

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP



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



- ❖ CƠ CHẾ BẢO ĐẢM SỰ THAM GIA CỦA NHÂN DÂN TRONG HOẠT ĐỘNG CỦA CƠ QUAN NHÀ NƯỚC TRƯỚC YÊU CẦU HOÀN THIỆN NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN
- ❖ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ THỰC HIỆN DÂN CHỦ Ở CƠ SỞ
- ❖ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ XỬ LÝ HÀNH VI THAO TÚNG THỊ TRƯỜNG CHỨNG KHOÁN

SỐ 15 (463)

Kỳ 1 - Tháng 8/2022

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

## Mục lục Số 15/2022

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 03** Cơ chế bảo đảm sự tham gia của Nhân dân trong hoạt động của cơ quan nhà nước trước yêu cầu hoàn thiện Nhà nước pháp quyền

**TS. Nguyễn Văn Cương – TS. Trương Hồng Quang**

- 13** Nguyên tắc công bằng trong phân định biển và thực tiễn áp dụng

**ThS. Nguyễn Thị Hồng Vân**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 21** Hoàn thiện pháp luật về thực hiện dân chủ ở cơ sở

**GS. TS. Nguyễn Đăng Dung**

### CHÍNH SÁCH

- 26** Pháp luật về chuyển đổi đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần - thực trạng và kiến nghị

**TS. Bùi Thị Quỳnh Thơ**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 31** Giải quyết tranh chấp dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư bằng trọng tài Việt Nam

**TS. Nguyễn Thị Hồng Phước – ThS. Cao Thị Thùy Như**

- 40** Hoàn thiện pháp luật về xử lý hành vi thao túng thị trường chứng khoán

**ThS. Tạ Thị Thùy Trang**

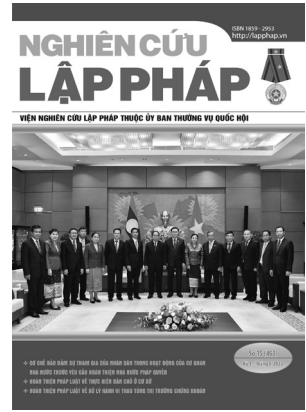
- 49** Hoàn thiện quy định của pháp luật về dịch vụ Mobile Money

**ThS. Nguyễn Trung Dương**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 58** Đánh giá tác động điều chỉnh của pháp luật ở Anh và những kinh nghiệm đối với Việt Nam

**ThS. Đâu Công Hiệp**



#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)  
GS. TSKH. Đào Trí Úc  
GS. TS. Nguyễn Minh Đức  
TS. Hoàng Xuân Hòa  
TS. Lê Hải Đường  
TS. Lương Minh Tuấn (Thư ký)  
PGS. TS. Trương Hồ Hải  
PGS. TS. Bùi Nguyên Khánh  
PGS. TS. Tô Văn Hòa  
PGS. TS. Vũ Công Giao  
PGS. TS. Ngô Huy Cương  
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

#### TRỤ SỞ:

35 NGÔ QUYẾN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.  
ĐT: 08048376; 024.32121203  
FAX: 0243.2121201  
Email: [nclp@quochoi.vn](mailto:nclp@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### THIẾT KẾ:

NGUYỄN VĂN SƠN

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

#### PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202; 08044732

#### TÀI KHOẢN:

07000943928  
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP  
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN  
ĐẠI CHỨNG VIỆT NAM  
(PVCOMBANK), CHI NHÁNH HỘI SỞ CHÍNH

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CP PHÁT TRIỂN CÔNG NGHỆ  
IN NGUYỄN KHANG

**GIÁ: 25.000 ĐỒNG**

**Ảnh bìa:** Chủ tịch Quốc hội Vương Đình Huệ tiếp  
Phó Chủ tịch nước Lào Bounthong Chitmany và  
Đoàn đại biểu cấp cao Quốc hội Lào.

**Ảnh:** Cổng TTĐT Quốc hội.

# LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

## Legis No 15/2022

### STATE AND LAW

- 03** Assurance Mechanism for Participation of the People into Performance of Governmental Agencies upon the Requirement of Improvement of the Rule of law State

**Dr. Nguyen Van Cuong - Dr. Truong Hong Quang**

- 13** Equitable Principle in Maritime Delimitation and Practical Application

**LLM. Nguyen Thi Hong Van**

### DISCUSSION OF BILLS

- 21** Improvement of Legal Regulations on Democracy at Grassroots

**Prof. Dr. Nguyen Dang Dung**

### POLICY

- 26** Legal Regulations on Transformation of Public non-business Agency into Joint stock Company - Status and Recommendations

**Dr. Bui Thi Quynh Tho**

### LEGAL PRACTICE

- 31** Settlement of Disputes in Investment Projects under Public-Private Partnership Method by Vietnamese Arbitration

**Dr. Nguyen Thi Hong Phuoc – LLM. Cao Thi Thuy Nhu**

- 40** Improvements of Legal Regulations on Handling Securities Market Manipulation

**ThS. Ta Thi Thuy Trang**

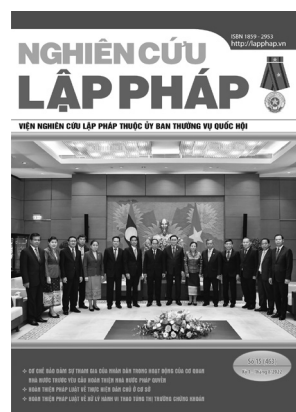
- 49** Improvements of Legal Regulations on Mobile Money Services

**LLM. Nguyen Trung Duong**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 58** Regulatory Impact Assessment of England and Absorbable Experiences for Vietnam

**LLM. Dau Cong Hiep**



#### EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)  
Prof. Dr. Dao Tri Uc  
Prof. Dr. Nguyen Minh Duc  
Dr. Hoang Xuan Hoa  
Dr. Le Hai Duong  
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)  
Prof. Dr. Truong Ho Hai  
Prof. Dr. Bui Nguyen Khanh  
Prof. Dr. To Van Hoa  
Prof. Dr. Vu Cong Giao  
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong  
Prof. Dr. Vu Hong Anh

#### CHIEF EDITOR IN CHARGE:

DR. LUONG MINH TUAN

#### OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HA NOI.  
ĐT: 08048376; 024.32121203  
FAX: 0243.2121201  
Email: [ncip@quochoi.vn](mailto:ncip@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### DESIGN:

NGUYEN VAN SON

#### LISENCE OF PUBLISMENT:

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

#### DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202; 08044732

#### ACCOUNT NUMBER:

07000943928  
JOURNAL OF LEGISLATIVE STUDIES  
VIETNAM PUBLIC JOINT STOCK  
COMMERCIAL BANK  
(PVCOMBANK)

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY NGUYEN KHANG PRINTING  
TECHNOLOGY DEVELOPMENT JOINT STOCK  
COMPANY

PRICE: **25.000 VND**

# CƠ CHẾ BẢO ĐẢM SỰ THAM GIA CỦA NHÂN DÂN TRONG HOẠT ĐỘNG CỦA CƠ QUAN NHÀ NƯỚC TRƯỚC YÊU CẦU HOÀN THIỆN NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN

Nguyễn Văn Cường\*

Trương Hồng Quang\*\*

\*, \*\* TS. Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp

## Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Dân chủ, nhà nước pháp quyền, sự tham gia của Nhân dân.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/05/2022  
Biên tập : 21/06/2022  
Duyệt bài : 22/06/2022

## Article Information:

**Keywords:** Democracy; rule of law; participation of the People.

## Article History:

Received : 26 May 2022  
Edited : 21 Jun 2022  
Approved : 22 Jun 2022

## Tóm tắt:

Sự tham gia của Nhân dân vào hoạt động của các cơ quan nhà nước có cơ sở xuất phát từ chủ quyền của Nhân dân đối với Nhà nước. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả đánh giá tổng thể và đưa ra một số giải pháp nhằm hoàn thiện cơ chế bảo đảm sự tham gia của chủ thể Nhân dân trong hoạt động của các cơ quan nhà nước, trước yêu cầu hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân hiện nay.

## Abstract:

The participation of the People in performance of governmental agencies is based on ground of the sovereignty of the People over the government. Within the scope of this article, the authors give out an overall assessment and also a number of recommendations for further improvements of the mechanism to ensure the participation of the People in performance of governmental agencies, which is based on the requirements to improve the rule of law state of the Socialist of Vietnam on purpose of the People, by the People, for the People.

## 1. Thực trạng cơ chế bảo đảm sự tham gia của Nhân dân trong hoạt động của các cơ quan nhà nước ở Việt Nam hiện nay

Phát huy dân chủ, mở rộng sự tham gia của người dân vào công việc quản lý nhà nước nhằm giữ vững bản chất là Nhà nước của Nhân dân, do Nhân dân và vì Nhân dân, bảo đảm hiệu lực, hiệu quả của các chính sách, pháp luật được ban hành. Hiến pháp năm 1946 khẳng định “... Tất cả quyền bính trong nước là của toàn thể nhân dân Việt Nam, không phân biệt nòi giống, gái trai, giàu nghèo, giai cấp, tôn giáo” (Điều thứ 1); “Tất cả công dân Việt Nam... đều được tham gia chính quyền và công cuộc kiến thiết tùy theo tài năng và đức hạnh của mình” (Điều

thứ 7). Việc mở rộng sự tham gia của người dân vào công việc quản lý nhà nước, xây dựng các chính sách, pháp luật ở nước ta tiếp tục được đề cao trong các bản Hiến pháp về sau. Theo đó, “*công dân có quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội, tham gia thảo luận và kiến nghị với cơ quan nhà nước về các vấn đề của cơ sở, địa phương và cả nước; Nhà nước tạo điều kiện để công dân tham gia quản lý nhà nước và xã hội; công khai, minh bạch trong việc tiếp nhận, phản hồi ý kiến, kiến nghị của công dân*” (Điều 28 Hiến pháp năm 2013).

Có thể nhận thấy, sự thay đổi và phát triển nhanh về kinh tế, xã hội, nhất là trong điều kiện hình thành xã hội thông tin, dẫn đến những



## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

thách thức đối với việc bảo đảm tốt hơn các quyền công dân, đặc biệt là các quyền tham gia quản lý nhà nước của công dân. Việc mở rộng sự tham gia của người dân vào công việc quản lý nhà nước, nhất là trong xây dựng, thực thi chính sách, pháp luật ở nước ta tiếp tục được đề cao trong những năm vừa qua. Sự tham gia của người dân vào các quá trình ra quyết định, các hoạt động quản lý nhà nước đã được thể chế hóa trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật của Việt Nam<sup>1</sup>... Các luật về các tổ chức chính trị - xã hội như Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, Luật Công đoàn, Luật Thanh niên... cũng đã cụ thể hóa quy định của Hiến pháp về vai trò của các tổ chức chính trị - xã hội tham gia công việc quản lý nhà nước, thực hiện giám sát và phản biện xã hội.

Trong hoạt động xây dựng chính sách, pháp luật, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 (Luật Ban hành VBQPPL) và Nghị định số 34/2016/NĐ-CP ngày 14/5/2016 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 154/2020/NĐ-CP) đã quy định việc tham gia của người dân vào quá trình soạn thảo, xây dựng các văn bản quy phạm pháp luật. Người dân có thể tham gia xây dựng các chính sách, pháp luật thông qua đại biểu trong các cơ quan đại diện (Quốc hội, Hội đồng nhân dân), các tổ chức chính trị - xã hội mà mình tham gia, hoặc qua các phương tiện thông tin đại chúng, nhưng cũng có thể quyết định trực tiếp các vấn đề ở tầm quốc gia khi Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân, hoặc trực tiếp quyết định các vấn đề ở cơ sở theo quy định của pháp luật. Sự tham gia của người dân được thực hiện trong toàn bộ quá trình xây dựng chính sách:

từ các đề xuất sáng kiến ban đầu, đến việc tiến hành triển khai xây dựng, quyết định và thi hành chính sách. Tuy nhiên, tùy vào tính chất của những chính sách cụ thể mà người dân có thể tham gia trực tiếp hoặc gián tiếp, ở mức độ khác nhau. Có thể nói, các phương thức để người dân tham gia vào quá trình xây dựng chính sách, pháp luật, vào công việc quản lý của Nhà nước đã được quy định rất đa dạng, phong phú, cho phép người dân có thể biểu đạt được ý chí, nguyện vọng của mình với các cơ quan nhà nước trong việc hoạch định, cũng như thực thi chính sách, pháp luật.

Trong hoạt động giám sát, phản biện xã hội, đặc biệt là của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, cụ thể hóa Điều 9 Hiến pháp năm 2013, Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam năm 2015 đã quy định rõ quyền và trách nhiệm giám sát và phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam. Điều 3 Luật này quy định Mặt trận Tổ quốc Việt Nam có quyền và trách nhiệm thực hiện giám sát và phản biện xã hội; đồng thời dành riêng Chương V với 07 điều để quy định về hoạt động giám sát, Chương VI với 05 điều để quy định về hoạt động phản biện xã hội. Những quy định này của Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam năm 2015 đã làm rõ tính chất xã hội của hoạt động giám sát; những nguyên tắc của hoạt động giám sát; đối tượng, nội dung, phạm vi và 4 hình thức giám sát; quyền và trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, cá nhân được giám sát; bổ sung đầy đủ hơn trách nhiệm của Quốc hội, Chính phủ, Hội đồng nhân dân và cơ quan tổ chức, cá nhân có liên quan đến hoạt động giám sát của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam.

Về phản biện xã hội, lần đầu tiên Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam năm 2015 quy định cơ chế phản biện xã hội, tương tự như cơ chế giám

<sup>1</sup> Lê Văn Chiến (2019), *Sự tham gia của người dân vào quản lý xã hội ở Việt Nam*, Tạp chí Lý luận chính trị, số 11/2019, <http://lyluanchinhtri.vn/home/index.php/thuc-tien/item/3033-su-tham-gia-cua-nguoi-dan-vao-quan-ly-xa-hoi-o-viet-nam.html>, truy cập ngày 01/05/2022.

sát của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam. Từ Điều 32 đến Điều 36 quy định rõ tính chất, mục đích và nguyên tắc của hoạt động phản biện xã hội; đối tượng, nội dung, phạm vi và 03 hình thức phản biện xã hội; quyền và trách nhiệm của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam trong hoạt động phản biện xã hội; quyền và trách nhiệm của cơ quan, tổ chức chủ trì soạn thảo dự thảo văn bản quy phạm pháp luật được Mặt trận Tổ quốc Việt Nam tiến hành phản biện xã hội<sup>2</sup>.

Bên cạnh đó, một số văn bản pháp luật liên quan đến công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình... đã được xây dựng, hoàn thiện nhằm góp phần tạo cơ sở để người dân tham gia vào hoạt động của cơ quan nhà nước, kiểm soát việc thực thi quyền lực nhà nước. Có thể kể đến các văn bản như: Luật Tiếp cận thông tin năm 2016; Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018; Luật Ban hành VBQPPL; Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật Tổ chức chính quyền địa phương),...

*Tuy nhiên*, cũng phải nhận thấy rằng, cơ chế bảo đảm sự tham gia của Nhân dân vào hoạt động của các cơ quan nhà nước hiện nay cũng còn một số hạn chế như sau:

Trước hết, còn có quy định của pháp luật về cơ chế thực hiện quyền chưa thực sự thuận lợi để chủ thể có quyền thực hiện một cách thực chất quyền năng hiến định của mình<sup>3</sup>. Ví dụ: điểm d khoản 2 Điều 24 Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 quy định người yêu cầu phải cung cấp lý do, mục đích cung cấp thông tin.

Đòi hỏi người yêu cầu tiếp cận thông tin phải nêu lý do, mục đích yêu cầu cung cấp thông tin sẽ tạo thêm nghĩa vụ cho công dân khi thực hiện quyền tiếp cận thông tin. Thực tế pháp luật nước ta cũng chưa có chế tài xử lý người yêu cầu cung cấp thông tin nếu chủ thể này có sai sót trong việc nêu lý do, mục đích yêu cầu cung cấp thông tin. Điều đó có thể dẫn tới tình trạng việc thực hiện nghĩa vụ nêu lý do, mục đích yêu cầu cung cấp thông tin của người yêu cầu cung cấp thông tin quy định tại điểm d khoản 2 Điều 24 Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 trở nên không thực chất. Do đó, quy định kể trên cần được tính toán lại cho hợp lý hơn.

Quy định về việc tham gia góp ý, phản biện đối với dự thảo chính sách, pháp luật chưa thực sự đầy đủ, nhất là nội dung về phương thức lấy ý kiến. Quy định hiện hành còn thiếu cơ chế bảo đảm sự gắn bó mật thiết giữa người đại diện (đại biểu của Nhân dân tại các cơ quan dân cử) với người dân. Những người được bầu vẫn đại diện cho người dân một cách chung chung, chứ thường không phải đại diện cho những cộng đồng lợi ích cụ thể. Trong thời gian đảm nhiệm trọng trách đại biểu của dân, theo quy định, họ phải tiếp xúc cử tri trước và sau các kỳ họp để nắm bắt ý kiến của Nhân dân, nhưng quy định hiện hành chưa quy định rõ cơ chế bắt buộc người đại biểu của Nhân dân phải tiếp nhận và trực tiếp xử lý những vấn đề cụ thể mà người dân yêu cầu. Cách tiếp xúc hiện nay chủ yếu thực hiện theo phương thức “đại cử tri”, nghĩa là tiếp xúc với các đại biểu của cử tri, nên rất có thể xảy ra tình trạng người

<sup>2</sup> Để thực hiện hoạt động giám sát và phản biện xã hội theo các văn bản quan trọng nêu trên, ngày 15/6/2017, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Chính phủ và Đoàn Chủ tịch Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam đã ban hành Nghị quyết liên tịch số 403/2017/NQLT-UBTVQH14-CP-ĐCTUBTUMTTQVN quy định chi tiết các hình thức giám sát, phản biện xã hội. Nghị quyết đã quy định chi tiết các hình thức giám sát và phản biện xã hội. Quyền, trách nhiệm giám sát, phản biện của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam với tư cách là chủ thể giám sát được quy định rõ ràng; trách nhiệm của cơ quan nhà nước, chính quyền địa phương được quy định cụ thể trong việc phối hợp và bảo đảm điều kiện để Mặt trận Tổ quốc Việt Nam thực hiện công tác giám sát, phản biện xã hội.

<sup>3</sup> Trương Hồng Quang (2020), *Để quyền thực sự là quyền*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13/2020, tr. 24-28.

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

có ý kiến thật thì không được gặp, người đi đại diện thì có nhiều lý do để có thể không nói ra. Chính vì vậy, trong các kỳ họp, không ít đại biểu tại các cơ quan dân cử không có nội dung để phát biểu. Những đại biểu như vậy thường cũng không bị cử tri phản ứng một cách rõ ràng và nếu nhiệm kỳ tiếp theo được giới thiệu họ vẫn có thể được bầu lại.

Đối với việc tham gia gián tiếp của người dân vào công việc của Nhà nước thông qua các tổ chức chính trị - xã hội, các tổ chức xã hội, xã hội nghề nghiệp mà họ là thành viên, những ý kiến, nguyện vọng của công dân được các tổ chức đó tập hợp lại để chuyển tới các cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét, giải quyết. Những ý kiến nguyện vọng của người dân chủ yếu thực hiện thông qua các tổ chức chính trị - xã hội. Tuy nhiên, do nhiều lý do, các tổ chức này được tổ chức và hoạt động mang tính hành chính hóa, nên chức năng đại diện cho Nhân dân trước cơ quan nhà nước bị hạn chế. Hiện nay, trong điều kiện đổi mới cơ chế quản lý kinh tế, phát triển nền dân chủ xã hội chủ nghĩa, các tổ chức chính trị - xã hội đã có những thay đổi trong tổ chức và phương thức hoạt động, gắn chặt hơn với quần chúng, với các đoàn viên, hội viên. Đồng thời, trong xã hội, những tổ chức xã hội, tổ chức nghề nghiệp cũng được phát triển mạnh (điển hình là sự năng động, tích cực của các hiệp hội doanh nghiệp như Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam - VCCI, Hiệp hội xuất khẩu và chế biến thủy sản Việt Nam - VASEP...). Tình hình đó cho phép công dân có khả năng tham gia nhiều hơn trong hoạt động

quản lý của nhà nước, từ việc phân biện chính sách, pháp luật, giám sát sự thực hiện của các cơ quan nhà nước và của công chức, cũng như đề đạt nguyện vọng, ý kiến của mình cho các cơ quan nhà nước xem xét, thực hiện.

Hoạt động hành chính thiếu minh bạch cũng làm hạn chế sự tham gia của Nhân dân vào hoạt động quản lý nhà nước với tính chất là người giám sát, phân biện xã hội<sup>4</sup>. Trong khi đó, pháp luật về hoạt động giám sát của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam còn chưa thực sự đồng bộ<sup>5</sup>, còn tản mạn ở nhiều văn bản với các cấp độ hiệu lực pháp lý khác nhau; trong đó, tồn tại những quy định không thống nhất, không cụ thể, chưa bảo đảm tính toàn diện<sup>6</sup>. Theo quy định hiện hành, kết quả của hoạt động giám sát do Mặt trận Tổ quốc Việt Nam thực hiện chỉ mang tính kiến nghị, không có tính bắt buộc. Pháp luật hiện hành cũng chưa quy định rõ cơ chế theo dõi, kiểm tra việc thực hiện kiến nghị, đề nghị đối với cơ quan hành chính. Cơ chế phối hợp giữa giám sát Nhà nước với giám sát của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, giám sát của Nhà nước với giám sát của Nhân dân, giám sát xã hội chưa thật rõ. Thêm vào đó, mô hình hoạt động giám sát của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức chính trị - xã hội còn có một điểm rất đáng lưu ý là các thiết chế này có quan hệ rất mật thiết về ngân sách, biên chế đối với chính đối tượng chịu sự giám sát, phân biện. Mặt trận Tổ quốc Việt Nam các cấp mới chỉ đóng vai trò là cơ quan phối hợp, tham gia thực hiện giám sát chứ chưa thể hiện được hết vai trò giám sát một cách chủ động so với các thiết

<sup>4</sup> Phạm Thu Hương (2021), *Một số giải pháp hoàn thiện cơ chế giám sát và phân biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam hiện nay*, <http://www.thanhtravietnam.vn/nghien-cuu-trao-doi/mot-so-giai-phap-hoan-thien-co-che-giam-sat-va-phan-bien-xa-hoi-cua-mat-tran-to-quoc-viet-nam-hien-nay-195671>, truy cập ngày 01/05/2022.

<sup>5</sup> Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam (2017), *Báo cáo tổng hợp đề tài khoa học cấp Bộ: “Thực trạng và giải pháp nâng cao hiệu quả công tác giám sát xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam”*, Hà Nội, tr. 67-75.

<sup>6</sup> Phạm Thu Hương, t.lđd.

chế khác. Hiến pháp quy định nhân dân thực hiện quyền giám sát đối với bộ máy nhà nước thông qua Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội và cá nhân, công dân<sup>7</sup>. Tuy nhiên, trình tự, thủ tục để các cơ quan nhà nước tiếp nhận, xử lý những kiến nghị về giám sát của nhân dân chưa thật sự rõ...

**2. Thực trạng thực hiện cơ chế bảo đảm sự tham gia của Nhân dân trong hoạt động của các cơ quan nhà nước**

Trong xu thế đổi mới quản trị quốc gia trên thế giới hiện nay, người dân ngày càng đóng vai trò quan trọng và tham gia rộng rãi hơn vào quá trình hoạch định và thực thi chính sách<sup>8</sup>. Các phương thức, hình thức để người dân tham gia vào hoạt động của các cơ quan nhà nước ở nước ta rất đa dạng, phong phú, cho phép người dân có thể biểu đạt được ý chí, nguyện vọng của mình với các cơ quan nhà nước trong việc hoạch định, thực thi, đánh giá chính sách, pháp luật. Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, truyền thông báo chí đã “tiếp tục đổi mới nội dung và phương thức hoạt động, vận động đông đảo nhân dân tham gia các phong trào thi đua yêu nước, phát huy ngày càng tốt hơn vai trò chăm lo, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của đoàn viên, hội viên và nhân dân; chủ động tham gia giám sát và phản biện xã hội”<sup>9</sup>. Quyền làm chủ của nhân dân không ngừng được “chú trọng thực hiện

dân chủ cả trực tiếp và đại diện, nhất là ở cơ sở, bảo đảm công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình; người đứng đầu ở nhiều cấp ủy đảng, chính quyền đã tăng cường tiếp xúc, đối thoại, lắng nghe, tiếp thu, giải quyết những bức xúc và nguyện vọng chính đáng của nhân dân”<sup>10</sup>.

*Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy sự tham gia của người dân trong hoạt động của các cơ quan nhà nước thời gian qua còn những hạn chế, khó khăn nhất định. Số liệu điều tra PAPI<sup>11</sup> cho thấy, sự tham gia của người dân không đồng đều đối với các lĩnh vực khác nhau<sup>12</sup>. Ở một số lĩnh vực như đất đai, người dân ít có cơ hội bày tỏ ý kiến đối với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Văn kiện Đại hội lần thứ XIII của Đảng đã nhận định: “Quyền làm chủ của nhân dân có lúc, có nơi còn bị vi phạm; vẫn còn biểu hiện dân chủ hình thức, tách rời dân chủ với kỷ cương, pháp luật”<sup>13</sup>.*

*Đối với các hình thức tham gia trực tiếp, đến nay việc trưng cầu ý dân vẫn chưa được thực hiện. Ngoài việc quyết định xây dựng các hương ước, quy ước của cộng đồng dân cư, các hoạt động tham gia quyết định các vấn đề về quy hoạch sản xuất, về sử dụng đất đai, về cán bộ địa phương... vẫn đang có những trở ngại kể cả phía người dân cũng như từ cán bộ, chính quyền cơ sở. Không ít địa phương, cán bộ chính quyền cơ sở tập trung vào hoạt động xây dựng các hương ước, quy ước của dân, bắt dân chịu nhiều quy định hơn là việc thực hiện công khai, xin ý kiến nhân dân về các việc làm*

<sup>7</sup> Hoàng Minh Hội (2021), *Hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước theo quan điểm của Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 8/2021, tr. 3-9.

<sup>8</sup> Lê Văn Chiến, *Sự tham gia của người dân vào quản lý xã hội ở Việt Nam*, t.lđd.

<sup>9</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2021, tập I, tr.70.

<sup>10</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, t.lđd, tập I, tr.71.

<sup>11</sup> Chỉ số PAPI đo lường và so sánh trải nghiệm, cảm nhận của người dân về hiệu quả và chất lượng thực thi chính sách, cung cấp dịch vụ công của chính quyền địa phương ở 63 tỉnh/thành phố tại Việt Nam nhằm thúc đẩy xây dựng quản trị hiệu quả và chủ động đáp ứng nhu cầu của người dân.

<sup>12</sup> Lê Văn Chiến, t.lđd.

<sup>13</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, t.lđd, tập I, tr. 89.



## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

của chính quyền<sup>14</sup>. Về phía người dân, do trình độ, do những mối quan hệ thân thiết và do sự chưa nghiêm minh trong việc xử lý vi phạm của cán bộ nên họ cũng ít bày tỏ chính kiến của mình, trừ khi các vấn đề đã trở nên quá bức xúc. Chính điều này là một trong những căn nguyên của sự xuất hiện các vụ khiếu kiện kéo dài, những điểm nóng tại một số cơ sở.

Đối với các hình thức tham gia gián tiếp, khó phủ nhận thực tế, do nhận thức chưa đầy đủ, không ít người dân đi bỏ phiếu nhưng còn thực hiện hành vi bỏ phiếu của mình thiếu thực chất.

Về giám sát, phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam<sup>15</sup>: Hoạt động giám sát của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam mới chủ yếu tập trung vào hình thức tổ chức đoàn giám sát, một số hình thức giám sát khác còn chưa được quan tâm thực hiện; có lúc còn trùng lặp với các hoạt động giám sát, thanh tra, kiểm tra của các cơ quan, tổ chức khác; một số hoạt động giám sát, phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam còn chưa phát huy được vai trò tham gia của các phương tiện truyền thông đại chúng; một số hoạt động giám sát, phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam còn mang nặng tính hình thức, hiệu quả chưa cao.

Trên thực tế, một số kiến nghị, phản ánh trong hoạt động giám sát của người dân gửi đến cơ quan nhà nước chưa kịp thời xử lý, hoặc chưa được giải quyết thấu đáo. Văn kiện Đại hội lần thứ XIII của Đảng nhận định “một

bộ phận cán bộ, đảng viên, công chức, viên chức chưa gương mẫu, chưa thực sự tôn trọng ý kiến, kiến nghị của nhân dân và giải quyết kịp thời các quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của người dân”<sup>16</sup>. Do đó, hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước từ phía nhân dân thời gian qua chưa thực sự hiệu quả, “vai trò giám sát của nhân dân chưa được phát huy mạnh mẽ”<sup>17</sup>.

Các hạn chế, bất cập nêu trên xuất phát từ một số nguyên nhân sau đây:

(1) Từ nhận thức của xã hội và của những người quản lý. Mặc dù hiện nay, chủ trương xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân đã được phổ biến trong xã hội, nhưng không ít nhà quản lý vẫn coi việc quản lý nhà nước là công việc riêng của Nhà nước mà không phải là nhiệm vụ của chính Nhân dân trong việc quản lý xã hội<sup>18</sup>. Ngược lại, chính người dân cũng coi đó chỉ là nhiệm vụ của các cơ quan nhà nước, mà không phải là của mình. Điều này có thể tạo ra rào cản vô hình làm hạn chế sự tham gia rộng rãi của Nhân dân vào hoạt động quản lý nhà nước;

(2) Nhiều quy định của pháp luật chưa đủ rõ ràng, dễ hiểu để Nhân dân tham gia trực tiếp nhiều hơn vào các công việc của Nhà nước. Cơ chế buộc người đại biểu tại các cơ quan dân cử phải gắn bó mật thiết với cử tri bầu ra mình, cơ chế tiếp nhận và phản ánh các ý kiến, nguyện vọng của cử tri, hoặc cơ chế công khai, minh

<sup>14</sup> Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp (2012), Đề tài khoa học cấp Bộ “Thực tiễn và phương hướng hoàn thiện quyền hiến định của công dân trong Hiến pháp 1992 (sửa đổi 2001) về tham gia quản lý nhà nước”, Hà Nội, tr. 109.

<sup>15</sup> Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, Báo cáo tổng hợp đề tài khoa học cấp Bộ: “Thực trạng và giải pháp nâng cao hiệu quả công tác giám sát xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam”, t.lđd, tr. 67-75.

<sup>16</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, t.lđd, tập I, tr. 89.

<sup>17</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, t.lđd, tập I, tr. 89.

<sup>18</sup> Hà Quang Ngọc, Hà Quang Trường (2016), Tăng cường sự tham gia của nhân dân trong hoạt động quản lý nhà nước, [https://tcnn.vn/news/detail/4560/Tang\\_cuong\\_su\\_tham\\_gia\\_cua\\_nhan\\_dan\\_trong\\_hoat\\_dong\\_quan\\_ly\\_nha\\_nuoc.html](https://tcnn.vn/news/detail/4560/Tang_cuong_su_tham_gia_cua_nhan_dan_trong_hoat_dong_quan_ly_nha_nuoc.html), truy cập ngày 01/05/2022.

bạch trong việc bày tỏ thái độ của đại biểu tại các cơ quan dân cử... cũng chưa được quy định đủ rõ;

(3) Việc tổ chức các hình thức, phương thức để huy động sự tham gia của người dân vào hoạt động của các cơ quan nhà nước có lúc, có nơi chưa thật sự khoa học. Chẳng hạn, việc lấy ý kiến nhân dân vào dự thảo văn bản quy phạm pháp luật hiện nay chưa được tiến hành theo cách thức thật sự thuận tiện cho việc người dân bày tỏ ý kiến. Thêm vào đó, việc tiếp thu, giải trình ý kiến góp ý của nhân dân còn chưa được thực hiện một cách bài bản, làm giảm sự nhiệt tình của người dân;

(4) Nhận thức về vai trò, vị trí của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam nói chung và về chức năng, nhiệm vụ giám sát của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam nói riêng, trong một thời gian dài còn hạn chế<sup>19</sup>. Mặt trận Tổ quốc Việt Nam nhiều năm dường như chỉ được coi như là một chủ thể đóng vai trò “tham gia”, “huởng ứng” hoạt động của Đảng, Nhà nước mà chưa thực sự là một chủ thể độc lập, đại diện cho nhân dân để giám sát đối với việc xây dựng, thực thi chủ trương, đường lối của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước. Từ khi có Quy chế Giám sát và phản biện xã hội của Bộ Chính trị<sup>20</sup>, nhận thức trong hệ thống chính trị và trong xã hội về giám sát của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam nhìn chung đã có những chuyển biến tích cực, nhưng đến nay vẫn chưa thật sự đầy đủ và chính xác. Bên cạnh nhận thức xem nhẹ vai trò giám sát của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam như đã diễn ra từ trước, lại xuất hiện những nhận thức trong

nhân dân và trong hệ thống Mặt trận cho rằng, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam có thể giám sát, có thể giúp giải quyết được mọi những vấn đề vướng mắc, phức tạp đã và đang diễn ra mà các cơ quan nhà nước không thể giải quyết được. Nhận thức này vô hình trung đã tạo sức ép rất lớn cho hệ thống Mặt trận trong công tác giám sát, từ việc phải mở rộng, tăng cường gấp nhiều lần số vụ việc giám sát, cũng như yêu cầu cao về hiệu quả giám sát. Bởi vì, yêu cầu quá cao như thế hầu như là bất khả thi đối với năng lực và điều kiện thực tế về cơ sở vật chất và tổ chức bộ máy, nhân sự của hệ thống Mặt trận Tổ quốc Việt Nam hiện nay<sup>21</sup>.

