

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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

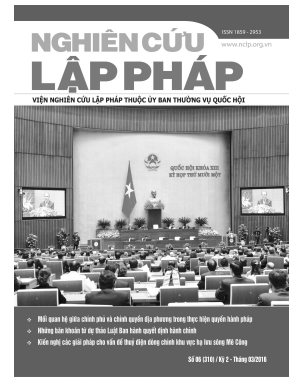


- ❖ Mối quan hệ giữa chính phủ và chính quyền địa phương trong thực hiện quyền hành pháp
- ❖ Những bản khoản từ dự thảo Luật Ban hành quyết định hành chính
- ❖ Kiến nghị các giải pháp cho vấn đề thủy điện dòng chính khu vực hạ lưu sông Mê Công

Số 06 (310) / Kỳ 2 - Tháng 03/2016

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 3/2016

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra, gắn công tố với hoạt động điều tra trước yêu cầu cải cách tư pháp
PGS, TS. Nguyễn Hòa Bình

- 12** Mối quan hệ giữa chính phủ và chính quyền địa phương trong thực hiện quyền hành pháp
PGS, TS. Nguyễn Hoàng Anh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 20** Góp ý dự thảo Luật Báo chí (sửa đổi):
Hoàn thiện quy định về quyền tự do báo chí, tự do ngôn luận trên báo chí của công dân nhằm thực hiện Hiến pháp năm 2013
TS. Nguyễn Hoàng Thanh

- 26** Những băn khoăn từ Dự thảo Luật Ban hành quyết định hành chính
ThS. Cao Vũ Minh

CHÍNH SÁCH

- 35** Kiến nghị các giải pháp cho vấn đề thủy điện dòng chính khu vực hạ lưu sông Mê Công
Nguyễn Anh Phương

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 43** Bảo vệ cổ đông thiểu số trong công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp năm 2014
ThS. Huỳnh Thị Trúc Linh

- 52** Hoàn thiện pháp luật về quỹ bảo vệ người được bảo hiểm
Nguyễn Chí Hiếu

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Pháp luật hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa của Hàn Quốc và một số kiến nghị tham khảo
TS. Nguyễn Thị Hồng Nhung

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

PGS. TS. ĐÌNH XUÂN THẢO (CHỦ TỊCH)
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THI
GS, TS. PHAN TRUNG LÝ
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG
GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. DƯƠNG NGỌC NGƯU
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
PGS, TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 043.2121202

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Kỳ họp thứ mười một -
Quốc hội khóa XIII
Nguồn: Cổng TTĐT Quốc hội

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 3/2016

STATE AND LAW

- 3** Strengthening the responsibility of prosecutor in investigation and associating prosecution with investigative activities to adapt the requirement of judicial reform

Prof, Dr. Nguyen Hoa Binh

- 12** The relationship between the government and local authorities in the implementation of executive power

Prof, Dr. Nguyen Hoang Anh

DISCUSSION OF BILLS

- 20** Comments on the draft Press Law (amendment):

Completing the provisions on freedom of the press, freedom of expression of citizens in the press in order to implement the Constitution in 2013

Dr. Nguyen Hoang Thanh

- 26** Several concerns from the draft Law on promulgation of administrative decisions

LLM. Cao Vu Minh

POLICIES

- 35** Proposing some solutions for problems caused by mainstream hydropower development in Lower Mekong Basin.

Nguyen Anh Phuong

LEGAL PRACTICE

- 43** Protection of minority shareholders in joint stock companies under the Enterprise Law in 2014

LLM. Huynh Thi Truc Linh

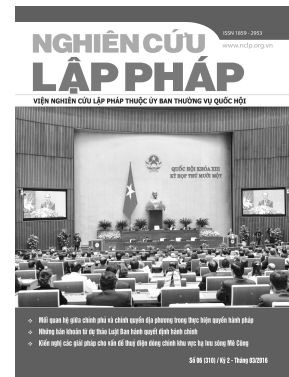
- 52** Improving the law on the fund to protect the insured

Nguyen Chi Hieu

FOREIGN EXPERIENCE

- 57** Legislations to support small and medium-sized enterprises in Korea and a number of recommendations for reference

Dr. Nguyen Thi Hong Nhung



EDITORIAL:

Prof, Dr. DINH XUAN THAO (Chairman)
Prof, Dr. DAO TRONG THI
Prof, Dr. PHAN TRUNG LY
Dr. NGUYEN SI DUNG
Prof, Dr. TRAN NGOC DUONG
Dr. NGO DUC MANH
Dr. DUONG NGOC NGUU
Prof, Dr. DINH VAN NHA
Prof, Dr. TRAN DINH NHA
Prof, Dr. HOANG VAN TU
Dr. PHAM VAN HUNG

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

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

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISMENT:

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

DISTRIBUTION:

HA NOI: 043.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: **19,500 VND**

TĂNG CƯỜNG TRÁCH NHIỆM CÔNG TỐ TRONG HOẠT ĐỘNG ĐIỀU TRA, GẮN CÔNG TỐ VỚI HOẠT ĐỘNG ĐIỀU TRA TRƯỚC YÊU CẦU CẢI CÁCH TƯ PHÁP

NGUYỄN HÒA BÌNH*

1. Tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra, gắn công tố với hoạt động điều tra là yêu cầu cấp thiết của cải cách tư pháp

Thực hành quyền công tố trong hoạt động tố tụng hình sự được Nhà nước ta đặt ra ngay từ sau khi thiết lập chính quyền cách mạng và được thể hiện trong Sắc lệnh số 33c, ngày 13/9/1945 của Chính phủ về thành lập Tòa án Quân sự. Đến ngày 29/4/1958, Quốc hội thông qua Đề án của Chính phủ về việc thành lập hệ thống Viện Công tố thống nhất. Luật Tổ chức Viện Kiểm sát nhân dân (KSND) năm 1960 được Chủ tịch Hồ Chí Minh công bố trên cơ sở kế thừa những quy định về Viện Công tố trước đó và từ đó đến nay, qua các lần sửa đổi, bổ sung Hiến pháp (các năm 1980, 1992, 2002, 2013) và Luật Tổ chức Viện KSND quy định về chức năng thực hành quyền công tố của Viện KSND ngày càng được hoàn thiện hơn, gắn với việc hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN ở nước ta. Đề cập đến vai trò thực hành quyền công tố của Viện KSND, đồng chí Trường Chinh, Chủ tịch Ủy ban thường vụ Quốc hội

đã nhấn mạnh: "...Sau Cách mạng tháng Tám, ta có Nhà nước dân chủ nhân dân là thiết lập ngay tức thời Viện Công tố. Không có cơ quan nhà nước nào có thể thay thế ngành Kiểm sát để sử dụng quyền công tố. Bắt giam, điều tra, tha, truy tố, xét xử có đúng người, đúng tội, đúng pháp luật hay không, có đúng đường lối, chính sách của Đảng và Nhà nước hay không, điều đó chính là Viện Kiểm sát phải trông nom, bảo đảm làm tốt..."⁽¹⁾

Trong tiến trình cải cách tư pháp, yêu cầu Viện Kiểm sát thực hiện tốt quyền công tố nhà nước luôn được đặt ra trong các nghị quyết của Bộ Chính trị về cải cách tư pháp (Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 02/1/2002 về một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới, Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020). Báo cáo chính trị của Ban chấp hành Trung ương Khóa 10 tại Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI nêu rõ: "bảo đảm tốt hơn các điều kiện để Viện KSND thực hiện hiệu quả chức năng thực hành quyền công tố và kiểm sát các hoạt

* PGS, TS. Bí thư Trung ương Đảng, Viện trưởng Viện KSND tối cao.

(1) Kết luận về công tác kiểm sát, Nội san Công tác kiểm sát số 3/1968.

động tư pháp; tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra, gắn công tố với hoạt động điều tra”. Mục đích của tăng cường trách nhiệm công tố trong điều tra, gắn công tố với điều tra nhằm đảm bảo mọi hành vi phạm tội, người phạm tội phải được phát hiện, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử kịp thời, nghiêm minh, đúng người, đúng tội, đúng pháp luật, không làm oan người vô tội, không để lọt tội phạm và người phạm tội; không để người nào bị khởi tố, bị bắt, tạm giữ, tạm giam, bị hạn chế quyền con người, quyền công dân trái luật. Đây là một trong những yêu cầu quan trọng nhất của cải cách tư pháp ở nước ta. Ngày 06/12/2013, Viện trưởng Viện KSND tối cao đã có Chỉ thị số 06/CT-VKSTC “Về tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra, gắn công tố với điều tra đáp ứng yêu cầu đấu tranh phòng, chống tội phạm”. Theo đó, Viện trưởng Viện KSND tối cao yêu cầu toàn ngành Kiểm sát phải “tiếp tục thực hiện tốt chủ trương tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra nhằm nâng cao chất lượng, hiệu quả đấu tranh phòng, chống tội phạm; bảo đảm việc truy cứu trách nhiệm hình sự đúng người, đúng tội, đúng pháp luật, hạn chế đến mức thấp nhất việc bỏ lọt tội phạm, kiên quyết không để xảy ra oan sai”. Trong những năm qua, ngành KSND đã nỗ lực không ngừng để đổi mới, nâng cao chất lượng công tác thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra án hình sự, trên thực tiễn đã đạt và vượt các chỉ tiêu của Quốc hội giao về nâng cao tỷ lệ giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố, tỷ lệ giải quyết án trong giai đoạn điều tra, truy tố; giảm tỷ lệ các vụ án phải trả hồ sơ để điều tra bổ sung, hạn chế đến mức thấp nhất số vụ án bị oan sai hoặc bỏ lọt tội phạm, bảo đảm tốt hơn quyền con người, quyền công dân trong hoạt động tố tụng hình sự.

Chủ trương “tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra, gắn công tố

với hoạt động điều tra” của Đảng ta đã được quán triệt trong quá trình sửa đổi, bổ sung Luật Tố chức Viện KSND năm 2014 và Bộ luật Tố tụng hình sự (BLTTHS) năm 2015. Các nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm và mối quan hệ tố tụng giữa Viện Kiểm sát với Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra để thực hiện chủ trương trên được quy định cụ thể từ khi tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo tội phạm, kiến nghị khởi tố cho đến khi kết thúc việc điều tra, truy tố. Những sửa đổi, bổ sung quan trọng nhất của hai văn bản luật nói trên là: Viện Kiểm sát phải thực hành quyền công tố sớm hơn, ngay từ giai đoạn tiếp nhận giải quyết tố giác, tin báo tội phạm, kiến nghị khởi tố chứ không phải từ khi khởi tố vụ án hình sự như BLTTHS năm 2003 quy định; Viện Kiểm sát có trách nhiệm có mặt, tham gia trực tiếp vào phần lớn các hoạt động điều tra quan trọng; Viện Kiểm sát được giao thêm một số nhiệm vụ, quyền hạn để khắc phục những vi phạm trong quá trình tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo tội phạm, kiến nghị khởi tố và điều tra vụ án hình sự. Những sửa đổi, bổ sung nói trên cũng đặt ra yêu cầu Viện Kiểm sát phải chủ động áp dụng mọi biện pháp tố tụng để việc giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố, điều tra kịp thời, đúng pháp luật, không làm oan người vô tội, không để lọt tội phạm và người phạm tội, bảo đảm quyền con người, quyền công dân trong hoạt động tố tụng hình sự.

2. Những biện pháp tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra, gắn công tố với hoạt động điều tra theo quy định của Luật Tố chức Viện Kiểm sát nhân dân năm 2014 và Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015

Tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra, gắn công tố với hoạt động điều tra là tăng cường vai trò, trách nhiệm của Viện Kiểm sát trong suốt quá trình phát

hiện, khởi tố, điều tra vụ án hình sự một cách tích cực, chủ động và hiệu quả. Các biện pháp cụ thể như sau:

a) Viện Kiểm sát thực hành quyền công tố sớm hơn, ngay từ giai đoạn tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố.

Thực tiễn hoạt động tố tụng hình sự cho thấy giai đoạn tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố có vị trí rất quan trọng. Giải quyết tốt giai đoạn đầu tiên này sẽ góp phần thực hiện mục tiêu chống bỏ lọt tội phạm hoặc làm oan người vô tội. Phục đáp yêu cầu này, lần đầu tiên nội dung và phạm vi thực hành quyền công tố của Viện KSND đã được luật hóa tại Điều 3 Luật Tổ chức Viện KSND năm 2014, theo đó, “thực hành quyền công tố là hoạt động của Viện KSND trong tố tụng hình sự để thực hiện việc buộc tội của Nhà nước đối với người phạm tội, được thực hiện ngay từ khi giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố và trong suốt quá trình khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử vụ án hình sự”.

Theo quy định tại Điều 159 BLTTHS năm 2015, trong giai đoạn đầu của tố tụng hình sự (giai đoạn giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố), Viện Kiểm sát có các nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm phê chuẩn hay không phê chuẩn việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn, các biện pháp khác hạn chế quyền con người; đề ra yêu cầu kiểm tra, xác minh nguồn tin về tội phạm, gia hạn thời hạn giải quyết; yêu cầu khởi tố vụ án, quyết định khởi tố vụ án; hủy bỏ quyết định tạm giữ, quyết định khởi tố vụ án, quyết định không khởi tố vụ án hình sự, quyết định tạm đình chỉ giải quyết nguồn tin về tội phạm và

các quyết định trái pháp luật khác; trực tiếp giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố trong những trường hợp phát hiện Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra có vi phạm pháp luật nghiêm trọng trong hoạt động kiểm tra, xác minh tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố hoặc có dấu hiệu bỏ lọt tội phạm mà Viện Kiểm sát đã yêu cầu nhưng không được khắc phục; thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn khác để chống bỏ lọt tội phạm hoặc làm oan người vô tội. Thực hiện nhiệm vụ trên, BLTTHS năm 2015 đã có quy định cụ thể thẩm quyền của Viện Kiểm sát trong việc tiếp nhận và kiểm sát việc giải quyết nguồn tin về tội phạm và khi thực hành quyền công tố, kiểm sát việc khởi tố vụ án hình sự và trách nhiệm của Cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra trong việc thực hiện các yêu cầu và quyết định của Viện Kiểm sát (Điều 160, 161, 162).

Yêu cầu mới đặt ra là, Viện Kiểm sát các cấp phải bằng cách áp dụng các quy định của pháp luật, quản lý được đầy đủ tình hình tội phạm và kết quả tiếp nhận, xác minh, giải quyết tố giác, tin báo tội phạm và kiến nghị khởi tố của Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra trên địa bàn⁽²⁾; phát hiện được vi phạm pháp luật của các cơ quan này và áp dụng các thẩm quyền được BLTTHS quy định để khắc phục, chống oan sai hoặc bỏ lọt tội phạm. Để làm được điều này, Viện Kiểm sát cần khẩn trương chủ trì xây dựng mới hoặc sửa đổi, bổ sung quy chế phối hợp với Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra

(2) Theo quy định tại khoản 5, Điều 146 BLTTHS năm 2015, trong thời hạn 3 ngày, kể từ ngày tiếp nhận tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố, Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải thông báo bằng văn bản cho Viện Kiểm sát.

trong tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo tội phạm và kiến nghị khởi tố theo quy định mới của BLTTHS năm 2015; đổi mới phương pháp, cách làm để thực sự chủ động, gắn chặt trách nhiệm của Viện Kiểm sát với kết quả tiếp nhận, xác minh, giải quyết tố giác, tin báo tội phạm và kiến nghị khởi tố của Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra.

b) Viện Kiểm sát phải chú trọng đề ra các yêu cầu đối với hoạt động điều tra, nếu Cơ quan điều tra không thực hiện hoặc thực hiện không đáp ứng yêu cầu thì Viện Kiểm sát trực tiếp tiến hành các hoạt động tố tụng theo quy định của luật.

Theo quy định của BLTTHS năm 2015 (khoản 3 Điều 160), khi phát hiện việc tiếp nhận, giải quyết nguồn tin về tội phạm không đầy đủ, vi phạm pháp luật thì Viện Kiểm sát yêu cầu Cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra thực hiện việc tiếp nhận, xác minh, giải quyết; tự kiểm tra và thông báo kết quả cho Viện Kiểm sát; cung cấp tài liệu về vi phạm pháp luật trong việc tiếp nhận, giải quyết nguồn tin về tội phạm; khắc phục vi phạm pháp luật và xử lý vi phạm; yêu cầu thay đổi Điều tra viên và Cán bộ điều tra... và các cơ quan này có trách nhiệm thực hiện.

Trong giai đoạn điều tra vụ án hình sự, Viện Kiểm sát có nhiệm vụ, quyền hạn yêu cầu Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra khởi tố hoặc thay đổi, bổ sung quyết định khởi tố vụ án, khởi tố bị can; đề ra yêu cầu điều tra; yêu cầu truy nã bị can; yêu cầu áp dụng các biện pháp điều tra đặc biệt; yêu cầu cung cấp tài liệu liên quan để kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong việc khởi tố, điều tra khi cần thiết. Khi phát hiện việc điều tra không đầy đủ, vi phạm pháp luật thì Viện Kiểm sát phải yêu cầu Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra tiến hành các hoạt động

điều tra đúng luật; tự kiểm tra việc điều tra và thông báo cho Viện Kiểm sát; cung cấp tài liệu liên quan đến hành vi, quyết định tố tụng có vi phạm pháp luật trong việc điều tra; yêu cầu thay đổi và xử lý nghiêm minh Điều tra viên, cán bộ điều tra có vi phạm pháp luật trong hoạt động điều tra.

Trường hợp Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra không thực hiện hoặc thực hiện không đạt yêu cầu thì Viện Kiểm sát phải trực tiếp tiến hành các hoạt động tố tụng theo quy định của BLTTHS. Cụ thể:

- Trong giai đoạn giải quyết tố giác, tin báo tội phạm và kiến nghị khởi tố nếu phát hiện Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra có vi phạm nghiêm trọng trong hoạt động kiểm tra, xác minh về tố giác, tin báo tội phạm, kiến nghị khởi tố hoặc có dấu hiệu bỏ lọt tội phạm mà Viện Kiểm sát đã yêu cầu nhưng không được khắc phục thì Viện Kiểm sát trực tiếp giải quyết (điểm c, khoản 2, Điều 145 BLTTHS năm 2015). Đây là quyền, đồng thời cũng là nghĩa vụ của Viện Kiểm sát và là nội dung mới so với BLTTHS năm 2003. Để thực hiện được yêu cầu này, đòi hỏi cán bộ Viện Kiểm sát phải giỏi về nghiệp vụ điều tra, có bản lĩnh vững vàng. Viện Kiểm sát trực tiếp giải quyết tố giác, tin báo tội phạm, kiến nghị khởi tố có kết quả tốt sẽ nâng cao uy tín, hiệu quả hoạt động công tố, kết quả ngược lại sẽ làm giảm vai trò công tố của Viện Kiểm sát.

- Trong giai đoạn điều tra vụ án hình sự, Viện Kiểm sát cần trực tiếp tiến hành một số hoạt động điều tra để kiểm tra, bổ sung tài liệu, chứng cứ khi xét phê chuẩn các lệnh, quyết định của Cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra hoặc trong trường hợp phát hiện có dấu hiệu oan, sai, bỏ lọt tội phạm, vi phạm pháp luật mà Viện Kiểm sát đã yêu cầu nhưng không được khắc phục hoặc trong

trường hợp để kiểm tra, bổ sung tài liệu, chứng cứ khi quyết định việc truy tố (khoản 7, Điều 165 BLTTHS năm 2015). So với quy định tại khoản 2, Điều 112 BLTTHS năm 2003 thì quy định tại BLTTHS năm 2015 cụ thể hơn và tăng cường hơn trách nhiệm của Viện Kiểm sát trong hoạt động điều tra.

Như vậy, theo những quy định trên đây thì Viện Kiểm sát có đầy đủ thẩm quyền và trách nhiệm trực tiếp tiến hành các hoạt động tố tụng để chống oan sai trong giai đoạn điều tra vụ án hình sự, nếu những quy định đó không được thực hiện đầy đủ, để xảy ra oan sai hoặc bỏ lọt tội phạm thì trách nhiệm của Viện Kiểm sát sẽ lớn hơn.

c) Nâng cao trách nhiệm của Viện Kiểm sát để việc ban hành các quyết định tố tụng trong hoạt động điều tra có căn cứ, đúng pháp luật.

- Bộ luật TTHS yêu cầu Viện Kiểm sát phê chuẩn hoặc không phê chuẩn, gia hạn hoặc không gia hạn, hủy bỏ các quyết định tố tụng của Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải có căn cứ, đúng pháp luật, phù hợp với yêu cầu điều tra vụ án.

Đây là yêu cầu quan trọng nhất của việc tăng cường trách nhiệm công tố trong điều tra. Các quyết định tố tụng của Viện Kiểm sát sẽ mở ra hay kết thúc các hoạt động tố tụng của Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra và liên quan trực tiếp đến quyền con người, quyền công dân. Các quyết định tố tụng có căn cứ, đúng pháp luật, phù hợp với yêu cầu điều tra vụ án sẽ góp phần đặc biệt quan trọng trong việc chống làm oan người vô tội hoặc bỏ lọt tội phạm và bảo vệ quyền con người, quyền công dân. Đối với quyết định phê chuẩn áp dụng các biện pháp ngăn chặn, nhất là biện pháp tạm giam cần cân nhắc kỹ lưỡng, hạn chế áp dụng biện pháp này nếu không thực sự cần thiết.

- Thực hiện nghiêm túc quy định của BLTTHS về những trường hợp Viện Kiểm sát có nhiệm vụ và quyền hạn trực tiếp ra quyết định hoặc tiến hành các hoạt động tố tụng để giải quyết vụ án.

+ BLTTHS năm 2015 quy định Viện Kiểm sát ra quyết định khởi tố vụ án hình sự trong trường hợp hủy bỏ quyết định không khởi tố vụ án hình sự của Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra; trực tiếp giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố; trực tiếp phát hiện dấu hiệu tội phạm hoặc theo yêu cầu của Hội đồng Xét xử (khoản 3, Điều 153 BLTTHS năm 2015). So với quy định tại BLTTHS năm 2003, Viện Kiểm sát được tăng thêm thẩm quyền và trách nhiệm khởi tố vụ án hình sự, chuyển đến Cơ quan điều tra có thẩm quyền để điều tra trong trường hợp *trực tiếp giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố và trực tiếp phát hiện dấu hiệu tội phạm*. Đây là nhiệm vụ quan trọng để Viện Kiểm sát chống bỏ lọt tội phạm. Đối với những vụ án mà trước đó Viện Kiểm sát đã có yêu cầu nhưng Cơ quan điều tra không thực hiện, các quyết định khởi tố vụ án hình sự của Viện Kiểm sát phải đảm bảo căn cứ. Quá trình thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra vụ án của Viện Kiểm sát phải chặt chẽ, nếu cần thiết phải tự mình tiến hành các hoạt động điều tra quan trọng (nếu Cơ quan điều tra không tích cực), để đảm bảo kết thúc điều tra và giải quyết vụ án đúng quy định của pháp luật, tránh trường hợp Viện Kiểm sát ban hành quyết định khởi tố vụ án hình sự, nhưng sau đó vụ án không được điều tra, điều tra không đầy đủ hoặc sau đó phải đình chỉ vì không chứng minh được tội phạm.

+ BLTTHS năm 2015 quy định Viện Kiểm sát có nhiệm vụ và thẩm quyền trực tiếp quyết định khởi tố bị can trong trường hợp phát hiện có người phạm tội chưa bị khởi tố, đã yêu cầu nhưng Cơ quan điều tra

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

không thực hiện; trường hợp sau khi nhận hồ sơ và kết luận điều tra, Viện Kiểm sát phát hiện có người khác thực hiện hành vi phạm tội trong vụ án chưa bị khởi tố thì ra quyết định khởi tố bị can và trả hồ sơ cho Cơ quan điều tra để điều tra bổ sung (khoản 3, Điều 179 BLTTHS năm 2015). Như vậy, phạm vi các trường hợp Viện Kiểm sát quyết định khởi tố bị can đã rộng hơn và thực hiện ngay trong quá trình Cơ quan điều tra đang tiến hành điều tra vụ án, chứ không phải sau khi kết thúc điều tra, hồ sơ được chuyển sang Viện Kiểm sát như quy định tại BLTTHS năm 2003. Quy định này cho phép Viện Kiểm sát chủ động hơn trong việc chống bỏ lọt tội phạm. Vì vậy, Viện Kiểm sát các cấp, trong quá trình thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra vụ án, phát hiện được những trường hợp như đã nêu trên, có đủ căn cứ khởi tố chắc chắn phải quyết định khởi tố bị can và tích cực trực tiếp tiến hành một số hoạt động điều tra theo quy định của BLTTHS năm 2015 để làm rõ hành vi phạm tội của người bị khởi tố.

Đối với những trường hợp xét thấy có căn cứ để thay đổi, bổ sung quyết định khởi tố vụ án hình sự, quyết định khởi tố bị can, Viện Kiểm sát phải yêu cầu Cơ quan điều tra thực hiện, nếu Cơ quan điều tra không thực hiện mới áp dụng thẩm quyền của mình để quyết định. Trong mọi trường hợp phải bám sát quá trình điều tra và áp dụng các biện pháp cần thiết để kiểm sát quá trình giải quyết vụ án.

Ngoài ra, trong quá trình thực hành quyền công tố đối với vụ án hình sự, Viện Kiểm sát có nhiệm vụ, thẩm quyền ban hành các quyết định tố tụng khác như quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ các biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế, quyết định chuyển vụ án... nhất thiết phải đảm bảo các quyết định của Viện Kiểm sát là có căn cứ, đúng pháp luật.

d) Viện Kiểm sát phải thực hành quyền

công tố và kiểm sát chặt chẽ các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt.

Lần đầu tiên trong lịch sử hoạt động tố tụng hình sự ở Việt Nam, các biện pháp điều tra đặc biệt được luật hóa trong BLTTHS năm 2015. Bao gồm: ghi âm, ghi hình bí mật; nghe điện thoại bí mật, thu thập bí mật dữ liệu điện tử. Điều này thể hiện chúng ta thực hiện nghiêm túc quy định: mọi biện pháp hạn chế quyền con người, quyền công dân phải do luật định đã được ghi trong của Hiến pháp năm 2013. Các biện pháp đặc biệt được áp dụng để điều tra các tội xâm phạm an ninh quốc gia, tội phạm về ma túy, tội phạm về tham nhũng, tội khủng bố, tội rửa tiền và các tội phạm khác có tổ chức thuộc loại tội đặc biệt nghiêm trọng.

Theo quy định tại Điều 225 BLTTHS năm 2015, Thủ trưởng Cơ quan điều tra cấp tỉnh, cấp quân khu trở lên có thẩm quyền ra quyết định áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt; Viện trưởng Viện Kiểm sát cấp tỉnh có thẩm quyền phê chuẩn các quyết định áp dụng biện pháp đặc biệt này; Cơ quan điều tra có trách nhiệm thông báo ngay kết quả áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt cho Viện trưởng Viện Kiểm sát đã phê chuẩn. Quy định trên đây cho phép hoạt động thực hành quyền công tố của Viện Kiểm sát gắn chặt hơn với hoạt động điều tra của Cơ quan điều tra. Tuy nhiên, đây là vấn đề mới, biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt liên quan đến quyền con người, quyền công dân nên đòi hỏi Viện Kiểm sát phải nắm chắc căn cứ áp dụng, sự cần thiết phải áp dụng để quyết định phê chuẩn hay không, có gia hạn thời gian hay phải kịp thời hủy bỏ; kiểm sát chặt chẽ việc quản lý, sử dụng thông tin thu được từ các biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt theo quy định, ngăn ngừa sự lạm dụng và vi phạm pháp luật.

đ) Viện Kiểm sát phải kiểm sát chặt chẽ, kịp thời các hoạt động điều tra, gắn chặt hoạt động kiểm sát với hoạt động điều tra.

Bộ luật TTHS năm 2015 có nhiều quy định mới nhằm đảm bảo cho hoạt động của Viện Kiểm sát bám sát tiến độ và gắn bó chặt chẽ với hoạt động điều tra như: bổ sung thêm các hoạt động điều tra bắt buộc phải có mặt của Kiểm sát viên gồm: đối chất, nhận dạng, nhận biết giọng nói, khám xét, thực nghiệm điều tra (ngoài một số hoạt động điều tra bắt buộc phải có mặt của Kiểm sát viên là khám nghiệm hiện trường, khám nghiệm tử thi như quy định trong BLTTHS năm 2003). Việc hỏi cung bị can phải thông báo trước thời gian, địa điểm để Kiểm sát viên tham gia khi cần thiết. Luật cũng quy định Cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra có trách nhiệm chuyển bản gốc tài liệu, chứng cứ đã thu thập cho Viện Kiểm sát trong thời hạn 5 ngày, nếu có trở ngại khách quan thì có thể kéo dài nhưng không quá 15 ngày; trong thời hạn 3 ngày, Viện Kiểm sát đóng dấu bút lục và sao lưu biên bản, tài liệu và bản giao nguyên trạng biên bản, tài liệu đó cho Cơ quan điều tra để đưa vào hồ sơ vụ án. Ngoài ra, BLTTHS cũng quy định thêm nhiều loại văn bản tố tụng phải gửi cho Viện Kiểm sát, tăng loại văn bản Cơ quan điều tra phải gửi trực tiếp cho Viện Kiểm sát...

Việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn nêu trên sẽ làm cho hoạt động kiểm sát điều tra vụ án của Viện Kiểm sát gắn chặt với hoạt động điều tra như yêu cầu cải cách tư pháp. Đây là điều kiện rất quan trọng để thực hiện được chủ trương “tăng cường công tố trong điều tra, gắn công tố với hoạt động điều tra”. Khi hoạt động kiểm sát điều tra được thực hiện đầy đủ, chặt chẽ sẽ giúp cho Viện Kiểm sát có đầy đủ tài liệu, thông tin để ban hành các quyết định thực hành quyền công tố chính xác. Viện Kiểm sát các cấp phải thay đổi nhận thức, theo đó Kiểm sát viên được phân công thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra vụ án phải là người “trong cuộc”, cùng Điều tra viên phá án, chứ không phải là

người đứng ngoài để quan sát hoạt động của Điều tra viên rồi đưa ra các yêu cầu và thu về các kết quả để xem xét, đánh giá như trước đây. Trên thực tế, việc thực hiện các yêu cầu này không dễ dàng, bởi theo đó, gần như ở đâu có hoạt động điều tra, ở đó phải có sự hiện diện của Viện Kiểm sát để đảm bảo các hoạt động ấy diễn ra đúng luật.

3. Một số giải pháp để thực hiện tốt chủ trương tăng cường trách nhiệm công tố trong điều tra, gắn công tố với điều tra theo yêu cầu cải cách tư pháp

Luật Tổ chức Viện KSND năm 2014 và BLTTHS năm 2015 đã có bước tiến dài trong việc tạo ra cơ sở pháp lý để “tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra, gắn công tố với hoạt động điều tra” theo yêu cầu cải cách tư pháp. Để thực hiện được trong thực tế, đòi hỏi toàn ngành Kiểm sát và các cơ quan hữu quan phải có những giải pháp cụ thể, quyết liệt, trong đó ưu tiên thực hiện những giải pháp sau:

Thứ nhất: Tổ chức học tập, quán triệt các bộ luật, luật đến cán bộ có chức danh tư pháp

Viện trưởng Viện KSND các cấp cần phối hợp với Thủ trưởng Cơ quan điều tra, các cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra tổ chức tập huấn, quán triệt sâu sắc các quy định của BLTTHS năm 2015, gắn với thực hiện Luật Tổ chức Viện KSND và Luật Tổ chức Cơ quan điều tra hình sự cho các cán bộ có chức danh tư pháp để nắm vững những quy định mới, những yêu cầu mới trong hoạt động điều tra và hoạt động thực hành quyền công tố, kiểm sát điều tra án hình sự. Từ đó tạo ra nhận thức chung và mối quan hệ phối hợp chặt chẽ trong việc thực hiện quy định của pháp luật nhằm chống bỏ lọt tội phạm, chống oan sai và đảm bảo quyền con người, quyền công dân trong hoạt động điều tra, hoạt động công tố.

Thứ hai: Thực hiện nghiêm túc quy định

của pháp luật về thực hành quyền công tố, kiểm sát điều tra của Viện Kiểm sát

Viện Kiểm sát phải thực hiện đầy đủ, nghiêm túc các quy định về nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm của Viện Kiểm sát trong giai đoạn điều tra từ khi tiếp nhận tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố đến khi kết thúc việc điều tra theo quy định. BLT-THS năm 2015 tăng nhiệm vụ cho Viện Kiểm sát trong công tác thực hành quyền công tố, kiểm sát điều tra án hình sự cũng là tăng trách nhiệm của Viện Kiểm sát, nếu không thực hiện nghiêm túc là vi phạm. Một số hoạt động tố tụng như biện pháp điều tra đặc biệt, thủ tục tố tụng truy cứu hình sự đối với pháp nhân là những vấn đề rất mới, đòi hỏi Viện Kiểm sát phải đổi mới tư duy, phối hợp chặt chẽ với Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra để thực hiện đúng quy định của pháp luật, bảo đảm hiệu quả.

Thứ ba: Sắp xếp lại bộ máy tổ chức theo hướng chuyên sâu, rà soát đánh giá lại đội ngũ cán bộ, Kiểm sát viên để có kế hoạch đào tạo, bồi dưỡng, bố trí sử dụng phù hợp với năng lực, sở trường và phẩm chất

Các đơn vị thực hành quyền công tố, kiểm sát điều tra thuộc Viện KSND các cấp bố trí, sắp xếp lại cán bộ theo hướng chuyên sâu (theo loại án, lĩnh vực) đã được quy định trong các quy chế tổ chức và hoạt động của từng đơn vị mới được ban hành. Viện Kiểm sát các cấp tổ chức rà soát đánh giá lại đội ngũ cán bộ, kiểm sát viên hiện có; những người không đáp ứng yêu cầu về tinh thần trách nhiệm, năng lực yếu, có vấn đề về phẩm chất, cần bố trí công tác khác hoặc đưa vào diện cần xem xét khi thực hiện tinh giảm biên chế. Trên cơ sở kết quả rà soát, đánh giá lại cán bộ, cần lựa chọn, phân loại đưa đi đào tạo, bồi dưỡng tập trung theo kế hoạch đào tạo, bồi dưỡng hằng năm của ngành hoặc tổ chức tự đào tạo, bồi dưỡng tại cơ quan, đơn vị và phân công người kèm cặp, giúp đỡ.

