

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



Số 18 (370)

Kỳ 2 - Tháng 9/2018

- ❖ ĐỂ HIẾN PHÁP GIỮ VAI TRÒ TỐI THƯỢNG TRONG ĐỜI SỐNG XÃ HỘI
- ❖ BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM THỰC HIỆN NGHĨA VỤ - NHÌN TỪ GÓC ĐỘ LÝ LUẬN
- ❖ BÀN VỀ VẤN ĐỀ TÍNH GIẢN CẤP PHÒNG TRONG BỘ MÁY HÀNH CHÍNH NHÀ NƯỚC

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 18/2018

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Để Hiến pháp giữ vai trò tối thượng trong đời sống xã hội
PGS. TS. Ngô Huy Cương
- 10** Bảo đảm tính ổn định của hệ thống pháp luật - yêu cầu quan trọng trong xây dựng, soạn thảo văn bản quy phạm pháp luật
TS. Nguyễn Văn Cương
- 14** Biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ - nhìn từ góc độ lý luận
PGS. TS. Lê Thị Thu Thủy
- 22** Quyền miễn trừ đối với các biện pháp cưỡng chế bảo đảm thi hành phán quyết của Tòa án
ThS. Nguyễn Văn Nghĩa

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 30** Hoàn thiện pháp luật để nâng cao vai trò, trách nhiệm của Kiểm toán Nhà nước trong phòng, chống tham nhũng
TS. Đặng Văn Hải - ThS. Trịnh Văn Tú

CHÍNH SÁCH

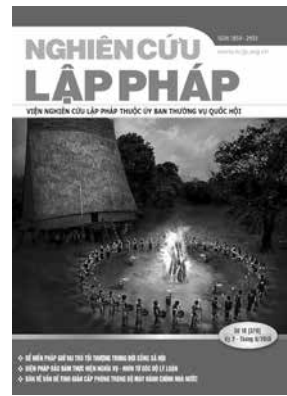
- 36** Bàn về vấn đề tinh giản cấp phòng trong bộ máy hành chính nhà nước
Trương Thế Nguyễn - Phạm Văn Anh

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 41** Hoàn thiện quy trình đánh giá công chức
ThS. Vũ Thị Ngọc Dung
- 49** Hành vi định giá bất hợp lý trong hoạt động chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ theo quy định của pháp luật cạnh tranh
Bùi Thị Hằng Nga

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 59** Tiêu chuẩn, thẩm quyền và thủ tục phân loại đơn vị hành chính ở Trung Quốc
ThS. Bành Chấn Thanh - TS. Nguyễn Trọng Bình



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU
PGS, TS. NGUYỄN THANH HẢI
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS, TS. LÊ BỘ LĨNH
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT
PGS, TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. NGUYỄN VĂN HIỂN
PGS, TS. NGÔ HUY CƯƠNG
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

BÙI HUYỀN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

0991000023097
VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM
(VIETCOMBANK), CHI NHÁNH TÂY HỒ

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Lễ Hội công chiêng Tây Nguyên

Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

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

Legis No 18/2018

STATE AND LAW

- 3** It is for the Ultimate Role of the Constitution in Social Life
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong
- 10** Stability Assurance of the Legal System - Important Requirement in Development of Legal Normative Documents
Dr. Nguyen Van Cuong
- 14** Security Measures for Performance of Obligations: Discussion on Theory Aspect
Prof. Dr. Le Thi Thu Thuy
- 22** The Immunity Right for Enforcement Measures for Enforcement of Court Judgments
LLM. Nguyen Van Nghia

DISCUSSION OF BILLS

- 30** Improvements of the Legal Provisions for Strengthening of Role, Mandates of the State Audit Office of Vietnam in Prevention, Fighting against Corruption.
Dr. Dang Van Hai
LLM. Trinh Van Tu

POLICIES

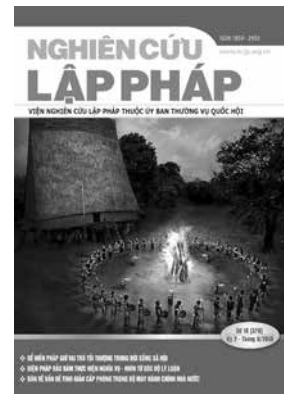
- 36** Discussion on Streamlining of Division Level in State Administration Apparatus
Truong The Nguyen
Pham Van Anh

LEGAL PRACTICE

- 41** Improvement of Procedures for Civil Servant Assessments
LLM. Vu Thi Ngoc Dung
- 49** Unreasonable Pricing Act in Intellectual Property Rights Transfers under the Provisions of Competition Law
Bui Thi Hang Nga

FOREIGN EXPERIENCE

- 59** Criteria, Authority and Procedure of Classification of Administrative Geography Unit in China
LLM. Banh Chan Thanh
Dr. Nguyen Trong Binh



EDITORIAL BOARD:

Dr. NGUYEN DINH QUYEN (Chairman)
Dr. NGUYEN VAN GIAU
Prof, Dr. NGUYEN THANH HAI
Prof, Dr. DINH VAN NHA
Prof, Dr. LE BO LINH
Dr. NGUYEN VAN LUAT
Prof, Dr. HOANG VAN TU
Dr. NGUYEN VAN HIEN
Prof, Dr. NGO HUY CUONG
Dr. NGUYEN HOANG THANH

CHEF EDITOR IN CHARGE:

TS. NGUYEN HOANG THANH

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

BUI HUYEN

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: **19.500 VND**

ĐỂ HIẾN PHÁP GIỮ VAI TRÒ TỐI THƯỢNG TRONG ĐỜI SỐNG XÃ HỘI

Ngô Huy Cương*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tính tối thượng của Hiến pháp, thi hành Hiến pháp, bảo hiến

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 12/09/2018

Biên tập : 20/09/2018

Duyệt bài : 27/09/2018

Tóm tắt:

Nói tới Hiến pháp là nói tới một tập hợp các nguyên tắc và quy tắc cao nhất trong sinh hoạt chính trị, pháp lý của một cộng đồng chính trị. Để Hiến pháp luôn giữ vai trò tối thượng trong đời sống xã hội, cần thiết phải nghiên cứu hai mảng vấn đề lớn về Hiến pháp, đó là: (i) sự tự xác định của Hiến pháp; và (ii) vấn đề thi hành Hiến pháp đó.

Article Infomation:

Keywords: ultimate authority of Constitution; enforcement of Constitution; Constitution Reviews

Article History:

Received : 12 Sep. 2018

Edited : 20 Sep. 2018

Approved : 27 Sep. 2018

Abstract

The Constitution is known as a set of the highest principles and rules in the political and legal life of a community in the political aspect. It is necessary to study two broad areas of the Constitution: (i) the self-determination of the Constitution; and (ii) the enforcement of the Constitution so that the Constitution is to provide ultimate authority in social activities.

1. Sự tự xác định của Hiến pháp

Hiến pháp không thể có vai trò tối thượng khi bản thân nó không tự xác định rõ ràng vai trò như vậy trong sinh hoạt chính trị, pháp lý của đất nước. Mặc dù về mặt lý thuyết, Hiến pháp bao gồm các nguyên tắc và quy tắc cao nhất trong sinh hoạt chính trị, pháp lý của một cộng đồng chính trị, nhưng trong ý tưởng xây dựng nó, cũng như từ việc lựa chọn mô hình xây dựng cho tới việc thiết

kế các nguyên tắc, quy tắc cụ thể trong đó có thể có sự xô dịch xa rời khỏi lý thuyết.

Hiến pháp của các nước trên thế giới có thể được phân chia thành các loại như sau:

(1) *Hiến pháp như một cơ cấu mềm của chính quyền* mà tại đó các chi tiết tiến triển thông qua tập quán và sự tu sửa tiếp sau (Hiến pháp Hoa Kỳ là một điển hình);

(2) *Hiến pháp như một bộ luật nhà nước* mà tại đó quyền lực của các định chế chính trị và mối quan hệ giữa các định chế này với nhau được quy định với những chi tiết được cân nhắc khá kỹ lưỡng (Hiến pháp của các nước Tây Âu như Pháp, Đức... là điển hình);

(3) *Hiến pháp như bản tuyên ngôn cách mạng* mà tại đó công bố chương trình biến đổi xã hội sâu rộng (Hiến pháp các nước XHCN là điển hình);

(4) *Hiến pháp như những ý tưởng cách mạng* mà tại đó hình ảnh mong ước về thế giới được tô điểm hơn là hiện thực (Hiến pháp của nhiều nước trong thế giới thứ ba là điển hình);

(5) *Hiến pháp như nguồn gốc cổ của quyền lực* (Hiến pháp Anh và Hiến pháp Israel là điển hình¹).

Có lẽ các Hiến pháp theo loại thứ nhất và thứ hai được xây dựng để thi hành trong thực tiễn. Hiến pháp theo loại thứ năm đã được thi hành trong thực tiễn lịch sử và được kế tục ở hiện tại và tương lai. Còn các Hiến pháp theo loại thứ ba và thứ tư rất giàu chất thơ, mang đầy tính dự báo hay mong ước về một xã hội trong tương lai, do đó khó có thể đưa vào thực tiễn một cách phù hợp.

Thông thường Hiến pháp có chức năng phân bổ trách nhiệm pháp lý, xác định các giới hạn của chính quyền và thiết

lập các quy trình mà chính quyền nhất thiết phải theo trước khi có thể được thực hiện các chức năng của mình². Nói cách khác, các Hiến pháp được hiểu một cách phổ biến là tất cả chúng nói về chính quyền, những định chế nào bao gồm trong đó, các định chế đó được tổ chức như thế nào, và quyền lực gì chúng sử dụng³. Do đó, Hiến pháp có ba nhiệm vụ chủ yếu: *thứ nhất*, quy định về việc tạo lập các tổ chức nền tảng và các định chế công quyền; *thứ hai*, xác định quyền lực được nắm giữ bởi mỗi định chế công và, trong một vài lĩnh vực, xác định các mối quan hệ giữa các định chế công với nhau; *thứ ba*, quy định quy trình mà luật được làm ra, và đồng thời quy định các giới hạn đối với các quyền lực được thực thi bởi nhân viên của các định chế công⁴. Tuy nhiên, Hiến pháp của các nước XHCN thường được xem là Hiến pháp xã hội mà tại đó các vấn đề tương lai của một nền kinh tế, xã hội, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ và môi trường được quy định. Các bản Hiến pháp năm 1959, Hiến pháp năm 1980, Hiến pháp năm 1992 và Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam thuộc phân loại thứ ba, rất gần gũi với một bản tuyên ngôn cách mạng mà ở Việt Nam có nhiều người gọi là “Hiến pháp xã hội”⁵. Hiến pháp xã hội có những nguyên tắc, quy tắc rất khó có thể thực hiện tại nhiều thời điểm cụ thể, mang bóng dáng của những định hướng thực hiện trong những thời điểm

1 Rod Hague, Martin Harrop and Shaun Breslin (1993), *Political Science – A Comparative Introduction*, St. Martin's Press, New York, p. 262.

2 Ronald I. Cheffins, Patricia A. Johnson, *The Revised Canadian Constitution – Politics as Law*, McGraw-Hill Ryerson Limited, Toronto, Montreal, New York, Auckland, Bogota, Cairo, Guatemala, Hamburg, Lisbon, London, Madrid, Mexico, New Delhi, Panama, Paris, San Juan, Sao Paulo, Singapore, Sydney, Tokio, 1986, p. 3.

3 David Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice*, University of Toronto Press, Toronto, Buffalo, London, 1995, p. 3.

4 Ronald I. Cheffins, Patricia A. Johnson, *The Revised Canadian Constitution – Politics as Law*, McGraw-Hill Ryerson Limited, Toronto, Montreal, New York, Auckland, Bogota, Cairo, Guatemala, Hamburg, Lisbon, London, Madrid, Mexico, New Delhi, Panama, Paris, San Juan, Sao Paulo, Singapore, Sydney, Tokio, 1986, p. 3.

5 Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, *Giáo trình luật hiến pháp của nước tư bản*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2001, tr. 12 có nói tới thuật ngữ Hiến pháp xã hội.

hội đủ các điều kiện nhất định. Chẳng hạn khoản 1 Điều 58 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Nhà nước, xã hội đầu tư phát triển sự nghiệp bảo vệ, chăm sóc sức khỏe của Nhân dân, thực hiện bảo hiểm y tế toàn dân, có chính sách ưu tiên chăm sóc sức khỏe cho đồng bào dân tộc thiểu số, đồng bào ở miền núi, hải đảo và vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn”.

Việc tự gây khó khăn cho thi hành của Hiến pháp trong thực tiễn ắt hẳn dẫn tới việc thực tiễn sẽ phải tìm một lối đi riêng của nó. Một khi thực tiễn phần nào đó có một lối đi riêng thì chắc hẳn tính tối thượng của Hiến pháp không thể không bị ảnh hưởng. Do đó việc lựa chọn loại Hiến pháp để xây dựng là một yếu tố quan trọng trong sự tự xác định tính tối thượng của Hiến pháp.

Khi nói tới Hiến pháp là nói tới mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân. Trong khi Nhà nước có chủ quyền và áp đặt sự cai trị của mình lên toàn bộ dân chúng trong một cộng đồng chính trị nhất định, thì Hiến pháp mang bản chất giới hạn quyền lực của chính quyền (Nhà nước). Do vậy, nói tới tính tối thượng của Hiến pháp là nói tới sự lệ thuộc của chính quyền vào Hiến pháp hay nói tới mối quan hệ giữa Hiến pháp và chính quyền theo một nghĩa nào đó. Tuy nhiên, sự lệ thuộc của chính quyền vào Hiến pháp chưa đủ để Hiến pháp giữ vai trò tối thượng bởi nó có thể không bao quát được toàn bộ xã hội mà chỉ có thể chi phối khu vực công. Nếu quyền lực công không tác động được

tới xã hội như mong muốn hay theo định hướng có sẵn thì ắt hẳn chính quyền phải tìm con đường riêng để thi hành quyền lực của nó. Hệ quả không thể khác hơn là vai trò của Hiến pháp bị sụt giảm.

Các nhà chính trị học và các luật gia đều quan niệm tính chính đáng hay tính hợp pháp (legitimacy) là yếu tố trung tâm của mối quan hệ giữa chính quyền và dân chúng⁶. Sức mạnh cưỡng chế (coercive power) được xem là một hình thức cai trị kém hiệu quả hơn so với quyền uy (authority). Và quyền uy chỉ tồn tại khi người bị trị ý thức được quyền ra mệnh lệnh của người cai trị, chấp nhận quyền này cùng với nghĩa vụ tuân thủ mệnh lệnh đó⁷. Rõ ràng quyền uy trong trường hợp này chỉ có được khi sự cai trị là hợp pháp hay chính đáng. Vì vậy, quyền uy được quan niệm là quyền lực được bao trùm bởi tính chính đáng hay tính hợp pháp⁸. Cho tới nay người ta khẳng định quản trị được xây dựng trên tính hợp pháp hay tính chính đáng có thể ổn định và bền vững hơn được xây dựng trên sự ép buộc đơn thuần⁹.

