ Đôi khi, để tránh những rủi ro trong hợp đồng, người ta thường quyết định sáp nhập các đối tác (*integrated*) – thí dụ bằng những hợp đồng thành lập công ty liên doanh. Khảo sát cho thấy khi rủi ro trong kinh doanh lớn dần hoặc việc kinh doanh cần có những sự hợp tác chặt chẽ, các bên lựa chọn việc sáp nhập hơn là hợp đồng (Crocker và Masten 1999).

Hviid (1999) cho rằng có hai cách soạn hợp đồng – các hợp đồng dài hạn và các hợp đồng ngắn hạn (*long term contracts* và *relational contracts*). Trong các hợp đồng dài hạn, đặc điểm của chúng là khả năng các bên có thể thỏa thuận lại với nhau khi tình hình thay đổi. Đối với các hợp đồng ngắn hạn, điều này khó hơn. Lý do của việc thỏa thuận lại là vì có những thỏa thuận ban đầu hiệu quả, song sau đó không hiệu quả nữa, vì vậy các bên cần có những điều khoản để thỏa thuận lại.

Đối với những hợp đồng ngắn hạn, việc các bên hợp tác như thế nào còn tùy thuộc vào những thông tin mà các bên biết về nhau và việc các bên còn có cơ hội hợp tác với nhau nữa hay không. Theo nguyên tắc cổ (*folk theorem*) thì nếu các bên chỉ gặp nhau một lần, các bên sẽ nghĩ đến chuyện không hợp tác hay lợi dụng đối tác. Tuy nhiên nếu các bên liên hệ với nhau nhiều lần, họ sẽ có xu hướng hợp tác và trung thực với nhau, bởi

¹⁸ Mục V.7, Chương 1.

lẽ nếu họ không trung thực thì đối tác sẽ tìm cách trả đũa (tit for tat). Axelrod (1980) đã đề ra nguyên tắc sống là: (i) không bao giờ là người chơi xấu trước, (ii) tuy nhiên nếu đối thủ chơi xấu thì mình cũng sẵn sàng chơi xấu ở mức cao hơn.

2. Giải thích hợp đồng và các điều khoản ngầm hiểu

Cohen (1999) phân tích hai trường phái soạn thảo và giải thích hợp đồng - trường phái giải thích hợp đồng theo ngôn từ (*textual interpretation*) và giải thích hợp đồng theo hoàn cảnh (*contextual interpretation*). Theo ông, không thể kết luận được ngay trường phái giải thích nào là đúng nhất, mà thông thường phải tùy từng trường hợp. Điều này phụ thuộc vào chi phí giao dịch để soạn thảo hợp đồng, khả năng một bên lợi dụng từ ngữ để gây nhầm lẫn bên kia, cũng như khả năng Tòa án có thể sai khi giải thích hợp đồng.

Trước tiên, lý do các điều khoản không rõ ràng, yêu cầu phải giải thích, đôi khi không phải do trình độ soạn thảo kém mà do hợp đồng không dự trù hết những trường hợp có thể xảy ra trong tương lai. Khi đó, việc giải thích hợp đồng nhằm hướng đến vai trò hướng dẫn các bên cách cư xử khi hợp đồng chưa hoàn chỉnh. Hợp đồng không hoàn chỉnh chưa chắc là hợp đồng không hiệu quả. Đôi khi lại là ngược lại. Việc dự trù tất cả các biến cố có thể xảy ra trong tương lai có thể làm cho chi phí soạn thảo hợp đồng lên rất cao, không có cách nào tốt hơn là dựa vào những từ chung chung như “nguyên tắc thiện chí, trung thực” để giải thích hợp đồng.

Khi những trường hợp chưa được qui định cụ thể trong hợp đồng xảy ra, Tòa án phải xem xét xem mình nên giải thích hợp đồng như thế nào: tìm ý định đích thực của các bên - dựa theo hoàn cảnh lúc giao kết hợp đồng - hay dựa vào những vấn đề khách quan - thí dụ dựa vào ngôn từ của hợp đồng. Nếu là việc dựa vào ngôn từ của hợp đồng thì điều này sẽ ngăn chặn được việc các bên lợi dụng những lỗ hổng trong hợp đồng mà giải thích theo bất cứ hướng nào mình muốn, thậm chí ngược hẳn lại với qui định trong hợp đồng. Ngược lại, nếu chỉ dựa vào ngôn từ thì có thể bên soạn thảo hợp đồng sẽ đưa cho Tòa án những ngôn từ bất hợp lý trong hợp đồng mà bên kia lúc soạn thảo và xem xét hợp đồng đã không để ý. Như vậy cần có sự hài hoà giữa các phương pháp. Kinh tế luật xem xét

cả hai phương pháp, cân nhắc lợi ích, chi phí của mỗi phương pháp trước khi đề ra phương pháp hiệu quả nhất.

Một vấn đề cần quan tâm là khả năng giải thích sai của Tòa án. Theo cách giải thích như vậy, chúng ta giả thiết Tòa án có thể chọn một trong hai cách giải thích – theo ngôn từ hay theo hoàn cảnh. Nếu Tòa chọn cách giải thích theo ngôn từ, xác suất của việc Tòa có thể giải thích được ý định đích thực của các bên là 0,4. Nếu Tòa chọn cách giải thích theo hoàn cảnh, thì xác suất của việc Tòa có thể giải thích được ý định đích thực của các bên là 0,6. Giả thiết rằng các bên đã đánh giá việc Tòa chọn phương pháp giải thích theo ngôn từ và chọn x là 100, và việc Tòa chọn phương pháp giải thích theo hoàn cảnh và chọn x là 80. Các bên cũng đã đánh giá việc Tòa chọn phương pháp giải thích theo ngôn từ và chọn y là 50, và việc Tòa chọn phương pháp giải thích theo hoàn cảnh và chọn y là 10. Như vậy, các bên sẽ muốn Tòa giải thích theo ngôn từ hơn theo hoàn cảnh, nhưng cũng muốn giá trị và hiệu quả của cách lựa chọn của Tòa tốt hơn. Giá trị của việc chọn cách giải thích ngôn từ sẽ là $(0,4 \times 100) + (0,6 \times 50) = 70$. Trong khi đó giá trị của việc chọn cách giải thích theo hoàn cảnh sẽ là $(0,6 \times 80) + (0,4 \times 10) = 88 > 70$. Từ đó, việc chọn cách giải thích theo hoàn cảnh sẽ hiệu quả hơn nếu khả năng giải thích sai của Tòa án theo cách này thấp hơn.

3. Phân chia rủi ro trong hợp đồng

Một trong những chức năng của hợp đồng là phân chia rủi ro – ai nên chịu rủi ro gì khi soạn thảo hợp đồng. Rủi ro khi xảy ra sẽ làm một bên bị thiệt hại. Vấn đề là ở chỗ thiệt hại sẽ do bên kia bồi thường hay không. Lúc này, tiêu chí mà Tòa án xét xử sẽ là việc thiệt hại gây ra có được dự trù trước khi soạn thảo hợp đồng hay không. Trong vụ *Hadley v. Baxendale*, bị đơn bị buộc phải bồi thường thiệt hại do nguyên đơn (nhà máy xay lúa) bị giảm sút thu nhập do bị đơn mang trục máy xay lúa đến chậm. Tòa án cho rằng trong trường hợp này bị đơn buộc phải biết rằng nguyên đơn sẽ phải bị thiệt hại do sản xuất kinh doanh nếu mình mang trục máy xay lúa đến chậm. Bị đơn cho rằng mình không thể nào biết được là mức thiệt hại trên thực tế của nguyên đơn có thể lớn đến mức nào, vì vậy qui định buộc họ bồi thường là bất hợp lý.

Theo quan điểm của kinh tế luật, việc phân định hợp đồng phải dựa theo mức độ chắc chắn của các bên được biết khi giao kết hợp đồng. Các bên nắm vững được rủi ro mà mình gánh chịu cũng như biết được cái giá phải trả khi không thực hiện hay thực hiện chậm trễ. Do nắm được giá, họ sẽ có cách xử lý khi xảy ra thiệt hại hay có cách ngăn chặn để thiệt hại đừng xảy ra. Nếu rủi ro thấp, họ sẽ không bỏ công sức để tiến hành những biện pháp phòng ngừa nếu những biện pháp đó quá tốn kém. Ngược lại, nếu rủi ro phải gánh chịu là cao, họ phải tiến hành những biện pháp phòng ngừa, kể cả việc phải mua bảo hiểm hay tăng giá hợp đồng. Nếu trong vụ *Hadley v. Baxendale* bên bị đơn không biết về giá trị hợp đồng của nguyên đơn đang tiến hành, thì họ không thể chịu trách nhiệm về thiệt hại gián tiếp. Hơn nữa, điều này cũng còn phụ thuộc vào việc giá của hợp đồng là bao nhiêu. Nếu giá trị hợp đồng là thấp thì rõ ràng bị đơn không thể phòng ngừa được những rủi ro gây ra cho nguyên đơn. Việc buộc bị đơn bồi thường sẽ khiến giá thành hợp đồng trong trường hợp sau sẽ tăng lên để đền bù, và như vậy người gánh chịu hậu quả sẽ là khách hàng. Trong khi đó nếu chúng ta buộc nguyên đơn phải tự chịu hậu quả, thì nguyên đơn sẽ có cách xử trí khác, thí dụ như mua một trục bánh xe dự phòng hay khi hỏng hóc thì mua ngay trục bánh xe của người khác mà không cần phải đơn đến khi bị đơn mang trục bánh xe đến. Đây là điều khiến cho các chủ thể hoạt động với chi phí thấp hơn và nền kinh tế sẽ hoạt động có hiệu quả hơn.

4. Chế tài khi vi phạm hợp đồng

Mahoney (1999) tổng kết rằng về khía cạnh kinh tế có hai loại hợp đồng – hợp đồng hiệu quả và hợp đồng không hiệu quả. Đối với hợp đồng hiệu quả, đó là khi tổng giá trị sử dụng của cả hai bên sẽ tăng đến mức tối đa. Đối với hợp đồng không hiệu quả, đó là khi nếu vi phạm hợp đồng thì giá trị sử dụng của cả hai bên sẽ tăng hơn. Thí dụ một người phải bán một căn nhà cho người kia với giá 100 cây vàng, đã nhận đặt cọc là 10 cây vàng. Nếu vi phạm hợp đồng, họ phải trả cho người mua 20 cây vàng (thiệt 10 cây), song lại bán được căn nhà với giá 200 cây vàng cho người khác. Như vậy phương án thực hiện hợp đồng trong trường hợp này là không hiệu quả, và việc vi phạm hợp đồng là hiệu quả. Trong khái niệm của kinh tế luật, không có chuyện đúng hay sai khi vi phạm hợp đồng, mà chỉ có chuyện hiệu quả hay không hiệu quả.

Để cơ chế bồi thường thiệt hại có hiệu quả, cũng như tạo điều kiện cho các bên thiết kế giao dịch sao cho có lợi nhất cho cả hai, các nhà kinh tế luật cho rằng nên qui định trước trong hợp đồng cái giá phải trả khi vi phạm hợp đồng (*liquidated damages*). Khi đó bên vi phạm sẽ có thể cân nhắc mình có nên vi phạm không.

Tại sao các biện pháp chế tài khác như buộc thực hiện hợp đồng, hoặc bồi thường theo thiệt hại thực tế lại không hiệu quả? Theo Alessi (1992), các phương thức bồi thường như vậy có thể dẫn đến việc người được nhận bồi thường được nhiều hơn là thực tế họ đáng được hưởng. Tương tự, nó không cho các bên được quyền thỏa thuận lại hay tính toán lại sao cho có lợi cho cả đôi bên. Như vậy, chúng ta trở lại quan điểm ban đầu – dùng cách thức bồi thường có lợi hơn hay dùng cách bảo vệ quyền sở hữu (buộc thực hiện hợp đồng) có lợi hơn. Theo quan điểm của các nhà kinh tế luật, bồi thường mang lại chi phí giao dịch thấp hơn so với bảo vệ quyền sở hữu – vì nó cung cấp cho các bên ít quyền lựa chọn hơn. Khi các bên có nhiều quyền lựa chọn hơn, họ sẽ có khả năng tự suy nghĩ để tìm giải pháp có lợi nhất cho cả hai bên. Xét về quan điểm của nhà làm luật, vẫn nên cho các bên quyền lựa chọn - bảo vệ theo qui định về bồi thường hay bảo vệ theo qui định về quyền sở hữu.

5. Kinh tế luật và điều khoản bảo hành trong hợp đồng mua bán

Điều khoản bảo hành trong hợp đồng mua bán là một thỏa thuận, trong đó người bán cam kết sẽ thực hiện một số nghĩa vụ trong trường hợp chất lượng vật mua không đảm bảo như đã cam kết. Bảo hành như một loại bảo hiểm, giúp người mua và người bán giải quyết những vấn đề sau. Thứ nhất, người mua sợ rủi ro sẽ yên tâm hơn khi mua hàng và có thể phân biệt giữa hàng tốt (có bảo hành) và hàng xấu (không có bảo hành). Thứ hai, bảo hành là một nguồn thông tin về giá trị thương hiệu, là biện pháp khuyến khích để bên bán đầu tư vào chất lượng sản phẩm.

Trên thực tế, việc các điều khoản bảo hành được sử dụng ngày càng nhiều chứng tỏ đây là một biện pháp hiệu quả để tăng lượng khách hàng, giải quyết vấn đề thông tin không kiểm chứng được. Bởi lẽ tất cả người bán hàng đều khen rằng hàng của mình là tốt, cách tốt nhất để kiểm chứng

những lời khen ngợi trên là bảo hành. Thông thường, những mặt hàng sử dụng lâu dài (như xe hơi, bình nước nóng) được cung cấp bảo hành nhiều hơn những mặt hàng nhanh chóng sử dụng (như sữa bột hay bột giặt). Chúng ta cũng quan sát thấy rằng càng sử dụng càng lâu một sản phẩm thì giá trị của bảo hành càng lớn. Điều này cũng đáp ứng nhu cầu được thông tin của khách hàng đối với những sản phẩm có giá trị cao.

6. Kinh tế luật và bên thứ ba trong hợp đồng

Bên thứ ba có hai vai trò trong hợp đồng - hoặc là bên có lợi ích (*beneficiary*) hay bên chịu thực hiện nghĩa vụ (*delegation*). Về bản chất, bên thứ ba có lợi ích cũng tương tự như chuyển quyền trong hợp đồng, bởi vì bên có quyền được thay đổi. Tương tự, bên thứ ba có nghĩa vụ cũng giống như chuyển quyền. Mặc dù vậy, điểm khác nhau là các bên trong hợp đồng vẫn ràng buộc nhau. Theo nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết thoả thuận, thì phải cho phép các bên qui định quyền và nghĩa vụ của bên thứ ba. Tuy nhiên điều này có thể hiệu quả hơn việc chuyển quyền xét về nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ.

7. Kinh tế luật và hợp đồng thuê khoán trong nông nghiệp

Thuê khoán là một hợp đồng trong đó bên thuê khoán chia sẻ rủi ro cho bên nhận thuê khoán trong việc canh tác nông nghiệp. Thí dụ, khi canh tác, bên thuê thay vì trả tiền thuê có thể thoả thuận với bên cho thuê về mức tiền thuê tương ứng với lợi nhuận thu được khi thu hoạch. Với qui định này, bên thuê có thể hạn chế được rủi ro do thiên tai mùa màng gây ra, và bên cho thuê có thể hưởng lợi do mùa màng bội thu của bên thuê.

Vấn đề thứ nhất ở đây là làm thế nào để kiểm soát hành vi của bên thuê, khi họ có thể than phiền rằng mùa màng thất bát để tránh trả tiền thuê khoán trong khi thu nhập của họ đủ để trả một khoản tiền thuê cao hơn. Vấn đề này có thể giải quyết bằng các qui định về thông tin giữa hai bên và các qui định về báo cáo, kiểm toán. Vấn đề thứ hai khó giải quyết hơn. Đó là ở chỗ nên cho ai thuê để đảm bảo rằng khi thuê họ sẽ mang lợi ích tốt nhất cho bên cho thuê. Thông thường, ai cũng nói mình sẽ canh tác có hiệu quả nhất - tạo nên một sự ồn ào (*noise*) khiến người thuê không thể phân biệt nổi ai nói thật, ai chỉ hứa hão. Điều này có thể giải quyết bằng

việc tổ chức đấu thầu xem ai có thể trả giá cao nhất. Tuy nhiên cách này có thể tạo ra người thắng thầu ảo, sau đó họ không thể trả được giá cao và rồi lại thỏa thuận lại để giảm giá. Lúc đó bên cho thuê có thể không còn cách nào khác là phải đồng ý (vì đã cuối vụ thu hoạch). Ngoài ra một người hứa cho bên cho thuê 20% lợi nhuận chưa chắc thực sự đã cho bên cho thuê nhiều hơn một người chỉ hứa 15% lợi nhuận, nếu con số lợi nhuận tuyệt đối của người sau cao hơn. Một cách khác là đặt các tiêu chuẩn tối thiểu về tiền thuê khá cao, sao cho các bên thuê có hiệu quả nhất sẽ trả tiền nhiều nhất. Trên đây là những gợi ý ban đầu để môn kinh tế luật được tiếp tục nghiên cứu.

IV. KINH TẾ LUẬT VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI THEO HỢP ĐỒNG

1. Nguyên tắc bồi thường thiệt hại

Nguyên tắc về bồi thường thiệt hại trong các nước theo luật Anh - Mỹ tuân theo các phân xử trong vụ kiện *Hadley v. Baxendale*. Theo vụ kiện này, thiệt hại chỉ được bồi thường nếu đó là những hậu quả mà bên gây thiệt hại biết hay buộc phải biết vào thời điểm giao kết hợp đồng về hậu quả của việc vi phạm hợp đồng (*foreseeability*), và người chịu thiệt hại phải tìm mọi cách giảm thiểu thiệt hại (*mitigation*).

Eric Posner (1999) cho rằng các qui định về bồi thường thiệt hại trong hợp đồng theo nguyên tắc *Hadley* (Mục III.3, Chương 3) - về việc phải chứng minh thiệt hại chắc chắn đã phát sinh và phải được lường trước khiến cho việc bồi thường thiệt hại diễn ra không đầy đủ. Bên bị thiệt hại không được bồi thường đúng thiệt hại họ phải chịu, và bên gây thiệt hại cũng có thể chối bỏ trách nhiệm bằng cách cho rằng mình không biết về rủi ro của bên bị thiệt hại. Tương tự, qui định bên bị thiệt hại phải tìm cách khắc phục thiệt hại trước khi yêu cầu bồi thường thiệt hại sẽ khiến cho bên gây thiệt hại ý lại không sử dụng mọi biện pháp để tránh thiệt hại nặng thêm cho bên bị thiệt hại. Tương tự, việc thiếu qui định cụ thể về thiệt hại tinh thần cũng khiến cho các qui định về bồi thường thiệt hại trở nên không hiệu quả.

Điều kém hậu quả thứ nhất của nguyên tắc Hadley là ở chỗ chúng quá tập trung vào vấn đề thông tin bất đối xứng (*asymmetric information*) – nghĩa là việc bồi thường được hay không phụ thuộc vào việc bên gây thiệt hại có nhiều thông tin về rủi ro như bên bị thiệt hại hay không. Thí dụ một bên không quan tâm đến những rủi ro mà bên kia gặp phải có thể vi phạm hợp đồng và giả thiết rằng thiệt hại của bên kia không đáng kể, cho dù trên thực tế thiệt hại của bên kia có thể lớn đến đâu. Cụ thể hơn, một công ty vận chuyển có thể vô ý làm hư hỏng hàng hoá của hành khách và chỉ bồi thường một khoản tiền nhất định, cho dù đối với hành khách hàng hoá có giá trị bao nhiêu đi nữa. Giả sử công ty biết được giá trị của hàng hoá là cao, họ sẽ cẩn thận hơn. Nếu họ biết giá trị hàng hoá là thấp, họ sẽ kém cẩn thận hơn. Nếu họ không biết được chính xác giá trị hàng hoá, họ sẽ chỉ bảo vệ hàng hoá ở mức trung bình. Kết quả là rủi ro đối với hàng hoá giá trị cao sẽ là lớn hơn.

Ngược lại, nếu những người định giá hàng hoá giá trị cao nộp tiền bảo hiểm để hàng hoá được chăm sóc cẩn thận hơn, thì ngay cả điều đó cũng không bảo đảm rằng những hàng hoá đó sẽ được chăm sóc cẩn thận hơn (vì mọi hàng hoá đều được chở trên một chuyến tàu). Hậu quả là, người có hàng hoá giá trị cao cũng sẽ không việc gì phải mua bảo hiểm, và những người còn lại, dù có mua bảo hiểm, cũng quá ít để chủ tàu tiến hành những biện pháp cẩn thận hơn đối với chuyến hàng. Việc trao đổi giữa các bên như vậy là không hiệu quả. Cuối cùng, chủ tàu sẽ bảo vệ hàng hoá ở mức độ trung bình.

Như vậy, một cơ chế bồi thường thiệt hại có hiệu quả phải được thiết kế sao cho không những bên bị thiệt hại mà bên gây thiệt hại cũng phải cẩn thận. Có như vậy thì thiệt hại mới được giảm, và khi thiệt hại xảy ra bên bị thiệt hại mới được bồi thường ở mức độ hợp lý. Ở các nước theo hệ thống luật lục địa, người ta cho rằng cơ chế tối ưu để bồi thường là căn cứ vào mối quan hệ nhân quả. Nếu bên bị thiệt hại không chịu hạn chế thiệt hại, Toà án có thể cho rằng thiệt hại là do bên bị thiệt hại tự gây ra. Nếu bên gây thiệt hại phải biết về thiệt hại mà vẫn vi phạm hợp đồng, gây ra thiệt hại, Toà án có thể cho rằng thiệt hại do bên vi phạm hợp đồng gây ra. Ưu điểm của phương pháp xác định thiệt hại dựa trên quan hệ nhân quả ở chỗ cả hai bên phải cẩn thận. Bên vi phạm hợp đồng nếu không

cẩn thận sẽ bị quy là có lỗi để xảy ra thiệt hại. Lập luận tương tự cũng xảy ra đối với bên bị thiệt hại.

Ngoài ra, việc hạn chế bồi thường thiệt hại tinh thần và nguyên tắc xác định thiệt hại phải chính xác cũng khiến cho bên bị thiệt hại không thể được bồi thường đúng như những thiệt hại mà họ phải gánh chịu. Cooter (1985) cho rằng đã đến lúc kinh tế luật phải tiếp tục nghiên cứu để đề xuất ra một học thuyết về bồi thường thiệt hại hoàn chỉnh hơn những học thuyết hiện nay, vốn khiến cho việc bồi thường thiệt hại không đầy đủ, gây ra sự kém hiệu quả của nền kinh tế.

2. Phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại ấn định

Khái niệm bồi thường thiệt hại ấn định (*liquidated damages*) và phạt vi phạm (*penalty*) hiện nay vẫn còn nhiều tranh cãi. De Geest (1999) cho rằng trong khi bồi thường thiệt hại ấn định là một phương án có hiệu quả để các bên thỏa thuận với nhau phương pháp giải quyết tốt nhất. Các ưu điểm của bồi thường thiệt hại ấn định là (1) giúp các bên phải xác định thiệt hại khi thiệt hại xảy ra, giảm chi phí giao dịch, (2) giúp các bên tin tưởng vào việc thực hiện hợp đồng và cẩn trọng trong khi thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên bồi thường thiệt hại ấn định cũng có một số nhược điểm, đó là (1) làm tăng chi phí giao dịch lúc giao kết hợp đồng (ấn định mức bồi thường sao cho hợp lý), (2) xác định mức bồi thường quá thấp sẽ dẫn đến việc người thực hiện hợp đồng sẽ tìm cách phá vỡ hợp đồng, xác định mức bồi thường quá cao sẽ dẫn đến việc người vi phạm hợp đồng rơi vào tình trạng mất khả năng chi trả và thực hiện hợp đồng sẽ kém hiệu quả. Mặc dù vậy, quan điểm chung vẫn cho rằng bồi thường thiệt hại ấn định giữa các bên có quan hệ mật thiết với nhau vẫn là phương pháp hiệu quả.

Trong khi đó, vấn đề phạt vi phạm cho đến nay vẫn còn có nhiều tranh cãi. Phạt vi phạm là qui định trong hợp đồng, theo đó người vi phạm sẽ phải chịu một khoản phạt, bất kể mức độ thiệt hại là bao nhiêu. Phạt vi phạm khác qui định bồi thường thiệt hại ấn định ở chỗ trong trường hợp sau chỉ qui định có bồi thường nếu chứng minh được là có thiệt hại. Phạt vi phạm có nhiều nhược điểm (1) các bên không thể ra khỏi hợp đồng một cách có hiệu quả, phải thực hiện hợp đồng cho dù chưa chắc việc thực

hiện hợp đồng là có hiệu quả nhất, (2) một bên có thể lợi dụng những điểm không rõ ràng trong hợp đồng để qui kết bên kia vi phạm hợp đồng.

V. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI NGOÀI HỢP ĐỒNG

1. Nền tảng kinh tế của luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng

Nền tảng kinh tế của luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng đã được Coase (1960) và Calabresi và Melamed (1973) qua hai bài báo khoa học nổi tiếng. Coase cho rằng trong một xã hội không có chi phí giao dịch, các qui định về bồi thường thiệt hại sẽ giải quyết tranh chấp thông qua thỏa thuận chứ không phải là từ qui định về quyền sở hữu. Calabresi và Melamed cũng cho rằng trong có hai cách giải quyết mâu thuẫn: công nhận quyền sở hữu về yêu cầu bên gây thiệt hại phải phục hồi nguyên trạng như trước khi thiệt hại xảy ra. Hai giải pháp này không tương đương nhau. Phương pháp bồi thường không đền bù được những thiệt hại tinh thần. Ngoài ra, cách tính thiệt hại để bồi thường đôi khi mang tính chủ quan. Tuy nhiên, nó vẫn có thể được sử dụng khi các qui định bảo vệ quyền sở hữu trở nên không hiệu quả.

Ngoài ra trong lĩnh vực bồi thường thiệt hại một số vấn đề cần xem xét như sau:

- Bồi thường thiệt hại theo lỗi hay không theo lỗi;
- Phân định mức độ lỗi;
- Môi quan hệ nhân quả;
- Cách thức bồi thường thiệt hại khi có nhiều gây ra hay nhiều nạn nhân;
- Cách thức bồi thường trong trường hợp nguồn nguy hiểm cao độ, thiên tai hay thảm họa gây ra; và
- Tính hiệu quả kinh tế của các qui định về bồi thường thiệt hại.

Vấn đề đầu tiên cần nghiên cứu là phạm vi áp dụng của luật bồi thường thiệt hại. Thí dụ, trong ngành y tế, các ngành công nghiệp liên quan đến môi trường có qui định về mức độ bồi thường thiệt hại. Bên cạnh đó, cần

phải lưu ý đến một qui định khác – đó là qui định về an toàn. Nếu qui định về an toàn tốt, thì khả năng xảy ra thiệt hại cũng ít hơn. Hậu quả là nền kinh tế có hiệu quả hơn là so với việc đợi thiệt hại xảy ra mới bồi thường.

Calabresi và Melamed (1973) đã cho rằng có hai cách thức chính để bảo vệ quyền - bằng chế định sở hữu và chế định bồi thường thiệt hại. Đối với chế định sở hữu, pháp luật trao quyền sở hữu cho người nào có khả năng sử dụng một tài sản một cách hữu hiệu nhất. Khi quyền sở hữu bị xâm phạm, pháp luật cho phép người đó yêu cầu Tòa án buộc người xâm phạm phải khôi phục nguyên trạng tài sản bị xâm phạm, cho dù chi phí để khắc phục lớn tới chừng nào. Đối với chế định bồi thường thiệt hại, pháp luật trao cho người bị thiệt hại được quyền đòi người gây thiệt hại phải trả cho mình một khoản tiền tương đương với những giá trị mà mình bị mất. Khoản tiền này đôi khi nhỏ hơn chi phí để khắc phục thiệt hại. Tuy vậy, cũng khó xác định cơ chế nào có hiệu quả hơn. Điều này hoàn toàn phụ thuộc vào chi phí giao dịch (trong đó có chi phí thực thi và nắm thông tin về thiệt hại). Nếu chứng minh thiệt hại không ôn thì cơ chế bảo vệ theo quyền sở hữu có hiệu quả hơn.

Kaplow và Shavell (1992) tổng kết điểm lợi và hại của bảo vệ quyền bằng chế định sở hữu và bảo vệ quyền bằng chế định bồi thường thiệt hại như sau:

	Chi phí đánh giá cao	Chi phí đánh giá thấp
Chi phí giao dịch cao	Cả hai chế định đều không hiệu quả	Chế định bồi thường thiệt hại hiệu quả hơn
Chi phí giao dịch thấp	Cả hai chế định đều hiệu quả	Cả hai chế định đều hiệu quả

Khi chi phí đánh giá thiệt hại thấp, việc qui định bồi thường thiệt hại hiệu quả hơn là qui định bảo vệ quyền sở hữu, bởi lẽ để được bồi thường thiệt hại thủ tục sẽ đơn giản hơn là phục hồi nguyên trạng khi quyền sở hữu bị xâm phạm. Coleman (1992) cho rằng khi không thể xác định xử lý theo kiểu như thế nào là hiệu quả nhất, thì cách xử lý theo qui định về bảo vệ quyền sở hữu là an toàn nhất.

2. Bồi thường thiệt hại theo lỗi và không theo lỗi

Khi nào thì nên áp dụng cơ chế bồi thường thiệt hại theo lỗi (*negligence*) và khi nào thì áp dụng cơ chế qui trách nhiệm không phụ thuộc vào yếu tố lỗi (*strict liability*)? Mỗi nước có một cách giải quyết khác nhau.

Bồi thường thiệt hại là một trong những cơ chế kinh tế có thể nghiên cứu. Landes and Posner (1987: 6) cho rằng khi được biết trước hậu quả (cái giá phải trả) của việc vi phạm pháp luật, người dân sẽ biết mình phải làm gì để tránh phải trả giá, từ đó những hành vi của họ được điều chỉnh sao cho phù hợp với những nguyên tắc về tính hiệu quả của nền kinh tế. Thí dụ, khi biết gây ô nhiễm môi trường, hay bán sản phẩm có chất lượng không đảm bảo sức khỏe sẽ phải bồi thường thiệt hại nặng, các doanh nghiệp sẽ áp dụng các biện pháp cần thiết để bảo vệ môi trường và người tiêu dùng, từ đó đem lại hiệu quả cho xã hội và nền kinh tế. Trong thí dụ dưới đây, chúng ta sẽ nghiên cứu việc đấu trí của hai người: người đi xe và người đi bộ, từ đó chứng minh rằng cơ chế tốt nhất cho bồi thường thiệt hại là cơ chế lỗi. Khi phân định lỗi thì mọi người sẽ phải cẩn thận hơn trong hành vi của mình, và chi phí của xã hội cho việc bồi thường thiệt hại sẽ là nhỏ nhất. Tuy nhiên nguyên tắc bồi thường thiệt hại không theo lỗi cũng cần thiết khi không có thông tin đầy đủ xem ai là người gây ra lỗi, hay khi chi phí để đòi bồi thường cho nạn nhân lên quá cao, hay khi một người có khả năng ngăn chặn rủi ro xảy ra thiệt hại với chi phí nhỏ nhất.¹⁹

Hai công cụ của lý thuyết trò chơi là phương pháp quy nạp ngược (*backward induction* - hay "luẩn cẩu suy kim") và phương pháp hoàn hảo dưới trò chơi (*subgame perfection*). Mục đích của việc sử dụng các công cụ này là tìm thông tin về chiến lược của người chơi và có thể đưa ra phương pháp tổng quát. Các nhân tố tham gia trong cuộc chơi lý thuyết trò chơi bao gồm:

- 1) Người chơi.
- 2) Thời điểm chơi (thời điểm chiến lược) của từng người chơi.
- 3) Khả năng chọn lựa của mỗi người chơi vào từng thời điểm.
- 4) Thông tin mà người chơi có thể thu được từ từng thời điểm.
- 5) Kết quả chơi và lợi ích của từng người chơi.

¹⁹ Nguyên tắc này đã được Thẩm phán Learned Hand nêu trong một vụ kiện năm 1948 (gọi là *Hand Rule*).

3. Nhiều người cùng gây ra thiệt hại

Trong trường hợp nhiều người cùng gây ra thiệt hại thì qui định thông thường là họ phải liên đới bồi thường. Tuy nhiên sau đó, họ có quyền phân chia lại mức bồi thường giữa họ với nhau theo yếu tố lỗi. Tại sao lại qui định về việc liên đới bồi thường? Có qui định như vậy, những người có khả năng kiểm soát rủi ro mới phải nỗ lực hết sức, đồng thời phải giám sát người kia xem họ có khả năng gây thiệt hại (làm mình phải vạ lây) hay không? Tất cả những qui định như vậy sẽ khiến cho việc phòng tránh rủi ro có hiệu quả hơn. Ngoài ra, qui định về liên đới bồi thường còn có vai trò quan trọng để bảo vệ quyền của người bị thiệt hại khi bên gây thiệt hại không có khả năng bồi thường. Trong trường hợp này, bên có khả năng bồi thường sẽ phải suy nghĩ kỹ và cẩn thận hơn, ngay cả việc giám sát những người khác mà mình phải chịu trách nhiệm liên đới.

Một ưu điểm nữa của qui định về bồi thường liên đới là khả năng các bên hoà giải sẽ cao hơn. Khi quyền lợi của bên bị thiệt hại được bảo đảm, thì đồng thời khả năng thương lượng giữa bên gây thiệt hại và bên bị thiệt hại trên tinh thần bình đẳng cũng sẽ cao hơn. Đối với bên bị thiệt hại, mặc dù họ có quyền đòi bất cứ ai, song chi phí kiện tụng cũng như điều tra xem ai đáng để đòi nhất cũng không phải đơn giản, trong khi đó chi phí thỏa thuận, thương lượng lại thấp hơn, dễ dẫn đến chuyện các bên sẽ thỏa thuận với nhau về mức bồi thường. Đồng thời, qui định như vậy dễ dẫn đến các giải pháp công bằng hơn. Tuy nhiên, Kornhauser (1999) cho rằng chưa hẳn là như vậy. Theo ông, xét về phương diện công bằng cũng như khả năng khuyến khích hoà giải, chưa hẳn cơ chế liên đới bồi thường sẽ tốt hơn là cơ chế mỗi người tự chịu thiệt hại theo mức độ lỗi của mình một cách riêng rẽ. Có lẽ, cơ chế liên đới bồi thường chỉ nên áp dụng khi không thể phân định được mức độ lỗi của từng người hay khả năng bảo vệ quyền của bên bị thiệt hại khi một bên không có khả năng thanh toán.

4. Môi quan hệ nhân quả

Theo Ben Shahar (1999), có lẽ trong khoa học pháp lý, không có khái niệm nào nảy sinh nhiều tranh chấp hơn các quan điểm khác nhau về mối quan hệ nhân quả. Có hai lý thuyết về quan hệ nhân quả: lý thuyết quan hệ trực tiếp (*cause in fact*) và quan hệ chủ đạo (*proximate clause*). Đối với phái quan hệ trực tiếp, người ta cho rằng nguyên nhân của thiệt hại chính ra những sự kiện cuối cùng đã gây ra thiệt hại. Tức là nếu không có sự kiện đó thì thiệt hại đã không phát sinh. Đối với pháp quan hệ chủ đạo, người ta cho rằng nguyên nhân của thiệt hại chính là những sự kiện chính và gần gũi nhất với thiệt hại. Có nghĩa là, các sự kiện đó không chỉ có khả năng gây ra thiệt hại mà làm tăng xác suất gây ra thiệt hại. Trong quan hệ trực tiếp, vấn đề cần quan tâm là “nếu không ... thì thiệt hại không xảy ra.” Trong quan hệ chủ đạo, vấn đề cần quan tâm là “vì ... đã xảy ra, nên khả năng gây ra thiệt hại đã trở nên lớn hơn nhiều.”