Trường Đại học kiểm sát Hà Nội và Trường Đào tạo, bồi dưỡng nghiệp vụ kiểm sát tại thành phố Hồ Chí Minh cần khẩn trương biên soạn lại chương trình đào tạo, bồi dưỡng theo yêu cầu mới trong các luật về tư pháp mới ban hành, phối hợp với Học viện Cảnh sát nhân dân đào tạo chuyên sâu thêm nghiệp vụ điều tra cho cán bộ kiểm sát.

Theo quy định của BLTTHS năm 2015, Viện Kiểm sát phải tham gia trực tiếp vào nhiều hoạt động tố tụng của Cơ quan điều tra nên Viện Kiểm sát các cấp cần tăng cường thêm cán bộ, nhất là cán bộ có chức danh tư pháp cho công tác này. Trong điều kiện biên chế không được tăng thêm, Viện Kiểm sát các cấp cần tổ chức rà soát, điều chuyển cán bộ hợp lý giữa các khâu công tác, giữa đơn vị tùy theo áp lực công việc để khắc phục bất cập hiện nay.

Thứ tư: Kịp thời sửa đổi, bổ sung các quy chế nghiệp vụ, phối hợp với các ngành hướng dẫn thi hành BLTTHS năm 2015 để đưa luật vào cuộc sống

BLTTHS năm 2015 có nhiều quy định mới liên quan đến mối quan hệ tố tụng giữa Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra với Viện KSND trong điều tra tội phạm. Ngành Kiểm sát phải chủ trì, phối hợp với các cơ quan hữu quan sửa đổi, bổ sung Thông tư liên tịch số 05/2005/TTLT-VKSTC-BCA-BQP ngày 07/9/2005 về quan hệ phối hợp giữa Cơ quan điều tra và Viện Kiểm sát theo quy định mới của BLTTHS năm 2015. Các đơn vị thực hành quyền công tố, kiểm sát điều tra vụ án hình sự thuộc Viện KSND tối cao và Viện KSND địa phương cần phối hợp với các đơn vị hữu quan của Cơ quan điều tra, cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra sửa đổi, bổ sung hoặc xây dựng mới quy chế phối hợp công tác, bảo đảm tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra, gắn công tố với điều tra.

Thứ năm: Tăng cường sự lãnh đạo của Đảng, đề cao kỷ cương, kỷ luật nghiệp vụ, tăng cường công tác kiểm tra, thanh tra trong ngành và bảo đảm hoạt động giám sát của cơ quan dân cử, của nhân dân đối với hoạt động tổ tụng hình sự

Viện Kiểm sát chủ động tham mưu đề cấp ủy đảng các cấp tăng cường lãnh đạo của Đảng trong việc thực hiện chủ trương “tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra, gắn công tố với hoạt động điều tra” theo tinh thần của các luật về tư pháp mới ban hành.

Thanh tra Viện KSND tối cao, Thủ trưởng các đơn vị thuộc Viện KSND tối cao, Viện trưởng Viện KSND các địa phương cần tăng cường thanh tra, kiểm tra nghiệp vụ, phát hiện sớm và khắc phục, xử lý kịp thời các trường hợp vi phạm pháp luật, vi phạm quy chế nghiệp vụ trong hoạt động của ngành nói chung, trong công tác thực hành quyền công tố, kiểm sát điều tra án hình sự nói riêng. Tiếp tục nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung các quy định về công tác thanh tra, kiểm tra, xử lý kỷ luật nghiệp vụ trong ngành. Hoạt động tổ tụng hình sự của các cơ quan tiến hành tố tụng cần đặt dưới sự giám sát chặt chẽ, thường xuyên của Quốc hội, Mặt trận Tổ quốc, Hội đồng nhân dân các cấp và nhân dân.

Thứ sáu: Cần tăng cường nguồn lực đảm bảo cho việc thực hiện chủ trương tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra, gắn công tố với hoạt động điều tra

Bộ luật TTHS năm 2015 quy định Viện Kiểm sát tham gia bắt buộc vào nhiều hoạt động điều tra hoặc tự mình tiến hành các hoạt động giải quyết tố giác, tin báo tội phạm, kiến nghị khởi tố và các hoạt động



điều tra của Cơ quan điều tra trong giai đoạn điều tra vụ án hình sự, vì thế cũng phát sinh những yêu cầu về kinh phí hoạt động, phương tiện đi lại, phương tiện nghiệp vụ, nhất là đối với những đơn vị hàng năm thụ lý số lượng án hình sự lớn, những vụ án quy mô lớn, phức tạp, hoạt động điều tra phải tiến hành trên quy mô nhiều tỉnh, thành phố. Trước mắt, Viện KSND các cấp cần cân đối để sử dụng có hiệu quả nguồn kinh phí được cấp, bảo đảm đáp ứng các yêu cầu chi nghiệp vụ. Về lâu dài, trên cơ sở hoạt động thực tiễn, ngành Kiểm sát cần tiếp tục nghiên cứu đề xuất với Đảng và Nhà nước đáp ứng những nhu cầu thiết yếu về kinh phí, phương tiện để đảm bảo thực hiện tốt chủ trương tăng cường công tố trong hoạt động điều tra, gắn công tố với hoạt động điều tra.

Tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra, gắn công tố với hoạt động điều tra là chủ trương đúng đắn, kịp thời của Đảng và Nhà nước ta trong cải cách tư pháp; toàn ngành Kiểm sát phải nỗ lực phấn đấu, phối hợp chặt chẽ với các ngành, các cấp để thực hiện thắng lợi, góp phần quan trọng vào thực hiện mục tiêu chống oan sai, bỏ lọt tội phạm, bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người và quyền công dân trong hoạt động tổ tụng hình sự ■

MỐI QUAN HỆ GIỮA CHÍNH PHỦ VÀ CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG TRONG THỰC HIỆN QUYỀN HÀNH PHÁP

NGUYỄN HOÀNG ANH*

Hiến pháp năm 2013 quy định cụ thể: “Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, thực hiện quyền hành pháp, là cơ quan chấp hành của Quốc hội”¹. Chức năng “thực hiện quyền hành pháp” liệu có mang lại “màu sắc mới” trong hoạt động của Chính phủ? Việc thực hiện quyền hành pháp của Chính phủ liệu có ảnh hưởng đến mối quan hệ giữa Chính phủ với chính quyền địa phương (CQĐP)? Và mối quan hệ giữa Chính phủ - CQĐP biểu hiện như thế nào? Chúng tôi xin trao đổi về các nội dung đó thông qua nghiên cứu so sánh trong pháp luật Việt Nam và pháp luật nước ngoài - chủ yếu là pháp luật Cộng hòa Pháp.

1. Sự phân biệt hành pháp - hành chính trong các học thuyết pháp lý trong lịch sử

Từ khá xa xưa, trong các học thuyết pháp lý đã có sự phân biệt quyền hành pháp - hành chính. Đầu tiên, quyền hành pháp có nội hàm hẹp. Các Quốc hội thời cách mạng tại Pháp (1792 - 1795) quan niệm quyền hành pháp là quyền thi hành một cách chặt chẽ và máy móc mọi đạo luật do Quốc hội ban hành và hoàn toàn không có quyền sáng tạo gì cả, ngay cả trong địa hạt bang giao². Quan niệm này bắt nguồn từ học thuyết dân chủ tư sản - khi đề cao vai trò Nghị viện - cơ quan đại diện nhân dân. Người ta cho rằng, nếu như luật là thể hiện ý nguyện chung của

dân chúng, thì quyền hành pháp chỉ giới hạn lại trong việc thực thi luật mà thôi. Và khi quan niệm hành pháp là thực thi luật thì đã đồng nhất hành pháp với hành chính.

Tuy nhiên, cùng với thời gian, quan niệm tuyệt đối hóa quyền lực của nghị viện đã thay đổi. Lập pháp bớt dần uy thế độc tôn, biểu hiện rõ rệt nhất là sự “chia sẻ” quyền lực với tòa án trong việc sáng tạo luật. Các thẩm phán có quyền (và cũng là nghĩa vụ) phải lên tiếng ngay cả khi luật “im lặng”, tối nghĩa hoặc mâu thuẫn. Sự chia sẻ uy quyền lập pháp cũng lan tỏa sang lĩnh vực hành chính, từ đây bắt đầu sự phân biệt giữa chức năng hành pháp và hành chính.

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

1 Điều 94 Hiến pháp 2013.

2 Dẫn theo GS, TS. Nguyễn Đăng Dung, “Quyền hành pháp và quyền hành chính nhà nước cao nhất”, <http://www.youth.uh.edu.vn/hocTap/ocw/Luat%20kinh%20te/Quyen%20hanh%20phap.pdf>.

Lý do phân biệt hành pháp - hành chính bắt nguồn từ một thực tiễn có rất nhiều hoạt động đã không còn nằm trong phạm vi thông thường của hành chính, như việc thực hiện các thẩm quyền trong lĩnh vực ngoại giao và quân sự; bổ nhiệm hay cách chức các bộ trưởng; hoãn họp nghị viện hay thậm chí giải tán nghị viện; v.v.. Quyền hành pháp không còn bó hẹp trong thực thi các đạo luật mà còn là “quyền thi hành những điều hợp với quốc tế công pháp”³.

Riêng ở Pháp thì sự phân biệt này còn có ý nghĩa riêng do sự lớn mạnh của tòa hành chính. Người ta phải nghĩ đến một giới hạn nhất định để bảo vệ cơ quan hành chính trước thẩm quyền phán xét rộng mở của tòa án. Và ở đây chính là sự phân biệt giữa các quyết định hành pháp và các quyết định hành chính. Các quyết định hành pháp, như quyết định liên quan đến đối ngoại, đến an ninh quốc gia, đến mối quan hệ giữa các nhánh quyền lực trung ương, sẽ được che chở - thoát khỏi thẩm quyền tài phán của tòa án.

Không nhiều văn bản pháp luật quy định sự phân biệt này, nhưng có thể tìm thấy những quy định này tại Cộng hòa Pháp, đất nước có nền tảng *civil law* nổi tiếng với việc duy trì các nguyên lý pháp luật dựa trên các luận thuyết mang tính triết học⁴. Từ thế kỷ XIX, có một Nghị định ghi ngày 25/3/1852 về phi tập trung nền hành chính, trong đó có một điều khoản rất nổi tiếng: “Xét rằng người ta có thể cai trị từ xa, nhưng chỉ có thể quản trị hành chính ở gần, và do đó, nếu hành pháp của nhà nước cần tập trung hóa bao nhiêu thì hành chính lại càng cần được phi tập trung bấy nhiêu”.

Hòa nhịp với pháp luật thực định, các học thuyết pháp lý cũng đưa ra các thuật ngữ mới nhằm phân biệt rõ hơn giữa hành pháp

và hành chính. Trong tác phẩm “Các thiết chế hành chính của Cộng hòa Pháp” (1829-1830), Bá tước Gerando đã phân biệt giữa “Gouvernement” (Chính phủ) và “Administration civile et ordinaire” (cơ quan hành chính - thực hiện các hoạt động điều hành dân sự và thường lệ). Cũng như vậy vào thời kỳ đó, Chaveau đã phân biệt giữa “quyền hành pháp thuần túy” và “hành chính tích cực”. Tương tự, Henrion de Pansey đã đối lập giữa “hành chính tối cao - hay “chính phủ” với “hành chính đúng nghĩa”.

Sự phân biệt này dựa trên các tiêu chí cơ bản như sau:

- Thứ nhất, đó là tính thứ bậc: quyền hành pháp luôn có vị trí cao hơn hành chính. Quyền hành pháp luôn có vị trí tối cao, có tính chất khởi nguyên, bắt đầu và định hướng. Do ngự trị ở vị trí tối cao, quyền hành pháp được ví như bộ não đưa ra các mệnh lệnh có tính chất chung. Ngược lại, quyền hành chính luôn ở vị trí trực thuộc, thấp hơn quyền hành pháp, nó là cánh tay của hành pháp, là hành động của hành pháp và chỉ đảm nhiệm thực thi những vấn đề cụ thể.

Hoặc theo Laferriere, một học giả luật công nổi tiếng ở Pháp “Hành chính là việc bảo đảm thực thi luật hàng ngày, trông nom các quan hệ giữa cơ quan hành chính với công dân và giữa các cơ quan hành chính với nhau. Chính phủ là việc đáp ứng các nhu cầu thuần túy của giới chính trị, là việc trông nom tính hợp hiến, trông nom sự vận hành của các nhánh quyền lực lớn, trông nom quan hệ giữa nhà nước với các quyền lực bên ngoài, trông coi an ninh đối nội và đối ngoại”.

Siyere đã diễn đạt ý tưởng trên như sau: “Quyền hành chính là hành động, còn quyền hành pháp là suy nghĩ”. Vivien cho rằng: quyền hành pháp (trị vì) đảm bảo một sự

3 Montesquieu, “Tinh thần pháp luật”, Bản dịch của Hoàng Thanh Dạm, Trường Đại học Khoa học xã hội và Nhân văn - Khoa Luật, Nxb. Giáo dục, Hà Nội, 1996, tr.100.

4 Phần viết về các quan điểm của các học giả Pháp chủ yếu tham khảo từ nguồn: Pierre Sergant, “Administrer et Gouverner: histoire d’une distinction” (Revue internationale de droit public) <http://juspoliticum.com/Administrer-et-gouverner-Histoire.html>, truy cập ngày 20/10/2015.

giám sát thường xuyên trên toàn xã hội, lắng nghe nhu cầu của xã hội, tuân theo hay điều chỉnh các xu hướng xã hội, thực thi các ý nguyện của xã hội hay điều tiết sự hưng phấn của xã hội.

Phát triển từ ý tưởng này, một nhà nghiên cứu Việt Nam đã cho rằng, nói đến chính phủ thời hiện đại là phải gắn liền với chính sách. Hoạch định chính sách quốc gia là một trong những chức năng quan trọng gắn liền với sự tồn tại và tiêu vong hiện nay của chính phủ⁵.

- Thứ hai, tiêu chí phân biệt hành pháp - hành chính dựa trên tính chính trị. Chức năng hành pháp có tính chính trị, còn hành chính thì không. Một số học giả còn gọi thành tên: *hành chính chính trị* và *hành chính dân sự* để phân tách hai chức năng này. Tính chính trị trong hành pháp thể hiện qua các hoạt động: điều tiết mối quan hệ ngoại giao, lãnh đạo các hoạt động hành chính trong nước. Tính hành chính thể hiện trong các hoạt động: bảo vệ con người, bảo vệ tài sản, quản lý công sản, đảm bảo thực thi các biện pháp vì lợi ích chung của cộng đồng.

- Thứ ba, tiêu chí phân biệt hành pháp - hành chính dựa trên tính chất hoạt động thường xuyên hay đột xuất. Nếu như hành chính đảm trách các công việc thường xuyên, được dự liệu trước, thì hành pháp lại đối phó với những công việc mang tính bất ngờ, ngoại lệ. Hành chính đảm trách các nhu cầu hàng ngày của đời sống nhân dân, trong khi hành pháp đối phó với những tình huống nảy sinh mới⁶.

- Thứ tư, tiêu chí phân biệt dựa trên các quy tắc pháp lý làm cơ sở cho hành pháp và hành chính. Hành chính là việc thực thi các đạo luật, có nghĩa là dựa trên sự cho phép của lập pháp; trong khi đó hành pháp dựa trên các quy định của Hiến pháp và dường như, khá độc lập đối với các đạo luật. Tính chất này

được Raymond Carre de Malberg đặc biệt đề cao: nếu như hành chính chỉ là chức năng thực thi các đạo luật; bị quy tắc hóa bởi lập pháp, thì chức năng hành pháp là “quyền lực tự quản” đến từ “sự chuyển nhượng cao hơn đối với quyền lập pháp”. Và theo ông, cội rễ của quyền hành pháp là Hiến pháp. Quan niệm này đã dẫn đến việc đẩy vị trí của hành pháp lên gần kề lập pháp, bởi chúng cùng tìm thấy sự chính danh từ Hiến pháp.

Lưu ý rằng, các tiêu chí phân biệt giữa hành pháp - hành chính chủ yếu là tiêu chí về nội dung, các tiêu chí liên quan đến hoạt động, chức năng, chứ không có tiêu chí về tổ chức. Lý do là cùng một tổ chức có thể thực hiện cả hai hoạt động hành pháp và hành chính và như vậy, căn cứ phân định dựa trên cơ quan sẽ không còn nhiều ý nghĩa.

Từ các quan niệm trong lịch sử và hiện tại về hành pháp - hành chính, có thể tạm đúc rút lại rằng: quyền hành pháp - một mặt phân biệt với hành chính nhưng mặt khác, lại bao hàm hành chính. Các quy định rất phổ biến trong các hiến pháp như: “chính phủ lãnh đạo hoạt động hành chính” phản ánh hàm ý thứ hai này. Mối quan hệ giữa hành pháp và hành chính bởi vậy rất khó tách rời. Tuy nhiên, khi bổ sung “chính phủ thực hiện quyền hành pháp” thì vị thế của Chính phủ đã được đề cao hơn, vượt ra khỏi tính chất là cơ quan chấp hành, hành chính thông thường, mà được coi như một nhánh quyền lực ngang hàng với các nhánh quyền lực khác, đặc biệt là lập pháp. Ngoài việc lãnh đạo các hoạt động hành chính, quyền hành pháp còn bao hàm một số hoạt động vượt trên giới hạn của hành chính thông thường nhằm xử lý mối quan hệ giữa các nhánh quyền lực; xử lý mối quan hệ giữa các quốc gia.

Vậy chức năng “hành pháp” có tạo nên thay đổi gì trong mối quan hệ giữa Chính phủ với CQĐP?

5 Nguyễn Đăng Dung, "Sự hạn chế quyền lực nhà nước", Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2005, tr. 507.

6 Maurice Hauriou, *Precis de droit administratif*, Paris, Larose & Forcel, 3e édition, 1879, p.283.

- Thứ nhất, nếu quan niệm hành pháp theo nghĩa trang bị thêm cho chính phủ những hoạt động, những chức năng và vị thế có tầm chính trị, tầm ảnh hưởng cao trong điều chỉnh mối quan hệ giữa các nhánh quyền lực nhà nước, thì quy định “chính phủ thực hiện quyền hành pháp” chỉ làm thay đổi mạnh mẽ và trực tiếp đến mối quan hệ giữa chính phủ với các cơ quan Quốc hội, tòa án tối cao - những nơi thực hiện quyền lập pháp và tư pháp. Mối quan hệ giữa chính phủ và CQĐP không chịu nhiều sự tác động từ thay đổi này, trừ khả năng quy định chính phủ thực hiện quyền hành pháp sẽ thúc đẩy thêm mức độ phân quyền hành chính. Lý do là khi ở một vị trí cao, thực thi một quyền lực mang màu sắc chính trị, đảm nhiệm những công việc có tính chất định hướng, khởi phát - thì chính phủ thực sự trở thành “người cầm lái” chứ không phải là “người chèo thuyền”. Công việc hành chính cụ thể của CQĐP hầu như sẽ không thuộc phạm vi điều hành hay xem xét, giám sát của chính phủ⁷. Đây là bước mở đường cho phân quyền hành chính, và xa hơn nữa là tự quản hành chính ở địa phương.

- Thứ hai, mặt khác, với quy định “chính phủ thực hiện quyền hành pháp”, mối quan hệ giữa chính phủ với CQĐP vẫn tồn tại, bởi lẽ chức năng của chính phủ hiện đại không thể tách rời giữa hành pháp và hành chính: hành pháp như bộ não, còn hành chính như cánh tay để thực thi các mệnh lệnh từ não bộ phát ra. Chức năng của chính phủ sẽ không trọn vẹn nếu không bao quát cả hai hoạt động hành pháp và hành chính. Nói cách khác, mối quan hệ giữa chính phủ với CQĐP vẫn tồn tại, bởi vì: i) thực hành quyền hành pháp, phải gắn với hành chính, và ii) trong mọi trường hợp, Chính phủ là cơ quan hành chính nhà

nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam (Điều 94 Hiến pháp năm 2013).

2. Mối quan hệ giữa Chính phủ với chính quyền địa phương

Không thể thực hiện quyền hành pháp mà không bao gồm quyền lãnh đạo hành chính, nên mối quan hệ giữa Chính phủ với CQĐP là luôn tồn tại, kể cả có hay không việc quy định bổ sung thêm chức năng Chính phủ “thực hiện quyền hành pháp”. Mối quan hệ này không nhất quán ở mọi quốc gia, cũng không giống nhau ở mọi thời kỳ. Sự khác biệt dựa trên nền tảng mức độ phân quyền (giữa trung ương và địa phương).

Logic của vấn đề là, nếu một quốc gia có nền hành chính tập trung thì mối quan hệ giữa Chính phủ - với tư cách là cơ quan hành chính cao nhất - với CQĐP sẽ mang tính thứ bậc, trực thuộc. Ngược lại, ở những quốc gia có nền hành chính phân quyền, thì quan hệ giữa Chính phủ - CQĐP có sự độc lập nhất định.

Nhưng ở bất kỳ quốc gia nào, mối quan hệ giữa Chính phủ và CQĐP cũng thể hiện qua các yếu tố cơ bản: trong vị trí của CQĐP; trong các yếu tố về nội dung, về tổ chức và về giám sát giữa hai bên.

2.1. Vị trí của CQĐP

Địa vị của CQĐP phản ánh phần nào mối quan hệ giữa Chính phủ - CQĐP. Cách gọi tên CQĐP thể hiện mối quan hệ đó. Khá nhiều hiến pháp trên thế giới dùng khái niệm “tự quản địa phương” (Hiến pháp Nhật Bản); hoặc “tự trị địa phương” (Hiến pháp Liên bang Nga, Hiến pháp Hàn Quốc) trong chương về CQĐP. Ngay cả khi không gọi là tự quản địa phương thì địa vị của CQĐP cũng được khẳng định rõ trong Hiến pháp, như trường hợp của Cộng hòa Pháp: “Các

7 Về vấn đề này, chúng tôi không hoàn toàn nhất trí với ý kiến của một số tác giả khi định nghĩa phạm vi “thực hiện quyền hành pháp” của Chính phủ bao gồm: “...thiết lập trật tự công (trật tự hành chính) trên cơ sở các quy định của luật; (v) phát hiện, điều tra, xử lý vi phạm theo thẩm quyền hoặc/và yêu cầu tòa án xét xử theo trình tự thủ tục tư pháp” (Nguyễn Phước Thọ, “Một số điểm mới trong vị trí chức năng của Chính phủ trong Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam” tại <http://moj.gov.vn/npl/Pages/dm-tai-lieu-tham-khao.aspx?ItemID=9>). Những hoạt động cụ thể này nên quan niệm thuộc về chức năng “hành chính nhà nước cao nhất” của chính phủ, chứ không phải là “thực hiện quyền hành pháp”.

địa phương tự quản hành chính thông qua hội đồng dân cử và có quyền lập quy để thực thi các thẩm quyền của mình trong các điều kiện quy định bởi pháp luật”⁸.

Vị trí này cho phép nhìn thấy lát cắt giữa trung ương và địa phương, từ đó có thể hình dung ranh giới quyền “lãnh đạo hành chính” của trung ương.

Hầu hết các quốc gia có nền hành chính phi tập trung đều phân biệt hành chính trung ương và hành chính địa phương. Ở Pháp, các học giả cho rằng, Chính phủ lãnh đạo hoạt động hành chính, nhưng chỉ trong phạm vi hành chính trung ương mà thôi. Hành chính địa phương là hoạt động tự quản, bởi vậy sẽ không chịu sự lãnh đạo của Chính phủ. Hành chính địa phương sẽ chịu sự chỉ đạo điều hành của các thủ trưởng hành chính địa phương và những thủ trưởng này do Hội đồng dân biểu địa phương lập ra, không lệ thuộc vào hành chính trung ương⁹. Sự lãnh đạo của Chính phủ đối với CQĐP thể hiện thông qua việc hoạch định các chính sách chung, chứ không thông qua điều hành cụ thể.

Ngược lại, trong nền hành chính tập trung, vị trí độc lập của CQĐP không được thể hiện rõ trong pháp luật. Ví dụ trong Hiến pháp nước ta, thuật ngữ “cơ quan hành chính của địa phương” còn chưa được sử dụng, mà thay vào đó là “cơ quan hành chính ở địa phương” - thuật ngữ phản ánh tính thống nhất của hệ thống hành chính nhà nước từ trung ương xuống địa phương. Dường như CQĐP chưa có hệ thống hành chính riêng của mình. Kiểu tổ chức nền hành chính tập trung và lệ thuộc vào trung ương chỉ phù hợp với một số mô hình địa phương đặc biệt; hoặc với các nước tập trung hành chính, hoặc mới tiếp cận với thời kỳ bắt đầu của phân quyền. Trong các bản Hiến pháp trước năm

2013 của Việt Nam, tính chất hành chính tập trung còn thể hiện rõ rệt thông qua việc gọi tên các cơ quan địa phương là Hội đồng nhân dân (HĐND), Ủy ban nhân dân (UBND). Việc gọi tên “HĐND và UBND” dường như chỉ kể đến các cơ quan ở cấp địa phương và cùng với các chế định khác về các cơ quan này có thể hiểu là chúng cùng với các cơ quan cùng hệ thống ở trung ương - sẽ tạo ra một chỉnh thể thống nhất. Ví dụ: HĐND các cấp và Quốc hội - tạo thành hệ thống cơ quan quyền lực nhà nước; UBND các cấp và Chính phủ - tạo thành hệ thống cơ quan hành chính. Cách gọi tên này (HĐND và UBND) dường như không có sự phân biệt giữa trung ương và địa phương mà chỉ có sự phân khúc quyền lực nhà nước trên từng địa bàn lãnh thổ. Hiến pháp năm 2013 đưa ra cách gọi tên mới: CQĐP - tên gọi mới không những khắc phục được điểm này, mà còn phản ánh một tư duy mới: Tên chương “Chính quyền địa phương” sẽ cho phép nhìn nhận rõ lát cắt giữa trung ương - địa phương, cho phép nhìn nhận CQĐP như là một thực thể riêng, tồn tại khá độc lập so với chính quyền trung ương, đặc biệt là hành chính trung ương.

2.2. *Mối quan hệ giữa Chính phủ và chính quyền địa phương*

2.2.1. *Về nội dung*

Thẩm quyền

Phạm vi thẩm quyền của địa phương phản ánh trực tiếp nhất mối quan hệ giữa địa phương với hành chính trung ương - Chính phủ. Đây cũng là nội dung cốt yếu của phân quyền hành chính.

Thông thường, phạm vi thẩm quyền của địa phương được quy định tại Hiến pháp hoặc ít nhất, là trong luật. Khoản 1 Điều 130 Hiến pháp Liên bang Nga quy định: “Tự quản địa phương ở Liên bang Nga bảo đảm quyền tự quyết của cư dân đối với các vấn

8 Điều 72 Hiến pháp Cộng hòa Pháp 1958.

9 Tham khảo: <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/definition/comment-definir-administration.html>

đề tâm địa phương, nắm giữ, sử dụng và định đoạt sở hữu của địa phương”. Tương tự, Điều 94 Hiến pháp Nhật Bản quy định: “CQĐP có thẩm quyền trong quản lý tài sản của mình, thực thi các công việc, quản trị hành chính và ban hành các quy định của mình phù hợp với các quy định của pháp luật”. Thẩm quyền này cũng có thể được xác định theo hướng loại trừ: khoản 4 Điều 117 Hiến pháp Cộng hòa Italia 1947 quy định rằng: “Các Khu vực có quyền lập pháp trong mọi vấn đề không được luật nhà nước nêu rõ”¹⁰. Hiến pháp Cộng hòa Ba Lan quy định rộng mở: “CQĐP thực hiện các công vụ không được quy định trong Hiến pháp và các đạo luật về các cơ quan khác của Nhà nước” (Điều 163).

Sau khi đã có phân định thẩm quyền địa phương, quy tắc tiếp theo là địa phương hoàn toàn tự chủ trong quyết định nội dung, lựa chọn phương tiện để thực thi các thẩm quyền đó. Chính phủ không can thiệp, chỉ đạo và thậm chí không giám sát các thẩm quyền tự quản của địa phương.

Ở những quốc gia có nền hành chính tập trung, sự phân định thẩm quyền giữa Chính phủ với CQĐP không rõ rệt. Thẩm quyền địa phương không hiện diện cụ thể trong hiến pháp; các công việc của trung ương và địa phương không phân định rõ nét trong luật; hoặc có phân định trong các đạo luật nhất định nhưng vẫn có sự ràng buộc lẫn nhau thông qua quy định về nghĩa vụ báo cáo của địa phương với cấp trên; hay thông qua việc phê duyệt, cấp phép về chủ trương của trung ương đối với công việc địa phương. CQĐP được ban hành văn bản pháp quy nhưng văn bản của CQĐP chủ yếu nhằm cụ thể hóa các quy định của cấp trên - trong đó có Chính phủ.

Trong rất nhiều lĩnh vực của thẩm quyền, sự tinh tế trong mối quan hệ giữa Chính phủ với địa phương đặc biệt thể hiện

trong quyền lập quy của địa phương. Việc ban hành các văn bản quy phạm của địa phương không thể là sự cụ thể hóa các quy định của Chính phủ. Trong nền hành chính phân quyền, địa phương ban hành các quy phạm nhằm thực thi các thẩm quyền riêng có của mình. Ranh giới này thể hiện rõ trong quy định tại Điều 72 Hiến pháp Cộng hòa Pháp, theo đó “địa phương có quyền lập quy để thực thi các thẩm quyền của mình”. Và rõ ràng, trong các lĩnh vực thẩm quyền riêng của địa phương thì Chính phủ không thể ra quy phạm. Việc cụ thể hóa các quy phạm của Chính phủ sẽ do các cơ quan thuộc Chính phủ thực hiện mà không thuộc thẩm quyền lập quy của địa phương.

Tuy nhiên, sự phân định này chỉ rạch ròi đối với các công việc thuộc phạm vi thẩm quyền riêng của địa phương. Vẫn còn đó những ranh giới mập mờ giữa quyền lập quy của Chính phủ và quyền lập quy của địa phương, ví dụ ở Pháp, đó là các lĩnh vực mà lập pháp đã quy định nhưng cần cụ thể hóa để thực thi (đào tạo nghề; giáo dục; quy hoạch đô thị; hoạt động kinh tế và phát triển doanh nghiệp) và cả Chính phủ cũng như địa phương đều có thẩm quyền can thiệp¹¹.

Tài chính

Mối quan hệ giữa thẩm quyền và tài chính luôn tỷ lệ thuận: Địa phương càng độc lập về thẩm quyền thì nguồn tài chính của địa phương cũng độc lập hơn so với trung ương và ngược lại, nếu các thẩm quyền của địa phương vẫn còn chia sẻ với trung ương thì ngân sách của địa phương không thể là tự chủ. Điều này dẫn đến quy định mới trong Hiến pháp sửa đổi năm 2003 của Cộng hòa Pháp: “Việc chuyển giao các thẩm quyền giữa Nhà nước và các địa phương phải đi cùng việc giao các nguồn lực tương ứng để thực thi các thẩm quyền đó” (Điều 72 - 2).

10 Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, CRIGHTS, “Tuyển tập Hiến pháp của một số quốc gia”, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2012, tr. 377.

11 “Les relations entre l’Etat et les collectivités locales”, Rapport du group de travail, Precide Alain LAMBERT, Decembre 2007, p. 6-7, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-public/074000741.pdf>.

Cũng với tinh thần đó, Hiến pháp năm 2013 của nước ta đã có quy định rất xác thực: “Trong trường hợp cần thiết, CQĐP được giao thực hiện một số nhiệm vụ của cơ quan nhà nước cấp trên với các điều kiện bảo đảm thực hiện nhiệm vụ đó” (Khoản 3 Điều 111).

Mối quan hệ giữa Chính phủ với CQĐP về phương diện tài chính cần được xác định trên cơ sở xác định lại các thẩm quyền của địa phương. Trong xu thế phân quyền, nên từng bước tăng sự tự chủ tài khóa cho CQĐP, đặc biệt là những nguồn thu địa phương được hưởng 100%, gắn với việc quản lý và cung ứng dịch vụ công tại địa phương. Cũng như vậy, trong chi ngân sách, cần phân định nhiệm vụ chi của địa phương cho phù hợp với chức năng, nhiệm vụ của chính quyền theo phân cấp quản lý hành chính. Trong tương lai, cần xây dựng cơ chế để CQĐP có quyền tự chủ trong các quyết định phân bổ nguồn lực, sử dụng nguồn lực theo các ưu tiên của địa phương và chủ động chọn lựa cách thức thực hiện; trung ương chỉ tác động, can thiệp khi cần thực hiện các mục tiêu có tính quốc gia.

2.2.2. Về mặt tổ chức

Quan hệ về tổ chức giữa Chính phủ - CQĐP thể hiện qua việc thành lập các cơ quan địa phương, việc tồn tại các cơ quan tản quyền của Chính phủ tại địa phương, trong quy chế công chức địa phương.

Ở những quốc gia có nền hành chính tập trung, mối quan hệ về mặt tổ chức giữa Chính phủ với CQĐP là khăng khít, lệ thuộc. Đó là sự gắn kết trong việc thiết lập (cơ quan hành chính của địa phương do Chính phủ lập ra/tham gia vào việc lập ra, thông qua việc bổ nhiệm các chức danh lãnh đạo). Việc can dự vào thành lập sẽ là tiền đề để chỉ đạo, điều hành mọi hoạt động của hành chính địa

phương. Và ở các nước có nền hành chính tập trung, từ logic thẩm quyền hành chính thống nhất nên cơ cấu của hành chính địa phương về cơ bản khá thống nhất với tổ chức hành chính trung ương. Chế độ công vụ, công chức cũng cùng chung quy chế thống nhất trên toàn quốc.

