

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

Số 1+2(210+211) / Tháng 1/2012



CHÚC MỪNG NĂM MỚI 2012

DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH



Mục lục

- 7** Thư chúc mừng năm mới của Chủ tịch Quốc hội gửi Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp

Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Sinh Hùng

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 8** Quốc hội Việt Nam: Mười sự kiện nổi bật trong năm 2011

NCLP

- 10** Bảo hiến, chủ nghĩa lập hiến và nhà nước pháp quyền

GS.TSKH Đào Trí Úc – TS. Vũ Công Giao

- 17** Quyền lực nhân dân và quyền lực nhà nước qua các hiến pháp Việt Nam

GS, TS. Phạm Hồng Thái

- 26** Hiến pháp với việc tổ chức bộ máy quyền lực nhà nước trong giai đoạn xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam

GS, TSKH. Lê Văn Cẩm – Vũ Văn Huân

- 34** Lựa chọn mô hình tài phán hiến pháp – những vấn đề phổ biến và đặc thù quốc gia

TS. Võ Trí Hào

- 40** Tính chính đáng của đảng cầm quyền

TS. Đặng Đình Tân

- 44** Quyền công tố và tổ chức thực hiện quyền công tố trong nhà nước pháp quyền

TS. Nguyễn Minh Đức

- 51** Những vấn đề cần tiếp tục hoàn thiện về điều kiện hoạt động của đại biểu Quốc hội

TS. Bùi Ngọc Thanh

- 57** Kiểm soát văn bản quy phạm pháp luật từ góc độ phân quyền

TS. Nguyễn Hoàng Anh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 64** Những bất cập của Bộ luật Lao động hiện hành và một số quan điểm sửa đổi Bộ luật Lao động

TS. Bùi Sỹ Lợi

- 68** Quản lý và kế toán ngân quỹ nhà nước: yêu cầu luật hóa và phương hướng đổi mới

PGS, TS. Đặng Văn Thanh

- 73** Hoàn thiện quy định về quyền thỏa thuận chọn luật áp dụng cho hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài

ThS. Bành Quốc Tuấn

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

NGUYỄN QUANG MINH

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 080-48486/ 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

NGUYỄN ANH VŨ

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VH TT

PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364
TP. HỒ CHÍ MINH: 080-83558

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CP IN KHKT

GIÁ: 15.000 ĐỒNG



CHÍNH SÁCH

78 Con đường công nghiệp hóa, hiện đại hóa rút ngắn của Hà Nội hiện nay

TS. Hoàng Xuân Nghĩa

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

89 Pháp luật doanh nghiệp Việt Nam trong điều kiện hội nhập

PGS.TS. Bùi Xuân Hải

97 Quy định về vốn điều lệ công ty và thông lệ quốc tế

TS. Nguyễn Quốc Vinh

101 Kiến nghị hoàn thiện Luật Công chứng

TS. Lê Quốc Hùng

106 Các nguyên tắc cơ bản trong việc điều chỉnh bằng pháp luật đối với hoạt động đầu tư chứng khoán

TS. Lê Vũ Nam

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

114 Nhận dạng lợi ích gắn với nghĩa vụ trong quan hệ kết ước - kinh nghiệm của Anh và Pháp

PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện





Legis 1/2012

- 7** New year congratulation letter from the Chairman of National Assembly to Legislative Study Journal

National Assembly chairman Nguyen Sinh Hung

STATE AND LAW

- 8** Vietnam National Assembly's Top ten events in year 2011

NCLP

- 10** Constitutional review, constitutionalism and the rule of law

Prof, Dr. Dao Tri Uc – Dr. Vu Cong Giao

- 17** People's power and State power through Vietnam's Constitutions

Prof, Dr. Phạm Hồng Thái

- 26** Constitution with the organization of state apparatus in the construction phase of Vietnam law-governed state

Prof, Dr. Le Van Cam – Vu Van Huan

- 34** Selecting constitutional jurisdiction model - common problems and national specifics

Dr. Vo Tri Hao

- 40** Legitimacy of the ruling party

Dr. Dang Dinh Tan

- 44** Prosecution and implement the right to prosecute in law-governed state

Dr. Nguyen Minh Duc

- 51** The needed issues to improve on operating conditions of the National Assembly deputies

Dr. Bui Ngoc Thanh

- 57** Review of legal documents from the decentralization perspective

Dr. Nguyen Hoang Anh

DISCUSSION OF BILLS

- 64** The inadequacies of the current Labour Code and certain viewpoints to amend the Labor Code

Dr. Bui Sy Loi

- 68** Management and accounting of state budgets: requirements to codify and the directions to reform

Prof, Dr. Dang Van Thanh

- 73** Accomplishing provisions on the right to make agreement to choose applicable law in civil contracts with foreign elements

LLM. Banh Quoc Tuan

EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

VICE EDITOR-IN-CHIEF:

NGUYEN QUANG MINH

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 080-48486/ 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

NGUYEN ANH VU

LICENSE OF PUBLISHMENT:

N^o 117/GP-DATE 30-3-2001
MINISTRY OF CULTURE AND
INFORMATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364
HO CHI MINH CITY: 080-83558

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED IN SCIENCE TECHNOLOGY
PRINTING COMPANY

Price: 15,000 VND



POLICIES

78 The shortened path of industrialization and modernization in Hanoi these days

Dr. Hoang Xuan Nghia

LEGAL PRACTICE

89 Vietnam law on corporate in terms of integration

Prof, Dr. Bui Xuan Hai

97 Provisions of the charter capital and international practice

Dr. Nguyen Quoc Vinh

101 Recommendations to accomplish Law on notarization

Dr. Le Quoc Hung

106 The basic principles for regulating by law the securities investment activities

Dr. Le Vu Nam

FOREIGN EXPERIENCE

114 Identify the benefits associated with obligations in contractual relations - the British and French experience

Prof, Dr. Nguyen Ngoc Dien





CHỦ TỊCH
Quốc hội nước CHXHCN Việt Nam

Hà Nội, ngày 26 tháng 12 năm 2011

THƯ CỦA CHỦ TỊCH QUỐC HỘI NGUYỄN SINH HÙNG

Gửi Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp

Trong niềm vui đón Năm mới Nhâm Thìn 2012, tôi thân ái gửi tới toàn thể cán bộ, viên chức, biên tập viên, cộng tác viên Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp lời chúc mừng tốt đẹp nhất.

Tôi tin tưởng rằng Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp sẽ phát huy thành tựu và kết quả đã đạt được trong năm 2011, làm tốt vai trò là diễn đàn lý luận về Nhà nước, Pháp luật, có nhiều đóng góp cho công tác nghiên cứu, xây dựng và phổ biến chính sách, pháp luật.

Chúc các đồng chí sức khỏe, đoàn kết, sáng tạo và thành công.

Thân ái,

Nguyễn Sinh Hùng

Ủy viên Bộ Chính trị

Chủ tịch Quốc hội CHXHCNVN



QUỐC HỘI VIỆT NAM: 10 SỰ KIỆN QUAN TRỌNG TRONG NĂM 2011

1. Ngày 05/01/2011, tại Nhà hát lớn thành phố Hà Nội (nơi Quốc hội khóa I họp kỳ họp đầu tiên), đã diễn ra lễ kỷ niệm trọng thể 65 năm cuộc Tổng tuyển cử đầu tiên bầu ra Quốc hội Việt Nam, một sự kiện trọng đại đã đi vào lịch sử nước ta như một mốc son chói lọi, đánh dấu bước phát triển nhảy vọt về thể chế dân chủ, mở ra một thời kỳ phát triển mới của dân tộc.

2. Một vinh dự lớn cho Chủ tịch Quốc hội đồng thời cũng là vinh dự chung cho Quốc hội là Chủ tịch Quốc hội khóa XII Nguyễn Phú Trọng đã được Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng (tháng 01/2011) bầu làm Tổng Bí thư Ban chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam khóa XI (2011-2016).

3. Quốc hội khóa XII đã tổng kết hoạt động cả nhiệm kỳ tại kỳ họp thứ 9, kỳ họp cuối cùng vào tháng 3/2011 với đánh giá tổng quát nhất: “Kết quả nổi bật trong nhiệm kỳ khóa XII là Quốc hội đã hoạt động ngày càng dân chủ, thực chất và hiệu quả, có nhiều đổi mới cả trong tư duy và thực tiễn hoạt động”.

4. Ngày 22/5/2011, lần đầu tiên, Việt Nam bầu cử đại biểu Quốc hội khóa XIII và đại biểu HĐND các cấp nhiệm kỳ 2011-2016 trong cùng một ngày. Với kết quả bầu đủ 100% số người trúng cử đại biểu Quốc hội; 99,79% số người trúng cử đại biểu HĐND cấp tỉnh; 99,78% số người trúng cử đại biểu HĐND cấp huyện; và 98,95% số người trúng cử đại biểu HĐND cấp xã. Kết quả đó đã khẳng định: cuộc bầu cử đầu tiên với quy mô lớn đã thành công tốt đẹp.

5. Năm 2011 là năm tiếp nối hoạt động giữa nhiệm kỳ Quốc hội khóa XII và khóa XIII nên Quốc hội phải tiến hành ba kỳ họp. Kỳ họp cuối cùng của Quốc hội khóa XII chủ yếu là tổng kết và kết thúc nhiệm kỳ; kỳ họp thứ nhất Quốc hội khóa XIII chủ yếu là xây dựng bộ máy nhà nước, bầu cử hoặc phê chuẩn nhân sự cấp cao trong bộ máy nhà nước nhiệm kỳ mới; kỳ họp thứ 2 Quốc hội khóa XIII bắt đầu thực hiện các chức năng cơ bản của Quốc hội đã được hiến định.

6. Bộ máy và nhân sự cấp cao của Quốc hội khóa này có những đổi mới mạnh mẽ. Ủy





ban thường vụ Quốc hội có tính kế thừa cao hơn khóa trước (41,2% các Ủy viên khóa XII chuyển tiếp sang khóa XIII, trong khi Ủy viên khóa XI chuyển sang khóa XII chỉ có 16%; lãnh đạo Quốc hội khóa XII hầu như được bầu mới, nhưng khóa XIII thì 60% là từ khóa trước chuyển sang). Điều đó đang góp phần quan trọng vào việc chỉ đạo Quốc hội tiếp tục đổi mới hoạt động có hiệu lực và hiệu quả.



7. Ngày 06/8/2011, Quốc hội khóa XIII, kỳ họp thứ nhất đã ra Nghị quyết số 06/2011/QH13 về việc sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992 và thành lập Ủy ban Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 nhằm đáp ứng yêu cầu nhiệm vụ cách mạng theo Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (Cương lĩnh bổ sung, phát triển năm 2011).

8. Đoàn đại biểu cấp cao Quốc hội Việt Nam do Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Sinh Hùng dẫn đầu đã tham dự Đại hội đồng liên Nghị viện các quốc gia Đông Nam Á (AIPA) lần thứ 32 tại Căm-pu-chia tháng 9/2011 với chủ đề “Vai trò của AIPA trong việc xây dựng một cộng đồng ASEAN thịnh vượng”. Chủ tịch Quốc hội Việt Nam khẳng định “Cộng đồng ASEAN vững mạnh, liên kết và gắn kết chặt chẽ, có vai trò quan trọng đối với hòa bình, ổn định, hợp tác và thịnh vượng ở khu vực là nguyện vọng thiết tha của nhân dân cả khu vực Đông Nam Á”.

9. Trải qua nhiều giai đoạn phát triển kinh tế, môi trường nông thôn vốn dĩ trong lành nay cũng đã bị ô nhiễm nặng tới mức “báo động” thì việc Quốc hội quyết định giám sát và ra Nghị quyết chuyên đề về việc thực hiện chính

sách, pháp luật tại các khu kinh tế, làng nghề là một việc làm hết sức cần thiết, giống lên “một hồi chuông” cảnh tỉnh, phát triển kinh tế phải luôn luôn đi liền với bảo vệ nghiêm ngặt môi trường sống của con người ngay cả hiện tại và cả trong tương lai.

10. Năm 2011 là năm Quốc hội ra nhiều nghị quyết nhất (riêng kỳ họp thứ 2, Quốc hội khóa XIII có tới 12 nghị quyết), đặc biệt là Nghị quyết về phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2011-2015. Quốc hội quyết nghị: ổn định kinh tế vĩ mô, ưu tiên kiềm chế lạm phát, “phát triển kinh tế nhanh, bền vững, gắn với đổi mới mô hình tăng trưởng và cơ cấu lại nền kinh tế theo hướng nâng cao chất lượng, hiệu quả sức cạnh tranh. Bảo đảm phúc lợi xã hội và an sinh xã hội, nâng cao đời sống vật chất và tinh thần của nhân dân. Tăng cường hoạt động đối ngoại và nâng cao hiệu quả hội nhập quốc tế. Bảo vệ vững chắc độc lập, chủ quyền, thống nhất, toàn vẹn lãnh thổ, giữ vững an ninh chính trị và trật tự, an toàn xã hội, tạo nền tảng đến năm 2020 nước ta cơ bản trở thành nước công nghiệp theo hướng hiện đại” là một quyết nghị có tầm chiến lược sáng suốt.

NCLP



BẢO HIẾN, CHỦ NGHĨA LẬP HIẾN VÀ NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN

■ ĐÀO TRÍ ÚC*
■ VŨ CÔNG GIAO**

I. Khái niệm và lịch sử phát triển của vấn đề bảo hiến

Bảo hiến (hay còn được gọi là bảo vệ hiến pháp hoặc tài phán hiến pháp¹-constitutional review/judicial review), theo định nghĩa của một số từ điển pháp luật phổ biến, có thể hiểu là thẩm quyền của các tòa án của một quốc gia được xem xét và đánh giá tính hợp hiến của các đạo luật hoặc quyết định của các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp.²

Sở dĩ bảo hiến thường được gọi là judicial review vì từ trước đến nay nó gắn liền với chức năng của tòa án trong việc xem xét tính pháp lý trong hoạt động của các cơ quan hành chính³.

Khi nói về lịch sử của vấn đề bảo hiến, Arne Mavčič chia thành các giai đoạn như sau⁴:

Trước Chiến tranh thế giới thứ I

Những yếu tố ban đầu của bảo hiến được cho là xuất hiện vào thời cổ Hy Lạp, khi pháp luật nước này phân biệt giữa một nomos (văn bản pháp luật có chức năng như hiến pháp) và một psephisma (văn bản pháp luật có chức năng như một nghị định, hiệu lực thấp hơn). Một psephisma, bất kể nội dung quy định về vấn đề gì, cũng không được trái với nomos, nếu trái sẽ bị coi là vô hiệu.

Một số khía cạnh của bảo hiến sau đó được áp dụng trong hệ thống pháp luật của Đức từ năm 1180 (về sau được đề cập trong Hiến pháp

(*) GS,TSKH. Chủ tịch Hội đồng ngành Luật học, Đại học Quốc gia Hà Nội; Chủ tịch Hội đồng Khoa học và Đào tạo Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội; Ủy viên Hội đồng Lý luận Trung ương Đảng; Chủ tịch Hội đồng chức danh Giáo sư nhà nước ngành Luật học.

(**) TS. Giảng viên, Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội.

(1) Trong bài này, các tác giả sử dụng thay thế các thuật ngữ “bảo hiến”, “bảo vệ hiến pháp”, “tài phán hiến pháp”, mặc dù các khái niệm này đều chưa hoàn toàn phù hợp xét trong ngữ nghĩa pháp lý do chúng có phạm vi quá rộng và không xác định. Ở đây, một điều dễ hiểu đó là, mọi cá nhân, mọi thiết chế, tổ chức, mọi hoạt động đều có nghĩa vụ thiêng liêng bảo vệ hiến pháp. Từ cách tiếp cận này, khái niệm thích hợp hơn về mặt pháp lý có thể là “kiểm tra, giám sát Hiến pháp”. Kiểm tra, giám sát Hiến pháp có thể hiểu là một chức năng đặc biệt của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong việc bảo đảm vị trí tối thượng của Hiến pháp và sự thượng tôn Hiến pháp; bảo đảm để Hiến pháp thực hiện một cách trực tiếp trong các quan hệ hiện hữu.

(2) Xem <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/307542/judicial-review>, <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/judicial+review>

(3) Xem <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/307542/judicial-review>.

(4) Arne Mavčič, *Historical Steps in the Development of Systems of Constitutional Review and Particularities of Their Basic Models*, tại <http://www.concourts.net/introen.php>.





Weimar). Ngoài ra, các hình thức sơ khai của bảo hiến cũng xuất hiện ở một số nước châu Âu khác như ở Pháp (từ giữa thế kỷ XIII), Bồ Đào Nha (từ thế kỷ XVII), Na Uy, Đan Mạch, Hy Lạp, Áo, Romania (thế kỷ XIX). Mặc dù không có hiến pháp thành văn, nước Anh cũng được coi là có đóng góp quan trọng vào sự phát triển của lý luận và pháp luật về bảo hiến, vì từ thời trung cổ, người Anh đã khởi xướng ra thủ tục impeachment (hạch tội để bãi miễn quan chức nhà nước), đồng thời từ năm 1610 đã đề xướng nguyên tắc về tính tối thượng (supremacy) của Hiến pháp và quyền của tòa án được xem xét tính hợp hiến của các hoạt động của chính phủ - những điều mà sau đó đã ảnh hưởng mạnh mẽ đến việc thiết lập cơ chế bảo hiến ở Hoa Kỳ.

Ở Hoa Kỳ, vào cuối thế kỷ XVIII, tòa án đã ra một phán quyết tuyên bố các luật của đế chế Anh không có hiệu lực trên lãnh thổ các bang Bắc Mỹ. Tuy nhiên, phải đến năm 1803, trong vụ án nổi tiếng Marbury kiện Madison, quyền bảo hiến của tòa án mới được xác lập một cách chính thức ở Hoa Kỳ. Vụ Marbury kiện Madison cũng xác lập mô hình bảo hiến kiểu Hoa Kỳ, do các tòa án thực hiện - một trong những mô hình bảo hiến chính trên thế giới hiện được áp dụng ở nhiều quốc gia.

Trong thời gian giữa hai cuộc Chiến tranh thế giới thứ I và thứ II

Giai đoạn này được gọi là “thời kỳ của nước Áo” (the Austrian Period). Chịu ảnh hưởng từ tư tưởng của hai nhà luật học Adolf Merkl và Hans Kelsen, Hiến pháp năm 1920 của Áo đã xác lập nền tảng của Tòa án Hiến pháp nước này, với độc quyền xem xét tính hợp hiến của các đạo luật. Mô hình tòa án hiến pháp chịu trách nhiệm về bảo hiến sau đó được áp dụng ở nhiều quốc gia khác, đặc biệt là ở châu Âu, trở thành một trong các mô hình bảo hiến chính hiện nay trên thế giới.

Từ sau Chiến tranh thế giới thứ II

Từ sau chiến tranh thế giới thứ II, cơ chế

bảo hiến tiếp tục được thiết lập ở khắp nơi trên thế giới. Trong thời kỳ này, ngoài tòa án (tòa án thường và tòa án hiến pháp) như ở Mỹ và Áo, ở một số nước, pháp luật còn giao quyền bảo hiến cho một số cơ quan khác, ví dụ như Hội đồng bảo hiến, các tòa đặc biệt thuộc Tòa án tối cao, hoặc cho bản thân Nghị viện.

II. Các mô hình bảo hiến trên thế giới

Từ góc độ tổ chức, Arne Mavčič chia các thiết chế bảo hiến hiện hành trên thế giới thành các mô hình như sau⁵:

(1) Mô hình Mỹ

Được hình thành từ vụ Marbury kiện Madison, đặc trưng của mô hình bảo hiến kiểu Mỹ là không thành lập cơ quan bảo hiến chuyên trách. Thay vào đó, tòa án ở mọi cấp về nguyên tắc đều có quyền bảo hiến, cụ thể là trong quá trình xét xử có quyền xem xét tính hợp hiến của các đạo luật có liên quan và có quyền tuyên bố quy định đó là vi hiến, đồng thời từ chối không áp dụng quy định đó. Vì vậy, đây còn được gọi là mô hình bảo hiến phi tập trung (decentralized constitutional review). Tuy nhiên, để bảo đảm tính thống nhất trong vấn đề này, chỉ quyết định của tòa án tối cao mới có hiệu lực bắt buộc với mọi toà khác và mới có thể vô hiệu hóa một đạo luật.

Hiện tại, theo nghiên cứu của Arne Mavčič, những quốc gia và vùng lãnh thổ sau đây đang áp dụng mô hình bảo hiến kiểu Mỹ (xem thêm hình 1): Đan Mạch, Estonia, Ireland, Nauy, Thụy Điển (châu Âu); Botswana, Gambia, Ghana, Guinea, Kenya, Malawi, Namibia, Nigeria, Xâ-y-sen, Sierra Leone, Swaziland, Tanzania (châu Phi); Israel (Trung Đông); Bangladesh, Fiji, Hong Kong, Ấn Độ, Nhật Bản, Kiribati, Malaysia, the Federal States of Micronesia, Nauru, Nepal, New Zealand, Palau, Papua New Guinea, Singapore, Chính phủ Tây Tạng lưu vong, Tonga, Tuvalu, Vanuatu, Tây Samoa (châu Á); Canada, Hoa Kỳ (Bắc Mỹ); Argentina, Bahamas, Barbados,

(5) Arne Mavčič, *Historical Steps in the Development of Systems of Constitutional Review and Particularities of Their Basic Models*, tại <http://www.concourts.net/introen.php>



Belize, Bolivia, Dominica, Grenada, Guyana, Haiti, Jamaica, Mexico, St. Christopher/Nevis, Trinidad and Tobago (Trung và Nam Mỹ).

(2) Mô hình châu Âu lục địa

Mô hình này còn được gọi là mô hình Áo, bởi như đã đề cập ở trên, nó được xác lập đầu tiên trong Hiến pháp năm 1920 của Áo, dựa trên lý thuyết của Adolf Merkl và Hans Kelsen mà trong đó kết hợp giữa nguyên tắc về tính tối cao của Hiến pháp và thẩm quyền tối cao của Nghị viện. Đặc trưng của mô hình này là không giao quyền bảo hiến cho toàn bộ hệ thống tòa án mà chỉ giao cho một cơ quan chuyên trách. Cơ quan này, nguyên thủy và thông thường được thành lập dưới hình thức một Tòa án Hiến pháp, nhưng sau đó còn được thành lập dưới một số hình thức khác như Hội đồng bảo hiến hay Viện bảo hiến...

Mặc dù có tên gọi khác nhau, các thiết chế bảo hiến theo mô hình châu Âu lục địa có những đặc điểm chung như sau: hoạt động bảo hiến được thực hiện trong nhiều bối cảnh khác nhau, tùy thuộc vào hoàn cảnh cụ thể của mỗi quốc gia; cơ quan bảo hiến thông thường không được coi là thuộc nhánh quyền lực tư pháp (kể cả khi có tên gọi là Tòa án Hiến pháp); thủ tục tố tụng khác với thủ tục tố tụng áp dụng ở hệ thống tòa án thường; các cơ quan bảo hiến có quyền tự chủ về hành chính và tài chính; ví thế, quyền hạn, việc thành lập hay bãi bỏ cơ quan bảo hiến thông thường thuộc quyền quyết định của Nghị viện; thẩm phán tòa hiến pháp được chỉ định bởi các cơ quan nắm quyền lực chính trị; thẩm quyền tài phán có tính chất đặc biệt: các phán quyết của cơ quan bảo hiến mang vừa mang tính pháp lý vừa mang tính chính trị; thông thường phán quyết của cơ quan bảo hiến có tính chất bắt buộc, cưỡng chế, nhưng có trường hợp chỉ có tính chất ngăn ngừa, tư vấn; phạm vi bảo hiến bao quát tất cả các văn bản pháp luật.

(3) Mô hình hỗn hợp (Mỹ - châu Âu lục địa)

Đặc trưng của mô hình này là thẩm quyền

bảo hiến được giao cho cả cơ quan bảo hiến chuyên trách và hệ thống tòa án thường. Tuy nhiên, chỉ có cơ quan bảo hiến chuyên trách mới có quyền phán quyết một đạo luật hay quyết định là vi hiến, còn các tòa án thường chỉ có quyền không áp dụng một đạo luật nếu xét thấy nó không hợp hiến.

Ở những quốc gia đang áp dụng mô hình bảo hiến hỗn hợp, cơ quan bảo hiến chuyên trách cũng có thể là Tòa hiến pháp, Tòa thượng thẩm (high court) hoặc các Tòa đặc biệt (special chambers) của Tòa tối cao.

(4) Mô hình Pháp

Sở dĩ gọi là mô hình Pháp vì mẫu hình của nó là Hội đồng Hiến pháp của Pháp (Conseil Constitutionnel), được thành lập từ năm 1958, có chức năng là một cơ quan bảo hiến. Ở một số nước khác theo mô hình này, Tòa án tối cao cũng có thể là cơ quan bảo hiến, tuy nhiên, trong trường hợp này phán quyết của Tòa chủ yếu chỉ mang tính tham vấn (trừ những vụ việc liên quan đến bầu cử).

(5) Mô hình Nghị viện đồng thời có chức năng bảo hiến

Theo mô hình này, Nghị viện hoặc một cơ quan của Nghị viện sẽ giữ chức năng bảo hiến. Có quan điểm cho rằng, đây là mô hình riêng của các nước xã hội chủ nghĩa (XHCN)⁶ và một số nước chịu ảnh hưởng của phe XHCN trước đây, tuy nhiên thực tế không hẳn như vậy. Ngoài các nước XHCN trước đây (và hiện nay vẫn còn đang được áp dụng ở Trung Quốc, Cu Ba, Việt Nam, Lào, Bắc Triều Tiên) mô hình này còn thấy ở một số nước khác, bao gồm các nước tư bản chủ nghĩa và quân chủ lập hiến, cụ thể như Phần Lan, Bahrain, Kuwait, Oman, Brunei, Australia...

Hầu hết quốc gia trên thế giới thuộc về một trong số năm mô hình bảo hiến kể trên, tuy nhiên, có một vài quốc gia không thuộc nhóm nào (không có cơ chế bảo hiến), cụ thể như Anh, Hà Lan, Lesotho, Liberia và Libi. Ngoài ra, theo phân loại của Arne Mavčič, còn

(6) Tuy nhiên, một số học giả nước ngoài dường như không thừa nhận có cơ chế bảo hiến ở các nước theo mô hình XHCN, bởi họ cho rằng, bảo hiến chỉ có thể được xác lập trong các thể chế chính trị tam quyền phân lập - nơi mà tính độc lập của Tòa án được bảo đảm.





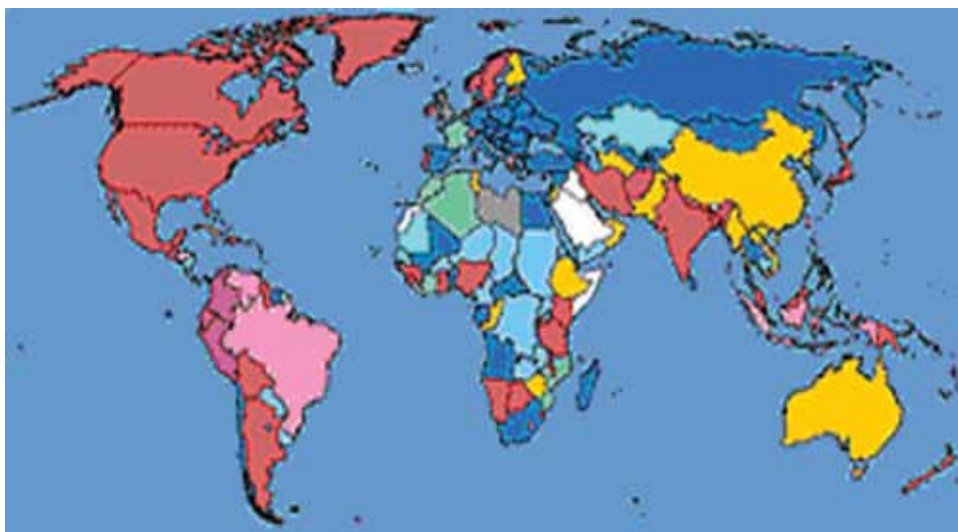
một mô hình nữa có tên gọi là mô hình Khối thịnh vượng chung mới (the New (British) Commonwealth Model) có duy nhất một quốc gia là Mauritius theo đuổi. Arne Mavčič cho rằng, mô hình này không thể xếp vào bất cứ kiểu nào đã nêu ở trên, tuy nhiên không mô tả rõ ràng những đặc trưng của nó.

Bên cạnh các cơ quan bảo hiến quốc gia, Arne Mavčič cho rằng, một số cơ quan tài phán quốc tế, đặc biệt là các Tòa án nhân quyền khu vực, cũng có chức năng tài phán hiến pháp ở mức độ nhất định. Những cơ quan đó bao gồm: Tòa án nhân quyền châu

Âu (the European Court of Human Rights, trụ sở ở Strasbourg, Pháp); Tòa án Công lý châu Âu (the Court of Justice of the European Community, trụ sở ở Luxembourg); Tòa án của Hiệp hội mậu dịch tự do châu Âu (the Court of EFTA, trụ sở ở Geneva, Thụy Sĩ); Tòa án nhân quyền châu Phi (the African Court of Human Rights) Ủy ban nhân quyền Liên Mỹ (Comision y la Corte Interamericanas de los Derechos Humanos)...

Các hình dưới đây cung cấp những thông tin chi tiết về mức độ phổ biến và phân bố của các mô hình bảo hiến trên thế giới .

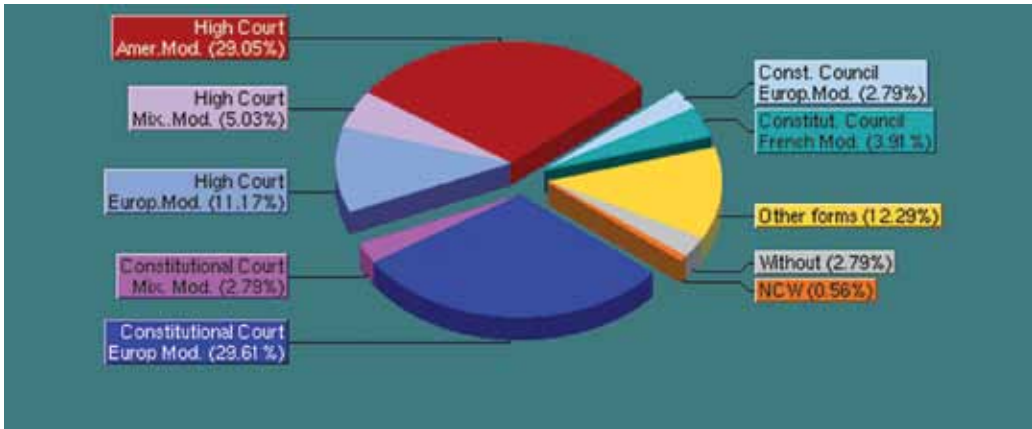
Hình 1: Sơ đồ phân bố mô hình bảo hiến trên thế giới



Chú thích	Toà án Hiến pháp	Toà án Tối cao	Hội đồng Bảo hiến	Các dạng khác
Kiểu Áo	■	■	■	
Kiểu Mỹ		■		
Kiểu hỗn hợp Áo - Mỹ	■	■		
Kiểu Pháp			■	
Kiểu nghị viện kiêm bảo hiến				■
Không có bảo hiến				■
Khối Thịnh vượng chung mới				■
Không xác định				■



Hình 2: Tỷ lệ các hình thức cơ quan bảo hiến trên thế giới



Hình 3: Mô hình bảo hiến ở các nước trên thế giới

Constitutional-Judicial Review	CONSTITUTIONAL COURT		HIGH COURT or SPECIAL SENATE of the HIGH COURT			CONSTITUTIONAL COUNCIL		Other Institutional Forms of the Constitutional-Judicial Review	Without Constitutional-Judicial Review	New Comparative Model
	European Model	Mixed European-American Model	European Model	American Model	Mixed European-American Model	French Model	European Model			
Country										
- Argentina										
- Azərbaycan Özbəkistan										
- Burkina Faso										
- Burkina Faso										
- Canada										
- Colombia										
- Costa Rica										
- Cuba										
- Czechia										
- Denmark										
- Ecuador										
- Estonia										
- Finland										
- France										
- Germany										
- Greece										
- Hungary										
- India										
- Indonesia										
- Israel										
- Italy										
- Japan										
- Korea										
- Latvia										
- Lithuania										
- Luxembourg										
- Madagascar										
- Malawi										
- Mali										
- Mauritius										
- Mauritius										
- Myanmar										
- Mozambique										
- Namibia										





Niger									
Nigeria									
Rwanda									
Sao Tome & Principe									
Senegal									
Seychelles									
Sierra Leone									
South Africa									
Sudan									
Swaziland									
Tanzania									
Togo									
Tunisia									
Uganda									
Zaire									
Zambia									
Zimbabwe									
THE MIDDLE EAST									
Bahrain									
Cyprus									
Egypt									
Israel									
Kuwait									
Lebanon									
Oman									
Palestine									
Syria									
Yemen									
ASIA, AUSTRALIA									
Afghanistan									
Armenia									
Australia									
Azerbaijan									
Bangladesh									
Brunei									
Burma									
Cambodia									
China									
Eq									
Hong Kong									
Georgia									
- Algeria									
India									
Indonesia									
Japan									
Kazakhstan									
Kiribati									
Kyrgyzstan									
Laos									
Malaysia									
Micronesia									
Mongolia									
Nauru									
Nepal									
New Zealand									
North Korea									
Pakistan									
Palau									

III. Mối quan hệ giữa nhà nước pháp quyền, chủ nghĩa lập hiến và việc bảo hiến

Nội dung cốt lõi của tư tưởng pháp quyền là đề cao quyền lực của nhân dân, tôn trọng và bảo đảm quyền con người, sự thượng tôn Hiến pháp và pháp luật, đặt các thiết chế quyền lực trong sự ràng buộc của Hiến pháp và pháp luật, kiểm soát quyền lực, bảo đảm sự phân quyền, sự độc lập của Tòa án, bảo đảm tính minh bạch của pháp luật.

Một vấn đề cơ bản được đặt ra là: Vì sao trong Nhà nước pháp quyền lại cần đến sự thượng tôn Hiến pháp? Vấn đề này cần được lý giải như sau:

- Trước hết, Nhà nước pháp quyền khác với Nhà nước không pháp quyền ở khả năng bảo đảm tính phổ quát và tính tuyệt đối của chủ

quyền của nhân dân, chủ quyền của quốc gia và dân tộc. Về phương diện pháp lý, Hiến pháp với tính cách là bản khế ước của nhân dân, là cơ sở pháp lý cao nhất và đầy đủ nhất bảo đảm sự khẳng định đó. Trong tư cách đó, Hiến pháp có khả năng kết nối các lợi ích xã hội, tạo nên một trật tự hiến định, theo đó sự đồng thuận, giao thoa lợi ích trên nên tảng pháp quyền là đặt trung chủ đạo nhất của đời sống xã hội và chính trị. Mặt khác, về phương thức điều chỉnh, với tính chất đặc trưng của mình, các quy định mang tính cơ bản và nền tảng của Hiến pháp, những yêu cầu chặt chẽ của quá trình bổ sung, sửa đổi Hiến pháp là điều kiện cho một trật tự pháp lý ổn định cao vốn là đặc trưng của Nhà nước pháp quyền. Về mặt thực tiễn, sự bền vững của trật tự hiến định là nền



tăng cho sự vận hành một xã hội ổn định - xã hội của các quan hệ bình đẳng, tự do giữa các chủ thể trong các quan hệ kinh tế, chính trị, xã hội. Sự ổn định và phát triển bền vững của xã hội đồng thuận là yếu tố không thể thiếu được cho sự vận hành hệ thống chính trị trên cơ sở thừa nhận, ủng hộ của các lực lượng xã hội (tính chính đáng của quyền lực), cho phép loại bỏ đến mức thấp nhất những yếu tố phủ định hoặc chống đối trật tự hiện hữu.

- Chủ nghĩa lập hiến là sự nhận thức về vai trò của Hiến pháp, là sự hiện hữu của Hiến pháp và sự tác động tích cực của nó đến đời sống chính trị và đời sống xã hội. Hiến pháp và trật tự hiến định thực tiễn là hai mặt của chủ nghĩa lập hiến. Khẳng định ở mức cao nhất về mặt pháp lý và bảo đảm thực hiện trong thực tiễn cuộc sống các lợi ích cao nhất, trường tồn và bền vững nhất của đất nước, của dân tộc, chủ nghĩa lập hiến được coi là yếu tố đầu tiên trong thang giá trị của Nhà nước pháp quyền. Bởi vậy, bảo hiến là bảo vệ lợi ích cao nhất, trường tồn nhất, bền vững nhất của đất nước và dân tộc, lợi ích của mỗi cá nhân và của mọi cá nhân, của mỗi giai cấp, tầng lớp. Nói khác đi, đó là bảo vệ chủ quyền của nhân dân.

- Nhà nước pháp quyền khác với Nhà nước không pháp quyền ở việc xử lý mối quan hệ giữa Nhà nước với công dân, giữa quyền lực công với quyền con người. Các tư tưởng về chế độ pháp trị, những hệ thống pháp luật đồ sộ trước đó dù có hoàn hảo đến mấy vẫn chưa vượt qua được logic của sự tùy tiện. Nhà nước pháp quyền đặt quyền con người trong tâm ngấm bảo hộ của nó và ở vị trí chủ đạo, từ đó đặt ra yêu cầu về trách nhiệm bảo đảm, bảo vệ quyền con người từ phía Nhà nước, đòi hỏi sự tự ràng buộc, tự hạn chế của quyền lực trước yêu cầu bảo vệ quyền con người. Là bản khế ước của mọi người, Hiến pháp có hai khả năng quan trọng: một là, những quy định của Hiến pháp về quyền con người là đầy đủ nhất, toàn diện nhất so với những quy định của các đạo luật; hai là, chính sự chế ước và hạn chế quyền lực đã trở thành lá chắn hữu hiệu chống lại sự tùy tiện của quyền lực đối với quyền con

người. Vì vậy, Nhà nước pháp quyền cần có Hiến pháp để bảo đảm được cốt cách đặc trưng của nó. Bởi thế, bảo hiến là bảo vệ quyền con người, là thực hiện mục tiêu và đòi hỏi của Nhà nước pháp quyền.

Trên đây là logic của mối quan hệ: Nhà nước pháp quyền - chủ nghĩa lập hiến - bảo hiến.

IV. Đặc trưng của bảo hiến trong thể chế chính trị tập quyền

Tư tưởng về bảo hiến bao gồm khía cạnh về một cơ chế hữu hiệu để bảo vệ phần thiểu số trong cơ chế chính trị và bảo vệ lợi ích toàn cục (quốc gia). Điều đó là bởi ở các quốc gia theo chế độ đại nghị, dường như cơ chế giải quyết xung đột giữa lập pháp và hành pháp đã hình thành những công cụ pháp lý khá hữu hiệu, đó là hình thức giải tán Nghị viện trước thời hạn và hình thức giải tán Chính phủ. Bằng những cách đó, thế cân bằng lợi ích luôn được duy trì khi sự cân bằng tỏ ra có vấn đề. Tuy nhiên, khi quyền lập pháp được đặt ở thế thượng phong, nhất là khi lập pháp được đặt ở vị trí tối thượng thì nguyên tắc phân quyền bị phá vỡ. Về hình thức, dường như trong trường hợp này vị thế nghiêng về lập pháp, nhưng thực chất từ khi đó “cơ chế đảng phái” đã bắt đầu xuất hiện. Cơ chế quyền lực nhà nước đã chuyển hóa thành cơ chế quyền lực chính trị. Đa số trong nghị viện thuộc về đảng đa số cầm quyền và nghị viện lúc đó trở thành công cụ thực hiện lợi ích của đảng hoặc liên minh các đảng cầm quyền mà thực chất là sự liên kết giữa lập pháp và hành pháp. Như vậy, nguyên tắc đa số của chế độ đại nghị gắn liền và thể hiện sự lệ thuộc của nghị viện vào chính phủ và đảng chính trị. Phe đối lập chỉ chỉ còn một cách duy nhất là dựa vào một cơ chế bảo vệ là tài phán hiến pháp. Bảo đảm sự cân bằng vốn có của cơ chế phân quyền là chức năng quan trọng của cơ chế tài phán hiến pháp. Nó còn có trách nhiệm bảo vệ lợi ích của thiểu số trong hệ thống đa đảng trong cơ chế phân quyền.

(Xem tiếp trang 25)





QUYỀN LỰC NHÂN DÂN VÀ QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC QUA CÁC HIẾN PHÁP VIỆT NAM

■ PHẠM HỒNG THÁI*

1. Quyền lực nhân dân và quyền lực nhà nước trong Hiến pháp 1946

Tháng Tám năm 1945, dưới sự lãnh đạo của Đảng, đứng đầu là Chủ tịch Hồ Chí Minh, nhân dân ta đã đứng lên giành độc lập, giải phóng dân tộc khỏi ách đô hộ của thực dân Pháp, lật đổ chế độ phong kiến, xây dựng Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hòa. Như vậy, về mặt lịch sử, nhân dân Việt Nam chính là người đã giành lại quyền lực, sáng tạo nên lịch sử, quyết định số phận, vận mệnh của mình. Từ đó, lịch sử nước ta hình thành và ghi nhận một cách chính thống nhận thức luận và thực tiễn: nhân dân là cội nguồn của quyền lực, quyền lực nhà nước bắt nguồn từ nhân dân, thuộc về nhân dân.

Hiến pháp năm 1946 là bản hiến văn ghi nhận thành quả cách mạng Tháng Tám năm

1945 của toàn thể nhân dân Việt Nam, dưới sự lãnh đạo của Đảng, đứng đầu là Chủ tịch Hồ Chí Minh. Nhân dân là người sáng tạo nên lịch sử cách mạng của mình nên nhân dân là nguồn nghèo, giai cấp, tôn giáo”.

Thuật ngữ “quyền bính” trong bối cảnh điều này của Hiến pháp được hiểu với hai nghĩa: quyền bính là quyền lực, quyền bính là quyền tự quyết của nhân dân về vận mệnh, số phận của mình; còn thuật ngữ nhân dân được hiểu theo cách đầy đủ nhất của từ này bao gồm tất cả mọi công dân, không phân biệt dân tộc, giới tính, giai cấp, tầng lớp, tôn giáo. Quan điểm Hiến pháp này là cơ sở nền tảng cho việc xây dựng đời sống nhà nước và đời sống xã hội “xây nền độc lập trên nền nhân dân”. Với logic “mọi quyền bính trong nước là của toàn thể nhân dân” nên trong thành phần Quốc hội

(*) GS,TS, Chủ nhiệm Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.



đầu tiên của nước ta có đầy đủ mọi thành phần giai cấp, tầng lớp, đảng phái chính trị. Chính quan điểm này đã tạo nên sức mạnh đoàn kết của toàn dân tộc ta trong cuộc kháng chiến chống thực dân Pháp xâm lược sau này.

Như vậy, ngay từ đây đã chính thức hình thành, xác lập một quan điểm mới về quyền lực nhân dân trong lịch sử tư tưởng chính trị - pháp lý Việt Nam.

Khoa học chính trị - pháp lý thường quan niệm: quyền lực nhà nước là một dạng, một loại quyền lực chính trị; quyền lực nhà nước là trung tâm của quyền lực chính trị. Quan niệm này thực ra mới chỉ dừng lại ở việc khẳng định vai trò, vị trí của quyền lực nhà nước trong cơ cấu quyền lực chính trị trong một quốc gia, vai trò của nhà nước trong hệ thống chính trị, mà chưa lý giải được cội nguồn của quyền lực nhà nước - bắt nguồn từ quyền lực nhân dân. Trong điều kiện dân chủ và pháp quyền, nhân dân là người tổ chức nên nhà nước của mình, do đó, nhà nước suy cho cùng chỉ là một thể chế của cộng đồng xã hội, của toàn xã hội. Chính vì vậy, quyền lực của nhà nước - quyền lực của thể chế cộng đồng xã hội - là quyền lực phái sinh, bắt nguồn từ quyền lực nhân dân. Quyền lực nhà nước không phải của bản thân thể chế nhà nước, mà thuộc về cộng đồng xã hội, quốc gia dân tộc đã tổ chức nên nhà nước.

Nhân dân là chủ thể tối cao của quyền lực. Để thực hiện quyền lực đó, nhân dân đã uỷ quyền, trao một phần quyền lực của mình cho nhà nước thực hiện thông qua các thể chế nhà nước. Nhưng điều này không đồng nhất quyền lực nhân dân với quyền lực nhà nước. Nhân dân cũng không bao giờ trao toàn bộ quyền lực của mình cho nhà nước, vẫn giữ lại những quyền quyết định về những vấn đề trọng đại của quốc gia, dân tộc. Điều 21 Hiến pháp 1946 quy định “Nhân dân phúc quyết về Hiến pháp và những việc quan hệ vận mệnh quốc gia theo Điều 32 và 70”. Theo Điều 70 Hiến pháp 1946, việc sửa đổi Hiến pháp phải tuân theo cách thức: do hai phần ba tổng số nghị viện yêu cầu. Để sửa đổi Hiến pháp, Nghị viện bầu ra một ban dự thảo những điều thay

đổi. Những điều thay đổi khi đã được Nghị viện ưng chuẩn thì phải được đưa ra toàn dân phúc quyết. Như vậy, trong mối quan hệ giữa nhân dân và Nghị viện nhân dân thì quyền lực nhân dân cao hơn quyền lực Nghị viện và nhân dân là người quyết định cuối cùng về Hiến pháp của mình, không một cơ quan nào có quyền đó. Chính điều này quyết định tính tối cao của Hiến pháp và bảo đảm cho sự ổn định, trường tồn của Hiến pháp. Sự ổn định, trường tồn của Hiến pháp là sự bảo đảm ổn định hướng đi của quốc gia, dân tộc. Điều 32 Hiến pháp quy định: Những việc quan hệ đến vận mệnh quốc gia sẽ đưa ra nhân dân phúc quyết, nếu hai phần ba tổng số nghị viện đồng ý. Cách thức phúc quyết sẽ do luật định. Hiến pháp tuy không liệt kê những vấn đề nào là vấn đề hệ trọng của đất nước, nhưng đối chiếu với những quy định của Hiến pháp sau này và theo thông lệ các quốc gia trên thế giới có thể nhận thấy, những vấn đề hệ trọng của đất nước như: quyết định chiến tranh và hòa bình; quyết định sự thay đổi, cho thuê lãnh thổ quốc gia, hay việc gia nhập liên bang.

Tất cả các quy định này của Hiến pháp đã thể hiện sự phân công, phối hợp giữa quyền lực nhân dân với tư cách là cả cộng đồng quốc gia, dân tộc, bao gồm tất cả các dân tộc, giai cấp, tầng lớp cùng sinh sống trên lãnh thổ Việt Nam với Nhà nước - một thể chế do nhân dân thành lập nên, đồng thời thể hiện quan điểm về sự kiểm soát của quyền lực nhân dân đối với quyền lực nhà nước. Quyết định cuối cùng trong trường hợp nói trên thuộc vào quyền lực nhân dân.

Về mối quan hệ giữa quyền lực nhà nước và quyền lực nhân dân có thể biểu hiện như sau:

- a) Quyền lực nhân dân là cái toàn thể tối cao.
- b) Quyền lực nhà nước - một bộ phận của quyền lực nhân dân do nhân dân trao cho Nhà nước - là một thể chế do cộng đồng thực hiện. Ngoài việc trao quyền lực cho Nhà nước, nhân dân còn trao quyền lực của mình cho các thể chế xã hội khác (các thể chế xã hội công dân).





c) Nhân dân giữ lại một phần quyền lực của mình để thực hiện, không trao cho bất cứ một thể chế cộng đồng nào, cụ thể là quyền phúc quyết, quyền quyết định những vấn đề trọng đại của đất nước.

2. Quyền lực nhân dân và quyền lực nhà nước trong Hiến pháp 1959

Trên cơ sở quan điểm quyền lực nhân dân và quyền lực nhà nước đã được thiết lập trong Hiến pháp 1946, Hiến pháp 1959 tiếp tục khẳng định và làm rõ quan điểm nguồn gốc quyền lực nhà nước bắt nguồn từ quyền lực nhân dân. Với logic mang tính nhận thức luận rằng quyền lực thuộc về nhân dân thì nhân dân là người tổ chức nên Nhà nước của mình, do đó những thể chế do nhân dân trực tiếp thiết lập nên là thể chế thực hiện quyền lực nhà nước. Do vậy, Điều 4 Hiến pháp 1959 quy định: Tất cả quyền lực trong nước Việt Nam dân chủ cộng hòa đều thuộc về nhân dân. Nhân dân sử dụng quyền lực của mình thông qua Quốc hội và Hội đồng nhân dân (HĐND) các cấp do nhân dân bầu ra và chịu trách nhiệm trước nhân dân. Quyền lực trong quy phạm này thực chất là nói về chính quyền, nói về quyền lực nhà nước, chứ không phải quyền lực của nhân dân theo đúng nghĩa của nó vì trong xã hội còn tồn tại nhiều thiết chế xã hội dân sự khác. Quyền lực của nhân dân không chỉ được thực hiện qua hoạt động của Nhà nước, mà còn qua các tổ chức khác, với các hình thức khác nhau. Văn kiện Đại hội Đảng lần thứ XI đã chỉ rõ: “nhân dân thực hiện quyền làm chủ thông qua hoạt động của Nhà nước, của cả hệ thống chính trị và các hình thức dân chủ trực tiếp, dân chủ đại diện”¹.

Như vậy, quyền lực nhà nước thực chất là quyền lực nhân dân, được trao cho thể chế nhà nước thực hiện, còn Quốc hội và HĐND là những thể chế đại diện của nhân dân nhận quyền lực trực tiếp từ nhân dân bằng cơ chế pháp lý, được nhân dân uỷ quyền để thực hiện quyền lực nhân dân và phải chịu trách nhiệm

trước nhân dân về việc thực hiện quyền lực đó. Một điều đáng lưu ý là thuật ngữ “cơ quan quyền lực nhà nước” bắt đầu được sử dụng chính thức trong Hiến pháp năm 1959. Điều 43 ghi: “Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa” và Điều 80 “HĐND là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương”. Trong Hiến pháp, thuật ngữ cơ quan quyền lực nhà nước chỉ được sử dụng để chỉ những cơ quan này. Điều này không có nghĩa là những cơ quan khác của Nhà nước không có quyền lực nhà nước. Các cơ quan khác của Nhà nước đều do các cơ quan quyền lực nhà nước thành lập nên và trao cho nó những nhiệm vụ, quyền hạn nhất định. Trao cho những nhiệm vụ quyền hạn nhất định là để thực hiện quyền lực nhà nước chứ không phải trao quyền lực nhà nước, do đó khi thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn, các cơ quan nhà nước khác đều nhân danh quyền lực nhà nước, nhân danh quyền lực chứ không phải bản thân quyền lực nhà nước. Quyền lực nhà nước là thống nhất, nếu tiếp cận từ góc độ chính trị và xã hội học, do đó quyền lực nhà nước sẽ không bao giờ bị phân chia thành các bộ phận cho từng cơ quan nhà nước, mà mỗi cơ quan nhà nước, trừ cơ quan quyền lực nhà nước, đều chỉ có nhiệm vụ, quyền hạn để thực gốc của quyền lực. Chính từ cái cội nguồn sâu xa ấy mà Hiến pháp ghi nhận: “Tất cả quyền bính trong nước là của toàn thể nhân dân Việt Nam, không phân biệt giống nòi, gái trai, giàu nghèo, giai cấp, tôn giáo”. Quy phạm Hiến pháp này một mặt đã khẳng định nguồn gốc của quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, nhân dân là chủ thể tối cao của quyền lực, mặt khác khẳng định sự thống nhất của quyền lực nhà nước - quyền lực nhân dân. Sự ghi nhận này của Hiến pháp 1946 về quyền lực nhân dân là mốc lịch sử quan trọng về cách tổ chức quyền lực ở Việt Nam, chấm dứt thời kỳ dài trong lịch sử đất nước “quyền lực tập trung trong tay nhà vua, vua là con trời, vua là tất cả” chuyển sang thời kỳ “tất cả quyền bính trong nước là của toàn

(1) Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb Chính trị Quốc gia, H, 2011, tr. 85.



thể nhân dân Việt Nam, không phân biệt giống nòi, gái trai, giàu hiện quyền lực nhà nước thống nhất đó. Để thiết lập nên bộ máy nhà nước, các cơ quan khác của Nhà nước đều do cơ quan quyền lực nhà nước thiết lập nên, do đó, quyền lực của các cơ quan khác của Nhà nước đều là quyền lực “phái sinh”.

So với Hiến pháp 1946, Hiến pháp 1959 thể hiện một sự thụt lùi trong quy định về sự phân công giữa quyền lực nhân dân và quyền lực nhà nước - thể chế do nhân dân thiết lập nên - vì những quy định trong Hiến pháp 1946 về những vấn đề sau khi được Quốc hội quyết định phải được nhân dân phúc quyết không còn được giữ lại trong Hiến pháp 1959.

Về tổ chức để thực hiện quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp trong Hiến pháp 1959 cũng có những thay đổi so với Hiến pháp 1946, thể hiện ở những quy định: “Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa”, “Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập pháp của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa”, “Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) là cơ quan thường trực của Quốc hội do Quốc hội bầu ra”. Chủ tịch nước tách ra thành một định chế độc lập, không còn là người đứng đầu nhánh quyền lực hành pháp như quy định trong Hiến pháp 1946. Theo quy định của Hiến pháp 1959, Chủ tịch nước có những quyền mang tính biểu tượng nhà nước như những người đứng đầu nhà nước của các quốc gia khác “thay mặt cho nước Việt Nam dân chủ cộng hòa về mặt đối nội và đối ngoại” và những quyền khác quy định tại các Điều 63, 64. Quyền hạn thực quyền của Chủ tịch nước gồm quyền “thống lĩnh lực lượng vũ trang toàn quốc, giữ chức vụ Chủ tịch Hội đồng quốc phòng”, quyền “triệu tập và chủ tọa Hội nghị chính trị đặc biệt”. Còn Hội đồng Chính phủ được xác định là “Cơ quan chấp hành của cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất và là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa”. Như vậy, bắt đầu từ Hiến pháp năm 1959 đã hình thành cơ chế tập trung quyền lực nhà nước vào Quốc hội - cơ quan quyền lực nhà nước cao

nhất, còn Chính phủ chỉ là cơ quan chấp hành của Quốc hội, về mặt hành chính thì Hội đồng Chính phủ chỉ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất. Quyền xét xử do Tòa án nhân dân (TAND) tối cao, các TAND địa phương và Tòa án đặc biệt do Quốc hội thành lập để thực hiện. Kiểm sát việc tuân theo pháp luật của cơ quan thuộc Hội đồng Chính phủ, các cơ quan nhà nước địa phương, các nhân viên cơ quan nhà nước và công dân do Viện Kiểm sát nhân dân (VKSND) tối cao thực hiện.

Trong Hiến pháp 1959, sự phân công giữa quyền lực nhân dân và quyền lực nhà nước không được thể hiện, phân định rõ như trong Hiến pháp năm 1946, dường như hai dạng quyền lực này bị hòa vào nhau, quyền lực nhân dân cũng là quyền lực nhà nước, biến thành quyền lực nhà nước. Sự phân biệt này chỉ nhận thấy một cách gián tiếp khi quy định UBTVQH có quyền “quyết định việc trưng cầu ý kiến nhân dân”, nhưng về những vấn đề gì và khi nào cần phải trưng cầu ý dân và trưng cầu ý dân ở quy mô nào thì không được nhắc đến hay quy định trong Hiến pháp. Còn quyền giám sát của nhân dân đối với Nhà nước chỉ được thể hiện qua quyền khiếu nại và tố cáo của công dân về những hành vi phạm pháp của nhân viên nhà nước. Nhưng Hiến pháp đã hình thành cơ chế giám sát của cơ quan quyền lực nhà nước đối với các cơ quan khác của Nhà nước. Sự giám sát này vẫn là cơ chế cơ quan nhà nước giám sát cơ quan nhà nước. Điều 50 Hiến pháp quy định, Quốc hội có quyền giám sát việc thi hành Hiến pháp, UBTVQH giám sát công tác của Hội đồng Chính phủ, của TAND tối cao và VKSND tối cao. Tuy vậy, quyền giám sát của HĐND chưa được xác lập trong Hiến pháp. Nhưng cho dù có được xác lập thì đây vẫn là sự giám sát của cơ quan nhà nước đối với cơ quan nhà nước. Trong khoa học pháp lý nước ta thường giải thích sự giám sát của cơ quan quyền lực nhà nước là một hình thức giám sát của nhân dân - giám sát gián tiếp. Cơ chế giám sát của nhân dân với tư cách là người tổ chức nên Nhà nước vẫn chưa được thiết lập trong Hiến pháp.





Xuất phát từ quy định trong Hiến pháp, quyền lập pháp duy nhất chỉ thuộc về Quốc hội và theo cơ chế ủy quyền lập pháp, Hiến pháp trao cho UBTVQH ra pháp lệnh, do đó quyền lực hành pháp được triển khai thực hiện ở các đơn vị hành chính - lãnh thổ thông qua thể chế chính quyền địa phương gồm HĐND và Ủy ban hành chính các cấp. HĐND thực hiện quyền hành pháp trên lãnh thổ địa phương thông qua quyền “bảo đảm sự tôn trọng và chấp hành pháp luật của Nhà nước ở địa phương; đặt kế hoạch xây dựng kinh tế, văn hóa và những sự nghiệp công cộng ở địa phương, bảo đảm quyền bình đẳng của các dân tộc”, quyền “Căn cứ vào pháp luật của Nhà nước và nghị quyết của cấp trên ra những nghị quyết thi hành ở địa phương” và một số quyền khác (các Điều 82, 83, 84, 85, 86 Hiến pháp 1959).

Tóm lại, Hiến pháp năm 1959 - Hiến pháp sửa đổi lần đầu của nước ta - vẫn kế thừa quan điểm quyền lực nhân dân, quyền lực nhà nước trong Hiến pháp đầu tiên năm 1946, nhưng không quy định rõ ràng về sự phân định, phối hợp, kiểm soát giữa hai loại quyền lực và dường như có xu hướng “hợp nhất” giữa quyền lực nhà nước và quyền lực nhân dân.

3. Quyền lực nhân dân và quyền lực nhà nước trong Hiến pháp 1980

Quan điểm về quyền lực nhân dân và quyền lực nhà nước được kế tục ở Hiến pháp 1980. Vẫn đi theo logic của Hiến pháp 1946 và Hiến pháp 1959, Điều 6 Hiến pháp 1980 quy định: “Ở nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa (XHCN) Việt Nam, tất cả quyền lực thuộc về nhân dân. Nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước thông qua Quốc hội và HĐND các cấp do nhân dân bầu ra và chịu trách nhiệm trước nhân dân”. Nhưng khác với Hiến pháp 1959, Hiến pháp 1980 bổ sung thêm quy định: “Quốc hội và HĐND các cấp là cơ sở chính trị của hệ thống cơ quan nhà nước”. Với quan điểm này, mọi cơ quan nhà nước đều do cơ quan quyền lực nhà nước trực tiếp hoặc gián tiếp thành lập nên và thẩm quyền của các cơ quan đó đều bắt nguồn

từ thẩm quyền của cơ quan quyền lực, nói cách khác, quyền lực của các cơ quan khác của Nhà nước đều bắt nguồn từ quyền lực của Quốc hội và HĐND các cấp.

Hiến pháp năm 1980 đi theo hướng tập trung quyền lực vào cơ quan quyền lực nhà nước. Mối tương quan giữa lập pháp và hành pháp không được xác định rõ ràng như Hiến pháp 1946, thậm chí cũng không được như Hiến pháp 1959, mà như là sự thụt lùi của kỹ thuật tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước. Điều này thể hiện ở quy định: Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, còn Hội đồng Bộ trưởng (Chính phủ) của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là cơ quan chấp hành và hành chính nhà nước cao nhất của cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Như vậy, Chính phủ chỉ là cơ quan chấp hành và hành chính cao nhất của Quốc hội, chứ không phải cơ quan hành chính cao nhất của Nhà nước. Những quy định này phải chăng bắt nguồn từ logic: nhân dân bầu nên cơ quan quyền lực nhà nước, cơ quan quyền lực nhà nước bầu nên cơ quan chấp hành từ số các đại biểu của mình, thay mặt mình tổ chức thực hiện các quyết định do mình ban hành và điều hành mọi mặt đời sống đất nước.

Quan điểm tập quyền, tập trung quyền lực vào Quốc hội được thể hiện càng rõ với quy định: “Quốc hội có thể đặt cho mình những nhiệm vụ, quyền hạn mới”, và khi cần Quốc hội có thể trao cho Hội đồng Nhà nước và Hội đồng Chính phủ những nhiệm vụ, quyền hạn mới. Với cơ chế này có thể dẫn đến nhận thức là: quyền lực của Quốc hội không bị hạn chế bởi Hiến pháp, bởi pháp luật.

Đi đôi với cơ chế tập quyền, tập trung quyền lực vào Quốc hội ở cấp trung ương, tập trung vào HĐND ở địa phương, thì chế độ trách nhiệm đi theo hướng đề cao trách nhiệm tập thể, ít quan tâm tới trách nhiệm cá nhân. Nhận thức này bắt nguồn từ các quy định sau đây: Bộ trưởng và các thành viên khác của Hội đồng Bộ trưởng chịu trách nhiệm trước Quốc hội và Hội đồng Nhà nước.

Về cơ chế giám sát của Quốc hội với Chính



phủ cũng có những hạn chế nhất định khi Hiến pháp 1980 quy định: mọi thành viên của Chính phủ đều là đại biểu Quốc hội. Trên thực tế đại biểu Quốc hội chủ yếu là kiêm nhiệm, còn công việc chính là làm việc trong các cơ quan, tổ chức nhà nước. Từ đây dẫn tới tình trạng Quốc hội không thể giám sát được Chính phủ, theo đúng nghĩa của sự giám sát vì “đại biểu thường” khó có thể nói thẳng, nói thật với đại biểu có chức vụ - đây là một trở ngại với hoạt động giám sát. Hơn nữa, các đại biểu ở địa phương khó có thể giám sát được hoạt động của các cơ quan nhà nước ở trung ương, hơn nữa họ lại vướng nhau ở quan hệ công vụ. Đây là hạn chế lớn nhất bắt nguồn từ thể chế cơ quan đại diện ở nước ta hiện nay.

Sự giám sát của quyền lực nhân dân đối với quyền lực nhà nước vốn được ghi nhận trong Hiến pháp 1946 và Hiến pháp năm 1959 cũng không được đề cập tới trong Hiến pháp 1980. Điều không ghi nhận này, phải chăng bắt nguồn từ quan niệm đơn giản rằng: Nhà nước là của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân nên mọi hoạt động nhà nước đều vì lợi ích của nhân dân, do đó nhân dân không cần giám sát đối với các cơ quan nhà nước.

Với những quy định này, có thể nhận thấy một số điều, mà trong sách báo khoa học pháp

lý Việt Nam ít được đề cập, có thể khái quát như sau:

- Chế độ “đại nghị” - tính trội thuộc về cơ quan đại diện - đã được xác lập trong Hiến pháp 1980.
- Sự tập trung quyền lực càng cao vào cơ quan quyền lực nhà nước - vào Quốc hội - thì sự phân công quyền lực càng không rõ.
- Sự phân công quyền lực càng không rõ thì chế độ trách nhiệm tập thể càng tăng, khi chế độ trách nhiệm tập thể càng tăng thì trách nhiệm cá nhân càng giảm.
- Chế độ tập quyền càng cao vào cơ quan quyền lực nhà nước, trách nhiệm tập thể càng cao thì càng làm cho sự điều hành của cơ quan hành chính yếu đi trong thực tế.