### 3. Một số giải pháp hoàn thiện cơ chế bảo đảm sự tham gia của Nhân dân trong hoạt động của các cơ quan nhà nước

Trong quá trình xây dựng, hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở nước ta, lần đầu tiên, thuật ngữ “quản trị quốc gia” được Văn kiện Đại hội XIII đề cập<sup>22</sup>: “*Xây dựng và thực thi pháp luật, chiến lược, quy hoạch, kế hoạch nâng cao chất lượng, hiệu quả quản trị quốc gia*”; “*Đổi mới quản trị quốc gia theo hướng hiện đại, nhất là quản lý phát triển và quản lý xã hội*”. Điều này đòi hỏi đổi mới nền quản trị quốc gia thực sự là một nền quản trị tốt, nền quản trị mang tính kiến tạo phát triển cao; trong đó, sự tham gia thực chất của Nhân dân trong quản lý nhà nước như là một trong những đặc trưng quan trọng hàng đầu.

Theo tinh thần Văn kiện Đại hội lần thứ XIII của Đảng, trong mọi công việc của Đảng và Nhà nước, phải luôn quán triệt sâu sắc quan

<sup>19</sup> Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, *Báo cáo tổng hợp đề tài khoa học cấp Bộ: “Thực trạng và giải pháp nâng cao hiệu quả công tác giám sát xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam”*, tldđ, tr. 75-76.

<sup>20</sup> Quyết định số 217-QĐ/TW, ngày 12/12/2013 của Bộ Chính trị ban hành Quy chế Giám sát và phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các đoàn thể chính trị - xã hội.

<sup>21</sup> Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, *Báo cáo tổng hợp đề tài khoa học cấp Bộ: “Thực trạng và giải pháp nâng cao hiệu quả công tác giám sát xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam”*, tldđ, tr. 76.

<sup>22</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tldđ, tập I, tr. 132, 220; tập II, tr. 81, 337.

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

điểm “*dân là gốc*”; thật sự tin tưởng, tôn trọng và phát huy quyền làm chủ của nhân dân, kiên trì thực hiện phương châm “*dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra, dân giám sát, dân thụ hưởng*”. Nhân dân là trung tâm, là chủ thể của công cuộc đổi mới, xây dựng và bảo vệ Tổ quốc; mọi chủ trương, chính sách phải thực sự xuất phát từ cuộc sống, nguyện vọng, quyền và lợi ích chính đáng của Nhân dân, lấy hạnh phúc, ấm no của Nhân dân làm mục tiêu phấn đấu<sup>23</sup>. Đối với hệ thống pháp luật, Văn kiện Đại hội lần thứ XIII khẳng định cần “*xây dựng được hệ thống pháp luật thống nhất, đồng bộ, khả thi, công khai, minh bạch, ổn định, có sức cạnh tranh quốc tế lấy quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của người dân là trung tâm*”<sup>24</sup>...

Với những yêu cầu trên, để hoàn thiện cơ chế bảo đảm sự tham gia của Nhân dân trong hoạt động của các cơ quan nhà nước, đáp ứng yêu cầu bảo đảm, phát huy quyền làm chủ và vai trò chủ thể của người dân trong hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam hiện nay, cần thực hiện một số giải pháp sau đây:

### ***Thứ nhất, hoàn thiện pháp luật về sự tham gia của Nhân dân trong hoạt động của các cơ quan nhà nước***

Trong quá trình xây dựng và hoàn thiện thể chế, việc lấy ý kiến một cách thực chất của các đối tượng bị tác động, người dân và doanh nghiệp phải là yêu cầu bắt buộc trong quá trình hình thành nên đường lối, chủ trương của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước<sup>25</sup>. Hệ thống pháp luật cần định hình đầy đủ hơn, rõ nét hơn cơ chế và cách thức để người dân tham gia quản lý nhà nước. Đối với những nội

dung bắt buộc phải lấy ý kiến của người dân thì trước khi ra quyết sách, các cơ quan có thẩm quyền phải bảo đảm một cách thực chất sự tham gia của người dân vào quá trình ra quyết định; trong đó, phải bảo đảm cung cấp đầy đủ thông tin về vấn đề xin ý kiến Nhân dân để người dân có đủ thông tin cần thiết, tạo điều kiện thuận lợi tối đa để người dân chia sẻ, trao đổi, thảo luận để hình thành nên ý kiến một cách chất lượng nhất. Cơ quan có thẩm quyền cần thực hiện đầy đủ việc tiếp thu hoặc giải trình tiếp thu ý kiến của Nhân dân. Cần quy định rõ vấn đề cần xin ý kiến, nội dung xin ý kiến, cách thức xin ý kiến...

Cần tiếp tục hoàn thiện cơ chế bầu cử đại biểu Quốc hội và Hội đồng nhân dân để bảo đảm quá trình bầu cử chọn lựa được những đại biểu có phẩm chất chính trị cao nhất, thực sự trung thành với lợi ích của Tổ quốc và Nhân dân, thật sự gắn bó máu thịt với Nhân dân, phản ánh được ý chí nguyện vọng của người dân, nhất là cử tri đã bầu ra người đại biểu. Hoàn thiện cơ chế để Nhân dân giám sát chặt chẽ hơn người đại biểu do mình bầu chọn. Khi người đại biểu không hoàn thành được vai trò đại diện quyền lợi và nguyện vọng của cử tri bầu cho thì họ phải bị bãi miễn. Để sự tham gia quản lý nhà nước qua các cơ quan đại diện của dân có hiệu quả, cần tìm cơ chế để “đại diện cho nhân dân” (hoặc đại biểu của nhân dân) thực sự như một nghề có tính chuyên nghiệp. Cần có giải pháp để hạn chế tối đa sự “xung đột vai trò” trong từng cá nhân người đại biểu, hạn chế tối đa việc duy trì các đại biểu vừa nằm trong bộ máy hành chính (đối tượng chịu sự giám sát của cơ quan dân cử) lại vừa nằm trong bộ máy cơ quan dân cử (chủ thể giám sát).

<sup>23</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, t.1, tập I, tr. 96-97.

<sup>24</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, t.1, tập I, tr. 51-52.

<sup>25</sup> Phát biểu của Thủ tướng Chính phủ Phạm Minh Chính tại Hội nghị toàn quốc về công tác xây dựng và hoàn thiện thể chế, thành phố Hà Nội, ngày 16/9/2021, <https://vneconomy.vn/thu-tuong-moi-chinh-sach-phap-luat-phai-huong-toi-nguoi-dan-va-doanh-nghiep.htm>, truy cập ngày 01/05/2022.

Cần mở rộng hoạt động trưng cầu ý dân đối với các công việc quan trọng của đất nước và của địa phương. Cần tiếp tục cụ thể hóa các quy định của Luật Trưng cầu ý dân, Luật Tiếp cận thông tin, Luật Tiếp công dân. Chính phủ, Ủy ban Thường vụ Quốc hội cần nghiên cứu sửa đổi các quy định của Pháp lệnh số 34/2007/PL-UBTVQH11 về thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn. Để khẳng định quyền tham gia của người dân ở cơ sở thì cần nâng cấp Pháp lệnh này thành luật, đồng thời ban hành các văn bản cụ thể để hướng dẫn thi hành.

Cần bổ sung và chi tiết hóa quy định về sự tham gia của người dân trong quá trình ban hành quyết định của chính quyền cấp xã và cấp huyện liên quan đến quản lý đất đai - vấn đề khá nổi cộm tại nhiều địa phương hiện nay, trong đó có nội dung sử dụng đất cho mục đích công ích và công trình công cộng cấp xã. Ngoài ra, cần bổ sung quy định chi tiết về sự tham gia của người dân trong quá trình xây dựng các kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội cấp xã, trong đó có kế hoạch đầu tư, thu và chi ngân sách xã để phát huy sức mạnh trong nhân dân, đóng góp vào phát triển kinh tế - xã hội ở địa phương.

Đa dạng hóa các hình thức tham gia của Nhân dân trong quản lý nhà nước bao gồm cả các hình thức tham gia trực tuyến phù hợp với tiến trình xây dựng Chính phủ điện tử, Chính phủ số trước tác động của Cách mạng công nghiệp lần thứ tư.

Tiếp tục hoàn thiện pháp luật, cơ chế, chính sách nhằm “*phát huy vai trò của Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức chính trị xã hội, các đoàn thể nhân dân và các cơ quan thông tin đại chúng trong quá trình hoạch định chiến lược, chính sách phát triển kinh*

*tế - xã hội và trong việc phát hiện, đấu tranh phòng, chống tham nhũng, lãng phí*”<sup>26</sup>. Quy định rõ quy trình, thủ tục và trách nhiệm của người đứng đầu tiếp nhận, giải quyết những kiến nghị của Nhân dân. Đây cũng chính là giải pháp để thực hiện và mở rộng dân chủ, tăng cường đồng thuận xã hội đối với việc xây dựng và thực hiện chủ trương, đường lối của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước, góp phần xây dựng Đảng, xây dựng Nhà nước trong sạch, vững mạnh. Cần có cơ chế để Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các đoàn thể nhân dân thu hút và sử dụng những người thật sự có đức, có tài, có dũng khí, dám và có kỹ năng thực hiện giám sát. Cần xây dựng các quy định về quy trình cụ thể để Mặt trận Tổ quốc Việt Nam phản biện các vấn đề về nội dung của dự thảo chủ trương, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước.

Bên cạnh đó, cần tiếp tục hoàn thiện các văn bản pháp luật tạo cơ sở, bảo đảm để người dân tham gia vào hoạt động của các cơ quan nhà nước. Ví dụ, trách nhiệm giải trình phải được kết hợp giữa hai yếu tố: sự giải trình và sự chịu trách nhiệm. Việc chịu trách nhiệm sẽ không có đầy đủ ý nghĩa của nó nếu như việc chịu trách nhiệm đó không dựa trên căn cứ nào - chịu trách nhiệm phải dựa trên sự giải trình, thông qua giải trình mà xác định rõ được trách nhiệm của chủ thể. Ngược lại, chỉ giải trình mà không chịu trách nhiệm gì hoặc không kèm theo chế tài - thì sự giải trình đó không hơn nhiều là sự biện hộ, không có căn cứ ràng buộc trách nhiệm đối với các chủ thể thực hiện. Vì vậy, pháp luật (ví dụ Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật) cần được bổ sung để làm rõ nét hơn thành tố thứ hai trong nội dung của trách nhiệm giải trình<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam (2021), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, t.1, tr. 288-289.

<sup>27</sup> Xem thêm: Trương Hồng Quang (2020), *Trách nhiệm giải trình của cơ quan hành chính nhà nước trong xây dựng luật, pháp lệnh*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 7/2020, tr.30-36, 51.



### *Thứ hai, các giải pháp nâng cao hiệu quả sự tham gia của người dân trong hoạt động của cơ quan nhà nước*

Để nâng cao hiệu quả sự tham gia của người dân trong hoạt động của cơ quan nhà nước, nhất là ở cấp chính quyền cơ sở, cần chú trọng một số giải pháp như sau: (1) Tiếp tục củng cố niềm tin giữa người dân và chính quyền các cấp; (2) Lựa chọn các hình thức tham gia phù hợp với từng đối tượng, từng địa bàn (việc lựa chọn cách thức tham gia phải căn cứ vào đặc điểm của địa bàn hành chính, đặc điểm của từng đối tượng, từng lĩnh vực thu hút, có như vậy mới nắm bắt và phát huy được lợi thế của từng đối tượng);<sup>28</sup> (3) Nâng cao nhận thức của cán bộ, công chức và người dân; (4) Phát huy tính chủ động của người dân; (5) Thường xuyên giám sát, đánh giá công tác phục vụ nhân dân của các cơ quan, cá nhân cán bộ, công chức, viên chức; sử dụng tiêu chí hài lòng của Nhân dân là thước đo đánh giá hoạt động của các cơ quan nhà nước, năng lực của người đứng đầu cơ quan đó; sử dụng tiêu chí về sự tham gia của nhân dân trong ban hành và thực hiện quyết định liên quan đến cuộc sống người dân để đánh giá hoạt động của cơ quan nhà nước; (6) Tổ chức thường xuyên hội nghị trao đổi, đối thoại giữa chính quyền cấp cơ sở với người dân. Xây dựng quy trình tổ chức đối thoại để nâng cao hiệu quả đối thoại và thúc đẩy sự tham gia của người dân.

Bên cạnh đó, trong các cơ chế kiểm soát quyền lực ở Việt Nam hiện nay, cần đặc biệt thúc đẩy tính hiệu lực, hiệu quả của cơ

chế Nhân dân là chủ thể của quyền lực nhà nước<sup>29</sup>. Để phòng, chống sự tha hóa quyền lực thì Nhân dân phải thực sự là chủ và làm chủ đất nước, làm chủ xã hội, làm chủ bản thân mình. Nhân dân phải thực sự tham gia vào quản lý xã hội, quản lý nhà nước và điều hành quá trình phát triển kinh tế - xã hội. Thiết chế chính trị - pháp luật trong kiểm soát quyền lực phải đáp ứng yêu cầu phát huy quyền làm chủ của Nhân dân. Từ thực tiễn cho thấy, chỉ có dựa vào sức mạnh của Nhân dân mới có thể kiểm soát quyền lực hiệu quả. Do đó, thiết chế chính trị - pháp luật phải được xây dựng trên cơ sở có sự tham gia rộng rãi, thực chất của Nhân dân nhằm bảo đảm phát huy được quyền làm chủ của Nhân dân. Quá trình này phải diễn ra trong không gian mở với những điều kiện thuận lợi cho sự tham gia của người dân bằng các phương thức thực hiện dân chủ trực tiếp và đại diện trên tất cả các phương diện. Cần thực hiện đồng bộ kiểm soát quyền lực giữa bên trong và bên ngoài, nhấn mạnh cơ chế tự kiểm soát quyền lực của mỗi chủ thể quyền lực. Quyền lực càng cao thì càng phải được kiểm soát bởi bản thân, tổ chức và xã hội. Cần có những định hướng rõ ràng trong việc hoàn thiện các quy định của pháp luật, bộ máy tổ chức trong thực hiện nhiệm vụ kiểm soát quyền lực. Chẳng hạn, các quy định về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị trong kiểm soát quyền lực theo hướng rõ ràng, cụ thể hơn, nhằm đề cao ý thức trách nhiệm, tăng cường khả năng tự quản lý, tự phát hiện, tự chịu trách nhiệm của người đứng đầu các cơ quan, đơn vị ■

<sup>28</sup> Xem thêm: Trần Bá Hùng (2020), *Thu hút sự tham gia của người dân vào hoạt động chính quyền cấp xã*, <https://www.quanlynhanuoc.vn/2020/07/02/thu-hut-su-tham-gia-cua-nguoi-dan-vao-hoat-dong-chinh-quyen-cap-xa/>, truy cập ngày 01/05/2022.

<sup>29</sup> Phạm Minh Anh, Đỗ Văn Quân (2021), *Thiết chế chính trị - pháp luật về kiểm soát quyền lực trong điều kiện một đảng duy nhất cầm quyền ở Việt Nam*, [https://www.tapchiconsan.org.vn/web/guest/media-story/-/asset\\_publisher/V8hhp4dK31Gf/content/thiet-che-chinh-tri-phap-luat-ve-kiem-soat-quyen-luc-trong-dieu-kien-mot-dang-duy-nhat-cam-quyen-o-viet-nam](https://www.tapchiconsan.org.vn/web/guest/media-story/-/asset_publisher/V8hhp4dK31Gf/content/thiet-che-chinh-tri-phap-luat-ve-kiem-soat-quyen-luc-trong-dieu-kien-mot-dang-duy-nhat-cam-quyen-o-viet-nam), truy cập ngày 01/05/2022.

# NGUYÊN TẮC CÔNG BẰNG TRONG PHÂN ĐỊNH BIỂN VÀ THỰC TIỄN ÁP DỤNG

Nguyễn Thị Hồng Vân

ThS. Trường đại học Khoa học Xã hội và Nhân văn, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Nguyên tắc công bằng, phân định biển, luật biển quốc tế, Công ước Luật biển năm 1982.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/04/2022  
Biên tập : 16/05/2022  
Duyệt bài : 18/05/2022

## Article Infomation:

*Keywords:* Equitable principle; maritime delimitation; international law of the sea; the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982.

## Article History:

Received : 06 Apr. 2022  
Edited : 16 May 2022  
Approved : 18 May 2022

## Tóm tắt:

Phân định biển là quá trình hoạch định đường ranh giới phân tách giữa hai hay nhiều quốc gia có các vùng biển liền kề hoặc tiếp giáp đối diện. Luật biển quốc tế hiện đại đã thành công khi thiết lập được một trật tự pháp lý cho các vùng biển, đại dương và góp phần hình thành nên các nguyên tắc công bằng trong phân định biển giữa các quốc gia. Trong đó, “thỏa thuận” là giải pháp tối cao cho nguyên tắc phân định, nhưng “công bằng” mới là kết quả mà các bên hướng tới. Do vậy, việc phân định luôn phải được thực hiện theo phương pháp công bằng có tính đến các hoàn cảnh liên quan để bảo đảm lợi ích công bằng cho các bên.

## Abstract:

Maritime delimitation is the process of demarcating a demarcation line among two or more countries with the opposite or adjacent zones. Modern international law of the sea has succeeded in stipulating a legal framework for the seas and oceans and contributing to the formation of equitable principle in maritime delimitation among the countries. In which, “agreement” is the ultimate solution for the principle of delimitation, while “equitability” is the outcome that the parties aim for. Therefore, the delimitation must always be carried out in a equitable manner taking into account relevant circumstances to ensure equitable benefits for the parties.

## 1. Phân định biển và nguyên tắc công bằng trong luật biển quốc tế hiện đại

Trước khi có Công ước Luật biển năm 1982 (UNCLOS), nguyên tắc công bằng đã là một trong những nguyên tắc cơ bản của luật quốc tế nói chung và luật biển nói riêng, được hình thành trong quá trình phát triển của luật biển quốc tế và chính thức ghi nhận trong các Công ước Geneva năm 1958<sup>1</sup>. Luật biển quốc tế không định nghĩa rõ ràng về sự công bằng

trong phân định biển, nhưng thừa nhận sự công bằng chính là kết quả của sự thỏa thuận giữa các bên liên quan về một ranh giới đạt được trong quá trình phân định các vùng biển. Khái niệm này được giải thích trong vụ tranh chấp thềm lục địa giữa Hy Lạp và Thổ Nhĩ Kỳ (ICJ, 1978): “phân định biển là việc phân chia vùng biển chồng lấn giữa các quốc gia có bờ biển liền kề, đối diện nhau bằng cách xác định đường ranh giới phân chia”<sup>2</sup>. Và tùy theo tính

<sup>1</sup> Công ước Geneva 1958, gồm có: Công ước Lãnh hải và vùng tiếp giáp lãnh hải (có hiệu lực ngày 10/9/1964); Công ước về biển cả (có hiệu lực ngày 30/9/1962); Công ước về đánh cá và bảo tồn các tài nguyên sinh vật của biển cả (có hiệu lực ngày 20/3/1966); Công ước về thềm lục địa (có hiệu lực ngày 10/6/1964)

<sup>2</sup> Greece v. Turkey (ICJ, 1978), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/62/062-19781219-JUD-01-00-EN.pdf>, Aegean Sea Continental Shelf, para. 85.

chất của vùng biển chồng lấn thuộc chủ quyền hoặc quyền chủ quyền của các quốc gia hữu quan có thể là lãnh hải, vùng tiếp giáp lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế hoặc thềm lục địa. Việc phân chia công bằng các vùng biển chồng lấn sẽ giúp các quốc gia giải quyết các tranh chấp, quản lý và khai thác hiệu quả các vùng biển thuộc chủ quyền và quyền chủ quyền của họ.

Về phân định lãnh hải, Điều 12 Công ước Geneva năm 1958 về lãnh hải và vùng tiếp giáp lãnh hải, và Điều 15 Công ước Luật biển đều quy định trường hợp các quốc gia có bờ biển liền kề hoặc đối diện nhau, không quốc gia nào được quyền mở rộng lãnh hải ra quá đường trung tuyến mà mọi điểm nằm trên đường đó cách đều các điểm gần nhất của đường cơ sở dùng để tính chiều rộng lãnh hải của mỗi quốc gia ven biển, trừ khi có sự thoả thuận ngược lại. Đây là một quy định đưa ra hướng giải quyết một cách công bằng mang tính nguyên tắc và thể hiện rõ thoả thuận giữa các bên sẽ là cách thức mang lại sự công bằng nhất để bảo đảm lợi ích của các bên liên quan. Tuy nhiên, cũng tại những điều luật này đã nêu rõ: “quy định này không áp dụng trong trường hợp do có những danh nghĩa lịch sử hoặc có các hoàn cảnh đặc biệt khác cần phải hoạch định ranh giới lãnh hải của hai quốc gia một cách khác”. Theo tinh thần của điều luật này thì phương pháp phân định đường trung tuyến, cách đều sẽ không bắt buộc phải áp dụng khi vùng biển giữa hai nước có khu vực tạo thành danh nghĩa lịch sử hoặc có một hoàn cảnh đặc biệt nếu không được tính đến sẽ làm mất đi sự công bằng vốn có của nó. Tuy nhiên, cả hai công ước đều không có một sự giải thích rõ ràng về “hoàn cảnh đặc biệt” hay là “danh nghĩa lịch sử”, để hiểu rõ các

thuật ngữ này tùy thuộc vào từng hoàn cảnh cụ thể đã được Toà công nhận.

Về phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa, Điều 6 Công ước năm 1958 về thềm lục địa quy định trường hợp hai hoặc nhiều quốc gia có thềm lục địa tiếp giáp, đối diện nhau và hai quốc gia có thềm lục địa liền kề thì ranh giới thềm lục địa sẽ xác định theo sự thoả thuận giữa các bên. Quy định này tiếp tục đề cao phương pháp thoả thuận trừ khi có một đường ranh giới được biện minh bởi các trường hợp đặc biệt thì đường ranh giới là đường trung tuyến, cách đều<sup>3</sup> như quy định tại Điều 12 Công ước năm 1958 về lãnh hải và vùng tiếp giáp lãnh hải. Như vậy, liên quan đến phân định thềm lục địa thì Công ước năm 1958 đã không đề cập đến “danh nghĩa lịch sử” nhưng vẫn thừa nhận “trường hợp đặc biệt” sẽ được loại trừ khi áp dụng nguyên tắc đường trung tuyến, cách đều. Trong khi đó, Công ước năm 1982 về Luật biển tại Điều 74 về hoạch định ranh giới vùng đặc quyền kinh tế và Điều 83 hoạch định ranh giới thềm lục địa, mặc dù đều nhắc tới “giải pháp công bằng” nhưng hoàn toàn không đề cập đến “trường hợp đặc biệt” hay “danh nghĩa lịch sử”<sup>4</sup>. Như vậy, Công ước năm 1982 đã không đưa ra “trường hợp đặc biệt” hay “danh nghĩa lịch sử” khi phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa giữa các quốc gia mà theo hướng mở rộng sự thoả thuận giữa các bên tranh chấp để đạt được một “giải pháp công bằng”.

Quá trình phát triển của luật biển quốc tế cho thấy, phân định biển là vấn đề hết sức phức tạp nên nguyên tắc thoả thuận luôn được đề cao, và khi các bên không đạt được sự thoả thuận thì tranh chấp vẫn phải được giải quyết

<sup>3</sup> Khoản 1, 2 Điều 6 Công ước Geneva năm 1958 về thềm lục địa.

<sup>4</sup> Điều 74 và Điều 83 có nội dung hoàn toàn giống nhau, tại khoản 1: “Việc hoạch định ranh giới vùng đặc quyền về kinh tế/thềm lục địa giữa các quốc gia có bờ biển tiếp liền hay đối diện nhau được thực hiện bằng con đường thoả thuận theo đúng với pháp luật quốc tế như đã nêu ở Điều 38 của Quy chế Tòa án quốc tế để đi đến một giải pháp công bằng.

trên nguyên tắc công bằng<sup>5</sup>. Bởi lẽ, ngay phần mở đầu trong Công ước năm 1982 đã nhấn mạnh: việc pháp điển hóa và sự phát triển theo chiều hướng ngày càng tiến bộ của Luật biển được quy định trong Công ước sẽ góp phần tăng cường hòa bình, an ninh, hợp tác và quan hệ hữu nghị giữa tất cả các dân tộc phù hợp với các nguyên tắc công bằng.

### 2. Trường hợp đặc biệt khi áp dụng nguyên tắc công bằng trong phân định biển

Công bằng trong phân định biển là việc phân chia các vùng biển chồng lấn giữa các bên phải đảm bảo sự công bằng có tính đến những hoàn cảnh đặc biệt hay còn được gọi là hoàn cảnh liên quan<sup>6</sup>. Thực tiễn phân định biển giữa các quốc gia cho thấy, có những trường hợp đặc biệt ảnh hưởng đến quá trình phân định, chủ yếu liên quan đến hoàn cảnh địa lý do định dạng, cấu trúc của bờ biển hoặc do sự hiện diện của đảo trong khu vực phân chia. Trong nhiều trường hợp tranh chấp<sup>7</sup>, các bên cho rằng sẽ không công bằng nếu không xem xét các hoàn cảnh đặc biệt để điều chỉnh một tỷ lệ phân chia phù hợp bảo đảm lợi ích công bằng. Trong vụ phân định thêm lục địa biển Bắc giữa Đức và Đan Mạch, và giữa Đức và Hà Lan (ICJ, 1969), Tòa cho rằng đường ranh giới phân chia thêm lục địa giữa các bên cần được vẽ theo nguyên tắc công bằng của luật quốc tế (equitable methods). Trong trường hợp này, phía Đức đã đưa ra định nghĩa “hoàn cảnh đặc biệt” khi nhiều lần khẳng định việc phân

chia công bằng ranh giới thêm lục địa giữa các quốc gia có thêm lục địa tiếp giáp nhau nếu có hoàn cảnh địa lý tác động dẫn đến sự phân chia không công bằng thì những hoàn cảnh đó đủ “đặc biệt” để biện minh cho một đường ranh giới khác<sup>8</sup>.

*Liên quan đến hình dạng bờ biển*, cũng trong Vụ Thêm lục địa biển Bắc, Tòa cho rằng bờ biển của Hà Lan và Đan Mạch có cấu trúc lồi ra theo hướng của bờ biển, trong khi đó bờ biển của Đức bị lõm sâu vào phía đất liền và trường hợp này nếu áp dụng đường cách đều để phân chia thì Đức sẽ chỉ được một khu vực thêm lục địa rất hẹp, như vậy sẽ không mang lại sự công bằng. Do vậy, Tòa quyết định việc phân định phải được xác định theo thỏa thuận phù hợp với nguyên tắc công bằng có tính đến các yếu tố liên quan để đạt được một mức độ phân chia tương xứng, phù hợp nhất cho mỗi bên sao cho không có sự xâm phạm vào phần thêm lục địa kéo dài tự nhiên của lãnh thổ đất liền của mỗi quốc gia<sup>9</sup>.

Vụ kiện phân chia thêm lục địa giữa Tunisia và Libya Arab Jamahiriya (ICJ, 1982), Tòa cũng cho rằng việc áp dụng phương pháp cách đều (equidistance method) đối với trường hợp này sẽ không dẫn đến một kết quả công bằng. Mặc dù cả hai bên Tunisia và Libya đều nỗ lực thuyết phục các thẩm phán rằng việc phân chia thêm lục địa giữa họ cần tập trung vào yếu tố “kéo dài tự nhiên” của thêm lục địa, các bên đều đưa ra bằng chứng về địa chất và địa lý

<sup>5</sup> Nguyễn Bá Diên (2007), *Vấn đề phân định biển trong luật biển quốc tế hiện đại*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, số 01.

<sup>6</sup> Federal Republic of Germany/Denmark (ICJ, 1969), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>, para. 41.

<sup>7</sup> North Sea Continental Shelf Cases (ICJ, 1969); Tunisia/Libya Arab Jamahiriya (ICJ, 1982); Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area: Canada/United States of America (ICJ, 1984); Eritrea/Yemen - Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea (PCA, 1998, 1999); Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain: Qatar v. Bahrain (ICJ, 2001).

<sup>8</sup> Summaries of Judgments, North Sea Continental Shelf Cases, Judgment of 20 February 1969, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/51/5537.pdf>, p. 73.

<sup>9</sup> North Sea Continental Shelf Cases (ICJ, 1969), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>, para. 101.



chứng minh phần kéo dài tự nhiên của thềm lục địa có lợi cho bên mình. Tuy nhiên, trong trường hợp này, Toà cho rằng việc phân chia theo sự kéo dài tự nhiên của thềm lục địa không đồng nghĩa với việc áp dụng nguyên tắc công bằng; trong khi đó, Toà được cả hai bên yêu cầu áp dụng nguyên tắc công bằng để phân chia thềm lục địa giữa họ, do đó ngoài yếu tố kéo dài tự nhiên của thềm lục địa thì Toà sẽ xem xét các yếu tố liên quan khác<sup>10</sup>. Căn cứ thực tiễn thềm lục địa liền kề giữa hai bên, Toà chia thành hai khu vực phân định, cụ thể: Phân đoạn một, gần bờ là điểm phân định bắt đầu từ biên giới Ras Adjir chạy theo hướng Đông Bắc một góc khoảng 26° Toà lưu ý về việc có bằng chứng về thoả thuận lịch sử đối với ranh giới trên biển; Phân đoạn hai, đường phân định xoay một góc 52° về hướng Đông có tính đến sự thay đổi hướng của bờ biển Tunisia về phía Bắc của vịnh Gabes và quần đảo Kerkennah<sup>11</sup>. Như vậy, trong quá trình phân định, Toà đã xem xét những hoàn cảnh liên quan bao gồm điểm lõm sâu nhất vào bờ của vịnh Gabes, sự chuyển hướng đột ngột của bờ biển Tunisia và sự hiện diện của quần đảo Kerkennah. Bên cạnh đó, Tunisia còn yêu sách về “quyền lịch sử” trong việc đánh bắt các loài cá sống ở thềm lục địa trong khu vực tranh chấp là một hoàn cảnh liên quan nhưng không được Toà chấp nhận.

Tuy nhiên, trong thực tiễn giải quyết tranh chấp, có những trường hợp không được Toà chấp nhận là hoàn cảnh đặc biệt theo yêu sách của các bên, ví dụ trong Vụ Vịnh Maine (Canada/United States of America), trong khi Toà thừa nhận sự khác biệt về độ dài của chu vi bờ biển của Hoa Kỳ lớn hơn nhiều so với

Canada là hoàn cảnh đặc biệt được tính đến, nhưng Toà lại bác bỏ yêu sách của Canada khi yêu cầu phần lõm của vịnh phải được xem là hoàn cảnh đặc biệt để điều chỉnh đường cách đều<sup>12</sup>. Tương tự như vậy, trong Vụ Cameroon/Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening; ICJ, 2002), Toà cho rằng hình dáng địa lý không phải là yếu tố để Toà điều chỉnh đường phân định. Bởi lẽ, theo Toà, trong Báo cáo về Vụ Thềm lục địa biển Bắc<sup>13</sup> thì đặc thù địa lý nhất định của các khu vực hàng hải có thể được xem xét để Toà điều chỉnh phân định, nhưng Toà không bắt buộc phải xem xét tất cả các đặc thù địa lý hiện hữu để điều chỉnh hoặc di chuyển đường phân định tạm thời<sup>14</sup>. Và đối với trường hợp này, sau khi xem xét cụ thể, Toà cho rằng khu vực đường bờ biển mà hai quốc gia yêu cầu phân định không đủ độ lõm để được tính là hoàn cảnh đặc biệt liên quan để điều chỉnh đường cách đều.

Thực tiễn giải quyết tranh chấp của Toà án quốc tế đã hình thành một số tiêu chuẩn của nguyên tắc công bằng, trong Vụ vịnh Maine (ICJ, 1984), Toà đã đưa ra năm tiêu chí để đảm bảo sự công bằng: i) Đất thông trị biển; ii) Phân đều, trong trường hợp không có các hoàn cảnh đặc biệt, các vùng biển chồng lấn cả vùng đáy biển một cách tương ứng với bờ biển của các quốc gia ven biển; iii) Không ngăn cản bờ biển của một quốc gia hướng ra biển liền kề với bờ biển của một các quốc gia hữu quan; iv) Cần phải tránh trường hợp làm gián đoạn sự tự nhiên hướng ra biển của bờ biển hoặc một phần bờ biển của một trong các quốc gia hữu quan; v) Tính hữu ích mang lại cũng như những hậu quả thích đáng của việc không công bằng có

<sup>10</sup> Tunisia/Libya Arab Jamahiriya (ICJ, 1982), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/63/063-19820224-JUD-01-00-EN.pdf>, para. 44.

<sup>11</sup> Tunisia/Libya Arab Jamahiriya (ICJ, 1982), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/63/063-19820224-JUD-01-00-EN.pdf>, para. 133.

<sup>12</sup> Canada/United States of America (ICJ, 1984), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/67/067-19841012-JUD-01-00-EN.pdf>, para. 184, 218.

<sup>13</sup> I.C.J. Reports 1969, p. 50, para. 91.

<sup>14</sup> Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening (ICJ, 2002), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/94/094-20021010-JUD-01-00-EN.pdf>, para. 295.

thể xảy ra trong việc mở rộng bờ biển của các quốc gia trong cùng một khu vực phân định<sup>15</sup>. Trên cơ sở các quy tắc này, Toà đã áp dụng luật quốc tế để xem xét, cân nhắc các yếu tố liên quan theo ba phân đoạn tương ứng với ba khu vực của đường phân định nhằm đạt được sự công bằng trong việc phân chia vịnh Maine giữa Canada và Hoa Kỳ.