Legitimacy (tính chính đáng hay tính hợp pháp) là một thuật ngữ chính trị học có nguồn gốc Latin (legitimare) với nghĩa là tuyên bố tính hợp pháp và nay có nghĩa tổng quát là tính hợp pháp¹⁰. Max Weber cho rằng, tính chính đáng hay tính hợp pháp ngụ ý về việc Nhà nước có quyền sử dụng bạo lực hoặc ủy quyền cho người khác sử dụng nó, và tính chính đáng hay tính hợp pháp chính trị có được từ lòng tin của những

6 Joseph L. Klesner, *Comparative Politics - An Introduction*, McGraw- Hill Education, USA, 2014, p. 65.

7 Rod Hague, Martin Harrop, Shaun Breslin, *Political Science - A Comparative Introduction*, St. Martin's Press, New York, 1992, pp. 16 - 17.

8 Nguyễn Văn: “authority is power cloaked in legitimacy or rightfulness”. Andrew Heywood, *Key Concepts in Politics*, St. Martin's Press LLC, New York, USA, 2000, p. 15.

9 Joseph L. Klesner, *Comparative Politics - An Introduction*, McGraw- Hill Education, USA, 2014, p. 47.

10 Andrew Heywood, *Key Concepts in Politics*, St. Martin's Press LLC, New York, USA, 2000, p. 29.

người bị cai trị¹¹. Ông đã căn cứ vào nguồn gốc của tính hợp pháp và tính chính đáng để chia quyền uy thành ba loại: (1) quyền uy truyền thống (traditional authority) có nguồn gốc từ lịch sử và tập quán; (2) quyền uy có uy tín (charismatic authority) có nguồn gốc từ quyền lực nhân cách; và (3) quyền uy do lẽ phải hợp pháp (legal - rational authority) có nguồn gốc từ một khuôn khổ các quy tắc pháp lý trang trọng¹². Từ đó có thể thấy, quyền uy tại các nước có nền cộng hòa có được từ Hiến pháp - một khuôn khổ các nguyên tắc và các quy tắc được tạo lập ra một cách trang trọng.

Vì vậy quan niệm về Hiến pháp và quy trình xây dựng Hiến pháp là hai yếu tố quan trọng trong các yếu tố cần có để cấp tính hợp pháp hay tính chính đáng cho chính quyền. Trước hết, Hiến pháp phải được xem là một văn bản thống nhất ý chí của toàn dân trao quyền lực cho chính quyền, ban tính hợp pháp hay tính chính đáng cho chính quyền. Từ đó, quyền lập hiến phải là quyền của nhân dân và phải được thể hiện qua quy trình lập hiến.

Bàn về cách viết một bản Hiến pháp, David Beatty cho rằng: “nếu một Hiến pháp được thiết kế theo cách rất cụ thể, dành ít chỗ cho việc giải thích - nếu nó được viết theo kiểu quy chế của một thành phố hoặc một đạo luật về thuế thu nhập - thì nó không thể cung cấp cho Nhà nước sự ổn định và tính chính đáng về đạo đức mà nó cần tới”¹³. Chỉ dẫn này cho thấy, Hiến pháp cần phải được thi hành và cách thức thi hành như thế nào. Bởi Hiến pháp là đạo luật gốc, phải tồn tại

lâu dài hơn các đạo luật khác trong khi đời sống xã hội luôn luôn biến động, cho nên để thi hành, Hiến pháp phải dành nhiều chỗ cho sự giải thích và phải được giải thích phù hợp với hoàn cảnh của xã hội đương thời nhằm bảo đảm cho tính chính đáng và sự ổn định của chính quyền. Vì thế Hughes (Chánh án Tòa án Tối cao của Hoa Kỳ) đã lưu ý rằng: “Chúng ta sống dưới Hiến pháp. Nhưng Hiến pháp là những gì mà các thẩm phán nói về nó”¹⁴. Qua đó có thể thấy, cơ chế kiểm hiến có một ý nghĩa quan trọng không chỉ thể hiện Hiến pháp là một đạo luật, mà còn bảo đảm cho sự thi hành và tính tối thượng của Hiến pháp. Khi Hiến pháp không được kiểm soát việc thi hành hoặc không được thi hành thì xem như Hiến pháp đó không có vai trò tối thượng trong đời sống xã hội.

Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam chưa tạo lập ra một cơ chế bảo hiến có hiệu quả thực. Khoản 1 Điều 119 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Mọi hành vi vi phạm Hiến pháp đều bị xử lý” và giao trách nhiệm bảo vệ Hiến pháp như sau: “Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ, Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, các cơ quan khác của Nhà nước và toàn thể Nhân dân có trách nhiệm bảo vệ Hiến pháp.

Cơ chế bảo vệ Hiến pháp do luật định” (khoản 2 Điều 119).

Thế nhưng trên thực tế, cho tới nay chúng ta vẫn chưa xây dựng được cơ chế bảo vệ Hiến pháp một cách hữu hiệu. Đây là một vấn đề cần sớm được nghiên cứu, bổ sung hoàn thiện trong thời gian tới.

11 Xem Joseph L. Klesner, Comparative Politics – An Introduction, McGraw- Hill Education, USA, 2014, p. 46 - 47.

12 Xem Andrew Heywood, Key Concepts in Politics, St. Martin's Press LLC, New York, USA, 2000, p. 29.

13 David Beatty, Constitutional Law in Theory and Practice, University of Toronto Press, Toronto, Buffalo, London, 1995, p. 8.

14 Xem Rod Hague, Martin Harrop, Shaun Breslin, Political Science – A Comparative Introduction, St. Martin's Press, New York, 1992, p. 282.

2. Vấn đề thi hành Hiến pháp

Hiến pháp dù tự xác định vai trò tối thượng của mình nhưng chỉ trở nên tối thượng thật sự khi được thi hành đúng và đầy đủ, có nghĩa là sự tự xác định của Hiến pháp là điều kiện cần, và vấn đề thi hành Hiến pháp đó là điều kiện đủ.

Thông thường sau khi Hiến pháp được thông qua, cộng đồng chính trị phải tổ chức thi hành Hiến pháp đó. Việc tổ chức thi hành này phải được xét tới ít nhất mấy vấn đề sau: (1) căn cứ triển khai việc thi hành; (2) cơ chế thi hành; (3) những biện pháp chủ yếu bảo đảm thi hành; và (4) chế tài liên quan tới các vi phạm trong việc tổ chức thi hành.

Cùng ngày thông qua Hiến pháp năm 2013, ngày 28/11/2013, Quốc hội Việt Nam đã ra Nghị quyết số 64/2013/QH 13 quy định một số điểm thi hành Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. Nội dung Nghị quyết này còn có một số bất cập sau:

Thứ nhất, Nghị quyết chưa đề cập đầy đủ các vấn đề cần thiết trong việc tổ chức triển khai thi hành Hiến pháp mặc dù thời gian soạn thảo và thông qua Hiến pháp khá dài;

Thứ hai, Nghị quyết không quy định cơ quan đầu mối tổ chức triển khai thi hành Hiến pháp tập trung mà dàn đều cho các cơ quan trong tổ chức triển khai thi hành Hiến pháp (Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Kiểm toán nhà nước và các cơ quan hữu quan khác), trong khi các cơ quan này đều là các cơ quan phải thi hành Hiến pháp;

Thứ ba, Nghị quyết không đề cập tới Quốc hội, trong khi Quốc hội là một định chế chính trị quan trọng phải thi hành Hiến pháp trong toàn bộ các hoạt động của mình;

Thứ tư, Nghị quyết không đưa ra được

bất kỳ biện pháp chủ yếu nào bảo đảm thi hành Hiến pháp và bất kỳ chế tài nào liên quan tới vi phạm việc tổ chức triển khai thi hành Hiến pháp.

Có thể nói rằng, Nghị quyết số 64/2013/QH 2013 quy định về cơ chế tự tổ chức thi hành Hiến pháp tại mỗi thiết chế nhà nước mà chưa làm rõ mối quan hệ giữa chúng.

Kinh nghiệm của các nước trên thế giới cho thấy, khi thông qua Hiến pháp mới, các nước thường ban hành kèm theo một đạo luật Hiến pháp (có hiệu lực tương tự Hiến pháp) để tổ chức triển khai thi hành Hiến pháp đó. Năm 2006 Cộng hòa Serbia đã ban hành một đạo luật mang tên “Luật Hiến pháp về việc thi hành Hiến pháp của Cộng hòa Serbia” (The Constitutional Law on Implementation of the Constitution of the Republic of Serbia). Điều 1 Luật này quy định: “Hiến pháp Cộng hòa Serbia (sau đây gọi là Hiến pháp) được áp dụng kể từ ngày được công bố bởi Quốc hội, trừ khi được quy định khác trong Luật này đối với việc áp dụng các quy định cụ thể trong đó”. Điều luật này cho thấy: (1) Hiến pháp không phải là văn bản duy nhất có hiệu lực pháp lý cao nhất; (2) các điều khoản của Hiến pháp được áp dụng trực tiếp trong đời sống xã hội; (3) hiệu lực về thời gian của Hiến pháp được quy định rõ ràng và có những ngoại lệ cũng được xác định cụ thể; và (4) vai trò quan trọng của đạo luật Hiến pháp là tổ chức triển khai thi hành Hiến pháp. Vai trò của đạo luật Hiến pháp này còn được thể hiện trong quy định của Điều 2 Luật này như sau: “Các cơ quan, tổ chức và thực thể cộng hòa phải tiếp tục công việc của mình cho tới khi được thành lập hoặc được bầu phù hợp với Hiến pháp hoặc được quy định khác bởi Luật này”.

Năm 2010, Kenya công bố Hiến

pháp mới, đồng thời ban hành một đạo luật mang tên “Luật về Ủy hội thi hành Hiến pháp, 2010” (the Commission for the Implementation of the Constitution Act, 2010). Thực chất đạo luật này thiết lập cơ chế thi hành Hiến pháp năm 2010. Điều 4 của Luật này quy định như sau:

“Các chức năng của Ủy hội là:

(a) kiểm tra, tạo điều kiện dễ dàng, và giám sát sự phát triển của xây dựng luật và các thủ tục hành chính được yêu cầu thi hành Hiến pháp;

(b) hợp tác với Tổng trưởng công tố và Ủy hội cải cách pháp luật Kenya chuẩn bị đệ trình Nghị viện vấn đề xây dựng luật được yêu cầu thi hành Hiến pháp;

(c) tiến hành công việc cùng mỗi Ủy hội hiến pháp để bảo đảm rằng câu chữ và tinh thần của Hiến pháp được tôn trọng;

(d) báo cáo Ủy ban đặc biệt của Nghị viện ba tháng một lần về -

(i) tiến trình thi hành Hiến pháp; và

(ii) bất kỳ trở ngại nào đối với việc thi hành Hiến pháp;

(e) thực hiện các chức năng khác như vậy được quy định bởi Hiến pháp hoặc bất kỳ luật thành văn nào”.

Khi một Hiến pháp mới được ban hành là bắt đầu của một quá trình phi hiến hóa các định chế chính trị cũ liên quan và các đạo luật hiện hành để tạo ra các định chế chính trị mới và làm các đạo luật mới phù hợp với Hiến pháp mới, hay làm hài hòa hóa một số đạo luật với Hiến pháp mới. Vì vậy, quá trình này và sự đòi hỏi việc thi hành Hiến pháp nghiêm chỉnh, thường xuyên trong tương lai phải cần tới các biện pháp bảo đảm thi hành Hiến pháp. Có thể có bốn biện pháp chủ yếu sau cần lưu ý: (1) biện pháp dân chủ trực tiếp; (2) biện pháp cấp quyền lực cần thiết cho cơ quan tổ chức triển khai thi hành Hiến

pháp mới; (3) biện pháp kiểm hiến; và (4) nâng cao trách nhiệm giải trình.

Thông thường nhân dân (nguồn gốc của quyền lực) thông qua Hiến pháp trao quyền lực cho chính quyền, nhưng vẫn giữ lại quyền quyết trực tiếp một số vấn đề trọng yếu nhất của cộng đồng thông qua cơ chế trưng cầu dân ý hay phúc quyết toàn dân. Hiến pháp năm 2013 cũng có đề cập tới trưng cầu dân ý tại khoản 15 Điều 70, khoản 13 Điều 74, khoản 4 Điều 120. Tuy nhiên, quyền quyết định trực tiếp này hoàn toàn phụ thuộc vào Quốc hội và việc tổ chức của Ủy ban thường vụ Quốc hội. Việc quyết định trực tiếp này có ý nghĩa vô cùng to lớn trong việc bảo đảm thi hành Hiến pháp đối với những vấn đề trọng yếu của đất nước.

Khi có một định chế tổ chức triển khai thi hành Hiến pháp mới thì việc cấp quyền lực cho tổ chức đó là một biện pháp bảo đảm thi hành Hiến pháp không thể thiếu. Điều 5 Luật về Ủy hội thi hành Hiến pháp, 2010 của Kenya quy định như sau:

“(1) Ủy hội phải có tất cả quyền lực tổng quát cần thiết cho việc thi hành các chức năng của Ủy hội theo Hiến pháp và đạo luật này.

(2) Ít nhất năm thành viên của Ủy hội, bao gồm Chủ tịch, làm việc thường trực toàn thời gian”.

Việc định ra một tổ chức triển khai thi hành và có quyền lực thực để thi hành Hiến pháp mới là rất quan trọng gắn liền với Hiến pháp. Nghị quyết số 64/2013/QH 2013 giao việc triển khai thi hành Hiến pháp năm 2013 cho từng thiết chế nhà nước mà chính các thiết chế này đang bị phi hiến hóa và phải thi hành Hiến pháp khi được tổ chức lại hay được làm hài hòa hóa lại với Hiến pháp. Ở đây, câu hỏi về tính hợp lý của Nghị quyết này chưa có câu trả lời.

Biện pháp kiểm hiến thực sự chưa được chú ý trong Hiến pháp năm 2013 trong khi đây là một vấn đề trọng yếu của việc thi hành Hiến pháp. Hầu hết việc kiểm tra thi hành Hiến pháp năm 2013 được Hiến pháp giao cho các thiết chế nhà nước phải thi hành Hiến pháp, tiêu biểu là khoản 10 Điều 70 giao cho Quốc hội quyền bãi bỏ các văn bản của các định chế chính trị khác.