4. Quyền lực nhân dân và quyền lực nhà nước trong Hiến pháp 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2001)

Khác với Hiến pháp năm 1980, về vấn đề quyền lực nhân dân và quyền lực nhà nước, sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các quyền lực này đã được khái quát hóa thành quan điểm tổng quát: “Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân. Quyền lực nhà nước là thống nhất, có





sự phân công, phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”.

Quan điểm Nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân đã khẳng định mọi quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, nhân dân là người tổ chức nên Nhà nước của mình.

Quan điểm quyền lực nhà nước là thống nhất đặt ra nhiều vấn đề lý luận và thực tiễn cần được lý giải:

Trước hết, với quan điểm quyền lực nhà nước - một loại quyền lực chính trị luôn thuộc về một giai cấp hay liên minh giữa các giai cấp - trong điều kiện hiện nay ở nước ta, Đảng Cộng sản Việt Nam là lực lượng duy nhất lãnh đạo Nhà nước và xã hội, do đó việc tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước đều đặt dưới sự lãnh đạo của Đảng. Chính điều này quyết định sự thống nhất của quyền lực nhà nước - thống nhất ở khía cạnh chính trị của quyền lực nhà nước.

Thứ hai, nhìn từ khía cạnh xã hội của vấn đề, quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Còn nhân dân là một thể thống nhất bao gồm tất cả các dân tộc, giai cấp, tầng lớp cùng sinh sống lao động trên lãnh thổ Việt Nam, do đó quyền lực của họ là thống nhất, không bị phân chia. Sự thống nhất quyền lực nhà nước là sự thể hiện thống nhất quyền lực thuộc về nhân dân và từ bản thân bản chất của Nhà nước - thể chế xã hội, thể chế do xã hội tạo nên. Chính xã hội tạo nên Nhà nước chứ không phải Nhà nước tạo nên xã hội.

Sự thống nhất của quyền lực nhà nước thể hiện qua sự thống nhất của hệ thống pháp luật, sự phân hóa, thứ bậc của các quyết định pháp luật do các cơ quan nhà nước ban hành. Hiến pháp là cơ sở pháp lý tối cao cho việc ban hành luật, các văn bản quy phạm pháp luật khác, văn bản của cơ quan nhà nước ở cấp dưới không mâu thuẫn, trái với văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên.

Sự thống nhất của quyền lực nhà nước thể hiện qua tính thứ bậc, quan hệ giữa các cơ quan nhà nước trong bộ máy nhà nước (cơ quan đại

diện, cơ quan hành chính nhà nước, cơ quan tư pháp) trong các phân hệ của bộ máy nhà nước.

Nhưng để thực hiện quyền lực đó cần có sự phân công quyền lực giữa các cơ quan nhà nước để thực hiện quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp.

Quyền lập pháp là quyền đặt ra Hiến pháp, sửa đổi Hiến pháp, đặt ra luật và sửa đổi luật. Quyền lập pháp ở nước ta thuộc về Quốc hội - cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Quyền lập pháp không phân bổ cho các đơn vị hành chính lãnh thổ, tuy vậy, theo cơ chế uỷ quyền lập pháp, quyền lập pháp được uỷ quyền cho UBTWQH - cơ quan thường trực của Quốc hội ban hành Pháp lệnh. Các quy phạm của Pháp lệnh trong nhiều trường hợp được sử dụng như là luật. Nhưng để thực hiện quyền lập pháp, phải có sự tham gia của nhiều thể chế nhà nước (Chính phủ, TAND tối cao, VKSND tối cao) và nhiều thể chế xã hội dân sự (cơ quan trung ương của các tổ chức chính trị - xã hội) thể hiện qua quyền sáng kiến lập pháp của các thể chế này (Điều 87). Các thể chế cộng đồng được ban hành các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trên địa bàn theo sự phân cấp và trong khuôn khổ thẩm quyền của từng cấp hành chính: tỉnh, huyện, xã và các đơn vị hành chính tương đương. Như vậy, thực chất chính quyền địa phương cũng đặt ra pháp luật. Đây là điều khác hẳn giữa nước ta với nhiều quốc gia khác trên thế giới.

Quyền hành pháp là quyền tổ chức thực hiện pháp luật, đưa pháp luật vào đời sống xã hội, gồm quyền tổ chức quản lý các quá trình kinh tế, chính trị, xã hội trên cơ sở pháp luật, quyền ban hành các văn bản quy phạm pháp luật dưới luật của hệ thống hành chính nhà nước. Quyền này không hoàn toàn hay tuyệt đối thuộc vào hệ thống hành chính nhà nước, mà còn thuộc vào cả các cơ quan khác của nhà nước, cả Quốc hội, Chủ tịch nước, TAND tối cao, VKSND tối cao, nhưng chủ yếu do hệ thống hành chính nhà nước thực hiện.

Khác với quyền lập pháp, quyền hành pháp được phổ biến xuống các đơn vị hành chính



lãnh thổ thông qua cơ chế phân cấp quản lý của Nhà nước cho các đơn vị hành chính lãnh thổ tương ứng: tỉnh, huyện, xã và các đơn vị hành chính tương đương. Quyền hành pháp ở trung ương được thực hiện bởi Chính phủ, các bộ, cơ quan ngang bộ, ở địa phương được thực hiện bởi HĐND và Ủy ban nhân dân (UBND). HĐND thực hiện quyền hành pháp bằng chức năng ra các nghị quyết, giám sát việc tuân theo Hiến pháp, luật, các văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên và nghị quyết của HĐND cùng cấp. UBND là cơ quan chấp hành của HĐND và cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương thực hiện quyền hành pháp thông qua hoạt động tổ chức các quá trình kinh tế, chính trị, xã hội trên cơ sở Hiến pháp, luật, các văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên, nghị quyết của HĐND cùng cấp và ban hành các quyết định quy phạm.

Quyền hành pháp được phân công giữa Chính phủ với các đơn vị hành chính lãnh thổ thông qua cơ chế phân cấp quản lý. Xu hướng này ngày càng được thể hiện rõ nét qua các quy định của Chính phủ về phân cấp quản lý nhà nước giữa trung ương với cấp tỉnh và giữa cấp tỉnh với cấp huyện, cấp xã trên các lĩnh vực của đời sống xã hội. Đây là một xu hướng hợp quy luật vì trong quản lý nhà nước hiện đại không một quốc gia nào có quản lý thành công mà lại không phân cấp mạnh cho các chế chế cộng đồng.

Quyền tư pháp là quyền phán quyết về những tranh chấp dân sự, tranh chấp hành chính bằng con đường tố tụng của Tòa án, quyền phán quyết những hành vi nào là tội phạm và áp dụng hình phạt tương ứng. Quyền tư pháp bao gồm quyền xét xử các vụ án hình sự, dân sự, kinh tế, lao động, hôn nhân, gia đình và hành chính của Tòa án, quyền công tố và kiểm sát các hoạt động tư pháp của Viện kiểm sát, quyền thực hiện các hoạt động hành chính - tư pháp của các cơ quan, thể chế khác của nhà nước và xã hội. Nhưng trung tâm của quyền tư pháp là quyền xét xử của Tòa án.

Quyền xét xử và công tố không phân công cho các đơn vị hành chính - lãnh thổ, mặc dù

Tòa án, Viện kiểm sát có ở các tỉnh, huyện và đơn vị hành chính - lãnh thổ tương đương. Khi thực hiện chức năng xét xử, công tố, Tòa án và Viện Kiểm sát nhân danh Nhà nước mà không nhân danh đơn vị hành chính lãnh thổ, vì vậy dấu hiệu lãnh thổ không là yếu tố bắt buộc đối với những cơ quan này. Trong xu hướng cải cách tư pháp có thể thành lập các cơ quan xét xử, kiểm sát theo khu vực lãnh thổ.

Quan điểm tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước ở nước ta tới nay về mặt pháp lý vẫn không có những thay đổi; ở các cấp hành chính vẫn tồn tại hai loại cơ quan, cơ quan đại diện và cơ quan hành chính - cơ quan chấp hành của cơ quan đại diện.

Cách tổ chức này dẫn đến mâu thuẫn: Cơ quan đại diện được mô phỏng như cơ quan đại diện quyền lực nhà nước cao nhất và có những chức năng tương tự như chức năng của cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Từ đó dẫn đến sự phân công quyền lực không rõ ràng giữa cơ quan quyền lực và cơ quan chấp hành của cơ quan quyền lực, và từ đây làm cho bộ máy chính quyền địa phương chồng chéo, nhiều tầng nấc mà ít tác dụng với đời sống nhà nước và đời sống xã hội - điều mà nhiều công trình nghiên cứu đã đề cập. Chính vì vậy, cần phải nhận thức lại một cách khách quan về phương thức, cách thức tổ chức thực hiện quyền lực của Nhà nước với tư cách thể chế cộng đồng và quyền lực của các thể chế lãnh thổ - thể chế của riêng cộng đồng. Do đó, tùy theo quy mô, tính chất của từng đơn vị hành chính - lãnh thổ mà thiết lập thể chế quản lý cho phù hợp.

Sự phân biệt giữa quyền lực nhân dân và quyền lực nhà nước đã được khôi phục lại ở Hiến pháp năm 1992 bởi cơ chế trưng cầu ý dân. Trưng cầu ý dân có thể có quy mô toàn quốc hoặc quy mô vùng lãnh thổ. Khi trưng cầu ý dân trên quy mô toàn quốc thì mới là sự thể hiện quyền lực nhân dân theo đúng nghĩa của nó, còn trưng cầu ý dân ở một cộng đồng thì chỉ là ý chí của cộng đồng lãnh thổ dân cư nhất định. Tuy vậy, quy định này là nhằm tránh tình trạng quyền lực nhà nước - quyền lực thể chế cộng đồng chung xâm phạm tới lợi





ích của cộng đồng lãnh thổ dân cư. Sự giám sát của quyền lực nhân dân đối với quyền lực nhà nước cũng vẫn chưa được thể hiện rõ trong Hiến pháp năm 1992. Để thể hiện được điều này cần phải quy định sự giám sát của nhân dân đối với các cơ quan nhà nước thông qua các thể chế xã hội dân sự và sự giám sát trực tiếp của nhân dân, có như vậy mới hạn chế được sự lạm quyền của các cơ quan nhà nước.

5. Vấn đề quyền lực nhân dân và quyền lực nhà nước cần được giải quyết khi sửa đổi Hiến pháp 1992

Vấn đề quyền lực nhân dân và quyền lực nhà nước và tổ chức quyền lực nhân dân và tổ chức quyền lực nhà nước trong một quốc gia là vấn đề cốt yếu nhất của Hiến pháp, vì vậy khi sửa đổi Hiến pháp năm 1992 cần phải được tính đến các điều sau đây:

- Hiến pháp không chỉ đơn giản ghi nhận quyền lực nhà nước và cách thức tổ chức quyền lực nhà nước, mà phải ghi nhận quyền lực nhân dân, cách phân công quyền lực nhân dân cho các thiết chế xã hội do nhân dân thành lập nên;

- Quyền lực nhân dân là tối cao, của toàn

thể, được nhân dân thực hiện thông qua mọi thiết chế do nhân dân lập ra, với những quy mô, tính chất khác nhau. Nhân dân không trao cho bất kỳ một thiết chế nào trong xã hội mọi quyền lực của mình, kể cả Nhà nước. Nhà nước chỉ là một thiết chế xã hội, ngoài ra còn có những thiết chế xã hội khác. Vì vậy, trong chương về chế độ chính trị cần phải khẳng định điều này, có nghĩa là phải ghi nhận quyền lực của các thiết chế xã hội dân sự.

- Khi Hiến pháp ghi nhận sự phân công quyền lực nhân dân cho các thiết chế xã hội là đã xác định địa vị chính trị - Hiến pháp của các thiết chế này.

- Quyền lực nhà nước - bộ phận quan trọng nhất, bộ phận thường trực của quyền lực nhân dân - cần được tổ chức một cách khoa học trên cơ sở các nguyên tắc của phân công lao động quyền lực nhà nước.

- Phân công lao động quyền lực bảo đảm tính công khai, minh bạch, rõ ràng giữa các cơ quan tối cao của quyền lực nhà nước - giữa Quốc hội với Chủ tịch nước, với Chính phủ, Tòa án và với các thiết chế chính quyền địa phương - thiết chế cộng đồng. ■

BẢO HIẾN, CHỦ NGHĨA LẬP HIẾN VÀ NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN

(Tiếp theo trang 16)

Từ phân tích ở trên, có thể suy ra được vì sao cơ chế quyền lực nhà nước tập trung, không phân quyền, hay còn gọi là tập quyền, lại không cần đến hoặc coi nhẹ vấn đề tài phán hiến pháp. Bởi lẽ, theo cơ chế này, toàn bộ quyền lực về mặt hình thức thuộc về các cơ

quan đại biểu cao nhất là Quốc hội. Quốc hội vừa là cơ quan lập hiến, vừa là cơ quan lập pháp, vừa có quyền giải thích, sửa đổi, bổ sung Hiến pháp. Trong bối cảnh đó, nếu nảy sinh những cáo buộc, chỉ trích về một đạo luật nào đó là vi hiến, Quốc hội có thể làm cho nó hợp hiến bằng cách đưa ra giải thích, hoặc sửa đổi hay bãi bỏ nó - tất cả đều nhằm mục đích ‘nắn sửa’ đạo luật đó cho phù hợp với Hiến pháp. Một cách khác, Quốc hội thậm chí có thể sửa đổi Hiến pháp để bảo đảm tính hợp hiến của một đạo luật nhất định. Rõ ràng là, trong bối cảnh quyền lực tập trung như vậy, không thực sự xuất hiện nhu cầu bức thiết về một công cụ là tài phán hiến pháp mà thiên chức của nó là bảo đảm cho sự vận hành một cơ chế kiểu khác - cơ chế phân quyền. ■



HIẾN PHÁP

VỚI VIỆC TỔ CHỨC BỘ MÁY QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC TRONG GIAI ĐOẠN XÂY DỰNG NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN VIỆT NAM

■ LÊ VĂN CẢM*
■ VŨ VĂN HUÂN**

1. Hiến pháp và vai trò của nó đối với việc tổ chức bộ máy quyền lực nhà nước trong nhà nước pháp quyền

1.1. Cội nguồn xuất hiện của Hiến pháp, khái niệm và bản chất chính trị, tư tưởng và pháp lý của Hiến pháp trong nhà nước pháp quyền

1.1.1. Cội nguồn xuất hiện của Hiến pháp

Thuật ngữ “Hiến pháp” có cội nguồn xa xưa từ tiếng Latinh cổ là “Constutio” và có thể hiểu theo rất nhiều nghĩa như: “quy định”, “thành lập”, “tổ chức”, “cơ cấu”, “thiết lập”, v.v.. Tuy nhiên, lịch sử xuất hiện của các hiến pháp thành văn đầu tiên là ở châu Mỹ vì ngay từ thế kỷ XVII khi những người Anh khám phá, chinh phục lục địa này đã thảo ra “Platation Covenant” (Hiệp ước của các thuộc địa). Tiếp theo đó, 13 bang đầu tiên của Hoa Kỳ tuyên bố độc lập đã lần lượt thông qua các hiến pháp của họ như: bang Virginia, Pensilvania, Merilēnda và Bắc Kalōrina (năm 1776), bang

Vermōnt (năm 1777), bang Massachusetts (năm 1780), bang Niugepsir (năm 1783) và cuối cùng là Hiến pháp của Hợp chúng quốc Hoa Kỳ (năm 1787) - bản Hiến pháp thành văn đầu tiên hoàn chỉnh nhất của nhân loại. Bước sang thế kỷ XVIII, các quốc gia ở châu Âu như Ba Lan và Pháp cũng lần lượt thông qua các bản hiến pháp (năm 1791)¹ và cho đến nay, khoảng 200 nước trên thế giới đã có hiến pháp của mình².

1.1.2. Khái niệm và các chức năng cơ bản của Hiến pháp trong nhà nước pháp quyền

Việc phân tích nội dung các quy định được ghi nhận trong các hiến pháp của các nước trên thế giới trong suốt năm thế kỷ qua (XVII-XXI) có thể dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau về Hiến pháp. Tuy nhiên, theo quan điểm của chúng tôi, Hiến pháp trong nhà nước pháp quyền (NNPQ) là đạo luật cơ bản của nhà nước có tính pháp chế tối thượng và hiệu lực pháp lý trực tiếp cao nhất trên toàn bộ lãnh

(*) GS, TSKH. Trường Bộ môn Tư pháp hình sự của Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

(**) Văn phòng Quốc hội.

(1) Êbzeev B.X, Hiến pháp-Nhà nước pháp quyền-Tòa án Hiến pháp, Tập bài giảng dành cho các Trường Đại học, NXB. Đạo luật và pháp luật, Maxcova, 1997, tr. 12 (tiếng Nga).

(2) TSKH. GS A.E.Kozlōv (chủ biên), Luật Hiến pháp, Giáo trình dành cho các Trường Đại học luật và các khoa luật, NXB. BEK, Maxcova, 1996, tr. 28 (tiếng Nga).





thổ của một quốc gia, mà trong đó ghi nhận và điều chỉnh các chế định trung tâm và chủ yếu nhất liên quan đến những cơ sở của chế độ hiến định, các quyền và tự do của con người và của công dân, các lĩnh vực cơ bản và quan trọng hơn cả trong việc tổ chức, thực hiện và kiểm soát quyền lực (KSQL) nhà nước của bộ máy công quyền, cũng như trong đời sống chính trị, kinh tế và xã hội của đất nước. Như vậy, từ nội hàm của khái niệm này có thể khẳng định rằng, bản chất chính trị, tư tưởng và pháp lý của Hiến pháp trong NN PQ là ở chỗ: với tư cách là một văn kiện chính trị, pháp lý chủ yếu và là “khế ước xã hội” quan trọng nhất của một quốc gia, Hiến pháp trong NN PQ bao giờ cũng mang tính pháp chế tối thượng so với tất cả các văn bản quy phạm pháp luật (QPPL) khác trong hệ thống pháp luật của quốc gia ấy, có hiệu lực pháp lý trực tiếp cao nhất, đồng thời là nền tảng của quyền lực nhà nước và trật tự pháp luật, là cơ sở để thực thi và bảo vệ một cách vững chắc và hữu hiệu các quyền, tự do hiến định của con người, của công dân tránh khỏi sự xâm hại của quyền lực nhà nước. Lịch sử lập hiến trên thế giới hàng trăm năm qua đã chứng minh rằng, nếu như bản chất chính trị, tư tưởng và pháp lý của các Hiến pháp trong các nhà nước cực quyền hay các chế độ chuyên chế luôn khẳng định vai trò toàn trị của Nhà nước để tạo cho Nhà nước có khả năng can thiệp vào tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội, thì với khái niệm nêu trên cho thấy, bản chất chính trị, tư tưởng và pháp lý của Hiến pháp trong NN PQ có chức năng ghi nhận và điều chỉnh ba nhóm quan hệ xã hội (QH XH) chủ yếu và quan trọng nhất sau đây: 1) các chế định trung tâm và chủ yếu nhất liên quan đến những cơ sở của chế độ hiến định, các quyền và tự do của con người và của công dân; 2) các lĩnh vực cơ bản và quan trọng hơn cả trong việc tổ chức, thực hiện và KSQL nhà nước của bộ máy công quyền và; 3) các lĩnh vực cơ bản và quan trọng hơn cả trong đời sống chính trị,

kinh tế và xã hội của đất nước.

1.2. Vai trò của Hiến pháp đối với việc tổ chức bộ máy quyền lực nhà nước trong nhà nước pháp quyền

Chúng tôi tập trung phân tích vai trò của Hiến pháp trong việc thực hiện chức năng thứ hai của Hiến pháp như đã nêu (gọi tắt là điều chỉnh các lĩnh vực cơ bản và quan trọng hơn cả trong việc tổ chức bộ máy quyền lực (BMQL) nhà nước). Việc nghiên cứu các quy phạm về tổ chức BMQL nhà nước trong một loạt các NN PQ trên thế giới đương đại³ cho phép khẳng định rằng, nếu các quy phạm này trong Hiến pháp được soạn thảo một cách khoa học (chặt chẽ về mặt kỹ thuật lập hiến, nhất quán về logic pháp lý và khả thi - tức là đáp ứng được việc điều chỉnh các nhóm QH XH chủ yếu nhất), thì Hiến pháp sẽ có vai trò rất quan trọng đối với việc tổ chức BMQL nhà nước trong NN PQ trên ba khía cạnh chính sau:

Thứ nhất, bằng việc ghi nhận đầy đủ những nguyên tắc cơ bản, các quy phạm và các chế định quan trọng hơn cả về tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước tương ứng với ba nhánh quyền lực truyền thống (quyền lập pháp - QLP, quyền hành pháp - QHP và quyền tư pháp - QTP), Hiến pháp trong NN PQ khẳng định một chân lý tối thượng - tinh hoa của nền văn minh nhân loại là “nhân dân - người sáng tạo nên lịch sử”- tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, chủ quyền của nhân dân cao hơn chủ quyền của nhà nước (vấn đề này phản ánh rõ nhất qua quyền lập hiến của nhân dân).

Thứ hai, bằng việc phân công một cách rõ ràng, rành mạch những thẩm quyền và chức năng của các cơ quan công quyền tương ứng với ba nhánh quyền lực truyền thống đã nêu, Hiến pháp trong NN PQ góp phần tạo nên các cơ sở hiến định để các quan chức của các cơ quan này có thể thực thi đúng, đầy đủ và hiệu quả chức trách công vụ của mình với tư cách là những “công bộc”, “người đầy tớ” của nhân dân.

(3) Xem cụ thể hơn: Các Hiến pháp của các nước ngoài Đông Âu, Tập bài giảng và tra cứu, NXB. Norma-Infra. Maxcova, 1996 (tiếng Nga); Các Hiến pháp của các nước ngoài - Hợp chúng quốc Hoa Kỳ, Vương quốc Anh, Pháp, Đức, Italia, Tây Ban Nha, Hy Lạp, Nhật Bản, Canada (Xuất bản lần thứ 2 có sửa đổi và bổ sung), NXB. BEC, Maxcova, 1997 (tiếng Nga).



Thứ ba, bằng việc ghi nhận một cách đầy đủ, khoa học và chặt chẽ những nguyên tắc cơ bản, các quy phạm và các chế định quan trọng hơn cả về KSQL nhà nước tương ứng với ba nhánh quyền lực truyền thống đã nêu, Hiến pháp trong NN PQ góp phần điều chỉnh ở mức cao nhất sự phối hợp, phân công và cân bằng, cũng như sự kiểm tra và chế ước lẫn nhau giữa các cơ quan công quyền của các nhánh này nhằm loại trừ các biểu hiện tùy tiện, lạm quyền, tệ quan liêu, tham nhũng, hách dịch, cửa quyền, xâm phạm các quyền và tự do hiến định của công dân, đồng thời đem lại các dịch vụ công tốt nhất cho xã hội.

2. Một số khiếm khuyết chủ yếu của các quy phạm cơ bản về tổ chức bộ máy quyền lực nhà nước trong Hiến pháp Việt Nam năm 1992

Khi nghiên cứu các quy định này trong Hiến pháp Việt Nam năm 1992, các nhà luật học có thể dễ dàng nhận thấy một loạt những khiếm khuyết chủ yếu (về tính logic pháp lý, sự chặt chẽ về mặt kỹ thuật lập pháp và tính chính xác về mặt khoa học) mà có lẽ trong quá trình sửa đổi Hiến pháp (SĐHP) năm 1992 (lần thứ 2) chúng ta cần phải khắc phục, như:

Một là, không có sự điều chỉnh về mặt lập hiến quy trình lập pháp, quy trình miễn nhiệm các chức vụ nhà nước cao cấp do Quốc hội bầu, phê chuẩn và do Chủ tịch nước bổ nhiệm.

Hai là, chưa thực sự bảo đảm tính chính xác về mặt khoa học khi không có ranh giới rõ rệt giữa các cơ quan thuộc các nhánh quyền lực nhà nước khác nhau vì không rõ các cơ quan tư pháp là những cơ quan nào khi Tòa án nhân dân (TAND) và Viện kiểm sát nhân dân (VKSND) đều được quy định trong cùng Chương X.

Ba là, còn thiếu các quy phạm đề cập đến

cơ chế KSQL nhà nước nói chung ngay trong chính nội bộ hệ thống BMQL nhà nước để có thể tạo nên được sự phối hợp và cân bằng, cũng như sự kiểm tra và chế ước nhau giữa các cơ quan công quyền thuộc các nhánh quyền lực nhà nước - đây chính là vấn đề cơ bản nhất tạo ra kẽ hở cho sự tùy tiện, hiệu quả thấp và năng lực quản lý nhà nước yếu trong hoạt động của các cơ quan công quyền. Có lẽ chính từ những kẽ hở này mà “việc sử dụng quyền lực nhà nước cũng luôn tiềm ẩn khả năng lạm dụng quyền lực, xâm phạm đến quyền và lợi ích chính đáng của nhân dân”, “bộ máy nhà nước cũng đã bộc lộ nhiều yếu kém và đã xuất hiện nhiều cảnh báo về nguy cơ từ phía các cơ quan nhà nước”⁴.

Bốn là, các quy phạm liên quan đến cơ chế bảo vệ Hiến pháp (BVHP) nói riêng mới chỉ mang tính một chiều và chưa đầy đủ vì trong khi hai nhánh QLP và QHP được Hiến pháp trao cho rất nhiều thẩm quyền để thực hiện sự KSQL đối với nhánh quyền lực thứ ba (QTP), thì ngược lại, không hề có bất kỳ quy định nào ghi nhận sự KSQL của nhánh QTP đối với hai nhánh quyền lực nhà nước kia. “Nếu tổ chức như hiện nay ở Việt Nam, Quốc hội hay Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) có hoạt động vi phạm Hiến pháp hay pháp luật thì không có một cơ chế nào để xem xét vi phạm đó”⁵. Hay “Đa số các ý đều nhận xét rằng, việc BVHP ở nước ta không được giao cho một cơ quan chuyên trách mà tất cả các cơ quan trong bộ máy nhà nước đều có nghĩa vụ BVHP thì hiệu quả và hiệu lực không cao; không đề cao được trách nhiệm BVHP của nhà nước và xã hội. BVHP theo cơ chế hiện hành chủ yếu dựa vào quyền giám sát tối cao của Quốc hội thì có sự lẫn lộn giữa quyền lập pháp và quyền tài phán (tư pháp)”⁶; và đặc biệt là từ sau Đại hội X của Đảng đến nay trong các sách báo khoa

(4) Phạm Văn Hùng, *Sự cần thiết phải kế thừa, bổ sung cơ chế tổ chức quyền lực trong Dự thảo Cương lĩnh, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 19 - tháng 10/2010, tr. 12.
 (5) Ngô Huy Cương, *Luật hiến pháp và văn hóa chính trị*, trong sách: *Bàn về lập hiến (Tập thể tác giả do TS. Phạm Văn Hùng chủ biên)*, Nxb. Lao động, Hà Nội, 2010, tr. 50.
 (6) Hồng Chanh, *Tìm cơ chế bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp*, Trong *Bản tin “Luật sư ngày nay” (Bản tin của Đoàn Luật sư Hà Nội)*, số 6/2005, tr. 5. Bài viết tổng thuật các ý kiến tại Hội thảo khoa học “Cơ chế bảo hiến ở Việt Nam” do Ban Công tác lập pháp của UBTVQH khóa XI tổ chức tại Nghệ An (TP. Vinh, tháng 5/2005).





học pháp lý Việt Nam có nhiều ý kiến về sự bất cập của các quy định hiện hành về BVHP⁷.

Năm là, quy trình lập hiến và hiệu lực của Hiến pháp mặc dù cũng là phần rất quan trọng mà lẽ ra cần phải được điều chỉnh cụ thể và công khai từng công đoạn để toàn thể nhân dân được biết như: soạn thảo, sửa đổi, bổ sung, thông qua và công bố Hiến pháp; nhưng rất tiếc Hiến pháp năm 1992 mới chỉ ghi nhận rất sơ sài công đoạn khi nào thì Hiến pháp được “sửa đổi” (Điều 147).

Sáu là, một loạt các quy phạm khác của Hiến pháp năm 1992 mà ở các mức độ khác nhau có liên quan đến việc tổ chức BMQL nhà nước cũng còn thể hiện những nhược điểm cơ bản như:

Các quy phạm về các chế độ hiến định của một đất nước là rất quan trọng và lẽ ra phải có ít nhất là ba chế định với các lĩnh vực chủ yếu cần được điều chỉnh về mặt lập hiến, nhưng Hiến pháp năm 1992 lại mới chỉ quy định hai chế định là “Chế độ chính trị”, “Chế độ kinh tế” với 48 điều, còn lại thiếu hẳn một chế độ hiến định cơ bản là “Chế độ xã hội” với sự điều chỉnh chưa đầy đủ hoặc bỏ sót nhiều lĩnh vực liên quan đến đời sống xã hội của một quốc gia và các lợi ích thiết thực của nhân dân (như: bảo vệ môi trường), cũng như một loạt các đối tượng yếu thế trong xã hội (như: phụ nữ, trẻ em, thương binh, cựu chiến binh, v.v..).

Các quy phạm về các chế định quyền con người và quyền công dân cũng là một trong những giá trị xã hội cao quý nhất được thừa nhận chung của nền văn minh nhân loại trong các NNQP mà lẽ ra phải được đề cập riêng biệt trong hẳn một phần của Hiến pháp, nhưng Hiến pháp năm 1992 chỉ nêu vắn vắn trong



Chương V “Các quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân” nhưng có một số nhược điểm rất cơ bản và quan trọng là: 1) Ngay tên gọi của Chương này cũng chưa chính xác về mặt khoa học và chưa đạt về mặt kỹ thuật lập hiến khi đã không sử dụng thuật ngữ “con người” (vì các quyền con người rõ ràng khác với quyền công dân); 2) Nếu chỉ quy định các quyền “cơ bản”, vậy thì các quyền “không cơ bản” là quyền nào và không được ghi nhận trong Hiến pháp hay sao (?); 3) Thiếu quy phạm về các cơ chế pháp lý (cả quốc gia và quốc tế) để bảo vệ các quyền hiến định này. Đó là kẽ hở “chết người” của Hiến pháp vì nó làm cho các công dân không có kiến thức về pháp luật rất khó tự bảo vệ được các quyền hiến định của mình khi bị xâm phạm (nhất là khi sự xâm phạm đó xuất phát từ phía công quyền); 4) Trong Chương này lẽ ra phải ghi nhận đầy đủ các quyền tự nhiên mà bất kỳ một người nào sinh ra đều đương nhiên được hưởng với tư cách là các giá trị xã hội cao quý nhất được thừa nhận chung của nhân loại tiến bộ đã được ghi nhận trong Bộ luật quốc tế về nhân quyền với ba văn bản nổi tiếng - Tuyên ngôn thế giới “Về các quyền con người” năm 1948, hai Công ước Liên hiệp quốc “Về các quyền chính trị và dân

(7) Xem cụ thể hơn: *Kỷ yếu Hội thảo Quốc tế về bảo hiến*, NXB. Thời đại, Hà Nội, 2009; Đào Trí Úc, Nguyễn Như Phát (Đồng chủ biên), *Tài phán Hiến pháp và vấn đề xây dựng mô hình tài phán Hiến pháp ở Việt Nam (Sách chuyên khảo)*, NXB. Công an nhân dân, Hà Nội, 2007; Đào Trí Úc, Võ Khánh Vinh (Đồng chủ biên), *Giám sát và cơ chế giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở nước ta hiện nay (Sách chuyên khảo)*, NXB. Công an nhân dân, Hà Nội, 2003.



sự” và “Về các quyền kinh tế, văn hóa và xã hội” năm 1966 - mà Việt Nam và hầu như các quốc gia thành viên Liên hiệp quốc đã ký và cam kết thực hiện, thế nhưng trong 33 điều của Chương này thì có đến 30 lần xuất hiện thuật ngữ “Nhà nước” (một khi đã là quyền tự nhiên của con người thì họ đương nhiên được hưởng chứ không phải là “quà tặng” của nhà nước hay bất cứ pháp nhân, ban lãnh đạo hay cá nhân người cầm quyền); 5) Có lẽ chính vì vậy, “khi quy định về quyền của người dân, Hiến pháp Việt Nam hiện hành có khuynh hướng tạo thuận lợi cho Nhà nước nên không có cam kết có thể xác định trách nhiệm của Nhà nước trước công dân”⁸.

3. Các giải pháp nhằm tăng cường vai trò của Hiến pháp đối với việc tổ chức bộ máy quyền lực nhà nước trong giai đoạn xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam

3.1. Hệ thống các giải pháp

Theo quan điểm của chúng tôi, hệ thống các giải pháp này trong quá trình SDHP có thể được triển khai trên rất nhiều bình diện tương ứng theo từng nhóm riêng biệt, như: chính trị, tư tưởng, pháp lý, kinh tế, xã hội, giáo dục, khảo sát thực tiễn, biên soạn các Dự thảo, v.v..

3.2. Bảo đảm sự nhận thức khoa học thống nhất và biện chứng về việc sửa đổi Hiến pháp dưới ánh sáng tư tưởng về nhân dân, dân chủ, pháp quyền của Hồ Chí Minh

Việc tham khảo Hiến pháp của một loạt các quốc gia trên thế giới, mà cụ thể là cơ cấu chung Hiến pháp của 7 nước Đông Âu (Bungari, Hungari, Balan, Rumani, CH Xlôvakia, CH Séc và CH Nam Tư)⁹ và toàn văn nội dung Hiến pháp của 24 nước khác¹⁰ (mà về cơ bản là các NNQP trên thế giới) cho thấy, trong các Hiến pháp của các quốc gia là NNQP đích thực đều có sự phân công quyền lực rất cụ thể và rõ ràng, cũng như có cơ chế KSQL nhà nước

đối với tất cả các nhánh quyền lực (chứ không đơn giản là chỉ có cơ chế KSQL nhà nước của một nhánh QLP đối với các nhánh quyền lực khác) từ ngay chính bên trong hệ thống quyền lực. Tuy nhiên, trong lần SDHP này, trước hết chúng ta cần bảo đảm sự nhận thức khoa học thống nhất và biện chứng về SDHP Việt Nam dưới ánh sáng tư tưởng Hồ Chí Minh mà sự phản ánh rõ hơn cả là trong Hiến pháp năm 1946 của nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa để từ đó, kế thừa các giá trị của nó, cũng như lĩnh hội những tinh hoa quý báu từ chủ nghĩa lập hiến của nhân loại (đáng chú ý nhất là kinh nghiệm soạn thảo bản Hiến pháp đầu tiên của thế giới - Hiến pháp Mỹ năm 1787). Điều này có thể được lý giải bởi nhiều lý do, như:

Thứ nhất, trong bản Tuyên ngôn Độc lập ngày 02/9/1945 thành lập nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa Chủ tịch Hồ Chí Minh đã trích nguyên văn những lời bất hủ về các quyền tự nhiên của con người trong bản Tuyên ngôn Độc lập ngày 04/7/1776 nổi tiếng toàn thế giới của nước Mỹ như: “Tất cả mọi người sinh ra đều có quyền bình đẳng. Tạo hóa cho họ những quyền không ai có thể xâm phạm; trong những quyền ấy có quyền được sống, quyền tự do và quyền mưu cầu hạnh phúc”.

Thứ hai, khi SDHP Việt Nam trong giai đoạn xây dựng NNQP hiện nay, việc học hỏi, tham khảo kinh nghiệm lập hiến của Mỹ là cần thiết vì chính thế hệ những người đã tiến hành cuộc chiến tranh Cách mạng vì độc lập của Mỹ - những người Cha đã có công sáng lập ra nền Cộng hòa Mỹ như George Washington và Thomas Jefferson là các tác giả của bản Hiến pháp năm 1787 - nên vì thế, các nhà luật học Việt Nam cần phải: “tìm hiểu kỹ xem họ đã làm ra bản hiến pháp đó như thế nào và cùng với việc học hỏi bản Tuyên ngôn Độc lập của Mỹ, chúng ta có thể học hỏi được gì từ quá trình soạn thảo Hiến pháp Mỹ trong việc xây

(8) Bùi Ngọc Sơn, *Tiền cảnh chế độ bảo hiến ở Việt Nam*, Trong *Kỷ yếu Hội thảo Quốc tế về bảo hiến*, NXB. Thời đại, Hà Nội, 2009, tr. 69.

(9) Xem cụ thể hơn: *Các Hiến pháp của các nước ngoài Đông Âu...* (Tlđđ).

(10) Xem cụ thể hơn: *Các Hiến pháp của các nước ngoài- Hợp chúng quốc Hoa Kỳ...* (Tlđđ; *Các Hiến pháp mới của các nước SNG và Ban Tích, Tập các văn kiện (Xuất bản lần thứ 2 do Nhà hoạt động khoa học Công huân của Liên bang Nga, GS.TSKH N.A.Mikhaleva chủ biên và viết Lời giới thiệu)*, NXB. Manuxpirint, Maxcova, 1997 (tiếng Nga).





dựng Nhà nước pháp quyền, xây dựng một chính quyền mạnh và hiệu quả”¹¹.

Thứ ba, lịch sử tổ chức BMQL nhà nước của các quốc gia trên thế giới hàng nghìn năm qua đã chứng minh rằng, dù có được trong tay quyền lực nhà nước nhưng bất kỳ người cầm quyền nào dù có tài giỏi đến đâu cũng có thể phạm phải những sai lầm nhất định, nên chúng ta cần học hỏi, tham khảo kinh nghiệm của các NNQ trên thế giới (nhất là khi năng lực quản lý yếu kém), vì qua vụ Vinasin đã “cho thấy sự yếu kém của công tác quản lý nhà nước ở tầm vĩ mô”¹².

Thứ tư, từ những khiếm khuyết của Hiến pháp năm 1992 đã phân tích trên đây, cũng như trên cơ sở nghiên cứu tư tưởng Hồ Chí Minh về nhà nước và pháp luật kiểu mới của Việt Nam cho phép khẳng định rằng, ba đặc tính nhân dân, dân chủ và pháp quyền là nội dung quan trọng nhất của một Nhà nước và nền pháp luật kiểu mới sau Cách mạng tháng 8/1945 mà Hồ Chí Minh mong muốn xây dựng (thể hiện rõ nét nhất điều này là sự chỉ đạo sáng suốt của Người trong quá trình soạn thảo bản Hiến pháp năm 1946 của nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa - Nhà nước dân chủ nhân dân đầu tiên ở Đông Nam châu Á). Thiết nghĩ, ba đặc tính cơ bản và đầy lòng nhân ái đối với nhân dân ta của tư tưởng Hồ Chí Minh về nhà nước và pháp luật cần phải là sợi chỉ đỏ xuyên suốt trong nhận thức khoa học đối với mỗi cán bộ, đảng viên có tâm vì Tổ quốc và nhân dân trong quá trình SDHP Việt Nam lần thứ hai, cụ thể:

1) Về đặc tính nhân dân – HPSĐ lần thứ hai nhất thiết phải là bản Hiến pháp phản ánh rõ nét chủ quyền của nhân dân trong toàn bộ các quy định về tổ chức BMQL nhà nước. Vì theo Hồ Chí Minh, “Chính phủ ta là Chính

phủ của nhân dân...”, “là dày tớ, công bộc của nhân dân, nghĩa là để gánh vác việc chung cho dân chứ không phải để đè đầu cưỡi cổ dân như trong thời kỳ dưới quyền thống trị của Pháp, Nhật”. “Nhân dân có quyền đôn đốc và phê bình Chính phủ... nếu Chính phủ mà có hại cho dân chúng, thì dân chúng phải lật đổ Chính phủ đó”, “Trong bầu trời này không gì quý bằng nhân dân. Trong thế giới không gì mạnh bằng lực lượng đoàn kết của nhân dân”, “Đảng ta là Đảng lãnh đạo, nghĩa là tất cả các cán bộ bất kỳ ở cấp nào và ngành nào đều phải là người dày tớ trung thành của nhân dân”, “Bao nhiêu lợi ích đều phải vì dân. Bao nhiêu quyền hạn đều của dân. Việc gì có lợi cho dân ta phải hết sức làm, việc gì có hại cho dân ta phải hết sức tránh”; v.v.¹³.

2) Về đặc tính dân chủ – HPSĐ lần thứ hai nhất thiết phải là bản Hiến pháp thể hiện trên thực tế sự tham gia rộng rãi của nhân dân vào các hoạt động của quá trình tổ chức BMQL nhà nước. Vì Hồ Chí Minh đã từng khẳng định: “Có phát huy dân chủ đến cao độ thì mới động viên được nhân dân...”, “Nước ta là nước dân chủ. Địa vị cao nhất là dân, vì dân là chủ”, “Chính quyền nhân dân lãnh đạo phải dân chủ, thiết thực... và có nhiệm vụ thực hiện tự do dân chủ cho dân chúng”, “Nhân dân là ông chủ nắm chính quyền”, nên “quyền phải giao cho dân chúng số nhiều, chớ để trong tay một bọn ít người”; v.v.¹⁴.

3) Và cuối cùng, về đặc tính pháp quyền, HPSĐ lần thứ hai nhất thiết phải là bản Hiến pháp ghi nhận đầy đủ và rõ ràng, khoa học và chính xác các cơ chế KSQL nhà nước (đặc biệt là cơ chế bảo hiến bằng nhánh QTP) để khắc phục thực trạng bất cập (đã phân tích trên đây) của các quy định trong Hiến pháp năm 1992. Vì quan niệm chủ quyền của nhân dân và dân

(11) Nguyễn Cảnh Bình (Biên soạn), *Hiến pháp Mỹ được làm ra như thế nào?, Tài bản lần thứ ba*, NXB. Tri thức, Hà Nội, 2009, tr. 27.

(12) Phạm Văn Hùng, *Sự cần thiết phải kế thừa... (tlđd)*, tr. 12.

(13) Hồ Chí Minh, *Toàn tập, Tập 2*, NXB. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2002, tr. 270; *Tập 4*, NXB. Sự thật. 1984, tr. 15-19; *Toàn tập, Tập 7*, NXB. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 35-36; *Tập 1*, NXB. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2002, tr. 438; Phạm Ngọc Anh, *Quan niệm của Hồ Chí Minh về vị trí, vai trò của pháp luật trong quản lý xã hội*, *Tạp chí Lý luận chính trị*, số 5/2011, tr. 5.

(14) Nguyễn Năng Nam, *Trình Vương Cường, Tư tưởng Hồ Chí Minh về thực hành dân chủ trong xã hội*, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 9, tháng 5/2011, tr. 6.



chủ chỉ có thể được thực hiện trên thực tế bằng Hiến pháp và pháp luật trong NNQP nên ngay từ năm 1922, trong tác phẩm “Việt Nam yêu cầu ca” Hồ Chí Minh đã khẳng định “Bây xin hiến pháp ban hành; Trăm điều phải có thần linh pháp quyền”¹⁵.

Thứ năm, nếu có được nhận thức khoa học đúng đắn đối với những điều trên đây về một bản Hiến pháp mới dân chủ, nhân dân và pháp quyền thì hơn bao giờ hết, đó chính là sự thể hiện sinh động và thiết thực nhất kết quả của cuộc học tập tư tưởng, đạo đức Hồ Chí Minh mà toàn Đảng, toàn dân ta đã và đang triển khai suốt mấy năm qua. Vì rõ ràng là ngay từ Hiến pháp năm 1946, được soạn thảo dưới sự chỉ đạo anh minh và sáng suốt của Chủ tịch Hồ Chí Minh, đã ghi nhận tại Điều 21 rằng: “Nhân dân có quyền phúc quyết về Hiến pháp và những việc quan hệ đến vận mệnh quốc gia”. Bởi lẽ, việc bảo đảm nguyên tắc chủ quyền của nhân dân trong tổ chức BMQL nhà nước Việt Nam hiện nay là ở chỗ: khi các cơ cấu trong BMQL nhà nước Việt Nam vẫn tiếp tục đi theo truyền thống và tư tưởng “nhân dân làm nên tất cả” của Chủ tịch Hồ Chí Minh và hiện nay đều gắn bó mật thiết với hai từ “nhân dân” (như: các HĐND, UBND, VKSND, TAND, CAND hay QĐND, v.v.), thì HPSĐ cần trao cho nhân dân quyền trực tiếp bầu ra những người “công bộc” đại diện cho họ để thực hiện quyền lực ở cả hai nhánh quyền lực nhà nước còn lại mà Hiến pháp năm 1992 chưa quy định như: 1) Nhánh QHP - bầu Chủ tịch nước và các Chủ tịch UBND; 3) Nhánh QTP - các Thẩm phán TAND và Kiểm sát viên VKSND địa phương các cấp.

3.3. Xác định một cách đồng bộ những cơ sở khoa học, thực tiễn của việc sửa đổi Hiến pháp năm 1992 trong giai đoạn xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam

Từ việc bảo đảm sự nhận thức, khoa học thống nhất và biện chứng đã được phân tích trên đây, theo chúng tôi, việc SDHP năm 1992

(lần thứ hai) trong giai đoạn xây dựng NNQP Việt Nam cần phải được xác định một cách đồng bộ và dựa trên những cơ sở khoa học, thực tiễn khách quan, có căn cứ và bảo đảm sức thuyết phục sau đây:

Một là, việc SDHP cần bảo đảm sự phù hợp với thực tiễn pháp lý, cũng như những điều kiện cụ thể hiện nay của Việt Nam (về kinh tế, xã hội, tâm lý, đạo đức, văn hóa, lịch sử, tôn giáo, truyền thống, v.v..) để sau khi được thông qua, các quy định của Hiến pháp đã được sửa đổi, bổ sung (Hiến pháp sửa đổi - HPSĐ) sẽ thực sự là những căn cứ pháp lý nền tảng cho hệ thống pháp luật quốc gia, cũng như cho việc điều chỉnh những nhóm vấn đề chủ yếu tương ứng với các lĩnh vực cơ bản và quan trọng nhất trong sinh hoạt nhà nước, xã hội.

Hai là, việc SDHP cần phải đáp ứng được các quan hệ xã hội đang tồn tại ở Việt Nam đương đại trong gần 20 năm qua (kể từ khi Hiến pháp năm 1992 có hiệu lực) và có tính đến sự phát triển tiếp tục của các QHXX này trong tương lai để sau khi được thông qua, các quy định của HPSĐ có thể đi vào cuộc sống.

Ba là, việc SDHP cần có sự linh hoạt được các tư tưởng pháp lý tiên bộ và dân chủ với tư cách là những tinh hoa của nền văn minh nhân loại (như: sự tôn trọng và bảo vệ các quyền và tự do của con người và của công dân; sự phân công, phối hợp và kiểm soát để tạo ra cơ chế kiểm tra và cân bằng giữa các nhánh quyền lực nhà nước; sự BVHP bằng nhánh QTP, v.v..) – các nguyên tắc và các quy phạm được thừa nhận chung của pháp luật quốc tế, cũng như có sự tham khảo và lựa chọn kinh nghiệm lập hiến tốt, tiên bộ và dân chủ của các NNQP trên thế giới.

Bốn là, việc SDHP phải góp phần thúc đẩy một cách tích cực cho thắng lợi cuối cùng của sự nghiệp xây dựng NNQP, phát triển và củng cố các thiết chế của xã hội dân sự và, thành công của công cuộc cải cách tư pháp trên đất nước Việt Nam.

(15) Thái Vinh Thắng, *Tìm hiểu triết học pháp quyền của Chủ tịch Hồ Chí Minh, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 2+3, tháng 1+2/2011, tr. 25-28.





Và cuối cùng, năm là, việc SDHP cần phải dựa trên tư tưởng “lấy dân làm gốc” của Hồ Chí Minh, mà sự thể hiện rõ nét nhất quan điểm này của Người là thực tiễn lập hiến của đất nước thông qua các quy định của Hiến pháp Việt Nam năm 1946.

3.4. Xác định một cách đầy đủ, khoa học và chính xác phạm vi những vấn đề chủ yếu cần được điều chỉnh trong Hiến pháp sửa đổi

Từ sự suy ngẫm về những vấn đề đã được phân tích trên đây, đối chiếu với các quy định trong Hiến pháp năm 1992, trên cơ sở các quy luật chung, biện chứng và tất yếu của lịch sử nhà nước và pháp luật đang diễn ra trên thế giới, cũng như khát vọng nhân dân ta và những điều kiện cụ thể của đất nước, đồng thời căn cứ vào các QHXX đang tồn tại và sẽ phát triển trong tương lai ở Việt Nam, chúng tôi cho rằng, nên chăng trong lần sửa đổi, bổ sung thứ hai này, Hiến pháp mới của nước ta cần điều chỉnh ít nhất là năm nhóm QHXX chủ yếu tương ứng với ít nhất là 18 lĩnh vực chủ yếu và quan trọng nhất trong sinh hoạt nhà nước, xã hội sau đây¹⁶:

Thứ nhất, nhóm những vấn đề liên quan đến ba chế độ hiến định lớn của một quốc gia là: chế độ chính trị (1), chế độ kinh tế (2) và chế độ xã hội (3).

Thứ hai, nhóm những vấn đề liên quan đến địa vị pháp lý của cá nhân là: chế định các quyền con người (4), chế định nghĩa vụ của công dân (5) và hệ thống các cơ chế pháp lý



để bảo vệ các quyền hiến định này ở cả cấp độ quốc gia và quốc tế (6).

Thứ ba, nhóm những vấn đề liên quan đến một loạt các chế định về tổ chức, thực hiện và KSQL nhà nước là: QLP (7), QHP (8), QTP (9), quyền kiểm sát - QKS (10) nếu Quốc hội vẫn tiếp tục giữ nguyên việc tổ chức hệ thống VKS như hiện nay và, chính quyền địa phương (11).

Thứ tư, nhóm những vấn đề liên quan đến quy trình lập hiến bao gồm: soạn thảo (12), sửa đổi (13), bổ sung (14), thông qua (15) và công bố (16) Hiến pháp, cũng như hiệu lực của Hiến pháp (17).

Và cuối cùng, thứ năm - nhóm những vấn đề liên quan đến các quy định chuyển tiếp (18) để điều chỉnh hiệu lực tạm thời của các quy định pháp luật hiện hành và thẩm quyền của một số chức vụ nhà nước thuộc các cơ quan lập pháp, hành pháp và tư pháp nếu không trái với các quy định của HPSĐ. ■

(16) Xem thêm: Lê Văn Cẩm, *Chế định kiểm tra Hiến pháp trong NNQP và mô hình lý luận về việc tổ chức thực thi chế định này ở Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước & Pháp luật, số 5/2009; Lê Văn Cẩm, *Sửa đổi Hiến pháp năm 1992- cơ cấu chung và các quy định cơ bản về tổ chức bộ máy quyền lực nhà nước*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 22, tháng 11/2010; Lê Văn Cẩm, Nguyễn Cảnh Hợp, *Các quy phạm hiến định về quyền lập pháp trong giai đoạn xây dựng NNQP Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 5, tháng 3/2011; Lê Văn Cẩm, Nguyễn Khắc Hải, *Tổ chức bộ máy quyền lực nhà nước trong xây dựng NNQP Việt Nam dưới ánh sáng tư tưởng Hồ Chí Minh*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 12, tháng 6/2011; Lê Văn Cẩm, Trịnh Tiến Việt, Nguyễn Khắc Hải, *Các quy định cơ bản về quyền tư pháp trong Hiến pháp của giai đoạn xây dựng NNQP Việt Nam*, Tạp chí Khoa học (Chuyên san Luật) của Đại học Quốc gia Hà Nội, số 02/2011.



LỰA CHỌN MÔ HÌNH TÀI PHÁN HIẾN PHÁP - NHỮNG VẤN ĐỀ PHỔ BIẾN VÀ ĐẶC THÙ QUỐC GIA

■ VÕ TRÍ HẢO*

Hiện nay, khi vấn đề sửa đổi Hiến pháp 1992 được đặt ra, thì việc nghiên cứu để “xây dựng cơ chế phán quyết về những vi phạm Hiến pháp trong hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp”¹ là cần thiết. Việc xây dựng cơ chế phán quyết về những vi phạm Hiến pháp theo hướng nào đang là vấn đề có nhiều quan điểm khác nhau. Trên cơ sở phân tích những yếu tố lịch sử, văn hóa và bối cảnh chính trị nước ta, bài viết kiến nghị một mô hình tài phán hiến pháp. Mô hình này phản ánh, bám sát hoàn cảnh chính trị hiện tại của Việt Nam và cũng tham chiếu thông lệ quốc tế, những chuẩn mực được xem là phổ biến, văn minh, tiến bộ.

1. Mô hình tài phán hiến pháp tập trung hay phi tập trung

Khi một quốc gia có ý định xây dựng nền tài phán hiến pháp, họ thường tham khảo mô hình của các quốc gia láng giềng. Điều này giống việc chúng ta quyết định xây một ngôi nhà mới thì cần khảo sát địa chất của mảnh đất nhà mình và tham khảo mẫu thiết kế của những ngôi nhà đẹp trong làng.

Tài phán hiến pháp của các quốc gia trên thế giới có thể được chia làm hai mô hình chính: mô hình tài phán hiến pháp phi tập trung, có khởi nguồn từ Hoa Kỳ và mô hình tài phán hiến pháp tập trung có khởi nguồn từ nước Áo và sau đó được hiện đại hóa ở nước Đức. Vì

vậy, việc cân nhắc mô hình tài phán hiến pháp cho Việt Nam ngày nay cũng xuất phát từ việc phân tích ưu, nhược điểm của hai mô hình trên điều kiện “thổ nhưỡng” Việt Nam.

Đứng trước lựa chọn mô hình tài phán hiến pháp tập trung hay phi tập trung, thì những bản thảo, lập luận của Hans Kelsen người Đức gần một trăm năm trước vẫn có giá trị tham khảo rất lớn cho Việt Nam hôm nay.

Vào năm 1920, khi tài phán hiến pháp được thiết lập tại nước Áo, mô hình phi tập trung của Hoa Kỳ được cân nhắc, nhưng mô hình này không được tiếp nhận tại nước Áo, cũng như toàn châu Âu sau này. Ở châu Âu lục địa thế kỷ 19, ảnh hưởng của nguyên tắc “ngại

(*) TS. Khoa Luật kinh tế, Đại học Kinh tế Thành phố Hồ Chí Minh.

(1) 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. 127.





viện là tối cao” (nghị viện là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất) còn rất mạnh, vì vậy rất khó thuyết phục các chính trị gia đương thời chấp nhận việc tòa án hiến pháp có thể xem xét lại và tuyên bố một đạo luật là vi hiến. Để tránh xung đột với nguyên tắc “nghị viện là tối cao”, Hans Kelsen đã tìm ra cách giải thích mới về tài phán hiến pháp. Kelsen cho rằng, tài phán hiến pháp không phải là tư pháp mà là lập pháp phủ định (một phần của lập pháp): “việc hủy bỏ một đạo luật có đặc điểm quy phạm như việc ban hành một đạo luật. Việc hủy bỏ một đạo luật tương đương với việc ban hành một đạo luật nhưng chỉ thêm dấu trừ (dấu phủ định) ở đằng trước. Bởi vậy, việc hủy một đạo luật cũng là thực hiện chức năng lập pháp và một tòa án hủy một đạo luật cũng là một cơ quan thuộc quyền lực lập pháp. Do đó, chúng ta có thể tưởng tượng việc hủy bỏ một đạo luật thông qua tòa án tương đương một cuộc “giải phẫu” quyền lực lập pháp và trao quyền lực lập pháp cho hai cơ quan”².

Việc trong mô hình phi tập trung của Hoa Kỳ cho phép bất kỳ tòa án nào cũng có thể từ chối áp dụng một đạo luật của Quốc hội với lý do vi hiến là điều không thể chấp nhận được theo suy nghĩ của người châu Âu lúc bấy giờ. Cho đến tận ngày nay, mô hình tài phán hiến pháp phi tập trung vẫn không thể áp dụng ở châu Âu còn bởi ở châu Âu lục địa không có truyền thống án lệ mạnh như Hoa Kỳ. “Nguyên tắc *stare decisis* còn xa lạ với các thẩm phán thuộc hệ thống luật châu Âu lục địa, và nếu trong bối cảnh như vậy, chúng ta cho phép mỗi thẩm phán tự mình quyết định về tính hợp hiến của một đạo luật thì có thể dẫn đến hiện tượng một đạo luật có thể bị thẩm phán thứ nhất từ chối áp dụng với lý do bất hợp pháp, nhưng lại được các thẩm phán ở một tòa án khác coi là hợp hiến và áp dụng nó. Thêm vào đó, việc thiếu nguyên tắc *stare decisis* có thể dẫn đến

hiện tượng, cùng một tòa án, nhưng hôm nay tòa án cho rằng một đạo luật nào đó là bất hợp hiến, từ chối áp dụng nó; nhưng ngày kia, trong một vụ án khác, các thẩm phán lại thay đổi ý kiến”³.

Thêm nữa, kinh nghiệm và kỹ năng của các thẩm phán châu Âu (cho đến tận ngày nay) vẫn có cái gì đó khác biệt với các đồng nghiệp Hoa Kỳ. Ở châu Âu, các thẩm phán tương lai thông thường đi theo lộ trình: học đại học, sau đó làm thư ký tòa án trước khi được bổ nhiệm làm thẩm phán. Bởi vậy, Hans Kelsen cho rằng các thẩm phán thông thường ở châu Âu không có đủ kinh nghiệm, kỹ năng cần thiết để có thể trở thành “thẩm phán hiến pháp” (thẩm phán làm việc tại một tòa án có quyền tài phán hiến pháp).

Trong khi đó, ở Hoa Kỳ, tất cả các thẩm phán, không phân biệt cấp nào, tòa nào đều có kinh nghiệm khá dày dặn bởi hai lý do mà thẩm phán châu Âu lục địa không có được.

Thứ nhất, để trở thành sinh viên luật học ở châu Âu, ứng viên chỉ cần tốt nghiệp phổ thông; trong khi đó, để trở thành sinh viên luật học ở Hoa Kỳ bắt buộc ứng viên phải có bằng cử nhân hoặc kỹ sư của một lĩnh vực khác. Điều này có nghĩa sinh viên luật học ở Hoa Kỳ đã am hiểu sâu một ngành lĩnh vực cụ thể của cuộc sống ngay từ lúc bước vào giảng đường luật học.

Thứ hai, các thẩm phán ở châu Âu lục địa thường được lựa chọn trong số các thư ký tòa án. Ngược lại, các thẩm phán ở Hoa Kỳ chủ yếu được lựa chọn từ các luật sư danh tiếng và có đạo đức tốt. So với các thư ký tòa án thì kinh nghiệm và kỹ năng của các luật sư này có thể sánh như bậc thầy⁴.

Liệu bối cảnh, đặc thù của châu Âu lục địa có nét tương đồng nào với Việt Nam ngày nay? Liệu những những quan ngại của GS Hans Kelsen và GS Cappelliti về việc áp dụng

(2) Hans Kelsen, *im Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit - Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte*, Walter de Gruyter & Co. Berlin, 1928, tr. 54.

(3) Cappelliti (1989:140) dẫn theo Georg Vanberg, G. (2005), *The politics of constitutional review in Germany*, Cambridge Univ. Press, 2005, S, 79.

(4) Georg Vanberg, *sđđ*, tr. 79.



mô hình tài phán Hoa Kỳ có giống những quan ngại mà chúng ta cần xem xét ở Việt Nam?

Chúng tôi cho rằng, sẽ có nhiều nét tương đồng, vì hệ thống pháp luật Việt Nam thuộc họ pháp luật châu Âu lục địa. Chế độ thuộc địa của người Pháp trong tám mươi năm đã để lại dấu ấn sâu đậm trong hệ thống pháp luật của Việt Nam, đặc biệt là dân luật và hệ thống tòa án. Những đặc điểm pháp luật châu Âu lục địa lại được củng cố, gia tăng thêm lần nữa trong hai mươi năm “tình hữu nghị Việt - Xô”. Những tư tưởng, học thuyết pháp luật châu Âu lục địa lần này đến với luật gia, chính trị gia Việt Nam bằng những phiên bản tiếng Nga.

Khác với thời kỳ Pháp thuộc, ba mươi năm chiến tranh của Hoa Kỳ (chủ nghĩa đế quốc) để lại rất ít dấu vết của hệ thống Common Law. Và các dấu vết ít ỏi này cũng bị tẩy rửa sau năm 1975.

Dấu vết rõ ràng nhất của hệ thống pháp luật châu Âu lục địa có thể tìm thấy tại Điều 83 Hiến pháp năm 1992 của Việt Nam. Quan điểm Quốc hội là “cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất” rất gần với quan điểm “volonté générale” của người Pháp ở thế kỷ 20 và đặc biệt gần gũi với quan niệm về Soviet của người Nga.

Lý do thứ hai liên quan tới quan ngại của Capellti về thiếu hệ thống án lệ thì những quan ngại đó còn nguyên giá trị. Vì nếu như ở châu Âu lục địa lúc bấy giờ thiếu truyền thống án lệ mạnh, hiện nay ở Việt Nam án lệ còn chưa được công nhận chính thức, mà chỉ tồn tại rải rác, “ẩn” trong các Nghị quyết tổng kết công tác xét xử của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Thời gian gần đây, án lệ mới bắt đầu được đề cập đến trong Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 2/6/2005 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020.

Ngoài ra, kinh nghiệm, kỹ năng của thẩm phán Việt Nam hiện nay cũng còn yếu. Con đường trở thành thẩm phán ở Việt Nam rất

giống ở châu Âu lục địa. Bởi nguyên tắc Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất cũng như thực trạng chất lượng thẩm phán chưa cao nên việc áp dụng mô hình tài phán hiến pháp phi tập trung ở Việt Nam là điều không tưởng.

Việc từ chối áp dụng mô hình tài phán hiến pháp phi tập trung không có nghĩa rằng tất cả các luật gia Việt Nam sẽ nhất trí lựa chọn mô hình Áo - Đức, mà vẫn có ý kiến gợi ý mô hình Hội đồng Hiến pháp của người Pháp (Conseil constitutionnel)⁵ vì mô hình Hội đồng Hiến pháp đưa ra chỗ về hư danh giá cho các chính trị gia hàng đầu, nên sẽ dễ bề nhận được sự ủng hộ của các chính trị gia này. Hơn nữa, mô hình Hội đồng Hiến pháp đã được một quốc gia cận kề là Căm-pu-chia áp dụng.

Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, mô hình này là không hợp lý, bởi lẽ trước hết, mô hình Hội đồng Hiến pháp không thể hoàn toàn phán quyết về tất cả những vi phạm Hiến pháp trong hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp, cái mà đường lối của Đảng yêu cầu cũng như rất nhiều luật gia Việt Nam mong mỏi. Điều đó là dễ hiểu bởi Hội đồng Hiến pháp chỉ có chức năng phòng hiến (phòng ngừa vi phạm hiến pháp), còn đối với các vi phạm hiến pháp đã xảy ra, Hội đồng Hiến pháp đành bất lực quay mặt đi⁶. Đối với công dân Pháp, sau năm 1992 họ có thể mang vụ việc, trong đó quyền lợi của họ bị xâm hại bởi các hành vi vi hiến lên Tòa án Cộng đồng châu Âu. Dĩ nhiên, khi Hội đồng Hiến pháp Việt Nam (nếu được thành lập theo kiến nghị nói trên) thúc thủ trước hành vi vi hiến, thì công dân Việt Nam không thể kêu cứu lên Tòa án Cộng đồng châu Âu, và càng không thể kêu cứu lên Tòa án ASEAN, vì một thiết chế tương tự như Tòa án Cộng đồng châu Âu chưa được thiết lập cho công dân Việt Nam. Thứ hai, Hội đồng Hiến pháp mang nhiều đặc điểm là một cơ quan chính trị, chứ không phải là một cơ quan tài phán bởi

(5) Bùi Ngọc Sơn, *Bảo hiến ở Việt Nam*, NXB Tư pháp. Hà Nội, 2005, Tr. 110.