Tuy nhiên, trong nền hành chính phân quyền có sự phân biệt rõ ràng giữa các cơ quan của địa phương và các cơ quan hành chính tản quyền (của Chính phủ) đặt tại địa phương. Ví dụ ở Pháp hiện nay, trừ mô hình xã trưởng - vừa kết hợp giữa dân bầu và quyền cách chức của Hội đồng bộ trưởng; còn lại tất cả các cơ quan hành chính địa phương đều có nguồn gốc từ địa phương và không chịu bất kỳ sự can thiệp nào của Chính phủ. Mô hình chung là dân bầu ra Hội đồng dân cử, và cơ quan này lập ra cơ quan hành chính của mình. Bên cạnh bộ máy hành chính thuần túy của địa phương, có một số đại diện trung ương - nhưng chỉ ở một vài cấp địa phương lớn mà thôi - đó là tỉnh trưởng (ở cấp tỉnh); vùng trưởng (ở cấp vùng) và một số cơ quan tản quyền đặt chủ yếu tại cấp tỉnh. Không phải bất cứ bộ nào cũng có cơ quan tản quyền ở địa phương, mà thường chỉ có một vài bộ như Văn hóa, Giáo dục v.v.. Các nhân sự và các cơ quan tản quyền này, Chính phủ trực tiếp bổ nhiệm, quản lý và chỉ đạo hoạt động. Họ cũng là kênh liên lạc giữa Chính phủ với địa phương, thông qua việc xem xét một số loại quyết định của CQĐP, nhưng không có quyền đình chỉ hay bãi bỏ chúng¹².

Nhiều quốc gia có nền hành chính phân quyền thậm chí còn có sự phân biệt trong quy chế công vụ của trung ương và địa phương. Các khái niệm công chức nhà nước, công chức địa phương cũng xuất hiện từ đây.

12 Tham khảo Jean - Luc Boeuf, Manuela Magnan, "Les collectivités territoriales et la décentralisation" (Các đơn vị hành chính lãnh thổ và sự phân quyền) *Decouverte de la Vie publique, La documentation Française, 2007.*

13 Theo Trần Thị Minh Châu, "Kinh nghiệm thi tuyển công chức của một số nước trên thế giới", <http://caicachhanhchinh.gov.vn/uploads/News/1900/attachs/vi.BAI%2018%20TRANG%2038%20TCNN%20T5.pdf>, truy cập ngày 27/10/2015.

Công chức địa phương có quy chế riêng, được tuyển dụng theo cách riêng biệt¹³.

2.2.3. Về giám sát của Chính phủ đối với CQĐP

Mối quan hệ giữa Chính phủ và CQĐP thể hiện trực tiếp và rõ rệt nhất thông qua khâu cuối cùng: hoạt động giám sát của Chính phủ đối với địa phương. Không có nền hành pháp nào hoàn toàn tách rời các lãnh thổ hành chính của mình, nhưng mức độ can thiệp của Chính phủ đối với CQĐP là rất khác nhau, tùy từng quốc gia.

Thông thường, trong nền hành chính tập trung, các quyết định của cơ quan hành chính địa phương và kể cả cơ quan dân cử, vẫn có thể bị đình chỉ, bãi bỏ bởi cơ quan hành chính cấp trên hay Chính phủ. Như vậy, quan hệ giám sát hành chính vẫn tồn tại một cách trực tiếp và toàn diện. Trực tiếp vì Chính phủ có quyền đình chỉ, bãi bỏ ngay các văn bản của CQĐP vi phạm pháp luật, chứ không dừng lại ở mức kiến nghị hay đề xuất địa phương bãi bỏ. Toàn diện bởi vì việc giám sát không giới hạn ở bất kỳ lĩnh vực nào. Quyền giám sát như vậy thực ra không thể tồn tại trong một bối cảnh CQĐP phân cấp và tự chủ, bởi lẽ sự can thiệp trực tiếp và toàn diện là đi ngược lại với quyền tự chủ của địa phương.

Ở các quốc gia có sự phân quyền trung ương - địa phương, giám sát hành chính của chính quyền trung ương đối với địa phương đã giảm thiểu đến gần như tối đa. Điển hình là quá trình phân cấp ở Cộng hòa Pháp thể hiện bằng quá trình trao quyền cho địa phương và cắt giảm sự giám hộ của trung ương. Luật ngày 02/03/1982 đã giới hạn phạm vi kiểm tra hoạt động của CQĐP: chỉ trong khuôn khổ tính hợp pháp chứ không thể kiểm tra tính hợp lý của các quyết định của CQĐP. Tỉnh trưởng, Vùng trưởng - người đại diện cho Nhà nước trung ương - không có quyền năng gì trong việc ngăn chặn

các quyết định của địa phương. Khi phát hiện các văn bản của CQĐP vi phạm pháp luật, các Tỉnh trưởng, Vùng trưởng chỉ có thể yêu cầu Tòa Hành chính xét xử, và Tòa Hành chính là cơ quan duy nhất có quyền tuyên hủy các quyết định của địa phương.

Thẩm quyền kiểm tra của các Tỉnh trưởng, Vùng trưởng bị thu hẹp đến mức, theo các học giả Pháp thì dường như: “việc chuyển văn bản trái pháp luật (của CQĐP) cho Tòa án xử lý không phải là nghĩa vụ của Tỉnh trưởng, Vùng trưởng. Mặc dù trong một Quyết định của Hội đồng bảo hiến (Quyết định số 93-335 DC ngày 21/01/1994) có đoạn viết: “căn cứ vào Điều 72 của Hiến pháp, việc kiểm tra tính hợp pháp đối với các quyết định của CQĐP thuộc trách nhiệm của người đại diện Nhà nước trung ương...” nhưng vì pháp luật cũng như án lệ không hề xác định chế tài trong trường hợp người đại diện Nhà nước trung ương không thực hiện trách nhiệm này nên có thể khẳng định rằng, đó không phải là một trách nhiệm mang tính pháp lý”¹⁴.

Ở hầu hết các quốc gia có tài phán hiến pháp và hành chính, nhiệm vụ quan trọng của Tòa án là phân xử các tranh chấp thẩm quyền giữa địa phương với cơ quan nhà nước trung ương và giữa địa phương với nhau. Điều 165 Hiến pháp Ba Lan quy định: “Các tòa án hành chính có nhiệm vụ giải quyết các tranh chấp về thẩm quyền giữa các đơn vị của CQĐP và các cơ quan hành chính nhà nước”. Khi mà thẩm quyền trung ương - địa phương được phân định rành mạch thì hiển nhiên hành chính trung ương không còn quyền giám sát địa phương đối với các công việc đã phân quyền, và lúc này, thiết chế tư pháp chiếm vị trí ưu thế, là người khách quan, độc lập đánh giá sự đúng sai trong xử

(Xem tiếp trang 25)

14 Martine Lombard, Gilles Dumont, “Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp”, Sách dịch, ngày 25/3/1852 Nhà pháp luật Việt Pháp - Organisation Internationale de la Francophonie, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr. 242.

Góp ý Dự thảo Luật Báo chí (sửa đổi):

**HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ QUYỀN TỰ DO BÁO CHÍ,
TỰ DO NGÔN LUẬN TRÊN BÁO CHÍ CỦA CÔNG DÂN
NHẪM THỰC HIỆN HIẾN PHÁP NĂM 2013**

NGUYỄN HOÀNG THANH*

Về tổng thể, Dự thảo Luật Báo chí sửa đổi¹ (Dự thảo) đã kế thừa những nội dung cơ bản của Luật Báo chí hiện hành, tiếp cận xu hướng phát triển của báo chí nhằm đáp ứng yêu cầu của thực tiễn và để phù hợp với Hiến pháp năm 2013.

Điểm mới quan trọng của Dự thảo so với Luật hiện hành là bổ sung một chương (Chương II) quy định về quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân theo tinh thần Hiến pháp năm 2013: “Công dân có quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí...” (Điều 25 Hiến pháp năm 2013). Tuy nhiên, các quy định của Chương này có nhiều điều cần phải bàn thêm.

1. Quy định trong Dự thảo Luật Báo chí (sửa đổi) về quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân

Điều 10 Dự thảo quy định về quyền tự do báo chí của công dân:

“Công dân có quyền:

1. Sáng tạo tác phẩm báo chí.
2. Cung cấp thông tin cho báo chí.
3. Phản hồi thông tin trên báo chí.
4. Liên kết với cơ quan báo chí thực hiện sản phẩm báo chí.
5. In, phát hành báo in”.

Điều 11 Dự thảo quy định về quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân:

“Công dân có quyền:

1. Phát biểu ý kiến về tình hình đất nước và thế giới.
2. Tham gia ý kiến xây dựng và thực hiện đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước.
3. Góp ý kiến, phê bình, kiến nghị, khiếu nại, tố cáo trên báo chí đối với các tổ chức của Đảng, cơ quan Nhà nước, tổ chức xã hội và thành viên của các tổ chức đó”.

* **TS. Phó Tổng Biên tập Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp.**

Bài viết là kết quả của Đề tài nghiên cứu khoa học cấp bộ "Triển khai thi hành Hiến pháp thông qua các phương tiện thông tin đại chúng: thực trạng và giải pháp"

¹ Dự thảo 19, tháng 2/2016.

Theo chúng tôi, quyền tự do báo chí, tự do ngôn luận trên báo chí là những quyền tự nhiên, cơ bản của công dân. Đã là quyền tự nhiên, cơ bản thì Nhà nước phải có trách nhiệm bảo đảm thực hiện. Quyền tự do báo chí, tự do ngôn luận trên báo chí rất rộng, chứ không chỉ gói trong các nội dung mà các Điều 10, Điều 11 đã liệt kê trên đây. Ví dụ, về *quyền tự do báo chí của công dân*, công dân còn có các quyền như: quyền tiếp nhận thông tin từ báo chí, quyền thụ hưởng báo chí, quyền bình luận khen chê các sản phẩm báo chí, quyền trích dẫn các nội dung báo chí, quyền nhân bản, phát tán các sản phẩm báo chí... hoặc có cả quyền tác động, thuyết phục nhà báo hay các cơ quan báo chí tin vào các thông tin hoặc nhận định chủ quan của mình trước một hiện tượng, sự việc nào đó. Hoặc đối với *quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân*, công dân còn có các quyền tự bảo vệ mình trên báo chí, có quyền lên án các hành vi xâm hại đến quyền lợi hợp pháp của mình, của người khác và của xã hội trên báo chí...

Như vậy, việc liệt kê các quyền tự do báo chí của công dân, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân tại Điều 10 và Điều 11 là không đủ. Đó là chưa kể đến nguyên tắc, công dân có quyền làm những gì pháp luật không cấm, chứ không phải chỉ được làm những gì mà pháp luật liệt kê.

Một thách thức với cơ quan soạn thảo là muốn bao quát toàn bộ nội dung quy định của Hiến pháp năm 2013 về quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân theo hướng liệt kê, nhưng quả thực, điều đó là khó khả thi.

Tuy nhiên, nếu không liệt kê như thế, thì Luật Báo chí sẽ không thể quy định được quyền tự do báo chí theo tinh thần Hiến pháp năm 2013 vì không có nội dung của các quyền. Do vậy, đây là một phương án chấp nhận được.

Song, liệt kê các quyền ra để có nội dung quyền, giúp các chủ thể quyền và đối tượng chịu tác động của quyền nhận diện được quyền, thì cần phải có sự đảm bảo ngay việc tôn trọng và thực thi quyền, nếu không thì việc liệt kê ra là ít ý nghĩa. Cả Điều 10 và Điều 11 của Dự thảo đang thiếu sự đảm bảo này, mà mới chỉ nêu ra các nội dung chính của quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân. Theo chúng tôi, các Luật Báo chí trước đây của nước ta đã làm tốt hơn việc này. Ví dụ như, năm 1946, ngay sau những ngày đầu tiên đất nước ta giành được độc lập, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã chủ trương xây dựng một luật về quyền tự do báo chí, nên đến ngày 29/3/1946, Người đã ký Sắc lệnh số 41/SL về chế độ báo chí. Tiếp đó, kế thừa Sắc lệnh này, ngày 14/12/1956, Người ký Sắc lệnh số 282/SL. Điều 4 của Sắc lệnh số 282/SL ghi rõ: “Quyền tự do ngôn luận của nhân dân trên báo chí được đảm bảo. Tất cả các báo chí đều được hưởng quyền tự do ngôn luận, không phải kiểm duyệt trước khi in...”. Đến ngày 20/5/1957, Quốc hội Việt Nam quyết định lấy Sắc lệnh này làm Luật Báo chí đầu tiên của nước ta².

Từ thực tiễn này, chúng tôi kiến nghị:

- Bổ sung vào Điều 10 thêm một khoản: “Nhà nước tôn trọng và bảo đảm việc thực hiện quyền tự do báo chí của công dân”.

2 Nghị định số 298-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 20/5/1957 quy định chi tiết thi hành Luật số 100-SL/L002 về chế độ báo chí. Nguồn: thuvienphapluat.vn/...bao.../noi-dung.aspx... truy cập ngày 3/3/2016.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Khoản này có thể đặt trước hoặc sau khoản “Công dân có quyền”. Như vậy, Điều 10 sẽ có hai khoản, đó là:

“Điều 10. Quyền tự do báo chí của công dân:

a) Công dân có quyền:

1. Sáng tạo tác phẩm báo chí.
2. Cung cấp thông tin cho báo chí.
3. Phản hồi thông tin trên báo chí.
4. Liên kết với cơ quan báo chí thực hiện sản phẩm báo chí.

5. In, phát hành báo in.

b) Nhà nước tôn trọng và bảo đảm việc thực hiện quyền tự do báo chí của công dân”.

- Tương tự, với Điều 11 cũng bổ sung thêm nội dung: “Nhà nước tôn trọng và bảo đảm việc thực hiện quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân”. Như vậy, Điều 11 sẽ là:

“Điều 11. Quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân

a) Công dân có quyền:

1. Phát biểu ý kiến về tình hình đất nước và thế giới.

2. Tham gia ý kiến xây dựng và thực hiện đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước.

3. Góp ý kiến, phê bình, kiến nghị, khiếu nại, tố cáo trên báo chí đối với các tổ chức của Đảng, cơ quan Nhà nước, tổ chức xã hội và thành viên của các tổ chức đó.

b) Nhà nước tôn trọng và bảo đảm việc thực hiện quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân”.

Nếu thấy việc quy định khoản bổ sung này không tương thích với tiêu đề của điều luật, thì bổ sung tiêu đề các điều luật thành *Quyền tự do báo chí của công dân và trách nhiệm của Nhà nước ở Điều 10; Quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân và trách nhiệm của Nhà nước ở Điều 11.*

Trong trường hợp ngại sự trùng lặp (vì Dự thảo muốn quy định về trách nhiệm của Nhà nước đối với quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân tại Điều 13), thì đưa quy định này xuống Điều 13, nhưng thay ngay vào Khoản 1, đồng thời, đổi trật tự các Điều, nội dung của Điều 13 lên thành nội dung của Điều 12, nội dung của Điều 12 đưa xuống thành nội dung của Điều 13. Như vậy, Điều về *trách nhiệm của Nhà nước đối với quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân* sẽ xếp trước quy định về *trách nhiệm của cơ quan báo chí đối với quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân*.

2. Quy định trong Dự thảo về trách nhiệm của cơ quan báo chí đối với quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân

Điều 12 Dự thảo quy định về *Trách nhiệm của cơ quan báo chí đối với quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân*, theo đó, các cơ quan báo chí có trách nhiệm:

“1. Đăng, phát kiến nghị, phê bình, tin, bài, ảnh và tác phẩm báo chí khác của công dân phù hợp với tôn chỉ, mục đích và không vi phạm khoản 1, khoản 2, khoản 3, khoản 4, khoản 5, khoản 6 và khoản 7 Điều 9 Luật này; trong trường hợp không đăng, phát sóng phải trả lời và nêu rõ lý do khi có yêu cầu;

2. Trả lời hoặc yêu cầu tổ chức, người có chức vụ trả lời bằng thư hoặc trên báo chí về kiến nghị, khiếu nại, tố cáo của công dân gửi đến”.

Theo các quy định này thì những việc làm để thể hiện trách nhiệm của các cơ quan báo chí đối với quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân là chưa mang tính chủ động. Các cơ quan báo

chí vẫn phải thụ động chờ công dân gửi kiến nghị, phê bình, tin, bài, ảnh và tác phẩm báo chí khác, chờ công dân gửi kiến nghị, khiếu nại, tố cáo của công dân đến cơ quan báo chí để “đăng, phát” hoặc “trả lời hoặc yêu cầu tổ chức, người có chức vụ trả lời bằng thư hoặc trên báo chí về kiến nghị, khiếu nại, tố cáo của công dân gửi đến”, trong khi đó, vai trò chủ động của báo chí trong việc đảm bảo quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân là cực kỳ quan trọng. Do vậy, tại Điều 12, chúng tôi kiến nghị bổ sung thêm một khoản. Đó là: “Các cơ quan báo chí, nhà báo chủ động phát hiện, tìm hiểu, điều tra các sự kiện, vụ việc phát sinh trong đời sống, nắm bắt tâm tư, nguyện vọng của công dân để kịp thời có tác phẩm báo chí phù hợp đăng, phát trên báo chí hoặc trực tiếp kiến nghị đến cơ quan có thẩm quyền giải quyết”. Như vậy, Điều 12 sẽ có ba khoản là:

“Điều 12. Trách nhiệm của cơ quan báo chí đối với quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân

1. Đăng, phát kiến nghị, phê bình, tin, bài, ảnh và tác phẩm báo chí khác của công dân phù hợp với tôn chỉ, mục đích và không vi phạm khoản 1, khoản 2, khoản 3, khoản 4, khoản 5, khoản 6 và khoản 7 Điều 9 Luật này; trong trường hợp không đăng, phát sóng phải trả lời và nêu rõ lý do khi có yêu cầu;

2. Trả lời hoặc yêu cầu tổ chức, người có chức vụ trả lời bằng thư hoặc trên báo chí về kiến nghị, khiếu nại, tố cáo của công dân gửi đến;

3. Các cơ quan báo chí, nhà báo chủ động phát hiện, tìm hiểu, điều tra các sự kiện, vụ việc phát sinh trong đời sống, nắm bắt tâm tư, nguyện vọng của công dân để kịp thời có tác phẩm báo chí phù hợp đăng, phát trên báo chí hoặc trực tiếp kiến nghị đến cơ quan có thẩm quyền giải quyết”.

3. Quy định trong Dự thảo về trách nhiệm của Nhà nước đối với quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân

Điều 13 Dự thảo quy định về trách nhiệm của Nhà nước đối với quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân có ba khoản:

“1. Nhà nước tạo điều kiện thuận lợi để công dân thực hiện quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí và để báo chí phát huy đúng vai trò của mình.

2. Báo chí, nhà báo; phóng viên, biên tập viên chưa được cấp thẻ nhà báo hoạt động trong khuôn khổ pháp luật và được Nhà nước bảo hộ;

Không ai được lạm dụng quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí để xâm phạm lợi ích của Nhà nước, tổ chức và công dân.

3. Báo chí không bị kiểm duyệt trước khi in, truyền dẫn và phát sóng”.

Đối với các quy định này, chúng tôi có ý kiến như sau:

- Tại khoản 1: “Nhà nước tạo điều kiện thuận lợi để công dân thực hiện quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí và để báo chí phát huy đúng vai trò của mình”, theo chúng tôi, đây là một quy định còn mơ hồ bởi cụm từ “Nhà nước tạo điều kiện thuận lợi”. Thế nào là “tạo điều kiện thuận lợi”, điều kiện thuận lợi là những điều kiện gì? Nếu không tạo điều kiện thuận lợi thì sao? Theo chúng tôi, cần phải quy định rõ ràng hơn, dứt khoát hơn, như: “Nhà nước tôn trọng và bảo đảm để công dân thực hiện quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí, không gây bất kỳ trở ngại nào cho việc thực hiện quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân” hoặc như đã kiến nghị ở phần trên:

“Nhà nước tôn trọng và bảo đảm việc thực hiện quyền tự do báo chí, tự do ngôn luận trên báo chí của công dân”. Còn ở về thứ hai của khoản 1 “để báo chí phát huy đúng vai trò của mình” thì nên bỏ, vì tại *Chương 1. Những quy định chung* đã có *Điều 5. Chính sách của Nhà nước về phát triển báo chí* đã có các nội dung thể hiện quan điểm “để báo chí phát huy đúng vai trò của mình”.

- Tại khoản 2: “Báo chí, nhà báo; phóng viên, biên tập viên chưa được cấp thẻ nhà báo hoạt động trong khuôn khổ pháp luật và được Nhà nước bảo hộ;

Không ai được lạm dụng quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí để xâm phạm lợi ích của Nhà nước, tổ chức và công dân”.

Quy định này không ổn, vì nó mâu thuẫn với quy định về *trách nhiệm của Nhà nước đối với quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí*. Cụ thể là ở nội dung thứ nhất: “báo chí, nhà báo; phóng viên, biên tập viên chưa được cấp thẻ nhà báo hoạt động trong khuôn khổ pháp luật và được Nhà nước bảo hộ” có vẻ mang tính răn đe và ban phát không cần thiết và không thấy được trách nhiệm phải có của Nhà nước. Cần thiết phải sửa lại là: “Nhà nước có trách nhiệm xây dựng hệ thống pháp luật phù hợp để báo chí, nhà báo; phóng viên, biên tập viên chưa được cấp thẻ nhà báo hoạt động. Nhà nước có trách nhiệm tôn trọng và bảo đảm để các hoạt động báo chí được thực hiện hiệu quả”.

Ở nội dung thứ hai, “không ai được lạm dụng quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí để xâm phạm lợi ích của Nhà nước, tổ chức và công dân” thì nội dung này hoặc là thừa, hoặc đã được đặt không đúng chỗ, thậm chí còn có vẻ răn đe không

cần thiết. Vì trong Dự thảo Luật, tại *Chương 1. Những quy định chung* đã có *Điều 9* quy định về *Những hành vi bị cấm trong hoạt động báo chí*, trong đó, các hành vi bị cấm đã thể hiện nội dung “không ai được lạm dụng quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí để xâm phạm lợi ích của Nhà nước, tổ chức và công dân”. Còn nếu thấy rằng, những hành vi bị cấm trong hoạt động báo chí quy định tại *Điều 9* là chưa đủ, thì nên sửa chữa và đưa nội dung này vào.

- Chúng tôi cũng đề nghị nên thêm vào *Điều* này một nội dung nữa, đó là, Nhà nước “4. Thực hiện các hình thức tự do báo chí, tự do ngôn luận trên báo chí của công dân phù hợp với các quy định của pháp luật”.

4. Cuối cùng, xin được nêu thêm ý kiến về tên gọi của *Dự thảo Luật*.

Tháng 7/2005, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp đăng trên Số chủ đề bài viết *Tên gọi của một đạo luật* của nhà văn Nguyễn Ngọc. Trong bài này, nhà văn viết: “Ngay từ thời đầu tiên của chế độ Việt Nam dân chủ cộng hòa, Việt Nam đã sớm có một đạo luật về báo chí. Việc làm đạo luật đó cũng như nhiều đạo luật khác thời bấy giờ, có sự chỉ đạo chặt chẽ của Chủ tịch Hồ Chí Minh. Và Bác đã yêu cầu đặt tên cho đạo luật về báo chí là “Luật về Quyền tự do báo chí”. Về sau, không biết từ bao giờ, đạo luật thay thế lại mang tên khác, và như ta biết bây giờ là “Luật Báo chí”³.

Hiến pháp năm 2013 đã quy định những quyền cơ bản, trong đó có quyền tự do báo chí, tự do ngôn luận. Luật Báo chí là sự thể hiện cụ thể của Hiến pháp năm 2013. Mục đích trước hết của một đạo luật về báo chí là nhằm đảm bảo cho mọi người có quyền tự do báo chí, tự do ngôn luận đã được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013. Do vậy, đối

3 Nguyễn Ngọc, *Tên gọi của một đạo luật*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 7/2005, tr. 8.

tượng chế tài của nó là Nhà nước; nó buộc Nhà nước phải đảm bảo quyền tự do báo chí, thể hiện bằng những quy định cụ thể trong Luật Báo chí. Nếu Nhà nước hay bất kỳ chủ thể nào trong các chính sách, pháp luật hay hành động cụ thể của mình trong thực tế không đảm bảo quyền tự do báo chí thì Nhà nước, chủ thể đó đã vi phạm luật, vi phạm Hiến pháp và phải chịu chế tài. Cho nên, cách gọi tên đúng nhất phải là “Luật về Quyền tự do báo chí”⁴. “Luật Báo chí về nguyên tắc thể hiện một cách hiểu, và do đó là một cách làm hoàn toàn ngược lại. Đối tượng chế tài của một đạo luật mang tên như vậy sẽ là nhân dân và đó sẽ là một đạo luật của Nhà nước, để cho Nhà nước nắm lấy mà cai trị dân về mặt báo chí. Đạo luật đó sẽ nhằm đảm bảo quyền tự do báo chí của Nhà nước chứ không phải của dân. Một Nhà nước nắm luật đó sẽ có quyền cho phép người dân

được tự do về mặt báo chí đến đâu, tức ngược với tinh thần của Hiến pháp”⁵.

Thật tiếc, theo chúng tôi, Dự thảo Luật Báo chí lần này đang đúng với nhận xét của nhà văn Nguyễn Ngọc hơn mười năm trước, dù đã có thêm chương quy định về quyền tự do báo chí, quyền tự do ngôn luận trên báo chí của công dân.

Và không chỉ có nhà văn Nguyễn Ngọc, ông Phan Trung Lý, Chủ nhiệm Ủy ban Pháp luật của Quốc hội cũng từng khẳng định, “quyền tự do báo chí đã hiến định nên việc sửa luật là để công dân thực hiện được quyền tự do đó, cũng như để hoạt động báo chí đáp ứng yêu cầu. Tuy nhiên, Dự thảo Luật này mới chỉ đi sâu vào nghề làm báo và đưa ra các cách để quản lý báo chí, còn vấn đề làm sao để cho công dân thực hiện quyền tự do báo chí thì chưa thể hiện rõ”⁶ ■

4 Xem: Phí Thị Thanh Tâm, Sửa đổi Luật Báo chí phù hợp với tinh thần quyền tự do báo chí trong Hiến pháp năm 2013, trong “Thực hiện các quyền tự do hiến định trong Hiến pháp năm 2013” (PGS, TS. Trịnh Quốc Toàn và PGS, TS. Vũ Công Giao chủ biên), Nxb. Hồng Đức, H., 2013, tr. 479.

5 Nguyễn Ngọc, Tlđđ, tr. 9.

6 Dẫn theo vnexpress.net/.../quyen-tu-do-bao-chi-va-ngon-luan-duoc-de-nghi-lam-r..., Thứ năm, 17/9/2015 | 20:33 GMT+7, truy cập ngày 4/3/2016.

MỐI QUAN HỆ ...

(Tiếp theo trang 19)

sự của hành chính trung ương - địa phương trên cơ sở pháp luật. Mối quan hệ giữa Chính phủ với CQĐP dựa trên cơ sở tôn trọng quyền tự quản của địa phương.

Kết luận

Nếu quan hệ của Chính phủ với CQĐP vẫn tồn tại trong thực hoạt động hành chính,

thì việc Chính phủ có chức năng thực hiện quyền hành pháp sẽ thúc đẩy mạnh mẽ đến diễn tiến mối quan hệ này trong tương lai. Khi mà địa vị của Chính phủ được đề cao, quyền hành pháp được giao về Chính phủ, người ta có thể hình dung ra một Chính phủ cầm lái chứ không chèo thuyền và mối quan hệ với địa phương sẽ không còn là “cầm tay chỉ việc” mà dựa trên nền tảng tôn trọng quyền tự quản và định hướng ■

NHỮNG BĂN KHOẢN TỪ DỰ THẢO LUẬT BAN HÀNH QUYẾT ĐỊNH HÀNH CHÍNH

CAO VŨ MINH*

Xây dựng và ban hành quyết định hành chính (QĐHC) là hình thức chủ yếu nhất trong các hình thức hoạt động của cơ quan nhà nước. QĐHC là phương tiện không thể thiếu để thực hiện các chức năng, nhiệm vụ quản lý nhà nước. Chính vì vậy, sự ra đời của Luật Ban hành QĐHC là khung pháp lý cần thiết nhằm bảo đảm tính thống nhất, chặt chẽ trong hoạt động ban hành QĐHC, qua đó bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, cơ quan, tổ chức. Tuy nhiên, một số vấn đề trong Dự thảo lần thứ 5 Luật Ban hành QĐHC¹ (Dự thảo Luật) vẫn gây nhiều băn khoăn. Chúng tôi có một số ý kiến chung quanh về Dự thảo này.

1. Về định nghĩa “quyết định hành chính”

Theo khoản 1 Điều 2 Dự thảo Luật thì “QĐHC là văn bản áp dụng pháp luật do cơ quan hành chính nhà nước (CQ HCNN) quy định tại khoản 2 Điều 2 Luật này ban hành theo trình tự, thủ tục do pháp luật quy định, được áp dụng một lần nhằm giải quyết vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước, làm phát sinh, thay đổi, hạn chế, chấm dứt quyền, nghĩa vụ, lợi ích của một hoặc một số đối tượng xác định hoặc nhằm giải quyết vấn đề liên quan đến lợi ích công cộng, được Nhà nước bảo đảm thực hiện”.

Khái niệm này lại tồn tại nhiều bất cập và không chính xác. Thứ nhất, khái niệm này

không thể hiện đầy đủ chủ thể có thẩm quyền ban hành QĐHC. Định nghĩa tại khoản 1 Điều 2 Dự thảo Luật chỉ liệt kê chủ thể có thẩm quyền ban hành QĐHC là “CQ HCNN” mà không kể đến “cá nhân có thẩm quyền”. Định nghĩa này cũng không nhất quán với khoản 2 Điều 2 Dự thảo Luật vì khoản 2 Điều 2 lại quy định thẩm quyền ban hành QĐHC của các “cá nhân có thẩm quyền” như Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Thủ trưởng các cơ quan chuyên môn trực thuộc Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh, cấp huyện. Cần lưu ý rằng, Bộ hoạt động theo chế độ thủ trưởng nên thẩm quyền của Bộ về cơ bản chính là thẩm quyền của

* ThS. Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

1 Xem thêm: <http://vibonline.com.vn/Duthao/1863/DU-THAO-LUAT-BAN-HANH-QUYET-DINH-HANH-CHINH.aspx>
Đây là Dự thảo 5 là Dự thảo mới nhất.

Bộ trưởng, nhưng không thể đồng nhất hai khái niệm này². Tương tự, cơ quan chuyên môn trực thuộc UBND cấp tỉnh, cấp huyện (Sở, Phòng) làm việc theo chế độ thủ trưởng³ nhưng khái niệm Sở, Phòng không thể đồng nhất với khái niệm Giám đốc Sở, Trưởng Phòng. Do đó, xét về chủ thể có thẩm quyền ban hành QĐHC thì Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Giám đốc Sở, Trưởng Phòng không thể là “CQ HCNN” được nhắc đến tại khoản 1 Điều 2 Dự thảo Luật.

Khoản 1 Điều 2 Dự thảo Luật quy định chủ thể ban hành QĐHC là “CQ HCNN”. Tuy nhiên, khi liệt kê những chủ thể ban hành QĐHC thì Dự thảo Luật không chỉ liệt kê các cơ quan hành chính mà còn có các cơ quan khác. Không thể phủ nhận, QĐHC được ban hành chủ yếu bởi cơ quan hành chính, thế nhưng, ngoài cơ quan hành chính, QĐHC còn có thể do cơ quan, tổ chức được giao thực hiện nhiệm vụ quản lý nhà nước ban hành. Tiếp thu tư duy hợp lý đó, khoản 2 Điều 2 Dự thảo Luật quy định: “*Cơ quan ban hành QĐHC* bao gồm: Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Thủ trưởng các đơn vị trực thuộc Bộ, trực thuộc cơ quan ngang Bộ; UBND các cấp; Chủ tịch UBND các cấp; Thủ trưởng các cơ quan chuyên môn trực thuộc UBND cấp tỉnh, cấp huyện, *Thủ trưởng cơ quan, tổ chức được giao thực hiện nhiệm vụ quản lý hành chính nhà nước*”. Điều đáng lưu ý là khoản 2 Điều 2 Dự thảo Luật sử dụng thuật ngữ “cơ quan ban hành QĐHC” chứ không phải là “cơ quan hành chính ban hành QĐHC”. Điều đó có nghĩa là

ngoài cơ quan hành chính, các cơ quan nhà nước khác vẫn có quyền ban hành QĐHC nếu các cơ quan này được “giao thực hiện nhiệm vụ quản lý hành chính nhà nước”. Do đó, theo chúng tôi, nhằm đảm bảo tính thống nhất trong Dự thảo Luật, cần định danh cụ thể những chủ thể có quyền ban hành QĐHC. Từ đó, đưa ra một khái niệm chính xác về QĐHC.

Tiếp theo, khái niệm trên còn thừa thuật ngữ và không chính xác. Công thức “theo *trình tự, thủ tục* do pháp luật quy định” thừa thuật ngữ vì khái niệm “trình tự” đã được bao hàm trong khái niệm “thủ tục”, là nội dung chủ yếu của khái niệm “thủ tục”⁴. Dưới góc độ ngôn ngữ thì “thủ tục” là trình tự và phương pháp làm việc, còn “trình tự” là thứ tự nhất định. Như vậy, tuy có phạm vi khác nhau nhưng chúng có một nội dung chung là trình tự nối tiếp nhất định của các hành động. Do đó, khái niệm trên chỉ cần viết “theo *thủ tục* quy định trong Luật này” là đủ mà không cần phải thêm thuật ngữ “trình tự”. Ngoài ra, một điểm không chính xác nữa là Dự thảo Luật sử dụng thuật ngữ “quản lý hành chính nhà nước”. Dưới góc độ ngôn ngữ, “quản lý” và “hành chính” là một⁵. Do đó, phải viết “quản lý nhà nước” hay “hành chính nhà nước” thì mới chính xác, tránh trùng lặp. Bên cạnh đó, nếu gọi là “quản lý hành chính nhà nước” thì cũng không thống nhất với các văn bản quy phạm pháp luật quy định về thẩm quyền này của các cơ quan hành chính. Cụ thể, Điều 2 Nghị định số 36/2012/NĐ-CP ngày 18/04/2012 của Chính phủ về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ, cơ quan ngang Bộ quy định: “Bộ là

2 Nguyễn Cửu Việt (2013), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị Quốc gia - Sự thật, Hà Nội, tr. 164.

3 Điều 7 Nghị định số 24/2014/NĐ-CP ngày 04/04/2014 về Tổ chức các cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương quy định: “Sở thuộc UBND cấp tỉnh làm việc theo chế độ thủ trưởng”. Điều 6 Nghị định số 137/2014/NĐ-CP ngày 05/05/2014 về Tổ chức các cơ quan chuyên môn thuộc UBND huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh quy định: “Cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp huyện làm việc theo chế độ thủ trưởng”.