Hiện nay, trong quản trị quốc gia, người ta chú ý tới trách nhiệm giải trình. Trách nhiệm giải trình được hiểu là những thủ tục yêu cầu những người có trách nhiệm và những người tìm kiếm sự ảnh hưởng tới họ phải tuân theo những quy tắc được thiết lập xác định những quy trình và những kết quả có thể chấp nhận được, và thể hiện rằng họ đã tuân theo những thủ tục đó¹⁵. Thực tế trách nhiệm giải trình đã được thực hành ở nhiều nước trên thế giới và đã phát huy tác dụng tốt. Có một nhận xét rằng: trách nhiệm giải trình là trung tâm của lý thuyết và thực tiễn của cả dân chủ và quản trị tốt hơn (better governance) mà đã thúc đẩy một cách rõ ràng sự phát triển kinh tế, xã hội và bảo đảm hòa bình, ổn định lâu dài cũng như nền dân chủ ở châu Phi¹⁶. Trách nhiệm giải trình làm giảm tới mức có thể sự lạm dụng quyền lực chính trị, đồng thời giúp việc trao quyền lực cho chính quyền phục vụ mục đích mà đòi hỏi một cách chính đáng hay hợp pháp chính quyền được bầu bằng con đường dân chủ phải theo đuổi¹⁷. Hiện nay, trách nhiệm giải trình có được nhắc đến tại Việt Nam trong các vấn đề liên quan tới quản lý nhà nước. Tuy nhiên, nó chưa được xem là một biện pháp

bảo đảm thi hành Hiến pháp.

Nghị quyết số 64/2013/QH 2013 không bao hàm quy định về chế tài đối với các vi phạm trong tổ chức triển khai thi hành Hiến pháp. Những vi phạm này có nhiều loại khác nhau như: thi hành không đúng, không đầy đủ những yêu cầu của Hiến pháp; không thi hành; chậm thi hành... Thực tế vi phạm ở dạng không hành động là khá nhiều. Vấn đề được đặt ra là cơ chế nào và chế tài nào sẽ được áp dụng trong những trường hợp vi phạm như vậy.

3. Một số đề xuất, kiến nghị

Để bảo đảm vai trò tối thượng của Hiến pháp trong đời sống xã hội Việt Nam, chúng tôi cho rằng:

Thứ nhất, cần nhận thức đầy đủ bản chất của Hiến pháp là bản khế ước của nhân dân tạo lập nên cộng đồng chính trị của mình, cùng nhau trao quyền lực cho Nhà nước. Do vậy, cần nghiên cứu xây dựng một quy trình lập hiến thích hợp mà trong đó có phúc quyết toàn dân;

Thứ hai, cần xây dựng một cơ chế kiểm hiến có hiệu quả để đảm bảo sự tuân thủ đầy đủ Hiến pháp, bảo đảm hiệu lực tối cao của Hiến pháp;

Thứ tư, cần nghiên cứu sửa đổi Hiến pháp, bổ sung việc ban hành một đạo luật đặc biệt về tổ chức thi hành Hiến pháp, có tính đến việc thiết lập một tổ chức thường trực có thời hạn, có quyền hạn và trách nhiệm tổ chức triển khai thi hành Hiến pháp;

Thứ năm, cần luật hóa trách nhiệm giải trình trong quản trị quốc gia■

15 Michael Johnston, Good Governance: Rule of Law, Transparency, and Accountability, Colgate University, [<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan010193.pdf>], p. 2.

16 Peter Burnell, The Relationship of Accountable Governance and Constitutional Implementation, with Reference to Africa, University of Warwick, England, [<http://go.warwick.ac.uk/wrap>], p. 1.

17 Economic Commission for Africa, African Governance Report 2005 (Addis Ababa: ECA).

BẢO ĐẢM TÍNH ỔN ĐỊNH CỦA HỆ THỐNG PHÁP LUẬT - YÊU CẦU QUAN TRỌNG TRONG XÂY DỰNG, SOẠN THẢO VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT

Nguyễn Văn Cường*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tính ổn định của hệ thống pháp luật; hệ thống pháp luật; nhà nước pháp quyền; văn bản quy phạm pháp luật

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 04/09/2018

Biên tập : 20/09/2018

Duyệt bài : 26/09/2018

Article Information:

Keywords: stability of legal system; legal system; Rule of law; legal normative documents.

Article History:

Received : 04 Sep. 2018

Edited : 20 Sep. 2018

Approved : 26 Sep. 2018

Tóm tắt:

Tính ổn định của hệ thống pháp luật là một trong những tiêu chuẩn của pháp luật trong nhà nước pháp quyền. Tuy nhiên, sự ổn định không thể hiện ở việc hệ thống pháp luật ấy là nhất thành bất biến, không có sự thay đổi qua thời gian. Vì nếu tuyệt đối hóa tính ổn định của hệ thống pháp luật, chúng ta sẽ có một hệ thống văn bản xơ cứng, lạc hậu quá xa so với sự phát triển của đời sống kinh tế - xã hội.

Abstract

This article provides the discussions of the theoretical aspect of stability of a legal system as one of the standards for the presence of rule of law in a country. However, the stability does not reflect that the legal system is likely unchanged, without any modification over the time. If the stability of the legal system is absolutely prioritized, there will be a non-flexible legal system that is far behind the development of the socio-economic life.

1. Khái quát về tính ổn định của hệ thống pháp luật

Tính ổn định của pháp luật nói riêng và hệ thống pháp luật nói chung là một yêu cầu quan trọng trong các tiêu chuẩn của pháp

luật và hệ thống pháp luật trong nhà nước pháp quyền¹. Theo các chuyên gia của Dự án Công lý thế giới (World Justice Project)², pháp luật trong nhà nước pháp quyền phải đáp ứng 5 yêu cầu cơ bản, trong đó có yêu

1 GS. TSKH. Đào Trí Úc và PGS. TS. Trương Thị Hồng Hà (đồng chủ biên), Hoàn thiện hệ thống pháp luật đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN ở Việt Nam hiện nay, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2018, tr. 64-65.

2 Xem: <http://worldjusticeproject.org/>

cầu “pháp luật phải rõ ràng, được công bố, ổn định”³. Yêu cầu về tính ổn định được giải thích theo hướng các văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) phải ổn định ở mức đủ để công chúng có thể nắm vững được hành vi nào được phép và hành vi nào bị cấm và không được sửa đổi hoặc bị làm lệch một cách bí mật hoặc bằng quyết định hành chính. Trong tác phẩm “Đạo của pháp luật” (The Morality of Law) xuất bản năm 1969, giáo sư luật Đại học Harvard - Lon Fuller cho rằng, một văn bản luật sẽ mất hiệu lực nếu mắc phải 8 lỗi cơ bản sau: (1) Không chứa đựng quy phạm cụ thể (chỉ bao hàm các khẩu hiệu mà không bao hàm đầy đủ mô thức quy phạm theo đúng công thức giả định, quy định và chế tài); (2) Không công khai (văn bản đã được ban hành nhưng đối tượng bị điều chỉnh lại không biết hoặc khó biết được); (3) Chứa đựng quy phạm khó hiểu, không rõ ràng hoặc hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau (điều này khiến cho thông điệp của văn bản trở nên không rõ ràng); (4) Áp dụng hiệu lực hồi tố; (5) Chứa đựng các quy định mâu thuẫn nhau; (6) Đưa ra các yêu cầu vượt quá khả năng chấp hành của người bị điều chỉnh hoặc vượt quá khả năng thi hành của cơ quan thực thi pháp luật; (7) Không ổn định (thay đổi quá nhanh chóng); (8) Không đảm bảo chữ tín trong thi hành pháp luật (luật pháp yêu cầu một đằng nhưng cơ quan thực thi pháp luật lại thực thi một nẻo)⁴.

Một số nghiên cứu ở Việt Nam đã chỉ ra rằng, pháp luật không phải là hiện tượng bất biến nhưng nếu pháp luật được sửa đổi quá thường xuyên trong một thời gian ngắn hoặc rất ngắn thì pháp luật đó không có tính ổn định tương đối⁵.

Tính ổn định của hệ thống pháp luật không nhất thiết phải thể hiện ở việc hệ thống pháp luật ấy là nhất thành bất biến, không có sự thay đổi qua thời gian. Sự ổn định của hệ thống pháp luật chỉ là ổn định tương đối, vì nếu tuyệt đối hóa tính ổn định của hệ thống pháp luật chúng ta sẽ có một hệ thống văn bản xơ cứng, lạc hậu quá xa so với sự phát triển của đời sống kinh tế - xã hội; từ đó làm suy giảm vai trò tích cực của pháp luật (vai trò mở đường, thúc đẩy phát triển) và tính khả thi của chính các quy định trong hệ thống pháp luật.

Có thể thấy, tính ổn định của hệ thống pháp luật thể hiện ở ba khía cạnh chính sau đây:

Thứ nhất, tính ổn định của hệ thống pháp luật được thể hiện ở sự ổn định (không thay đổi) về nội dung chính sách mà hệ thống pháp luật theo đuổi, đặc biệt là rõ và ổn định về mục tiêu, định hướng và hệ giá trị nền tảng cùng các nguyên tắc chi phối. Việc tiếp tục duy trì các chính sách có lợi cho sự phát triển của đất nước được xem là góp phần bảo đảm tính ổn định của hệ thống pháp luật. Tuy nhiên, điều này không loại trừ việc sửa đổi, bổ sung nhằm cải thiện chất lượng của chính sách, chất lượng của pháp luật; thúc đẩy xã hội phát triển bền vững (ví dụ như: gỡ bỏ những điều kiện kinh doanh bất hợp lý; đơn giản hóa các thủ tục hành chính rườm rà, phức tạp, không cần thiết; cắt giảm các quy định bất hợp lý nhằm giảm thiểu chi phí tuân thủ pháp luật của người dân, doanh nghiệp) thì thường không được xem là việc làm mất tính ổn định của pháp luật mặc dù các giải pháp này có dẫn tới sự thay đổi trong quy định của pháp luật.

3 4 yêu cầu còn lại là: ghi nhận và có cơ chế thực hiện trên thực tế yêu cầu chính quyền, công chức và viên chức chính quyền phải chịu trách nhiệm trước pháp luật; pháp luật phải công bằng; pháp luật phải bảo vệ quyền cơ bản của con người; pháp luật phải được ban hành, thực hiện và cưỡng chế thông qua quy trình mà công chúng có thể tiếp cận được.

4 Xem: Lon L. Fuller, The Morality of Law (revised edition), New Haven and London, Yale University Press, 1969, at 39.

5 GS. TSKH. Đào Trí Úc và PGS.TS. Trương Thị Hồng Hà (đồng chủ biên), Hoàn thiện hệ thống pháp luật đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN ở Việt Nam hiện nay, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2018, tr. 64-65.

Thực tế cho thấy, để cải thiện môi trường đầu tư, kinh doanh ở Việt Nam, khi chúng ta thay đổi pháp luật để tạo lập môi trường đầu tư thông thoáng hơn, minh bạch hơn, giảm bớt chi phí phi chính thức, khắc phục các biểu hiện tiêu cực, tham nhũng thì các nhà đầu tư và dư luận xã hội thường hoan nghênh mà không xem các biện pháp cải cách này làm cho hệ thống pháp luật mất tính ổn định.

Thứ hai, khi việc thay đổi quy định của pháp luật được thực hiện theo cách thức minh bạch, có thể dự báo trước, có sự giải trình rõ ràng, thuyết phục thì mặc dù có việc sửa đổi, bổ sung quy định của pháp luật, thì sự thay đổi pháp luật như vậy cũng ít bị xem là biểu hiện của sự không ổn định của hệ thống pháp luật.

Thứ ba, bảo đảm tuổi thọ của các VBQPPL một cách hợp lý. Tất nhiên, rất khó để xác định tuổi thọ của một văn bản mấy năm thì được xem là dài. Đối với các loại VBQPPL khác nhau như: Hiến pháp, luật, nghị định, thông tư thì không nhất thiết yêu cầu độ dài về tuổi thọ là giống nhau. Tuy nhiên, theo nguyên lý chung, Hiến pháp cần có tính ổn định hơn đạo luật; đạo luật cần có tính ổn định hơn nghị định và thông tư. Một văn bản luật chưa có hiệu lực thi hành đã phải mang ra sửa đổi, bổ sung cũng dẫn đến sự không ổn định của hệ thống pháp luật.

2. Tính ổn định của hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay

Thực tiễn xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật nước ta trong vài thập niên trở lại đây cho thấy, chúng ta đã đạt được nhiều thành tựu quan trọng. Hầu hết các lĩnh vực dân sự, kinh doanh, thương mại, lao động, đầu tư, bảo vệ người tiêu dùng, bảo vệ môi trường, an sinh xã hội, an toàn thực phẩm, quản lý hành chính, hình sự, tố tụng đều được điều chỉnh bởi các văn bản luật.

Độ bao phủ của hệ thống pháp luật nước ta khá toàn diện, đáp ứng yêu cầu của quá trình chuyển đổi từ nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung, quan liêu, bao cấp sang nền kinh tế thị trường mở cửa, hội nhập, gắn với việc xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân. Những thành tố cơ bản của hệ thống pháp luật bao gồm Hiến pháp, cùng các đạo luật rường cột của quốc gia như Bộ luật Dân sự, Bộ luật Hình sự, Luật Thương mại, Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư, Bộ luật Lao động, các Bộ luật Tố tụng đều đã được xây dựng.

Mặc dù vậy, trước những biến chuyển nhanh của đời sống kinh tế - xã hội của đất nước thời kỳ chuyển đổi, vị thế của nhà nước, của thị trường và của khu vực tổ chức xã hội và của mỗi cá nhân công dân, chuẩn mực ứng xử của các chủ thể cũng cần có sự thay đổi tương ứng.