(6) Mels, P. (2003). *Bundesverfassungsgericht und Conseil de Constitution: ein Vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich im Spannungsfeld zwischen der Euphorie für die Krönung des Rechtsstaats und der Furcht vor einem "gouvernement des jeunes"*. München, Vahlen.





theo mô hình này, một số thành viên của Hội đồng Hiến pháp không cần có trình độ cử nhân luật học, không cần trình độ chuyên môn⁷. Thứ ba, thủ tục tại Hội đồng Hiến pháp không công khai và thiếu đặc trưng của thủ tục tố tụng. Cuối cùng, mặc dầu đã có thêm một lớp lưới an toàn là Tòa án Cộng đồng châu Âu, nhưng người Pháp hiện nay cũng không hài lòng với Hội đồng Hiến pháp, nên đang thảo luận việc sửa đổi, hủy bỏ nó⁸.

Ngoài mô hình Hội đồng Hiến pháp, một vài chính trị gia còn đề xuất mô hình mà chức năng tài phán hiến pháp sẽ được thực hiện bởi Ủy ban của Quốc hội, tương tự như chức năng giải thích hiến pháp hiện nay được thực hiện bởi Ủy ban thường vụ Quốc hội. Mô hình này cũng từng được thảo luận vào thời điểm nước Áo lựa chọn mô hình tài phán hiến pháp cho mình. Hans Kelsen lúc đó cho rằng, mô hình này là một ý tưởng ngây thơ về mặt chính trị. Ông viết: “trong bất kỳ trường hợp nào, dù là nhằm bảo đảm tính hợp pháp cũng như bảo đảm tính hợp hiến thì không nên trao quyền xem xét và hủy bỏ hành vi bất hợp pháp, bất hợp hiến cho chính cơ quan đã có hành vi (ban hành ra) hành vi bất hợp pháp, bất hợp hiến⁹”. Và “Chỉ có thể cầu đến một cơ quan độc lập với cơ quan lập pháp, cũng như độc lập với bất kỳ cơ quan nhà nước khác thì mới có thể hủy các hành vi vi hiến của các nhà lập pháp. Đó chính là định chế của một tòa án hiến pháp¹⁰”.

Việc phân tích hai mô hình tài phán hiến pháp chính trên thế giới và hai luồng ý kiến khác nhau cho chúng ta kết quả rằng: mô hình tài phán hiến pháp tập trung theo kiểu Áo - Đức, với một số điểm cải biên, là phù hợp nhất với bối cảnh lịch sử, văn hóa, chính trị của Việt Nam hiện nay. Kinh nghiệm về tài phán hiến pháp của hai quốc gia láng giềng Hàn Quốc, Thái Lan cũng cho thấy mô hình phi tập trung kiểu Áo - Đức là phù hợp nhất

với bối cảnh văn hóa châu Á. Thật thú vị là mô hình tài phán hiến pháp tập trung đã tồn tại và thu được nhiều thành công trên chính mảnh đất Việt Nam trước những năm 1975.

2. Xây dựng một tòa án hiến pháp độc lập

Các luật gia Việt Nam có thể dễ dàng thống nhất về mô hình tài phán hiến pháp tập trung vì những lý do nêu trên, nhưng việc tổ chức cơ quan tài phán hiến pháp tập trung như thế nào thì thường có hai phiên bản. Ở phiên bản thứ nhất, chức năng tài phán hiến pháp sẽ được thực hiện bởi một tòa án riêng độc lập với tòa án tối cao. Ví dụ như ở Đức, Hàn Quốc, Thái Lan, Nga. Ở phiên bản thứ hai, chức năng tài phán hiến pháp sẽ được thực hiện bởi chính tòa án tối cao. Tòa án tối cao trong mô hình này sẽ thực hiện các chức năng giám đốc thẩm, tái thẩm đối với các loại tài phán hình sự, dân sự, hành chính... đồng thời thực hiện tài phán hiến pháp. Trong tòa án tối cao có thể thành lập ra Ban tài phán hiến pháp nhưng ban này chỉ có chức năng nghiên cứu, chuẩn bị hồ sơ, đưa ra ý kiến tư vấn cho Hội đồng thẩm phán Tòa án tối cao, ví dụ như Tối cao pháp viện theo Hiến pháp Việt Nam Cộng hòa 1967.

Về chiến lược dài hạn cho Việt Nam, chúng tôi cho rằng, chúng ta nên theo phiên bản thứ nhất: Thành lập một Tòa án hiến pháp độc lập, bởi:

Thứ nhất, sợi dây giữa tài phán hiến pháp và chính trị phức tạp hơn, gần hơn so với các loại tài phán khác như tài phán hình sự, dân sự. Vì vậy, nhằm bảo đảm sự vô tư cho tài phán hiến pháp cần áp dụng các biện pháp bổ sung so với các loại hình tài phán khác. Việc tách biệt tòa án hiến pháp ra khỏi tòa án tối cao sẽ tạo điều kiện dễ dàng và hiệu quả hơn cho việc áp dụng các biện pháp này, qua đó tạo ra sự độc lập cao cho tòa án hiến pháp.

Thứ hai, điều này nằm ở khả năng lựa

(7) Philipp Mels, *sđd*, tr. 130.

(8) Võ Trí Hào, Hà Thu Thủy, *Những vấn đề lý luận của việc thành lập tài phán Hiến pháp ở Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 5(121), tháng 5/2008.

(9) Hans Kelsen, *sđd*, tr. 53.

(10) Hans Kelsen, *sđd*, tr. 53.



chọn nơi đặt trụ sở của tòa án hiến pháp. Kinh nghiệm từ việc Tòa án hiến pháp Liên bang Đức không đặt tại trung tâm chính trị Berlin hay Bonn mà đặt ở Karlsruhe có thể xem là một bài học quý trong vấn đề bảo đảm sự độc lập cho tài phán hiến pháp ở Việt Nam. Về điểm này, Otto Depenheuer, trong cuốn sách “Tài phán hiến pháp và vấn đề xây dựng mô hình tài phán hiến pháp ở Việt Nam”¹¹ đã viết như sau: Nhằm tăng cường niềm tin vào thẩm phán thì các thẩm phán cần tự mình giữ khoảng cách với các quyền lực chính trị. Sự xa cách về mặt địa lý giữa tòa án và trung tâm chính trị (tác giả ám chỉ Berlin) sẽ làm cho việc giữ gìn kỷ luật và trách nhiệm vô tư của thẩm phán sẽ được nhẹ nhàng hơn.

Nếu muốn giữ khoảng cách về mặt địa lý giữa trụ sở của tài phán hiến pháp với trung tâm chính trị thì phiên bản thứ hai (tài phán hiến pháp là một chức năng của tòa án tối cao) sẽ không thể đáp ứng được vì Tòa án nhân dân tối cao đã đặt trụ sở tại Hà Nội. Theo ý kiến cá nhân, sẽ rất có ý nghĩa nếu Tòa án hiến pháp tương lai của Việt Nam đặt trụ sở tại thành phố trung tâm khác Hà Nội và TP. Hồ Chí Minh.

Ngoài việc giảm thiểu sự can thiệp chính trị, tăng tính độc lập của tòa án, thì việc đặt trụ sở tòa hiến pháp ngoài hai thành phố này còn có ý nghĩa giảm áp lực đô thị hóa cho Hà Nội và TP. Hồ Chí Minh.

Thứ ba, lương bổng của thẩm phán, cũng như công chức hiện nay là khá thấp, nói chung chủ yếu dựa vào thâm niên mà ít căn cứ vào tài năng hay vị trí công việc đảm nhận. Bất cập này chưa thể một sớm một chiều khắc phục được trên diện rộng thì cũng cần phải được khắc phục trong phạm vi các thẩm phán hiến pháp. Ngoài

ra, chu trình bổ nhiệm, nhiệm kỳ, trách nhiệm của thẩm phán hiến pháp - những người được xem là tinh túy của nền luật học Việt Nam - cũng cần phải khác biệt với các thẩm phán của Tòa án nhân dân hiện nay. Những biện pháp đãi ngộ riêng nói trên nhằm nâng cao tính độc lập, đạo đức, chuyên môn của thẩm phán hiến pháp chỉ có thể phát huy dễ dàng trong mô hình thiết lập một Tòa án hiến pháp độc lập với Tòa án nhân dân hiện nay.

Thứ tư, Tòa án hiến pháp độc lập sẽ tạo ra một diện mạo hoàn toàn mới cho tài phán hiến pháp, tách biệt so với diện mạo của hệ thống tòa án hiện nay. Chúng ta không nên xem nhẹ ý nghĩa của điều này, vì tài phán hiến pháp hầu như không có cơ quan cưỡng chế riêng biệt. Việc tuân thủ phán quyết của Tòa án hiến pháp phụ thuộc vào tập quán chính trị, bối cảnh chính trị và sự tôn trọng của công chúng cũng như của các chính trị gia dành cho Tòa án hiến pháp. Nói cách khác, danh tiếng của Tòa án hiến pháp càng cao thì khả năng công luận đòi hỏi sự tuân thủ phán quyết của Tòa án hiến pháp càng lớn. Trong khi đó, danh tiếng của Tòa án nhân dân tối

(11) Đào Trí Úc - Nguyễn Như Phát (Chủ biên), *Tài phán hiến pháp và vấn đề xây dựng mô hình tài phán hiến pháp tại Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2007, tr. 57.

(12) LS. Ngô Bảo Trâm, Ngô Minh Hưng, *Công lý không thể có “điểm dừng”*, xem tại: <http://phapluattp.vn/198556p1015c1074/cong-ly-khong-the-co-diem-dung.htm>; Nghĩa Nhân, *Quốc hội cần bảo vệ quan điểm tăng quyền cho luật sư*, xem tại: <http://vnexpress.net/gl/phap-luat/2003/06/3b9c8b21/>; Ân “*Đụng trần*” vẫn có thể xét xử lại, *Báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh*, xem tại: <http://www.baomoi.com/An-dung-tran-van-co-the-xu-lai/121/3080967.epi>





cao qua những vụ án rắc rối tương tự như vụ án Huỳnh Văn Nam¹² hay vụ án Vườn Điều chưa thể một sớm một chiều nhận được sự ủng hộ cần thiết¹³ của công luận đủ để tạo nên áp lực chính trị buộc các cơ quan chính trị hàng đầu của Việt Nam với tư cách là bị đơn tuân thủ phán quyết của Tòa án. Việc thành lập Tòa án hiến pháp mới sẽ cho phép danh tiếng của tổ chức này thoát ly những vụ án bị chỉ trích nhiều của Tòa án nhân dân tối cao¹⁴.

Thứ năm, vấn đề liên quan đến tính mở trong nguồn bổ nhiệm thẩm phán hiến pháp. Nếu phiên bản thứ hai được lựa chọn, thì khả năng lớn là chức năng tài phán hiến pháp sẽ được thực hiện bởi một bộ phận của Tòa án nhân dân tối cao, giống như việc thiết lập tài phán hành chính ở Việt Nam năm 1996. Khi đó, một hiện tượng tương tự sẽ xảy ra: các thẩm phán tài phán hiến pháp (năm 1996 là thẩm phán hành chính) sẽ được lựa chọn không phải từ bên ngoài, mà chủ yếu chuyển chuyên các thẩm phán đương nhiệm ở tòa hình sự, dân sự, kinh tế của Tòa án nhân dân tối cao sang làm thẩm phán hiến pháp (năm 1996 là thẩm phán hành chính). Nếu điều này xảy ra sẽ khó lòng bảo đảm tính chuyên môn, vì hầu hết các thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao chỉ thạo về luật hình sự, dân sự, kinh doanh, hành chính... chứ không phải là luật hiến pháp.

Nếu phiên bản thứ nhất được chấp nhận (thiết lập Tòa án hiến pháp độc lập) thì tính mở của việc bổ nhiệm thẩm phán sẽ được cải thiện hơn nhiều; đặc biệt là các giáo sư luật học, chính trị học, các luật gia nổi tiếng sẽ có nhiều cơ hội làm việc tại Tòa án hiến pháp.

Thứ sáu, điều này liên quan đến kinh nghiệm đã từng xảy ra với tài phán hành chính. Năm 1996, tài phán hành chính được thiết lập ở Việt Nam như là một bộ phận của Tòa án nhân dân tối cao. Các thẩm phán

hình sự, dân sự đương nhiệm sau một đêm “được” trở thành - hay “bị” trở thành - thẩm phán hành chính. Họ đều có chung dự đoán là trong năm năm đầu thì tài phán hành chính sẽ trong tình trạng “vườn hồng có lối nhưng không ai vào”, nên các thẩm phán hình sự, dân sự giỏi không muốn trở thành thẩm phán hành chính. Và sự tiên tri này dường như đã ứng vận trong năm năm đầu tiên của tài phán hành chính: Các thẩm phán hành chính có thời gian trung bình dành cho uống trà, đọc báo nhiều hơn các đồng nghiệp của mình. Nếu lựa chọn phiên bản thứ hai thì khả năng lớn là kinh nghiệm không mấy vui vẻ của thẩm phán hành chính năm 1996 sẽ lặp lại với thẩm phán hiến pháp.

Mặc dầu có sáu ưu điểm vượt trội nói trên, nhưng trong vòng bảy năm tới, khả năng hiện thực hóa của phiên bản thứ nhất thấp hơn phiên bản thứ hai. Do phiên bản thứ nhất, trước mắt thiếu những động lực chính trị vận động hành lang cho nó. Hay nói cách khác, trong giai đoạn quá độ có thể chấp nhận phiên bản thứ hai trong mười năm đầu tiên của tài phán hiến pháp. Tác giả sẽ phân tích những động lực chính trị này và trình bày sâu về phiên bản thứ hai ở một bài viết khác.

Việc chấp nhận phiên bản thứ hai (trao cho Tòa án nhân dân tối cao hiện hành thực hiện chức năng tài phán hiến pháp) như là một giải pháp quá độ là hợp lý. Nhưng việc chấp nhận mô hình Hội đồng Hiến pháp như là một giải pháp quá độ thì không nên, vì việc chuyển đổi từ phiên bản thứ hai sang phiên bản thứ nhất sau mười năm quá độ sẽ diễn ra dễ dàng, còn việc chuyển đổi từ mô hình Hội đồng Hiến pháp sang một nền tài phán hiến pháp thực thụ như Áo, Đức, Hoa Kỳ là điều nan giải mà người Pháp hiện nay đang phải đối mặt. ■

(13) LS. Ngô Bảo Trâm, Ngô Minh Hưng, Công lý không thể có “điểm dừng”,

xem tại: <http://phapluattp.vn/198556p1015c1074/cong-ly-khong-the-co-diem-dung.htm>

(14) Trả lời phỏng vấn của Nguyên Chủ nhiệm Ủy ban Pháp luật của Quốc hội Vũ Đức Khiển trong bài viết, *Án “đụng trần” vẫn có thể xét xử lại*, Báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh, xem tại: <http://www.baomoi.com/An-dung-tran-van-co-the-xu-lai/121/3080967.epi>



TÍNH CHÍNH ĐÁNG CỦA ĐẢNG CẨM QUYỀN

■ ĐẶNG ĐÌNH TÂN*

Đảng cầm quyền là đảng (hay liên minh một số đảng) nắm quyền đại diện ý chí chung trong xã hội, và do đó, đảng này (hay liên minh những đảng này) nắm quyền chi phối tổ chức và hoạt động của bộ máy chính quyền. Tính chính đáng của đảng cầm quyền có vai trò vô cùng quan trọng trong đời sống chính trị cũng như đối với sự ổn định, phát triển của mỗi quốc gia, quyết định vị thế quyền lực của đảng cầm quyền.

Vậy tính chính đáng của đảng cầm quyền được hiểu như thế nào? Đây là vấn đề còn ít được nghiên cứu, trao đổi. Theo chúng tôi, xuất phát từ quan niệm về tính chính đáng chính trị, ngoài những tiêu chí đánh giá tính chính đáng trong chính trị nói chung¹, tính chính đáng của một đảng cầm quyền trong các xã hội dân chủ còn có những tiêu chí riêng, rất cơ bản.

1. Đảng nắm quyền lực phải được lòng dân, phải được đa số xã hội ủng hộ thông qua các cuộc bầu cử người vào các cơ quan công quyền

Xã hội dân chủ là xã hội mà quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, do dân uỷ quyền bằng lá phiếu của mình. Vì vậy, quá trình đi đến quyền lực đòi hỏi mỗi đảng phải có khả năng dẫn dắt, tạo công luận, hướng dẫn công luận, tạo ý chí chung, giành thắng lợi trong tranh cử, giành quyền chi phối nhà nước.

Sự tin cậy, tín nhiệm bằng đa số xã hội, không chỉ biểu hiện ở đa số cử tri đi bầu so với tổng cử tri trong xã hội, mà còn là đa số so với số cử tri thực tế tham gia bầu cử. Tuy nhiên, vấn đề này chỉ là tương đối. Ở một số

nước, ngoài việc người ta xem xét tính chính đáng về khía cạnh ủng hộ của cử tri, xã hội còn xem xét sự ủng hộ của các lực lượng khác đằng sau cử tri (chẳng hạn là sự ủng hộ của các đại gia, các nhà tài phiệt, thậm chí phải kể đến sự ủng hộ của các thế lực bên ngoài, hoặc của người đứng đầu chính thể quân chủ đại nghị) mặc dù vị thế này không có một vai trò chính trị lớn nào. Những thắng lợi từ bầu cử cộng thêm các ủng hộ quan trọng khác là “một trải nghiệm đặc nhân tâm” của xã hội với đảng, phản ánh sự lớn mạnh của đảng và uy tín của đảng đó, lực lượng chính trị đó trong xã hội. Trái lại, sự thất bại liên tiếp của đảng đó, lực lượng chính trị đó trong tranh cử là điều chứng tỏ uy tín đảng, của lực lượng chính trị đó giảm

(*) TS, Viện Chính trị học, Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh

(1) Xem Đặng Đình Tân, “Tính chính đáng chính trị” Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 2+3 (187+188), tháng 1+2/2011, tr 18.





sút, đang trên đà suy yếu và có thể chết. Nếu như một đảng nào đó không chết hẳn, còn sống sót được là vì vài xu hướng khác.

Chính vì lẽ đó, để một đảng, một lực lượng chính trị có được đa số xã hội công nhận, các ứng cử viên của đảng, của lực lượng chính trị đó cũng như các ứng cử viên độc lập trong các nền dân chủ đã phải bỏ ra nhiều công sức để tranh cử, để tổ chức công luận, tạo công luận, dẫn dắt công luận, lôi kéo cử tri để tạo ý chí của đa số. Đây là vấn đề cốt yếu để một đảng, một lực lượng chính trị có thể thắng cử trong tranh cử.

2. Để giành đa số chính đáng, các cuộc tranh cử phải diễn ra thật sự dân chủ, các thủ tục và trình tự bầu cử phải tuân thủ theo đúng các quy định của pháp luật

Muốn trở thành đảng cầm quyền, trước hết phải trở thành đảng đa số, đảng thắng cử trong các cuộc bầu cử các cơ quan quyền lực dân cử (Quốc hội, Hội đồng địa phương). Nhưng đảng giành đa số trong bầu cử chỉ được thừa nhận là chính đáng khi các cuộc bầu cử được tiến hành đúng theo quy định của pháp luật. Một số nhà khoa học chính trị coi đó là tính hợp lệ trong cách thức đạt quyền lực.

Đây là tiêu chí rất quan trọng đối với một đảng được thừa nhận là có vai trò cầm quyền chính đáng trong điều kiện đa nguyên, đa đảng đối lập, cạnh tranh hay bán cạnh tranh. Tính dân chủ của các cuộc bầu cử đó thể hiện thực chất trọng yếu của nền dân chủ, đó là đảng cầm quyền phải có tính đại diện cao. Sự hạn chế dân chủ trong bầu cử là một hạn chế thể hiện tính chính đáng đối với một đảng khi giành được quyền lực.

Một cuộc bầu cử dân chủ thể hiện trên những vấn đề chủ yếu: Cơ quan lập pháp và các vị trí đứng đầu chính quyền hình thành thông qua bầu cử phải được tiến hành thông qua bầu cử phổ thông đầu phiếu - dân chủ trực tiếp (hoặc dân chủ đại diện); có sự cạnh tranh giữa các ứng cử viên và danh sách đề cử, ứng cử phải nhiều hơn số được bầu; các cuộc tuyển cử diễn ra tương đối đều đặn, không có một

lực lượng chính trị nào có quyền chủ quan thay đổi tùy tiện thời gian, quy trình bầu cử (giới thiệu số lượng nhân sự, tranh cử, bầu cử...) và không có yếu tố cưỡng bức, áp đặt; các điều kiện tranh cử phải công bằng (như việc sử dụng thời lượng tranh cử trên truyền hình, đài phát thanh...); công dân có quyền bầu cử, ứng cử phải tuân thủ theo quy định của pháp luật về tuổi đời, quốc tịch, thời gian và nơi cư trú...), mọi người được tự do biểu đạt quan điểm về những người tranh cử; công chúng có quyền được thông tin và tìm đến thông tin về cuộc bầu cử. Xét về bản chất, đảng gian lận để thắng cử trong bầu cử thực chất chỉ là đảng thiểu số. Nếu một đảng thắng cử, nhưng là kết quả của cuộc tranh cử chứa đựng các yếu tố gian lận, giành quyền bằng đảo chính lật đổ đều bị coi là bất hợp pháp, không được thừa nhận là một đảng cầm quyền chính đáng và phải được cơ quan pháp luật xử lý, có thể sẽ phải đứng trước phán xét của Tòa án hiến pháp về giải tán đảng và các thành viên của đảng đó sẽ bị cấm tham dự các hoạt động chính trị trong một số năm. Tình huống đó thường dẫn tới tình trạng bất ổn định chính trị - xã hội.

3. Nhà nước do đảng đa số lập nên phải là một nhà nước hợp pháp, có sự giám sát quyền lực

Dù là đảng đa số cầm quyền, nhưng đảng vẫn chỉ là tổ chức chính trị, không phải là cơ quan công quyền. Đảng chỉ cầm quyền (lãnh đạo nhà nước) về mặt chính trị, và do vậy, đảng cầm quyền không có nghĩa là đảng muốn làm gì thì làm. Tính chính đáng của đảng cầm quyền còn thể hiện ở chỗ “thượng tôn pháp luật”, tuyệt đối tôn trọng pháp luật.

Một nhà nước dân chủ phải là một nhà nước hợp hiến. Do đó, sau khi giành được đa số chính đáng trong bầu cử, đảng đa số có hai phương thức quan trọng để chi phối cơ quan công quyền theo quy định của pháp luật: Một là, đề ra chủ trương và đảng phải thông qua các tổ chức đảng, đảng viên trong các cơ quan nhà nước để biến ý chí của đảng thành thành ý chí nhà nước, thành luật - ý chí xã hội; hai là,



quyền bố trí bộ máy nhân sự trong chính phủ theo quy định của luật pháp, thông qua các vị trí quyền lực đảng nắm để thực hiện ý chí của đảng.

Các vị trí nhân sự mà đảng có quyền quyết định trong các nhà nước dân chủ là những vị trí chính trị, còn các vị trí khác trong bộ máy công quyền là các vị trí hành chính - chuyên môn, đảng đa số không có quyền quyết định. Điều này cũng thường được quy định rất rõ trong luật. Tuy nhiên, trong các nền dân chủ khác nhau, việc quy định của luật pháp về các vị trí nhân sự do đảng cầm quyền quyết định cũng khác nhau, thậm chí không rõ ràng. Có các nền chính trị bỏ ngỏ vấn đề này để đảng cầm quyền tùy ý quyết định. Đây là vấn đề khá phức tạp, bởi đảng càng có khả năng can thiệp sâu vào cơ quan công quyền cũng đồng nghĩa với đảng nắm được nhiều quyền, đảng càng có thể thực hiện được nhiều lợi ích trong tương quan với lợi ích xã hội và lợi ích của các lực lượng chính trị xã hội khác. Trên thực tế, các đảng cầm quyền đều có xu hướng lạm dụng quyền lực, dùng bạo lực áp đặt, không đúng với quy định luật pháp. Trong các nền dân chủ xã hội chủ nghĩa hiện nay, phương thức điều hành của đảng còn nhiều dấu ấn cầm quyền theo kiểu hành chính - chỉ huy.

Một nền dân chủ yếu (hệ thống pháp luật chưa hoàn chỉnh và thực thi pháp luật không nghiêm) sẽ chứa đựng nhiều nguy cơ dẫn đến chủ quan, duy ý chí, lạm quyền, lấn quyền, đảng đứng trên, đứng ngoài pháp luật. Nếu một đảng khi đã trở thành đảng cầm quyền, nhưng trong các hoạt động của nó lại đi ngược lại những cam kết với người dân, không đảm bảo tính pháp lý, vi phạm pháp luật, lạm quyền, vi phạm dân chủ, sử dụng quyền lực không đúng mục đích... thì tính chính đáng của đảng cầm quyền lúc này cũng sẽ bị suy giảm và mất dần trong xã hội, vì người dân sẽ không còn tin tưởng vào những hành động mà đảng cầm quyền đang đại diện cho những lợi

ích công. Hậu quả là đảng này sẽ khó mà tiếp tục giành được sự ủng hộ của cử tri cho các hoạt động của mình, nó báo hiệu cho sự thất bại trong các cuộc bầu cử sắp tới.

Trong các xã hội chỉ có một đảng duy nhất cầm quyền thì nguy cơ dẫn đến việc lạm quyền, chuyên quyền là rất cao, và điều này là khó kiểm soát khi thiếu đi những sự ràng buộc về mặt thể chế trong tổ chức và thực thi quyền lực. Chính vì vậy mà học giả Acton đã cảnh báo rằng “Quyền lực tuyệt đối thì sự lạm quyền cũng là tuyệt đối”. Do vậy, phải thiết lập một sự ràng buộc về quyền lực bằng luật pháp, và chỉ có luật pháp mới có thể khắc phục được tình trạng lạm quyền trong tổ chức và thực thi quyền lực nhà nước.

4. Đảng phải cầm quyền có hiệu quả

Đặc trưng của nền dân chủ trước hết phải thể hiện tính dân chủ trong bầu cử các cơ quan dân cử. Nhưng, như các nhà chính trị đã nói, đó cũng mới chỉ là các tiêu chí đầu tiên, tối thiểu, và càng không phải là tiêu chí duy nhất để đánh giá tính chính đáng của đảng cầm quyền². Một nền chính trị dân chủ đầy đủ, một đảng cầm quyền chính đáng còn phải thể hiện ở việc các chủ trương, quyết sách của đảng phải phát triển được xã hội, mang lại lợi ích cho đại đa số nhân dân, nói đi đôi với làm, đường lối đi liền với giải pháp, mở rộng dân chủ...

Sức mạnh của đảng cầm quyền không thể không dựa vào bạo lực chính trị, nhưng lại càng không thể tuyệt đối chỉ dựa vào bạo lực. Cầm quyền mà chỉ dựa vào bạo lực có thể dẫn đến mất lòng tin, mất tín nhiệm trong xã hội, và khi đảng đã mất lòng tin trong xã hội, có thể đảng sẽ mất tất cả. Do đó, “Cách sử dụng sức mạnh hiệu quả nhất là dùng vũ lực chính đáng chứ không phải dùng sức mạnh mà không cần quan tâm chính đáng hay không”³. Đảng có giữ được vai trò cầm quyền lâu dài hay không, tùy thuộc vào sự tín nhiệm của nhân dân đối

(2) TS. Đặng Đình Tân, “Tìm hiểu về tính chính đáng của đảng cầm quyền trong các thể chế chính trị tư bản”. Tạp chí NCLP, Số 2+3; 1/2009.

(3) GS Nye, nhà chính trị học Mỹ, xem Nguyễn Trung, “Về tính chính đáng trong vận hành quyền lực”. Vietnamnet, 28/12/2009.





với đảng sau khi đã thắng cử trong các cuộc bầu cử các cơ quan quyền lực công. Có làm cho dân tin mới giành được sự tin cậy của dân.

Do đó, ngay cả khi đã có vị trí cầm quyền rồi thì đảng đó, lực lượng chính trị- xã hội đó vẫn phải giữ được vị trí tiên phong trong xã hội. Gramsci, một nhà tư tưởng chính trị đã nhấn mạnh rằng, để một lực lượng nào đó vươn tới nắm quyền lực (chính quyền) thì bắt buộc lực lượng đó phải nắm được vị trí “tiên phong” trước khi chiếm được chính quyền. Nhóm này sau đó sẽ trở thành nhóm cầm quyền. Nhưng ngay cả khi nắm vững quyền lực trong tay, nhóm này vẫn bắt buộc phải tiếp tục vai trò tiên phong của mình, nếu không có thể sẽ mất quyền⁴.

Cho dù đảng thắng cử trong bầu cử, nhưng khi đã cầm quyền rồi vẫn phải giữ vững vị trí tiên phong, và nếu không giữ được vị trí tiên phong, tất sẽ dẫn đến giảm lòng tin trong xã hội, và thậm chí, bằng cách này hay cách khác xã hội đòi hỏi phải thay đổi lực lượng cầm quyền. Bi kịch đó luôn diễn ra trong lịch sử chính trị ở các thời đại, ở mọi quốc gia. Để dân tin, để những lời hứa của đảng trong tranh cử không phải là lời nói suông, thì sau khi nắm quyền, Đảng phải cầm quyền có hiệu quả, phải xây dựng một nhà nước hiệu quả: phát triển kinh tế - xã hội, mang lại lợi ích cho đại đa số nhân dân thông qua hoạch định đường lối, chính sách đúng, thực hiện dân chủ với nhân dân... Thực tế, nhiều nền chính trị trong thế giới đương đại, do quản lý nhà nước kém hiệu quả, dẫn đến trì trệ trong phát triển kinh tế, gây nên những bức xúc về mặt xã hội, làm mất lòng tin của xã hội đối với chính phủ và đảng cầm quyền.

Tính hợp pháp và tính hiệu quả của đảng cầm quyền có mối quan hệ chặt chẽ với nhau và nó là những bộ phận không thể tách rời khi đề cập đến tính chính đáng. Sự tin cậy, tín nhiệm xã hội là nền tảng, tính hợp pháp là điều kiện cần để quy định vai trò cầm

quyền của đảng, còn tính hiệu quả là điều kiện đủ để củng cố vững chắc vai trò, vị trí cầm quyền của đảng. Thế nhưng trên thực tế, không phải lúc nào sự tin cậy, tín nhiệm với tính hợp pháp và hiệu quả cũng đi liền với nhau. Có những đảng chính trị trở thành đảng cầm quyền nhờ sự tín nhiệm cao trong bầu cử, thực hiện quyền lực hợp pháp nhưng lại không có được tính hiệu quả trong các đường lối, chính sách cũng như phương thức thực thi quyền lực, do đó, đảng đã bị mất quyền. Cũng có những đảng trở thành đảng cầm quyền thông qua phương thức bất hợp pháp (như tiến hành cách mạng lật đổ, đảo chính), nhưng lại chứa đựng yếu tố hợp lý, và trong quá trình thực hiện quyền lực đã chiếm được lòng dân nhờ đem lại sự phát triển, phồn vinh đất nước. Tuy nhiên, dù ở trường hợp nào, việc đảm bảo sự tín nhiệm xã hội, tính hợp pháp và tính hiệu quả đều phải được các đảng cầm quyền hướng đến, nếu nó muốn củng cố và duy trì vị trí cầm quyền của mình.

5. Người đứng đầu, các thành viên của đảng nắm giữ các cương vị chủ chốt trong bộ máy công quyền và các đảng viên của đảng đa số phải là những người có phẩm chất, đạo đức và sự trong sạch trong thực thi quyền lực và trong lối sống

Để được xã hội thừa nhận, tạo uy tín xã hội trong vai trò cầm quyền, để nâng cao năng lực và hiệu quả cầm quyền, vấn đề quyết định là yếu tố con người chính trị (lãnh đạo và đội ngũ hoạt động chính trị), với phẩm chất, đạo đức và sự trong sạch, năng lực lãnh đạo, quản lý, thực thi nhiệm vụ chính trị, nói đi đôi với làm, chủ trương đi liền với giải pháp của người thủ lĩnh cùng bộ máy và những quan chức tham gia nắm quyền... là rất quan trọng. Một trong những vấn đề liên quan đến phẩm chất của người cầm quyền, của lực lượng cầm quyền,

(Xem tiếp trang 50)

(4) Theo TS Ngô Huy Đức (6/2009): *Tính chính đáng của Đảng cộng sản Việt Nam cầm quyền trong thể chế nhà nước pháp quyền XHCN*. Tham luận tại hội thảo “Mối quan hệ giữa Đảng lãnh đạo, Nhà nước quản lý, nhân dân làm chủ”, thuộc đề tài cấp Nhà nước “Đảng chính trị, đảng cầm quyền- Những vấn đề lý luận và thực tiễn”.



QUYỀN CÔNG TỐ

VÀ TỔ CHỨC THỰC HIỆN QUYỀN CÔNG TỐ TRONG NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN

■ **NGUYỄN MINH ĐỨC***

Hiện nay, công cuộc cải cách bộ máy nhà nước, trong đó có cải cách tư pháp đã và đang đặt ra hàng loạt vấn đề lý luận và thực tiễn cần tiếp tục được nghiên cứu và giải quyết. Viện kiểm sát nhân dân - một chế định trong hệ thống quyền lực nhà nước - cũng được nhắc đến trong các văn kiện của Đảng khi nói về cải cách tư pháp. Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 2/6/2005 của Bộ Chính trị “Về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020” đã xác định rõ: “Trước mắt, Viện kiểm sát nhân dân giữ nguyên chức năng như hiện nay là thực hành quyền công tố và kiểm sát hoạt động tư pháp (...), tăng cường trách nhiệm của công tố trong hoạt động điều tra”. Để góp phần làm rõ những yêu cầu của Đảng đã đề ra, chúng tôi xin được bàn về quyền công tố và tổ chức thực hiện quyền công tố trong nhà nước pháp quyền.

1. Quyền công tố

Ở Việt Nam, cụm từ “thực hành quyền công tố” lần đầu tiên xuất hiện trong các văn bản pháp lý là Hiến pháp năm 1980 khi đề cập đến chức năng của Viện kiểm sát nhân dân (VKSND) tại Điều 138, và được nhắc lại ở các Điều 1 và 3 Luật tổ chức VKSND năm 1981. Kể từ đó, đã có nhiều tài liệu, bài viết bàn về quyền công tố và thực hành quyền công tố, nhất là từ khi nước ta tiến hành công cuộc cải cách tư pháp. Riêng về “quyền công tố” đã có tới tám quan điểm khác nhau. Mỗi quan điểm có cách thể hiện và lập luận riêng. Nhưng các quan điểm này hoặc là đánh đồng quyền công tố với chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật của Viện kiểm sát (VKS), dẫn đến tình trạng mở rộng phạm vi quyền công tố

vượt khỏi lĩnh vực tố tụng hình sự (TTHS) sang các lĩnh vực tư pháp khác như dân sự, kinh tế, lao động, hành chính; hoặc coi quyền công tố là một quyền năng, một hình thức thực hiện chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong TTHS, dẫn đến việc xem nhẹ bản chất của quyền công tố như là một hoạt động độc lập của VKS nhân danh quyền lực công; hoặc quá thu hẹp phạm vi quyền công tố, coi quyền công tố là quyền của VKS truy tố kẻ phạm tội ra Toà án và thực hiện việc buộc tội tại phiên toà hình sự sơ thẩm¹.

Nghiên cứu về lịch sử nhà nước và pháp luật cho thấy, chế định công tố được hình thành dần cùng với sự hoàn thiện và phát triển của TTHS. Lúc đầu, trong nhà nước Hy Lạp và La Mã cổ đại, người bị hại là người buộc tội và

(*) *TS, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao*

(1) Lê Hữu Thế (chủ biên), *Thực hành quyền công tố và kiểm sát các hoạt động tư pháp trong giai đoạn điều tra, NXB Tư pháp, Hà Nội 2008, tr. 21-34.*





có nghĩa vụ chứng minh lời buộc tội của mình, nhưng do hoạt động của họ rất khó khăn, nên sau này việc truy cứu trách nhiệm hình sự (TNHS) được chuyển giao cho nhà nước, do các viên chức của nhà vua tiến hành. Mặt khác, nhà nước ra đời và tồn tại luôn luôn là đại diện chính thức cho xã hội về mọi phương diện, luôn có trách nhiệm bảo vệ các quan hệ xã hội liên quan đến lợi ích chung, đến trật tự xã hội chung và trừng trị những hành vi vi phạm các quan hệ xã hội loại này, nhất là những hành vi mà bị pháp luật coi là tội phạm.

Quyền công tố có liên hệ chặt chẽ với pháp luật, đặc biệt là pháp luật hình sự, trong đó quy định cụ thể các loại hành vi nguy hiểm nào cho xã hội là tội phạm. Bất kỳ giai cấp thống trị nào khi lên nắm quyền lực nhà nước (QLNN) đều quan tâm trước hết đến lĩnh vực pháp luật hình sự, bởi chính pháp luật hình sự là phương tiện cai trị hữu hiệu, ổn định tình hình xã hội theo ý chí của giai cấp thống trị. Khi một hành vi bị coi là tội phạm được thực hiện sẽ làm phát sinh một loại quan hệ pháp luật giữa một bên là nhà nước và bên kia là người phạm tội. Trong quan hệ này, nhà nước là chủ thể sử dụng QLNN, quyền lực công để thực hiện việc truy cứu TNHS và áp dụng hình phạt đối với người phạm tội; còn người phạm tội là chủ thể bị truy cứu TNHS và gánh chịu các chế tài hình sự do nhà nước quy định và áp dụng.

Một trong những nguyên tắc đặc thù của hoạt động TTNS là nguyên tắc công tố, nguyên tắc mà mọi hoạt động tố tụng được tiến hành trước hết và chủ yếu vì lợi ích nhà nước, lợi ích chung của toàn xã hội. Điểm mấu chốt nhất của nguyên tắc này là hoạt động của các cơ quan tiến hành tố tụng nhằm phát hiện, khám phá tội phạm, xác định và xử lý người phạm tội. Một số công dân cũng tham gia vào hoạt động tố tụng, nhưng họ chỉ được lôi cuốn vào hoạt động tố tụng khi hoạt động này đã xuất hiện trên cơ sở các quyết định của các cơ quan tiến hành tố tụng. Mặt khác, hoạt động TTNS luôn tồn tại ba chức năng tố tụng cơ bản: buộc tội; bào chữa (gỡ tội) và xét xử. Buộc

tội, thực chất là hoạt động truy cứu TNHS đối với người phạm tội. Người buộc tội, đại diện của cơ quan thực hiện chức năng buộc tội có trách nhiệm và có quyền đưa ra lời cáo buộc đối với những cá nhân cụ thể và có nhiệm vụ phải đưa ra những bằng chứng cho sự cáo buộc đó. Vì thế, QLNN trong lĩnh vực hình sự gắn liền với sự buộc tội nhân danh nhà nước, hay nói cách khác là nhân danh công quyền, và chỉ phát sinh khi có hành vi phạm tội xảy ra. Sự buộc tội nhân danh công quyền này được gọi là quyền công tố. Như vậy, quyền công tố là quyền nhân danh nhà nước thực hiện việc truy cứu TNHS đối với người phạm tội.

Xuất phát từ khái niệm về quyền công tố như trên, nên đối tượng của quyền công tố chỉ là tội phạm và người phạm tội; nội dung của quyền công tố là sự buộc tội đối với người đã thực hiện hành vi tội phạm; phạm vi quyền công tố bắt đầu từ khi tội phạm được thực hiện và kết thúc khi bản án có hiệu lực pháp luật, không bị kháng nghị.

2. Quyền công tố trong nhà nước pháp quyền

Trong lịch sử nhà nước và pháp luật thế giới, các cơ quan chuyên trách thực hiện quyền công tố xuất hiện khá muộn, gắn liền với cuộc đấu tranh chống lại chế độ chuyên chế, phi dân chủ, thực hiện sự phân chia quyền lực trong tổ chức bộ máy nhà nước.

Nhà nước chỉ xuất hiện và tồn tại khi xuất hiện và tồn tại những mâu thuẫn đối kháng mang tính giai cấp không thể điều hoà được. Trong bất kỳ một xã hội nào, khi đã xuất hiện nhà nước, bên cạnh lực lượng thống trị xã hội luôn luôn tồn tại một hoặc nhiều lực lượng bị thống trị, lực lượng này thường có thái độ, hành động thù địch chống lại lực lượng thống trị xã hội, nắm QLNN. Hành động của họ thể hiện ở hành vi vi phạm pháp luật. Muốn trừng trị kẻ vi phạm pháp luật, chống lại ý chí của giai cấp thống trị thì phải buộc được tội của họ. Quyền nhân danh nhà nước, nhân danh công quyền thực hiện sự buộc tội này chính là quyền công tố.



Khi nhà nước mới ra đời, trong điều kiện bộ máy nhà nước còn giản đơn và hệ thống pháp luật mới được hình thành, sự phân định chức năng, nhiệm vụ giữa các cơ quan nhà nước chưa được rõ ràng, quyền công tố chỉ được sử dụng trong một phạm vi hẹp để bảo vệ các lợi ích công, như các lợi ích của nhà nước, của giai cấp thống trị và lợi ích của cả cộng đồng, nên quyền công tố có thể do một cơ quan, thậm chí một quan chức nhà nước duy nhất thực hiện từ đầu đến cuối. Càng về sau, cùng với sự phát triển, hoàn thiện của bộ máy nhà nước và hệ thống pháp luật, việc phân định chức năng, nhiệm vụ giữa các cơ quan trong bộ máy nhà nước ngày càng cụ thể, rõ ràng hơn theo hướng chuyên môn hoá. Mặt khác, nhận thức xã hội về lợi ích công và lợi ích tư, về trách nhiệm của nhà nước đối với xã hội và cá nhân đã có sự thay đổi đáng kể. Chính lẽ đó, vai trò của công tố ngày càng được đề cao. Quyền công tố là một khái niệm pháp lý gắn liền với bản chất của nhà nước, là một bộ phận cấu thành và không thể tách rời của công quyền. Quyền công tố chỉ xuất hiện, tồn tại cùng với sự ra đời của nhà nước và pháp luật. Khi không còn nhà nước thì cũng không có quyền công tố.

Trong nghiên cứu về nhà nước và pháp luật, vấn đề nhà nước pháp quyền đã trở thành mối quan tâm đặc biệt của nhiều nhà nghiên cứu, học giả. Do cách tiếp cận hoặc nhận định, đánh giá vấn đề ở các góc cạnh khác nhau, nhưng về cơ bản, hầu hết các tác giả đều cho rằng: dưới góc độ chính trị - xã hội và phân tầng giai cấp xã hội, nhà nước pháp quyền không phải là một kiểu nhà nước mới, độc lập, thoát ly các kiểu nhà nước mà lịch sử nhân loại đã chứng kiến (nhà nước chủ nô, nhà nước phong kiến, nhà nước tư sản và nhà nước xã hội chủ nghĩa) và cũng không phải là nhà nước kiểu mới không mang tính giai cấp trong thời đại công nghiệp hiện nay. Mặt khác, nghiên cứu sự hình thành, phát triển và các quan điểm lý luận về nhà nước

pháp quyền có thể rút ra được: nhà nước pháp quyền là nhà nước mà trong đó phương thức tổ chức, xây dựng và vận hành bộ máy nhà nước do pháp luật quy định và thừa nhận tính tối cao của pháp luật. Một trong những dấu hiệu đặc trưng thuộc nội hàm của khái niệm nhà nước pháp quyền là nhà nước mà trong đó pháp luật, trước hết là hiến pháp và các đạo luật phải giữ địa vị tối cao. Pháp luật phải có chất lượng tốt, phải thể hiện đúng đắn ý chí của nhân dân, phù hợp với hiện thực khách quan, thúc đẩy tiến bộ xã hội... Pháp luật đó phải được nhà nước và nhân viên các cơ quan nhà nước và mọi người trong xã hội tôn trọng và chấp hành nghiêm chỉnh.

Như vậy, trong nhà nước pháp quyền có sự hiện diện của pháp luật và đương nhiên cũng tồn tại các hành vi vi phạm pháp luật. Để pháp luật được tôn trọng và chấp hành nghiêm chỉnh cần thiết phải sử dụng QLNN, nhân danh công quyền thực hiện việc truy cứu TNHS đối với người có hành vi phạm tội. Điều đó có nghĩa là trong nhà nước pháp quyền có tồn tại quyền công tố.

Việt Nam hiện đang xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân. Xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam thu hút sự quan tâm rất lớn của Đảng và Nhà nước ta thời gian qua. Bộ Chính trị Ban Chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam đã ban hành một nghị quyết riêng, Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020. Công tác xây dựng pháp luật cũng đã mang lại những kết quả quan trọng. Trong giai đoạn 2005 - 2009, Quốc hội đã ban hành 120 luật, pháp lệnh. Chỉ tính riêng trong nhiệm kỳ Quốc hội khóa XII (2007 - 2010) có 107 dự án luật, pháp lệnh đã được đưa vào chương trình xây dựng luật và sau 3 năm (2007 - 2009) đã ban hành được 63 văn bản/107 văn

(2) Dự thảo Báo cáo tóm tắt sơ kết thực hiện việc triển khai kế hoạch số 900/UBTVQH11 thực hiện Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.





bản². Các đạo luật được ban hành là những đạo luật giữ vị trí trung tâm, trực tiếp điều chỉnh các quan hệ xã hội.

Cùng với việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, Việt Nam đang tiến hành đổi mới trên mọi lĩnh vực của đời sống xã hội. “VKS các cấp thực hiện tốt chức năng công tố... Hoạt động công tố phải được thực hiện ngay từ khi khởi tố vụ án và trong suốt quá trình tố tụng nhằm bảo đảm không bỏ lọt tội phạm và người phạm tội, không làm oan người vô tội, xử lý kịp thời những trường hợp sai phạm của những người tiến hành tố tụng khi thi hành nhiệm vụ”, “...tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra”, “... thực hiện cơ chế công tố gắn với hoạt động điều tra”³ là những nội dung quan trọng được đặt ra trong công cuộc cải cách tư pháp mà Việt Nam đang tiến hành. Điều này chứng tỏ rằng, quyền công tố vẫn tồn tại và việc tăng cường công tố là những nội dung quan trọng trong nhiệm vụ xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa.

3. Thực hành quyền công tố

Cũng như khái niệm về “quyền công tố”, ở Việt Nam, khái niệm “thực hành quyền công tố” cũng như nội dung, phạm vi của nó còn ít được đề cập đến và chưa rõ ràng. Các công trình nghiên cứu trong và ngoài ngành kiểm sát nhân dân thời gian qua cho thấy, khi đề cập đến thực hành quyền công tố thì hoặc mới chỉ đưa ra được một số biện pháp pháp lý để nâng cao chất lượng, hiệu quả công tác kiểm sát hình sự như: kiểm sát điều tra, kiểm sát xét xử hình sự, kiểm sát thi hành án...; hoặc gắn việc thực hành quyền công tố với việc thực hiện những nhiệm vụ khác của Công tố viên trong TTHS; hoặc lại mở rộng phạm vi quyền công tố được thực hiện trong mọi giai đoạn TTHS bao gồm

cả điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án. Hoặc chỉ nêu ra một số biện pháp pháp lý như: lập cáo trạng và luận tội trước phiên toà sơ thẩm hình sự và coi đó là thực hành quyền công tố, thậm chí còn cho rằng, thực hành quyền công tố chỉ là sự buộc tội trước phiên toà sơ thẩm⁴.

Xuất phát từ quan niệm quyền công tố là quyền nhân danh quyền lực công thực hiện việc truy cứu TNHS đối với người phạm tội, nên thực hành quyền công tố chính là thực hiện các hành vi tố tụng cần thiết theo quy định của pháp luật TTHS để truy cứu TNHS người phạm tội, đưa người phạm tội ra xét xử trước Tòa án và bảo vệ sự buộc tội đó⁵. Tuy vậy, xuất phát từ những quyền năng pháp lý thuộc nội dung quyền công tố đã được pháp luật quy định, việc sử dụng những quyền năng này để thực hiện việc truy cứu TNHS đối với kẻ phạm tội chính là thực hành quyền công tố. Do vậy, thực hành quyền công tố là việc sử dụng tổng hợp các quyền năng pháp lý thuộc nội dung quyền công tố để thực hiện việc truy cứu TNHS đối với người phạm tội trong các giai đoạn điều tra, truy tố và xét xử⁶.

Với mục tiêu mọi tội phạm xảy ra đều phải được phát hiện và xử lý theo pháp luật của TTHS, nên về mặt nguyên tắc, cứ có tội phạm xảy ra là đòi hỏi quyền công tố phải được phát động. Khi quyền công tố được phát động thì đồng nghĩa với hoạt động thực hành quyền công tố được triển khai và khi quyền công tố không còn thì hoạt động thực hành quyền công tố cũng được kết thúc. Vì vậy, phạm vi thực hành quyền công tố được bắt đầu từ khi khởi tố vụ án hình sự và kết thúc khi bản án có hiệu lực pháp luật, không bị kháng nghị, hoặc vụ án được đình chỉ theo quy định của pháp luật TTHS.

Đề buộc tội đối với người đã thực hiện hành vi phạm tội, pháp luật đã quy định hàng loạt

(3) Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 02/1/2002 của Bộ Chính trị 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 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020; 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. 127.

(5) Trần Văn Độ, Một số vấn đề về quyền công tố, Kỷ yếu đề tài cấp bộ “Những vấn đề lý luận về quyền công tố và thực tiễn hoạt động quyền công tố ở Việt Nam từ năm 1945 đến nay”. H. 1999, tr. 48.

(6) Lê Hữu Thế (chủ biên). Sđd, tr. 57.



các hoạt động tố tụng, như: khởi tố vụ án, khởi tố bị can, tiến hành điều tra thu thập chứng cứ chứng minh hành vi phạm tội của người đã thực hiện hành vi phạm tội, buộc tội đối với bị can, bị cáo và bảo vệ quan điểm truy tố. Việc sử dụng các quyền năng pháp lý để thực hiện các hoạt động tố tụng này chính là nội dung của thực hành quyền công tố.

4. Tổ chức thực hiện quyền công tố

Trong quá trình tổ chức QLNN, trên mỗi lĩnh vực cụ thể, Nhà nước thường tổ chức ra một hệ thống các cơ quan nhất định để thực hiện quyền lực đó. Hệ thống các cơ quan nhà nước này đóng vai trò chính trong sự phối hợp cùng các cơ quan nhà nước khác để thực hiện quyền lực đã được xác định. Để bảo đảm thực hiện quyền công tố trong thực tế đấu tranh chống tội phạm thì Nhà nước ban hành các văn bản pháp luật, trong đó quy định các quyền năng pháp lý thuộc nội dung quyền công tố. Các quyền năng đó, Nhà nước giao cho cơ quan nhà nước nào thực hiện để phát hiện tội phạm và truy cứu TNHS đối với người phạm tội, thì cơ quan ấy được gọi là cơ quan có trách nhiệm thực hành quyền công tố hoặc cơ quan công tố.

Các quy định pháp luật và thực tế tổ chức thực hiện QLNN của các nước trên thế giới cho thấy, dù có tên gọi hoặc vị trí trong cơ cấu bộ máy nhà nước có khác nhau, nhưng mỗi nước chỉ có một cơ quan được giao thực hiện chức năng thực hành quyền công tố. Căn cứ vào vị trí trong bộ máy nhà nước có thể thấy được sự đa dạng về việc tổ chức thực hiện quyền công tố của các nước trên thế giới. Có những nước mà ở đó Cơ quan công tố/VKS nằm trong cơ cấu của Bộ Tư pháp (Hoa Kỳ, Pháp, Bỉ, Nhật Bản, Ba Lan, Ru-ma-ni, Hà Lan, Đan Mạch...); có những nước mà ở đó Cơ quan công tố/VKS nằm trong thành phần của hệ thống tư pháp được đặt tại các Tòa án, nhưng độc lập với Tòa án về chức năng (Tây Ban Nha, Columbia, Bun-ga-ri...); hoặc có

những nước mà ở đó Cơ quan công tố/VKS là một hệ thống riêng biệt, hoặc trực thuộc Quốc hội, hoặc trực thuộc Nguyên thủ quốc gia (Trung Quốc, CHDCND Triều Tiên, Cu Ba, Việt Nam, Lào...). Tuy về cơ cấu tổ chức, dù cơ quan được giao thực hiện nhiệm vụ công tố nằm trong hệ thống hành pháp, tư pháp hoặc lập pháp... nhưng về chức năng thì hoàn toàn độc lập.

Ở Việt Nam, căn cứ vào các quy định pháp luật từ năm 1960 đến nay, thì VKSND chính thức là cơ quan được giao chức năng thực hành quyền công tố. “Không có cơ quan nhà nước nào có thể thay thế ngành kiểm sát để sử dụng quyền công tố; bắt, giam, tha, điều tra, truy tố, xét xử có đúng người, đúng tội, đúng pháp luật hay không, đó chính là việc VKS phải trông nom, bảo đảm cho tốt”⁷⁷. Thực tiễn tổ chức và hoạt động mấy chục năm qua của VKSND các cấp cho thấy, 100% các vụ án hình sự đều do VKS truy tố và thực hiện sự buộc tội trước phiên tòa sơ thẩm, đưa ra lời kết luận của mình tại phiên tòa theo các trình tự phúc thẩm, giám đốc thẩm và tái thẩm. Cùng với những hoạt động đó, VKS các cấp còn có trách nhiệm xem xét, bảo đảm cho việc áp dụng, thay thế hoặc hủy bỏ các biện pháp ngăn chặn được hợp lý và hợp pháp, có quyền khởi tố, yêu cầu khởi tố, xem xét việc khởi tố của Cơ quan điều tra và Tòa án.

Theo quy định của pháp luật, tuy Cơ quan điều tra và Tòa án các cấp cũng thực hiện việc khởi tố vụ án hình sự, thậm chí số vụ án do Cơ quan điều tra thực hiện việc khởi tố chiếm tới khoảng 96 - 97% số vụ án được khởi tố, nhưng nếu quyết định khởi tố vụ án hình sự của Cơ quan điều tra, của các cơ quan khác được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra không có căn cứ, thì chỉ có VKS mới có quyền quyết định hủy bỏ quyết định khởi tố đó; hoặc chỉ có VKS mới có quyền kháng nghị quyết định khởi tố vụ án hình sự không có căn cứ của Hội đồng xét xử. Cơ quan điều tra có quyền khởi tố, bắt, tạm giam người phạm tội, tiến

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





hành điều tra thu thập chứng cứ... nhưng phải có sự phê chuẩn của VKS cùng cấp. Tòa án chỉ đưa vụ án ra xét xử trên cơ sở bản cáo trạng, quyết định truy tố của VKS, và chỉ có VKS mới có quyền buộc tội bị cáo tại phiên tòa. Bản án kết tội của Tòa án chính là sự chấp nhận lời buộc tội của VKS đối với người phạm tội.

Như vậy, ở Việt Nam, những hoạt động trên đây của VKS hoàn toàn mang tính độc lập, không lệ thuộc vào bất cứ cơ quan nào. Duy nhất chỉ có VKS được giao thực hiện việc truy cứu TNHS, buộc tội đối với bị can, bị cáo và bảo vệ quan điểm truy tố của mình.

5. Đề xuất về tổ chức thực hiện quyền công tố ở Việt Nam

Mỗi cơ quan nhà nước cần phải có một chức năng, nhiệm vụ riêng. Sự phân công càng rành mạch, cụ thể thì hiệu quả quản lý nhà nước sẽ đạt kết quả càng cao và phát huy cao độ vai trò của cơ quan đó trong từng lĩnh vực, từng ngành, từng cấp. Nếu không, sẽ xảy ra tình trạng là ở một lĩnh vực nào đó có nhiều cơ quan cùng làm dẫn đến sự chông chéo, hoặc có lĩnh vực bị bỏ trống, hoặc bị buông lỏng sự quản lý của Nhà nước dẫn đến sự vi phạm pháp luật, phá vỡ sự thống nhất trong quản lý nhà nước... mà không có một cơ quan nào chịu trách nhiệm.

Hiện nay Việt Nam đang thực hiện chủ trương xây dựng Nhà nước pháp quyền là Nhà nước mà QLNN được tổ chức theo nguyên tắc phân công rành mạch trong việc thực hiện ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp để thực hiện chức năng kiểm tra, giám sát hoạt động quyền lực nhằm hạn chế sự lạm quyền, lạm quyền, xâm hại tới lợi ích hợp pháp của công dân từ phía Nhà nước. Do vậy, việc quy định rõ chức năng thực hành quyền công tố của VKS có ý nghĩa rất quan trọng, góp phần thực hiện thắng lợi cuộc cải cách tư pháp cũng như nhiệm vụ xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa ở nước ta hiện nay.

Để thực hiện được việc quy định rõ chức năng thực hành quyền công tố, theo chúng tôi, cần phải nghiên cứu để bổ sung những quy

định trong Bộ luật TTHS, trong các đạo luật về tổ chức hoạt động của các cơ quan nhà nước, nhất là các cơ quan tư pháp nhằm làm rõ hơn vị trí, chức năng, thẩm quyền và trách nhiệm của các cơ quan tiến hành TTHS theo hướng:

a) Cần khẳng định rõ điều tra tội phạm là một công đoạn của chức năng công tố nhà nước và để phục vụ việc thực hiện chức năng công tố nhà nước; xác định rõ mối quan hệ giữa Cơ quan điều tra và VKS, trong đó VKS là cơ quan chịu trách nhiệm chính trong quá trình chứng minh tội phạm và trực tiếp thực hiện việc truy tố, buộc tội, luận tội bị cáo tại phiên tòa. Đồng thời, để thực hiện chủ trương "...tăng cường trách nhiệm của công tố trong hoạt động điều tra...", "...thực hiện cơ chế công tố gắn với hoạt động điều tra...", cũng cần phải quy định rõ một số trách nhiệm của VKS như sau:

- Là đầu mối tiếp nhận và quyết định việc xử lý mọi tố giác, tin báo về tội phạm do cơ quan, tổ chức và cá nhân cung cấp. Cơ quan điều tra có nhiệm vụ xác minh tố giác, tin báo về tội phạm theo yêu cầu của VKS và chuyển ngay kết quả xác minh cho VKS để xem xét, quyết định khởi tố hoặc không khởi tố vụ án hình sự. VKS trực tiếp ra các quyết định khởi tố hoặc không khởi tố vụ án, khởi tố bị can, ra quyết định mở cuộc điều tra theo trình tự tố tụng.

- Tự mình, hoặc theo đề nghị của Cơ quan điều tra, ra quyết định áp dụng, thay đổi, hủy bỏ các biện pháp ngăn chặn trong giai đoạn điều tra, truy tố thay vì việc phê chuẩn các lệnh, quyết định của Cơ quan điều tra như hiện nay. VKS phải chịu trách nhiệm về những oan, sai trong bắt, tạm giữ, tạm giam.

- Có quyền hủy bỏ các quyết định không có căn cứ và trái pháp luật của Cơ quan điều tra; chỉ đạo việc thu thập các bằng chứng buộc tội và gỡ tội. Các yêu cầu, chỉ thị bằng văn bản của VKS có giá trị bắt buộc Cơ quan điều tra phải chấp hành.

- Trên cơ sở kết quả điều tra, quyết định việc truy tố tội phạm và người phạm tội ra tòa hoặc đình chỉ vụ án.



- Trực tiếp điều tra các vụ án khi xét thấy việc điều tra của Cơ quan điều tra không khách quan hoặc yêu cầu Cơ quan điều tra thực hiện nhưng không đạt hiệu quả và điều tra các vụ án khác khi thấy cần thiết.

- Khi xét xử tại phiên tòa, chịu trách nhiệm chính trong việc thẩm vấn bị cáo, hỏi nhân chứng, đưa ra các lập luận, lý lẽ chứng minh cho việc buộc tội của mình.

- Có trách nhiệm kiểm sát chặt chẽ việc tuân thủ pháp luật trong các hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án, bảo đảm việc giải quyết vụ án được nghiêm minh, kịp thời, đúng pháp luật.

b) Xác định rõ Tòa án chỉ tập trung thực hiện chức năng xét xử, không can thiệp vào bất cứ hoạt động tố tụng nào được tiến hành trong các giai đoạn điều tra, truy tố; tăng cường vai trò của Tòa án trong việc bảo đảm quyền con người. Đồng thời, để thực hiện chủ trương "... việc phán quyết của Tòa án phải căn cứ chủ yếu vào kết quả tranh tụng tại phiên tòa..." thì cần quy định rõ quyền và trách nhiệm của Tòa án:

- Có quyền tuyên bố tính vô hiệu của chứng

cứ, không chấp nhận các kết quả tố tụng đã được thực hiện trong giai đoạn điều tra, truy tố nếu phát hiện quá trình thực hiện đã vi phạm các thủ tục tố tụng, vi phạm các quyền con người đã được luật định.

- Việc thẩm vấn, xem xét chứng cứ của Hội đồng xét xử tại phiên tòa chỉ thực hiện sau khi bên buộc tội và bên gỡ tội đã thực hiện chức năng tố tụng mà thấy vấn đề còn chưa rõ hoặc có mâu thuẫn, thì trực tiếp thẩm vấn, xem xét chứng cứ làm cơ sở cho việc ra phán quyết đúng pháp luật.

- Loại bỏ những thẩm quyền tố tụng mâu thuẫn với chức năng xét xử của Tòa án, ảnh hưởng đến nguyên tắc độc lập xét xử, ảnh hưởng đến tính khách quan của hoạt động xét xử như: thẩm quyền khởi tố vụ án của Hội đồng xét xử; thẩm quyền trả hồ sơ cho VKS để điều tra bổ sung khi thấy thiếu những chứng cứ quan trọng hoặc khi có căn cứ cho rằng, bị cáo phạm một tội khác hoặc có đồng phạm khác; thẩm quyền tiếp tục xét xử vụ án khi VKS đã rút quyết định truy tố; thẩm quyền xét xử vượt quá giới hạn truy tố... ■

TÍNH CHÍNH ĐÁNG CỦA ĐẢNG CẦM QUYỀN

(Tiếp theo trang 43)

đảng cầm quyền là sự trong sạch. Một đảng có nhiều biểu hiện tham nhũng là một đảng có nhiều nguy cơ mất tín nhiệm xã hội, dẫn đến mất quyền.

Tâm chính là gốc của mọi hành động. Người nắm quyền có nhân tâm mới được lòng dân. Tâm người có yên thì mới làm được việc tốt. Nếu tâm đức của người cầm quyền không yên thì lòng dân cũng dễ bị xáo động. Không vì dân, mọi chính thể sẽ lâm nguy.

Tham nhũng là biểu hiện của sự vi phạm

pháp luật, sự vi phạm dân chủ nhất, sự yếu kém nhất về phẩm chất, đạo đức của người cầm quyền, là yếu tố dễ dẫn đến làm mất lòng tin nhất của xã hội đối với hệ thống quyền lực, thậm chí làm mất lòng tin với cả chế độ xã hội - chính trị. Điều đó có thể dẫn đến bi kịch là mất vị trí cầm quyền của đảng, thậm chí đánh đổ cả một chế độ.