Tuy nhiên đối với các nhà kinh tế, thì quan hệ nhân quả không có nghĩa lắm, mà có ý nghĩa nhất trong chế định bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng chính là khả năng phòng tránh rủi ro của các bên. Thảm phán Hand đã đề ra nguyên tắc: bên nào có thể tránh thiệt hại với chi phí ít nhất, bên ấy có nghĩa vụ phải phòng tránh thiệt hại. Nếu để thiệt hại xảy ra, thì bên đó chính là bên đã có lỗi khi gây ra thiệt hại. Coase (1960) cho rằng tìm quan hệ nhân quả cũng không có nhiều ý nghĩa. Câu “người gây thiệt hại đã hành động, trong khi đang hành động, đã gây thiệt hại cho người bị thiệt hại” cũng chẳng khác gì câu “người bị thiệt hại đã hành động, trong khi đang hành động, đã gây thiệt hại cho chính mình.” Calabresi (1970) cũng cùng quan điểm, cho rằng cơ chế tìm nguyên nhân và hậu quả chỉ làm cho các qui định của pháp luật thêm cứng nhắc chứ không giúp vấn đề giải quyết rõ hơn. Tuy vậy, Calabresi cũng phân loại các quan hệ nhân quả như phần trên đã nói (*cause in fact* và *causal link*). Theo Cooter (1980), chỉ nên tính toán mối quan hệ nhân quả theo xác suất, có nghĩa là nếu một người có khả năng kiểm chế xác suất xảy ra thiệt hại ma không chịu kiểm chế, thì chính họ đã gây ra thiệt hại nếu tính theo mối quan hệ nhân quả. Cách giải quyết như vậy mới giải quyết tận gốc của vấn đề - làm sao cho thiệt hại lần sau không xảy ra nữa.

Thế còn trường hợp chưa chắc một bên gây thiệt hại thì sao? Theo Ben Shahar, câu hỏi chính của quan hệ nhân quả là “trong trường hợp nào một người phải chịu trách nhiệm về việc xảy ra một thiệt hại mà chưa chắc đã là do anh ta gây ra?” Câu trả lời của Shavel (1990) là người đó chỉ chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại mà xác suất xảy ra là lớn. Đối với những thiệt hại có xác suất nhỏ, thì chi phí để bỏ ra để tránh những thiệt hại này sẽ trở nên quá lớn, không đủ sức để một người có thể tiếp tục kinh doanh, hoạt động. Chúng ta phải hiểu rằng chúng ta sống trong một môi trường đầy rủi ro. Không thể tránh hết các rủi ro, song có thể giảm thiểu rủi ro bằng cách qui trách nhiệm cho người nào không quản lý được rủi ro (có xác suất lớn). Đối với những xác suất nhỏ thì không thể qui trách nhiệm được, vì mỗi quan hệ nhân quả rất khó đoán biết. Thí dụ trong vụ *Palgraf v. Long Island Railroad Inc.* [1928] 162 N.E. 99, một người do chạy lên tàu lúc tàu chuyển bánh, đã làm rơi chiếc vali của mình. Trong vali có các bánh thuốc pháo. Bánh xe của tàu đã cán vào các bánh thuốc pháo làm chúng phát nổ, gây hoảng loạn cho hành khách trên sân ga. Một thiếu phụ đã bị một hành khách trên sân ga chèn ngã và gãy chân. Thiếu phụ đòi công ty xe lửa phải bồi thường thiệt hại, vì nếu không có việc nhân viên trên tàu lượm chụp đỡ chiếc vali không đúng kiểu, thì làm gì có chuyện chiếc vali đó phát nổ, gây hoảng loạn cho hành khách chèn mình, làm mình gãy chân. Tòa án bác quan điểm của thiếu phụ này, vì cho rằng xác suất để việc làm rơi chiếc vali làm thiếu phụ đang ngồi trên băng ghế ở sân ga rất nhỏ, vì thế không thể qui trách nhiệm cho công ty xe lửa được. Người gây ra thiệt hại lẽ ra, theo qui luật xác suất, là người đã mang chất cháy nổ vào nhà ga mà không thông báo cho công ty xe lửa biết. Họ là người nắm thông tin và là người có khả năng ngăn cản tai nạn không xảy ra nhiều nhất, song họ đã không làm.

5. Thiệt hại xảy ra

Arlen (1999) cho rằng nguyên tắc của bồi thường thiệt hại là phải làm giảm thiểu tổng chi phí giữa thiệt hại và chi phí tránh thiệt hại. Trong những phần trước, chúng ta đã tính toán chi phí tránh thiệt hại. Trong phần này, chúng ta xem xét cách tính thiệt hại để bồi thường như thế nào. Như đã biết, việc tính toán thiệt hại phụ thuộc vào việc xác định mối quan hệ nhân quả. Nếu các thiệt hại phát sinh không nằm trong phạm vi mà

mối quan hệ nhân quả cho phép để xác định thiệt hại thì việc tính toán thiệt hại trong khu vực đó không có ý nghĩa.

Ngay cả khi đã xác định được thiệt hại trong khu vực có mối quan hệ nhân quả, thì việc xác định cho đúng thiệt hại cũng không hề đơn giản và rẻ tiền. Có rất nhiều chi phí phải tính đến, đó là việc toà án tính toán sai, không tìm được chứng cứ, không chứng minh được thiệt hại, chi phí hầu kiện hay kháng cáo ở các toà cấp trên, v.v. Cuối cùng, do chi phí quá cao, nguyên đơn có thể từ bỏ việc kiện và đi theo con đường thỏa thuận mức bồi thường vừa phải.

Một trong những thiệt hại rất khó xác định là thiệt hại đối với tính mạng, sức khỏe. Mặc dù chúng ta coi mọi cá nhân đều bình đẳng, song thiệt hại đối với tính mạng của những người khác nhau hoàn toàn không giống nhau. Ở đây, thiệt hại lớn nhất là thiệt hại về tinh thần đối với những người ở lại, hay thiệt hại về khả năng kiếm sống của những người đó. Để tính toán thiệt hại, phương pháp thường dùng là làm thế nào để đề ra một mức bồi thường tối ưu cho nạn nhân, khiến họ có thể nghĩ rằng, nếu mình không bị thiệt hại thì cũng chưa chắc kiếm được ngần ấy tiền (bồi thường thiệt hại). Đó là việc so sánh lợi ích của cả hai bên để có cách khiến cho cả hai cùng đồng ý về mức thiệt hại.

Khi bồi thường thiệt hại, cần quan tâm đến hai vấn đề của việc “con cá mất là con cá to” – thông thường người bị thiệt hại muốn đòi nhiều hơn cái họ đáng được hưởng (xem Mục V.7, Chương 1). Người gây thiệt hại muốn trả ít hơn cái họ đáng phải chịu. Để tránh tình trạng này, việc bồi thường thiệt hại phải đi đôi với việc phân tích chính sách sao cho cả bên gây thiệt hại lẫn bên bị thiệt hại thấy trách nhiệm của mình trong việc để thiệt hại xảy ra. Rất nhiều trường hợp thiệt hại xảy ra là do cả hai bên. Khi đó, cách nhìn của kinh tế đối với việc bồi thường thiệt hại chính là phải làm sao để cho hiệu quả ở cả ba lĩnh vực: bồi thường thiệt hại cho người bị thiệt hại, tránh tổn thất tiếp tục xảy ra, và xây dựng một cơ chế phòng chống thiệt hại xảy ra.

Ở Mỹ có một loại bồi thường thiệt hại đặc biệt, đó là bồi thường thiệt hại mang tính răn đe (*punitive damages*), để thiệt hại không bao giờ xảy ra nữa, cũng như những người có trách nhiệm trong việc phòng chống thiệt

hại sẽ phải cẩn thận hơn (xem Mục 8 dưới đây). Nếu chúng ta cho rằng chỉ nên bồi thường cho đúng thiệt hại xảy ra thì điều đó chưa chắc đã ngăn được thiệt hại tái diễn. Đó là vì có người chịu rủi ro nhiều hơn người khác. Họ cứ nghĩ: sản xuất gian dối được 10 lần mới bị bắt 1 lần. Lần đó phải bồi thường thiệt hại thì 9 lần kia cũng đủ sức kiếm lời. Trong những trường hợp như vậy, mức độ bồi thường cần phải được nhân lên nhiều lần thì mới có thể loại trừ được những người sẵn sàng chịu rủi ro để đạt siêu lợi nhuận. Chính vì thế mà bồi thường mang tính trừng phạt hay răn đe xuất hiện nhiều trong các ngành như sản xuất xe hơi, thuốc lá hay hoá chất – những ngành rủi ro cao, ảnh hưởng đến nhiều người và siêu lợi nhuận. Cũng vì thế mà mức bồi thường thiệt hại răn đe bao giờ cũng đi liền với khả năng thu lợi nhuận của người gây ra thiệt hại, sao cho họ cảm thấy chùn tay mà không gây thiệt hại trong tương lai.

6. Yếu tố lỗi

Thông thường cơ chế bồi thường thiệt hại là dựa trên yếu tố lỗi. Tuy nhiên có những trường hợp không có lỗi vẫn phải bồi thường. Đó là do mục đích kinh tế của bồi thường thiệt hại – làm thế nào để không xảy ra thiệt hại nữa, và làm thế nào để người có khả năng kiểm soát rủi ro sẽ không lơ là trong việc kiểm soát rủi ro. Thí dụ, trách nhiệm của bác sỹ, bệnh viện hay chủ nguồn nguy hiểm cao độ. Nếu chức năng của bồi thường chỉ là để đền bù thiệt hại thì luật về bồi thường thiệt hại sẽ không có hiệu quả. Chức năng của bồi thường còn là sự bảo đảm để những thiệt hại như vậy không xảy ra nữa. Vì thế mới có qui định về bồi thường thiệt hại không phụ thuộc vào yếu tố lỗi.

7. Bồi thường thiệt hại không phụ thuộc yếu tố lỗi

Trong một số trường hợp, pháp luật qui định những người gây thiệt hại không bồi thường thiệt hại theo yếu tố lỗi mà theo quan hệ chủ sở hữu – người quản lý (*principal – agent relationship*). Điều đó phát xuất từ hai nguyên nhân. Thứ nhất, khả năng chi trả của người quản lý không lớn bằng chủ sở hữu, trong khi chủ sở hữu được lợi từ những hành vi của người quản lý. Nếu không qui định chủ sở hữu (ví dụ người sử dụng lao động) phải chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại do người quản lý gây ra (ví dụ người lao động) thì chủ sở hữu sẽ không cẩn thận trong việc

quản lý người lao động. Hậu quả là, người bị thiệt hại chưa chắc đã được đền bù đầy đủ, trong khi chủ sở hữu luôn được hưởng lợi từ những hành vi của người quản lý. Thứ hai là, sự cẩn thận của chủ sở hữu sẽ tăng, khiến hiệu quả của nền kinh tế sẽ tốt hơn.

Từ đó, Ian Mc Ewin (1999) cho rằng có hai chức năng của luật bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng - chức năng bồi thường và chức năng ngăn chặn. Các qui định về bồi thường thiệt hại không phụ thuộc vào yếu tố lỗi chủ yếu nhấn mạnh đến chức năng thứ hai – thông qua các chế tài bồi thường để chủ sở hữu các nguồn nguy hiểm cao độ hay các doanh nghiệp có ý thức hơn trong việc bảo vệ lợi ích hợp pháp của các chủ thể khác. Một số học giả như Trebilcock (1992) cho rằng qui định như vậy sẽ bất lợi cho các chủ sở hữu không có khả năng kiểm soát rủi ro. Khi đó họ sẽ bắt buộc phải mua bảo hiểm và làm tăng thêm chi phí giao dịch, giảm hiệu quả của nền kinh tế. Coase (1980) có quan điểm khác. Ông cho rằng thông qua các qui định về bảo hiểm, chủ sở hữu và công ty bảo hiểm có thể thỏa thuận với nhau về chi phí giao dịch một cách hữu hiệu. Chủ sở hữu nào cẩn thận, ít gây tai nạn sẽ chỉ phải trả tiền bảo hiểm ở mức thấp. Ngược lại, chủ sở hữu hay gây tai nạn sẽ phải trả tiền bảo hiểm ở mức cao hơn. Xét cho cùng, điều này khuyến khích các chủ sở hữu cẩn thận, và vì vậy giảm chi phí giao dịch.

Ngược lại, bảo hiểm cũng đóng vai trò quan trọng trong việc mang lại hiệu quả cho nền kinh tế. Mc Ewin vì vậy cho rằng một cơ chế đem lại hiệu quả chính là một cơ chế kết hợp giữa bồi thường thiệt hại theo lỗi, bồi thường thiệt hại không theo lỗi, và các qui định về bảo hiểm, kể cả bảo hiểm xã hội. Điều mà chúng ta cần nghiên cứu tiếp là nên qui định về bồi thường thiệt hại không theo lỗi cũng như bảo hiểm như thế nào để có lợi nhất cho nền kinh tế.

8. Kinh tế luật và bồi thường trừng phạt (punitive damages)

Bồi thường thiệt hại theo hình thức trừng phạt là việc Tòa án ấn định mức bồi thường rất cao đối với một thiệt hại nhỏ, nhằm trừng phạt những công ty sản xuất những hàng hoá gây nguy hiểm cho cộng đồng phải cẩn thận hơn. Trong một vụ kiện ở Hoa Kỳ, một phụ nữ đã kiện công ty sản xuất thức ăn nhanh McDonald vì đã không lưu ý cho bà ta biết rằng cốc cà phê

của bà mua là rất nóng. Bà đã kẹp cốc cà phê nóng này vào giữa hai chân, vừa uống vừa lái xe hơi, và vì vậy đã bị bỏng. Mặc dù chi phí chữa chạy vết bỏng chỉ 2000 USD, Tòa án đã yêu cầu công ty McDonald phải bồi thường bà 2 triệu USD để trừng phạt “thái độ vô trách nhiệm đối với khách hàng”. Theo hai giáo sư của Đại học Harvard Polinsky và Shavel (1999), bồi thường trừng phạt (punitive damages) đóng vai trò quan trọng trong việc xác định cách thức phòng chống ngăn ngừa thiệt hại xảy ra trong tương lai. Tuy nhiên các học giả này cũng cho rằng cuối cùng người gánh chịu thiệt hại sẽ là cổ đông của các công ty gây thiệt hại, trong khi họ không phải là người đáng phải chịu trách nhiệm về thiệt hại xảy ra. Như vậy, câu hỏi đặt ra cho các nhà nghiên cứu kinh tế luật trong tương lai là có nên áp dụng phương pháp bồi thường trừng phạt hay không?

Kinh nghiệm cho thấy chỉ có Mỹ áp dụng biện pháp trừng phạt này. Tuy nhiên, cũng không có bằng chứng nào cho thấy các các nhà sản xuất sản phẩm tại Mỹ cẩn thận hơn các nhà sản xuất sản phẩm cùng loại tại Châu Âu hay Nhật đối với sản phẩm của mình. Ngược lại, việc áp dụng bồi thường trừng phạt lại tạo điều kiện cho những người cố tình chịu thiệt hại để khởi kiện đòi bồi thường thiệt hại gấp nhiều lần. Chính vì thế, gần đây các học giả Hoa Kỳ đã kêu gọi có một số cải cách luật pháp để việc bồi thường trừng phạt không bị lạm dụng, thí dụ như không cho phép người bị thiệt hại được hưởng toàn bộ tiền bồi thường, mà chỉ được một phần - phần còn lại sẽ được sung quỹ Nhà nước. Nhà nước cần cho phép cơ chế bảo hiểm trách nhiệm do bồi thường trừng phạt cho các doanh nghiệp, đồng thời cho phép các khoản chi bồi thường thiệt hại được khấu trừ vào thuế thu nhập doanh nghiệp.

VI. KINH TẾ LUẬT VÀ CÁC QUI ĐỊNH VỀ ĐƯỢC LỢI KHÔNG CÓ CĂN CỨ PHÁP LUẬT

Theo Townell (1999), vấn đề được lợi không có căn cứ pháp luật thuộc phạm vi của ba qui định - thứ nhất là nghĩa vụ cứu tài sản hay sinh mạng người khác khi người này gặp nguy hiểm, thứ hai là trả lại những yếu tố ngoại lai (externality) mà một bên đã lợi dụng của bên kia, thứ ba là phải hạn chế việc bỏ qua những cơ hội kinh doanh (thực hiện không có ủy quyền). Lý do sử dụng các qui định này như sau:

Thứ nhất, pháp luật phải cung cấp lợi ích cho người bảo vệ tài sản và tính mạng của người khác - thực hiện công việc không có ủy quyền. Nếu không qui định như vậy thì xã hội sẽ bị thiệt hại mà không có ai giúp những tài sản bị hủy hoại.

Thứ hai, khi một người sử dụng các yếu tố ngoại lai của người khác để thu lợi cho mình thì người đó phải hoàn trả, nếu không tình trạng lợi dụng yếu tố ngoại lai sẽ kéo dài, gây bất hiệu quả cho nền kinh tế

Thứ ba, khi một người tranh giành những cơ hội kinh doanh của người khác, thì đã dẫn đến tình trạng kém hiệu quả của nền kinh tế - người đáng được hưởng thì không được hưởng, người không làm gì thì lại được hưởng, điều đó sẽ ảnh hưởng đến nguyên tắc bảo vệ quyền sở hữu và bảo vệ những người đem lại hiệu quả.

VII. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT LAO ĐỘNG

1. Kinh tế luật và hợp đồng lao động

Một trong những vấn đề quan trọng của luật lao động là hợp đồng lao động, bao gồm thời giờ, công việc lao động, bảo hiểm xã hội và bảo hiểm y tế. Trên thực tế, một hợp đồng được coi như bao gồm hai phần - phần nêu rõ và phần ngầm hiểu. Trong khi phần nêu rõ được coi như có hiệu lực thi hành, phần ngầm hiểu được coi như “tự thi hành”, vì rất khó có thể thi hành được khi các điều khoản qui định không rõ ràng. Các vấn đề liên quan đến hợp đồng lao động được phân tích như sau:

2. Mức lương tối thiểu

Một trong những câu hỏi đầu tiên về tiền lương là mức lương tối thiểu. Các nhà kinh tế học cho rằng khi có qui định về mức lương tối thiểu, lượng lao động tăng. Khi không có mức lương tối thiểu, lượng lao động trong xã hội giảm. Lý do là vì nếu không có mức lương tối thiểu, các công ty sẽ không biết phải trả bao nhiêu là hợp lý, vì vậy sẽ có khuynh hướng trả tăng và kết quả là họ ngại phải thuê thêm nhân công. Phát hiện này được Stigler (1969) tìm ra. Ngoài ra, khi năng suất lao động tăng, tiền lương cũng phải tăng.

3. Phân biệt đối xử

Trong Bộ luật Lao động của hầu hết các nước đều có qui định về bảo vệ quyền lợi của lao động nữ và điều khoản cấm phân biệt đối xử giữa những người lao động. Kinh tế luật nghiên cứu những trường hợp trong đó thị trường có xu hướng phân biệt đối xử người lao động, đồng thời tìm các thiết kế các qui định của pháp luật sao cho hướng các thị trường lao động đến việc giảm phân biệt đối xử, song đồng thời cũng đem lại lợi ích cho người sử dụng lao động.

Theo Becker (1971), tình trạng phân biệt đối xử xảy ra khi một người sử dụng lao động sẵn sàng trả tiền công cao hơn cho một người (so với những người khác) vì bản thân người đó hơn là vì công việc. Tại Mỹ có nạn phân biệt đối xử giữa người lao động da trắng và người lao động da đen. Ở Việt Nam có thể xuất hiện sự phân biệt đối xử về tiền lương giữa người lao động Việt Nam và người lao động nước ngoài trong các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Do đâu xuất hiện sự phân biệt này, và tại sao sự cạnh tranh giữa những người sử dụng lao động để chọn lấy người lao động tài giỏi không xoá bỏ được sự phân biệt đối xử này? Câu trả lời có thể nằm trong những sở thích chung của những người sử dụng lao động. Thí dụ, trong các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, việc xuất hiện những nhà quản lý nước ngoài đôi khi làm các đối tác Việt Nam (có tâm lý chuộng ngoại) tin tưởng hơn. Bản thân người Việt Nam cũng nghĩ rằng trả lương cho người Việt Nam thấp hơn cho người nước ngoài là điều bình thường, cho dù năng suất lao động của người Việt Nam có cao hơn. Đây là những khiếm khuyết trong tâm lý mà cơ chế thị trường không tự điều chỉnh được.

Như vậy, Việt Nam có cần thiết phải ban hành qui định về việc chống phân biệt đối xử hay không? Có quan điểm cho rằng không cần, vì lương của người lao động tại các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, cho dù có thấp hơn nhiều so với lương của đồng nghiệp nước ngoài, cũng vẫn cao hơn lương của người lao động trong các doanh nghiệp nhà nước hay doanh nghiệp tư nhân. Tuy nhiên, nếu điều này không được giải quyết, thì sự bất công về lương bổng sẽ dẫn đến sự bất công về vị trí lãnh đạo và những vấn đề khác. Không ai giao vị trí lãnh đạo cho một người có mức lương thấp hơn lương nhân viên của mình, vì trách nhiệm của lãnh đạo

cao hơn trách nhiệm của nhân viên. Ngoài ra, điểm quan trọng hơn cả là nếu không có luật thì sẽ không thay đổi được ý thức của các doanh nghiệp là nên đánh giá con người thông qua năng lực và năng suất của họ chứ không phải màu da hay quốc tịch. Như vậy, giải pháp cho khiếm khuyết của thị trường về sự phân biệt đối xử nên là việc ban hành các qui định về chống phân biệt đối xử nơi lao động.

Một trong những người phản đối luật về chống phân biệt đối xử là thẩm phán Posner (1987). Ông cho rằng khi không có luật phân biệt đối xử, người sử dụng lao động có thể thuê người bản xứ với giá thấp hơn người nước ngoài và vì vậy doanh nghiệp sẽ có lợi nhuận cao hơn doanh nghiệp nước ngoài. Tuy nhiên, khi có qui định “những người làm công việc như nhau phải hưởng lương như nhau”, người sử dụng lao động không thể trả lương thấp cho người bản xứ, và vì vậy doanh nghiệp sẽ kém hiệu quả hơn trước kia. Ngoài ra, doanh nghiệp sẽ chuyển sang xu hướng thuê người lao động nước ngoài cho vị trí lãnh đạo, vì người bản xứ cũng có mức lương cao không kém. Cách suy luận này không vững chắc ở một điểm, đó là người sử dụng lao động khi đó đã lợi dụng tình trạng thiếu luật pháp và những quan điểm sai lệch về người lao động bản xứ để bóc lột giá trị thặng dư của người lao động. Để tránh tình trạng này, việc cần làm là phải có những qui định không cần phải cụ thể, song phải định hướng để giảm thiểu tình trạng phân biệt đối xử trong lao động.

4. Các qui định về an toàn lao động và bảo vệ sức khỏe người lao động

Xét trên quan điểm kinh tế luật, tại sao người sử dụng lao động phải trả bảo hiểm xã hội và bảo hiểm y tế cho người lao động? Câu trả lời là: thông thường, người sử dụng lao động sẵn sàng chi trả cho bảo hiểm tai nạn lao động, bảo hiểm xã hội và bảo hiểm y tế chừng nào các chi phí này còn thấp hơn việc phải tăng lương cho người lao động để tránh rủi ro xảy ra do tai nạn lao động, gây ảnh hưởng đến năng suất lao động của cả doanh nghiệp. Điều này xuất phát từ sự thực hiển nhiên là nếu trả lương thấp mà chế độ bảo hiểm cũng không cao thì người lao động sẽ chuyển sang làm việc ở cơ quan khác có mức lương cao hơn. Ngoài ra, nếu người lao động bị tai nạn trong khi thực hiện công việc, do lỗi chỉ đạo của người sử dụng lao động, thì người sử dụng lao động phải bồi thường. Vì thế, việc qui định về an toàn lao động và bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế

cho người lao động là phục vụ lợi ích của cả hai chủ thể. Tuy nhiên mỗi cách (qua thị trường, qua các qui định của pháp luật về bồi thường thiệt hại hay qua các qui định về an toàn lao động) có thể đều không mang lại kết quả như ý muốn. Mô hình tốt hơn có lẽ là sự kết hợp của cả ba.

5. Kinh tế luật và bảo hiểm xã hội

Mục đích chính của bảo hiểm xã hội là để xây dựng một nguồn quỹ để tái phân chia khi người lao động về hưu. Một hệ thống bảo hiểm xã hội tốt thì phải cân bằng về thu chi. Có nghĩa là, số lượng tiền mà người mua bảo hiểm được hưởng phải luôn cân bằng hoặc ít hơn số lượng tiền người mua bảo hiểm đóng. Trên thực tế, điều này không chắc đã xảy ra. Thí dụ, một số người sống lâu hơn người khác, thu nhập nhiều hơn người khác thì phải đóng bảo hiểm cao hơn, song chưa chắc đã được hưởng tiền bảo hiểm. Họ lao động cật lực và hầu như “không còn thời gian để ốm.” Trong khi đó, người khác thu nhập ít hơn, làm việc ít hơn và thời gian đi đến bệnh viện cũng nhiều hơn. Nói cách khác, họ hưởng tiền bảo hiểm của người làm việc chăm chỉ. Đây có phải là một sự kém hiệu quả trong hệ thống bảo hiểm xã hội không, và nếu có thì khắc phục sự kém hiệu quả này như thế nào? Thông thường người ta dùng hai phương pháp: phân tích rủi ro và thu thập thông tin. Phân tích rủi ro nhằm mục đích xem xét người nào có khả năng tiêu thụ tiền bảo hiểm cao hơn số tiền họ đóng, nhằm buộc họ phải đóng thêm tiền bảo hiểm. Thu thập thông tin nhằm tránh lừa đảo trong bảo hiểm. Người mua bảo hiểm biết rõ về bệnh tật và khả năng thu nhập của mình hơn công ty bảo hiểm. Vì thế, họ có thể sẽ che giấu những thông tin bất lợi của mình để được hưởng bảo hiểm.

Có hai cách đóng bảo hiểm xã hội. Cách thứ nhất phân chia bảo hiểm theo số tiền đóng – đóng nhiều hưởng nhiều, đóng ít hưởng ít (*pay as you go*). Cách thứ hai phân chia bảo hiểm theo nhu cầu (*capital reserve*) – người đóng nhiều có thể hưởng ít vì không có nhu cầu, người đóng ít có thể hưởng nhiều vì nhu cầu cao (do bệnh tật, già yếu), v.v. Như vậy thoạt nhìn cách chi tiền bảo hiểm theo nhu cầu có vẻ như không công bằng lắm. Tuy nhiên, nếu phân chia bảo hiểm theo số tiền đóng thì thị trường sẽ không hiệu quả, bởi lẽ những người về hưu, cao tuổi sẽ không được trợ cấp, nếu chúng ta nhớ rằng một số xã hội có khuynh hướng già đi, và vì vậy việc trợ cấp cho người già trở thành việc không thể tránh

được. Chính vì thế, một số nước đã chọn phương pháp sau đây. Trước tiên, mọi người đều phải có nghĩa vụ đóng bảo hiểm xã hội. Đây là một loại bảo hiểm bắt buộc, nghĩa là những người có thu nhập cao và ít đau ốm cũng không thể từ chối đóng bảo hiểm. Nói cách khác, bảo hiểm là một dạng thuế. Ngoài ra, người nào có khả năng có thể tham gia đóng bảo hiểm nhân thọ. Khi đóng bảo hiểm nhân thọ, thì người thu nhập cao sẽ đóng nhiều (và hưởng nhiều), người thu nhập thấp sẽ đóng ít (và hưởng ít).

VIII. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT HÔN NHÂN GIA ĐÌNH

Hai nhóm quan hệ lớn thuộc đối tượng nghiên cứu của luật hôn nhân gia đình là quan hệ vợ chồng và quan hệ giữa cha mẹ và con cái.

1. Quan hệ vợ chồng

Điều đáng lo ngại trong quan hệ vợ chồng gần đây là tỉ lệ ly hôn gia tăng. Điều này cho thấy nền tảng đạo đức trong gia đình không còn như trước, và pháp luật phải can thiệp theo hướng giảm những vụ ly hôn không vì lý do chính đáng mà do hành vi cơ hội của một bên (thông thường là người chồng). Kinh tế luật cần tìm ra giải pháp sao cho những hành vi cơ hội đó không thể phát triển được. Hãy tưởng tượng trường hợp phổ biến xảy ra sau đây: hai người gặp nhau từ khi còn là sinh viên và thành hôn khi ra trường. Cả hai cùng đi làm và có mức lương gần như nhau. Một thời gian sau người vợ sinh con, và phải nghỉ làm để chăm sóc con cái. Người chồng vẫn tiếp tục đi làm và tăng lương đều đều. Vài năm sau khi con đã lớn, người vợ tiếp tục đi làm tại một nơi mới, song với mức lương thấp hơn ban đầu. Khi con đã khôn lớn và người vợ đã già đi, thì người chồng gặp một cô gái trẻ, hấp dẫn hơn và quyết định chạy theo cái gọi là “tiếng gọi tình yêu.” Sau khi làm khổ người vợ, hai vợ chồng quyết định ly hôn. Người chồng có thể lấy vợ mới không mấy khó khăn, song người vợ phải nuôi con và không có cơ hội lập gia đình. Câu hỏi: người chồng có phải bồi thường cho vợ những ngày tháng người vợ đã bỏ ra để chăm sóc cho gia đình và tạo điều kiện cho người chồng tiếp tục thăng tiến hay không? Câu trả lời thông thường là không. Như vậy, pháp luật không có qui định về bồi thường thiệt hại cho người vợ đã tạo điều kiện cho người chồng lạm dụng qui định về ly hôn để chấm dứt hôn nhân mà không phải trả giá.

Có người nói: khi ly hôn, người vợ được người chồng trợ cấp để nuôi con. Điều đó đúng, song số tiền trợ cấp đó thật ra không đủ để nuôi con, chứ không có lợi gì cho người vợ cả.

Có người nói: khi ly hôn, người vợ được hưởng một nửa số tài sản do hai bên tạo lập trong thời kỳ hôn nhân, như vậy cũng là một cách bồi thường công bằng rồi. Có thật như vậy không? Giả sử người chồng không phải là người chí thú làm ăn mà lại là một người không mấy thành đạt, ngược lại người vợ lại ăn nên làm ra, thì qui định này có hại nhiều hơn lợi cho người vợ. Như vậy, qui định chia đôi tài sản chỉ có lợi cho người không cố gắng trong việc đóng góp cho tài sản chung của vợ chồng – cho dù người đó là ai cũng vậy. Tóm lại, luật hôn nhân gia đình có lợi cho người muốn lợi dụng hôn nhân.

Như vậy có cách nào để giảm tình trạng lợi dụng quan hệ hôn nhân? Ở một số nước, người ta cho phép lập hợp đồng hôn nhân (*marriage de contrat*). Theo đó, vợ chồng phải thoả thuận với nhau trong trường hợp ly hôn thì tài sản được phân chia ra sao, làm sao để bồi thường cho vợ theo nguyên tắc “của chồng, công vợ”? Đây là vấn đề mà kinh tế luật phải nghiên cứu. Một số nhà khoa học như Becker (1978) cho rằng cần phải có qui chế bồi thường cho người vợ khi hai vợ chồng ly hôn, theo nguyên tắc phải phục hồi được tài sản và vị trí của người vợ như trước khi xảy ra ly hôn. Như vậy, Toà án có thể tạm ngưng không cho các bên ly hôn cho đến khi nào người vợ được bồi thường thoả đáng đối với công sức bỏ ra trong thời kỳ hôn nhân.

2. Quan hệ giữa cha, mẹ và con

Theo Brinig (1999), mối quan hệ cha con biến chuyển trong từng thời kỳ. Trước khi con trở thành thành viên trong gia đình, mối quan hệ của các thành viên trong gia đình như một quan hệ hợp đồng giữa vợ và chồng. Khi con ra đời, mối quan hệ này giống như quan hệ giữa các thành viên trong công ty. Mối quan tâm giữa chủ sở hữu và người quản lý bắt đầu nảy sinh. Sau cùng, khi con đã trưởng thành, chúng tách khỏi cha, song mối quan hệ cha con vẫn không mất hẳn. Mối quan hệ này có tính chất như quan hệ nhượng quyền (*franchising*).

Tại sao quan hệ trước khi sinh con lại mang tính chất hợp đồng? Becker (1973) cho rằng điều này là từ các con số thống kê về tỉ lệ kế hoạch hoá gia đình hay sử dụng các công cụ ngừa thai ngày càng tăng. Vợ chồng có quan niệm rằng họ có quyền quyết định có con hay không và có bao nhiêu con. Ngoài ra, theo Posner (1983), còn tồn tại một thị trường – đó là thị trường nhận con nuôi, trong đó cha mẹ nuôi hợp đồng với cha mẹ đẻ về những giao dịch mà đôi bên cùng có lợi: cha mẹ đẻ được nhận đền bù và không phải nuôi con (khi họ thực sự lo ngại về việc này). Cha mẹ nuôi được nuôi con và quyền lựa chọn người con mà họ muốn nuôi. Ở các nước Âu - Mỹ, tỉ lệ nhận con nuôi đã tăng lên, trong khi tỉ lệ sinh con lại giảm đi. Đây cũng là một câu hỏi cho môn kinh tế luật: hiện tượng này có phá vỡ tính bền vững của gia đình hay không, có lợi cho xã hội không? Có nên hợp thức hoá việc nuôi con nuôi không? Nếu có, có cần thiết phải mở một thị trường nuôi con nuôi công khai, nhằm giảm chi phí giao dịch cho cha mẹ nuôi phải tìm con và phải xác định xem người con mình muốn nuôi có bị truyền nhiễm, bệnh tật gì không.

Khi sinh con ra, các quan hệ giữa cha mẹ và con được coi như quan hệ giữa chủ sở hữu và người quản lý (*principal – agent relationship*). Tuy nhiên có hai cách nhìn về vấn đề này. Thứ nhất, Alchian và Demsetz (1973) cho rằng cha mẹ là chủ sở hữu và con cái là người quản lý (tài sản của gia đình hay uy tín của gia đình). Trong đó, con cái phải thỏa mãn một số điều kiện mà cha mẹ đặt ra khi sử dụng tài sản của gia đình, và chỉ được làm những gì cha mẹ cho phép. Cách nhìn này thường được công nhận ở các nước châu Á phong kiến xưa kia. Thứ hai, Cooter và Friedman (1991) cho rằng cha mẹ là người quản lý (giám hộ) và con cái là chủ sở hữu. Như vậy cha mẹ có một số quyền và nghĩa vụ nhất định tương tự như quyền và nghĩa vụ của người giám hộ đối với người chưa thành niên, đồng thời phải thực hiện những nghĩa vụ này vì lợi ích của con cái. Cách nhìn này được công nhận là phổ biến hiện nay.