Trong bối cảnh như vậy, khó tránh khỏi tình trạng hệ thống pháp luật có sự thay đổi, đôi khi là thay đổi quá nhanh chóng mà nhiều người cho rằng thiếu tính ổn định. Cụ thể:

Văn kiện Đại hội XII của Đảng cho rằng “hệ thống pháp luật thiếu đồng bộ, nhiều nội dung chưa đáp ứng yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền, còn chồng chéo; tính công khai, minh bạch, khả thi, *ổn định còn hạn chế*”⁶. Kế hoạch cải cách hành chính nhà nước của Chính phủ giai đoạn 2016-2020 đã đặt ra mục tiêu phấn đấu đến năm 2020 “hoàn thành cơ bản nhiệm vụ xây dựng hệ thống pháp luật Việt Nam đồng bộ, thống nhất, khả thi, công khai, minh bạch, ổn định, dễ tiếp cận, với chi phí tuân thủ thấp... phù hợp với mục tiêu phát triển kinh tế - xã hội”⁷. Trong Văn kiện Đại hội XII, Đảng ta cũng chủ trương “đến năm 2020, phấn đấu cơ bản hoàn thiện đồng bộ hệ thống thể chế kinh tế thị trường định hướng XHCN theo các tiêu chuẩn phổ biến của nền kinh tế thị

6 Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2016, tr. 173.

7 Quyết định số 225/QĐ-TTg ngày 4/2/2016 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Kế hoạch cải cách hành chính nhà nước giai đoạn 2016-2020.

trường hiện đại và hội nhập quốc tế; bảo đảm tính đồng bộ giữa thể chế kinh tế và thể chế chính trị, giữa nhà nước và thị trường;... bảo đảm tính công khai, minh bạch, *tính dự báo được* thể hiện trong xây dựng và thực thi thể chế kinh tế, tạo điều kiện ổn định, thuận lợi cho phát triển kinh tế - xã hội”⁸. Thủ tướng Chính phủ Nguyễn Xuân Phúc trong phát biểu tại Hội nghị triển khai công tác tư pháp năm 2017 cũng cho rằng, hạn chế đầu tiên phải kể tới của pháp luật nước ta là “chất lượng còn thấp, thiếu ổn định nên thường xuyên phải sửa đổi, bổ sung”⁹.

Trong thực tiễn thực thi pháp luật, người dân, nhà đầu tư thường phàn nàn về chất lượng hệ thống pháp luật ở Việt Nam, trong đó đặc biệt quan ngại về tính ổn định của hệ thống pháp luật biểu hiện ở việc “thiếu ổn định trong chính sách” như phản ánh trong Báo cáo cạnh tranh toàn cầu 2016-2017 của Diễn đàn Kinh tế thế giới¹⁰. Thực tế cũng cho thấy, sự thiếu nhất quán trong chính sách thu hồi đất, chuyển mục đích sử dụng đất trong các luật đất đai qua các thời kỳ đã góp phần tạo ra tình trạng khiếu kiện đất đai rất phức tạp. Trong lĩnh vực thuế, tuy việc tiếp cận các văn bản liên quan đã có cải thiện, song doanh nghiệp phản ánh, chính sách thuế thay đổi quá nhiều lần trong một năm, đến mức nhiều văn bản được ban hành nhưng doanh nghiệp không kịp cập nhật¹¹.

Thực tiễn xây dựng hệ thống pháp luật ở Việt Nam cho thấy, một số đạo luật quan trọng như Bộ luật Dân sự, Bộ luật Hình sự, Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư, Luật Đất đai, Luật Bảo vệ môi trường v.v.. có tuổi thọ chưa cao. Từ năm 1995 tới 2015, Việt Nam ban hành ba Bộ luật Dân sự; từ năm 1999 đến năm 2014, Việt Nam ban hành ba

Luật Doanh nghiệp; còn Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014, Bộ luật Hình sự năm 2015 phải sửa đổi ngay cả khi chưa có hiệu lực thi hành.

Đối với văn bản dưới luật, vẫn còn diễn ra tình trạng văn bản hướng dẫn thi hành đầu năm ban hành, cuối năm đã bãi bỏ hoặc vừa ban hành đã ngưng hiệu lực thi hành. Ví dụ, Thông tư số 36/2017/TT-BYT của Bộ Y tế được ban hành ngày 11/9/2017 để bãi bỏ toàn bộ Thông tư số 03/2017/TT-BYT ngày 22/3/2017 về quy chuẩn quốc gia sửa dạng lông; Thông tư số 53/2017/TT-BTNMT của Bộ Tài nguyên - Môi trường được ban hành ngày 4/12/2017 để ngưng hiệu lực thi hành Khoản 5 Điều 6 Thông tư số 33/2017/TT-BTNMT ngày 29/9/2017 về việc ghi tên các thành viên có chung quyền sử dụng đất vào sổ đỏ hộ gia đình v.v..

3. Giải pháp nâng cao tính ổn định của hệ thống pháp luật Việt Nam

Để bảo đảm nâng cao tính ổn định của hệ thống pháp luật nước ta, chúng tôi cho rằng, cần tập trung thực hiện các giải pháp sau:

Thứ nhất, cần phân định rõ hơn các loại VBQPPL khác nhau thì được quy định về những nội dung nào. Vấn đề này liên quan tới việc phân định thẩm quyền giữa Quốc hội, Chính phủ và các Bộ trưởng cũng như với chính quyền địa phương; cần làm sâu sắc hơn quan niệm cho rằng, hệ thống pháp luật được kết cấu gồm nhiều vòng, lỗi, theo đó, Hiến pháp và các đạo luật nằm ở lõi, ghi nhận những giá trị, những chính sách có tính nền tảng nhất, ổn định nhất của quốc gia, quy định những đầu mối quan trọng nhất trong xã hội; nghị định và thông tư, văn bản của chính quyền địa phương được quy định để xử lý những vấn đề mang tính chất

(Tiếp theo trang 29)

8 Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII, t.1, tr. 104.

9 Xem: <http://baochinhphu.vn/Utilities/PrintView.aspx?distributionid=298491>, ngày 23/12/2016.

10 http://www3.weforum.org/docs/GCR2016-2017/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2016-2017_FINAL.pdf at 362.

11 Thông tin nêu tại Hội nghị đối thoại về chính sách và thủ tục hành chính thuế, hải quan năm 2017 do Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam phối hợp Bộ Tài chính tổ chức ngày 28/11/2017 tại thành phố Hà Nội.

BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM THỰC HIỆN NGHĨA VỤ - NHÌN TỪ GÓC ĐỘ LÝ LUẬN

Lê Thị Thu Thủy*

* PGS. TS. Đại học Quốc gia Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: biện pháp bảo đảm, lợi ích bảo đảm, tài sản bảo đảm, xử lý tài sản bảo đảm.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 05/06/2018

Biên tập : 28/06/2018

Duyệt bài : 03/07/2018

Article Information:

Keywords: Security measures; security interests, collateral assets; security property handling

Article History:

Received : 05 Jun 2018

Edited : 28 Jun 2018

Approved : 03 Jul. 2018

Tóm tắt:

Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015 đã có nhiều đổi mới như đa dạng hóa các biện pháp bảo đảm, các phương thức xử lý tài sản bảo đảm, đơn giản hóa thủ tục giao kết, thực hiện hợp đồng bảo đảm, đã hoàn thiện phương thức đối kháng với người thứ ba của biện pháp bảo đảm, tăng tính chủ động của bên nhận bảo đảm trong xử lý tài sản bảo đảm... Tuy nhiên, về mặt lý luận vẫn còn những nội dung chưa phù hợp với bản chất của biện pháp bảo đảm, thậm chí mâu thuẫn, khó thực thi, cần có các giải pháp sửa đổi, bổ sung.

Abstract

Security measures for performance of obligations set out in the Civil Code of 2015 do appear many innovations such as diversification of security measures, methods of dealing with security assets, simplification of procedures for performance of the security contract, it also has completed the method of countering the third party of the security measure, increased the autonomy of the secured party in the handling of security property ... However, in terms of theory, there are still issues that are not suitable with the nature of the security measures, even if they are inconsistent and difficult for implementation.

1. Một số vấn đề chung về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ

Phân loại các biện pháp bảo đảm

Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 quy định 9 loại biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, bao gồm: cầm cố, thế chấp, bảo lãnh, đặt

cọc, ký cược, ký quỹ, tín chấp, bảo lưu quyền sở hữu, cầm giữ tài sản. Vậy, nếu các bên thỏa thuận về biện pháp bảo đảm khác không thuộc 9 biện pháp bảo đảm nêu trên thì pháp luật không cho phép. Điều này là không phù hợp với quyền tự do ý chí của các chủ thể khi tham gia các quan hệ bảo đảm.

Khác với cách nhìn nhận của BLDS Việt Nam, Bộ luật Thương mại thống nhất của Hoa Kỳ (UCC), Luật về Các biện pháp bảo đảm bằng động sản của Úc năm 2009 (PPSA 2009) không chú trọng tới việc phân chia các biện pháp bảo đảm về mặt hình thức mà chỉ chú trọng tới lợi ích bảo đảm và đặc quyền của bên nhận bảo đảm trên tài sản bảo đảm (TSBĐ) khi có vi phạm của bên được bảo đảm (bên có nghĩa vụ) hoặc bên bảo đảm.

Điều 12 PPSA 2009 có định nghĩa về lợi ích bảo đảm như sau: “Lợi ích bảo đảm là lợi ích trên động sản được xác lập bởi một giao dịch nhằm mục đích bảo đảm việc thanh toán hoặc thực hiện một nghĩa vụ mà không quan trọng hình thức của giao dịch hay đặc điểm của chủ thể”. Điều 12.2 liệt kê một số giao dịch xác lập lợi ích bảo đảm bao gồm: đặc quyền cố định, đặc quyền thả nổi, chứng thư bảo lãnh động sản, hợp đồng mua bán có điều kiện (bao gồm cả hợp đồng mua bán có điều khoản bảo lưu quyền sở hữu hàng hóa); hợp đồng thuê mua, cầm cố, tín thác, ký gửi (ký gửi thương mại hoặc không); thuê hàng hóa; chuyển nhượng; chuyển giao quyền sở hữu; nghĩa vụ có điều kiện (flawed asset arrangement). Ngoài ra, PPSA 2009 còn thừa nhận các lợi ích sau là lợi ích bảo đảm: (a) Lợi ích của người nhận chuyển nhượng quyền đòi nợ hoặc chứng thư cầm cố; (b). Lợi ích của người ký gửi hàng cho người nhận ký gửi theo giao dịch

ký gửi thương mại; (c) Lợi ích của người cho thuê hàng hóa theo hợp đồng thuê PPS. Như vậy, theo pháp luật của Úc, lợi ích bảo đảm rất đa dạng tồn tại dưới bất kỳ hình thức nào với bất kỳ chủ thể nào miễn có nội dung bảo đảm việc thực hiện một nghĩa vụ cơ sở. Có thể nói rằng, PPSA áp dụng cách tiếp cận “chức năng” để định nghĩa lợi ích bảo đảm¹. Lợi ích bảo đảm được xác lập khi (1) có hợp đồng bảo đảm (a security agreement); (2) bên nhận bảo đảm phải đưa ra giá trị, ví dụ dưới hình thức cấp vốn vay hoặc cam kết cấp vốn vay; và (3) con nợ phải có quyền đối với TSBĐ (điều này có nghĩa là đối với TSBĐ là tài sản hình thành trong tương lai lợi ích bảo đảm chỉ được xác lập khi con nợ thủ đắc tài sản”. Lợi ích bảo đảm nếu không được xác lập thì sẽ không tồn tại biện pháp bảo đảm².

Một biện pháp nếu có nội dung về lợi ích bảo đảm nhằm bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ thì được coi là biện pháp bảo đảm. Vì vậy, các biện pháp bảo đảm rất phong phú và đa dạng, không thể liệt kê hết được. Do đó, BLDS chỉ nên quy định về nội dung các biện pháp bảo đảm, về lợi ích bảo đảm, về TSBĐ và xác lập giao dịch bảo đảm, về xử lý TSBĐ và quyền ưu tiên, về hoàn thiện giao dịch bảo đảm (perfection)³, về biện pháp bảo đảm có chiếm hữu và biện pháp bảo đảm không chiếm hữu, không cần phải liệt kê các biện pháp bảo đảm về hình thức như hiện nay. Biện pháp bảo đảm sẽ do

1 John G H Stumbles (2011), The impact of the personal property securities act on assignment of accounts, Melbourne University Law Review, Vol. 37, tr. 428; PGS.TS. Lê Thị Thu Thủy (2016), Pháp luật về các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng ở Việt Nam và một số nước trên thế giới, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 127, 128.

2 Anthony Duggan, Dropped HS and the PPSA: Lessons from the Fairbanx case, UNSW Law Journal, Volume 34(2), tr. 737

3 Trong pháp luật của Mỹ có khái niệm “perfection” (hoàn thiện giao dịch bảo đảm) để chỉ “các thủ tục pháp lý được thực hiện bởi bên nhận bảo đảm để đưa ra một thông báo công khai cho những người khác, những người có quyền yêu cầu đối với tài sản của con nợ rằng bên nhận bảo đảm có đặc quyền trên tài sản của con nợ”. Donald B. King, Calvin A. Kuenzel, Bradford Stone, W.H. Knight, Jr. (1997), Commercial transactions under the Uniform Commercial Code and other laws, New York [etc.]: Mathew Bender, Cop., p. 807.

các bên tự thỏa thuận miễn là biện pháp đó không trái pháp luật và đạo đức xã hội và khi có tranh chấp các bên phải thực hiện các cam kết như đã thỏa thuận.

Phạm vi nghĩa vụ được bảo đảm

Điều 293 BLDS năm 2015 quy định nghĩa vụ được bảo đảm một phần hoặc toàn bộ theo thỏa thuận của các bên tham gia quan hệ bảo đảm hoặc theo quy định của pháp luật, trong đó có bảo đảm cả nghĩa vụ hình thành trong tương lai. Vậy, trong trường hợp các bên thỏa thuận phạm vi bảo đảm trong giao dịch bảo đảm vượt quá phạm vi của nghĩa vụ bảo đảm thì thỏa thuận này có bị vô hiệu không? Điều này chưa được quy định rõ trong luật. Theo quy định của BLDS Pháp (Điều 2013) thì phạm vi bảo đảm sẽ đương nhiên được hạ xuống bằng phạm vi nghĩa vụ thực tế được bảo đảm và thỏa thuận về bảo đảm không bị vô hiệu (nếu bảo lãnh vượt quá nghĩa vụ thì chỉ bị giảm xuống đến giới hạn của nghĩa vụ chính). Điều này là hợp lý nhằm đảm bảo quyền và lợi ích của các chủ thể tham gia quan hệ bảo đảm, bảo vệ quyền lợi của chủ nợ khi con nợ vi phạm nghĩa vụ trả nợ.

Các điều kiện đối với TSBĐ

Điều 295 BLDS năm 2015 quy định 3 điều kiện đối với TSBĐ sau: 1. Tài sản phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm, trừ trường hợp cầm giữ tài sản và bảo lưu quyền sở hữu; 2. Tài sản có thể được mô tả chung nhưng phải xác định được; 3. Giá trị tài sản có thể bằng, nhỏ hơn hoặc lớn hơn giá trị nghĩa vụ được bảo đảm.