* *

Đánh giá tính chính đáng của đảng cầm quyền là vấn đề phức tạp. Tuy nhiên, có thể xác định tính chính đáng của đảng cầm quyền thông qua cả một hệ thống các tiêu chí liên quan mật thiết với nhau, tương hỗ nhau. Không thể chỉ đánh giá sự cầm quyền của một đảng là chính đáng hay không chính đáng khi chỉ dựa vào một vài tiêu chí, mà phải được xem xét trên cơ sở quan điểm biện chứng, hệ thống và lịch sử cụ thể. ■





NHỮNG VẤN ĐỀ CẦN TIẾP TỤC HOÀN THIỆN VỀ ĐIỀU KIỆN HOẠT ĐỘNG CỦA ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI

■ BÙI NGỌC THANH*

Đại biểu Quốc hội (ĐBQH) là người đại diện cho ý chí và nguyện vọng của nhân dân, là người thay mặt nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước trong Quốc hội. Để thực hiện được trọng trách đó, ĐBQH cần phải có những điều kiện nhất định trong quá trình hoạt động. Tựu trung, có thể phân thành ba nhóm điều kiện: nhóm điều kiện do luật định; nhóm điều kiện của bản thân đại biểu và nhóm điều kiện về các phương tiện hoạt động (làm việc) hàng ngày.

1. Nhóm điều kiện do luật định

1.1. Các quy định hiện hành

Nhóm điều kiện này được điều chỉnh bởi ba văn bản chính: một là, Hiến pháp năm 1992, sửa đổi bổ sung năm 2001, quy định tại 4 điều 97, 98, 99 và 100; hai là, Luật tổ chức Quốc hội năm 2001, sửa đổi, bổ sung năm 2007 (Luật TCQH), quy định tại 17 điều, từ Điều 43 đến Điều 59; ba là, Quy chế hoạt động của ĐBQH và Đoàn ĐBQH, được Quốc hội khóa XI, kỳ họp thứ hai thông qua ngày 16/12/2002 (Quy chế), gồm các Điều 1, 2, 3, từ Điều 6 đến Điều 22, từ Điều 32 đến Điều 35 và từ Điều 36 đến Điều 44. Trong ba văn bản này, Quy chế là văn bản cụ thể hóa Hiến pháp và Luật TCQH, đồng thời có thêm một số quy định khác. Ngoài ra, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội năm 2003; Nội quy kỳ họp Quốc hội năm 2002 cũng có một số chương, điều,

khoản, điểm quy định về quyền hạn, nhiệm vụ và các vấn đề khác của ĐBQH tương tự như ba văn bản chính nói trên. Xin được dẫn ra đây một số nội dung quan trọng nhất quy định trong các văn bản luật này:

- ĐBQH chịu trách nhiệm trước cử tri, đồng thời chịu trách nhiệm trước Quốc hội về việc thực hiện nhiệm vụ đại biểu của mình; bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công dân, góp phần phát huy quyền làm chủ của nhân dân.

- ĐBQH có nhiệm vụ tuyên truyền, phổ biến pháp luật, động viên nhân dân chấp hành pháp luật và tham gia quản lý nhà nước.

- ĐBQH có nhiệm vụ tham gia các phiên họp toàn thể của Quốc hội, các cuộc họp của Tổ ĐBQH, của Đoàn ĐBQH; thảo luận và biểu quyết các vấn đề thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội. Đại biểu là thành viên của Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội có

(*) TS, Nguyên Ủy viên UBTVQH, Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội.



trách nhiệm tham gia các phiên họp, thảo luận, biểu quyết các vấn đề và tham gia các hoạt động khác thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội mà mình là thành viên. ĐBQH hoạt động không chuyên trách được dành ít nhất một phần ba thời gian làm việc để làm nhiệm vụ đại biểu.

- ĐBQH có quyền trình dự án luật, kiến nghị về luật ra trước Quốc hội, dự án pháp lệnh ra trước Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) theo trình tự và thủ tục do pháp luật quy định.

- ĐBQH có quyền chất vấn Chủ tịch nước, Chủ tịch Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ và các thành viên khác của Chính phủ, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao.

- ĐBQH có quyền kiến nghị với UBTVQH xem xét trình Quốc hội bỏ phiếu tín nhiệm đối với những người giữ các chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn.

- ĐBQH có trách nhiệm tiếp công dân. Khi nhận được kiến nghị, khiếu nại, tố cáo của công dân, ĐBQH có trách nhiệm nghiên cứu, kịp thời chuyển đến người có thẩm quyền giải quyết và thông báo cho người kiến nghị, khiếu nại, tố cáo biết; đôn đốc việc giải quyết.

- ĐBQH phải liên hệ chặt chẽ với cử tri, chịu sự giám sát của cử tri, thường xuyên tiếp xúc với cử tri, tìm hiểu tâm tư, nguyện vọng của cử tri; thu thập và phản ánh trung thực ý kiến, kiến nghị của cử tri với Quốc hội và cơ quan nhà nước hữu quan. Mỗi năm ít nhất một lần ĐBQH phải báo cáo trước cử tri về việc thực hiện nhiệm vụ đại biểu của mình.

- Khi phát hiện có hành vi vi phạm pháp luật, gây thiệt hại đến lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức xã hội, tổ chức kinh tế, đơn vị vũ trang nhân dân hoặc công dân, ĐBQH có quyền yêu cầu cá nhân, cơ quan, tổ chức, đơn vị hữu quan thi hành những biện pháp cần thiết để kịp thời chấm dứt hành vi trái pháp luật đó.

- Khi thực hiện nhiệm vụ đại biểu, ĐBQH có quyền liên hệ với các cơ quan nhà nước, tổ

chức xã hội, tổ chức kinh tế, đơn vị vũ trang nhân dân. Người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị đó trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình, có trách nhiệm tiếp và đáp ứng những yêu cầu của ĐBQH...

Những quy định pháp luật tại các văn bản nói trên đã chỉ rõ trách nhiệm của ĐBQH đối với nhân dân, với Quốc hội, với Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội, với Tổ và Đoàn ĐBQH nơi mình tham gia hoạt động. Đó là những căn cứ pháp lý cho các hoạt động của ĐBQH. Các quy định đó có mối quan hệ hữu cơ, gắn bó chặt chẽ với nhau, mỗi chế định thường đi kèm với trình tự, thủ tục và điều kiện thực hiện tương đối cụ thể.

1.2. Việc thực hiện và những vấn đề cần hoàn thiện, đổi mới

Quy định về ĐBQH có thể phân loại theo các nhóm vấn đề như: nhóm các quy định về vị thế của đại biểu; nhóm các quy định về quyền và trách nhiệm; nhóm các quy định về điều kiện thực hiện nhiệm vụ; nhóm các quy định về việc bảo vệ đại biểu; nhóm các vấn đề nhiệm kỳ và lý do thôi làm đại biểu... Ở đây, chúng tôi chỉ nói chủ yếu đến các nhóm vấn đề về quyền, trách nhiệm và điều kiện thực hiện quyền, trách nhiệm của đại biểu (với tinh thần bàn bạc đề đổi mới, hoàn thiện hơn nữa các quy định đó). Qua thực tiễn hoạt động và quan sát¹, chúng tôi thấy, trong những khóa trước đây, có đại biểu tuy trình độ học vấn không cao nhưng đã tham gia tất cả các hoạt động của Quốc hội, của Ủy ban, của Đoàn ĐBQH với tinh thần trách nhiệm và nhiệt huyết cao. Có đại biểu suy nghĩ, cặm cụi suốt đêm chuẩn bị cho một ý kiến phát biểu tại phiên họp toàn thể của Quốc hội sao cho “có trọng lượng” nhất... Tuy nhiên, còn không ít các quy định, ĐBQH chưa thực hiện được. Xin được nêu ba ví dụ cũng là ba loại việc:

- Loại việc do tình trạng xã hội, do vị thế đại biểu mà không thực hiện được. Ví dụ, pháp luật đã quy định, khi phát hiện có hành vi vi phạm pháp luật, gây thiệt hại đến lợi ích của

(1) Tác giả nguyên là Đại biểu Quốc hội khóa IX, X, XI (BT).





Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức xã hội, tổ chức kinh tế, đơn vị vũ trang nhân dân hoặc công dân, ĐBQH có quyền yêu cầu cá nhân, cơ quan, tổ chức, đơn vị hữu quan thi hành những biện pháp cần thiết để kịp thời chấm dứt hành vi trái pháp luật đó. Nhưng hầu như trên thực tế, quy định này không mấy khi thực hiện được, vì luật pháp “không thiêng” và vì “người ta” coi thường pháp luật. Thậm chí có rất nhiều vụ việc, ĐBQH có ý kiến, Thanh tra đã kết luận, Tòa án đã tuyên án và đã có hiệu lực thi hành, nhưng vẫn bị kéo dài năm này qua năm khác. Thường là, ý kiến của một ĐBQH (nhất là đại biểu bình thường, không giữ chức vụ gì hay chỉ có chức vụ nhỏ) thì ít có trọng lượng, thậm chí người ta còn “không thèm để ý tới”. Các ý kiến được thực hiện thì thường là ý kiến của lãnh đạo Quốc hội hay ý kiến của đại biểu là Bộ trưởng, là Bí thư Tỉnh ủy, là Chủ tịch tỉnh “yêu cầu cấp dưới phải thi hành” thì mới có hiệu lực (tuy nhiên, nếu ý kiến đó không phù hợp với lợi ích của họ thì họ vẫn viện ra muôn vàn lý do để chống chế, nhằm “kéo rê” sang nhiệm kỳ mới...).

- Loại việc được quy định nhưng không đồng bộ, không có cơ chế phối hợp nên không thực hiện được. Ví dụ, trong quy định về vấn đề bỏ phiếu tín nhiệm đối với các chức danh được Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn, thì từ khi có Luật TCQH năm 1997 và Hiến pháp năm 1992 đến nay, chưa khi nào vấn đề này được thực hiện, mặc dù đã có đại biểu kiến nghị bỏ phiếu tín nhiệm một chức danh sau một lần chất vấn, trả lời chất vấn, và cũng có đại biểu đề nghị bỏ phiếu tín nhiệm một tập thể các chức danh sau một thời gian dài hoạt động.

- Loại việc thứ ba, nếu các cơ quan có trách nhiệm không tổ chức, thì đại biểu cũng không tự ý làm được. Ví dụ, đối với quy định mỗi năm ít nhất một lần ĐBQH phải báo cáo trước cử tri về việc thực hiện nhiệm vụ đại biểu của mình. Cử tri có thể trực tiếp hoặc thông qua Mặt trận Tổ quốc yêu cầu đại biểu báo cáo công tác và có thể nhận xét đối với việc thực hiện nhiệm vụ của đại biểu Quốc hội. Nhưng để tiến hành việc này thì Mặt trận Tổ quốc (cấp huyện, cấp

xã) ở các đơn vị hành chính thuộc đơn vị bầu cử mà đại biểu ứng cử phải nắm được quy định, phải đứng ra tổ chức, hoặc Đoàn ĐBQH căn cứ vào quy định của luật, yêu cầu Mặt trận tổ chức các cuộc tiếp xúc để đại biểu báo cáo trước cử tri. Nhưng theo quan sát của chúng tôi trong nhiều khóa đã qua, hầu như chưa thấy ĐBQH nào làm việc này hàng năm cũng như trong toàn khóa. Cử tri cũng chưa có yêu cầu ĐBQH phải kiểm điểm công tác trước họ và nhận xét về hoạt động của đại biểu. Một trong những lý do là nhiều cử tri còn không biết có quy định này.

1.3. Phương án khắc phục, đổi mới và hoàn thiện

- Trước hết, pháp luật cần phải bám sát thực tiễn để quy định cho hợp lý hơn. Ví dụ, khi ĐBQH phát hiện một hành vi vi phạm pháp luật làm thiệt hại đến lợi ích hợp pháp của tập thể hay công dân thì tùy theo mức độ mà tổ chức các cuộc làm việc hay các cuộc giám sát của Đoàn ĐBQH, của Ủy ban (chuyên môn) với đối tượng có hành vi vi phạm pháp luật. Đơn cử như khi một ĐBQH phát hiện một công ty xả nước chưa qua xử lý ra sông, ngòi, một mình đại biểu đó có ý kiến với công ty này thì chắc chắn không thể giải quyết được, mà chỉ ít phải là Đoàn ĐBQH hay Ủy ban khoa học, Công nghệ và Môi trường vào cuộc thì mới có hy vọng xử lý được. Quy định ĐBQH khi tiếp xúc với một cơ quan, tổ chức, đơn vị về một nội dung thuộc phạm vi nhiệm vụ của ĐBQH cũng cần theo hướng này...

- Về việc bỏ phiếu tín nhiệm đối với các chức danh được Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn, có thể có hai phương án sửa đổi luật. Một là, luật quy định trực tiếp việc bỏ phiếu tín nhiệm định kỳ (có thể là hai năm một lần). Ưu điểm của phương án này là “đến hẹn lại lên”, không phải bàn tính nhiều và cũng không gây dư luận ai đó có chuyện nên phải xem xét tín nhiệm. Hơn nữa, nếu quy định như vậy thì lần bỏ phiếu tín nhiệm gần cuối nhiệm kỳ sẽ là hồ sơ tham khảo tốt cho việc chuẩn bị nhân sự nhiệm kỳ sau. Phương án hai là, giữa Đảng đoàn Quốc hội và Ban Tổ chức Trung ương phải có



quy chế phối hợp, trong đó nói rõ trường hợp, điều kiện, chức danh nào, tập thể nào, khi nào thì cần bỏ phiếu tín nhiệm. Ở đây có vấn đề về tâm lý, đó là một số người giữ các chức vụ cao thường ngại việc bỏ phiếu tín nhiệm, chỉ muốn làm hết nhiệm kỳ là được. Thực ra đây là biểu hiện của sự yếu kém, thiếu năng lực nên không muốn Quốc hội sử dụng các “phép thử” để phơi bày sự yếu kém.

Chúng tôi cho rằng, cải tiến và thực hiện cho bằng được việc bỏ phiếu tín nhiệm sẽ giúp cho điều luật không “nằm chết trên giấy” mà sẽ có sức sống trong thực tiễn. Quan trọng hơn, trách nhiệm của người đứng đầu các cơ quan nhà nước sẽ được nâng lên, kết quả thực hiện nhiệm vụ sẽ tốt lên.

2. Nhóm các điều kiện của bản thân đại biểu

ĐBQH phải là người hội đủ các tiêu chuẩn được quy định trong Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội. Tuy nhiên, sự cách biệt về trình độ giữa các đại biểu là không nhỏ; bản lĩnh của mỗi đại biểu lại càng khác xa nhau. Mặt khác, như người xưa đã tổng kết “nhân vô thập toàn”, một người dù giỏi giang, thông minh thế nào đi chăng nữa cũng chỉ có thể biết được vài ba lĩnh vực chuyên môn, nghiệp vụ, không thể mọi việc trên đời đều tường tận tất cả. Trong khi đó, công việc của Quốc hội phải bao quát toàn bộ hoạt động của xã hội và các ĐBQH đều phải tham gia.

Trước hết, nói về trình độ học vấn. Nếu chỉ xét về con số thống kê thì trong các khóa Quốc hội gần đây, trình độ học vấn của các ĐBQH đã tiến bộ vượt bậc. Khóa XI có 93,37% số đại biểu có trình độ đại học trở lên, khóa XII là 95,96%, khóa XIII lên tới 98,20% (chỉ còn 09 đại biểu, bằng 1,80%, là có trình độ cao đẳng, trung học), trong số 98,20% thì số ĐBQH có trình độ học vấn trên đại học chiếm tới 45,8%. Trình độ học vấn cao của đại biểu là một thuận lợi quan trọng cho Quốc hội trong hoạt động. Tuy nhiên, là cơ quan lập pháp nên Quốc hội cũng cần lưu ý đến một số loại tri thức thiết

yếu trong vốn trình độ học vấn của ĐBQH. Có ba loại kiến thức chủ yếu, nhất thiết ĐBQH phải có. Đó là kiến thức pháp luật (gồm cả nội dung các ngành luật và kỹ thuật lập pháp); các loại kiến thức chuyên môn, nghiệp vụ chuyên ngành, chuyên lĩnh vực; và kiến thức ngữ văn. Đương nhiên không thể đòi hỏi mỗi đại biểu phải có tất cả các thứ đó, thực tế trong nhiều khóa không có ai toàn năng như thế. Nhưng “ba cây chụm lại nên hòn núi cao”. Do vậy, trong cơ cấu đại biểu, nên có tỷ lệ hợp lý cho các mảng tri thức này từ những người tham gia Quốc hội. Nghiên cứu danh sách ĐBQH khóa XIII chúng tôi thấy, trong cơ cấu đã khá đầy đủ các ĐBQH đại diện cho từng lĩnh vực chuyên môn, nghiệp vụ. Hầu như tất cả đại biểu đều có ít nhất một chuyên môn, nghiệp vụ. Đại biểu có chuyên môn ngữ văn cũng không thiếu. Riêng đại biểu có chuyên môn luật pháp đều tăng lên rõ rệt qua các khóa (khóa IX chỉ có 5,31% số đại biểu có chuyên môn luật; khóa X là 14,44%; khóa XI lên 19,68%; khóa XII tăng nhanh, lên tới 30,12% và khóa XIII là 30,60%). Đó là mảng trí tuệ rất đáng trân trọng của Quốc hội. Vấn đề đặt ra ở đây là, trong quá trình làm nhiệm vụ, các ĐBQH phải biết phối hợp, trao đổi, đồng thời phải tiếp tục học tập, làm sâu sắc thêm chuyên môn đã có, mở rộng tầm hiểu biết sang các chuyên môn khác, nâng cao kỹ năng sử dụng kiến thức để có thể đóng góp ngày càng nhiều cho Quốc hội.

Điều đáng bàn hiện nay là về bản lĩnh của ĐBQH. ĐBQH có tri thức, trí tuệ, giỏi chuyên môn, nghiệp vụ... nhưng nếu thiếu bản lĩnh thì cũng khó phát huy được khả năng của mình cho công việc chung. Có khá nhiều việc liên quan đến bản lĩnh đại biểu, nhưng chúng tôi chỉ xin nêu lên một vài hiện trạng cần khắc phục sớm. Một là, trong xây dựng luật vẫn có tình trạng bộ, ngành trình dự án luật thì ĐBQH công tác trong bộ, ngành đó luôn cố biện hộ, bảo vệ lợi ích riêng cho bộ, ngành mình; rộng hơn nữa là giữ phần thuận lợi cho quản lý, điều hành, đây khó khăn về cho người thực hiện, cho đối tượng do luật điều chỉnh. Hai là, trong





thảo luận ngân sách, kinh tế - xã hội (một hình thức giám sát tại kỳ họp), rất hiếm ĐBQH là Bộ trưởng, Thứ trưởng, hay Trưởng đoàn ĐBQH các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nói lên những yếu kém của Chính phủ, trong khi các đại biểu đó hiểu đến “chân tơ kẽ tóc”, đến “ngóc ngách” của các khuyết điểm. Lý do là vì ngại va chạm đến lợi ích (cả công và tư). Thậm chí có đại biểu (không giữ các chức danh quản lý) khi phát biểu cũng bị Trưởng đoàn nhắc nhở, dè chừng khi nói những vấn đề “nhạy cảm”! Thực tế cũng đã xảy ra tình trạng, sau khi một ĐBQH phát biểu, có Bộ đã gọi điện về cho lãnh đạo địa phương của ĐBQH đó than phiền, rồi khi hết nhiệm kỳ, đại biểu đó đã phải chuyển công tác.

Hai việc này sẽ không tái diễn, nếu ĐBQH có bản lĩnh, dám nói lên tiếng nói chính đáng của cử tri gửi gắm. Đồng thời, các cơ quan hành pháp phải thực sự công minh, chính trực, không vì đại biểu phát biểu thẳng thắn, xây dựng mà trù úm, làm khó dễ cho các ĐBQH, các địa phương, cho Bộ, ngành khác.

Vấn đề rèn luyện bản lĩnh, mỗi ĐBQH phải tự xác định, đó cũng là “thước đo” sự chân thành, tính trung thực và mức độ tiến bộ của mỗi ĐBQH. Đây là việc không dễ, nhưng đã là đại biểu của dân thì phải thực hiện cho được.

Nhân đây cũng xin được nói thêm, tiêu chuẩn để lựa chọn ĐBQH cũng cần được sửa đổi, bổ sung cho đầy đủ hơn. Theo chúng tôi, rất cần phải xem xét động cơ tham gia Quốc hội của các ứng cử viên (xem có trong sáng, có vì nước vì dân không, hay chỉ vì mục đích cá nhân) nhằm góp phần bảo đảm cho chất lượng đại biểu ngày một cao hơn.

3. Nhóm các điều kiện vật chất bảo đảm cho hoạt động của đại biểu

Quốc hội đã có 65 năm hoạt động và phát triển, nhưng các điều kiện vật chất bảo đảm cho Quốc hội, ĐBQH hoạt động thì hầu như chưa được quy định một cách hoàn chỉnh, đầy đủ. Có tình trạng đó là vì từ khóa VIII trở về

trước, gần như tất cả ĐBQH đều hoạt động kiêm nhiệm (kể cả UBTVQH). Cứ đến kỳ họp thì ĐBQH đến hội trường họp, sau kỳ họp lại về cơ quan, đơn vị, địa phương mình công tác. Mỗi kỳ họp cũng chỉ trên dưới một tuần lễ. Đến khóa IX, bắt đầu có 20 đại biểu hoạt động chuyên trách và Quốc hội hoạt động ngày càng thực chất hơn. Đến khóa XIII, số đại biểu hoạt động chuyên trách, kể cả đại biểu chuyên trách ở địa phương hoạt động cho Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban đã lên đến gần 150 người. Cũng từ khóa IX đến nay cơ sở vật chất, kỹ thuật cho hoạt động của Quốc hội, chế độ, chính sách cho ĐBQH mới từng bước được xây dựng và hoàn thiện.

3.1. Quy định của pháp luật về nhóm việc này

Có hai văn bản chủ yếu quy định tương đối cụ thể. Trước hết là Luật TCQH hiện hành. Luật này có Điều 59 quy định có tính chất tập trung các điều kiện bảo đảm cho đại biểu hoạt động chuyên trách, là: “ĐBQH hoạt động chuyên trách được bố trí nơi làm việc và các điều kiện cần thiết khác cho hoạt động đại biểu của mình. Khi đại biểu hoạt động chuyên trách thôi làm nhiệm vụ đại biểu thì cơ quan, tổ chức có thẩm quyền có trách nhiệm bố trí công tác cho ĐBQH. Thời gian ĐBQH hoạt động chuyên trách được tính vào thời gian công tác liên tục. Lương, các chế độ khác của ĐBQH hoạt động chuyên trách và các khoản phụ cấp của ĐBQH do UBTVQH quy định”. Đoạn “... các khoản phụ cấp của ĐBQH do UBTVQH quy định” được hiểu là quy định cho tất cả các đại biểu Quốc hội.

Thứ hai là Quy chế hoạt động của ĐBQH và Đoàn ĐBQH, có thể coi là văn bản cụ thể hóa một bước các quy định của Điều 59 nói trên và quy định rộng ra cho tất cả các đại biểu Quốc hội. Tại Quy chế, các Điều 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44² đã cụ thể hóa các điều kiện bảo đảm cho đại biểu.

3.2. Việc thực hiện các quy định trên

Có thể nói, từ cuối khóa IX đầu khóa X đến

(2) Xem cụ thể các Điều 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44 trong Quy chế hoạt động của ĐBQH và Đoàn ĐBQH.



nay, các chế độ, chính sách về điều kiện vật chất bảo đảm cho hoạt động của ĐBQH đã từng bước được hoàn thiện. Nếu so sánh điều kiện hiện nay với 20 năm trước thì đã có sự tiến bộ vượt bậc. Thông tin, tài liệu, phương tiện làm việc, đi lại, tiền lương, thu nhập, nơi ăn ở... được cải thiện đáng kể, nhất là từ năm 2002 đến nay.

Về chế độ tiền lương và các khoản phụ cấp có tính chất lương đối với ĐBQH chuyên trách, trước đây không có “tên tuổi” trong hệ thống thang lương, bảng lương của Nhà nước, phải vận dụng theo thang, bảng lương các cơ quan của Chính phủ, thì đến năm 1993 và nhất là từ năm 2004, đã chính thức có tên trong Bảng lương chức vụ và Bảng phụ cấp chức vụ đối với cán bộ lãnh đạo của Nhà nước và ĐBQH hoạt động chuyên trách. Riêng phụ cấp chức vụ có ưu đãi đáng kể và tiếp tục được điều chỉnh từ nửa cuối nhiệm kỳ khóa XII.

Về phương tiện làm việc, ngoài việc bố trí nơi ăn ở, nơi làm việc, sổ sách, tài liệu, tủ, bàn... mỗi ĐBQH đã được trang bị một máy tính cá nhân, do đó, có thể cập nhật thông tin, làm việc được ở nhiều nơi. Đây là một cố gắng lớn trong việc thực hiện Chương trình công nghệ thông tin của Quốc hội từ khóa XI đến nay. Với tinh thần tạo mọi điều kiện tốt nhất cho ĐBQH làm việc, Quốc hội khóa XI đã quyết định xây dựng tòa nhà Quốc hội theo tiêu chuẩn quốc tế, khi hoàn thành thì chắc chắn sự cải thiện điều kiện làm việc cho ĐBQH còn khá hơn nhiều.

3.3. Vấn đề cần nghiên cứu đổi mới và hoàn thiện

- Đối với bất kỳ một cán bộ, công chức nào thì công việc và chế độ tiền lương cũng là vấn đề cần được quan tâm đầu tiên. Đối với ĐBQH cũng vậy, tuy tiền lương, thu nhập đã có những bước tiến đáng kể nhưng chưa hoàn chỉnh, cần được hoàn thiện theo hướng sau: Một là, hệ thống hóa lại các chính sách, chế độ tiền lương hiện hành đối với ĐBQH chuyên trách để dễ theo dõi. Hai là, điều chỉnh

những bất hợp lý về mức lương, mức phụ cấp của các chức danh. Ví dụ, trước đây hệ số tiền lương nhà nước tối đa chỉ là 10, thì Ủy viên UBTVQH có hệ số cao hơn Chủ nhiệm các Ủy ban là 0,2; nay hệ số tiền lương nhà nước tối đa lên tới 13 thì Ủy viên UBTVQH lại chỉ cao hơn Chủ nhiệm Ủy ban chỉ có 0,1 (lẽ ra là phải từ 0,3 trở lên). Ba là, phải xây dựng chế độ tiền lương chính thức cho các đại biểu không có chế độ tiền lương (như đại biểu là xã viên hợp tác xã, những đại biểu đại diện cho dân cư nông thôn... mặc dù số đại biểu này ngày càng ít) và chế độ phụ cấp hay chênh lệch lương của các đại biểu hoạt động kiêm nhiệm khi làm nhiệm vụ đại biểu mà tiền lương ở cơ quan, tổ chức, đơn vị của đại biểu đó thấp hơn so với mức lương ở Quốc hội. Bốn là, nghiên cứu tăng hoạt động phí của ĐBQH lên mức mới phù hợp hơn với tình hình hiện nay (mức một lần lương tối thiểu là quá thấp).

- Có một vấn đề có lẽ không chỉ chúng tôi mà nhiều đại biểu quan tâm (cả hiện tại và mai sau), đó là vấn đề chất lượng hoạt động của đại biểu có liên quan đến bộ máy giúp việc (cả ở trung ương và địa phương), vì ngoài sự nỗ lực của đại biểu thì nỗ lực của bộ máy giúp việc cho đại biểu cũng rất quan trọng, có ảnh hưởng trực tiếp đến chất lượng hoạt động của đại biểu. Trước tiên, cần sớm nghiên cứu, tổ chức cho hợp lý việc trợ giúp đại biểu trong những hoạt động chủ yếu. Tham khảo phương pháp và kỹ thuật làm việc của Văn phòng giúp việc của Nghị viện các nước trên thế giới cho thấy, ở nhiều nước, Nghị viện cấp hẳn cho nghị sĩ (hàng năm hoặc cả nhiệm kỳ) một khoản kinh phí để tổ chức văn phòng riêng và thuê thư ký. Ở nhiều nước, nghị sĩ thường có hai văn phòng, một ở đơn vị bầu cử và một ở Thủ đô. Tùy theo mỗi nước và tùy theo yêu cầu sử dụng, mỗi nghị sĩ có thể thuê từ 2 cho đến 20 thư ký, trợ lý. Riêng ở Hoa Kỳ, mỗi hạ nghị sĩ có tới 16 và thượng nghị sĩ có tới 36 trợ lý. Đến năm 2002,

(Xem tiếp trang 63)

(3) Xem Tổ chức và hoạt động của Quốc hội một số nước, Văn phòng Quốc hội, H., 2002, tr. 291-292.





KIỂM SOÁT VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT TỪ GÓC ĐỘ PHÂN QUYỀN

■ NGUYỄN HOÀNG ANH*

Kiểm tra, giám sát hệ thống quy phạm pháp luật - đặc biệt là hệ thống văn bản pháp quy - là biểu hiện của một nhà nước pháp quyền. Trong một quốc gia, phương thức tổ chức và mức độ kiểm soát các văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) sẽ ít nhiều nói lên mức độ của kỹ thuật phân quyền (theo chiều ngang cũng như chiều dọc) đang được áp dụng tại quốc gia đó. Bài viết mong muốn đưa ra cách tiếp cận về kiểm soát VBQPPL từ góc độ phân quyền và một vài suy nghĩ về thực tiễn Việt Nam.

1. Phân quyền theo chiều ngang: sự độc lập giữa các nhánh quyền lực và vị trí của Tòa án

Một trong các nguyên lý cơ bản của thuyết tam quyền phân lập là sự kiểm soát đối trọng lẫn nhau của các nhánh quyền lực. Theo đó, Tòa án có quyền kiểm soát hoạt động của hệ thống hành pháp, thậm chí cả lập pháp, mà nội dung cốt lõi là kiểm soát các công cụ hoạt động cơ bản của chúng: các đạo luật và các văn bản pháp quy (VBPQ). Đó là cơ sở của sự ra đời Tòa hiến pháp và Tòa hành chính trong nhiều quốc gia.

Thông thường ở một quốc gia mà nguyên tắc phân quyền được áp dụng triệt để thì trong các thiết chế kiểm soát hệ thống VBQPPL, thường

xuyên hiện hữu vai trò của các cơ quan tư pháp (CQTP). Đương nhiên, kiểm soát tư pháp vẫn có thể đồng hành cùng với sự tồn tại của nhiều phương thức kiểm tra giám sát khác: giám sát nội bộ hành chính, giám sát nghị viện, giám sát xã hội, giám sát của nhân dân v.v..

Ngược lại ở các nước theo mô hình xã hội chủ nghĩa (XHCH) trước đây, khi mà nguyên tắc tổ chức nhà nước chủ yếu dựa trên nền tảng tập quyền, thì vai trò kiểm soát hệ thống VBQPPL không được giao phó nhiều cho các thiết chế tư pháp. Bù đắp cho sự thiếu hụt này, các thiết chế kiểm soát khác được tăng cường như: giám sát nội bộ hành chính, giám sát của khối cơ quan dân cử, đặc biệt có một thiết chế giám sát đặc thù: giám sát của các cơ quan Viện

(*) TS. Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội.



kiểm sát. Tuy nhiên cùng với thời gian, khi các nhân tố cốt lõi của thuyết phân quyền được tiếp thu và dần dần áp dụng vào các quốc gia này, các Tòa án cũng từng bước được giao phó vai trò kiểm tra các VBQP. Vị trí của CQTP được nâng lên, đồng thời có sự tách bạch rõ ràng hơn giữa các nhánh cơ quan chuyên thực hiện các chức năng chuyên biệt của quyền lực nhà nước. Ở các nước theo mô hình XHCN trước đây hay hiện nay, đều đã xuất hiện các thiết chế Tòa hành chính, thậm chí nhiều nơi có Tòa hiến pháp.

Mức độ kiểm soát của Tòa án cũng phản ánh trình độ phân quyền. Tòa hành chính tồn tại trong khá nhiều quốc gia, tuy nhiên không phải ở đâu Tòa hành chính cũng đều giữ vai trò quan trọng như nhau trong kiểm soát các VBQP. Ở nhiều nơi, Tòa hành chính chỉ có thể đánh giá tính hợp pháp của các quyết định hành chính cá biệt chứ không phải là các VBQP, điển hình là trường hợp của Trung Quốc và Việt Nam.

Ở những quốc gia mà Tòa án có thẩm quyền kiểm soát hệ thống VBQPPL thì mức độ kiểm soát của Tòa án cũng không giống nhau. Có nơi việc đánh giá của Tòa án chỉ dừng lại ở các khái niệm sơ đẳng của tính hợp pháp như cơ sở pháp lý, thẩm quyền của cơ quan ban hành văn bản, trình tự và thủ tục ban hành VBQP. Nhưng cũng có nhiều Tòa hành chính đã đẩy cao mức độ can thiệp của mình đến các yếu tố khác như: tính hợp lý, quyền tùy ý quyết định của cơ quan hành chính (CQHC). Tất nhiên, ranh giới và phạm vi kiểm soát những vấn đề này là hết sức nhạy cảm và gây ra không ít tranh cãi, ngay cả ở các quốc gia này.

Ngoài vị trí của Tòa án trong hệ thống thiết chế nhà nước, thì mức độ can thiệp của Tòa án vào kiểm soát các VBQPPL còn phụ thuộc vào nhiều yếu tố khác nữa: truyền thống và văn hóa tổ tụng ở quốc gia, niềm tin của nhân dân, của các thế chế trao cho CQTP; kinh nghiệm và độ tin cậy của hoạt động tư pháp... Điều có thể thấy rõ rằng, trong các quốc gia thực hành triệt để nguyên tắc phân quyền thì Tòa án là thiết chế không thể thiếu và cũng là con đường cuối cùng, tối cao trong kiểm soát các VBQPPL.

2. Phân quyền theo chiều dọc: trình độ tự quản thể hiện trong mức độ can thiệp của chính quyền trung ương vào giám sát hệ thống văn bản quy phạm của địa phương

Cũng như trong trường hợp phân quyền theo chiều ngang, cơ chế kiểm soát VBQPPL sẽ phản ánh mức độ phân quyền theo chiều dọc - mức độ phân quyền giữa trung ương và địa phương. Chừng nào CQHC trung ương còn giữ sự can thiệp quá sâu vào kiểm soát văn bản quy phạm của cấp dưới, chừng đó vẫn tồn tại mối quan hệ trực thuộc và chính quyền địa phương chưa thực sự giữ vai trò chủ động trong quản lý, điều hành các công việc địa phương.

Việc phân cấp, trao quyền cho cấp dưới phải đồng thời gắn với việc giảm bớt sự giám hộ và kiểm soát của chính quyền trung ương, mà cốt lõi là giảm thiểu tối đa, thậm chí xóa bỏ sự giám sát hành chính đối với quyền đặt ra các quy phạm pháp luật của địa phương. Có như vậy, chính quyền địa phương mới thực sự chủ động và tự chịu trách nhiệm - đây là điều kiện tiên quyết để thực hiện phân quyền.

Lịch sử phân quyền của Cộng hòa Pháp chính là lịch sử của việc chuyển giao cơ chế kiểm soát VBQP của các cộng đồng lãnh thổ địa phương. Thoạt tiên chính quyền trung ương trực tiếp kiểm soát hệ thống VBQP của địa phương - thông qua một thiết chế tân quyền: các tỉnh trưởng - người đại diện của nhà nước trung ương đóng tại các tỉnh. Tuy nhiên, một đạo luật năm 1982 đã mạnh dạn trao quyền tự quản cho các chính quyền địa phương, và cùng với đó là việc bãi bỏ chế độ giám hộ và kiểm soát hành chính. Từ đó, các tỉnh trưởng không giữ quyền trực tiếp kiểm soát các VBQP; các văn bản quan trọng của địa phương không cần gửi lên tỉnh trưởng chuẩn y trước khi quyết định. Việc kiểm soát các VBQP của chính quyền địa phương hoàn toàn do Tòa án đảm nhiệm. Ngay cả trong trường hợp tỉnh trưởng cho rằng, một VBQP của địa phương thuộc quyền quản lý của mình là không hợp pháp, thì cũng chỉ có thể sử dụng quyền đệ trình văn bản đó lên Tòa hành chính xem xét mà thôi. Như vậy, đỉnh cao của sự phân quyền là chấm dứt hoàn toàn sự can





thiệt của nhà nước trung ương vào kiểm soát các VBQPPL của các cộng đồng lãnh thổ địa phương¹. Tất nhiên để có quyền chủ động rộng rãi đến vậy, các cộng đồng lãnh thổ địa phương phải hội tụ các điều kiện đầy đủ cho một sự phân quyền: khung pháp luật hoàn chỉnh liên quan đến phân chia chức năng nhiệm vụ giữa trung ương và địa phương; các điều kiện về văn hóa, tự quản và tài chính; cơ chế giám sát tư pháp có năng lực v.v..

2. Kiểm soát VBQPPL ở Việt Nam hiện nay - nhìn từ góc độ phân quyền

Thứ nhất, cơ chế kiểm soát VBQPPL ở nước ta hiện nay còn thiếu vắng thiết chế tư pháp, cả về các văn bản quy phạm do Quốc hội ban hành, cũng như hệ thống VBQP do các CQHC xây dựng, chưa hề được kiểm tra bởi các CQTP. Tòa án duy nhất có quyền xét xử các thiết chế công quyền, đó là Tòa hành chính, thì thẩm quyền rất giới hạn trong các quyết định hành chính và hành vi hành chính cá biệt - nghĩa là các quyết định hành chính áp dụng cho một hoặc một số đối tượng cụ thể, nhằm giải quyết một vấn đề cụ thể trong quản lý hành chính².

Thứ hai, vẫn còn nhiều thiết chế khác để giám sát VBQPPL: thiết chế từ cơ quan dân cử (hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân); thiết chế giám sát nội bộ (thanh tra hành chính; hoạt động tự rà soát kiểm tra văn bản của khối CQHC); thiết chế giám sát xã hội (do các đoàn thể xã hội và công dân thực hiện thông qua quyền kiến nghị, yêu cầu); vai trò của các phương tiện thông tin đại chúng. Tuy nhiên thiết chế kiểm sát chung - mà một trong những nội dung cơ bản là kiểm soát các VBQP từ cấp Bộ trở xuống - đã bị bãi bỏ kể từ sau sửa

đổi Hiến pháp 2001.

Thứ ba, thiết chế kiểm soát VBQPPL bằng con đường hành chính vẫn duy trì và không ngừng phát triển. Từ lâu đã tồn tại quá trình tự rà soát xử lý của chính cơ quan ban hành văn bản: việc kiểm tra, xử lý của các cơ quan có thẩm quyền (thường là CQHC cấp trên đối với các CQHC cấp dưới). Hiện nay, dường như cơ chế kiểm soát bằng con đường hành chính đang được tăng cường, biểu hiện cụ thể là Nghị định số 135/2003/NĐ-CP ngày 14/11/2003 của Chính phủ về kiểm tra và xử lý VBQPPL đã được thay thế bằng Nghị định số 40/2010/NĐ-CP ngày 12/4/2010 về kiểm tra và xử lý VBQPPL. Thiết thực hơn, kiểm tra thông qua con đường hành chính đã được tăng cường bằng một thiết chế hiện hữu và chuyên trách - được lập ra với chức năng giúp Bộ Tư pháp trong rà soát kiểm tra các VBQPPL ở cấp Bộ và cấp tỉnh, đó là Cục Kiểm tra VBQPPL. Hoạt động của cơ quan này trong thời gian vừa qua đã chứng minh tính tích cực, chủ động và thế mạnh của việc kiểm soát văn bản bằng con đường hành chính (xem Hộp 1).

Việc kiểm tra xử lý VBQPPL do Cục Kiểm tra VBQPPL tiến hành dựa chủ yếu trên cơ sở đánh giá tính hợp pháp của văn bản (Xem Hộp 2).

Sự tăng cường thiết chế kiểm soát hành chính thể hiện qua việc ngày 22/11/2010, Thủ tướng Chính phủ đã thành lập Cục Kiểm soát thủ tục hành chính (TTHC) trực thuộc Văn phòng Chính phủ. Cục Kiểm soát TTHC có chức năng giúp Bộ trưởng, Chủ nhiệm Văn phòng Chính phủ tham mưu cho Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ trong việc kiểm soát TTHC; tổ chức thực hiện việc kiểm soát TTHC,

(1) Theo Martine LOMBARD, "Droit administratif", Giáo trình Luật hành chính, Nxb. Dalloz, 2001, tái bản, sửa đổi bổ sung 2007 (bản tiếng Pháp).

(2) Theo Điều 28 Luật Tổ tụng hành chính: Những khiếu kiện thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án bao gồm: "Khiếu kiện quyết định hành chính, hành vi hành chính, trừ các quyết định hành chính, hành vi hành chính thuộc phạm vi bí mật nhà nước trong các lĩnh vực quốc phòng, an ninh, ngoại giao theo danh mục do Chính phủ quy định và các quyết định hành chính, hành vi hành chính mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức".

Và theo Điều 3, mục 1 và 2 Luật Tổ tụng hành chính: 1. Quyết định hành chính là văn bản do CQHC nhà nước, 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.

2. Hành vi hành chính là hành vi của CQHC nhà nước, cơ quan, tổ chức khác hoặc của người có thẩm quyền trong cơ quan, tổ chức đó thực hiện hoặc không thực hiện nhiệm vụ, công vụ theo quy định của pháp luật.



Hộp 1

Ngày 22/9/2010, Cục Kiểm tra VBQPPL Bộ Tư pháp cho biết, có 9 văn bản của Bộ Xây dựng, Bộ Công thương, Bộ Tài chính, Bộ Y tế, Bộ Giáo dục và đào tạo, Bộ Lao động, thương binh và xã hội, Bộ Nông nghiệp và phát triển nông thôn có dấu hiệu trái luật đã bị Cục “tuýt còi” nhưng chưa nghiêm túc tổ chức tự kiểm tra, xử lý và gửi thông báo đúng thời hạn cho Cục.

“Đây là biểu hiện của việc không tuân thủ quy định của Chính phủ trong hoạt động ban hành, kiểm tra và xử lý VBQPPL”, Cục trưởng Lê Hồng Sơn nêu trong công văn vừa gửi đến các cơ quan này.

Trong 9 văn bản do 7 Bộ ban hành, đáng chú ý có Thông tư liên tịch của Bộ Y tế, Bộ Tài chính hướng dẫn thực hiện bảo hiểm y tế, trong đó có vấn đề bảo hiểm cho người bị tai nạn giao thông. Theo đó, quy định người bị tai nạn được xác định là không vi phạm pháp luật thì mới được bảo hiểm y tế thanh toán. Nếu không, người bệnh phải tự chi trả.

Giữa tháng 4, Cục Kiểm tra VBQPPL cho rằng, quy định như vậy gây phiền hà, “bế tắc” cho người hưởng bảo hiểm y tế, đi ngược lại quy định của Luật Bảo hiểm. Nếu áp dụng như vậy sẽ có nhiều trường hợp bị tai nạn giao thông không được thanh toán bảo hiểm y tế, ngay cả khi họ không có lỗi.

Sau khi nhận được văn bản “tuýt còi” lần 2 của Bộ Tư pháp về Thông tư này, lãnh đạo Vụ Pháp chế, Bộ Y tế cho biết muộn nhất đầu tháng 7 Bộ sẽ trình dự thảo bổ sung và làm rõ nhiều quy định trong đó. Tuy nhiên đến hôm qua (22/9) Cục Kiểm tra VBQPPL khẳng định vẫn chưa nhận được thông báo về kết quả xử lý.

Theo Cục, ngoài 7 Bộ nêu trên, còn có 13 tỉnh, thành phố với 14 văn bản có dấu hiệu trái luật cũng đã được Cục chỉ rõ. Cơ quan kiểm tra văn bản cấp cao nhất này nhiều lần thông báo cho các đơn vị nhưng vẫn chưa có “hồi âm” về kết quả xử lý.

Tại Công văn phát đi ngày 22/9, Cục trưởng Lê Hồng Sơn cho biết: “Trường hợp quý cơ quan không thực hiện việc tự kiểm tra, xử lý văn bản trái luật theo quy định, Cục sẽ báo cáo Bộ trưởng Tư pháp trình Thủ tướng xem xét, xử lý theo quy định của pháp luật”.

Theo Pha Lê, 7 Bộ, 13 tỉnh bị thúc giục xử lý văn bản trái pháp luật, <http://vnexpress.net/gl/phap-luat/2010/09/3ba20bbb/>

Hộp 2

Vụ khu công nghệ cao “kêu cứu”: Cục Kiểm tra VBQPPL vào cuộc

Trong các số báo trước, đã thông tin về việc lãnh đạo các khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao (gọi chung là KCN) khá bất ngờ khi cơ quan thuế gửi thông báo yêu cầu kê khai nộp thuế thu nhập doanh nghiệp (TNDN) đối với hoạt động chuyển quyền sử dụng đất (SDĐ) và chuyển quyền thuê đất kỳ thuế năm 2007.

Cơ quan thuế căn cứ theo Công văn số 7074 ngày 19/6/2008 của Bộ Tài chính. Công văn này viện dẫn Nghị định số 164/2003/NĐ-CP ngày 22/12/2003 và Thông tư số 128/2003/TT-BTC đã hết hiệu lực. Theo Thông tư mới (Thông tư số 134/2007/TT-BTC) thay thế Thông tư số 128 nêu rõ: “KCN không thuộc diện chịu thuế thu nhập từ chuyển quyền SDĐ, chuyển quyền thuê đất”. Thế nhưng ngày 1/8/2008, ông Đỗ Hoàng Anh Tuấn - Thứ trưởng Bộ Tài chính ký Quyết định số 62/2008/QĐ-BTC bãi bỏ nội dung trên. Điều này đồng nghĩa với việc KCN phải đóng thuế tăng gấp đôi đến gấp ba lần so với mức thuế hiện nay.

Ngày 29/8, trao đổi với chúng tôi, ông Lê Hồng Sơn - Cục trưởng Cục Kiểm tra VBQPPL, Bộ Tư pháp nhấn mạnh: Theo Luật Ban hành VBQPPL năm 2008, một công văn không được chứa





quy phạm pháp luật. Việc cơ quan có thẩm quyền ban hành công văn chứa quy phạm (Công văn số 7074) là trái Luật Ban hành VBQPPL và phải bị xử lý theo trình tự quy định.

Ngoài ra, công văn hướng dẫn (hoặc trả lời, giải thích) căn cứ vào một nghị định đã hết hiệu lực cũng là trái luật. “Cục đang kiểm tra toàn bộ các văn bản liên quan và có thể phải làm việc với các cơ quan liên quan (Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Bộ Tài chính) trong thời gian tới” - ông Sơn cho hay.

Tuy nhiên, liên quan đến Quyết định số 62, bà Mạc Thị Hoa - Phó Cục trưởng Cục Kiểm tra VBQPPL cho biết về thẩm quyền, Bộ Tài chính có quyền ban hành một quyết định chứa quy phạm mới thay thế những quy phạm trước đó, vì đây là văn bản do cùng một cơ quan ban hành. Bà Hoa cũng lưu ý thêm, Cục Kiểm tra VBQPPL chỉ xem xét tính hợp pháp của văn bản quy phạm: Có đúng thẩm quyền và nội dung có trái luật không.

Nếu không có vi phạm về hai điều kiện nói trên thì cho dù quyết định đó không hợp lý và không phù hợp với thực tiễn thì cũng không xử lý theo Luật Ban hành VBQPPL được. “Khi phát hiện vi phạm, Cục sẽ thực hiện các bước xử lý: gửi công văn thông báo đến cơ quan ban hành (Bộ Tài chính) về việc văn bản trái luật, đề nghị hủy văn bản đó. Trường hợp bộ này không hủy thì sẽ họp lãnh đạo hai bộ (Bộ Tài chính và Bộ Tư pháp) để cùng giải quyết. Nếu vẫn không giải quyết được thì trình Thủ tướng quyết định cuối cùng” - bà Hoa nhấn mạnh.

Vụ Quản lý các khu kinh tế (Bộ Kế hoạch và Đầu tư) cho biết, từ ngày 20 đến 22/8, Vụ đã nhận rất nhiều đơn kiến nghị của doanh nghiệp KCN, khu chế xuất xung quanh vấn đề này. Hiện Vụ đang kiểm tra và sẽ báo cáo lãnh đạo Bộ trong tuần tới để sớm có ý kiến trả lời.

Một vị lãnh đạo của Vụ này cũng nêu ý kiến, về nguyên tắc thì đến nay Quyết định số 62 của Bộ Tài chính vẫn là văn bản cuối cùng và có hiệu lực thi hành

(http://tintuc.timnhanh.com/phap_luat/20080901/35A81F9C/)

quản lý Cơ sở dữ liệu quốc gia về TTHC trong phạm vi cả nước theo quy định của pháp luật.

Tuy rằng chức năng của Cục là kiểm soát TTHC, nhưng do đặc thù là các TTHC đều được quy định tại các VBQPPL, nên vô hình trung, hoạt động của Cục có gắn chặt chẽ với việc kiểm tra, xem xét các VBQPPL. Dẫu rất mới mẻ, nhưng những thành tựu của Đề án 30³ - hoạt động tiên thân của Cục - đã ít nhiều khẳng định điều này: Việc rà soát các TTHC thực chất cũng chính là việc rà soát các VBQPPL có chứa đựng các thủ tục này.

Thứ tư, các cơ chế kiểm soát VBQP bằng con đường hành chính không chỉ tăng cường về số lượng mà nội dung kiểm soát cũng được đẩy sâu hơn trong những năm gần đây. Nội dung kiểm soát bằng con đường hành chính hiện nay khá rộng mở: về nguyên tắc, kiểm tra, rà soát văn bản chỉ nhằm vào tính hợp pháp (xem Hộp

2). Tuy nhiên trên thực tế, hoạt động rà soát của Cục Kiểm soát TTHC bao hàm cả việc kiến nghị, sửa đổi những văn bản kém khả thi, có nghĩa là kiểm tra cả về tính hợp lý.

Xin lấy một dẫn chứng cụ thể liên quan đến Phương án đơn giản hóa TTHC trong lĩnh vực tư pháp - được đề xuất bởi Tổ công tác Đề án 30 và được thể chế hóa trong Nghị quyết số 52/NQ-CP ngày 10/12/2010 của Chính phủ về việc đơn giản hóa TTHC thuộc phạm vi chức năng quản lý của Bộ Tư pháp, mục 13 (Xem Hộp 3).

Ngay tại Khoản 5 Điều 3 của Nghị định số 63/2010/NĐ-CP đã định nghĩa: Kiểm soát TTHC là việc xem xét, đánh giá, theo dõi nhằm bảo đảm tính khả thi của quy định về TTHC, đáp ứng yêu cầu công khai, minh bạch trong quá trình tổ chức thực hiện TTHC. Cũng như vậy, các nguyên tắc kiểm soát TTHC - rường cột cho công tác kiểm soát thủ tục - ít nhiều

(3) Quyết định số 30/QĐ-TTg ngày 10/01/2007 phê duyệt Đề án đơn giản hóa thủ tục hành chính trên các lĩnh vực quản lý nhà nước giai đoạn 2007-2010 (gọi tắt là Đề án 30).



phản ánh rằng việc đo đếm đánh giá một TTHC là dựa trên - và có vẻ chủ yếu dựa vào - các yếu tố mang tính hợp lý:

“Nguyên tắc quy định TTHC

TTHC được quy định phải bảo đảm các nguyên tắc sau:

1. Đơn giản, dễ hiểu và dễ thực hiện.
2. Phù hợp với mục tiêu quản lý hành chính nhà nước.
3. Bảo đảm quyền bình đẳng của các đối tượng thực hiện TTHC.
4. Tiết kiệm thời gian và chi phí của cá nhân, tổ chức và CQHC nhà nước.
5. Đảm bảo tính hợp hiến, hợp pháp, thống nhất, đồng bộ, hiệu quả của các quy định về TTHC; TTHC phải được cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định trên cơ sở bảo đảm tính liên thông giữa các TTHC liên quan, thực hiện phân công, phân cấp rõ ràng, minh bạch, hợp lý; dự án, dự thảo VBQPPL có quy định về

TTHC thuộc thẩm quyền của cơ quan nào, cơ quan đó phải có trách nhiệm hoàn chỉnh”⁴.

Nhìn chung, trong thời gian gần đây, con đường hành chính có vẻ được tăng cường trong việc kiểm tra giám sát văn bản ở nước ta. Đó là biểu hiện đáng mừng của việc ý thức được về tầm quan trọng trong đánh giá, kiểm soát VBQPPL, thể hiện bước tiến đáng kể trong tăng cường pháp chế. Tuy nhiên, liệu đây có phải là giải pháp bền vững? Bởi lẽ, cùng với sự phát triển của phân quyền - kể cả theo chiều ngang và chiều dọc - liệu sẽ còn là hợp lý khi các CQHC nhà nước giữ vai trò chủ đạo, thậm chí là độc tôn trong kiểm soát VBQP? Đặc biệt là tầm kiểm soát của CQHC trung ương quá lớn, bao phủ xuống hầu hết các lĩnh vực hoạt động của địa phương? Đó là còn chưa nói đến việc mô hình kiểm soát hành chính này thiếu vắng sự khách quan, độc lập, bởi dù chuyên nghiệp đến đâu, chúng vẫn nằm trong bộ máy hành chính.

Hộp 3

43. Cấp giấy đăng ký hoạt động của Văn phòng luật sư

a) Nội dung đơn giản hóa:

Bãi bỏ các giấy tờ sau trong thành phần hồ sơ phải nộp:

- + Bản sao Thẻ luật sư của luật sư thành lập Văn phòng luật sư
- + Giấy chứng minh về trụ sở Văn phòng luật sư.

Lý do:

Bản sao chứng chỉ hành nghề luật sư của luật sư thành lập Văn phòng luật sư đã thể hiện việc đáp ứng được điều kiện về chuyên môn, không cần thêm bản sao Thẻ luật sư của luật sư thành lập Văn phòng luật sư.

Quy định nộp Giấy chứng minh về trụ sở Văn phòng luật sư bắt buộc luật sư trước khi xin đăng ký hoạt động phải ký hợp đồng thuê trụ sở cho Văn phòng luật sư chưa được đăng ký hoạt động. Lúc này, tư cách ký kết trong hợp đồng thuê trụ sở là cá nhân dẫn đến việc khó khăn cho tổ chức hành nghề luật sư khi hạch toán thuế và khấu trừ chi phí sau này khi tổ chức hành nghề luật sư đã đi vào hoạt động. Lúc đó dẫn đến việc phải hủy hợp đồng cũ và ký lại hợp đồng mới gây khó khăn và cả tổn thất cho tổ chức hành nghề luật sư. Trường hợp không được Sở Tư pháp cấp đăng ký hoạt động sẽ dẫn đến việc hủy hợp đồng gây thiệt hại không cần thiết cho cá nhân luật sư.

Trong việc đăng ký hoạt động của Văn phòng luật sư thì trụ sở của Văn phòng luật sư cũng giống như trụ sở chính của doanh nghiệp trong đăng ký thành lập doanh nghiệp. Trong khi đó, thủ tục đăng ký thành lập doanh nghiệp tư nhân cũng như các loại hình doanh nghiệp khác không cần giấy chứng minh trụ sở chính. Địa chỉ trụ sở chính thể hiện trong giấy đăng ký thành lập doanh nghiệp cùng với cam kết của người khai”.

(4) Điều 4 Nghị định 63/2010 NĐ-CP ngày 8/6/2010 của Thủ tướng Chính phủ Về kiểm soát TTHC.





Có thể trong tương lai, khi cơ chế phân quyền được phát triển nhiều hơn nữa, cơ chế kiểm soát văn bản quy phạm hiện hành sẽ thay đổi, bởi xu hướng chung là càng giảm bớt việc kiểm soát hành chính hệ cấp thì càng đảm bảo quyền chủ động sáng tạo của địa phương - điều thực sự phù hợp với tiến trình phân cấp. Trên thực tế quản lý hành chính hiện nay ở nước ta, công cuộc phân cấp, phân quyền đã và đang diễn ra mạnh mẽ trong hầu khắp mọi lĩnh vực quản lý nhà nước. Đặc biệt xu hướng này thể hiện rất rõ trong những nỗ lực gần đây của Đảng và Nhà nước nhằm phân định rõ hơn chức năng, quyền hạn của từng cấp chính quyền, của chính quyền trung ương và địa phương. Hàng loạt cải cách về mặt thể chế, kinh tế đều có điểm chung: trao cho cấp cơ sở nhiều quyền quyết định hơn. Trong lĩnh vực đầu tư, việc cấp giấy phép đầu tư đã phân cấp cho cấp tỉnh, huyện và thậm chí có thí điểm cho mô hình xã (như Chương trình 135). Trong ngân sách, chính quyền địa phương đã tự chủ hơn nhiều trong thu chi ngân sách. Trong tất cả các lĩnh vực quản lý khác của Nhà nước, xu hướng phân cấp cho địa phương - và đôi khi chuyển một số dịch vụ sang khối tư nhân - cũng

hiện diện, như trong hoạt động công chứng; hỗ trợ tư pháp. Xu hướng mạnh mẽ này đã được Báo cáo phát triển Việt Nam năm 2010 gọi Việt Nam là “Một Nhà nước đang phân cấp và trao quyền”⁵. Để tương thích với bước chuyển này và cũng để tạo điều kiện cho phân cấp, mặt khác nâng cao hiệu quả, tính độc lập của chính việc kiểm soát VBQPPL, dù sớm hay muộn, cơ chế giám sát VBQP cũng cần chuyển dần sang con đường tư pháp. Tòa hành chính ở nước ta hiện nay - dẫu chưa được giao quyền kiểm soát VBQP, nhưng thẩm quyền trong xét xử các quyết định hành chính, hành vi hành chính cũng đã được mở rộng đáng kể trong thời gian qua, đặc biệt với sự ra đời của Luật Tố tụng hành chính. Có thể đây là những tiền đề thuận lợi cho việc chuyển giao một phần gánh nặng của kiểm soát VBQP sang CQTP. Cuộc tranh luận dấy lên trong những năm qua về mô hình một Tòa hiến pháp - dù chưa có hồi kết - nhưng cũng đã tạo dấu ấn cho khả năng nghiên cứu và xác lập một mô hình kiểm soát VBQPPL mới với thiết chế cao nhất đảm bảo tính khách quan, vô tư và chặt chẽ: con đường tư pháp. ■

(5) “Các thể chế hiện đại”, Báo cáo phát triển Việt Nam 2010, Báo cáo chung của các nhà tài trợ tại Hội nghị tư vấn các nhà tài trợ cho Việt Nam Hà Nội 3-4 tháng 12/2009, tr. 1.

NHỮNG VẤN ĐỀ CẦN TIẾP TỤC HOÀN THIỆN ...

(Tiếp theo trang 56)

số người làm việc tại các văn phòng của nghị sĩ Hoa Kỳ vào khoảng 10.000 người³.

Các hoạt động chủ yếu của các văn phòng nghị sĩ của các nước là chuẩn bị các loại thông tin, tư liệu liên quan đến hoạt động của nghị sĩ, chuẩn bị các bài phát biểu cho nghị sĩ; giúp nghị sĩ giữ mối liên hệ với địa phương, đơn vị bầu ra nghị sĩ và các cơ quan hữu quan...

Đối với nước ta, mỗi khóa Quốc hội thường có đến 70% đại biểu mới, nên giúp cho đại

biểu thực hiện được nhiệm vụ theo luật định là vô cùng cần thiết và cấp bách. Đó cũng là vấn đề nâng cao chất lượng hoạt động và tính thực chất của đại biểu. Với tinh thần đó, cần nghiên cứu, có giải pháp thích hợp. Trước mắt, có thể chưa tổ chức văn phòng riêng cho ĐBQH, nhưng mỗi ĐBQH cũng cần được cấp một khoản kinh phí để có thể hợp đồng được ít nhất với một người giúp việc (do đại biểu lựa chọn theo yêu cầu công việc). Kinh phí này do cơ quan tài chính - kế toán của Văn phòng Quốc hội và Văn phòng Đoàn ĐBQH quản lý và chi theo lệnh của ĐBQH.

Văn phòng Quốc hội và Văn phòng Đoàn ĐBQH phục vụ chung cho Quốc hội và Đoàn ĐBQH cũng cần được xem xét cải tiến, hoàn thiện, cho phù hợp với chức năng và nhiệm vụ của mình. ■



NHỮNG BẤT CẬP CỦA BỘ LUẬT LAO ĐỘNG HIỆN HÀNH VÀ MỘT SỐ QUAN ĐIỂM SỬA ĐỔI BỘ LUẬT LAO ĐỘNG

■ **BÙI SỸ LỢI***

Bộ luật Lao động (BLLĐ) được Quốc hội khoá IX thông qua năm 1994 và có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/01/1995, gồm Lời nói đầu, 17 chương và 198 điều. Đây là văn bản pháp luật về lao động có giá trị pháp luật cao nhất từ trước đến nay, có phạm vi điều chỉnh rộng, bao gồm quan hệ lao động (QHLĐ) và các quan hệ liên quan trực tiếp tới QHLĐ. Qua ba lần sửa đổi, bổ sung vào các năm 2002, 2006 và 2007, đến nay, với 223 Điều, được bố cục trong 17 Chương, BLLĐ đã điều chỉnh các QHLĐ và các quan hệ xã hội có liên quan trực tiếp với QHLĐ phù hợp với thực tiễn phát triển của đất nước qua từng thời kỳ và góp phần từng bước hội nhập quốc tế. Các quy định của BLLĐ đã đề cập tương đối đầy đủ các nội dung liên quan đến việc tuyển dụng, quản lý và quá trình sử dụng lao động; đồng thời xác định rõ vai trò, trách nhiệm và quyền hạn của các cơ quan quản lý nhà nước, các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội trong lĩnh vực lao động; xác định quyền, trách nhiệm của tổ chức công đoàn, đại diện người

lao động (NLĐ) và người sử dụng lao động (NSDLD). Tuy nhiên, BLLĐ hiện hành vẫn còn bộc lộ nhiều hạn chế, tồn tại trong chính sách, pháp luật lao động và thực tiễn liên quan đến QHLĐ, cần phải được tiếp tục nghiên cứu sửa đổi, bổ sung, nhằm thể chế hóa quan điểm của Đảng về xây dựng QHLĐ hài hòa, ổn định và tiến bộ.

1. Những bất cập trong Bộ luật Lao động hiện hành

Trước hết, BLLĐ là Bộ luật chung nên chứa nhiều quy định khung mang tính nguyên tắc; cũng vì thế mà phải có quá nhiều văn bản dưới luật (gần 300 văn bản hướng dẫn), trong đó có không ít văn bản hướng dẫn ban hành không kịp thời, gây khó khăn cho việc triển khai, tổ chức thực hiện. Sau một số lần sửa đổi, bổ sung, những tồn tại đó vẫn chưa được khắc phục, hoặc việc khắc phục chưa đáp ứng yêu cầu thực tiễn.

Thứ hai, nguyên tắc bình đẳng giữa các bên trong QHLĐ chưa được nhận thức và thể chế hóa đầy đủ trong một số chế định của

(*) TS. Phó Chủ nhiệm Ủy ban về các vấn đề xã hội.