4 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2010, tr. 608.

5 Nguyễn Cửu Việt, Bàn về thuật ngữ “quản lý hành chính nhà nước”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 4 năm 2007.

cơ quan của Chính phủ, thực hiện chức năng *quản lý nhà nước* đối với ngành, lĩnh vực trong phạm vi cả nước; quản lý nhà nước các dịch vụ công thuộc ngành, lĩnh vực”. Nghị định số 36/2012/NĐ-CP sử dụng thuật ngữ “quản lý nhà nước” chứ không phải là “quản lý hành chính nhà nước”. Thậm chí, các nghị định quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của từng Bộ, cơ quan ngang Bộ cũng đều sử dụng thuật ngữ “quản lý nhà nước”⁶.

Cuối cùng, hiện nay, khái niệm QĐHC được ghi nhận trong nhiều văn bản pháp luật nhưng vẫn chưa có sự thống nhất về nội hàm khái niệm này. Theo khoản 8 Điều 3 Luật Khiếu nại năm 2011 thì: “QĐHC là văn bản do CQ HCNN hoặc người có thẩm quyền trong CQ HCNN ban hành để quyết định về một vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể”. Theo khoản 1 Điều 3 Luật Tổ tụng hành chính (TTHC) năm 2010 thì QĐHC thuộc đối tượng khởi kiện vụ án hành chính là “văn bản do CQ HCNN, cơ quan, tổ chức khác hoặc người có thẩm quyền trong các cơ quan, tổ chức đó ban hành, quyết định về một vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể”.

Nếu so sánh thì khái niệm QĐHC trong Dự thảo Luật không có sự thống nhất với khái niệm QĐHC trong Luật Khiếu nại năm 2011 lẫn Luật TTHC năm 2010. Theo Luật Khiếu nại năm 2011 và Luật TTHC năm 2010 thì QĐHC là quyết định cá biệt được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối

tượng cụ thể. Trong khi đó, QĐHC theo Dự thảo Luật còn bao gồm cả loại quyết định giải quyết một vấn đề cụ thể nhưng có thể không liên quan đến một con người, tổ chức đích danh, có tên gọi cụ thể⁷. QĐHC theo Luật Khiếu nại năm 2011 chỉ do “CQ HCNN, người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính” ban hành, còn QĐHC theo Luật TTHC năm 2010 thì ngoài chủ thể ban hành là “CQ HCNN, người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính” còn có chủ thể là “cơ quan, tổ chức khác hoặc người có thẩm quyền trong các cơ quan, tổ chức đó”⁸. Trong khi đó, chủ thể ban hành QĐHC theo Dự thảo Luật lại hẹp hơn so với Luật TTHC năm 2010 và Luật Khiếu nại năm 2011 vì chỉ bao gồm các “CQ HCNN”.

Điều 47 Dự thảo Luật quy định: “Cá nhân, tổ chức có quyền *kiếu nại, khởi kiện QĐHC theo quy định của pháp luật*”. Theo “quy định của pháp luật” ở đây, trước hết là phải theo Luật Khiếu nại năm 2011 và Luật TTHC năm 2010 vì hai đạo luật này là những văn bản có giá trị pháp lý cao nhất điều chỉnh hoạt động khiếu nại, khởi kiện. Thế nhưng khái niệm QĐHC trong Dự thảo Luật không có sự nhất quán với khái niệm QĐHC trong Luật Khiếu nại năm 2011 lẫn Luật TTHC năm 2010. Điều này sẽ ảnh hưởng rất lớn đến quyền khiếu nại, khởi kiện của cá nhân, tổ chức.

Tóm lại, QĐHC là khái niệm cơ bản nhất của Luật Ban hành QĐHC nên cần được định nghĩa thật chính xác. Việc đưa ra định nghĩa về QĐHC sẽ tạo cách hiểu thống nhất, chính xác về QĐHC. Do đó, theo chúng tôi, khái niệm “QĐHC” được nêu ở khoản 1

6 Đơn cử, các Nghị định số 63/2012/NĐ-CP ngày 31/08/2012 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Y tế, Nghị định số 22/2013/NĐ-CP ngày 13/03/2013 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Tư pháp, Nghị định số 58/2013/NĐ-CP ngày 11/6/2013 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Ngoại giao, Nghị định số 58/2014/NĐ-CP ngày 16/06/2014 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Nội vụ... đều sử dụng thuật ngữ “quản lý nhà nước”.

7 Xem thêm khoản 5 Điều 2 Dự thảo Luật.

8 Cao Vũ Minh, *Để khiếu nại xứng tầm là một quyền hiến định*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 10 năm 2012.

Điều 2 Dự thảo Luật cần được định nghĩa như sau: “QĐHC là văn bản do cơ quan nhà nước được giao thực hiện quản lý nhà nước hoặc cá nhân có thẩm quyền của cơ quan nhà nước đó quy định tại khoản 2 Điều 2 Luật này ban hành theo thủ tục do pháp luật quy định, được áp dụng một lần nhằm giải quyết vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý nhà nước, làm phát sinh, thay đổi, hạn chế, chấm dứt quyền, nghĩa vụ, lợi ích của một hoặc một số đối tượng xác định hoặc nhằm giải quyết vấn đề liên quan đến lợi ích công cộng, được Nhà nước bảo đảm thực hiện”.

2. Phạm vi điều chỉnh của Dự thảo Luật

Khoản 2 Điều 1 Dự thảo Luật quy định: “Việc ban hành các QĐHC sau đây được thực hiện theo quy định của pháp luật liên quan:

a. QĐHC về giải quyết khiếu nại, tố cáo, xử lý vụ việc cạnh tranh và trong hoạt động tố tụng;

b. Quyết định xử phạt vi phạm hành chính (VPHC); quyết định áp dụng biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn;

c. QĐHC ban hành trong trường hợp khẩn cấp;

d. QĐHC áp dụng chính sách, pháp luật đối với cán bộ, công chức, viên chức, người lao động và các đơn vị thuộc thẩm quyền quản lý nhà nước trực tiếp của cơ quan, tổ chức”.

Với quy định này, có thể hình dung là Dự thảo Luật không điều chỉnh việc ban hành các quyết định xử phạt VPHC, quyết định áp dụng biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn... mà “ủy quyền” cho một văn bản pháp luật khác. Nếu vậy, Dự thảo Luật có còn là “Luật Ban hành QĐHC” hay không? Nếu nói sự ra đời của Luật Ban hành QĐHC là rất cần thiết nhằm đưa hoạt động ban hành QĐHC đi vào nề nếp, đáp ứng nhu cầu, nguyện vọng của nhân dân và thực

tiễn quản lý nhà nước thì quy định trên đã “phủ định” hoàn toàn sự cố gắng này bởi những QĐHC bị “loại bỏ” ra khỏi phạm vi điều chỉnh của Dự thảo Luật là những QĐHC chiếm đa số trong hệ thống pháp luật Việt Nam và cũng là QĐHC ảnh hưởng trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của cá nhân, tổ chức⁹.

Đơn cử, quyết định xử phạt VPHC, quyết định áp dụng biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn là văn bản cá biệt, do các chức vụ trong cơ quan hành chính ban hành, được áp dụng một lần nhằm giải quyết vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý nhà nước. Đây là những quyết định chiếm đa số trong các loại QĐHC, lại thỏa mãn tất cả các dấu hiệu của một QĐHC mà Dự thảo Luật đưa ra. Thế thì tại sao lại “loại bỏ” những quyết định này ra khỏi phạm vi điều chỉnh của Dự thảo Luật?

Bên cạnh đó, một điều không thể không nhắc đến là các “quy định của pháp luật liên quan” lại không điều chỉnh cụ thể về nguyên tắc, thủ tục, biện pháp xử lý đối với các QĐHC. Cụ thể, quyết định xử phạt VPHC, quyết định áp dụng biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn được quy định trong Luật Xử lý VPHC năm 2012, Nghị định số 81/2013/NĐ-CP ngày 19/7/2013 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật xử lý VPHC, Nghị định số 111/2013/NĐ-CP ngày 30/09/2013 của Chính phủ quy định Chế độ áp dụng biện pháp xử lý hành chính giáo dục tại xã, phường, thị trấn. Tuy nhiên, các văn bản này hoàn toàn không quy định về biện pháp xử lý khiếm khuyết đối với QĐHC.

Theo chúng tôi, phải nhận thức được rằng Luật Ban hành QĐHC là đạo luật cụ thể nhất, hoàn thiện nhất, rõ ràng nhất về ban hành QĐHC cho tất cả các lĩnh vực. Do đó, chỉ áp dụng một văn bản quy phạm pháp luật

9 Tờ trình số 386/TTr - CP về dự án Luật Ban hành QĐHC ngày 21/8/2015 của Chính phủ gửi Ủy ban thường vụ Quốc hội.

khác khi vấn đề đó mang tính chất chuyên sâu và chưa được quy định trong Luật Ban hành QĐHC. Ngược lại, nếu vấn đề đó được quy định trong cả Luật Ban hành QĐHC lẫn các văn bản quy phạm pháp luật khác nhưng có sự mâu thuẫn nhau thì phải ưu tiên áp dụng Luật Ban hành QĐHC. Theo chúng tôi, cần bỏ quy định tại khoản 2 Điều 1 Dự thảo Luật bởi Dự thảo Luật không thể “từ bỏ” chức năng điều chỉnh việc xây dựng và ban hành QĐHC mà “nhường quyền” cho các văn bản khác vì nếu như thế thì hệ thống pháp luật sẽ phát sinh mâu thuẫn, chông chéo và trong nhiều trường hợp Luật Ban hành QĐHC đã bị “vô hiệu hóa”.

3. Hình thức của quyết định hành chính được quy định trong Dự thảo Luật

Khoản 1 Điều 4 Dự thảo Luật quy định: “QĐHC thể hiện bằng các hình thức sau đây:

- a. Quyết định;
- b. Quyết định ban hành kèm theo Giấy chứng nhận, Giấy phép, Giấy đăng ký, Chứng chỉ;
- c. Giấy chứng nhận, Giấy phép, Giấy đăng ký, Chứng chỉ;
- d. Các hình thức khác do luật định”.

Theo chúng tôi, cần có sự phân biệt giữa QĐHC với giấy chứng nhận, giấy phép, giấy đăng ký, chứng chỉ. Các loại giấy chứng nhận, giấy phép, giấy đăng ký, chứng chỉ thường được dùng để chứng nhận một loại quyền chủ thể (giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà, giấy chứng nhận quyền sở hữu xe, giấy phép lái xe, giấy đăng ký kết hôn) hay thường ghi nhận một sự kiện hoặc một tình trạng có giá trị pháp lý (như chứng chỉ Anh văn, chứng chỉ vi tính). Các loại giấy chứng nhận, giấy phép, giấy đăng ký, chứng chỉ thường được cấp trên cơ sở một QĐHC tương ứng nên không thể đồng nhất với QĐHC. Ví dụ: việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất được thực hiện trên cơ sở một QĐHC về giao đất của UBND.

Nhìn chung, sự khác nhau giữa QĐHC với các giấy chứng nhận, giấy phép, giấy đăng ký, chứng chỉ là ở chức năng pháp lý.

Nếu như QĐHC có khả năng làm thay đổi cơ chế điều chỉnh pháp luật thì tất cả các loại giấy tờ kê trên đều không có khả năng làm thay đổi cơ chế điều chỉnh pháp luật dưới bất kỳ hình thức nào. Do đó, Dự thảo Luật đồng nhất giấy chứng nhận, giấy phép, giấy đăng ký, chứng chỉ với QĐHC là hoàn toàn không chính xác dưới góc độ lý luận lẫn thực tiễn.

4. Các biện pháp xử lý quyết định hành chính trái pháp luật trong Dự thảo Luật

Điều 41 Dự thảo Luật quy định về QĐHC trái pháp luật khi việc ban hành vi phạm một trong các quy định sau đây:

- a. Không đúng thẩm quyền theo quy định của pháp luật;
- b. Không đúng hình thức theo quy định của pháp luật;
- c. Không tuân thủ trình tự, thủ tục theo quy định của pháp luật;
- d. Nội dung của QĐHC trái với quy định của pháp luật;
- đ. Hết thời hiệu do pháp luật quy định;
- e. Vi phạm quy định tại khoản 2, khoản 3 Điều 9 Luật này.

Tùy theo tính chất, mức độ trái pháp luật mà QĐHC có thể bị đình chỉ, sửa đổi, thu hồi, bãi bỏ hoặc hủy bỏ.

Về biện pháp đình chỉ QĐHC

Đình chỉ việc thi hành một QĐHC là biện pháp nhằm ngăn chặn ngay khả năng tiếp tục gây ra những ảnh hưởng xấu của nó. Về nguyên tắc, khi áp dụng quyền “đình chỉ” thì QĐHC đó vẫn còn tồn tại nhưng không ai “dám” sử dụng hay viện dẫn quyết định đó nữa mà chờ kết luận xử lý cuối cùng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Có hai trường hợp đình chỉ, đó là “tạm đình chỉ” và “đình chỉ” vĩnh viễn. Theo Từ điển Từ và Ngữ Việt Nam thì “đình chỉ” (*đình*: dừng lại, *chỉ*: thôi) là “ngừng lại, không tiến hành nữa” còn “tạm” là “không lâu dài, có thể thay đổi”¹⁰. Với ngữ nghĩa như vậy nên khi ghép lại, tạm đình chỉ QĐHC có nghĩa là tạm thời ngừng thực hiện quyết định đó trong một khoảng thời gian ngắn. Trong

khi đó, đình chỉ vĩnh viễn được sử dụng với nghĩa ngừng thực hiện QĐHC mãi mãi.

Tuy nhiên, Dự thảo Luật quy định về biện pháp đình chỉ QĐHC là chưa thật chính xác. Cụ thể, theo điểm a khoản 1 Điều 42 thì biện pháp đình chỉ QĐHC được áp dụng khi “có dấu hiệu cho rằng QĐHC trái pháp luật đòi hỏi phải đình chỉ ngay nhằm ngăn chặn hậu quả trước khi cơ quan có thẩm quyền xem xét, xử lý”. Trong trường hợp này, QĐHC mới chỉ “có dấu hiệu cho rằng trái pháp luật”, còn kết luận quyết định này “có trái pháp luật” hay không là phải trải qua quá trình xem xét cẩn trọng của cơ quan có thẩm quyền. Thế nhưng, khoản 2 Điều 42 Dự thảo Luật lại “vội vã” quy định: “QĐHC bị đình chỉ không còn hiệu lực kể từ ngày quyết định đình chỉ có hiệu lực”. Nếu vậy, trong trường hợp, sau quá trình xem xét, QĐHC bị đình chỉ được kết luận là không trái pháp luật thì hiệu lực pháp lý của quyết định này như thế nào? Rõ ràng, Điều 42 Dự thảo Luật đã không có sự phân biệt giữa biện pháp “tạm đình chỉ” và “đình chỉ”. Theo chúng tôi, trong trường hợp “QĐHC có dấu hiệu trái pháp luật và cần thời gian xem xét, xử lý” thì áp dụng biện pháp “tạm đình chỉ”. Khi áp dụng biện pháp “tạm đình chỉ” thì quyết định đó vẫn còn hiệu lực pháp lý nhưng trên thực tế đang tạm thời ngừng thực hiện quyết định đó để chờ kết luận cuối cùng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền kết luận QĐHC đó trái pháp luật thì mới áp dụng biện pháp “đình chỉ”. Lúc này QĐHC bị đình chỉ sẽ không còn hiệu lực kể từ ngày quyết định đình chỉ có hiệu lực.

Biện pháp sửa đổi QĐHC

Sửa đổi QĐHC là việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền ra một quyết định khác để làm thay đổi tên quyết định hoặc thay đổi

một phần nội dung trong khi vẫn giữ nguyên hiệu lực pháp lý của QĐHC bị sửa đổi. Điểm a khoản 1 Điều 42 Dự thảo Luật quy định áp dụng biện pháp “sửa đổi” trong trường hợp QĐHC có một số “sai sót nhỏ” về nội dung nhưng không làm thay đổi nội dung cơ bản của QĐHC và không ảnh hưởng đến mục đích ban hành QĐHC. Tuy nhiên, Dự thảo Luật không giải thích thế nào là “sai sót nhỏ” và cơ quan nào có thẩm quyền đánh giá đó là “sai sót nhỏ”. Cách sử dụng các tiêu chí “định tính” này làm cho việc áp dụng biện pháp sửa đổi QĐHC trở nên khó khăn, bất cập. Ở khía cạnh tiêu cực, quy định này sẽ dễ bị lợi dụng vào các mục đích bất hợp pháp.

Biện pháp thu hồi QĐHC

Điểm b khoản 1 Điều 43 Dự thảo Luật quy định biện pháp thu hồi QĐHC được áp dụng trong các trường hợp: “nội dung của QĐHC không *hợp lý*, không phù hợp với điều kiện thực tế”.

Chất lượng của một QĐHC được xem xét qua tính hợp pháp và tính hợp lý. Đó là hai tiêu chuẩn đánh giá QĐHC ở hai góc độ khác nhau. Tính hợp pháp trong QĐHC chỉ ra ranh giới giữa hợp pháp và không hợp pháp. Đây là biểu hiện của nguyên tắc thượng tôn pháp luật - một nguyên tắc hiến định. Trong khi tính hợp lý của QĐHC thể hiện tính khả thi và hiệu quả cao nhất về kinh tế, chính trị - xã hội. Vi phạm yêu cầu về tính hợp lý không phải là vi phạm pháp luật. Nói cách khác, một QĐHC có nội dung không hợp lý thì vẫn không phải là QĐHC trái pháp luật. Do đó, không thể áp dụng biện pháp thu hồi QĐHC vì lý do: “nội dung của QĐHC không hợp lý”. Điều này hoàn toàn mâu thuẫn với khoản 2 Điều 41 Dự thảo Luật là: “Tùy theo tính chất, mức độ *trái pháp luật* mà QĐHC có thể bị đình chỉ, sửa đổi, *thu hồi*, bãi bỏ hoặc hủy bỏ”.

Biện pháp bãi bỏ hoặc hủy bỏ QĐHC

Hiện nay, trong nhiều văn bản pháp luật sử dụng thuật ngữ “hủy bỏ” bên cạnh thuật ngữ “bãi bỏ”, nhưng thuật ngữ “hủy bỏ” dùng không nhất quán và không rõ nội hàm xác định, nhiều trường hợp trong cùng một quan hệ khi thì dùng “hủy bỏ”, khi thì “bãi bỏ”. Có quan điểm cho rằng, khác với quyền “bãi bỏ”, quyền “hủy bỏ” có hàm ý là áp dụng đối với các văn bản đã không có hiệu lực từ lúc ban hành¹¹. Nói cách khác, khi “hủy bỏ” là coi như văn bản bị hủy bỏ chưa từng tồn tại, còn khi “bãi bỏ” là văn bản bị bãi bỏ đã từng tồn tại và có hiệu lực. Điều 29 Nghị định số 40/2010/NĐ-CP ngày 12/4/2010 của Chính phủ về kiểm tra và xử lý văn bản quy phạm pháp luật cũng có sự phân biệt và giải thích tương tự. Hiện nay, Dự thảo Luật cũng quy định biện pháp “hủy bỏ” bên cạnh biện pháp “bãi bỏ” nhưng không giải thích cụ thể thế nào là “bãi bỏ” và thế nào là “hủy bỏ”.

Điều 44 Dự thảo Luật quy định biện pháp “bãi bỏ” được áp dụng trong trường hợp QĐHC được ban hành nhưng vi phạm các quy định tại điểm a, d, đ và điểm e khoản 1 Điều 41 Dự thảo Luật. Trong khi đó, theo 45 Dự thảo Luật, biện pháp “hủy bỏ” cũng được áp dụng trong trường hợp QĐHC được ban hành nhưng vi phạm các quy định tại điểm a, d, đ và điểm e khoản 1 Điều 41 Dự thảo Luật. Như vậy, về cơ bản, không có sự phân định cụ thể trường hợp nào thì áp dụng biện pháp “hủy bỏ” và trường hợp nào thì áp dụng biện pháp “bãi bỏ”. Một câu hỏi đặt ra là khi “QĐHC được ban hành không đúng thẩm quyền theo quy định của pháp luật” thì cơ quan có thẩm quyền sẽ áp dụng biện pháp “hủy bỏ” hay “bãi bỏ” vì rằng Dự thảo Luật quy định có thể áp dụng “hủy bỏ” lẫn “bãi bỏ” trong trường hợp này.

Nhằm tạo ra sự khác biệt giữa biện pháp

“hủy bỏ” với “bãi bỏ”, Dự thảo Luật quy định thêm 02 trường hợp trái pháp luật để áp dụng biện pháp “hủy bỏ” mà không tìm thấy trong biện pháp “bãi bỏ” là:

- QĐHC được ban hành do có hành vi gian dối, đe dọa, hối lộ, hoặc do dựa trên thông tin không chính xác dẫn đến sai sót nghiêm trọng về nội dung;

- QĐHC có sự vi phạm nghiêm trọng quy định về trình tự, thủ tục ban hành theo quy định của pháp luật.

Tuy nhiên, theo chúng tôi, trường hợp “QĐHC được ban hành do có hành vi gian dối, đe dọa, hối lộ, hoặc do dựa trên thông tin không chính xác dẫn đến sai sót nghiêm trọng về nội dung” có nội hàm pháp lý tương tự như điểm e khoản 1 Điều 41 Dự thảo Luật. Như vậy, trong trường hợp này hoàn toàn có thể áp dụng chế tài “bãi bỏ” chứ không chỉ áp dụng biện pháp “hủy bỏ”.

Ngoài ra, có một trường hợp chỉ có thể áp dụng chế tài “hủy bỏ” chứ không áp dụng chế tài “bãi bỏ” là khi “QĐHC có sự *vi phạm nghiêm trọng* quy định về trình tự, thủ tục ban hành theo quy định của pháp luật”. Thế nhưng trong Dự thảo Luật không có bất kỳ quy định nào đưa ra căn cứ để xác định đâu là vi phạm nghiêm trọng hay ít nghiêm trọng. Vậy khi gặp những trường hợp này, cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ căn cứ vào đâu để áp dụng biện pháp hủy bỏ QĐHC? Và ai dám khẳng định rằng quy định này sẽ không bị lợi dụng vào các mục đích bất hợp pháp.

Theo chúng tôi, chế tài “hủy bỏ” chỉ nên quy định, nếu là cần, với công thức “phê chuẩn hoặc hủy bỏ” chứ không quy định “hủy bỏ” độc lập với “phê chuẩn”, trong một số quan hệ khi một quyết định muốn có hiệu lực hay có hiệu lực đầy đủ phải cần phê chuẩn, nếu không phê chuẩn tức là bị hủy bỏ, coi nó chưa từng tồn tại và chưa có hiệu lực pháp lý. Như vậy, viết ra hay không viết ra

11 Hoàng Thị Ngân, Văn bản quy phạm pháp luật: hủy bỏ hoặc bãi bỏ, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 6, năm 2005.

thuật ngữ “hủy bỏ” cũng không ảnh hưởng tới nội dung pháp lý của quyền phê chuẩn, bởi quyền phê chuẩn đã bao hàm quyền hủy bỏ văn bản¹². Cũng có trường hợp hủy bỏ áp dụng độc lập, nhưng những trường hợp áp dụng hủy bỏ độc lập hoặc đi kèm quyền phê chuẩn chỉ có rất ít. Tiếp thu quan điểm hợp lý này, Hiến pháp năm 2013 và Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đã bỏ thuật ngữ “hủy bỏ” trong các điều khoản tương ứng. Do đó, nhằm bảo đảm tính thống nhất giữa Hiến pháp năm 2013, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 với Dự thảo Luật, theo chúng tôi, không nên quy định “hủy bỏ” là một biện pháp xử lý QĐHC trái pháp luật trong Dự thảo Luật.

Xin nói thêm, khoản 2 Điều 44 và khoản 2 Điều 45 Dự thảo Luật đều quy định: “Trường hợp QĐHC trái pháp luật do lỗi của cơ quan ban hành QĐHC và đã tạo cho cá nhân, tổ chức được hưởng quyền, lợi ích mà họ không biết QĐHC đó là trái pháp luật, thì quyết định đó không bị bãi bỏ hoặc hủy bỏ, trừ trường hợp vì lý do quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội, sức khỏe của cộng đồng hoặc trường hợp việc thi hành QĐHC có thể gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến lợi ích công cộng”. Theo chúng tôi, đây là một quy định rất tùy tiện và tiềm ẩn nhiều nguy hiểm.

Đơn cử, theo Điều 59 Luật Đất đai năm 2013 thì UBND cấp xã có quyền cho thuê đất thuộc quỹ đất nông nghiệp sử dụng vào mục đích công ích của xã, phường, thị trấn. UBND cấp huyện có quyền quyết định giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất đối với hộ gia đình, cá nhân. UBND cấp huyện không được ủy quyền cho UBND cấp xã đối với việc giao đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất. Theo quy định

này thì UBND cấp xã không có quyền giao đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất trong bất kỳ trường hợp nào. Nếu UBND cấp xã quyết định giao đất cho một cá nhân, tổ chức thông qua một QĐHC thì rõ ràng đây là một QĐHC trái pháp luật. Giả sử QĐHC trái pháp luật này đã tạo cho cá nhân, tổ chức được hưởng quyền, lợi ích mà họ không biết QĐHC đó là trái pháp luật thì quyết định đó không bị bãi bỏ hoặc hủy bỏ - tức là quyết định đó vẫn có hiệu lực pháp luật. Nếu vậy, quy định này vô hình trung đã “phủ định” thẩm quyền về hình thức và nội dung của các chủ thể trong việc ban hành QĐHC. Tiếp theo, một câu hỏi đặt ra là QĐHC trái pháp luật này đã tạo cho cá nhân, tổ chức được hưởng quyền, lợi ích mà họ không biết QĐHC đó là trái pháp luật nhưng QĐHC đó gây bất lợi cho bên thứ ba và bên thứ ba này biết được QĐHC đó là trái pháp luật thì giải quyết thế nào? Trường hợp bên thứ ba này quyết định khiếu nại, khởi kiện và việc giải quyết khiếu nại, khởi kiện là có cơ sở thì “số phận” của QĐHC trái pháp luật này sẽ ra sao?

Trong khoa học pháp lý, nếu một QĐHC được ban hành nhưng không đáp ứng yêu cầu hợp pháp thì để bảo đảm quyền và lợi ích của công dân, tổ chức, lợi ích của Nhà nước, ngoài việc áp dụng các biện pháp đình chỉ, bãi bỏ thì nhất thiết phải áp dụng biện pháp khôi phục lại tình trạng cũ do việc thực hiện quyết định trái pháp luật gây ra. Đó có thể là các biện pháp cụ thể như bồi thường thiệt hại về vật chất hay về tinh thần cho những đối tượng liên quan bị thiệt hại từ quyết định đó như quyết định về giải tỏa, đền bù, giá cả, thuế, tài chính... Nghị quyết Đại hội đại biểu lần thứ X của Đảng Cộng sản Việt Nam cũng đã chỉ rõ: “Các cơ quan có thẩm quyền phải đền bù thích đáng cho công dân và doanh nghiệp về những thiệt hại cả về danh dự và

12 Nguyễn Cửu Việt, Các yếu tố cấu thành thẩm quyền và tính hệ thống của thẩm quyền, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 9 năm 2005.

vật chất do những quyết định trái pháp luật gây ra”¹³. Do đó, về nguyên tắc, cơ quan ban hành văn bản sai, gây hậu quả thì phải khôi phục lại¹⁴. Nếu gây thiệt hại cho người dân thì phải bồi thường. Đây là trách nhiệm của cơ quan nhà nước trước công dân và người dân có quyền khiếu nại, khởi kiện. Do đó, nhằm đảm bảo tính hợp pháp của QĐHC, đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức, Dự thảo Luật cần loại bỏ điều khoản “Trường hợp QĐHC trái pháp luật do lỗi của cơ quan ban hành QĐHC và đã tạo cho cá nhân, tổ chức được hưởng quyền, lợi ích mà họ không biết QĐHC đó là trái pháp luật, thì quyết định đó không bị bãi bỏ hoặc hủy bỏ”.

Biện pháp đính chính QĐHC

Như đã trình bày, khoản 1 Điều 41 Dự thảo Luật quy định về những trường hợp QĐHC được xem là trái pháp luật. Vấn đề có tính thực tiễn quan trọng là áp dụng biện pháp xử lý nào đối với các QĐHC trái pháp luật. Theo đó, nếu các QĐHC vi phạm các yêu cầu tại điểm a, d, đ và điểm e khoản 1 Điều 41 thì có thể bị bãi bỏ. QĐHC vi phạm các yêu cầu tại điểm a, c, d, đ và điểm e khoản 1 Điều 41 thì có thể bị hủy bỏ. Tuy nhiên, QĐHC vi phạm yêu cầu tại điểm b khoản 1 Điều 41 “không đúng hình thức theo quy định của pháp luật” sẽ bị áp dụng biện pháp nào thì không được quy định trong Dự thảo Luật. Trong khi đó, theo khoản 1 Điều 38 Dự thảo Luật thì biện pháp đính chính QĐHC được thực hiện khi “có sai sót về *thể thức*, kỹ thuật trình bày và các vấn đề có tính kỹ thuật khác”. “Sai sót về *thể thức*” được nêu tại khoản 1 Điều 38 Dự thảo Luật có

phải là “không đúng *hình thức*” được nêu tại điểm b khoản 1 Điều 41 Dự thảo Luật hay không? Nếu “phải” thì dường như Dự thảo Luật đã không có sự nhất quán, vì rằng biện pháp đính chính không áp dụng đối với QĐHC trái pháp luật, trong khi đó, “không đúng hình thức” là một tiêu chí để xác định QĐHC trái pháp luật. Ngược lại, nếu câu trả lời là “không” thì “sai sót về *thể thức*” với “không đúng *hình thức*” khác nhau như thế nào và “không đúng *hình thức*” thì sẽ áp dụng biện pháp xử lý như thế nào?

Theo Từ điển tiếng Việt, “đính” là sửa lại, còn “chính” là đúng. Khi ghép lại thì “đính chính” có nghĩa là “sửa lại cho đúng”¹⁵. Bản chất của “đính chính” chính là việc sửa đổi một hay một số điều, khoản của văn bản đã tồn tại trước đó. Như vậy, “đính chính” dù hiểu dưới bất kỳ nghĩa nào cũng là “sửa đổi”. Do đó, việc Dự thảo Luật phân chia ra thành những “sai sót về *thể thức*, kỹ thuật trình bày và các vấn đề có tính kỹ thuật khác” để “đính chính” và “sai sót nhỏ về nội dung” để “sửa đổi” là không có cơ sở. Phải chăng, so với sai phạm về mặt nội dung thì sai phạm về thể thức, kỹ thuật trình bày không phải là sai phạm lớn, nên có thể tùy tiện “đính chính”. Vậy, vai trò của cơ quan soạn thảo, vai trò của cơ quan kiểm tra tính pháp lý đối với dự thảo QĐHC... ở đâu mà để xảy ra sai sót về căn cứ pháp lý được viện dẫn, thể thức, kỹ thuật trình bày?¹⁶ Theo chúng tôi, cần xem xét lại biện pháp “đính chính” trong Dự thảo Luật. Nếu thừa nhận biện pháp “đính chính” trong Dự thảo Luật thì cần có những tiêu chí cụ thể nhằm phân định rõ ràng giữa “đính chính” QĐHC với “sửa đổi” QĐHC ■

13 Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2006, tr. 131.

14 Trích phát biểu của Nguyên Bộ trưởng Bộ Tư pháp Ông Chu Lưu trên Việt báo.Vn, Bộ Tư pháp yêu cầu Hà Nội bỏ quy định tạm giữ xe máy, thứ ba, ngày 24/11/2006 và phát biểu của Cục trưởng Cục Kiểm tra văn bản quy phạm pháp luật Lê Hồng Sơn trên Vnexpress, Hà Nội tạm dừng đăng ký xe máy là cách lách luật, thứ bảy, ngày 26/11/2005.

15 Nguyễn Lân, Từ điển Từ và Ngữ Việt Nam, Nxb. Tổng hợp Tp. Hồ Chí Minh, 2010, tr. 638; Viện Ngôn ngữ học, Từ điển tiếng Việt phổ thông, Nxb. Phương Đông, Hà Nội, 2009, tr. 290.

16 Cao Vũ Minh, Đính chính văn bản quy phạm pháp luật - Biện pháp xử lý khiếm khuyết hay sự lạm quyền?, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 12, năm 2012.

KIẾN NGHỊ CÁC GIẢI PHÁP CHO VẤN ĐỀ THỦY ĐIỆN DÒNG CHÍNH KHU VỰC HẠ LƯU SÔNG MÊ CÔNG

NGUYỄN ANH PHƯƠNG*

Dự án “Nghiên cứu tác động của các công trình thủy điện trên dòng chính sông Mê Công” do Chính phủ Việt Nam khởi xướng, đang trong quá trình tham vấn Báo cáo đánh giá tác động¹ và chưa có kết luận chính thức². Tuy nhiên, cho đến nay đã có nhiều nghiên cứu khác, khẳng định: phát triển thủy điện trên dòng chính ở khu vực hạ lưu sông Mê Công (the Lower Mekong Basin - LMB) là một trong những thách thức lớn đối với vấn đề môi trường nan giải ở châu Á³.

Trong khi đó, việc Lào quyết định xây dựng thủy điện Don Sahong⁴ bất chấp những

phản đối, lo ngại từ phía Việt Nam, Campuchia và Thái Lan về tác động tiêu cực⁵, đã tạo thêm một tiền lệ về “việc đã rồi” trong thủ tục triển khai các dự án thủy điện còn lại trên dòng chính ở khu vực LMB⁶. Cách triển khai xây dựng thủy điện của Lào dẫn tới câu hỏi về (1) chiến lược giải quyết bất đồng liên quan đến dự án thủy điện Don Sahong; và (2) giải pháp chính sách cơ bản dài hạn để đạt mục tiêu tăng trưởng kinh tế (TTKT) và phát triển bền vững (PTBV) trong khu vực.