Nội dung của điều kiện thứ nhất chưa phù hợp với thực tiễn xác lập và thực hiện các giao dịch bảo đảm. Ví dụ, đối với đất đai, Hiến pháp năm 2013 (Điều 53), Luật Đất đai năm 2013 (Điều 167) ở Việt Nam quy định: Đất đai là tài sản công thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước là đại diện chủ sở

hữu và thống nhất quản lý. Tổ chức, cá nhân có quyền thế chấp quyền sử dụng đất (không phải là quyền sở hữu) để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Ngoài ra, Luật Quản lý, sử dụng tài sản công năm 2017, Điều 6 Khoản 1 quy định: “Mọi tài sản công đều phải được Nhà nước giao quyền quản lý, quyền sử dụng và các hình thức trao quyền khác cho cơ quan, tổ chức, đơn vị và đối tượng khác”. Vậy, tài sản công chỉ thuộc quyền quản lý, sử dụng của các đơn vị, tổ chức mà không phải thuộc quyền sở hữu. Nếu quy định “cứng” trong BLDS là tài sản phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm là không hợp lý, cần được bổ sung theo hướng có thể là cả tài sản thuộc quyền sử dụng, quản lý của bên bảo đảm.

Điều kiện thứ hai yêu cầu tài sản phải xác định được. Trong khi đó, nếu TSBĐ là tài sản hình thành trong tương lai thì điều kiện này rất khó đáp ứng (ví dụ bảo đảm bằng chứng khoán sẽ được đấu giá thành công trong tương lai). Bởi lẽ, rất khó xác định số lượng và giá trị chứng khoán sẽ mua được, vì việc đấu giá theo quy luật cung cầu trên thị trường và theo các nguyên tắc của thị trường chứng khoán. Vì vậy, BLDS nên chỉ dừng ở điều kiện về việc yêu cầu tài sản phải mô tả được. Tuy nhiên, cũng cần có hướng dẫn cụ thể đối với mô tả tài sản đặc thù như hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất kinh doanh, hàng tồn kho, quyền tài sản, tài sản hình thành trong tương lai. Điều này có ý nghĩa trong việc đảm bảo tính hiệu lực của các giao dịch bảo đảm.

Cách quy định điều kiện thứ ba của BLDS về giá trị TSBĐ là không cần thiết vì không có ý nghĩa (nhỏ, lớn hoặc bằng giá trị nghĩa vụ bảo đảm đều được). Điều quan trọng là tài sản phải được phép giao dịch và có giá trị, có tính thanh khoản. Do đó, BLDS nên quy định theo hướng TSBĐ phải có giá trị, được phép giao dịch và có tính thanh

khoản. Điều này xuất phát từ bản chất của các giao dịch bảo đảm để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ khi nghĩa vụ bị vi phạm và quyền lợi của chủ nợ cần được bảo vệ thông qua việc xử lý TSBĐ.

Phương thức xử lý TSBĐ

Điều 303 BLDS năm 2015 quy định 3 phương thức xử lý TSBĐ. Một trong các phương thức xử lý TSBĐ là bên nhận bảo đảm nhận chính tài sản để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm (gán nợ). Vậy, bên bảo đảm ở đây phải đồng thời là bên có nghĩa vụ. Do đó, phương thức xử lý bảo đảm theo thỏa thuận này không áp dụng cho trường hợp một bên thế chấp hay cầm cố tài sản của mình để bảo đảm cho một bên khác vay vốn tại ngân hàng. Trong trường hợp này, các bên cần quy định các phương thức xử lý TSBĐ khác. Trong khi đó, khoản 1 Điều 295 BLDS năm 2015 quy định: “TSBĐ phải thuộc sở hữu của bên bảo đảm”. Như vậy, BLDS năm 2015 không khẳng định bên bảo đảm phải là bên có nghĩa vụ. Do đó, bên thứ ba có thể bảo đảm bằng tài sản để thực hiện nghĩa vụ cho bên có nghĩa vụ. Từ đây cho thấy, không có lý do gì mà lại hạn chế quyền của chủ nợ đối với TSBĐ là tài sản của bên thứ ba để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ. Vì vậy, cần sửa đổi BLDS theo hướng cho phép sự thỏa thuận về phương thức “gán nợ” đối với cả tài sản của bên thứ ba khi đưa ra bảo đảm.

Bên cạnh đó, quy định của Điều 303 cho thấy, phải đạt được sự thỏa thuận của các bên hoặc có sự đồng ý của bên bảo đảm về phương thức xử lý tài sản cầm cố, thế chấp nếu không tài sản phải được xử lý theo phương thức bán đấu giá. Với quy định này, việc xử lý TSBĐ của các tổ chức tín dụng sẽ gặp nhiều vướng mắc khi các cơ quan nhà nước yêu cầu “thỏa thuận”, “sự đồng ý

của bên bảo đảm”. Trong khi đó, mục đích và bản chất của biện pháp bảo đảm là dành cho bên nhận bảo đảm quyền định đoạt có điều kiện. Quyền đó được pháp luật thừa nhận mà không cần phải có sự thỏa thuận cụ thể của các bên hay sự đồng ý của bên nhận bảo đảm. Điều đó có nghĩa rằng, khi bên bảo đảm sử dụng tài sản của mình để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ đối với bên nhận bảo đảm thì mặc nhiên suy đoán rằng bên bảo đảm đã trao cho bên nhận bảo đảm quyền định đoạt có điều kiện đối với tài sản của mình. Chỉ cần phát sinh sự kiện bên có nghĩa vụ được bảo đảm vi phạm nghĩa vụ này đối với bên nhận bảo đảm thì bên nhận bảo đảm có quyền xử lý TSBĐ bằng việc thu hồi TSBĐ và định đoạt TSBĐ theo phương thức mà bên nhận bảo đảm cho là phù hợp, miễn rằng việc xử lý TSBĐ được thực hiện một cách thiện chí, trung thực theo nguyên tắc công bằng và hợp lý.

Vì vậy, cần sửa đổi Điều 303 BLDS năm 2015 theo hướng nếu các bên không có thỏa thuận, bên nhận bảo đảm vẫn có quyền xử lý TSBĐ không qua phương thức bán đấu giá nếu thỏa mãn các điều kiện sau đây:

(1) Trước khi xử lý TSBĐ, bên nhận bảo đảm phải thông báo cho bên bảo đảm về việc bên có nghĩa vụ được bảo đảm vi phạm nghĩa vụ được bảo đảm và phương thức xử lý TSBĐ được áp dụng.

(2) TSBĐ được định đoạt một cách công khai thông qua thông báo hoặc quảng cáo rộng rãi. Tuy nhiên, đối với tài sản nhanh hỏng hoặc đối với tài sản đang bị giảm giá trị hoặc giá trị trường đang giảm, bên nhận bảo đảm có quyền định đoạt ngay mà không cần phải thông báo rộng rãi.

(3) Giá bán, giá chuyển nhượng tài sản hoặc giá chuyển giao TSBĐ không thấp hơn giá thị trường hiện thời của TSBĐ (trong trường hợp có thị trường được thừa nhận cho

tài sản cùng loại) hoặc theo giá trị được định giá bởi tổ chức định giá có thẩm quyền⁴.

Việc giao TSBĐ để xử lý

Điều 301 BLDS năm 2015 không quy định quyền thu giữ TSBĐ của bên nhận bảo đảm và chỉ quy định trường hợp người đang giữ tài sản không giao tài sản thì bên nhận bảo đảm có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác. Đây là một “bước lùi” về quyền của bên nhận bảo đảm trong pháp luật về giao dịch bảo đảm. Bởi lẽ, khi nhận bảo đảm, bên nhận bảo đảm có quyền xử lý TSBĐ nếu phát sinh vi phạm của bên có nghĩa vụ và quyền xử lý tài sản này bao gồm cả quyền thu giữ TSBĐ. Đây là quyền đương nhiên của bên nhận bảo đảm, thiếu quyền này việc xử lý tài sản không khả thi.

Ngoài ra, BLDS năm 2015 cũng không cho phép bên nhận bảo đảm khả năng tìm kiếm sự hỗ trợ của các cơ quan công quyền (Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn và cơ quan Công an) trong việc thu giữ TSBĐ để xử lý trong khi thực tiễn cho thấy, bên nhận bảo đảm (đặc biệt là các ngân hàng thương mại) triển khai khá hiệu quả cơ chế này.

Ở một số nước trên thế giới, thu giữ TSBĐ là quyền cơ bản của bên nhận bảo đảm trong xử lý TSBĐ. Ví dụ, thông qua UCC, các đạo luật và án lệ, Mỹ xây dựng một cơ chế rất hiệu quả để chủ nợ có bảo đảm xử lý TSBĐ mà không phải khởi kiện ra tòa án, đồng thời cũng bảo vệ được quyền và lợi ích hợp pháp của người bảo đảm cũng như các chủ thể có liên quan khác.

Vì vậy, cần phải sửa đổi Điều 301 BLDS năm 2015 theo hướng bổ sung quyền thu giữ TSBĐ cho bên nhận bảo đảm. Đồng thời, cần quy định rõ trách nhiệm và chế tài đối với vi phạm của các cơ quan thực thi pháp luật trong việc phối hợp thu giữ TSBĐ, xử lý TSBĐ; quyền thu giữ TSBĐ của bên nhận bảo đảm phải được bảo đảm thực hiện bằng quyền lực của nhà nước hoặc sự hỗ trợ từ phía cơ quan công quyền. Từ đó hạn chế các tranh chấp về xử lý TSBĐ và các tranh chấp về hợp đồng tín dụng, bảo vệ quyền lợi của chủ nợ.

Biện pháp bảo đảm bằng tài sản của bên thứ ba

BLDS năm 2015 chưa quy định rõ về chủ thể là bên thứ ba tham gia với tư cách là bên bảo đảm bằng tài sản. Vậy, nếu bên thứ ba tham gia các giao dịch bảo đảm thì các giao dịch này có bị vô hiệu không? Về nguyên tắc chủ thể bảo đảm bằng tài sản có thể là bất kỳ tổ chức, cá nhân nếu có tài sản thỏa mãn các điều kiện đối với TSBĐ. Nếu BLDS không quy định cụ thể vấn đề này sẽ tác động tới (hạn chế) việc xác lập các giao dịch trong nền kinh tế, ảnh hưởng tới quyền lợi của chủ nợ và con nợ. Các nghĩa vụ nếu được bảo đảm bởi bên thứ 3 bằng tài sản thì sẽ hạn chế được rủi ro cho chủ nợ khi con nợ vi phạm nghĩa vụ thanh toán thông qua cơ chế xử lý TSBĐ. Do đó, cần sửa đổi BLDS năm 2015 theo hướng bổ sung quy định để phân biệt: i) cầm cố, thế chấp bằng tài sản của bên có nghĩa vụ và cầm cố, thế chấp bằng tài sản của bên thứ ba và ii) cầm cố, thế chấp để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.

4 Điều 306 BLDS 2015 chỉ thừa nhận giá TSBĐ theo thỏa thuận hoặc theo định giá của tổ chức định giá đã loại trừ trường hợp tự xác định giá theo giá thị trường. Đối với các tài sản đã có thị trường giao dịch được công nhận như chứng khoán thì việc đòi hỏi phải được định giá lại gây ra tổn kém cho các bên. Vì vậy, Điều 306 BLDS 2015 cũng cần được hướng dẫn và giải thích theo hướng đối với tài sản đã có thị trường giao dịch được công nhận thì không cần phải định giá mà xác định theo giá thị trường tại thời điểm định xử lý sản bảo đảm. Xem: PGS. TS. Lê Thị Thu Thủy, Bảo đảm sự thuận lợi, công bằng và hợp lý trong việc tự xử lý TSBĐ khi vi phạm nghĩa vụ trả nợ theo các hợp đồng tín dụng, Tạp chí Khoa học Luật học, Đại học Quốc gia Hà Nội, số 2, 15/06/2016.

Định giá TSBĐ

Khoản 2 Điều 306 BLDS năm 2015 quy định, “việc định giá TSBĐ phải bảo đảm khách quan, phù hợp với giá thị trường”. Quy định này nhằm bảo đảm quyền lợi của bên nhận bảo đảm khi xử lý TSBĐ. Đặc biệt, quy định này cũng nhằm bảo vệ quyền lợi của bên bảo đảm trong trường hợp bên nhận bảo đảm tự xử lý TSBĐ bằng việc bán tài sản. Tuy nhiên, theo quy định của khoản 1 Điều 306 BLDS năm 2015, “bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm có quyền thỏa thuận về giá của TSBĐ”. Câu hỏi được đặt ra là: hai bên có thể thỏa thuận giá của TSBĐ thấp hơn so với giá thị trường không? Quy định của khoản 3, Điều 306 về chế tài bồi thường thiệt hại áp dụng cho hành vi vi phạm của tổ chức định giá trong quá trình định giá tài sản, có thể hiểu rằng, yêu cầu định giá phù hợp với giá thị trường chỉ áp dụng cho việc định giá thông qua tổ chức định giá. Điều này là hoàn toàn hợp lý nhằm tôn trọng sự thỏa thuận của các bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm. Bên nhận bảo đảm phải bồi thường thiệt hại nếu bên bảo đảm chứng minh được việc xác định giá TSBĐ không theo ý chí của bên bảo đảm. Điều này cũng phù hợp với tinh thần của điểm c khoản 3 Điều 104 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2012. Tòa án chỉ can thiệp định giá tài sản trong trường hợp “các bên thỏa thuận với nhau hoặc với tổ chức thẩm định giá tài sản theo mức giá thấp hơn so với giá thị trường nơi có tài sản định giá tại thời điểm định giá nhằm trốn tránh nghĩa vụ với Nhà nước hoặc người thứ ba hoặc có căn cứ cho thấy tổ chức thẩm định giá tài sản đã vi phạm pháp luật khi thẩm định giá”.

Vì vậy, cần sửa đổi khoản 2 Điều 306 BLDS năm 2015 theo hướng, “việc định giá TSBĐ phải bảo đảm khách quan, phù hợp với giá thị trường” không áp dụng đối với

trường hợp các bên đạt được sự thỏa thuận về giá của TSBĐ khi xử lý.