BLLĐ. Chúng ta đều biết rằng, trong QHLD, do có sự khác nhau về địa vị pháp lý và kinh tế, NSDLĐ là người tuyên dụng, sử dụng và quản lý lao động, vì thế đương nhiên là họ có những lợi thế nhất định. Để xử lý vấn đề này, pháp luật đã có những nguyên tắc và cơ chế điều chỉnh hợp lý. Tuy nhiên, vì quá chú trọng đến việc bảo vệ NLD, nên trong Bộ luật còn có một số quy định trách nhiệm pháp lý đối với NSDLĐ nhiều hơn, điều đó tạo ra sức ép không hợp lý đối với NSDLĐ. Ví dụ các quy định về tiền lương tối thiểu, các nguyên tắc xây dựng thang, bảng lương giữa các loại hình doanh nghiệp không cùng mặt bằng, việc giới hạn loại hợp đồng lao động (HĐLĐ), quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ, điều kiện chấm dứt đối với loại hợp đồng không xác định thời hạn... Sự bất bình đẳng trong QHLD đã gián tiếp tạo nên sự bảo hộ bất hợp lý không phù hợp với thực tiễn. Do đó, vô tình làm cho một trong hai bên tham gia QHLD có được lợi thế và trong một số trường hợp, họ sử dụng lợi thế đó để xử sự với thái độ thiếu thiện chí, không hợp tác với bên kia trong quá trình thực hiện quyền, nghĩa vụ trong QHLD. Một số quy định

chưa đủ chặt chẽ để ràng buộc trách nhiệm của NSDLĐ, để NSDLĐ lợi dụng kẽ hở của luật, như tìm cách trì hoãn việc chuyển sang ký loại hợp đồng không xác định thời hạn bằng cách gia hạn HĐLĐ nhiều lần, kéo dài thời gian thử việc, cố tình ký HĐLĐ không đúng loại mà Bộ luật đã quy định.

Thứ ba, nguyên tắc thỏa thuận trong QHLD chưa được tôn trọng, chưa có cơ chế phù hợp để bảo đảm sự thỏa thuận giữa các bên khi xác lập cũng như trong quá trình thực hiện QHLD. Ví dụ: việc thỏa thuận về tiền công, về điều kiện làm việc, về thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, về tham gia bảo hiểm xã hội, v.v.. chủ yếu là do NSDLĐ tự áp đặt, chứ NLD không có quyền được thỏa thuận. Đó là một trong những nguyên nhân quan trọng dẫn đến xung đột giữa các bên.

Thứ tư, cơ chế tiền lương trong pháp luật hiện hành chưa thực sự được cởi mở và Nhà nước can thiệp quá sâu vào vấn đề riêng của NLD và doanh nghiệp. Về bản chất, tiền lương là giá cả sức lao động do hai bên thỏa thuận, quyết định, bị chi phối bởi yếu tố cung cầu trên thị trường lao động. Sự can thiệp sâu và trực



tiếp vào cơ chế tiền lương sẽ tạo ra lực cản cho sự tự thương lượng, thỏa thuận của các bên trong QHLD và làm cho tiền lương không thể hiện đầy đủ bản chất kinh tế thị trường vốn có. Khi Nhà nước quy định tiền lương tối thiểu và quy định ở mức quá thấp, thì tạo ra chỗ dựa cho NSDLĐ; NSDLĐ chỉ cần trả công cho NLĐ bằng hoặc cao hơn so với mức do Nhà nước quy định là được. Như vậy, tuy không trái luật, nhưng lại tạo ra sự bất ổn cho QHLD, vì NLĐ không chịu được mức tiền công không bảo đảm được cuộc sống cho họ.

Thứ năm, các quy định trong giải quyết tranh chấp lao động mặc dù đã được nghiên cứu sửa đổi công phu và toàn diện nhưng vẫn bế tắc và không được thực tiễn chấp nhận. Điển hình là cơ chế giải quyết tranh chấp lao động tập thể và đình công không những không hạn chế được tình trạng phản ứng tự phát của tập thể lao động, mà còn không đủ sức để giải quyết các tranh chấp lao động thông thường. Có thể nói, vấn đề mấu chốt dẫn đến tình trạng nêu trên là do BLLĐ hiện hành chưa có cơ chế thương lượng hợp lý. Ngay từ khi xác lập QHLD, chế độ thông tin, thương lượng giữa doanh nghiệp và NLĐ không được thực hiện đầy đủ. Khi xảy ra tranh chấp, pháp luật hiện hành mới chỉ chú trọng việc thương lượng khi mâu thuẫn đã trầm trọng và căng thẳng; trong khi cơ chế giải quyết tranh chấp đòi hỏi việc đối thoại và thương lượng phải được bắt đầu ngay từ khi mới xảy ra tranh chấp. Ngoài ra, pháp luật hiện hành quy định hậu quả pháp lý phát sinh từ các cuộc đình công trái pháp luật trên thực tế không thực hiện được, đặc biệt ở cơ chế xác định và công bố cuộc đình công là bất hợp pháp, cơ chế bồi thường.

Thứ sáu, BLLĐ đặt ra quá nhiều thủ tục hành chính đối với bên tham gia QHLD, từ việc khai trình lao động, đăng ký thỏa ước lao động tập thể, nội quy lao động, thang, bảng lương cho đến các loại báo cáo liên quan đến tình hình sử dụng lao động tại doanh nghiệp. Nhận thấy vấn đề này hiện nay không còn cần thiết và không còn phù hợp với tính chất của QHLD (mang bản chất dân sự, phụ thuộc vào

ý chí của các bên) và đặc điểm của kinh tế thị trường (tự do kinh doanh, quyết định các vấn đề nội bộ), khi sửa đổi BLLĐ điều quan trọng hơn cả không phải ở việc phải đăng ký nhiều loại thủ tục mà phải xây dựng cơ chế kinh doanh thông thoáng, tự chủ, tự chịu trách nhiệm của doanh nghiệp, bên cạnh hệ thống giám sát, kiểm tra chấp hành pháp luật hiệu quả.

Thứ bảy, chế tài xử lý hành vi vi phạm pháp luật lao động còn thiếu về nội dung và nhẹ về trách nhiệm đối với người vi phạm, điều này làm cho hệ thống xử lý vi phạm pháp luật lao động chưa đủ sức răn đe, ngăn ngừa vi phạm.

Thứ tám, quá trình hội nhập và phát triển kinh tế xã hội đã làm xuất hiện nhiều nội dung liên quan đến QHLD mà Bộ luật hiện hành chưa điều chỉnh, như vấn đề phái cử lao động, cho thuê lao động, vấn đề cạnh tranh về lao động... cần được nghiên cứu bổ sung, sửa đổi cho phù hợp với thực tiễn đang diễn ra.

2. Một số quan điểm sửa đổi Bộ luật Lao động

Từ những phân tích trên và căn cứ kết quả nghiên cứu của Đề án về QHLD, chúng tôi xin đề xuất một số quan điểm sửa đổi BLLĐ như sau:

2.1. Định hướng sửa đổi BLLĐ cần tập trung cụ thể hóa tối đa các tiêu chuẩn và điều kiện cơ bản về lao động (tiền lương, thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, an toàn, vệ sinh lao động), còn QHLD (bao gồm: hoạt động công đoàn trong doanh nghiệp, thủ tục đối thoại, thương lượng tập thể, ký kết thỏa ước lao động tập thể và thủ tục giải quyết tranh chấp lao động và đình công) những nội dung nào đã được thực tế kiểm nghiệm thì quy định chi tiết, những nội dung nào chưa định hình thật vững chắc, cần tiếp tục nghiên cứu thêm thì quy định có tính nguyên tắc để Chính phủ ban hành văn bản quy phạm dưới luật.

2.2. BLLĐ sửa đổi phải được cấu trúc theo hướng đảm bảo sự tương thích giữa Bộ luật, các luật chuyên ngành và các văn bản hướng dẫn thi hành. Trong đó, BLLĐ giữ vị trí chủ





đạo, có vai trò là luật gốc với sự phát triển và hoàn thiện nhiều chế định liên quan. Việc xác định chế định nào chỉ nên quy định mang tính chất khung, nguyên tắc (do đã có các luật chuyên ngành điều chỉnh cụ thể), hoặc những chế định nào cần thiết phải quy định cụ thể, rõ ràng (do đã được thực tiễn chứng minh tính ổn định, lâu dài và phù hợp). Đây là những vấn đề cần phải được nghiên cứu, cân nhắc kỹ lưỡng để pháp điển hóa một cách tối đa, nhằm xây dựng Bộ luật có cấu trúc hợp lý, thống nhất và khoa học.

2.3. Việc tiếp cận, điều chỉnh QHLD phải dựa trên nền tảng của nguyên tắc bình đẳng và nguyên tắc thỏa thuận, phù hợp với bản chất kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Với góc độ đó, quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia QHLD bình đẳng như nhau, sự thương lượng, thỏa thuận của các bên về các vấn đề trong QHLD được pháp luật tôn trọng và bảo hộ thông qua việc quy định các mức lợi ích tối thiểu. Đặc biệt, cơ chế tiền lương, xét ở góc độ pháp lý cần được coi trọng, thông thoáng, linh hoạt và minh bạch hơn trên cơ sở bình đẳng giữa các thành phần kinh tế.

2.4. BLLĐ phải hướng tới trao quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm cho doanh nghiệp cao hơn mức hiện tại, đó cũng là công cụ thiết thực để doanh nghiệp thực hiện trách nhiệm xã hội của đơn vị thông qua việc tự giác thực hiện đầy đủ chính sách, pháp luật về lao động.

2.5. Hoàn thiện hệ thống thiết chế, bao gồm cả các thiết chế quản lý và các thiết chế hỗ trợ QHLD. Trong đó, cần chú trọng củng cố và tăng cường năng lực của thiết chế tài phán tòa án; trước mắt tập trung củng cố công tác cán bộ, đào tạo và bố trí đội ngũ thẩm phán chuyên trách, có năng lực; và về lâu dài, cần nghiên cứu để xây dựng thủ tục tố tụng phù hợp với đặc thù của lĩnh vực lao động.

Củng cố Hội đồng Trọng tài lao động cấp tỉnh và coi đây là trọng tài bắt buộc, có chức năng hòa giải các tranh chấp lao động tập thể về lợi ích theo quy định của BLLĐ.

Đối với quản lý nhà nước về lao động, cần quy định cụ thể cơ quan chịu trách nhiệm quản



lý nhà nước về lao động và các nội dung quản lý cụ thể, tăng cường bộ máy thanh tra, tăng cường trách nhiệm đối với người đứng đầu cơ quan quản lý nhà nước các cấp từ trung ương đến địa phương đối với tình trạng vi phạm pháp luật lao động của các doanh nghiệp trên địa bàn thuộc phạm vi quản lý.

Về các thiết chế tham vấn và hỗ trợ khác, trước mắt hoàn thiện khung pháp lý về cơ cấu tổ chức và chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban QHLD. Nâng cao năng lực và phối hợp hoạt động của Ủy ban QHLD cấp quốc gia và cấp địa phương. Hoàn thiện cơ chế phối hợp ba bên trong QHLD ở cấp trung ương và đẩy mạnh việc hình thành, hoàn thiện cơ chế phối hợp này tại cấp địa phương, cấp ngành. Về lâu dài, phải xây dựng được cơ chế đối thoại và thương lượng thực chất giữa hai chủ thể chính là tổ chức đại diện tập thể NLĐ và NSDLĐ. Đây là điều kiện tiên quyết hạn chế tranh chấp lao động và đình công, tiến tới xây dựng QHLD hài hòa, ổn định và tiến bộ.

2.6. Việc nâng cao năng lực, hiệu quả hoạt động của Công đoàn là yếu tố then chốt, không chỉ nhằm phát huy hiệu quả của cơ chế giải quyết tranh chấp lao động, mà còn là góp phần tạo dựng nền tảng cho một QHLD hài hòa, ổn định. Đây không chỉ là một giải pháp của hiện tại, mà còn là định hướng cơ bản, lâu dài, phù hợp với định hướng, mục tiêu chính trị của Công đoàn Việt Nam. ■



QUẢN LÝ VÀ KẾ TOÁN NGÂN QUỸ NHÀ NƯỚC:

YÊU CẦU LUẬT HÓA VÀ PHƯƠNG HƯỚNG ĐỔI MỚI

■ **ĐẶNG VĂN THANH***

Chủ trương sửa đổi và bổ sung Luật Ngân sách nhà nước (NSNN) năm 2002 đã được đưa vào chương trình xây dựng Luật và Pháp lệnh của Quốc hội từ khóa XII và sẽ tiếp tục trong chương trình xây dựng Luật và Pháp lệnh của Quốc hội khóa XIII. Luật NSNN có tác động đến toàn bộ nền kinh tế - xã hội, nên việc sửa đổi cần phải được đặt ra một cách nghiêm túc, căn bản đạt cho được mục tiêu và chủ định của việc tăng cường quản lý ngân quỹ nhà nước. Những quy định về kế toán phải tương xứng với vai trò của nó trong nhiệm vụ kiểm kê, đo lường và công khai, minh bạch công tác quản lý NSNN, quản lý nền tài chính quốc gia.

Luật NSNN năm 2002 được Quốc hội khóa XI thông qua ngày 16/12/2002 và có hiệu lực thi hành từ năm ngân sách 2004. Qua hơn bảy năm thực hiện, Luật đã góp phần phát triển và huy động mạnh mẽ tiềm năng đất nước, đảm bảo tăng tiềm lực và quy mô NSNN. Luật đã góp phần tăng quyền chủ động, trách nhiệm của địa phương và các Bộ, ngành trong việc quản lý tài chính - ngân sách được phân cấp. Việc thực thi luật trong đời sống thực tế đã góp phần đẩy mạnh cải cách hành chính trong quản lý ngân sách, phù hợp với tiến trình cải cách hành chính nhà nước; xây dựng nền tài chính lành mạnh, công khai, tăng cường kỷ cương, kỷ luật, thực hiện chế độ trách nhiệm của thủ trưởng đơn vị sử dụng ngân sách. NSNN đã chủ động đáp ứng các yêu cầu mới đặt ra trong

quá trình tiếp tục đổi mới cơ chế quản lý kinh tế và hội nhập kinh tế quốc tế. Điều thấy rõ nhất là quy mô ngân sách cứ năm năm sau lại gấp hai lần số thu năm năm trước.

Luật NSNN năm 2002 đã bảo đảm các nguyên tắc cơ bản:

- Phù hợp và cụ thể hoá những sửa đổi, bổ sung có liên quan trong Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001), Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Tổ chức Chính phủ được Quốc hội khoá X kỳ họp thứ 10 (tháng 11-12/2001) thông qua;

- Quản lý tập trung thống nhất NSNN, bảo đảm quyền quyết định của Quốc hội và sự điều hành thống nhất của Chính phủ đối với NSNN; đảm bảo vai trò chủ đạo của ngân sách trung ương; đồng thời tăng cường phân cấp quản lý, tạo thế chủ động gắn với tăng cường trách

(*) PGS, TS. Chuyên gia cao cấp của Quốc hội.





nhiệm cho chính quyền địa phương:

- Phân cấp nguồn thu, nhiệm vụ chi giữa ngân sách trung ương với ngân sách địa phương theo hướng tăng nguồn thu cho ngân sách địa phương và thúc đẩy địa phương phấn đấu để chủ động cân đối ngân sách. Tăng cường tính chủ động, gắn với trách nhiệm của các bộ, ngành, địa phương, đơn vị trong quản lý ngân sách và tài sản nhà nước; gắn trách nhiệm quản lý, sử dụng ngân sách với trách nhiệm tổ chức thực hiện nhiệm vụ chính trị, chuyên môn của bộ, ngành, địa phương, đơn vị.

- Thực hiện cải cách hành chính trong việc lập, thực hiện và quyết toán ngân sách. Thực hiện công khai, thực hành tiết kiệm, chống lãng phí trong quản lý NSNN. Kiểm soát chặt chẽ hoạt động thu, chi NSNN qua các quy định về tăng cường trách nhiệm, thanh tra, kiểm tra, kiểm toán gắn với xử lý vi phạm.

Nhưng sau bảy năm hoạt động ngân sách theo Luật NSNN 2002, đã có không ít vướng mắc và bộc lộ những hạn chế cần phải sửa đổi, bổ sung luật. Lý do trước hết phải sửa đổi, bổ sung Luật NSNN là để đáp ứng yêu cầu mới trong quá trình tiếp tục đổi mới cơ chế quản lý kinh tế, cải cách hành chính, đáp ứng yêu cầu

hội nhập kinh tế quốc tế. Lý do tiếp theo là cấu trúc thu, chi NSNN về cơ bản cho đến nay vẫn không có những thay đổi đáng kể. Cấu trúc ngân sách, thể hiện qua cơ cấu thu, chi không chỉ là tấm gương phản chiếu thực trạng sức khỏe của nền kinh tế, mà còn có vai trò thúc đẩy kinh tế - xã hội phát triển.

Để có những định hướng và giải pháp sửa đổi, bổ sung và nếu cần, có thể ban hành mới Luật NSNN, đồng thời làm nền tảng cho xây dựng Luật tài chính nhà nước, cần hiểu thấu đáo đặc điểm của NSNN Việt Nam. Có những đặc điểm là riêng có, mang tính đặc thù của Việt Nam; không có hoặc nếu có cũng không hoàn toàn giống như của các quốc gia khác:

Trước hết, những quy định về thu, chi ngân sách thiếu rõ ràng. Luật 2002 quy định: NSNN là toàn bộ các khoản thu chi của Nhà nước đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định và được thực hiện trong một năm để đảm bảo thực hiện chức năng, nhiệm vụ của Nhà nước (Điều 1), nhưng không khẳng định rõ là số phải thu đã thuộc sở hữu nhà nước hay số thực thu vào Kho bạc nhà nước; là số thực chi, thực sử dụng ở các đơn vị thụ hưởng ngân sách hay chỉ là số thực xuất quỹ của Kho bạc nhà



nước. Trên thực tế, thu NSNN lâu nay chỉ thể hiện số tiền thực thu vào ngân sách, số thực thu vào Kho bạc nhà nước. Còn rất nhiều khoản tiền về bản chất là của NSNN, đã thuộc sở hữu của Nhà nước, nhưng chưa được tính là thu NSNN, mà vẫn được coi là nợ đọng, như số thuế phải nộp đã được cơ quan thuế, cơ quan hải quan xác định, nhưng đơn vị chưa nộp hoặc đã nộp nhưng chưa vào kho bạc. Hiện nay, kế toán phản ánh số thu, chi NSNN vẫn chỉ là kế toán thu, chi tiền của NSNN, mà hoàn toàn chưa phải số thực thu và thực chi theo đúng nghĩa là của NSNN. Đây cũng là lý do giải thích vì sao trong cơ cấu thu chi NSNN của Việt Nam có một khoản thu, chi được gọi là chuyển nguồn rất lớn, càng năm sau càng lớn hơn năm trước và năm 2010 đã lên đến nhiều chục nghìn tỷ đồng, làm sai lệch bản chất thu, chi ngân sách. Đó là chưa kể tới nhiều tỷ đồng vốn đầu tư xây dựng cơ bản đã và đang tiếp tục giải ngân và chi tiêu trong năm 2011 (thậm chí đến tận giữa năm 2011) nhưng lại thuộc ngân sách 2010 và sẽ quyết toán vào ngân sách năm 2010. Chắc chắn các số liệu thu, chi ngân sách được hạch toán và quyết toán như vậy sẽ không cho những tính toán và kết luận tin cậy về kinh tế vĩ mô, về tác động và ảnh hưởng của tài chính quốc gia, nếu không nói đó là những kết luận méo mó, sai lệch mang tính bản chất.

Hai là, cấu trúc ngân sách của Việt Nam mang tính đặc thù của nền kinh tế phục vụ mục tiêu chiến lược phát triển kinh tế - xã hội của Việt Nam, hoàn toàn không giống hoặc mang sắc màu cấu trúc ngân sách của quốc gia nào khác. Cơ cấu ngân sách của Việt Nam thể hiện rõ, ngân sách trung ương đóng vai trò chủ đạo, vừa mang tính tập trung vừa mang nặng tính bao cấp. Điều đó sẽ đi liền với tính hiệu quả không cao, dù có tăng cường quản lý NSNN. Quyết định NSNN và phân bổ NSNN cũng chính là thể hiện quyền lực. Tập trung cao trong quản lý và điều hành ngân sách cũng có nghĩa là tập trung được quyền lực, dễ quản lý, dễ điều hành. Nhưng tập trung quá mức sẽ hạn chế và gây khó cho phân cấp và phát huy quyền chủ động của các cấp chính quyền. Tất

yếu trong trường hợp này, NSNN còn phải tiếp tục lồng ghép, tiếp tục phức tạp trong điều hành và khó có sự minh bạch thực sự trong cả quy trình ngân sách, đặc biệt là trong lập dự toán, phân bổ ngân sách, chấp hành NSNN, ngân sách địa phương.

Hai đặc điểm cơ bản đó cho thấy cần phải có quan điểm rõ ràng và đúng đắn trong sửa đổi, bổ sung Luật NSNN. Bên cạnh việc kế thừa, phát huy những mặt tích cực của Luật NSNN hiện hành, cần đổi mới phương thức quản lý NSNN theo nguyên tắc kinh tế thị trường, đẩy mạnh cải cách hành chính và từng bước phù hợp thông lệ, chuẩn mực quốc tế.

Trong các nhóm vấn đề và nội dung sửa đổi, bổ sung, cần phân biệt:

- Những vấn đề đã phát hiện có vướng mắc hoặc vì lý do nào đó đã có quyết định xử lý từ lâu, nay cần hợp thức hóa trong Luật, như thu về số số kiến thiết, thu tiền sử dụng đất; mức huy động vốn của ngân sách cấp tỉnh theo khoản 2 Điều 8; việc ngân sách địa phương hỗ trợ các cơ quan trung ương trên địa bàn...

- Những vấn đề mang tính kỹ thuật trong quản lý điều hành ngân sách, không phải là những vấn đề lớn như thời gian lập dự toán, công khai ngân sách, chế độ giải trình...

- Quan trọng và quyết định hơn là cần tính đến việc sửa đổi bổ sung những vấn đề cơ bản hơn như:

(1) Xác định và quy định lại về NSNN và thu, chi NSNN. Cần xác định NSNN là các khoản thu, chi của Nhà nước, nhưng là số thu, chi đúng nghĩa, đúng bản chất.

Thu NSNN phải là tất cả số tiền đã thuộc về Nhà nước, thuộc sở hữu của Nhà nước theo luật định. Đó là tất cả số tiền đã xác định ngay từ thời điểm có quyết định của cơ quan thu, như xác nhận tờ khai hải quan, phát hành hóa đơn thuế giá trị gia tăng (GTGT), chứng từ liên quan thuế thu nhập doanh nghiệp, thu nhập cá nhân, thuế tiêu thụ đặc biệt, thuế môn bài, các loại phí, lệ phí... Thu NSNN hoàn toàn không chỉ là những khoản tiền tại thời điểm thực thu vào ngân sách hay vào Kho bạc nhà nước. Như vậy sẽ nâng cao trách nhiệm của tổ chức, cá





nhân được giao nhiệm vụ thu ngân sách trong việc đôn đốc thu nộp các khoản thuộc sở hữu của Nhà nước, kể cả các lợi ích kinh tế của Nhà nước ở các tổ chức kinh tế trong và ngoài nước đã xác định.

Chi NSNN phải là số NSNN thực tế đã sử dụng, có đầy đủ thủ tục, hồ sơ thanh toán, chứ không phải số xuất quỹ Kho bạc. Số xuất quỹ Kho bạc nhà nước chỉ là số thanh toán hay tạm ứng ngân quỹ nhà nước.

Cần làm rõ số thu ngân sách chưa thu được, xác định trách nhiệm pháp lý của những người có nghĩa vụ nộp và những cơ quan được nhà nước giao nhiệm vụ thu, quản lý nguồn thu. Không thể để tình trạng nợ đọng các khoản thu NSNN, hoặc nợ tạm ứng NSNN quá lớn, lên tới hàng chục nghìn tỷ như hiện nay. Luật pháp quy định không chặt, không rõ ràng sẽ là nguyên nhân của tình trạng chiếm đoạt, chiếm dụng nguồn thu ngân sách và tình trạng không nghiêm trong kỷ cương, kỷ luật chấp hành ngân sách. Thật vô lý và lãng phí khi Nhà nước có hàng chục nghìn tỷ đồng nợ đọng, trong khi đó lại phải đi vay trong và ngoài nước với lãi suất không thấp để bù đắp bội chi ngân sách.

Quy định rõ ràng như vậy sẽ hạn chế, đi đến chấm dứt nợ đọng các khoản thu ngân sách quá nhiều như hiện nay, chấm dứt tình trạng chuyển nguồn từ năm này qua năm khác, làm méo mó số liệu thu chi và quyết toán thu chi NSNN (theo đúng nghĩa là năm tài khóa). Tất nhiên, năm đầu tiên áp dụng sẽ rất khó khăn và cho những số liệu không đẹp về NSNN. Nhưng thà chấp nhận một năm như vậy, để có được NSNN nhiều năm sau đúng nghĩa hơn, thực tế hơn. Và chính là để Quốc hội và Hội đồng nhân dân (HĐND) quyết định thực chất hơn về NSNN.

(2) Xác định mức độ tập trung và phân cấp trong quản lý điều hành ngân sách. Nội dung phân cấp cần rõ ràng hơn, sâu hơn. Trao quyền và trách nhiệm cho HĐND tỉnh quyết định ngân sách địa phương. Quốc hội chỉ quyết định ngân sách trung ương. Cần phân loại các địa phương để xác định mức độ giao quyền và trách nhiệm, không nên giao quyền

và trách nhiệm về NSNN như nhau đối với các địa phương. Cần tính đến đặc thù của các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương theo các tiêu chí quy mô, trình độ phát triển và nhiệm vụ chính trị mà địa phương đảm nhiệm để xác định trách nhiệm và giao quyền theo mức độ với từng nhiệm vụ cụ thể. Làm được như vậy sẽ giảm dần việc lồng ghép trong ngân sách, phát huy cao độ tính chủ động, sáng tạo của các cấp chính quyền và nâng cao trách nhiệm của các tổ chức cá nhân có liên quan đến ngân sách.

(3) Cần có quan điểm mới trong nội dung và cơ cấu thu chi ngân sách. Xác định lại nội dung thu trong quan hệ thu nội địa và thu ngoài nước, thu từ hoạt động kinh tế... Thay đổi quan niệm về chi đầu tư phát triển và chi hành chính sự nghiệp trong cơ cấu chi ngân sách. Từ đó, sắp xếp và có ý thức trong việc chi cho giáo dục, y tế, chi cho khoa học công nghệ và phát triển nguồn lực.

(4) Có chương riêng về kế toán, kiểm toán và thông tin về ngân sách

Công tác hạch toán kế toán và thống kê về NSNN, quỹ ngân sách và ngân quỹ nhà nước cần được quan tâm, quán triệt và chế tài trong suốt cả quy trình ngân sách từ lập dự toán ngân sách, chấp hành ngân sách đến quyết toán ngân sách, cần bao trùm trong toàn bộ công việc liên quan đến ngân sách, từ thu, tập trung nguồn thu, phân bổ, cấp phát, thanh toán, sử dụng và quyết toán ngân sách. Vì vậy, không nên để nội dung các quy định kế toán, kiểm toán và quyết toán NSNN trong một chương (Chương 5). Bởi vì, kế toán, kiểm toán và quyết toán ngân sách là các nội dung hoàn toàn khác nhau. Quyết toán ngân sách là công việc, là nội dung của quy trình ngân sách, còn kế toán và kiểm toán là công cụ quản lý tài chính - ngân sách, là phương thức để kiểm kê, kiểm soát tài chính nhà nước, tài chính quốc gia. Luật đó có chương riêng về “Dự toán NSNN” (Chương IV), “Chấp hành NSNN” (Chương V). Do vậy, cần bố trí một chương riêng về “Quyết toán NSNN” (Chương VI).

Chính vì vậy, cần bố trí một chương riêng



trong Luật NSNN quy định về các hành vi liên quan đến hoạt động hạch toán kế toán, hạch toán thống kê và kiểm toán.

Nhiệm vụ tổ chức thông tin về NSNN, ngân quỹ nhà nước bao gồm từ khâu thu thập, phản ánh, xử lý, tổng hợp và cung cấp thông tin. Thông tin do kế toán thu thập, tổng hợp và cung cấp phải là hệ thống tin đầy đủ, toàn diện và tin cậy, phản ánh trung thực, khách quan trên tổng thể cũng như các biến động, luân chuyển, tồn dư của NSNN, ngân quỹ nhà nước. Đây là yêu cầu mang tính pháp lý đối với NSNN và ngân quỹ quốc gia. Bởi đó là tiền của dân, của nước phải được quản lý chặt chẽ, sử dụng đúng mục đích, có hiệu quả từng đồng vì lợi ích của nhân dân, của đất nước. Vì vậy, điều đầu tiên của chương Kế toán và Kiểm toán phải quy định “Các tổ chức, cá nhân có liên quan tới NSNN, ngân quỹ nhà nước phải tổ chức hạch toán (bao gồm hạch toán kế toán và hạch toán thống kê) theo quy định của Luật Kế toán, Luật Thống kê và các quy định về kế toán, thống kê của Nhà nước”.

Tham gia và liên quan đến hoạt động NSNN và ngân quỹ nhà nước, đồng thời có nhiệm vụ tổ chức công tác kế toán và thống kê không chỉ có Kho bạc nhà nước hay cơ quan tài chính, mà bao gồm rất nhiều tổ chức, cá nhân từ khâu thu ngân sách, thu ngân quỹ; phân bổ, cấp phát, thanh toán và sử dụng ngân sách, ngân quỹ nhà nước. Do đó, nhiệm vụ kế

toán, thống kê phải được quy định cho các đối tượng sau: các tổ chức, cá nhân có nghĩa vụ nộp các khoản thu NSNN, thu ngân quỹ nhà nước cho Nhà nước; các tổ chức được luật pháp và Nhà nước giao nhiệm vụ tổ chức thu, tập trung các nguồn thu (Cơ quan Thuế, Hải quan, các cơ quan hành chính, sự nghiệp thuộc các lĩnh vực); các cơ quan, tổ chức được pháp luật và Nhà nước giao nhiệm vụ và quyền quản lý, phân bổ ngân sách nhà nước, ngân quỹ nhà nước (như cơ quan tài chính, cơ quan kế hoạch và đầu tư các cấp, cơ quan và đơn vị dự toán cấp 1, cấp 2...); cơ quan trực tiếp quản lý ngân quỹ nhà nước, quản lý quỹ NSNN, thực hiện tập trung các nguồn thu, thanh toán các khoản chi hoặc cấp phát tạm ứng từ quỹ NSNN và ngân quỹ nhà nước; các tổ chức cá nhân sử dụng ngân sách, ngân quỹ nhà nước, kể cả các tổ chức, cá nhân thụ hưởng theo luật định và các tổ chức vay mượn, tạm ứng và được Nhà nước giao quản lý, sử dụng theo nguyên tắc bảo toàn và bồi hoàn. Vì vậy, trong Luật NSNN cần có những quy định điều chỉnh và chế tài về kế toán liên quan đến nội dung các công việc quản lý, sử dụng NSNN ở các đối tượng và chủ thể khác nhau. Trong đó, có sự bắt buộc phải kế toán kép, tuy có thể thực hiện kế toán kép hoặc kế toán đơn. Bên cạnh đó là các quy định về hạch toán thống kê, hạch toán nghiệp vụ về thu chi ngân sách, thu chi ngân quỹ hàng ngày, định kỳ tại cơ quan tài chính, cơ quan thuế, hải quan và đặc biệt là hạch toán tại cơ quan kho bạc. Trong Luật NSNN cần có điều quy định về hạch toán kế toán những tài sản quốc gia, những tài sản hình thành từ ngân quỹ nhà nước hoặc có nguồn gốc từ ngân quỹ nhà nước. Trong đó có tài sản đánh giá được, trị giá được, có những tài sản không định giá được (vô giá) và được hạch toán theo giá trị quy ước.

Tóm lại, tăng cường quản lý ngân sách nhà nước, ngân quỹ nhà nước là nhiệm vụ quan trọng của Nhà nước pháp quyền. NSNN và ngân quỹ nhà nước cần được quản lý theo luật định, cần được quản lý công khai, minh bạch vì quyền lợi của nhân dân, của đất nước. ■





HOÀN THIÊN QUY ĐỊNH VỀ QUYỀN THỎA THUẬN CHỌN LUẬT ÁP DỤNG CHO HỢP ĐỒNG DÂN SỰ CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI

■ BÀN HỒI QUỐC TUẦN*

Hợp đồng dân sự (HĐDS) có yếu tố nước ngoài (YTNN) là HĐDS có chủ thể nước ngoài tham gia; căn cứ pháp lý làm phát sinh, thay đổi hay chấm dứt hợp đồng xảy ra ở nước ngoài hoặc theo pháp luật nước ngoài; tài sản liên quan đến hợp đồng nằm ở nước ngoài. Chính YTNN dẫn đến hiện tượng cùng một lúc có thể có nhiều hệ thống pháp luật cùng tham gia điều chỉnh hợp đồng. Từ đó, việc xác định luật áp dụng cho hợp đồng cũng như để bảo vệ lợi ích của các bên khi giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng tất yếu sẽ gặp nhiều khó khăn. Để giải quyết vấn đề này, một trong những nguyên tắc quan trọng được pháp luật các nước cũng như các điều ước quốc tế (ĐUQT) ghi nhận là các bên tham gia quan hệ hợp đồng có quyền thỏa thuận chọn luật áp dụng cho hợp đồng.

1. Quy định của pháp luật Việt Nam về quyền thỏa thuận chọn luật áp dụng cho hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài

Xuất phát từ nguyên tắc tự do thỏa thuận trong quan hệ hợp đồng, pháp luật các nước đều thừa nhận luật áp dụng cho nội dung HĐDS có YTNN trước tiên là luật do các bên tham gia quan hệ hợp đồng thỏa thuận lựa chọn. Dĩ nhiên, sự lựa chọn này phải đáp ứng những điều kiện do chính hệ thống pháp luật đó đặt ra. Nhìn vào các HĐDS có YTNN, đặc biệt là mua bán hàng hóa quốc tế chúng ta thấy ngoài những nội dung cơ bản được ghi nhận tương tự với HĐDS trong nước như chủ thể, đối tượng, quyền và nghĩa vụ của các bên... còn xuất hiện điều khoản luật áp dụng

(applicable law). Vận dụng nguyên tắc này, pháp luật Việt Nam đã quy định quyền thỏa thuận chọn luật áp dụng cho HĐDS có YTNN trong nhiều văn bản pháp luật: Bộ luật Hàng hải năm 2005 (khoản 2 Điều 4); Luật Thương mại 2005 (khoản 2, khoản 3 Điều 4); Luật Hàng không dân dụng Việt Nam 2006 (khoản 2, khoản 3 Điều 4). Đặc biệt, đoạn 1 khoản 1 Điều 769 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005 quy định rõ: “Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thỏa thuận khác”. Như vậy, theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành, cơ sở đầu tiên để xác định luật áp dụng cho quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng là sự thỏa

(*) *ThS, Khoa Luật, Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.*



thuận của các bên tham gia quan hệ hợp đồng.

Tuy nhiên, để có thể áp dụng điều khoản thỏa thuận chọn luật áp dụng cho hợp đồng, có hai vấn đề cần phải làm rõ là sự thỏa thuận lựa chọn luật này phải đáp ứng những điều kiện gì mới trở thành hợp pháp và căn cứ vào luật pháp nước nào để xác định những điều kiện này?

Trả lời câu hỏi thứ nhất liên quan đến việc xác định rõ phạm vi những vấn đề trong hợp đồng mà pháp luật cho phép các bên thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng. Tư pháp quốc tế các nước trên thế giới đều xác định phạm vi những vấn đề mà các bên được quyền thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng và như vậy, những vấn đề khác các bên không được phép thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng mà phải tuân theo sự điều chỉnh của hệ thống pháp luật bắt buộc áp dụng cho HĐDS có YTNN đó. Như vậy, điều kiện thứ nhất để thỏa thuận chọn luật hợp pháp là sự lựa chọn phải nằm trong phạm vi mà pháp luật cho phép lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng. Cụ thể, khoản 1 Điều 769 BLDS năm 2005 chỉ cho phép các bên thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng đối với quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng; còn đối với vấn đề hình thức hợp đồng, các bên không được thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng mà phải tuân theo pháp luật của nước nơi giao kết hợp đồng (Điều 770); hoặc vấn đề xác định nơi giao kết hợp đồng trong trường hợp giao kết hợp đồng vắng mặt thì phải tuân theo pháp luật của nước nơi cư trú của cá nhân hoặc nơi có trụ sở chính của pháp nhân là bên đề nghị giao kết hợp đồng (Điều 771).

Bên cạnh đó, quyền thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng của các bên còn bị hạn chế hay nói cách khác, bị “tước bỏ”, ngay cả trong những vấn đề luật cho phép lựa chọn luật áp dụng. Cụ thể: đoạn 2 khoản 1 Điều 769 BLDS 2005 quy định nếu hợp đồng được giao kết tại Việt Nam và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam

thì phải tuân theo pháp luật Việt Nam. Ngoài ra, thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng của các bên cũng sẽ vô hiệu do điều khoản về bảo lưu trật tự công cộng như quy định tại Điều 759 BLDS 2005: “nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng không trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam” và một số văn bản pháp luật khác với cụm từ tương tự. Phân tích các quy định này cho thấy, dường như pháp luật Việt Nam có khuynh hướng giới hạn đến mức có thể phạm vi những vấn đề của HĐDS có YTNN mà các bên được quyền thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng.

Trả lời câu hỏi thứ hai, căn cứ vào cơ sở pháp lý nào để xác định tính hợp pháp của thỏa thuận chọn luật? Câu hỏi này liên quan đến một vấn đề cũng thuộc về pháp luật điều chỉnh các quan hệ hợp đồng có YTNN là xác định thẩm quyền giải quyết tranh chấp phát sinh từ HĐDS có YTNN. Tranh chấp về HĐDS có YTNN có thể được giải quyết ở cơ quan tài phán nước này nhưng cũng có thể ở cơ quan tài phán nước khác¹. Về nguyên tắc, cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết tranh chấp phát sinh từ HĐDS có YTNN sẽ áp dụng những quy định của pháp luật trong tư pháp quốc tế nước mình để giải quyết vụ việc. Như vậy, cơ sở để xác định tính hợp pháp của thỏa thuận chọn luật áp dụng, hay nói cách khác, cơ sở để xem xét luật được lựa chọn đã thỏa mãn điều kiện về chọn luật hay chưa chính là tư pháp quốc tế của nước có cơ quan tài phán có thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp phát sinh từ HĐDS có YTNN. Trở lại với những quy định về điều kiện chọn luật áp dụng của pháp luật Việt Nam vừa trình bày ở trên, rõ ràng những điều kiện này chỉ có thể được áp dụng xem xét tính hợp pháp của việc lựa chọn pháp luật khi vụ việc tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của cơ quan tài phán Việt Nam. Tư pháp các nước trên thế giới đều thừa nhận nguyên tắc này.

(1) Về vấn đề xác định cơ quan tài phán có thẩm quyền xét xử dân sự quốc tế xin xem thêm: *Bành Quốc Tuấn, Từ một quy định về thẩm quyền xét xử các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài của Tòa án, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 24 (161), tháng 12/2009, tr. 44 – tr.48. Nguyễn Bá Bình, Xác định cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp và tính hợp pháp của việc chọn luật áp dụng đối với HĐDS có yếu tố nước ngoài, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 6, tháng 5/2008.*





Như vậy, về cơ bản, quy định của BLDS 2005 cho phép các bên tham gia quan hệ HĐDS có YTNN được thỏa thuận chọn luật áp dụng cho hợp đồng. Tuy nhiên, luật chỉ quy định rất chung “nếu không có thỏa thuận khác” mà không có thêm bất cứ sự quy định hay giải thích gì cụ thể nên trong thực tế vận dụng quy định này đã phát sinh nhiều vấn đề cần phải tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện.

2. Vấn đề phát sinh từ thực tiễn xác định luật áp dụng trong hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài theo nguyên tắc thỏa thuận và đề xuất góp phần hoàn thiện pháp luật

Những năm gần đây, cùng với việc ngày càng tham gia sâu hơn vào các hoạt động kinh tế quốc tế thì những yêu cầu về xác định luật áp dụng đối với HĐDS có YTNN ở Việt Nam ngày càng trở nên cấp thiết, khi mà vai trò của loại hợp đồng này ngày càng trở nên quan trọng và những vấn đề có liên quan cũng như tranh chấp liên quan đến loại hợp đồng này ngày càng nhiều và phức tạp. Pháp luật Việt Nam quy định rõ ràng về quyền thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng cho quyền và nghĩa vụ trong HĐDS có YTNN. Tuy nhiên, một số vấn đề vẫn tiếp tục phải làm rõ về quy định này trong pháp luật Việt Nam. Cụ thể:

- Các bên có quyền lựa chọn luật áp dụng cho một phần của hợp đồng không? Nói cách khác, các bên có quyền lựa chọn nhiều hệ thống pháp luật điều chỉnh một quan hệ hợp đồng hay không? Thực tiễn cho thấy có những HĐDS có YTNN (ví dụ: hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế) có nội dung rất dài và bao gồm nhiều vấn đề khác nhau. Chính vì vậy, đôi khi phát sinh nhu cầu thực tế là các bên cần thỏa thuận chọn nhiều hệ thống pháp luật và một hệ thống pháp luật chỉ áp dụng điều chỉnh một phần của hợp đồng. Thậm chí ngay cả

khi thỏa thuận chọn luật áp dụng cho toàn bộ hợp đồng vẫn có trường hợp các bên lựa chọn nhiều luật áp dụng cho hợp đồng để phòng ngừa tình huống một hệ thống pháp luật không điều chỉnh hết các vấn đề của hợp đồng. BLDS 2005 không có quy định về vấn đề này, nhưng một số văn bản pháp luật chuyên ngành lại quy định hợp đồng có thể được chi phối bởi hai hay nhiều hệ thống pháp luật khác nhau². Tham khảo Công ước Rome 1980 về luật áp dụng cho nghĩa vụ hợp đồng và Quy tắc Rome I, tại Điều 3 của cả hai văn bản đều quy định: “Bằng thỏa thuận của mình, các bên có thể chọn luật áp dụng cho toàn bộ hoặc chỉ một phần của hợp đồng”³. Tham khảo thực tiễn các nước cũng như Việt Nam cho thấy hiện tượng này thường xuyên xảy ra. Quan điểm này được các chuyên gia châu Âu về tư pháp quốc tế chấp nhận và đã được ghi nhận tại văn bản pháp luật của nhiều quốc gia⁴. Vì vậy, theo chúng tôi, BLDS 2005 cần quy định thống nhất về quyền của các bên được chọn luật áp dụng cho một phần hoặc toàn bộ hợp đồng và quyền được lựa chọn nhiều hệ thống pháp luật khác nhau áp dụng cho một quan hệ HĐDS có YTNN.

- Quy định về hình thức thể hiện sự thỏa thuận chọn luật áp dụng trong hợp đồng. Trong phần lớn trường hợp, các bên trong hợp đồng đều thể hiện rõ ràng ý chí của mình về việc lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng. Tuy nhiên, trong một số trường hợp khác, các bên không thể hiện rõ ràng ý chí của mình hoặc quy định theo kiểu “thỏa thuận ngầm” thì khi xảy ra tranh chấp việc xác định luật áp dụng giải quyết là rất phức tạp. Điều 769 BLDS không quy định về hình thức thể hiện của điều khoản chọn luật cho hợp đồng. Tham khảo Công ước Rome 1980 và Quy tắc Rome I chúng ta thấy đều có quy định thỏa thuận chọn luật phải được thể hiện hoặc chứng tỏ một cách chắc chắn bằng các điều khoản của hợp đồng hoặc

(2) Ví dụ: khoản 1 Điều 17 Luật người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng quy định: “Hợp đồng cung ứng lao động phải phù hợp với pháp luật Việt Nam, pháp luật của nước tiếp nhận lao động...”. Như vậy, Hợp đồng cung ứng lao động đồng thời chịu sự điều chỉnh của pháp luật Việt Nam và pháp luật của nước tiếp nhận lao động.

(3) Xem Nguyễn Thị Hồng Trinh, Nguyên tắc tự do chọn luật cho hợp đồng từ Công ước Rome 1980 đến quy tắc Rome I và nhìn về Việt Nam, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 6(167), tháng 3/2010.

(4) Xem TS. Đỗ Văn Đại, TS. Mai Hồng Quỳ, Tư pháp quốc tế Việt Nam, Nxb. CTQG, 2010, tr.583.



hoàn cảnh của vụ việc. Tương tự, Điều 2 Công ước La Haye 1955 về luật áp dụng cho mua bán hàng hóa quốc tế quy định ý chí của các bên về luật áp dụng phải được thực hiện một cách trực tiếp hay xuất phát từ quy định của hợp đồng một cách cụ thể; Điều 7 Công ước La Haye 1986 về luật áp dụng đối với hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế quy định thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng phải được thể hiện rõ ràng hay xuất phát trực tiếp từ điều kiện của hợp đồng và cách xử sự của các bên được xem xét trong tổng thể.

Xuất phát từ hoàn cảnh thực tế của Việt Nam, theo chúng tôi, BLDS 2005 cần quy định về hình thức thể hiện sự thỏa thuận chọn luật áp dụng trong hợp đồng theo hướng: việc chọn lựa luật áp dụng phải được thể hiện rõ ràng bằng các điều khoản trong hợp đồng và không chấp nhận hình thức “thỏa thuận ngầm” trong việc lựa chọn luật áp dụng vì các lý do sau: (i) sự hiểu biết về pháp luật nói chung, pháp luật dân sự có YTN của các chủ thể Việt Nam chưa cao, việc quy định rõ ràng trong hợp đồng về luật áp dụng sẽ tránh cho các bên sự tranh chấp không cần thiết; (ii) việc giải thích pháp luật tại Việt Nam chưa thống nhất và chưa đạt được hiệu quả mong muốn. Vì vậy, việc quy định rõ ràng trong hợp đồng sẽ giúp cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết tranh chấp tránh được khó khăn khi xác định ý chí của các bên trong việc giải thích hợp đồng; (iii) phù hợp với truyền thống pháp luật thành văn của hệ thống pháp luật Việt Nam khi mà trình độ lập pháp chưa được hoàn thiện thì việc quy định cụ thể sẽ tốt hơn. Đồng thời, pháp luật Việt Nam cũng cần quy định rõ nếu các bên không đáp ứng được yêu cầu này thì thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng sẽ không có hiệu lực pháp luật.

- Các bên có quyền thỏa thuận lựa chọn một hệ thống pháp luật không có mối quan hệ thực chất với hợp đồng để áp dụng hay

không? Thực tế cho thấy, pháp luật mà các bên tham gia quan hệ hợp đồng lựa chọn áp dụng là pháp luật có liên quan đến hợp đồng. Ví dụ: pháp luật mà một trong các bên có quốc tịch. Tuy nhiên, cũng có nhiều trường hợp, các bên lựa chọn một hệ thống pháp luật không có liên quan gì đến hợp đồng. Ví dụ: Trong hợp đồng giữa một doanh nghiệp Việt Nam và một doanh nghiệp Đan Mạch, các bên có thỏa thuận “trong trường hợp nếu hợp đồng không chi rõ thì luật thực chất của Pháp sẽ điều chỉnh” (Điều 13.2)⁵. Về vấn đề này BLDS 2005 chưa có quy định cụ thể. Tham khảo pháp luật các nước chúng ta thấy, có nhiều cách giải quyết khác nhau. Pháp luật Mỹ yêu cầu luật được lựa chọn phải có mối quan hệ thực chất với hợp đồng trong khi Điều 2 Công ước Rome và Điều 2 Quy tắc Rome I không đòi hỏi một mối liên hệ thực chất hay liên hệ khác với luật được lựa chọn⁶. Quan điểm này cũng được một số nhà nghiên cứu pháp luật Việt Nam thừa nhận⁷. Thực tiễn hoạt động thương mại quốc tế cũng cho thấy, các bên thường có xu hướng lựa chọn một hệ thống pháp luật không có mối liên hệ thực chất với hợp đồng hoặc lựa chọn tập quán thương mại quốc tế để điều chỉnh quan hệ hợp đồng. Vì vậy, theo chúng tôi, BLDS 2005 cần quy định theo hướng chấp nhận các bên được quyền lựa chọn một hệ thống pháp luật không có mối liên hệ thực chất với hợp đồng để điều chỉnh hợp đồng vì các lý do: (i) đảm bảo tôn trọng tối đa quyền tự thỏa thuận của các bên, đây là một trong những nguyên tắc cơ bản của hợp đồng; (ii) việc cho thỏa thuận lựa chọn pháp luật của nước thứ ba như một giải pháp trung gian sẽ giúp cho các bên thực hiện hợp đồng dễ dàng hơn trong trường hợp bên Việt Nam không muốn áp dụng luật của bên nước ngoài và bên nước ngoài không muốn áp dụng luật Việt Nam; (iii) phù hợp với nguyên tắc các bên được quyền thỏa thuận lựa chọn nhiều hệ thống pháp luật áp dụng cho một quan hệ hợp

(5) Xem Nguyễn Trọng Đán, *Hợp đồng thương mại quốc tế*, Hà Nội, 1997, tr.398.

(6) Xem Nguyễn Thị Hồng Trinh, tài liệu đã dẫn.

(7) Xem TS. Nguyễn Văn Luyện, TS. Lê Thị Bích Thọ, TS. Dương Anh Sơn, *Giáo trình Luật hợp đồng thương mại quốc tế*, Nxb Đại học quốc gia TP. Hồ Chí Minh 2009, tr.37.





đồng như đã phân tích ở trên; (iv) phù hợp với thông lệ quốc tế khi các bên còn được phép thỏa thuận lựa chọn tập quán thương mại quốc tế hay những nguyên tắc của hợp đồng thương mại quốc tế đã được thừa nhận rộng rãi (Ví dụ: Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế).

- Thỏa thuận lựa chọn áp dụng ĐUQT. Trong thực tế, có một số ĐUQT mà Việt Nam chưa là thành viên. Ví dụ: Công ước Viên 1980 của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế chẳng hạn. Vậy các bên có quyền thỏa thuận lựa chọn áp dụng cho hợp đồng hay không? Theo quan điểm của một số nhà nghiên cứu pháp luật Việt Nam khi xem xét các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành, dường như pháp luật Việt Nam, mặc dù không cấm, nhưng không quy định về quyền được thỏa thuận lựa chọn một ĐUQT mà Việt Nam chưa phải là thành viên để áp dụng cho HĐDS có YTNN⁸. Cụ thể: khoản 4 Điều 759 BLDS 2005 quy định: “Trong trường hợp quan hệ dân sự có YTNN không được Bộ luật này, các văn bản pháp luật khác của Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, ĐUQT mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên hoặc HĐDS giữa các bên điều chỉnh thì áp dụng...”. Phân tích câu chữ điều luật này rõ ràng chúng ta thấy chỉ có thể áp dụng những ĐUQT mà Việt Nam đã tham gia cho quan hệ HĐDS có YTNN. Quy định tại khoản 2 Điều 5 Luật Thương mại 2005 cũng tương tự. Tuy nhiên, theo quan điểm chúng tôi, pháp luật Việt Nam hiện hành chưa quy định cụ thể về vấn đề này và cách lý giải như trên là thiếu thuyết phục. Hiện nay, không có văn bản pháp luật Việt Nam nào cấm các bên lựa chọn những ĐUQT mà Việt Nam chưa phải là thành viên áp dụng cho HĐDS có YTNN. Ngược lại, cũng không có quy phạm nào thừa nhận rõ ràng quyền lựa chọn của các bên về những ĐUQT như vậy. Vì pháp luật không cấm và cũng không thừa nhận

rõ ràng nên phụ thuộc vào người áp dụng. Tuy nhiên, theo chúng tôi, BLDS 2005 nên quy định một cách rõ ràng cho phép các bên lựa chọn những ĐUQT như vậy để áp dụng cho hợp đồng. Bởi vì: (i) những quy định của các ĐUQT thường phù hợp với các quan hệ dân sự có YTNN, trong khi đó, pháp luật quốc nội của một nước đôi khi không phù hợp với loại quan hệ này; (ii) Việt Nam chưa có điều kiện gia nhập nhiều ĐUQT đa phương điều chỉnh quan hệ HĐDS có YTNN nên việc chỉ cho phép các bên thỏa thuận lựa chọn những điều ước mà Việt Nam là thành viên sẽ hạn chế quyền tự do thỏa thuận của các bên và quan trọng nhất là cản trở giao lưu dân sự quốc tế.

- Về thuật ngữ pháp lý. Theo quy định của Điều 769 BLDS 2005: “Quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng, nếu không có thỏa thuận khác”. Như vậy, phạm vi vấn đề các bên được quyền thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng là “quyền và nghĩa vụ”. Cách quy định này của pháp luật Việt Nam vô tình đã thu hẹp phạm vi thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng của các bên vì theo thông lệ chung của thế giới, các bên được quyền lựa chọn luật áp dụng cho “nội dung của hợp đồng”, mà nội dung của hợp đồng còn nhiều vấn đề khác ngoài quyền và nghĩa vụ của các bên. Tham khảo Điều 12 Công ước La Haye 1986 chúng ta thấy, công ước đã liệt kê phạm vi những vấn đề mà các bên được thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng ngoài quyền và nghĩa vụ của các bên còn bao gồm vấn đề thời điểm chuyển rủi ro, tính hợp pháp và hiệu lực pháp lý của các điều khoản hợp đồng về bảo vệ quyền sở hữu đối với hàng hóa, hậu quả của việc không thực hiện hợp đồng...⁹. Vì vậy, theo chúng tôi, pháp luật Việt Nam cần quy định theo hướng pháp luật điều chỉnh nội dung của hợp đồng là pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng, nếu các bên không có thỏa thuận khác.

(Xem tiếp trang 88)

(8) Xem Nguyễn Bá Chiến, *Quyền lựa chọn pháp luật áp dụng của các cá nhân, tổ chức trong lĩnh vực tư pháp quốc tế*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2/2006, tr. 72.

(9) Xem TS. Nguyễn Văn Luyện, TS. Lê Thị Bích Thọ, TS. Dương Anh Sơn, *Sđd*, tr.38.



CON ĐƯỜNG CÔNG NGHIỆP HÓA, HIỆN ĐẠI HÓA RÚT NGẮN CỦA HÀ NỘI HIỆN NAY

■ HOÀNG XUÂN NGHĨA*

1. Công nghiệp hóa và phát triển - vấn đề của thời đại và của Việt Nam

Công nghiệp hóa (CNH) không phải là câu chuyện mới. Thế giới đã trải qua chặng đường CNH mấy trăm năm và thể nghiệm mô hình CNH đến mấy thế hệ. Xin tạm sắp xếp như sau: CNH thế hệ thứ nhất gồm các nước Âu Mỹ hồi thế kỷ XVII-XVIII kéo dài mấy trăm năm (còn gọi mô hình cổ điển tuần tự); CNH thế hệ thứ hai mà tiêu biểu là Nhật Bản hồi cuối thế kỷ XIX tới nửa đầu thế kỷ XX, mất chừng 50-60 năm (mô hình phi cổ điển tuần tự); CNH thế hệ thứ ba gồm các nước NICs trong những thập kỷ 60-80 thế kỷ XX, mất 30-35 năm (mô hình phi cổ điển rút ngắn); ngoài ra, có CNH của các nước Đông Nam Á, các nước Mỹ latin, các nước chuyển đổi như Việt Nam, Trung Quốc, Nga...

Dĩ nhiên, giữa các thế hệ và mô hình CNH cũng có những khác biệt và đặc trưng riêng, có những kinh nghiệm mang tính phổ quát hoặc những kinh nghiệm mang tính đặc thù không lặp lại. Cũng đã có những tổng kết và đánh giá về CNH, chủ yếu theo hướng tích cực, thuận chiều. Nhưng chúng tôi lại quan tâm

tới vấn đề khác còn đang ít được đề cập: đó là câu chuyện về thất bại của CNH. Vấn đề ở chỗ, cùng với mặt trái và mâu thuẫn đang tăng lên, không thể xem thường nguy cơ rủi ro cao của các quá trình CNH và phát triển trong thời đại ngày nay. Lý luận và thực tiễn cũng chỉ ra, CNH không thể không dựa trên cơ sở kinh tế thị trường và hội nhập (thất bại của CNH xã hội chủ nghĩa theo mô hình Xô-viết đã chứng minh điều này); tuy nhiên, CNH theo con đường phát triển kinh tế thị trường tự do và phương Tây hóa cũng không phải tối ưu. Trong khi một nhóm các nước công nghiệp hàng đầu ở phương Tây đang gạt hái về phát triển thì trái lại, đa số các nước ngoài phương Tây, kể cả các nước chuyển đổi - tức đa số dân cư trên hành tinh lại thất bại sâu sắc trong những nỗ lực CNH, phát triển kinh tế thị trường và hội nhập.

Thất bại của CNH và phát triển kinh tế thị trường tư bản chủ nghĩa (TBCN) đã không còn là điều bí mật: “Chủ nghĩa tư bản (CNTB) chỉ giành được thành công trong 10% hoặc 20% dân số thế giới. Còn đối với thế giới thứ ba, đối với những người nghèo chiếm đa số dân số

(*) TS. Viện nghiên cứu phát triển kinh tế - xã hội Hà Nội.





mà nói, CNTB chỉ mang tính tai ương, thất bại của CNTB còn sớm hơn cả thất bại của chủ nghĩa xã hội”¹. Một câu hỏi luôn ám ảnh các nhà khoa học thế giới: “Tại sao CNTB thắng lợi ở phương Tây nhưng lại thất bại ở các nơi khác?”; “Tại sao nó lại không có khả năng bành trướng và chinh phục toàn xã hội?... Tại sao một phần đáng kể của sự hình thành vốn (tư bản - TG) lại chỉ có thể diễn ra trong những khu vực nhất định chứ không phải toàn bộ nền kinh tế thị trường của thời đại?”². Vấn đề là ở chỗ, khác với các thế kỷ trước đây, CNH và phát triển kinh tế thị trường hiện đại không thể ra đời tự phát, mà cần những điều kiện về kinh tế, xã hội và thể chế thích hợp, đặc biệt, cần một Nhà nước mạnh và trong sạch để quản lý các quá trình phát triển.

Trong bối cảnh toàn cầu hoá và hội nhập, không thể phủ nhận bên cạnh những cơ hội lớn mà thời đại tạo ra, cũng có nhiều thách đố gay gắt về phát triển. Trong đó, thách đố lớn nhất là đòi hỏi các nước đi sau như Việt Nam phải phát huy được nội lực và nhân tố năng động của chủ thể, để có thể tranh thủ tối đa ngoại lực và lợi thế của người đi sau, nhằm thu hẹp khoảng cách và đạt được sự phát triển hiện đại. Tuy nhiên, do tồn tại khoảng cách lớn về trình độ, nhất là khoảng cách về khoa học công nghệ so với CNTB mà các nước đi muộn vào CNH và kinh tế thị trường toàn cầu phải chịu sức ép lớn trong cuộc cạnh tranh không cân sức; họ buộc phải đề ra yêu cầu bức thiết về phát triển rút ngắn và đuổi kịp, nếu không sẽ bị loại khỏi cuộc chơi toàn cầu hoá. Thậm chí, có ý kiến bi quan còn cho rằng, trong điều kiện chênh lệch quá lớn về trình độ phát triển như ngày nay thì những nước nghèo mãi mãi không thể vươn lên theo kịp các nước giàu - bởi xét về giá trị tuyệt đối thì các nước giàu như Mỹ, Nhật Bản, EU chỉ tăng 1% GDP là đã lớn hơn hàng chục, hàng trăm % GDP của các nước nghèo!

Ngoài ra, không ngoại trừ các nước phát

triển lợi dụng toàn cầu hoá để áp đặt sự thống trị và bóc lột theo kiểu “chủ nghĩa thực dân mới” hay quan hệ “trung tâm - ngoại vi”. Xét về thực chất, nền kinh tế thị trường TBCN toàn cầu ngày nay là sự thống trị của một thiểu số các nước lớn hay các tập đoàn xuyên quốc gia (TNCs) ở “trung tâm” đối với “ngoại vi”, thông qua việc định ra luật lệ và chính sách, điều phối hoạt động kinh tế và trao đổi thương mại bất lợi cho các nước nghèo. Theo tính toán, vào đầu thế kỷ XXI, các nước công nghiệp phát triển đã giành 350 tỷ USD hàng năm để trợ cấp cho nông dân nước họ, tức gấp 7 lần tổng số tiền viện trợ quốc tế cho các nước nghèo. Trên thế giới có khoảng 1,2 tỷ người sống dưới mức nghèo khổ với thu nhập chỉ 1 USD/người/ngày; mà nguyên nhân chủ yếu là do chính sách trợ cấp nông nghiệp và việc hạn chế nông phẩm của nước nghèo tiếp cận thị trường nước giàu³. CNH và phát triển kinh tế thị trường theo mô hình phương Tây, mà Mỹ và các định chế toàn cầu WB, IMF đang cố áp đặt một cách “võ đoán”, đã tỏ ra bất khả thi. Trái lại, nó có nguy cơ tạo ra sự lệ thuộc về chính sách giữa nước nghèo vào nước giàu, đồng thời gây xung đột sâu sắc với các giá trị văn hoá và truyền thống, làm tăng bất ổn xã hội và khoảng cách giàu nghèo trong lòng các xã hội vốn không quen với chủ nghĩa làm giàu vị kỷ, thần tượng hoá đồng tiền đến mức chà đạp cả đạo lý, thuần phong bản địa.

Với Việt Nam, sau khi đã gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới WTO, nền kinh tế nước ta phải tham gia vào sân chơi chung, vận hành theo luật lệ thương mại và thị trường toàn cầu. CNH, hiện đại hóa (HĐH) hơn bao giờ hết lại nổi lên, trở thành nhiệm vụ trung tâm và có tính quyết định. Vấn đề là ở chỗ làm sao nhanh chóng đưa nước ta ra khỏi tình trạng chậm phát triển hay “thân phận công dân thế giới hạng hai”⁴, xây dựng thành công nước Việt Nam giàu mạnh, trở thành quốc gia công nghiệp

(1) *Tiêu Phong, Hai chủ nghĩa một trăm năm. Nxb Chính trị Quốc gia, H, 2004, tr.211.*

(2) *Hernando De Soto, Bí ẩn của vốn, Nxb Chính trị Quốc gia, H, 2006.*

(3) *Thời báo Kinh tế Việt Nam, số 144, thứ hai ngày 2/12/2002, tr.18.*

(*) *Nguyễn Trung, nguyên Đại sứ Việt Nam tại Hoa Kỳ.*



hóa trong thế kỷ XXI, cũng giống như các nước G7, G8 hay G20, các nước NICs. Hơn nữa, Việt Nam sau hơn hai thập kỷ cải cách, mở cửa và hội nhập, đã luôn duy trì được mức tăng trưởng cao, GDP/đầu người bắt đầu vượt ngưỡng thu nhập thấp và bước vào hàng các quốc gia có thu nhập trung bình. Nhưng cũng có nhiều cảnh báo, đây là giai đoạn khó khăn nhất trong phát triển. Bởi nó quyết định hoặc chúng ta vươn lên đẳng cấp phát triển cao như các nước Tây Âu hay Đông Á, hoặc sẽ nằm lại trong quỹ đạo “bẫy thu nhập trung bình” và “trần công nghệ cao” như các nước Đông Nam Á và nhiều nước Mỹ latin, châu Phi khác.