Trong vụ phân chia thềm lục địa giữa Libya và Malta (ICJ, 1985), Toà đã đưa ra quy tắc áp dụng luật quốc tế cho việc phân định để đạt được sự công bằng: *Một là*, việc phân định phải được thực hiện theo các nguyên tắc công bằng và có tính đến các trường hợp liên quan để mang đến một kết quả công bằng; *Hai là*, trong trường hợp này khu vực thềm lục địa được xác định thuộc về hai bên không quá 200 dặm tính từ bờ biển và không áp dụng nguyên tắc kéo dài tự nhiên theo cấu trúc vật lý. Toà cho rằng các yếu tố được tính là hoàn cảnh liên quan để đạt được sự phân định công bằng bao gồm: i) cấu hình chung về bờ biển của các Bên, sự đối lập và mối quan hệ của chúng với nhau trong bối cảnh địa lý chung; ii) sự chênh lệch về độ dài của bờ biển các bên liên quan và khoảng cách giữa chúng; iii) Sự cần thiết phải tránh trong việc phân định với bất kỳ sự không cân xứng nào giữa phạm vi của khu vực thềm lục địa liên quan đến các quốc gia ven biển và chiều dài của bờ biển liên quan đến quốc gia đó được đo theo hướng chung của bờ biển. Do đó, một kết quả công bằng sẽ đạt được bằng cách vẽ giai đoạn đầu theo đường trung tuyến mỗi điểm cách đều nhau căn cứ vào mực nước thấp của bờ biển Malta (ngoại trừ đảo nhỏ Filfla) và Libya, sau đó điều chỉnh đường phân định theo những hoàn cảnh và yếu tố liên quan đã được Toà thừa nhận<sup>16</sup>.

*Liên quan đến sự hiện diện của các đảo trong khu vực tranh chấp*, tùy từng trường hợp nếu một đảo có kích thước, vị trí cũng như ý nghĩa kinh tế, chính trị thì khi phân định các bên sẽ thoả thuận về hiệu lực của đảo trong việc hoạch định đường phân chia. Nếu có sự xuất hiện của đảo thoả mãn các điều kiện theo khoản 2 Điều 121 Công ước Luật biển năm 1982 thì lợi thế về hiệu lực của đảo sẽ được tính đến với một tỷ lệ nhiều hơn so với một đảo không phù hợp cho một đời sống kinh tế riêng (khoản 3 Điều 121). Tuy nhiên, trong thực tế thì vấn đề thoả thuận giữa các quốc gia về hiệu lực của đảo được tính trong việc xác định đường phân chia là vô cùng khó khăn và phức tạp để có thể đạt được hiệu lực toàn bộ, hiệu lực một phần hay không có hiệu lực trong việc phân định.

Trường hợp quần đảo Kerkennah của Tunisia trong vụ phân định biển giữa Tunisia với Libya, khi tính đến vị trí, kích thước, độ cao của đảo khi thủy triều xuống cùng với sự bao quanh của các đảo nhỏ đã tạo nên một hoàn cảnh được tính đến cho việc phân định, và Toà đã công nhận hiệu lực một nửa cho Kerkennah<sup>17</sup>. Trong khi đó, đảo Jerba thì không được tính hiệu lực trong việc phân định vì Toà cho rằng sự hiện diện của đảo này không ảnh hưởng đến việc phân định giữa các bên. Trường hợp vịnh Maine, Toà đã không tính đến hiệu lực của sự hiện diện các đảo nhỏ, đá và các hình dạng nhỏ mà sự tác động của chúng không làm mất cân xứng, và Toà cũng cho rằng các đảo nhỏ, đảo đá không có người ở và có độ cao so với mực thủy triều ở mức độ thấp nằm khá xa đất liền thì sẽ không được tính hiệu lực và vẽ một đường tạo sự phân chia bằng nhau<sup>18</sup>. Bên cạnh đó, đảo Seal và kế cận là đảo Mud có

<sup>15</sup> Nguyễn Bá Diên (2007), *Vấn đề phân định biển trong luật biển quốc tế hiện đại*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, số 01.

<sup>16</sup> Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-EN.pdf>, para. 79.

<sup>17</sup> Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), para. 128, 129.

<sup>18</sup> Canada/United States of America (ICJ, 1984). <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/67/067-19841012-JUD-01-00-EN.pdf>, para. 201.

“kích thước và vị trí địa lý đặc biệt không thể không tính đến” nên Toà công nhận hiệu lực một nửa cho hai đảo này<sup>19</sup>. Như vậy, trong rất nhiều vụ phân định biển, các đảo nhỏ có độ cao so với mặt nước biển khi thủy triều lên thấp, đảo đá không có người ở hoặc có vị trí địa lý bị cho là ít quan trọng hoặc xa bờ thường sẽ bị bỏ qua hiệu lực trong quá trình phân định.

Thực tiễn phân định biển giữa Việt Nam với các nước, vấn đề sự hiện diện của các đảo trong khu vực tranh chấp đã đạt những thành công nhất định trong quá trình đàm phán để đạt được sự công nhận hiệu lực một phần. Trường hợp phân định vịnh Bắc Bộ giữa Việt Nam và Trung Quốc (năm 2000). Trong đó, có đảo Bạch Long Vĩ là một đảo nhỏ của Việt Nam (diện tích khoảng 2,5 km<sup>2</sup>) có vị trí nằm gần như giữa Vịnh Bắc Bộ (cách bờ biển Việt Nam khoảng 110 km, cách bờ đảo Hải Nam - Trung Quốc khoảng 130 km), tạo ra một hoàn cảnh đặc biệt nên đường phân định được hai bên thoả thuận đảo được hưởng hiệu lực 25%, đường phân định được điều chỉnh đi cách đảo Bạch Long Vĩ 15 hải lý, tức đảo được hưởng lãnh hải rộng 12 hải lý, vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa 3 hải lý. Đảo Côn Cỏ cũng là một đảo nhỏ nhưng nằm gần bờ của Việt Nam hơn (cách bờ khoảng 13 hải lý) nên được hưởng 50% hiệu lực trong việc phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa tại đường đóng cửa Vịnh<sup>20</sup>. Theo Hiệp định ranh giới biển giữa Việt Nam và Thái Lan được hai nước ký kết vào ngày 9/8/1997 và chính thức có hiệu lực kể từ ngày 26/2/1998, thì đảo Thổ Chu của Việt Nam, có vị trí các bờ biển Việt Nam 87 hải lý với diện tích khoảng 10 km<sup>2</sup>, có khoảng hơn 500 cư dân sinh sống, được hai bên thoả thuận điều chỉnh đường phân định công nhận hiệu lực một phần là 32,5% diện tích khu vực chồng lấn giữa hai nước. Như vậy, kết quả quá trình phân định

biển giữa Việt Nam và các nước đã thể hiện rõ quan điểm của các bên dường như đã tiệm cận với thông lệ quốc tế để đạt được sự công bằng trong những trường hợp đặc biệt về độ dài, hình dạng của bờ biển và đặc biệt là sự hiện diện của các đảo trong khu vực tranh chấp.

Luật quốc tế không đưa ra khái niệm về hoàn cảnh đặc biệt, nhưng thực tiễn tranh chấp trong quá trình phân định biển cho thấy, khi gặp các trường hợp do cấu tạo địa lý khác biệt của bờ biển, sự hiện diện các đảo hay có sự xuất hiện của danh nghĩa lịch sử từ lâu đời... thì tùy vào từng trường hợp cụ thể có thể được xem xét, điều chỉnh đường cách đều theo một tỷ lệ phân chia hợp lý, nhằm bảo đảm nguyên tắc công bằng phù hợp với quyền lợi các bên liên quan. Các hoàn cảnh đặc biệt không có một thước đo duy nhất để xác định, tùy từng trường hợp sẽ do các bên thoả thuận hoặc do Toà quyết định trên cơ sở bảo đảm sự công bằng. Do đó, “hoàn cảnh đặc biệt” chính là thực tế sự tồn tại của nó làm cho việc áp dụng đường cách đều một cách tuyệt đối sẽ dẫn đến sự không công bằng trong phân định biển, và trong trường hợp đặc biệt này cần phải có sự điều chỉnh phù hợp để mang lại sự công bằng.

### 3. Về danh nghĩa lịch sử khi áp dụng nguyên tắc công bằng trong phân định biển

Công ước Geneva năm 1958 và UNCLOS năm 1982 quy định ngoại trừ trường hợp các bên tự thoả thuận phân chia thì việc phân định lãnh hải và vùng tiếp giáp lãnh hải của các quốc gia có bờ biển liền kề, đối diện sẽ áp dụng nguyên tắc đường trung tuyến, cách đều, nhưng sẽ không áp dụng nguyên tắc này trong trường hợp do có những danh nghĩa lịch sử. Trong thực tế, nhiều vụ tranh chấp biển các quốc gia đưa ra “yêu sách” về “danh nghĩa lịch sử”, “vùng nước lịch sử”

<sup>19</sup> Tlđđ, đoạn 222.

<sup>20</sup> Báo Nhân dân (2004), *Hiệp định phân định Vịnh Bắc Bộ góp phần tăng cường sự tin cậy giữa Việt Nam và Trung Quốc*, <https://nhandan.vn/theo-dong-thoi-su/hiiep-dinh-phan-dinh-vinh-bac-bo-gop-phan-tang-cuong-su-tin-cay-giua-viet-nam-va-trung-quoc-468891/>, truy cập ngày 24/3/2022.

hay “quyền lịch sử”, họ cho rằng do tính lịch sử của vùng biển nên cần được tính để điều chỉnh đường phân định nhằm bảo đảm các quyền lịch sử từ lâu đời của họ. Luật quốc tế không đưa ra định nghĩa về danh nghĩa lịch sử hay vùng nước lịch sử, nhưng theo quan điểm của L.J. Bouchez thì vùng nước lịch sử là “vùng nước mà tại đó nhà nước ven biển đã thực thi trái ngược với các quy tắc quốc tế chung, các quyền chủ quyền của mình một cách rõ ràng, hiệu quả, liên tục và trong một quãng thời gian đủ dài trước sự ủng hộ của các nhà nước khác”<sup>21</sup>, và vùng nước lịch sử sẽ có chế độ của nội thủy.

Thuật ngữ “vùng nước lịch sử” và “danh nghĩa lịch sử” thực chất là cùng một nội hàm, trong đó “vùng nước lịch sử” thể hiện bản chất của “danh nghĩa lịch sử”, hay nói cách khác, “danh nghĩa lịch sử” là tên gọi của vùng nước lịch sử. Tuy nhiên, không phải mọi vùng biển có tính chất lịch sử đều có thể được coi là “danh nghĩa lịch sử”, bởi theo phán quyết trong vụ tranh chấp ngư trường Anh/Na Uy (ICJ, 1951) đã hình thành nên luật tập quán quốc tế thì quốc gia đưa ra yêu sách danh nghĩa lịch sử phải hội đủ hai điều kiện: *Thứ nhất* phải thoả mãn các tiêu chí: i) nhà nước đã thực thi hiệu quả chủ quyền của họ trên vùng biển có yêu sách; ii) việc thực thi hiệu quả chủ quyền của nhà nước phải diễn ra trong một thời gian lâu dài và liên tục; iii) tuyên bố vùng nước lịch sử của quốc gia yêu sách không gặp phải sự phản đối của các nước khác<sup>22</sup>. *Thứ hai*, Toà khẳng định “danh nghĩa lịch sử” tạo nên “vùng nước lịch sử” hay còn gọi là quyền lịch sử độc quyền

chỉ được áp dụng cho các khu vực gần bờ, có mối quan hệ chặt chẽ với lãnh thổ của một quốc gia và thuộc chủ quyền của quốc gia ven biển<sup>23</sup>. Chính vì không thoả mãn các điều kiện của một danh nghĩa lịch sử nên yêu sách “quyền lịch sử” của Trung Quốc ở Biển Đông trong vụ Philippines kiện Trung Quốc đã bị Toà trọng tài luật biển theo phụ lục VII của Công ước Luật biển năm 1982 từ chối công nhận.

Trong vụ phân định thêm lục địa Biển Bắc giữa Đức và Đan Mạch, và giữa Đức và Hà Lan, ICJ, 1969<sup>24</sup>, Tại các phiên điều trần, các bên đã đưa vấn đề “vùng nước lịch sử” trong việc khai thác dầu mỏ ở một số khu vực tại thêm lục địa đang tranh chấp để yêu cầu Toà xem xét đây là hoàn cảnh liên quan trong phân chia thêm lục địa giữa các bên. Tuy nhiên, quan điểm chung của Toà cũng như quan điểm riêng của thẩm phán Jessup thì hoạt động khai thác dầu mỏ của một quốc gia cho dù đã tồn tại trong một thời gian dài cũng sẽ không cấu thành “danh nghĩa lịch sử” để được tính trong việc phân chia thêm lục địa.

Trường hợp phân chia thêm lục địa liền kề giữa Tunisia và Libya (ICJ, 1982), Tunisia đưa ra yêu sách “quyền lịch sử” trong việc đánh bắt các loài cá sống tại khu vực thêm lục địa, họ đưa ra các chứng cứ đã từng đặt ra các quy định, kiểm soát hoạt động đánh bắt thủy sản ở vùng biển này để chứng minh đây là “hoàn cảnh đặc biệt” cần được tính trong việc phân định tại khu vực tranh chấp. Tuy nhiên, Toà đã không chấp nhận yêu cầu này của Tunisia<sup>25</sup>, bởi theo thẩm phán Oda

<sup>21</sup> L.J. Bouchez (1964), *The Regime of Bays in International Law*, A.W. Sythoff, Leyden, p. 281.

<sup>22</sup> Juridical Regime of Historic Waters, including Historic Bays, [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1962\\_v2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1962_v2.pdf), para. 155-157.

<sup>23</sup> United Kingdom v. Norway (ICJ, 1951), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf>, para. 142.

<sup>24</sup> Federal Republic of Germany/Netherlands (ICJ, 1969), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>, North Sea Continental Shelf.

<sup>25</sup> Tunisia/Libyan (ICJ, 1982), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/63/063-19820224-JUD-01-00-EN.pdf>, para. 102.



thì hoạt động lịch sử của Tunisia hoàn toàn diễn ra tại vùng nước mà không diễn ra dưới vùng thềm lục địa, nên không thể yêu sách chủ quyền đối với vùng thềm<sup>26</sup>. Các hoàn cảnh liên quan, trong đó có “vùng nước lịch sử” có thể được xem xét trong việc phân chia thềm lục địa nhưng không thể được ưu tiên hơn quyền đương nhiên sẵn có (*ab initio*) mà bờ biển của một quốc gia mang lại, đó là sự kéo dài tự nhiên của vùng thềm từ lục địa đất liền ra hướng biển.

Trong vụ kiện giữa Qatar và Bahrain (ICJ, 2001) ở khu vực phía Bắc, Toà vẽ một đường cách đều tạm thời phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa giữa hai bên và xem xét các trường hợp đặc biệt để điều chỉnh đường này. Bahrain đưa ra yêu sách quyền lịch sử đối với khu vực khai thác ngọc trai nhưng không được Toà chấp nhận, bởi tại đó Bahrain không đủ điều kiện thiết lập “đanh nghĩa lịch sử” để trở thành “vùng nước lịch sử” theo những điều kiện đã được công nhận trong Án lệ Anh và Na Uy (ICJ, 1951). Và Toà đã kết luận hoạt động khai thác tài nguyên thiên nhiên sống cho dù có độc quyền hay không cũng không thể dẫn đến chủ quyền hay quyền chủ quyền đối với vùng biển, đáy biển và vùng thềm lục địa liên quan<sup>27</sup>.

Từ thực tiễn các tranh chấp trên cho thấy, mặc dù nguyên tắc công bằng trong phân định biển thừa nhận vùng biển có danh nghĩa lịch sử có thể được tính để điều chỉnh đường trung tuyến, cách đều để bảo đảm sự công bằng giữa các bên, nhưng để được công nhận “đanh nghĩa lịch sử” thì quốc gia đưa ra yêu sách phải chứng minh nhà nước của họ đã từng quản lý, thực thi chủ quyền hiệu quả, lâu dài ít nhất một thế kỷ và không bị phản đối bởi nước ngoài. Tập quán quốc tế đã thừa nhận vùng nước lịch sử có chế độ của nội

thuỷ và là vùng nước gần bờ, vậy nên các phán quyết của Toà đã không công nhận các yêu sách lịch sử liên quan đến việc phân định các khu vực xa bờ như thềm lục địa và vùng đặc quyền kinh tế.

Qua trình bày, phân tích ở trên cho thấy, trong phân định biển, sự công bằng không đơn giản là việc chia đôi các vùng biển cũng như không phải đặt lên bàn cân tất cả các hoàn cảnh liên quan để áp dụng nguyên tắc công bằng một cách máy móc, mà là sự phân chia trên cơ sở xem xét, cân nhắc, điều chỉnh các quy tắc và nguyên tắc công bằng trong phân định phù hợp với thực tế và hoàn cảnh hữu quan, bảo đảm lợi ích của các bên liên quan<sup>28</sup>. Thực tế áp dụng nguyên tắc công bằng không có một giới hạn pháp lý nào định ra các hoàn cảnh liên quan, mà tùy thuộc vào quyết định của Toà hoặc sự chấp nhận của các bên khi gặp các yếu tố địa chất, địa lý, mức độ tương xứng của bờ biển, sự hiện diện của các đảo hay sự tồn tại của một danh nghĩa lịch sử... để cân nhắc điều chỉnh đường phân định đạt một giải pháp công bằng giữa các bên. Trường hợp phân định biển giữa Việt Nam với các nước hữu quan tuy đã đạt được những kết quả đáng kể nhưng vẫn còn tồn tại một số khu vực chưa được phân chia rõ ràng. Trong đó có khu vực vùng nước lịch sử Việt Nam và Campuchia, hai nước có bờ biển liền kề và đối diện, có cấu tạo địa lý đặc biệt, đồng thời cùng có truyền thống lịch sử lâu đời nhưng đang tiềm ẩn nhiều vấn đề có thể dẫn tới tranh chấp phức tạp, chưa được giải quyết dứt điểm. Do vậy, nghiên cứu thực tiễn áp dụng nguyên tắc công bằng trong phân định biển có thể mang lại những kinh nghiệm hữu ích trong việc giải quyết những tồn tại giữa Việt Nam với các nước hữu quan, bảo đảm lợi ích công bằng giữa các bên ■

<sup>26</sup> Tunisia/Libya (ICJ, 1982), Ý kiến phản đối của thẩm phán Oda, tr. 200-202.

<sup>27</sup> Qatar v. Bahrain (ICJ, 2001), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/87/087-20010316-JUD-01-00-EN.pdf>, Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, para. 236.

<sup>28</sup> Nguyễn Hồng Thao (1997), *Những điều cần biết về luật biển*, NXB Công an Nhân dân, tr. 277.

# HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ THỰC HIỆN DÂN CHỦ Ở CƠ SỞ

**Nguyễn Đăng Dung**

GS. TS. Đại học Quốc gia Hà Nội

## Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Dân chủ, dân chủ sở cơ sở, thực hiện dân chủ ở cơ sở.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 30/06/2022

Biên tập : 22/07/2022

Duyệt bài : 23/07/2022

## Article Infomation:

**Keywords:** Democracy; democracy at the grassroots; implementation of democracy at the grassroots.

## Article History:

Received : 30 Jun 2022

Edited : 22 Jul. 2022

Approved : 23 Jul. 2022

## Tóm tắt:

Tác giả của bài viết cho rằng dân chủ ở cơ sở không đồng nhất với dân chủ ở xã, phường, thị trấn, cũng như ở các cơ quan nhà nước và các thiết chế chuyên biệt khác... Vì vậy, phạm vi điều chỉnh của Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở chỉ nên giới hạn điều chỉnh hoạt động tự quyết của các cụm dân cư dưới cấp xã, phường, thị trấn; như bản, thôn, làng, phun, sóc, ấp, chung cư, tổ dân phố... Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở cần loại bỏ những quy định dân chủ ở cơ sở đối với các cơ quan nhà nước, cùng các thiết chế chuyên biệt khác của xã hội, và của cả chính quyền địa phương cấp cơ sở xã, phường, thị trấn.

## Abstract:

Within this article, the author gives out discussion that democracy at the grassroots is not the same meaning with the one in communes, wards and towns, as well as in governmental agencies and other specialized institutions. Therefore, the scope of regulation of the Law on Implementation of Democracy at Grassroots should narrow the coverage of self-determination activities of population clusters below the commune, ward and town levels; such as villages, hamlets, sprays, squirrels, and apartment buildings, residential groups, etc. The Law on Implementation of Democracy at Grassroots also needs to dismiss the provisions on grassroots democracy for governmental agencies and other specialized institutions of the society, and of the local government at the commune, ward and town levels.

## 1. Sơ lược về pháp luật thực hiện dân chủ ở cơ sở

Trước khi Nhà nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa ra đời, ở nước ta chưa có một thể chế dân chủ chính thức mà chỉ tồn tại những giá trị dân chủ nhất định trong những không gian làng, xã, mang tính chất “*dân chủ làng xã*”<sup>1</sup>. Hiện nay, cương lĩnh, đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng đều nhất quán với quan điểm: “*Xã hội xã hội chủ nghĩa mà nhân dân ta*

*xây dựng là một xã hội: dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh “do nhân dân làm chủ”*”<sup>2</sup>.

Ngày 18/2/1998, Bộ Chính trị Đảng Cộng sản Việt Nam đã ban hành Chỉ thị số 30-CT/TW về xây dựng và thực hiện Quy chế dân chủ ở cơ sở. Chỉ thị nêu rõ: “... *Khâu quan trọng và cấp bách trước mắt là phát huy quyền làm chủ của nhân dân ở cơ sở, là nơi trực tiếp thực hiện mọi chủ trương, chính sách của Đảng và Nhà*

<sup>1</sup> Nguyễn Thị Phương (2020), *Quá trình hình thành và phát triển pháp luật về thực hiện dân chủ cơ sở ở Việt Nam*, Tạp chí Quản lý Nhà nước.

<sup>2</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011)*.

*nước, là nơi cần thực hiện quyền dân chủ của nhân dân một cách trực tiếp và rộng rãi nhất. Muốn vậy, Nhà nước cần ban hành Quy chế dân chủ ở cơ sở có tính pháp lý, yêu cầu mọi người, mọi tổ chức ở cơ sở đều phải nghiêm chỉnh thực hiện. Quy chế dân chủ cần được xây dựng cho từng loại cơ sở... ”.*

Thể chế hóa nội dung Chỉ thị số 30-CT/TW, Ủy ban Thường vụ Quốc hội khóa X đã ban hành Nghị quyết số 45/1998/NQ-UBTVQH10 ngày 26/02/1998 về việc ban hành Quy chế thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn. Sau khi Nghị quyết số 45 được thông qua, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 29/1998/NĐ-CP ngày 11/5/1998 về Quy chế thực hiện dân chủ ở cấp xã. Với sự ra đời của Quy chế thực hiện dân chủ ở xã, phường, Nhà nước Việt Nam đã tạo ra một công cụ pháp lý về thực hiện dân chủ ở cơ sở, trao cho các tầng lớp nhân dân ở cơ sở những quyền dân chủ thực sự, bao gồm: quyền được biết các nội dung liên quan đến đời sống kinh tế - xã hội của nhân dân ở cơ sở; quyền được bàn và quyết định trực tiếp, bàn và biểu quyết để cấp có thẩm quyền quyết định đối với những vấn đề quan trọng của địa phương; quyền được tham gia ý kiến trước khi cơ quan có thẩm quyền quyết định; quyền giám sát đối với tất cả các nội dung mà nhân dân được công khai để biết, được tham gia ý kiến và quyết định trực tiếp.

Năm 2007, Ủy ban Thường vụ Quốc hội khóa XI đã thông qua Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn. Pháp lệnh gồm 6 chương với 28 điều, là văn bản quy phạm pháp luật có hiệu lực pháp lý cao nhất từ trước đến nay, và có phạm vi điều chỉnh toàn diện hơn về việc thực hiện dân chủ ở cơ sở. Việc ban hành Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở cơ sở là một thành công lớn về mặt nhận thức thực tế dân chủ của Đảng và Nhà nước Việt Nam; là sự sáng tạo và có tính đột phá, góp phần thực hiện

tốt câu nói “*dân dã*”, dễ hiểu của Chủ tịch Hồ Chí Minh: “*Dân chủ, nghĩa là để cho dân mở miệng ra*”<sup>3</sup>.

Qua hơn 20 năm triển khai chính sách, pháp luật về thực hiện dân chủ ở cơ sở (1998 – 2019) đã đem lại nhiều chuyển biến tích cực trong đời sống chính trị – xã hội của Việt Nam, nhất là ở cấp cơ sở<sup>4</sup>. Ví dụ ở Thái bình, việc thực hiện những nội dung nhân dân bàn và quyết định trực tiếp đã được thực hiện rất nghiêm túc. Công tác tiếp dân, đối thoại, giải quyết đơn thư, khiếu nại, tố cáo của công dân cũng được đổi mới. Phường Phú Khánh, Thành phố Thái Bình khi triển khai giải phóng mặt bằng, có nhiều khiếu nại của nhân dân. Để giải quyết dứt điểm, Đảng ủy phường chỉ đạo quyết liệt việc lấy ý kiến nhân dân, tăng cường đối thoại với người dân để giải đáp thắc mắc. Trong năm 2016, phường tổ chức hơn 10 cuộc họp với người dân, tỷ lệ nhân dân tham gia đạt 90%; cùng với đó, phường thực hiện 11 cuộc giám sát các công trình xây dựng. Việc tăng cường đối thoại với nhân dân cũng đã giúp xã Quỳnh Thọ, huyện Quỳnh Phụ hòa giải thành công 80% số vụ việc vướng mắc ngay từ cơ sở<sup>5</sup>.

## 2. Một số vấn đề đặt ra đối với việc sửa đổi pháp luật thực hiện dân chủ ở cơ sở

### 2.1. Dân chủ phải gắn liền với lãnh thổ và cộng đồng dân cư, làng, bản, thôn, buôn, sóc, phun, tổ dân phố, khu phố, cụm dân cư, chung cư

Dân chủ có thể được hiểu như là một hình thức tổ chức Nhà nước. Về cơ bản, (Nhà nước) dân chủ là mô hình tổ chức Nhà nước hiện đại, chủ quyền quốc gia thuộc về nhân dân với một lãnh thổ và cộng đồng dân cư thống nhất. Dân chủ phải gắn với lãnh thổ và cư dân ở tầm quốc gia, hoặc ở nghĩa hẹp hơn là ở tầm địa phương, trong đó có cấp chính quyền cơ sở. Với những

<sup>3</sup> Hồ Chí Minh (1986), *Hồ Chí Minh toàn tập*, Nxb. ST, 1986, T.6, tr. 121.

<sup>4</sup> Vũ Thị Thu Hà (2019), *Một số vấn đề dân chủ và pháp luật về thực hiện dân chủ cơ sở ở Việt Nam*, Tạp chí Quản lý Nhà nước.

<sup>5</sup> Tô Nam, Văn Toán (2017): *Thái Bình nâng cao chất lượng thực hiện Quy chế dân chủ ở cơ sở*, Nhân dân điện tử.

nguyên tắc đó, những lãnh thổ và quần cư tương ứng có những chủ quyền nhất định, mà quyết định của chúng có quyền lực chính quyền nhất định, tương tự như chủ quyền quốc gia; ở địa phương gắn với quyền tự quản, tự trị, trong khi chính quyền địa phương vẫn phải tuân theo các quy tắc của chính quyền trung ương. Vì lẽ đó, dân chủ của chính quyền địa phương/cơ sở thể hiện như ở cấp trung ương: Có cơ quan quyết định – lập pháp, cơ quan thực hiện quyết định – hành pháp địa phương, và có thể có cả thể chế tư pháp giải quyết các mâu thuẫn ở địa phương trong những trường hợp đặc biệt.

Tổ chức chính quyền địa phương phụ thuộc vào nhiều thứ, nhưng trước hết vào việc hình thành ra các lãnh thổ hành chính trực thuộc. Các đơn vị lãnh thổ địa phương trên thế giới hiện nay được hình thành theo 2 nguyên tắc cơ bản: Tự nhiên và nhân tạo.

Lãnh thổ hành chính tự nhiên tức là lãnh thổ hình thành một cách tự nhiên. Nhà nước phải công nhận các ranh giới hình thành một cách tự nhiên theo các đặc điểm dân cư, địa lý, phong tục, tập quán, truyền thống văn hoá và lịch sử... Đó là các cộng đồng dân cư bền vững, Nhà nước buộc phải thừa nhận trong quá trình thực hiện sự quản lý của mình trên toàn vẹn lãnh thổ quốc gia. Thường những đơn vị lãnh thổ này là những đơn vị lãnh thổ cơ sở, Nhà nước không nên chia nhỏ ra thành nhiều đơn vị cơ sở khác, trừ những trường hợp đặc biệt. Việc tổ chức quản lý những vùng lãnh thổ này cần thiết phải tính đến nguyện vọng và ý chí của cộng đồng dân cư. Vì vậy, tham gia vào cơ chế vận hành bộ máy chính quyền địa phương, ngoài các cơ quan quản lý còn có cả các cơ quan do dân cư hợp thành trực tiếp hoặc gián tiếp bầu ra. Việc tổ chức chính quyền ở đây mang nhiều tính chất tự quản, tự trị. Chính tính chất tự quản, tự trị thể hiện tính dân chủ của các chính quyền địa phương ở các nước phát triển.

Khác với các đơn vị hành chính tự nhiên, “hành chính nhân tạo” là những đơn vị được Nhà nước trung ương chia lãnh thổ thành các đơn vị hành chính trực thuộc theo nhu cầu quản lý. Đối với các lãnh thổ hành chính nhân tạo, việc tổ chức và hoạt động của các cơ quan địa phương chủ yếu để thực hiện chức năng quản lý<sup>6</sup>. Trong nhiều nền hành chính hiện nay đã bỏ qua những ranh giới “cổ truyền”, kể cả những ranh giới chính trị, trong việc thi hành các nhiệm vụ mới. Một số các khu vực lãnh thổ hành chính được thành lập để thực hiện các công việc hành chính được thuận lợi hơn. Ví dụ, như các khu bầu cử, khu tư pháp, khu thuế, khu cảnh sát, khu phòng hoá, khu học đường... Mỗi một địa giới đáp ứng được một yêu cầu quản lý nhất định. Loại ranh giới địa phương tốt nhất đối với một chương trình bảo vệ lâm sản không thể trùng với ranh giới của khu vực thủy điện lực<sup>7</sup>.

Dưới các đơn vị hành chính tự nhiên đã được công nhận là xã phường, thị trấn, ở nước ta còn có các làng, thôn, ấp, bản, buôn, phun, sóc, tổ dân phố, hay chung cư ở đô thị.

Ở Việt Nam, làng xã là một thực thể rất đặc biệt và thống nhất. Nó có đầy đủ các bộ phận để hoạt động, để “sống” với những đặc sắc riêng về tính cách, và tự bảo vệ mình khỏi xâm nhập từ bên ngoài. Hình ảnh “*cây đa, bến nước, sân đình*” để lại dấu ấn sâu đậm cho mọi người Việt Nam. Có thể thấy, tác dụng tích cực nhất của tính tự trị làng xã là làm cho nội bộ làng xã có một sự cố kết chặt chẽ mà khó có thể lực nào có thể phá vỡ, làm nên sức sống lâu bền của làng. Điều này có ý nghĩa lịch sử vô cùng lớn lao, thể hiện rõ nhất là khi đất nước bị nạn ngoại xâm, các đô thị nhanh chóng rơi vào tay giặc, nhưng làng thì không. Có thể nói, mỗi làng xã Việt Nam là một pháo đài kiên cố chống giặc ngoại xâm<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Alfred de Grazia (1959), *The Elements of Political Science*, Princeton, New Jersey, p. 624.

<sup>7</sup> Alfred de Grazia (1959), *The Elements of Political Science*, Princeton, New Jersey, p. 627.

<sup>8</sup> Tham khảo thêm: Đỗ Lai Thúy (2011), *Văn hóa Việt Nam nhìn từ màu người văn hóa*, Nxb. Tri thức; Lê Thị Lan, *Tư tưởng làng xã ở Việt Nam*.



Ngay từ khi mới đặt nền đô hộ tại Việt Nam, các nhà cầm quyền người Pháp đã chú trọng đến việc tổ chức chính quyền cấp xã, và thấy tầm quan trọng của vấn đề quản trị làng xã này. Piere Pasquier, Toàn quyền Đông Dương nhận định: “Xã hợp thành một khối, hoàn bị đến nỗi người ta không thể sửa đổi một điểm nhỏ nào... Chúng ta không có ích lợi gì mà đã phá trực tiếp hoặc gián tiếp một cơ quan hiện là một lợi khí màu nhiệm, miễn ta nên để nó nguyên vẹn và tôn trọng các hình thức của nó”<sup>9</sup>.