2. Một số vấn đề cụ thể về các giao dịch bảo đảm cầm cố, thế chấp, bảo lãnh***Thế chấp tài sản hình thành trong tương lai***

Điều 318 BLDS năm 2015 không quy định về tài sản thế chấp là tài sản được hình thành trong tương lai, trong khi đó Điều 295 của Bộ luật này lại cho phép TSBĐ có thể là tài sản hình thành trong tương lai. Sự không nhất quán này dẫn đến việc khó áp dụng các quy định trên trong thực tế. Về nguyên tắc, tài sản thế chấp có thể là tài sản hình thành trong tương lai nếu bên nhận bảo đảm chấp thuận để bảo vệ quyền lợi của chính bên nhận bảo đảm. Đặc biệt, rất nhiều trường hợp trong thực tế xảy ra gắn với việc dùng tài sản hình thành từ vốn vay để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ trả nợ theo hợp đồng tín dụng, theo đó đảm bảo luân chuyển nguồn vốn từ nơi thừa vốn đến nơi thiếu vốn, đáp ứng nhu cầu vốn của các tổ chức, cá nhân trong nền kinh tế. Pháp luật của nhiều quốc gia cho phép tài sản hình thành trong tương lai được đưa ra để thế chấp, ví dụ BLDS năm 1995, sửa đổi, bổ sung năm 2015, Luật Cầm cố Bất động sản năm 1998, sửa đổi, bổ sung năm 2004 của Liên bang Nga, Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ (UCC), BLDS Pháp...

Để đảm bảo tính thống nhất với Điều 295 và đồng thời đáp ứng nhu cầu thực tiễn về loại giao dịch bảo đảm này, cần sửa đổi Điều 318 BLDS năm 2015 theo hướng, bổ sung thêm loại tài sản thế chấp hình thành trong tương lai.

Nghĩa vụ bồi thường thiệt hại của người thứ ba giữ tài sản thế chấp

Điểm a khoản 2 Điều 324 BLDS năm 2015 quy định: “Nếu người thứ ba giữ tài

sản thế chấp... làm mất tài sản thế chấp, làm mất giá trị hoặc giảm sút giá trị của tài sản thế chấp thì phải bồi thường”. Quy định này dẫn đến có nhiều cách hiểu khác nhau. Vì vậy, cần phải có văn bản hướng dẫn thi hành điều luật này nhằm bảo đảm tính khả thi của điều luật trên thực tế.

Biện pháp bảo lãnh

Khoản 2 Điều 335 BLDS năm 2015 quy định về sự kiện bảo lãnh: bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Điều này khó xác định và không khả thi trong thực tế bởi lẽ việc chứng minh “không có khả năng thực hiện nghĩa vụ” hoàn toàn không đơn giản. Bên có nghĩa vụ thường từ chối cung cấp các thông tin liên quan đến khả năng tài chính của mình, vì vậy bên bảo lãnh khó có thể chứng minh được tình trạng trên của bên có nghĩa vụ. Do đó, cần loại bỏ quy định này.

Biện pháp cầm cố

Khoản 2 Điều 310 BLDS năm 2015 quy định, cầm cố bất động sản có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký. Vậy, cầm cố bất động sản khác gì so với cầm cố động sản? Vấn đề này chưa được làm rõ trong BLDS năm 2015. Vì vậy, trên thực tế việc cầm cố được thực hiện chủ yếu đối với động sản.

Pháp luật hiện hành của Liên bang Nga về cầm cố bất động sản (BLDS năm 1995, Luật Cầm cố 1992, Luật Cầm cố bất động sản năm 1998 và Luật sửa đổi, bổ sung Luật này ngày 30/12/2004) quy định, đây là loại cầm cố không chuyển giao tài sản, bởi lẽ bất động sản là những tài sản không di dời được, không thể chuyển từ tay người này sang tay người khác được. Trong trường

hợp này, người cầm cố vẫn có thể sử dụng tài sản cầm cố cho mục đích của mình, còn người nhận cầm cố có quyền kiểm tra, giám sát việc sử dụng này để tránh tình trạng tài sản cầm cố bị phá huỷ và "bị triệt tiêu". Hợp đồng cầm cố bất động sản không bắt buộc phải công chứng, trừ trường hợp các bên trong hợp đồng có thoả thuận khác. Theo hợp đồng cầm cố đất, tài sản cầm cố không chỉ là đất đai mà còn bao gồm cả các tài sản đang có và sẽ có trên mảnh đất đó. Điều này khẳng định, đất và tài sản trên đất là một khối thống nhất, không tách rời nhau, do vậy nó cần phải được định giá khi cầm cố. Ngoài ra, bất động sản đang trong tình trạng bị cho thuê cũng có thể được đưa ra để cầm cố⁵.

Như vậy, ở Liên bang Nga, cầm cố tài sản có thể gắn với chuyển giao (nếu là động sản) hoặc không chuyển giao tài sản (nếu là bất động sản). Từ đó sẽ có các cơ chế khác biệt đối với sử dụng và xử lý tài sản cầm cố là bất động sản như bên cầm cố bất động sản vẫn có thể sử dụng bất động sản cầm cố, việc xử lý tài sản này yêu cầu bên cầm cố phải giao bất động sản cho bên nhận cầm cố để xử lý...

Theo chúng tôi, đối với khoản 2 Điều 310, cần thu gọn lại nội dung này và có giải trình rõ hơn.

Ngoài ra, BLDS Việt Nam không cho phép bên nhận cầm cố sử dụng tài sản cầm cố để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ khác (Khoản 2 Điều 313). Tuy nhiên nếu được sự đồng ý của bên cầm cố thì việc cầm cố lại cũng cần được cho phép để đảm bảo sự thỏa thuận của các bên và tạo điều kiện để xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự, thương mại trong nền kinh tế. BLDS của Nhật Bản

5 PGS. TS. Lê Thị Thu Thủy, Pháp luật về các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của các tổ chức tín dụng ở Việt Nam và một số nước trên thế giới, Sách chuyên khảo, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2016, tr. 163.

(Điều 348, 360) cũng có ghi nhận việc cầm cố lại, theo đó người nhận cầm cố có quyền cầm cố lại, nghĩa là dùng tài sản cầm cố đã nhận để bảo đảm một nghĩa vụ khác như tài sản thuộc sở hữu của mình với điều kiện là thời hạn cầm cố lại không được dài hơn thời hạn cầm cố lần đầu tiên⁶.

Về xử lý tài sản cầm cố: Điều 314 Khoản 2 quy định quyền của bên nhận cầm cố xử lý theo phương thức đã thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật. Vậy nếu giá trị của tài sản cầm cố nhỏ hơn so với giá trị nghĩa vụ được bảo đảm thì phần giá trị nghĩa vụ chưa thanh toán sẽ xử lý như thế nào? Về vấn đề này, Điều 305 quy định phần giá trị nghĩa vụ chưa thanh toán trở thành nghĩa vụ không có bảo đảm (đối với phương thức gán nợ). Còn đối với các phương thức xử lý TSBĐ khác pháp luật chưa có quy định cụ thể và bên nhận bảo đảm thường phải tiếp tục đòi nợ theo thủ tục chung, không

có đặc quyền gì khác. Về vấn đề này có thể tham khảo kinh nghiệm pháp luật của Liên bang Nga: nếu như pháp luật không quy định hoặc các bên không thỏa thuận khác thì trong trường hợp số tiền thu hồi được từ việc xử lý TSBĐ không đủ để thực hiện nghĩa vụ trả nợ thì bên nhận bảo đảm có quyền xiết nợ từ tài sản khác của bên bảo đảm (Khoản 3 Điều 334 BLDS của Nga). Ngoài ra, nếu tài sản cầm cố không thuộc sở hữu của bên cầm cố và bên nhận cầm cố không biết về tình trạng này của tài sản cầm cố thì chủ sở hữu đích thực của tài sản cầm cố sẽ chịu trách nhiệm thay cho bên cầm cố (nếu pháp luật hoặc các bên trong hợp đồng cầm cố không có thỏa thuận khác)⁷. Trong trường hợp này, chủ sở hữu phải chịu trách nhiệm về việc giao tài sản cho ngân hàng để xử lý nếu đến hạn bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc không thực hiện đầy đủ nghĩa vụ trả nợ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. John G H Stumbles (2011), The impact of the personal property securities act on assignment of accounts, Melbourne University Law Review, Vol. 37
2. Anthony Duggan, Dropped HS and the PPSA: Lessons from the Fairbanx case, UNSW Law Journal, Volume 34(2)
3. Donald B. King, Calvin A. Kuenzel, Bradford Stone, W.H. Knight, Jr. (1997), Commercial transactions under the Uniform Commercial Code and other laws, New York [etc.]: Mathew Bender, Cop.
4. Dan Prentice, Arad Reisberg (2011), Corporate finance law in the UK and EU, Oxford University Press.
5. Kenneth W. Clarkson, Roger LeRoy Miller and Frank B. Cross (2011), Business Law Text and Cases – Legal, Ethical, Global, and Corporate Environment twelfth edition, Cengage Learning
6. Tài liệu Hội thảo: “Quyền xử lý TSBĐ của các tổ chức tín dụng” do Ngân hàng Nhà nước Việt Nam tổ chức ngày 06/12/2016.
7. PGS.TS. Lê Thị Thu Thủy (2016), *Bảo đảm sự thuận lợi, công bằng và hợp lý trong việc tự xử lý TSBĐ khi vi phạm nghĩa vụ trả nợ theo các hợp đồng tín dụng*, Tạp chí Khoa học Luật học, Đại học Quốc gia Hà Nội số 2, tháng 06/2016.
8. PGS.TS. Lê Thị Thu Thủy (2016), *Pháp luật về các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng ở Việt Nam và một số nước trên thế giới*, NXB. Đại học Quốc gia Hà Nội.

6 PGS. TS. Lê Thị Thu Thủy, Pháp luật về các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của các tổ chức tín dụng ở Việt Nam và một số nước trên thế giới, Sdd, tr. 165.

7 Khoản 2 Điều 335 BLDS Liên bang Nga năm 1994, sửa đổi, bổ sung năm 2015.

QUYỀN MIỄN TRỪ ĐỐI VỚI CÁC BIỆN PHÁP CƯỜNG CHẾ BẢO ĐẢM THI HÀNH PHÁN QUYẾT CỦA TÒA ÁN

Nguyễn Văn Nghĩa*

* Tổng cục THA dân sự, Bộ Tư pháp, NCS. Luật học, Trường Đại học Passau, CHLB Đức.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: quyền miễn trừ, biện pháp cưỡng chế thi hành án, thi hành phán quyết của Tòa án.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/04/2018

Biên tập : 10/07/2018

Duyệt bài : 17/07/2018

Article Infomation:

Keywords: immunity right, enforcement measures, enforcement of court judgements.

Article History:

Received : 09 Apr. 2018

Edited : 10 Jul. 2018

Approved : 17 Jul. 2018

Tóm tắt:

Quy định của pháp luật Việt Nam về quyền miễn trừ đối với các biện pháp cưỡng chế bảo đảm thi hành phán quyết của Tòa án còn nhiều hạn chế. Vì vậy, cần phải nghiên cứu tổng thể quy định của pháp luật Việt Nam cũng như các quy định của pháp luật quốc tế có liên quan để đề xuất giải pháp hoàn thiện.

Abstract

Vietnam's legal provisions on the immunity from the enforcement measures to ensure the enforcement of court judgments do appear shortcomings. Therefore, it is necessary to thoroughly review, study the concerned provisions of Vietnamese law as well as the relevant international ones for further improvements.

1. Quy định của pháp luật Việt Nam liên quan đến quyền miễn trừ đối với các biện pháp cưỡng chế bảo đảm thi hành án (THA), trước hết phải đề cập đến Pháp lệnh về Quyền ưu đãi, miễn trừ dành cho cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự và cơ quan đại diện của tổ chức quốc tế tại Việt Nam năm 1993 (Pháp lệnh năm 1993). Theo quy định của Điều 1 và khoản 1 Điều 17 Pháp lệnh năm 1993, đối tượng được hưởng

quyền ưu đãi, miễn trừ bao gồm cơ quan đại diện ngoại giao, cơ quan lãnh sự nước ngoài, cơ quan đại diện của tổ chức quốc tế tại Việt Nam và thành viên của những cơ quan đó, cũng như thành viên gia đình họ. Mục đích của những quyền ưu đãi, miễn trừ này nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho các cơ quan và thành viên của các cơ quan nói trên thực hiện có hiệu quả chức năng, nhiệm vụ chính thức với tư cách đại diện tại Việt Nam.

Các quyền miễn trừ cơ bản liên quan đến các biện pháp cưỡng chế bảo đảm thi hành phán quyết của Tòa án áp dụng đối với các chủ thể, đối tượng trong lĩnh vực ngoại giao, bao gồm:

Một là, quyền miễn trừ áp dụng biện pháp bảo đảm THA đối với trụ sở của cơ quan đại diện ngoại giao và tài sản trong trụ sở, kể cả phương tiện giao thông của cơ quan. Điểm b khoản 1 Điều 4 Pháp lệnh năm 1993 quy định, trụ sở của cơ quan đại diện ngoại giao là những toà nhà hoặc các bộ phận của toà nhà và những phần đất trực thuộc được sử dụng vào mục đích chính thức của cơ quan, kể cả nhà ở của người đứng đầu cơ quan. Trụ sở của cơ quan đại diện ngoại giao là bất khả xâm phạm. Nhà chức trách Việt Nam chỉ được phép vào cơ quan đại diện ngoại giao khi có sự đồng ý của người đứng đầu cơ quan hoặc người được uỷ quyền¹. Trụ sở của cơ quan đại diện ngoại giao và tài sản trong trụ sở, kể cả phương tiện giao thông của cơ quan không thể bị khám xét, trưng dụng, tịch thu hoặc áp dụng biện pháp bảo đảm THA². Như vậy, theo quy định này, chấp hành viên cơ quan THA dân sự (THADS) sẽ không được quyền áp dụng các biện pháp bảo đảm THA, bao gồm biện pháp phong tỏa tài khoản; tạm giữ tài sản, giấy tờ; tạm dừng việc đăng ký, chuyển dịch, thay đổi hiện trạng về tài sản³ đối với trụ sở của cơ quan đại diện ngoại giao và tài sản trong trụ sở, kể cả phương tiện giao thông của cơ quan đại diện ngoại giao.

Hai là, viên chức ngoại giao được

hưởng quyền miễn trừ đối với các biện pháp THA, trừ trường hợp họ tham gia với tư cách cá nhân vào các tranh chấp liên quan đến bất động sản có trên lãnh thổ Việt Nam; việc thừa kế; hoạt động thương mại hoặc nghề nghiệp mà viên chức ngoại giao tiến hành tại Việt Nam ngoài phạm vi chức năng chính thức của họ. Trong trường hợp phải áp dụng biện pháp THA thì việc đó phải được tiến hành trên cơ sở tôn trọng quyền bất khả xâm phạm về thân thể và nơi ở của viên chức ngoại giao.