Khi cha mẹ còn chung sống với nhau, họ coi nhau như những thành viên trong công ty và con cái có vẻ như tài sản chung của họ (mặc dù không ai coi con người là tài sản). Tuy nhiên khi vợ chồng ly dị, họ không còn quan hệ về tài sản chung nữa, mặc dù tình yêu đối với những đứa con mình sinh ra vẫn còn. Điều này lý giải tại sao cha hoặc mẹ đều muốn con

cái của mình được sống với mình, hoặc mình được đến thăm con cái. Tuy nhiên lúc này Tòa án sẽ tôn trọng sự thỏa thuận của các bên hơn là ép buộc bên nào đó phải nuôi con. Khi không đạt được sự thỏa thuận thì Tòa án sẽ giải quyết trên quyền lợi của con. Đây cũng là cách mà vua Solomon của Israel đã giải quyết trước đây.

Khi đã bắt đầu khôn lớn, con cái dần dần được giao trọng trách trong gia đình. Cha mẹ đã bắt đầu hỏi ý kiến họ. Tuy nhiên quyền lợi của họ đôi khi không được bảo đảm. Tòa án không can thiệp vào nội tình gia đình, trừ trường hợp có vi phạm pháp luật. Vì thế nếu cha sai con làm việc, mà con không đồng ý vì công việc quá nặng hay quá bận, thì thông thường Tòa án cũng không can thiệp, trừ trường hợp cha mẹ lạm dụng con cái. Lúc đó họ bị tước quyền làm cha mẹ.

Mặc dù con cái được một số tự do, song cha mẹ vẫn cần can thiệp, do con cái chưa tự chủ được mình cũng như chưa đủ nghị lực để thực hiện điều có lợi nhất cho mình. Tuy nhiên việc yêu cầu của cha mẹ cũng phải mang lại lợi ích cho con cái.

Khi con cái trưởng thành, họ mang thương hiệu của cha mẹ. Họ là bên nhận quyền và cha mẹ là bên nhượng quyền. Có thể có trường hợp bên nhận quyền phải trả nhiều tiền nhận quyền quá, hoặc ngược lại. Tuy nhiên ở đây có sự khác biệt giữa Á Đông và Âu Châu và cũng là một câu hỏi thú vị cho môn kinh tế luật.

IX. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ

1. Kinh tế luật về việc điều chỉnh hành vi của người tham gia tố tụng

Kinh tế luật quan tâm đến tố tụng dân sự ở góc độ điều chỉnh hành vi của người tham gia tố tụng. Nếu Nhà nước muốn giảm chi phí kiện tụng, hay khuyến khích các bên hoà giải với nhau thay vì tranh tụng trước tòa, thì các qui định về tố tụng dân sự phải không khuyến khích các bên tranh tụng (thí dụ, tăng tiền tạm ứng án phí nếu giá ngạch của vụ kiện tăng). Ngoài ra, Nhà nước cũng phải cho phép các bên có yêu cầu chính đáng được bảo vệ quyền lợi của mình thông qua con đường tòa án. Điều này bảo đảm tính pháp chế của hệ thống pháp luật. Nếu không có những qui

định như vậy, người dân có quyền song không bảo vệ được quyền của mình. Một trong những vấn đề mà các nhà đầu tư nước ngoài vẫn than phiền về hệ thống pháp luật Việt Nam là ở chỗ hệ thống thực thi kém hiệu quả: thời gian kiện quá lâu, chi phí kiện quá tốn kém và việc thực thi quá khó khăn. Tóm lại, tổ tụng dân sự phải giải quyết được hai vấn đề: bảo vệ quyền lợi của công dân, song mặt khác khuyến khích họ hoà giải hơn là giải quyết vấn đề thông qua tranh tụng. Để làm được điều này, cần phải nghiên cứu hành vi của những người tham gia tố tụng, nếu họ có hành vi A thì cơ quan tiến hành tố tụng phải có hành vi B nào. Nếu sau đó họ có hành vi C thì cơ quan tiến hành tố tụng phải có hành vi D nào. Kết quả sau cùng là người tham gia tố tụng lường trước được hậu quả của mình và có những hành vi phù hợp với lợi ích của xã hội. Để nghiên cứu vấn đề này, các lý thuyết kinh tế về đấu trí (*game theory*) tỏ ra rất hữu hiệu.²⁰

Ở Hoa Kỳ, hai mục tiêu trên được thực hiện bằng những biện pháp như sau. Thứ nhất, để đảm bảo công dân có quyền bảo vệ quyền lợi của mình, pháp luật khuyến khích công dân kiên tụng. Để khởi kiện một vụ án, nguyên đơn chỉ phải trả một khoản án phí nhỏ, khoảng 150 USD. Sau đó, toà án sẽ xem xét khả năng tiếp tục vụ kiện. Trong giai đoạn chuẩn bị xét xử, các bên phải cung cấp cho nhau mọi chứng cứ mà mình có, kể cả những chứng cứ không có lợi cho mình. Thủ tục này gọi là thủ tục khám phá – *discovery*. Quá trình này làm giảm chi phí tìm chứng cứ cho các bên. Sau giai đoạn này, các bên sẽ xem xét xem tranh chấp có thể được giải quyết theo con đường hoà giải hay ra toà. Việc hoà giải được khuyến khích, vì điều này làm giảm chi phí kiện tụng và tuân thủ nguyên tắc tự nguyện, tự định đoạt của các bên. Nếu toà án quyết định đưa vụ án ra xét xử, thì trước tiên các bên phải trình bày trước bồi thẩm đoàn (*jury*). Các vị bồi thẩm là những công dân bình thường, không nhất thiết phải có kiến thức về pháp luật. Các vị bồi thẩm (thông thường 11 người) sẽ đưa ra ý kiến của mình diễn biến sự việc và phán quyết xem ai sai, ai đúng. Các phán quyết này phải là phán quyết nhất trí. Sau đó, thẩm phán sẽ quyết định bên thua kiện phải bồi thường bao nhiêu. Bên thua kiện có thể kháng án lên toà phúc thẩm, tuy nhiên toà án chỉ có thể xem xét những vấn đề thuộc về áp dụng luật, chứ không xem xét lại diễn biến vụ kiện, trừ trường hợp bên thua kiện trưng ra được những bằng chứng mới. Như

²⁰ Xem *Đấu trí và Luật*, Sdd.

vậy, điều này cũng tiết kiệm được chi phí tranh tụng và giảm được gánh nặng cho toà án.

Lý do khiến các bên tham gia tố tụng tại Hoa Kỳ hoà giải với nhau được là do nguyên tắc giải quyết tranh tụng thông qua bồi thẩm đoàn. Do bồi thẩm đoàn chưa từng được đào tạo luật, nên họ chỉ xử theo lương tâm của họ. Điều này khiến cho các luật sư dẫu lách luật giỏi cũng chưa chắc giải quyết tranh chấp, vì vấn đề là ở lương tâm của bồi thẩm đoàn và khả năng thuyết phục của luật sư. Đây là những vấn đề không thể dự đoán trước. Do các bên không có khả năng tính được khả năng thắng hay thua của vụ kiện, nên họ có khuynh hướng hoà giải hơn là đưa vụ kiện ra xét xử. Do mức bồi thường thiệt hại của bồi thẩm đoàn qui định có thể rất lớn, nên bên biết mình khó thắng kiện sẽ tìm cách hoà giải và nhận lỗi hơn là ra toà và phải chịu bồi thường thiệt hại với số tiền lớn. Theo thống kê, chỉ có khoảng 10% các vụ tranh chấp là phải giải quyết tại Toà án.

Ngoài ra, mức độ bồi thường thiệt hại còn phụ thuộc vào cách sắp xếp vụ xử. Cooter (2003) đưa ra một vấn đề khá thú vị. Đó là, trong một vụ kiện về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, nếu bên nguyên đơn nêu ra thiệt hại của mình trước, thì bồi thẩm đoàn thông thường có khuynh hướng kết tội bị đơn. Tuy nhiên nếu giấu không nói thiệt hại, thì bồi thẩm đoàn sẽ có cái nhìn chính xác hơn. Như vậy, tâm lý học cũng là vấn đề cần quan tâm trong môn kinh tế luật để tìm cách giải quyết những vấn đề liên quan đến tố tụng dân sự.

2. Kinh tế luật và nghiên cứu về cơ cấu tổ chức toà án

Toà án nên được tổ chức như thế nào cho hiệu quả? Thành phần xét xử bao gồm những ai? Quyết định của hội đồng xét xử được tiến hành theo nguyên tắc đa số hay nguyên tắc nhất trí? Những vấn đề này có thể là đối tượng nghiên cứu của môn kinh tế luật, nhằm mục đích bảo vệ quyền lợi chính đáng của chủ thể quyền, đồng thời giảm chi phí cho xã hội liên quan đến việc bảo vệ công lý.

Công việc của toà án là gì? Trước tiên, toà án phải xác định được nội dung vụ việc tranh chấp. Thứ hai, toà án phải áp dụng được luật vào trong vụ kiện tranh chấp để ra được kết quả. Thứ ba, toà án phải ban

hành quyết định phân xử vụ tranh chấp, và sau cùng, đôi khi, toà án phải tìm được những người có quyền và nghĩa vụ liên quan và yêu cầu họ đến Toà để giải quyết vụ tranh chấp một cách toàn diện, tổng thể.

Đối với những công việc như vậy, toà án có những quyền hạn nhất định – ít nhất là với vụ tranh chấp và số phận của các bên. Đây là mối lo cho hệ thống pháp luật. Nếu thẩm phán lạm dụng quyền lực để trục lợi, thì hệ thống pháp luật sẽ lung lay. Vì thế, cần phải qui định một thiết chế sao cho toà án không lạm dụng quyền lực, và mọi biểu hiện lạm quyền sẽ bị xử lý. Có nhiều cơ chế để giải quyết việc này, thí dụ các qui định về tính độc lập và vô tư của toà án, về nghĩa vụ của thẩm phán phải từ chối xét xử khi có căn cứ để cho rằng họ không thể vô tư khi làm nhiệm vụ. Ngoài ra, một vấn đề quan trọng nữa là chế độ lương bổng, đãi ngộ trong ngành toà án. Giá trị vụ kiện càng cao, thì khả năng thẩm phán tham nhũng để gây thiệt hại cho một bên càng lớn. Vì vậy cần phải có cơ chế thưởng xứng đáng để thẩm phán không cần phải tham nhũng, đồng thời phải có chế tài phạt nặng đối với những thẩm phán tham nhũng để tình trạng trên không tiếp diễn.

Ngoài ra, một cơ chế quan trọng để kiểm soát các quyết định của toà án là cơ chế phúc thẩm và giám đốc thẩm. Ở phúc thẩm, Toà án có quyền xem xét toàn bộ nội dung vụ kiện chứ không phải chỉ riêng quyết định của Toà sơ thẩm. Tuy nhiên, ở đây các thẩm phán cũng chỉ phán quyết trên nguyên tắc đa số, chứ không thể quyết định một cách nhất trí. Một số học giả như Shavel (1990) và Cooter và Ulen (2000) phản đối phương pháp này. Tuy vậy trên thực tế đây vẫn là phương pháp được mọi người lựa chọn. Cái mà kinh tế luật muốn giải quyết chỉ là việc thiết kế một cơ chế sao cho các thẩm phán nhận được thông tin một cách đầy đủ để xử lý thông tin theo luật. Ngoài ra, cơ chế bắt buộc đăng các phán quyết của Toà án một cách công khai cũng giúp ích nhiều cho việc công chúng có khả năng phê phán vụ kiện, và vì thế toà án không thể xét xử một cách chủ quan được.

3. Kinh tế luật và việc đòi bồi thường chi phí luật sư

Phí luật sư là một trong những chi phí rất lớn cho các bên khi tham gia tố tụng, đôi khi còn cao hơn án phí. Vì thế tuy các qui định về án phí đóng

vai trò quan trọng trong việc ngăn cản các bên giải quyết tranh chấp thông qua con đường toà án, các qui định bắt thành văn về phí luật sư mới thực sự là mối quan ngại của các bên trong việc quyết định xem có nên khởi kiện hay theo đuổi vụ kiện hay không. Kinh tế luật nghiên cứu vấn đề phí luật sư để đưa ra câu trả lời cho một vấn đề hiện nay vẫn còn tranh cãi: đó là luật có nên cho phép bên thắng kiện được đòi bồi hoàn phí luật sư hay không? Hiện nay theo qui định của Bộ luật Tố tụng Dân sự hay của Bộ luật Dân sự, không có điều khoản nào cho hay không cho phép bên thắng kiện được bồi hoàn phí luật sư. Trên thực tế, rất ít thẩm phán tuyên bố cho phép bên nguyên đơn được đòi phí luật sư. Lý do là vì nhiều người quan niệm thuê luật sư là quyền chứ không phải nghĩa vụ. Vì thế bị đơn không phải là nguyên nhân trực tiếp để nguyên đơn gánh chịu phí luật sư. Không ai nghĩ rằng nếu không thuê luật sư thì nguyên đơn cũng khó lòng trình bày ý kiến của mình trước toà một cách thuyết phục. Điều này gián tiếp ảnh hưởng đến kết quả của vụ kiện.

Ở nhiều nước châu Âu, đặc biệt là Anh, cho phép bên thắng kiện được yêu cầu bên thua kiện trả phí luật sư. Một số nhà nghiên cứu như Rasmusen (1998) cho rằng điều này làm cho bị đơn ngần ngại không dám “ngoan cố”, từ đó dễ dàng chịu thua trước nguyên đơn để tránh phải trả án phí. Tuy nhiên, cũng chưa có kết quả thống kê nào cho thấy việc cho phép bên thắng kiện đòi bồi hoàn phí luật sư của bên thua kiện sẽ làm các bên mau chóng đạt được hoà giải hơn. Katz (1999) đã tiến hành nghiên cứu nhiều thực nghiệm song chỉ nhận thấy kết quả rõ rệt nhất của việc cho phép bồi hoàn là ở chỗ các bên sẽ sẵn sàng bỏ tiền ra thuê luật sư hơn trước kia, đồng thời các luật sư sẽ cạnh tranh với nhau về chất lượng hơn là về giá cả. Dẫu sao, cũng chưa có nghiên cứu nào phủ định việc bồi hoàn phí luật sư có tác dụng tích cực đến việc thực hiện hai nhiệm vụ quan trọng của tố tụng dân sự, đó là giảm chi phí cho các bên trong việc bảo vệ quyền lợi của mình, và khuyến khích các bên hoà giải. Tuy nhiên, có quan điểm lo ngại rằng việc cho phép bên thắng kiện được bồi hoàn phí luật sư sẽ khiến các bên tiêu quá nhiều tiền vào việc thuê luật sư, và thông thường bên nào thuê luật sư giỏi nhất sẽ thắng kiện. Hiện tại chưa biết điều này có phải là sự thật không, và đây là vấn đề mà kinh tế luật cần nghiên cứu. Tuy nhiên, nếu một hệ thống pháp luật mà kết quả phụ thuộc vào luật sư bên nào giỏi, chứ không phải vì bên nào thực hiện đúng luật hơn, thì hệ thống pháp luật đó có vấn đề. Vì thế, thiết nghĩ

chúng ta đừng nên cho rằng luật sư giải quyết được tất cả các vấn đề của vụ kiện, mà nên nghĩ rằng luật sư là công cụ để giúp toà án tìm hiểu sự thật, và không nên để xảy ra tình trạng đáng tiếc, đó là một bên thua kiện vì không đủ tiền thuê luật sư, hay một bên được kiện song tiền trả luật sư còn cao hơn tiền được bồi thường.

4. Kinh tế luật và các qui định về thủ tục hoà giải

Vấn đề nghiên cứu của hoà giải chính là làm thế nào để các bên có thể nhanh chóng hoà giải với nhau. Đây là một lĩnh vực rất thích hợp cho môn đấu trí. Trong quyển *Đấu trí và Luật*,²¹ chúng ta biết rằng người ta phân đấu trí ra thành hai loại: đấu trí hợp tác và đấu trí bất hợp tác. Khi bên A kiện bên B ra toà, họ đang ở trong một cuộc đấu trí bất hợp tác. Nhiệm vụ của kinh tế luật là phải tìm cơ chế để các bên có thể biến đổi từ đấu trí bất hợp tác thành đấu trí hợp tác. Trong bất kỳ cuộc đấu trí nào cũng có hai yếu tố, đó là chiến lược (*strategy*) và kết quả (*payoff*). Nhiệm vụ của đấu trí là phải tạo cơ chế sao cho kết quả của hợp tác bao giờ cũng cao hơn kết quả của việc bất hợp tác. Ngoài ra, còn phải tạo ra cho các bên niềm tin rằng kết quả là không thể khác được. Có như vậy các bên mới thực hiện chiến lược theo hướng hợp tác (hoà giải).

Một trong những cách để đưa các bên mau chóng đến hoà giải là thiết kế một cuộc đấu trí giống như trò chơi cắt bánh. Bên A cắt, bên B chọn. Khi vấn đề này xảy ra, Bên A phải có cách giải quyết sao cho cả hai bên cùng có lợi, vì nếu không thì bên B sẽ chọn phần có lợi cho mình. Trên thực tế trường hợp này ít xảy ra, vì khi tranh chấp các bên đều có những quan điểm nhất định về quyền lợi của mình. Không thể đặt bên này vào trường hợp bên kia. Cũng không thể nói: tôi đề nghị chúng ta chia đôi số thiệt hại (trong một vụ tranh chấp về lỗi của mỗi bên khi thiệt hại xảy ra) để đạt thoả thuận, khi rõ ràng một bên có lỗi nhiều hơn bên kia khi để xảy ra thiệt hại.

Cách giải quyết thứ hai là dựa trên đấu trí Rubinsten. Trong cuộc đấu trí này, một bên được quyền đưa ra yêu cầu, bên kia có quyền từ chối hay đồng ý. Trong trường hợp bên kia từ chối, thì hai bên sẽ cùng không

²¹ Lê Nét (2005) *Đấu trí và Luật*. NXB Đại học Quốc gia, TP HCM.

được gì. Khi đó, bên đề nghị phải đề nghị sao cho hợp lý. Rất nhiều nghiên cứu thực nghiệm của đầu trí Rubinstein cho thấy rằng khi trò chơi này xảy ra, các bên có xu hướng chia đều lợi ích, khiến cho việc đạt được thoả thuận diễn ra mau chóng hơn.²²

Ngoài ra, khi tiến hành hoà giải, cần cung cấp thông tin đầy đủ cho các bên để các bên dễ dàng hình dung được mình sẽ được gì hay mất gì nếu không có hoà giải. Ngoài ra, cần có qui định rõ ràng cách tính bồi thường thiệt hại hay các qui định về chế tài, để các bên nhận thấy nếu không hoà giải, tham gia tố tụng và thua kiện thì sẽ phải trả giá như thế nào. Có như vậy khả năng chấp nhận hoà giải mới cao.

5. Kinh tế luật và thủ tục trọng tài

Hiện nay, các doanh nhân thường có xu hướng chọn trọng tài làm cơ chế giải quyết tranh chấp hơn thông qua con đường toà án. Kinh tế luật nên nghiên cứu vấn đề này để tìm hiểu tại sao cơ chế trọng tài lại có hiệu quả hơn con đường toà án và làm thế nào để cơ chế này có hiệu quả hơn nữa - giảm chi phí cho các bên, bảo vệ được quyền lợi của bên có quyền.

Thứ nhất, thủ tục trọng tài cho phép các bên giữ bí mật về tranh chấp và rút ngắn thời gian tiến hành tố tụng. Điều này giúp các bên giảm được chi phí phát sinh do mất uy tín vì vụ kiện tụng hay chi phí liên quan đến vụ kiện tụng. Theo định lý Coase, thì khi chi phí giao dịch giảm, các bên sẽ dễ dẫn đến thoả thuận hơn. Cơ chế trọng tài là một trong những biện pháp làm giảm chi phí giao dịch, thúc đẩy các bên dẫn đến thoả thuận mau hơn.

Thứ hai, thủ tục trọng tài thông thường chỉ ra phán quyết một lần. Cơ chế này rất giống với đầu trí Rubinstein, khiến cho các bên đạt được thoả thuận nhanh chóng hơn. Trước khi đưa ra đề nghị thoả thuận, các bên phải suy nghĩ như thế nào để có đề nghị tương đối công bằng cho đôi bên. Nếu các bên không tự thoả thuận được thì phán quyết của hội đồng trọng tài có thể mang tính chất một sự thoả hiệp giữa các bên. Cũng vì vậy mà

²² *Đầu trí và Luật*, sđd, tr. 94.

không nên coi các phán quyết của toà án có tính chất như khuôn mẫu để các phán quyết sau tuân theo.

Thứ ba, đó là cơ chế chọn trọng tài viên. Khi chọn thẩm phán, chánh án toà án nhân dân phải chọn người không liên quan đến một trong hai bên trong tranh chấp. Trong khi đó, các bên có thể chọn một trong các chuyên gia mà mình quen biết để làm trọng tài viên. Khi hội đồng trọng tài có ba người, hai người do hai bên bổ nhiệm, họ được sự tin tưởng của các bên rằng những người phán xét tranh chấp của mình có trách nhiệm và sẽ xét xử vụ tranh chấp một cách công bằng. Tương tự, khi các bên tranh chấp, họ sẽ tiến hành hoà giải một cách nhanh chóng hơn khi họ không tin tưởng rằng hội đồng trọng tài không phải do mình chọn và chưa chắc họ đã không có định kiến khi giải quyết tranh chấp.

X. KINH TẾ LUẬT VÀ CÁC VỤ KIỆN TẬP THỂ

Các vụ kiện tập thể là một đặc thù của hệ thống tư pháp Hoa Kỳ. Theo đó, các nạn nhân (người bị thiệt hại trong một vụ kiện về hành vi trái pháp luật) có thể chỉ định một luật sư đại diện để tham gia vào một vụ kiện, mà số lượng nguyên đơn có thể lên đến hàng triệu người. Bị đơn thông thường là các công ty sản xuất lớn. Họ đối mặt với vụ kiện tập thể như vậy sẽ cảm thấy bị sức ép nhiều hơn và dễ dàng đi đến thoả thuận hơn. Ngược lại, đối với các luật sư đại diện cho nguyên đơn, họ sẽ cảm thấy tự tin hơn khi đàm phán với bị đơn về mức độ bồi thường thiệt hại. Ngoài ra, vì đại diện cho nhiều nguyên đơn và phí luật sư được tính phần trăm của số tiền bồi thường thiệt hại được hưởng, nên họ sẽ nhận được phí luật sư cao, và vì vậy sẵn sàng đầu tư cho vụ kiện. Trường hợp của các luật sư đại diện cho các nạn nhân chất độc màu da cam của quân đội Mỹ rải xuống Miền Nam Việt Nam trong thời kỳ 1964 – 1970 là một thí dụ. Các nạn nhân không cần phải trả tiền luật sư cho các luật sư. Các luật sư sẽ bỏ thời gian và chi phí để theo đuổi vụ kiện (trong trường hợp này là Toà án Hạt Boston, do thẩm phán Jack Weinstein phân xử). Khác với các qui định của các đoàn luật sư ở Việt Nam (luật sư không được phép thoả thuận với khách hàng về kết quả của vụ việc, không được quảng cáo), các luật sư ở Mỹ có thể hoạt động như một doanh nghiệp, có lỗ, lãi.

Qui định về các vụ kiện tập thể có nhiều ưu điểm. Nó cho phép các nạn nhân yếu thế có thể khởi kiện các tập đoàn hùng mạnh mà không tốn phí luật sư. Cơ chế kiện tập thể cũng tạo ưu thế cho nguyên đơn và ra sức ép cho bị đơn chấp nhận thoả thuận nhanh chóng hơn.

Cơ chế kiện tập thể cũng có một số nhược điểm. Trước tiên, do số lượng người kiện quá đông nên thực sự diễn ra tình trạng người này trông chờ vào người kia. Nếu một người không quan tâm đến vụ kiện thì người kia cũng vậy. Cuối cùng, sẽ có khả năng là luật sư sẽ câu kết với bị đơn để đạt được thoả thuận nhanh chóng song chưa hẳn là đã có lợi cho bị đơn. Ngoài ra, khi có quá nhiều nguyên đơn, sẽ dẫn đến tình trạng là các nguyên đơn bất đồng với nhau về cách thức thoả thuận, chính vì thế mà càng gần đến ngày đưa vụ án ra xét xử, sức ép để các đồng nguyên đơn thoả thuận lại càng thấp. Chính vì thế mà vai trò của luật sư rất quan trọng và Toà án phải kiểm tra tư cách của luật sư thật cẩn thận trước khi cho phép luật sư được đại diện cho hàng triệu người bị thiệt hại.

Kinh tế luật có thể tập trung nghiên cứu cơ chế kiện tập thể, sao cho hạn chế khả năng lạm dụng quyền lực của luật sư và hạn chế được những nhược điểm khác của cơ chế kiện tập thể. Tuy ở Việt Nam chưa có qui định về kiện tập thể, việc nhập vụ án hay cho phép có nhiều đồng nguyên đơn cũng không khác qui định về vụ kiện tập thể là bao nhiêu. Như vậy, rất cần phải có các nghiên cứu khoa học về qui định quản lý cơ chế kiện tập thể và có biện minh cho các qui định như vậy xét về khía cạnh kinh tế.

CÂU HỎI :

1. Quyền sở hữu xét về khía cạnh kinh tế được xác lập nhằm mục đích gì? Tại sao các học giả kinh tế không bảo vệ sự chiếm hữu (chứ không phải quyền sở hữu), sau đó mặc cho định lý Coase phát triển để đạt được hiệu quả ?
2. Có phải con người lúc nào cũng suy nghĩ như trong đầu trí nghi phạm hay không? Vì sao?
3. Rừng núi, sông hồ, tài nguyên v.v. có thể thuộc sở hữu tư nhân hay không, tại sao? Bạn nghĩ gì về việc các công ty dầu khí nước

- ngoài khai thác dầu ở Việt Nam và chỉ trả cho nhà nước Việt Nam từ 20 – 50% sản lượng dầu khai thác được?
4. Chiếm hữu có nên được coi là một căn cứ của quyền sở hữu hay không? Tại sao pháp luật bảo vệ sự chiếm hữu một vật cho đến khi chủ sở hữu lên tiếng đòi lại vật?
 5. Nhà nước thu hồi đất và đền bù các công trình xây dựng trên đất cho các hộ dân quanh khu vực trung tâm để giao cho một tập đoàn Hong Kong xây dựng một cao ốc văn phòng và trung tâm giải trí. Trong trường hợp nào thì việc thu hồi này có hiệu quả?
 6. Về khía cạnh kinh tế, mọi hợp đồng có nhất thiết phải là hợp đồng có đền bù không? Tại sao?
 7. Bốn bước chứng minh trong việc kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại có hiệu quả về mặt kinh tế không? Tại sao?
 8. Khi nào hợp đồng bị coi là vô hiệu? Việc tuyên bố hợp đồng vô hiệu có mang lại hiệu quả về mặt kinh tế hay không, vì sao?
 9. Theo bạn, xét về mặt kinh tế, khi nào một cá nhân nên được coi là có năng lực hành vi tham gia giao kết hợp đồng? Người vị thành niên có thể bán nhà hay không, vì sao?
 10. Hợp đồng thường được coi là hiệu quả nếu đôi bên cùng có lợi. Nếu sau đó tình hình thay đổi khiến việc thực hiện hợp đồng không có lợi nữa, thì việc vi phạm hợp đồng có thể coi là giải pháp có lợi cho cả hai bên hay không? Vì sao?
 11. Quy định về bồi thường thiệt hại trong vụ *Hadley* có hiệu quả không, vì sao?
 12. Thiệt hại gián tiếp có nên được bồi thường không? Nếu có, thì điều này có mang lại lợi ích cho xã hội không, có thể dẫn đến rủi ro gì?

13. Nhiều người cho rằng cần phải hạn chế mức phạt vi phạm. Tuy nhiên, nếu mức phạt đã được các bên chấp thuận, thì tại sao lại phải hạn chế chúng?
14. Nếu một bên vi phạm hợp đồng, bên kia có quyền yêu cầu bên vi phạm phải tiếp tục thực hiện hợp đồng không? Yêu cầu như vậy có hiệu quả về mặt kinh tế hay không, vì sao?
15. Khi một người ký hợp đồng bán nhà. Sau đó nhà lên giá, người đó không muốn bán nữa, nhưng sẵn sàng bồi thường mọi thiệt hại cho người mua. Người mua không đồng ý và kiện người bán ra toà. Vậy toà án nên xử như thế nào, và các phân xử đó có hiệu quả về mặt kinh tế không?
16. Mục đích của các qui định về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng là gì?
17. Việc qui định bồi thường thiệt hại không theo lỗi có hiệu quả không, vì sao? Bồi thường thiệt hại không theo lỗi có khác bồi thường thiệt hại theo lỗi suy đoán không, vì sao?
18. Theo thẩm phán Learned Hand, trách nhiệm bồi thường thiệt hại nên qui định theo hướng ai có khả năng phòng ngừa rủi ro cao nhất, người đó phải chịu trách nhiệm khi để thiệt hại xảy ra. Phán quyết như vậy có hiệu quả về mặt kinh tế không?
19. Mọi quan hệ nhân quả nên được phân tích theo trường phái nào: so sánh mức độ lỗi (nhiều nguyên nhân gây ra hậu quả) hay lựa chọn nguyên nhân chính? Cách phân tích như vậy có hiệu quả về mặt kinh tế hay không?
20. Tại sao bên gây thiệt hại chỉ chịu bồi thường một số thiệt hại mà không bồi thường một số thiệt hại khác?

CHƯƠNG 4: KINH TẾ LUẬT VÀ CHUYÊN NGÀNH LUẬT HÌNH SỰ

1. Khái quát chung về vai trò kinh tế luật trong ngành luật hình sự

Luật hình sự điều chỉnh những hành vi nguy hiểm cho xã hội – hành vi phạm tội. Trách nhiệm hình sự được cấu thành khi hội đủ các yếu tố sau đây:

- Người phạm tội có lỗi: mức độ lỗi ở đây cao hơn mức độ lỗi dân sự. Thí dụ một người hoàn toàn cẩn thận khi thiệt hại xảy ra thì họ không có lỗi. Tuy nhiên sẽ có ranh giới giữa nghĩa vụ cẩn thận theo luật và hành vi bất cẩn. Vượt qua ranh giới đó sẽ bị coi là bất cẩn. Tiếp theo sẽ có ranh giới giữa trách nhiệm dân sự và trách nhiệm hình sự, vượt qua ranh giới này sẽ bị coi là cố ý phạm tội.
- Hành vi phạm tội nguy hiểm cho xã hội. Vì thế, hành vi này vẫn có thể bị Viện Kiểm sát khởi tố để truy cứu trách nhiệm hình sự ,cho dù không có nạn nhân nào khởi kiện.
- Mỗi quan hệ nhân quả trong luật hình sự cao hơn trong luật dân sự. Đối với trách nhiệm dân sự, thông thường người ta coi mỗi quan hệ nhân quả được xác lập khi xét về xác suất thì khả năng hành vi trái luật gây ra thiệt hại nhiều hơn là những hành vi khác. Đối với trách nhiệm hình sự, Viện kiểm sát phải chứng minh được rằng mỗi quan hệ nhân quả này là chắc chắn và không nghi ngờ gì (*beyond reasonable doubt*).
- Chế tài hình sự mang tính chất cưỡng chế về mặt nhân thân và tài sản, bao gồm các hình phạt tù và phạt tiền, khiến cho người phạm tội (i) được giáo dục và trở thành người lương thiện, và (ii) khắc phục một phần thiệt hại do người phạm tội gây ra.

Đối với kinh tế luật, mục đích nghiên cứu sẽ là làm thế nào để giảm bớt chi phí ngăn chặn phạm tội của xã hội. Muốn làm được điều này, phải

nắm được hành vi của những người có khả năng phạm tội khi phải đối diện với một mức chế tài nhất định. Thí dụ, tội phạm ma túy có giảm khi Nhà nước đặt án tử hình đối với hành vi phạm tội này không? Như vậy, chúng ta phải tập trung vào phương hướng nghiên cứu về đấu trí, để tìm xem phương hướng áp đặt chế tài như thế nào và trong trường hợp nào là hiệu quả nhất. Bài học về đấu trí nghi phạm tại Chương 1 cho thấy điều này.

Trước tiên, một hành vi bị xử lý hình sự thay vì chỉ phải bồi thường thiệt hại theo trách nhiệm dân sự vì mức độ nguy hiểm của chúng đối với xã hội. Khi thiệt hại gây ra quá lớn, người ta không thể trông đợi vào chế tài bồi thường thiệt hại để giúp người bị thiệt hại, nhất là khi người gây ra thiệt hại không có tiền. Thứ hai, nếu xác suất bị bắt nhỏ, việc qui định chế tài dân sự sẽ không hiệu quả. Thí dụ, một người tham nhũng của công, xác suất bị bắt là 50%. Như vậy trong hai vụ tham nhũng giá trị 10 triệu đồng thì có một vụ bị bắt. Nếu không có luật hình sự, người này sẽ chỉ phải bồi thường một khoản tiền là 10 triệu đồng trong khi khả năng kiếm được tiền từ tham nhũng là 20 triệu đồng. Lúc đó, họ sẽ có khuynh hướng tham nhũng hơn là ngay thẳng, lương thiện. Mục đích của trách nhiệm hình sự là để ngăn chặn những suy nghĩ và hành vi như vậy, bằng cách qui định chế tài phải có giá trị ít cao gấp đôi so với giá trị thiệt hại xảy ra. Vì phần lớn hành vi phạm tội là do cố ý, nên Nhà nước có thể áp đặt mức độ chế tài tương ứng với mức độ cố ý – thí dụ phạm tội có chuẩn bị, có tổ chức, là người cầm đầu hay chỉ là người bị lôi kéo, v.v.

2. Kinh tế luật và môn tội phạm học

Thông thường, một người có lý trí trước khi phạm tội sẽ so sánh nếu bị bắt thì họ sẽ mất gì, và nếu không bị bắt thì họ sẽ được gì. Nếu chế tài nhỏ hơn lợi ích do phạm tội mang lại thì họ sẽ phạm tội. Kể cả trong trường hợp chế tài lớn hơn thiệt hại do phạm tội, thì họ cũng phải suy nghĩ xem xác suất bị bắt là bao nhiêu. Xác suất bị bắt còn phụ thuộc vào nhiều yếu tố, thí dụ như sự phức tạp của hành vi phạm tội, hay sự kiên quyết của cơ quan thi hành pháp luật. Thí dụ, nếu cơ quan thi hành pháp luật cũng không hoàn toàn trong sạch thì sự kiên quyết của các cơ quan đề phòng chống các hành vi tham nhũng cũng không thể lớn. Như vậy, việc áp đặt chế tài hình sự như thế nào phải do một kế hoạch cụ thể toàn diện hơn là chỉ điều chỉnh chế tài không thôi.