Làng xã khi đó như là một cấp dưới của chính quyền cấp cơ sở, chưa trở thành cấp của chính quyền phong kiến và thực dân. Nhưng vì một lẽ, người Pháp muốn quản lý làng xã một cách chặt chẽ hơn, nên đã tiến hành cuộc cải cách được gọi là cải lương hương chính. Hội đồng Kỳ mục (Hội đồng những người già cả có thể lực trong làng) được thay bằng Hội đồng tộc biểu (Hội đồng đại biểu cho các họ - representant de la famille). Hội đồng này bao gồm các đại diện được các dòng họ trong làng xã bầu ra. Sở dĩ người Pháp muốn như vậy vì họ có cảm nhận rằng người Việt thường sống phần lớn ở những vùng nông thôn tập trung thành các cụm dân cư theo các lũy tre làng, theo dòng họ. Dòng họ mà đứng đầu là các tộc trưởng có ảnh hưởng rất lớn đối với từng cư dân ở nông thôn. Hội đồng tộc biểu còn được gọi là Hội đồng hương chính, gọi tắt là Hương hội. Cũng theo thể lệ bầu cử, Hương hội cử chánh, phó hội, thư ký, thủ quỹ. Hương hội họp mỗi năm 2 kỳ dưới sự chủ trì của chánh hội. Các nghị quyết của Hương hội phải được quá nửa số hương hội tham dự đồng ý mới có giá trị thi hành.

Nhưng sau đó, người Pháp đã thấy rằng, Hội đồng tộc biểu hoạt động kém hơn Hội đồng kỳ hào. Bởi vì, những người đại diện cho các dòng họ thường không phải là những người có phẩm hàm, có bằng cấp như của Hội đồng kỳ hào. Chính quyền thực dân lại phải quay lại dùng thiết chế cũ, tức là Hội đồng kỳ hào.

Sau này, dưới chế độ Dân chủ nhân dân của nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa, thiết chế này đã được phá bỏ, bằng cách nâng cấp làng, thôn, hoặc gộp các làng, thôn lại thành xã, và quy định xã thành một cấp chính quyền cơ sở ở nông thôn. Tuy nhiên, “hình hài” của các làng, xóm, thôn vẫn còn tồn tại cho đến tận ngày nay. Chính sự tồn tại này, buộc các làng, thôn vẫn phải tập hợp nhau lại, gồm những gia đình sống gần gũi có liên quan chặt chẽ với nhau để quyết định những vấn đề về cuộc sống của họ, mà chính quyền không/hoặc chưa có những quyết định cụ thể, chi tiết tới.

Vì vậy, ở nước ta, việc thực hiện dân chủ ở cơ sở cấp địa phương, trước hết là nói đến những vấn đề người dân tự quyết định. Khái niệm dân chủ cơ sở ở đây chính là áp dụng đối với các thôn, làng, bản, sóc, phun, ấp, tổ dân phố, khu chung cư nơi đô thị, tức là nơi cấp dưới xã, phường, thị trấn. Xây dựng Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở<sup>10</sup> cần phải dựa trên các tiêu chí về dân chủ (ở cơ sở): (i) phải là một vùng lãnh thổ nhất định, và (ii) có lượng cư dân nhất định. Tuy nhiên, xã, phường, thị trấn đã được pháp luật thừa nhận là cấp chính quyền, thì cũng không nên liệt kê nó vào trong khái niệm dân chủ ở cơ sở.

### 2.2. Dân chủ ở cơ sở không gắn liền với xã, phường, thị trấn

Xã, phường, thị trấn là một cấp chính quyền hoàn chỉnh, nơi không những chỉ có cơ quan quyết định, mà còn có cả cơ quan chấp hành của cơ quan quyết định và là cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương. Nên mọi quyết định ở thực thể này đã được quy định trong Luật Tổ chức chính quyền và các văn bản hướng dẫn của Chính phủ và các bộ, ban, ngành trung ương kèm theo.

Trong trường hợp xã, phường, thị trấn không đảm đương được những trách nhiệm, thẩm quyền đã được quy định của pháp luật, thì

<sup>9</sup> L'Annam d'autrefois (1907), p.63.

<sup>10</sup> Bảo Yến, Phạm Thắng (2022), *Dự án luật thực hiện dân chủ ở cơ sở: bảo đảm cho quyền làm chủ của nhân dân*, <https://quochoi.vn/tintuc/Pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=65065>.

phải thay đổi có thể là chủ trương, có thể cả con người qua các kỳ họp, hoặc là cả chủ trương và con người qua các khóa bầu cử đại biểu HĐND của người dân địa phương. Cho nên việc ép xã, phường, thị trấn phải thực hiện dân chủ ở cấp xã, là trùng lặp với pháp luật về chính quyền địa phương, gây lên sự chông chéo pháp luật.

Vì vậy, tác giả cho rằng, khái niệm dân chủ ở cơ sở ở đây phải và nên được dùng dưới cấp xã, phường, thị trấn, tức là phải ở thôn, làng, bản, ấp, phun, sóc, tổ dân phố, nhà chung cư ở các đô thị lớn hiện nay.

### **2.3. Dân chủ ở cơ sở không gắn liền với với cơ quan nhà nước, và các thiết chế chuyên biệt khác**

Thời gian qua, cùng với việc ban hành các văn bản pháp luật điều chỉnh các hoạt động của dân chủ ở cơ sở ở các cấp xã, phường, thị trấn, là việc các cơ quan tổ chức ban hành các văn bản khác điều chỉnh hoạt động dân chủ ở cơ sở các cơ quan nhà nước, và các tổ chức chính trị - xã hội kèm theo. Đối với khối cơ quan nhà nước, các văn bản hướng dẫn thực hiện dân chủ ở cơ sở được thể hiện ở Nghị định số 71/1998/NĐ-CP ngày 08/9/1998 của Chính phủ quy định về Quy chế thực hiện dân chủ ở cơ quan hành chính, Chỉ thị số 38/1998/CT-TTg ngày 11/11/1998 của Thủ tướng Chính phủ về triển khai Quy chế thực hiện dân chủ trong hoạt động của cơ quan; Thông tư liên tịch số 09/1998/TTLT-TCCP-LĐLĐ ngày 04/12/1998 hướng dẫn về tổ chức và nội dung hội nghị cán bộ trong cơ quan, Quyết định số 11/1998/QĐ-TCCP-CCVC của Ban Tổ chức cán bộ Chính phủ ngày 05/12/1998 kèm theo Quy chế đánh giá công chức hàng năm.

Đối với khối cơ quan, đơn vị sự nghiệp công lập, cho đến nay vẫn thực hiện theo Nghị định số 04/2015/NĐ-CP ngày 09/01/2015 về thực hiện dân chủ trong hoạt động của cơ quan hành chính nhà nước và đơn vị sự nghiệp công lập. Đối với các loại hình đơn vị kinh tế cũng có các văn bản điều chỉnh hoạt động này, như: Nghị định số 07/1999/NĐ-CP ngày 13/02/1999 của Chính phủ quy định về

Quy chế thực hiện dân chủ ở doanh nghiệp nhà nước và được bổ sung thêm Nghị định số 87/2007/NĐ-CP ngày 28/5/2007 ban hành Quy chế thực hiện dân chủ ở công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn.

Ở đây, cần phải có điểm lưu ý rất quan trọng, là dân chủ không gắn với các cơ quan hành chính, với doanh nghiệp, và với các tổ chức xã hội khác. Bởi vì, các thể chế này không gắn liền với lãnh thổ và cư dân, như đã phân tích ở trên. Tổ chức và hoạt động của chúng cần tuân theo điều lệ và những hợp đồng lao động giữa người đứng đầu với các thành viên của họ - mang tính dân sự, mà không phải là chính trị - hành chính trực thuộc.

Có chăng thì các cơ quan hành chính, các tổ chức chính trị - xã hội, phải có trách nhiệm tạo điều kiện cho các thành viên trực thuộc hoàn thành tốt các nghĩa vụ, trách nhiệm tại các tụ điểm cư dân của họ.

Để làm rõ hơn, có thể phân tích ví dụ sau: (1) sự khác nhau giữa việc người dân vận động đóng góp làm đường làng ở nông thôn, với việc Nhà nước đầu tư làm đường phố ở thành thị, là vấn đề thuộc phạm trù dân chủ ở cơ sở. Tuy nhiên, (2) sau đỉnh dịch Covid-19, khi đã có quy định phải dạy học trực tiếp, nhưng nếu thầy giáo lại quyết định vẫn dạy học online chỉ vì đa số học sinh bỏ phiếu chọn học online, thì không phải là thực hiện dân chủ ở cơ sở.

*Tóm lại*, Dự thảo Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở hiện nay vẫn được xây dựng trên quan điểm phải thể hiện dân chủ ở cơ sở từ xã, phường, thị trấn, đến các cơ quan hành chính, các doanh nghiệp... Tuy nhiên, theo chúng tôi, *phạm vi điều chỉnh* của Luật Thực hiện dân chủ ở cơ sở chỉ nên giới hạn điều chỉnh hoạt động tự quyết của các cụm dân cư dưới cấp xã, phường như bản, thôn, làng, phun, sóc, ấp, chung cư, tổ dân phố... mà cần loại đi những quy định dân chủ ở cơ sở đối với các cơ quan nhà nước, cùng các thiết chế chuyên biệt khác của xã hội, và của cả chính quyền địa phương cấp cơ sở xã, phường, thị trấn ■

# PHÁP LUẬT VỀ CHUYỂN ĐỔI ĐƠN VỊ SỰ NGHIỆP CÔNG LẬP THÀNH CÔNG TY CỔ PHẦN - THỰC TRẠNG VÀ KIẾN NGHỊ

Bùi Thị Quỳnh Thơ

TS. Ủy ban Kinh tế của Quốc hội

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Đơn vị sự nghiệp công lập, công ty cổ phần.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/02/2022

Biên tập : 17/04/2022

Duyệt bài : 19/04/2022

## Article Infomation:

*Keywords:* Public non-business agency; joint-stock company.

## Article History:

Received : 11 Feb. 2022

Edited : 17 Apr. 2022

Approved : 19 Apr. 2022

## Tóm tắt:

Ngày 22/6/2015, Thủ tướng Chính phủ ban hành Quyết định số 22/2015/QĐ-TTg về việc chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần. Đây là căn cứ pháp lý quan trọng nhằm nâng cao hiệu quả công tác cổ phần hóa đơn vị sự nghiệp công lập theo chủ trương của Đảng, yêu cầu của Chính phủ. Tác giả phân tích thực trạng chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần giai đoạn 2016-2020 và đưa ra các kiến nghị nhằm góp phần thực hiện có hiệu quả việc chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần giai đoạn 2021-2025.

## Abstract:

On June 22, 2015, the Prime Minister issued Decision No. 22/2015/QĐ-TTg on transformation of public non-business agency into joint stock company. This is an important legal ground for the transformation of public non-business agency into joint-stock company in order to improve the efficiency of equitization of public non-business agencies according to the orientations of the Party and requirements of the Government. The author provides an analysis of the current situation of transformation of public non-business agency into joint stock company in the period of 2016-2020 and also gives out a number of recommendations for further effective enforcement of the transformation of public administrative agency into joint stock company for period of 2021-2025.

## 1. Quy định của pháp luật về chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần

Trên cơ sở Quyết định số 22/2015/QĐ-TTg ngày 22/6/2015 của Thủ tướng Chính phủ về việc chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần (Quyết định số 22) - văn bản pháp lý đầu tiên quy định về trình tự, thủ tục, trách nhiệm của các đơn vị sự nghiệp công lập và các Bộ, ngành, địa phương trong việc thực hiện chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần, một số văn bản pháp luật

hướng dẫn thực hiện chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần trong giai đoạn 2016-2020 đã được ban hành gồm:

- Thông tư số 35/2016/TT-BLĐTBXH ngày 25/10/2016 của Bộ trưởng Bộ Lao động Thương binh và Xã hội hướng dẫn thực hiện chính sách đối với người lao động khi chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần;

- Quyết định số 31/2017/QĐ-TTg ngày

17/7/2017 của Thủ tướng Chính phủ về tiêu chí, danh mục ngành, lĩnh vực thực hiện chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần, trong đó quy định phạm vi áp dụng, điều kiện và ngành, lĩnh vực hoạt động của đơn vị sự nghiệp công lập thực hiện chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần (Quyết định số 31). Quyết định số 31 yêu cầu Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh có trách nhiệm rà soát các đơn vị sự nghiệp công lập đủ điều kiện để trình Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Danh mục đơn vị sự nghiệp công lập chuyển thành công ty cổ phần giai đoạn 2017-2020;

- Nghị định số 150/2020/NĐ-CP ngày 25/12/2020 của Thủ Tướng Chính phủ quy định chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần, trong đó quy định về điều kiện chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần, hình thức chuyển đổi, xử lý tài chính khi chuyển đổi, xác định giá trị đơn vị sự nghiệp công lập khi chuyển đổi, trách nhiệm của các đơn vị sự nghiệp công lập, Bộ, UBND cấp tỉnh và thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ trong việc thực hiện chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần...;

- Thông tư số 111/2020/TT-BTC ngày 29/12/2020 của Bộ Tài chính hướng dẫn một số nội dung về xử lý tài chính, xác định giá trị đơn vị sự nghiệp công lập, bán cổ phần lần đầu và quản lý, sử dụng tiền thu từ chuyển đổi đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần;

- Thông tư số 03/2021/TT-BTNMT ngày 12/5/2021 của Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường hướng dẫn chi tiết phương án sử dụng đất khi cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước; lập và phê duyệt phương án sử dụng đất đối với đơn vị sự nghiệp công lập thực hiện chuyển đổi thành công ty cổ phần;

- Quyết định số 26/2021/QĐ-TTg ngày 12/8/2021 của Thủ tướng Chính phủ về tiêu chí ngành, lĩnh vực chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần (Quyết định số 26).

## **2. Thực trạng thực hiện chuyển đơn vị sự nghiệp công lập thành công ty cổ phần**

Căn cứ quy định tại Quyết định số 31, Thủ tướng Chính phủ đã phê duyệt Danh mục đơn vị sự nghiệp công lập (ĐVSNCL) chuyển thành công ty cổ phần (CTCP) giai đoạn 2016-2020 của 49 địa phương, 04 Bộ và 01 Tập đoàn kinh tế, với tổng số lượng ĐVSNCL được phê duyệt chuyển thành CTCP là 232, trong đó gồm 223 ĐVSNCL thuộc UBND cấp tỉnh, 09 ĐVSNCL thuộc Bộ, Tập đoàn, tổng công ty nhà nước.

Tuy nhiên, giai đoạn 2016 đến hết năm 2020, cả nước chỉ có 53 ĐVSNCL được chuyển thành CTCP, tập trung chủ yếu ở các địa phương. Trong đó: Năm 2016 chuyển đổi 7 đơn vị, năm 2017 chuyển đổi 10 đơn vị, năm 2018 chuyển đổi 20 đơn vị, năm 2019 chuyển đổi 11 đơn vị và năm 2020 chuyển đổi 5 đơn vị.



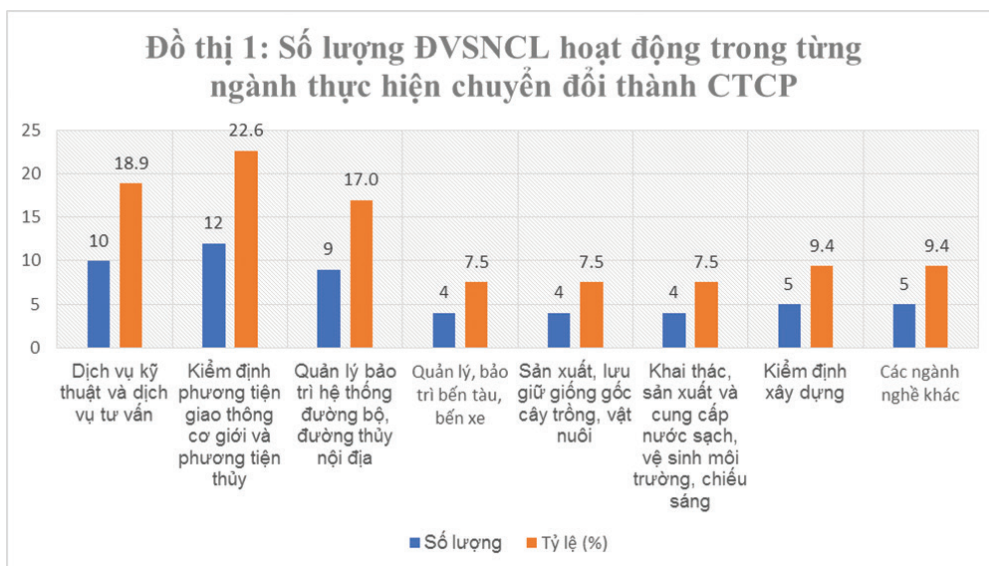
## CHÍNH SÁCH

**Bảng 1: Đối chiếu số đơn vị sự nghiệp công lập hoạt động trong từng ngành chuyển đổi thành công ty cổ phần so với Danh mục được phê duyệt theo Quyết định số 31**

(đơn vị: DVSNCL)

Lĩnh vực	Số lượng theo danh mục được phê duyệt	Số lượng hoàn thành chuyển đổi	Chênh lệch	Tỷ lệ (%)
Dịch vụ kỹ thuật và dịch vụ tư vấn	54	10	-44	-25.9
Kiểm định phương tiện giao thông cơ giới và phương tiện thủy	37	12	-25	-14.7
Quản lý bảo trì hệ thống đường bộ, đường thủy nội địa	21	9	-12	-7.1
Quản lý, bảo trì bến tàu, bến xe	25	4	-21	-12.4
Sản xuất, lưu giữ giống gốc cây trồng, vật nuôi	15	4	-11	-6.5
Khai thác, sản xuất và cung cấp nước sạch, vệ sinh môi trường, chiếu sáng	12	4	-8	-4.7
Kiểm định xây dựng	19	5	-14	-8.2
Quản lý chợ, bất động sản, trung tâm thương mại	9			
Hạ tầng khu công nghiệp, cụm công nghiệp và dịch vụ hỗ trợ	6			
Nhà khách, nhà nghỉ và dịch vụ lưu trú ngắn ngày và phục vụ hội họp	9			
Hoạt động đào tạo và sát hạch lái xe	11			
Thông tin thị trường lao động, dịch vụ việc làm, hỗ trợ phát triển lao động, đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng, các dịch vụ cung cấp thông tin, quảng bá du lịch, ...	5			
Các ngành nghề khác (từ mục 8-12)		5	-35	-20.6
<b>Cộng</b>	<b>223</b>	<b>53</b>	<b>-170</b>	

(Nguồn: Báo cáo số 548/BKHĐT-PTDN)



(Nguồn: Báo cáo số 548/BKHĐT-PTDN)

Như vậy, kết quả sau 5 năm chuyển ĐVSNNCL thành CTCP chỉ đạt 53/232 đơn vị, chiếm tỷ lệ 22,8% so với kế hoạch đề ra. Phần lớn ĐVSNNCL được cổ phần hóa có quy mô tài chính, lao động nhỏ, nên giá trị tài sản được chuyển đổi chỉ chiếm một tỷ lệ nhỏ trong toàn bộ tổng giá trị tài sản hiện đang được quản lý, sử dụng bởi hệ thống các ĐVSNNCL trên toàn quốc. Thời gian thực hiện chuyển đổi của nhiều đơn vị chậm hơn lộ trình được Thủ tướng Chính phủ phê duyệt, quá trình chuyển đổi ĐVSNNCL thành CTCP bộc lộ nhiều lúng túng.

Việc thực hiện chuyển ĐVSNNCL thành CTCP về cơ bản đã được các Bộ, địa phương chủ động thực hiện triển khai. Toàn quốc đã có 21 địa phương thực hiện thành công việc chuyển các ĐVSNNCL thành CTCP: Bắc Kạn, Bắc Giang, Bến Tre, Nghệ An, Ninh Bình, Hưng Yên, Thừa Thiên Huế, Quảng Ninh, Quảng Nam, Hậu Giang, Thanh Hóa, Hải Dương, Hà Nam, Vĩnh Phúc, Bạc Liêu, Sơn La, Thái Bình, Đà Nẵng, Hòa Bình, Lào Cai, Hà Tĩnh.

Bên cạnh những kết quả đạt được, vẫn còn một số tồn tại, hạn chế sau đây:

- Tỷ lệ số ĐVSNNCL đã được phê duyệt đưa vào Danh mục chuyển đổi chỉ chiếm 10,35% trong số các ĐVSNNCL đã tự chủ chi thường xuyên hoặc tự chủ một phần. Các ĐVSNNCL đã

chuyển đổi chỉ tập trung ở một số ngành được quy định tại Quyết định số 31; trong đó, các ĐVSNNCL hoạt động trong lĩnh vực dịch vụ hỗ trợ kỹ thuật và dịch vụ tư vấn, kiểm định kỹ thuật phương tiện giao thông cơ giới và phương tiện thủy có tỷ lệ cổ phần hóa thành công trong giai đoạn 2015-2020 cao nhất. Nhiều ngành nghề chưa có ĐVSNNCL được đề xuất chuyển đổi thành CTCP.

- Quá trình chuyển đổi ĐVSNNCL tại một số địa phương chưa chặt chẽ, phương án sản xuất kinh doanh và thực hiện chuyển đổi chưa phù hợp với kế hoạch hoạt động cung cấp dịch vụ của một doanh nghiệp sau khi cổ phần hóa.

- Chất lượng dịch vụ của nhiều ĐVSNNCL sau khi chuyển đổi chưa đảm bảo. Đồng thời, do nhu cầu thu hồi vốn nhanh nên nhiều ĐVSNNCL sau chuyển đổi chỉ tập trung đầu tư tại khu vực đô thị, khu vực thuận lợi về địa lý, không đầu tư tại vùng sâu, vùng xa, sử dụng một số biện pháp cạnh tranh không lành mạnh như giảm chất lượng để giảm giá, thu hút khách hàng. Một số ĐVSNNCL cung cấp các dịch vụ đặc thù như các CTCP quản lý bảo trì đường bộ, đường thủy nội địa chưa có chuyển biến về chất lượng dịch vụ, do việc chuyển đổi chưa tạo sự cạnh tranh trên thị trường, doanh nghiệp sau chuyển đổi vẫn là đơn vị duy nhất cung cấp dịch vụ.

Nguyên nhân của các tồn tại, hạn chế nêu trên là:

- *Về cơ chế chính sách:* Chính sách về chuyển đổi ĐVSNCL còn nhiều vướng mắc, chưa cụ thể, gây lúng túng trong triển khai thực hiện. Theo quy định tại Quyết định số 22, phương án cổ phần hóa được từng ĐVSNCL chuyển thành CTCP trên toàn quốc thuộc thẩm quyền phê duyệt của Thủ tướng Chính phủ, điều này làm phát sinh nhiều thủ tục hành chính, đồng thời chưa thực hiện các nguyên tắc phân cấp, gắn trách nhiệm của các cơ quan trực tiếp triển khai thực hiện. Bên cạnh đó, chính sách về chuyển đổi ĐVSNCL thành CTCP mới được triển khai thực hiện, các quy định về quá trình chuyển ĐVSNCL thành CTCP chưa tương đồng với việc thực hiện cổ phần hóa các doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

- *Về phía các ĐVSNCL:* Lãnh đạo của nhiều ĐVSNCL còn nặng tư duy bao cấp, không muốn thực hiện chuyển đổi. Trình độ của cán bộ các ĐVSNCL nhìn chung chưa đáp ứng được với yêu cầu chuyển đổi thành CTCP: chưa quen với quản trị doanh nghiệp, chưa có khả năng xây dựng phương án sản xuất kinh doanh và phương án cổ phần hóa phù hợp, khả thi; bộ phận tài chính - kế toán chưa nắm được nguyên tắc hạch toán doanh nghiệp nên công tác chuyển đổi báo cáo tài chính kéo dài.

- *Về phía cơ quan quản lý nhà nước:* Chưa quyết liệt trong việc chỉ đạo chuyển đổi ĐVSNCL thành CTCP, còn lúng túng trong việc hướng dẫn các ĐVSNCL thực hiện quy trình, nghiệp vụ tài chính - kế toán (ví dụ: quy định về tiêu chuẩn TSCĐ, trích khấu hao/hao mòn tài sản cố định, các nguồn kinh phí hình thành,... ở ĐVSNCL và CTCP khác nhau nhưng chưa có hướng dẫn, thống nhất phương pháp tính,...); công tác kiểm soát, quy định về thưởng phạt chưa được chú trọng; chưa quy định trách nhiệm của các bên liên quan trong việc thực hiện chuyển đổi ĐVSNCL thành CTCP.

- *Nguyên nhân khác:* Phần lớn lĩnh vực hoạt động của các ĐVSNCL không hấp dẫn các nhà đầu tư do mức sinh lời thấp, thị trường hạn chế trong phạm vi địa phương. Trước khi chuyển

thành CTCP, các ĐVSNCL chủ yếu có quy mô nhỏ. Số lượng ĐVSNCL tự chủ cả chi thường xuyên và chi đầu tư rất ít. Một số đơn vị có quy mô vốn, tài sản thấp hơn so với chi phí chuyển đổi theo quy định của pháp luật. Một số đơn vị có công nợ tồn đọng nhiều năm không đối chiếu, thu hồi được. Rất nhiều ĐVSNCL cơ sở vật chất yếu kém, không có trụ sở riêng mà nằm trong trụ sở của cơ quan chủ quản.

### 3. Một số kiến nghị

- Đề nghị Bộ Kế hoạch và Đầu tư phối hợp với Bộ tài chính rà soát các ĐVSNCL trong Danh mục theo Quyết định số 26/2021/QĐ-TTg ngày 12/8/2021 của Thủ tướng Chính phủ về tiêu chí ngành, lĩnh vực chuyển ĐVSNCL thành CTCP còn chưa chuyển đổi sang CTCP để có phương án thực hiện, đặc biệt là các đơn vị có tỷ lệ chuyển đổi thấp (theo Bảng 1).

- Đề nghị Bộ Tài chính sớm hoàn thiện các quy định về chính sách pháp luật liên quan đến thủ tục, chế độ tài chính chuyển đổi các ĐVSNCL thành CTCP, phổ biến và có hướng dẫn cụ thể bảo đảm phù hợp với thực tiễn, tuyên truyền sâu, rộng về hiệu quả của việc chuyển đổi ĐVSNCL để các cơ quan chủ quản cũng như ĐVSNCL chủ động, tích cực tham gia vào quá trình chuyển đổi.

- Đẩy mạnh việc cổ phần hóa, thoái vốn theo kế hoạch cổ phần hóa, thoái vốn và chuyển ĐVSNCL thành CTCP trong giai đoạn 2021 - 2025. Các doanh nghiệp đã chuyển thành công ty cổ phần, nếu đáp ứng đủ điều kiện thì khẩn trương thực hiện niêm yết trên thị trường chứng khoán. Đối với những doanh nghiệp đã hoàn thành cổ phần hóa nhưng chưa đạt được tỷ lệ vốn nhà nước theo tiêu chí phân loại DNNN và tiêu chí ngành, lĩnh vực chuyển ĐVSNCL thành CTCP thì phải tổ chức lập kế hoạch và triển khai công tác thoái vốn để đảm bảo tỷ lệ nhà nước nắm giữ tại doanh nghiệp theo đúng quy định của pháp luật.

- Gắn trách nhiệm của người đứng đầu các Bộ, ngành, địa phương với việc triển khai thực hiện có hiệu quả kế hoạch thoái vốn tại doanh nghiệp đã được phê duyệt ■

# GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP DỰ ÁN ĐẦU TƯ THEO PHƯƠNG THỨC ĐỐI TÁC CÔNG TƯ BẰNG TRỌNG TÀI VIỆT NAM

Nguyễn Thị Hồng Phước\*

Cao Thị Thùy Như\*\*

\*TS. Khoa Luật, Trường Đại học Sài Gòn

\*\*NCS. ThS. Chương trình Luật, Trường Đại học Thủ Dầu Một

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Giải quyết tranh chấp, dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư, trọng tài.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/04/2022  
Biên tập : 12/06/2022  
Duyệt bài : 14/06/2022

## Article Information:

*Keywords:* Settlement of disputes; investment projects under the method of public-private partnership; arbitration.

## Article History:

Received : 06 Apr. 2022  
Edited : 12 Jun 2022  
Approved : 14 Jun 2022

## Tóm tắt:

Trong bài viết này, nhóm tác giả tiếp cận việc sử dụng trọng tài thương mại Việt Nam để giải quyết tranh chấp hợp đồng dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư; chỉ ra sự cần thiết, phân tích thực tiễn và đề xuất một số kiến nghị nhằm nâng cao hiệu quả giải quyết tranh chấp, bảo đảm hài hòa lợi ích giữa Nhà nước và nhà đầu tư.

## Abstract:

Under this article, the authors provide an approach to use of commercial arbitration in Vietnam to resolve investment project contract disputes under the method of public-private partnership, give out the necessity, an analysis of the practical developments and also propose a number of recommendations to improve the efficiency of dispute settlement, ensuring the harmonization of interests of both the Government and the investors.

## 1. Sự cần thiết giải quyết tranh chấp dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư bằng Trọng tài Việt Nam

Hợp đồng dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư (PPP) là sự thỏa thuận bằng văn bản giữa Nhà nước và nhà đầu tư (NĐT) để cùng thực hiện dự án đầu tư cung cấp sản phẩm, dịch vụ công. Một bên trong hợp đồng PPP là Nhà nước (đối tác công), đại diện là cơ

quan có thẩm quyền/cơ quan ký kết hợp đồng; một bên là NĐT (đối tác tư), bao gồm NĐT/liên danh NĐT và doanh nghiệp dự án – doanh nghiệp được NĐT/liên danh NĐT thành lập để thực hiện hợp đồng dự án. Đây cũng là lý do tại sao hợp đồng PPP được xem là hợp đồng “nửa công, nửa tư”, tồn tại nhiều quan điểm trái chiều liên quan đến việc hợp đồng PPP là hợp đồng hành chính hay hợp đồng thương mại<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Lê Hương Giang (2016), *Một số vấn đề pháp lý về hợp đồng đối tác công tư*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 05, tr. 50-57.



Với quan điểm xem tranh chấp PPP là tranh chấp thương mại, tranh chấp này có thể được giải quyết thông qua thương lượng, hòa giải, trọng tài hoặc tòa án – tương tự các tranh chấp thương mại khác. Riêng đối với phương thức trọng tài thương mại (TTTTM) và cụ thể là Trọng tài Việt Nam, theo quy định của pháp luật về PPP, Trọng tài Việt Nam có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp sau:

*Một là*, tranh chấp giữa cơ quan có thẩm quyền, cơ quan ký kết hợp đồng với NĐT trong nước hoặc doanh nghiệp dự án PPP do NĐT trong nước thành lập; tranh chấp giữa các NĐT trong nước; tranh chấp giữa NĐT trong nước hoặc doanh nghiệp dự án PPP do NĐT trong nước thành lập với các tổ chức kinh tế Việt Nam.

*Hai là*, tranh chấp giữa cơ quan có thẩm quyền, cơ quan ký kết hợp đồng với NĐT nước ngoài hoặc với doanh nghiệp dự án PPP do NĐT nước ngoài thành lập, trừ trường hợp có thỏa thuận khác theo hợp đồng hoặc điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác.

*Ba là*, tranh chấp giữa các NĐT trong đó có ít nhất một NĐT nước ngoài; tranh chấp giữa NĐT hoặc doanh nghiệp dự án PPP với tổ chức, cá nhân nước ngoài.

Qua quy định trên, có thể nhận thấy rằng tranh chấp PPP là tranh chấp thương mại, bất kể tính chất “nửa công, nửa tư” của hợp đồng PPP. Đồng thời, với việc trao quyền giải quyết tranh chấp PPP cho TTTM, nhà lập pháp cũng phần nào thể hiện quan điểm rằng tranh chấp PPP cần được xử lý dứt điểm. Điều này phù hợp với ý chí và nguyện vọng của các bên tranh chấp, giảm thiểu chi phí dự án và đảm bảo tính liên tục của việc cung cấp sản phẩm, dịch vụ công.

Việc giải quyết tranh chấp dự án PPP bằng phương thức Trọng tài Việt Nam hướng đến những mục đích sau:

*Thứ nhất, hạn chế làm gián đoạn việc cung cấp sản phẩm, dịch vụ công trong quá trình giải quyết tranh chấp*

Năm lĩnh vực đầu tư theo phương thức PPP nhằm tập trung nguồn lực cụ thể để phát triển hệ thống cơ sở hạ tầng, cung cấp sản phẩm, dịch vụ công mang tính thiết yếu cho người dân. Quá trình này còn liên quan đến nhiều chủ thể khác nhau, như nhà thầu, tổ chức tài chính, chủ thể mua dịch vụ của NĐT để phân phối lại cho người dùng cuối cùng. Do vậy, mỗi dự án PPP là một chuỗi các thỏa thuận giữa cơ quan ký kết hợp đồng với NĐT; các cơ quan nhà nước có liên quan trong các lĩnh vực môi trường, thu hồi đất, thuế quan, tài chính và NĐT; về đấu thầu lựa chọn NĐT; thỏa thuận giữa các thành viên trong liên danh các NĐT; thỏa thuận vay vốn; với các nhà thầu phụ và bên cung ứng; thỏa thuận giữa các doanh nghiệp nhà nước mua sản phẩm, dịch vụ với người sử dụng dịch vụ. Khi có tranh chấp phát sinh liên quan dự án PPP, với thủ tục tố tụng nhanh chóng và linh hoạt thì TTTM giải quyết tranh chấp sẽ hạn chế khả năng tranh chấp kéo dài, ảnh hưởng lớn đến các chủ thể này. Nhà nước tạo nhiều cơ chế thu hút đầu tư từ các NĐT tư nhân, nhưng không làm ảnh hưởng đến lợi ích của các chủ thể khác, đặc biệt là người dân - chủ thể trực tiếp sử dụng hàng hóa, dịch vụ công.