Chúng tôi đề xuất phương án chính sách trong vấn đề quản lý nguồn nước xuyên biên giới, mà Quốc hội Việt Nam nên quan tâm

* **Viện Nghiên cứu Lập pháp.**

- 1 Dự kiến hoàn thành trong tháng 12/2015. Xem: Nghiên cứu tác động của các công trình thủy điện trên dòng chính sông Mê Công đạt mốc quan trọng thứ 3: Báo cáo đánh giá tác động. Link: <http://www.vnmc.gov.vn/newsdetail/418/nghien-cuu-tac-ong-cua-cac-cong-trinh-thuy-ien-tren-dong-chinh-song-me-cong-at-moc-quan-trong-thu-3-bao-cao-anh-gia-tac-ong.aspx>, truy cập ngày 6/11/2015.
- 2 Mặc dù vậy, đã có những lo ngại về một số kết luận nghiên cứu ban đầu của dự án này vì cho rằng: “Tác động của 11 đập thủy điện trên sông Mê Công lên đồng bằng sông Cửu Long là không đáng kể”. Theo GS.TSKH Nguyễn Ngọc Trân, thì các kết luận này là “vô cùng nguy hiểm vì nó liên quan đến môi trường, sản xuất nông nghiệp và thủy sản, đời sống của gần 18 triệu người dân ở đồng bằng” sông Cửu Long của Việt Nam. Xem: Một kết luận nguy hiểm về những con đập trên sông MeKong, <http://tuoitre.vn/tin/ban-doc/20151031/mot-ket-luan-nguy-hiem-ve-nhung-con-dap-tren-song-mekong/994279.html>, truy cập ngày 6/11/2015.
- 3 Ví dụ, xem: Howes, S & Wyrwoll, P (2012), ‘Asia’s environmental problems: common features and possible solutions’, in Zhang, Y, Kimura, F & Oum, S (eds.), *Moving toward a new development model for East Asia - the role of domestic policy and regional cooperation*, ERIA, Jakarta, pp. 55-120.
- 4 Lào ‘quyết’ thủy điện Don Sahong: Việt Nam không bỏ cuộc, <http://baodatviet.vn/khoa-hoc/quan-diem/lao-quyet-thuy-dien-don-sahong-viet-nam-khong-bo-cuoc-3285135/>, truy cập ngày 6/11/2015.
- 5 Rất nhiều nghiên cứu dự báo tác động tiêu cực có thể xảy ra, đặc biệt đối với ngư nghiệp. Việt Nam được xem là nước chịu ảnh hưởng nặng nề nhất trong tất cả các kịch bản. Xem: ICEM, 2010, *MRC Strategic Environmental Assessment (SEA) of hydropower on the Mekong mainstream*, Hanoi, Viet Nam.
- 6 Có 11 dự án xây dựng đập thủy điện trên dòng chính khu vực LMB. Trước đó, Lào cũng đã triển khai xây dựng thủy điện Xayaburi, bất chấp những phản đối từ các nước còn lại.

giám sát trong phạm vi thẩm quyền, xuất phát từ vai trò quan trọng của khu vực đồng bằng sông Cửu Long đối với sự ổn định và phát triển kinh tế - xã hội nước ta. Liên quan đến thủy điện Don Sahong, mặc dù Quốc hội Lào đã quyết định thông qua dự án, Việt Nam cũng như các quốc gia trong vùng vẫn nên kiên trì theo đuổi chính sách tác động để Lào tạm dừng triển khai việc xây dựng thủy điện này, nhằm tạo điều kiện cho việc tiếp tục nghiên cứu kỹ càng các tác động xuyên biên giới của nó và đưa ra những khuyến nghị hợp lý. Đối với giải pháp cơ bản dài hạn, các nước khu vực LMB nên tiến tới ký kết một Hiệp định mới, thay thế cho Hiệp định về hợp tác PTBV lưu vực sông Mê Công (Hiệp định 1995)⁷, trong đó thống nhất chiến lược phát triển thủy điện; nâng cao vai trò của Ủy hội sông Mê Công (the Mekong River Commission - MRC); và thành lập Quỹ phát triển Mê Công (Mekong Development Fund). Ngoài ra, MRC nên tăng cường hợp tác với Trung Quốc, quốc gia cũng đã, đang phát triển hàng loạt đập thủy điện ở thượng nguồn sông Mê Công.

Những thách thức chính trong khu vực LMB

Vấn đề “nan giải”⁸

Vấn đề môi trường và quản lý nguồn nước sông Mê Công ở khu vực LMB được xem là rất nan giải, bởi các lý do chính sau: *Trước tiên*, phương pháp tiếp cận, định nghĩa vấn đề môi trường, bảo vệ môi trường, vai trò của thủy điện trong TTKT và PTBV là rất khác nhau giữa các quốc gia, do sự khác nhau trong các tiêu chí đánh giá, ví dụ như

đánh giá chi phí - lợi ích riêng lẻ ở mỗi quốc gia, cũng như toàn khu vực. *Thứ hai*, các bên tham gia trong khu vực là rất đa dạng và phụ thuộc lẫn nhau: gồm có bốn quốc gia là Việt Nam, Lào, Campuchia, Thái Lan, cùng các nhà tài trợ, tổ chức quốc tế, và liên quan chặt chẽ đến Trung Quốc. Mỗi quan hệ song phương và đa phương giữa các quốc gia là rất phức tạp, do yếu tố lịch sử, chính trị, hoặc xuất phát từ nhu cầu đảm bảo an ninh năng lượng cho TTKT trong tương lai. Bên cạnh đó, còn có sự lo ngại về vai trò mờ nhạt của MRC trong vấn đề phát triển thủy điện trên dòng chính. *Thứ ba*, rất khó để tìm ra giải pháp thỏa đáng và không có giải pháp đơn giản dễ dàng. Đây là lý do đòi hỏi trước hết cần nghiên cứu đánh giá tác động môi trường một cách khách quan, toàn diện với sự tham gia của các bên liên quan, cũng như các tổ chức, nhà nghiên cứu, tham vấn, giám sát, phản biện độc lập, nhằm đạt được một phương án hoà bình và ổn định, tránh những rủi ro, xung đột vượt ra ngoài tầm kiểm soát⁹.

Một trong những vướng mắc chính ở khu vực LMB là sự mâu thuẫn lợi ích giữa các quốc gia trong việc khai thác hàng hoá công cộng quốc tế (international public goods), mà ở đây là quản lý, khai thác nguồn nước xuyên quốc gia từ sông Mê Công. Trong đó, thúc đẩy tăng trưởng và giảm nghèo được coi là hai mục tiêu cơ bản, lý do chính giải thích cho nhu cầu phát triển thủy điện¹⁰, đặc biệt đối với Lào. Và Lào chính là nước được hưởng lợi nhiều nhất¹¹ trong tất cả các kịch bản TTKT không bền vững (economic non sustainability)¹² - hệ quả có thể xảy ra nếu

7 MRC 1995, *Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin*.

8 Tiếng Anh: “wicked problems”. Xem chú thích 3: Howes & Wyrwoll 2012.

9 Cronin, R (2013), ‘Hydropower dams on the Mekong: old dreams, new dangers’, *Asia Policy*, no. 16, pp. 32-38.

10 Richter, B, Postel, S, Revenga, C, Scudder, T, Lehner, B, Churchill, A & Chow, M (2010), ‘Lost in development’s shadow: The downstream human consequences of dams’, *Water Alternatives*, vol. 3, no. 2, pp. 14-42.

11 ICEM, (2010), *MRC Strategic Environmental Assessment (SEA) of hydropower on the Mekong mainstream, Hanoi, Viet Nam*.

12 Stiglitz, J, Sen, A & Fitoussi, JP (2009), *Report by the Commission on the measurement of economic performance and social progress, Ch 3, ‘Sustainable development and the environment’*.

phát triển ô nhiễm thủy điện trên dòng chính. Trong khi đó, các nước còn lại chịu nhiều tác động tiêu cực, mà Việt Nam được coi là gánh chịu thiệt hại lớn nhất¹³. Mặc dù vậy, việc lượng hoá các thiệt hại một cách cụ thể là rất khó khăn. Công cụ phân tích chi phí lợi ích rất khó để áp dụng tính toán một cách hiệu quả¹⁴, cũng như để làm căn cứ trong việc tìm kiếm chính sách thương lượng thỏa đáng giữa các bên liên quan. Ví dụ, rất khó lượng hoá hết các chi phí, rủi ro từ việc thay đổi sinh kế, các lợi ích của nhóm ngư dân và các nhóm dân cư sinh sống phụ thuộc vào khu vực LMB, đặc biệt đối với vùng châu thổ sông Cửu Long ở Việt Nam¹⁵; hoặc những vấn đề tiềm ẩn, như động đất do hệ quả xây dựng hàng loạt đập thủy điện trên dòng chính, trải dài từ thượng nguồn tới hạ nguồn¹⁶. Do đó, để giảm nhẹ các thiệt hại có thể xảy ra, cách tiếp cận hợp lý về vấn đề quản lý nguồn nước xuyên biên giới cần vượt lên trên các lợi ích quốc gia (national interests) riêng lẻ¹⁷.

“Trò chơi” phức tạp về quản lý nguồn nước xuyên biên giới

Sự khác biệt về thể chế chính trị, những mâu thuẫn giữa lợi ích khu vực tư nhân và lợi ích quốc gia làm cho vấn đề quản lý nguồn nước xuyên biên giới ở khu vực LMB giống như một “trò chơi”¹⁸ phức tạp, phụ

thuộc nhiều vào thiện chí hợp tác của các quốc gia.

Xét từ góc độ địa chính trị, thủy điện không chỉ là một động lực cho TTKT, hay là vấn đề đánh đổi lợi ích giữa TTKT với bảo vệ môi trường bền vững. Nó đồng thời có thể là một thứ “vũ khí ngoại giao”, dùng để xác định lại vai trò, ảnh hưởng chính trị giữa các quốc gia trong vùng. Các quốc gia như Lào cần được nhận thức như một nước có tầm quan trọng hơn, nhất là từ triển vọng trở thành một nhà cung ứng điện năng cho cả khu vực. Do đó, vấn đề lợi ích quốc gia và chủ quyền quốc gia trong việc đơn phương quyết định xây dựng thủy điện có thể được đặt lên trên vấn đề trách nhiệm sử dụng hiệu quả nguồn nước liên quốc gia, như là một hàng hoá công cộng quốc tế. Tuy nhiên, nếu một quốc gia theo đuổi *trò chơi bất hợp tác*, coi trọng lợi ích của mình mà xem nhẹ thiệt hại của các nước liên quan trong vùng để đánh đổi tăng trưởng, có thể dẫn tới sự trả đũa, “ăn miếng trả miếng” (tit for tat)¹⁹ bởi các quốc gia này. Điều đó dẫn đến tổng thiệt hại của trò chơi bất hợp tác - nếu diễn ra - có thể vượt quá những lợi ích chung đem lại²⁰.

Trò chơi này cũng bao hàm các biến số không chắc chắn. Vấn đề môi trường thường bị chi phối bởi sự phân tán giữa vấn đề lợi ích riêng và các chi phí xã hội²¹. Với những

13 Costanza, R, Kubiszewski, I, Paquet, P, King, J, Halimi, S, Sanguanngoi, H, Bach, N, Frankel, R, Ganaseeni, J, Intralawan, A & Morell, D (2011), 'Planing approaches for water resources development in the Lower Mekong Basin', AECOM, Los Angeles. Xem thêm chú thích 11: ICEM, (2010).

14 Cernea, M (2000), 'Risks, safeguards and reconstruction: a model for population displacement and resettlement', *Economic and Political Weekly*, vol. 35, no. 41, pp. 3659-3678.

15 Douglass, M (2011), 'Cross-border water governance in Asia', in *Cross-border governance in Asia: Regional issues and mechanisms*, Ed. by Cheema, G, McNally, CA & Popovski, V, United Nations University.

16 Pailoplee, S (2014), 'Earthquake hazard of dams along the Mekong mainstream', *Nat Hazards*, no. 74, pp. 1813 - 1827.

17 Hirsch & Jensen (2006), *National interests and transboundary water governance in the Mekong*.

18 Có thể xem thêm các nghiên cứu liên quan đến "Lý thuyết trò chơi". Trong bài viết này, chúng tôi chỉ bàn ở mức độ đơn giản, ứng dụng lý thuyết này vào tình huống thực tiễn của bài viết. Xem thêm: Don, R (2014), 'Game Theory', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.).

19 Như trên.

20 Howes, S (2015), 'International environmental problems and solutions', Australian National University.

21 Howes, S (2015), 'Decision making for complex environmental problems', Australian National University.

ràng buộc lịch sử và sự khác biệt về thể chế chính trị²², cũng như tình trạng tham nhũng cao ở một số quốc gia trong vùng hiện nay²³, việc xây dựng các nhà máy thủy điện sẽ trở nên phức tạp nếu bị chi phối bởi ý chí chính trị hoặc tham nhũng²⁴. Bởi vì, trên lý thuyết, tham nhũng nếu có trong việc đầu tư, triển khai dự án thủy điện có thể làm thay đổi cuộc chơi hợp tác giữa các nước. Nó có thể “nguy trang” dưới vỏ bọc lợi ích quốc gia, từ đó, dẫn tới các quyết định phát triển thủy điện bất chấp các vấn đề môi trường tiềm ẩn, và bỏ qua tất cả nỗ lực thương lượng hợp tác trong khu vực. Do đó, cung cấp thông tin minh bạch, đúng thủ tục tham vấn quốc tế trong việc triển khai dự án là yêu cầu quan trọng để một quốc gia theo đuổi chính sách phát triển thủy điện có thể giảm thiểu tác động tiêu cực từ những biến số này.

Các cách tiếp cận về kỹ thuật công nghệ, vấn đề TTKT hay môi trường sinh thái mà không xem xét đến nhân tố chính trị và cơ chế hợp tác xuyên vùng sẽ khó có được một giải pháp thoả đáng. Bởi lẽ, xét riêng khu vực LMB, Lào đóng vai trò như là một quốc gia ở vùng thượng nguồn, và mong muốn biến vị thế tiềm năng này thành sức mạnh kinh tế, chính trị. Vấn đề quản lý nguồn nước xuyên quốc gia có thể vận dụng như là mối quan hệ không cân bằng quyền lực và thiếu sự hợp tác, chia sẻ thông tin giữa các nước thượng nguồn và hạ nguồn (upstream and

downstream countries)²⁵. Do đó, vấn đề phức tạp không chỉ ở việc nhận thức khác nhau về vai trò của thủy điện trong chiến lược tăng trưởng và PTBV phù hợp cho một quốc gia, mà còn là sự thiếu ý chí, quyết tâm chính trị để cùng hợp tác, nhằm tìm cách giải quyết thoả đáng nhất²⁶. Vì vậy, trò chơi hợp tác này đòi hỏi một cách tiếp cận bền vững, một cơ chế chính thức hài hoà lợi ích các bên, mà hiện nay đang thiếu.

Giải quyết bất đồng về thủy điện Don Sahong

Thách thức Hiệp định 1995

Việc khởi công thủy điện Don Sahong là một thách thức nghiêm trọng đến thoả thuận Mê Công, cũng như vai trò của MRC. Hiệp định 1995 là một điều ước quốc tế có tính pháp lý, theo Điều 12 và tinh thần chung của Công ước Viên 1969²⁷. Tuy nhiên, Hiệp định 1995 là một điều ước yếu, vì không có các điều khoản mang tính cưỡng chế trong điều kiện một quốc gia không hợp tác. Trên thực tế, mỗi chính phủ không có quyền phủ quyết việc xây dựng thủy điện của Lào. Mặc dù vậy, theo Hiệp định 1995 thì Lào nên thực hiện việc tham vấn trước (Điều 5, 26); dừng các tác động có hại (Điều 7); và nên tuân thủ quy trình *thông báo, tham vấn trước và thoả thuận* (PNPCA)²⁸. Tuy vậy, Lào đã không thực hiện đầy đủ và theo đúng trình tự các bước này ngay từ đầu. Do đó, từ việc xây dựng thủy điện Xayaburi²⁹ cho đến Don

22 Yu, X (2003), 'Regional cooperation and energy development in the Greater Mekong Sub-region', *Energy Policy*, no. 31, pp. 1221-1234.

23 Việc đánh giá dựa trên một số nghiên cứu, và chủ yếu là báo cáo của Tổ chức Minh bạch quốc tế: *Transparency International 2014, Transparency Corruption Perceptions Index*.

24 Xem thêm lo ngại về vấn đề tham nhũng trong bài viết: *Đập trên hạ lưu sông Mê Công: Cuộc khủng hoảng nước xuyên biên giới*. Link: <https://www.internationalrivers.org>, truy cập ngày 6/11/2015.

25 Finger, M, Tamiotti, L & Allouche, J (2006), *The multi-governance of water: four case studies*, State University of New York Press.

26 Xem chú thích 17: Hirsch & Jensen, (2006).

27 Vienna Convention on the law of treaties, 23/5/1969. Xem: [https://treaties.un.org/doc/ Publication/UNTS/ Vol-ume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Vol-ume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf).

28 MRC 2003, *The Procedures for notification, prior consultation and agreement*.

29 Xem chú thích 6.

Sahong cho thấy, Lào đã đơn phương vi phạm thoả thuận Hiệp định 1995³⁰, cũng như chưa tôn trọng vai trò của MRC và các nước liên quan theo tinh thần thiện chí (good faith) trong đàm phán, ký kết điều ước quốc tế. Vì thế, triển khai dự án thủy điện Don Sahong không chỉ đem đến những tranh cãi về thủ tục thực hiện, hệ quả tác động môi trường, mà còn có thể làm giảm uy tín quốc gia của Lào trong mối quan hệ khu vực và quốc tế.

Nên hoãn xây dựng thủy điện Don Sahong

Hiện tại, Lào đang đẩy nhanh quá trình xây dựng thủy điện Don Sahong³¹, và chưa có lý do hay bằng chứng nào cho thấy Lào sẽ dừng (hoặc tạm dừng) công việc này. Mặc dù vậy, Lào vẫn nên xem xét khả năng điều chỉnh kế hoạch xây dựng thủy điện, trước khi sự thiếu hợp tác này có thể mang đến những phản ứng, tác động tiêu cực³². Trên thực tế, rất khó để yêu cầu Lào dừng việc xây dựng chỉ với các lời khuyến nghị về tác động môi trường, ngay cả khi Dự án nghiên cứu đánh giá tác động - mà Việt Nam tích cực tham gia (đã nói ở trên) - kịp hoàn thành cuối năm 2015. Do đó, một trong những yếu tố cần thiết phải có là chính thức đạt được các thoả thuận hợp tác đa phương mới, hiệu quả hơn. Trong đó phải có những nhượng bộ, chia sẻ lợi ích của các bên, giữa phía theo đuổi việc xây dựng thủy điện và phía đề nghị hoãn. Thêm vào đó, dưới áp lực của các nhà tài trợ quốc tế và cộng đồng dân cư bị tác động trực tiếp và gián tiếp, cũng như các kênh ngoại giao chính phủ, hay vấn đề uy tín quốc gia,

Chính phủ Lào vẫn cần xem xét vấn đề phát triển thủy điện trong cách tiếp cận quản lý nguồn nước với tính chất hàng hoá công cộng quốc tế, trên cơ sở này, đồng ý hợp tác tìm kiếm các phương án thay thế trong dài hạn.

Do vậy, trong ngắn hạn, Campuchia, Thái Lan và đặc biệt là Việt Nam vẫn nên kiên trì theo đuổi chính sách đàm phán, thương lượng và tác động đa chiều, với mục tiêu để Lào hoãn việc thực hiện dự án thủy điện này, ít nhất khoảng 3 đến 5 năm. Thời gian này là một quãng nghỉ cần thiết để chờ đợi có thêm những nghiên cứu toàn diện về tác động môi trường, cũng như những cân nhắc đánh đổi lợi ích. Đây là một phương án tiếp cận linh hoạt, chờ đợi cho đến khi các tác động tích cực và tiêu cực được chứng minh rõ ràng và thuyết phục hơn³³, hoặc các tiến bộ kỹ thuật công nghệ mới có thể phát triển và được áp dụng trong xây dựng thủy điện³⁴. Ngoài ra, đây chính là khoảng thời gian để tìm kiếm một cơ chế và thủ tục mới cho sự hợp tác toàn diện tiểu vùng sông Mê Công.

Riêng đối với Việt Nam, trong thời gian tới, do tính chất quan trọng của khu vực đồng bằng sông Cửu Long, cũng như những ảnh hưởng tiêu cực có thể tác động đến hàng triệu người dân ở đây, Quốc hội và các Ủy ban của Quốc hội cần có các chương trình giám sát cụ thể để đảm bảo thực thi chính sách nhất quán của Việt Nam liên quan đến quản lý nguồn nước khu vực LMB³⁵. Hơn nữa, đây cũng là sự cam kết bởi cơ quan dân

30 Xem phân tích của Herbertson, K (2013), 'Xayaburi Dam: How Laos Violated the 1995 Mekong Agreement', *International Rivers*.

31 Laos ignores dam flak, link: <http://www.bangkokpost.com/opinion/opinion/753836/laos-ignores-dam-flak>.

32 Sandler, T (1997), *Global challenges: An approach to environmental, political, and economic problems*, Cambridge University Press. Xem thêm chú thích 18: Don (2014).

33 Howes, S & Dobes, L (2010), *Climate change and fiscal policy: a report for APEC*, World Bank.

34 Neumayer, E (1998), 'Is economic growth the environment's best friend?' *Journal of Environmental Law and Policy*, pp. 161-176.

35 Chúng tôi đồng tình với quan điểm của GS.TS Nguyễn Ngọc Trân cho rằng, Ủy ban sông Mê Công Việt Nam, Bộ Tài nguyên và Môi trường cần trình dự án nghiên cứu trước Ủy ban Khoa học, công nghệ và môi trường của Quốc hội, và các Ủy ban liên quan, để đảm bảo sự nhất quán trong thực thi chính sách quốc gia. Xem chú thích 2.

cử xem xét và bảo vệ lợi ích chính đáng của người dân vùng chịu tác động ở đồng bằng sông Cửu Long. Điều này cũng phù hợp với việc MRC nên có cơ chế khuyến khích sự tham gia của các nhà khoa học và tham vấn người dân chịu tác động trong vùng hạ lưu trong quá trình ra quyết định.

Khuyến nghị phát triển thủy điện bền vững

Để giải quyết vấn đề nan giải, đòi hỏi phải có chính sách kết hợp linh hoạt nhằm đạt tới tình huống cùng thắng cho các bên. Trong đó, chúng tôi cho rằng, nội dung chiến lược mà Việt Nam nên kiên trì theo đuổi và tác động để đạt được là: Thứ nhất, trong ngắn hạn, các quốc gia không triển khai tất cả các dự án thủy điện còn lại trên dòng chính khu vực LMB; Thứ hai, với cách tiếp cận chính trị³⁶, nên có một thể chế mới ở tầm khu vực, làm cơ sở ràng buộc trách nhiệm cho quá trình ra quyết định³⁷.

Những tiền đề cần thiết

Trong vấn đề thủy điện khu vực LMB, việc quá nhấn mạnh chủ quyền quốc gia thể hiện ở quyền tự quyết định thực hiện dự án thủy điện dòng chính, nếu song hành với quản lý nhà nước yếu kém có thể dẫn tới sự sụp đổ của các giải pháp thương lượng khác. Bởi vì, các nước trong khu vực vẫn còn nhấn mạnh rất nhiều vào vấn đề lợi ích quốc gia riêng rẽ, hơn là lợi ích liên quốc gia³⁸ và cho một tầm nhìn dài hạn. Trong khi điều cần thiết là xem xét lợi ích tổng thể hơn là các lợi ích nhóm như phía các chủ đầu tư dự án thủy điện. Rất khó để chỉ ra mối liên hệ giữa việc

xây dựng thủy điện và tham nhũng, cũng như các động lực chính trị sau nó. Trong khi đó, các quốc gia lại có thể giải thích việc xây dựng thủy điện vì lý do TTKT và an ninh năng lượng. Do vậy, Chính phủ Lào càng cần có những hành động công khai, minh bạch để tránh những vấn đề tiêu cực có thể xảy ra. Ngược lại, trong khi kêu gọi Lào tạm dừng các dự án thủy điện, các quốc gia khác cũng cần thể hiện rõ, nhất quán lập trường của mình đối với vấn đề phát triển thủy điện để phá vỡ những nghi ngại giữa các bên liên quan. Ví dụ, Campuchia cần giải thích thỏa đáng về dự án xây dựng thủy điện trên dòng chính ở nước này; hay việc các chủ đầu tư Việt Nam tham gia đầu tư một số dự án thủy điện tại Lào; cũng như Thái Lan và Việt Nam được xem là những nước mua điện chủ yếu từ các dự án thủy điện khu vực LMB.

Cùng với đó, việc kết hợp linh hoạt giữa các phương pháp tiếp cận chính sách định hướng quốc gia, tiếp cận tham dự, tiếp cận từ dưới lên là phù hợp³⁹. Bởi vì những phương pháp này tạo điều kiện cho các bộ phận cư dân chịu tác động từ các dự án xây dựng thủy điện có cơ hội tham gia bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng, hướng tới sự cân bằng giữa lợi ích cộng đồng, lợi ích quốc gia và lợi ích khu vực, như là những điều kiện cần thiết hình thành giải pháp hợp tác tích cực. Từ góc độ này, về phía Việt Nam, bên cạnh những nỗ lực của Ủy ban sông Mê Công Việt Nam và Bộ Tài nguyên và Môi trường thì Quốc hội và các Ủy ban của Quốc hội cần thiết có sự tham gia chủ động, tích cực hơn nữa.

36 Bach H, Glennie P, Taylor R, Clausen TJ, Holzwarth F, Jensen KM, Meija A & Schmeier, S (2014), 'Cooperation for water, energy and food security in transboundary basins under changing climate', Mekong River Commission, Laos PDR.

37 Việt Nam đã tham gia Công ước về Luật Sử dụng các nguồn nước liên quốc gia cho các mục đích phi giao thông thủy (UNWC/1997), có hiệu lực kể từ ngày 17/8/2014. Tuy nhiên, các nước trong khu vực LMB và Trung Quốc đều chưa tham gia Công ước này. Chúng tôi cho rằng, trong khi chưa biết khi nào các nước liên quan mới sẵn sàng tham gia Công ước, thì tìm kiếm một Hiệp định khu vực, có tham khảo những điều khoản hợp lý từ Công ước, cùng với các điều kiện thỏa thuận trực tiếp, hài hòa được lợi ích giữa các nước là chiến lược cần thiết hiện nay, nhất là đối với Việt Nam, bên cạnh việc kêu gọi các quốc gia thượng nguồn và hạ nguồn sông Mê Công tham gia UNWC.

38 Xem chú thích 17: Hirsch & Jensen (2006).

39 Xem chú thích 25: Finger et al. (2006).

Hiệp định hợp tác mới: giải pháp quan trọng

Một Hiệp định chính thức được ký kết bởi các quốc gia trong khu vực vẫn là công cụ hiệu quả để đạt tới giải pháp hoà bình cho những tranh chấp liên quan đến quản lý nguồn nước. Tuy nhiên, sẽ không thực tế, bất khả thi nếu tìm kiếm những thoả thuận mới trong đó đòi hỏi công nhận quyền phủ quyết của các nước thành viên trong việc sử dụng nguồn nước, hoặc cải cách MRC thành một tổ chức siêu nhà nước trong khu vực, có quyền lực thực thi các ràng buộc pháp lý. Trên thực tế, cho đến nay, trên thế giới cũng không có một cơ quan thực thi pháp luật xuyên quốc gia (transnational law enforcement agency) nào đối với một khu vực hạ lưu của các con sông chảy qua nhiều nước⁴⁰.

Vì thế, theo chúng tôi, giải pháp có thể chấp nhận là thương lượng, nhượng bộ lợi ích của mỗi quốc gia nhằm đạt tới lợi ích chung trong vùng, thông qua cơ chế giám sát, chia sẻ thông tin và hợp tác đối thoại. Nhằm tránh những diễn giải khác nhau có nguy cơ dẫn tới sự đổ vỡ Hiệp định 1995, như việc Lào đơn phương xây dựng thủy điện Xayaburi và Don Sahong, các nước khu vực LMB nên thúc đẩy tiến tới ký kết một Hiệp định mới, thay thế cho Hiệp định 1995.

Trên tinh thần này, các thoả thuận trong Hiệp định mới cần đáp ứng được các yêu cầu sau:

Thứ nhất, đạt được sự đồng thuận trong việc không triển khai tất cả các dự án thủy điện còn lại trên dòng chính LMB, trong khoảng thời gian ít nhất từ 7 đến 10 năm, sau khi các nước có được giải pháp thoả đáng đối với vấn đề thủy điện Don Sahong hiện nay. Sau khoảng thời gian đó, chỉ những dự án thủy điện dòng chính nào đáp ứng được các thủ tục PNPCA, với các tiêu chí về yêu cầu

kỹ thuật, đánh giá tác động môi trường v.v.. mới có thể được xây dựng; và không được phép xây dựng nhiều hơn một dự án đập thủy điện trong cùng thời gian. Dự án thủy điện tiếp theo, nếu có, phải chậm hơn so với thời điểm hoàn thành thủy điện trước đó, ít nhất 5 năm, để đánh giá toàn diện các tác động trong thời gian hoạt động đối với toàn khu vực, cũng như bổ sung thông tin dữ liệu đánh giá tổng hợp toàn bộ các dự án thủy điện đã được xây dựng.

Thứ hai, MRC vẫn cần thiết, bởi vì cần có một tổ chức, cơ chế đại diện như MRC để giải quyết vấn đề quản lý nguồn nước xuyên quốc gia. Mặc dù vậy, MRC nên được trao thêm cơ chế giám sát việc thực hiện Hiệp định mới. Điều này sẽ đặt thêm những áp lực và cả động lực đối với lãnh đạo chính trị tại các nước trong việc thực hiện cam kết của nước mình⁴¹.

Thứ ba, thay vì đàm phán phương án hỗ trợ, hoặc bồi thường một khoản tiền thực tế để đổi lấy giải pháp không xây dựng thủy điện, các quốc gia trong vùng nên xem xét giải pháp PTBV hơn, như cùng thành lập Quỹ phát triển Mê Công (Mekong Development Fund). Quỹ này được cung cấp tài chính bởi các nước trong khu vực và các nhà tài trợ quốc tế, cũng như các thể chế tài chính khác, nhằm mục đích tài trợ và điều phối các dự án phát triển trong vùng, ưu tiên các quốc gia như Lào hay Campuchia. Đổi lại, những quốc gia này sẽ chấp thuận các điều khoản chặt chẽ về tiêu chuẩn, số lượng và thời hạn nếu phát triển dự án thủy điện trên dòng chính. Quỹ sẽ hoạt động dưới sự điều phối của MRC. Trong đó, quốc gia được dự đoán là chịu nhiều thiệt hại từ việc xây dựng thủy điện, như Việt Nam, nên có những đóng góp tích cực cả về tài chính, cũng như nguồn nhân lực cho nghiên cứu, triển khai các dự

⁴⁰ Xem chú thích 15: Douglass (2011).

⁴¹ Xem thêm: McNally, CA (2011), 'Synopsis: Cross-border governance and the challenges of globalization', in *Cross-border governance in Asia: Regional issues and mechanisms*, Ed. by Cheema, G, McNally, CA & Popovski, V, United Nations University.

án hỗ trợ phát triển. Ví dụ như trích một phần thu từ thuế/lợi nhuận xuất khẩu gạo, thủy sản vùng đồng bằng sông Cửu Long. Cùng với nguồn vốn đầu tư nước ngoài, Quỹ phát triển Mê Công sẽ ưu tiên tài chính cho các dự án PTBV trong khu vực, như đầu tư phát triển năng lượng thay thế, cải thiện quản trị quốc gia, phòng, chống tham nhũng, nâng cấp cơ sở hạ tầng, giáo dục, giảm nghèo. Các dự án này sẽ làm lợi, ví dụ, cho Lào trong dài hạn. Đồng thời, đây là một cách giúp cho Lào có thể đạt được những mục tiêu TTKT và PTBV, mà vẫn tránh được việc phát triển ồ ạt các dự án thủy điện trên dòng chính sông Mê Công. Làm như vậy, uy tín quốc gia của Lào cũng tăng lên và thu hút thêm các khoản đầu tư nước ngoài. Chính vì thế, Lào và các nước đều có lý do thuyết phục để theo đuổi hình thành một Hiệp định mới trong khu vực, thay thế cho Hiệp định 1995.

Hợp tác giữa vùng thượng và hạ nguồn sông Mê Công

Tìm kiếm giải pháp chính sách cho vấn đề LMB không thể không xem xét yếu tố ảnh hưởng bởi Trung Quốc, vì nước này đóng vai trò quan trọng⁴², là quốc gia thượng nguồn sông Mê Công, đã và đang xây dựng hàng loạt thủy điện trên dòng chính thượng nguồn, cũng như tham gia đầu tư dự án thủy điện khu vực LMB. MRC nên chủ động thúc đẩy hợp tác với Trung Quốc⁴³ và có cơ chế chia sẻ thông tin liên vùng. Bên cạnh đó, Trung Quốc còn có các dự án kinh tế, sự ảnh hưởng chính trị⁴⁴ đến các nước trong khu vực LMB, ví dụ Trung Quốc là nhà đầu tư lớn nhất vào Lào, Campuchia⁴⁵. Các dự án thủy điện của Trung Quốc ở vị trí thượng nguồn có những tác động khó lường đến hệ thống dự án thủy điện hạ nguồn. Thêm nữa, nếu tất cả các dự

án thủy điện dòng chính LMB được kích hoạt và triển khai thì thông qua các thủy điện thượng nguồn, Trung Quốc có thể sử dụng cả yếu tố chính trị về quản lý nguồn nước để gây ảnh hưởng toàn khu vực. Do đó, việc Trung Quốc tham gia vào Hiệp định mới, hoặc tham gia một thoả thuận hợp tác với các nước trong khu vực về vấn đề thủy điện dòng chính, sẽ là phương án có lợi cho cả khu vực LMB.