Đánh giá thật nghiêm khắc, có thể thấy rằng, chúng ta chưa thành công, thậm chí là thất bại về CNH. Kể từ khi Đổi mới đến nay, đã hơn 1/4 thế kỷ, nếu tính cả thời gian đất nước chấm dứt chiến tranh, xây dựng hòa bình thì đã hơn 35 năm (vừa đủ thời gian cho một thế hệ các nước NICs trở thành những con hổ kinh tế), nhưng chúng ta mới chỉ tạm thoát ra khỏi ngưỡng nghèo và ở tốp dưới của các nước thu nhập trung bình (vượt mốc GDP 1.000 USD/đầu người). Có ý kiến cho rằng, chúng ta mới đi được 1/3 - 1/4 lộ trình CNH. Lại có ý kiến bi quan hơn cho rằng, sự nghiệp CNH đang chệch hướng và khó tới đích! Từ nay tới năm 2020, chặng đường CNH chỉ còn 10 năm nữa, nhưng là chặng đường đầy khó khăn. Nó sẽ quyết định việc nước ta, sau khi thoát khỏi tình trạng quốc gia thu nhập thấp, có chuyển sang giai đoạn “cắt cánh” và gia nhập vào nhóm các nước CNH mới (như Thái Lan, Malaixia,

Philippine...), và tiếp sau đó có thể vươn lên đẳng cấp phát triển cao (như Singappore, Hàn Quốc, Đài Loan...) hay không. Có so sánh rằng, xét theo các chỉ tiêu GDP/đầu người, tỷ trọng công nghiệp chế tạo và trình độ khoa học công nghệ, thì chúng ta đang “doãng rộng khoảng cách” và đi chậm hơn so với một số nước trong khu vực từ 15-20 năm⁴. Theo logic thông thường, Việt Nam không thể hoàn thành nhiệm vụ CNH bởi thời gian còn lại quá ngắn.

2. Con đường thực hiện công nghiệp hóa -hiện đại hóa rút ngắn của Hà Nội

Hà Nội là thủ đô của đất nước. Vì thế, sự phát triển của Hà Nội có ảnh hưởng lớn đến sự phát triển chung của cả nước. Với Hà Nội, việc điều chỉnh địa giới hành chính Thủ đô tăng lên 3,5 lần và dân số tăng gấp 2 lần, qua việc sáp nhập thêm các tỉnh Hà Tây, một phần tỉnh Vĩnh Phúc và Hòa Bình, đã đem lại cho Hà Nội vị thế mới, với không gian địa chính trị mở rộng. Nhưng trước mắt, Hà Nội cũng còn nhiều thách thức lớn phải vượt qua, đó là mức thu nhập bình quân GDP/đầu người phải tính toán lại, từ 2.300 USD giảm xuống chỉ còn khoảng 1.700 USD (năm 2008), hoặc từ 5.000 USD chỉ còn khoảng 3.000-3.500 USD (dự kiến năm 2015), 5.100-5.200 USD (năm 2020) và 11.000-12.000 USD (năm 2030)⁵. Mục tiêu Hà Nội phải hoàn thành CNH-HĐH về trước cả nước vào năm 2015 và sánh kịp các thủ đô trên thế giới lại càng là một thách thức. Vì thế, việc đề ra các giải pháp để Hà Nội cơ bản hoàn thành CNH trước cả nước vào

(4) Theo thống kê của IMF năm 2007: GDP/đầu người Việt Nam vào năm 1986 kém Trung Quốc 200 USD, Philippines 440 USD, Indônêxia 550 USD, Thái Lan 997 USD, Malaixia 1.950 USD, Hàn Quốc 6.940 USD; vào năm 2006 kém Philippines 420 USD, Indônêxia 750 USD, Trung Quốc 1.100 USD, Thái Lan 2.140 USD, Malaixia 4.520 USD, Hàn Quốc 17.000 USD. Theo TS. Vũ Thành Tự Anh (Chương trình giảng dạy kinh tế Fulbright – Harvard: Công nghiệp hóa như thế nào, 31/5/2010): Tính theo giá trị gia tăng hàng công nghiệp chế tạo MVA trên đầu người thì vào năm 2008, Việt Nam đạt khoảng 200 USD, Trung Quốc đạt được mức này năm 1995, Thái Lan năm 1986, Malaixia năm 1977, Hàn Quốc năm 1976. Nếu coi Thái Lan và Malaixia hiện nay là nước cơ bản hoàn thành CNH thì phải đến năm 2025 Việt Nam mới đạt mức tương đương MVA trên đầu người của Thái Lan 1.400 USD, đến năm 2030 mới đạt mức tương đương của Malaixia 1.800 USD hiện nay. GS.TS Trần Văn Thọ (Đại học Waseda - Tokyo: Con đường rút ngắn khoảng cách phát triển, 14/10/210): So sánh Việt Nam với Thái Lan là 2 nước có một số tương đồng (dân số không khác nhau nhiều, cấu tạo tài nguyên gần giống nhau, vào thập niên 1950 hầu như có cùng trình độ phát triển). Vào năm 2004, GNI đầu người của Việt nam 550 USD, Thái Lan 2.540 USD, Trung Quốc 1.290 USD; chính xác hơn tính GNI theo PPP thì vào năm 2004 Việt Nam đạt 2.700 USD, Trung Quốc xấp xỉ gấp 2 lần và Thái Lan gấp 3 lần (8.020 USD). Tỷ trọng công nghiệp trong GDP Việt Nam năm 1993 là 15%, tương đương Thái Lan năm 1970. Tỷ lệ hàng công nghiệp trong giá trị xuất khẩu năm 2005 Việt Nam đạt 60%, tương đương với Thái Lan giữa thập niên 1980. Kết hợp các chỉ tiêu công nghiệp hóa thì vào đầu thế kỷ 21 Việt Nam chậm hơn Thái Lan 20 năm.

(5) Dự thảo Báo cáo Chiến lược phát triển KT-XH Hà Nội tới năm 2020 tầm nhìn 2030. HN, 2009.





năm 2015 vừa là vấn đề có tính lý luận sâu sắc vừa có tính thực tiễn rất cao.

Thủ đô Hà Nội có chỉ số công nghiệp cao hơn cả nước 1,5-1,7 lần; khoảng cách về trình độ phát triển của Hà Nội so với các nước trong khu vực ước chừng chậm hơn từ 10-15 năm. Như vậy, trong khoảng thời gian từ nay tới 2015, để đạt trình độ hiện tại của một số nước CNH trong khu vực, thì Hà Nội cần nâng tốc độ tăng trưởng lên cao hơn nữa so với mức khoảng 10%/năm hiện nay. Tuy vậy, sẽ là thách thức lớn đối với một nền kinh tế “quá nóng”.

Chúng ta biết rằng, một nước nếu duy trì được tốc độ tăng trưởng 7-7,5%/năm liên tục trong vòng 10 năm sẽ bội tăng GDP theo quy luật “nhân đôi”. Việt Nam trong thời kỳ 1994-2008 đã làm được điều này. Với quy mô tương đối nhỏ của Thủ đô Hà Nội, nếu duy trì được tốc độ khoảng 10%/năm trở lên trong vòng 6-7 năm thì có thể nhân đôi GDP của mình. Nước Nhật đã làm được điều thần kỳ như vậy trong những năm 60-70 thế kỷ trước khi thực hiện thành công kế hoạch “bội tăng tiền lương cho người lao động” và “bội tăng lợi tức quốc gia” của Thủ tướng Ikeda Hayato và nhà kinh tế học Nakayama Ichiro trong vòng 07 năm (so với 10 năm kế hoạch đề ra). Đối với chúng ta, đây nhanh nhịp độ tăng trưởng là phương án được lựa chọn.

Giả định chúng ta sẽ thực hiện được kế hoạch tăng trưởng đề ra, để vào năm 2015 Hà Nội đạt GDP/đầu người 3.000-3.500 USD, thì vẫn còn thấp hơn chỉ tiêu của nước CNH với mức GDP/đầu người tối thiểu khoảng 5.000 USD. Như vậy, nếu chỉ dựa vào con đường đẩy nhanh tăng trưởng (tăng tốc độ và quy mô

GDP), thì việc phấn đấu để Hà Nội trở thành thủ đô CNH sẽ gặp những mối quan ngại khó vượt qua: (i) không thể thực hiện nhiệm vụ này vào năm 2015 như vừa chỉ ra; (ii) mặt khác, nhiều cảnh báo chúng ta đã duy trì quá lâu mô hình tăng trưởng và CNH ưu tiên số lượng nhờ gia tăng các yếu tố đầu vào (thâm dụng vốn, lao động giá rẻ và tài nguyên thô), mô hình này đã hết tác dụng và có nguy cơ gây khủng hoảng xã hội sâu sắc.

Hạn chế của mô hình tăng trưởng và CNH chạy theo số lượng thay vì chất lượng ngày càng bộc lộ trên các mặt sau:

- Tuy nền kinh tế Thủ đô có tốc độ tăng trưởng khá cao trong thời gian tương đối dài⁶, tỷ trọng giá trị xuất khẩu lớn so với GDP; nhưng thành tích này chủ yếu nhờ vào tăng các yếu tố đầu vào, hiệu quả không cao, mang về ít giá trị tăng thêm và năng suất lao động thấp⁷. Thêm nữa, Hà Nội chưa chủ động phát triển ngành công nghiệp hỗ trợ để thúc đẩy nội địa hóa sản xuất, dẫn tới cơ cấu công nghệ lạc hậu, nặng tính chất gia công; chưa có nhiều sản phẩm và doanh nghiệp với thương hiệu mạnh, có sức cạnh tranh trên thị trường trong nước và quốc tế. Đặc biệt, CNH nông nghiệp - nông thôn ngoại thành tiến hành còn chậm và có xu hướng gia tăng khoảng cách với khu vực đô thị⁸; con đường đưa nông dân đi vào CNH, vấn đề thu hồi đất đai nông nghiệp, bố trí việc làm và đời sống sau khi thu hồi đất chưa có lời giải tối ưu, xuất hiện các bức xúc và mâu thuẫn trong quá trình đô thị hóa quá nhanh, đe dọa gây bất ổn xã hội; phân bổ và sử dụng đất đai nông nghiệp đang nổi cộm: nhiều diện tích đất nông nghiệp màu mỡ, nhiều vùng có truyền thống thâm canh, nhiều loại cây con

(6) Trong giai đoạn trước suy giảm và khủng hoảng 1991-2008, kinh tế Thủ đô liên tục đạt mức tăng trưởng cao, hầu hết các chỉ tiêu đều đạt và vượt so với kế hoạch đề ra, bình quân GDP tăng từ 9,7-11,4%/năm. Giai đoạn 2006-2010 dự kiến đạt 10,2%/năm; trong đó, năm 2006 tăng 11,55%, năm 2007 tăng 12,08%, năm 2008 tăng 10,6%, năm 2009 ảnh hưởng suy giảm vẫn đạt 6,7%, năm 2010 dự kiến tăng 9-10%, được điều chỉnh trên 10% (theo số liệu thống kê).

(7) Theo tính toán của GS. Kenichi cho trường hợp Việt Nam và Hà Nội: Tăng trưởng dựa vào yếu tố tăng vốn (chiếm 57,5%) và tăng lao động (20%), đóng góp của yếu tố năng suất tổng hợp TPF (hiệu quả đầu tư và năng suất lao động) rất thấp - 22,5%. Cũng theo Báo cáo “Xu hướng lao động và xã hội Việt Nam năm 2009/2010”, Bộ Lao động Thương binh - Xã hội: năng suất lao động của chúng ta chỉ bằng 1/5 NS trung bình của ASEAN và 1/10 NS của Singapore.

(8) Trong 5 năm lại đây, tăng trưởng bình quân khu vực ngoại thành đạt 9,8%/năm (so với nội thành 12,2%/năm); cơ cấu tỷ trọng GDP giữa ngoại/nội thành từ 39,2/60,8 giảm xuống 30,1/69,9; trong khi khu vực ngoại thành chiếm 91% diện tích và 50% dân số, nhưng chỉ tạo ra 30% GDP, tiếp nhận 25-30% vốn đầu tư ngân sách tập trung.



đặc sản quý, nhiều làng nghề truyền thống của Thăng Long - Hà Nội... đang đứng trước nguy cơ biến mất vĩnh viễn⁹.

- Mặc dù Thủ đô được coi là trung tâm giáo dục đào tạo và khoa học công nghệ của đất nước, có tỷ lệ lao động đã qua đào tạo chiếm 50%, nhưng xét về mặt chất lượng đào tạo và chất lượng nguồn nhân lực thì hãy còn thấp so với yêu cầu CNH; công tác đào tạo đang mâu thuẫn: thừa thầy thiếu thợ, đào tạo ra nhưng không bố trí được việc làm, trong khi lại thiếu lao động có tay nghề và năng lực chuyên môn sâu, tỷ lệ lao động phổ thông còn lớn. Dịch chuyển cơ cấu lao động và việc làm chậm hơn tốc độ chuyển dịch cơ cấu kinh tế dẫn tới tình trạng dư thừa lao động và gây bức xúc về đời sống, việc làm. Công tác quy hoạch, quản lý đô thị, phát triển hạ tầng kỹ thuật và xã hội cũng có nhiều mặt yếu kém; tình trạng ùn tắc giao thông, úng ngập cục bộ, ô nhiễm môi trường... đang là các vấn đề bức xúc thường trực¹⁰. Một số công trình, dự án về xây dựng hạ tầng triển khai chậm, hiệu quả đầu tư không cao. Cả hai mặt quan trọng của Thủ đô là phát triển con người và xã hội - đô thị trong quá trình CNH có những tồn tại bất cập sâu sắc.

- Năng lực quản trị điều hành nền kinh tế Thủ đô còn hạn chế, mang dáng dấp hành

chính quan liêu chậm chạp, nhất là trong công nghiệp; chưa có sự phối hợp chặt chẽ giữa chính quyền và doanh nghiệp để kịp thời tháo gỡ những vướng mắc khó khăn. Phân cấp quản lý còn chưa theo kịp yêu cầu thực tiễn, điều hành vĩ mô chưa nhạy bén, đôi khi mang tính tình thế, bị động. Chưa đảm bảo bình đẳng thật sự giữa các thành phần kinh tế, nhất là trong tiếp cận các nguồn lực đất đai, tín dụng (có vốn nước ngoài và vốn hỗ trợ phát triển ODA). Môi trường kinh doanh và chỉ số năng lực cạnh tranh của Thủ đô chậm được cải thiện. Không thể phủ nhận, có tư duy quản lý chạy theo số lượng, thành tích, đề cao tốc độ tăng trưởng, đánh đổi mục tiêu tăng trưởng với sự trả giá đắt về xã hội, môi trường và phát triển bền vững...

Kết quả là đang xuất hiện những mâu thuẫn và nguy cơ tiềm tàng: Nền kinh tế kém hiệu quả và sức cạnh tranh, môi trường và chất lượng sống, văn hóa - xã hội - giáo dục chậm được cải thiện, thậm chí có biểu hiện suy thoái. Hà Nội sẽ không thể trở thành thủ đô CNH hiện đại, văn minh nếu các mặt trên đây chưa được quan tâm giải quyết đồng bộ. Cho tới nay, Hà Nội vẫn là thủ đô nghèo so với thủ đô các nước trong khu vực như Băng Cốc - Thái Lan, Cuala Lämpơ - Mailaixia, Manila - Phillipine...

(9) Sau 8 năm thực hiện Nghị quyết 20/NQ của Thành ủy và HĐND Thành phố ngày 13/7/2000 về công tác giải phóng mặt bằng (GPMB), thành phố đã bàn giao khoảng 2.000 dự án trong tổng số gần 3.000 dự án phải GPMB với gần 10.000 ha đất, liên quan tới hàng vạn hộ dân. Bình quân mỗi năm đã GPMB khoảng 300 dự án với trên 1.000 ha. Đối với Hà Nội mở rộng, tính đến 31/8/2008, trên địa bàn hiện có hơn 800 dự án đầu tư yêu cầu GPMB với quy mô hơn 12.833 ha đất phải thu hồi, liên quan đến gần 120.000 tổ chức, hộ gia đình và cá nhân; trong đó dự kiến phải bố trí tái định cư và giải quyết việc làm cho khoảng 18.000 hộ (Số liệu của Ban chỉ đạo GPMB Thành phố, HN, 2009). Đồ án Quy hoạch Thủ đô mới (hiện đang chờ phê duyệt) đề xuất quỹ đất cho đô thị tăng từ 920 km² (lần đầu) lên 1.200 km² (lần điều chỉnh). Như vậy, dự kiến trong vòng 20 năm (2010-2030), đất cho đô thị tăng 7 lần so với hiện trạng là 180,5 km². Nếu thực hiện theo Đồ án Quy hoạch này thì tới năm 2030 sẽ phải thu hồi 102.000 ha đất, chủ yếu là đất nông nghiệp; và bố trí việc làm, đời sống cho hàng triệu nông dân ngoại thành.

(10) Đó là biểu hiện suy giảm đa dạng sinh học và báo động về ô nhiễm môi trường, nguồn nước nói chung và suy kiệt nước ngầm trên địa bàn. Tổng lượng nước thải của Hà Nội (chưa mở rộng) khoảng 500.000 m³/ngày đêm, trong đó 90% là nước xả thẳng chưa qua xử lý. Trong 1.300 làng nghề, các cơ sở chế biến nông hải sản, chăn nuôi gia súc, gia cầm, các khu dân cư, bệnh viện... hầu như chất thải không được thu gom xử lý. Trong 38 khu đô thị mới trên địa bàn mới có 1 khu có hệ thống xử lý nước thải. Các khu công nghiệp cũng rơi vào tình trạng tương tự, chỉ có khu công nghiệp Bắc Thăng Long và khu công nghiệp Ngọc Hồi xây dựng hệ thống xử lý nước thải tập trung, còn lại đang chờ đầu tư xây dựng. Hà Nội còn tồn tại khoảng 200 cơ sở sản xuất cũ quy mô nhỏ nằm xen kẽ, phân tán trong các khu dân cư; các cơ sở này đều sử dụng công nghệ lạc hậu, chưa có thiết bị xử lý khí thải, nước thải. Không khí ở Hà Nội với nồng độ bụi đã vượt 1,5-2,5 lần mức độ cho phép; ô nhiễm bụi nặng nhất tại các điểm Đuôi Cá (cửa ngõ phía Nam), đường đê sông Hồng (đoạn từ Yên Sở đến đống Minh Khai), khu vực chân cầu Thăng Long, đường Phạm Văn Đồng, Khuất Duy Tiến, ngã tư Đại Cồ Việt - Giải Phóng. Hà Nội có những con sông "chết" và hồ "chết" nổi tiếng: đây là các con sông bị nhiễm bẩn nặng như sông Tô Lịch, Kim Ngưu, sông Lừ, sông Sét... rồi sau đó thoát ra sông Hồng, sông Đáy, sông Nhuệ; các hồ bị ô nhiễm nặng như hồ Linh Quang, B.52, Văn Chương, Kim Liên, Ba Mẫu, Hồ Tây... (Số liệu tổng hợp Đề tài Trọng điểm TP "Hạ GPMB ở Hà Nội - thực trạng và giải pháp", Hà Nội 2010).





Bảng 1: Các chỉ tiêu tăng trưởng của Hà Nội trong quá trình CNH

	<i>Đơn vị tính</i>	2000	2005	2008	2010 KH
1. GDP (giá hiện hành)	tỷ đồng	39.940	92.425	178.535	240.600
<i>Quy đổi USD</i>	tỷ USD	2,82	5,38	10,77	13,0
- GDP/người	USD	524	986	1.696	1.973
- NSLĐ	USD	1.221	2.180	3.594	4.015
2. GDP giá so sánh 1994	tỷ đồng	26.228	44.130	61.619	70.300
3. Vốn đầu tư (giá hh)	tỷ đồng	19.356	42.384	99.013	150.000
- Vốn ĐT/GDP	%	48,5	45,9	55,5	62,3
4. Xuất khẩu	triệu USD	1.449	3.003	6.936	7.283
- Xuất khẩu/GDP	%	51,4	51,5	64,4	56,0
- Nhập khẩu	triệu USD	3.937	10.687	23.544	17.869
- Chênh lệch X/N	triệu USD	- 2.488	-7.684	-16.608	-10.586
- Chênh lệch XNK/GDP	%	88,2	131,8	154,2	81,4
5. Thu ngân sách	tỷ đồng	14.084	32.390	67.430	90.947
- Thu NS so GDP	%	35,3	35	37,8	37,8
- Bội thu NS	tỷ đồng	9.849	19.423	46.931	62.556
- Tỷ lệ bội thu NS so GDP	%	24,7	21	26,3	26
6. Điện	triệu kwh	2.271	4.004	5.300	6.240
- Tiêu thụ điện/GDP		0,81	0,69	0,49	0,48

Nguồn: Xử lý số liệu từ Niên giám thống kê Hà Nội và số liệu dự báo

Có thể thấy hệ lụy tăng trưởng và CNH theo mô hình cũ ngày càng gây áp lực lớn lên lạm phát, thâm hụt ngân sách và cán cân thương mại, nợ nước ngoài tăng quá ngưỡng an toàn (xem bảng). Trong khi đó, thế giới sau khủng hoảng, suy thoái, các nền kinh tế sẽ tái cấu trúc và phát triển nhanh chóng, giống như châu Á sau khủng hoảng tài chính năm 1997.

Từ phân tích trên, chúng tôi đi tới kết luận về sự cần thiết chuyển đổi mô hình tăng trưởng và CNH của Hà Nội trong thời kỳ tới. Tuy nhiên, điều nhấn mạnh ở đây là, việc chuyển đổi sang mô hình mới dựa trên ưu tiên chất lượng, hiệu quả và phát triển bền vững chính

là giải pháp hữu hiệu nhằm thực hiện CNH rút ngắn, khắc phục khoảng cách tụt hậu và nhanh chóng đưa Hà Nội trở thành thủ đô CNH hiện đại, giàu mạnh trong thế kỷ XXI. Lập luận của chúng tôi như sau: Việt Nam và Hà Nội dù đi chậm hơn các nước trong khu vực một khoảng cách khá lớn 10-20 năm, nhưng không nhất thiết cần một độ dài thời gian tương ứng để tiến kịp. Phát triển rút ngắn và bền vững đang là xu hướng của thế giới ngày nay. Chỉ tiêu tăng trưởng về số lượng hay GDP/đầu người không phải là duy nhất quyết định. Giả thiết, chúng ta không cần phải cố gắng bằng mọi giá để nâng cao tốc độ tăng trưởng và tăng GDP,



mà có thể duy trì tốc độ tăng trưởng bằng hay thậm chí thấp hơn hiện nay, nhưng nếu đảm bảo phát triển trong sự phân phối công bằng và đồng đều hơn về các nguồn lực và phúc lợi, đồng thời kết hợp với giải quyết tốt hơn các vấn đề xã hội và môi sinh, môi trường, thì chúng ta vẫn có thể đạt tới trình độ của Thái Lan, Malaixia hiện nay với mức GDP/đầu người thấp hơn họ. Đây chính là đảm bảo mặt chất lượng phát triển và chất lượng sống để rút ngắn con đường đi cho Hà Nội.

Có thể lấy ví dụ, nếu xét các chỉ tiêu về tăng trưởng và GDP/đầu người thì Việt Nam và Hà Nội còn cách xa Malaixia, Thái Lan, Trung Quốc, nhưng xét về các chỉ số HDI, tỷ lệ người biết chữ, trẻ em đến trường, được chăm sóc y tế... thì ta không thua kém nhiều. Đây là một lợi thế và ưu điểm trội cần được phát huy. Một ví dụ khác, vào năm 2004, México (thành viên OECD) có GDP/đầu người là 7.298 USD và chỉ số HDI là 0,821; Braxil tương ứng 4.320 USD và 0,807; Malaixia 5.042 USD và 0,805; Thổ Nhĩ Kỳ (ứng cử viên gia nhập EU) 5.062 USD và 0,757; Nam Phi 5.106 USD và 0,653; Thái Lan 2.659 USD và 0,784; Trung Quốc 1.709 USD và 0,768; Philippine 1.168 USD và 0,763¹¹. Như vậy, ngoài việc các nước NICs thế hệ thứ 2,3... có GDP/đầu người thấp hơn các nước công nghiệp phát triển hàng chục lần, thì chỉ số HDI cũng thấp hơn so với mức trên 90% chỉ số trung bình của các nước OECD và EU. Ngay trong các nước NICs trên đây cũng phân hóa thành 2 nhóm: nhóm các nước có chỉ số HDI cao và nhóm các nước có chỉ số HDI trung bình. Dĩ nhiên, để đạt đẳng cấp cao của các nước phát triển thì cần có mức GDP/đầu người và chỉ số HDI đều phải cao; nhưng với các nước NICs – có thể coi như “nước cơ bản CNH”, thì các chỉ tiêu GDP/đầu người và chỉ số HDI tương đối thấp, hơn nữa không cố định ở mức 1.000, 2.000 hay 4.000-5.000 USD/người.

Như thế, Việt Nam và Hà Nội cũng nên tham khảo và không câu nệ quá vào chỉ tiêu GDP/đầu người (cố định ở một mức giả thiết 3.500 hay 5.000 USD). Trước mắt, ta cần coi trọng và tập trung cho các chỉ tiêu về chất lượng. Nếu chất lượng sống, phát triển con người và công bằng xã hội được cải thiện tốt hơn, thì chúng ta vẫn có thể không thua kém so với các nước có mức GDP/người tương đương hay cao hơn (như Trung Quốc, Thái Lan, Malaixia, Philippine). Các nước cho dù GDP/người cao hơn, nhưng phân phối của cải thiếu bình đẳng, phúc lợi và cuộc sống người dân không được đảm bảo, thì rõ ràng thu nhập GDP/đầu người thực tế của họ sẽ bị cắt xén, suy giảm đáng kể, thậm chí không bằng so với nước có mức GDP/đầu người thấp.

Nhìn xa hơn, khi các khía cạnh xã hội, môi trường và chất lượng sống, chất lượng nguồn nhân lực được chú trọng cải thiện, có nghĩa rằng trong tương lai hứa hẹn một “tiềm năng tăng trưởng mới”, tức sự tăng trưởng dài hạn và bền vững cho quốc gia; ngược lại, nếu không được cải thiện, sự tăng trưởng hôm nay sẽ trở thành “ẩn họa” và đe dọa “nuốt mất” sự phát triển trong tương lai. Nói cách khác, phát triển bền vững còn là cách thức và là con đường duy nhất trong điều kiện ngày nay để Việt Nam và Hà Nội đạt được mục tiêu chiến lược: trở thành nước CNH và vươn lên đẳng cấp cao trong phát triển như các nước Đông Á, tránh được “bẫy thu nhập trung bình” như các nước Philippine, Ấn Độ, Thái Lan... Việt Nam và thủ đô Hà Nội đang có lợi thế của người đi sau; mà lợi thế trước tiên là có thể tham khảo từ bài học kinh nghiệm thành công/thất bại của các nước Đông Á so với các nước Đông Nam Á về giải quyết bài toán phát triển bền vững ngay trong toàn bộ quá trình tăng trưởng¹²:

(a) Giáo dục các nước Đông Á có tầm nhìn chiến lược toàn diện nhằm phát triển nguồn lực

(11) Số liệu của WB công bố năm 2005.

(12) Báo cáo khuyến nghị chiến lược cho Việt Nam của nhóm GS Đại học Harvard: “Sự lựa chọn thành công”, ngày 19/3/2008; GT.TS Trần Văn Thọ: Công nghiệp hóa của Việt Nam trong trào lưu khu vực hóa Đông Á, Đại học Waseda, Tokyo.





con người; hoạt động dạy nghề cung cấp cho người dân di cư từ nông thôn ra thành thị kỹ năng cần thiết để họ có thể tìm việc làm trong nhà máy với thu nhập tốt hơn; giáo dục đại học mở rộng nhanh chóng, nhất là đào tạo kỹ sư về kỹ thuật và công nghệ; ưu tiên cao độ cho các trường đại học đẳng cấp, có nhiều trường lọt vào top đại học quốc tế.

(b) Cơ sở hạ tầng và đô thị các nước Đông Á được chính phủ tập trung đầu tư nguồn lực với hiệu quả cao, các Thủ đô và thành phố trở thành động lực tăng trưởng và đổi mới kinh tế; tuy nhiên, chính phủ khi ra quyết định đầu tư rất thận trọng và căn cơ. Trong khi các thành phố ở Đông Nam Á bị nạn ô nhiễm, ùn tắc, ngập úng, đất đỏ, nghèo đói, tội phạm và bất lực về cung cấp dịch vụ đô thị, đồng thời chính phủ bị tham nhũng và có xu hướng đầu tư quá mức vào các dự án khổng lồ nhưng chưa cần thiết khiến suy giảm nguồn lực quốc gia.

(c) Công bằng và thịnh vượng cho toàn xã hội dựa trên phân phối thu nhập quốc dân tương đối đồng đều, thậm chí ngay cả khi đã đạt được mức phát triển cao như hiện nay thì các nước Hàn Quốc, Đài Loan, Xingapore vẫn duy trì mức thu nhập đồng đều hơn so với các nước Đông Nam Á

(d) Doanh nghiệp đảm đương sứ mệnh cạnh tranh quốc tế: thay vì duy trì bảo hộ sản xuất nội địa thì các doanh nghiệp được chính phủ ưu tiên hỗ trợ nguồn lực với điều kiện nhanh chóng đạt được kỹ năng, công nghệ và sản phẩm mới để chiếm lĩnh thị trường quốc tế. Các doanh nghiệp khi thành công xuất khẩu mới được nhận đơn hàng nhà nước và được ưu đãi thâm nhập thị trường nội địa.

(e) Các nước Đông Á quan tâm xây dựng hệ thống tài chính chặt chẽ và minh bạch, nhằm tạo dựng lòng tin cho các nhà đầu tư; chính phủ dành phần lớn thu nhập quốc dân cho đầu tư phát triển, đồng thời đảm bảo hiệu quả đầu tư công. Ví dụ, Đài Loan chỉ đầu tư 26% GDP nhưng đảm bảo tăng trưởng 10%/năm liên tục trong 20 năm từ 1962-1980. Trong khi các nước Đông Nam Á thành công về huy động tỷ lệ lớn GDP cho đầu tư nhưng lại thất bại duy trì tốc độ

tăng trưởng cao liên tục do yếu tố tham nhũng và đầu cơ tài chính, xuất hiện các bong bóng tài sản.

(g) Cuối cùng, Đông Á có nhà nước hiệu năng và trong sạch với đặc trưng: không có câu kết giữa giới làm chính sách và các nhóm lợi ích; chính phủ đảm bảo về cơ sở hạ tầng, giáo dục, y tế, an ninh công cộng, kiểm soát kinh tế vĩ mô; chính phủ cũng có quyết tâm chính trị mạnh để tạo các thay đổi bước ngoặt; đảm bảo pháp luật tôn nghiêm, tính thượng tôn pháp luật không tùy thuộc vào các đảng phái và nhóm lợi ích; quyết sách chính phủ được dựa trên các phân tích chính sách khoa học, giới chuyên gia được tôn trọng lắng nghe, duy trì tinh thần tranh luận dân chủ.

3. Chỉ tiêu Hà Nội cơ bản hoàn thành công nghiệp hóa - hiện đại hóa rút ngắn vào năm 2015 và một số giải pháp định hướng

Dựa vào cơ sở lập luận trên, chúng tôi xin đề xuất các chỉ tiêu cơ bản hoàn thành CNH cho Hà Nội vào năm 2015 như sau:

Có thể tóm tắt mô hình tăng trưởng và CNH rút ngắn của Hà Nội là: Ưu tiên chất lượng và hiệu quả, nâng cao năng lực cạnh tranh trong phân công quốc tế và chuỗi giá trị toàn cầu của cả nền kinh tế, của doanh nghiệp và sản phẩm hàng hóa Thủ đô; Gắn yêu cầu tăng trưởng với giải quyết hài hòa các mặt chất lượng sống, văn hóa, môi trường và phát triển bền vững, đảm bảo dân chủ, công bằng và tiến bộ xã hội; Khai thác lợi thế so sánh động, phát huy tổng hợp các nguồn lực (trước tiên là con người, khoa học công nghệ, văn hóa...) của Thủ đô vào phát triển; Phân đấu để Hà Nội trở thành một đô thị văn minh hiện đại, thành phố du lịch hấp dẫn của khu vực, trung tâm tổ chức hội nghị khu vực và quốc tế; Từng bước phát triển kinh tế tri thức và chuyển dịch cơ cấu kinh tế đột phá vào những hướng trọng yếu của thời đại, để tạo nên sự nhảy vọt về lực lượng sản xuất, sức cạnh tranh, hàm lượng R&D (nghiên cứu và phát triển), giá trị tăng thêm trong hàng hóa - dịch vụ Thủ đô; Xây dựng thể chế và cơ chế kinh tế thích hợp của giai đoạn mới - thể chế thị trường



Bảng 2: Các chỉ tiêu Hà Nội cơ bản hoàn thành CNH vào năm 2015**
(Gồm 24 chỉ tiêu, chia làm 3 nhóm chính)

(a) Nhóm chỉ tiêu kinh tế (gồm 6 chỉ tiêu)

1. GDP bình quân đầu người (USD/người)	3.000-3.500 (mới 4.000)
2. Cơ cấu kinh tế (%/GDP)	
- Dịch vụ	54-55
- Công nghiệp	38-40
- Nông nghiệp	3-4
3. Cơ cấu lao động (%/tổng số lao động)	
- Dịch vụ	53-54
- Công nghiệp	32-34
- Nông nghiệp	18-20
4. Tỷ lệ đóng góp của công nghiệp chế biến trong GDP (%)	70-75
5. Tỷ lệ đóng góp của du lịch trong GDP (%)	18-20
6. Kinh tế tri thức về cơ bản hình thành (KEI)	55-60

(b) Nhóm chỉ tiêu văn hoá - xã hội (gồm 11 chỉ tiêu)

1. Tỷ lệ đô thị hoá (%)	>50
2. Tỷ lệ lao động qua đào tạo so với tổng số lao động (%)	65-70
3. Tỷ lệ đầu tư R & D so với GDP (%)	2,5 - 3
4. Chỉ số phát triển con người (HDI)	0,85-0,86
5. Tỷ lệ thất nghiệp đô thị so với tổng số lao động đô thị (%)	< 5
6. Tỷ lệ hộ nghèo so với Tổng số hộ (%)	<1
7. Số cán bộ khoa học - kỹ thuật trên 1 vạn dân	80
8. Tỷ lệ Bảo hiểm xã hội so với người dân (%)	60-65
9. Số giường bệnh trên 1 vạn dân	17-18
10. Tỷ lệ máy tính trên 100 hộ gia đình (%)	45
11. Mật độ sử dụng Internet trên 100 hộ gia đình (%)	60





hiện đại và cơ chế kinh tế chất lượng cao.

Từ đây xin gợi ý một số định hướng giải pháp chủ yếu thực hiện CNH rút ngắn để Hà Nội cơ bản hoàn thành CNH theo hướng hiện đại vào năm 2015 và chuẩn bị những tiền đề tiếp tục phát triển vươn lên đẳng cấp cao trong những thập niên tiếp theo:

- Hoàn thiện nhà nước pháp quyền, nâng cao năng lực quản trị điều hành và tạo lập cơ chế kinh tế chất lượng cao cho vận hành nền kinh tế Thủ đô. Trong giai đoạn mới, cơ chế kinh tế chất lượng cao quyết định thành công CNH rút ngắn, tăng trưởng bền vững của Thủ đô. Tham khảo các nước, cơ chế này có các đặc điểm: (i) Dân chủ hóa trong hoạch định chiến lược, chính sách và ra quyết định kinh tế; (ii) Sự cộng tác chặt chẽ giữa Nhà nước, nhà quản lý - doanh nghiệp, doanh nhân - chuyên gia, nhà khoa học; (iii) Xây dựng đội ngũ công chức và bộ máy nhà nước hiệu năng, có năng lực đề ra chính sách và thực thi chính sách; (iv) Đảm bảo tính minh bạch, dự đoán được của chính sách và môi trường đầu tư - kinh doanh, giảm thiểu rủi ro và hạ thấp chi phí giao dịch, tăng khả năng cạnh tranh cho doanh nghiệp và nền kinh tế. Trước mắt, Thành phố tập trung thực hiện cải cách hành chính một cách thực chất theo Đề án 30, rà soát và kiên quyết cắt bỏ các quy định gây phiền hà, chồng chéo đối với hoạt động của doanh nghiệp và công dân; kiện toàn tổ chức bộ máy và công tác cán bộ, thực hiện bầu một số chức danh trong các cơ quan đại diện và công quyền; cơ chế chỉ đạo điều hành công khai dân chủ, cơ chế phân cấp và xác định quyền hạn gắn với trách nhiệm của các tổ chức, cá nhân khi thực thi nhiệm vụ; cơ chế tham vấn và phản biện về các vấn đề kinh tế - xã hội; cơ chế tiếp dân và đối thoại, xử lý ngay các bức xúc, khiếu kiện tại cơ sở...

- Phát triển ưu tiên và tạo chuyển biến cụ thể, nhảy vọt trong các lĩnh vực KH-CN, giáo dục đào tạo, chăm sóc sức khỏe, bồi dưỡng thể chất và phát triển nguồn nhân lực chất lượng cao, công tác quản lý và xây dựng đô thị, chống ùn tắc giao thông và ô nhiễm môi trường. Giáo dục đào tạo là “mấu chốt” của CNH, bởi vì trong thế

giới biến đổi nhanh chóng chỉ có nguồn nhân lực được chuẩn bị tốt có chất lượng cao mới thích ứng và chuyển hóa được các yếu tố khác. Vốn con người và tri thức, khoa học công nghệ là những lợi thế và nguồn lực to lớn, cơ bản, quyết định tới thành công của sự nghiệp CNH, HĐH Thủ đô. Thành phố cần có cơ chế tuyển chọn, thu hút và sử dụng nhân tài, các chuyên gia, nhà khoa học vào bộ máy quản lý cũng như các lĩnh vực kinh tế và công nghệ. Nên đề ra các chỉ tiêu thiết thực để phấn đấu (như số trường đạt chuẩn quốc gia và quốc tế, số học sinh dự các kỳ thi và đoạt giải nghiên cứu sáng tạo, số nhà khoa học trong nước và quốc tế tham gia cộng tác, làm việc...). Hiện Hà Nội đang đặt ra mục tiêu từ nay tới năm 2020 thu hút 100 nhà khoa học nước ngoài về làm việc. Tuy nhiên, cũng còn có những khía cạnh phải bàn, như cơ chế làm việc và đãi ngộ thế nào để người được mời không còn cảm giác là “khách”, để họ có thể phát huy tính chủ động, sáng tạo và tâm huyết cống hiến cho Thủ đô. Ngoài ra, các bức xúc trong quản lý - xây dựng đô thị, ùn tắc giao thông, ô nhiễm môi trường... cần được tập trung chỉ đạo và ưu tiên các nguồn lực để khắc phục ngay, thực hiện xã hội hóa và huy động các nguồn lực trong nước và quốc tế cho công tác này, phát động phong trào toàn dân tham gia bảo vệ, xây dựng Thủ đô xanh sạch đẹp. Công tác quy hoạch Thủ đô mới cần thận trọng, khoa học, có tầm nhìn xa 50 năm, thậm chí hàng trăm năm, đảm bảo tính truyền thống và hiện đại, cũng nên tham khảo so sánh với các hình mẫu của các thủ đô Tokyo, Seoul, Taipei, Manila...

- Đẩy mạnh chuyển dịch cơ cấu kinh tế trên cơ sở phát huy lợi thế so sánh động, hội nhập vững chắc và gắn với cấu trúc mạng toàn cầu. Chính sách công nghiệp và vai trò định hướng hỗ trợ phát triển chuyển từ ưu tiên cho doanh nghiệp nhà nước sang khuyến khích khởi tư nhân, lấy kinh tế tư nhân làm trụ cột trong hội nhập và CNH; chuyển từ định hướng phát triển sản phẩm sang định hướng quy trình công nghệ nhằm khai thác hệ thống phân công quốc tế hiện đại vận hành theo nguyên lý “mạng toàn cầu” và



“chuỗi giá trị gia tăng”; chuyển từ những ngành thâm dụng vốn và tài nguyên sang những ngành ưu tiên sử dụng lao động có kỹ năng, ứng dụng khoa học công nghệ, phát triển nhanh ngành công nghiệp hỗ trợ và tăng tỷ lệ nội địa hóa sản xuất. Đặc biệt, phát triển mạnh các ngành dịch vụ chất lượng cao mà Hà Nội có lợi thế nhằm tạo nhiều việc làm và cải thiện thu nhập - như du lịch, nghỉ dưỡng, vui chơi giải trí, dịch vụ xã hội và đô thị, các dịch vụ hỗ trợ kinh doanh và hội nhập, tài chính - ngân hàng - bảo hiểm, giao thông - liên lạc... Biến Thủ đô Hà Nội trở thành trung tâm dịch vụ - du lịch lớn của cả nước và khu vực.

- Cải cách triệt để khu vực nhà nước, phát triển kinh tế tư nhân lớn mạnh, nhanh chóng hình thành các tập đoàn kinh tế có sức cạnh tranh - kể cả tập đoàn kinh tế tư nhân, tạo dựng sản phẩm hàng hóa có thương hiệu mạnh của Thủ đô. Doanh nghiệp nhà nước phải được cổ phần hóa hay chuyển sang Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, cắt bỏ các bao cấp và ưu đãi hiện hành để buộc doanh nghiệp nhà nước phải đổi mới, nâng cao hiệu quả hoạt động, cạnh tranh thực sự trên thị trường. Vai trò, nhiệm vụ doanh nghiệp nhà nước được thể hiện qua công tác điều hành và quản trị vĩ mô của Nhà nước, cung cấp các dịch vụ công cộng và hạ tầng cơ bản để nâng cao sức cạnh tranh cho nền kinh tế.

- Nhanh chóng chuyển dịch cơ cấu nông nghiệp, nông thôn ngoại thành theo hướng xây

dựng nền nông nghiệp đô thị sinh thái chất lượng cao, giá trị cao. Ứng dụng phổ biến khoa học công nghệ vào nông nghiệp - nhất là công nghệ sinh học, tạo bước nhảy vọt về năng suất, chất lượng cây trồng vật nuôi; phát triển thương hiệu đặc thù cho nông sản Thủ đô và thị trường đầu ra của hàng hóa nông sản; gắn phát triển nông nghiệp ngoại thành, các làng nghề trong nông thôn với hoạt động du lịch sinh thái để tạo nhiều việc làm xã hội, nâng giá trị gia tăng cho các ngành này và đồng thời bảo tồn, phát huy các nguồn lợi tự nhiên, giữ gìn bản sắc văn hóa và môi trường sinh thái Thủ đô. Quy hoạch và quản lý chặt chẽ theo quy hoạch nhằm hạn chế việc chuyển đổi đất đai nông nghiệp sang các mục đích khác. Xử lý tốt vấn đề tích tụ ruộng đất và thu hồi đất trong nông nghiệp theo nguyên tắc thị trường, đồng thời có cơ chế chính sách phù hợp hỗ trợ cho nông dân cải thiện cuộc sống, đào tạo và chuyển đổi sang các lĩnh vực ngành nghề - dịch vụ mới cần thiết trong cơ cấu đời sống hiện đại. CNH, HĐH và đô thị hóa Hà Nội chỉ thành công khi chuyển nông thôn và nông dân ngoại thành sang xã hội hiện đại và được thụ hưởng thành quả phát triển, chứ không phải gạt họ sang bên lề công cuộc phát triển. Xử lý hài hòa mối quan hệ giữa CNH, HĐH và phát triển nông nghiệp, nông thôn là cách thức tồn tại, đồng thời cũng là thách thức phát triển của Thăng Long - Hà Nội cả trong quá khứ, hiện tại và tương lai. ■

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ QUYỀN THỎA THUẬN ...

(Tiếp theo trang 77)

Xuất phát từ các vấn đề đã phân tích ở trên, theo chúng tôi, BLDS Việt Nam cần có một điều luật quy định cụ thể nội dung thừa nhận quyền thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng cho HĐDS có YTNN, theo hướng sau: “Các bên tham gia quan hệ HĐDS có YTNN được quyền thỏa thuận lựa chọn ĐUQT, tập quán quốc tế hoặc pháp luật nước ngoài áp dụng cho nội dung của HĐDS có

YTNN. Trường hợp các bên thỏa thuận lựa chọn nhiều luật áp dụng cho hợp đồng thì luật áp dụng là luật do các bên thống nhất lựa chọn khi xảy ra tranh chấp. Trường hợp các bên không thống nhất lựa chọn được, cơ quan có thẩm quyền giải quyết tranh chấp sẽ quyết định lựa chọn trong số các hệ thống pháp luật các bên đã thỏa thuận.

Thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng được thể hiện dưới hình thức văn bản hoặc một điều khoản của hợp đồng. Trường hợp thỏa thuận lựa chọn không đáp ứng quy định về hình thức sẽ bị vô hiệu”. ■





PHÁP LUẬT DOANH NGHIỆP VIỆT NAM TRONG ĐIỀU KIỆN HỘI NHẬP

■ BÙI XUÂN HẢI*

Từ khi thực hiện công cuộc đổi mới, Đảng ta đã thực hiện đường lối phát triển nền kinh tế hàng hóa nhiều thành phần theo hướng hội nhập. Pháp luật doanh nghiệp Việt Nam cũng đã được đổi mới với việc ban hành mới hoặc sửa đổi, bổ sung nhiều đạo luật quan trọng về đầu tư, kinh doanh và doanh nghiệp. Bài viết phân tích một số tác động của hội nhập kinh tế quốc tế và một số vấn đề về thực trạng của pháp luật doanh nghiệp Việt Nam trong điều kiện hội nhập.

1. Hội nhập kinh tế quốc tế: Cơ hội và thách thức

Từ sau Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VI (năm 1986), Việt Nam bắt đầu thực hiện công cuộc đổi mới, với mục tiêu xây dựng nền kinh tế hàng hóa nhiều thành phần theo cơ chế thị trường, chấp nhận và tôn trọng các qui luật của nền sản xuất hàng hóa, chấp nhận tự do kinh doanh và sự phát triển của kinh tế tư bản tư nhân. Chủ trương hội nhập kinh tế quốc tế đã được khẳng định trong nhiều nghị quyết của Đảng. Chẳng hạn, ngày 18/11/1996, Bộ Chính trị đã ra Nghị quyết về Kinh tế đối ngoại; ngày 27/11/2001 Bộ Chính trị ra Nghị quyết số 07-NQ/TW về hội nhập kinh tế quốc tế. Nghị quyết số 07-NQ/TW về hội nhập kinh tế quốc tế đã khẳng định hội nhập kinh tế quốc tế là quá trình vừa hợp tác, vừa đấu tranh và

cạnh tranh, vừa có nhiều cơ hội, vừa không ít thách thức, do đó cần tinh táo, khôn khéo và linh hoạt trong việc xử lý tính hai mặt của hội nhập tùy theo đối tượng, vấn đề, trường hợp, thời điểm cụ thể; vừa phải đề phòng tư tưởng trì trệ, thụ động, vừa phải chống tư tưởng giản đơn, nôn nóng. Đại hội toàn quốc lần thứ X và thứ XI của Đảng đã tiếp tục khẳng định chủ trương phát huy nội lực, đồng thời tranh thủ nguồn lực bên ngoài và chủ động hội nhập kinh tế quốc tế để phát triển nền kinh tế nước ta nhanh, có hiệu quả và bền vững.

Hiểu theo nghĩa đơn giản nhất, hội nhập kinh tế quốc tế là tiến trình tham gia quá trình toàn cầu hóa kinh tế. Có tác giả cho rằng, hội nhập kinh tế quốc tế là “quá trình hợp tác trên cơ sở có đi có lại, trong đó các quốc gia dành cho nhau sự đối xử ưu đãi trên cơ sở tôn trọng,

(*) PGS. TS, Trưởng khoa Luật Thương mại, ĐH Luật TP.HCM.



chấp nhận các luật lệ và tập quán quốc tế”; có ý kiến cho rằng, “hội nhập kinh tế quốc tế là một quá trình đi liền với toàn cầu hóa kinh tế mà trọng tâm là mở cửa kinh tế, tham dự phân công, hợp tác quốc tế, tạo điều kiện kết hợp có hiệu quả nguồn lực trong nước với bên ngoài, mở rộng không gian và môi trường để phát triển và chiếm lĩnh vị trí phù hợp nhất có thể được trong quan hệ kinh tế quốc tế”¹.

Hội nhập kinh tế quốc tế vừa có mặt tích cực vừa có mặt tiêu cực, vừa tạo ra thời cơ vừa làm xuất hiện thách thức, vừa hợp tác vừa có đấu tranh... Những khía cạnh tích cực của hội nhập kinh tế là: thúc đẩy sự phát triển và xã hội hóa lực lượng sản xuất, tăng trưởng kinh tế nói chung ngày càng cao; làm tăng thêm sự tác động và thúc đẩy lẫn nhau của các nền kinh tế; thúc đẩy quá trình cạnh tranh đối với mỗi nước và với từng doanh nghiệp trên thương trường, đòi hỏi phải cải tiến kỹ thuật, tăng năng suất lao động, tăng hiệu quả sản xuất, kinh doanh; mở ra những địa bàn và thị trường mới, những đối tác mới cho tất cả các nước². Song, hội nhập kinh tế cũng có nhiều tác động tiêu cực như: làm tăng thêm sự phụ thuộc lẫn nhau giữa các nền kinh tế, thúc đẩy các nguồn vốn đầu cơ tăng nhanh, hình thành các “bong bóng” đầu tư và có thể gây ra các cuộc khủng hoảng tài chính trên phạm vi rộng lớn; khoảng cách giàu nghèo trên thế giới và trong mỗi quốc gia ngày càng rộng hơn; môi trường sinh thái cũng bị tác động, gây ảnh hưởng đến cuộc sống của nhân loại³.

Sau khi Việt Nam trở thành thành viên WTO, Hội nghị lần thứ 4 Ban Chấp hành trung ương Đảng khóa X đã ra Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 5/2/2007 về một số chủ trương, chính sách lớn để nền kinh tế phát triển nhanh và bền vững. Nghị quyết này đã nêu rõ: hội nhập kinh tế quốc tế giúp Việt Nam có điều kiện mở rộng thị trường xuất

khẩu vào các nước thành viên của WTO với tư cách là một đối tác bình đẳng, không bị phân biệt đối xử và theo mức thuế các thành viên WTO cam kết. Khi gia nhập WTO, thể chế kinh tế thị trường ở Việt Nam ngày càng hoàn thiện, môi trường đầu tư, kinh doanh trong nước ngày càng thuận lợi, thúc đẩy mạnh mẽ đầu tư của các thành phần kinh tế. Gia nhập WTO sẽ thúc đẩy nền kinh tế nước ta phát triển, chính sách kinh tế, cơ chế quản lý ngày càng minh bạch hơn, môi trường kinh doanh thuận lợi hơn. Ngoài ra, người tiêu dùng trong nước sẽ có thêm sự lựa chọn về hàng hóa, dịch vụ có chất lượng cao, giá cả cạnh tranh; các doanh nghiệp trong nước có thể tiếp cận nguồn nguyên liệu đầu vào với giá cạnh tranh hơn, dịch vụ hỗ trợ tiện lợi hơn, có chất lượng hơn, tiết kiệm chi phí sản xuất, nâng cao chất lượng, hiệu quả kinh doanh.

Nghị quyết 08-NQ/TW cũng nhận định rằng, Việt Nam phải chịu sức ép cạnh tranh gay gắt hơn trên cả ba cấp độ: sản phẩm, doanh nghiệp và quốc gia. Các sản phẩm và doanh nghiệp của Việt Nam sẽ phải cạnh tranh với sản phẩm và doanh nghiệp nước ngoài không chỉ trên thị trường thế giới mà ngay trên thị trường trong nước. Một bộ phận doanh nghiệp có thể bị phá sản, thất nghiệp có thể tăng lên. Những biến động trên thị trường tài chính, tiền tệ, thị trường hàng hóa quốc tế sẽ tác động mạnh hơn, nhanh hơn đến thị trường trong nước, tiềm ẩn nguy cơ không kiểm soát được thị trường, có thể gây ra rối loạn, thậm chí khủng hoảng kinh tế, tài chính, ảnh hưởng tiêu cực đến sự ổn định và phát triển bền vững của đất nước. Đội ngũ cán bộ quản lý nhà nước, quản trị doanh nghiệp và chuyên gia trong các lĩnh vực còn thiếu và yếu cả về năng lực chuyên môn, trình độ tin học, ngoại ngữ. Đặc biệt, chúng ta còn thiếu một đội ngũ luật sư giỏi, thông thạo luật pháp quốc tế và ngoại ngữ

(1) Nguyễn Tiến Nghĩa, *Tổng thuật Hội thảo do Tạp chí Cộng sản phối hợp với Ủy ban Quốc gia về hợp tác kinh tế quốc tế, Bộ Thương mại và Dự án Hợp tác kinh tế đa biên (MUTRAP) tổ chức với chủ đề “Hội nhập kinh tế quốc tế - những vấn đề lý luận và thực tiễn”* ngày 11/3/2004. Xem *Tạp chí Cộng sản* điện tử số 56, 2004, tại http://203.162.0.19:8080/show_content.pl?topic=3&ID=179

(2) *Tlđđ.*

(3) *Tlđđ.*





để giải quyết các tranh chấp thương mại và tư vấn cho các doanh nghiệp trong kinh doanh.

Song, Nghị quyết 08-NQ/TW cũng khẳng định những cơ hội, thách thức nêu trên có mối quan hệ, tác động qua lại, có thể chuyển hóa lẫn nhau. Cơ hội không tự phát huy tác dụng mà tùy thuộc vào khả năng tận dụng cơ hội. Tận dụng tốt cơ hội sẽ tạo ra thế và lực mới để vượt qua thách thức, tạo ra cơ hội lớn hơn. Ngược lại, nếu không nắm bắt, tận dụng thì cơ hội có thể bị bỏ lỡ, thách thức sẽ tăng lên, lấn át cơ hội, cản trở sự phát triển. Thách thức tuy là sức ép trực tiếp, nhưng tác động đến đâu cũng còn tùy thuộc vào nỗ lực và khả năng vượt qua của Việt Nam. Việt Nam đã thể hiện chủ trương hội nhập với việc gia nhập ASEAN năm 1995, trở thành thành viên của Diễn đàn Hợp tác kinh tế châu Á - Thái Bình Dương (APEC) năm 1998, ký hiệp định thương mại với nhiều nước phương Tây, đặc biệt là với Hoa Kỳ, và chính thức trở thành thành viên thứ 150 của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) - tổ chức thương mại lớn nhất hành tinh vào năm 2007⁵.

2. Một số vấn đề của pháp luật doanh nghiệp Việt Nam trong điều kiện hội nhập

Khi một nền kinh tế tham gia tiến trình hội nhập kinh tế (economic integration) có nghĩa là quốc gia đó đã chấp nhận xóa bỏ toàn bộ hay một phần các rào cản thuế quan về thương mại, đầu tư trong phạm vi lãnh thổ của nước mình để hàng hóa, dịch vụ, vốn đầu tư của nước ngoài có thể được dễ dàng trao đổi và thực hiện tại nước mình. Theo lộ trình, Việt Nam phải từng bước mở cửa thị trường, cho phép nhà đầu tư nước ngoài được kinh doanh,

được thành lập công ty, góp vốn, mua cổ phần của các công ty Việt Nam trong hầu hết các lĩnh vực của nền kinh tế.

Thực hiện đường lối hội nhập kinh tế quốc tế, qua hơn hai thập kỷ thu hút vốn đầu tư trực tiếp nước ngoài, tính đến 20/10/2010, Việt Nam đã cấp phép cho 12.213 dự án đầu tư nước ngoài với số vốn đăng ký lên đến khoảng 193 tỷ USD; các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đã đóng góp khoảng 20% GDP, một nửa giá trị kim ngạch xuất nhập khẩu của đất nước⁶. Đối với hoạt động đầu tư gián tiếp, các nhà đầu tư nước ngoài đã và đang đóng vai trò quan trọng trên thị trường chứng khoán Việt Nam. Theo Trung tâm Lưu ký chứng khoán Việt Nam (VSD) thì đến hết tháng 2/2011, VSD đã cấp mã số giao dịch chứng khoán cho 14.991 nhà đầu tư nước ngoài, trong đó có 13.502 cá nhân và 1.489 tổ chức nước ngoài⁷. Song, chúng ta cũng chứng kiến nhiều dự án đầu tư nước ngoài “áo” đã gây nhiều khó khăn và cả thiệt hại cho phía Việt Nam. Chẳng hạn, gần đây tỉnh Phú Yên đã phải ra quyết định thu hồi giấy chứng nhận đầu tư siêu dự án Thành phố Sáng tạo Nam Tuy Hòa do Tập đoàn Galileo Investment Group Inc (Mỹ) làm chủ đầu tư với mức vốn đầu tư lên tới 11,4 tỷ USD vì nhà đầu tư không thực hiện đúng các cam kết và không đủ năng lực tài chính thực hiện dự án⁸. Bên cạnh đó, những bất cập, hạn chế của pháp luật doanh nghiệp Việt Nam cũng ảnh hưởng nhất định đến chủ trương và việc thực hiện công cuộc hội nhập trong thực tiễn.

a. Vấn đề hiệu lực áp dụng của các cam kết quốc tế

Điều 6 của Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện Điều ước quốc tế 2005 quy định, trong

(4) Trích Nghị quyết số 08-NQ/TW.

(5) Việt Nam gia nhập ASEAN năm 1995 và sau đó gia nhập Khu vực Mậu dịch Tự do ASEAN (AFTA). Năm 1995, Việt Nam nộp đơn xin gia nhập WTO, năm 2000 ký Hiệp định thương mại song phương với Hoa Kỳ (BTA). Năm 2007, Việt Nam chính thức trở thành thành viên của WTO. Xem, Hai mươi năm hội nhập: Từ đổi mới đến gia nhập WTO và tham gia các FTA ASEAN +. Xem thêm trên website của Ủy ban quốc gia về Hợp tác kinh tế quốc tế (NCIEC), tại <http://www.nciec.gov.vn>

(6) Vũ Khoan, Đầu tư trực tiếp nước ngoài trong thời kỳ đổi mới, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, 19/2/2011.

(7) Nguồn: Vneconomy

(8) Xem thêm Báo Pháp luật TP.HCM ngày 13.3.2011, UBND tỉnh Phú Yên cũng đã đề nghị các cơ quan chức năng xem xét cho dừng dự án Đặc khu kinh tế tại Phú Yên do Tập đoàn Sama Dubai làm chủ đầu tư với mức vốn đăng ký khổng lồ lên đến 250 tỷ USD, sử dụng gần 240 ngàn ha đất, chiếm 1/3 diện tích tỉnh này.



trường hợp văn bản quy phạm pháp luật và điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế. Việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật phải bảo đảm không làm cản trở việc thực hiện điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định về cùng một vấn đề. Tuy nhiên, pháp luật doanh nghiệp Việt Nam hiện hành cũng còn nhiều qui định mang tính tuyên ngôn hơn là các qui định thực chất, các qui định này hầu như không có ý nghĩa áp dụng trên thực tế.

Điều 5 của Luật Đầu tư 2005 có qui định, trường hợp điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác với quy định của Luật Đầu tư thì áp dụng theo quy định của điều ước quốc tế đó. Qui định tương tự cũng thấy trong Điều 3 của Luật Doanh nghiệp 2005. Điều 3 của Nghị định 102/2010/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Doanh nghiệp 2005 cũng khẳng định rằng, trường hợp Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác về hồ sơ, trình tự, thủ tục và điều kiện thành lập, đăng ký kinh doanh, cơ cấu sở hữu và quyền tự chủ kinh doanh thì áp dụng theo các quy định của Điều ước quốc tế đó. Song, các doanh nghiệp, các cán bộ công chức - và kể cả giới luật sư - cũng không thể biết và hiểu rõ hết những cam kết quốc tế của Việt Nam về đầu tư, kinh doanh và rất khó có thể áp dụng các cam kết quốc tế một cách trực tiếp trong thực tiễn đầu tư, kinh doanh cũng như làm thủ tục hành chính... trong bối cảnh hệ thống pháp luật còn nhiều hạn chế, bất cập và nền hành chính còn mang tính quan liêu, cửa quyền. Vì thế, một số cam kết quốc tế đã chưa được thực hiện trong thực tiễn.

b. Quyền góp vốn, thành lập doanh nghiệp và nguyên tắc đối xử quốc gia

Nguyên tắc đối xử quốc gia (the national treatment principle) là một nguyên tắc cơ bản

trong quan hệ thương mại quốc tế nhằm thực hiện mục tiêu không phân biệt đối xử trong quan hệ thương mại (trade without discrimination)⁹. Nó đòi hỏi một quốc gia phải đối xử với người nước ngoài và người trong nước bình đẳng như nhau. Thực hiện chủ trương hội nhập, Việt Nam đã từng bước xóa bỏ sự phân biệt đối xử giữa đầu tư trong nước với đầu tư nước ngoài, xóa bỏ sự bất bình đẳng giữa các thành phần kinh tế, đặc biệt là giữa khu vực kinh tế nhà nước với khu vực kinh tế tư nhân và khu vực có vốn đầu tư nước ngoài. Việc ban hành một loạt các đạo luật quan trọng như Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư, Luật Thương mại... đã thể hiện điều đó.

Nếu theo qui định của Luật Công ty 1990 và Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990 - những đạo luật đầu tiên qui định về các loại hình doanh nghiệp của khu vực kinh tế tư nhân - thì chỉ có pháp nhân Việt Nam và công dân Việt Nam mới có quyền thành công ty và doanh nghiệp tư nhân¹⁰. Tổ chức, cá nhân nước ngoài khi đầu tư vào Việt Nam sẽ phải theo qui định của Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam năm 1987 với những hạn chế khá lớn về quyền và phạm vi kinh doanh và sự phức tạp về thủ tục hành chính liên quan. Luật Doanh nghiệp năm 1999 đã mở rộng hơn về phạm vi chủ thể có quyền thành lập và góp vốn vào công ty và doanh nghiệp tư nhân cho các tổ chức và cá nhân nước ngoài - ít nhất là trên góc độ lý thuyết. Luật Doanh nghiệp năm 1999 qui định rằng “tổ chức, cá nhân có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp”, trừ những trường hợp bị cấm được liệt kê tại Điều 9 của đạo luật này. Trong số các trường hợp bị cấm có “tổ chức nước ngoài, người nước ngoài không thường trú tại Việt Nam”¹¹. Như vậy, nếu theo Luật Doanh nghiệp năm 1999 thì hầu như người nước ngoài không thể góp vốn, thành lập công ty và doanh nghiệp tư nhân vì rất hiếm khi có

(9) Xem thêm chi tiết tại website của Tổ chức Thương mại thế giới (World Trade Organization - WTO).
(10) Điều 1 Luật Công ty 1990 qui định “Công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, tổ chức kinh tế Việt Nam có tư cách pháp nhân thuộc các thành phần kinh tế, tổ chức xã hội có quyền góp vốn đầu tư hoặc tham gia thành lập công ty TNHH, công ty cổ phần theo qui định của Luật này”.
(11) Khoản 8, Điều 9 Luật DN 1999.





người nước ngoài nào là “người nước ngoài thường trú tại Việt Nam”. Do đó, tổ chức, cá nhân nước ngoài muốn thành lập doanh nghiệp tại Việt Nam vẫn phải theo quy định của Luật Đầu tư nước ngoài, vì vậy, vẫn còn đó sự phân biệt đối xử.