*Thứ hai, bảo đảm sự cân bằng vị thế của hai đối tác công tư trong quá trình giải quyết tranh chấp*

Khi tham gia vào hợp đồng PPP, hai bên đối tác công tư phải bình đẳng về quyền và nghĩa vụ, kể cả trong giải quyết tranh chấp. Đây là cam kết của Nhà nước khi thu hút đầu tư, nhằm tạo sự yên tâm cho NĐT khi tham

gia thực hiện dự án PPP với Nhà nước. Tuy nhiên, trên thực tế, có hai vấn đề đặt ra liên quan đến sự mất cân bằng vị thế của hai bên đối tác công tư trong quá trình giải quyết tranh chấp, có khả năng ảnh hưởng đến quyền lợi của phía NĐT.

*Vấn đề thứ nhất* liên quan đến quyền miễn trừ tư pháp (miễn trừ quốc gia). Cụ thể, Nhà nước là chủ thể có chủ quyền quốc gia và do đó có quyền miễn trừ tư pháp. Nói cách khác, Nhà nước sẽ không bị xét xử bởi cơ quan tài phán nào nếu không có sự đồng ý của chính họ. Khi đó, vấn đề quan ngại chính là việc Nhà nước sử dụng quyền miễn trừ tư pháp khi có tranh chấp với NĐT liên quan đến dự án PPP. Bàn về vấn đề này, Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế (UNCITRAL) cho rằng, ngoài việc Nhà nước cam kết từ bỏ quyền miễn trừ quốc gia thì việc sử dụng phương thức TTTM để giải quyết tranh chấp cũng sẽ là một giải pháp. Bởi lẽ, cam kết từ bỏ quyền miễn trừ quốc gia sẽ được thể hiện rõ trong thỏa thuận trọng tài và Nhà nước sẽ không thể phá vỡ cam kết này khi tranh chấp phát sinh<sup>2</sup>.

*Vấn đề thứ hai* liên quan đến vị thế của Nhà nước khi tham gia tố tụng tại cơ quan tài phán công do chính Nhà nước thành lập. Về mặt nguyên tắc, trong quá trình giải quyết tranh chấp, các bên tranh chấp đều bình đẳng với nhau về quyền và nghĩa vụ. Thế nhưng, nếu tranh chấp được giải quyết tại Tòa án – cơ quan tài phán công, Tòa án có khả năng sẽ “thiên vị” cho phía Nhà nước hơn, từ đó ảnh hưởng đến tính khách quan của kết quả giải quyết. Khi

cơ quan tài phán không độc lập hoàn toàn với một bên tranh chấp, thì bên tranh chấp còn lại có quyền đặt ra nghi vấn. Để loại bỏ nghi vấn trên, cũng như đảm bảo tính khách quan tuyệt đối của kết quả, thì việc sử dụng phương thức TTTM - tổ chức tài phán tư - thay cho phương thức Tòa án có thể là một giải pháp tối ưu cho tranh chấp PPP<sup>3</sup>.

*Thứ ba, hạn chế việc chuyển hướng giải quyết tranh chấp dự án PPP theo các Hiệp định đầu tư*

Khi có thỏa thuận khác theo hợp đồng hoặc điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định, thì Trọng tài nước ngoài hoặc Trọng tài quốc tế có thẩm quyền giải quyết tranh chấp hợp đồng dự án PPP, kể cả khi một bên là cơ quan nhà nước Việt Nam. Một số nghiên cứu đã chỉ ra sự hạn chế trong cơ chế giải quyết tranh chấp bằng trọng tài đầu tư quốc tế khi Việt Nam với tư cách là bên bị kiện<sup>4</sup>; sự bất cập trong cơ chế giải quyết tranh chấp về đầu tư theo Luật PPP và Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP), và Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (EVIPA)<sup>5</sup>. Bởi vì, các Hiệp định bảo hộ đầu tư, Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới hướng đến việc bảo hộ NĐT của các nước tham gia hiệp định giải quyết tranh chấp theo con đường đầu tư quốc tế. Trung tâm quốc tế về giải quyết tranh chấp đầu tư (ICSID) có nhiệm vụ hòa giải và giải quyết tranh chấp giữa quốc gia thành viên với NĐT thuộc quốc gia thành viên khác. Việt

<sup>2</sup> UNCITRAL (2020), *UNCITRAL Legislative Guide on Public - Private Partnerships*, Vienna, Austria, para. 41-43, VI-B-2-f, pp. 239-240.

<sup>3</sup> Xem thêm về địa vị pháp lý của TTTM và trách nhiệm đảm bảo sự bình đẳng của các bên trong quá trình giải quyết tranh chấp tại khoản 3 Điều 3, khoản 3 Điều 4 và Điều 24 Luật TTTM năm 2010.

<sup>4</sup> Lê Thị Ánh Nguyệt, Vũ Như Thăng (2018), *Giải quyết tranh chấp từ các hợp đồng hợp tác công tư bằng trọng tài đầu tư quốc tế - kinh nghiệm cho Việt Nam*, Tạp chí Pháp luật và Phát triển, số 7+8, tr. 60-67.

<sup>5</sup> Lê Đức Ngọc (2021), *Giải quyết tranh chấp đầu tư – những vấn đề đặt ra đối với Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 08 (432), tr. 28-34.

Nam đang là thành viên của một số Hiệp định đầu tư, trong đó có dẫn chiếu đến ICSID, nên tranh chấp giữa Nhà nước Việt Nam và NĐT của các quốc gia thành viên vẫn có thể được giải quyết tại ICSID<sup>6</sup>. Về phía mình, Việt Nam đã có quy định về nguyên tắc, nhiệm vụ, quyền hạn và quy trình phối hợp giữa các cơ quan nhà nước, tổ chức, cá nhân liên quan trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế tại trọng tài quốc tế hoặc cơ quan tài phán khác không phải của Việt Nam, thế nhưng định hướng vẫn là phòng ngừa phát sinh các vụ việc tranh chấp đầu tư quốc tế, phối hợp giải quyết khi có khiếu nại, tố cáo<sup>7</sup>. Vì lẽ đó, giải quyết tranh chấp đầu tư PPP bằng TTTM còn đáp ứng chủ trương chung của Nhà nước Việt Nam trên bình diện quốc tế.

Như vậy, việc sử dụng phương thức TTTM, mà cụ thể là Trọng tài Việt Nam, sẽ mang lại một số lợi ích cho dự án và các bên liên quan, xuất phát từ những ưu điểm vốn có của phương thức này cũng như đặc thù của dự án PPP. Mặc dù phương thức Trọng tài nước ngoài hay Trọng tài quốc tế vẫn có những ưu điểm nhất định, nhưng chúng tôi cho rằng Trọng tài Việt Nam vẫn là phương thức giải quyết tranh chấp phù hợp nhất với thực tiễn triển khai mô hình PPP ở Việt Nam vào thời điểm hiện tại, giúp hài hòa lợi ích của cả Nhà nước và NĐT.

## 2. Thực tiễn về giải quyết tranh chấp hợp đồng dự án PPP bằng Trọng tài thương mại

Các tổ chức quốc tế (UNCITRAL, World Bank, UNECE, ADB) đã gợi mở nhiều phương thức giải quyết tranh chấp hợp đồng PPP<sup>8</sup>. Trong Hướng dẫn lập pháp về PPP, UNCITRAL đã khuyến nghị các quốc gia cân nhắc áp dụng một số phương thức: (i) Cảnh báo sớm (*Early warning*); (ii) Hòa giải (*Mediation and conciliation*); (iii) Xem xét các tranh chấp kỹ thuật bởi các chuyên gia độc lập (*Review of technical disputes by independent experts*); (iv) Hội đồng xem xét tranh chấp (*Dispute review boards*); (v) Ban phân xử tranh chấp (*Dispute adjudication boards*); (vi) Trọng tài (*Arbitration*); (vii) Tố tụng tư pháp (Tòa án) (*Judicial proceedings*)<sup>9</sup>. Mặc dù tinh thần của UNCITRAL là khuyến khích giải quyết sớm những bất đồng trước khi chúng phát triển thành tranh chấp bằng cách áp dụng những phương thức (i), (ii), (iii), (iv) và (v), nhưng khi tranh chấp đã không thể kiểm soát và buộc phải đưa ra cơ quan tài phán thì UNCITRAL vẫn khuyến nghị các bên nên lựa chọn phương thức (vi) Trọng tài. Bằng chứng là, UNCITRAL chỉ ra rất nhiều ưu điểm của phương thức giải quyết tranh chấp này, chẳng hạn giúp tăng khả năng lựa chọn của các bên, thủ tục đơn giản, được chấp nhận rộng rãi bởi Công ước New York 1958<sup>10</sup>. Dù vậy, UNCITRAL cũng cảnh báo một số vấn đề mà các bên cần lưu ý, chẳng

<sup>6</sup> ICSID (2006), *ICSID Additional Facility Rules*, [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/AFR\\_2006%20English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/AFR_2006%20English-final.pdf), accessed 02/4/2022.

<sup>7</sup> Điều 10 Quyết định số 14/2020/QĐ-TTg ngày 08/4/2020 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Quy chế phối hợp giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế; Chỉ thị 27/CT-TTg ngày 10/7/2020 của Thủ tướng Chính phủ về tăng cường công tác quản lý nhà nước về đầu tư và phòng ngừa việc phát sinh các vụ việc tranh chấp đầu tư quốc tế.

<sup>8</sup> UNCITRAL, *Legislative Guide on Public - Private Partnerships*, Vienna, Austria, 2020; World Bank, *Public - Private Partnerships: Reference Guide (Version 3.0)*, Washington, D.C, 2017; ADB, *Public - Private Partnership Handbook*, Philippines, 2008; UNECE, *Guide book on Promoting Good Governance in Public - Private Partnerships*, New York and Geneva, 2008.

<sup>9</sup> Tlđđ, mục VI-B-2, tr. 227-242.

<sup>10</sup> Tlđđ, đoạn 38, mục VI-B-2-f, tr. 237-238.

hạn sự hạn chế trong việc áp dụng nguyên tắc không công khai (do yêu cầu bắt buộc của pháp luật PPP về việc công khai, minh bạch dự án PPP đến công chúng), vấn đề từ bỏ quyền miễn trừ quốc gia, khả năng thực thi phán quyết trọng tài trong trường hợp quốc gia thực thi phán quyết không phải thành viên Công ước New York 1958<sup>11</sup>.

Thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại nói chung và tranh chấp hợp đồng PPP nói riêng trên thế giới, việc các bên lựa chọn sử dụng trọng tài nội địa để giải quyết tranh chấp ngày càng phổ biến. Tranh chấp liên quan đến dự án đường cao tốc Ontario 407 ở Canada được giải quyết vào năm 2004 là tranh chấp điển hình chứng minh những ưu điểm của phương thức TTDM.

Dự án cao tốc Ontario 407 là dự án được khởi xướng vào năm 1987 với dự định của chính quyền là phát triển theo mô hình xây dựng – kinh doanh – chuyển giao (BOT). Sau đó, vì một số vấn đề phát sinh liên quan đến việc lựa chọn NĐT, chính quyền Ontario đã quyết định đầu tư con đường bằng ngân sách công và bán lại quyền thu phí cho NĐT (tức thực hiện theo mô hình nhượng quyền - một biến thể của mô hình PPP) vào năm 1999<sup>12</sup>.

Sau 5 năm thực hiện hợp đồng dự án, đến năm 2004, chính quyền Ontario và NĐT phát sinh tranh chấp liên quan đến hợp đồng dự án.

Cụ thể, trong 5 năm thực hiện hợp đồng, NĐT đã nhiều lần tăng phí dịch vụ của người sử dụng và cho rằng việc tăng phí này hoàn toàn phù hợp với thỏa thuận ban đầu tại hợp đồng dự án. Theo đó, NĐT được quyền tăng phí khi lưu lượng tham gia giao thông đạt đến ngưỡng nhất định, và không cần thiết phải thông báo hay nhận được sự chấp thuận của chính quyền. Ngược lại, chính quyền Ontario cho rằng việc NĐT tăng phí là trái thỏa thuận hợp đồng, đồng thời việc tăng phí chỉ được thực hiện khi có sự đồng ý của chính quyền tỉnh<sup>13</sup>. Theo đánh giá, nguyên nhân của tranh chấp xuất phát từ điều khoản mở của hợp đồng dự án và hai bên có cách hiểu không thống nhất về nội dung điều khoản trên<sup>14</sup>.

Vụ tranh chấp đã được giải quyết qua nhiều phương thức khác nhau cũng như nhiều cấp khác nhau. Đầu tiên, tranh chấp được giải quyết bởi Trọng tài độc lập vào tháng 7/2004, sau đó lần lượt được giải quyết bởi Tòa án cấp cao Ontario vào tháng 01/2005 và Tòa án phúc thẩm Ontario vào tháng 6/2005. Kết quả, Trọng tài độc lập và Tòa cấp cao Ontario tuyên phán quyết cho rằng NĐT không vi phạm hợp đồng; trong khi phán quyết của Tòa phúc thẩm Ontario lại có một số điểm khác biệt<sup>15</sup>. Cuối cùng, để giữ quan hệ hợp tác lâu dài (99 năm theo hợp đồng đã ký kết), chính quyền Ontario và NĐT đã quyết định đàm phán và đi đến sự thống nhất về hướng giải quyết tranh chấp<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Tlđđ, đoạn 25, mục VI-B-2-e, tr. 233-234; đoạn 41-43, mục VI-B-2-f, tr. 239-240; đoạn 44, mục VI-B-2-f, tr. 240-241.

<sup>12</sup> Mendoza, Eugenio; Gold, Mitchell; Cater, Peter; Parmar, Jodie (1999), “*The sale of Highway 407 express toll route: A case study*”, Journal of Project Finance, New York, vol. 5, Iss. 3, pp.5-14.

<sup>13</sup> Daily Commercial News, “*Ontario to appeal ruling on 407 tolls*”, <https://canada.constructconnect.com/dcn/news/others/2004/07/ontario-to-appeal-ruling-on-407-tolls-dcn030021w>, accessed 01/4/2022.

<sup>14</sup> Bộ Giao thông vận tải, “*Canada: Tuyển cao tốc thu phí 407, Ontario*”, <https://mt.gov.vn/mkhcn/tin-tuc/990/7815/canada--tuyen-cao-toc-thu-phi-407--ontario.aspx>, truy cập ngày 01/4/2022.

<sup>15</sup> 407 ETR, “*Court Grants Leave to Appeal Ruling Regarding Tolls*”, <https://407etr.com/en/highway/news/news-release/2005/news-release2005-10.html>, accessed 02/4/2022.

<sup>16</sup> Ferrovial Press room, “*407 ETR and Ontario Government reach amicable settlement to all legal disputes*”, [https://newsroom.ferrovial.com/en/press\\_releases/407-etr-ontario-government-reach-amicable-settlement-to-all-legal-disputes/](https://newsroom.ferrovial.com/en/press_releases/407-etr-ontario-government-reach-amicable-settlement-to-all-legal-disputes/), accessed 02/4/2022.



Trong phạm vi bài viết, nhóm tác giả chỉ nhìn nhận những ưu điểm mà phương thức giải quyết tranh chấp mang lại. Trong vụ việc trên, Trọng tài là phương thức giải quyết tranh chấp được các bên ưu tiên lựa chọn. Dù nhận định có phần khiên cưỡng, nhưng điều này phần nào chứng minh được những ưu điểm của phương thức trọng tài. Bên cạnh đó, phán quyết của Trọng tài cũng hoàn toàn trùng khớp với phán quyết của Tòa án cấp cao Ontario sau đó, chứng minh tính chính xác, khách quan của phán quyết trọng tài. Nếu các bên có thiện chí nhượng bộ sớm hơn và tôn trọng phán quyết của trọng tài hơn thì vụ tranh chấp đã không kéo dài qua nhiều cấp xét xử và gây nên nhiều tranh cãi.

Khảo sát thêm về thực tiễn tranh chấp dự án PPP ở Việt Nam, với hơn 20 năm triển khai mô hình này, việc xảy ra bất đồng giữa các bên liên quan cũng là điều tất yếu. Trong đó, bất đồng giữa Nhà nước và NĐT thường không phát triển thành tranh chấp và phải đưa ra giải quyết ở cơ quan tài phán. Điều này một phần xuất phát từ vị thế của Nhà nước trong hợp đồng PPP, ảnh hưởng đến tâm lý của NĐT khi quyết định đưa tranh chấp đến cơ quan tài phán. Ngược lại, bất đồng giữa NĐT và nhà thầu dường như căng thẳng hơn và thường phát triển thành tranh chấp.

Tranh chấp đầu tiên liên quan đến dự án nhượng quyền thu phí sử dụng đường cao tốc Tp. Hồ Chí Minh – Trung Lương, giữa Tổng công ty đầu tư phát triển và quản lý dự án hạ

tầng giao thông Cửu Long với Công ty cổ phần tập đoàn An Khánh vào năm 2018. Nội dung tranh chấp liên quan đến khoản tính tiền lãi chậm thanh toán, tiền thuế giá trị gia tăng trên số phí mà công ty An Khánh đã thu và tiền đền bù thiệt hại do việc thi công hệ thống ITS của Nhà nước trên tuyến đường cao tốc<sup>17</sup>. Dù đây là tranh chấp phát sinh từ hoạt động thương mại, thuộc thẩm quyền giải quyết của cả trọng tài và tòa án, thế nhưng các bên đã lựa chọn phương thức tòa án để giải quyết tranh chấp. Theo đó, vụ kiện đã kéo dài qua nhiều cấp xét xử, từ sơ thẩm, phúc thẩm đến giám đốc thẩm. Hiện tại, Quyết định giám đốc thẩm đã tuyên hủy bản án sơ thẩm, bản án phúc thẩm, giao hồ sơ vụ án cho Tòa án xét xử sơ thẩm lại theo quy định của pháp luật<sup>18</sup>.

Tranh chấp tiếp theo liên quan đến dự án cao tốc Trung Lương – Mỹ Thuận giữa Công ty Tây An – nhà thầu dự án và Công ty Nguyễn Vinh – đơn vị ký kết hợp đồng mua bán vật liệu xây dựng. Theo đó, Công ty Nguyễn Vinh đã căng băng rôn, khẩu hiệu yêu cầu Công ty Tây An, Tập đoàn Đèo Cả (NĐT) và Công ty cổ phần BOT Trung Lương – Mỹ Thuận (doanh nghiệp dự án) thanh toán khoản nợ còn tồn đọng<sup>19</sup>. Nguyên nhân tranh chấp xuất phát từ sự chậm trễ trong việc thực hiện nghĩa vụ thanh toán của Công ty Tây An, cũng như sự nhập nhằng trong việc phân định trách nhiệm giữa nhà thầu và NĐT hoặc doanh nghiệp dự án. Mặc dù tranh chấp trên chưa được thụ lý giải quyết bởi cơ quan tài phán, nhưng mức độ căng thẳng giữa các bên khá nghiêm trọng.

<sup>17</sup> Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh, *Bản án số 631/2019/KDTM-PT về tranh chấp hợp đồng mua bán ngày 09/7/2019*, tr.3.

<sup>18</sup> Tòa án nhân dân cấp cao tại Thành phố Hồ Chí Minh, *Quyết định giám đốc thẩm số 32/2020/KDTM-GĐT ngày 24/8/2020*.

<sup>19</sup> Mạnh Hưng (2022), *Làm rõ trách nhiệm về công nợ của nhà thầu tại dự án Trung Lương – Mỹ Thuận*, Báo Quân đội nhân dân, <https://www.qdnd.vn/kinh-te/tin-tuc/lam-ro-trach-nhiem-ve-cong-no-cua-nha-thau-tai-du-an-trung-luong-my-thuan-684377>, truy cập ngày 01/4/2022.

Nếu tranh chấp kéo dài, tất yếu sẽ ảnh hưởng đến dự án, đến uy tín của các bên liên quan và cả trật tự xã hội.

Qua các vụ việc trên, có thể thấy tranh chấp là vấn đề không thể tránh khỏi trong quá trình triển khai dự án PPP. Việc sớm đưa tranh chấp đến cơ quan tài phán (nếu không thể đàm phán) là việc làm cần thiết nhằm tránh xung đột leo thang, ảnh hưởng đến dự án và đến trật tự xã hội. Một khi đã quyết định đưa tranh chấp đến cơ quan tài phán, việc lựa chọn cơ quan tài phán công hay tư cũng là một vấn đề cần được cân nhắc. Thực tế giải quyết tranh chấp ở Việt Nam đã chứng minh rằng, Tòa án là phương thức giải quyết tranh chấp phổ biến, nhưng những nhược điểm của phương thức này cũng đã được thừa nhận. Tranh chấp kéo dài qua nhiều cấp xét xử cũng như tình trạng hủy án diễn ra phổ biến. Vì vậy, các tác giả cho rằng, phương thức TTTM dù còn mới mẻ đối với tranh chấp PPP nhưng sẽ là phương thức giải quyết tranh chấp hữu hiệu, giúp hạn chế tình trạng tranh chấp kéo dài, gây ảnh hưởng đến dự án cũng như quyền lợi của các bên liên quan.

### 3. Một số kiến nghị

*Thứ nhất, xây dựng cam kết chặt chẽ và hiệu quả trong hợp đồng PPP về trách nhiệm của Nhà nước và nhà đầu tư*

Hợp đồng PPP vừa là công cụ ràng buộc trách nhiệm của các bên liên quan trong quá trình triển khai dự án, lại vừa là cơ sở để giải quyết những mâu thuẫn, bất đồng. Thực tế đã chứng minh rằng khiếm khuyết của hợp đồng sẽ dẫn đến những tranh chấp không đáng có. Vậy nên, với tinh thần phòng ngừa tranh chấp cũng như hạn chế rủi ro cho cả hai bên (đặc

biệt là NĐT) trong quá trình giải quyết tranh chấp, trước tiên phải xây dựng hợp đồng PPP với những cam kết rõ ràng, chặt chẽ từ cả hai phía đối tác.

Hiện tại, pháp luật về PPP đã quy định những nội dung cơ bản của hợp đồng dự án, yêu cầu phải xác định cụ thể quyền và nghĩa vụ của các bên liên quan, đồng thời ban hành hợp đồng mẫu để định hướng các bên trong quá trình xây dựng hợp đồng dự án<sup>20</sup>; các Bộ, cơ quan ngang Bộ chủ trì xây dựng hợp đồng mẫu áp dụng riêng cho dự án thuộc lĩnh vực quản lý của Bộ, ngành dựa trên đặc thù của dự án.

Tuy nhiên, với mục đích nâng cao hơn nữa tính chặt chẽ, rõ ràng của hợp đồng PPP, ngoài những nội dung cơ bản của hợp đồng mẫu, các chủ thể hợp đồng cần đánh giá về điều kiện, mức độ khả năng của hợp đồng, tính đầy đủ của khung pháp lý, lựa chọn hình thức hợp đồng, mô hình quản lý hợp đồng, xác định vai trò, trách nhiệm và lợi ích của các chủ thể. Một số nội dung khác cần cam kết theo khuyến nghị của Ngân hàng Phát triển châu Á (ADB)<sup>21</sup>: Diễn giải định nghĩa những thuật ngữ quan trọng và đưa ra hướng dẫn về cách diễn giải những điều khoản của hợp đồng; mục tiêu của hợp đồng; các tình huống dẫn đến sự bắt đầu, kết thúc, sửa đổi và hủy bỏ hợp đồng; Quyền, nghĩa vụ và các bảo đảm của Chính phủ; Quyền, nghĩa vụ và các bảo đảm của khu vực tư nhân; các hệ quả nếu có sự thay đổi trong luật; xác định cơ quan quản lý nhà nước, nếu có, phạm vi trách nhiệm và thẩm quyền của cơ quan này; các rủi ro chính sẽ được phân bổ và ngăn ngừa như thế nào; các điều kiện bất khả kháng và cách xử lý; thủ tục cần phải tuân thủ khi bất kỳ bên nào trong hợp đồng muốn thay đổi bất kỳ phần quan trọng nào

<sup>20</sup> Phụ lục VI Nghị định số 35/2021/NĐ-CP ngày 29/3/2021 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật PPP (Nghị định số 35/2021/NĐ-CP).

<sup>21</sup> Ngân hàng Phát triển châu Á, *Mối quan hệ giữa Nhà nước và tư nhân*, <https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/32253/ppp-handbook-vn.pdf>, truy cập ngày 05/4/2022.

của hợp đồng; các xung đột lợi ích và phương pháp giải quyết tranh chấp; thủ tục giải quyết tranh chấp; cơ chế để các bên tham gia hợp đồng có thể trao đổi và tương tác với nhau.

*Thứ hai, bổ sung điều kiện để được giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài Việt Nam trong mẫu hợp đồng dự án PPP*

Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư năm 2020 quy định thẩm quyền của Trọng tài Việt Nam trong việc giải quyết tranh chấp dự án PPP. Quy định này đáp ứng điều kiện cần; đó là tranh chấp phát sinh từ hợp đồng dự án PPP thuộc thẩm quyền giải quyết của TTTM. Bên cạnh đó, điều kiện đủ là phải có thỏa thuận trọng tài. Mặc dù thỏa thuận trọng tài có thể lập trước hoặc sau khi xảy ra tranh chấp<sup>22</sup>, thế nhưng sau khi tranh chấp xảy ra thì rất khó có thể đạt được thỏa thuận trọng tài. Đây là tình trạng phổ biến ở các quốc gia trên thế giới, khi phía đối tác công thường không mong muốn sử dụng phương thức trọng tài để giải quyết tranh chấp bởi họ đã quen thuộc với thủ tục tố tụng tư pháp<sup>23</sup>.

Do vậy, thỏa thuận trọng tài cần được xác lập trước khi xảy ra tranh chấp và xác lập ngay trong chính hợp đồng dự án. Để ràng buộc các bên liên quan trong việc xác lập thỏa thuận trọng tài, cần bổ sung quy định thỏa thuận trọng tài là một điều khoản trong hợp đồng mẫu tại Phụ lục VI Nghị định số 35/2021/NĐ-CP. Theo đó, điều khoản thỏa thuận trọng tài mẫu có thể được soạn thảo như sau: “*Bất kỳ tranh chấp nào phát sinh hoặc liên quan đến hợp đồng này, nếu không thể giải quyết bằng các phương thức thương lượng hoặc hòa giải, thì sẽ được đưa ra Trung tâm trọng tài... để giải quyết*”.

<sup>22</sup> Điều 5 Luật TTTM năm 2010.

<sup>23</sup> Tlđđ 7, Đoạn 46 Mục VI-B-2, tr. 241.

<sup>24</sup> Tlđđ 7, mục IV-I-3, tr. 170-171.

<sup>25</sup> Khoản 1 Điều 4 Luật TTTM năm 2010.

Đề xuất trên có thể vấp phải sự phản đối, cho rằng việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp (trọng tài/ tòa án) là quyền tự do của các bên và pháp luật PPP không được phép can thiệp. Tuy nhiên, các tác giả cho rằng, đây có thể là một sự “gợi ý” cho các bên trong quá trình xác lập hợp đồng PPP nhằm bảo vệ quyền lợi của bên yếu thế trong quan hệ PPP; và các bên vẫn có quyền tự do thỏa thuận phương thức khác trước khi hợp đồng PPP được giao kết.

*Thứ ba, xây dựng và áp dụng quy tắc tố tụng trọng tài rút gọn trong giải quyết tranh chấp PPP nhằm hạn chế sự gián đoạn của việc cung cấp sản phẩm, dịch vụ công*

Trong dự án PPP, tính liên tục của sản phẩm, dịch vụ công là một trong những tiêu chí quan trọng để đánh giá chất lượng dịch vụ và luôn được ưu tiên khi xử lý những sự cố phát sinh trong quá trình thực hiện dự án<sup>24</sup>. Không ngoại lệ, việc giải quyết tranh chấp liên quan đến dự án PPP cũng phải tính đến vấn đề này. Theo đó, một quy trình tố tụng đơn giản, ngắn gọn có thể được cân nhắc khi xử lý tranh chấp PPP, tránh việc tranh chấp kéo dài gây gián đoạn dịch vụ công, ảnh hưởng đến quyền lợi của người sử dụng dịch vụ.

Vì vậy, thủ tục rút gọn sẽ là một gợi ý. Tuy nhiên, đây lại là vấn đề chưa được quy định trong pháp luật TTTM. Bởi vì, khác với sự “cứng nhắc” của tố tụng tòa án, tố tụng trọng tài đề cao và tôn trọng tối đa sự thỏa thuận của các bên, trong đó có cả sự thỏa thuận về quy trình tố tụng<sup>25</sup>. Khi đó, các bên hoàn toàn có thể thỏa thuận với nhau và với Hội đồng trọng tài về việc áp dụng quy trình tố tụng ngắn gọn, đơn giản hơn so với quy trình tố tụng thông thường.

Vì vậy, pháp luật TTTM có thể sẽ không cần thiết phải can thiệp để điều chỉnh thủ tục rút gọn trong tố tụng trọng tài.

Sự giải thích trên có phần hợp lý, tuy nhiên trong thời gian gần đây, các tổ chức quốc tế lại có phần quan tâm nhiều hơn đến việc ban hành quy tắc rút gọn trong tố tụng trọng tài. Cụ thể, vào năm 2021, cả UNCITRAL và Phòng thương mại quốc tế (ICC) đều ban hành bộ quy tắc trọng tài rút gọn, bổ sung cho Quy tắc trọng tài đang có hiệu lực áp dụng<sup>26</sup>. Việc ban hành bộ quy tắc này sẽ giúp định hướng, hỗ trợ các bên và Hội đồng trọng tài trong quá trình giải quyết tranh chấp, cũng như ràng buộc trách nhiệm của các bên liên quan (cả các bên tranh chấp và Hội đồng trọng tài) để chắc chắn rằng tranh chấp sẽ được giải quyết một cách nhanh chóng nhưng vẫn bảo đảm hiệu quả.

Tham khảo Bộ quy tắc của UNCITRAL, quy trình tố tụng rút gọn được xây dựng dựa trên nền tảng của quy trình tố tụng thông thường, nhưng được lược bỏ hoặc gộp một số thủ tục hoặc rút ngắn thời gian giải quyết một số thủ tục. Có thể liệt kê một số điểm nổi bật trong quy trình tố tụng rút gọn được ban hành trong Bộ quy tắc của UNCITRAL như sau: (i) Nguyên đơn phải nộp kèm yêu cầu khởi kiện đồng thời với việc thông báo giải quyết tranh chấp bằng TTTM; (ii) Bị đơn phải nộp đồng thời bản tự bảo vệ và yêu cầu phản tố (nếu có) trong thời hạn sau khi phản hồi về việc đồng ý tham gia tố tụng trọng tài; (iii) Các bên tranh chấp không được sửa đổi, bổ sung yêu cầu hoặc chứng cứ/ tài liệu khác sau khi đã hết thời gian đặt ra, nếu Hội đồng trọng tài cho rằng không thực sự cần thiết; (iv) Thành phần Hội đồng

trọng tài chỉ bao gồm 01 trọng tài viên duy nhất, do các bên lựa chọn hoặc được chỉ định bởi cơ quan chỉ định/Tòa án trọng tài thường trực (PCA); (v) Phiên điều trần có thể được tổ chức hoặc không được tổ chức tùy tính chất vụ việc. Nếu phiên điều trần được tổ chức, sẽ ưu tiên sử dụng công nghệ để giúp tiết kiệm thời gian, chẳng hạn phiên điều trần trực tuyến; (vi) Hội đồng trọng tài có quyền tự quyết việc rút bớt một số thủ tục không thực sự quan trọng, sau khi đã tham khảo ý kiến các bên; (vii) Thời gian tối đa để Hội đồng trọng tài ban hành phán quyết là 6 tháng, từ thời điểm Hội đồng trọng tài được thành lập. Trong trường hợp đặc biệt, thời hạn này có thể được gia hạn thêm 3 tháng, tức tối đa 9 tháng. Nếu vẫn không thể ra phán quyết trong thời hạn trên, Hội đồng trọng tài có thể kéo dài thêm một khoảng thời gian nữa, với điều kiện được các bên đồng ý<sup>27</sup>.

Như vậy, với quy trình rút gọn, có thể kỳ vọng quá trình giải quyết tranh chấp sẽ kéo dài 6 tháng hoặc tối đa 9 tháng. Đây có thể là một sự gợi ý cho các nhà làm luật trong quá trình sửa đổi, bổ sung Luật TTTM năm 2010 trong thời gian tới, đồng thời cũng là một sự gợi ý cho cơ quan có thẩm quyền/cơ quan ký kết hợp đồng và NĐT trong quá trình soạn thảo hợp đồng PPP. Tuy nhiên, với tinh thần hạn chế tối đa việc gián đoạn dịch vụ công, chúng ta không thể kỳ vọng hoàn toàn vào việc rút ngắn thời gian giải quyết tranh chấp. Thay vào đó, hợp đồng PPP cũng cần có sự dự liệu bằng cách ràng buộc trách nhiệm duy trì cung cấp dịch vụ của NĐT/doanh nghiệp dự án trong suốt quá trình giải quyết tranh chấp cho đến khi có phán quyết của cơ quan tài phán ■

<sup>26</sup> UNCITRAL, *Expedited Arbitration Rules 2021*, <https://iaa-network.com/wp-content/uploads/2021/11/2021UNCITRAL-Expedited-Arbitration-Rules.pdf>; ICC, *Arbitration Rules 2021*, <https://iccwbo.org/disputeresolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>, accessed 02/4/2022.

<sup>27</sup> Tlđđ, Điều 3, khoản 2 Điều 4, khoản 1 và khoản 2 Điều 5, Điều 7, Điều 10, Điều 11, Điều 12, Điều 13, Điều 15, khoản 2 và khoản 3 Điều 16.



# HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ XỬ LÝ HÀNH VI THAO TÚNG THỊ TRƯỜNG CHỨNG KHOÁN

Tạ Thị Thùy Trang

ThS. Đại học Thương Mại

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Thị trường chứng khoán, thao túng thị trường chứng khoán.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 05/04/2022

Biên tập : 10/06/2022

Duyệt bài : 12/06/2022

## Article Information:

*Keywords:* Securities market; securities market manipulation.

## Article History:

Received : 05 Apr. 2022

Edited : 10 Jun 2022

Approved : 12 Jun 2022

## Tóm tắt:

Hành vi “thao túng thị trường chứng khoán” đang diễn ra ngày càng phức tạp, tác động xấu đến thị trường chứng khoán, ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi của nhà đầu tư. Vấn đề đặt ra hiện nay là cần có khung pháp lý hoàn chỉnh kiểm soát, hạn chế hành vi này để bảo đảm sự minh bạch, phát triển lành mạnh của thị trường chứng khoán Việt Nam. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các quy định của pháp luật về xử lý hành vi thao túng thị trường chứng khoán, chỉ ra bất cập, hạn chế và đề xuất giải pháp hoàn thiện.

## Abstract:

The behavior of “securities market manipulation” is becoming more and more complicated, adversely affecting the stock market, directly affecting the interests of investors. The current problem is the need for a complete legal framework to control and limit this behavior to ensure transparency and healthy development of Vietnam’s securities market. Within the scope of the article, the author provides an analysis of the legal provisions on handling manipulations the behavior of the securities market, points out inadequacies, limitations and proposes a number of recommendations for further improvements.

Thị trường chứng khoán có thể thúc đẩy sự phát triển của một nền kinh tế thông qua việc huy động, phân bổ và sử dụng các nguồn lực hiệu quả<sup>1</sup>. Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đạt được, thị trường chứng khoán Việt Nam cần tiếp tục hoàn thiện khung pháp lý để kiểm soát, hạn chế các hành vi “thao túng thị trường chứng khoán”, vì sự phát triển lành mạnh, bền vững.

## 1. Khái quát về thao túng thị trường chứng khoán

Thao túng thị trường chứng khoán được mô tả là việc sử dụng nhiều tài khoản chứng khoán nhằm tạo cung cầu giả tạo, ảnh hưởng đến giá chứng khoán để đánh lừa các nhà đầu tư. Đây là một hình thức lạm dụng thị trường, chẳng hạn như lan truyền thông tin sai lệch, cố ý nhập lệnh mua và bán cho cùng một mã chứng khoán ở cùng một mức giá, che giấu tỷ lệ sở hữu khi luật pháp yêu cầu báo cáo. Thao túng thị trường gây bất lợi cho

<sup>1</sup> Qamruzzaman, M. & Wei, J. (2018), *Financial innovation, stock market development, and economic growth: An application of ardl model*, International Journal of Financial Studies, vol. 6(3), pp.69-99.

các bên tham gia và cả tổng thể thị trường chứng khoán do ảnh hưởng trực tiếp đến hình thành giá khiến khó phân tích và dự báo các khoản đầu tư tốt nhất; doanh nghiệp khó có thể huy động được vốn, trì hoãn các dự án hay hoạt động mở rộng sản xuất kinh doanh, cuối cùng làm giảm công ăn việc làm và làm chậm hoạt động của nền kinh tế. Bất kỳ sự can thiệp nào trong cơ chế thị trường ngăn cản việc xác định giá hợp lý, cũng như bất kỳ yếu tố nào có thể ảnh hưởng đến giá chứng khoán giả tạo đều có thể được coi là thao túng thị trường chứng khoán. Ủy ban Giao dịch chứng khoán Hoa Kỳ (SEC) đã xác định các hành vi thao túng thị trường như sau: hành vi cố ý và được lập sẵn để kiểm soát hoặc ảnh hưởng đến thị trường chứng khoán của các nhà đầu tư<sup>2</sup>. Thao túng thị trường thường đề cập đến các hoạt động có thể gây trở ngại cho cung - cầu chứng khoán, như mô phỏng và tạo ra giá giả cho chứng khoán, dẫn đến lừa dối người tham gia thị trường.

Việc xác định trách nhiệm pháp lý đối với hành vi thao túng thị trường chứng khoán có mục đích ngăn chặn những hành vi vi phạm, khôi phục lại các quan hệ trong lĩnh vực chứng khoán do hành vi vi phạm gây ra, đồng thời đảm bảo cho sự phát triển ổn định và bền vững của thị trường chứng khoán. Do đó, hầu hết các quốc gia trên thế giới đều quy định thao túng là hành vi bị cấm. Có thể liệt kê ra ở đây, như tại Úc, thao túng thị trường ban đầu bị cấm theo Luật Chứng khoán năm 1970, quy định chi tiết về các giao dịch giả tạo hoặc gây hiểu nhầm

về hoạt động giao dịch liên quan đến chứng khoán niêm yết hoặc trên thị trường chứng khoán. Hiện nay, thao túng thị trường và các hoạt động sai trái khác tại Úc bị nghiêm cấm theo Luật Doanh nghiệp, Luật Thị trường tài chính. Hay như Điều 245 Luật Chứng khoán và Các công cụ phái sinh (SFO) của Hồng Kong đã đưa ra khái niệm “các hành vi sai trái” bị cấm trên thị trường chứng khoán, bao gồm cả giao dịch nội bộ, giao dịch sai, gian lận giá, tiết lộ thông tin sai lệch hoặc gây hiểu lầm và thao túng thị trường chứng khoán. Khái niệm “hành vi sai trái thị trường” là dựa trên các điều khoản tương đương trong Luật Doanh nghiệp Úc. Điều 278 (khoản 1) của SFO định nghĩa thao túng thị trường chứng khoán khi liên quan đến hai hoặc nhiều giao dịch nhằm tăng, giảm hoặc duy trì giá thị trường với mục đích khiến người khác giao dịch<sup>3</sup>.

Tại Việt Nam, cùng với sự phát triển của thị trường chứng khoán, các hành vi thao túng ngày càng tinh vi, phức tạp, khó phát hiện và xử lý. Để bảo vệ quyền lợi của các nhà đầu tư, pháp luật nước ta cũng đã đưa ra các quy định nghiêm ngặt để xử lý các hành vi thao túng thị trường chứng khoán. Khoản 3 Điều 12 Luật Chứng khoán năm 2019 quy định hành vi thao túng giá chứng khoán là một trong các hành vi bị nghiêm cấm trong hoạt động chứng khoán và thị trường chứng khoán. Theo đó, khoản 2 Điều 3 Nghị định số 156/2020/NĐ-CP đã làm rõ thao túng thị trường chứng khoán là việc thực hiện hành vi bị nghiêm cấm trong hoạt động về chứng khoán và thị trường chứng

<sup>2</sup> Joshua L. Ray (2021), *Market Manipulation Under US Federal Law*, <https://www.rahmanravelli.co.uk/articles/market-manipulation-in-the-us-explained/>.

<sup>3</sup> Nguyễn Thanh Huyền (2018), Thao túng thị trường chứng khoán - góc nhìn pháp lý. Tạp chí Chứng khoán Việt Nam, số 240, tr.7 - 11.

## THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

khoán, “gồm một, một số hoặc tất cả các hành vi dưới đây:

a) Sử dụng một hoặc nhiều tài khoản giao dịch của mình hoặc của người khác hoặc thông đồng liên tục mua, bán chứng khoán nhằm tạo ra cung, cầu giả tạo;

b) Đặt lệnh mua và bán cùng loại chứng khoán trong cùng ngày giao dịch hoặc thông đồng với nhau giao dịch mua, bán chứng khoán mà không dẫn đến chuyển nhượng thực sự quyền sở hữu hoặc quyền sở hữu chỉ luân chuyển giữa các thành viên trong nhóm nhằm tạo giá chứng khoán, cung cầu giả tạo;

c) Liên tục mua hoặc bán chứng khoán với khối lượng chi phối vào thời điểm mở cửa hoặc đóng cửa thị trường nhằm tạo ra mức giá đóng cửa hoặc giá mở cửa mới cho loại chứng khoán đó trên thị trường;

d) Giao dịch chứng khoán bằng hình thức cấu kết, lôi kéo người khác liên tục đặt lệnh mua, bán chứng khoán gây ảnh hưởng lớn đến cung cầu và giá chứng khoán, thao túng giá chứng khoán;

đ) Đưa ra ý kiến một cách trực tiếp hoặc gián tiếp thông qua phương tiện thông tin đại chúng về một loại chứng khoán, về tổ chức phát hành chứng khoán nhằm tạo ảnh hưởng đến giá của loại chứng khoán đó sau khi đã thực hiện giao dịch và nắm giữ vị thế đối với loại chứng khoán đó;

e) Sử dụng các phương thức hoặc thực hiện các hành vi giao dịch khác hoặc kết hợp tung tin đồn sai sự thật, cung cấp thông tin sai lệch ra công chúng để tạo cung cầu giả tạo, thao túng giá chứng khoán”.

Tóm lại, dưới góc độ pháp lý có thể hiểu, thao túng thị trường chứng khoán là hành vi cố

ý đánh lừa các nhà đầu tư bằng cách kiểm soát hoặc tác động giả tạo đến giá chứng khoán. Hành vi này cũng có thể liên quan đến các tuyên bố sai sự thật nhưng làm ảnh hưởng đến giá chứng khoán nhằm đánh lừa các nhà đầu tư khác.

Thao túng thị trường chứng khoán có thể nhận diện qua các đặc điểm sau đây:

*Thứ nhất*, về hành vi: Thao túng thị trường chứng khoán có 3 loại, cụ thể: (i) hành vi cố gắng thay đổi giá của chứng khoán bằng cách thực hiện tác động giá thực tế nhằm thay đổi dòng tiền tương lai, ví dụ như bán một chi nhánh của doanh nghiệp mà không thông báo cho các cổ đông; (ii) thao túng dựa trên thông tin để thay đổi giá thông qua việc đưa ra các tin đồn hoặc thông tin sai lệch; (iii) thao túng dựa trên các giao dịch, xảy ra khi nhà đầu tư cố gắng thao túng giá bằng cách đơn giản mua và bán chứng khoán, không thực hiện bất kỳ hành động công bố công khai nào về việc thực hiện giao dịch.

*Thứ hai*, về chủ thể: Chủ thể có hành vi vi phạm là các tổ chức, cá nhân trực tiếp liên quan đến các hoạt động chứng khoán và thị trường chứng khoán. Đây thực chất là thủ đoạn của một số người (từ hai người trở lên) tham gia giao dịch mua bán chứng khoán đã thống nhất với nhau trong việc mua đi bán lại với nhau nhưng thực chất chỉ là mua bán giả nhằm tạo ra cung cầu giả tạo trên thị trường để trục lợi. Việc làm giá thường được diễn ra khi doanh nghiệp vừa có sự kiện quan trọng như mới đăng ký giao dịch trên UpCom, vừa niêm yết trên sở giao dịch chứng khoán, chuyển sàn, mời đối tác chiến lược...

*Thứ ba*, về số lượng tài khoản được sử dụng: Các giao dịch thao túng giá thường được thực

hiện bằng cách sử dụng nhiều tài khoản khác nhau với nhiều kỹ thuật như: bơm giá và bán tháo, giao dịch không dẫn đến việc thay đổi sở hữu, tần suất giao dịch bất thường của nhóm tài khoản, giao dịch tạo giá đóng cửa, giao dịch tạo ấn tượng giả tạo về tính thanh khoản. Các kỹ thuật để thực hiện thao túng ngày càng tinh vi, có yếu tố thông đồng, nhóm người làm người hưởng để trốn tránh bị phát hiện khoản “thu lợi bất chính”, các tài khoản trong nhóm được dàn trải ra ở nhiều công ty chứng khoán để tránh phát hiện bất thường về lệnh đặt quá lớn và thường xuyên ở một công ty chứng khoán.

*Thứ tư*, về mục đích: Hành vi vi phạm xuất phát từ việc mưu cầu những lợi ích vật chất, hành vi thao túng giá chứng khoán đều được thực hiện do lỗi cố ý.

## 2. Một số bất cập của pháp luật hiện hành về xử lý hành vi thao túng thị trường chứng khoán

*Thứ nhất*, pháp luật hiện hành chưa có các quy định cụ thể để hạn chế sự bất đối xứng thông tin trên thị trường chứng khoán, dẫn đến khó kiểm soát hành vi thao túng thị trường.

Trong một doanh nghiệp, nhóm người nắm được thông tin sớm, đầy đủ hơn là ban lãnh đạo của công ty. Vì vậy, Việt Nam nói riêng và đa số các quốc gia trên thế giới nói chung đều có quy định cấm giao dịch nội gián, tức là không được phép mua bán dựa vào các thông tin chưa công khai. Đồng thời, các lãnh đạo và người liên quan cũng phải công bố thông tin trước và sau khi giao dịch chứng khoán của công ty mình để thị trường được biết. Theo Luật Chứng khoán năm 2019, bên liên quan của một người bao gồm bố mẹ đẻ, bố mẹ chồng, bố mẹ vợ, vợ, chồng, con đẻ, con nuôi, con dâu, con rể, anh chị em ruột, anh chị em dâu, anh chị em rể. Đây

là những đối tượng có quan hệ thân thiết với lãnh đạo doanh nghiệp và nhiều khả năng được lãnh đạo tiết lộ thông tin nội bộ. Qua đó cho thấy, dù là giao dịch “chui” hay được tiến hành hợp pháp, công khai thì việc các lãnh đạo công ty tiến hành giao dịch chứng khoán đều tạo nên những lo ngại từ phía cộng đồng nhà đầu tư và luôn tiềm ẩn những rủi ro về sự không công bằng, đặc biệt là nguy cơ “sử dụng một hoặc nhiều tài khoản giao dịch của mình hoặc của người khác hoặc thông đồng liên tục mua, bán chứng khoán nhằm tạo ra cung, cầu giả tạo” do nắm được thông tin nội bộ. Nhìn vào thực tế thị trường chứng khoán (TTCK) Việt Nam, dễ dàng nhận thấy tình trạng nhiễu loạn thông tin. Đầu tư theo tin đồn dần trở thành một “trường phái” đầu tư với khẩu hiệu như “tin ra là bán”. Những thông tin về tình hình tài chính, kế hoạch, dự án, lợi nhuận, lãnh đạo... chưa được công bố chính thức nhưng lại được truyền khắp các diễn đàn dưới dạng “tin đồn”. Điều đáng nói là không ít tin đồn hoàn toàn trùng khớp với tin được công bố. Rõ ràng, tình trạng bất cân xứng về thông tin đang rất phổ biến và trầm trọng. Ý thức về bảo mật thông tin dường như chưa hình thành và rất nhiều người vẫn thân nhiên sử dụng lợi thế người nội bộ để thực hiện hành vi thao túng TTCK nhằm thu lợi cho mình.

*Thứ hai*, pháp luật hiện hành còn thiếu cơ sở pháp lý để chứng minh hành vi thao túng thị trường chứng khoán.

Theo Nghị định số 156/2020 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực chứng khoán, người dùng thông tin nội bộ để mua, bán chứng khoán hoặc thao túng TTCK có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc bị phạt tiền gấp 10 lần khoản thu trái pháp luật. Tuy nhiên, việc chứng minh một người thao



túng giá chứng khoán thường rất khó khăn, đòi hỏi nhiều thời gian và nguồn lực. Giả sử, lãnh đạo doanh nghiệp có thể thông đồng lộ tin tức ra cho người không thuộc diện phải công bố thông tin để người này liên tục mua bán chứng khoán kiếm lời, sau đó chia chác lợi nhuận với nhau. Đây rõ ràng là thao túng TTCK nhưng để có bằng chứng cũng không phải dễ vì không thể kiểm soát mối quan hệ của các cá nhân trong xã hội. Hay như cổ đông nội bộ hoặc người liên quan cũng có thể dùng một “tài khoản phụ” đứng tên người khác để mua hàng triệu chứng khoán. Sau khi ngầm mua xong thì mới nộp văn bản chính thức đăng ký mua. Trong thời gian đã đăng ký, chứng khoán sẽ được chuyển từ “tài khoản phụ” sang tài khoản chính chủ bằng giao dịch thỏa thuận. Cách làm này giúp cho người nội bộ mua được chứng khoán một cách bí mật, không lo giá bị đẩy lên cao sau khi công bố thông tin. Khi muốn bán chứng khoán cách làm cũng tương tự, “tài khoản phụ” sẽ bán trước khi ra tin, sau đó chuyển chứng khoán từ tài khoản chính chủ sang bằng giao dịch thỏa thuận. Việc thực hiện giao dịch mua, bán chứng khoán này thực chất không dẫn đến chuyển nhượng thực sự quyền sở hữu hoặc quyền sở hữu chỉ luân chuyển giữa các thành viên trong nhóm nhằm tạo giá chứng khoán, cung cầu giả tạo. Chỉ dựa vào sao kê hoạt động tài khoản sẽ không tìm được bằng chứng sai phạm.

Bên cạnh đó, để phát hiện và chứng minh thiệt hại vật chất của hành vi thao túng giá trong lĩnh vực chứng khoán để xử lý hình sự rất phức tạp. Cụ thể, đối với tội “thao túng thị trường chứng khoán”, Bộ luật Hình

sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS) đã cụ thể hoá căn cứ xác định tội phạm đối với hành vi có dấu hiệu của tội thao túng thị trường chứng khoán như: Sử dụng một hoặc nhiều tài khoản giao dịch của mình hoặc của người khác thông đồng với nhau liên tục mua, bán chứng khoán nhằm tạo ra cung, cầu giả tạo; Liên tục mua hoặc bán chứng khoán với khối lượng chi phối vào thời điểm mở cửa hoặc đóng cửa thị trường nhằm tạo ra mức giá đóng cửa hoặc giá mở cửa mới cho loại chứng khoán đó trên thị trường... Việc thu lợi bất chính từ 500 triệu đồng, hoặc gây thiệt hại cho nhà đầu tư từ 01 tỷ đồng trở lên cho các lỗi trong lĩnh vực chứng khoán (không chỉ là thao túng) cũng sẽ bị xử lý hình sự. Như vậy, tội “thao túng thị trường chứng khoán” theo quy định tại Điều 211 BLHS là tội có cấu thành tội phạm vật chất. Theo đó, các dấu hiệu bắt buộc của tội phạm là hành vi khách quan và hậu quả thiệt hại do hành vi vi phạm gây ra. Trên thực tế, khó xác định những nhà đầu tư nào bị thiệt hại do hành vi thao túng giá chứng khoán. Chính điều này khiến cho nhiều vụ việc dù chứng minh được hành vi khách quan nhưng lại không chứng minh được hậu quả của hành vi (khoản thu lời bất chính hay thiệt hại của cá nhân, nhà đầu tư khác) dẫn đến việc hành vi chỉ dừng lại ở mức độ vi phạm hành chính. Báo cáo định kỳ của Ủy ban Chứng khoán nhà nước cho thấy, số liệu các mã chứng khoán có nghi vấn giao dịch bất thường hàng năm khá nhiều, nhưng số lượng trường hợp chứng minh có lỗi lại rất thấp do không đủ căn cứ<sup>4</sup>. Điều này thấy rõ nhất trong vụ việc thao túng giá cổ phiếu FTM của CTCP Đầu

<sup>4</sup> Văn Giáp (2022), *Cần giải pháp căn cơ hạn chế thao túng thị trường chứng khoán*, <https://bnews.vn/can-giai-phap-can-co-han-che-thao-tung-thi-truong-chung-khoan/238611.html>.

tư và Phát triển Đức Quân của ông Lê Mạnh Thường và bà Phạm Thị Phương. Quá trình điều tra, cơ quan chức năng xác định ông Thường và bà Phương đã sử dụng đến 50 tài khoản chứng khoán để giao dịch, nhằm tạo cung cầu giả, thao túng giá cổ phiếu. Vụ việc khiến 12 công ty chứng khoán và một ngân hàng bị thiệt hại khoảng 200 tỷ đồng<sup>5</sup>. Nhưng kết quả điều tra xác định hành vi của ông Thường chưa sinh lợi bất hợp pháp nên không bị truy cứu trách nhiệm hình sự, chỉ bị phạt hành chính. Thực tế vừa qua, trên cơ sở giám sát, thanh tra, kiểm tra từ năm 2020 đến tháng 9/2021, Ủy ban Chứng khoán nhà nước (UBCKNN) đã xử phạt 659 tổ chức và cá nhân vi phạm hành chính với tổng số tiền phạt hơn 34 tỷ đồng; trong đó, chỉ xử phạt 11 tổ chức, cá nhân có hành vi thao túng<sup>6</sup>. Số lượng các vụ việc thao túng TTCK bị xử lý hình sự thực sự rất ít.

*Thứ ba*, quy định về chế tài xử phạt hành vi thao túng thị trường chứng khoán còn nhẹ, chưa đủ sức răn đe.

### - Về hình sự

Cá nhân, pháp nhân thương mại nào có hành vi thao túng TTCK có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội thao túng TTCK được quy định tại Điều 211 BLHS có thể bị phạt tiền hoặc phạt tù. Hình phạt nặng nhất được quy định tại khoản 2 Điều này. Theo đó, người phạm tội có thể bị phạt tù 7 năm nếu có các tình tiết tăng nặng như: Sử dụng một hoặc nhiều tài khoản giao dịch nhằm tạo ra cung, cầu giả tạo; thông đồng với người khác đặt lệnh mua và bán cùng loại chứng khoán, đưa ra ý kiến một cách

trực tiếp hoặc gián tiếp thông qua phương tiện thông tin đại chúng khi nắm giữ vị thế đối với loại chứng khoán nào đó...

### - Về hành chính

Mức xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi vi phạm thao túng TTCK được quy định tại Điều 36 Nghị định số 156/2020/NĐ-CP (được sửa đổi bởi khoản 30 Điều 1 Nghị định 128/2021/NĐ-CP), cụ thể:

+ *Phạt tiền*: Phạt tiền 10 lần khoản thu trái pháp luật nhưng không thấp hơn 3.000.000.000 đồng đối với tổ chức, 1.500.000.000 đồng đối với cá nhân.

Trường hợp không có khoản thu trái pháp luật hoặc mức phạt tính theo khoản thu trái pháp luật thấp hơn 3.000.000.000 đồng đối với tổ chức, thấp hơn 1.500.000.000 đồng đối với cá nhân thì áp dụng mức phạt tiền là 3.000.000.000 đồng đối với tổ chức, 1.500.000.000 đồng đối với cá nhân.

+ *Hình thức xử phạt bổ sung*: Đình chỉ hoạt động kinh doanh, dịch vụ chứng khoán trong thời hạn từ 01 tháng đến 03 tháng đối với công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ đầu tư chứng khoán, chi nhánh công ty chứng khoán hoặc công ty quản lý quỹ nước ngoài tại Việt Nam có hành vi vi phạm; Tước quyền sử dụng chứng chỉ hành nghề chứng khoán trong thời hạn từ 18 tháng đến 24 tháng đối với người hành nghề chứng khoán có hành vi vi phạm.

+ *Biện pháp khắc phục hậu quả*: Buộc nộp lại khoản thu trái pháp luật có được do thực hiện hành vi vi phạm.

<sup>5</sup> Hải Nam (2022), *Thao túng giá cổ phiếu, người linh án tù, người bị phạt tiền tỷ*, <https://zingnews.vn/thao-tung-gia-co-phieu-nguoi-linh-an-tu-nguoi-bi-phat-tien-ty-post1305901.html>.

<sup>6</sup> Phương Minh (2022), *Thao túng chứng khoán lừa nhà đầu tư, gây hại kinh tế*, <https://plo.vn/kinh-te/thao-tung-chung-khoan-lua-nha-dau-tu-gay-hai-kinh-te-1051338.html>.

Hầu hết các vụ việc liên quan đến thao túng TTCK tại Việt Nam hiện nay vẫn chỉ dừng lại ở mức xử phạt hành chính, không đủ tính răn đe, khiến nhiều nhà đầu tư dần mất niềm tin vào thị trường. Mức phạt quá thấp so với lợi nhuận thu được chính là lý do khiến hành vi thao túng TTCK vẫn liên tục tái diễn, gây mất công bằng cho thị trường. Có thể dẫn chiếu tới vụ việc gần đây của ông Trịnh Văn Quyết (Chủ tịch HĐQT Công ty CP Tập đoàn FLC) và các cá nhân thuộc Tập đoàn FLC, Công ty CP Chứng khoán BOS và các công ty liên quan bị xử lý về hành vi “Thao túng TTCK” xảy ra ngày 10/01/2022, gây thiệt hại nghiêm trọng cho nhà đầu tư, ảnh hưởng đến hoạt động của TTCK Việt Nam. Ngày 18/01/2022, Ủy ban Chứng khoán nhà nước đã ban hành quyết định xử phạt hành chính ông Trịnh Văn Quyết 1,5 tỷ đồng, mức cao nhất theo quy định. Đồng thời, chủ tịch Tập đoàn FLC cũng bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung là đình chỉ hoạt động giao dịch chứng khoán 5 tháng. Đáng chú ý, đây không phải là lần đầu tiên ông Trịnh Văn Quyết bị xử lý. Nhìn lại thời điểm vào năm 2017, ông Trịnh Văn Quyết đã từng “đánh úp” nhà đầu tư khi thông báo mua vào 37 triệu cổ phiếu FLC nhưng sau đó lại bán ra 57 triệu cổ phiếu FLC. Việc giao dịch của ông Quyết được thực hiện khi một cổ phiếu FLC ở ngưỡng 7.100-7.700 đồng, với giá trị giao dịch thu về ước tính đạt hơn 400 tỷ đồng. Thế nhưng, ông Quyết chỉ bị UBCKNN xử phạt hành chính 65 triệu đồng<sup>7</sup>. Hành động của ông Quyết khiến hàng trăm nhà đầu tư thua lỗ, gây bất bình và ảnh hưởng đến sự phát triển

bền vững của thị trường chứng khoán nhưng mức phạt hành chính hiện nay là quá thấp.

Trong khi đó, nhiều nước trên thế giới đã có chế tài xử phạt hành vi thao túng TTCK rất nghiêm khắc. Tại Hoa Kỳ, các cá nhân phạm tội thao túng chứng khoán có thể bị phạt tù lên đến 20 năm, phạt hành chính lên đến 5 triệu USD (Đạo luật 1934). Theo Quy định lạm dụng thị trường của Liên minh châu Âu (Market Abuse Regulation - MAR), biện pháp xử phạt hành chính và các biện pháp khác có thể áp dụng cho giao dịch nội gián và thao túng thị trường. EU cũng đã công bố Chỉ thị liên quan đến lạm dụng thị trường, Chỉ thị về xử phạt hình sự đối với lạm dụng thị trường (The Directive on criminal sanctions for market abuse - CSMAD). Anh không tham gia CSMAD, nhưng Chính phủ đã công bố chế tài hình sự đối với việc lạm dụng thị trường sẽ mạnh mẽ như CSMAD. Tại Anh, Cơ quan Kiểm soát tài chính (FCA) tiền thân là Cơ quan Dịch vụ tài chính (FSA) chịu trách nhiệm trong lĩnh vực chứng khoán và TTCK. Thao túng thị trường được quy định tại Luật Dịch vụ tài chính năm 2012, Luật Tư pháp hình sự năm 1993. FCA có quyền áp đặt một loạt các hình phạt liên quan đến thao túng thị trường. Các biện pháp trừng phạt phổ biến nhất được áp dụng bởi FCA là: tiền phạt (không có giới hạn trên về số tiền), công bố công khai hành vi và đối tượng vi phạm, áp đặt việc đình chỉ và hạn chế đối với doanh nghiệp và người vi phạm, và cảnh báo riêng. Trong việc xác định xử phạt thích hợp bằng tiền đối với các hành vi thao túng thị trường, FCA đã công bố quy trình thiết lập hình phạt năm bước, thực hiện giải tỏa bất kỳ lợi ích

<sup>7</sup> Sơn Nhung (2022), *Từ vụ đại gia Trịnh Văn Quyết: Phái nhiệm trị hành vi bán chui cổ phiếu*, Báo Người lao động, <https://nld.com.vn/kinh-te/phai-nghiem-tri-hanh-vi-ban-chui-co-phiieu-20220111215157713.htm>.

nào nhận được từ hành vi vi phạm, áp dụng hình phạt tài chính bổ sung phản ánh mức độ nghiêm trọng của hành vi<sup>8</sup>.

*Thứ tư*, thiếu quy định về việc hạn chế khối lượng các loại chứng khoán được giao dịch và ứng phó khi thị trường chứng khoán có những biến động lớn trong bối cảnh công nghệ 4.0.

Trong những năm gần đây, cùng với sự phát triển của cách mạng khoa học công nghệ, các ứng dụng của máy tính đã tạo ra một dòng xoáy làm thay đổi nhanh các giao dịch công cụ tài chính, tạo ra hiệu ứng giao dịch với khối lượng lớn, xử lý nhanh, đặc biệt là các giao dịch chênh lệch giá, gây ra sự bất bình đẳng trong các giao dịch giữa nhà đầu tư cá nhân, nhà đầu tư tổ chức. Trong khi đó, khung pháp lý thể chế lại chưa có các quy định về việc hạn chế khối lượng các loại chứng khoán được giao dịch nhằm ngăn chặn các hành vi thao túng TTCK Việt Nam. Rủi ro có thể đến từ sự phát triển của khoa học công nghệ trong lĩnh vực dịch vụ tài chính nói chung và TTCK nói riêng. Công nghệ nếu bị lạm dụng bởi yếu tố nền tảng đạo đức nghề nghiệp và vượt khỏi tầm kiểm soát của con người có thể ẩn chứa nhiều rủi ro cho thị trường, dẫn đến suy thoái, khủng hoảng, thậm chí đổ vỡ cả thị trường. Trong đó, thể hiện rõ nhất trên TTCK là rủi ro thao túng giá chứng khoán khi liên tục mua, bán chứng khoán nhằm tạo cung, cầu giả tạo, tác động đến giá chứng khoán theo hướng mong muốn của đối tượng thao túng nhằm thu lợi bất chính. Việc sử dụng lợi thế công nghệ, kỹ thuật chèn lệnh, nhồi lệnh, chiếm dụng

tài nguyên, đường truyền, đặt lệnh với tốc độ cao, khối lượng lớn và trong thời gian ngắn... để đẩy giá chứng khoán lên cao, sau đó có thể hủy lệnh hoặc tắt toán lệnh... nhằm thu lợi bất chính.

*Thứ năm*, quy định về bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của các nhà đầu tư trước hành vi thao túng TTCK chưa đầy đủ.

Trong nhiều trường hợp thiệt hại của nhà đầu tư sau thời điểm phát hiện hành vi thao túng TTCK là hiện hữu, nhưng dường như việc nhà đầu tư yêu cầu bồi thường thiệt hại là thiếu tính khả thi. Bởi lẽ, nghĩa vụ chứng minh thiệt hại sẽ khó khăn vì thiếu các quy định về tính toán thiệt hại của nhà đầu tư. Các thiết chế độc lập bảo vệ nhà đầu tư hiện nay vẫn chưa được định danh và thành lập.

### **3. Một số giải pháp nhằm kiểm soát và hạn chế hành vi thao túng thị trường chứng khoán**

Để hạn chế tình trạng thao túng giá chứng khoán trên TTCK Việt Nam, tác giả đề xuất một số nhóm giải pháp sau:

**- Nhóm giải pháp hoàn thiện pháp luật về xử lý hành vi thao túng chứng khoán.**

*Một là*, cần có những văn bản hướng dẫn cụ thể việc xác định giá trị khoản thu nhập bất chính, hoặc chứng minh thiệt hại của nhà đầu tư để có cơ sở xử lý hình sự hành vi thao túng thị trường chứng khoán. Nhà nước nên áp dụng trách nhiệm pháp lý nghiêm khắc hơn nữa đối với hành vi thao túng TTCK. Dựa trên cơ sở mức độ của hành vi giao dịch bị cấm, quy định rõ hơn nữa các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ đối với hành vi cũng như quy định cụ thể cách tính

<sup>8</sup> Nguyễn Thanh Huyền (2018), Thao túng thị trường chứng khoán - góc nhìn pháp lý. Tạp chí Chứng khoán Việt Nam, số 240, tr.7 - 11.



toán thiệt hại của nhà đầu tư, đảm bảo mức độ phù hợp và hiệu quả trong việc truy cứu trách nhiệm pháp lý đối với các hành vi này.

*Hai là*, xây dựng tiêu chí nhằm định lượng mức độ có thể ảnh hưởng lớn đến giá chứng khoán để làm cơ sở xác định ranh giới áp dụng thẩm quyền quản lý giám sát và trách nhiệm pháp lý phù hợp. Việc định lượng tỷ lệ biến động bao nhiêu so với thị trường cần tính đến mức độ phát triển của thị trường cũng như các biên độ dao động trần và sàn trong quá trình hoạt động của TTCK.

*Ba là*, hoàn thiện khung pháp lý về thanh tra, giám sát và xử phạt sai phạm liên quan đến thao túng giá chứng khoán. Đa số các trường hợp thao túng TTCK đều xuất hiện nhiều tài khoản của nhiều cá nhân liên quan đến đối tượng bị xử phạt, nhưng lại không có chế tài xử phạt các chủ thể liên quan này. Do đó, cần bổ sung chế tài xử phạt về thao túng đối với các tổ chức, cá nhân cho mượn hoặc vô ý để đối tượng thao túng sử dụng tài khoản nhằm tăng cường tính rắn đẽ.

*Bốn là*, xây dựng khung pháp lý đối với các giao dịch áp dụng công nghệ kỹ thuật cao và giao dịch tần suất cao với khối lượng giao dịch lớn, theo hướng chỉ cho phép các tổ chức tài chính có tiềm lực tài chính mạnh, công nghệ tốt để đầu tư hệ thống bài bản, các nhân viên nghiệp vụ phải được đào tạo, đạo đức nghề nghiệp tốt và có sự chấp thuận cho phép được giao dịch từ Ủy ban Chứng khoán nhà nước.