Cooter (1996) phát biểu định lý rằng luật hình sự cần giảm chi phí xã hội đối với hành vi phạm tội. Chi phí này bằng thiệt hại mà xã hội phải gánh chịu và chi phí để ngăn ngừa hay bắt kẻ phạm tội. Tuy nhiên hai đại lượng này không tỉ lệ thuận. Thật ra, nếu chúng ta tăng cường bắt hay ngăn chặn kẻ phạm tội thì thiệt hại mà xã hội phải gánh chịu sẽ giảm. Trong thực tế, việc ngăn chặn nạn tham nhũng xảy ra bằng các biện pháp phòng ngừa và các cơ quan thực thi chống tham nhũng độc lập thì thiệt hại xã hội do tham nhũng phải gánh chịu sẽ giảm và không nhất thiết phải tăng chế tài đối với hành vi tham nhũng. Cooter cho rằng sự hiệu quả của luật hình sự nằm ở thiết chế ngăn chặn hành vi phạm tội hơn là ở chế tài đối với tội phạm. Lý do là vì giữa chế tài hình sự và lợi ích do phạm tội không có điểm chung để so sánh. Không ai có thể suy đoán rằng giữa 10 năm tù và lợi ích kiếm được 1 tỉ đồng, cái nào lớn hơn. Nếu sau 20 lần phạm tội mới chỉ bị bắt một lần, thì người phạm tội có thể kiếm được 20 tỉ đồng, sau đó lại tẩu tán cho vợ con, thì số tiền phải bồi thường cho Nhà nước nếu bị bắt sẽ còn rất ít. Trong khi làm ăn lương thiện thì có lẽ cả đời cũng không thể kiếm được một số tiền như vậy.

Biết được vấn đề như vậy, chúng ta nên tập trung nghiên cứu các hình thức ngăn chặn tội phạm hơn là các chế tài khi hành vi phạm tội xảy ra. Nếu chúng ta qui định cụ thể trách nhiệm của người đứng đầu thì đã không xảy ra tình trạng tham nhũng nhiều tới mức như trong thời gian qua. Tuy nhiên nếu qui định trách nhiệm của người đứng đầu quá nặng thì sẽ dẫn đến tình trạng là cấp trên bao che cho cấp dưới, vì nếu cả hai cùng bị bắt thì cả hai sẽ cùng bị xử. Vì vậy, chỉ nên qui định trách nhiệm của người đứng đầu khi thiếu trách nhiệm (bắt cần) để xảy ra tình trạng tham nhũng mà thôi. Giữa hành vi tham nhũng và hành vi thiếu trách nhiệm phải có sự phân định. Nếu cấp trên đã nhận tiền chia chác của cấp dưới thì phải qui tội tham nhũng chứ không chỉ là tội thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng. Tóm lại, kinh tế luật phải giải quyết được việc tìm thiết chế ngăn chặn tội phạm và tìm cách tăng xác suất bắt được kẻ phạm tội hơn là chỉ đơn thuần tăng nặng hình phạt. Nguyên tắc này có thể được thể hiện trong hai trường hợp cụ thể sau.

3. Kinh tế luật và tội mua bán, tàng trữ, sử dụng trái phép chất ma túy

Trong nhiều năm trở lại đây, tình hình mua bán, tàng trữ, sử dụng trái phép chất ma túy ngày càng trở nên phức tạp. Các vụ buôn lậu ma túy phát hiện ngày càng nhiều, vụ sau lớn hơn vụ trước. Không phải những kẻ buôn ma túy không biết rằng phát hiện tàng trữ trên 150 g Heroin là có thể bị tử hình. Tuy nhiên họ vẫn làm. Vì sao vậy?

Các nhà nghiên cứu kinh tế luật đã chỉ ra rằng việc xử phạt nặng hành vi buôn bán ma túy không ảnh hưởng đến nhu cầu sử dụng ma túy. Do ma túy là chất gây nghiện, nên nhu cầu sử dụng ma túy không giảm chỉ vì hàng hoá khan hiếm hơn hay giá cả tăng (*demand inelasticity*). Con nghiện luôn cần sử dụng «đúng cỡ» cho dù giá cả có tăng bao nhiêu. Khi nhu cầu sử dụng ma túy ngày càng tăng thì việc tăng nặng hình phạt chỉ làm tăng giá bán ma túy, biến việc buôn ma túy trở thành «siêu lợi nhuận» chứ không giảm được tội phạm ma túy.

Như vậy, đối với tội phạm ma túy thì «phòng» quan trọng hơn «chống». Cần giáo dục tác hại của ma túy, nghiên cứu các biện pháp cai nghiện hiệu quả hơn là chỉ đơn thuần tăng nặng hình phạt đối với ma túy. Đối với chất ma túy, chỉ khi nào làm giảm được nhu cầu đối với ma túy thì tội phạm về ma túy mới giảm. Ở Hà Lan, người ta đã thí điểm mô hình cho bán ma túy dạng nhẹ để thoả mãn nhu cầu của người nghiện, đồng thời đẩy mạnh giáo dục tác hại của ma túy. Tất nhiên, do trình độ dân trí của Hà Lan cao hơn Việt Nam, nên những gì đã xảy ra tại Hà Lan chưa chắc đã áp dụng được ở Việt Nam, song đây cũng là điều đáng để cho chúng ta suy nghĩ.

4. Kinh tế luật và án tử hình

Hiện nay, nhiều người kêu gọi xoá bỏ án tử hình, vì nó vi phạm đến «quyền được sống», một trong những quyền được tuyên bố tại Tuyên ngôn Độc lập của nước Việt Nam DCCCH ngày 2/9/1945. Tuy nhiên, cũng không thể phủ nhận một điều là án tử hình đã có tác dụng nhất định trong việc giảm tình trạng phạm tội, và răn đe những hành vi cực kỳ nguy hiểm cho xã hội. Câu hỏi của các nhà nghiên cứu kinh tế luật đặt ra là: liệu án

tử hình có hiệu quả cho xã hội trong việc ngăn ngừa tội phạm hơn là hình phạt tù hay không?

Xét về khía cạnh kinh tế, thì tử hình có thể ít tốn kém cho xã hội hơn tuyên bố một người phạm tội giết người phải chịu án tù chung thân. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là nếu khung hình phạt được qui định quá rộng, đến nỗi kẻ phạm tội cũng không biết mình sẽ chịu án như thế nào, và giả sử có bị tử hình thì trong bao lâu mới phải thi hành án, thì tử hình không gây được ấn tượng răn đe cho những người có khả năng phạm tội. Nhà kinh tế học đoạt giải Nobel, Gary Becker cho rằng án tử hình chỉ có hiệu quả khi loại tội khép vào hình phạt tử hình được qui định rõ ràng, chắc chắn, và khi người phạm tội sẽ bị xử một cách nhanh chóng.

CÂU HỎI:

1. Khi nào thì một hành vi được xét xử theo luật hình sự, thay vì luật dân sự? Theo bạn, tình trạng hình sự hoá quan hệ dân sự có đem lại hiệu quả cho xã hội không, tại sao?
2. Một nhà hoạt động xã hội Ba Lan, Jacek Kuron cho rằng dưới chế độ XHCN tập trung bao cấp, đời sống khó khăn, thì tình trạng tội phạm diễn ra ít hơn, ít phức tạp hơn dưới chế độ kinh tế thị trường, khi đời sống đã no đủ hơn. Bạn có đồng ý không? Tại sao lại như vậy?
3. Bạn nhận xét gì về câu «nhàn cư vi bất thiện» hay câu tục ngữ «bần cùng sinh đạo tặc» theo quan điểm của môn kinh tế luật?
4. Xét về khía cạnh kinh tế, thì tình trạng phạm tội phát sinh từ đâu? Nguyên nhân nào là chủ yếu?
5. Xét về khía cạnh kinh tế, thì để làm giảm tình trạng phạm tội, cần phải tiến hành những biện pháp gì? Tăng hình phạt có làm giảm số lượng tội phạm không, vì sao?

CHƯƠNG 5: KINH TẾ LUẬT VÀ CÁC CHUYÊN NGÀNH LUẬT THƯƠNG MẠI

I. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT ĐẤT ĐAI

1. Vấn đề thống nhất quản lý của nhà nước đối với đất đai

Đất đai thuộc sở hữu toàn dân, do Nhà nước thống nhất quản lý. Việc quản lý của Nhà nước được diễn ra trên nhiều cấp độ, trong đó quan trọng nhất là việc qui hoạch sử dụng đất. Xét về khía cạnh quyền sở hữu, thì việc qui hoạch sử dụng đất hạn chế quyền sử dụng của người có quyền sử dụng đất. Vì vậy, việc qui hoạch sử dụng đất phải được tiến hành một cách hiệu quả, không lạm dụng, tránh trường hợp làm ảnh hưởng đến việc sử dụng đất có hiệu quả của người có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

Việc qui hoạch sử dụng đất ở nước ta được tiến hành qua nhiều cấp độ: qui hoạch tổng thể của cả nước, qui hoạch địa phương cấp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương, và qui hoạch cấp huyện, xã. Câu hỏi cần đặt ra cho môn kinh tế luật là qui hoạch cấp nào thì nên giao cho địa phương, cấp nào thì nên giao cho Trung ương. Trên nguyên tắc, địa phương nắm nhu cầu phát triển của mình tốt hơn Trung ương. Vì thế, qui hoạch địa phương thì nên giao cho địa phương quản lý. Ngoài ra, càng qua nhiều tầng nấc trung gian thì chi phí giao dịch càng tăng. Dần dần, nền kinh tế dựa trên Chính phủ Trung ương nhiều quá sẽ dẫn đến kém hiệu quả. Tuy nhiên, điều đáng lo ngại là khi phân quyền cho các địa phương, thì nhiều địa phương nhỏ quá không đủ sức mình qui hoạch (vì còn phụ thuộc vào nhiều yếu tố liên quan đến các địa phương khác). Ngoài ra, nếu không có nguyên tắc chung về qui hoạch thì sẽ dẫn đến tình trạng “mạnh ai nấy qui hoạch”, người dân lâm vào tình cảnh “một cổ hai ba tròng”, rất khó quản lý. Vì vậy, một trong những vấn đề quan trọng của qui hoạch là phải đảm bảo sao cho những qui định về qui hoạch là có thể dự đoán được và phải nhất quán với nhau.

Ngoài ra, một vấn đề quan trọng khác là khi tiến hành qui hoạch, cần phải thể hiện tính dân chủ, bởi vì mỗi người dân là chủ bất động sản của mình.

Họ có quyền có ý kiến về việc khu vực của họ sẽ được quản lý như thế nào. Nếu một vùng không được qui hoạch tốt, họ sẽ chuyển sang vùng khác sinh sống. Hiện tượng một số hộ dân trong TP Hồ Chí Minh bán nhà của mình để chuyển đến sống tại Khu Đô thị mới Phú Mỹ Hưng cho thấy vấn đề này. Bên cạnh tính dân chủ, việc qui hoạch một đô thị phải được tiến hành như một chủ nhân làm chủ mảnh đất của mình. Việc qui hoạch lâu nay được tiến hành một cách hờ hững như đối với một tài sản công, nên tỉ lệ thành công chưa cao. Có người cho rằng Sở Quy hoạch Kiến trúc cũng có thể làm qui hoạch tốt, ví dụ như Chính quyền Pháp trước đây đã qui hoạch TP Hà Nội, Đà Lạt, TP Hồ Chí Minh khá tốt. Tuy nhiên, những thành công đó phải được thể hiện xung quanh việc đô thị mới phát triển, việc phá vỡ những kiến trúc cũng không gặp phải chống đối nào. Nhìn lại, việc qui hoạch TP Hà Nội hay TP Hồ Chí Minh cũng không phải không có những sai lầm: thực dân Pháp đã san phẳng Thành Hà Nội và Thành Chí Hoà để xây các thành phố. Một thành phố được mọc lên nhưng những kiến trúc cổ có giá trị của nó - giống như Thành Nội Huế ngày nay, đã không còn.

Hiện tượng thành công của Phú Mỹ Hưng nảy sinh ra một câu hỏi thú vị: ai nên làm qui hoạch – cơ quan quản lý Nhà nước hay một công ty công trình đô thị - cơ sở hạ tầng. Có ý kiến cho rằng một công ty cơ sở hạ tầng đô thị có thể làm qui hoạch tốt hơn cơ quan nhà nước vì cơ quan nhà nước không có cơ chế khuyến khích nào để thưởng cho những cán bộ qui hoạch tốt. Trong khi đó, nếu các công ty phát triển cơ sở hạ tầng cạnh tranh với nhau thì họ sẽ phải thuê những nhà qui hoạch tốt nhất để khu đô thị của mình có giá trị hơn hẳn những khu đô thị khác. Ở Thượng Hải, người ta đã thuê những công ty kiến trúc của Anh và Thụy Sĩ để xây dựng những ngôi làng bao gồm những căn hộ cao cấp rập khuôn theo kiểu Thành phố Bristol ở Anh hay Genève ở Thụy Sĩ. Mô hình này không những đã thành công về mặt qui hoạch, mà còn thành công về mặt kinh doanh. Trước đây các nhà kinh tế học cũng đã chỉ ra được sự thành công của mô hình này. Họ cho rằng việc qui hoạch các đô thị mới tốt hơn hết nên giao cho các doanh nghiệp phát triển đô thị - cho dù là doanh nghiệp nhà nước hay tư nhân, hơn là để Sở Quy hoạch Kiến trúc bao cấp.

Nói như vậy không có nghĩa là trong lĩnh vực qui hoạch, chính quyền không nên quan tâm. Đối với những công trình giao thông công cộng như

tàu điện ngầm, cầu đường, sân bay, nhất thiết phải có sự chỉ đạo của cơ quan nhà nước. Nếu không có sự chỉ đạo thống nhất, sẽ dẫn đến sự lãng phí, thiếu đồng bộ và thiếu nhất quán trong đầu tư xây dựng cơ bản. Như vậy ngoại trừ những công trình thuộc về hạ tầng cơ sở và những công trình cần phải có sự phối hợp giữa các khu đô thị, các công trình còn lại nên giao về cho các doanh nghiệp phát triển hạ tầng, miễn là áp đặt các qui chuẩn về xây dựng một cách thống nhất, như mật độ xây dựng, bảo vệ môi trường, an ninh, bệnh viện, trường học, siêu thị, v.v. Kinh tế luật đóng vai trò quan trọng trong việc nghiên cứu ban hành những qui định về qui hoạch sử dụng đất một cách có hiệu quả.

2. Vấn đề đền bù giải toả

Do đất đai thuộc quyền sở hữu toàn dân, Nhà nước có quyền thu hồi đất để sử dụng vào mục đích công cộng và các mục đích khác. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra ở đây là làm thế nào để giải quyết quyền lợi chính đáng cho dân, và làm sao để Nhà nước khỏi lạm dụng quyền lực khi ra quyết định đền bù giải toả. Các vấn đề cần nghiên cứu bao gồm:

- (i) Trong trường hợp nào thì Nhà nước được phép thu hồi đất;
- (ii) Khi thu hồi đất thì nên đền bù cho dân như thế nào cho hợp lý;
- (iii) Làm thế nào để người dân sử dụng đất có hiệu quả và không sợ bị ra quyết định thu hồi.

Trước tiên, Nhà nước nên có quyền thu hồi đất để phục vụ mục đích công cộng, khi mục đích đó tồn tại. Thí dụ, nếu không mở rộng đường thì giao thông sẽ ách tắc, người dân sẽ mất nhiều thời gian, năng suất lao động sẽ giảm, nền kinh tế không phát triển được. Như vậy thu hồi đất là một giải pháp đầu tư cho việc phát triển nền kinh tế. Tuy nhiên, trước khi đi đến quyết định thu hồi đất, Nhà nước phải xem xét kỹ xem việc này có cần thiết hay không và chỉ thực hiện việc thu hồi đất khi đó là giải pháp cuối cùng đối với một vấn đề. Ngoài ra, việc thu hồi đất cần phải được tính toán chi phí - lợi ích cho xã hội. Việc thu hồi đất chỉ nên tiến hành khi tổng chi phí bỏ ra cho việc thu hồi nhỏ hơn so với lợi ích mà việc thu hồi đất đó mang lại.

Không những thu hồi đất, Nhà nước còn có quyền hạn chế quyền sử dụng đất đối với một số thửa đất, với điều kiện điều đó không được ảnh hưởng lớn đến giá trị của khu đất. Thí dụ, Nhà nước có thể yêu cầu người có quyền sử dụng đất trong một khu phố phải xây nhà của mình theo một kiến trúc nhất định, phải tuân thủ các qui định về qui hoạch. Những vấn đề này liên quan đến việc hạn chế quyền sử dụng đất của người dân, tuy nhiên hầu hết các nước đều coi đây là những qui định cần thiết và không nhất thiết phải bồi thường thiệt hại cho người dân.

Thứ hai, khi Nhà nước ra quyết định thu hồi đất thì người dân trong khu vực bị thu hồi đất bỗng nhiên rơi vào vị trí độc quyền, gây khó khăn cho Nhà nước trong việc quyết định đền bù giải toả. Giả sử 1000 hộ rơi vào diện phải giải toả, 900 hộ đã đồng ý với phương án đền bù, song 100 hộ còn lại chưa đồng ý. Do Nhà nước đã trả tiền đền bù cho 900 hộ và đã lên phương án giải toả nên “bằng giá nào” cũng phải giải toả cho được 100 hộ còn lại. Khi đó, 100 hộ còn lại có thể nhân cơ hội này mà đòi tăng giá tiền đền bù.

Như vậy là phải cưỡng chế giải toả đối với những hộ “chây ỳ”. Tuy nhiên vấn đề đền bù vẫn còn đó. Phải đền bù các hộ dân như thế nào? Đối với vấn đề này có ba giải pháp: (i) đền bù theo giá thị trường, (ii) đền bù bằng cách cung cấp cho các hộ dân những căn hộ ‘tái định cư’, và (iii) chỉ đền bù một phần, và càng chậm trễ trong việc tuân thủ giải toả thì chi phí đền bù sẽ càng thấp.

Đối với phương án thứ nhất, điều khó khăn sẽ là làm sao xác định đúng giá thị trường, và làm sao có đủ tiền để trả theo đúng giá thị trường. Giá thị trường thay đổi từng ngày. Ngay khi có quyết định giải toả, giá nhà đất xung quanh khu vực giải toả đã tăng và sẽ tăng liên tục. Người được đền bù sớm nhất sẽ là người chịu thiệt hại nhiều nhất. Đối với những người được đền bù sau thì họ đòi giá quá cao để Nhà nước có thể có tiền để trả. Ngoài ra, trong nhiều trường hợp người dân có lợi từ việc thu hồi. Thí dụ một căn nhà trong hẻm đường Ngô Tất Tố, Quận Bình Thạnh có thể bỗng nhiên trở thành nhà mặt tiền một đại lộ lớn do việc mở rộng đường Nguyễn Hữu Cảnh. Nếu đền bù thiệt hại theo đúng giá thị trường, thì trên thực tế chủ nhà được lợi chứ không bị thiệt hại gì cả. Việc đánh

giá đền bù phải căn cứ vào những lợi ích và thiệt hại của người bị thu hồi đất. Như vậy, việc đền bù theo đúng giá thị trường là không hiệu quả.

Đối với phương án thứ hai, việc cung cấp những căn hộ tái định cư trên nguyên tắc là phương án tốt, song câu hỏi đặt ra là những căn hộ đó có tương đương với những căn nhà bị giải toả hay không. Thí dụ, một người có căn nhà cấp 4 có diện tích 50 m² và một người có căn nhà cấp 3 có diện tích 75 m² thì khi nhận căn hộ tái định cư nên được xử lý như thế nào. Đây là điều cần phải xem xét. Tuy nhiên, phương pháp này có một điểm lợi là có thể so sánh trị giá của hai căn nhà: một căn nhà cũ (giá trị trước khi công bố quyết định giải toả) và một căn nhà mới (căn hộ tái định cư theo mức định giá của thị trường bất động sản). Từ đó, các bên có thể thống nhất được giá cả bồi thường, cũng như khoản tiền mà Nhà nước có thể hỗ trợ cho người dân để di chuyển địa điểm tái định cư.

Đối với phương pháp bồi thường thiệt hại thứ ba - kết hợp tiền bồi thường, tái định cư và thời gian giải toả, đây có thể là phương pháp có hiệu quả cho Nhà nước, có quan điểm lo ngại rằng song các cơ quan Nhà nước có thể lợi dụng phương pháp này để ép dân phải di dời với chi phí thấp. Vì vậy, khi thực hiện phương pháp này phải có cách để định giá tài sản khi di dời một cách hiệu quả. Như đã nói ở trên, phương pháp định giá phải nêu được điểm lợi cũng như điểm bất lợi của ngôi nhà cũ (trước khi giải toả) và ngôi nhà mới (sau khi giải toả). Trên nguyên tắc, phải cung cấp cho người dân ích lợi của việc giải toả bằng cách hỗ trợ chi phí chuyển đổi trước khi áp dụng biện pháp cưỡng chế giải toả (Mục V.7 Chương 1).

II. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT MÔI TRƯỜNG

Môi trường là một vấn đề quan trọng, nhưng vì đó là tài sản công, nên không mấy người đứng ra bảo vệ (mình thì chẳng được gì, mà lợi ích thì thiên hạ hưởng cả). Vì thế, từ lâu các nhà kinh tế học đã tranh cãi xem cách bảo vệ môi trường như thế nào. Pigou cho rằng cần phải bắt người dân đóng thuế và nhà nước sẽ đứng ra bảo vệ môi trường cho người dân. Coase phản đối, cho rằng Nhà nước không thể bảo vệ tốt môi trường được, vì hai lý do. Thứ nhất, người dân sẽ bất bình, vì người gây ô nhiễm nhiều cũng đóng tiền thuế bằng người không gây ô nhiễm, như vậy họ

không đại gì mà không gây ô nhiễm. Thứ hai, Nhà nước cũng vẫn sẽ phải giao nhiệm vụ quản lý cho một số người quản lý, và họ không có lợi ích gì từ việc bảo vệ. Cuối cùng, sẽ dẫn đến một bi kịch là của chung không ai lo (tragedy of the common). Theo Coase, cách tốt nhất để bảo vệ môi trường là “tư hữu hoá” môi trường, để chủ sở hữu có thể bảo vệ quyền lợi của mình một cách hiệu quả. Cách Coase đề nghị là những doanh nghiệp gây thiệt hại cho môi trường phải đóng chi phí bảo vệ môi trường cho công ty bảo vệ môi trường. Công ty này sẽ sử dụng các công nghệ của mình để xây dựng các trung tâm xử lý chất thải.

Kinh tế luật đóng vai trò quan trọng trong việc tìm những giải pháp cho vấn đề môi trường, định hướng xây dựng luật môi trường trước khi các nhà làm luật xây dựng luật môi trường. Để giải quyết vấn đề này, chúng ta cần đặt câu hỏi: tại sao cần phải có qui định về bảo vệ môi trường, làm thế nào để bảo vệ môi trường một cách có hiệu quả? Các qui tắc của Coase về bảo vệ quyền sở hữu hay qui tắc của Calabresi và Melamed về bồi thường thiệt hại có tác dụng gì không?

Trước tiên, ô nhiễm môi trường là những yếu tố ngoại vi (*externality*) của nền kinh tế thị trường. Các yếu tố ngoại vi xuất hiện khi một người có thể gây thiệt hại cho người khác mà người khác không làm gì được để bảo vệ quyền lợi của mình (khi pháp luật không qui định) – thí dụ như gây ô nhiễm môi trường. Nếu không có qui định về bảo vệ môi trường, không ai đứng ra để bảo vệ môi trường, vì tốn kém chi phí, mà lợi ích thì cả xã hội được hưởng. Như vậy, môi trường cũng là một dạng tài sản công.

Bảo vệ môi trường bằng cách nào? Có người cho rằng phải cấm các nhà máy gây ô nhiễm môi trường. Điều này không khả thi. Thế giới phải có các nhà máy gây ô nhiễm môi trường. Nếu không thì nền kinh tế không thể phát triển. Và lại, nếu Việt Nam không gây ô nhiễm, song Trung Quốc, Nga, Mỹ gây ô nhiễm, thì liệu hiệu ứng nhà kính, thay đổi khí hậu và những hệ lụy khác có xảy ra không? Như vậy, thay vì cấm các nhà máy gây ô nhiễm hoạt động, pháp luật của các nước yêu cầu người gây ô nhiễm phải có hệ thống xử lý chất thải một cách có hiệu quả. Tuy nhiên vấn đề là ở chỗ chúng ta khó biết hệ thống như thế nào là có hiệu quả. Có hệ thống không hiệu quả lắm nhưng giá rẻ. Có hệ thống hiệu quả hơn nhiều, song giá quá đắt, doanh nghiệp không thể đầu tư được. Vậy nên

mua loại nào? Hơn nữa, Nhà nước cũng không thể nào nắm hết được các số liệu về môi trường để ra một tiêu chuẩn cụ thể nên áp dụng hệ thống lọc chất thải như thế nào.

Ngay cả khi Nhà nước áp dụng được tiêu chuẩn chất thải, thì cũng không ai biết tiêu chuẩn ấy do ai quyết định và cơ sở nào mà họ quyết định như vậy. Điều này là quan trọng, vì các doanh nghiệp sẽ không tuân thủ các quyết định về môi trường nếu các quyết định đó không có tính thuyết phục cao. Vì vậy, các tiêu chuẩn cơ bản về chất thải thông thường là các tiêu chuẩn quốc tế, và Việt Nam phải tuân theo. Tuy nhiên nếu áp dụng các tiêu chuẩn quá chặt thì nhà đầu tư nước ngoài sẽ chuyển sang đầu tư ở Trung Quốc hay Campuchia, nơi tiêu chuẩn môi trường đặt ra thấp hơn.

Có người cho rằng tốt nhất là nên cho các doanh nghiệp gây ô nhiễm môi trường được quyền bồi thường thiệt hại do mình gây ra. Đôi khi khoản bồi thường thiệt hại đó cũng không lớn bằng chi phí cần làm để trang bị hệ thống xử lý chất thải cho nhà máy. Khoản bồi thường này được coi như một khoản “thuế” môi trường đánh lên các doanh nghiệp gây ô nhiễm. Các xử lý như vậy hiệu quả hơn việc tính giá trị thiệt hại và bồi thường, vì cũng khó ai biết được giá trị thực sự của thiệt hại là bao nhiêu đối với một doanh nghiệp gây ô nhiễm. Ngoài các khoản thuế, các doanh nghiệp hay các địa phương nên được quyền mua đi bán lại “quota” khí thải của mình. Thí dụ, nếu tỉnh Phú Yên không sử dụng hết tiêu chuẩn khí thải của mình, thì có thể bán lại cho TP Hồ Chí Minh, vì trên nguyên tắc khí thải từ TP HCM sẽ trôi nổi khắp Việt Nam và tổng lượng khí thải trên toàn lãnh thổ Việt Nam là không đổi (xem định lý Coase, Mục V.3 Chương 1).

Liên quan đến thuế do ô nhiễm môi trường, hai vấn đề được đặt ra, là làm thế nào để xác định mức thuế, và mức thuế đó có làm tăng nhận thức của doanh nghiệp về môi trường và khuyến khích họ xây dựng các thiết bị xử lý chất thải hay không (Pigou, 1920). Chúng ta hãy tưởng tượng một doanh nghiệp sản xuất phải đóng thuế môi trường. Doanh nghiệp phải tìm cách thu lại khoản thuế đó bằng cách nâng giá bán hàng. Nhưng nếu nâng giá bán hàng không được thì doanh nghiệp phải tìm cách giảm ô nhiễm để giảm thuế phải đóng cho Nhà nước, hoặc chuyển sang ngành nghề kinh doanh khác. Như vậy đóng thuế là một giải pháp hữu hiệu.

Coase cũng cho rằng ngoài việc đóng thuế, việc cho các chủ thể tự do cạnh tranh và thoả thuận cũng giúp cho vấn đề ô nhiễm môi trường được giải quyết. Khi một người sản xuất và gây ô nhiễm môi trường, người khác chịu thiệt hại song người gây ô nhiễm thu được khoản lợi (nếu không họ đã không gây ô nhiễm). Một hệ thống pháp luật hiệu quả là phải tính được lợi ích của xã hội khi xảy ra ô nhiễm có lớn hơn thiệt hại do ô nhiễm gây ra hay không.

Thí dụ, đi bộ thì ít gây ô nhiễm môi trường hơn đi xe hơi. Song lợi ích của việc đi xe hơi thì lớn hơn rất nhiều so với đi bộ. Như vậy, chúng ta không thể vì ô nhiễm mà không đi xe hơi. Điều chúng ta có thể làm là buộc những người đi xe hơi phải đóng một khoản tiền để bồi thường cho những người bị thiệt hại do ô nhiễm, hay đóng tiền vào một quỹ bảo vệ môi trường. Quan điểm của Coase khác quan điểm của Pigou ở chỗ đối với những thiệt hại do ô nhiễm môi trường gây ra, các bên có thể tự thoả thuận được chứ không cần phải do nhà nước can thiệp. Người đi xe có thể bồi thường cho người dân trong vùng chịu thiệt hại do ô nhiễm không khí gây ra. Ngược lại, người dân muốn hưởng không khí trong lành trong thị trấn của mình sẽ phải làm một con đường vòng cho xe chạy ngoài thị trấn, đồng thời phải trợ cấp tiền xăng cho những người đi xe do phải đi đường vòng (thực tế chuyện này không xảy ra, vì chỉ cần pháp luật qui định không được đi xe trong thành phố là người đi xe phải chấp hành).

Tuy nhiên, nguyên tắc đóng thuế hay bồi thường thiệt hại do ô nhiễm có một nhược điểm, đó là nếu ai cũng đóng thuế, thì việc một hai người muốn giảm thuế bằng cách trang bị các thiết bị lọc khí thải cũng chẳng mang lại ích lợi mấy cho xã hội. Đó là chưa nói nếu quá nhiều người không chịu trang bị thiết bị lọc khí thải, những người khác sẽ làm y như vậy cho rẻ. Ngoài ra, nguyên tắc bồi thường thiệt hại do ô nhiễm môi trường gây ra không thể áp dụng được khi thảm họa môi trường quá lớn, thí dụ như thảm họa do sự cố nhà máy điện nhân, sự cố tràn dầu hay sự cố rò rỉ chất độc hoá học có thể làm hàng trăm ngàn người chết. Khi đó, các qui tắc đề phòng thảm họa môi trường xảy ra sẽ phải nghiêm ngặt hơn so với thông thường, và xét về mặt so sánh lợi hại thì “phòng bệnh” trong trường hợp này rõ ràng là tốt hơn “chữa bệnh.”

Hiện nay, dùng kinh tế luật để nghiên cứu các vấn đề về chính sách môi trường là một lĩnh vực được nghiên cứu rộng rãi ở nhiều nước. Tuy nhiên các nghiên cứu tập trung chủ yếu vào việc đánh thuế môi trường như thế nào hay mua đi bán lại quota khí thải như thế nào. Rất ít người nghiên cứu những cơ chế khác để bảo vệ môi trường hay phòng chống ô nhiễm, như bồi thường thiệt hại do các sự cố môi trường gây ra, mua bảo hiểm ô nhiễm môi trường hay các cơ chế khác. Vì vậy, đây là một lĩnh vực rất cần được tiếp tục nghiên cứu.

III. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT KINH DOANH BẢO HIỂM

1. Bản chất luật kinh doanh bảo hiểm

Kinh doanh bảo hiểm là ngành kinh doanh dựa trên rủi ro. Khi hai bên ký hợp đồng (thí dụ hợp đồng vận chuyển hành khách), có một vấn đề không bên nào muốn chịu rủi ro (thí dụ tai nạn và thiệt hại xảy ra cho khách), thì họ sẽ nghĩ đến chuyện mua bảo hiểm và đẩy rủi ro đó cho công ty bảo hiểm. Khi một người hàng ngày tiến hành các hoạt động dính tới rủi ro, họ muốn một người khác lãnh trách nhiệm chịu rủi ro khi họ gây tai nạn, hoặc pháp luật muốn phải có bảo hiểm để người bị thiệt hại dễ dàng đòi được khoản tiền bảo hiểm. Như vậy, mục đích của việc ký kết hợp đồng bảo hiểm là để các bên có thể yên tâm với nhau trong giao dịch, làm giảm chi phí thực thi quyền khi thiệt hại xảy ra, đó cũng là một dạng chi phí giao dịch. Nói theo ngôn ngữ của Coase, thì bảo hiểm là một công cụ để làm giảm chi phí giao dịch (xem Mục V.4, Chương 1).

Bảo hiểm được chia thành nhiều loại rủi ro: bảo hiểm nhân thọ và phi nhân thọ, trong bảo hiểm phi nhân thọ cũng chia thành nhiều loại rủi ro khác nhau: bảo hiểm trách nhiệm dân sự đối với bên thứ ba, bảo hiểm tài sản, bảo hiểm cháy nổ, bao hiểm tai nạn lao động, v.v. Một số bảo hiểm mang tính bắt buộc, nhằm giảm chi phí giao dịch giữa người gây thiệt hại và người bị thiệt hại. Ngoài ra, chức năng của bảo hiểm còn là việc chia sẻ rủi ro. Nếu nhiều người cùng chung sức để gánh chịu rủi ro thì rủi ro sẽ nhỏ đi đối với từng người. Vấn đề cần nghiên cứu của kinh tế luật là loại bảo hiểm nào nên được coi là bảo hiểm bắt buộc và mức độ bảo hiểm bao nhiêu thì là vừa đủ.

Việc công ty bảo hiểm sẵn sàng chịu bảo hiểm hơn người mua bảo hiểm không có nghĩa là công ty bảo hiểm thích rủi ro (risk-preferred) hơn người mua bảo hiểm. Công ty bảo hiểm chỉ chịu bảo hiểm đối với những rủi ro mà họ có thể dự đoán trước xác suất. Có những rủi ro bảo hiểm được, có những rủi ro có thể gây nên thiệt hại quá lớn, không thể bảo hiểm được, thí dụ như rủi ro do chiến tranh gây ra ở những vùng nhạy cảm như vùng Vịnh Ba Tư. Chính vì muốn quản lý rủi ro, mà trong hợp đồng giữa công ty bảo hiểm và người mua bảo hiểm luôn có những qui định chặt chẽ về những sự kiện không chịu bảo hiểm, và những yêu cầu buộc người mua bảo hiểm phải thông báo mọi thông tin mình biết về rủi ro. Chúng ta thấy rằng người mua bảo hiểm biết nhiều về rủi ro hơn công ty bảo hiểm, vì thế sẽ xảy ra tình trạng thông tin bất đối xứng. Nếu không giải quyết được tình trạng này thì các thoả thuận giữa hai bên sẽ không hiệu quả. Đối tượng nghiên cứu của kinh tế luật là làm thế nào để biết được thông tin. Stiglitz (1990) cho rằng một trong những biện pháp này là thanh lọc (screening), tức là cung cấp nhiều mức phí bảo hiểm khác nhau. Những người thấy khả năng xảy ra rủi ro của mình cao sẽ có khuynh hướng mua những bảo hiểm đắt tiền hơn. Vì thế, công ty bảo hiểm hàng năm sẽ phải cân đối danh mục bảo hiểm của mình và tăng thêm tiền bảo hiểm đối với những người đã từng bị/gây tai nạn hay những người đã từng được nhận tiền bảo hiểm. Đây là một ngành khoa học kinh tế tương đối thú vị và gắn liền với lý thuyết xác suất thống kê. Khả năng ứng dụng của nó trong luật là việc có nên cho phép công ty bảo hiểm đưa ra những điều khoản miễn trừ trách nhiệm vô lý hay không. Thí dụ, việc một người mua bảo hiểm quên không khai những lần đi nước ngoài của mình có phải là lý do để công ty bảo hiểm từ chối trả tiền bảo hiểm khi sự kiện bảo hiểm xảy ra không? Trong một vụ tranh chấp có thực giữa công ty bảo hiểm Prudential (Việt Nam) và gia đình cố ca sỹ Lê Dung, công ty Prudential đã từ chối trả tiền cho con trai ca sỹ Lê Dung sau khi ca sỹ qua đời vì ung thư. Lý do được công ty Prudential đưa ra là vì Lê Dung đã khai trong hợp đồng bảo hiểm rằng mình chưa bao giờ đi nước ngoài, trong khi thực tế Lê Dung đã đi công tác nhiều lần. Điều cần nói là giữa bệnh ung thư và đi nước ngoài hầu như không liên quan đến nhau, song Prudential vẫn từ chối trả tiền, vì đã có điều khoản ghi rõ rằng “trong trường hợp có bất kỳ lời khai nào trên đây không đúng với sự thực thì hợp đồng bảo hiểm sẽ vô hiệu.” Câu hỏi của kinh tế luật đặt ra là có cần thiết phải cho phép công ty bảo hiểm đưa ra những điều kiện như vậy không.