Với việc ban hành Luật Doanh nghiệp năm 2005, pháp luật Việt Nam đã mở rộng quyền góp vốn, thành lập công ty và doanh nghiệp tư nhân tại Việt Nam cho các tổ chức, cá nhân nước ngoài. Đây là lần đầu tiên, một đạo luật do Quốc hội ban hành đã khẳng định “tổ chức, cá nhân Việt Nam, tổ chức, cá nhân nước ngoài có quyền thành lập và quản lý doanh nghiệp tại Việt Nam” trừ trường hợp bị cấm với những qui định giống nhau mà không quan tâm đến vấn đề quốc tịch¹². Như vậy, Luật Doanh nghiệp 2005 đã khẳng định quyền bình đẳng giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài trong việc thành lập, quản lý doanh nghiệp tại Việt Nam theo những qui định chung thống nhất. Nghị định 102/2010/NĐ-CP hướng dẫn Luật Doanh nghiệp 2005 cũng qui định rằng: tất cả các tổ chức là pháp nhân, bao gồm cả doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam, không phân biệt nơi đăng ký địa chỉ trụ sở chính và mọi cá nhân không phân biệt nơi cư trú và quốc tịch, nếu không thuộc đối tượng quy định tại khoản 2 Điều 13 của Luật Doanh nghiệp, đều có quyền thành lập, tham gia thành lập doanh nghiệp tại Việt Nam theo quy định của Luật Doanh nghiệp.

Tuy nhiên, những qui định thông thoáng của Luật Doanh nghiệp 2005 đã bị cản trở đáng kể bởi đạo luật song hành với nó là Luật Đầu tư 2005. Tư tưởng làm luật mang nặng tư duy “siết chặt” và tăng cường quản lý nhà nước đối với hoạt động đầu tư nước ngoài thể hiện trong Luật Đầu tư 2005 bằng các qui định về thủ tục đầu tư, về quyền và nghĩa vụ của nhà đầu tư... Theo Luật Đầu tư 2005, các tổ chức, cá nhân nước ngoài lần đầu tiên đầu tư vào Việt Nam để thành lập doanh nghiệp sẽ phải có dự án đầu tư và làm thủ tục đăng ký hoặc thẩm tra đầu

tư với hồ sơ phức tạp trong khi các nhà đầu tư trong nước không phải làm việc này¹³. Điều 12 Nghị định 102/2010 cũng qui định rằng: nhà đầu tư là tổ chức, cá nhân nước ngoài lần đầu thành lập doanh nghiệp tại Việt Nam thực hiện đăng ký đầu tư gắn với thành lập tổ chức kinh tế theo quy định của pháp luật về đầu tư. Trong trường hợp này, doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận đầu tư đồng thời là Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Sự gia nhập thị trường, thủ tục thành lập doanh nghiệp của nhà đầu tư nước ngoài vẫn bị những rào cản nhất định, vẫn còn sự không bình đẳng giữa các nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài trong việc thành lập, góp vốn vào doanh nghiệp.

c. Sự bình đẳng giữa các doanh nghiệp của nhà đầu tư nước ngoài và nhà đầu tư trong nước.

Trước khi ban hành Luật Doanh nghiệp 2005 (mà nhiều người vẫn gọi là luật doanh nghiệp thống nhất) chúng ta có những đạo luật qui định những “sân chơi, kiểu chơi” khác nhau cho các loại hình doanh nghiệp chủ yếu dựa vào yếu tố sở hữu. Nếu các doanh nghiệp do Nhà nước sở hữu hoạt động theo Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003, các hợp tác xã hoạt động theo Luật Hợp tác xã 2003, các doanh nghiệp tư nhân và công ty hoạt động theo Luật Doanh nghiệp 1999 thì các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài lại hoạt động theo Luật Đầu tư nước ngoài.

Hiện nay, tất cả các doanh nghiệp, không phân biệt hình thức sở hữu đều phải hoạt động theo Luật Doanh nghiệp 2005. Luật này đã áp dụng cho tất cả các loại hình doanh nghiệp mà trước đây thuộc phạm vi điều chỉnh của các luật khác nhau, đã buộc các công ty nhà nước hoạt động theo Luật Doanh nghiệp nhà nước 2003 phải chuyển đổi sang các mô hình doanh nghiệp quy định trong Luật Doanh nghiệp 2005 dưới hình thức công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn. Các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài (doanh nghiệp liên doanh và

(12) Xem Điều 13 Luật DN 2005.

(13) Xem thêm Điều 46, 47 Luật Đầu tư 2005.



doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài) thành lập theo Luật Đầu tư nước ngoài tại Việt Nam cũng được chuyển đổi theo mô hình công ty theo Luật Doanh nghiệp 2005. Luật Doanh nghiệp 2005 đã góp phần tạo ra một mặt bằng pháp lý thống nhất, không có sự phân biệt đối xử cho các mô hình tổ chức kinh doanh thuộc hình thức sở hữu khác nhau. Doanh nghiệp thành lập bởi các nhà đầu tư nước ngoài hay nhà đầu tư trong nước được điều chỉnh bằng các quy tắc pháp lý chung, bao gồm cả thủ tục rút lui khỏi thị trường, cấu trúc quản trị công ty... theo các hình thức tổ chức kinh doanh mà không phân biệt hình thức sở hữu vốn của nhà đầu tư.

Mặc dù quá trình chuyển đổi các công ty nhà nước gặp nhiều khó khăn, trở ngại từ nhiều phía, giờ đây công việc chuyển đổi công ty nhà nước coi như đã hoàn thành - ít nhất là về hình thức. Tuy nhiên, việc chuyển đổi các doanh nghiệp liên doanh và doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài được thành lập trước đây theo Luật Đầu tư nước ngoài đang gặp nhiều trở ngại. Nhà nước ta phải chấp nhận gia hạn

thời gian chuyển đổi thêm 03 năm nữa, tức là 5 năm thay vì chỉ có 2 năm theo qui định ban đầu của Luật Doanh nghiệp 2005¹⁴. Việc tìm hiểu các nguyên nhân của tình trạng này để từ đó có giải pháp thích hợp là việc làm thực sự cần thiết hiện nay để có thể tạo lập và áp dụng những qui định pháp luật thống nhất cho hoạt động của các doanh nghiệp thuộc các hình thức sở hữu khác nhau tại Việt Nam.

Việt Nam vẫn qui định khác nhau về quyền của các doanh nghiệp không có vốn đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Nghị định 102/2010/NĐ-CP cũng qui định rằng, trừ trường hợp điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên hoặc pháp luật chuyên ngành có quy định khác, doanh nghiệp đã thành lập ở Việt Nam có sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài không quá 49% vốn điều lệ được áp dụng điều kiện đầu tư, kinh doanh như đối với nhà đầu tư trong nước; nhưng doanh nghiệp đã thành lập ở Việt Nam có sở hữu của nhà đầu tư nước ngoài trên 49% vốn điều lệ bị áp dụng điều kiện đầu tư, kinh doanh như đối với nhà đầu tư nước ngoài.

(14) Theo Luật Doanh nghiệp 2005 thì trong thời hạn 02 năm từ khi Luật Doanh nghiệp 2005 có hiệu lực, tức là trước 01/7/2008, các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài (doanh nghiệp FDI) phải làm thủ tục chuyển đổi, đăng ký lại theo mô hình công ty qui định tại Luật Doanh nghiệp 2005. Nhưng trong thực tế, rất nhiều doanh nghiệp FDI đã không thực hiện việc này. Năm 2009, Quốc hội đã ban hành Luật sửa đổi, bổ sung trong đó thay đổi thời hạn chuyển đổi, đăng ký lại của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài lên thành 05 năm, tính từ 01/7/2006.





Tư tưởng bảo hộ các doanh nghiệp Việt Nam trong hoạt động xuất nhập khẩu (XNK) và bảo vệ nền sản xuất trong nước thể hiện khá rõ trong các qui định về quyền kinh doanh XNK hiện nay. Theo Nghị định 12/2006/NĐ-CP, những doanh nghiệp không có vốn đầu tư trực tiếp nước ngoài có quyền kinh doanh XNK khá rộng rãi mà không phụ thuộc vào ngành nghề, mặt hàng ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.¹⁵ Song, việc XNK của những doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đang bị hạn chế khá nhiều bằng các biện pháp pháp lý khác nhau qui định trong Nghị định 23/2007/NĐ-CP và thực tiễn thi hành. Khái niệm về “quyền xuất khẩu”, “quyền nhập khẩu” của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài bị thu hẹp rất nhiều so với các doanh nghiệp Việt Nam khác. Có thể nói, những cam kết của Việt Nam về quyền kinh doanh XNK của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Đoạn 143 trong Báo cáo của Ban Công tác gia nhập WTO chưa được thực hiện nghiêm túc trong thực tiễn¹⁶. Bên cạnh đó, một số cam kết quốc tế gặp khó khăn trong thực tiễn thi hành và tạo nên sự bất bình đẳng nhất định giữa các công ty có vốn đầu tư nước ngoài và công ty không có vốn đầu tư nước ngoài chẳng hạn như cam kết về tỷ lệ biểu quyết trong các công ty tại Đoạn 502 và Đoạn 503 trong Báo cáo của Ban Công tác gia nhập WTO¹⁷.

d. Vấn đề cải cách thủ tục hành chính liên quan đến doanh nghiệp

Như Nghị quyết 08-NQ/TW đã khẳng định, hội nhập có nghĩa là phải chấp nhận cạnh tranh gay gắt hơn giữa các nền kinh tế ở tầm vĩ mô và giữa các doanh nghiệp ở tầm vi mô. Để nâng cao năng lực cạnh tranh trong việc thu hút vốn đầu tư nước ngoài, chúng ta phải xây dựng môi

trường pháp lý thuận lợi cho hoạt động đầu tư kinh doanh, phải tạo niềm tin cho các nhà đầu tư khi họ đầu tư vào Việt Nam. Nguồn vốn đầu tư nước ngoài luôn có xu hướng sẽ chảy vào những khu vực, quốc gia hấp dẫn về đầu tư nước ngoài, mà một trong các yếu tố để đánh giá là thủ tục hành chính, các thủ tục pháp lý có liên quan đến hoạt động đầu tư. Hội nhập kinh tế quốc tế đòi hỏi Việt Nam phải cải cách các thủ tục hành chính liên quan đến doanh nghiệp để thực hiện các cam kết quốc tế và để thu hút vốn đầu tư nước ngoài trong bối cảnh cạnh tranh giữa các nền kinh tế. Đầu tư nước ngoài đã là một yếu tố đặc biệt quan trọng giúp cho nhiều quốc gia Châu Á vươn lên “thành rồng, thành hổ” và kể cả trở thành siêu cường của thế giới như Trung Quốc. Nếu không cải cách các thủ tục hành chính liên quan đến doanh nghiệp, Việt Nam sẽ bị mất điểm khi so sánh với môi trường đầu tư của các nền kinh tế khác.

Thủ tục hành chính liên quan đến việc thành lập, hoạt động và chấm dứt hoạt động của doanh nghiệp hay nói đơn giản hơn là thủ tục gia nhập và rút lui khỏi thị trường đòi hỏi chúng ta phải tiếp tục cải cách, bãi bỏ các giấy phép con không cần thiết, đơn giản hoá thủ tục gia nhập thị trường, đơn giản hoá và hợp lý hoá công tác thu thuế và thủ tục hải quan... Nhìn chung, thủ tục thành lập doanh nghiệp ở nước ta hiện nay đã được đơn giản hoá và khá dễ dàng, song vẫn còn những vấn đề bất cập, hạn chế trong các qui định về thủ tục gia nhập, rút lui khỏi thị trường của các nhà đầu tư nước ngoài. Luật Doanh nghiệp và các văn bản hướng dẫn như Nghị định 43/2010/NĐ-CP, Thông tư 14/2010/TT-BKH của Bộ Kế hoạch và Đầu tư đều qui định thủ tục rất đơn giản,

(15) Điều 3 Nghị định 12/2006/NĐ-CP và Thông tư 04/2006/TT-BTM.

(16) Xem thêm Hà Thị Thanh Bình, Quản lý việc nhập khẩu hàng hoá vào Việt Nam và việc thực hiện các cam kết gia nhập Tổ chức thương mại thế giới, Tạp chí Khoa học pháp lý số 2/2009, tr. 44.

(17) Theo cam kết này, Việt Nam chấp nhận cho phép trong công ty liên doanh ở một số lĩnh vực, các bên có quyền thỏa thuận quy định trong Điều lệ công ty các nội dung sau: (i) số đại diện cần thiết để tổ chức cuộc họp và hình thức thông qua quyết định của Hội đồng thành viên, Đại hội đồng cổ đông; (ii) các vấn đề thuộc thẩm quyền quyết định của Hội đồng thành viên, Đại hội đồng cổ đông; và (iii) tỉ lệ đa số phiếu cần thiết (kể cả tỷ lệ đa số 51%) để thông qua các quyết định của Hội đồng thành viên, Đại hội đồng cổ đông. Lưu ý rằng, Nghị quyết 71/2006/NQ-QH đã dẫn không chính xác đến Đoạn 503, 504 trong Báo cáo của Ban công tác gia nhập WTO; lẽ ra phải là Đoạn 502, 503



dễ dàng để thành lập doanh nghiệp và thay đổi nội dung đăng ký kinh doanh; tuy nhiên, thiết chế hạ tầng của chúng ta chưa thích hợp cho những qui định thông thoáng, đơn giản đó phát huy hiệu quả trong thực tiễn. Chẳng hạn, những gian dối về thông tin đăng ký doanh nghiệp vẫn dễ dàng được thực hiện mà Nhà nước và xã hội thiếu cơ chế giám sát, kiểm tra; nhiều cán bộ công chức có thẩm quyền vẫn gây khó dễ cho doanh nghiệp để đòi hỏi lộ, nhiều qui định của pháp luật chưa thống nhất còn nhiều bất cập, hạn chế... Vì vậy, nhu cầu hội nhập đòi hỏi chúng ta phải tiếp tục cải cách thủ tục hành chính liên quan đến doanh nghiệp và đảm bảo việc thực thi chúng một cách nghiêm minh.

e. Mô hình tổ chức kinh doanh

Công cuộc hội nhập đặt ra thách thức lớn cho hệ thống pháp luật Việt Nam, đòi hỏi phải thực hiện hai nhiệm vụ cơ bản: (i) xây dựng nền tảng pháp lý cho sự xuất hiện và bảo vệ các nhân tố của nền kinh tế thị trường và (ii) phải hài hòa hệ thống pháp luật, nhất là pháp luật về đầu tư kinh doanh thương mại theo chuẩn mực quốc tế, theo những cam kết quốc tế của Việt Nam¹⁸. Việc xây dựng pháp luật về mô hình doanh nghiệp ở Việt Nam theo hướng hài hòa hóa với các mô hình phổ biến ở các nước phương Tây là thực sự cần thiết. Nhìn một cách tổng quan, trên thế giới có bốn mô hình tổ chức kinh doanh cơ bản là proprietorship (hay sole trader), partnership, co-operative và company (corporation); bên cạnh đó, tùy thuộc vào hoàn cảnh, điều kiện cụ thể của mỗi quốc gia mà có các mô hình tổ chức kinh doanh đặc thù khác.

Suốt hai thập kỷ qua, các nhà làm luật Việt Nam đã lần lượt ban hành các văn bản pháp luật qui định về những mô hình tổ chức kinh doanh đa dạng mà về cơ bản cũng giống với thế giới bên ngoài như hộ kinh doanh, doanh nghiệp tư nhân, hợp tác xã, công ty hợp danh,



công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Nhìn chung, pháp luật về công ty của Việt Nam đã đi theo những chuẩn mực được thừa nhận rộng rãi trên thế giới như về tư cách pháp nhân độc lập, chế độ trách nhiệm hữu hạn của thành viên, sự tồn tại độc lập của công ty khi có sự thay đổi của thành viên, mô hình quản trị tập trung... Dù vẫn có những khác nhau nhất định giữa mô hình công ty ở Việt Nam và ở các nước phát triển, nhưng khi nhà đầu tư nước ngoài vào Việt Nam đầu tư thành lập công ty thì họ cũng không thấy sự khác nhau nhiều giữa mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần ở Việt Nam và ở nước ngoài. Sự khác nhau nhiều nhất có lẽ vẫn là mô hình công ty hợp danh của Việt Nam khi so sánh nó với partnership ở nhiều nước phương Tây như Anh, Úc, Nhật bản, Hoa Kỳ...¹⁹

Tóm lại, trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế, Việt Nam phải thực thi nghiêm chỉnh các cam kết quốc tế, các nguyên tắc và qui định của WTO. Trong suốt hơn hai thập kỷ qua, pháp luật doanh nghiệp Việt Nam đã từng bước được xây dựng và hoàn thiện nhằm góp phần thực hiện chủ trương hội nhập và thực hiện các cam kết quốc tế; song, vẫn còn những hạn chế, bất cập nhất định cần được sửa đổi, bổ sung. ■

(18) Xem thêm Bùi Nguyên Khánh, *Nội dung của chế độ kinh tế trong Hiến pháp của các nước Châu Âu và những gợi ý cho Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước & Pháp luật, 2/2010, tr. 12-13.

(19) Về vấn đề này, xem thêm Bùi Xuân Hải, *Pháp luật doanh nghiệp và đầu tư với vấn đề hội nhập*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp 1/2008.





QUY ĐỊNH VỀ VỐN ĐIỀU LỆ CÔNG TY VÀ THÔNG LỆ QUỐC TẾ

■ NGUYỄN QUỐC VINH*

Vốn điều lệ theo pháp luật doanh nghiệp Việt Nam

Luật Doanh nghiệp 2005 quy định vốn điều lệ là “là số vốn do các thành viên, cổ đông góp hoặc cam kết góp trong một thời hạn nhất định và được ghi vào điều lệ công ty”¹. Nghị định 43/2010/NĐ-CP ngày 15/4/2010 của Chính phủ (Nghị định 43) hướng dẫn việc đăng ký doanh nghiệp thì quy định rằng “vốn điều lệ công ty cổ phần không bao gồm giá trị của số cổ phần được quyền chào bán”². Nghị định 102/2010/NĐ-CP ngày 01/10/2010 của Chính

phủ (Nghị định 102) hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp cho rằng, vốn điều lệ của công ty cổ phần là “tổng giá trị mệnh giá số cổ phần đã phát hành”. Số cổ phần được coi là đã phát hành là số cổ phần “mà các cổ đông đã thanh toán đủ cho công ty”³. Còn vốn điều lệ của công ty trách nhiệm hữu hạn (cả một thành viên và hai thành viên trở lên- TNHH) là “tổng giá trị các phần vốn góp do (các) thành viên đã góp hoặc cam kết góp trong một thời hạn cụ thể và đã được ghi vào điều lệ công ty”⁴.

Vốn điều lệ	Luật Doanh nghiệp	Nghị định 43	Nghị định 102
Công ty TNHH	<i>Số vốn do các thành viên, cổ đông góp hoặc cam kết góp trong một thời hạn nhất định và được ghi vào điều lệ</i>	<i>Theo Luật Doanh nghiệp</i>	<i>Theo Luật Doanh nghiệp</i>
Công ty cổ phần		<i>Vốn điều lệ không bao gồm giá trị của số cổ phần được quyền chào bán</i>	<i>Tổng giá trị mệnh giá số cổ phần đã phát hành (đã thanh toán đủ bởi cổ đông cho công ty)</i>

(*) TS, Học viện Tư pháp.

(1) Khoản 4 Điều 4 Luật Doanh nghiệp 2005.

(2) Khoản 4 Điều 40 Nghị định 43.

(3) Khoản 4 Điều 6 Nghị định 102.

(4) Khoản 1 và 2 Điều 6 Nghị định 102.



Thể hiện qua bảng, vốn điều lệ theo pháp luật doanh nghiệp của Việt Nam được diễn giải theo quá trình sau:

Như vậy, điểm khác biệt cơ bản giữa hai văn bản luật liên quan đến vốn điều lệ công ty cổ phần là theo Luật Doanh nghiệp thì vốn điều lệ bao gồm cả phần vốn cam kết góp, còn Nghị định 43 và Nghị định 102 thì chỉ phần vốn đã thanh toán mới được coi là vốn điều lệ. Phần (vốn) cổ phần đăng ký bán cho cổ đông mà chưa được cổ đông thanh toán thì không được coi là vốn điều lệ. Hai Nghị định này không nói rõ phần (vốn) cổ phần đăng ký bán cho cổ đông mà chưa được cổ đông thanh toán là vốn gì.

Hệ quả của sự khác biệt

Sự khác biệt về khái niệm vốn điều lệ trong công ty cổ phần mang lại một số hệ quả sau:

Một là, thủ tục để công ty cổ phần tăng vốn điều lệ sẽ như thế nào? Nghị định 43 có một điều (Điều 40) về đăng ký thay đổi vốn điều lệ áp dụng cho cả công ty TNHH và cổ phần, trong đó quy định nội dung đăng ký thay đổi vốn điều lệ bao gồm “vốn điều lệ đã đăng ký và vốn điều lệ dự định thay đổi”. Khi tăng vốn điều lệ của công ty (kể cả cổ phần) - sau khi đăng ký tăng vốn điều lệ với cơ quan đăng ký kinh doanh - công ty sẽ thực hiện việc bán cổ phần cho thành viên/cổ đông trong một thời hạn dự định. Đây là quy trình đơn giản, hợp lý và dễ hiểu.

Tuy nhiên, như trên đã nói, theo quy định của Nghị định 43 và Nghị định 102, vốn điều lệ của công ty cổ phần là phần vốn đã được thực góp bởi các cổ đông. Góp đến đâu thì vốn điều lệ là ở mức đó, không bao gồm phần bán/chào bán trong tương lai cũng như cam kết góp (nếu có) của cổ đông hiện hữu. Tuy nhiên, luật không quy định thủ tục đăng ký phần vốn điều lệ (đã góp) sẽ như thế nào? Về mặt lý thuyết, Điều 40 Nghị định 43 không thể áp dụng được,

vì như trên đã nói, nó quy định về trường hợp góp vốn trong tương lai⁵.

Lưu ý, trong trường hợp liên quan, khi một công ty cổ phần chào bán riêng lẻ cho cổ đông mới, nó sẽ thực hiện việc chào bán theo Nghị định 01/2010/NĐ-CP ngày 04/01/2010 của Chính phủ (Nghị định 01) về chào bán cổ phần riêng lẻ. Kết thúc đợt chào bán, công ty đăng ký lại vốn điều lệ⁶. Nói cách khác, trong trường hợp chào bán cổ phần riêng lẻ, sau khi cổ đông đã thanh toán cho số cổ phần đã mua, công ty sẽ thực hiện việc đăng ký lại vốn điều lệ. Quy định thế này dường như phù hợp với cách hiểu về vốn điều lệ của Nghị định 43 và Nghị định 102⁷.

Hai là, giả sử các cổ đông sáng lập của một công ty cổ phần đăng ký và thanh toán đủ trong thời hạn luật định 90 ngày là 01 tỷ VNĐ vốn điều lệ, giá trị phần (vốn) cổ phần được chào bán còn lại là 01 tỷ VNĐ nữa. Trong trường hợp một cổ đông sáng lập hay cổ đông mới đăng ký mua phần (vốn) cổ phần trị giá 100 triệu VNĐ trong số 01 tỷ đồng (vốn) cổ phần được quyền chào bán, theo quy định của Nghị định 43 và Nghị định 102, công ty lại phải đăng ký lại vốn điều lệ hay sao? Như trên đã nói, thủ tục này (trừ việc chào bán riêng lẻ) chưa được quy định. Nhưng giả sử cơ quan đăng ký kinh doanh vận dụng linh hoạt Điều 40 Nghị định 43, đăng ký bổ sung vốn điều lệ và ngày chấp thuận việc đăng ký tăng vốn điều lệ là ngày 01/08/2011. Vào ngày 02/08/2011 lại có người có nhu cầu mua phần (vốn) cổ phần giá trị 100 triệu nữa, công ty lại tiếp tục làm thủ tục đăng ký thay đổi vốn điều lệ (theo Điều 40) hay sao? Mỗi lần có một cổ đông đăng ký mua số cổ phần trị giá 100 triệu VNĐ thì tổng cộng công ty sẽ phải đăng ký tăng vốn điều lệ, nên sẽ mất đến 10 lần đăng ký tăng vốn điều lệ để bán đủ 01 tỷ VNĐ giá trị số cổ phần được quyền chào bán?

Trên đây mới chỉ ra hai trường hợp về cách

(5) Lưu ý trên thực tế, cơ quan đăng ký kinh doanh áp dụng Điều 40 cho mọi trường hợp điều chỉnh vốn điều lệ (vì thật ra chỉ có một điều khoản này quy định về việc điều chỉnh vốn điều lệ).
(6) Khoản 3 Điều 24 Luật Doanh nghiệp.
(7) Lưu ý rằng Nghị định 01 không được áp dụng trên thực tế và tại thời điểm viết bài, nó đang được xem xét sửa đổi hay thay thế.





hiểu, diễn giải và áp dụng phức tạp liên quan đến vấn đề vốn điều lệ. Thật ra, nếu nói thêm thì còn nhiều quy định mơ hồ và khó hiểu khác nữa của pháp luật doanh nghiệp Việt Nam, chỉ tính riêng cho vấn đề vốn doanh nghiệp.

Vậy thì hiểu về vốn và vốn điều lệ doanh nghiệp như thế nào cho đúng?

Vốn và vốn điều lệ trong xu thế thế giới

Luật công ty hiện đại ngày càng đơn giản hóa các quy định về vốn công ty. Ngoại trừ một số doanh nghiệp liên quan đến hệ thống tài chính như ngân hàng, bảo hiểm, chứng khoán mà cơ quan quản lý yêu cầu phải đáp ứng mức vốn pháp định tối thiểu để bảo đảm rằng các công ty này, với quyền gọi vốn từ bên ngoài, không “tiêu tiền của người khác”, còn đối với các công ty kinh doanh bình thường và không phải công ty niêm yết, những yêu cầu khắt khe về vốn pháp định/vốn điều lệ đã dần được dỡ bỏ⁸. Lý do dỡ bỏ vì:

(a) Yêu cầu về vốn (pháp định) là không khả thi về mặt giám sát. Mọi cá nhân có ý định lừa đảo đều có thể dễ dàng qua mặt các quy định pháp luật mà cơ quan quản lý không thể bảo vệ chủ nợ của công ty;⁹

(b) Xét cho cùng, việc thành lập công ty là một hợp đồng (giữa các cổ đông), công ty giao dịch với bên thứ ba cũng qua hợp đồng. Trong những giao dịch mang tính tư nhân thuần túy này, các bên phải tự chịu trách nhiệm cho rủi ro kinh doanh của mình. Nhà nước không thể (và không nên) can thiệp và bảo vệ một bên hợp đồng.

Vì lẽ này mà xu hướng là pháp luật công ty bỏ đi các yêu cầu về vốn: bao gồm vốn pháp định và cả vốn điều lệ. Chúng ta sẽ không thấy lạ lẫm nữa khi biết nhiều công ty trên thế giới có vốn điều lệ là bằng 0 (ví dụ cho những công ty được thành lập cho một mục đích nhất định (special purpose vehicle/SPV) nơi việc quản lý và điều hành nằm tại một công ty khác). Trên thực tế, bên giao dịch (chủ nợ) với một

công ty sẽ và phải có cơ chế bảo vệ quyền lợi riêng của mình. Ví dụ, thông qua yêu cầu về tài sản bảo đảm hoặc bảo lãnh ngân hàng (hoặc bên thứ ba) cho công ty chứ không ai nhìn (và tin) vào số vốn điều lệ của công ty đó cả.

Nhưng vốn công ty cũng có ý nghĩa nhất định của nó. Một công ty kinh doanh đơn thuần phải có vốn để hoạt động. Cổ đông sáng lập ra công ty (promoters/founding shareholders) sẽ quyết định khoản vốn để công ty hoạt động, kinh doanh. Vốn này được gọi là vốn điều lệ (share capital/stated capital). Phần vốn điều lệ này sẽ được chia thành các phần bằng nhau gọi là cổ phần (share/stock). Số cổ phần được quyền (chào) bán của công ty được gọi là authorized shares bằng chính vốn điều lệ của công ty. Cổ phần bao gồm cổ phần phổ thông và cổ phần ưu đãi (common shares và preferred shares). Mỗi loại cổ phần có những đặc quyền và hạn chế riêng áp dụng cho loại cổ phần đó. Đặc quyền và hạn chế của các loại cổ phần phải được ghi trong điều lệ công ty trước khi cổ phần được phát hành. Công ty phải có tối thiểu (các) cổ phần phổ thông trong đó quy định về hai quyền cơ bản của cổ đông là biểu quyết và chia tài sản khi chấm dứt hoạt động. Công ty có thể có hoặc không có cổ phần ưu đãi.

Người thực hiện việc bán cổ phần nhân danh công ty là hội đồng quản trị (board of directors). Hội đồng quản trị chỉ được (chào) bán số cổ phần tối đa trong phạm vi vốn điều lệ của công ty. Cổ đông sáng lập có quyền đăng ký mua (subscribe) cổ phần đủ 100% số cổ phần được quyền chào bán của công ty hoặc một tỷ lệ ít hơn. Phần còn lại có thể chào bán cho các nhà đầu tư khác. Việc thanh toán cổ phần đã đăng ký mua được thỏa thuận trong hợp đồng đăng ký mua (subscription agreement) giữa công ty và cổ đông. Cổ đông có thể thanh toán một lần hay thanh toán nhiều lần (thanh toán chậm) cho số cổ phần mình đăng ký. Cổ phần chưa được thanh toán được gọi là unpaid

(8) Ví dụ xem thêm Đạo luật mẫu về công ty [cổ phần] kinh doanh (sửa đổi) năm 2005 của Liên đoàn luật sư Hoa Kỳ (ABA).

(9) Điều này cũng có thể thấy tại Việt Nam theo thời gian, từ việc quy định bắt buộc về vốn pháp định đến việc gỡ bỏ nó đối với các doanh nghiệp không kinh doanh trong lĩnh vực kinh doanh có điều kiện.



shares, được thanh toán một phần là partly paid shares và thanh toán đầy đủ là fully paid-up shares.

Thỏa thuận về việc thanh toán cổ phần đăng ký mua là một hợp đồng (dân sự) giữa công ty và cổ đông. Phần chưa được thanh toán hoặc thanh toán đầy đủ là khoản nợ của cổ đông đối với công ty. Công ty có quyền yêu cầu thanh toán/nộp đủ theo thỏa thuận và trong trường hợp công ty giải thể hay phá sản. Theo đa số các hệ thống, số cổ phần đăng ký mua nhưng chưa được thanh toán hoặc thanh toán đầy đủ không hạn chế quyền biểu quyết của cổ đông nhưng những cổ đông này không được thanh toán cổ tức cho phần cổ phần chưa được thanh toán¹⁰. Một số hệ thống cho phép cổ đông sở hữu cổ phần chưa thanh toán đủ hưởng đủ các quyền như cổ đông đã thanh toán đủ số tiền mua cổ phần¹¹.

Cổ phần được thanh toán bằng tài sản hữu hình hoặc vô hình, miễn là có lợi cho công ty. Việc xác định giá trị tài sản do Hội đồng quản trị quyết định. Tài sản thanh toán có thể là tiền mặt, hiện vật, giá trị quyền sở hữu trí tuệ, hối phiếu nhận nợ hay công việc được cổ đông cung cấp v.v.. Tuy nhiên, đối với các loại tài sản ở thì tương lai như hối phiếu nhận nợ của bên thứ ba hay công việc/dịch vụ do cổ đông cung cấp thì công ty có thể thỏa thuận với cổ đông về việc “treo” cổ phần và hạn chế chuyển nhượng cổ phần loại này cho đến khi khoản tiền nợ tại hối phiếu nhận nợ đã được thanh toán hay công việc đã được thực hiện. Nếu khoản nợ không được thanh toán đủ hay công việc không được cổ đông thực hiện v.v.. số cổ phần trên sẽ bị hủy bỏ một phần hay toàn bộ (theo thỏa thuận giữa các bên).

Một số điểm Việt Nam có thể tham khảo

Dưới đây là một số điểm mà các nhà làm luật Việt Nam có thể tham khảo để xây dựng hay chỉnh sửa các quy định của mình liên quan

đến vốn điều lệ của công ty để phù hợp với thông lệ thế giới và tránh việc quy định mâu thuẫn hay nhập nhằng.

Thứ nhất, cơ cấu vốn tại công ty TNHH và công ty cổ phần (chưa niêm yết) của các hệ thống pháp luật nước ngoài tiên tiến về cơ bản là giống nhau. Nói cụ thể là không có sự phân biệt giữa vốn điều lệ của công ty TNHH và công ty cổ phần như trường hợp của Việt Nam. Họ sẽ không có tên gọi khác biệt về phần vốn góp (cho công ty TNHH) và cổ phần (cho công ty cổ phần), về khái niệm khác biệt về vốn điều lệ cho mỗi loại hình công ty, về nghĩa vụ đăng ký và thanh toán trong thời hạn 90 ngày số cổ phần tối thiểu 20% trên tổng số cổ phần được quyền chào bán của công ty cổ phần, về hậu quả khác biệt của việc thanh toán chưa đủ phần vốn góp hay cổ phần đăng ký mua tại công ty TNHH và công ty cổ phần như trường hợp của Việt Nam. Khi xây dựng những định nghĩa hay yêu cầu khác biệt giữa công ty TNHH và công ty cổ phần, nhà làm luật Việt Nam cần trả lời câu hỏi vì sao cần sự khác biệt và nó nhằm mục đích gì? Việc này đặc biệt có ý nghĩa nếu nhà làm luật biết rằng, có những hệ thống pháp luật công ty nổi tiếng như Anh quốc người ta thậm chí không phân biệt giữa công ty TNHH và cổ phần, chính xác hơn là không tồn tại loại hình công ty TNHH (theo nghĩa của Việt Nam)¹².

Thứ hai, phần vốn điều lệ là phần vốn do các cổ đông sáng lập thỏa thuận và ghi vào điều lệ. Việc tăng, giảm vốn điều lệ sau đó do đại hội cổ đông quyết định. Vốn điều lệ là phần vốn công ty, thông qua Hội đồng quản trị của nó, được quyền phát hành cho cổ đông. Việc thanh toán phần vốn cổ phần do công ty và cổ đông thỏa thuận. Vốn điều lệ (share capital), vốn là phần vốn sẽ chào bán cho cổ đông, không thể bị nhầm lẫn với số cổ phần đã được cổ đông thanh toán (paid-up shares) như các quy định của Nghị định 43 và Nghị định 102.

(Xem tiếp trang 105)

(10) Xem, ví dụ, Điều 409 Bộ luật công ty bang California; Điều 156 Bộ luật công ty bang Delaware. Cả hai đều có sẵn trên Internet.

(11) Ví dụ như tại Australia.

(12) Liên quan đến công ty TNHH theo cổ phần, Ở England and Wales chỉ có hai loại công ty là private limited company limited by shares (công ty cổ phần không đại chúng) và public limited company limited by shares (công ty cổ phần đại chúng).





KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN LUẬT CÔNG CHỨNG

■ LÊ QUỐC HÙNG*

Hoạt động công chứng có liên quan đến quyền lực nhà nước. “Công chứng là lấy quyền công ra mà làm chứng”. Thế nhưng, không nhất thiết phải là công chứng nhà nước mới có thể nhân danh công quyền. Quản lý nhà nước tốt thì có thể giao quyền đó cho một số tổ chức và cá nhân thực hiện các hoạt động công chứng như một loại dịch vụ công. Đây là cách làm mới ở nước ta, nhưng các nước phát triển đã thực hiện từ khá lâu việc xã hội hóa các dịch vụ công rất hiệu quả.

1. Luật Công chứng xác lập cơ sở pháp lý nhằm xã hội hoá hoạt động công chứng

Trên cơ sở các kết quả đã đạt được trong việc thực hiện xã hội hoá một số lĩnh vực như giáo dục, y tế, văn hoá, thể thao... Nhà nước tiếp tục cho phép xã hội hoá hoạt động công chứng. Ngày 29/11/2006, Quốc hội đã thông qua Luật Công chứng gồm 8 chương, 67 điều quy định về công chứng, xác lập cơ sở pháp lý quan trọng nhằm thực hiện xã hội hoá hoạt động công chứng, tạo điều kiện để công dân và tổ chức được thụ hưởng tốt nhất loại hình dịch vụ công quan trọng này.

Cơ sở lý luận và thực tiễn của vấn đề xã hội hoá hoạt động công chứng được cắt nghĩa qua các mặt: một là, hoạt động công chứng là hoạt động thuộc lĩnh vực dịch vụ công, không sử dụng quyền lực công. Các công chứng viên không có quyền lực ban hành các mệnh lệnh

hành chính, quyết định hành chính như các cơ quan chức năng của chính quyền. Khi hành nghề, công chứng viên hoàn toàn độc lập và chỉ tuân theo pháp luật, hành nghề khách quan, trung thực, tuân thủ các quy tắc đạo đức nghề nghiệp và chịu trách nhiệm trước pháp luật về văn bản công chứng; hai là, hoạt động công chứng được thực hiện trên cơ sở các quy định pháp luật rất chặt chẽ và cụ thể, đó là Luật Công chứng và các nghị định hướng dẫn thi hành.

Chủ trương xã hội hoá hoạt động công chứng thể hiện rõ ở các vấn đề cụ thể:

Luật Công chứng đã tách biệt hoạt động công chứng và hoạt động chứng thực. Luật đã đưa trả hoạt động chứng thực là hành vi mang tính chất hành chính về cho các cơ quan hành chính công quyền. Có thể khẳng định, đây là bước tiến lớn trong quá trình cải cách hành

(*) TS. Trưởng Văn phòng Công chứng Hà Nội.



chính ở nước ta. Công chứng là hoạt động mang tính chất dịch vụ công. Đối tượng của hoạt động công chứng là các hợp đồng, giao dịch về dân sự, kinh tế, thương mại... Hoạt động công chứng bao gồm một loạt các thủ tục rất phức tạp kể từ khi Công chứng viên tiếp nhận ý chí của các bên giao kết hợp đồng như: xác định tư cách chủ thể của các bên, kiểm tra năng lực hành vi dân sự của chủ thể, tính tự nguyện của các bên trong giao kết hợp đồng, xác định nguồn gốc hợp pháp của đối tượng hợp đồng, kiểm tra tính hợp pháp của hợp đồng... Những tình tiết này là hết sức quan trọng, bảo đảm cho hợp đồng không bị vô hiệu và có ý nghĩa chứng cứ về sau nếu xảy ra tranh chấp giữa các bên cũng như với bên thứ ba. Còn hoạt động chứng thực là hành vi mang tính chất hành chính của cơ quan công quyền: chứng thực sao y giấy tờ, văn bản, chứng chỉ... Những hành vi này do Luật Hành chính điều chỉnh. Việc tách biệt công chứng và chứng thực có ý nghĩa rất lớn về mặt lý luận và thực tiễn, vừa đáp ứng yêu cầu cải cách hành chính, vừa là điều kiện để chuyển tổ chức công chứng sang chế độ dịch vụ công và thúc đẩy xã hội hoá hoạt động công chứng.

Luật Công chứng đã quy định chung về hoạt động công chứng, không phân biệt công chứng nhà nước như trước đây; công chứng là hành vi của công chứng viên; tính xác thực của hợp đồng, giao dịch được công chứng viên xác nhận; tính hợp pháp của hợp đồng, giao dịch được công chứng viên xác nhận. Điều này phân biệt với hành vi chứng thực của người đại diện cơ quan hành chính công quyền và công chứng viên Việt Nam có chức năng phòng ngừa sự vi phạm pháp luật của các bên khi giao kết hợp đồng, giao dịch và các hợp đồng, giao dịch đã qua công chứng sẽ hạn chế xảy ra tranh chấp về sau.

Luật Công chứng đã mở rộng mô hình tổ chức hành nghề công chứng, quy định hai hình thức tổ chức hành nghề công chứng song hành hoạt động dưới sự quản lý, giám sát của Sở Tư pháp là Phòng Công chứng do Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh thành lập và Văn phòng

Công chứng do các công chứng viên đầu tư, được UBND cấp tỉnh cho phép thành lập. Đối với Phòng Công chứng thì chuyển sang chế độ đơn vị sự nghiệp có thu, tự chủ về tài chính; đối với Văn phòng Công chứng thì hoạt động theo chế độ công ty hợp danh (nếu là hai công chứng viên trở lên thành lập) hoặc doanh nghiệp tư nhân (nếu một công chứng viên thành lập), tự chủ về tài chính, tự chịu trách nhiệm về bồi thường thiệt hại cho khách hàng. Văn phòng Công chứng và Phòng Công chứng nhà nước bình đẳng về chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền ký văn bản công chứng. Quan hệ giữa người yêu cầu công chứng với cả hai tổ chức hành nghề công chứng trên là quan hệ dân sự mang tính chất dịch vụ có thu phí theo quy định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Mô hình Văn phòng Công chứng là một hình thức mới của tổ chức hành nghề công chứng. Về lâu dài, Văn phòng Công chứng sẽ là hình thức phổ biến của tổ chức hành nghề công chứng ở nước ta. Mô hình Phòng Công chứng nhà nước trước mắt là cần thiết, đặc biệt là ở các địa phương miền núi, vùng sâu, vùng xa nhưng trong tương lai, khi nền kinh tế thị trường ở nước ta phát triển mạnh thì mô hình này sẽ thu hẹp dần. Đây cũng là kinh nghiệm chuyển đổi từ hệ thống công chứng nhà nước sang công chứng “phi nhà nước hoá” của các nước chuyển đổi như Trung Quốc, Liên bang Nga...

Luật Công chứng đã đổi mới căn bản chế độ công chứng viên, đã đề cao trách nhiệm và nghĩa vụ của công chứng viên. Công chứng viên là người có đủ tiêu chuẩn được quy định trong luật và được Bộ trưởng Bộ Tư pháp bổ nhiệm để hành nghề công chứng. Công chứng viên không nhất thiết phải là công chức nhà nước. Đây là điểm rất mới ở nước ta trong khi ở nước ngoài, điều này từ lâu đã trở nên phổ biến. Trong lịch sử phát triển nghề công chứng ở châu Âu thì công chứng viên chưa bao giờ là công chức nhà nước. Trên thế giới có nước còn cho phép tư nhân thành lập một số lực lượng cảnh sát, cho phép xây dựng và quản lý nhà tù... Thực tế ở nước ta, đã có lĩnh vực





công quyền được Nhà nước giao cho những người không phải là công chức thực hiện như Hội thẩm nhân dân không nhất thiết là công chức nhà nước nhưng vẫn cùng với thẩm phán xét xử. Công chứng viên được Nhà nước bổ nhiệm chức danh, được thay mặt Nhà nước, nhưng không hưởng lương từ ngân sách nhà nước. Tuy hoạt động công chứng có liên quan đến quyền lực nhà nước, công chứng là lấy quyền công ra mà làm chứng, nhưng trong một số lĩnh vực không nhất thiết phải là công chức nhà nước mới có quyền nhân danh quyền công. Tuy theo tình hình cụ thể mà Nhà nước có thể giao quyền đó cho một số tổ chức và cá nhân không phải của nhà nước thực hiện. Điều đó chứng tỏ vấn đề xã hội hoá một số lĩnh vực quản lý nhà nước không chỉ là vấn đề của riêng nước nào, mà đã trở thành xu hướng chung của thế giới hiện đại.

Luật Công chứng hiện hành cũng không quy định công chứng viên là công chức nhà nước. Theo Luật Công chứng, trên thực tế hiện nay tồn tại hai loại công chứng viên: Công chứng viên nhà nước làm việc trong các Phòng Công chứng nhà nước và công chứng viên không phải là công chức nhà nước làm việc trong các Văn phòng Công chứng. Mặc dù có hai loại công chứng viên làm việc ở hai hình thức tổ chức hành nghề công chứng khác nhau, nhưng địa vị pháp lý của họ trong hành nghề công chứng hoàn toàn như nhau.

Luật Công chứng không phân biệt giá trị pháp lý của văn bản công chứng của hai loại công chứng viên hoạt động ở hai mô hình tổ chức hành nghề công chứng.

Chủ trương xã hội hoá hoạt động công chứng được các cấp lãnh đạo hết sức quan tâm, vừa phấn khởi, vừa lo vì vấn đề này quá mới, song qua ba năm thực hiện cho thấy, đây là chủ trương đúng đắn. Thực hiện xã hội hoá hoạt động công chứng đã làm cho hoạt động công chứng trở thành một nghề chuyên môn sâu, mang tính chuyên nghiệp hoá và phát triển. Tính đến hết năm 2010, cả nước đã thành lập 282 Văn phòng Công chứng xã hội hoá, bổ nhiệm được 691 công chứng viên làm việc

trong các văn phòng công chứng. Trước đây, trên địa bàn Hà Nội - từ năm 1992 đến 2007 - chỉ thành lập được 6 Phòng Công chứng và sau khi mở rộng địa giới hành chính, Hà Nội tiếp nhận thêm 2 Phòng Công chứng của Hà Tây và 1 Phòng Công chứng của Vĩnh Phúc nâng tổng số lên 9 Phòng Công chứng. Với số lượng tổ chức hành nghề công chứng ít ỏi như vậy, hoạt động công chứng đã quá tải, gây ra không ít trở ngại và phiền toái cho công dân và tổ chức trong việc thực hiện dịch vụ công chứng các hợp đồng, giao dịch của mình. Trong quá trình triển khai thực hiện Luật Công chứng từ năm 2008 đến nay, Hà Nội thành lập 42 Văn phòng Công chứng, thu hút 65 Công chứng viên và hơn 400 nhân viên làm việc. Nhờ chủ trương xã hội hoá hoạt động công chứng nên đã khắc phục được tình trạng quá tải, người dân đã dễ dàng thụ hưởng được nhiều tiện ích trong loại hình dịch vụ công này.

2. Góp phần hoàn thiện Luật Công chứng

Để góp phần hoàn thiện Luật Công chứng, giảm thiểu tối đa những bất cập, vướng mắc trong hoạt động hành nghề công chứng, chúng tôi xin kiến nghị một số vấn đề cụ thể như sau:

Một là, cần tuyên truyền để công chứng nhận thức rõ hơn về tính chất công quyền của các văn phòng công chứng. Hiện nay, có phương tiện thông tin đại chúng gọi Văn phòng Công chứng là công chứng tư. Cần nhấn mạnh rằng, xã hội hoá hoạt động công chứng không nên hiểu là chuyển công chứng nhà nước thành công chứng tư nhân. Mô hình Văn phòng Công chứng quy định trong Luật Công chứng không phải là Văn phòng Công chứng tư nhân (trong Luật Công chứng không có chỗ nào sử dụng thuật ngữ Văn phòng Công chứng tư nhân). Đã là công chứng thì đều nhân danh Nhà nước. Việc thu phí tại các Văn phòng Công chứng và Phòng Công chứng đều được Nhà nước quy định chung chứ không phải theo thoả thuận giữa công chứng viên với người yêu cầu công chứng. Hơn thế nữa, việc thành lập các Văn phòng Công chứng cũng không theo kiểu tự do thành lập doanh nghiệp, mà phải theo quy



hoạch, kế hoạch của cơ quan có thẩm quyền ở địa phương. Như vậy cần tuyên truyền tính chất công quyền, dịch vụ công của các Văn phòng Công chứng.

Hai là, cần sửa đổi một số điều khoản cụ thể của Luật Công chứng. Với tư cách là người đang thực hành nghề công chứng, chúng tôi xin đề xuất một số chỉnh sửa như sau:

- Tại Điều 41 Luật Công chứng chỉ mới quy định “Việc điểm chỉ được thay thế việc ký trong văn bản công chứng trong các trường hợp người yêu cầu công chứng, người làm chứng không ký được...”. Như vậy, Luật chưa bắt buộc điểm chỉ. Nhằm bảo đảm tính an toàn pháp lý cho các giao dịch, tránh tình trạng giả mạo nhân thân của các bên trong giao dịch, cần đưa vào Điều 41 chế định bắt buộc điểm chỉ vào giao dịch.

- Chế định quyền khiếu nại của người yêu cầu công chứng cần được bổ sung để hoàn thiện hơn về phạm vi khiếu nại và cách thức giải quyết khiếu nại, vì trong Điều 63 mới chỉ quy định việc khiếu nại hành vi từ chối công chứng và quy định Trường Văn phòng Công chứng và Trường Phòng Công chứng giải quyết khiếu nại theo một thủ tục như nhau là không phù hợp. Điều quy định này chưa minh định rõ bản chất việc giải quyết khiếu nại này. Nếu coi việc giải quyết khiếu nại này là thực hiện theo Luật Khiếu nại, tố cáo thì không phù hợp với quy định về phạm vi điều chỉnh của Luật Khiếu nại, tố cáo, vì Văn phòng Công chứng không phải là cơ quan hành chính nhà nước. Nếu coi đây là giải quyết khiếu nại của khách hàng đối với tổ chức cung cấp dịch vụ công thì ý nghĩa của việc giải quyết lần hai của Giám đốc Sở Tư pháp là không thuyết phục vì Công chứng viên và Văn phòng Công chứng chịu trách nhiệm về các hoạt động của mình. Mặt khác, Luật Công chứng cũng chưa có quy định về cơ chế bảo đảm thi hành các quyết định giải quyết khiếu nại, nên không thể bảo đảm quyền lợi của người yêu cầu công chứng trong trường hợp Văn phòng Công chứng hoặc Phòng Công chứng không thực hiện quyết định giải quyết khiếu nại lần hai của Giám đốc Sở Tư pháp.

- Cần bổ sung vào khoản 1 Điều 34 Luật Công chứng quy định về việc chấm dứt hoạt động của Văn phòng Công chứng thêm trường hợp: Công chứng viên duy nhất của Văn phòng Công chứng chết. Nên bổ sung một chế định quy định về việc Văn phòng Công chứng tạm ngừng hoạt động trong Điều này, vì trong thực tiễn đời sống xã hội không thiếu những trường hợp xuất hiện nhu cầu tạm ngừng hoạt động Văn phòng hoặc Phòng Công chứng một cách chính đáng.

Nên bỏ quy định: “Văn phòng Công chứng do một công chứng viên thành lập được tổ chức và hoạt động theo loại hình doanh nghiệp tư nhân. Văn phòng Công chứng do hai công chứng viên trở lên thành lập được tổ chức và hoạt động theo loại hình công ty hợp danh” tại Điều 26 Luật Công chứng, vì quy định như vậy dễ gây cho nhiều người cách hiểu phải áp dụng Luật Doanh nghiệp vào quá trình điều chỉnh hoạt động của Văn phòng Công chứng, hơn nữa làm giảm nhẹ tính dịch vụ công của hoạt động công chứng.

- Khoản 7 Điều 32 Luật Công chứng chỉ mới quy định Văn phòng Công chứng có nghĩa vụ mua bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp cho công chứng viên của mình, vậy khi công chứng viên làm việc tại Phòng Công chứng gây rủi ro cho khách hàng thì trách nhiệm bồi thường rủi ro thuộc về ai? Nhà nước hay là công chứng viên?

- Cần bổ sung vào Điều 19 Luật Công chứng thêm khoản 6, quy định về độ tuổi khi bổ nhiệm công chứng viên không quá 65 tuổi, vì trên thực tế trong thời gian qua, một số công chứng viên được bổ nhiệm khi tuổi quá cao, sức khỏe không bảo đảm, thường xuyên nằm viện, gây trở ngại trong công việc.

- Điều 15 Luật Công chứng quy định quá nhiều những đối tượng được miễn đào tạo nghề công chứng, cần giảm bớt: trong khoản 1 cần bỏ chức danh điều tra viên; bỏ khoản 3.

- Cần lựa chọn để hợp chuẩn một số quy định còn mâu thuẫn giữa các luật: Khoản 1 Điều 44 Luật Công chứng quy định việc hủy bỏ hợp đồng, giao dịch đã được công chứng





chỉ được thực hiện khi có thoả thuận, cam kết của tất cả những người tham gia hợp đồng, giao dịch đó, trong khi Điều 425 Bộ luật Dân sự 2005 lại quy định một bên có quyền huỷ hợp đồng, Điều 103 và Điều 124 Luật Nhà ở cũng quy định một bên có quyền đơn phương huỷ hợp đồng cho thuê nhà, hợp đồng quản lý nhà ở. Sự mâu thuẫn này đã gây lúng túng cho người yêu cầu công chứng cũng như công chứng viên.

- Hiện nay, các quyết định bổ nhiệm công chứng viên của các Văn phòng Công chứng (không phải viên chức nhà nước) ghi phạm vi địa bàn hoạt động công chứng, Bộ Tư pháp ghi: “Bổ nhiệm công chứng viên... làm công chứng viên tại thành phố Hà Nội” là trái với điểm a khoản 1 Điều 22 trong Luật Công chứng, quy định công chứng viên được lựa chọn nơi hành nghề công chứng. Việc Bộ Tư pháp ghi xác định “Bổ nhiệm công chứng viên... làm công chứng viên tại thành phố Hà Nội” trong Quyết định bổ nhiệm công chứng viên (không phải của Phòng Công chứng) dẫn đến cách hiểu: công chứng viên này chỉ hoạt động tại địa bàn ghi trong quyết định bổ nhiệm, còn các công chứng viên làm việc trong Phòng Công chứng thì không bị giới hạn địa bàn hoạt động, nên khi nghỉ hưu có thể thành lập Văn phòng Công chứng tại địa bàn khác. Điều này gây ra sự bất



ình đẳng giữa hai loại công chứng viên.

Ba là, cần xây dựng cơ sở dữ liệu thống nhất trên địa bàn cấp tỉnh trong lĩnh vực công chứng để kiểm tra, đối chiếu tài sản đã tham gia giao dịch, phòng ngừa hiện tượng lừa đảo, tình trạng một tài sản mang đi giao dịch nhiều lần ở nhiều nơi.

Bốn là, cần cho phép thành lập Hiệp hội công chứng viên để có một tổ chức bảo vệ quyền lợi cho công chứng viên và thống nhất các hoạt động cho các tổ chức hành nghề công chứng. Hiệp hội công chứng sẽ đóng góp vai trò to lớn trong việc chia sẻ thông tin nghiệp vụ giữa các tổ chức hành nghề công chứng và tránh việc cạnh tranh không lành mạnh, giải quyết các mối quan hệ nội bộ trong các Văn phòng Công chứng, bảo đảm hoạt động công chứng với tư cách là một nghề mới phát triển ổn định. ■

QUY ĐỊNH VỀ VỐN ĐIỀU LỆ CÔNG TY...

(Tiếp theo trang 100)

Thứ ba, các giao dịch công ty, đặc biệt đối với các công ty chưa niêm yết, thường thuận tụy mang tính giao dịch cá nhân. Ví dụ như thỏa thuận về định giá tài sản góp vốn, điều

kiện và thời hạn thanh toán v.v.. Pháp luật công ty hạn chế việc can thiệp vào các thỏa thuận này. Thay vào đó, nó cho phép các bên thỏa thuận trong phạm vi linh hoạt, sao cho thỏa mãn được nhu cầu riêng của các bên. Thông thường các bên chỉ bị yêu cầu phải nộp báo cáo, đăng ký mang tính thông báo với cơ quan đăng ký kinh doanh. Yêu cầu này là bắt buộc, để chủ nợ hoặc bên thứ ba khác biết về cơ cấu tổ chức và vốn công ty khi tìm hiểu thông tin về công ty tại cơ quan đăng ký. Về cơ bản, pháp luật công ty tôn trọng quyền tự quyết của các bên. Tuy nhiên, hành vi lừa đảo sẽ bị nghiêm trị. ■



CÁC NGUYÊN TẮC CƠ BẢN TRONG VIỆC ĐIỀU CHỈNH BẰNG PHÁP LUẬT ĐỐI VỚI HOẠT ĐỘNG ĐẦU TƯ CHỨNG KHOÁN

■ LÊ VŨ NAM*

Quan hệ xã hội phát sinh từ hoạt động đầu tư chứng khoán (ĐTCK) là một quan hệ phù hợp với xu hướng và quy luật phát triển chung của “kỷ nguyên hội nhập” và nhu cầu khách quan của các quốc gia có nền kinh tế thị trường, nên cần được pháp luật ghi nhận và điều chỉnh. Điều chỉnh bằng pháp luật đối với các quan hệ phát sinh từ hoạt động ĐTCK là sự tác động của pháp luật lên các quan hệ này nhằm chi phối và định hướng chúng phát triển trong một trật tự nhất định, phù hợp với mục tiêu, nguyên tắc chung của thị trường chứng khoán (TTCK) cùng với sự phát triển khách quan của xã hội và ý chí của Nhà nước.

Sự cần thiết điều chỉnh bằng pháp luật các quan hệ từ ĐTCK còn xuất phát từ nhu cầu phát triển kinh tế và vai trò quản lý xã hội của Nhà nước. Ngày nay, sự ổn định và phát triển của nền kinh tế một quốc gia gắn liền với vai trò tác

động tích cực của Nhà nước. Cuộc suy thoái kinh tế và khủng hoảng tài chính toàn cầu xảy ra năm 2008 có tâm điểm xuất phát từ nước Mỹ đã cho thấy, “chủ nghĩa Nhà nước điều tiết là con đường chống khủng hoảng thế giới”¹. Các hoạt động liên quan đến chứng khoán và TTCK, trong đó có hoạt động ĐTCK là một bộ phận hữu cơ của nền kinh tế và sự vận động của các quan hệ xã hội trong lĩnh vực này có ảnh hưởng trực tiếp đến toàn bộ nền kinh tế. Mặt khác, hoạt động ĐTCK là hoạt động đầu tư đặc thù liên quan trực tiếp đến đời sống kinh tế - xã hội, chính sách tiền tệ và chứa đựng nhiều rủi ro. Từ đó cho thấy, vai trò quản lý và điều tiết của Nhà nước trong hoạt động ĐTCK là không thể thiếu được. Nhà nước thực hiện vai trò này thông qua công cụ là pháp luật. Pháp luật phải kịp thời phản ánh, ghi nhận và điều chỉnh các quan hệ từ ĐTCK. Do tính chất đặc thù của các quan hệ phát sinh từ ĐTCK là những quan

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

(1) Chủ nghĩa Nhà nước điều tiết được đại diện bởi các nhà kinh tế khác nhau như Các Mác, Lê-nin, J.M. Kyenes... chủ trương nhà nước tham gia điều tiết nền kinh tế thông qua các công cụ kinh tế vĩ mô như kế hoạch, chính sách tài chính, chính sách tiền tệ... Lý thuyết này đã góp phần điều tiết nền kinh tế của các nước thoát khỏi nhiều cuộc khủng hoảng. Xem: Nguyễn Văn Luân, Nguyễn Văn Trinh (2008), “Chủ nghĩa tự do kinh tế và khủng hoảng tài chính toàn cầu – những vấn đề đặt ra đối với nền kinh tế Việt Nam”, Kỷ yếu Hội thảo khoa học “Tác động của khủng hoảng tài chính toàn cầu đối với nền kinh tế Việt Nam”, Khoa Kinh tế, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, tr. 159-167.





hệ phức tạp, dễ phát sinh tranh chấp và luôn luôn vận động theo sự năng động và phát triển của TTCK nên việc điều chỉnh các quan hệ này bằng pháp luật cũng phải dựa trên những nguyên tắc cơ bản nhất định.

Nguyên tắc cơ bản (basic principles) luôn là bộ phận cấu thành quan trọng của pháp luật. Theo Lê Minh Tâm, “hệ nguyên tắc của pháp luật xã hội chủ nghĩa là những nguyên lý, những tư tưởng chỉ đạo cơ bản, có tính chất xuất phát điểm, thể hiện tính toàn diện, linh hoạt và có ý nghĩa bao quát, quyết định nội dung và hiệu lực của pháp luật”². Hệ nguyên tắc của pháp luật đóng vai trò quan trọng trong việc chỉ đạo, định hướng và áp dụng vào toàn bộ các quá trình của cơ chế điều chỉnh pháp luật như: xác lập và phát huy hiệu lực của các quy phạm pháp luật, xác lập các quyền và nghĩa vụ trong khuôn khổ mà các quy phạm pháp luật đã dự liệu và định rõ, thực hiện các quyền và nghĩa vụ của chủ thể quan hệ pháp luật và quá trình áp dụng pháp luật. Hệ nguyên tắc cơ bản của pháp luật còn xác định tính hợp pháp và hợp lý trong xử sự của các chủ thể, tác động mạnh mẽ tới ý thức pháp luật, văn hoá pháp lý và trật tự pháp luật. Các nguyên tắc pháp luật phải phản ánh sự vận động khách quan của xã hội và các quan hệ phát sinh giữa các chủ thể, nhằm qua đó định hướng sự phát triển của các quan hệ này theo một trật tự nhất định.

Đặc trưng cơ bản của nền kinh tế thị trường là tự do sở hữu và tự do cạnh tranh, tự do kinh doanh. Hoạt động ĐTCK là hoạt động thể hiện rõ nét các đặc trưng đó. Ngoài ra, trong bất kỳ nền kinh tế nào cũng cần đến vai trò can thiệp, quản lý và điều tiết của Nhà nước. Tùy thuộc vào mô hình, giai đoạn phát triển của nền kinh tế mà mức độ can thiệp của Nhà nước đến đâu và thể hiện như thế nào. Mặc dù, TTCK là thị trường bậc cao và chỉ có thể hình thành và phát triển trên nền tảng một nền kinh tế thị trường, thế nhưng để TTCK hoạt động công khai, minh bạch và công bằng thì nguyên tắc đảm bảo sự can thiệp và quản lý của Nhà nước chiếm một

vị trí quan trọng. Trên cơ sở đó, chúng tôi cho rằng, những nguyên tắc cơ bản đặt ra trong việc xây dựng và hoàn thiện khung pháp lý cho hoạt động ĐTCK tại Việt Nam bao gồm:

1. Nguyên tắc đảm bảo quyền tự do sở hữu

Trên TTCK nói chung và trong hoạt động ĐTCK nói riêng, quyền sở hữu hầu như chi phối toàn bộ các hành vi mua bán chứng khoán của nhà đầu tư (NĐT). Do TTCK có mục tiêu là hình thành kênh huy động các nguồn vốn nhàn rỗi tạm thời trong công chúng để đầu tư vào nền kinh tế, nên trong các số các NĐT trên TTCK thì NĐT cá nhân chiếm một tỷ lệ đáng kể, đặc biệt là tại Việt Nam. Quá trình chuyển đổi nền kinh tế của nhiều nước như Việt Nam, Trung Quốc, các nước Đông Âu... đều hướng tới mục tiêu đa thành phần, đa sở hữu của nền kinh tế. Đó cũng chính là nền tảng để hình thành một nền kinh tế thị trường đúng nghĩa và là cơ sở ra đời của TTCK. Thật vậy, chỉ khi các loại hình doanh nghiệp phong phú và đa dạng, trong đó có công ty cổ phần (CTCP) là một loại hình doanh nghiệp thể hiện rõ nét nhất tính chất hỗn hợp và đa dạng của các hình thức sở hữu, thì nhu cầu góp vốn và huy động vốn, nhu cầu chuyển nhượng cổ phần, cổ phiếu mới phát sinh và TTCK ra đời là để giải quyết nhu cầu đó. Quyền tự do sở hữu của NĐT trên TTCK cũng bao gồm đầy đủ các quyền năng cấu thành nên nội hàm của quyền sở hữu nói chung. Đó là quyền chiếm hữu, sử dụng và định đoạt số phận pháp lý của chứng khoán thuộc sở hữu của mình³. Biểu hiện cụ thể của các quyền năng này trong lĩnh vực ĐTCK như sau:

Quyền chiếm hữu chứng khoán là quyền nắm giữ, quản lý chứng khoán của chủ sở hữu. Việc chiếm hữu chứng khoán phải dựa trên các cơ sở hợp pháp như mua chứng khoán, góp vốn vào CTCP, được tặng, cho, thừa kế chứng khoán theo quy định của pháp luật; được nhận cổ phần thưởng, được chia cổ tức theo Điều lệ CTCP và những căn cứ khác không trái với pháp luật.