Kết luận

Vấn đề khu vực LMB là xung đột lợi ích giữa các quốc gia trong việc khai thác nguồn hàng hoá công cộng quốc tế, và không chỉ giữa các nước vùng hạ lưu, mà còn liên quan tới Trung Quốc, một quốc gia thượng nguồn sông Mê Công. Đây là một vấn đề rất nan giải và khó tìm được giải pháp tối ưu. Do vậy, các nước trong khu vực cần tích cực, thiện chí tìm kiếm thoả thuận để hạn chế những bất đồng, khác biệt và hài hoà lợi ích.

Trên tinh thần đó, Quốc hội Việt Nam cần đóng vai trò chủ động, giám sát việc thực thi chính sách nhất quán của quốc gia trong vấn đề quản lý, khai thác nguồn nước sông Mê Công. Chiến lược cụ thể nên theo đuổi là tác động, đàm phán để Lào tạm hoãn xây dựng thủy điện Don Sahong ít nhất từ 3 đến 5 năm, nhằm tìm kiếm một giải pháp hợp lý. Để giải quyết một cách căn bản, các nước khu vực LMB nên cùng tham gia ký kết một Hiệp định mới, thay thế cho Hiệp định 1995. Đây sẽ là một công cụ hữu dụng cho quá trình ra quyết định chính thức, nếu xác định rõ ràng trách nhiệm ràng buộc và chia sẻ lợi ích giữa các bên liên quan. Thay vì thúc đẩy phát triển thủy điện, một phương án khác là thành lập Quỹ phát triển Mê Công, có thể mở ra cơ hội TTKT và bảo vệ môi trường bền vững ■

42 Yeophantong, P (2014), 'China's Lancang dam cascade and transnational activism in the Mekong Region: Who's got the power?', *Asian Survey*, University of California Press, vol. 54, no. 4, pp. 700-724.

43 Xem chú thích 22: Yu (2003).

44 Osborne, M (2000), 'Water politics and the Mekong: China's dams and Indochina', *The Sydney Papers*, pp. 78-85.

45 Jean-Pierre, V (2013), 'Regional cooperation and integration in the Mekong region', *Asian Economic Policy Review*, no. 8, pp. 148-164.

BẢO VỆ CỔ ĐÔNG THIỂU SỐ TRONG CÔNG TY CỔ PHẦN THEO LUẬT DOANH NGHIỆP NĂM 2014

HUỲNH THỊ TRÚC LINH*

1. Định nghĩa cổ đông thiểu số của công ty cổ phần tại Việt Nam hiện nay

Pháp luật thực định của Việt Nam chưa có một định nghĩa về cổ đông thiểu số (CĐTS) hay các đặc điểm của CĐTS. Tuy nhiên, trong các văn bản pháp luật cụ thể đã tồn tại nhiều thuật ngữ dùng để chỉ CĐTS, như cổ đông ít vốn, cổ đông nhỏ. Về mặt lý luận, có quan điểm chia cổ đông thành cổ đông ít vốn và cổ đông đa số, có quan điểm thì cho rằng “người nắm giữ phần vốn đáng kể trong công ty được gọi là cổ đông đa số. Ngược lại, các cổ đông nhỏ không có ảnh hưởng đáng kể trong quản lý và điều hành công ty được xem là CĐTS”¹. Một số văn bản pháp luật Việt Nam hiện hành không định nghĩa CĐTS mà đưa ra quy định về cổ đông lớn. Chẳng hạn khoản 9 Điều 6 Luật Chứng khoán quy định: “Cổ đông lớn là cổ đông sở hữu trực tiếp hoặc gián tiếp từ 5% trở lên số cổ phiếu có quyền biểu quyết của tổ chức phát hành”. Như vậy, ta có thể suy luận 5% là ranh giới để xác định cổ đông lớn/cổ đông nhỏ theo Luật Chứng khoán. Tương tự, tại khoản 4 Điều 86 Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định: “Cổ đông sở hữu 5% tổng số cổ phần trở lên phải được đăng

ký với cơ quan kinh doanh có thẩm quyền...”. Theo quy định này, có thể suy luận những cổ đông sở hữu từ 5% tổng số cổ phần chính là các cổ đông lớn.

Dù tồn tại nhiều quan điểm khác nhau, về mặt lý luận, có thể hiểu CĐTS là cổ đông không chi phối được công ty, không có khả năng áp đặt quan điểm, ý chí, đường lối, sách lược của mình trong công ty... khi các cổ đông thực hiện các quyền của mình. Trong bài viết này, thuật ngữ “CĐTS” được hiểu là các cổ đông nhỏ, không phải là ít về số lượng cổ đông mà nhỏ về giá trị vốn góp so với các cổ đông khác. Chúng ta có thể xác định CĐTS dựa trên hai yếu tố quan trọng hàng đầu sau đây²: *Thứ nhất*: nói đến CĐTS phải nói đến vốn góp của họ là tổng số cổ phần mà họ sở hữu (là phần trăm cổ phần có quyền biểu quyết) hay phần vốn góp của họ (tỷ lệ phần trăm) trong vốn điều lệ của công ty; *Thứ hai*: nói đến CĐTS là nói đến khả năng của họ trong việc tác động tới chính sách kế hoạch kinh doanh, chiến lược phát triển, lựa chọn người quản lý công ty hay nói cách khác là nói tới vai trò của họ khi biểu quyết thông qua các vấn đề tại cơ quan quyền lực cao nhất trong công ty.

* **ThS. Trường Bộ môn Luật, Trường Đại học Trà Vinh.**

1 Bùi Xuân Hải, *Luật Doanh nghiệp bảo vệ cổ đông - Pháp luật và thực tiễn*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2011, tr.127.

2 Bùi Xuân Hải, *Sđd*, tr.129.

2. Cơ chế bảo vệ cổ đông thiểu số theo quy định hiện hành và thực tiễn áp dụng

Quyền của cổ đông là điều kiện tiên quyết và quan trọng nhất để bảo vệ cổ đông, là phương tiện để cổ đông có thể sử dụng để bảo vệ mình. Những yếu tố khác như cơ chế kiểm soát bên trong thông qua cấu trúc quản trị nội bộ hay cơ chế kiểm soát bên ngoài và thiết chế đảm bảo thực thi pháp luật là những yếu tố hỗ trợ, là điều kiện cho các quyền của cổ đông được thực thi nhằm bảo vệ cổ đông³. Nếu căn cứ vào các quyền và khả năng đảm bảo các quyền của cổ đông, có thể chia làm hai nhóm quyền lớn. Một là các quyền mang tính phòng ngừa (prevention rights), chẳng hạn như các quyền về tài sản, về dự họp, biểu quyết tại Đại hội đồng cổ đông (ĐHĐCĐ), quyền được thông tin; hai là các quyền mang tính khắc phục (remedy rights), chẳng hạn như các quyền yêu cầu hủy bỏ quyết định của HĐQT, quyền khởi kiện người quản lý công ty khi họ vi phạm nghĩa vụ gây thiệt hại cho công ty hoặc cổ đông⁴. Luật Doanh nghiệp năm 2014 không chia quyền của cổ đông thành các nhóm quyền mà liệt kê các quyền theo thứ tự tại các Điều 114, 116, 117, 118, 122, 123, 124, 129. Trong giới học thuật còn chia quyền của cổ đông, trong đó có CĐTS thành 4 nhóm: i. Nhóm quyền về tài sản; ii. Nhóm quyền về quản trị hay quản lý công ty (bao gồm các quyền dự họp, biểu quyết, đề cử ứng cử); iii. Nhóm quyền về thông tin; iv. Nhóm quyền về phục hồi quyền lợi hay nhóm quyền mang tính khắc phục.

CĐTS cũng là cổ đông phổ thông, do đó, họ cũng có đầy đủ các quyền và nghĩa vụ giống với cổ đông phổ thông. Ngoài các quyền của cổ đông phổ thông, CĐTS còn có những quyền rất đặc thù để họ có thể tự bảo vệ mình trước các cổ đông lớn đầy quyền lực, như quy định cụ thể tại khoản 2 Điều

114 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Về cơ bản, kế thừa quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã có những cố gắng trong việc xây dựng một cơ chế để bảo vệ các CĐTS, vốn luôn là những nhóm lợi ích nhỏ trong công ty cổ phần (CTCP), ít có khả năng tự bảo vệ quyền lợi của mình trước các cổ đông lớn. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng các quy định này đã làm phát sinh nhiều vấn đề cần phải tiếp tục nghiên cứu và tổng kết để hoàn thiện các quy định của pháp luật, tạo điều kiện thuận lợi cho CĐTS bảo vệ quyền lợi hợp pháp của mình cũng như xây dựng một cơ chế hiệu quả để CTCP hoạt động.

Thứ nhất, việc thực thi các quyền trong nhóm quyền tài sản. Việc thực hiện quyền tài sản của CĐTS cũng như các cổ đông khác. Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định cho CĐTS và các cổ đông lớn có quyền nhận cổ tức, quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của mình và quyền nhận một phần tài sản khi công ty giải thể hoặc phá sản là như nhau. Mặc dù việc thực hiện các quyền này giữa các CĐTS và cổ đông khác cùng chung lợi ích, nhưng trên thực tế khi thực hiện, quyền CĐTS rất dễ bị xâm hại. Chẳng hạn quyền ưu tiên mua cổ phần mới chào bán. Khi phát hành thêm cổ phần mới, các công ty thường dành một tỷ lệ cổ phần nhất định để bán cho các cổ đông hiện có của công ty với giá ưu đãi. Sẽ không có gì để nói nếu số cổ phần dành riêng bán cho cổ đông hiện hữu với cùng một mức giá, cùng điều kiện như nhau. Nhưng các cổ đông lớn thường có những cách thức khác nhau nhằm quy định có lợi hơn cho mình, ví dụ như quy định cổ đông lớn sẽ mua với tỷ lệ khác và cổ đông nhỏ mua với tỷ lệ khác, hoặc quy định cả cổ đông lớn và cổ đông nhỏ cùng mua với tỷ lệ như nhau song cổ đông lớn lại được mua với giá

3 Quách Thúy Quỳnh, *Quyền của cổ đông thiểu số theo pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Luật học, tháng 4/2010, tr. 19.

4 Bùi Xuân Hải, *Sđd*, tr.198.

thấp hơn so với cổ đông nhỏ. Ví dụ: CTCP Vận tải xăng dầu (VIPCO) cho phép cổ đông lớn mua với giá 15.000 đồng/cổ phiếu, còn các cổ đông nhỏ lại phải mua với giá 40.000 đồng/cổ phiếu (cao gấp 2,67 lần so với cổ đông lớn), hoặc trường hợp CTCP bê tông X.M khi phát hành cổ phiếu mới, các cổ đông hiện hữu đều được mua với giá bằng nhau 20.000 đồng/cổ phần nhưng tỷ lệ mua lại khác nhau: cổ đông sáng lập mua với tỷ lệ 1:1, cổ đông khác mua với tỷ lệ 2:1 (bằng ½ cổ đông sáng lập)⁵...

Các cổ đông lớn có thể làm được như vậy vì số biểu quyết lớn hơn, do đó khi họ liên thủ, thỏa hiệp lại với nhau thì hầu hết các quyết định dễ dàng được thông qua. Một thực tế nữa là cổ đông lớn thường nằm trong Hội đồng quản trị (HĐQT) hoặc có đại diện của mình trong các cơ quan như HĐQT, Ban Kiểm soát (BKS), vì vậy họ dễ dàng thỏa hiệp với nhau. Cổ đông nhỏ cho dù muốn phản đối vẫn không thay đổi được, mặt khác, do tâm lý phó mặc của cổ đông nhỏ và trong CTCP thiếu đoàn kết nên dẫn đến tình trạng này. Chỉ có một trường hợp lạ xảy ra tại Công ty liên doanh Quản lý quỹ Việt Nam (VFM): Cũng là các cổ đông nhỏ nhưng các cổ đông VFM lại làm được điều không phải ai cũng làm được, khi VFM giảm giá phát hành mà không thay đổi ngày chốt quyền khiến nhiều cổ đông nhỏ bị thiệt thòi, những cổ đông này lập tức lên tiếng khiến dư luận chú ý. Cuối cùng ban lãnh đạo VFM phải huỷ quyết định giảm giá. Đây là một sự kiện cho thấy, cổ đông nhỏ khi biết liên kết sẽ đảm bảo được phần nào sự công bằng và lợi ích mà mình đáng được hưởng. Điều đó cho thấy, nếu những cổ đông nhỏ hiểu biết luật pháp, đoàn kết thì bảo vệ mình tốt hơn, đồng thời phía cơ quan quản lý nhà nước cũng sẽ có những động thái mạnh dạn, quyền lợi của nhà đầu tư nhỏ sẽ được đảm bảo tốt hơn.

Thứ hai, việc thực thi các quyền trong nhóm quyền về quản trị công ty. Cụ thể là quyền đề cử người vào HĐQT và BKS. Quyền này được quy định tại điểm a khoản 2 Điều 114 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Tuy nhiên, do hiện tại chưa có Nghị định hướng dẫn thi hành Luật Doanh nghiệp năm 2014 nên những vấn đề về số lượng ứng cử viên cụ thể mà mỗi nhóm cổ đông được đề cử chưa được quy định cụ thể. Trước đây những vấn đề này đã được chi tiết hóa tại Điều 29 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP của Chính phủ, nhưng quy định này đã không còn hiệu lực pháp luật từ thời điểm Luật Doanh nghiệp năm 2014 có hiệu lực thi hành. Đối với quyền đề cử người vào HĐQT và BKS, quy định này có ý nghĩa quan trọng trong bảo vệ quyền của cổ đông nói chung và quyền của CĐTS nói riêng vì nó quy định một khả năng gom nhóm của cổ đông để nâng cao quyền lực cho cổ đông, thực hiện quyền một cách tập thể. Bằng cách gom nhóm, các CĐTS có quyền đề cử, ứng cử người vào HĐQT, BKS, góp tiếng nói về quản lý công ty và từ đó hạn chế sự lạm dụng quyền lực của những người quản lý công ty. Đây là cơ chế đảm bảo các cổ đông phổ thông luôn có đại diện của mình trong HĐQT và BKS. Có đại diện là thành viên HĐQT, họ có thể nắm bắt được thông tin và tham gia quyết định, góp ý một số vấn đề quan trọng, đặc biệt là việc liên quan đến quyết định chào bán cổ phần, cổ phiếu và giá cổ phần chào bán ra bên ngoài. Hầu hết các cuộc họp ĐHĐCĐ chủ yếu chỉ là thông qua những nội dung mà HĐQT đã chuẩn bị sẵn. Một thống kê sơ bộ của Viện Nghiên cứu và Quản lý kinh tế Trung ương cho thấy, chỉ khoảng 8% CTCP có bổ sung nội dung mới vào Nghị quyết của ĐHĐCĐ.

Những quy định này cũng gián tiếp tạo điều kiện cho các CĐTS (quy định này dành

5 Bùi Xuân Hải, *Sđd*, tr. 207.

cho tất cả các cổ đông chứ không riêng gì nhóm cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông) có thể bầu được người của mình vào HĐQT và BKS bằng cách liên kết lại, dồn hết tổng số phiếu bầu của mình cho ứng cử viên đó. Bằng cách này, họ sẽ có khả năng đưa được đại diện của mình vào HĐQT và BKS để thể hiện tiếng nói và bảo vệ lợi ích của mình. Cơ chế bầu dồn phiếu là cơ chế được thiết lập từ kinh nghiệm của Hoa Kỳ⁶, làm tăng khả năng CĐTTS có được người đại diện của mình trong HĐQT và BKS, nhưng nếu cổ đông không được tham dự cuộc họp ĐHĐCĐ thì quy định này coi như “bị treo”.

Trong quy định này có phần hơi phi lý khi ràng buộc điều kiện các cổ đông hay nhóm cổ đông phải nắm giữ cổ phần tối thiểu trong sáu tháng. Đã là chủ sở hữu thì đương nhiên có quyền chiếm hữu, sử dụng và định đoạt, nhưng trong quy định này, luật lại tước đi quyền định đoạt của CĐTTS; nhưng sau khi cướp đi quyền này thì lại trang bị cho họ cơ chế thực hiện cái quyền mình không còn.

Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định việc bầu các thành viên HĐQT và BKS phải theo phương thức bầu dồn phiếu nhưng chưa hướng dẫn chi tiết nên trong thực tiễn áp dụng còn lúng túng, dẫn đến tranh chấp quyền lực tại khá nhiều CTCP. Những khó khăn, vướng mắc này trước đây đã được tháo gỡ tại Điều 29 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP. Thế nhưng, còn tồn tại một vướng mắc về điều kiện trúng cử của thành viên HĐQT và BKS giữa quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005 và quy định của Nghị định số 102/2010/NĐ-CP. Theo khoản 4 Điều 29 Nghị định thì: “Người trúng cử thành viên HĐQT hoặc thành viên BKS được xác định theo số phiếu bầu tính từ cao xuống thấp, bắt đầu từ ứng cử viên có số phiếu bầu cao nhất

cho đến khi đủ số thành viên quy định tại Điều lệ công ty”. Theo quy định tại điểm a, điểm c khoản 3 Điều 104 Luật Doanh nghiệp năm 2005: “Quyết định của ĐHĐCĐ được thông qua tại cuộc họp khi có đủ các điều kiện: Được số cổ đông đại diện ít nhất 65% tổng số phiếu biểu quyết của tất cả cổ đông dự họp chấp thuận, việc biểu quyết bầu thành viên HĐQT và BKS phải thực hiện theo phương thức bầu dồn phiếu”. Như vậy, xuất phát từ những quy định này, điều kiện trúng cử của thành viên HĐQT và BKS có thể được hiểu theo hai cách sau: *Thứ nhất*, người trúng cử thành viên HĐQT hoặc thành viên BKS phải có số cổ phiếu bầu cao tương ứng, nhưng ít nhất phải bằng 65% tổng số cổ phần của cổ đông tham dự họp. *Thứ hai*, người trúng cử vào HĐQT và BKS được xác định theo số phiếu bầu từ cao xuống thấp mà không theo tỷ lệ khống chế là phải đạt được số phiếu bầu trên 51% hay 65% tổng số cổ phần của cổ đông tham dự họp.

Tham khảo quy định bầu dồn phiếu ở một số quốc gia trên thế giới như: Hàn Quốc, Indonesia, Malaysia, Thái Lan, ... mặc dù họ có quy định về phương thức bầu dồn phiếu nhưng rất ít các công ty áp dụng hình thức này. Tại các nước này, thành viên HĐQT thường được bầu theo hình thức biểu quyết đa số cổ đông có mặt tại ĐHĐCĐ. Riêng Hàn Quốc có đưa ra một quy định về ứng viên cho vị trí thành viên HĐQT là phải nhận được ít nhất 25% tổng số phiếu bầu của toàn bộ các cổ đông⁷. Còn ở Việt Nam, con số tương tự này phải là 65% nếu như hiểu theo cách thứ nhất.

Ở Mỹ thì phương thức bầu dồn phiếu chỉ được áp dụng dễ dàng trong các công ty không phát hành chứng khoán, còn ở các công ty phát hành chứng khoán thì không khả thi vì số cổ đông quá lớn. Trong việc bầu

6 Bùi Xuân Hải, *Sđđ*, tr. 266.

7 Trương Thị Nam Thăng, “Một số điều chỉnh khuôn khổ thể chế về quản trị công ty tại bốn nước Đông Nam Á sau khủng hoảng”, *Tạp chí Những vấn đề Kinh tế và Chính trị thế giới*, số 01/2008.

chọn Ban giám đốc, “trừ khi có những quy định khác trong điều khoản thành lập công ty, các giám đốc được bầu bằng đa số phiếu, có nghĩa là các ứng cử viên có số phiếu bầu lớn nhất sẽ được chọn, cho dù họ có đạt được sự tán đồng từ đa số cổ phiếu có quyền tham gia bỏ phiếu hay không”⁸, quy định này tương tự với quy trình bầu chọn thành viên HĐQT và BKS tại Việt Nam nếu hiểu theo cách thứ hai.

Trên thực tế, tại Việt Nam, các cơ quan nhà nước đã giải thích theo cách thứ nhất. Chẳng hạn theo thành viên của tổ công tác thi hành Luật Doanh nghiệp năm 2005, ông Nguyễn Đình Cung, thì “tỷ lệ 65% vẫn áp dụng cho bầu dồn phiếu”, quy định này đã không bảo vệ được CĐTS theo thông lệ quốc tế⁹.

Thứ ba, việc thực thi các quyền trong nhóm quyền về thông tin. Quyền yêu cầu BKS kiểm tra các vấn đề liên quan đến quản lý và điều hành hoạt động của công ty; được xem xét, trích lục sổ biên bản và các nghị quyết của HĐQT, báo cáo tài chính giữa năm và hàng năm, và các báo cáo của BKS, quyền này gọi chung là quyền được thông tin, nhằm cung cấp cho các CĐTS có thể kiểm soát và theo dõi được tình hoạt động của công ty, quy định tại điểm b, d khoản 2 Điều 114 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Do hình thức CTCP là sự kết hợp giữa những người có vốn và những người có khả năng kinh doanh, chủ sở hữu chưa chắc đã là người đứng ra kinh doanh, quản lý công ty nên trường hợp người quản lý công ty lợi dụng khả năng, chức vụ của mình để làm lợi riêng, gây nguy hại đến công ty là có thể xảy ra. Vì vậy, những quy định này giúp các CĐTS có thể thể hiện quyền sở hữu của mình đối với công ty thông qua khả năng nắm bắt tình hình hoạt động cụ thể của công ty, có những biện pháp kiểm tra,

ngăn ngừa hành vi vi phạm, lạm quyền của bộ máy quản lý công ty.

Để bảo vệ được lợi ích của các CĐTS, trước hết phải dựa vào số lượng thông tin mà họ tiếp cận được, chất lượng của các thông tin và thời điểm, tính kịp thời của thông tin mà họ có thể nhận được và từ đó phân tích để bảo vệ lợi ích của các cổ đông. Đồng thời, lợi ích còn phụ thuộc vào năng lực của các nhà đầu tư. Liệu nhà đầu tư có khả năng phân tích đánh giá những thông tin có được để từ đó đầu tư một cách thích hợp hay không.

Xét về mặt công bố thông tin, so với những thông lệ quốc tế thì chúng ta mới chú ý đến thông tin quá khứ, những thông tin công bố định kỳ về báo cáo tài chính hàng quý, những thông tin đột xuất mà công ty phải công bố, những giao dịch nội bộ mà công ty phải công bố theo quy định của Thông tư số 38/2007-TT-BTC ngày 18/4/2007 của Bộ Tài chính về hướng dẫn công bố thông tin trên thị trường chứng khoán. Riêng những thông tin đánh giá về tương lai của công ty như nhóm thông tin về HĐQT và nhóm thông tin đánh giá của HĐQT về tương lai quản trị của công ty, thì hiện nay còn thiếu và pháp luật chưa yêu cầu. Theo thông lệ quốc tế, có hai nhóm thông tin về tương lai rất quan trọng đối với nhà đầu tư. Thứ nhất, nhóm thông tin về đánh giá của HĐQT như: về thay đổi thị trường sản phẩm, thị trường đầu ra của công ty, những tác động của thị trường vốn và những yếu tố khác. Thứ hai, nhóm thông tin về HĐQT như: thành viên HĐQT có sở hữu bao nhiêu phần trăm trong công ty và những công ty khác, năng lực kinh nghiệm của HĐQT, ai giới thiệu vào HĐQT? Những thông tin này không những giúp nhà đầu tư đánh giá được năng lực của đội ngũ HĐQT, mà còn đánh

⁸ Alan B. Morison, *Những vấn đề cơ bản của luật pháp Mỹ*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 528.

⁹ Tham khảo địa chỉ: http://www.hca.org.vn/tin_tuc/vde_qtam/nam2007/thang6/DDDN_Vietnam/bai13_bis.pdf và địa chỉ: <http://vibonline.com.vn/vi-VN/Home/PrintTopic.aspx?TopicID=1574>.

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

giá được tính khách quan, công bằng, vô tư không thiên vị trong hoạt động kinh doanh. Đối với các nhà đầu tư thiểu số, hai nhóm thông tin về tương lai rất quan trọng, bởi có như vậy thì mọi giao dịch của công ty, kể cả giao dịch chuyển nhượng cổ phần của thành viên HĐQT mới minh bạch và công bằng.

Các quy định của pháp luật Việt Nam về quyền này còn không ít bất cập. Một là lượng thông tin bắt buộc phải cung cấp khi có yêu cầu là rất hạn chế; hai là, giới hạn chủ thể được yêu cầu cung cấp, chỉ có cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu trên 10% số cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất 6 tháng mới có quyền này, nếu không thỏa mãn hai điều kiện trên thì không có quyền yêu cầu.

Thứ tư, việc thực thi các quyền trong nhóm quyền phục hồi quyền lợi. Cụ thể là quyền yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài hủy quyết định của ĐHĐCĐ. Luật Doanh nghiệp năm 2005 đã trao cho cổ# đông quyền yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài xem xét, hủy bỏ quyết định của ĐHĐCĐ trong các trường hợp trình tự, thủ tục triệu tập cuộc họp ĐHĐCĐ; trình tự, thủ tục ra quyết định và nội dung quyết định của ĐHĐCĐ vi phạm pháp luật hoặc Điều lệ công ty. Với quyền năng này, cổ đông mà đặc biệt là CĐTS có thể chủ động lên tiếng, yêu cầu Tòa án hoặc Trọng tài can thiệp để bảo vệ quyền lợi của mình. Điều này cũng hạn chế được sự thụ động trong việc cổ đông chỉ biết trông chờ vào sự giám sát của cơ quan nhà nước, bởi vì quyết định của ĐHĐCĐ là những vấn đề mang tính nội bộ của doanh nghiệp, hơn ai hết cổ đông sẽ là người tiếp cận và bị tác động nhanh nhất, do đó trao quyền năng này cho cổ đông để tự họ chủ động bảo vệ mình là hoàn toàn hợp lý. Tuy nhiên, với vị trí và tính cách thụ động của mình, CĐTS rất ít khi sử dụng quyền năng này. Hơn nữa, việc đưa

yêu cầu tới Trọng tài và Tòa án lại gặp phải khó khăn từ nhiều phía, bởi để được đưa yêu cầu giải quyết đến Trọng tài, đòi hỏi điều lệ công ty phải quy định nội dung này hoặc phải đạt được thoả thuận với HĐQT về việc này. Một vấn đề khác là việc yêu cầu giải quyết tranh chấp tại Trọng tài thương mại - khi tranh chấp đó thuộc thẩm quyền giải quyết của Trọng tài thương mại theo khoản 1 Điều 2 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 - là “Tranh chấp giữa các bên phát sinh từ hoạt động thương mại”, mà hoạt động thương mại là việc thực hiện một hay nhiều hành vi thương mại của cá nhân, tổ chức kinh doanh. Việc cổ đông yêu cầu Trọng tài hủy quyết định của ĐHĐCĐ có thuộc thẩm quyền của trọng tài hay không là vấn đề còn rất nhiều ý kiến khác nhau.

Trong khi đó, nếu đưa yêu cầu tới Tòa án, CĐTS cũng sẽ rất khó khăn để được Tòa án thụ lý do các vướng mắc từ cơ quan tài phán trong việc xác định loại vụ việc dân sự để phân công thụ lý và giải quyết. Có trường hợp Tòa án giải quyết ngay mà không gặp trở ngại gì như Bản án số 244/2007/KDTM-PT ngày 6/12/2007 của Tòa Phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao tại Hà Nội; cũng có trường hợp Tòa án thụ lý nhưng khó xác định đây là việc dân sự hay vụ án dân sự, ví như tranh chấp tại CTCP Sản xuất thương mại dịch vụ Đay Sài Gòn, cả Tòa kinh tế Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh và Tòa Phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao cho rằng đây là việc dân sự, nhưng trong tranh chấp tương tự tại CTCP 565 thì hai Tòa này lại cho rằng đây là vụ án dân sự.

3. Giải pháp hoàn thiện cơ chế bảo vệ cổ đông thiểu số trong công ty cổ phần

Phân tích những quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, so sánh với những quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005,

10 Xem Điều 107 Luật doanh nghiệp năm 2005.

cũng như các quy định của các văn bản pháp luật khác có liên quan, chúng ta thấy, về cơ bản pháp luật Việt Nam hiện hành đã thiết lập một cơ chế nhằm bảo vệ các CĐTS trong CTCP. Tuy nhiên, trong quá trình áp dụng các quy định này đã phát sinh nhiều vấn đề cần phải tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện. Chúng tôi xin nêu một vài kiến nghị nhằm góp phần giải quyết vấn đề này:

Thứ nhất, văn bản hướng dẫn thi hành Luật Doanh nghiệp năm 2014 cần phải định nghĩa rõ ràng CĐTS là ai, đặc điểm của CĐTS là gì để có thể nhận dạng được họ, đồng thời để họ biết quyền và nghĩa vụ của mình ra sao. Vấn đề này rất quan trọng, nhưng trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 không có quy định nào nói về CĐTS là ai, chúng ta chỉ định nghĩa CĐTS dựa trên các quy định diễn tả về cổ đông lớn. Theo chúng tôi, việc xác định có là CĐTS hay không không nên dựa vào tỷ lệ sở hữu với những con số tuyệt đối, mà nên căn cứ vào khả năng chi phối được công ty, khả năng áp đặt quan điểm, ý chí, đường lối, sách lược của mình trong công ty. Tùy vào cơ cấu sở hữu mỗi công ty để xác định đâu là CĐTS sẽ chính xác hơn, tránh tình trạng cùng một tỷ lệ sở hữu cổ phần như nhau nhưng có công ty thì họ là CĐTS, có công ty thì họ lại không phải là CĐTS nếu căn cứ theo tỷ lệ 10%. Tham khảo quy định của Trung Quốc, tỷ lệ này là 3%, là mức có thể chấp nhận được. Chúng tôi kiến nghị nên quy định tỷ lệ này nhỏ xuống và kết hợp với các tiêu chí khác như cơ cấu tỷ lệ sở hữu, khả năng chi phối... hoặc là không căn cứ vào tỷ lệ cổ phần cụ thể để quy định là CĐTS, mà trao quyền cho chính công ty đó quyết định, thể hiện trong bản điều lệ công ty ghi tiêu chí CĐTS là gì, và phải được tất cả cổ đông đồng ý thông qua nghị quyết của ĐHĐCĐ. Sau mỗi lần phát hành thêm cổ phần, tăng giảm vốn điều lệ thì nghị quyết của ĐHĐCĐ phải có điều chỉnh cụ thể về tiêu chí xác định CĐTS. Việc trao cho công ty quyền này sẽ

tạo sự chủ động cho công ty và đại diện cho tiếng nói của tất cả cổ đông, và quan trọng là phù hợp với chính công ty đó thì quy định sẽ phát huy tác dụng.

Thứ hai, khoản 2 Điều 114 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định cho các cổ đông hoặc nhóm cổ đông đạt tỷ lệ 10% tổng số cổ phần phổ thông có các quyền triệu tập ĐHĐCĐ, đề cử người vào HĐQT và BKS, xem xét trích lục biên bản nghị quyết của ĐHĐCĐ, yêu cầu BKS từng vấn đề cụ thể. Như đã trình bày ở trên, tỷ lệ 10% là rất lớn, rất khó để cổ đông các công ty đại chúng hay các doanh nghiệp nhà nước cổ phần hóa đạt được (trong khi đó, tỷ lệ này ở Trung Quốc chỉ là 3%). Khi đã thỏa mãn tỷ lệ này thì phải thỏa mãn một điều kiện khác, đó là phải sở hữu ít nhất sáu tháng liên tục - điều kiện đủ. Quy định này đã làm khó các cổ đông khi thực hiện quyền của họ. Theo quy định của pháp luật thì cổ đông nhận chuyển nhượng cổ phần trong thời gian giữa hai phiên họp ĐHĐCĐ thì được phép tham dự cuộc họp ĐHĐCĐ. Pháp luật đã thừa nhận quyền tham dự của họ, tại sao lại không cho họ được tham gia biểu quyết góp ý kiến? Tại sao cho phép tham gia phiên họp ĐHĐCĐ, nhưng lại không cho họ thực hiện các quyền của mình tại khoản 2 Điều 114; sự hiện diện của họ tại ĐHĐCĐ chỉ cho đủ hay sao? Quy định này thực chất chỉ làm khó các cổ đông nhỏ, bởi nếu là các cổ đông lớn nhận chuyển nhượng nhưng không đủ sáu tháng thì luật cũng không đề cập họ có quyền biểu quyết hay không. Ví dụ trường hợp một cổ đông nhận chuyển nhượng tới 40% cổ phần của công ty trước ĐHĐCĐ chỉ hai tháng thôi thì cổ đông này có các quyền của nhóm cổ đông sở hữu 10% không? Thực tế cho thấy, khi cổ đông sở hữu tới 40% cổ phần thì đã là cổ đông lớn đến rất lớn, và họ được thực hiện quyền của mình như thông thường mà không gặp phải hạn chế nào. Ở đây đã tạo sự phân biệt đối xử giữa cổ đông nhỏ và cổ đông lớn, nếu là cổ đông lớn do nhận chuyển nhượng cổ phần nhưng chưa đủ sáu tháng thì vẫn có đầy đủ

quyền, còn cổ đông nhỏ lại không. Pháp luật quy định đã là cổ đông là như nhau, mỗi cổ phiếu đều cho cổ đông sở hữu nó những quyền và nghĩa vụ ngang nhau, vậy tại sao lại hạn chế quyền của cổ đông nhỏ? Theo chúng tôi, nên quy định chi tiết khoản 2 Điều 114 theo hướng không quy định cổ đông, nhóm cổ đông phải sở hữu trong sáu tháng liên tục, đồng thời quy định tỷ lệ nhỏ hơn 10% thì phù hợp hơn, còn 10% là quá lớn.