Câu hỏi tiếp theo là trong trường hợp nào thì những điều kiện đưa ra như vậy là hợp lý. Thí dụ, có những điều khoản này là để quản lý rủi ro cho công ty bảo hiểm. Ngay cả trong trường hợp đó, thì cũng phải qui trách nhiệm cho đại lý bảo hiểm, xem họ có giải thích rõ cho khách hàng về ý nghĩa của những điều khoản đó hay không. Và như vậy, vẫn còn những vấn đề liên quan đến chi phí giao dịch và thông tin bất đối xứng để các nhà nghiên cứu kinh tế luật có thể khai thác trong các qui định của pháp luật về kinh doanh bảo hiểm.

Tóm lại, kinh tế luật đóng vai trò quan trọng trong ngành bảo hiểm – một ngành liên quan nhiều đến phân tích rủi ro, phân tích hành vi đầu trí, cũng như phân tích các cơ sở để tiến hành những chiến lược đầu tư liên quan đến khoản tiền thu được từ bảo hiểm. Nhiệm vụ của kinh tế luật là làm sao giải quyết được những sai sót trong việc lựa chọn người được bảo hiểm và tính phí bảo hiểm cho người đó (adverse selection). Nhiệm vụ đó được thực hiện như thế nào?

2. Thực hiện nhiệm vụ của kinh tế luật trong việc nghiên cứu luật kinh doanh bảo hiểm

Bảo hiểm trước tiên về bản chất kinh tế là một định chế nhằm đền bù rủi ro cho những trường hợp một cá nhân hay một chủ thể không thể gánh chịu được toàn bộ rủi ro. Số tiền chịu rủi ro phụ thuộc vào những người đóng bảo hiểm, cũng như số tiền thu được từ sản xuất kinh doanh của công ty bảo hiểm. Hành vi của những người đóng bảo hiểm có thể được coi là hành vi tập thể (*collective action*), trong đó cả một tập thể đều có những hành vi giống nhau vì dựa trên những niềm tin như nhau (belief). Nếu niềm tin đó không vững chắc thì toàn bộ hệ thống bảo hiểm của công ty sẽ sụp đổ. Để niềm tin vững chắc, công ty bảo hiểm phải chứng tỏ được uy tín của mình bằng cách quản lý rủi ro cho tốt và hạn chế những trường hợp gian lận trong bảo hiểm.²³

Những trường hợp gian lận bảo hiểm xảy ra khi một người đã biết trước về rủi ro chắc chắn sẽ xảy ra, hoặc một thiệt hại đã xảy ra xong không thông báo cho công ty bảo hiểm, nhằm lãnh khoản tiền bảo hiểm khi khai

²³ *Đầu trí và Luật*, sdd, tr. 31.

báo. Về bản chất, các trường hợp gian lận bảo hiểm xảy ra khi một bên (bên được bảo hiểm) có nhiều thông tin hơn bên kia (bên bảo hiểm). Để hạn chế điều này, hợp đồng bảo hiểm có thể có những điều khoản ghi rõ bản chất của mối quan hệ, trong đó thừa nhận rằng bên được bảo hiểm nắm nhiều thông tin hơn bên bảo hiểm, và việc bên được bảo hiểm che giấu những thông tin mà bên bảo hiểm cần biết là cơ sở để bên bảo hiểm tuyên bố hợp đồng bảo hiểm vô hiệu và không chịu trách nhiệm về thiệt hại xảy ra. Trường hợp bảo hiểm của ca sỹ Lê Dung (xem trên đây) làm một thí dụ. Các hợp đồng bảo hiểm vì vậy được coi là những hợp đồng trong đó các bên phải tuyệt đối trung thực (*utmost good faith*). Đặc tính này được thừa nhận ở pháp luật hầu hết các nước trên thế giới. Tuy nhiên, các điều khoản này cũng chưa chắc hạn chế được việc gian lận bảo hiểm, vì đôi khi công ty bảo hiểm cũng không thể kiểm chứng được hết những trường hợp che giấu thông tin.

Thứ hai, bên bảo hiểm có thể dùng các thủ thuật để tìm kiếm thông tin như làm hệ thống lọc (screening), trong đó bên bảo hiểm có thể đưa ra nhiều phương án cho bên được bảo hiểm lựa chọn, tuy nhiên không thông báo hậu quả của việc lựa chọn. Thông qua việc lựa chọn này, bên bảo hiểm sẽ nắm được những thông tin mà họ muốn kiểm chứng. Tuy nhiên, vấn đề này thuộc về thủ thuật nhiều hơn là về các qui định pháp luật.

Ngoài các biện pháp bảo vệ bên bảo hiểm, pháp luật cũng quan tâm đến các biện pháp bảo vệ người được bảo hiểm. Nếu công ty bảo hiểm phá sản, hàng triệu người sẽ bị ảnh hưởng. Niềm tin của mọi người về hệ thống bảo hiểm (cơ sở của *collective action*) sẽ giảm sút và họ sẽ không mua bảo hiểm nữa, dẫn đến đổ vỡ hàng loạt. Làm sao ngăn chặn được hiện tượng này. Một lần nữa, các nghiên cứu về kinh tế có thể giúp các nhà lập pháp tìm hướng giải quyết hợp lý. Trước tiên, các công ty bảo hiểm phải là những công ty có uy tín và ít khả năng phá sản. Nếu các công ty đó là các công ty nước ngoài thì phải cam kết làm ăn lâu dài tại Việt Nam và có phương hướng xử lý hậu quả nếu rút khỏi Việt Nam. Trường hợp công ty bảo hiểm Allianz của Đức rút khỏi Việt Nam là một thí dụ cụ thể. Lẽ ra trước khi cấp phép cho Allianz, Bộ Tài chính nên có một số yêu cầu cụ thể về thời gian hoạt động tại Việt Nam, đồng thời các tiêu chí để từ đó công ty có thể bồi hoàn cho những người mua bảo hiểm khi quyết định rút khỏi Việt Nam. Ngoài ra, việc kiểm tra tình hình tài

chính của công ty bảo hiểm cũng phải thực hiện kỹ hơn, thường xuyên hơn các công ty bình thường. Sau cùng pháp luật của các nước cũng cho phép một số ưu đãi đối với các công ty bảo hiểm để - thí dụ như các thỏa thuận phi cạnh tranh giữa các công ty bảo hiểm trong một chừng mực có thể được miễn trừ, nếu như đó là điều cần thiết để bảo hiểm rủi ro cho người được bảo hiểm cũng như cho phép các công ty có thể tái bảo hiểm của nhau.

IV. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT CẠNH TRANH

1. Lý thuyết về cạnh tranh và môn kinh tế luật

Kinh tế là môn học ảnh hưởng nhiều nhất đến luật cạnh tranh. Để làm tốt vai trò luật sư về luật cạnh tranh, cần nắm vững các khái niệm về kinh tế. Luật đầu tiên về cạnh tranh trên thế giới là luật chống độc quyền của Hoa Kỳ năm 1890 (Luật Sherman). Nền tảng kinh tế của luật này là các mô hình kinh tế của Adam Smith (1776), Cournot (1838) và Edgeworth, theo đó một nền kinh tế chỉ phát triển tốt nếu có cạnh tranh, và việc một doanh nghiệp nắm vị trí thống lĩnh trong một ngành công nghiệp sẽ khiến giá cả trong ngành công nghiệp đó tăng cao và người tiêu dùng bị thiệt hại. Tuy nhiên, sau đó các nhà kinh tế học đã không ngừng phát triển mô hình nghiên cứu về luật cạnh tranh và có nhiều đóng góp đáng kể.

Đóng góp đầu tiên là mô hình ‘S-C-P’ (cấu trúc - *structure*, hành vi - *conduct*, và kết quả - *performance*) của Joe Bain (1968). Theo Bain, các doanh nghiệp trên thị trường có những hành vi khác nhau tùy thuộc vào vị trí của họ. Nếu họ càng thống lĩnh thị trường thì hành vi của họ càng độc lập với hành vi của các doanh nghiệp khác trên thị trường. Tóm lại, các doanh nghiệp muốn cạnh tranh với nhau tốt thì Nhà nước phải điều chỉnh cấu trúc của thị trường sao cho không doanh nghiệp nào được nắm giữ một tỉ lệ thị phần quá cao để khuynh đảo thị trường. Lý thuyết của Bain đã có ảnh hưởng sâu rộng đến luật cạnh tranh của hầu hết các nước trên thế giới, khi xem xét hành vi phi cạnh tranh của các doanh nghiệp dựa trên thị phần của các doanh nghiệp đó. Bain cũng cho rằng cấu trúc của thị trường không chỉ phụ thuộc vào thị phần mà còn phụ thuộc vào các rào cản thị trường (*barrier to entry*). Chính việc các doanh nghiệp khó tham gia vào thị trường khiến cho các doanh nghiệp hiện đang ở

trong thị trường càng trở nên tự phụ và có cơ hội lạm dụng vị trí thống lĩnh của mình.

Đôi nghịch với cách suy nghĩ của Bain, các nhà kinh tế học thuộc trường phái Chicago, cụ thể là các nhà kinh tế đoạt giải Nobel như George Stigler (1968), Milton Friedman (1970) và các thẩm phán như Robert Bork (1978) và Richard Posner (1989) có cách nhìn khác về cạnh tranh trên thị trường. Theo họ, cạnh tranh không phải là mục đích của luật, mà chỉ là công cụ để đem lại lợi ích cho người tiêu dùng. Có nhiều trường hợp cạnh tranh làm người tiêu dùng được hưởng sản phẩm với giá thành hạ. Tuy nhiên cũng như một cuộc đấu bóng đá, cạnh tranh cũng sản sinh ra người thắng kẻ thua. Đó là qui luật tự nhiên của Darwin. Không ai có thể đi ngược lại qui luật bằng cách trừng phạt người thắng và nâng đỡ kẻ thua. Cái mà chúng ta có thể làm được là làm sao cho cuộc chơi được tiến hành một cách công bằng. Theo Stigler và Bork, một doanh nghiệp khi tham gia vào thị trường đương nhiên làm cơ hội của doanh nghiệp khác nhỏ đi. Ngoài ra, một doanh nghiệp muốn tham gia vào thị trường cũng phải có một số vốn nhất định. Vậy những yếu tố như khó khăn tài chính hay cấu trúc thị trường bản thân nó không thể là rào cản thị trường như Bain suy nghĩ. Chỉ có những yếu tố mà một doanh nghiệp có song doanh nghiệp khác không có mới có thể trở thành rào cản thị trường, thí dụ như giấy phép đầu tư hay văn bằng bảo hộ độc quyền sáng chế. Ngoài ra, việc một doanh nghiệp chiếm vị trí thống lĩnh do doanh nghiệp đó là doanh nghiệp làm ăn hiệu quả nhất, như Microsoft, hay Kinh Đô của Việt Nam, thì không thể coi họ là mối đe dọa của người tiêu dùng như Bain suy nghĩ. Nói tóm lại, luật cạnh tranh chỉ trừng phạt những hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, chứ không nên đi quá xa tới mức điều chỉnh cả cấu trúc cạnh tranh.

Gần đây, xuất hiện một thuật ngữ mới về cạnh tranh, đó là khái niệm 'kinh tế mới' (new economy) của Brian Arthur (1996) để chỉ các ngành công nghiệp mạng (network economy) như công nghệ thông tin hay các ngành công nghiệp gắn với công nghệ thông tin. Trong nền kinh tế mới, các khái niệm kinh tế cổ điển được coi như không còn đúng nữa, các doanh nghiệp khi đưa ra sản phẩm mới phải nhanh chóng chiếm lĩnh thị trường vì càng nhiều người sử dụng sản phẩm của mình thì mạng lưới của mình càng có giá trị. Đây là lý do tại sao Viettel Mobile (Công ty Điện

thoại Di động Quân đội) tìm mọi cách để tăng số lượng thuê bao đến mức chóng mặt, hay các doanh nghiệp điện thoại di động thi nhau tặng điện thoại hay giảm giá cước để cạnh tranh. Trong nền kinh tế mới, việc liên thông kết nối giữa các mạng là cực kỳ quan trọng, vì thế giá kết nối và quyền kết nối là những yếu tố được đưa lên hàng đầu. Khi các doanh nghiệp chưa có khả năng phát triển một hạ tầng cơ sở tương đương với hạ tầng của một doanh nghiệp sẵn có, thì doanh nghiệp đó phải đảm bảo nối mạng cho doanh nghiệp mới gia nhập thị trường. Đó cũng là lý do tại sao Viettel tranh chấp với VNPT (Tổng công ty Bưu chính Viễn thông Việt Nam) về khả năng kết nối. Khi áp dụng các quy tắc của nền kinh tế mới vào thị trường, cần lưu ý đến yếu tố sáng tạo (innovation). Đây là yếu tố đã được nhà kinh tế học người Áo Joseph Schumpeter (1942) nêu ra, theo đó động lực của chủ nghĩa tư bản là tự do sáng tạo. Nếu không có sáng tạo hay không còn động lực sáng tạo thì các doanh nghiệp sẽ không thể phát triển. Để sáng tạo doanh nghiệp phải có một số vốn và tiềm lực kinh tế nhất định. Vì thế, các quy định cản trở doanh nghiệp sáng tạo phát triển, kể cả các quy định về luật cạnh tranh, cần phải được xem lại.

2. Qui định giá sản phẩm của các doanh nghiệp

Thông thường, giá cả sản phẩm được xác định thông qua cạnh tranh. Tuy nhiên kinh tế luật cần tìm hiểu xem các doanh nghiệp định giá sản phẩm của mình như thế nào, để tránh trường hợp khuyến khích doanh nghiệp đầu tư không đúng hướng sau đó phải cạnh tranh về giá để bán đồ bán tháo sản phẩm của mình hoặc cố tình hạ giá để tiêu diệt đối thủ cạnh tranh. Ngoài ra, cũng cần quan tâm đến những hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh bằng cách ấn định giá, đồng thời xem xét khi nào thì các hành vi đó nên bị cấm và khi nào thì được phép tiến hành các hành vi nói trên. Sau cùng, đối với một số mặt hàng Nhà nước phải quản lý về giá, vì các mặt hàng này có giá trị chiến lược và ảnh hưởng đến toàn bộ nền kinh tế. Các mặt hàng như vậy bao gồm xăng dầu, giá cước bưu chính viễn thông, giá điện, nước. Câu hỏi của nhà kinh tế luật đặt ra là nên định giá các mặt hàng này như thế nào.

Thông thường, các doanh nghiệp sản xuất sản phẩm để sinh lời. Vì thế giá của sản phẩm phải đủ để bù đắp chi phí và phát sinh lợi nhuận. Tuy nhiên không phải bao giờ cũng phải như vậy. Đối với hàng hoá đã không còn

khả năng tiêu thụ thì phải bán thậm chí thấp hơn giá vốn để thu hồi vốn và quay vòng tiền, nếu để lâu sẽ tiếp tục tai hại. Như vậy, giá sản phẩm còn tùy thuộc vào mức độ chấp nhận của thị trường. Khi thị trường chấp nhận trả giá cao cho một sản phẩm, các doanh nghiệp sẽ tập trung đầu tư vào sản phẩm đó, gây khủng hoảng thừa. Như vậy, nhà nước có cần phải tham gia điều tiết để giảm bớt đầu tư vào sản phẩm đó không? Đây cũng là câu hỏi dành cho các chuyên gia của Bộ Công nghiệp đối với việc hạn chế đầu tư cho công nghiệp ô tô trong nước.

Ngoài ra, đối với một số sản phẩm hàng hoá thuộc hàng quan trọng chiến lược, ảnh hưởng đến nhiều ngành công nghiệp, các nhà làm luật thường có khuynh hướng ấn định giá cả đối với những sản phẩm đó. Tuy nhiên, khi cơ chế tư nhân hoá các ngành sản xuất, dịch vụ then chốt xảy ra trên khắp thế giới, và thí dụ rõ nhất là ngành bưu điện Nhật Bản, dẫn đến việc giải tán Chính phủ của Thủ tướng Koizumi vừa qua, cho thấy cách tốt nhất để quản lý giá không phải do những cái đầu thông thái của Chính phủ, mà là do bàn tay vô hình của thị trường.

Tóm lại, cách thức mà Chính phủ điều hành giá cả hiện nay chủ yếu dựa vào thị trường. Ở một số ngành hàng hoá hay dịch vụ, Chính phủ không điều hành giá dựa trên chi phí tạo ra sản phẩm, mà dựa trên các tiêu chí khuyến khích các doanh nghiệp cạnh tranh để giảm giá cho người tiêu dùng. Ở một số ngành quan trọng, Chính phủ ấn định giá tối thiểu (thí dụ ngành viễn thông). Ở một số ngành khác, các hiệp hội ấn định giá tối đa (thí dụ giá cước taxi). Cách thức điều hành giá như vậy là để các doanh nghiệp được chủ động trong việc định giá sản phẩm của mình, đồng thời đem lại lợi ích cho người tiêu dùng bằng cách ấn định giá tối đa và tối thiểu. Vấn đề nghiên cứu tiếp theo của ngành kinh tế luật là tìm các mô hình ấn định giá tối thiểu và tối đa tốt nhất.

3. Kinh tế luật đối với các doanh nghiệp độc quyền trong quá trình cạnh tranh

Vấn đề về các doanh nghiệp trở thành độc quyền trong quá trình cạnh tranh tự nhiên (*natural monopoly*) luôn là đề tài tranh cãi sôi nổi giữa các nhà kinh tế luật. Một mặt, chấp nhận quá trình cạnh tranh là chấp nhận kết quả của chúng, tức là doanh nghiệp nào làm ăn có hiệu quả thì sẽ ở lại thị

trường, doanh nghiệp nào kém hiệu quả sẽ bị loại khỏi thị trường. Mặt khác, việc một doanh nghiệp trở nên quá lớn cũng làm cản trở sự phát triển của các doanh nghiệp khác, cho dù các doanh nghiệp sau này có thực sự muốn làm ăn hiệu quả. Câu hỏi đặt ra là: làm thế nào để tránh những hệ quả tiêu cực nảy sinh cho người tiêu dùng ở một thị trường chỉ có vài doanh nghiệp trở nên độc quyền do những nỗ lực của họ.

Thực tế cho thấy ở phần lớn những ngành cần công nghệ, cần vốn, chỉ có một vài doanh nghiệp có thể trụ lại trong thời gian dài. Khi mới phát minh ra xe hơi, có hàng trăm, thậm chí hàng nghìn doanh nghiệp sản xuất xe hơi trên toàn thế giới. Ngày nay, số lượng các hãng xe hơi danh tiếng chỉ còn lại vài chục. Khi mới phát minh ra máy bay, có hàng trăm công ty trên thế giới lao vào sản xuất máy bay, hiện nay chỉ còn lại hai công ty hùng mạnh nhất, đó là Boeing và Airbus. Những nhận định tương tự có thể đưa ra trong những ngành công nghiệp khác như đóng tàu, sản xuất vi mạch (*microchip*) hay phần mềm máy tính. Các doanh nghiệp này tồn tại được vì đã không ngừng đầu tư nghiên cứu phát triển, hạ giá thành sản phẩm, cung cấp các sản phẩm chất lượng hơn. Thậm chí, Joseph Schumpeter (1942) đã từng cho rằng động lực phát triển của loài người chính là khoa học công nghệ, chứ không phải quá trình đấu tranh giai cấp.

Tuy nhiên, quá trình phát triển, nói như Joseph Schumpeter, cũng đồng thời là quá trình tích lũy vốn. Doanh nghiệp nào càng tích lũy được nhiều vốn thì càng dễ nghiên cứu và phát triển. Một khi không nắm được công nghệ trong các ngành kỹ thuật cao thì việc các doanh nghiệp sẽ bị loại ra khỏi thị trường chỉ còn là vấn đề thời gian.

Thế nhưng, Coase (1937) cũng chỉ ra rằng khi doanh nghiệp lớn đến một mức nào đó, nó sẽ trở thành gánh nặng cho xã hội. Bộ máy doanh nghiệp càng kền sẽ dẫn đến chi phí cao, hoạt động phòng ban, cơ cấu tổ chức nặng nề sẽ ảnh hưởng đến sự tự do sáng tạo của các cán bộ khoa học trong doanh nghiệp. Leibenstein (1960) cho rằng các doanh nghiệp lớn một khi đã chiếm lĩnh thị trường thì động lực đấu tranh sinh tồn không còn, họ đâm ra tự mãn, tự kiêu và bắt đầu làm việc kém hiệu quả, thậm chí bóc lột người tiêu dùng. Có vô số những lý do kém hiệu quả cho những doanh nghiệp lớn mà Leibenstein gọi là sự kém hiệu quả X (X-

inefficiency). Vấn đề của pháp luật là làm thế nào quản lý được những doanh nghiệp này để mang lại hiệu quả cho nền kinh tế.

Giữa trường phái của Schumpeter, ủng hộ các doanh nghiệp trở nên mạnh hơn nhờ quá trình tích lũy vốn, và trường phái của Leibenstein, cho rằng các doanh nghiệp lớn bao giờ cũng tỏ ra kém hiệu quả, ai đúng và đúng đến mức độ nào? Đây là một câu hỏi chưa có lời giải đáp. Nhiều quốc gia như Nhật Bản và Hàn Quốc đã phát triển dựa trên mô hình của Schumpeter, xây dựng những tập đoàn hùng mạnh có khả năng cạnh tranh cao trên trường quốc tế, có trình độ khoa học kỹ thuật. Các quốc gia khác ủng hộ Leibenstein như Đài Loan và Singapore đã phát triển đất nước dựa trên các doanh nghiệp vừa và nhỏ. Cả hai nhóm đều có những thành công nhất định. Tuy nhiên, có một thực tế không phủ nhận được rằng khi nền kinh tế trở nên cạnh tranh hơn, yêu cầu phải sáng tạo nhiều hơn thì các công ty lớn trở nên nặng nề, khó xoay sở, do đã lỡ bỏ vốn quá lớn vào những dự án kém hiệu quả. Khủng hoảng kinh tế năm 1997 đã bộc lộ sự suy thoái của các tập đoàn kinh tế tại Nhật Bản và Hàn Quốc, trong khi đó nền kinh tế năng động của Đài Loan và Singapore lại đứng vững và phát triển. Từ đó, người ta thấy cần kiểm soát chặt chẽ hơn nữa các doanh nghiệp lớn, để phòng các doanh nghiệp này dùng sức mạnh của mình để chèn ép các doanh nghiệp nhỏ, sau đó trở nên tự mãn và kém hiệu quả. Vấn đề là phải kiểm soát như thế nào. Các tiêu chí đặt ra của luật cạnh tranh là như sau:

- Thứ nhất, các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh không được phép dựng rào cản ngăn các doanh nghiệp nhỏ xâm nhập thị trường để cạnh tranh;
- Thứ hai, các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh không được phép lợi dụng ưu thế của mình gây thiệt hại cho người tiêu dùng như nâng giá thành sản phẩm, áp đặt các điều kiện mua bán bất hợp lý; và
- Thứ ba, các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh phải có một số nghĩa vụ đối với xã hội, thúc đẩy khả năng cạnh tranh và sáng tạo của các doanh nghiệp vừa và nhỏ.

Trên đây là những định hướng lớn. Tuy nhiên cụ thể hoá những định hướng này trên thực tế như thế nào là vấn đề cần được nhiều nhà kinh tế

luật nghiên cứu, vận dụng sáng tạo các học thuyết kinh tế vào tình hình Việt Nam.

4. Kinh tế luật và vấn đề tập trung kinh tế

Các thành viên trong doanh nghiệp có thể chuyển nhượng vốn. Việc chuyển nhượng vốn xảy ra với hậu quả dẫn đến thay đổi quyền kiểm soát doanh nghiệp. Một trong những vấn đề nhà nước quan tâm là khả năng tập trung kinh tế của các doanh nghiệp lớn có thể dẫn đến thao túng thị trường. Tuy nhiên, nhiều học giả nhìn vấn đề tập trung kinh tế một cách khác nhau. Có quan điểm cho rằng không nên chống tập trung kinh tế, bởi lẽ bản thân sự tập trung kinh tế không gây ảnh hưởng gì đến cạnh tranh. Chỉ có hành vi của doanh nghiệp độc quyền mới gây nguy hại đến cạnh tranh. Với quan điểm này, Hoa Kỳ đã cho phép nhiều vụ sáp nhập mà Ủy ban Châu Âu phản đối. Vụ sáp nhập giữa General Electric (GE) và Honeywell năm 2002 là một điển hình. HoneyWell là một trong những doanh nghiệp sản xuất động cơ turbine (cho máy bay trực thăng hay xe tăng) lớn nhất thế giới. GE không sản xuất động cơ cho máy bay trực thăng. Tuy nhiên Ủy ban Châu Âu lo ngại rằng việc tập trung kinh tế giữa GE và Honey Well sẽ dẫn đến việc liên doanh này sẽ kiểm soát thị trường động cơ turbine cho máy bay phản lực, vì Honey Well hiện cũng cung cấp một số công nghệ cho đối thủ cạnh tranh của GE như Rolls Royce hay Pratt Whitney. Vì vậy việc tập trung kinh tế giữa GE và Honey Well đã bị cấm tiến hành tại Châu Âu. Do Châu Âu là một trong những thị trường lớn nhất thế giới, vì vậy việc cấm sáp nhập diễn ra ở Châu Âu dẫn đến việc sáp nhập toàn cầu của GE và Honey Well bị thất bại. Hoa Kỳ đã chỉ trích cách xử sự của Châu Âu, và cho rằng lẽ ra GE và Honey Well chỉ cần cam kết sẽ cung cấp công nghệ cho các đối thủ cạnh tranh của GE trên tinh thần bình đẳng.

V. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT DOANH NGHIỆP

1. Kinh tế luật và lý thuyết về doanh nghiệp (theory of the firm)

Lý thuyết về doanh nghiệp từ lâu đã trở thành đề tài nghiên cứu thú vị của các nhà kinh tế luật. Năm 21 tuổi, chàng sinh viên Trường Kinh tế London (LSE), sau này trở thành nhà kinh tế học đoạt giải Nobel Ronald

Coase đã viết bài báo khoa học nổi tiếng *Bản chất Doanh nghiệp – The Nature of the Firm* (1937). Ông đặt câu hỏi: tại sao loài người phải thành lập doanh nghiệp? Doanh nghiệp sau khi thành lập đã phát triển như thế nào, và đến mức độ nào thì nên dừng lại, tại sao? Câu hỏi này vẫn không kém phần quan trọng cho các nhà hoạch định kinh tế ngày nay, trong việc mở rộng tự do kinh doanh cho các doanh nghiệp, xây dựng một nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa.

Coase đã tìm ra một khái niệm sau này trở thành kinh điển – đó là chi phí giao dịch. Coase cho rằng doanh nghiệp là một sự thể hiện cao cấp của hợp đồng giữa các thành viên của doanh nghiệp đó. Bản hợp đồng này được gọi là bản điều lệ. Các thành viên cần phải tập hợp lại với nhau để chung vốn, chung sức cạnh tranh. Khi các thành viên thành lập được doanh nghiệp thì chi phí giao dịch giữa họ giảm. Sức cạnh tranh tăng lên. Đồng thời, chi phí giao dịch giữa doanh nghiệp này và doanh nghiệp kia cũng giảm so với việc từng thành viên cộng tác với nhau một cách ngắn hạn trên thị trường (thông qua các giao dịch như mua bán, dịch vụ, v.v.). Coase đã phát biểu: bản chất của doanh nghiệp là sự thoả thuận giữa các thành viên làm giảm chi phí giao dịch của mình trong nền kinh tế có cạnh tranh.

Tuy nhiên, khi doanh nghiệp lớn đến một mức nhất định thì bộ máy trở nên cồng kềnh. Chi phí giao dịch trong nội bộ lại tăng. Lúc bấy giờ, doanh nghiệp phải tìm cách khác để quản lý chi phí giao dịch tốt hơn, thí dụ như tăng cường giao việc cho các doanh nghiệp ở ngoài. Các tập đoàn lớn như Nike và McDonald đã thực hiện như vậy. Nike hầu như không tự mình sản xuất, mà chỉ giao hợp đồng cho các doanh nghiệp khác như Pouchen hay Pouen để gia công. McDonald sử dụng thương hiệu của mình để xây dựng hệ thống nhượng quyền.

Ngoài ra, Samuelson (1954) còn nhận ra rằng một doanh nghiệp khi bắt phát triển sẽ phát sinh sự xung đột về lợi ích giữa chủ sở hữu doanh nghiệp và người quản lý doanh nghiệp (*principal – agent conflict of interests*). Mô hình “doanh nghiệp là hợp đồng giữa các thành viên” của Coase không còn đúng nữa. Thay vào đó, doanh nghiệp thực sự đã do ban quản lý làm chủ (Hội đồng Quản trị ở công ty cổ phần, hay Ban Giám đốc ở công ty trách nhiệm hữu hạn). Người quản lý nắm được nhiều

thông tin về doanh nghiệp mà chính chủ sở hữu cũng không nắm. Người quản lý có thể sử dụng tài sản của doanh nghiệp theo cách mà chính chủ sở hữu cũng không thể sử dụng. Như vậy lấy gì để đảm bảo rằng chủ sở hữu không bị người quản lý lợi dụng. Pháp luật trong trường hợp này phải qui định thế nào để sự xung đột lợi ích giữa chủ sở hữu và người quản lý giảm đi, thông qua ba cơ chế (i) phân định rõ ràng quyền sở hữu, (ii) minh bạch trong quản lý, và (iii) thưởng phạt công minh.

**LUẬT DOANH NGHIỆP THỐNG NHẤT
VÀ VẤN ĐỀ QUẢN LÝ DOANH NGHIỆP**
Lê Nét

“Đâu là 3 vấn đề quan trọng nhất trong việc quản lý một công ty?” Câu hỏi được đưa ra trong hội thảo của các giám đốc Tổng Công ty Dệt May (Vinatex) ngày 2/6/2005. Nếu đặt ra ngoài các vấn đề ngoài tầm kiểm soát của công ty như tình thị trường, ba vấn đề cốt tử được thống nhất nêu lên là (i) quyền sở hữu trong doanh nghiệp, (ii) tính minh bạch trong các quan hệ, và (iii) chế độ thưởng, phạt công minh. Đó cũng là những vấn đề cơ bản nhất ở các công ty trên thế giới trong quản lý doanh nghiệp (*corporate governance*). Đáng tiếc là cả ba vấn đề này vẫn chưa được quan tâm đúng mức trong dự thảo Luật Doanh nghiệp Thống nhất.

Xét về quyền sở hữu của doanh nghiệp và tính minh bạch của các quan hệ, dự thảo cần nêu lên được đầy đủ các quyền của chủ sở hữu và cách giải quyết tranh chấp giữa các đồng chủ sở hữu. Chủ sở hữu của một công ty là các thành viên (đối với công ty TNHH) và các cổ đông (đối với công ty cổ phần) (gọi chung là cổ đông). Thông thường, chủ sở hữu được quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của mình. Để thực hiện được các quyền trên chủ sở hữu phải có thông tin đầy đủ để có thể ra quyết định. Trong dự thảo Luật Doanh nghiệp Thống nhất, nhu cầu được nắm thông tin của cổ đông rất ít được đề cập. Cổ đông thông thường chỉ được xem biên bản các đại hội cổ đông, cổ đông nắm trên 10% số vốn mới được xem biên bản hội đồng quản trị (HĐQT) của công ty (Điều 72). Tất cả các thông tin mà cổ đông cần biết nhất như báo cáo tài chính, tình hình hoạt động, các giao dịch hay quan hệ phải kê khai thì chỉ được thông báo cho HĐQT và Ban Kiểm soát (khi có yêu cầu). Có người cho rằng nếu mọi cổ đông đều nắm được các thông tin trên thì đối thủ cạnh tranh có thể cho người vào công ty với danh nghĩa cổ đông để quấy rối. Sự lo lắng như vậy không có cơ sở. Các báo cáo tài chính của công ty không có gì là bí mật (thường phải gửi đến Cục thuế và các cơ quan chức năng khác). Nếu đối thủ cạnh tranh muốn

biết các thông tin này, họ vẫn có thể có nhiều cách để biết. Ở Hoa Kỳ, tất cả các thông tin về tài chính của phần lớn các công ty đều có thể được công ty Dun & Bradstreet cung cấp tại www.dnb.com. Điều này làm tăng tính minh bạch trong quản lý công ty và tăng niềm tin của nhà đầu tư.

Ngược lại, nếu các cổ đông không được thông tin đầy đủ thì làm sao họ có thể ra quyết định đúng đắn? Khi đó, quyền của chủ sở hữu chỉ là hình thức, mà quyền lực chính sẽ nằm trong tay HĐQT (Điều 101). Như thế vẫn còn may, vì thành viên HĐQT dù sao vẫn là những cổ đông lớn của công ty. Song các vấn đề kinh doanh hàng ngày lại được giao cho tổng giám đốc (Điều 109). Tổng giám đốc lúc này phải thực hiện hai nhiệm vụ, một là thực hiện nghị quyết của HĐQT (ý chí của các cổ đông lớn) và hai là phục vụ cho lợi ích của công ty (tất cả các cổ đông) (Điều 112). Liệu hai lợi ích này có đi chung với nhau? Nên chăng qui định “giám đốc phải là người độc lập và phục vụ lợi ích công ty – khi có mâu thuẫn giữa lợi ích một số cổ đông và lợi ích của công ty thì giám đốc phải quyết định sao cho có lợi cho công ty và đưa vấn đề ra Đại hội cổ đông gần nhất” (*business judgement rule*). Nếu không, thì giám đốc sẽ chỉ phục vụ lợi ích của cổ đông chiếm đa số, gây thiệt hại cho cổ đông thiểu số. Thí dụ, trong một công ty liên doanh, lẽ ra Tổng giám đốc phải phục vụ lợi ích chung cho công ty, thì lại chỉ phục vụ lợi ích của nhà đầu tư chiếm đa số vốn (thường là nhà đầu tư nước ngoài). Hậu quả thế nào thì chắc bên Việt Nam trong các liên doanh trên đã rõ.