Pháp lệnh năm 1993 không đề cập đến các biện pháp THA bao gồm các biện pháp nào, Luật THADS sửa đổi, bổ sung năm 2014 cũng không dùng khái niệm biện pháp THA một cách chung chung như các văn bản pháp luật THADS trước đây. Tuy nhiên, ở đây, các biện pháp THA có thể được hiểu là toàn bộ các trình tự, thủ tục THADS theo quy định của pháp luật về THADS. Mặc dù vậy, trong quá trình áp dụng các biện pháp THA đối với các viên chức ngoại giao cũng phải đặc biệt lưu ý tôn trọng quyền bất khả xâm phạm về thân thể và nơi ở của họ theo quy định của Hiến pháp, Bộ luật Dân sự (BLDS), Luật Cư trú, các quy định khác của pháp luật Việt Nam và các văn bản pháp luật quốc tế có liên quan.

Ba là, việc từ bỏ quyền miễn trừ xét xử về dân sự hoặc xử phạt hành chính đối với các viên chức ngoại giao và những người được quy định tại Điều 17⁴ của Pháp lệnh năm 1993 không bao gồm việc từ bỏ quyền miễn trừ đối với biện pháp THA và quyết

1 Khoản 2 Điều 5 Pháp lệnh về Quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao năm 1993.

2 Khoản 3 Điều 5 Pháp lệnh về Quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao năm 1993.

3 Khoản 3 Điều 66 Luật THADS sửa đổi, bổ sung năm 2014.

4 Điều 17. “1- Thành viên gia đình của viên chức ngoại giao không phải là công dân Việt Nam được hưởng những quyền ưu đãi, miễn trừ quy định tại các điều từ 10 đến 16 của Pháp lệnh này.

2. Nhân viên hành chính kỹ thuật và thành viên gia đình họ không phải là công dân Việt Nam hoặc không phải là người thường trú tại Việt Nam được hưởng những quyền ưu đãi, miễn trừ quy định tại các điều từ 10 đến 15 của Pháp lệnh này; riêng quy định tại khoản 1 Điều 12 chỉ được áp dụng khi họ thực hiện chức năng chính thức. Họ còn được hưởng những ưu đãi, miễn trừ quy định tại khoản 1 Điều 16 của Pháp lệnh này đối với những đồ vật nhập khẩu để bố trí nơi ở lần đầu của họ.

3. Nhân viên phục vụ không phải là công dân Việt Nam hoặc không phải là người thường trú tại Việt Nam được hưởng những quyền miễn trừ khi thực hiện chức năng của họ và được miễn thuế và lệ phí đối với tiền lương của họ.

định xử phạt hành chính. Việc từ bỏ quyền miễn trừ đối với biện pháp THA và quyết định xử phạt hành chính cần được thể hiện rõ ràng và riêng biệt⁵.

Theo quy định của Pháp lệnh năm 1993, cần phân biệt quyền miễn trừ xét xử về dân sự hoặc xử phạt hành chính với quyền miễn trừ đối với biện pháp THA. Theo đó, việc từ bỏ quyền miễn trừ xét xử về dân sự không đồng nghĩa với việc từ bỏ quyền miễn trừ đối với các biện pháp THA. Việc từ bỏ quyền miễn trừ đối với biện pháp THA cần được thể hiện rõ ràng và riêng biệt. Tuy nhiên, pháp luật THADS cũng như các văn bản pháp luật khác có liên quan lại không quy định cụ thể về việc từ bỏ quyền miễn trừ đối với các biện pháp THA. Ví dụ, các văn bản này không quy định về hình thức, nội dung, thẩm quyền, thời hạn, hậu quả pháp lý, v.v.. của việc từ bỏ quyền miễn trừ đối với biện pháp THA.

Bốn là, việc từ bỏ quyền miễn trừ đối với biện pháp THA đối với viên chức và nhân viên lãnh sự. Khoản 3 Điều 30 Pháp lệnh năm 1993 quy định việc từ bỏ quyền miễn trừ xét xử về dân sự và xử phạt hành chính đối với viên chức và nhân viên lãnh sự quy định tại Điều 28 của Pháp lệnh này không bao gồm việc từ bỏ quyền miễn trừ đối với biện pháp THA và quyết định xử phạt hành chính. Việc từ bỏ quyền miễn trừ đối với biện pháp THA và quyết định xử phạt hành chính cần được thể hiện rõ ràng và riêng biệt.

Về nội dung liên quan đến quyền miễn trừ xét xử về dân sự và quyền miễn trừ đối với các biện pháp THA, Điều 28 Pháp lệnh năm 1993 quy định, viên chức lãnh sự và nhân viên lãnh sự khi thực hiện chức năng của mình được hưởng quyền miễn trừ xét xử về dân sự và xử phạt hành chính, trừ trường

hợp liên quan đến vụ kiện dân sự về một hợp đồng do viên chức lãnh sự hoặc nhân viên lãnh sự ký kết không với tư cách là người được nước cử lãnh sự uỷ quyền; hoặc về tai nạn giao thông xảy ra tại Việt Nam mà bên thứ ba đòi bồi thường thiệt hại.

Những phân tích nêu trên cho thấy, phạm vi đối tượng được quyền miễn trừ đối với các biện pháp THA chỉ được giới hạn trong phạm vi hẹp thuộc lĩnh vực ngoại giao. Tuy nhiên, giữa quy định của Pháp lệnh năm 1993 và các quy định của pháp luật THADS chưa bảo đảm tính thống nhất và đồng bộ. Một trong những nguyên nhân dẫn đến sự thiếu thống nhất này là do Pháp lệnh năm 1993 chậm được sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với tình hình thực tiễn.

2. Quy định của pháp luật tố tụng dân sự (TTDS) Việt Nam về quyền miễn trừ đối với các biện pháp THA chưa được quy định đầy đủ và chưa bảo đảm tính ổn định.

Trước đây, Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án dân sự năm 1989 (Pháp lệnh năm 1989)⁶ quy định: “Vụ án dân sự có liên quan đến Nhà nước nước ngoài hoặc người được hưởng quy chế ngoại giao được giải quyết bằng con đường ngoại giao, trừ trường hợp Nhà nước nước ngoài hoặc người được hưởng quy chế ngoại giao đồng ý tham gia tố tụng tại tòa án Việt Nam”⁷. Điều 86 Pháp lệnh này về thi hành những quy định về TTDS trong những điều ước quốc tế về tương trợ tư pháp và pháp lý quy định: “Đối với những việc có liên quan đến công dân, pháp nhân các nước mà Cộng hoà XHCN Việt Nam đã ký kết điều ước quốc tế về tư pháp và pháp lý thì TTDS được tiến hành theo quy định của những điều ước đó”. Như vậy, mặc dù Pháp lệnh năm 1989 quy định về quyền miễn trừ của Nhà nước nước ngoài trong TTDS quốc tế, nhưng không đề cập

4. Người phục vụ riêng không phải là công dân Việt Nam hoặc không phải là người thường trú tại Việt Nam được miễn thuế và lệ phí đối với tiền công của họ.”

5. Khoản 3 Điều 13 Pháp lệnh về Quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao năm 1993.

6. Đã hết hiệu lực thi hành.

7. Điều 84.

đến nội dung của quyền miễn trừ đối với các biện pháp THA. Kể từ ngày 01/01/2005, khi Bộ luật TTDS năm 2004 (Bộ luật TTDS) có hiệu lực pháp luật cho đến trước năm 2015, không còn văn bản nào thừa nhận quyền miễn trừ tư pháp của Nhà nước nước ngoài ở Việt Nam.

Để khắc phục những hạn chế nêu trên, Bộ luật TTDS năm 2015 đã bổ sung nhiều điều khoản liên quan đến quyền ưu đãi, miễn trừ của cơ quan, tổ chức nước ngoài và tổ chức quốc tế, cơ quan đại diện của tổ chức quốc tế tại Việt Nam, Nhà nước nước ngoài. Khoản 3, 4 Điều 2 Bộ luật TTDS năm 2015 quy định: “3. Bộ luật TTDS được áp dụng đối với việc giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài; trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên có quy định khác thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó. 4. Cơ quan, tổ chức, cá nhân nước ngoài thuộc đối tượng được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao hoặc quyền ưu đãi, miễn trừ lãnh sự theo pháp luật Việt Nam, theo điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên thì vụ việc dân sự có liên quan đến cơ quan, tổ chức, cá nhân đó được giải quyết bằng con đường ngoại giao”.

Ngoài ra, khoản 2 Điều 467 Bộ luật này cũng quy định: “2. Năng lực pháp luật TTDS của tổ chức quốc tế, cơ quan đại diện của tổ chức quốc tế được xác định trên cơ sở điều ước quốc tế là căn cứ để thành lập tổ chức đó, quy chế hoạt động của tổ chức quốc tế hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên. Trường hợp tổ chức quốc tế tuyên bố từ bỏ quyền ưu đãi, quyền miễn trừ thì năng lực pháp luật TTDS của tổ chức quốc tế đó được xác định theo pháp luật Việt Nam”.

Đặc biệt, điểm đ khoản 1 Điều 472 Bộ luật TTDS năm 2015 quy định, nếu bị

đơn được hưởng quyền miễn trừ tư pháp thì Tòa án Việt Nam phải trả lại đơn khởi kiện, đơn yêu cầu hoặc đình chỉ giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài mặc dù vụ việc dân sự thuộc thẩm quyền chung của Tòa án Việt Nam.

Có thể nói rằng, Bộ luật TTDS năm 2015 cũng mới chỉ dừng lại ở việc quy định có tính nguyên tắc về quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao hoặc quyền ưu đãi, miễn trừ lãnh sự đối với các đối tượng được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao và trách nhiệm của Tòa án trong việc trả lại đơn khởi kiện, đơn yêu cầu hoặc đình chỉ giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài nếu bị đơn được hưởng quyền miễn trừ tư pháp.

Hiện nay, thuật ngữ “tư pháp” hoặc “quyền miễn trừ tư pháp” là những khái niệm đang có những cách hiểu khác nhau⁸. Tuy nhiên, có thể hiểu, quyền miễn trừ tư pháp bao gồm ba nội dung sau: miễn trừ tài phán tại bất cứ Tòa án quốc gia nào (còn gọi là quyền miễn trừ xét xử, *Immunity From Jurisdiction*); miễn trừ đối với các biện pháp cưỡng chế nhằm đảm bảo đơn kiện, nếu quốc gia đồng ý cho tổ chức, cá nhân nước ngoài kiện mình, tức là đồng ý cho Tòa án nước ngoài xét xử vụ kiện mà quốc gia là bị đơn; miễn trừ đối với các biện pháp cưỡng chế nhằm đảm bảo thi hành quyết định của Tòa án trong trường hợp quốc gia đồng ý cho các tổ chức, cá nhân nước ngoài khởi kiện cũng như đồng ý cho Tòa án xét xử vụ kiện đó⁹. Như vậy, nội hàm khái niệm “quyền miễn trừ tư pháp” không chỉ liên quan đến chức năng, nhiệm vụ của Tòa án mà còn liên quan trực tiếp đến chức năng, nhiệm vụ của cơ quan THADS. Trong khi đó, điểm đ khoản 1 Điều 472 Bộ luật TTDS năm 2015 lại mới chỉ đề cập đến nhiệm vụ của Tòa án mà chưa quy định về nhiệm vụ của cơ quan THADS.

8. Bành Quốc Tuấn, Những cơ sở đề xuất ban hành Luật về Quyền miễn trừ trong lĩnh vực tư pháp của quốc gia nước ngoài tại Việt Nam, Tạp chí Phát triển Khoa học và Công nghệ, Tập 17, Số 4. 2014, tr. 113-114 và Nguyễn Thị Thu Thủy, Quyền miễn trừ tư pháp của quốc gia trong Tư pháp quốc tế, Luận văn ThS, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2012.

9. Bành Quốc Tuấn, tldd, tr. 114-115.

3. Quy định của BLDS năm 2015 về quyền miễn trừ đối với các biện pháp cưỡng chế bảo đảm thi hành phán quyết của Tòa án.

Để bảo đảm bao quát, dự báo được sự đa dạng của pháp nhân trong giao lưu dân sự, BLDS năm 2015 đã quy định ba loại pháp nhân cơ bản là: (i) pháp nhân thương mại (pháp nhân hoạt động vì mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận), được quy định tại Điều 75; (ii) pháp nhân phi thương mại (pháp nhân hoạt động không vì mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận và nếu có lợi nhuận thì cũng không được phân chia cho các thành viên), được quy định tại Điều 76; (iii) pháp nhân công (bao gồm các cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân, tổ chức sự nghiệp công lập, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội)¹⁰. Trong đó, pháp nhân công bình đẳng với cá nhân, pháp nhân khác khi tham gia các quan hệ dân sự; pháp nhân công chiêm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản công được Nhà nước giao phải đúng mục đích, hiệu quả, theo đúng quy định của pháp luật; Nhà nước không chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ dân sự của pháp nhân công, trừ trường hợp luật có quy định khác.

Cụ thể, Điều 99 BLDS năm 2015 quy định trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự như sau: “1. Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương chịu trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của mình bằng tài sản mà mình là đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý, trừ trường hợp tài sản đã được chuyển giao cho pháp nhân theo quy định tại khoản 2 Điều này. 2. Pháp nhân do Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương thành lập không chịu trách nhiệm về nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ dân sự của Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương. 3. Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở

địa phương không chịu trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của pháp nhân do mình thành lập, bao gồm cả doanh nghiệp nhà nước, trừ trường hợp Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương bảo lãnh cho nghĩa vụ dân sự của pháp nhân này theo quy định của pháp luật.

4. Cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương không chịu trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước khác ở trung ương, ở địa phương, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác”.

Trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương trong quan hệ dân sự với một bên là Nhà nước, pháp nhân, cá nhân nước ngoài được quy định như sau: “1. Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương chịu trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự do mình xác lập với nhà nước, pháp nhân, cá nhân nước ngoài trong trường hợp sau đây: a) Điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên có quy định về việc từ bỏ quyền miễn trừ; b) Các bên trong quan hệ dân sự có thỏa thuận từ bỏ quyền miễn trừ; c) Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương từ bỏ quyền miễn trừ. 2. Trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của Nhà nước, cơ quan nhà nước của nước ngoài khi tham gia quan hệ dân sự với Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương, pháp nhân, cá nhân Việt Nam được áp dụng tương tự khoản 1 Điều này”¹¹.