**- Nhóm giải pháp nhằm nâng cao chất lượng thực thi pháp luật về xử lý hành vi thao túng thị trường chứng khoán.**

*Một là*, cần phải có sự quyết tâm cao, xử lý nghiêm minh, triệt để của các cơ quan chức năng, đặc biệt cơ quan tiền hành tố tụng; đẩy mạnh công tác thanh tra, kiểm tra, kịp thời phát hiện những sai phạm để khắc phục, xử lý nghiêm

hành vi bao che, bỏ lọt tội phạm nếu có đẽ rắn đe. Nâng cao trình độ của đội ngũ thanh tra cả về năng lực chuyên môn, cũng như các kỹ năng cần thiết về ngoại ngữ, công nghệ thông tin, kỹ năng giao tiếp để đáp ứng yêu cầu hội nhập ngày càng cao của Việt Nam vào môi trường quốc tế. Điều này giúp nâng cao chất lượng công tác thanh tra, giám sát, phát hiện các sai phạm liên quan đến thao túng giá chứng khoán.

*Hai là*, tăng cường phối hợp với các bên liên quan trong hoạt động giám sát, phát hiện các giao dịch bất thường liên quan đến thao túng giá cổ phiếu niêm yết. UBCKNN cần tăng cường phối hợp với các cơ quan công an, các cơ quan chức năng khác trong đấu tranh phòng ngừa, phát hiện, xử lý kịp thời đối tượng thao túng giá chứng khoán niêm yết.

*Ba là*, có chế độ khen thưởng kịp thời đối với các tổ chức phát hiện sai phạm cũng như xử lý nghiêm các trường hợp có dấu hiệu tiếp tay cho hoạt động thao túng.

*Bốn là*, tăng cường sự phối hợp giữa các công ty niêm yết để kịp thời nắm bắt các thông tin liên quan đến các giao dịch bất thường của công ty; Tổ chức các buổi tập huấn đến ban giám đốc, bộ phận quan hệ nhà đầu tư, bộ phận đầu tư... để nâng cao kiến thức liên quan đến hoạt động giao dịch chứng khoán, công bố thông tin, hạn chế trường hợp bị các đối tượng trong và ngoài công ty lợi dụng để thao túng giá chứng khoán. Đề cao trách nhiệm, có đạo đức bằng cách xây dựng quy chế quản trị công ty hiệu quả và có những biện pháp giám sát việc tuân thủ quản trị công ty, kịp thời ngăn chặn các hành vi sai phạm của hội đồng quản trị, ban giám đốc; Xây dựng bộ phận giám sát thị trường riêng để giám sát chặt chẽ các giao dịch và thông báo kịp thời các bất thường vượt quá khả năng xử lý đến các cơ quan quản lý thị trường, nhằm ngăn chặn tối đa mọi thiệt hại cho nhà đầu tư và công ty ■

# HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ DỊCH VỤ MOBILE MONEY

**Nguyễn Trung Dương**

*ThS. Giảng viên Khoa Luật Thương mại, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Mobile Money, ví điện tử, thanh toán điện tử, tài khoản viễn thông.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 24/02/2022  
Biên tập : 18/04/2022  
Duyệt bài : 20/04/2022

## Article Infomation:

*Keywords:* Mobile Money; e-wallets; telecommunication account.

## Article History:

Received : 24 Feb. 2022  
Edited : 18 Apr. 2022  
Approved : 20 Apr. 2022

## Tóm tắt:

Với mục tiêu đẩy sự phát triển nhanh chóng một nền kinh tế không dùng tiền mặt, pháp luật ngày càng cho phép nhiều hơn các chủ thể được quyền cung ứng dịch vụ trung gian thanh toán để đáp ứng nhu cầu của các tổ chức, cá nhân trong xã hội. Bên cạnh các chủ thể truyền thống như các tổ chức tín dụng hay ví điện tử thì các nhà mạng viễn thông mới đây cũng được cho phép thí điểm cung ứng một dịch vụ mới - Mobile Money. Trong phạm vi bài viết này, từ việc phân tích những vấn đề pháp lý có liên quan đến dịch vụ Mobile Money, tác giả đề xuất một số kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định của pháp luật Việt Nam về vấn đề này.

## Abstract:

With the goal of promoting the rapid development of a cashless economy, more and more entities are eligible to provide intermediary payment services by the law to meet the needs of organizations, individuals in society. Besides traditional entities such as credit institutions or e-wallets, telecommunication service providers have also recently been allowed to pilot the provision of a new service - Mobile Money. Within the scope of the article, from analysis of legal matters related to Mobile Money service, the author proposes a number of recommendations to further improve the current Vietnamese law on the discussed matter.

Ngày 09/3/2021, Thủ tướng Chính phủ đã ký Quyết định số 316/QĐ-TTg về việc phê duyệt triển khai thí điểm dùng tài khoản viễn thông thanh toán cho các hàng hóa, dịch vụ có giá trị nhỏ (Mobile Money). Trong bối cảnh hiện nay, khi vẫn còn nhiều người Việt Nam chưa có tài khoản cũng như khó tiếp cận với các dịch vụ ngân hàng hiện đại; việc thí điểm này nhằm tận dụng hạ tầng dữ liệu, mạng lưới

viễn thông để phát triển nhanh các giao dịch không dùng tiền mặt theo đề án phát triển thanh toán không dùng tiền mặt tại Việt Nam<sup>1</sup>. Đồng thời, thí điểm trên cũng tăng cường việc tiếp cận, sử dụng các dịch vụ tài chính, đặc biệt ở khu vực nông thôn, vùng sâu, vùng xa, biên giới, hải đảo của Việt Nam<sup>2</sup>. Với việc các nhà mạng được thí điểm cung ứng dịch vụ Mobile Money, người dân không có tài khoản ngân

<sup>1</sup> Quyết định số 2545/QĐ-TTg ngày 30/12/2016 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án phát triển thanh toán không dùng tiền mặt tại Việt Nam giai đoạn 2016 – 2020 và Chỉ thị số 22/CT-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 26/5/2020 về việc đẩy mạnh triển khai các giải pháp phát triển thanh toán không dùng tiền mặt tại Việt Nam.

<sup>2</sup> Điều 1 Quyết định số 316/QĐ-TTg ngày 09/3/2021 của Thủ tướng Chính phủ.

hàng vẫn có thể tham gia mạng lưới và thực hiện việc thanh toán điện tử, góp phần bảo đảm quyền bình đẳng của mọi người dân trong tiếp cận các dịch vụ thiết yếu trong lĩnh vực tài chính ngân hàng, vốn là một trong những mục tiêu quan trọng của tài chính toàn diện.

### 1. Khái niệm Mobile Money

Trước hết, Mobile Money là một dịch vụ trung gian, cung ứng giải pháp thanh toán thông qua thiết bị di động chứ không phải là một loại tiền. Theo đó, để có thể thực hiện được các giao dịch thanh toán không dùng tiền mặt thì tổ chức cung ứng dịch vụ Mobile Money sẽ cung cấp cho khách hàng một tài khoản điện tử được định danh thông qua thuê bao di động. Trên tài khoản này cho phép lưu giữ một giá trị tiền tệ nhất định được gọi là tiền di động – một dạng tiền điện tử<sup>3</sup>. Về nguyên tắc, dịch vụ Mobile Money không làm phát sinh lượng tiền tệ mới mà số tiền công ty viễn thông nhận được từ khách hàng phải được nạp vào tài khoản tương ứng theo tỷ lệ 1:1.

Hiện nay, chưa có văn bản quy phạm pháp luật nào tại Việt Nam đưa ra khái niệm chính thức về Mobile Money. Ngay trong Quyết định số 316/QĐ-TTg cũng chưa có sự định danh

khái niệm Mobile Money một cách chính thức. Do đó, khái niệm Mobile Money chỉ có thể được hiểu thông qua các khái niệm đã quen thuộc, như ví điện tử hay tiền điện tử đã được quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật được ban hành.

Nghị định số 80/2016/NĐ-CP của Thủ tướng Chính phủ quy định *ví điện tử* là dịch vụ cung cấp một tài khoản điện tử định danh do các tổ chức cung ứng dịch vụ trung gian thanh toán tạo lập trên vật mang tin (như chip điện tử, sim điện thoại di động, máy tính...). Ví điện tử cho phép lưu giữ một giá trị tiền tệ được đảm bảo bằng giá trị tiền gửi, tương ứng với giá trị tài khoản thanh toán của khách hàng gửi vào tài khoản đảm bảo thanh toán của tổ chức cung ứng dịch vụ trung gian thanh toán theo tỷ lệ 1:1<sup>4</sup>. Từ định nghĩa trên, có thể thấy Mobile Money về bản chất là một ví điện tử nhưng không có liên kết với tài khoản ngân hàng.

Cũng tiếp cận dưới góc độ Mobile Money là một dịch vụ trung gian thanh toán, Hiệp hội hệ thống thông tin di động toàn cầu (GSMA)<sup>5</sup> định nghĩa Mobile Money là *một dịch vụ trong đó điện thoại di động được sử dụng để truy cập các dịch vụ tài chính*<sup>6</sup>. Theo Viện Công

<sup>3</sup> Khoản 12 Điều 3 Dự thảo Nghị định thay thế Nghị định số 101/2012/NĐ-CP về thanh toán không dùng tiền mặt định nghĩa “tiền điện tử” là giá trị tiền tệ lưu trữ trên các phương tiện điện tử được trả trước bởi khách hàng cho ngân hàng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, tổ chức cung ứng dịch vụ trung gian thanh toán để thực hiện giao dịch thanh toán và được đảm bảo giá trị tương ứng tại ngân hàng, bao gồm: thẻ trả trước, ví điện tử, tiền di động, <https://chinhphu.vn/du-thao-vbqpl/du-thao-nghi-dinh-quy-dinh-ve-thanh-toan-khong-dung-tien-mat-3279>, truy cập ngày 15/7/2022.

<sup>4</sup> Khoản 8 Điều 1 Nghị định số 80/2016/NĐ-CP ngày 01/7/2016 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 101/2012/NĐ-CP ngày 22/11/2012 của Chính phủ về thanh toán không dùng tiền mặt.

<sup>5</sup> GSM Association - tổ chức công nghiệp đại diện cho lợi ích của các nhà khai thác mạng di động trên toàn thế giới.

<sup>6</sup> Mobile Money Definitions, <https://www.gsma.com/mobilefordevelopment/wp-content/uploads/2012/06/mobilemoneydefinitionsnomarks56.pdf>, truy cập ngày 22/5/2021.

nghe Massachusetts thì Mobile Money *đề cập đến một loạt các dịch vụ tài chính có thể được truy cập thông qua điện thoại di động*<sup>7</sup>. Còn theo Vivienne Lawack thì “Mobile money” hoặc “In money” là *một dạng tiền điện tử và đề cập đến các dịch vụ kết nối tài chính của người tiêu dùng thông qua điện thoại di động*<sup>8</sup>.

Tóm lại, mặc dù chưa có một khái niệm chính thức nhưng có thể hiểu Mobile Money là *dịch vụ* được các tổ chức cung ứng để sử dụng cho các nghiệp vụ sau:<sup>9</sup>

- Nạp/rút tiền mặt vào hoặc từ tài khoản Mobile Money;
- Thanh toán việc mua hàng hóa, dịch vụ cho đơn vị chấp nhận thanh toán bằng tài khoản Mobile Money;
- Chuyển tiền giữa các tài khoản Mobile Money của khách hàng trong cùng hệ thống, giữa tài khoản Mobile Money của khách hàng với tài khoản thanh toán tại ngân hàng, giữa tài khoản Mobile Money với ví điện tử do chính doanh nghiệp đó cung ứng.

## 2. Ý nghĩa của Mobile Money trong bối cảnh kỷ nguyên công nghệ số

### - Đối với nền kinh tế nói chung

Theo thống kê, hiện nay hơn 50% dân số Việt Nam chưa có tài khoản thanh toán tại ngân hàng<sup>10</sup>. Vì vậy, Mobile Money sẽ góp phần cung ứng cho nhóm đối tượng khách hàng này một kênh giao dịch, phương tiện thanh toán không dùng tiền mặt nhanh chóng, thuận tiện, thay vì phải trực tiếp đến các cơ sở của ngân hàng thực hiện giao dịch. Từ đó, Mobile Money sẽ giúp thúc đẩy hoạt động thanh toán không dùng tiền mặt; phát triển tài chính toàn diện đến những khu vực nông thôn, vùng sâu, vùng xa, đặc biệt là những khu vực mà hệ thống tài chính, ngân hàng chưa phát triển, người dân chưa hoặc không có khả năng tiếp cận với dịch vụ ngân hàng.

Ngoài ra, việc cho phép cung cấp dịch vụ Mobile Money cũng giúp cho các công ty viễn thông tận dụng hạ tầng sẵn có, giúp giảm các chi phí xã hội để phát triển, mở rộng các dịch vụ ngân hàng truyền thống, qua đó góp phần nâng cao mức sống người dân cũng như thúc đẩy tăng trưởng kinh tế nói chung.

### - Đối với người sử dụng dịch vụ

Dịch vụ Mobile Money là một giải pháp hữu hiệu giúp tiếp cận dịch vụ tài chính hiện đại cũng như các hình thức thanh toán không dùng tiền mặt, đặc biệt là tại những khu vực mà

<sup>7</sup> Massachusetts Institute Of Technology, *Mobile Money & Payments: Technology Trends*, p.5, [https://www.getsmarter.com/blog/wp-content/uploads/2017/07/mit\\_mobile\\_and\\_money\\_payments\\_report.pdf](https://www.getsmarter.com/blog/wp-content/uploads/2017/07/mit_mobile_and_money_payments_report.pdf), accessed 22/5/2021.

<sup>8</sup> Vivienne A. Lawack (2013), *Mobile Money, Financial Inclusion and Financial Integrity: The South African Case*, Washington Journal of Law, Technology & Arts, vol. 8, no. 3, pp. 317-346, [https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/washjolta&id=319&men\\_tab=srchresults](https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/washjolta&id=319&men_tab=srchresults), accessed 22/5/2021.

<sup>9</sup> Mục III Điều 1 Quyết định số 316/QĐ – TTg.

<sup>10</sup> Thái Linh (2021), *Khởi động dịch vụ Mobile – Money*, <https://nhandan.vn/khoi-dong-dich-vu-mobile-money-post638939.html>, truy cập ngày 11/7/2022.



người dân chưa có điều kiện mở tài khoản ngân hàng. Bởi lẽ:

**Thứ nhất**, Mobile Money có thể phục vụ cho tất cả khách hàng, kể cả những khách hàng ở vùng sâu vùng xa, biên giới, hải đảo; những địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội chưa phát triển, cũng như điều kiện giao thông còn nhiều cách trở do vị trí địa lý không thuận lợi mà các dịch vụ ngân hàng chưa thể phủ sóng tới được. Trong khi đó, nhu cầu sử dụng các dịch vụ thanh toán hay chuyển – nhận tiền ở các khu vực kể trên lại không ngừng gia tăng. Thực tế cho thấy, sau 6 tháng triển khai thí điểm dịch vụ Mobile Money ở Việt Nam, số lượng khách hàng đăng ký và sử dụng dịch vụ đạt 1.769.291, trong đó có khoảng hơn 60% khách hàng ở khu vực nông thôn, miền núi, vùng sâu, vùng xa, biên giới và hải đảo.<sup>11</sup> Như vậy, nếu Mobile Money được triển khai một cách đồng bộ và có hiệu quả trong tương lai thì sẽ là một dịch vụ đóng vai trò quan trọng trong việc phát triển một nền kinh tế không dùng tiền mặt tại Việt Nam. Kinh nghiệm ở những nước có địa hình không thuận lợi cho giao thông (có nhiều đảo, sa mạc) như Philippines, Indonesia và các nước châu Phi cũng đã chứng minh rằng, Mobile Money là dịch vụ góp một phần lớn trong việc giải quyết những khó khăn về khoảng cách địa lý tại những quốc gia này<sup>12</sup>.

**Thứ hai**, Mobile Money là một dịch vụ tài chính khá đơn giản, thuận tiện và dễ dàng thực hiện. Chính vì vậy, nó hoàn toàn phù hợp với bối cảnh ở nước ta hiện nay khi mà (i) trình độ dân trí chưa thực sự cao để có thể sử dụng các dịch vụ tài chính hiện đại như các loại thẻ ngân hàng, các loại ví điện tử, (ii) hệ thống ATM chưa lớn đủ để đáp ứng nhu cầu sử dụng của người dân. Trong khi đó, mạng di động đã được phủ sóng trên toàn bộ lãnh thổ và số lượng thuê bao cũng không ngừng gia tăng. Người dân lúc này chỉ cần một chiếc điện thoại và một thuê bao di động đã được đăng ký là hoàn toàn có thể sử dụng được dịch vụ Mobile Money để chuyển – nhận tiền hay thanh toán cho các giao dịch của mình một cách nhanh chóng.

### - Đối với các chủ thể cung ứng dịch vụ

Mặc dù gần ½ dân số Việt Nam chưa có tài khoản ngân hàng hoặc không có điều kiện tiếp cận với các dịch vụ thanh toán hiện đại như ví điện tử. Tuy nhiên, mạng di động thì đã được phủ sóng trên toàn lãnh thổ. Theo Tổng cục Thống kê, đến cuối năm 2019, Việt Nam có khoảng 129,5 triệu thuê bao, trong đó số điện thoại di động băng rộng 3G và 4G là hơn 61,3 triệu thuê bao. Mạng điện thoại di động đã được phủ kín hầu hết các địa phương trên toàn quốc. Với 43,7 triệu người dùng điện thoại thông minh, chiếm 45% dân số năm 2019, Việt Nam đang ở mức trung bình khu vực, cao hơn

<sup>11</sup> Bộ Thông tin và truyền thông (2022), *Dự thảo Báo cáo đánh giá tình hình công tác quản lý nhà nước 6 tháng đầu năm và nhiệm vụ công tác trọng tâm 6 tháng cuối năm 2022*, [https://mic.gov.vn/Upload\\_Moi/FileBaoCao/2.-Du-thao-Bao-cao-so-ket-6-thang-2022.pdf](https://mic.gov.vn/Upload_Moi/FileBaoCao/2.-Du-thao-Bao-cao-so-ket-6-thang-2022.pdf), truy cập ngày 17/7/2022.

<sup>12</sup> Phùng Thế Hùng (2019), *Xu hướng phát triển dịch vụ Mobile Money trên thế giới - thời cơ và thách thức đối với Việt Nam*, <https://thitruongtaichinhntiente.vn/xu-huong-phat-trien-dich-vu-mobile-money-tren-the-gioi-thoi-co-va-thach-thuc-doi-voi-viet-nam-25391.html>, truy cập ngày 11/7/2022.

so với Ấn Độ, Philippines, Indonesia và Thái Lan<sup>13</sup>. Đây chính là “miền đất hứa” cho các công ty viễn thông trong việc triển khai cung ứng dịch vụ Mobile Money.

Theo đó, lợi ích lớn nhất mà các doanh nghiệp cung ứng dịch vụ Mobile Money có được đó chính là sẽ tận dụng được mạng lưới viễn thông sẵn có, các điểm giao dịch rộng khắp trên cả nước để phát triển đa dạng hóa cơ cấu sản phẩm, dịch vụ và đối tượng khách hàng ngoài các dịch vụ viễn thông truyền thống. Từ đó, doanh nghiệp có thể dễ dàng mở rộng phạm vi hoạt động, đồng thời tiết kiệm được rất nhiều chi phí đầu tư để tăng doanh thu và nâng cao khả năng cạnh tranh trên thị trường<sup>14</sup>.

### 3. Một số vấn đề đặt ra khi triển khai Mobile Money

#### 3.1. Vấn đề về sim rác

Việc triển khai Mobile Money tại Việt Nam được cho là vẫn còn tiềm ẩn nhiều rủi ro và thách thức; đặc biệt là xuất phát từ tình trạng sim rác hiện đang còn tồn tại khá phổ biến ở nước ta. Theo các chuyên gia, sim rác là một thực trạng mà các doanh nghiệp viễn thông cũng như cơ quan quản lý nhà nước đều nhận thấy và liên tục đưa ra những cơ chế siết chặt quản lý<sup>15</sup>. Mặc dù trong thời gian vừa qua đã có những văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh cụ thể về việc quản lý thông tin của thuê bao

di động, bao gồm việc xác minh thông tin khi giao kết hợp đồng tại Nghị định số 49/2017/NĐ-CP. Tuy nhiên, trên thực tế vẫn tồn tại rất nhiều thuê bao di động không xác định được thông tin thuê bao, thông tin không đúng, sim thuê bao được kích hoạt sẵn hay những sim rác vẫn còn được rao bán tràn lan trên thị trường. Tương chúng là một vấn đề không liên quan, tuy nhiên điều này thực tế lại ảnh hưởng không nhỏ đến việc thí điểm và nhân rộng mô hình cung ứng dịch vụ Mobile Money trong tương lai.

Cụ thể, với Mobile Money thì tài khoản tiền di động sẽ được định danh qua số thuê bao di động của khách hàng tại công ty viễn thông. Do đó, việc xác định chính xác thông tin để định danh khách hàng và hạn chế tối đa tình trạng sim không chính chủ là rất quan trọng. Bởi lẽ, một khi tình trạng sim rác vẫn tồn tại thì có thể khiến loại hình tiền di động này trở thành kênh để các đối tượng xấu lợi dụng nếu không được quản lý chặt chẽ. Theo đó, Mobile Money có thể dễ dàng bị lợi dụng để thực hiện các hành vi nguy hiểm như chiếm đoạt tài sản hoặc rửa tiền bởi những đặc tính của dịch vụ này, như tính ẩn danh cao và khó kiểm soát.

**Thứ nhất**, tính ẩn danh thể hiện ở việc dịch vụ Mobile Money có thể sử dụng tương đối dễ dàng mà không có quá nhiều ràng buộc về bảo mật. Đối với các phương thức thanh toán

<sup>13</sup> Lê Hải (2020), *Cơ hội bùng nổ Mobile Money*, <https://tapchitaichinh.vn/ngan-hang/co-hoi-bung-no-mobile-money-321580.html>, truy cập ngày 11/7/2022.

<sup>14</sup> Thái Minh (2019), *Mobile Money - thanh toán không tiền mặt không cần tài khoản ngân hàng*, <https://tuoitre.vn/mobile-money-thanh-toan-khong-tien-mat-khong-can-tai-khoan-ngan-hang-20191106200302364.htm>, truy cập ngày 11/7/2022.

<sup>15</sup> Hằng Trần (2020), *Viettel đã sẵn sàng cho Mobile Money*, <https://bnews.vn/viettel-da-san-sang-cho-mobile-money/161412.html>, truy cập ngày 11/7/2022.

không dùng tiền mặt khác thông qua trung gian là ngân hàng, hay các ví điện tử, người dùng cần phải thực hiện một số biện pháp bảo mật để xác minh danh tính. Các biện pháp này có thể từ đơn giản như mật khẩu, mã OTP, hay phức tạp hơn là sử dụng công nghệ sinh trắc như vân tay, nhận diện khuôn mặt. Nhờ vậy, các chủ thẻ cung ứng dịch vụ dễ dàng xác định giao dịch được thực hiện bởi đúng khách hàng đang sở hữu tài khoản đó. Tuy nhiên, dịch vụ Mobile Money thì lại hoàn toàn khác. Người sử dụng dịch vụ chỉ cần cung cấp các thông tin cá nhân để định danh tại thời điểm đăng ký thuê bao di động mà không cần phải thực hiện thêm bất cứ phương thức bảo mật nào khác khi thực hiện giao dịch thanh toán. Điều này là một kẽ hở để các đối tượng xấu lợi dụng nhằm thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản hoặc rửa tiền. Bởi lẽ, với đa số trường hợp thì chỉ cần các đối tượng này có được điện thoại của chủ thuê bao là đã có thể dễ dàng thực hiện hành vi phạm tội của mình. Vì đã định danh thuê bao di động từ đầu nên các công ty cung ứng dịch vụ Mobile Money sẽ “mặc nhiên” hiểu rằng giao dịch được thực hiện là chính danh, trừ trường hợp chủ thuê bao có thông báo khoá sim hay không sử dụng dịch vụ nữa.

**Thứ hai**, tính khó kiểm soát thể hiện ở việc giao dịch qua Mobile Money chủ yếu là các giao dịch phục vụ nhu cầu hằng ngày của cá nhân, thường có giá trị không lớn và được thực hiện nhiều lần trong ngày, có thể tại nhiều địa điểm khác nhau. Chính vì là những giao dịch hằng ngày, giá trị nhỏ; thêm vào đó lại được

định danh ngay ở khâu đăng ký thuê bao như đã phân tích ở trên, nên cơ quan nhà nước sẽ rất khó để quản lý cũng như xác định các giao dịch bất thường. Ví dụ, để thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản, đối tượng chỉ cần thực hiện việc chuyển tiền từ thuê bao này sang một thuê bao khác như đối với các giao dịch thông thường; Hay tội phạm rửa tiền cũng có thể lợi dụng đặc tính này của Mobile Money để từ một số tiền lớn chia thành nhiều phần nhỏ, và thực hiện giao dịch nhiều lần qua lại giữa nhiều thuê bao khác nhau nhằm che giấu nguồn gốc thực sự của số tiền, gây nhiều khó khăn cho cơ quan quản lý khi muốn kiểm soát sự dịch chuyển của dòng tiền.

### 3.2. Vấn đề về quản lý dòng tiền

Một trong những vấn đề không kém phần quan trọng khi triển khai Mobile Money đó là việc quản lý dòng tiền. Thực tế cho thấy, hiện nay cả nước có 125,5 triệu thuê bao di động. Giả sử nếu 30% số thuê bao này sử dụng dịch vụ Mobile Money và chi tiêu 10 triệu đồng/tháng (hạn mức tối đa dự kiến), thì dòng tiền chảy qua Mobile Money lên tới hàng trăm ngàn tỷ đồng/tháng. Còn nếu mỗi chủ tài khoản chỉ chi tiêu 100.000 đồng/tháng, con số này cũng lên tới hàng ngàn tỷ đồng<sup>16</sup>. Vậy có hai vấn đề đặt ra ở đây:

**Thứ nhất**, các hãng viễn thông cần phải quản lý chặt chẽ, đảm bảo sự an toàn lượng tiền mà khách hàng đã nạp vào thuê bao. Thực tế cho thấy, những rủi ro về bảo mật, gian lận, rửa tiền, đánh bạc... luôn rình rập nhà mạng trong việc quản lý lượng tiền của khách hàng. Trong

<sup>16</sup> Thủy Liên (2020), *Ai quản lý dòng tiền trong Mobile Money*, <https://baodautu.vn/ai-quan-dong-tien-trong-mobile-money-d122843.html>, truy cập ngày 11/7/2022.

bối cảnh tội phạm sử dụng công nghệ cao ngày càng gia tăng, nếu hacker xâm nhập được vào hệ thống thì cũng gây ra rủi ro không nhỏ cho nhà mạng. Việc tăng cường quản lý hiệu quả không chỉ nhằm bảo vệ quyền lợi của khách hàng, mà còn là bảo vệ chính các chủ thể cung ứng dịch vụ Mobile Money.

Trong thời gian qua, không ít các vụ việc đánh bạc trá hình thông qua việc sử dụng các thuê bao di động giả hoặc bằng hình thức nạp thẻ cào điện thoại đã bị phát giác. Cụ thể, đầu tháng 5/2020, Bộ Công an phát hiện đường dây đánh bạc 20.000 tỷ đồng có sử dụng thẻ cào điện thoại.<sup>17</sup> Trước đó, năm 2017, một đường dây đánh bạc 10.000 tỷ đồng có sử dụng thẻ cào điện thoại cũng bị phanh phui<sup>18</sup>. Đây là minh chứng cho thấy những rủi ro đối với Mobile Money sẽ không hề nhỏ nếu như chúng ta không có lời giải thỏa đáng trong việc quản lý tiền di động này.

**Thứ hai**, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền phải quản lý để dòng tiền chảy vào Mobile Money phải được sử dụng theo đúng mục đích. Một điều đáng lo lắng là khi các hãng viễn thông sở hữu một số tiền rất lớn từ người

dùng nạp vào thì họ phải bảo đảm với Ngân hàng Nhà nước và Bộ Tài chính rằng họ chỉ sử dụng số tiền đó để chờ thanh toán mà không phải dùng cho bất kỳ mục đích nào khác. Với số tiền có thể lên đến hàng nghìn tỷ đồng trong tương lai, không loại trừ nguy cơ các công ty viễn thông sẽ đem số tiền đó đi đầu tư vào một tài sản nào đó. Trên thị trường tài chính, có rất nhiều trường hợp đầu tư vào tài sản “qua đêm” để sinh lời như trái phiếu chính phủ, cổ phiếu, vàng...<sup>19</sup> với hy vọng qua một đêm, tiền đó sẽ trở lại tài khoản. Tuy nhiên trong quá trình đầu tư, rủi ro là không thể tránh khỏi. Có những trường hợp đầu tư vào các khoản rủi ro gây mất tiền, khi đó chắc chắn tiền sẽ không thể trở lại tài khoản nữa. Lúc này, hậu quả sẽ thực sự nguy hiểm đối với cả khách hàng và doanh nghiệp viễn thông.

### 3.3. Vấn đề về bảo mật thông tin

Bảo mật là một vấn đề đặc biệt quan trọng trong bối cảnh sự bùng nổ của công nghệ thông tin và Internet như hiện nay. Điều này lại càng quan trọng hơn đối với dịch vụ Mobile Money. Bởi lẽ, để sử dụng Mobile Money, khách hàng sẽ phải cung cấp tất cả thông tin cá nhân bao

<sup>17</sup> Cục Cảnh sát hình sự Bộ Công an đã triệt phá đường dây đánh bạc trên mạng internet với quy mô lớn ở các tỉnh, dưới hình thức game đối thưởng với tổng số tiền 20 nghìn tỷ đồng. Theo đó, máy chủ của trang game đặt tại nước ngoài và liên kết với các đại lý cấp 1 ở Việt Nam, mỗi đại lý đều công khai thông tin số điện thoại hotline, trang facebook, zalo, tài khoản game để người chơi tham gia cá cược liên lạc, giao dịch mua, bán điểm game. Trang game tổ chức cho người chơi tham gia đánh bạc dưới nhiều hình thức như: Tài Xiu, Lô đề, Tiến lên miền nam, Poker, Bắn cá... Để tham gia cá cược người chơi phải đăng ký lập tài khoản thành viên trên game và nạp tiền trực tiếp bằng cách chuyển khoản vào tài khoản ngân hàng do các đại lý cung cấp hoặc nạp thẻ điện thoại. <http://cand.com.vn/Phap-luat/Triet-pha-duong-day-danh-bac-20-nghin-ty-dong-594075/>, truy cập ngày 24/5/2021.

<sup>18</sup> Tùng Lâm (2021), *Những đường dây đánh bạc, cá độ trực tuyến nghìn tỷ đồng từng bị triệt phá*, <https://vtc.vn/nhung-duong-day-danh-bac-ca-do-truc-tuyen-nghin-ty-dong-tung-bi-triet-pha-ar594420.html>, truy cập ngày 11/7/2022.

<sup>19</sup> Lê Phương (2020), *Thèm nhiệt cho thị trường thanh toán*, <https://bnews.vn/mobile-money-them-nhiệt-cho-thi-truong-thanh-toan/162991.html>, truy cập ngày 11/7/2022.

gồm: số chứng minh nhân dân, ngày tháng năm sinh, địa chỉ, số điện thoại, email... cho các hãng viễn thông. Nếu những thông tin này bị rò rỉ ra bên ngoài có thể bị sử dụng một cách bất hợp pháp, gây bất lợi cho người sử dụng dịch vụ.

Tham khảo một số “thủ đoạn” và rủi ro về bảo mật thông tin có thể gặp phải khi triển khai ứng dụng Mobile Money<sup>20</sup> có thể nhận thấy một số dạng thức tấn công cơ bản:

**Thứ nhất, rủi ro từ các ứng dụng.** Rủi ro về bảo mật thông tin trong trường hợp này có thể đến từ các ứng dụng hoặc thư viện được tích hợp trong thiết bị điện thoại di động, đặc biệt là các thiết bị di động thông minh.

**Thứ hai, rủi ro từ nội bộ.** Theo đó, bản thân các nhân viên hay đại lý của công ty viễn thông có thể lợi dụng vị trí của mình để thực hiện các hành vi đánh cắp thông tin, từ đó gây phương hại cho lợi ích của khách hàng. Nhiều người do không biết chữ hoặc sợ mắc lỗi nên đã tin tưởng các đại lý để thực hiện các giao dịch thay mặt họ. Điều này vô tình đã tạo điều kiện cho nhiều cuộc tấn công từ chính các chủ thể này nhắm đến mục tiêu là khách hàng; chẳng hạn như ăn cắp tiền từ tài khoản hoặc tính phí bổ sung bất hợp pháp. Nếu các công ty viễn thông quy định quá dễ dàng để hình thành một tài khoản mới thì những kẻ gian lận sẽ có nhiều cơ hội hơn để tạo tài khoản dùng một lần để lừa đảo.

**Thứ ba, rủi ro từ sự tấn công của tin tặc.** Sự tấn công này có thể nhắm vào khách hàng

bằng các hình thức như tin nhắn giả mạo; nhưng cũng có thể nhắm vào chính các công ty viễn thông như việc tấn công vào hệ thống máy chủ hoặc tấn công thông qua các dịch vụ với số lần đăng nhập không giới hạn, quy trình đặt lại mật khẩu yếu và tài khoản có ID người dùng là số điện thoại, thường được coi là thông tin công khai...