Ngoài ra, để giám đốc và HĐQT phục vụ lợi ích công ty, thì họ phải độc lập và không bị một cổ đông lớn thao túng. Các nguyên tắc để quản lý công ty tốt (Principles of Good Corporate Governance) của OECD cũng qui định: giám đốc cũng như đa số thành viên HĐQT phải là người độc lập (với quyền lợi của cổ đông).²⁴ Song trên thực tế đã có bao nhiêu doanh nghiệp Việt Nam đạt được điều này? Thiếu vắng yêu cầu về sự độc lập – ít nhất là đối với giám đốc – trong dự thảo Luật Doanh nghiệp Thống nhất cũng sẽ dẫn đến hậu quả là các cổ đông lớn hay các cổ đông có nhiều thông tin hơn sẽ lạm dụng quyền lực của mình để gây thiệt hại đến tất cả các cổ đông khác. Bài học từ sự đổ vỡ của công ty Enron (Mỹ) hay tranh chấp của CTCP Khách sạn Hữu Nghị cho thấy trong một công ty có 80% số cổ phiếu trong tay hàng ngàn cổ đông nhỏ, các cổ đông lớn chỉ cần nắm 15 – 20% số cổ phiếu là có thể quyết định mọi việc. Giả sử A nắm 20% cổ phiếu công ty B, công ty B lại nắm 20% cổ phiếu công ty C, thì A sẽ có

²⁴ Xem Recommendation 2.1, trong “Principles of Good Corporate Governance and Best Practice Recommendations” của Australian Stock Exchange (ASX) Corporate Governance Council – 2003.

khả năng khuynh đảo công ty C, mặc dù trên thực tế tài sản của A đóng vào C chỉ là $0.2 \times 0.2 = 0.04$ (tức 4%). Hơn nữa, qui định cho phép cổ đông dồn phiếu (*cumulative voting* – Điều 97 khoản 3) để bầu cho thành viên sẽ khiến các cổ đông nắm khoảng 10% cổ phiếu chắc chắn có chân trong HĐQT và có thể gây ảnh hưởng đến quyết định của toàn công ty (nếu HĐQT có 5 người thì cổ đông này có thể có 50% phiếu bầu).

Vấn đề tiếp theo trong việc bảo vệ quyền sở hữu của cổ đông là cơ chế giải quyết tranh chấp khi giám đốc hay HĐQT gây thiệt hại cho công ty. Theo dự thảo Luật Doanh nghiệp Thống nhất, các cổ đông chỉ có thể báo cáo vấn đề lên Ban Kiểm soát. Tuy nhiên Ban Kiểm soát lại do đại hội cổ đông (hay nói đúng hơn là các cổ đông đa số) bầu, vì vậy sự trung thực, vô tư của Ban Kiểm soát đối với các cổ đông thiểu số cũng không có gì là đảm bảo (Điều 116, 117, 118). Cổ đông không được trực tiếp kiện HĐQT, Giám đốc hay các cổ đông lớn (*derivative lawsuit*). Cổ đông chỉ có quyền yêu cầu công ty mua lại cổ phần của mình (Điều 83) hay yêu cầu tòa án hủy bỏ các quyết định của Đại hội cổ đông nếu có vi phạm về trình tự thủ tục, hay nội dung trái với Điều lệ hoặc qui định của pháp luật (Điều 100). Những trường hợp như vậy rất hiếm khi xảy ra, và vô hình chung đối với các quyết định do HĐQT (chứ không phải Đại hội cổ đông) thông qua thì cổ đông thiểu số chỉ biết cam chịu.

Về tính minh bạch trong các quan hệ, Dự thảo Luật Doanh nghiệp Thống nhất đã có bước tiến mới khi đưa vào Điều 111, yêu cầu giám đốc, thành viên HĐQT phải công khai hoá lợi ích của mình. Tuy nhiên dự thảo không đề ra chế tài nếu việc công khai hoá không được thực hiện mà chỉ ghi đơn giản “tất cả thu nhập có từ hoạt động đó là thuộc quyền sở hữu của công ty.” Nếu thu nhập là do công ty “một nhà” do anh em của giám đốc lập ra để hưởng thì có cơ chế nào để công ty đòi lại thu nhập này? Lẽ ra, Dự thảo nên qui định “các giao dịch từ các hoạt động đó sẽ bị coi là vô hiệu.” Khi đó công ty mới có cơ chế “hoàn nguyên” (*restitution*) – đòi lại tài sản của mình tham gia giao dịch và đòi bồi thường thiệt hại. Ngoài ra, đối với các giao dịch phải có sự chấp thuận của HĐQT và Đại hội cổ đông, không có qui định nào cho thấy nếu các giao dịch trên đã được chấp thuận thì có thể bị tuyên bố vô hiệu nếu mục đích của giao dịch là cố ý gây thiệt hại cho các cổ đông thiểu số.

Điều quan trọng cuối cùng xin được đề cập ở đây là chế độ đãi ngộ, kỷ luật đối với Ban Giám đốc và Thành viên HĐQT. Điều 110 Dự thảo cho phép công ty trả thù lao cho Ban Giám đốc và Thành viên HĐQT theo kết quả kinh doanh. Bên cạnh đó, Dự thảo vẫn còn thiếu cơ chế kỷ luật, trách nhiệm hình sự cũng như cơ chế kiện Ban Giám đốc và Thành viên HĐQT. Mặc dù Dự thảo có qui

định nghĩa vụ trung thực, mẫn cán và bắt vụ lợi (Điều 112), tuy nhiên Dự thảo không đề ra các biện pháp thực thi khi các nghĩa vụ này không được thực hiện. Hậu quả là Dự thảo Luật Doanh nghiệp thống nhất hiện nay hầu như vắng bóng cơ chế kiểm soát các hành vi lạm dụng quyền lực.

Tóm lại, bốn vấn đề mà Dự thảo Luật Doanh nghiệp hiện vẫn chưa làm sáng tỏ là:

- Nghĩa vụ hành xử độc lập của giám đốc và các thành viên HĐQT độc lập;
- Cho phép cổ đông tiếp cận thông tin tài chính và các giao dịch liên quan đến Công ty một cách công khai;
- Cho phép cổ đông khởi kiện Giám đốc, Thành viên HĐQT, và các cổ đông lớn dùng quyền lực của mình thao túng hoạt động công ty, gây thiệt hại cho các cổ đông; và
- Thiết lập cơ chế tuyên bố các giao dịch có liên quan là vô hiệu (kể cả khi đã được HĐQT thông qua) nếu mục đích chính là gây thiệt hại cho công ty và các cổ đông.

Như vậy, nếu chúng ta nắm được bản chất của doanh nghiệp, chúng ta sẽ định hướng được tốt hơn trong việc xây dựng luật doanh nghiệp. Thứ nhất, phải giảm được chi phí giao dịch trong nội bộ doanh nghiệp. Thứ hai, phải ngăn ngừa được sự xung đột lợi ích giữa chủ sở hữu và người quản lý doanh nghiệp. Hiểu được hai bản chất đó, chúng ta sẽ hiểu căn cứ của các qui định trong Luật Doanh nghiệp. Hiểu được hai bản chất đó, chúng ta sẽ định hướng nghiên cứu tiếp tục để xây dựng các điều khoản của Luật Doanh nghiệp tốt hơn trong tương lai.

2. Chế độ trách nhiệm hữu hạn của doanh nghiệp

Chế độ trách nhiệm hữu hạn là một trong những đặc tính của doanh nghiệp, tuy nhiên rất nhiều người vẫn hiểu sai về khái niệm thế nào là trách nhiệm hữu hạn. Trách nhiệm hữu hạn không phải là trách nhiệm của chính doanh nghiệp. Bản thân doanh nghiệp vẫn phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình, giống y như cá nhân (trách nhiệm vô hạn). Trách nhiệm hữu hạn là trách nhiệm của các thành viên góp vốn trong doanh nghiệp. Họ chỉ chịu trách nhiệm trong phạm vi phần vốn góp của mình, và vì thế trách nhiệm của họ được gọi là trách nhiệm hữu hạn.²⁵

²⁵ Phan Huy Hồng, Lê Nét: “Trách nhiệm của pháp nhân ...”, *Tạp chí KHPL* số 6/2005.

Thông thường, khi cá nhân tham gia vào hoạt động thương mại, họ phải chịu trách nhiệm bằng chính tài sản của mình. Điều này sẽ dẫn đến rủi ro lớn cho cá nhân, khi họ có thể phá sản vì chính những sai lầm của mình. Ngoài ra, cá nhân tham gia vào nhiều hoạt động thương mại khác nhau có thêm một bất lợi nữa là thất bại trong hoạt động thương mại này có thể làm hoạt động thương mại kia phá sản. Cơ chế trách nhiệm hữu hạn chính là cách cá nhân sử dụng để hạn chế rủi ro cho bản thân mình. Trong trường hợp thất bại, họ chỉ chịu trách nhiệm trên số vốn mình góp vào doanh nghiệp mà thôi. Giữa trách nhiệm của doanh nghiệp và trách nhiệm của cá nhân có một bức màn - gọi là bức màn doanh nghiệp (*corporate veil*).

Tuy nhiên, để đòi lấy quyền lợi này, họ phải có những nghĩa vụ như qui định trong Điều lệ và Luật Doanh nghiệp. Đó là những nghĩa vụ phải tìm kiếm sự đồng thuận với các thành viên góp vốn trước khi quyết định, hay nghĩa vụ phải báo cáo tài chính minh bạch, phải kiểm soát hoạt động của những người quản lý công ty. Nhiệm vụ của kinh tế luật là phải làm sao để cơ chế này hoạt động một cách có hiệu quả, tránh để tình trạng một người chỉ nắm có 10% vốn trong công ty nhưng lại có thể thao túng toàn bộ hoạt động của công ty (xem bài báo về Quản lý Doanh nghiệp nêu trên). Tình trạng nguy hiểm có thể xảy ra là một cổ đông góp vốn thao túng toàn bộ hoạt động của một doanh nghiệp, rồi sau đó tuyên bố doanh nghiệp phá sản và để lại hậu quả cho người giao dịch với doanh nghiệp.

Để tránh tình trạng này, pháp luật Hoa Kỳ qui định rằng cần phải có cơ chế vén bức màn doanh nghiệp (*piercing the corporate veil*). Có nghĩa là khi một cổ đông can thiệp quá sâu vào quá trình ra quyết định của doanh nghiệp, cổ đông đó sẽ bị coi là tự mình vén bức màn doanh nghiệp và sẵn sàng chịu rủi ro thay cho doanh nghiệp. Vấn đề là tại sao pháp luật lại có thể qui định như vậy và nếu có thể qui định như vậy thì khi nào sự can thiệp của cổ đông vào doanh nghiệp được coi là “quá sâu.” Để trả lời câu hỏi này, trước tiên cần xuất phát từ nhu cầu của các đối tác của doanh nghiệp. Khi các đối tác giao dịch với doanh nghiệp, họ tham gia vào một cuộc đấu trí hợp tác. Trong khi đó cổ đông có thể dùng bức màn doanh nghiệp để gây thiệt hại cho đối tác. Cuộc đấu trí đó sẽ trở thành đấu trí bất hợp tác. Nhiệm vụ của kinh tế luật là phải làm cách nào đó biến một

cuộc đấu trí bất hợp tác thành đấu trí hợp tác. Điều này có thể đạt được nhờ việc tăng các chế tài đối với những hành vi bất hợp tác. Có nghĩa là, khi phát hiện cổ đông dùng quyền của mình để trục lợi, gây thiệt hại cho cả doanh nghiệp và đối tác thì cổ đông đó phải chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình. Nhiệm vụ nghiên cứu sắp tới của kinh tế luật là phải tìm hiểu sâu hơn thế nào là ‘trục lợi, gây thiệt hại’ (*rent seeking*). Các phương pháp nghiên cứu về hành vi trục lợi đã được thể hiện ở trên (Mục V.4, Chương 1).

3. Vấn đề quản lý doanh nghiệp

Quản lý doanh nghiệp (*corporate governance*) là một thuật ngữ khá rộng. Nó chỉ tất cả các vấn đề liên quan đến sở hữu và quản lý công ty, và mối liên hệ giữa chủ sở hữu và người quản lý quyền sở hữu công ty. Vấn đề được đặt ra là sự xung đột về lợi ích giữa chủ sở hữu và người quản lý (*principal-agency conflict of interests*). Người quản lý có thể sẽ trục lợi trên tài sản của chủ sở hữu, và vấn đề của kinh tế luật là làm sao giải quyết được rủi ro này.

Có quan điểm cho rằng để giải quyết rủi ro này thì tốt nhất là xoá bỏ ranh giới giữa chủ sở hữu và người quản lý. Có nghĩa là chủ tịch hội đồng thành viên kiêm nhiệm luôn chức vụ tổng giám đốc. Tuy nhiên với cách suy nghĩ như vậy thì sẽ làm tăng thêm chi phí giao dịch giữa các thành viên góp vốn của công ty. Các cổ đông sẽ không tin nhau. Cổ đông này sẽ tìm cách lợi dụng tài sản của cổ đông kia và đối xử không công bằng với họ. Để tránh vấn đề này, cần phải có cơ chế trung lập giữa các cổ đông, sao cho các cổ đông lớn không thể gây thiệt hại một cách bất hợp lý cho các cổ đông nhỏ. Đòi hỏi đó làm hình thành một cơ chế trung gian hoà giải các xung đột cá nhân vì một lợi ích chung của công ty – đó là cơ chế người quản lý tài sản của doanh nghiệp. Đây là lợi ích của việc tách biệt giữa chủ sở hữu và người quản lý.

Tuy nhiên, việc tách chủ sở hữu ra khỏi người quản lý cũng tạo ra những chi phí rủi ro nhất định, đặc biệt cho chủ sở hữu – như đã nêu trên. Mục đích của kinh tế luật là phải tìm giải pháp sao cho giảm các chi phí rủi ro do người quản lý gây ra. Những vấn đề này đã được bàn đến trong bài báo về *Quản lý doanh nghiệp* đã nêu ở trên. Tuy vậy, đó cũng chỉ là quan

điểm của một người. Các nhà kinh tế luật cần tìm thêm những quan điểm khác để đối thoại và cùng tìm ra những giải pháp tối ưu cho vấn đề này.

4. Kinh tế luật và thủ tục cấp giấy phép kinh doanh

Hiện nay doanh nghiệp muốn thành lập chỉ cần đề nghị đăng ký kinh doanh. Tuy nhiên, nhiều ngành nghề còn duy trì thủ tục cấp giấy phép kinh doanh. Việc cấp giấy phép đầu tư cho các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài là một ví dụ. Gần đây trong dự thảo Luật Đầu tư có bàn về giấy chứng nhận đăng ký đầu tư, giấy chấp thuận đầu tư. Vấn đề cấp giấy phép kinh doanh là một trong những đối tượng nghiên cứu của kinh tế luật. Kinh tế luật cần nghiên cứu xem cơ chế cấp phép để kinh doanh là có hiệu quả hay không. Nếu có, thì thủ tục cấp phép kinh doanh nên được tiến hành như thế nào.

Có hai quan điểm trái ngược nhau về cấp phép kinh doanh. Quan điểm ủng hộ việc cấp phép kinh doanh cho rằng việc cấp phép là để đảm bảo sự quản lý của Nhà nước đối với hoạt động kinh doanh. Trước khi cấp phép, cơ quan nhà nước kiểm tra tính khả thi của dự án, sao cho những dự án có khả năng đầu tư là những dự án có chất lượng, tránh trường hợp lừa đảo xảy ra trong kinh doanh. Quan điểm chống lại việc cấp phép kinh doanh cho rằng việc cấp phép tạo nên tầng nấc kinh doanh và thực sự hạn chế khả năng tham gia thị trường của các doanh nghiệp. Vô hình chung, các doanh nghiệp được cấp phép được cung cấp một độc quyền trên mảnh đất mình được cấp phép đầu tư. Ngoài ra, việc cấp phép đã thay thế cạnh tranh giữa các doanh nghiệp. Thay vì các doanh nghiệp được cấp chứng nhận đăng ký kinh doanh sẽ cạnh tranh với nhau để thực hiện một dự án, thì các nhà đầu tư lại tìm cách xin giấy phép đầu tư trên mảnh đất màu mỡ của dự án theo kiểu: ai đến trước thì được hưởng trước. Điều này tạo nên sự kém hiệu quả của nền kinh tế.

Điều kém hiệu quả đầu tiên của việc cấp phép là vấn đề thông tin bất đối xứng giữa người xin phép và người cấp phép. Người xin phép có nhiều thông tin hơn người cấp phép về khả năng đầu tư của mình. Tuy họ có thực hiện các thủ tục cung cấp thông tin bắt buộc cho người cấp phép, song thực sự người cấp phép cũng không có nguồn thông tin khác để

kiểm chứng. Kết quả là người cấp phép cũng không thể ‘thẩm định’ gì hơn ngoài việc phải tin vào các thông tin mà người xin phép cung cấp.

Điều kém hiệu quả thứ hai của việc cấp phép là hành vi trục lợi (rent seeking) của những người đã được cấp phép luôn vận động hành lang để cơ quan nhà nước không cấp phép cho những người mới xin phép. Điều này đương nhiên trở thành vật cản cho các doanh nghiệp trong việc cạnh tranh với nhau một cách bình đẳng. Thí dụ các doanh nghiệp viễn thông hay hàng không có thể sẽ vận động để Nhà nước không mở cửa thị trường cho hai ngành dịch vụ này thêm nữa, hoặc các doanh nghiệp sản xuất ô tô luôn luôn khuyến cáo Chính phủ không nên cấp phép sản xuất ô tô cho các doanh nghiệp khác nữa, vì đã đủ công suất. Trên thực tế, không phải các doanh nghiệp mới nộp đơn không biết rằng công suất sản xuất đã vượt nhu cầu, song họ vẫn tiếp tục nộp đơn – vì sao vậy? Đó là vì sản xuất ô tô là một ngành lợi nhuận cao, giá ô tô sản xuất ở Việt Nam cao gấp nhiều lần giá ô tô sản xuất tại nước ngoài. Như vậy, cho dù các doanh nghiệp mới đến có thể sản xuất trong một thời gian ngắn rồi đóng cửa, song lợi nhuận mà họ thu được đã đủ để có vốn để tiếp tục cạnh tranh với các đại gia đã có trên thị trường, và thực chất người bị đe dọa không phải là người tiêu dùng, cũng không phải Nhà nước, mà các doanh nghiệp độc quyền đã được cấp phép bấy lâu nay.

Thật ra, cơ chế hiệu quả nhất để kiểm soát các chủ thể kinh doanh được cấp phép là cơ chế hậu kiểm. Chúng chỉ hành nghề luật sư, kế toán hay hành nghề khám chữa bệnh tư nhân là các thí dụ cụ thể. Những người được cấp chứng chỉ sau đó phải sinh hoạt tại một hiệp hội tự quản (thí dụ Đoàn Luật sư). Hiệp hội này sẽ quản lý thành viên của mình bằng nhiều cách, trong đó có các qui định về đạo đức nghề nghiệp. Nếu không làm được vấn đề này thì chính hiệp hội sẽ bị thiệt hại vì mất uy tín. Do đó, việc cấp chứng chỉ nên có người bảo lãnh đứng sau thì mới có giá trị cho người tiêu dùng.

Tóm lại, ngoại trừ các ngành nghề đặc thù và phải được một hiệp hội nghề nghiệp quản lý, đối với những trường hợp khác không nên áp dụng chế độ cấp phép hay cơ chế xin-cho. Ngay cả đối với những dự án lớn, cơ chế chọn lọc nhà đầu tư hiệu quả nhất không phải từ cấp phép, mà từ việc cung cấp cho các doanh nghiệp cạnh tranh với nhau để lựa ra người

giỏi nhất, thông qua qui chế đấu thầu hay đấu giá. Theo Định lý Coase, khi chi phí giao dịch thấp, mọi người sẽ giao dịch với nhau để chọn ra người sử dụng tài sản có hiệu quả nhất. Việc cần làm còn lại của chúng ta là chứng minh tính đúng đắn (hay bác bỏ giả thiết) của Coase trong lĩnh vực qui định về cấp phép.

5. Kinh tế luật và các ngành nghề kinh doanh đặc thù - nghề y

Ngành y là một ngành đặc thù, vì những người hoạt động trong ngành này là các chuyên gia (*professional*), có trình độ nghiệp vụ và thông tin nhiều hơn những người khác (thí dụ bệnh nhân). Vì thế, nếu bác sỹ tư vấn cho bệnh nhân sai hay cách chữa bệnh không hiệu quả, bệnh nhân cũng không thể biết mà tránh. Thí dụ, những trường hợp như bác sỹ kê thuốc ngoại cho bệnh nhân giá quá cao do được hoa hồng, hơn là thuốc nội giá thấp hơn là những trường hợp có thể nói là vi phạm đạo đức nghề y. Kinh tế luật nghiên cứu cơ chế thích hợp để qui định về đạo đức nghề y sao cho có hiệu quả cho cả bác sỹ và người bệnh.

Để tránh những trường hợp vi phạm đạo đức của nghề y, biện pháp đầu tiên là phải chọn những người có đức, có tài vào ngành y, theo chế độ cấp phép hành nghề khám chữa bệnh tư nhân (hay giấy phép mở phòng mạch). Các qui định về giấy phép như vậy tồn tại ở hầu hết các nước trên thế giới. Tuy nhiên, chế độ cấp phép này có hiệu quả không? Kuznets (1980) cho rằng giấy phép vô hình chung đã trở thành các rào cản thị trường để những bác sỹ trẻ mới ra trường không thể hành nghề. Từ vị trí độc quyền của một số bác sỹ, cộng thêm sự thiếu thông tin cần thiết và sự thiếu y đức đã làm cho giá khám chữa bệnh tăng theo một cách trực tiếp hay gián tiếp (do giá thuốc tăng). Làm sao để tránh những sai phạm về đạo đức (*moral hazard*) như vậy? Câu hỏi này lâu nay vẫn có hai giải pháp: nhân trị (dùng biện pháp giáo dục, tuyên truyền) và pháp trị (dùng các chế tài). Nếu kinh tế luật nghiên cứu các chế tài, thì có lẽ hiệu quả nhất sẽ là lệnh cấm bác sỹ nhận quà cáp hay các lợi ích vật chất khác của trình dục viên. Tuy nhiên, vấn đề mà kinh tế luật nghiên cứu trong lĩnh vực này vẫn còn, đó là làm sao để có cơ chế theo dõi xem các lệnh cấm đưa ra có hiệu quả không, và các chi phí để thực thi luật có quá lớn đến nỗi không thể nào thực thi được luật hay không.

Một vấn đề tiếp theo của ngành y là các vụ kiện tụng về bồi thường thiệt hại do lỗi của bác sỹ gây ra (*malpractice*), đôi khi dẫn đến tử vong cho bệnh nhân. Các vụ kiện bác sỹ hay bệnh viện chưa xuất hiện nhiều ở Việt Nam, do bệnh nhân không hiểu biết luật, hoặc luật pháp cũng chưa có qui định cụ thể. Tuy nhiên đây là một vấn đề cần giải quyết, nhằm nâng cao hiệu quả khám chữa bệnh của người dân, cũng như đạo đức nghề nghiệp của bác sỹ. Cách giải quyết của pháp luật trong lĩnh vực này cũng giống như các nghề chuyên nghiệp khác như luật sư hay kiểm toán viên, bác sỹ - có nghĩa là bác sỹ phải mua bảo hiểm nghề nghiệp đối với những thiệt hại do mình gây ra do bất cẩn. Khi có những khoản chi như vậy, chất lượng của dịch vụ sẽ được nâng cao, vì bác sỹ cần cẩn thận trong khám chữa bệnh, bảo vệ uy tín của mình không những đối với bệnh nhân mà còn đối với công ty bảo hiểm cho việc khám chữa bệnh, vì mình có nghĩa vụ mua bảo hiểm suốt thời gian hành nghề của mình. Mức độ cẩn thận của bác sỹ sẽ cân đong, đo đếm được, mà không cần phải có pháp luật can thiệp.

Một vấn đề tiếp theo là các qui định của ngành dược. Đối với ngành này, các vấn đề cần quan tâm nhất là chất lượng thuốc và giá cả thuốc. Đối với chất lượng thuốc, vấn đề có thể được giải quyết thông qua các qui định đăng ký thuốc và đăng ký bằng bảo hộ sáng chế (trong đó có xét nghiệm về nội dung sáng chế). Đối với giá thuốc, vấn đề khó khăn hơn, do không có thuốc tương đương để so sánh trên cùng một thị trường rằng loại thuốc của chúng ta phải mua là đắt hay là rẻ. Tuy nhiên, hệ quả của việc mua thuốc đắt hơn giá trị mà chúng được tạo ra rất đáng kể. Một phần lớn tiền của của nhân dân được đổ vào tiền mua thuốc, trong khi đó lẽ ra đã được đầu tư một cách hiệu quả hơn. Ngoài ra, người mua thuốc có thể bị ‘nhờn’ thuốc do sử dụng quá liều, khiến cho việc điều trị lần sau lại còn tốn kém hơn. Để khắc phục tình trạng này không thể bằng cách qui định giá bán thuốc thống nhất trên cả nước. Điều này không khả thi vì không đủ thông tin, đồng thời cũng khó có ai có thẩm quyền để phân định giá thuốc nên là bao nhiêu thì vừa. Giải pháp cho vấn đề giá thuốc tốt nhất là thông qua các qui định về cạnh tranh, theo đó cho phép các sản phẩm nhập khẩu song song xâm nhập thị trường làm giảm giá thuốc, đồng thời kiểm soát chặt chẽ hoạt động quảng cáo thuốc của trình dược viên tại các bệnh viện nhằm giảm quan hệ thông đồng giữa bác sỹ và các công ty

thuốc. Kinh tế luật vẫn còn nhiều vấn đề cần nghiên cứu trong lĩnh vực này nhằm đưa ra những cơ chế cụ thể làm giảm giá thuốc.

6. Kinh tế luật và ngành nghề đặc thù - nghề luật sư

Pháp luật về luật sư quan tâm nhất đến hai vấn đề. Thứ nhất là đạo đức của luật sư đối với khách hàng, theo nguyên tắc luật sư phải phục vụ lợi ích khách hàng. Xét về khía cạnh kinh tế, đây là vấn đề xung đột lợi ích (principal-agent conflicts of interests). Thứ hai là vấn đề thông tin bất đối xứng giữa người nắm nhiều thông tin (luật sư) và người nắm ít thông tin (khách hàng). Kinh tế luật sẽ giải quyết những vấn đề này như thế nào?

Những vấn đề kinh tế luật cần quan tâm bao gồm;

- Các qui định về luật sư nên để cho các Đoàn Luật sư qui định hay phải do Bộ Tư pháp quản lý?
- Các qui định của Đoàn luật sư có lợi hay bất lợi cho khách hàng?
- Có cần thiết phải cấm luật sư không được quảng cáo hay không?
- Có cần thiết phải cấm công chức không được làm luật sư hay không?
- Có cần thiết phải cấm luật sư không được nhận tiền thưởng từ vụ việc hay không?

Theo một số quan điểm thì việc cấm như trên là cần thiết, để nhằm đảm bảo không có sự lừa đảo giữa luật sư và khách hàng về bản chất thật sự của dịch vụ pháp lý. Theo quan điểm truyền thống, không luật sư nào có thể bảo đảm kết quả vụ kiện, vì thế việc đảm bảo kết quả vụ kiện theo họ là không hợp lý. Một số học giả khác cho rằng việc quảng cáo hay cho phép tính tiền luật sư theo kết quả vụ kiện sẽ thúc đẩy các luật sư cạnh tranh với nhau về chất lượng, giúp công việc của khách hàng được thực hiện nhanh chóng hơn. Nhiệm vụ của kinh tế luật là lý giải các câu trả lời cho các câu hỏi trên bằng quan điểm kinh tế, nhằm mục đích xây dựng luật về luật sư sao cho có hiệu quả nhất cho nền kinh tế đất nước.

VI. KINH TẾ LUẬT VÀ CÁC QUI ĐỊNH VỀ DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

Doanh nghiệp nhà nước không phải là đặc thù riêng của các nước xã hội chủ nghĩa. Nhiều nước theo hệ thống tư bản chủ nghĩa song cũng duy trì rất nhiều các doanh nghiệp do nhà nước quản lý. Thông thường, các doanh nghiệp nhà nước được thành lập để quản lý những lĩnh vực tư nhân không thể đầu tư vì không đủ vốn hay không hiệu quả. Trước đây, người ta cho rằng một số lĩnh vực như vận tải công cộng, điện, nước hay bưu chính viễn thông phải do các công ty nhà nước quản lý, vì hai lý do. Thứ nhất, đó là do ảnh hưởng của các ngành này mang tính huyết mạch với nền kinh tế quốc dân. Nếu để cho các doanh nghiệp tư nhân thầu lĩnh vực này, khả năng rủi ro sẽ xảy ra là nếu hệ thống cung cấp các hàng hoá này bị ngưng trệ thì những người bị ảnh hưởng sẽ rất lớn. Thứ hai, đó là vì chi phí để đầu tư vào những ngành này rất lớn. Nếu để các doanh nghiệp tư nhân đầu tư, e rằng chất lượng sẽ không đủ đảm bảo. Ngoài ra, việc để nhiều doanh nghiệp cùng cung cấp các sản phẩm này sẽ dẫn đến sự cạnh tranh, gây khủng hoảng thừa và kém hiệu quả cho xã hội.

Tuy nhiên, cả hai giả thiết trên đều tỏ ra không đúng. Nếu xem xét quá trình tư nhân hoá ở hầu hết các nước hay cổ phần hoá đang diễn ra tại Việt Nam hiện nay, chúng ta sẽ thấy rằng hầu hết các nước đều tiến hành chuyển giao quyền sở hữu từ các doanh nghiệp nhà nước sang các doanh nghiệp tư nhân một cách thành công. Thành công này được thể hiện ở hai điểm. Thứ nhất, nhà nước không phải gánh chịu các chi phí đầu tư mà các doanh nghiệp nhà nước phải chi. Thứ hai, người tiêu dùng được lợi do các doanh nghiệp tư nhân cạnh tranh luôn kéo giá thành xuống. Việc cước điện thoại giảm liên tục, hay vé máy bay giảm liên tục do cạnh tranh cho thấy rằng quá trình tư nhân hoá là có hiệu quả. Vì sao vậy? Có nhiều nguyên nhân. Thứ nhất, một số ngành trước kia cần phải có nhiều vốn mới đầu tư được (thí dụ hệ thống điện thoại cố định) nay đã giảm chi phí đi nhiều (thí dụ hệ thống điện thoại di động). Thứ hai, các doanh nghiệp nhà nước khi phát triển đến một mức độ nào đó đã trở nên độc quyền, công kênh và kém hiệu quả. Ngoài ra do sở hữu của doanh nghiệp nhà nước là sở hữu toàn dân (hay còn gọi theo thuật ngữ kinh tế là tài sản công – *public goods*), nên tình trạng kém hiệu quả lại càng trầm trọng. Khi cổ phần hoá các doanh nghiệp này, vấn đề sở hữu doanh nghiệp được qui định rạch ròi, các doanh nghiệp có nghĩa vụ phải tăng lợi nhuận cho các cổ đông cụ thể, khiến hoạt động của các doanh nghiệp trở nên hiệu quả hơn. Việc Thủ tướng Nhật Bản Koizumi giải tán nội các vừa qua để

mở đường cho việc tư nhân hoá công ty Bưu điện Nhật Bản – công ty cuối cùng thuộc sở hữu nhà nước tại Nhật Bản, cho thấy quyết tâm của các chính phủ hiện nay và lòng tin rằng hình thức doanh nghiệp nhà nước có thể sẽ không còn phù hợp ở nhiều nước. Ở nước ta, do đặc thù của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, số lượng các doanh nghiệp nhà nước trong những năm qua vẫn còn nhiều, song quá trình cổ phần hoá diễn ra mạnh mẽ gần đây cho thấy vấn đề doanh nghiệp nhà nước hay doanh nghiệp tư nhân có hiệu quả hơn có lẽ không còn là điều tranh cãi. Vấn đề là phải cổ phần hoá như thế nào để tránh chi phí cao nhất cho xã hội và thu được giá cao nhất cho Chính phủ.

VII. KINH TẾ LUẬT VÀ MỘT SỐ HÀNH VI THƯƠNG MẠI

1. Kinh tế luật và các qui định về quảng cáo

Quảng cáo đóng vai trò quan trọng trong việc cung cấp thông tin cho người tiêu dùng được biết việc có nên mua một sản phẩm hay không. Tuy nhiên pháp luật cũng qui định một số điều cấm trong quảng cáo: không được quảng cáo so sánh trực tiếp về giá, thuốc bán theo toa, không được quảng cáo thuốc lá, không được quảng cáo một số sản phẩm mà việc lưu hành quá nhạy cảm và phải có ý kiến các chuyên gia. Ngoài ra, một số hiệp hội ngành nghề cũng có những qui định riêng về quảng cáo. Các đoàn luật sư thông thường có qui định cấm luật sư không được đăng báo quảng cáo về dịch vụ của mình. Như vậy, những vấn đề mà kinh tế luật cần nghiên cứu bao gồm những vấn đề nhằm làm rõ những vấn đề nào cần được hạn chế quảng cáo, vấn đề nào không cần và tại sao, xét trên quan điểm kinh tế học.

Đối với quảng cáo về giá, tuy các doanh nghiệp không quảng cáo trực tiếp so sánh về giá, song vẫn có những quảng cáo như: “giá thường ngày 100.000 đồng, giá đặc biệt hôm nay 80.000 đồng”, “giá ở nơi khác là 100.00 đồng, nhưng ở đây chỉ bán có 50.000 đồng” v.v. Các quảng cáo như vậy có nên cấm không, và tại sao lại cấm? Xét trên quan điểm kinh tế học, việc so sánh giá sẽ làm cho người tiêu dùng có cảm giác hàng của mình rẻ hơn hàng của người khác, đồng thời cũng ngầm thông báo cho các đối thủ cạnh tranh biết về giá để có mức giá thích hợp. Điều đáng lo

ngại hơn cả là các thông tin như vậy có thể sai sự thật. Điều này thật ra bất lợi cho người tiêu dùng.

Đối với quảng cáo về các dịch vụ nhạy cảm, thí dụ như quảng cáo sữa có cất DHA hay Alpha A+, hoặc bất kỳ “công thức đặc quyền” nào khác thật sự không rõ nó là cái gì, song người tiêu dùng vẫn mua với hy vọng sau khi uống con mình sẽ thông minh hơn. Điều này gây lo ngại rằng điều này sẽ gây khả năng lừa dối khách hàng. Ở một số nước, điều này bị cấm. Vừa qua, ở Việt Nam đã có vấn đề của công ty Knorr khi đưa ra bột gia vị đã quảng cáo là “tự nhiên hơn bột ngọt”, trong khi thành phần của bột gia vị này lại có bột ngọt (chất điều vị 321 v.v.) Điều này đã làm người tiêu dùng phản ứng.

Đối với quảng cáo của một số dịch vụ chuyên nghiệp như của luật sư, thật ra không có lý do gì để cấm. Theo Posner (1998), đây có thể là tàn dư của thời bảo hộ mậu dịch, khi các luật sư cũ bắt nạt các luật sư mới bằng cách cấm họ không được quảng cáo. Thông thường, quảng cáo là cần thiết đối với những văn phòng luật sư hay doanh nghiệp mới gia nhập thị trường. Hạn chế quảng cáo là gây thiệt hại cho họ.

Sau cùng, qui định không được chi cho quảng cáo quá 10% tổng chi phí như theo qui định của luật Việt Nam có thể mang thiệt hại đến cho các doanh nghiệp mới thành lập. Trong khi đó, hạn chế này hầu như không ngăn cản được các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hạn chế quảng cáo. Điều này cần thiết phải có sự sửa đổi.

2. Kinh tế luật và việc đăng ký chất lượng sản phẩm

Chất lượng sản phẩm, cụ thể là thực phẩm và dược phẩm luôn là đề tài quan tâm của pháp luật nhiều nước. Vấn đề quan tâm của các nhà làm luật là làm sao để tăng khả năng an toàn cho người tiêu dùng. Cũng chính vì thế mà họ qui định trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng do chất lượng sản phẩm gây ra không phụ thuộc vào yếu tố lỗi. Ngoài ra, pháp luật còn qui định các doanh nghiệp sản xuất thực phẩm hay dược phẩm phải đăng ký chất lượng sản phẩm. Vấn đề đặt ra là chất lượng như thế nào thì nên được coi là an toàn, xét về phương diện kinh tế luật?