Thứ ba, quy định tại khoản 3 Điều 114 Luật Doanh nghiệp năm 2014 nhóm cổ đông tại khoản 2 Điều 114 triệu tập ĐHĐCĐ khi HĐQT vi phạm nghiêm trọng quyền của cổ đông, quyền của người quản lý hoặc ra quyết định vượt quá thẩm quyền được giao, nhưng luật lại không quy định thế nào là vi phạm nghiêm trọng. Điều này làm quy định này mang tính hình thức. Văn bản hướng dẫn thi hành cần quy định rõ thế nào là vi phạm nghiêm trọng, trong những trường hợp nào thì HĐQT đã vi phạm nghiêm trọng quyền của cổ đông. Có như thế cổ đông mới nắm rõ quyền của mình, tránh tình trạng cổ đông triệu tập ĐHĐCĐ một cách tùy tiện hay cổ đông không dám thực hiện quyền của mình. Đó đồng thời cũng là mức giới hạn cho các nhà quản lý, thành viên HĐQT trong việc thực hiện nhiệm vụ của mình. Đồng thời, khi HĐQT có các sai phạm nghiêm trọng này thì cá nhân các cổ đông có được quyền khởi kiện trách nhiệm dân sự thành viên HĐQT khi đã không thực hiện quyền triệu tập ĐHĐCĐ hay không? Vấn đề này cũng không được luật đề cập. Theo chúng tôi, song song với việc triệu tập ĐHĐCĐ thì cổ đông không mất quyền viện dẫn tới cơ quan nhà nước để bảo vệ khi lợi ích của mình bị thiệt hại thông qua các chế định về khởi kiện trách nhiệm dân sự, bởi đây là hai quan hệ độc lập: một quan hệ là làm tổn hại lợi ích chung, một quan hệ là gây thiệt hại lợi ích riêng của mỗi cổ đông. Chính vì vậy, cổ đông có quyền khởi kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại cho bản thân và triệu tập ĐHĐCĐ để chấm dứt hành vi sai trái của HĐQT.

Thứ tư, quyền yêu cầu BKS kiểm tra các vấn đề liên quan đến quản lý và điều hành hoạt động của công ty; được xem xét, trích lục sổ biên bản và các nghị quyết của HĐQT, báo cáo tài chính giữa năm và hàng năm, các báo cáo của BKS. Quyền thông tin này cần quy định cụ thể và chi tiết hơn, không chỉ là cung cấp các thông tin trong quá khứ mà cả thông tin tương lai như về thay đổi thị trường sản phẩm, thị trường đầu ra của công ty, những tác động của thị trường vốn và những yếu tố khác hoặc nhóm thông tin về HĐQT như: thành viên HĐQT có sở hữu bao nhiêu phần trăm trong công ty và những công ty khác, năng lực kinh nghiệm của HĐQT, ai giới thiệu vào HĐQT? Một vấn đề khác trong nhóm quyền này là quyền yêu cầu tra cứu, trích lục, sao chép thông tin, thì các cổ đông có nhu cầu tự làm hay yêu cầu bằng văn bản để công ty cung cấp, có phải tất cả các yêu cầu của cổ đông đều được chấp thuận? Chúng tôi cho rằng, cổ đông có quyền yêu cầu công ty cung cấp các thông tin cần thiết mà luật đã cho phép, bất kể khi đã được cung cấp trước đây rồi, và nếu HĐQT không cung cấp thì HĐQT vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin, làm tổn hại đến lợi ích của cổ đông và Tòa án có nghĩa vụ giải quyết khi có yêu cầu của cổ đông.

Thứ năm, vấn đề hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ. Luật Doanh nghiệp năm 2014 tiếp tục trao cho các cổ đông quyền yêu cầu Tòa án, Trọng tài hủy quyết định ĐHĐCĐ khi trình tự và thủ tục triệu tập họp, trình tự, thủ tục ra quyết định và nội dung quyết định vi phạm pháp luật hoặc điều lệ công ty. Chúng tôi cho rằng, yêu cầu Tòa án hủy là hợp lý, căn cứ theo Bộ luật Dân sự năm 2005; không nên quy định cho Trọng tài thẩm quyền này bởi các lý do sau: vấn đề tranh chấp này có thuộc thẩm quyền của Trọng tài hay không thì còn nhiều tranh cãi, dẫn đến hệ quả khi Trọng tài giải quyết thì quyết định đó rất dễ bị Tòa án hủy với lý do không thuộc thẩm quyền của Trọng tài, như vậy sẽ rất phiền phức và tốn kém; tiếp nữa, để yêu cầu Trọng

tài giải quyết thì không dễ, hoặc là điều lệ quy định hoặc là các bên phải thỏa thuận Trọng tài, nhưng thường điều lệ sẽ không quy định vấn đề này, còn khi tranh chấp thì khó có thể đi đến thỏa thuận Trọng tài được. Trước đây còn có việc tranh cãi về việc yêu cầu hủy bỏ quyết định của ĐHĐCĐ là việc dân sự hay vụ án dân sự, nhưng sau khi Tòa kinh tế -TAND tối cao cho rằng đây là loại việc dân sự chứ không có tranh chấp, không phải là vụ án kinh doanh, thương mại¹¹ thì mới có cách hiểu thống nhất. Có thể lấy ví dụ trường hợp vụ kiện tụng giữa HĐQT cũ và HĐQT mới CTCP Đay Sài Gòn, Bản án sơ thẩm số 511/2006/KDTM-ST ngày 12/10/2006 cho rằng đây là vụ án dân sự và ra phán quyết chấp nhận kết quả Đại hội cổ đông bất thường, buộc HĐQT cũ phải giao “quyền lực” cho HĐQT mới¹². Nhưng sau khi bản án sơ thẩm bị kháng cáo lên Tòa Phúc thẩm - TAND tối cao cho rằng, đây là việc dân sự và có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng nên đã tuyên hủy Bản án sơ thẩm và yêu cầu giải quyết lại theo thủ tục sơ thẩm. Ngày 28/9/2007, TAND Thành phố Hồ Chí Minh đã ra Quyết định số 1875/QĐVDS-KDTM-ST tuyên hủy quyết định của ĐHĐCĐ, với tính cách là một việc dân sự¹³. Đồng thời, theo quan điểm của Tòa kinh tế Tòa án nhân dân tối cao thì trong thời gian tòa án chưa ra bản án có hiệu lực pháp luật tuyên hủy bỏ quyết định của ĐHĐCĐ thì quyết định của ĐHĐCĐ vẫn có hiệu lực pháp luật¹³. Vấn đề này là chưa hợp lý bởi nếu sau khi tòa án tuyên hủy quyết định của ĐHĐCĐ thì giải quyết ra sao với quyết định này khi nó đã và đang được thực hiện. Theo chúng tôi, nếu hiểu theo cách quyết định của

ĐHĐCĐ vẫn có hiệu lực, thì nên bỏ quyền yêu cầu hủy quyết định của ĐHĐCĐ tại Điều 107 Luật Doanh nghiệp năm 2005. Vì vậy, chúng tôi kiến nghị quyết định của ĐHĐCĐ đang bị khởi kiện thì không có hiệu lực và những người khởi kiện nhưng không đúng sẽ phải bồi thường thiệt hại cho công ty. Như vậy vừa bảo đảm phán quyết có hiệu quả nhưng không ai dám lợi dụng quyền năng này để làm sai trái hay cản trở sự phát triển của công ty.

4. Kết luận

Qua những thay đổi trong Luật Doanh nghiệp năm 2014, chúng ta có thể thấy doanh nghiệp đã được trao thêm quyền tự chủ trong hoạt động kinh doanh. So với Luật Doanh nghiệp 2005 và các văn bản hướng dẫn thi hành, Luật Doanh nghiệp năm 2014 có nhiều quy định mới, trực tiếp hoặc gián tiếp ảnh hưởng đến cơ chế bảo vệ cổ đông nhỏ trong CTCP. Bên cạnh những mặt tích cực, Luật Doanh nghiệp 2014 cần có các sửa đổi, bổ sung sau:

- Không quy định thời hạn sở hữu, đồng thời quy định tỷ lệ nhỏ hơn 10% của cổ đông phổ thông.

- Văn bản hướng dẫn thi hành cần quy định rõ thế nào là vi phạm nghiêm trọng, trong những trường hợp nào thì HĐQT đã vi phạm nghiêm trọng quyền của cổ đông.

- Bổ sung quyền yêu cầu BKS: xem xét, trích lục sổ biên bản và các nghị quyết của HĐQT, báo cáo tài chính giữa năm và hàng năm, và các báo cáo của BKS.

- Chỉ quy định Tòa án là cơ quan duy nhất có thẩm quyền hủy bỏ nghị quyết của ĐHĐCĐ■

11 Tòa Kinh tế Tòa án nhân dân tối cao, Tham luận tại Hội nghị tổng kết ngành Tòa án năm 2009 và triển khai nhiệm vụ năm 2010.

12 Tham khảo tại địa chỉ: http://www.tin247.com/cong_nhan_cuoc_dao_chinh_o_cong_ty_day_sai_gon-6-21298499.html.

13 Bùi Xuân Hải, Vấn đề hủy bỏ quyết định của đại hội đồng cổ đông theo pháp luật doanh nghiệp Việt Nam, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp điện tử.

Tòa Kinh tế TAND tối cao, Tham luận về tình hình thụ lý giải quyết các vụ việc kinh doanh thương mại năm 2007, tr. 12.

HOÀN THIÊN PHÁP LUẬT VỀ QUỸ BẢO VỆ NGƯỜI ĐƯỢC BẢO HIỂM

NGUYỄN CHÍ HIẾU*

Theo pháp luật của từng quốc gia, Quỹ Bảo vệ người được bảo hiểm (NĐBH) là Quỹ do các chủ thể kinh doanh bảo hiểm (KDBH) bắt buộc phải đóng góp hàng năm để giải quyết vấn đề bồi thường cho NĐBH, khi có chủ thể KDBH phá sản hoặc mất khả năng thanh toán, dù đã được ưu tiên phân chia tài sản. Ở Việt Nam, tình hình nghiên cứu về loại Quỹ này còn khá hạn chế, vì vậy chúng tôi mong muốn các kiến nghị trong bài viết có thể góp phần hoàn thiện pháp luật về Quỹ Bảo vệ NĐBH.

Theo pháp luật về KDBH ở nhiều quốc gia, khi một chủ thể KDBH bị phá sản hoặc mất khả năng thanh toán, thông thường NĐBH được ưu tiên nhận tiền bồi thường hoặc được hoàn phí bảo hiểm từ tài sản thanh lý của chủ thể KDBH đó. Cơ chế này cho phép NĐBH được ưu tiên nhận tiền bồi thường khi thanh lý tài sản đầu tư từ quỹ dự phòng nghiệp vụ, ký quỹ hoặc từ toàn bộ tài sản của chủ thể KDBH phá sản. Tuy nhiên, cơ chế này bộc lộ nhược điểm là khó có thể chi trả đầy đủ các khoản nợ đối với tất cả các hợp đồng bảo hiểm (HĐBH) mà DNBH bị phá sản hay mất khả năng thanh toán đã ký kết trước đó.

Để giải quyết nhược điểm trên, một số quốc gia có quy định cơ chế bảo vệ NĐBH ở mức cao hơn, theo đó, khi NĐBH không nhận được đầy đủ tiền bồi thường từ chủ thể KDBH phá sản hoặc mất khả năng thanh toán thì việc chi trả hỗ trợ phần còn thiếu cho họ được đảm bảo thanh toán bởi một Quỹ do các chủ thể KDBH đóng góp hàng năm theo quy định của pháp luật. Quỹ đó có tên gọi

khác nhau tùy quốc gia như: Quỹ Bảo vệ chủ HĐBH (Policyholder's protection fund) ở Singapore, Hongkong, Nhật Bản, Malaysia¹ hay Quỹ Bảo vệ NĐBH ở Việt Nam.

Có thể nói, sự ra đời của Quỹ Bảo vệ NĐBH giữ vai trò quan trọng trong việc bảo vệ bên mua bảo hiểm không chuyên nghiệp; duy trì niềm tin của công chúng vào thị trường bảo hiểm; góp phần thúc đẩy cạnh tranh giữa các thị trường bảo hiểm trong và ngoài nước; góp phần tạo môi trường pháp lý bình đẳng cho hoạt động kinh doanh giữa các doanh nghiệp bảo hiểm (DNBH) và ngân hàng trên thị trường tài chính².

Ở Việt Nam, Quỹ Bảo vệ NĐBH được thành lập theo quy định tại khoản 11 Điều 1 Luật số 61/2010/QH12 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật KDBH, được quy định chi tiết tại Mục 4 Nghị định số 123/2011/NĐ-CP (Nghị định 123) và Thông tư số 101/2013/TT-BTC (Thông tư 101) hướng dẫn việc quản lý, sử dụng Quỹ. Trên thực tế, Quỹ Bảo vệ NĐBH chính thức ra mắt và đi vào hoạt động chưa lâu (09/9/2014), nên

* Giảng viên Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

1 Sivalap Sukpaiboonwat, Chuchep Piputsitee & Arunee Panyasavatsut (2014), "Thailand Insurance Regulation: Highlights & Time to Go Ahead", Canadian Center of Science and Education, p. 26 - 29.

2 Yasui, T. (2001), "Policyholder Protection Funds: Rationale and Structure", OECD Insurance and Private Pensions Compendium for Emerging Economies.

hiều người chưa có điều kiện tiếp cận cũng như đánh giá được đầy đủ, toàn diện những ưu, khuyết điểm trong thực tiễn áp dụng các quy định của pháp luật về Quỹ bảo vệ NĐBH ở Việt Nam. Tuy nhiên, trên cơ sở nghiên cứu các quy định của pháp luật hiện, chúng tôi thấy một số hạn chế và mạnh dạn đưa ra kiến nghị hoàn thiện các quy định pháp luật về Quỹ, cụ thể:

1. Quy định về trường hợp sử dụng Quỹ tại khoản 11 Điều 1 Luật số 61/2010/QH12 sửa đổi, bổ sung một số điều Luật Kinh doanh bảo hiểm

Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật KDBH (Luật số 61/2010/QH12) được Quốc hội khóa XII ban hành ngày 24/11/2010 bổ sung khoản 3 Điều 97 Luật KDBH như sau: “Quỹ Bảo vệ NĐBH được thành lập để bảo vệ quyền lợi của NĐBH trong trường hợp DNBH phá sản hoặc mất khả năng thanh toán; Nguồn để lập Quỹ Bảo vệ NĐBH được trích lập theo tỷ lệ phần trăm trên phí bảo hiểm áp dụng đối với tất cả HĐBH; Chính phủ quy định việc trích lập và quản lý, sử dụng Quỹ Bảo vệ NĐBH”.

Với quy định trên, có thể hiểu là Quỹ bảo vệ NĐBH (Quỹ) sẽ được sử dụng để chi trả nhằm mục đích bảo vệ NĐBH trong trường hợp DNBH phá sản hoặc mất khả năng thanh toán. Tuy nhiên, nguồn để lập Quỹ lại được trích theo tỷ lệ phần trăm trên phí bảo hiểm áp dụng đối với tất cả HĐBH. Vậy một vấn đề đặt ra là những người tham gia sử dụng dịch vụ bảo hiểm của các chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài có được Quỹ bảo vệ không khi chủ thể này mất khả năng thanh toán, vì chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài không có tư cách pháp nhân, không là DNBH. Đây cũng là vấn đề từng được Ủy ban Kinh tế của Quốc hội quan tâm trước đó trong “Báo cáo thẩm tra Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật KDBH”³.

Đến khi Nghị định 123 và Thông tư 101 được ban hành thì vấn đề trên đã được hướng

dẫn cụ thể, theo đó, đối tượng trích nộp Quỹ bao gồm DNBH (DNBH phi nhân thọ, DNBH chuyên kinh doanh sức khỏe, DNBH nhân thọ) và chi nhánh phi nhân thọ nước ngoài⁴ và Quỹ thực hiện việc chi trả cho NĐBH hoặc cho DNBH, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài nhận chuyển giao HĐBH khi xảy ra trường hợp DNBH bị phá sản hoặc DNBH, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài mất khả năng thanh toán⁵. Có thể thấy, cùng với quy định trên và quy định về hạn mức chi trả tối đa tùy theo loại hình bảo hiểm, người sử dụng dịch vụ bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài được Quỹ bảo vệ ngang bằng với người sử dụng dịch vụ của các DNBH có tư cách pháp nhân trong nước. Như vậy, Quỹ sử dụng để chi trả nhằm để bảo vệ quyền lợi của NĐBH theo pháp luật hiện hành không chỉ trong trường hợp DNBH phá sản hoặc mất khả năng thanh toán mà còn cả trong trường hợp chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài mất khả năng thanh toán.

Từ sự phân tích trên, chúng tôi kiến nghị hoàn thiện quy định tại khoản 3 Điều 97 Luật KDBH như sau: “Quỹ Bảo vệ NĐBH được thành lập để bảo vệ quyền lợi của NĐBH trong trường hợp DNBH phá sản hoặc DNBH, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài mất khả năng thanh toán...”. Thiết nghĩ với việc bổ sung như vậy, nội dung tại khoản 3 Điều 97 này có thể được hiểu thông nhất với quy định chi tiết tại Điều 32 Nghị định 123 và hướng dẫn tại Điều 6 Thông tư 101.

2. Quy định về hạn mức chi trả của Quỹ Bảo vệ người được bảo hiểm theo Điều 7 Thông tư số 101/2013/TT-BTC

Một trong những vấn đề mà Quỹ Bảo vệ NĐBH cần xem xét, cập nhật và hoàn thiện là quy định về hạn mức chi trả của Quỹ Bảo vệ NĐBH, bởi đây là một trong những nội dung quan trọng đóng góp vào sự thành công của chính sách bảo vệ người tham gia bảo hiểm ở Việt Nam.

3 Xem Mục 7 Báo cáo số 1822/BC-UBKT12 của Ủy ban Kinh tế của Quốc hội Khóa XII ngày 18/10/2010 về “Báo cáo thẩm tra Dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật KDBH”.

4 Xem Điều 29, Nghị định số 123/2011/NĐ-CP.

5 Xem Điều 6, Thông tư số 101/2013/TT-BTC.

Tùy theo điều kiện kinh tế - xã hội của từng quốc gia mà việc quy định hạn mức chi trả của Quỹ Bảo vệ NĐBH ở các quốc gia sẽ không giống nhau. Hạn mức chi trả của Quỹ thể hiện chính sách của Nhà nước, được xây dựng trong từng thời kỳ và việc xác định hạn mức cần đảm bảo đồng thời hai nguyên tắc: (i) hạn mức cần đủ cao để duy trì niềm tin của người dân vào thị trường bảo hiểm và (ii) hạn mức cần đủ thấp để những người mua bảo hiểm không chủ quan với các hoạt động KDBH thiếu an toàn và rủi ro, qua đó kiểm soát và điều tiết rủi ro đạo đức, tránh tình trạng mạo hiểm khi tham gia bảo hiểm. Ngoài ra, việc xác định hạn mức cần tính tới các yếu tố có liên quan như: thu nhập GDP bình quân đầu người, mức độ lạm phát, tỷ giá, lòng tin của người dân vào hệ thống bảo hiểm, mức độ rủi ro của thị trường bảo hiểm và tổng thể nền kinh tế hay tình hình năng lực tài chính của Quỹ.

Tại Việt Nam, hạn mức chi trả của Quỹ được quy định tại Điều 7 Thông tư 101, theo đó đối với HĐBH nhân thọ, Quỹ chi trả tối đa 90% mức trách nhiệm của DNBH nhân thọ, nhưng không quá 200 triệu đồng/NĐBH/hợp đồng. Đối với HĐBH sức khỏe, Quỹ cũng chi trả tối đa 90% mức trách nhiệm của DNBH, chi nhánh nước ngoài và không quá 200 triệu đồng/NĐBH/hợp đồng. Riêng đối với HĐBH phi nhân thọ thì có hai trường hợp chi trả: HĐBH bắt buộc trách nhiệm dân sự của chủ xe cơ giới được chi trả tối đa theo quy định của pháp luật (70 triệu đồng/NĐBH/vụ⁶); các HĐBH thuộc các nghiệp vụ bảo hiểm khác, Quỹ chi trả tối đa 80% mức trách nhiệm của DNBH nhưng không quá 100 triệu đồng/hợp đồng.

Hiện tại, với quy định hạn mức chi trả của Quỹ như trên là phù hợp với tình hình thực tế. Tuy nhiên, với việc quy định một khung cứng là chưa hợp lý, bởi quy định về hạn mức chi trả được cân nhắc dựa trên chỉ số đã được nêu ở trên. Yêu cầu của hạn mức chi trả của Quỹ là làm sao với số tiền chi trả tối đa có thể bảo vệ được phần lớn NĐBH khi xảy ra sự kiện chi trả, đồng thời cũng hạn chế việc tạo ra rủi ro đạo đức, sự trông chờ

từ phía các DNBH, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài cũng như người tham gia bảo hiểm. Chính vì yêu cầu này nên đòi hỏi quy định về hạn mức chi trả của Quỹ phải thường xuyên thay đổi để phù hợp với tình hình thực tế.

Chúng tôi kiến nghị, nên có quy định “mở” cho hạn mức chi trả của Quỹ, cụ thể tại Điều 7 Thông tư 101 về “Hạn mức chi trả của Quỹ” bổ sung thêm khoản 4: “Hạn mức chi trả của Quỹ có thể thay đổi. Bộ trưởng Bộ Tài chính quy định hạn mức chi trả Quỹ Bảo vệ NĐBH theo đề nghị của Hội đồng quản lý Quỹ trong từng thời kỳ”. Thiết nghĩ, quy định này sẽ khắc phục được hạn chế như đã nêu, tạo được sự linh hoạt cũng như tính ổn định của Luật.

3. Quy định về chức năng của Quỹ Bảo vệ người được bảo hiểm

Ngoài chức năng Quỹ được sử dụng để trả tiền bảo hiểm, giá trị hoàn lại; trả tiền bồi thường bảo hiểm; hoàn phí bảo hiểm theo thỏa thuận tại HĐBH cho NĐBH trong trường hợp DNBH, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài mất khả năng thanh toán, DNBH phá sản, thì một chức năng quan trọng của Quỹ là hỗ trợ việc duy trì và tiếp tục HĐBH, giúp người mua bảo hiểm không phải tìm kiếm DNBH, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài khác để ký HĐBH mới.

Khoản 3 Điều 6 Thông tư 101 quy định “Trường hợp chuyển giao HĐBH từ DNBH, chi nhánh nước ngoài mất khả năng thanh toán, DNBH bị phá sản cho DNBH, chi nhánh nước ngoài khác, số tiền do Quỹ chi trả theo hạn mức quy định tại Điều 7 Thông tư này được chuyển trực tiếp cho DNBH, chi nhánh nước ngoài nhận chuyển giao”. Với quy định này, chủ HĐBH sẽ được Quỹ hỗ trợ để tiếp tục duy trì HĐBH của mình ở DNBH, chi nhánh bảo hiểm nước ngoài mới, và điều này thật sự có ý nghĩa hơn trong lĩnh vực bảo hiểm nhân thọ bởi lẽ người mua bảo hiểm sẽ rất khó khăn trong việc ký kết HĐBH nhân thọ mới vì phí bảo hiểm quá cao hay các hạn chế về điều kiện tuổi tác, sức khỏe của NĐBH.

6 Xem khoản 5, Điều 1 Thông tư số 151/2012/TT-BTC.

Vấn đề đặt ra là giả sử Quỹ không tìm được DNBH, chi nhánh bảo hiểm nước ngoài nhận chuyển giao HĐBH này do các hạn chế về rủi ro cao của NĐBH như: sức khỏe, tuổi tác,... thì quyền lợi của NĐBH sẽ được Quỹ bảo vệ như thế nào, khi họ vẫn mong muốn tiếp tục duy trì HĐBH? Trong trường hợp này, nên nghiên cứu và quy định thêm chức năng của Quỹ về việc “trực tiếp quản lý những HĐBH của các DNBH, chi nhánh nước ngoài mất khả năng thanh toán, DNBH phá sản và tiến hành chi trả tiền bảo hiểm theo quy định trong HĐBH khi không tìm được DNBH, chi nhánh bảo hiểm nước ngoài nhận chuyển giao” để NĐBH được bảo vệ tốt nhất.

4. Quy định về đầu tư nguồn tiền nhân rỗi của Quỹ Bảo vệ người được bảo hiểm tại khoản 2, Điều 16 Thông tư số 101/2013/TT-BTC

Do mục tiêu hình thành Quỹ là bảo vệ NĐBH khi DNBH, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài mất khả năng thanh toán, khi DNBH phá sản, nên trong quá trình vận hành, Quỹ phải luôn ở chế độ sẵn sàng có tiền để chi trả khi xảy ra các sự kiện nói trên. Do đó, một nguyên tắc rất cơ bản khi tổ chức các hoạt động đầu tư của Quỹ là dù đầu tư vào lĩnh vực nào, dưới hình thức nào cũng phải đảm bảo tính thanh khoản cao, tức khả năng chuyển đổi các tài sản đầu tư thành tiền và có thể thu hồi được dễ dàng để có thể chi trả cho NĐBH. Đây cũng là tính đặc thù trong hoạt động đầu tư của Quỹ so với các hoạt động đầu tư thông thường khác.

Hoạt động đầu tư từ nguồn tiền nhân rỗi của Quỹ cũng được quy định cụ thể: Mua trái phiếu Chính phủ với số lượng không hạn chế; Mua trái phiếu doanh nghiệp được Chính phủ bảo lãnh với mức tối đa không quá 5% tổng số tiền nhân rỗi của Quỹ tại một doanh nghiệp và không vượt quá 10% tổng số tiền nhân rỗi của Quỹ; Gửi tiền tại các ngân hàng thương mại được thành lập và hoạt động hợp pháp tại Việt Nam với mức tối đa không quá 10% tổng số tiền nhân rỗi của Quỹ tại một ngân hàng thương mại và không

vượt quá 50% tổng số tiền nhân rỗi của Quỹ. Ngân hàng thương mại nơi Quỹ gửi tiền phải là các ngân hàng có tình hình tài chính lành mạnh, kinh doanh có hiệu quả, có khả năng thanh khoản cao theo Quy chế đầu tư Quỹ.

Tuy nhiên, với việc không quy định hạn mức phân trăm tổng số tiền nhân rỗi của Quỹ được giữ lại để dự phòng, tổng số tiền nhân rỗi của Quỹ có thể được đem đầu tư hết sau khi trừ đi chi phí quản lý và các chi phí khác, khi đó Quỹ có thể rơi vào tình trạng bị động, không thanh toán kịp thời theo thời hạn luật định cho NĐBH khi xảy ra trường hợp có DNBH, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ mất khả năng thanh toán, DNBH phá sản. Việc thanh khoản gấp các nguồn đầu tư của Quỹ trên thị trường chứng khoán cũng gây ra những khó khăn cho Quỹ trong việc đảm bảo khả năng sinh lợi. Vì vậy, theo chúng tôi, cần thiết quy định tỷ lệ phân trăm nhất định Quỹ giữ lại để dự phòng, nên là từ 10% đến 20% trên tổng số tiền nhân rỗi của Quỹ, để có thể đảm bảo mức độ nhất định cho việc chi trả trong thời hạn luật quy định. Trong trường hợp Quỹ không đủ khả năng chi trả, Quỹ có thể tiến hành vay tiền từ Ngân hàng Nhà nước nhưng phải được Cục Quản lý, giám sát bảo hiểm cho phép. Nếu số tiền chi trả của Quỹ vượt quá tổng số tiền mà các DNBH, chi nhánh bảo hiểm nước ngoài đóng góp, thiết nghĩ, Quỹ cần được hỗ trợ về tài chính từ Chính phủ (như quy định của Nhật Bản⁷) để có thể bảo vệ được quyền lợi cho NĐBH như mục đích của việc thành lập Quỹ đã đề ra.

5. Quy định về thời điểm ngưng trích nộp Quỹ Bảo vệ người được bảo hiểm theo khoản 2, Điều 4 Thông tư số 101/2013/TT-BTC

Theo quy định tại khoản 1 Điều 4 Thông tư 101 thì việc trích nộp Quỹ Bảo vệ NĐBH hàng năm theo tỷ lệ không vượt quá 0,3% trên tổng doanh thu phí bảo hiểm giữ lại thuộc các HĐBH gốc trong năm tài chính trước liền kề là nghĩa vụ bắt buộc đối với các DNBH, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài, để hình thành và gia tăng quy mô của Quỹ, nhằm đảm bảo Quỹ có thể thực

⁷ Cục Quản lý, giám sát bảo hiểm - Bộ Tài chính (2012), *Phân tích và đánh giá mô hình quỹ bảo vệ chủ HĐBH của một số nước, Bản tin Thị trường Bảo hiểm toàn cầu, số 6 (24) ngày 31/7/2012, tr. 20.*

hiện việc chi trả khi có thành viên trích nộp Quỹ mất khả năng thanh toán hay phá sản. Việc trích nộp này được quản lý và theo dõi riêng đối với từng loại hình bảo hiểm nhân thọ và bảo hiểm phi nhân thọ. Tuy nhiên, nghĩa vụ này chỉ thực hiện cho đến khi quy mô của Quỹ đạt đến tỷ lệ phần trăm nhất định so với tổng tài sản của DNBH, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài trên thị trường bảo hiểm trong năm tài chính trước liền kề. Cụ thể khoản 2 Điều 4 Thông tư 101 quy định: “Việc trích nộp Quỹ được thực hiện đến khi quy mô của Quỹ trong lĩnh vực bảo hiểm phi nhân thọ đạt 5% tổng tài sản của DNBH phi nhân thọ, chi nhánh nước ngoài và Quy mô của Quỹ trong lĩnh vực nhân thọ đạt 3% tổng tài sản của DNBH nhân thọ trong năm tài chính trước liền kề”. Quy định này đồng nghĩa với việc giảm phân nghĩa vụ tài chính đối với các DNBH, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài, bởi khi này quy mô của Quỹ đã đủ lớn để vận hành theo mục đích đề ra.

Chúng tôi cho rằng, quy định trên là bất cập, chưa thật sự tạo sự công bằng giữa các DNBH, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài tham gia trên thị trường bảo hiểm Việt Nam trước và sau khi Quỹ Bảo vệ NĐBH ngưng việc thu trích nộp bởi các lý do sau:

Thứ nhất, tại thời điểm Quỹ ngưng thu việc trích nộp, có DNBH, chi nhánh bảo hiểm nước ngoài đã tham gia trích nộp Quỹ rất nhiều năm, có DNBH, chi nhánh bảo hiểm nước ngoài mới tham gia trích nộp Quỹ được vài năm, thậm chí là một năm, nhưng Quỹ phải có nghĩa vụ chi trả theo quy định của pháp luật cho bất kỳ thành viên trích nộp Quỹ mất khả năng thanh toán hoặc bị phá sản.

Thứ hai, các DNBH, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài tham gia vào thị trường bảo hiểm Việt Nam sau thời điểm Quỹ đã ngưng thu việc trích nộp sẽ không phải thực hiện việc trích nộp Quỹ theo quy định (lý do là quy mô Quỹ thời điểm này bằng hoặc vượt mức 5% tổng tài sản DNBH phi nhân thọ, chi nhánh bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài trong lĩnh vực phi nhân thọ, quy mô Quỹ bằng hoặc vượt mức 3% tổng tài sản của DNBH nhân thọ trong năm tài

chính trước liền kề, và vốn nhân rỗi của Quỹ tiếp tục được sử dụng đầu tư sinh lợi theo quy định). Vấn đề đặt ra là, nếu việc ngưng thu này kéo dài cho đến khi một trong những chủ thể này mất khả năng thanh toán hoặc phá sản thì Quỹ có phải thực hiện việc chi trả cho NĐBH không, khi DNBH, chi nhánh bảo hiểm nước ngoài mà họ ký kết chưa từng thực hiện nghĩa vụ trích nộp Quỹ?

Trong trường hợp trên, nếu Quỹ tiến hành việc chi trả thì tạo ra sự không công bằng đối với các DNBH, chi nhánh bảo hiểm nước ngoài đã tham gia trích nộp Quỹ trước đó, bởi họ đã phải thực hiện một nghĩa vụ tài chính trong nhiều năm, nhưng Quỹ lại sử dụng để chi trả cho trường hợp mất khả năng thanh toán hoặc phá sản của chủ thể KDBH chưa từng thực hiện nghĩa vụ tài chính này. Nếu Quỹ không thực hiện việc chi trả thì sẽ không công bằng đối với các chủ thể KDBH tham gia thị trường bảo hiểm sau khi Quỹ ngưng thu việc trích nộp, vì họ khó có thể cạnh tranh thị phần với các DNBH, chi nhánh bảo hiểm nước ngoài tham gia đóng Quỹ trước đó vì tâm lý của người mua bảo hiểm luôn muốn được bảo vệ ở mức cao nhất, và điều này chắc chắn ảnh hưởng đến sự phát triển của thị trường bảo hiểm.

Để giải quyết vấn đề trên, chúng tôi kiến nghị sửa đổi khoản 2 Điều 4 Thông tư 101 như sau: “DNBH phi nhân thọ, chi nhánh nước ngoài thực hiện việc trích nộp Quỹ cho đến khi tổng số tiền trích nộp Quỹ đạt 5% tổng tài sản của DNBH, chi nhánh nước ngoài trong năm tài chính trước liền kề; DNBH nhân thọ thực hiện việc trích nộp Quỹ cho đến khi đạt 3% tổng tài sản của DNBH nhân thọ trong năm tài chính trước liền kề. Việc trích nộp Quỹ sẽ được phục hồi nếu tổng tài sản của DNBH, chi nhánh nước ngoài tăng vào năm tài chính trước liền kề”. Với kiến nghị này, việc trích nộp Quỹ là bình đẳng đối với các DNBH, chi nhánh nước ngoài dù tham gia vào thị trường bảo hiểm Việt Nam trước hay sau cũng phải trích nộp Quỹ cho đến khi đạt mức phần trăm nhất định trên tổng số tài sản của mình, góp phần tạo môi trường pháp lý an toàn và bình đẳng cho các chủ thể KDBH ở Việt Nam và bảo vệ tốt nhất cho NĐBH ■

PHÁP LUẬT HỖ TRỢ DOANH NGHIỆP NHỎ VÀ VỪA CỦA HÀN QUỐC VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ THAM KHẢO

NGUYỄN THỊ HỒNG NHUNG*

1. Giới thiệu chung về pháp luật hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa tại Hàn Quốc

Doanh nghiệp nhỏ và vừa (DNNVV) ở Hàn Quốc là một trong những hệ thống doanh nghiệp đóng vai trò chiến lược đối với sự phát triển toàn diện của nền kinh tế. Số lượng DNNVV chiếm khoảng 99,9% tổng số doanh nghiệp, đóng góp trên 102,9 triệu đô la Mỹ từ việc xuất khẩu và giải quyết được việc làm cho hơn 87,7% trên tổng dân số đang ở độ tuổi lao động¹. Các chính sách phát triển của Hàn Quốc được xây dựng từ nhu cầu phát triển của nền kinh tế trong nước khi đối mặt với việc ngưng viện trợ từ nước ngoài, cũng như khắc phục những hạn chế của các DNNVV. Vào những năm đầu của thập niên 80, Hàn Quốc ban hành Luật Hỗ trợ thành lập DNNVV (1986) cùng với Đạo luật cơ bản về DNNVV trước đó (năm 1966) đã mở ra cơ hội cho các DNNVV trong nước được phát huy tiềm lực của mình, đóng góp cho nền kinh tế quốc gia. Sau những biến động của kinh tế thế giới (khủng hoảng kinh tế thế giới năm 2008 và 2010), các chính sách hỗ trợ của Chính phủ cũng đã được sửa đổi, bổ sung phù hợp với tình hình thế giới cũng như với từng doanh nghiệp. Dựa vào từng mục tiêu mà các chính sách hỗ trợ của Nhà nước đặt ra, Chính phủ Hàn Quốc ban hành

các luật và văn bản dưới luật với mục đích hỗ trợ và phát triển cho các DNNVV. Tuy được quy định độc lập ở từng văn bản quy phạm pháp luật khác nhau, nhưng giữa chúng có một mối liên hệ chặt chẽ, bổ trợ nhau và không thể tách rời. Hơn nữa, các chính sách hỗ trợ DNNVV được quy định nhất quán, thống nhất và phù hợp với các quy định hiện hành tại các đạo luật cơ bản như Luật Doanh nghiệp, Đạo luật Thuế... Có thể điểm qua các văn bản pháp luật chủ yếu sau đây: *(Xem biểu trang sau)*

Để dễ điều hành, quản lý và cung cấp các chính sách hỗ trợ DNNVV, Hàn Quốc đã chia DNNVV ra thành ba loại: doanh nghiệp siêu nhỏ, doanh nghiệp nhỏ, DNNVV, căn cứ vào ngành nghề và quy mô kinh doanh (Điều 2, Đạo luật cơ bản về DNNVV sửa đổi, bổ sung năm 2011 và Điều 3 Nghị định hướng dẫn thi hành Đạo luật cơ bản về DNNVV).