#### 4. Kiến nghị một số giải pháp

Từ những phân tích nêu trên, tác giả đề xuất một số kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định của pháp luật về dịch vụ Mobile Money tại Việt Nam.

**Thứ nhất,** các công cụ pháp lý cần phải được sử dụng một cách có hiệu quả để loại bỏ tình trạng sim ảo, sim rác. Có thể thấy rằng, để Mobile Money vừa phát huy được hiệu quả là một dịch vụ thanh toán không dùng tiền mặt vừa đảm bảo an toàn cho cả người dùng lẫn các chủ thể cung ứng dịch vụ thì tình trạng sim rác cần thiết phải được các nhà mạng tại Việt Nam khắc phục triệt để hơn nữa. Trong thời gian vừa qua, với việc các công ty cung ứng dịch vụ viễn thông yêu cầu khách hàng sử dụng dịch vụ phải đăng ký thuê bao có đi kèm với việc xác thực bằng chứng minh nhân dân cũng đã góp phần rất lớn trong việc định danh các thuê bao di động, qua đó hạn chế tình trạng sim rác.

Dưới góc độ pháp lý, mặc dù Luật Viễn thông và các văn bản quy định chi tiết thi hành đã đề cập tới các hành vi bị cấm như: (i) nhập sẵn thông tin thuê bao; kích hoạt dịch vụ di

<sup>20</sup> Sam Castle, Fahad Pervaiz, Franziska Roesner, Richard Anderson & Galen Weld (2016), *Let's Talk Money: Evaluating the Security Challenges of Mobile Money in the Developing World*, The 2016 ACM Symposium on Computing for Development (DEV), p. 3.



động trả trước cho SIM thuê bao khi chưa thực hiện, hoàn thành việc giao kết hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung theo quy định; (ii) mua bán, lưu thông trên thị trường sim thuê bao đã được nhập sẵn thông tin thuê bao, kích hoạt sẵn dịch vụ di động trả trước...<sup>21</sup>. Tuy nhiên, sự quản lý của các cơ quan hữu quan cũng như các chế tài xử phạt vẫn chưa thực sự chặt chẽ và đủ sức răn đe. Do đó, để có thể triển khai một cách thành công dịch vụ Mobile Money, một mặt – về kỹ thuật các đơn vị cung cấp dịch vụ thanh toán hay bảo mật cần phải có các giải pháp mới về mặt công nghệ, như ứng dụng các thuật toán, trí tuệ nhân tạo để nhận diện những thuê bao di động chưa được đăng ký hoặc những giao dịch bất thường, có nguy cơ tiềm ẩn rủi ro nhằm kịp thời cảnh báo cho các hãng viễn thông cũng như khách hàng sử dụng dịch vụ. Mặt khác – về pháp lý, các quy định của pháp luật cần được áp dụng. Đồng thời, bản thân khách hàng cũng cần thiết phải cung cấp đầy đủ, chính xác thông tin để đảm bảo an toàn thông tin và tự bảo vệ tối đa quyền lợi của mình.

**Thứ hai**, pháp luật cần có những quy định cụ thể ràng buộc trách nhiệm của các chủ thể cung ứng dịch vụ trong việc đảm bảo tiền của người dùng khi nạp vào tài khoản Mobile Money tại các công ty viễn thông phải được sử dụng đúng mục đích. Theo đó, Ngân hàng Nhà nước, Bộ Tài chính, Bộ Công thương cũng như các cơ quan quản lý cần phối hợp để có cơ chế

quản lý dòng tiền của dịch vụ Mobile Money. Cụ thể như: (i) quy định các doanh nghiệp cung ứng dịch vụ không được sử dụng tiền của khách hàng cho những mục đích khác như đầu tư, kinh doanh; (ii) phải quản lý tách bạch tài khoản của từng khách hàng và tách bạch khoản thanh toán cho dịch vụ Mobile Money với các tài khoản thanh toán khác của doanh nghiệp, (iii) doanh nghiệp phải mở một tài khoản bảo đảm thanh toán tại các ngân hàng thương mại với số dư tài khoản được duy trì không được thấp hơn so với tổng số dư của tất cả các tài khoản Mobile Money của khách hàng tại cùng một thời điểm;... Đồng thời, các ngân hàng thương mại sẽ đóng vai trò là chủ thể phối hợp cùng các cơ quan quản lý để giám sát các giao dịch từ tài khoản Mobile Money chỉ được sử dụng duy nhất để thanh toán cho các nghiệp vụ phát sinh từ hoạt động này.

**Thứ ba**, liên quan đến vấn đề bảo mật thông tin, Bộ Thông tin và Truyền thông sẽ phải đưa ra các chính sách, cơ chế để bảo vệ an toàn thông tin cho người dùng trong việc cung cấp thông tin cá nhân cho các hãng viễn thông khi sử dụng Mobile Money. Mặt khác, các công ty viễn thông cũng phải có hệ thống công nghệ thông tin, phần mềm hiện đại và cập nhật để bảo vệ tất cả những thông tin lưu trữ về người dùng, đồng thời có thể ứng dụng hệ thống blockchain (chuỗi khối) - một hệ thống bảo mật hiện đại nhất hiện nay để bảo đảm an toàn thông tin cho khách hàng của mình ■

<sup>21</sup> Khoản 11 Điều 1 Nghị định số 49/2017/NĐ – CP ngày 24/4/2017 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung Điều 15 Nghị định số 25/2011/NĐ – CP ngày 06/4/2011 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Viễn thông và Điều 30 Nghị định số 174/2013/NĐ – CP ngày 13/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, công nghệ thông tin và tần số vô tuyến điện.

# ĐÁNH GIÁ TÁC ĐỘNG ĐIỀU CHỈNH CỦA PHÁP LUẬT Ở ANH VÀ NHỮNG KINH NGHIỆM ĐỐI VỚI VIỆT NAM

## Đậu Công Hiệp

ThS. Khoa Pháp luật Hành chính-Nhà nước, Trường Đại học Luật Hà Nội

### Thông tin bài viết:

**Từ khóa:** Đánh giá tác động, đánh giá tác động điều chỉnh của pháp luật, chính sách.

### Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả giới thiệu một cách tổng quan về hoạt động đánh giá tác động điều chỉnh của pháp luật ở nước Anh và chỉ ra những kinh nghiệm có thể tham khảo đối với Việt Nam.

### Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 21/11/2021  
Biên tập : 24/02/2022  
Duyệt bài : 26/02/2022

### Article Infomation:

**Keywords:** Impact assessment; regulatory impact assessment; policy.

### Abstract:

Within the scope of this article, the author introduces an overview of the regulatory impact assessment in the United Kingdom and gives out absorbable experiences as reference for Vietnam.

### Article History:

Received : 21 Nov. 2021  
Edited : 24 Feb. 2022  
Approved : 26 Feb. 2022

Kiểm soát chất lượng và hiệu quả điều chỉnh của pháp luật là một trong những vấn đề trọng tâm mà hầu hết các nhà nước trên thế giới đều chú trọng trong hoạt động lập pháp của mình. Nhằm đáp ứng nhu cầu đó, đánh giá tác động điều chỉnh của pháp luật (RIA) được coi là một công cụ cần thiết và hiện đang được áp dụng tại nhiều nước, trong đó có nước Anh. Ở Việt Nam, việc học tập kinh nghiệm các nước có nền lập pháp hiện đại nói chung và việc tiếp thu những bài học từ mô hình RIA của nước Anh là rất có ý nghĩa, nhằm cải tiến hơn nữa chất lượng pháp luật Việt Nam.

## 1. Khái niệm, ý nghĩa và vai trò của RIA

Theo một tài liệu của Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD), “RIA là một quy trình xác định và đánh giá mang tính hệ thống những ảnh hưởng có thể dự đoán của các giải pháp pháp lý, sử dụng một phương pháp phân tích thích hợp, chẳng hạn như phân tích lợi ích/chi phí”<sup>1</sup>. Tài liệu này cũng khẳng định RIA với tư cách là một công cụ để đạt được sự chặt chẽ trong chính sách. Tác giả Yilmaz Argüden, một chuyên gia về quản trị công, coi RIA là “một phương pháp luận đánh giá những ảnh hưởng của những quy định hiện hành cũng như

<sup>1</sup> OECD (2008), *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)*, p. 3.

dự thảo”<sup>2</sup>; đồng thời, RIA là một trong những cách thức tốt nhất cho việc đo lường ảnh hưởng của những quyết định quản trị công và quyết định việc có thông qua hay không thông qua một chính sách. Một cách rõ ràng hơn, RIA cũng được mô tả như là “*một phương pháp phân tích chính sách hướng tới hỗ trợ người làm chính sách trong việc thiết kế, thực thi và giám sát hướng tới sự tăng trưởng của hệ thống điều chỉnh, bằng cách tạo ra một phương pháp luận cho việc đánh giá những hệ quả gần nhất của những quy định được đề xuất và những hệ quả thực tế của những quy định đang tồn tại*”<sup>3</sup>.

Nhìn chung, quan niệm về RIA là tương đối thống nhất dù có được xem xét trên nhiều góc độ. Để có được cái nhìn cơ bản về RIA, chúng ta có thể khảo sát trên một số khía cạnh như:

- Đầu tiên, RIA là một phương pháp, công cụ hay một quy trình được thực hiện bởi các chủ thể nhất định. Là một phương pháp được kỳ vọng là chất lượng, các bước, các công đoạn trong RIA có tính quy chuẩn, hệ thống, khoa học và được tính toán nhằm phục vụ mục đích của nó.

- Thứ hai, RIA hướng tới mục tiêu nâng cao chất lượng của các quy định của pháp luật thông qua việc dự báo những ảnh hưởng mà quy định đó tác động tới thực tiễn, và nhờ đó góp phần tạo ra một môi trường pháp lý phù hợp cho sự phát triển kinh tế, xã hội. Trong bối cảnh nền kinh tế hiện nay, thị trường phản ứng rất nhanh trước những tác động của chính sách

và pháp luật. Do vậy, cần có những cân nhắc, đánh giá về các tác động đó trước khi thực hiện nhằm tránh những phản ứng bất lợi, gây thiệt hại cho nền kinh tế.

- Tiếp theo, đối tượng của RIA là các quy định của pháp luật. Trong trường hợp quy định đó chưa có hiệu lực, RIA có thể tiên liệu các tác động của nó và đánh giá được tính hiệu quả của quy định nhằm giúp nhà quản trị quyết định về việc có ban hành nó hay không. Trong trường hợp quy định đã có hiệu lực, RIA đánh giá những ảnh hưởng đã xảy ra cũng như tính tới khả năng có thể xảy ra khi hoàn cảnh kinh tế, xã hội thay đổi.

- Cuối cùng, với tư cách là một phương pháp đánh giá tác động của pháp luật, RIA được thực hiện bởi những thiết chế nhất định với một quy trình hợp tác tương đối chặt chẽ. Thông thường, các thiết chế này thuộc về các nhánh quyền lực khác nhau và cả các thiết chế độc lập để đảm bảo tính chuẩn xác dựa trên sự kiểm soát lẫn nhau giữa chúng.

Như vậy, có thể hình dung RIA là một phương pháp nhằm dự báo và đánh giá những tác động đã, đang và có thể xảy ra của pháp luật, với mục đích tăng cường tính hiệu quả và minh bạch của pháp luật, đồng thời giúp nhà làm luật lựa chọn những phương án pháp lý tối ưu nhất đối với thực tiễn kinh tế và xã hội.

Về ý nghĩa và vai trò của RIA, như đã trình bày ở trên, RIA hướng tới việc tạo ra các quy định của pháp luật với khả năng tương thích

<sup>2</sup> Yilma Argüden (2011), *Keys to Governance: Strategic leadership for quality of life*, Palgrave Macmillan, 2011, trang. 45. Nguyên văn: “*Regulatory impact analysis is a methodological assessment of impact of current or draft regulation*”.

<sup>3</sup> C. H. Kirkpatrick, David Parker (2007), *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?*, Edward Elgar Publishing, p. 1. Nguyên văn: “*RIA is a method of policy analysis, which is intended to assist policy-maker in the design, implementation and monitoring of improvements to regulatory systems, by providing a methodology for assessing the likely consequences of proposed regulation and the actual consequences of existing regulations*”.

và hỗ trợ cho sự phát triển của xã hội, trong đó đặc biệt hướng tới nền kinh tế. Khi nhìn nhận các quy định của pháp luật với tư cách là các công cụ trực tiếp điều chỉnh hành vi của công dân, cần nhận ra rằng sự tác động của nó có thể gây ra cho rất nhiều nhóm đối tượng trong xã hội với nhiều cách thức khác nhau. Thậm chí, nhiều tác động “ẩn” có thể rất khó để nhận ra và đòi hỏi một phương pháp đánh giá khách quan và khoa học nhất. Để đáp ứng được điều đó, RIA hướng tới tính hiệu quả, yếu tố quan trọng cần có của một quy định của pháp luật, bằng việc giải quyết ba câu hỏi cơ bản:

- Về tổng thể, vấn đề cần giải quyết là gì?

- Khách thể chính sách cụ thể cần hoàn thành là gì?

- Có những cách nào khác để hoàn thành nó?<sup>4</sup>

Nhìn chung, RIA là một công cụ cần thiết để nhận diện những nguy cơ và tiềm năng mà quy định của pháp luật có thể gây ra đối với xã hội, và sử dụng các phương pháp cũng như cách tiếp cận hiện đại để giải quyết vấn đề một cách tốt nhất. Ngày nay, cùng với xu hướng toàn cầu hóa, RIA đã được quốc tế hóa và trở thành một trong những chuẩn mực quan trọng của nền quản trị công thể giới. Một trong những tổ chức quốc tế đi đầu trong việc thúc đẩy áp dụng RIA đó là OECD. Thành lập năm 1961, đến năm 1974, OECD bắt đầu việc hỗ trợ các quốc gia thành viên áp dụng quy trình này trong quản trị công và đến năm 2014 đã có 34 quốc gia thực hiện<sup>5</sup>. Điều này cho thấy ý

nghĩa và tầm quan trọng của RIA đã được công nhận trên quy mô toàn cầu.

## 2. Sự phát triển của RIA ở Anh

Từ giữa thập niên 80 của thế kỷ trước, dưới sức ép của Chính phủ do Thủ tướng Thatcher lãnh đạo, nước Anh đã khởi động những chính sách nhằm thúc đẩy các chức năng của thị trường. Mặc dù bao hàm nhiều khía cạnh như về sở hữu tư nhân, cạnh tranh, tự do hóa thị trường và ổn định kinh tế vĩ mô, RIA có thể coi là “*bộ phận cốt lõi*”<sup>6</sup> của chương trình nêu trên. Sự phát triển của RIA ở nước Anh có thể chia thành hai giai đoạn lớn<sup>7</sup>:

- Đầu tiên, 1985-1996 là giai đoạn Bãi bỏ quy định (Deregulation phase). Vào thời kỳ này, Ban Doanh nghiệp và Bãi bỏ quy định (Enterprise and Deregulation Unit) thuộc Bộ Công nghiệp và thương mại Anh thực hiện một hệ thống đánh giá có tên Đánh giá Chi phí tuân thủ (Compliance Cost Assessment-CCA) và áp dụng một cách bắt buộc đối với mọi quy định trước khi được trình lên nội các. CCA hướng tới đánh giá sự tác động của quy định đến các doanh nghiệp vừa và nhỏ (SMEs) vì người Anh cho rằng sự ảnh hưởng của các quy định đến các hãng lớn là thấp hơn. Thông qua CCA, Chính phủ Anh có thể xác định được những quy định nào gây tác động bất lợi và giảm thiểu chúng.

- Thứ hai, 1996-2005 là giai đoạn Từ bãi bỏ quy định đến quy định tốt hơn (From deregulation to better regulation). Tháng 5/1996, Chính phủ do Đảng Bảo thủ lãnh đạo

<sup>4</sup> OECD (2008), *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis*, p. 4. Nguyên văn: “*What, in general terms, is the problem to be addressed? What is the specific policy objective to be achieved? and What are the different ways of achieving it?*”.

<sup>5</sup> Theo thông tin tại: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm>.

<sup>6</sup> C. H. Kirkpatrick, David Parker, *Sđd*, tr. 1.

<sup>7</sup> Cesar Cordova Novion (2009), *Regulatory Impact Analysis in the United Kingdom*, in Tetsuzo Yamamoto, ed. (2009), *Regulatory Impact Analysis - Institutions, Theories, and Cases*, NTT Publishing Co., Ltd. Tokyo.

khởi động một hệ thống đánh giá mới. Từ đây, CCA được thay thế bởi một RIA hoàn thiện yêu cầu sự đánh giá quy định không chỉ về chi phí tuân thủ của doanh nghiệp mà còn là tất cả mọi chi phí, bao gồm những ảnh hưởng mà người tiêu dùng và Chính phủ phải chịu. Để thực hiện điều này, Ban Tác động Điều chỉnh (Regulatory Impact Unit) được thành lập và chuyển từ Bộ Công nghiệp sang Văn phòng Chính phủ.

Năm 2007, Chính phủ Anh lập nên ba mục tiêu trọng điểm về cải cách điều chỉnh pháp luật bao gồm: Mang tới những mục tiêu đơn giản hóa thúc đẩy tính hiệu quả của những quy định thuộc các lĩnh vực cụ thể; Giúp doanh nghiệp thấu hiểu quy định; Nhấn mạnh sự minh bạch<sup>8</sup>. Để thấy rõ hơn, bảng sau diễn tả một vài cột mốc của sự phát triển của RIA ở Anh<sup>9</sup>.

Nhìn chung, quá trình hoàn thiện RIA luôn

1986	Sách trắng “Xây dựng doanh nghiệp-Không cản trở” được ban hành nhằm xác định chi phí tuân thủ pháp luật của doanh nghiệp.
1987	Ban Doanh nghiệp và Bãi bỏ quy định được chuyển từ Bộ Việc làm sang Bộ Công nghiệp và Thương mại, phụ trách việc giám sát và chống những nhiễu.
1994	Ban hành Đạo luật về Bãi bỏ quy định và Giao thầu thiết lập quy trình giảm thiểu những gánh nặng của các quy định
1997	CCA được thay thế bởi RIA, mở rộng ra tới các chủ thể khác, kể cả các đơn vị thiện nguyện.
2006	Đạo luật Cải cách lập pháp và điều chỉnh ra đời.

gắn với sự phát triển và thay đổi hoàn cảnh nền kinh tế. Trong hơn 30 năm cải cách, RIA đã ngày càng được quan tâm và phát huy những giá trị của nó đối với hệ thống pháp luật Anh. Đây cũng là nguồn cảm hứng để các nước khác học hỏi và áp dụng RIA, khiến nó được nhân rộng tới nhiều quốc gia trên thế giới.

### 3. Quy trình thực hiện RIA ở Anh

Trước hết, RIA là một quy trình đánh giá có thể được thực hiện bởi nhiều cơ quan khác nhau. Tùy vào mục đích của mình mà các cơ quan đó có thể thực hiện RIA với những mức độ khác nhau. Bên cạnh các cơ quan thuộc chính phủ, sự tham gia của các thiết chế độc lập khác cũng rất quan trọng. Ở Anh, Văn phòng Kiểm toán quốc

gia (National Audit Office) đi tiên phong trong việc thực hiện RIA độc lập bởi họ cho rằng: *“các Bộ đang bắt đầu những đánh giá tác động, nhưng điều đó là chấp vạ và nói miệng nhiều hơn là tập trung vào những kết quả”*<sup>10</sup>.

Hiện nay, một số cơ quan thực hiện và tham gia vào quy trình RIA ở Anh có thể kể tới là:

- Ban Quy định Ưu việt (Better Regulation Executive) được lập ra nhằm thay thế Ban Tác động điều chỉnh vào năm 2006 và có chức năng hành chính kỹ thuật, cung cấp những khuyến nghị và hỗ trợ thực hiện RIA. Đây là cơ quan chủ đạo thực hiện RIA mặc dù không có thẩm quyền quyết định chính sách. Thực tế RIA là một công việc vừa mang tính chính trị, vừa

<sup>8</sup> Theo bài phát biểu của Thủ tướng Anh Brown tại Liên đoàn công nghiệp Anh (CBI). HM Treasury (2005), Press Release, ‘Chancellor’s Speech to CBI Conference’, 28 November 2005.

<sup>9</sup> Theo bài phát biểu của Thủ tướng Anh Brown tại Liên đoàn công nghiệp Anh (CBI). HM Treasury (2005), Press Release, ‘Chancellor’s Speech to CBI Conference’, 28 November 2005.

<sup>10</sup> Cesar Cordova Novion, *Tlđđ*, tr. 5.



## KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

mang tính kỹ thuật, BRE đảm nhiệm mảng kỹ thuật của công việc này.

- Ban chỉ đạo vì Quy định liên chính, đứng đầu bởi Thủ tướng, là cơ quan có quyền quyết định và bãi bỏ những kiến nghị điều chỉnh nếu nó được đánh giá là có tác động không tốt. Đây là cơ quan có quyền đưa ra những quyết định mang tính chính trị vì nó có thể chấp nhận hay từ chối việc một quy định có thể được ban hành.

- Ủy ban vì Quy định ưu việt (Better Regulation Commission) là một tổ chức độc lập tư vấn và hỗ trợ Chính phủ gồm 16 thành viên không nhận lương và được bổ nhiệm bởi Chính phủ.

- Văn phòng Kiểm toán quốc gia có trách nhiệm trước Nghị viện, phát triển và thực hiện một phương pháp RIA dựa trên những tiêu chuẩn nhằm đánh giá sau những RIA đã thực hiện bởi Chính phủ. Nhìn chung, hoạt động của Văn phòng Kiểm toán quốc gia mang tính chất hậu kiểm.

- Bên cạnh đó, bộ phận phụ trách RIA của mỗi bộ trong Chính phủ cũng có vai trò quan trọng trong đánh giá tác động của những quy định liên quan đến bộ ngành mình.

Hiện nay, các bộ phải chuẩn bị bản đánh giá theo quy trình RIA đối với các đạo luật khi chúng chứa những quy định có thể tác động tới khối tư nhân ở một mức độ nhất định. Theo hướng dẫn của Chính phủ Anh<sup>11</sup> thì mức độ cần thiết để đệ trình một bản đánh giá là khi tác động gây ra (cả tiêu cực lẫn tích cực) từ năm triệu bảng. Khi đó quy trình RIA cần thực hiện sẽ bao gồm bảy bước cơ bản sau:

- Giai đoạn phát triển: định nghĩa vấn đề

chính sách, thu thập các bằng chứng cần thiết, lý giải sự can thiệp của Chính phủ, xác định đối tượng của chính sách.

- Giai đoạn lựa chọn: xác định những sự lựa chọn, thử nghiệm các lựa chọn thông qua các tham vấn ban đầu.

- Giai đoạn tham vấn: chọn lọc các lựa chọn, công bố thông tin để tìm kiếm những tham vấn và nhận xét công khai.

- Giai đoạn đề xuất cuối cùng: tập trung vào chi phí và lợi ích của sự lựa chọn được ưu tiên (đề xuất).

- Giai đoạn thực thi: rà soát lại để phản ánh những nội dung cuối cùng của quy định.

- Giai đoạn xem xét lại: sau khi sự can thiệp của Nhà nước đã được thi hành, các quy định được xem xét lại để thấy được những chi phí và lợi ích thực tế mà nó gây ra.

- Giai đoạn công bố để tiếp nhận những đánh giá từ dư luận.

Để thực hiện được những bước trên, yếu tố quan trọng nhất là có được những bằng chứng cụ thể và ý kiến góp ý về quy định. Chính phủ Anh cung cấp những biểu mẫu hướng dẫn<sup>12</sup> để tổng kết những điều này. Các biểu mẫu này được lập rất ngắn gọn để lấy ý kiến của các doanh nghiệp, cá nhân, tổ chức có thể chịu ảnh hưởng của quy định cũng như những chuyên gia được mời tham vấn. Thông qua những thông tin thu thập được, Chính phủ có thể xác định và lựa chọn phương án tốt nhất.

Đối với RIA ở Anh, nguyên tắc quan trọng được đặt lên hàng đầu là tính minh bạch. Theo tiêu chuẩn thứ hai được đặt ra bởi đạo luật về thực hiện tư vấn (Code of Practice on

<sup>11</sup> Xem: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/224155/bis-13-1040-accountability-for-regulator-impact-guidance.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/224155/bis-13-1040-accountability-for-regulator-impact-guidance.pdf).

<sup>12</sup> Xem: <https://www.gov.uk/government/collections/impact-assessments-guidance-for-government-departments>.

Consultation) có hiệu lực từ năm 2001, tất cả mọi dự thảo đánh giá tác động quy định đều phải được công bố 12 tuần trước khi quy định có hiệu lực. Nhờ vậy, những kết quả đạt đối với hoạt động đánh giá tác động là rất khả quan. Từ năm 1997, gần 900 bản đánh giá tác động đã được thực hiện, với tỷ lệ khoảng 160 bản trong một năm. Ghi nhận thành quả trên, Ủy ban châu Âu đã đánh giá Anh là nước thực hiện RIA tốt nhất trong châu Âu<sup>13</sup>.

#### 4. Những kinh nghiệm đối với Việt Nam

Trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, vấn đề đánh giá tác động của quy phạm pháp luật được quy định tương đối cụ thể. Đối với hầu hết các loại văn bản quy phạm pháp luật, một yêu cầu quan trọng được đặt ra đó là phải có Báo cáo đánh giá tác động với những nội dung cụ thể. Đơn cử như với luật, pháp lệnh của Quốc hội, khoản 2 điều 35 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật nêu rõ:

*“Nội dung đánh giá tác động của từng chính sách trong đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh phải nêu rõ: vấn đề cần giải quyết; mục tiêu của chính sách; giải pháp để thực hiện chính sách; tác động tích cực, tiêu cực của chính sách; chi phí, lợi ích của các giải pháp; so sánh chi phí, lợi ích của các giải pháp; lựa chọn giải pháp của cơ quan, tổ chức và lý do của việc lựa chọn”.*

Có thể thấy, quy định trên đã tiếp thu được tương đối tinh thần và mục đích của RIA theo chuẩn mực toàn cầu. Cụ thể như việc xác định rõ đối tượng, phương pháp phân tích chi phí-lợi ích (costs-benefits), lựa chọn giải pháp. Như vậy, có thể khẳng định hướng đi của RIA ở Việt Nam nhìn chung là phù hợp với những tiêu chuẩn về RIA trên thế giới. Tuy nhiên, để cụ thể hóa phương hướng đó thành những bước đi cụ thể, cần có sự học hỏi kinh nghiệm nước

ngoài mà trong đó nước Anh là một điển hình, đặc biệt là trong bối cảnh Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật đang được cụ thể hóa và triển khai thực hiện.

Theo chúng tôi, RIA là một công cụ mang nặng tính kỹ thuật và hướng tới sự thuận tiện đồng thời cũng có khả năng thúc đẩy tính minh bạch và liêm chính của Nhà nước. Với những nhận thức về RIA ở Anh, chúng ta có thể học hỏi và áp dụng một số kinh nghiệm như:

- Đầu tiên là về phạm vi áp dụng. Theo luật, Báo cáo đánh giá tác động chính sách là bắt buộc đối với mọi dự thảo văn bản quy phạm pháp luật trừ các văn bản của cấp huyện và xã (theo quy định tại chương X, XI Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật). Quy định như vậy là “vừa thiếu vừa thừa” vì hoạt động đánh giá tác động không nên dựa trên cấp độ của văn bản mà cần dựa vào mức độ tác động của nó. Như đã trình bày ở trên, theo pháp luật Anh thì quy định có ảnh hưởng từ năm triệu bảng trở lên cần đánh giá tác động. Các quy định như vậy sẽ không loại trừ văn bản ở những cấp chính quyền thấp vì không có gì đảm bảo rằng văn bản của cơ quan nhà nước ở những cấp này không gây ảnh hưởng lớn tới xã hội. Ngược lại, đối với những văn bản của các cơ quan nhà nước ở trung ương hay cấp tỉnh, cũng không chắc chắn rằng các quy định ở đó có thể tác động về mặt kinh tế ở mức độ đáng kể. Như vậy, cần tiếp cận vấn đề này theo hướng đặt ra một mức tác động được coi là cần thiết để thực hiện RIA và trong trường hợp cơ quan nhà nước xác định tác động của một quy định là chưa đến mức cần thiết phải đánh giá thì cần có giải trình công khai để công chúng xem xét.

- Thứ hai là về quy trình áp dụng. RIA đòi hỏi những bước đi rõ ràng và việc áp dụng chúng vào hệ thống của Việt Nam đơn thuần

<sup>13</sup> Europe Commission (2005), *Commission Staff Working Paper: Report on the implementation of the European Charter for Small Enterprises in the Member States of the European Union – SEC (2005) 167*, p. 36.

mang tính kỹ thuật. Tuy nhiên, để việc thực hiện quy trình đó được thuận lợi, cần có những hướng dẫn cụ thể và chi tiết. Kinh nghiệm của nước Anh cho thấy, các biểu mẫu, văn bản được công bố rộng rãi dưới dạng Sách Xanh (Blue Book) ở từng bộ ngành và cơ quan. Việc đó giúp quá trình thực hiện và kiểm soát RIA trở nên dễ dàng và chuẩn mực hơn. Đặc biệt, quy trình RIA ở Anh nhấn mạnh vào nguyên tắc minh bạch. Đây có thể coi là nguyên tắc cốt yếu nhằm bảo vệ tính đúng đắn và khách quan của RIA. Có thể nói, một bản báo cáo đánh giá tác động có thể quyết định tới số phận của chính sách, và có nguy cơ cao bản báo cáo đó đưa ra những thông tin không khách quan nhằm hỗ trợ hay cản trở chính sách. Vì vậy, minh bạch sẽ là chìa khóa giải quyết vấn đề này khi báo cáo RIA được công khai và kiểm soát bởi công chúng. Nếu ở Anh quy định 12 tuần là thời hạn cho việc công bố báo cáo RIA thì Luật Ban hành quy phạm pháp luật của Việt Nam lại chưa có được quy định tương ứng. Vì vậy, để đảm bảo tính thực chất của RIA, theo tác giả, pháp luật cần đặt ra một mốc thời gian cho việc công khai và tiếp thu những phản hồi của công chúng về báo cáo RIA.

- Tiếp theo, RIA ở Việt Nam và cụ thể là trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật dường như mới chỉ được nhìn nhận như là một bước trong quy trình xây dựng văn bản pháp luật, tức là mới hướng tới yếu tố dự liệu của nó. Cần thấy rằng, RIA không chỉ được áp dụng với các dự thảo mà còn với cả các văn bản đã ban hành vì tác động của văn bản đó đến thực tiễn có thể thay đổi khi hoàn cảnh khách quan thay đổi. Kinh nghiệm ở Anh cho thấy việc rà soát sự tác động của văn bản đã trải qua hơn 10 năm (1985-1996) để thanh lọc lại hệ thống pháp luật. Đối với Việt Nam, RIA với ý nghĩa một tấm lưới giúp gạn bỏ những văn bản gây tác động tiêu cực là cần thiết. Do đó, bên

cạnh việc thực thi một cách đầy đủ RIA với tư cách một công cụ trong quá trình làm ra văn bản quy phạm pháp luật, cần có một bộ phận làm nhiệm vụ rà soát lại các văn bản đang có hiệu lực bằng phương pháp RIA. Thông qua đó, chúng ta có thể tìm ra những văn bản đã lỗi thời và gây nên những hệ quả không tốt đối với xã hội, để từ đó có căn cứ bãi bỏ và thay thế chúng. Ở Anh, Chính phủ đã mất 10 năm để làm việc này. Vì vậy, chúng ta cần xác định đây là một công việc phức tạp và tốn nhiều thời gian cũng như nguồn lực.

- Cuối cùng, các thiết chế độc lập cần được mở rộng nhằm góp phần bảo đảm tính chính xác và minh bạch của hoạt động RIA. Kinh nghiệm ở Anh cho thấy, Văn phòng Kiểm toán quốc gia có vai trò rất lớn trong việc kiểm soát tính đúng đắn của RIA. Theo quy định tại Điều 6 Đạo luật Kiểm toán quốc gia (National Audit Act)<sup>14</sup>, Văn phòng Kiểm toán quốc gia có nhiệm vụ thông báo cho Viện Thứ dân hay Hạ viện (House of Commons) về tất cả hoạt động kiểm toán trong đó có RIA. Vì vậy, hàng năm cơ quan này xuất bản những bản báo cáo về hoạt động RIA của các cơ quan thuộc Chính phủ, đồng thời đánh giá và khuyến nghị tới Nghị viện về hoạt động này. Ở Việt Nam, Điều 118 Hiến pháp năm 2013 xác định Kiểm toán Nhà nước là cơ quan “hoạt động độc lập”. Đây là một bước tiến lớn và có thể mở đường cho việc trao cho cơ quan này nhiệm vụ kiểm tra độc lập các báo cáo đánh giá tác động được thực hiện bởi Chính phủ và các cơ quan khác. Kiểm toán Nhà nước không trực tiếp can thiệp vào các báo cáo này mà chỉ tổng hợp và thông tin lại cho Quốc hội để đánh giá tinh thần và hiệu quả làm việc của Chính phủ. Với những quy định như vậy, nếu được áp dụng, hiệu quả của RIA ở Việt Nam sẽ có thể được bảo đảm vững chắc ■

<sup>14</sup> Xem: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/44/pdfs/ukpga\\_19830044\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/44/pdfs/ukpga_19830044_en.pdf).