Thứ nhất, một tiêu chuẩn an toàn có nghĩa là không gây nguy hiểm đến tính mạng của người sử dụng. Tuy nhiên, sự nguy hiểm của sản phẩm cũng không thể được đảm bảo vì chưa có ai khảo cứu xem 5 hay 10 năm sau thực phẩm do chúng ta sử dụng có nguy hiểm hay không. Hơn nữa, nhiều thực phẩm có chất béo như Hamburger hay Phở có thể gây tăng cholesterol trong máu, gây bệnh tim, rất nguy hiểm, song vẫn được sử dụng. Như vậy đến mức nào là mức điều chỉnh hợp lý về chất lượng sản phẩm. Becker (1968) đưa ra nguyên tắc so sánh chi phí và lợi ích. Theo đó, một tiêu chuẩn sản phẩm được coi là khả thi nếu lợi ích thu được từ việc áp dụng tiêu chuẩn đó đối với doanh nghiệp và xã hội lớn hơn là chi phí phải bỏ ra để áp dụng tiêu chuẩn này. Vấn đề còn lại của các nhà kinh tế luật là nghiên cứu xem một tiêu chuẩn hay qui định cụ thể về chất lượng sản phẩm có mang lại lợi ích cho xã hội đến mức lớn hơn chi phí bỏ ra không. Đây là vấn đề tùy thuộc vào từng tiêu chuẩn cụ thể.

Thứ hai, tiêu chuẩn đưa ra phải là tiêu chuẩn tối ưu. Có nghĩa là, giữa nhiều giải pháp khác nhau để đạt được cùng một mục đích thì phải chọn giải pháp ít chi phí nhất. Thí dụ, tiêu chuẩn an toàn cho xe hơi sản xuất tại Châu Âu hay Mỹ phải cao hơn tiêu chuẩn tại Châu Á, vì xe hơi tại Châu Âu hay Mỹ chạy nhanh hơn, do đó khả năng gây tai nạn cao hơn. Nếu áp dụng cùng tiêu chuẩn vào Châu Á thì không hợp lý, vì đường sá Châu Á chưa bao giờ đạt được tốc độ như ở Châu Âu. Như vậy không phải áp đặt tiêu chuẩn cao nhất đã là tốt nhất, mà còn phải áp đặt tiêu chuẩn phù hợp với điều kiện trong nước nhất. Thế nào là phù hợp? Đó là câu hỏi dành cho những người nghiên cứu môn kinh tế luật.

Thứ ba, phải tìm được mối quan hệ nhân quả giữa việc áp dụng tiêu chuẩn và việc người sử dụng trở nên an toàn hơn. Nếu việc áp dụng tiêu chuẩn chỉ dẫn đến việc giá thành sản phẩm tăng lên và ít người mua sản phẩm hơn, chứ sản phẩm không thực sự trở nên an toàn hơn, thì cũng không nhất thiết phải áp đặt tiêu chuẩn chất lượng như vậy. Ở một số nước như Việt Nam không áp đặt một tiêu chuẩn an toàn nhất định, mà cho phép các doanh nghiệp tự đăng ký tiêu chuẩn an toàn của mình. Sau đó, nếu phát hiện tiêu chuẩn đăng ký không đạt được tiêu chuẩn an toàn chung tối thiểu thì cơ quan nhà nước mới xử lý. Qui định như vậy có hiệu quả không? Đây là vấn đề cần nghiên cứu thêm trong môn kinh tế luật.

3. Kinh tế luật và hoạt động nhượng quyền kinh doanh

Hoạt động nhượng quyền kinh doanh diễn ra khi bên nhượng quyền (*franchisor*) cung cấp cho bên nhận quyền (*franchisee*) các quyền kinh doanh, bao gồm nhãn hiệu hàng hoá và các công thức kinh doanh, các quyền sở hữu trí tuệ khác, để phát triển kinh doanh. Các thí dụ của hệ thống nhượng quyền ở Việt Nam bao gồm Phở 24, KFC, Cà phê Trung Nguyên hay Highlands Coffee. Nói một cách đơn giản, nhượng quyền là việc các doanh nghiệp nhỏ đoàn kết lại cùng phát triển một thương hiệu chung. Trong giao dịch này, kinh tế luật cần nghiên cứu những đặc điểm chưa hoàn chỉnh của quan hệ để đề xuất những thay đổi pháp luật làm cho hệ thống ngày một hoàn chỉnh hơn.

Vấn đề đầu tiên là khả năng bên nhận quyền có thể bị lừa dối (*moral hazard*) vì những hứa hẹn đối với hệ thống nhượng quyền và bỏ rất nhiều tiền để phát triển hệ thống kinh doanh. Sau đó, do những khoản đầu tư này quá lớn mà không thu hồi được (*sunk costs*) sẽ làm cho bên nhận quyền lâm vào thế ‘đã phóng lao phải theo lao’ tiếp tục lao động mà không thấy hiệu quả đâu, song vẫn đóng góp vào sự phát triển của thương hiệu của bên nhượng quyền. Để khắc phục tình trạng này, pháp luật nên qui định bên nhượng quyền phải cung cấp một số thông tin nhất định cho bên nhận quyền, nhằm mục đích làm cho bên nhận quyền biết được mình tham gia vào hệ thống nhượng quyền thì được gì và mất gì, từ đó có thể tự xác định xem hình thức kinh doanh như thế nào là có hiệu quả nhất.

Mặt khác, bên nhận quyền cũng có thể không chăm lo đến lợi ích của hệ thống nhượng quyền, có những hành vi làm giảm uy tín của hệ thống nhượng quyền. Khi này, pháp luật phải cho phép bên nhượng quyền can thiệp để kiểm tra tính hiệu quả của hệ thống nhượng quyền. Thí dụ, bên nhượng quyền có quyền từ chối chuyển giao hợp đồng nhượng quyền cho bên thứ ba nếu bên thứ ba không đủ sức phát triển thương hiệu của mình một cách có hiệu quả. Ngoài ra, bên nhận quyền phải báo cáo kết quả kinh doanh của mình cho bên nhượng quyền để hệ thống có thể hoạt động một cách hiệu quả.

Xét cho cùng, hệ thống nhượng quyền hoạt động có hiệu quả chừng nào nó còn mang lại lợi nhuận cho bên nhận quyền. Đối tượng nghiên cứu

của kinh tế luật là tìm cách đưa ra những qui định sao cho hệ thống nhượng quyền hoạt động hiệu quả hơn. Muôn thế thì hoạt động của cả hai bên nhượng và nhận quyền phải minh bạch và đáng tin cậy, để giảm chi phí giao dịch và tăng hiệu quả, như định lý Coase đã dự liệu.

VIII. KINH TẾ LUẬT VÀ THỦ TỤC PHÁ SẢN DOANH NGHIỆP

Thủ tục phá sản doanh nghiệp, cho dù được toà án giải quyết, cũng không tuân theo các qui định của Bộ luật Tố tụng Dân sự. Đây là một thủ tục phức tạp, liên quan nhiều đến những cân nhắc kinh tế, và cũng rất thú vị để nghiên cứu nguồn gốc của các qui định về luật phá sản. Từ trước đến nay, thủ tục phá sản là do các nhà lập pháp qui định. Tuy nhiên, các qui định đó có biện minh kinh tế hay không? Nếu không, điều này sẽ tạo những bất lợi cho các bên trong thủ tục phá sản vì phải tuân theo những qui định vô lý xét về khía cạnh kinh tế.

Trước tiên, luật phá sản phải hướng tới hiệu quả của doanh nghiệp. Nếu các chủ nợ siết nợ doanh nghiệp quá sớm, doanh nghiệp sẽ mất khả năng chi trả và các chủ nợ sẽ nhận được rất ít tiền. Trong khi đó nếu cho phép doanh nghiệp tiếp tục kinh doanh thì khả năng trả nợ có thể sẽ cao hơn. Thí dụ, một doanh nghiệp khách sạn bị siết nợ khi chưa xây xong khách sạn thì không thể trả nợ, và chủ nợ cũng không thể nhận được tiền lời. Trong khi đó nếu đợi khách sạn xây xong, thì khả năng trả được nợ từ sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp sẽ rõ hơn. Luật phá sản đầu tiên phải tạo được khả năng chi trả cho doanh nghiệp, mang lại hiệu quả cho xã hội. Đó là chưa nói việc phá sản doanh nghiệp ở những ngành nhạy cảm, có nhiều người gửi tiền vào như công ty bảo hiểm hay ngân hàng sẽ làm mất niềm tin của người dân, dẫn đến đổ vỡ hàng loạt. Đối với những doanh nghiệp như vậy, khả năng phá sản phải được xem xét một cách rất kỹ lưỡng.

Mặc dù vậy, về bản chất, thủ tục phá sản là cuộc đấu trí giữa các chủ nợ, còn doanh nghiệp như: “cá nằm trên thớt”. Vấn đề là các chủ nợ sẽ áp dụng chiến lược nào để các bên thoả thuận được với nhau và đi đến giải pháp sao cho đem lại giá trị lớn nhất cho doanh nghiệp, tức là giá trị lớn nhất cho khoản nợ của mình. Nhưng làm thế nào để đạt được điều đó?

Thông thường, luật ở các nước cho phép các chủ nợ quản lý doanh nghiệp theo một thủ tục đặc biệt, đó là thủ tục kiểm soát, cơ cấu lại doanh nghiệp (theo Luật Hoa Kỳ gọi là Chương 11 trong Luật Tô tụng Dân sự của Liên Bang). Theo đó, doanh nghiệp được khoan nợ, tuy nhiên, sẽ được một ban quản lý đặc biệt quản lý. Trong giai đoạn này, doanh nghiệp cố gắng tiến hành các biện pháp dẫn nợ và phải tuân thủ các qui định của ban quản lý. Các vấn đề cần nghiên cứu của kinh tế luật là xem xét xem cơ chế quản lý như vậy có công bằng và hiệu quả cho các chủ nợ hay không.

Vấn đề đầu tiên mà các chủ nợ không có bảo đảm quan tâm là việc các chủ nợ có bảo đảm được ưu tiên thanh toán nợ, cho dù các khoản nợ của chủ nợ có bảo đảm hình thành sau khi các khoản nợ không có bảo đảm hình thành. Vô hình chung, khi doanh nghiệp tạo một khoản vay có bảo đảm, họ đã đặt chủ nợ không bảo đảm vào tình trạng rủi ro cao hơn trước. Như vậy làm sao để bảo đảm quyền lợi của các chủ nợ không bảo đảm? Pháp luật qui định rằng trước 6 tháng so với ngày tuyên bố phá sản, mọi giao dịch bán, cầm cố, thế chấp hay tạo lập biện pháp bảo đảm đối với tài sản của doanh nghiệp đều bị coi là vô hiệu. Điều này cũng giúp các chủ nợ không bảo đảm một phần trong việc quản lý rủi ro.

Khi số phận của doanh nghiệp trong tay các chủ nợ, họ phải quyết định xem làm như thế nào. Lúc này, lòng tin của các chủ nợ với nhau, cũng như khả năng hợp tác giữa các chủ nợ rất quan trọng. Nếu các chủ nợ không tin nhau thì sẽ xảy ra tình trạng như trong đấu trí nghi phạm. Tức là, một người cho rằng người kia không trung thực, sẽ đi trước bằng cách phản bội lại quyền lợi của tập thể các chủ nợ, hoặc lợi dụng lòng tin của các chủ nợ khác. Khi này, tình trạng xảy ra được coi là các hành vi theo đuôi nhau xử sự ích kỷ (còn gọi là hành vi tập thể - collective action). Vấn đề của tổ tụng phá sản là làm sao hạn chế được khả năng của hành vi tập thể. Bowers (1990) chứng minh rằng trên thực tế việc các chủ nợ thống nhất với nhau cách điều hành doanh nghiệp sao cho sinh lãi để trả nợ tương đối ít, do họ không tin nhau, và cũng không có cơ chế để kiểm soát lòng tin mình của mình có bị lợi dụng không. Kết quả là các chủ nợ thường thống nhất bán đấu giá doanh nghiệp hơn là để doanh nghiệp tiếp tục hoạt động.

Ngoài ra, khi các doanh nghiệp lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán, có khả năng xảy ra tình trạng một số chủ nợ muốn đòi nợ sớm đã thông đồng với doanh nghiệp để được thanh toán sớm, thậm chí mua một số tài sản của doanh nghiệp để tẩu tán tài sản. Để tránh các trường hợp như vậy, pháp luật phần lớn các nước cho phép các bên chủ nợ khi phát hiện được yêu cầu Tòa án tuyên bố các giao dịch như vậy là vô hiệu. Các vấn đề cần nghiên cứu của kinh tế luật là xem xét qui định như vậy có làm tăng hiệu quả cho nền kinh tế hay không.

Ngoài quyền lợi của các chủ nợ, một vấn đề khác mà kinh tế luật có thể nghiên cứu là quyền lợi của các nhà đầu tư – các cổ đông. Họ chỉ được chia tài sản sau khi các chủ nợ đã nhận được các khoản nợ của mình. Trong khi đó, các cổ đông không được có tiếng nói quyết định trong hội nghị chủ nợ. Như vậy cho dù các cổ đông muốn tiếp tục điều hành doanh nghiệp để trả nợ cho các chủ nợ, cũng không dễ gì được chấp nhận. Khi này, các chủ nợ có thể vì quyền lợi của cá nhân mình mà có những quyết định không hiệu quả, ảnh hưởng đến quyền lợi của các cổ đông. Kinh tế luật cần nghiên cứu các hành vi, đấu trí của các chủ thể trong tổ tụng phá sản, để xem xét xem quyền lợi của các cổ đông được bảo vệ tới mức nào, đồng thời cung cấp các qui định pháp luật để điều chỉnh hành vi của các bên tham gia tổ tụng phá sản sao cho có hiệu quả nhất cho tất cả các bên.

Sau cùng, khi mọi khả năng cứu vãn doanh nghiệp trở nên không còn hiện thực, vấn đề còn lại là bán tài sản doanh nghiệp sao cho có lợi nhất. Người ta thường phải tìm cách bán tài sản theo một trong hai phương án: một là phân chia tài sản doanh nghiệp thành những tài sản nhỏ, hai là bán toàn bộ doanh nghiệp. Về cách thức bán cũng có hai hình thức: bán đấu giá hoặc bán riêng cho từng doanh nghiệp. Ở đây, pháp luật nên cho các chủ nợ quyền lựa chọn, để họ có thể chọn phương án có lợi nhất cho họ. Thí dụ, nếu bán tài sản doanh nghiệp từng món một, họ có thể dễ chọn người mua hơn. Tuy nhiên nếu tổng giá trị những tài sản bán được không đủ để thanh lý tất cả tài sản, và các tài sản còn lại không thể bán được, thì các chủ nợ có thể nghĩ đến việc bán toàn bộ doanh nghiệp cho một doanh nghiệp khác. Ngoài ra, điều này cũng giúp ích cho các nhân viên của doanh nghiệp khi họ tránh được khỏi bị sa thải khi toàn bộ doanh nghiệp bị tháo rời và đem bán. Tóm lại, việc nghiên cứu kinh tế luật sẽ giúp các

nhà làm luật biết được cách cải cách pháp luật sao cho đúng hướng và phù hợp với sự phát triển của nền kinh tế.

Có người cho rằng sẽ là ‘xui xẻo’ nếu trong giấy phép đầu tư lại đề cập đến chuyện phá sản công ty. Thật ra, nhiệm vụ của pháp luật là dự trừ những rủi ro và trường hợp xấu có thể xảy ra. Nếu pháp luật chỉ dự trừ trường hợp tốt xảy ra thì không cần phải có pháp luật làm gì, vì các bên có thể tự thoả thuận với nhau. Họ chỉ cần đến các qui định của pháp luật khi có tranh chấp mà thôi.

IX. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT TÀI CHÍNH NGÂN HÀNG

1. Kinh tế luật và thị trường chứng khoán

Thị trường chứng khoán là một trong những cơ chế thu hút vốn hiệu quả nhất của nền kinh tế. Luật về thị trường chứng khoán bao giờ cũng là một sự kết hợp của pháp luật, kinh tế và những lý thuyết khác nhau về quản trị hay tâm lý học. Thông thường, các qui định về thị trường chứng khoán nhằm vào 5 mục đích sau đây (i) bảo vệ người đầu tư, (ii) xây dựng uy tín cho các công ty trên thị trường chứng khoán, (iii) đem lại lợi ích cho chính phủ, (iv) tăng hiệu quả cho nền kinh tế, và (v) đẩy mạnh cạnh tranh trên thị trường. Các nhà kinh tế luật thường nghiên cứu về thị trường chứng khoán trên hai khía cạnh (i) làm thế nào để thị trường chứng khoán trở nên hiệu quả, và (ii) làm thế nào để giảm những trường hợp làm mất lòng tin của nhà đầu tư đối với thị trường chứng khoán như lừa đảo hay sử dụng những thông tin gây nhầm lẫn.

Trước tiên, luật về thị trường chứng khoán bảo vệ nhà đầu tư, bằng cách tạo điều kiện cho các nhà đầu tư có thể bán và mua cổ phiếu với giá trị phản ánh đúng trên thị trường, không bị lừa dối hay nhầm lẫn. Các qui định về công bố thông tin trên bản cáo bạch, về chế độ báo cáo thông tin không nhằm điều gì khác ngoài thoả mãn những mục tiêu này.

Thứ hai, luật về thị trường chứng khoán mang lại hiệu quả trong nền kinh tế thông qua yêu cầu các công ty trên thị trường chứng khoán phải cung cấp nhiều thông tin hơn các công ty ngoài thị trường chứng khoán. Thông qua cơ chế cung cấp thông tin như vậy, các công ty có cách lựa

chọn sao cho có lợi nhất: hoặc thu hút được nhiều vốn song phải cung cấp đầy đủ thông tin, hoặc thu hút ít vốn hơn và vì thế cũng cần cung cấp ít thông tin hơn. Các qui định trên thị trường chứng khoán thúc đẩy một công ty cũng phải làm ăn hiệu quả, để khi công bố thông tin trên thị trường chứng khoán thì các kết quả của mình thuyết phục được các nhà đầu tư bỏ vốn.

Thứ ba, luật về thị trường chứng khoán xây dựng uy tín cho các công ty. Các công ty này ngoài việc chịu sự kiểm soát của sở kế hoạch và đầu tư hay cục thuế nơi họ đóng trụ sở, còn phải chịu sự kiểm soát của Ủy ban chứng khoán Nhà nước. Do bị kiểm soát nhiều như vậy, họ phải biết cách thiết lập cơ chế kiểm soát trong nội bộ công ty sao cho vừa khoa học, vừa hiệu quả. Thực tế cho thấy, các công ty làm ăn có hiệu quả hơn cả thông thường sẽ chào bán cổ phiếu trên thị trường chứng khoán mặc dù phải công bố nhiều hơn.

Thứ tư, luật về thị trường chứng khoán đem lại lợi ích cho chính phủ, bởi lẽ ở những nước thị trường chứng khoán hoạt động mạnh, việc liên tục làm tăng chỉ số trên thị trường chứng khoán là một cách để chứng minh sự hiệu quả của việc quản lý của chính phủ. Vì vậy chính phủ khi ban hành các cơ chế quản lý cũng như nghị định hướng dẫn phải tìm cách tạo cơ chế thông thoáng về biên độ giá, điều kiện để nhà đầu tư nước ngoài tham gia vào thị trường như thế nào để chỉ số giao dịch trên thị trường chứng khoán liên tục tăng.

Cuối cùng, luật về thị trường chứng khoán phải thúc đẩy được sự cạnh tranh của các doanh nghiệp trên thị trường. Thông qua việc cung cấp thông tin đầy đủ, cơ quan quản lý cạnh tranh có thể thu thập các thông tin chính xác về thị phần, doanh thu, v.v. của từng doanh nghiệp trong từng thời kỳ. Từ đó, việc dự đoán ảnh hưởng của một điều luật đối với sự cạnh tranh trên thị trường cũng trở nên dễ dàng hơn. Thực tế cho thấy ở một nước thị trường chứng khoán chưa phát triển thì việc thực thi luật cạnh tranh cũng khó hơn.

Như vậy, nhiệm vụ của kinh tế luật là phải nghiên cứu xây dựng qui định về thị trường chứng khoán sao cho phục vụ được năm mục tiêu kể trên.

2. Các qui định về giao dịch nội gián

Qui định về giao dịch nội gián nghiêm cấm các hành vi lợi dụng việc biết trước thông tin so với các cổ đông. Thí dụ, một thành viên trong hội đồng quản trị của công ty biết công ty hiện sẽ thu hẹp sản xuất do tình hình kinh tế khó khăn. Nếu thông tin này được công bố thì giá cổ phiếu sẽ giảm. Các thành viên đó sẽ bán cổ phiếu trước khi thông tin được đưa ra, vì thế sẽ giảm được lỗ lẽ ra nếu là cổ đông họ đã phải gánh chịu. Tương tự, một thành viên hội đồng quản trị có thể biết rằng công ty sắp ký được một hợp đồng kinh tế quan trọng, và vì vậy sẽ tiến hành mua cổ phiếu trước khi các cổ đông khác biết về thông tin này. Tóm lại, giao dịch nội gián giống như một cuộc chơi bài mà một người chơi đã biết trước bên kia cầm quân gì.

Tại sao hành vi giao dịch nội gián lại bị cấm, xét trên cơ sở lý luận của môn kinh tế luật, và phạm vi cấm các giao dịch nội gián là đến mức nào? Các câu hỏi này đã được nhiều nhà kinh tế nghiên cứu. Trước tiên, xét trên khía cạnh quyền sở hữu thì chủ nhân công ty là các cổ đông chứ không phải các nhà quản lý công ty (thí dụ giám đốc hay một số thành viên trong hội đồng quản trị). Vì thế, các thông tin liên quan đến công ty cũng phải thuộc quyền sở hữu của các cổ đông. Việc thành viên ban giám đốc hay hội đồng quản trị sử dụng các thông tin đó trước khi các cổ đông biết là hành vi đánh cắp thông tin, gây thiệt hại cho các cổ đông. Theo định lý Coase, nếu thông tin đầy đủ thì chi phí giao dịch giữa các bên sẽ bằng không (0), vì vậy người mua và người bán cổ phiếu có thể quyết định xem cách xử sự của mình như thế nào là có lợi nhất. Mục đích của việc cấm các hành vi giao dịch nội gián là để phát huy tính hiệu quả của thị trường giữa người mua và người bán. Ngoài ra, việc một công ty để cho người quản lý thông tin sử dụng giao dịch nội gián sẽ làm mất uy tín của công ty đó, đồng thời làm giảm sự quan tâm của các nhà đầu tư đối với các công ty này.

Thứ hai, theo nguyên tắc về thông tin bất đối xứng, thì người có thông tin cũng dễ trục lợi (*rent-seeking*). Luật cấm giao dịch nội gián sẽ giúp các nhà đầu tư có thể đầu tư tốt hơn. Tuy nhiên có quan điểm cho rằng thật ra chỉ các nhà đầu tư chuyên nghiệp hay các quỹ đầu tư mới có thể phân tích thông tin một cách đầy đủ. Nếu các cổ đông nhỏ không biết nhiều thông

tin bằng các nhà đầu tư lớn, thì thật ra những nhà đầu tư lớn là những người có lợi nhất trong các qui định về cấm giao dịch nội gián. Nhận định này đúng hay không thì cho đến nay vẫn còn nhiều tranh cãi.

Hiện nay, xu hướng nghiên cứu về giao dịch nội gián là xác định phạm vi các thông tin bị coi là bị cấm - tất cả các thông tin bí mật của công ty, hay chỉ một số thông tin bí mật có liên quan đến giao dịch trên thị trường chứng khoán. Ngoài ra, người ta còn nghiên cứu những người được lợi nhiều nhất hay thiệt hại nhiều nhất khi có luật cấm sử dụng thông tin làm giao dịch nội gián - từ đó xây dựng cơ chế cấm giao dịch nội gián sao cho dễ áp dụng và có nền tảng cơ sở vững chắc trên các lý thuyết về kinh tế luật.

3. Kinh tế luật và các qui định về thị trường tài chính

Những vấn đề kinh tế luật của thị trường tài chính cũng tương tự như thị trường bảo hiểm: lựa chọn sai (*adverse selection*), thông tin bất đối xứng (*asymmetric information*), hành động tập thể (*collective action*) và niềm tin trong các cuộc đấu trí không hoàn chỉnh. Để giải quyết các vấn đề này, pháp luật cũng sử dụng các biện pháp tương tự, đó là quản lý chặt chẽ độ báo cáo thông tin của các tổ chức tín dụng, đồng thời quản lý biên độ rủi ro bằng các chính sách về lãi suất. Tất cả đều nhằm mục tiêu sau cùng là bảo vệ người gửi tiền, bằng cách lấy niềm tin cho hệ thống ngân hàng và hạn chế đến mức thấp nhất rủi ro do xảy ra do phá sản.

Thông thường, các qui định về tái chính nhắm đến hai hướng: điều chỉnh cấu trúc thị trường và điều chỉnh hành vi. Các điều chỉnh cấu trúc hướng tới việc điều chỉnh đầu vào của thị trường, và chỉ cho phép những định chế lành mạnh, vốn lớn mới có thể thành lập ngân hàng hay các tổ chức tín dụng - cụ thể là qui định về tiền gửi vào quỹ bảo hiểm rủi ro tại Ngân hàng Nhà nước của từng ngân hàng thương mại. Ngoài ra, Ngân hàng Nhà nước cũng cần phải có những qui định về lãi suất cũng như phạm vi hoạt động của mỗi ngân hàng để hạn chế những thiệt hại có thể xảy ra do ngân hàng tham gia vào những hoạt động nguy hiểm cho các hoạt động truyền thống của mình. Các điều chỉnh về hành vi liên quan đến các qui định về định mức cho vay, các định mức an toàn cho doanh nghiệp, đồng thời các qui định về báo cáo, thanh tra, kiểm tra ngân hàng.

Ngoài ra, khi các định chế ngân hàng phát triển trong nền kinh tế toàn cầu hoá, thì các qui định về ngân hàng cũng cần phải có những thay đổi thích hợp. Việc Châu Âu thành lập đồng tiền chung, cũng như ban hành các qui định kiểm soát tài chính chung cho thấy việc quản lý rủi ro cho các chủ tài khoản toàn cầu dần dần trở nên một nhu cầu quan trọng.

X. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT THUẾ

1. Kinh tế luật và những vấn đề vĩ mô trong lĩnh vực thuế

Benjamin Franklin, một trong những người soạn thảo là Hiến pháp Hoa Kỳ phát biểu “có hai việc chắc chắn trong đời – thuế và chết.” Thuế là công cụ quan trọng tạo nguồn thu cho bất kỳ chính quyền nào. Một chính quyền cần phải có những khoản chi cho những mục tiêu chung như hạ tầng cơ sở, bộ máy cán bộ công quyền, lực lượng vũ trang nhân dân và bộ máy của các tổ chức chính trị - chính trị xã hội. Khi đó, cần phải tăng các khoản thuế để đảm bảo nhu cầu chi tiêu của chính phủ.

Luật thuế có một chức năng quan trọng, đó là tái phân phối lại tài sản trong xã hội. Có hai quan điểm về vấn đề này. Quan điểm thứ nhất cho rằng việc tái phân phối tài sản trong xã hội nhằm đảm bảo sự công bằng. Có nghĩa là những người có thu nhập thấp sẽ phải đóng thuế ít hơn người có thu nhập cao, và thu nhập của người có thu nhập cao sẽ được sử dụng vào những mục đích công cộng, mang lại công bằng cho xã hội. Quan điểm thứ hai cho rằng việc phân phối tài sản xã hội sẽ làm giảm ý chí làm giàu của người dân. Thông thường, những người có thu nhập cao là những người sẵn sàng gánh chịu rủi ro và đầu tư cho doanh nghiệp. Khi đó, các doanh nghiệp sẽ phải ý thức cách phân chia lợi nhuận làm sao để thu nhập của người đóng góp nhiều nhất cho doanh nghiệp không nên cao quá. Shavell (1980) cho rằng qui định của pháp luật thuế nên được sử dụng để phân chia lại thu nhập của xã hội, từ đó điều chỉnh hành vi của các chủ thể trong xã hội. Khi các chủ doanh nghiệp muốn đóng thuế (chi phí) ít nhất cho thu nhập cao nhất, họ sẽ phải tính toán sao cho phân chia thu nhập cho những người khác để họ cũng được thu nhập và như vậy xã hội sẽ tự động công bằng hơn, mà không cần phải có các cuộc cách mạng hay các vụ kiện.

Vấn đề vĩ mô của luật thuế là cách thức dung hoà giữa hai vấn đề - sự ổn định của nền kinh tế và dự kiến lợi nhuận của các doanh nghiệp. Rõ ràng là, việc đánh thuế phải làm tăng trưởng nền kinh tế. Khi các doanh nghiệp chịu sức ép thuế quá nặng, họ sẽ không thể phát triển. Như vậy, vấn đề của kinh tế luật là đặt ra một mức thuế vừa phải nhưng thực thi. Thứ hai, phải có kế hoạch chi tiêu đồng tiền của nhân dân một cách cẩn thận. Cách sử dụng hiệu quả nhất là chi tiêu vào đầu tư, vì một đồng đầu tư sẽ đẻ ra nhiều lợi nhuận hơn một đồng tiêu dùng. Các khoản tiền đầu tư bao gồm đầu tư vào cơ sở hạ tầng, vào các ngành công nghiệp then chốt, vào giáo dục, y tế, khoa học, quân sự, quốc phòng. Các khoản tiền chi tiêu bao gồm chi tiêu cho hệ thống hành chính, chi cho các lễ hội hay các khoản trợ cấp xã hội.

Nhìn chung, mọi người đều cho rằng Chính phủ nên lưu tâm đến những lợi ích dài hạn hơn là những lợi ích ngắn hạn.

2. Kinh tế luật và các hành vi trốn thuế và tránh thuế

Đối với việc tuân thủ pháp luật thuế và các biện pháp trốn thuế, vấn đề nằm ở cơ chế thu thuế sao cho có hiệu quả nhất và hạn chế việc trốn thuế. Đầu tiên, các nhà kinh tế luật cho rằng vấn đề tránh thuế (*tax avoidance*) hay trốn thuế (*tax evasion*) chỉ đơn thuần là việc so sánh chi phí và lợi ích giữa việc nộp thuế và trốn thuế. Becker (1968) cho rằng nếu doanh nghiệp thấy rủi ro do bị phát hiện vì trốn thuế lớn hơn lợi ích từ việc trốn thuế mang lại, thì họ sẽ không trốn thuế nữa. Như vậy, cách tốt nhất để hạn chế việc trốn thuế là tăng nặng các chế tài đối với tội trốn thuế. Cho dù việc trốn thuế có thực hiện trót lọt mười lần thì một lần bị bắt có thể sẽ thiệt hại nhiều hơn cả 10 lần trước cộng lại.

Tuy nhiên, vấn đề không đơn giản như vậy. Kể cả khi luật thuế đã qui định chi tiết, vẫn có những lỗ hổng để tránh thuế. Lỗ hổng thứ nhất là việc thành lập doanh nghiệp. Khi thành lập doanh nghiệp, rất nhiều khoản chi tiêu cho cá nhân có thể được coi là chi phí hợp lý và được khấu trừ vào doanh thu trước khi tính thu nhập chịu thuế. Vì vậy, số thuế phải nộp thông thường sẽ nhỏ. Thứ hai, để tránh thuế, doanh nghiệp có thể hợp thức hoá bằng vô vàn các giấy tờ khác nhau, và hy vọng rằng cơ quan

thuế sẽ không có đủ thời gian để kiểm tra. Thật vậy, với số lượng các doanh nghiệp ngày càng tăng, cơ quan thuế sẽ không đủ người để kiểm tra hết tất cả các doanh nghiệp và cũng không thể phát hiện hết được những vụ gian lận thuế. Thứ ba, trong cơ chế thuế cũng có nhiều biện pháp khuyến khích và ưu đãi thuế. Đây chính là lỗ hổng để các doanh nghiệp có thể lợi dụng để tránh thuế. Thí dụ, doanh nghiệp được cấp chứng nhận ưu đãi đầu tư về thuế, song trên thực tế chỉ một phần hoạt động của doanh nghiệp là rơi vào lĩnh vực ưu đãi đầu tư. Ngoài ra, còn nhiều biện pháp tránh thuế khác trên bình diện quốc tế, như các biện pháp chuyển giá hay thành lập doanh nghiệp tại nơi không hề phải đóng thuế (thiên đường thuế khoá – *tax haven*). Như vậy, các doanh nghiệp có thể tránh thuế tới mức cơ quan thuế không thể nhận ra, mặc dù nghi ngờ.

Như vậy, biện pháp loại trừ trốn thuế không thể chỉ là vấn đề so sánh chi phí và lợi ích, hay đánh giá rủi ro. Gần đây, người ta nghiên cứu nhiều hơn đến những nguyên nhân sâu xa dẫn đến tình trạng tránh thuế - từ việc xây dựng một chế độ thuế công bằng dân chủ để những người nộp thuế tự nguyện nộp thuế, đến việc nghiên cứu tâm lý người nộp thuế và ý thức công dân trong việc nộp thuế để thấy rằng việc nộp thuế là cần thiết, bên cạnh những biện pháp chống gian lận thuế như hợp tác quốc tế về thuế và những hiệp định tránh đánh thuế hai lần. Tất nhiên, công việc nghiên cứu của kinh tế luật là tìm những điểm bất hợp lý trong pháp luật về thuế và cải tiến chúng theo hướng hiệu quả hơn.

3. Kinh tế luật và thuế thu nhập cá nhân (thường xuyên và không thường xuyên)

Thuế thu nhập cá nhân thông thường đánh trên tổng thu nhập của cá nhân. Như vậy người nộp thuế không được khấu trừ những khoản chi tiêu của mình hay của gia đình. Điều này sẽ dẫn đến sự bất công là một người độc thân cũng đóng thuế như người có gia đình, trong khi chi tiêu của người có gia đình cao hơn và vì thế khoản tiết kiệm sẽ ít hơn. Một điểm bất hợp lý tiếp theo là các mức thuế lũy tiến khiến những người càng kiếm được nhiều tiền thì càng phải đóng nhiều tiền thuế hơn những người thu được ít tiền. Ngoài ra, các khoản chi tiêu không được trừ thuế sẽ khiến cho cá nhân có xu hướng chi tiêu thoải mái vào những khoản chi nhỏ hơn là tiết kiệm vào những khoản chi lớn. Sau cùng, sự bất hợp lý giữa thuế thu

nhập cá nhân (không được khấu trừ chi phí) và thuế thu nhập doanh nghiệp (được khấu trừ chi phí) khiến cho mọi người có xu hướng lập cty để được giảm thuế. Khi đó, cần có cơ chế đặc biệt để hạn chế việc đánh thuế đối với cá nhân, cho phép khấu trừ một số chi phí đặc biệt và có mức thuế lũy tiến hợp lý. Nhiệm vụ của kinh tế luật là xác định xem khoản chi phí nào thì nên được khấu trừ và mức thuế lũy tiến hợp lý là mức thuế gì.