Cùng với những văn bản pháp luật có mục tiêu rất cụ thể và chi tiết, việc phân loại các DNNVV dựa trên quy mô và ngành nghề kinh doanh cũng rất cụ thể, chi tiết như trên đã giúp các doanh nghiệp tiếp cận và sử dụng một cách hiệu quả các quy định của pháp luật và chính sách hỗ trợ, giúp Hàn Quốc mau chóng đạt được mục tiêu đề ra.

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

1 Theo Cơ quan quản lý DNNVV Hàn Quốc (SMBA, "SMBA – Partner of Korean SMEs") 2014.

Mục tiêu	Các văn bản pháp luật
● Hỗ trợ việc thành lập doanh nghiệp	- Luật hỗ trợ cho DNNVV thành lập - Luật về các biện pháp đặc biệt đối với các khuyến mãi của doanh nghiệp liên doanh
● Hỗ trợ nguồn lực con người	- Luật đặc biệt về hỗ trợ nguồn nhân lực của doanh nghiệp nhỏ và vừa
● Hỗ trợ tài chính	- Luật Ngân hàng
● Hỗ trợ phân phối	- Luật về tạo thuận lợi cho mua hàng của doanh nghiệp sản xuất nhỏ và vừa và hỗ trợ phát triển thị trường
● Quản lý đổi mới	- Luật Khuyến khích đổi mới công nghệ của DNNVV - Luật đặc biệt về chuyển đổi doanh nghiệp thành DNNVV
● Cạnh tranh công bằng	- Luật Hợp tác xã doanh nghiệp vừa và nhỏ - Luật Khuyến khích hợp tác giữa doanh nghiệp lớn và DNNVV
● Hỗ trợ các nhóm xã hội dễ bị tổn thương	- Luật về Các biện pháp đặc biệt để phát triển doanh nghiệp nhỏ và siêu nhỏ - Luật về Hỗ trợ cho các doanh nghiệp thuộc sở hữu nữ giới - Luật Khuyến khích các doanh nghiệp hoạt động của người khuyết tật

2. Những quy định của pháp luật cụ thể về việc hỗ trợ các doanh nghiệp nhỏ và vừa

2.1. Các quy định về hỗ trợ các hoạt động thương mại, giao dịch hàng hóa cho các DNNVV

Để hỗ trợ cho các hoạt động thương mại, giao dịch hàng hóa của các DNNVV, đầu tiên phải kể đến *Act on Facilitation of Purchase of Small and Medium Enterprises – Manufactured Products and Support for Development of their Markets* (tạm dịch là Đạo luật về Hỗ trợ mua bán cho DNNVV - Hàng hoá sản xuất và hỗ trợ phát triển thị trường) sửa đổi, bổ sung năm 2011. Với Đạo luật này, những DNNVV hoạt động trong một số ngành nghề công nghiệp sẽ có được nhiều lợi thế hơn trong việc ký kết và thực hiện hợp đồng. Cụ thể là đối với các dự án xây dựng của quốc gia, DNNVV sẽ được ưu tiên ký kết các hợp đồng mua bán nguyên liệu, vật

tu liên quan đến các dự án này nếu đáp ứng đủ các điều kiện về chất lượng hàng hóa, sản phẩm (Điều 4, Đạo luật về Hỗ trợ mua bán cho DNNVV - Hàng hoá sản xuất và hỗ trợ phát triển thị trường, sửa đổi, bổ sung năm 2011). Đối với các sản phẩm công nghệ do các DNNVV là chủ sản xuất, Chính phủ Hàn Quốc đã đưa ra các chính sách hỗ trợ thông qua việc chỉ định một số tổ chức, cơ quan sẽ ưu tiên mua hàng hóa trong lĩnh vực công nghệ do các DNNVV sản xuất. Chủ tịch Cơ quan quản lý DNNVV (SMBA) chịu trách nhiệm yêu cầu các cơ quan, tổ chức, cơ sở sản xuất thực hiện việc mua hàng hóa từ các DNNVV. Các DNNVV chịu trách nhiệm về việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng với các tổ chức công cộng, các doanh nghiệp lớn do luật chỉ định, đảm bảo chất lượng hàng hóa được yêu cầu trong các văn bản pháp luật và trong hợp đồng (Chương 3, Đạo luật về hỗ

Ngành	Doanh nghiệp nhỏ và vừa		Doanh nghiệp nhỏ	Doanh nghiệp siêu nhỏ
	Số lượng nhân viên	Vốn/ Doanh thu	Số lượng nhân viên	
Ngành chế tạo, sản xuất	< 300 người	Vốn ≤ 8 tỷ won	< 50 người	< 10 người
Khai thác, xây dựng và giao thông vận tải	< 300 người	Vốn ≤ 3 tỷ won	< 50 người	< 10 người
Xuất bản, thông tin và truyền thông, hành chính và dịch vụ hỗ trợ hoạt động, hoạt động y tế và công tác xã hội, hoạt động khoa học và kỹ thuật.	< 300 người	Doanh thu ≤ 30 tỷ won	< 10 người	< 5 người
Nông nghiệp, lâm nghiệp và thủy sản, điện, khí đốt, hơi nước và các hoạt động kinh doanh, bán buôn và bán lẻ, dịch vụ lưu trú và ăn uống, các hoạt động tài chính và bảo hiểm, nghệ thuật, vui chơi giải trí	< 200 người	Doanh thu ≤ 20 tỷ	< 10 người	< 5 người
Thoát nước, quản lý chất thải và xử lý các hoạt động, giáo dục, sửa chữa và dịch vụ khác	< 100 người	Doanh thu ≤ 10 tỷ		
Bất động sản, các hoạt động cho thuê	< 50 người	Doanh thu ≤ 5 tỷ won		

trợ mua bán cho DNNVV - Hàng hoá sản xuất và hỗ trợ phát triển thị trường, sửa đổi, bổ sung năm 2011).

Có thể thấy, việc quy định như vậy không những tạo ra thị trường tiêu thụ cho các sản phẩm của DNNVV, mà còn tăng tính cạnh tranh đối với các doanh nghiệp lớn, các doanh nghiệp truyền thống. Thông qua việc đưa ra các chính sách hỗ trợ như ưu tiên mua hàng hóa, ưu tiên ký kết hợp đồng, hay yêu cầu các doanh nghiệp lớn phải mua các sản phẩm sản xuất bởi các DNNVV chứ không được tự sản xuất, đã góp phần mở rộng thị trường, tạo điều kiện thuận lợi cho việc giao thương hàng hóa giữa các doanh nghiệp với nhau.

2.2. Các quy định về vấn đề đào tạo và cung cấp nguồn nhân lực phù hợp hỗ trợ cho các DNNVV

Nhân lực và trình độ phát triển của

nguồn nhân lực là nhân tố quyết định nhất đối với sự phát triển của mỗi quốc gia. Vì vậy, các quốc gia trên thế giới đều rất coi trọng việc phát triển nguồn nhân lực, đặc biệt là trong lĩnh vực kinh tế, vấn đề về nguồn nhân lực luôn được đặt lên hàng đầu. Không thể phủ nhận rằng, các doanh nghiệp lớn có truyền thống lâu đời đã giúp Hàn Quốc giải quyết được vấn đề về lao động. Tuy nhiên, với tỷ lệ chiếm hơn 99% tổng số doanh nghiệp toàn quốc, các DNNVV hiện đang nắm giữ vị trí chủ chốt trong việc tạo ra việc làm cho người dân, đặc biệt là nguồn lao động trẻ.

Hơn nữa, Hàn Quốc là một trong những quốc gia chịu những ảnh hưởng nặng nề từ khủng hoảng kinh tế thế giới 2007, tình trạng người thất nghiệp chiếm tỷ lệ cao và là một vấn đề nan giải cần phải giải quyết trong giai đoạn đó. Luật Hỗ trợ nguồn nhân lực cho các

DNNVV, sửa đổi, bổ sung năm 2009 đã đưa ra những biện pháp nhằm cải thiện tình trạng thất nghiệp của quốc gia, đồng thời giúp các DNNVV thuận tiện hơn trong quá trình hoạt động sản xuất do nhu cầu về nhân sự vào thời điểm đó vẫn chưa được đáp ứng. Thông qua những chính sách đào tạo từ xa, đào tạo qua mạng, Chính phủ Hàn Quốc đã thiết lập một mạng lưới giáo dục nhằm trang bị và củng cố những kiến thức chuyên môn. Không những thế, Hàn Quốc cũng đã phát triển đào tạo thông qua website, giúp cho việc tiếp cận thông tin dễ dàng và linh hoạt hơn (Điều 12, Luật Hỗ trợ nguồn nhân lực cho các DNNVV, sửa đổi, bổ sung năm 2009).

Song song đó, Chính phủ Hàn Quốc cũng đã có những chính sách đổi mới vượt bậc trong việc thiết lập mối quan hệ mật thiết giữa các DNNVV với các trường đại học, cao đẳng và học viện, gắn kết tương lai DNNVV với tương lai đội ngũ thế hệ sinh viên được đào tạo. Với Luật Hỗ trợ nguồn nhân lực cho các DNNVV, sửa đổi, bổ sung năm 2009, Chính phủ vừa giải quyết được tình trạng thất nghiệp cho người dân, vừa giải quyết được tình trạng thiếu hụt lao động có chuyên môn của các doanh nghiệp, thông qua việc ban hành rất nhiều các dự án đào tạo, nâng cao chất lượng nguồn nhân lực cho các DNNVV (Industry - Academic Cooperation) (Điều 8, Luật Hỗ trợ nguồn nhân lực cho các DNNVV, sửa đổi, bổ sung năm 2009). Đầu tiên có thể kể đến là những dự án đào tạo nguồn nhân lực để đáp ứng các nhu cầu về nguồn nhân lực theo vùng, theo hình thức kinh doanh, theo loại hình doanh nghiệp và theo lĩnh vực kinh doanh. Do mỗi lĩnh vực kinh doanh là khác nhau nên điều kiện về lao động mà các doanh nghiệp đưa ra cũng sẽ khác nhau. Do đó, các dự án đào tạo cụ thể được ban hành như một giải pháp cho vấn đề về thừa lao động phổ thông nhưng lại thiếu các lao động có trình độ chuyên môn cao, làm giảm thiểu thời gian và chi phí của doanh nghiệp khi phải đào tạo lại nhân sự của mình.

Bên cạnh đó, Chính phủ còn xây dựng nên những dự án hỗ trợ bồi dưỡng người lao động đang làm việc tại các DNNVV. Các dự án chú trọng vào việc nâng cao chất lượng đội ngũ nhân viên về tay nghề nhằm đáp ứng kịp thời nhu cầu phát triển và đổi mới không ngừng của DNNVV nói riêng và nền kinh tế công nghiệp nói chung. Vì vậy, thông qua những chính sách và dự án hỗ trợ nhân lực cho các DNNVV, Chính phủ đã gián tiếp cung cấp cho các DNNVV nguồn nhân lực chất lượng cao.

Không dừng lại ở đó, Chính phủ Hàn Quốc đã có những chủ trương phát triển và nâng cao nguồn nhân lực ở mỗi DNNVV bằng các biện pháp như ưu tiên cho sinh viên tại các trường đại học - cao đẳng được kiến tập và thực tập tại các cơ sở sản xuất kinh doanh của các DNNVV trong mọi lĩnh vực, mọi ngành nghề. Bằng những dự án đào tạo nguồn nhân lực cho doanh nghiệp, Chính phủ sẽ cung cấp kinh phí và hỗ trợ cho các chương trình liên kết giữa các trường đại học, cao đẳng với các doanh nghiệp bao gồm các khoản trợ cấp, vị trí công việc, thông tin trường, thông tin doanh nghiệp, các khoản trợ cấp cho giảng viên, người hướng dẫn và sinh viên (khoản 2, Điều 11, Luật Hỗ trợ nguồn nhân lực cho các DNNVV, sửa đổi, bổ sung năm 2009). Về phía các cơ sở đào tạo giáo dục, các trường có nhiệm vụ phải bổ sung vào chương trình đào tạo các môn học về DNNVV, cũng như việc đưa vào hoạt động kiến tập và thực tập của sinh viên là môn học chính hay các tín chỉ bắt buộc. Những quy định thiết thực trên không chỉ giúp sinh viên có được cơ hội để thực hành với môi trường làm việc thực tế và chuyên nghiệp mà còn mở ra những cơ hội nghề nghiệp cho sinh viên sau khi tốt nghiệp, đồng thời giúp cho các DNNVV có được nguồn nhân lực chất lượng cao như mong muốn.

2.3. Các quy định về đổi mới công nghệ hỗ trợ cho các DNNVV và các doanh nghiệp đầu tư mạo hiểm

Hiện nay, trong bối cảnh hội nhập kinh

tế cùng với sự phát triển không ngừng của khoa học kỹ thuật, các doanh nghiệp khởi nghiệp nhỏ và vừa ngày càng phát triển cả về số lượng lẫn chất lượng. Đặc biệt là đối với các nước đã phát triển, thành phần doanh nghiệp khởi nghiệp và doanh nghiệp đầu tư mạo hiểm trong lĩnh vực công nghệ thông tin, công nghệ phần mềm đóng góp vai trò rất quan trọng trong việc hiện đại hóa khoa học kỹ thuật của quốc gia và góp phần không nhỏ trong sự tăng trưởng kinh tế. Hàn Quốc được biết đến là một trong những quốc gia đi đầu về công nghệ điện tử - viễn thông, do đó Chính phủ Hàn Quốc cũng đã ban hành rất nhiều chính sách ưu đãi cho các cá nhân, tổ chức thành lập doanh nghiệp trong lĩnh vực công nghệ cũng như các doanh nghiệp đầu tư mạo hiểm (venture business) thông qua một số đạo luật chính như: Luật về Các biện pháp hỗ trợ đặc biệt thúc đẩy doanh nghiệp đầu tư mạo hiểm, Luật về Thúc đẩy đổi mới công nghệ đối với các DNNVV, Luật về Hỗ trợ thành lập các DNNVV. Đồng thời, pháp luật Hàn Quốc đã đơn giản hóa thủ tục thành lập cho từng loại hình doanh nghiệp, tạo lập các quỹ hỗ trợ vốn khởi nghiệp, địa điểm vị trí mặt bằng hoạt động.

Về vấn đề hỗ trợ vốn khởi nghiệp cho các doanh nghiệp mạo hiểm, Luật về Các biện pháp hỗ trợ đặc biệt thúc đẩy doanh nghiệp đầu tư mạo hiểm sửa đổi, bổ sung năm 2010 đã quy định các biện pháp giúp việc huy động vốn của các doanh nghiệp dễ dàng, thuận tiện và linh hoạt hơn. Cụ thể, căn cứ vào các hoạt động đầu tư của mỗi doanh nghiệp, các quỹ được thành lập theo quyết định của Tổng thống hoặc theo các quy định của Luật Tài chính quốc gia có thể đầu tư vào các doanh nghiệp đầu tư mạo hiểm, hoặc góp vốn vào các Hiệp hội doanh nghiệp khởi nghiệp đầu tư nhỏ và vừa, Hiệp hội đầu tư dự án công nghiệp, Quỹ kinh doanh mạo hiểm Hàn Quốc (Korea Venture Fund).

Bên cạnh đó, là một trong những quốc gia phát triển mạnh nhất trong khu vực châu Á về ngành công nghiệp nhẹ, đặc biệt là

trong lĩnh vực điện tử - viễn thông, Chính phủ Hàn Quốc đã đưa ra một số quy định như hỗ trợ 50% chi phí mua trang thiết bị phục vụ cho hoạt động sản xuất, ưu tiên đối với việc sử dụng đất và tài sản, cũng như kinh phí hỗ trợ từ Nhà nước cho các dự án nghiên cứu, các kế hoạch đổi mới công nghệ nhằm phù hợp với xu thế phát triển của doanh nghiệp và xã hội.

2.4. Các quy định liên quan đến các chính sách ưu đãi về tài chính cho DNNVV

Song hành với các quy định của pháp luật về việc hỗ trợ thành lập cũng như hoạt động cho các DNNVV, Hàn Quốc cũng đã thành lập hệ thống hỗ trợ tài chính cho DNNVV thông qua các chính sách thuế và hệ thống bảo lãnh tín dụng phục vụ cho hoạt động vay vốn, huy động vốn hay hoạt động sản xuất.

Về việc thực hiện các chính sách ưu đãi thuế đối các DNNVV, khi ban hành Đạo luật Hạn chế thuế đặc biệt (Restriction of Special Tax Act) đầu tiên vào năm 1998, Hàn Quốc đã tập trung vào những doanh nghiệp đầu tư và nghiên cứu phát triển sản phẩm công nghệ mới. Tuy nhiên, qua nhiều lần sửa đổi, Đạo luật Hạn chế thuế đặc biệt sửa đổi, bổ sung năm 2014 đã đưa ra những quy định rõ ràng về các chính sách miễn thuế, giảm thuế và hoàn thuế đối với các DNNVV đang hoạt động trong mọi lĩnh vực. Ví dụ đối với các doanh nghiệp nhỏ, tùy theo từng trường hợp và điều kiện hoạt động cụ thể theo quy định của pháp luật sẽ được giảm 5%, 10%, 15%, 20% hay 30% hay miễn một số thuế như thuế giá trị gia tăng, thuế trước bạ đối với bất động sản phục vụ hoạt động nghiên cứu phát triển của các DNNVV.

Bên cạnh các chính sách về thuế, hệ thống bảo lãnh tín dụng đã tạo điều kiện cho các DNNVV tiếp cận với vốn vay dễ dàng hơn. Với mục đích giảm nhẹ khó khăn tài chính trong việc huy động vốn thành lập và hoạt động doanh nghiệp, hệ thống hỗ trợ tài chính cho DNNVV được thành lập và chia theo ba kênh chính: Quỹ bảo lãnh tín dụng

Hàn Quốc, Quỹ bảo lãnh tín dụng công nghệ Hàn Quốc và Quỹ bảo lãnh tín dụng địa phương. Ngoài ra, các DNNVV có thể huy động vốn qua các kênh như phát hành trái phiếu, tiền gửi nhận được từ Quỹ quản lý vốn theo Luật Quản lý quỹ công cộng...

2.5. Các chính sách hoạt động hỗ trợ cho DNNVV của Cơ quan quản lý DNNVV Hàn Quốc (SMBA)

Cơ quan Quản lý DNNVV (SMBA) là cơ quan quan trọng nhất trong việc thiết lập các kế hoạch về chính sách của Chính phủ hỗ trợ cho DNNVV, cũng như chịu trách nhiệm thi hành và phổ biến những quy định của pháp luật đến với các doanh nghiệp. Cơ quan này đóng vai trò tiên phong trong việc cung cấp và phát triển các sáng kiến chính sách giúp DNNVV hoạt động hiệu quả và thiết thực hơn và là “cánh tay phải” đặc lực cho Chính phủ Hàn Quốc trong việc tạo ra các công cụ, chính sách chủ yếu giúp DNNVV phát triển, cạnh tranh lành mạnh với các doanh nghiệp lớn, doanh nghiệp truyền thống. SMBA có trách nhiệm triển khai thực hiện và giám sát hoạt động của các doanh nghiệp khác nhau tùy thuộc vào mỗi loại hình và quy mô doanh nghiệp như doanh nghiệp khởi nghiệp, doanh nghiệp đầu tư mạo hiểm, doanh nghiệp xuất nhập khẩu, doanh nghiệp nhỏ, doanh nghiệp siêu nhỏ...

Về vấn đề khởi nghiệp kinh doanh, với mục tiêu là hướng tới những ý tưởng và công nghệ đột phá, SMBA nắm vai trò to lớn trong việc bồi dưỡng kỹ thuật cũng như những kiến thức nền tảng trong việc khởi nghiệp kinh doanh, đồng thời là người truyền cảm hứng cho những nhà kinh doanh tương lai khởi nghiệp thành công. Để thực hiện mục tiêu ấy, SMBA đã tổ chức những chương trình hội trại khởi nghiệp với tên gọi Biz-Cool, có đối tượng hướng đến chính là học sinh tiểu học, trung học cơ sở và trung học phổ thông, thông qua việc cung cấp những kiến thức cơ bản cũng như hướng dẫn các cách tư duy mới nhằm truyền những cảm hứng kinh doanh cho các em. Bên cạnh đó, SMBA cũng triển khai các hoạt động đào tạo

và hướng dẫn về khởi nghiệp tại các trường đại học, cao đẳng, học viện. Với quan điểm giáo dục đóng vai trò quan trọng trong việc khởi nghiệp thành công, SMBA cũng đã thành lập những Hiệp hội và các trường về khởi nghiệp nhằm đào tạo những doanh nhân trẻ thành thể hệ mới giúp phát triển nền kinh tế nước nhà.

Đối với các doanh nghiệp đầu tư mạo hiểm, SMBA đã thành lập các quỹ hỗ trợ vốn thành lập và hoạt động doanh nghiệp như Quỹ kết nối đầu tư (Angel Investment Matching Fund), Quỹ sáng tạo tương lai, hay hệ thống quỹ công cộng nhằm giúp các doanh nghiệp đầu tư mạo hiểm đang gặp khó khăn về vốn. Hơn nữa, SMBA đã thành lập tổ chức KONEX hỗ trợ cho các DNNVV trong việc tạo lập nguồn quỹ cho hoạt động sản xuất, đồng thời xây dựng một mạng lưới thông tin giao dịch M&A cho các DNNVV trong việc kinh doanh hàng hóa hay khởi nghiệp kinh doanh.

Mặt khác, SMBA cũng đã xây dựng một số chính sách khuyến khích các doanh nghiệp siêu nhỏ nhằm giúp các doanh nghiệp khẳng định vị thế của mình trên thương trường, sánh tầm với các “ông lớn” trên thị trường. SMBA đã thiết lập một hệ thống cung cấp các thông tin về hàng hóa, người tiêu dùng, các kế hoạch quy hoạch đô thị, cũng như việc tạo nên mối liên hệ mật thiết giữa các doanh nghiệp siêu nhỏ với nhau, với các doanh nghiệp vừa và với các doanh nghiệp truyền thống. Bên cạnh đó, Chính phủ Hàn Quốc, thông qua SMBA, cũng đã tạo cơ hội phát triển cho các doanh nghiệp siêu nhỏ với quy định về hệ thống phân phối giữa các doanh nghiệp siêu nhỏ với các doanh nghiệp khác thông qua hình thức phân phối truyền thống, lẫn phân phối qua hệ thống logistics trong nước và trong khu vực. Chính phủ cũng đã vạch ra các chiến lược hỗ trợ vốn thông qua việc luân chuyển nguồn vốn hợp lý, các dự án tái đầu tư, các chính sách hỗ trợ ưu đãi về thuế, phí và lệ phí giúp cho doanh nghiệp tránh gặp những gánh nặng khi việc kinh doanh không hiệu quả.

3. Những thành tựu đạt được từ việc hỗ trợ các doanh nghiệp nhỏ và vừa của Hàn Quốc

Trong quá trình hội nhập và phát triển kinh tế không ngừng, phát triển hệ thống DNNVV là mục tiêu trọng tâm của Hàn Quốc. Theo đó, các chính sách hỗ trợ do Chính phủ ban hành đã và đang được triển khai thực hiện thông qua việc tạo môi trường thuận lợi cho doanh nghiệp về hành lang pháp lý, trợ giúp doanh nghiệp tiếp cận với các nguồn lực trọng yếu như nhân lực, thị trường, công nghệ và tài chính. Tùy vào từng giai đoạn phát triển của nền kinh tế trong nước và những biến chuyển của kinh tế thế giới, Nhà nước Hàn Quốc đã xây dựng hợp lý từng lộ trình phát triển và hỗ trợ một cách linh hoạt giúp các DNNVV áp dụng một cách linh hoạt, chủ động và đạt hiệu quả cao. Cuối thế kỷ 20, Hàn Quốc là một trong những nước có tốc độ tăng trưởng kinh tế nhanh nhất trong lịch sử thế giới hiện đại, và là quốc gia duy nhất vươn lên thành công, từ quốc gia chủ yếu nhận viện trợ nước ngoài sang một trong những quốc gia giàu nhất khu vực chỉ trong vài chục năm.

Hiện nay, Hàn Quốc là nền kinh tế lớn thứ ba châu Á và đứng thứ 10 trên thế giới².

Việc hỗ trợ các chính sách phát triển cho các DNNVV, tạo mọi điều kiện cho doanh nghiệp vươn lên tầm cao mới, sánh ngang với các tập đoàn lớn trong nước và trên thế giới đã đóng góp to lớn vào tốc độ tăng trưởng vượt bậc của nền kinh tế Hàn Quốc. Tốc độ tăng trưởng GDP đều đặn bình quân là 5% mỗi năm là một yếu tố quan trọng giúp Hàn Quốc luôn nằm trong danh sách những quốc gia giàu mạnh trên thế giới.

4. Khả năng áp dụng chính sách, pháp luật hỗ trợ DNNVV tại Việt Nam

4.1 Thực trạng

Tại Việt Nam hiện nay, các giải pháp Chính phủ xây dựng hỗ trợ cho các DNNVV chủ yếu thể hiện ở các văn bản dưới luật. Cụ thể, đó là Nghị định số 56/2009/NĐ-CP ngày 30/6/2009 của Chính phủ về trợ giúp phát triển DNNVV, Nghị quyết số 22/NQ-CP ngày 5/5/2010 về triển khai thực hiện Nghị định số 56/2009, hay Quyết định số 1231/QĐ-TTg ngày 07/9/2012 của Thủ tướng Chính phủ về Phê duyệt Kế hoạch phát triển DNNVV giai đoạn 2011 – 2015. Theo quy định của Nghị định số 56/2009/NĐ-CP về trợ giúp phát triển DNNVV, DNNVV là cơ sở kinh doanh đã đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật, được chia thành ba cấp: siêu nhỏ, nhỏ,

Quy mô Khu vực	Doanh nghiệp siêu nhỏ	Doanh nghiệp nhỏ		Doanh nghiệp vừa	
	Số lao động	Tổng nguồn vốn	Số lao động	Tổng nguồn vốn	Số lao động
1. Nông, lâm nghiệp và thủy sản	10 người trở xuống	20 tỷ đồng trở xuống	từ trên 10 người đến 200 người	từ trên 20 tỷ đồng đến 100 tỷ đồng	từ trên 200 người đến 300 người
2. Công nghiệp và xây dựng	10 người trở xuống	20 tỷ đồng trở xuống	từ trên 10 người đến 200 người	từ trên 20 tỷ đồng đến 100 tỷ đồng	từ trên 200 người đến 300 người
3. Thương mại và dịch vụ	10 người trở xuống	10 tỷ đồng trở xuống	từ trên 10 người đến 50 người	từ trên 10 tỷ đồng đến 50 tỷ đồng	từ trên 50 người đến 100 người

2 Truy cập website https://vi.wikipedia.org/wiki/Kinh_tế_Hàn_Quốc.

vừa căn cứ theo quy mô tổng nguồn vốn (tổng nguồn vốn tương đương tổng tài sản được xác định trong bảng cân đối kế toán của doanh nghiệp) hoặc số lao động bình quân năm (với tổng nguồn vốn là tiêu chí ưu tiên), cụ thể như sau: (Xem biểu trang 63)

Mục đích phân loại DNNVV như vậy một mặt để triển khai các chủ trương, chính sách trợ giúp phát triển doanh nghiệp, mặt khác để tăng cường quản lý nhà nước về trợ giúp phát triển DNNVV ở nước ta.

Tuy nhiên, việc triển khai các chính sách hỗ trợ DNNVV trong thời gian qua cho thấy, chính sách trợ giúp cho DNNVV còn ở mức thấp, chưa đáp ứng nhu cầu phát triển của loại hình doanh nghiệp này. Tỷ lệ DNNVV tham gia và thụ hưởng các chương trình hỗ trợ chính sách của Nhà nước còn ở mức khiêm tốn. Tác động hoạt động trợ giúp đối với DNNVV chưa thể hiện rõ, chưa có trọng tâm, chưa ưu tiên cho ngành trọng điểm, chưa hỗ trợ phát triển cho các cụm liên kết ngành. Bên cạnh đó, nguồn lực dành cho trợ giúp phát triển DNNVV còn phân tán, trình tự thủ tục để thụ hưởng các chính sách hỗ trợ của Nhà nước còn nhiều bất cập, gây khó khăn cho DNNVV... Cụ thể, khó khăn lớn nhất của DNNVV là chi phí đầu vào sản xuất quá lớn, việc kinh doanh phần lớn dựa vào nguồn vốn vay ngân hàng có lãi suất rất cao và khả năng tiếp cận khó khăn. Nguồn lao động bị cạnh tranh với các doanh nghiệp lớn trong nước và cả doanh nghiệp nước ngoài, hơn nữa, các DNNVV cũng phải đối mặt với tình trạng thiếu hụt nhân lực có tay nghề cao. Ngoài ra, do năng lực về vốn chưa đủ mạnh, các doanh nghiệp gặp nhiều khó khăn về việc tiếp cận công nghệ mới cũng như những chính sách hỗ trợ đổi mới công nghệ. Việc hỗ trợ đầu tư từ các chương trình xúc tiến thương mại trọng điểm quốc gia của Chính phủ cũng chỉ dừng lại ở khâu quảng bá, hỗ trợ kết nối, thông tin tổng quan... còn lại kinh phí cho từng hoạt động kinh doanh là rất lớn, đòi hỏi phải thực hiện trong dài hạn.

Những hạn chế nêu trên có thể thấy, sự quan tâm của Nhà nước dành cho loại hình doanh nghiệp này còn thiếu tính hệ thống, chưa sâu sát, một mặt thể hiện ở hiệu lực của các văn bản pháp luật (đều là văn bản dưới

luật) và số lượng các loại văn bản có liên quan; mặt khác, thể hiện ở việc thiếu cơ quan chuyên trách đóng vai trò của một “nhạc trưởng” để thúc đẩy, hỗ trợ, theo dõi hoạt động của những doanh nghiệp này, từ đó có những can thiệp kịp thời.

4.2. Kiến nghị

Từ kinh nghiệm của Hàn Quốc, với việc xây dựng 19 đạo luật có mục đích rất rõ ràng là thúc đẩy DNNVV khởi nghiệp và tăng trưởng, nâng cao năng lực cạnh tranh, Việt Nam cần ban hành những văn bản pháp luật mang tính hệ thống và bao quát tất cả những vấn đề nhằm giúp hỗ trợ DNNVV từ giai đoạn ý tưởng, đến khởi nghiệp và hoạt động. Trong đó, việc ban hành một văn bản luật về hỗ trợ DNNVV là hết sức cần thiết nhằm luật hoá những chính sách hỗ trợ, tăng cường sự quan tâm của Nhà nước về lĩnh vực này, với những quy định thiết thực như xây dựng quỹ hỗ trợ khởi nghiệp, đơn giản hoá thủ tục trong việc tiếp cận nguồn vốn khởi nghiệp và tái đầu tư kinh doanh, lãi suất cho vay thấp, hỗ trợ trong chuyên giao công nghệ, miễn, giảm thuế trong những năm đầu khởi nghiệp, hỗ trợ mặt bằng, hỗ trợ cung cấp nguồn nhân lực chất lượng cao...

Bên cạnh đó, việc xây dựng một cơ quan chuyên trách trong việc hỗ trợ DNNVV cũng cần phải đặt ra, nhằm giúp Chính phủ theo dõi sát sao việc thực hiện pháp luật, đồng thời chủ động thực hiện những công việc cần thiết làm tăng tính hiệu quả của pháp luật và chính sách hỗ trợ.

Ngoài ra, giáo dục cũng cần được thay đổi nhằm khuyến khích, động viên và cổ vũ tinh thần tự do sáng tạo của mỗi cá nhân từ khi còn ngồi trên ghế nhà trường. Tại những quốc gia khởi nghiệp trên thế giới, các cơ sở giáo dục như trường đại học, cao đẳng, học viện luôn đóng vai trò quan trọng trong việc ươm mầm và phát triển những hạt giống về khởi nghiệp. Học hỏi kinh nghiệm từ Hàn Quốc trong việc xây dựng hệ thống hợp tác giữa các doanh nghiệp nhỏ và vừa với các cơ sở đào tạo giáo dục sẽ vừa giải quyết được vấn đề chất lượng nhân lực hiện nay ở nước ta, cũng như khắc phục được tình trạng thất nghiệp hoặc không có khả năng làm việc sau khi ra trường của sinh viên ■