(2) Lê Minh Tâm (2004), *Giáo trình Lý luận Nhà nước và pháp luật*, NXB Tư pháp, Hà Nội, tr. 348.

(3) Về nội dung của quyền sở hữu, xem: Lê Đình Nghị, *Giáo trình Luật dân sự Việt Nam, tập 1*, NXB Giáo dục, Hà Nội, 2009, tr. 187-194.



Người đang sở hữu hợp pháp chứng khoán sẽ được pháp luật bảo vệ trước những hành vi xâm hại đến các quyền và lợi ích phát sinh từ việc sở hữu chứng khoán. Bằng chứng để chứng minh quyền sở hữu chứng khoán là chứng chỉ chứng khoán ghi danh, giấy chứng nhận cổ đông hoặc các thông tin về cổ đông được ghi nhận trong sổ cổ đông của công ty cổ phần⁴.

Quyền sử dụng chứng khoán là quyền khai thác những lợi ích vật chất và tinh thần phát sinh từ chứng khoán của chủ sở hữu. Các lợi ích vật chất mà chủ sở hữu có thể khai thác từ việc nắm giữ chứng khoán là nhận cổ tức (đối với cổ phiếu), lãi suất (đối với trái phiếu), hưởng chênh lệch giữa giá mua vào và bán ra của chứng khoán, quyền nhận cổ phiếu thưởng... Bên cạnh đó, người sở hữu chứng khoán cũng có một số lợi ích phi tài sản (tinh thần) như quyền ứng cử, bầu cử và tham dự Đại hội đồng cổ đông trong CTCP, được cung cấp thông tin...

Quyền định đoạt chứng khoán là quyền quyết định số phận thực tế và số phận pháp lý của tài sản⁵. Theo Điều 195, Bộ luật Dân sự 2005, thì “quyền định đoạt là quyền chuyển giao quyền sở hữu tài sản hoặc từ bỏ quyền sở hữu đó”. Trong hoạt động ĐTCK có thể xem quyền định đoạt đối với chứng khoán là quyền của chủ sở hữu được chuyển nhượng chứng cho người khác dưới các hình thức bán, tặng, cho hoặc thừa kế... và kể cả quyền từ bỏ chúng. Việc định đoạt chứng khoán có thể được thực hiện bởi chính chủ sở hữu hoặc người khác thông qua ủy quyền và phải tuân thủ điều kiện, trình tự và thủ tục do pháp luật quy định. Ví dụ, chủ sở hữu muốn bán chứng khoán đã niêm yết của mình phải mở tài khoản và lưu ký tập trung, sau đó phải tiến hành đặt lệnh thông qua CTCK và hệ thống giao dịch sẽ tự động so khớp các lệnh giao dịch để cho ra kết quả giao dịch. Quyền

định đoạt chứng khoán là một quyền năng quan trọng nhất, nó là cơ sở để hình thành hoạt động giao dịch chứng khoán trên thị trường.

Những phân tích ở trên cho thấy, để hoạt động ĐTCK thông suốt và sôi động, trước hết phải đảm bảo quyền sở hữu cho các chủ thể tham gia thị trường, bao gồm tổ chức và cá nhân. Việc thể chế hoá các quyền năng (nội dung) của quyền sở hữu là khác nhau trong những thời kỳ khác nhau và ở từng quốc gia khác nhau phụ thuộc vào những điều kiện, hoàn cảnh cụ thể.

2. Nguyên tắc đảm bảo quyền tự do kinh doanh

Trong nền kinh tế thị trường, quyền tự chủ và tự do trong kinh doanh của các doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế được pháp luật tôn trọng và bảo vệ⁶. Nội hàm của quyền tự do kinh doanh đã được Luật Doanh nghiệp 2005 quy định khá rõ. Đó là quyền được “thực hiện liên tục một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi”⁷. Tuy nhiên, nội dung cụ thể của quyền tự do kinh doanh có nội hàm rất rộng, bao trùm nhiều lĩnh vực khác nhau trong đời sống kinh tế của một quốc gia. Theo Bùi Ngọc Cường, nội dung của quyền tự do kinh doanh bao gồm: quyền được đảm bảo sở hữu đối với tài sản; quyền tự do thành lập doanh nghiệp; quyền tự do hợp đồng; quyền tự do cạnh tranh theo pháp luật và quyền tự định đoạt trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp⁸. Trên TTCK, việc thực hiện đồng bộ và đầy đủ các quyền tự do kinh doanh sẽ là cơ sở để TTCK vận hành và phát triển, qua đó, hoạt động ĐTCK sẽ trở nên sôi động và hiệu quả hơn. Về phía các doanh nghiệp, quyền tự do kinh doanh là căn cứ cơ bản để các doanh nghiệp quyết

(4) Theo quy định hiện hành, khi một công ty cổ phần đã niêm yết trên TTCK thì chứng chỉ vật chất của cổ phiếu sẽ được hủy bỏ để chuyển sang dữ liệu điện tử và sổ cổ đông cũng sẽ chuyển sang dạng dữ liệu điện tử do Trung tâm lưu ký quản lý.

(5) Xem: Trường Đại học luật Hà Nội (2008), Giáo trình Luật dân sự, tập 1, NXB Công an Nhân dân, Hà Nội, tr. 210.

(6) Lê Vũ Nam, Lê Hà Diễm Châu (2008), “Phá sản công ty niêm yết và một số vấn đề phát sinh”, Chứng khoán Việt Nam, (10), tr. 6-10.

(7) Khoản 2, Điều 4, Luật Doanh nghiệp 2005.

(8) Bùi Ngọc Cường (2001), Xây dựng và hoàn thiện pháp luật kinh tế nhằm đảm bảo quyền tự do kinh doanh ở nước ta, Luận án Tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr. 16.





định lựa chọn hình thức huy động và sử dụng vốn, trong đó có việc phát hành chứng khoán để tài trợ cho những kế hoạch sản xuất, kinh doanh của mình. Việc phát hành chứng khoán của doanh nghiệp cung cấp cho TTCK có thêm những hàng hoá phong phú và đa dạng, tạo ra nhiều sự lựa chọn cho các NĐT. Về phía NĐT, quyền tự do kinh doanh là cơ sở để các NĐT, đặc biệt là các NĐT tổ chức (kể cả các định chế đầu tư chuyên nghiệp và các doanh nghiệp tham gia đầu tư không thường xuyên) có thể bỏ vốn ra để ĐTCK nhằm tìm kiếm lợi nhuận. Khi đó, chứng khoán đã trở thành một trong những sự lựa chọn trong quá trình kinh doanh của họ bên cạnh những cơ hội khác. Mặt khác, nhờ có sự thừa nhận và bảo hộ quyền tự do kinh doanh đối với doanh nghiệp, NĐT trên TTCK mà các định chế trung gian như công ty chứng khoán (CTCK), công ty quản lý quỹ (CTQLQ) được thành lập để cung cấp các dịch vụ như môi giới, tự doanh, bảo lãnh phát hành, tư vấn đầu tư, quản lý quỹ, quản lý danh mục đầu tư... qua đó, có thể thu được những khoản lợi nhuận đáng kể.

Như vậy, suy cho cùng, quyền tự do kinh doanh trên TTCK chính là sự đảm bảo cơ hội kinh doanh, cơ hội đầu tư của các chủ thể trên thị trường từ phía Nhà nước. Quyền tự do kinh doanh được pháp luật tôn trọng và bảo vệ vì nếu không có sự đảm bảo này thì bản thân các giao dịch chứng khoán, đặc biệt là các giao dịch trên thị trường thứ cấp khó có thể tồn tại và phát triển. Luật Chứng khoán 2006 đã ghi nhận nguyên tắc “Tôn trọng quyền tự do mua, bán, kinh doanh và dịch vụ chứng khoán của tổ chức, cá nhân”⁹ như là một trong những nguyên tắc quan trọng trong việc tổ chức và vận hành TTCK tại Việt Nam.

3. Nguyên tắc tự do cạnh tranh

Tự do cạnh tranh với tư cách là một quy luật vận động của nền kinh tế thị trường, vì vậy

nguyên tắc tự do cạnh tranh phải được bảo đảm thực hiện trong các giao dịch trên TTCK. Tự do cạnh tranh trong ĐTCK giúp cho nguồn vốn đưa vào nền kinh tế được sử dụng với hiệu suất cao nhất, đồng thời chứng khoán được giao dịch cũng phải có sự lựa chọn tốt nhất. Thực tế cho thấy, ngày càng có nhiều doanh nghiệp huy động vốn thông qua chào bán chứng khoán. Để có vốn kịp thời nhằm triển khai các dự án, kế hoạch sản xuất, kinh doanh thì các doanh nghiệp phải cạnh tranh với nhau để thu hút NĐT về điều kiện phát hành, về tính hấp dẫn của chứng khoán phát hành và cuối cùng là về hiệu quả hoạt động cũng như hiệu quả sử dụng vốn. Nhờ có sự cạnh tranh này mà NĐT có thêm nhiều sự lựa chọn về chủng loại chứng khoán, về doanh nghiệp và lĩnh vực ngành nghề để đầu tư.

Tự do cạnh tranh dưới góc nhìn của hoạt động giao dịch chứng khoán thể hiện ở chỗ, nguyên tắc khớp lệnh trên thị trường tập trung là dựa trên sự ưu tiên về giá và ưu tiên về thời gian. Ưu tiên về giá (hay còn gọi là nguyên tắc đấu giá) là nguyên tắc mà theo đó, đối với cùng một loại chứng khoán, nếu có nhiều lệnh mua hoặc nhiều lệnh bán thì lệnh mua nào có mức giá cao hơn hoặc lệnh bán nào có mức giá thấp hơn sẽ được ưu tiên thực hiện trước. Trường hợp có nhiều lệnh cùng mua hoặc cùng bán một loại chứng khoán ở cùng mức giá thì lệnh nào nhập vào hệ thống sớm hơn sẽ được ưu tiên thực hiện trước¹⁰. Ngoài ra, nguyên tắc tự do cạnh tranh giữa các NĐT còn biểu hiện trong việc xét trúng thầu khi họ tham gia đấu giá cổ phần trên thị trường sơ cấp. Người được trúng thầu sẽ là người đặt mức giá mua cao nhất và nếu lượng cổ phần vẫn còn thì sẽ được phân bổ cho người đặt giá cao liền kề tiếp theo¹¹. Bên cạnh đó, trên thị trường quy định nhiều hình thức đặt lệnh (đặt lệnh trực tiếp tại sàn giao dịch của CTCK, đặt lệnh qua điện thoại, đặt lệnh từ xa qua mạng Internet hoặc đặt lệnh qua tin nhắn SMS) và nhiều loại lệnh với những tính chất

(9) Khoản 1 Điều 4 Luật Chứng khoán 2006.

(10) Chi tiết về nguyên tắc khớp lệnh, xem: Điều 7, Quy chế giao dịch chứng khoán tại Sở Giao dịch chứng khoán TP. Hồ Chí Minh ban hành kèm theo Quyết định số 124/QĐ-SGDHCM của Tổng giám đốc Sở giao dịch chứng khoán TP. Hồ Chí Minh ngày 09/10/2007.

(11) Lê Vũ Nam (2009), Đấu giá cổ phần qua thị trường chứng khoán, Giáo án điện tử Chương trình đào tạo cấp chứng chỉ hành nghề kinh doanh chứng khoán của Ủy ban Chứng khoán Nhà nước.



và ưu tiên khác nhau (lệnh giới hạn; lệnh khớp ở mức giá mở cửa, đóng cửa; lệnh hủy) đã tạo ra nhiều công cụ giúp các NĐT có thể sử dụng trong hoạt động giao dịch chứng khoán.

Nguyên tắc cạnh tranh được thể hiện rõ nét nhất là trong hoạt động của các CTCK nhằm thu hút khách hàng, nâng cao thị phần và hiệu quả kinh doanh. Sự cạnh tranh này thường diễn ra khá gay gắt, đặc biệt thông qua việc giảm mức phí giao dịch¹², đa dạng hoá và nâng cao chất lượng các dịch vụ, tiện ích cho các giao dịch chứng khoán.

Trên phương diện quản lý, vấn đề cạnh tranh được đưa ra như một nguyên tắc hoạt động thị trường, đảm bảo sự công bằng cho tất cả các chủ thể có nhu cầu tham gia hoạt động ĐTCK được Nhà nước thừa nhận và đảm bảo thực hiện. Nhờ có cạnh tranh mà chất lượng hàng hoá (các loại chứng khoán) và các dịch vụ trên thị trường sẽ tốt hơn, các doanh nghiệp làm ăn hiệu quả hơn. Đó là những yếu tố cần thiết để TTCK hoạt động hiệu quả, thực hiện tốt chức năng là kênh huy động vốn và đầu tư của mình. Vấn đề cạnh tranh được xem xét với tư cách là một nguyên tắc pháp lý cho hoạt động ĐTCK không chỉ ở khung pháp lý của một quốc gia đơn lẻ nào, mà nó là một yêu cầu chung mang tính chất bắt buộc, được thể chế hóa trong rất nhiều các quy định cụ thể.

4. Nguyên tắc nâng cao vai trò quản lý của Nhà nước đối với hoạt động đầu tư chứng khoán

Như chúng ta đã biết, hoạt động ĐTCK đóng vai trò tích cực đối với sự phát triển kinh tế - xã hội của một quốc gia. Tuy nhiên, bên cạnh vai trò tích cực đó, hoạt động giao dịch chứng khoán cũng kèm theo những mặt trái của nó. Đó là các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, các giao dịch không công bằng, tung tin đồn thất thiệt, lừa đảo chiếm đoạt tài sản, rửa tiền... Bên cạnh đó, hoạt động giao dịch chứng khoán phải dựa

trên những cơ sở pháp lý rõ ràng và trong một môi trường lành mạnh, công bằng và đồng thời phải đảm bảo được tính thông suốt. Hoạt động giao dịch chứng khoán thông suốt, lành mạnh và hiệu quả là điều kiện tiên quyết để TTCK tồn tại và phát triển, trở thành một kênh huy động vốn quan trọng cho nền kinh tế, tạo động lực phát triển đất nước. Để thực hiện được điều đó thì vai trò quản lý, điều tiết của Nhà nước là quyết định.

Lịch sử hình thành và phát triển của TTCK thế giới cũng đã cho thấy nhiều bài học quản lý khi nói lòng sự can thiệp của Nhà nước tới TTCK. Từ đầu những năm 80, thế giới đã chứng kiến xu hướng gia tăng sự chuyển đổi nhanh chóng từ cơ chế kế hoạch tập trung sang cơ chế thị trường. TTCK được nhanh chóng hình thành và mang đặc tính chung ở những quốc gia có nền kinh tế chuyển đổi. Nhưng cũng chính sự phát triển mạnh mẽ đã dẫn đến sự cần thiết tăng cường tính an toàn và hiệu quả của hệ thống TTCK và yêu cầu cần phải quản lý chặt chẽ các hoạt động của nó. Việc quản lý TTCK, đặc biệt là các giao dịch chứng khoán là một yêu cầu tất yếu. Chính vì vậy, nhiều nghiên cứu đã chỉ ra rằng: “Những nguyên tắc pháp lý nền tảng, các đạo luật đơn hành, các quy định, cùng với năng lực và thái độ nghiêm túc của các cơ quan chính phủ và tổ chức tự quản trong việc thực thi các quy định pháp luật sẽ tác động tới sự hình thành và phát triển thị trường”¹³.

Ngay từ giai đoạn đầu của quá trình chuyển đổi nền kinh tế tại Việt Nam, Chính phủ đã nhận thức sâu sắc vai trò của nguồn tài chính trong nước và nhu cầu phát triển một thị TTCK hoạt động hiệu quả. Ông Lê Văn Châu - vị Chủ tịch Ủy ban chứng khoán Nhà nước đầu tiên - nhận định rằng, “việc chuẩn bị ra đời của TTCK Việt Nam là cả quá trình chuyển biến từ nhận thức đến việc hoạch định chính sách trong công cuộc cải cách kinh tế”¹⁴. Để đạt được mục tiêu hình thành và phát triển TTCK, Nhà nước đã tạo ra những tiền đề cần thiết, những bảo đảm vật chất

(12) Có nhiều trường hợp, để thu hút khách hàng, CTCK không thu phí giao dịch, xem: Chứng khoán APEC miễn phí giao dịch tại Hà Nội, tại: <http://vneconomy.vn/66302P7C642/chung-khoan-apec-mien-phi-giao-dich-tai-ha-noi.htm>.

(13) Công ty tài chính quốc tế IFC (1996), Báo cáo thị trường và quản lý thị trường.

(14) Lê Văn Châu (2010), “Thị trường chứng khoán Việt Nam: quá trình chuyển biến từ nhận thức đến hành động”, Kỷ yếu 10 năm thị trường chứng khoán Việt Nam, Ủy ban chứng khoán Nhà nước, NXB Tài chính, Hà Nội, tr. 7-18.





và đảm bảo pháp lý cho TTCK được hình thành và phát triển. Chính phủ đã phải hoàn tất rất nhiều việc như tạo hàng hoá cho thị trường, hình thành khung pháp lý để thị trường hoạt động, thành lập cơ quan quản lý nhà nước, đào tạo và bồi dưỡng kiến thức, nghiệp vụ cho đội ngũ quản lý, điều hành thị trường, NĐT... Rõ ràng, chỉ có Nhà nước với những nguồn lực tài chính dồi dào, quyền lực duy nhất cùng với hệ thống pháp luật mới có thể cho ra đời một định chế bậc cao của nền kinh tế thị trường.

Thực tế hoạt động hơn mười năm qua của TTCK Việt Nam cho thấy, vai trò của Nhà nước trong việc điều tiết thị trường là rất quan trọng. Do đó, sự can thiệp của Nhà nước không chỉ đơn thuần xem xét dưới góc độ vai trò của Nhà nước mà đây chính là nguyên tắc đặc thù của khung pháp lý cho hoạt động TTCK nói chung và hoạt động ĐTCK nói riêng.

5. Nguyên tắc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư

Có thể nói, TTCK tồn tại được là nhờ hoạt động đầu tư dưới hình thức mua bán chứng khoán của các tổ chức, cá nhân. Các quan hệ phát sinh trong hoạt động ĐTCK là một dạng quan hệ pháp luật đặc biệt vì được pháp luật về chứng khoán và TTCK điều chỉnh. Do vậy, NĐT tham gia quan hệ này với tư cách là chủ thể độc lập được pháp luật quy định có những quyền, lợi ích và nghĩa vụ nhất định. Các quyền và lợi ích hợp pháp của NĐT rất đa dạng tùy thuộc vào loại chứng khoán mà họ nắm giữ như quyền được sở hữu chứng khoán, quyền phát sinh từ tư cách sở hữu chứng khoán (ví dụ, nắm giữ cổ phiếu NĐT có tư cách của đồng chủ sở hữu trong CTCP, nắm giữ trái phiếu NĐT có tư cách của một chủ nợ trong mối quan hệ với tổ chức phát hành), quyền được cung cấp thông tin, quyền tham gia giao dịch chứng khoán... Bên cạnh các quyền nêu trên, NĐT còn được hưởng các lợi ích do việc nắm giữ chứng khoán mang lại như: hưởng cổ tức, lãi suất, hưởng chênh lệch giá, hưởng các dịch vụ phụ trợ

trên thị trường... Như vậy, khi NĐT tham gia ĐTCK thì mục đích cơ bản nhất là được hưởng các quyền và lợi ích nêu trên. Cho nên, nếu các quyền và lợi ích hợp pháp không được pháp luật bảo vệ hoặc thiếu cơ chế để họ tự bảo vệ thì động cơ đầu tư của họ sẽ không còn. Từ đó, các NĐT sẽ mất niềm tin và sẽ chọn các kênh đầu tư khác. Điều đó cũng có nghĩa là, một TTCK chỉ có thể đứng vững khi có lòng tin nơi các NĐT và thị trường bị lệ thuộc vào lòng tin ấy. Đối với NĐT, vấn đề quyền và lợi ích hợp pháp phát sinh từ hoạt động ĐTCK là rất quan trọng. Đó chính là niềm tin và sự kỳ vọng trước khi họ đầu tư. Mặt khác, các NĐT cần có sự bảo vệ từ phía Nhà nước và pháp luật là những NĐT không chuyên nghiệp chiếm đa số trên thị trường. Chính họ là những đối tượng dễ bị tổn thương do các hành vi vi phạm của các chủ thể khác như tổ chức phát hành, tổ chức niêm yết, CTCK, nhà NĐT chuyên nghiệp... do trình độ chuyên môn và sự hiểu biết pháp luật còn hạn chế. Do vậy mà pháp luật điều chỉnh hoạt động ĐTCK mới có những quy định cấm một số hành vi như mua bán nội gián, lũng đoạn thị trường, công bố thông tin sai sự thật¹⁵... để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ.

Các phân tích trên đây cho thấy, việc pháp luật ghi nhận và có các quy định nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các NĐT là một trong những điều kiện tiên quyết để TTCK tồn tại và phát triển. Chỉ khi các quyền và lợi ích hợp pháp của NĐT được pháp luật bảo vệ thì TTCK mới thu hút những nguồn vốn nhân rồi trong xã hội cũng tranh thủ được các nguồn vốn đầu tư nước ngoài để phát triển đất nước.

6. Nguyên tắc đảm bảo hoạt động giao dịch chứng khoán được công khai và thông qua trung gian

Bản thân TTCK là một thị trường bậc cao và các hoạt động giao dịch mua bán chứng khoán diễn ra tại đây là những giao dịch đặc thù. Tính bậc cao của TTCK, theo chúng tôi được xuất phát từ tính chất, đặc trưng của chứng khoán¹⁶

(15) Chi tiết xem Điều 9, Luật Chứng khoán 2006.

(16) Về những đặc trưng của chứng khoán, xem: Агарков М.М. Основы банковского права. Учение о ценных бумагах – Москва; Издательство БЕК, 1994, стр. 173-188.



với tư cách là đối tượng giao dịch, công cụ đầu tư trên thị trường thể hiện trên các phương diện sau đây:

Một là, về mặt hình thức, chứng khoán có thể tồn tại dưới hình thức chứng chỉ vật chất, bút toán ghi sổ hoặc dữ liệu điện tử;

Hai là, về mặt nội dung, chứng khoán xác nhận các quyền và lợi ích hợp pháp của người sở hữu chứng đối với tài sản hoặc vốn của tổ chức phát hành. Các quyền và lợi ích hợp pháp đó rất phong phú và đa dạng, phụ thuộc vào loại chứng khoán phát hành;

Ba là, chứng khoán có tính giá trị. Giá trị của chứng khoán có thể tồn tại dưới các hình thức như: mệnh giá¹⁷ (par value), giá trị sổ sách¹⁸ (book value) và giá trị thị trường¹⁹ (market value). Một trong những điểm cần lưu ý là giá thị trường của chứng khoán, đặc biệt là cổ phiếu rất dễ biến động và phụ thuộc vào nhiều yếu tố như tình hình kinh tế vĩ mô, tình hình giao dịch trên TTCK, yếu tố tâm lý và đặc biệt là các thông tin được công bố về cổ phiếu đó. Thông tin tốt sẽ làm cho giá cổ phiếu tăng, ngược lại có thể làm cho giá cổ phiếu giảm xuống.

Bốn là, chứng khoán có tính thanh khoản. Do chứng khoán là công cụ để đầu tư và không có chức năng tiêu dùng như hàng hoá thông thường nên khả năng chuyển đổi chứng thành tiền và ngược lại (tính thanh khoản) rất cao.

Nhờ vậy mà hoạt động đầu tư có thể được tiến hành dễ dàng và sôi động.

Chính những đặc trưng nêu trên mà chứng khoán được xem là là một loại hàng hoá đặc biệt. Từ đó, cơ chế giao dịch chứng khoán là quan trọng trong hoạt động đầu tư chứng khoán cũng được thực hiện theo những quy trình chặt chẽ và TTCK, nơi diễn ra các hoạt động đó cũng được tổ chức, quản lý và vận hành theo những nguyên tắc riêng của nó. Đó là nguyên tắc công khai và nguyên tắc trung gian.

Nguyên tắc công khai (principle of publicity) là nguyên tắc đặt ra yêu cầu cho các tổ chức phát hành, công ty niêm yết phải thực hiện nghĩa vụ công bố thông tin (CBTT) và chế độ báo cáo theo quy định. Các thông tin mà các chủ thể này có nghĩa vụ công bố trên thị trường là những thông tin có tác động đến tình hình giao dịch chứng khoán như thông tin về hoạt động sản xuất, kinh doanh, thông tin về tình hình tài chính, về các sự kiện quan trọng như trả cổ tức, họp Đại hội đồng cổ đông... Trên cơ sở các thông tin này, NĐT sẽ tiến hành phân tích, đánh giá và đưa ra quyết định mua hoặc bán một loại chứng khoán nhất định. Ngoài các chủ thể nêu trên, pháp luật một số nước, trong đó có Việt Nam còn quy định nghĩa vụ của các chủ thể khác như: QĐTK, CTQLQ, các cổ đông lớn, cổ đông nội bộ khi tham gia giao dịch trên thị trường nhằm giúp cho các hoạt động

(17) Mệnh giá là giá trị được ghi trên bề mặt của chứng khoán lúc phát hành. Đối với cổ phiếu, mệnh giá cổ phiếu là tổng giá trị mệnh giá của cổ phần mà tờ cổ phiếu đó xác nhận. Mệnh giá một cổ phần là phần chia nhỏ bằng nhau từ vốn Điều lệ của công ty cổ phần.

(18) Giá trị sổ sách của chứng khoán là giá trị chứng khoán được tính toán căn cứ vào giá trị tài sản của tổ chức phát hành trong báo cáo tài chính tại thời điểm tính toán. Ví dụ, giá trị sổ sách của một cổ phiếu được tính bằng công thức sau: Giá trị sổ sách / cổ phiếu = {Tổng tài sản của CTCP – Tài sản vô hình – Công nợ} / Số lượng cổ phiếu phát hành, xem: <http://www.vietcurrency.com/discussion/archive/index.php/t-666.html>.

(19) Giá trị thị trường của chứng khoán là mức giá được hình thành từ kết quả giao dịch trên thị trường và do cung cầu quyết định. Tuy nhiên, trong đầu tư chứng khoán người ta thường áp dụng một số phương pháp tính giá trị chứng khoán để làm cơ sở cho quyết định đầu tư của mình. Các phương pháp đó bao gồm: phương pháp chiết khấu dòng tiền (Phương pháp chiết khấu dòng tiền có nguyên lý cơ bản: giá trị một tài sản phải bằng với những gì nhận được từ tài sản đó trong tương lai. Có nghĩa là chúng ta phải dự đoán tài sản đó tạo ra được dòng tiền bao nhiêu trong tương lai. Vì doanh nghiệp luôn được kỳ vọng sẽ tồn tại mãi mãi, hay ít ra cũng không thể xác định thời điểm doanh nghiệp sẽ đóng cửa, nên dòng tiền này được dự tính cho đến vĩnh viễn); phương pháp so sánh (Xác định giá bằng phương pháp so sánh dễ dàng hơn chiết khấu nhiều. Nguyên tắc cơ bản là xác định một hệ số có thể phản ánh tính đắt/rẻ của cổ phiếu, sau đó dùng hệ số bình quân của ngành hoặc doanh nghiệp có nhiều điểm tương đồng để áp vào doanh nghiệp cần định giá và làm một phép tính nhân đơn giản với chỉ tiêu tương ứng để tìm ra giá cổ phiếu. Thông dụng nhất là hệ số P/E ngành x EPS (thị giá/giá trị lợi nhuận của cổ phiếu), ngoài ra còn có P/BV (giá/giá trị sổ sách cổ phần), P/S (thị giá/doanh số). Phương pháp này so sánh doanh nghiệp cần định giá với các doanh nghiệp tương tự với bình quân ngành, nên chứa đựng nhiều yếu tố tâm lý thị trường) và một số phương pháp khác. Xem tại: http://www.vse.vn/phan_tich_co_ban/661-dinh_gia_co_phieue.html.





trên TTCK được công khai và minh bạch.

Tính chính xác trong hoạt động CBTT giúp cho các quyết định đầu tư của NĐT được chuẩn xác, dựa trên nền tảng xác thực của thông tin, qua đó sẽ tăng tính hiệu quả trong ĐTCK, hạn chế được các rủi ro. Việc CBTT kịp thời giúp cho các quyết định đầu tư được đưa ra một cách nhanh chóng nhằm hỗ trợ NĐT có được những cơ hội đầu tư kịp thời, không bỏ lỡ thời cơ. Tính dễ tiếp cận của thông tin đòi hỏi chúng phải được công bố trên các phương tiện thông tin mà công chúng đầu tư ai cũng có thể tiếp cận được, nội dung thông tin công bố phải rõ ràng, không mập mờ và đa nghĩa. Mục đích của nguyên tắc công khai thông tin là tạo ra môi trường đầu tư chứng khoán minh bạch, lành mạnh và công bằng, đồng thời cũng để bảo vệ các quyền và lợi ích của NĐT. Nguyên tắc công khai thông tin được pháp luật quy định²⁰ và cụ thể hoá trong nhiều văn bản pháp luật điều chỉnh hoạt động ĐTCK²¹. Các hành vi đi ngược lại nguyên tắc này đều bị xem là hành vi vi phạm pháp luật.

Tiếp theo là nguyên tắc trung gian (principles of intermediate). Đây cũng là nguyên tắc đặc trưng cho TTCK. Theo nguyên tắc này, NĐT không mua bán chứng khoán trực tiếp với nhau mà phải thông qua các nhà môi giới, các CTCK trung gian nhằm mục đích tạo ra một cơ chế bảo vệ NĐT, tránh trường hợp họ có thể bị lừa đảo. Mặt khác, nguyên tắc này giúp các hoạt động mua bán chứng khoán được trôi chảy, chuyên nghiệp từ khâu bắt đầu đặt lệnh giao dịch đến khâu thanh toán và chuyển giao chứng khoán. Cũng theo nguyên tắc này, nhà môi giới (broker) có vai trò hết sức quan trọng trong giao dịch chứng khoán. Về mặt pháp lý, môi giới là hoạt động trung gian hoặc đại diện mua, bán chứng khoán cho khách hàng để hưởng hoa hồng. Ngoài ra, nhà môi giới không những chỉ đại diện cho khách hàng tìm mua, tìm bán chứng khoán mà quan trọng hơn còn nhằm kiểm tra khả năng thanh toán của các khách

hàng (bên mua có đủ tiền, bên bán có đủ chứng khoán không, và các vấn đề khác). Ngoài ra, việc mua bán chứng khoán qua trung gian là các nhà môi giới, các CTCK còn có tác dụng giảm thiểu chi phí giao dịch và tìm kiếm thông tin, được hưởng dịch vụ tư vấn đầu tư chứng khoán, tăng chất lượng và hiệu quả các dịch vụ trên thị trường nhờ cạnh tranh²²...

Nguyên tắc công bằng (equitable principles) là một nguyên tắc hiện diện ở hầu hết các hệ thống pháp luật trên thế giới, pháp luật về chứng khoán và TTCK cũng không phải là một ngoại lệ. Theo nguyên tắc này, tất cả mọi chủ thể trên TTCK đều phải được đối xử một cách công bằng. Nghĩa là cơ hội kinh doanh và tiếp cận thông tin trên TTCK là như nhau đối với mọi chủ thể, các NĐT (kể cả tổ chức, cá nhân trong nước hoặc nước ngoài); quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể đều được pháp luật bảo vệ như nhau; bất kỳ chủ thể nào thực hiện hành vi vi phạm pháp luật thì đều bị xử lý một cách công minh. Nguyên tắc công bằng giúp cho TTCK hoạt động lành mạnh, công bằng và đúng pháp luật.

Chúng tôi cho rằng, trên đây là tập hợp các nguyên tắc cơ bản cần phải được sử dụng trong việc điều chỉnh bằng pháp luật đối với hoạt động ĐTCK. Sự vận động không ngừng và phát triển của các quan hệ phát sinh từ ĐTCK cần phải được pháp luật kịp thời ghi nhận và điều chỉnh nhằm đảm bảo đúng định hướng xây dựng và phát triển TTCK tại Việt Nam là hoạt động hiệu quả, thông suốt, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các NĐT, lợi ích của Nhà nước và các chủ thể khác có liên quan. Có vậy, TTCK Việt Nam mới thật sự trở thành một kênh huy động vốn hiệu quả cho nền kinh tế và đóng vai trò quan trọng trong công cuộc công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước để thực hiện mục tiêu “dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ và văn minh”. ■

(20) Xem Khoản 2, Điều 4, Luật Chứng khoán 2006.

(21) Ví dụ như Thông tư 09/2010/TT-BTC ngày 15/01/2010 của Bộ Tài chính hướng dẫn công bố thông tin trên thị trường chứng khoán (tiếp theo gọi là Thông tư 09/2010/TT-BTC).

(22) Bùi Thị Thanh Hương (2009), Giáo trình Môi giới và Tư vấn đầu tư chứng khoán, Trung tâm Nghiên cứu Khoa học và Đào tạo chứng khoán, NXB Thống kê, Hà Nội, tr. 30-34.



NHẬN DẠNG LỢI ÍCH GẮN VỚI NGHĨA VỤ TRONG QUAN HỆ KẾT ƯỚC - KINH NGHIỆM CỦA ANH VÀ PHÁP

■ **NGUYỄN NGỌC ĐIỆN***

1. Dẫn nhập

Trong tư thế bình đẳng và với ý thức tự nguyện, bên giao kết hợp đồng tham gia vào quan hệ kết ước trong khuôn khổ tìm kiếm một hoặc nhiều lợi ích nào đó. Việc nhận dạng, xác định bản chất của lợi ích mà bên kết ước theo đuổi được người làm luật coi là một trong những căn cứ để đánh giá chất lượng của quan hệ kết ước được xác lập, từ đó, có thái độ phù hợp trong việc điều chỉnh quan hệ ấy bằng luật. Một hợp đồng được giao kết nhằm tìm kiếm các lợi ích trái pháp luật, phi đạo đức không xứng đáng được hưởng sự bảo đảm thi hành bằng sức mạnh của luật pháp, công lực.

Tuy nhiên, tìm hiểu ý chí nội tâm của bên kết ước, xem họ mong muốn gì khi xác lập một giao kèo, là việc không đơn giản, nếu không muốn nói là rất khó. Vào thời La Mã cổ đại, người làm luật cũng như thẩm phán không quan tâm đến chuyện tìm hiểu căn cơ đích thực của nghĩa vụ, đặc biệt là nghĩa vụ có nguồn gốc từ hợp đồng¹: chỉ cần được xác lập phù hợp với các quy định của pháp luật, thì hợp

đồng có hiệu lực ràng buộc; người ta không cần biết vì lý do gì hợp đồng được giao kết.

Đến thời Trung Cổ, luật giáo hội mới bắt đầu cân nhắc việc sàng lọc, phân loại các cam kết dựa theo ý chí của bên kết ước. Trong điều kiện việc xác định ý chí nội tâm gặp khó khăn, người làm luật chủ trương tìm kiếm các yếu tố được cho là sự bộc lộ, là biểu hiện bề ngoài của ý chí đó. Có hai yếu tố chính được ghi nhận: tính liên kết giữa các nghĩa vụ và động cơ xác lập nghĩa vụ. Tư tưởng chủ đạo là một mặt, một bên không phải giữ lời hứa của mình nếu bên kia không giữ lời hứa của họ; mặt khác, mục tiêu của việc xác lập quan hệ kết ước phải phù hợp với đạo đức. Nhiều quy tắc đã được xây dựng từ tư tưởng đó, cho phép vô hiệu hoá các hợp đồng bất bình đẳng hoặc được giao kết nhằm mục đích bất chính, phi đạo đức, như hợp đồng để giết người, cướp của, lừa lọc, mua bán đồ cấm,...

Các nền văn hoá pháp lý, xuất phát những cách tiếp cận không giống nhau khi xem xét bản chất của quan hệ kết ước, đã đi đến chỗ

(*) PGS,TS. Phó Hiệu trưởng Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP.Hồ Chí Minh.

(1) Xem Mazeaud, *Leçons de droit civil, Tập II, quyển 1, ấn bản lần 5 của De Juglart, Nxb Montchrestien, Paris, 1991 tr. 245.*





xây dựng những hệ thống giải pháp khác nhau đối với bài toán nhận dạng lợi ích, từ đó đánh giá chất lượng của hợp đồng. Thử nêu ra dưới đây kinh nghiệm đúc kết trong luật của Anh và luật của Pháp.

2. Luật của Anh

2.1. Vật đánh đổi²

Khái niệm. Vật đánh đổi (valuable consideration) - (VĐĐ) là một khái niệm rất riêng của luật Anh - Mỹ mà việc mô tả bằng ngôn ngữ của các hệ thống pháp lý khác không phải là việc đơn giản. Tư tưởng chủ đạo là: một vật có giá trị kinh tế được chuyển giao, một việc mang lại lợi ích kinh tế được thực hiện phải nhằm đổi lấy một vật, một việc khác; một lời hứa được giữ chỉ vì một lời hứa khác - cũng phải được giữ: lời hứa này là VĐĐ của lời hứa kia. Nếu không được xây dựng dựa vào tư tưởng chủ đạo đó, thì một cam kết không thể phát sinh hiệu lực pháp luật. Một hợp đồng mua bán được phân tích thành một cam kết chuyển quyền sở hữu tài sản đổi lấy một cam kết trả tiền mua tài sản.

Từ quan niệm ban đầu đó, luật của Anh xây dựng quan niệm tiếp đổi trọng về “lời hứa suông” (bare promise), là một lời hứa được đưa ra không nhằm đổi lấy một lời hứa khác của người đối tác. Lời hứa suông, trong luật của Anh, không có hiệu lực pháp luật: một người hứa tặng cho một người khác một tài sản; người được hứa tặng cho không thể yêu cầu buộc người hứa tặng cho chuyển giao tài sản cho mình. Một cách ngoại lệ, nếu một lời hứa được ghi nhận trong một chứng thư (deed) hoặc trở thành một điều ràng buộc, thì lời hứa có thể có hiệu lực bắt buộc thi hành. Một trong những ví dụ về tầm quan trọng của việc xác định VĐĐ có thể được hình dung như sau: A hứa với B rằng nếu B thực hiện một công việc, thì A sẽ trả tiền cho C; B thực hiện công việc, nhưng A lại không trả tiền cho C; C không có quyền kiện A, bởi C không có một lời hứa nào đánh đổi với lời hứa của A; đáng lý ra B có

quyền kiện A, nhưng ở đây B lại không có lý do trực tiếp để làm việc đó.

Lý thuyết về VĐĐ trong luật hợp đồng của Anh là một lý thuyết rất trừu tượng và phức tạp mà việc áp dụng trong thực tiễn là công việc tế nhị đối với thẩm phán.

VĐĐ không thể gắn với một chuyện đã rồi. VĐĐ có thể được xếp thành ba nhóm: sẽ được (executory), được (executed) hoặc đã đi vào quá khứ (past). VĐĐ sẽ được là một lời hứa về một việc sẽ được thực hiện trong tương lai, ví dụ, sẽ trả một số tiền để đổi lấy một tài sản sẽ được giao. VĐĐ được là vật được giao, việc được thực hiện để đổi lấy một vật, một việc khác. VĐĐ đã đi vào quá khứ là một việc đã làm hoặc một lời hứa đã được đưa ra không với ý định kết ước. Các VĐĐ sẽ được và được là những VĐĐ có giá trị. VĐĐ đã đi vào quá khứ không có giá trị: A cứu B khỏi chết đuối; sau khi được vớt lên, B hứa sẽ thưởng cho A một số tiền; cuối cùng, B không thưởng; A không thể kiện B để yêu cầu buộc B trả thưởng, bởi việc A cứu B - VĐĐ - là việc đã rồi và khi thực hiện việc đó, A không hề được thôi thúc bởi một lời hứa thưởng. Tương tự, khi một người hứa bảo đảm việc trả một món nợ đã được giao kết, thì lời hứa đó không trói buộc người hứa, bởi món nợ đã được giao kết và ở thời điểm giao kết, không ai được động viên bởi một lời hứa bảo lãnh như thế.

VĐĐ phải xuất phát từ người thụ hưởng lời hứa. Trừ một vài trường hợp ngoại lệ, một người tìm cách buộc một người khác thực hiện một lời hứa phải là người trực tiếp thụ hưởng lợi ích từ việc thực hiện lời hứa đó, đồng thời là người đã trực tiếp đánh đổi lời hứa đó bằng một tài sản mà mình chuyển giao hoặc bằng một công việc mà mình thực hiện. Nói cách khác, người yêu cầu phải là người chịu sự mất mát mà việc thực hiện lời hứa đó sẽ có tác dụng bù đắp và nếu lời hứa không được thực hiện, thì sự mất mát không thể được bù đắp.

VĐĐ phải đủ nhưng không nhất thiết phải thoả đáng. Điều quan trọng là có hai vật

(2) Xem .Whincup, *Contract law and practice*, Nxb Kluwer Law International, The Hague, 1996, tr.55 và kế tiếp.



có giá được đánh đổi cho nhau. Giá trị của hai vật không nhất thiết tương đương nhau. Vậy nghĩa là có thể dùng để đánh đổi, một vật gì đó rất tương trưng về phương diện giá trị kinh tế, ví dụ, một đồng xu, miễn là vật đó được người đối tác chấp nhận. Với nguyên tắc này, luật của Anh thừa nhận rằng, một người kết ước có thể bỏ ra một lợi ích rất nhỏ để thu lại một lợi ích lớn hơn nhiều. Luật không có trách nhiệm viết lại cho các bên bản hợp đồng của họ sao cho có sự cân xứng nghĩa vụ, nhân danh những lý tưởng trừu tượng về sự công bằng. Có thể nói rằng luật của Anh là hệ thống luật duy nhất không có các quy tắc chung để hạn chế những tác hại (đối với một bên hoặc đối với trật tự công cộng) của các hợp đồng giao kết một cách thiếu cân nhắc, cũng không đòi hỏi ở các bên kết ước sự trung thực khi giao kết hợp đồng³.

VĐĐ không đủ. Gọi là không đủ, một VĐĐ không có giá trị kinh tế. Không thể có quan hệ hợp đồng theo đó, một vật không có giá trị kinh tế được đánh đổi với một vật có giá trị kinh tế. Một lời hứa thực hiện một bổn phận mà người hứa có trách nhiệm thực hiện theo quy định của pháp luật không thể dùng làm VĐĐ với một lời hứa khác: một người nhận được một cú điện thoại tổng tiền; người này hứa thưởng cho cảnh sát, nếu cảnh sát bắt được tên tổng tiền trong tình trạng phạm pháp quả tang; cảnh sát không thể yêu cầu buộc người bị tổng tiền thực hiện lời hứa thưởng sau khi đã bắt được tên tổng tiền, nếu người bị tổng tiền từ chối thưởng.

Cũng như vậy, bị coi là vô nghĩa một lời hứa thực hiện một nghĩa vụ đã được xác lập trước, theo thoả thuận, đối với người thụ hưởng lời hứa: người thụ hưởng không thể có lời hứa mới bên cạnh lời hứa cũ liên quan đến nghĩa vụ đã được xác lập trước đó. Một người mua hứa với một người bán sẽ thưởng cho người bán một số tiền, nếu người sau này giao hàng đúng hẹn theo hợp đồng; người bán giao hàng

đúng hẹn và người mua từ chối trả thưởng; người bán không có quyền yêu cầu buộc người mua trả thưởng bởi lời hứa thưởng của người mua không đối ứng với một lời hứa nào mới của người bán bên cạnh lời hứa cũ - giao hàng đúng hẹn theo một hợp đồng đã được xác lập từ trước.

Quy tắc về sự vô hiệu của lời hứa về việc thực hiện một nghĩa vụ đã được xác lập trước, theo thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật, có những hệ quả thực tiễn rất quan trọng. Cú hình dung: một người bán, trong điều kiện hàng hoá khan hiếm, có thể tìm cách trì hoãn việc giao hàng; một nhân viên cứu hoả có thể chờ một lời hứa thưởng để tiến hành nhanh hơn việc cứu hộ. Tất nhiên, luật không cấm người mua tự động trả thêm tiền, người cần được cứu hộ tự động trả thưởng; nhưng nếu những người này không giữ lời hứa của mình, thì người thụ hưởng lời hứa không có quyền yêu cầu pháp luật can thiệp.

Dẫu sao, không ai cấm các bên thay đổi hoặc xác định lại nội dung của các thoả thuận đã đạt được. Nếu giữa người mua và người bán có sự thoả thuận theo đó, người mua sẽ trả cho người bán thêm một số tiền và số tiền đó cộng với giá mua trước đây tạo thành giá mua mới, thì coi như các bên đã có thoả thuận lại về giá mua thay thế cho thoả thuận cũ. Thoả thuận mới được gọi là thoả thuận thay thế nghĩa vụ (novation) và hoàn toàn có giá trị. Giải pháp này cũng được thừa nhận trong luật của nhiều nước châu Âu, như Pháp, Đức và Italia.

1.2. Điều trói buộc

Khái niệm. Có thể tạm định nghĩa điều trói buộc (estoppel) như là một vật, một việc có tác dụng ngăn cản người cam kết rút lại lời nói của mình và gây thiệt hại cho người khác. Tất cả các hệ thống luật đều nói rằng người cam kết không thể huỷ bỏ lời cam kết của mình một cách tùy thích; tuy nhiên, việc áp dụng nguyên tắc này trong luật của Anh trở nên tế nhị do có lý thuyết về VĐĐ.

(3) Ngày càng có nhiều ngoại lệ được thừa nhận trong luật của Anh, ví dụ, Đạo luật về các điều khoản hợp đồng gian lận (Unfair Contract Terms Act) năm 1977; Quy chế về điều khoản gian lận trong hợp đồng với người tiêu dùng (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations) năm 1994. Tuy nhiên, nguyên tắc được thiết lập trong luật của Anh vẫn không thay đổi.





Mọi chuyện bắt đầu từ vụ án Central London Property Trust v High Trees House năm 1947. Chủ đất cho một số tá điền thuê đất; trong thời gian chiến tranh, một số tá điền bỏ đất ra đi; để giữ chân những tá điền khác, chủ đất hạ thấp giá thuê; sau chiến tranh, chủ đất muốn khôi phục giá thuê cũ và, thậm chí, đòi cả phần chênh lệch mà người thuê đã giữ lại trong thời gian giảm giá. Các cuộc tranh cãi xoay quanh về thứ hai của yêu cầu trên. Chủ đất nói rằng những người thuê đất còn ở lại chỉ làm mỗi việc là thực hiện hợp đồng thuê đã được giao kết, họ không có cam kết gì mới đối ứng với cam kết hạ giá thuê của chủ đất, bởi vậy, theo đúng lý thuyết về vật đánh đổi, cam kết hạ giá thuê không có hiệu lực.

Khi sự việc được đưa ra Tòa án, các thẩm phán, trong các nỗ lực bảo vệ quyền lợi được cho là chính đáng của người thuê đất, đã xây dựng lý thuyết về điều trói buộc. Tư tưởng chủ đạo là: nếu một người, bằng lời nói hoặc bằng thái độ xử sự, đưa ra một lời cam kết khiến cho người khác hành động do được thôi thúc bởi lòng tin vào lời cam kết đó, thì người cam kết không được chối bỏ lời cam kết của mình, một khi sự chối bỏ đó tỏ ra không phù hợp với lẽ công bằng. Người chủ đất trong vụ án High Trees đã muốn làm cho người thuê tin mình và ở lại trên đất thuê; họ đã tin và đã ở lại; bởi vậy, người chủ đất không thể chối bỏ lời hứa của mình.

Từ lý thuyết về điều trói buộc, người ta có được một quy tắc cho phép bảo vệ quyền lợi của một người do tin tưởng vào lời hứa của một người khác mà hành động dù không có vật gì để đánh đổi với lời hứa đó. Thế nhưng, nếu ta nói rằng tính “có qua có lại” là cơ sở duy nhất của những lời hứa có hiệu lực pháp luật, thì làm thế nào để thực hiện được sự đánh đổi giữa một bên là một lời hứa và bên kia là lòng tin cậy nhằm đặt cơ sở cho sự phát sinh hiệu lực của lời hứa được đánh đổi? Trong một vụ án khác, một người chồng hứa trả cho người vợ một khoản cấp dưỡng khi hai người sống ly thân; người vợ chấp nhận ly thân và cuối cùng người chồng không cấp dưỡng; người vợ

kiện đòi các khoản cấp dưỡng đến hạn chưa trả. Thẩm phán trong trường hợp này lại bác bỏ yêu cầu của người vợ với lý do người này không có gì để đánh đổi lời hứa của người chồng. Người vợ phản biện rằng, do mình đã tin tưởng vào lời hứa của chồng và quyết định không kiện xin một bản án cấp dưỡng lúc ly thân, vậy người chồng, theo các nguyên tắc High Trees, không được chối bỏ lời hứa của mình. Thế nhưng, các thẩm phán bác bỏ cả lời phản biện đó với lý do: các nguyên tắc High Trees, đặt cơ sở cho lý thuyết về điều trói buộc, là một công cụ tự vệ - một lá chắn (shield) - chứ không phải là một công cụ tiến công - một thanh gươm (sword).

Điều trói buộc chủ sở hữu bất động sản. Rất nhiều luật gia Anh, Mỹ công kích quan niệm theo đó, lý thuyết về điều trói buộc là một lá chắn chứ không phải là một thanh gươm, cho rằng đó chỉ là sự nguy hiểm thể hiện sự thiếu dũng cảm của thẩm phán trong việc bảo vệ tới cùng lẽ công bằng, chống lại những nguyên tắc cứng nhắc liên quan đến vật đánh đổi. Dưới sức ép của sự phê phán ấy, một số thẩm phán đề nghị rằng một người tin vào một lời hứa theo đúng ý muốn của người hứa, phải có quyền yêu cầu buộc người hứa thực hiện cam kết của mình. Tuy nhiên, cho đến nay, án lệ Anh chỉ mới chính thức thừa nhận điều này, như một ngoại lệ của các nguyên tắc High Trees, trong trường hợp người hứa là chủ sở hữu một bất động sản và lời hứa có liên quan đến các quyền đối với bất động sản đó. Nội dung của ngoại lệ là: nếu A làm cho B tin rằng B có quyền đối với bất động sản của A, và B đã thực hiện các khoản chi nhằm tạo điều kiện cho việc thực hiện quyền đó với lòng tin vào lời hứa của A, thì B có quyền kiện A để yêu cầu bảo vệ các quyền lợi liên quan của mình cả trong trường hợp B không có gì để đánh đổi lời hứa của A. Một người hứa cho người khác thiết lập quyền về lối đi qua trên đất của mình; người thụ hưởng lời hứa đã đầu tư tiền bạc để xây dựng lối đi qua; người hứa không có quyền chối bỏ lời hứa của mình và khóa chặt lối đi qua đó.



Những lời hứa khác có hiệu lực mà không cần VDD. Trong một vài trường hợp ngoại lệ đặc thù, luật của Anh cũng thừa nhận hiệu lực pháp luật của một lời hứa, dù không có VDD cũng không có sự hỗ trợ của các nguyên tắc High Trees. Ví dụ điển hình là một lời hứa được ghi nhận trong một chứng thư (deed), tức là một văn bản được lập theo những thể thức long trọng và có người làm chứng. Các khoản tín dụng được xác nhận của ngân hàng, các giao kèo có tác dụng hạn chế quyền sử dụng đất và các *trusts* là những ngoại lệ hiếm hoi khác.

3. Luật của Pháp

3.1. Lý thuyết về nguyên nhân của nghĩa vụ⁴

Luật của Pháp không có quan niệm nào tương tự như quan niệm về VDD trong luật của Anh. Để đánh giá hiệu lực của một cam kết, người Pháp dựa vào lý thuyết về nguyên nhân của nghĩa vụ (cause de l'obligation). Luật học của Pháp phân biệt nguyên nhân của nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ kết ước và nguyên nhân của chính sự kết ước đó.

Nguyên nhân của nghĩa vụ trong quan hệ kết ước. Nguyên nhân ấy được hiểu như là mục đích mà bên có nghĩa vụ muốn đạt tới khi giao kết hợp đồng. Mục đích, về phần mình, được hình dung một cách trừu tượng, tách biệt với nhân thân, hoàn cảnh cụ thể của bên kết ước và trở nên hoàn toàn giống nhau đối với tất cả các hợp đồng cùng loại. Chẳng hạn, trong hợp đồng mua bán, người mua có nghĩa vụ trả tiền mua vì nghĩa vụ đó cần thiết cho việc phát sinh hiệu lực của nghĩa vụ chuyển quyền sở hữu tài sản của người bán. Khi xác định nguyên nhân của nghĩa vụ trong quan hệ kết ước, người ta không tự hỏi tại sao người mua muốn mua tài sản: câu hỏi đó liên quan đến động cơ mua bán và được xem xét trong khuôn khổ tìm hiểu nguyên nhân của quan hệ kết ước.

Trong trường hợp hợp đồng đơn vụ, không thể xác định nguyên nhân của nghĩa vụ bằng cách dựa vào nghĩa vụ đối ứng, vì nghĩa vụ đối ứng không tồn tại. Người Pháp nói rằng nguyên nhân của nghĩa vụ trong trường hợp này nằm ngay tại cơ sở của hợp đồng. Trong hợp đồng bảo lãnh, nguyên nhân của nghĩa vụ

(4) Xem, Mazeaud, *sđd*, tr. 244 và kế tiếp; Terré, Simler và Lequette, *Droit civil – Les obligations*, Nxb Dalloz, Paris, 2002, tr. 336 và kế tiếp.





bảo lãnh là sự tồn tại của món nợ được bảo đảm. Trong hợp đồng vay mượn, nguyên nhân của nghĩa vụ giao trả tài sản vay mượn gắn với việc chuyển giao tài sản vay mượn: người vay mượn phải giao trả tài sản vay mượn chỉ vì đã nhận tài sản vay mượn,... trừ trường hợp chứng minh được rằng mình đã tiếp nhận tài sản trong khuôn khổ một hợp đồng tặng cho. Cũng nên lưu ý rằng, hợp đồng vay tài sản trong luật của Pháp, khác so với luật Việt Nam, là một hợp đồng thực tại và do đó là hợp đồng đơn vụ: người cho vay không có nghĩa vụ chuyển giao tài sản vay cho người vay, bởi hợp đồng được giao kết chính bằng việc chuyển giao tài sản từ người cho vay sang người vay.

Một cách ngoại lệ, trong trường hợp hợp đồng tặng cho, tính chất không có đền bù của hợp đồng khiến người ta phải đi tìm nguyên nhân của nghĩa vụ trong lý do, động cơ thôi thúc người tặng cho đi đến quyết định tặng cho của mình. Hệ quả: nếu động cơ tặng cho hình thành như là kết quả của sự ngộ nhận, thì hợp đồng tặng cho vô hiệu do nghĩa vụ tặng cho không có nguyên nhân. Một người tặng cho người khác một tài sản vì ngỡ rằng người sau này đã cứu mạng mình; thực ra, người được tặng cho không cứu mạng người tặng cho; hợp đồng tặng cho vô hiệu vì không có nguyên nhân.

Nguyên nhân của sự kết ước. Sự phân biệt giữa nguyên nhân của nghĩa vụ kết ước và nguyên nhân của chính sự kết ước đó được án lệ Pháp trực tiếp đề cập nhân giải quyết tranh chấp liên quan đến một hợp đồng mua bán. Theo Toà Phá án⁵, nếu nguyên nhân của nghĩa vụ (trả tiền) của người mua chính là sự chuyển quyền sở hữu và chuyển giao tài sản bán, thì nguyên nhân của hợp đồng mua bán chính là yếu tố đã thúc đẩy người mua đi giao kết, là cái mà thiếu nó, thì người mua đã không chấp nhận giao kết. Nói khác đi, nguyên nhân của sự kết ước là lý do, động cơ bên trong thôi thúc một bên đi đến chỗ giao kết hợp đồng với bên kia. Đó là mục tiêu mà một bên nhắm tới

khi tham gia quan hệ kết ước. Chẳng hạn, mua một chiếc ô tô, vì cần có ô tô để di chuyển; mua một cái nhà, vì cần có nhà để ở, để làm ăn, mua bán,...

Khi xem xét nguyên nhân của sự kết ước, người Pháp đặt và giải quyết hai vấn đề: sự tồn tại của nguyên nhân đó và tính hợp pháp của nó.

1. Thực ra, luật của Pháp không chủ trương về sự cần thiết của việc kiểm tra sự tồn tại của nguyên nhân của sự kết ước. Một người mua nhà tại một thành phố chỉ vì tin rằng mình sắp được bổ nhiệm vào một chức vụ tại thành phố đó; việc bổ nhiệm không thành, hợp đồng mua bán nhà không vì thế mà có thể bị tuyên bố vô hiệu.

Cá biệt trong trường hợp có nhiều hợp đồng gắn chặt với nhau và hợp đồng này là lý do, động cơ của hợp đồng khác, thì sự vô hiệu, huỷ bỏ hoặc bất thành của một hợp đồng có thể dẫn đến sự vô hiệu của hợp đồng còn lại. Một người mua một phần mềm chỉ vì sự thành công của dự án mua máy vi tính; nếu hợp đồng mua máy vi tính bị tuyên bố vô hiệu, bị huỷ bỏ, thì hợp đồng mua phần mềm cũng bị vô hiệu hoá vì không có nguyên nhân. Tuy nhiên, để có sự gắn chặt giữa các hợp đồng theo cách đó, các bên không chỉ phải biết về sự tồn tại của các hợp đồng trong mối quan hệ gắn bó đó, mà còn phải chấp nhận thiết lập sự ràng buộc lẫn nhau giữa các cam kết trong các hợp đồng khác nhau.

2. Trái lại, luật của Pháp có những quy tắc chặt chẽ nhằm kiểm tra tính hợp pháp của nguyên nhân kết ước. Các quy tắc ấy được xây dựng dựa theo hai tiêu chí lớn - trật tự công cộng và thuần phong mỹ tục. Luật của Pháp nói rằng, khi hợp đồng có một nguyên nhân phi pháp hoặc phi đạo đức, thì hợp đồng phải bị tuyên bố vô hiệu.

- Trường hợp hợp đồng không có đền bù. Có thể hình dung: tặng cho một tài sản như một hình thức biểu lộ sự cảm ơn đối với một đối thủ đã bỏ cuộc trong một cuộc tranh tài

(5) Tập hợp án lệ Dalloz, Nxb Dalloz, Paris, 1989, chuyên mục I.R, số 286.



thể thao hoặc đối với một người thực hiện cho mình một công việc thuộc chức trách của người đó (hồi lộ). Nói chung, các trường hợp mà trong đó nguyên nhân của một hợp đồng không có đền bù bị coi là bất chính hoặc phi đạo đức rất đa dạng và việc đánh giá tùy thuộc vào thẩm phán. Một hợp đồng tặng cho giữa hai người chung sống như vợ chồng mà không đăng ký kết hôn được giao kết do sự thôi thúc của một bên phần hỗ trợ, giúp đỡ mang tính đạo đức sẽ có giá trị; nhưng một hợp đồng tặng cho giữa hai người đó mà được giao kết chỉ nhằm mục đích thiết lập hoặc duy trì mối quan hệ chung sống như vợ chồng có thể bị tuyên bố vô hiệu, vì mục đích của hợp đồng trái với nguyên tắc tôn trọng quyền tự do kết hôn của con người.

- Trường hợp hợp đồng có đền bù. Có người mua một căn nhà để tổ chức mại dâm, mua một chiếc xe để làm phương tiện vận chuyển ma túy; một người vay một số tiền để đi đánh bạc... Những hợp đồng đó được coi là có nguyên nhân phi pháp hoặc phi đạo đức. Đặc biệt, việc một người gửi giữ một tài sản có được do trộm hoặc cướp, nhằm giấu giếm tài sản khỏi sự truy tầm, cũng khiến cho hợp đồng (gửi giữ) có một nguyên nhân phi pháp. Tuy nhiên, để có thể yêu cầu tuyên bố vô hiệu hợp đồng do có nguyên nhân phi pháp hoặc phi đạo đức, điều quan trọng là các bên giao kết phải biết rõ nguyên nhân đó: một người nhận gửi giữ một chiếc xe hơi bị cướp mà không hay biết gì về vụ cướp, hợp đồng gửi giữ không thể bị tuyên bố vô hiệu chỉ vì tài sản gửi giữ là tài sản bị cướp.

Khi tất cả các điều kiện mà pháp luật đòi hỏi đều có đủ, bất kỳ người nào cũng có thể yêu cầu tuyên bố vô hiệu một hợp đồng do có nguyên nhân phi pháp hoặc phi đạo đức.

2.2. Nguyên nhân của nghĩa vụ và lợi ích của bên kết ước

Hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba. Do không có lý thuyết về VDD, luật của Pháp



thừa nhận rằng một người có thể giao kết hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba. Theo Bộ luật Dân sự Pháp Điều 1121, một hợp đồng có thể được xác lập vì lợi ích của một người thứ ba và người này có các quyền trực tiếp, phát sinh từ hợp đồng, đối với người cam kết vì lợi ích của mình theo hợp đồng đó. Ví dụ điển hình về kỹ thuật giao kết hợp đồng vì lợi ích của người thứ ba là các hợp đồng bảo hiểm nhân mạng: người thụ hưởng, theo hợp đồng giao kết giữa người bảo hiểm và người được bảo hiểm, có thể trực tiếp yêu cầu buộc người bảo hiểm trả tiền bảo hiểm cho mình sau khi người được bảo hiểm chết.

Thiệt hại cho bên kết ước. Nguyên nhân của nghĩa vụ không phải là một lợi ích định giá được bằng tiền dùng để đánh đổi nghĩa vụ của bên kết ước. Nhưng nếu, trong một hợp đồng song vụ, nghĩa vụ của một bên tỏ ra quá khiêm tốn về giá trị kinh tế, đến mức không thể coi việc đặt nghĩa vụ đó đối ứng với nghĩa vụ của bên kia là nghiêm túc, thì hợp đồng có thể bị tuyên bố vô hiệu, ví dụ, bán một vật có giá trị cao chỉ với một đồng Franc (nay là một Euro). Luật của Pháp còn có quy định cho phép hủy bỏ hợp đồng trong trường hợp có sự mất cân đối quá đáng về giá trị kinh tế giữa hai nghĩa vụ đối ứng trong hợp đồng song vụ, dù giá trị kinh tế của cả hai nghĩa vụ đều lớn; tuy nhiên, quy định này chỉ được áp dụng cho trường hợp mua bán bất động sản (Bộ luật Dân sự Pháp Điều 1674)⁶. ■

(6) Theo Điều luật này, thì người bán có quyền yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu do phải chịu thiệt hại, trong trường hợp giá bán được thỏa thuận thấp hơn 7/12 so với giá thị trường tại thời điểm bán. Điều luật này có nguồn gốc từ luật La Mã. Cả tỷ lệ 7/12 cũng là của luật La Mã, được giữ nguyên cho đến bây giờ.