Andrews (1974) cho rằng việc cho phép khấu trừ chi phí trong thuế thu nhập cá nhân cần được căn cứ trên sự khuyến khích của nhà nước vào một số khoản chi phí của người dân. Thí dụ, việc sử dụng tiền của cá nhân vào mục đích đóng góp từ thiện cần được coi là một khoản chi phí được miễn thuế. Hơn nữa, nếu Nhà nước muốn khởi động thị trường bất động sản, thì nên cho phép các khoản tiền mua nhà được khấu trừ thuế. Tương tự, nếu Nhà nước khuyến khích sinh con, thì có thể cho phép hai vợ chồng được khấu trừ một khoản chi cố định trong thu nhập của mình để nuôi con. Trong khi đó, nếu Nhà nước không khuyến khích các chi phí mang tính chất tiêu thụ xa xỉ thì không nên cho phép khấu trừ đối với những chi phí như chi phí tiêu dùng, giải trí, mua sắm xe hơi, v.v.

Một số học giả khác cũng cho rằng một số thu nhập đặc biệt như thu nhập từ việc bán chứng khoán hay lãi vay ngân hàng nên được tính thuế theo cách thức khác với những các tính thu nhập thường xuyên. Từ đó nảy sinh ra cách tính thuế phân biệt giữa thu nhập thường xuyên và thu nhập không thường xuyên. Mục đích của cách phân định này để đơn giản hoá cách tính thuế, và cũng tránh khả năng người nộp thuế ngại đầu tư trong trường hợp mọi khoản thu nhập đều được coi là thu nhập thường xuyên (người nộp thuế sẽ ngại đầu tư vào những khoản đầu tư như cổ phiếu hay cho vay). Có thời kỳ, để khuyến khích đầu tư trên thị trường chứng khoán, Chính Phủ Việt Nam đã tạm miễn các khoản thu nhập từ bán cổ phiếu, trái phiếu, lãi vay ngân hàng. Ngoài ra, việc tính thuế thu nhập không thường xuyên khác thu nhập thường xuyên cũng tránh trường hợp các thành viên trong một gia đình giả tạo các khoản thu nhập bất thường (như quà tặng, xổ số, v.v.) cho thành viên có thu nhập ít nhất, nhằm hưởng các ưu đãi về thuế.

Trên quan điểm của kinh tế luật, cách tính thuế thu nhập cá nhân giống như một cuộc đấu trí giữa Nhà nước và người nộp thuế. Thông qua cách tính thuế, Nhà nước sẽ điều chỉnh hành vi của người nộp thuế.

4. Kinh tế luật và thuế thu nhập doanh nghiệp

Thuế thu nhập doanh nghiệp về bản chất khác hẳn thuế thu nhập cá nhân. Nếu thuế thu nhập cá nhân đánh trên thu nhập ròng của cá nhân, thì thuế thu nhập doanh nghiệp chỉ đánh trên lợi tức sau khi các khoản chi phí. Trong khi thuế thu nhập cá nhân bị đánh thuế theo nguyên tắc càng làm được nhiều tiền thì càng bị đánh thuế cao để quân bình thu nhập giữa các công dân, thì thuế thu nhập doanh nghiệp bị đánh thuế theo nguyên tắc cùng một mức thuế như nhau, mặc dù pháp luật qui định một số ngành nghề sẽ được miễn hay giảm thuế.

Sự khác biệt giữa thuế thu nhập doanh nghiệp và thuế thu nhập cá nhân tạo nên một lợi thế nhất định của thuế thu nhập doanh nghiệp. Stiglitz (1976) cho rằng thuế thu nhập doanh nghiệp là loại thuế đem lại cơ hội cho các nhà khởi nghiệp. Nhờ có thuế này mà họ có thể đầu tư xây dựng doanh nghiệp mà không phải đóng thuế. Ngoài ra, thuế thu nhập doanh nghiệp sẽ giúp doanh nghiệp các cơ hội để tính toán đầu tư như thế nào cho có lợi nhất, với những mức ưu đãi thuế mà Nhà nước áp dụng cho doanh nghiệp.

Đối với các doanh nghiệp xuyên quốc gia, việc áp dụng thuế doanh nghiệp ở nhiều nước khác nhau sẽ có những cơ hội để tiết kiệm các khoản thuế. Từ những nước có thuế suất bằng không (như British Virgin Islands hay Cayman Islands) đến những nước có thuế suất cao đến 50% ở Bắc Âu, các doanh nghiệp có thể thiết kế cơ cấu thuế của mình sao cho có lợi nhất cho doanh nghiệp.

Gần đây, có xu hướng muốn xoá sự khác biệt giữa thuế thu nhập doanh nghiệp và thuế thu nhập cá nhân. Một trong những xu hướng đầu tiên là tránh sự đánh thuế hai lần của cùng một thu nhập (thí dụ thu nhập từ lợi nhuận được chia của công ty, nếu đã đóng thuế một lần tại doanh nghiệp thì không phải đóng thuế thu nhập của cá nhân). Tuy nhiên, vẫn còn

nhiều đối tượng của thuế thu nhập doanh nghiệp chưa hiệu quả, cần có sự nghiên cứu của các nhà kinh tế luật.

5. Kinh tế luật và thuế đối với việc sở hữu tài sản

Thuế tài sản đánh trên các động sản và bất động sản. Mục đích của việc đánh thuế, ngoài việc thu các khoản lợi cho nhà nước, còn là để tránh việc đầu cơ tích trữ tài sản, cụ thể là đất đai hay nhà ở. Khi một lớp người tích trữ nhiều đất, họ sẽ tạo nên khan hiếm đất đai giả tạo, và giá đất sẽ tăng. Mặt khác, khi họ không phải trả tiền thuế đất, họ có thể găm giữ đất bao lâu tùy ý. Điều này khiến đất đai bị bỏ hoang, khai thác không hiệu quả. Trước tình hình đó, thuế tài sản, đặc biệt là thuế đất đai, trở nên có hiệu quả trong việc quay vòng vốn nhanh và sử dụng tài sản có hiệu quả.

Thí dụ, một người sở hữu một mảnh đất. Thay vì bán ngay để kiếm lời, nhà nước có thể tìm cách hạn chế việc mua bán đất đai quá nóng bằng cách đánh thuế cao đối với lần chuyển nhượng xảy ra trong vòng 1 năm (thí dụ 50% chênh lệch giá mua và bán). Nếu việc mua bán được tiến hành năm thứ hai, thuế suất sẽ là 30% và cứ thế giảm dần. Như vậy, việc mua bán đất đai nhanh chóng để kiếm lời sẽ bị giảm. Thứ hai, để việc mua bán đất đai có hiệu quả, Nhà nước có thể đánh thuế đối với việc sở hữu đất đai. Nếu chủ đất không sử dụng đất có hiệu quả, họ sẽ phải bán đất vì không có khả năng trả tiền thuế. Ngược lại, nếu chủ đất có thể cho thuê được đất, thì người thuê sẽ trả tiền thuế đất. Như vậy, vấn đề của kinh tế luật không còn là ở chỗ có nên xây dựng hệ thống thuế bất động sản hay không, mà nên đánh mức thuế bao nhiêu.

Thông thường, mức thuế bất động sản hợp lý là mức thuế ở đó khuyến khích được người sử dụng đất đầu tư những công trình có hiệu quả trên đất đai. Thí dụ, nếu Nhà nước muốn quy hoạch khuôn đất thành một bệnh viện hay trường học, Nhà nước có thể giảm thuế đất nếu khu đất đó được đầu tư đúng mục đích. Ngược lại các giao dịch về đất đai trái với những mục đích trên sẽ phải chịu thuế cao. Thí dụ thứ hai, giả sử Nhà nước muốn giúp đỡ sinh viên tìm chỗ ở, Nhà nước có thể giảm thuế - thậm chí miễn thuế cho những chủ sở hữu bất động sản cho sinh viên thuê nhà. Thuế đất, như Quesney và Ricardo đã từng nói, là loại thuế hợp lý nhất và có tác dụng nhất trong sự điều tiết nền kinh tế của Nhà nước.

6. Kinh tế luật và thuế gián thu

Thuế gián thu bao gồm thuế tiêu thụ đặc biệt, thuế giá trị gia tăng hay thuế bán hàng (*sales tax*) ở nhiều nước. Việc tìm ra thuế gián thu nhằm nhiều mục đích. Thứ nhất, nó giúp việc thu thuế được tiến hành một cách tiện lợi nhất và dễ dàng nhất. Nhìn chung, thuế giá trị gia tăng rất khó tránh và công bằng đối với việc mua đi bán lại một hàng hoá. Trên một khía cạnh, thuế gián thu cũng là một dạng của thuế tài sản. Khi một hàng hoá được mua đi bán lại có giá chênh lệch, người mua đi bán lại sẽ phải trả tiền thuế trên khoản chênh lệch đó (phương pháp trả thuế gián tiếp) hay trả tiền thuế trên khoản chênh lệch giữa khoản thuế GTGT đầu ra và GTGT đầu vào.

Tương tự như thuế bất động sản, Nhà nước có thể điều tiết nền kinh tế thông qua cơ chế đúng đắn khuyến khích phát triển những ngành cần miễn giảm thuế. Thí dụ, mua bán thực phẩm hay sách vở có thể chỉ chịu thuế GTGT bằng 0%. Trong lĩnh vực thuế gián thu, nhiệm vụ của kinh tế luật là tìm cơ chế sao cho thu thuế có hiệu quả nhất.

CÂU HỎI:

1. Độc quyền có đem lại hiệu quả cho xã hội không? Nếu không, thì tại sao nhà nước vẫn tạo ra độc quyền, như bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ, hay thành lập các tập đoàn kinh tế?
2. Theo định lý Coase, thì để hạn chế độc quyền cần phải làm gì?
3. Việc các công ty sáp nhập với nhau có mang lại hiệu quả cho nền kinh tế hay không?
4. Trốn thuế và tránh thuế khác nhau ở chỗ nào? Tránh thuế có mang lại hiệu quả cho nền kinh tế không? Cho ví dụ.
5. Nền kinh tế mà Schumpeter dự đoán sẽ phát triển như thế nào? Nếu dự đoán trên là đúng, thì chính phủ phải làm gì để sự phát triển đó mang lại lợi ích cho người dân?

6. Bảo hiểm là gì? Tại sao hợp đồng bảo hiểm liên quan đến lý thuyết thông tin bất đối xứng trong kinh tế?
7. Làm thế nào để bảo vệ môi trường có hiệu quả, theo định lý Coase? Cách xử lý như vậy về lâu dài có hiệu quả không?
8. Một công ty độc quyền như Microsoft có mang lại nhiều lợi ích cho xã hội không? Làm sao để hạn chế những tiêu cực do độc quyền mang lại?
9. Kinh tế luật được áp dụng để nghiên cứu các khía cạnh của nghề y và nghề luật sư như thế nào?
10. Thương mại hoá quyền xả chất thải ra môi trường có tác dụng hạn chế vấn đề ô nhiễm môi trường không, vì sao?
11. Các vấn đề của luật ngân hàng và tài chính là gì, xét về khía cạnh kinh tế luật?

CHƯƠNG 6: KINH TẾ LUẬT VÀ CÁC CHUYÊN NGÀNH LUẬT QUỐC TẾ

I. KINH TẾ LUẬT VÀ TƯ PHÁP QUỐC TẾ

Vấn đề quan trọng trong tư pháp quốc tế là việc lựa chọn luật áp dụng. Khi các bên thỏa thuận luật áp dụng, họ phải cân nhắc lợi ích – chi phí của mỗi sự lựa chọn. Khi họ lựa chọn, họ không có quyền chọn các qui định của pháp luật mà chỉ có quyền lựa chọn các hệ thống luật. Thông tin về hệ thống luật đó có thể không rõ, song ít nhất nó không phải là hệ thống luật quá thiên vị cho phía bên kia. Đây là một đặc tính mà chúng ta phải nghiên cứu, tại sao vấn đề này hiện nay vẫn chưa được quan tâm đúng mức.

Việc chọn hệ thống luật thay vì các văn bản pháp luật có nhiều điểm lợi: thứ nhất là nó làm cho việc tuân thủ pháp luật trở nên có hệ thống hơn. Thứ hai là nó làm cho các hệ thống luật phải cạnh tranh với nhau để trở thành một loại luật dễ được các doanh nghiệp lựa chọn hơn.

Tuy vậy, đôi khi sự lựa chọn luật áp dụng của các bên cũng không được các nước theo hệ thống luật Anglo-Saxon công nhận. Đó là khi các luật áp dụng không liên quan gì đến tranh chấp và chọn nơi phân xử cũng không liên quan gì đến vụ tranh chấp. Điều này cũng sẽ khiến cho việc xét xử không có hiệu quả, mà rồi kẻ có lợi nhất trong vụ việc là người vi phạm hợp đồng (vì tranh chấp không giải quyết được). Tình hình đó bắt buộc phải có sự can thiệp của pháp luật để tránh những hành vi lợi dụng thỏa thuận của các bên để ra những kết quả không hiệu quả.

II. KINH TẾ LUẬT VÀ CÔNG PHÁP QUỐC TẾ

Công pháp quốc tế nghiên cứu về quan hệ giữa các nhà nước hay các tổ chức quốc tế. Về bản chất, các quốc gia quan hệ với nhau trên tinh thần tôn trọng chủ quyền độc lập, tự nguyện và bình đẳng. Đây cũng là những tính chất của các chủ thể khi tham gia vào quan hệ hợp đồng. Vì vậy các nghiên cứu về luật hợp đồng cũng có thể áp dụng cho các vấn đề liên quan đến liên quan đến công pháp quốc tế.

III. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

Luật thương mại quốc tế mang tính chất tương tự như luật hợp đồng và luật thương mại. Vì thế, những nghiên cứu về luật hợp đồng và các vấn đề có liên quan cũng có thể áp dụng cho việc nâng cao hiệu quả cho các quan hệ luật thương mại quốc tế. Thí dụ, WTO là sự đánh đổi giữa các nước đang phát triển (LDC) và các nước phát triển, trong đó các nước đang phát triển phải bảo vệ quyền lợi của các nước phát triển để được xâm nhập thị trường các nước phát triển. Douglas North (1990) chỉ ra mối liên hệ giữa quyền sở hữu, chi phí giao dịch và phát triển. Nếu quyền sở hữu không được đảm bảo, chi phí giao dịch cao, thì nền kinh tế khó phát triển.

IV. KINH TẾ LUẬT VÀ LUẬT THUẾ QUỐC TẾ

Luật thuế quốc tế liên quan đến hai vấn đề. Thứ nhất là thuế suất chênh lệch giữa các nước, và thứ hai là giao dịch giữa các công ty liên thuộc ở các nước khác nhau (gọi là các biện pháp chuyển giá).

Đối với vấn đề thứ nhất, chúng ta thấy rằng các nước đang phát triển thông thường cạnh tranh với nhau về các thuế suất ưu đãi để thu hút đầu tư nước ngoài. Điều muốn nói là các ưu đãi này có đem lại lợi ích gì cho doanh nghiệp không. Nếu một khoản thu nhập tại Việt Nam được miễn thuế sau khi đem về Đức bị đánh thuế tại Đức thì doanh nghiệp đầu tư tại Việt Nam cũng không được lợi gì hơn so với việc thành lập doanh nghiệp tại Đức. Vì thế trong các hiệp định tránh đánh thuế hai lần giữa Việt Nam và các nước, vấn đề tránh đánh thuế hai lần như thế nào cho hiệu quả cũng là điều phải bàn cãi. Thí dụ, Đức có thể miễn đánh thuế các khoản thu nhập đã đánh thuế tại Việt Nam (phương pháp loại trừ), hay Đức có thể khấu trừ các thuế đã nộp tại Việt Nam đối với tổng thu nhập tại Đức và Việt Nam của một doanh nghiệp (phương pháp khấu trừ). Phương pháp đầu có vẻ có lợi cho doanh nghiệp hơn, song phương pháp sau được các quốc gia sử dụng nhiều hơn. Nhiệm vụ của các quốc gia là đàm phán các Hiệp định tránh đánh thuế hai lần sao cho có lợi cho cả hai nước. Ngoài ra, các quốc gia đang phát triển được khuyến khích áp dụng các biện pháp khuyến khích ưu đãi ngoài thuế khoá (như giá nhân công, sự ổn định chính trị hay môi trường kinh doanh rõ ràng minh bạch).

Chuyên giá là việc khai tăng chi phí bằng cách tính giá bán một sản phẩm tại một công ty liên thuộc ở nước ngoài cao hơn giá bán tại chính nước đó. Thí dụ, phụ tùng một chiếc xe Toyota tại Nhật được định giá là 3000 USD một bộ linh kiện, song khi bán sang Việt Nam được định giá là 16000 USD một bộ linh kiện. Do giá linh kiện cao, nên khi bán xe với giá 30.000 USD một chiếc, họ cũng phải chịu thuế thu nhập doanh nghiệp cao. Đối với vấn đề thứ hai này, hiện nay có hai luồng quan điểm về hiệu lực của việc chuyên giá. Quan điểm thứ nhất cho rằng chuyên giá là hành vi phải bị nghiêm cấm, vì điều này làm thất thu thuế của nơi bán hàng sản phẩm. Quan điểm thứ hai cho rằng chuyên giá chẳng qua chỉ là biện pháp để hợp lý hoá sản xuất ở từng nước. Nếu công ty Toyota cho rằng thị trường Việt Nam là thị trường chủ yếu để gia công, và họ sẵn sàng đóng thuế cao tại Nhật, hay tại nước sản xuất linh kiện, vì thuế ở Nhật thấp hơn tại Việt Nam, thì họ hoàn toàn có quyền định giá sản phẩm bán cho Việt Nam với giá cao hơn giá bán tại Nhật. Quan điểm thứ hai này ngày nay càng được nhiều người ở các nước phát triển ủng hộ, và tất nhiên những nước phản đối nhiều nhất là các nước đang phát triển, đang thu hút đầu tư nước ngoài và những sản phẩm cao thường có giá cao hơn ở nước ngoài nhiều lần.

Chống chuyên giá có nhiều cách, và chủ yếu là nhằm mục đích sao cho biến các giao dịch giữa các công ty liên thuộc thành các giao dịch sòng phẳng giữa các bên không liên quan. Các biện pháp này bao gồm phương pháp định giá bằng cách so sánh với những doanh nghiệp tương đương trên thị trường (*Comparable Unit Price Method*), định giá bằng cách cộng lũy tiến từ chi phí sản xuất (*Cost Plus Mark Up Method*), hay định giá bằng cách khấu trừ từ giá bán lẻ sản phẩm (*Resale Price Mark Down Method*). Chúng ta không đi sâu vào các phương pháp đó ở đây. Tuy nhiên, còn một biện pháp chống chuyên giá khác, đó là xoá bỏ các hàng rào bảo hộ thuế quan để sao cho không còn có sự khác biệt giữa giá bán hàng ở nước này và ở nước khác. Điều đó có lợi cho người tiêu dùng. Đối với doanh nghiệp trong nước, những doanh nghiệp có khả năng sẽ tồn tại. Doanh nghiệp nào không có khả năng sẽ tự phải tìm cách cải tổ hay tìm hướng kinh doanh khác.

CÂU HỎI:

1. Các nguyên tắc kinh tế luật trong các chương trước có thể áp dụng cho chương này được không, vì sao?
2. Việt Nam khi gia nhập WTO sẽ có thuận lợi gì và sẽ gặp khó khăn gì? Làm gì để tiếp tục phát triển sau khi gia nhập WTO?
3. Bản chất của các khoản nợ ODA là gì? Làm sao để sử dụng và giám sát sử dụng các khoản vốn này một cách có hiệu quả?
4. Thế nào là nguyên tắc đối xử bình đẳng theo qui định của WTO? Nguyên tắc này có mang lại hiệu quả cho nền kinh tế không? Ai sẽ chịu bất lợi khi áp dụng nguyên tắc này?
5. Chuyển giá là gì? Nó có đem lại hiệu quả cho ai không? Ai là người chịu thiệt hại? Làm thế nào để chống chuyển giá?
6. Tại sao các quốc gia có thể giải trừ quân bị, đàm phán với nhau, mặc dù trước kia họ là những quốc gia thù địch. Theo đuổi chính sách phòng ngừa rủi ro (đấu trí nghi phạm) là tốt hay tin cậy lẫn nhau (đấu trí anh em) là tốt?

KẾT LUẬN

Trong tình hình hiện nay ở trong nước chưa có một quyển sách nào viết về ngành nghiên cứu đầy mới mẻ này, đề tài “đưa môn kinh tế luật vào giảng dạy tại Trường Đại học Luật TP HCM” là bước đi đầu tiên khai phá cho một môn học thực sự cần thiết. Trong thời gian qua, cuộc tranh luận diễn ra trước kỳ Đại hội Đảng lần thứ X về những vấn đề như: thế nào là bóc lột, đảng viên có được làm kinh tế tư nhân hay không, v.v. đã cho thấy mặc dù Marx đã chỉ ra rất đúng đắn rằng kinh tế nằm ở mọi vấn đề của xã hội, song cách giải thích của Marx hay Lenin, vốn dựa vào thời kỳ thế kỷ 19 và đầu thế kỷ 20, khi bước sang thế kỷ 21 đã bộc lộ nhiều điều cần điều chỉnh. Trong khi đó, nhân loại đã tiến một bước dài trong tư duy về luật pháp, nhờ các công trình nghiên cứu liên quan đến môn kinh tế luật của các nhà kinh tế đoạt giải Nobel như Ronald Coase, John Nash, Friederich von Hayek hay Joseph Stiglitz. Có nắm được những kiến thức, tinh hoa nhân loại trong lĩnh vực này, chúng ta mới có cơ may bắt kịp thời đại trong lĩnh vực nghiên cứu kinh tế và pháp lý. Nếu không, chúng ta vẫn chỉ luân quần trong những câu hỏi không có lời đáp về pháp luật là ý chí của giai cấp thống trị, và nếu vậy tại sao luật của Anh - Mỹ và luật của Việt Nam lại nhiều điểm giống nhau.

Dùng kinh tế để giải thích luật, và dùng các lý thuyết kinh tế để giải thích từng ngành luật trong hệ thống luật của Nước CHXHCN Việt Nam là ước mong của tác giả khi viết đề tài này. Đây là một mong ước quá lớn so với một đề tài NCKH cấp trường. Vì vậy, tác giả mong bạn đọc coi đây là một quyển sách nhập môn với những ý tưởng gợi mở, để các giảng viên, các sinh viên tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện thêm phương hướng nghiên cứu nói trên. Các vấn đề chính được nêu ra trong đề tài này là:

1. Chương 1: các công cụ nghiên cứu của môn kinh tế luật: đề tài đã giới thiệu các lý thuyết kinh tế và ảnh hưởng của chúng đến việc xây dựng các qui định pháp luật. Các công cụ phổ biến nhất bao gồm: lựa chọn duy ý chí, tính hiệu quả của vấn đề, chi phí giao dịch, lý thuyết trò chơi, tài sản công, tình trạng “tiếc của”, hiệu ứng mạng, thông tin bất đối xứng và học thuyết về các định chế. Ý tưởng xuyên suốt của toàn bộ chương I là khi xây dựng các văn bản pháp luật phải nghĩ đến hiệu quả - tức là

làm sao cho chi phí của việc thực hiện các qui định pháp luật là ít nhất mà lợi ích thu được cho xã hội là nhiều nhất. Mặc dầu vậy, để đạt được hiệu quả thì phải lưu ý đến nhiều vấn đề, chứ không phải chỉ quan tâm đến lợi ích của các bên trong các quan hệ. Cụ thể là, cần quan tâm đến các vấn đề làm ảnh hưởng đến hiệu quả của quan hệ, như thông tin bất đối xứng, tình trạng “tiếc của” (phản ứng của tâm lý đối với hiệu quả có thể sai lệch so với cách nhìn khách quan), hay các chiến lược suy luận trong lý thuyết trò chơi. Chương này cung cấp cho chúng ta cái nhìn tổng thể về các công cụ của môn kinh tế luật để chúng ta có thể áp dụng chúng vào các Chương tiếp theo.

2. Chương 2: kinh tế luật và các môn học của Khoa Luật Hành chính: trong chương này, môn kinh tế luật đã cung cấp cho chúng ta cái nhìn khác về các môn học như từ trước đến nay chúng ta vẫn thấy. Thay vì cho rằng pháp luật là ý chí của giai cấp thống trị, các quan điểm của kinh tế luật cho thấy Hiến pháp là khoa học về sự lựa chọn của công chúng. Khi chúng ta nói: “mọi người sinh ra đều có quyền tự do và bình đẳng”, thì có nghĩa là không ai có quyền áp đặt ý chí của mình lên người khác. Tất nhiên cũng không thể có chuyện 100% người dân đồng tình với tất cả các điều khoản trong bản Hiến pháp. Vì thế mới có nguyên tắc thiểu số phục tùng đa số. Tuy nhiên, do đa số quá đông, lại không được thông tin đầy đủ, nên sẽ xảy ra trường hợp là một thiểu số nhỏ nắm quyền lực có thể lũng đoạn chính trị. Hiến pháp được đặt ra là để giảm bớt những rủi ro như vậy. Ngoài ra, các cơ chế khác như tự chủ địa phương, nhà nước liên bang, v.v. cũng đóng vai trò quan trọng trong việc tạo môi trường cạnh tranh lành mạnh về chính trị. Quan điểm thứ hai mà chúng ta cần xem lại, là từ bấy lâu nay chúng ta cho rằng Nhà nước và pháp luật mang tính giai cấp mạnh hơn tính xã hội. Các nghiên cứu về kinh tế luật cho thấy bản chất của pháp luật là một loại khế ước. Điều này Montesquieu đã nói từ lâu, song qua các công cụ nghiên cứu của kinh tế luật mà chúng ta thấy rằng bản chất hợp đồng đã đi sâu vào từng ngành luật, kể cả những ngành có phương pháp điều chỉnh là mệnh lệnh phục tùng như luật hình sự hay luật hành chính. Điều đó có thể

được lý giải bởi lý do đơn giản: không có thoả thuận thì sẽ không có hiệu quả. Hiểu được điều đó, chúng ta có thể ban hành các qui định hợp với lòng dân hơn, khớp với từng ngành luật khác nhau hơn. Khi đề ý đến bản chất hợp đồng của các qui định pháp luật, cũng nên lưu ý đến những rủi ro trong hợp đồng có thể xảy ra, đó là hành vi trục lợi hay vấn đề sở hữu và quản lý tài sản công.

3. Chương 3: kinh tế luật và các môn học của Khoa Luật Dân sự: trong chương này, đề tài xem xét các nguồn gốc kinh tế của các qui định về sở hữu, về sở hữu trí tuệ, về hợp đồng, bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, được lợi không có căn cứ pháp luật, luật lao động, luật hôn nhân gia đình, tôn trọng dân sự. Trong từng môn học, các vấn đề pháp lý được xét lại trên khía cạnh kinh tế, để tìm những vấn đề mà chúng ta phải tiếp tục nghiên cứu và làm rõ, sao cho các qui định pháp luật mang lại hiệu quả nhiều hơn cho pháp luật. Các yếu tố ảnh hưởng đến hiệu quả bao gồm vấn đề thông tin bất đối xứng, hạn chế rủi ro và thiệt hại cho người có quyền và lợi ích hợp pháp.
4. Chương 4: kinh tế luật và môn Luật Hình sự: trong chương này, vấn đề xem xét sẽ là tính hiệu quả của các hình phạt xét về góc độ kinh tế. Vì người có lý trí sẽ so sánh hậu quả của việc phạm tội và không phạm tội trước khi tiến hành phạm tội, nên phải tìm chế tài sao cho có tính răn đe cho họ hơn cả. Đôi khi, hình phạt tù chỉ làm gia tăng chi phí cho xã hội chứ chưa chắc hiệu quả, trong khi đó cách hình phạt kinh tế lại có hiệu quả hơn.
5. Chương 5: kinh tế luật và các môn học của Khoa Luật Thương mại: đề tài phân tích khía cạnh kinh tế trong các ngành luật đất đai, luật môi trường, luật cạnh tranh, luật doanh nghiệp, luật phá sản, luật bảo hiểm, luật tài chính ngân hàng, luật thuế. Mục đích của các phân tích này là nhìn các qui định của pháp luật dưới góc độ kinh tế. Thí dụ, đối với một người dân thuộc diện phải giải toả, thì nên đền bù cho họ như thế nào có lợi nhất – có nên kết hợp nhiều phương pháp đền bù hay không, v.v.

Đối với các thiệt hại về môi trường, thì cần phải dùng các biện pháp nào: cấm đoán hay cho phép nhưng quản lý bằng thuế? Đối với hành vi trục lợi bảo hiểm thì cần có những biện pháp nào để ngăn chặn và làm sao biết được những biện pháp đó sẽ hiệu quả? Đối với luật cạnh tranh, thì nhà nước nên can thiệp vào quá trình cạnh tranh của các doanh nghiệp trên thị trường ra sao? Làm sao quản lý được giá thuốc, v.v. Các câu hỏi này được đặt ra để tìm ra cái gốc của vấn đề là sự mâu thuẫn giữa các lợi ích kinh tế. Từ đó, vấn đề đặt ra là phải làm sao giải quyết được các mâu thuẫn trên bằng cách thông tin cho người dân đầy đủ, từ đó họ tự quyết định cách xử sự của mình. Điều chúng ta muốn là đạt được mục đích của xã hội thông qua xử sự tự nguyện của người dân chứ không phải sự ép buộc. Muốn vậy, phải cung cấp cho người dân những lợi ích cụ thể của việc tuân thủ các qui định pháp luật.

6. Chương 5: kinh tế luật và các môn học của Khoa Luật Quốc tế: vì bản chất của luật quốc tế trong lĩnh vực tư pháp là rất tương đồng với bản chất của các môn trong luật dân sự và thương mại, nên các phân tích về luật hợp đồng hay về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, về lý thuyết mặc cả v.v. đều có thể áp dụng được cho các môn học của Khoa Luật Quốc tế.

Tóm lại, kinh tế luật có thể làm những công việc như chỉ ra được thiếu sót của hệ thống pháp luật, từ đó đề ra giải pháp. Tuy nhiên các giải pháp mà các nhà kinh tế luật đưa ra thường mang tính chất thận trọng. Đó là vì kinh tế luật mới chỉ nghiên cứu các tham số kinh tế, và dựa trên một số giả thuyết đơn giản. Giải quyết một vấn đề xã hội thông thường phức tạp hơn, yêu cầu phải đặt ra nhiều tham số và nhiều yếu tố khác nhau cần phải được quan tâm. Mặc dầu vậy, các công cụ nghiên cứu của kinh tế luật thực sự đã mở ra cách nhìn khác cho chúng ta về luật, cũng như hướng điều chỉnh luật pháp sao cho có lợi cho các chủ thể có lợi ích ban đầu tưởng chừng đối kháng nhau. Hòa lợi ích giữa các thành phần trong xã hội và đạt hiệu quả kinh tế là cốt lõi để xây dựng một chế độ dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ, văn minh.

MỘT SỐ TÀI LIỆU THAM KHẢO

Dưới đây chỉ là một số tài liệu tham khảo quan trọng. Mỗi tháng có thêm rất nhiều các bài nghiên cứu về kinh tế luật ra đời. Các bạn có thể tìm tổng mục các bài viết mà mình quan tâm tại thư mục của *Journal of Economic Literature*, *Legal Periodical Index*, *Google* hay *JSTOR* khi gõ các từ khoá “economics” hay “law and economics”.

Ackerman, Bruce, *The Economic Foundations of Property Law* (Boston: Little, Brown & Co., 1975)

Baird, Douglas, Robert Gertner and Randal Picker, *Game Theory and the Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1994)

Becker, Gary S., "Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior," 101 *Journal of Political Economy* 385 (1993)

Bouckaert, Boudewijn và De Geest, Gerrit (eds. 2000), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar.

Buchanan, James (2003) tuyển tập các bài viết của Nhà kinh tế đoạt giải Nobel tại <http://www.econlib.org/library/Buchanan/buchCContents.html>.

Calabresi, Guido, *The Costs of Accidents* (1970)

Calabresi, Guido, and Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral," 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972)

Calabresi, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts," 70 *Yale Law Journal* 499 (1961)

Coase, Ronald, "The Problem of Social Cost," 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960)

Cole, Daniel and Grossman, Peter, *Principles of Law and Economics*, Pearson Prentice Hall (2005).

Coleman, Jules, "Efficiency, Auction and Exchange: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law," 68 *California Law Review* 221 (1980)

Coleman, Jules, *Market, Morals and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988)

Coleman, Jules, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001)

Cooter, Thomas F. (1996) "Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement," 84 *Georgetown Law Journal* 2071

Cooter, Robert and Ulen, Thomas (2000, 3rd Edition) *Law and Economics*, Addison Wesley.

DeGeest, Geerit (ed.) (1999) *Encyclopedia of Law and Economics*, 3 volumes, Kluwer Law International. Bộ sách khoa toàn thư về kinh tế luật này có thể được tải xuống miễn phí tại trang web của Trường ĐH Gent, Bỉ:
<http://users.ugent.be/~gdegeest/tablebib.htm>.

Farber, Daniel, and Philip Frickey (1991) *Law and Public Choice*, Chicago: University of Chicago Press.

Goetz, C. (1984) *Law and Economics*, Addison Wesley.

Harrison, Jeffrey L. (1995) *Law and Economics* St. Paul: West Group.

Horwitz, Morton (1981)"Law and Economics: Science or Politics?," 8 *Hofstra Law Review* 905.

Katz, Avery Weiner (1998) *Foundations of the Economic Approach to Law* Oxford: Oxford University Press.

Landes, William and Richard Posner (1987) *The Economic Structure of Tort Law* Cambridge: Harvard University Press.

Stan J. Liebowitz và Stephen E. Margolis (1999) "Path Dependence" in *Encyclopedia of Law and Economics*.

Lê Nét (2004) *Refusal to License – Abuse of Dominant Position and Switching Costs*, Luận văn tiến sỹ, London School of Economics and Political Science, London.

Lê Nét (2004) *Switching costs and Microsoft Europe – a new theory on abuse of dominant position*, *World Competition*, No. 4/2004.

Lê Nét (2004) *Sunk costs and free riding in copyright law*, *Review of Economic Research on Copyright Issues*, No. 2/2004

Lê Nét (2005) “What does elimination of competition mean?” *European Competition Law Review* No. 1/2005

Lê Nét (2005) “Intellectual Property Protection for Non-Innovative Markets, the case of IMS Health”, *Erasmus Law and Economics Review*, No. 1/2005.

Lê Nét (2005) *Đấu trí và Luật*, NXB Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh.

Leff, Arthur (1974) "Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism," 60 *Virginia Law Review* 451.

Murphy, Jeffrie G. and Jules L. Coleman (1990) *Philosophy of Law* Boulder: Westview Press.

Ostrom, Gerhard (2000) “Private Properties and Common Properties” in De Geest, G. (ed.), *supra*.

Phạm Duy Nghĩa (2003) *Pháp luật trong kinh doanh*, NXB Tư Pháp

Polinsky, A. Mitchell (1989) *An Introduction to Law and Economics* Boston: Little, Brown & Company.

Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law* (1998) New York: Aspen.

Lê Nét *The Economics of Justice* (1983) Cambridge: Harvard University Press.

Lê Nét *Frontiers of Legal Theory* (2001) Cambridge: Harvard University Press.

Lê Nét (1989) "Symposium on Post-Chicago Law and Economics," 65 *Chicago-Kent Law Review* 1

Sunstein, Cass R. (2000), *Behavioral Law and Economics* (Cambridge: Cambridge University Press).

Thomas S. Ulen (1999) “Rational Choice Theory in Law & Economics” in *Encyclopedia of Laws and Economics*.