Có thể nói rằng, quy định của Chương V, BLDS năm 2015 là những nội dung hoàn toàn mới, tiến bộ đề cập đến trách nhiệm của Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương khi tham gia các quan hệ dân sự với một bên

10 Chính phủ, Tờ trình số 287/TT-CP ngày 15/08/2014 về Dự án BLDS (sửa đổi).

11 Điều 100 BLDS năm 2015.

là Nhà nước, pháp nhân, cá nhân nước ngoài cũng như trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của Nhà nước, cơ quan nhà nước của nước ngoài khi tham gia quan hệ dân sự với Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương, pháp nhân, cá nhân Việt Nam.

BLDS năm 2015 không quy định cụ thể về nội dung quyền miễn trừ bao gồm những quyền gì và được thực hiện trong những trường hợp nào mà chỉ dẫn chiếu đến các điều ước quốc tế hoặc đề nghị cho sự thỏa thuận giữa các bên khi thực hiện các giao dịch dân sự. Điều này có thể được hiểu là quyền miễn trừ đối với các biện pháp cưỡng chế bảo đảm thi hành phán quyết của Tòa án sẽ được áp dụng theo các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên hoặc tùy theo sự thỏa thuận giữa các bên Việt Nam và các bên nước ngoài có liên quan trong từng quan hệ dân sự cụ thể.

Mặc dù vậy, BLDS năm 2015 đã quy định những vấn đề có tính nguyên tắc về trách nhiệm của Nhà nước đối với pháp nhân do mình thành lập. Cụ thể, khoản 3 Điều 99 BLDS năm 2015 quy định: “Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương không chịu trách nhiệm về nghĩa vụ dân sự của pháp nhân do mình thành lập, bao gồm cả doanh nghiệp nhà nước, trừ trường hợp Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước ở trung ương, ở địa phương bảo lãnh cho nghĩa vụ dân sự của pháp nhân này theo quy định của pháp luật”. Có thể nói, quy định này là một giải pháp dự phòng để giải quyết các trường hợp tranh chấp và THADS có thể sẽ xảy ra tương tự trong tương lai. Quy định mới được bổ sung này có thể được rút ra từ bài học kinh nghiệm trong vụ tàu Cần Giờ

bị phía Tanzania bắt giữ năm 2003 và các vụ tranh chấp về tư pháp quốc tế khác trên thế giới. Tóm tắt nội dung vụ việc tàu Cần Giờ như sau: “Năm 1999, một doanh nghiệp có tên là Mohamed Enterprises của Tanzania ký hợp đồng và thanh toán trước toàn bộ số tiền khoảng 1,4 triệu USD để mua 6.000 tấn gạo của Công ty Thanh Hòa ở Tiền Giang. Sau đó, Công ty Thanh Hòa đã thuê một tàu chở gạo để thực hiện hợp đồng trên. Nhưng con tàu mà Công ty Thanh Hòa thuê lại là một con tàu “ma”, trên đường chở gạo đã trồn bật tằm. Không nhận được gạo, Công ty Mohamed Enterprises đã khởi kiện đối tác của Việt Nam... Sự việc cứ kéo dài không được xử lý dứt điểm. Bốn năm sau (2003), tàu Sài Gòn của Công ty SEA Saigon cập cảng Tanzania đã bị bắt giữ làm con tin nhằm tạo áp lực buộc phía Việt Nam thanh toán số nợ năm 1999. Ngày 22/7/2005, Tòa án Tanzania tuyên phạt phía Việt Nam gần 2 triệu USD bao gồm tiền bồi thường thiệt hại từ hợp đồng gạo với Công ty Mohamed Enterprises và tiền lãi phát sinh. Phán quyết ghi rõ, Chính phủ Việt Nam là bị đơn thứ 12 của vụ án. Theo Tòa án, quyền miễn trừ tư pháp của quốc gia Việt Nam trong trường hợp này không tuyệt đối vì Chính phủ Việt Nam đã tham gia tích cực vào các giai đoạn của việc thực hiện hợp đồng. Vì vậy, Chính phủ Việt Nam không được hưởng quyền miễn trừ xét xử”¹². Vụ việc khác tương tự xảy ra vào tháng 7 năm 2011, cơ quan quản lý nợ của CHLB Đức đã tạm giữ chiếc Boeing 737 của Thái tử Vajiralongkorn tại sân bay Munich để buộc chính phủ Thái phải trả khoản nợ tương đương 57 triệu USD cho công ty Walter Bau¹³.

4. Quy định của Công ước Liên hiệp quốc về Miễn trừ tài phán và miễn trừ tài sản

12 Bành Quốc Tuấn, tldd, tr. 127-128 và Chú thích số 24: PGS. TS. Đỗ Văn Đại, PGS. TS. Mai Hồng Quý: Tư pháp quốc tế Việt Nam, Nxb. Đại học quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2006, tr.69 - tr.70; xem bản tiếng Anh vụ việc tàu Cần Giờ tại: <http://www.saffii.org/tz/cases/TZCA/2005/36.html>, trc. 26.3.2018.

13 Bành Quốc Tuấn, tldd, tr. 123.

của quốc gia năm 2004¹⁴. Công ước này do Đại hội đồng Liên hiệp quốc thông qua ngày 02/12/2004. Đây là Công ước quốc tế quy định về các vấn đề liên quan đến quyền miễn trừ trong lĩnh vực tư pháp của quốc gia. Đến nay, Công ước vẫn chưa có hiệu lực, mặc dù đã có 28 quốc gia ký kết và 21 nước phê chuẩn gia nhập¹⁵. Quyền miễn trừ của quốc gia trong lĩnh vực tư pháp được quy định tại Công ước này gồm quyền miễn trừ tư pháp và quyền miễn trừ đối với tài sản thuộc quan hệ sở hữu của quốc gia.

Quyền miễn trừ tư pháp gồm ba nội dung: miễn trừ tài phán tại bất cứ Tòa án quốc gia nào hay còn gọi là quyền miễn trừ xét xử (Điều 5 và Điều 6 Công ước); quyền miễn trừ đối với các biện pháp cưỡng chế nhằm đảm bảo đơn kiện, nếu quốc gia đồng ý cho tổ chức, cá nhân nước ngoài kiện mình, tức là đồng ý cho Tòa án nước ngoài xét xử vụ kiện mà quốc gia là bị đơn (Điều 18 Công ước); quyền miễn trừ đối với các biện pháp cưỡng chế nhằm đảm bảo thi hành phán quyết của Tòa án trong trường hợp quốc gia đồng ý cho các tổ chức, cá nhân nước ngoài khởi kiện cũng như đồng ý cho Tòa án xét xử vụ kiện đó (Điều 19 Công ước).

Theo đó, Điều 19 Công ước quy định: Không có biện pháp cưỡng chế THA nào được thực hiện sau khi có phán quyết của Tòa án như áp dụng biện pháp tịch thu, bắt giữ, THA đối với tài sản một quốc gia liên quan đến thủ tục tố tụng được thực hiện trước Tòa án của quốc gia khác, trừ khi và ngoại trừ các trường hợp sau đây:

a) Quốc gia đó đã thể hiện sự đồng ý thông qua: (1) Thỏa thuận quốc tế; (2) Thỏa thuận Trọng tài hoặc Hợp đồng bằng văn bản; hoặc (3) Bởi một tuyên bố trước Tòa án hoặc một thỏa thuận bằng văn bản sau khi phát sinh tranh chấp giữa các bên;

b) Quốc gia đó đã giao hoặc cung cấp tài sản để thỏa mãn yêu cầu thi hành phán quyết của Tòa án;

c) Có cơ sở khẳng định rằng tài sản rõ ràng được sử dụng hoặc có ý định sử dụng cho quốc gia hơn là những mục đích phi thương mại của Chính phủ và tài sản đó nằm trong lãnh thổ của quốc gia thành viên, miễn là những biện pháp cưỡng chế THA sau khi có phán quyết của Tòa án chỉ có thể được thực hiện để tịch thu tài sản có mối liên hệ với các chủ thể có liên quan đến vụ tranh chấp.

5. Từ những phân tích, so sánh các quy định của pháp luật TTDS, pháp luật dân sự, pháp luật THADS với các quy định về quyền miễn trừ trong lĩnh vực ngoại giao, lãnh sự cũng như trong tương quan so sánh với các quy định của pháp luật quốc tế về quyền miễn trừ đối với các biện pháp cưỡng chế THA bảo đảm thi hành phán quyết của Tòa án, có thể rút ra một số kết luận và kiến nghị sau đây:

Một là, quy định của Pháp lệnh năm 1993 có nhiều điểm không còn phù hợp, không thống nhất với các quy định tương ứng của pháp luật THADS và các quy định của pháp luật khác có liên quan. Do đó, cần nghiên cứu sửa đổi, bổ sung những quy định của Pháp lệnh này nhằm bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật.

Hai là, trước mắt cần rà soát, nghiên cứu, bổ sung vào trong các quy định của pháp luật TTDS, pháp luật THADS những quy định cụ thể về quyền miễn trừ đối với các biện pháp cưỡng chế bảo đảm thi hành phán quyết của Tòa án, nhằm bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan nhà nước Việt Nam ở trung ương, ở địa phương cũng như các doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp tư nhân, cá nhân khi tham gia vào

14 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property 2004, https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSO&tabid=2&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en, trc. 26.03.2018.

15 https://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSO&tabid=2&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en, ngày truy cập: 26.03.2018.

các giao dịch kinh tế, thương mại với Nhà nước nước ngoài, tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân nước ngoài.

Ba là, cần rà soát hệ thống pháp luật Việt Nam, đặc biệt là các quy định của pháp luật THADS có liên quan đến Công ước quốc tế về Quyền ưu đãi, miễn trừ đối với quyền tài phán và quyền miễn trừ tài sản quốc gia của Liên hiệp quốc năm 2004, đồng thời rà soát các Công ước quốc tế có liên quan mà Việt Nam là thành viên, nghiên cứu đề xuất cơ sở lý luận, thực tiễn để kiến nghị

Việt Nam sớm gia nhập Công ước này¹⁶, tạo hành lang pháp lý an toàn cho việc tham gia ngày càng sâu rộng của Việt Nam vào các quan hệ dân sự, kinh tế, thương mại với các đối tác nước ngoài, đặc biệt là bổ sung hành lang pháp lý quốc tế để thực hiện có hiệu quả quy định mới của BLDS năm 2015 và Bộ luật TTDS năm 2015 trong thời gian tới.

Bốn là, cần sớm nghiên cứu xây dựng Luật về Quyền miễn trừ trong lĩnh vực tư pháp của quốc gia nước ngoài tại Việt Nam¹⁷.

BẢO ĐẢM TÍNH ỔN ĐỊNH CỦA...

(Tiếp theo trang 13)

tạm thời, thường xuyên thay đổi, những nội dung về khía cạnh tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật chuyên sâu, các thủ tục hành chính để thực hiện quyền, nghĩa vụ của người dân..

Thứ hai, tập trung nâng cao tính dự báo các quy định của pháp luật. Muốn làm được điều này, cơ quan chủ trì soạn thảo, nhóm nghiên cứu, tham mưu, ban soạn thảo hoặc tổ Biên tập cần đầu tư nhiều hơn cho công tác nghiên cứu đối tượng điều chỉnh của văn bản, xác định rõ quy mô, nguyên nhân, các yếu tố tác động vào chính sách pháp luật mà văn bản được ban hành để giải quyết, nhận diện được quy luật chi phối sự vận động của vấn đề chính sách và xu hướng vận động của vấn đề chính sách. Nói cách khác, năng lực phân tích chính sách, đánh giá tác động đều cần được tăng cường.

Thứ ba, tăng cường công tác tham vấn ý kiến các đối tượng chịu sự tác động của văn bản (đặc biệt là những đối tượng có hành vi phải thay đổi do quy định mới của văn bản, các cán bộ có trách nhiệm tổ chức thực thi quy định mới của văn bản); dự báo

các phản ứng cần thiết, năng lực tiếp nhận quy định mới của văn bản. Bên cạnh đó, cần nâng cao và hoàn thiện kỹ năng, kỹ thuật tham vấn, lấy ý kiến của cơ quan, tổ chức, cá nhân.

Thứ tư, đề cao công tác rà soát VBQPPL trong quá trình xây dựng pháp luật. Chỉ ban hành quy định mới nếu các quy định hiện hành thực sự chưa có đủ cơ sở để giải quyết vấn đề chính sách mà Nhà nước đang cần giải quyết hoặc có thể giải quyết nhưng với hiệu quả thấp. Chỉ đặt vấn đề sửa đổi, bổ sung những quy định bất hợp lý khi có chứng minh rõ ràng về chi phí/lợi ích của việc sửa đổi, bổ sung theo hướng lợi ích của việc sửa đổi, bổ sung rõ ràng lớn hơn chi phí của việc sửa đổi, bổ sung.

Thứ năm, cần tăng cường công tác nghiên cứu kinh nghiệm quốc tế trong việc điều chỉnh pháp luật đối với những lĩnh vực mà Việt Nam chưa có nhiều kinh nghiệm để có thể chọn lọc được những kinh nghiệm tốt trong quá trình xây dựng pháp luật■

16 Bành Quốc Tuấn, tldd, tr. 130.

17 Bành Quốc Tuấn, tldd, tr. 126-130 và ThS. Lê Thị Nam Giang và nhóm nghiên cứu, Tìm hiểu quyền miễn trừ quốc gia trong quan hệ quốc tế, http://www.phapluatsohuutritue.vn/index.php?option=com_content&view=article&id=135:quyenmientruqg&catid=55&Itemid=178#_ftnref45, trc. 03.04.2018.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT ĐỂ NÂNG CAO VAI TRÒ, TRÁCH NHIỆM CỦA KIỂM TOÁN NHÀ NƯỚC TRONG PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG

Đặng Văn Hải*

Trịnh Văn Tú**

* TS. Phó Vụ trưởng Vụ Pháp chế Kiểm toán Nhà nước

** ThS. Kiểm toán Nhà nước.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: phòng, chống tham nhũng; Vai trò của Kiểm toán Nhà nước trong phòng, chống tham nhũng; hoàn thiện pháp luật về phòng, chống tham nhũng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 31/07/2018

Biên tập : 28/08/2018

Duyệt bài : 06/09/2018

Article Infomation:

Keywords: Prevention and fight against corruption; the authority of the State Audit in anti-corruption; improvement of the anti-corruption law.

Article History:

Received : 31 Jul. 2018

Edited : 28 Aug. 2018

Approved : 06 Sep. 2018

Tóm tắt:

Kiểm toán Nhà nước có vai trò quan trọng trong phòng, chống tham nhũng. Thông qua kiểm toán, Kiểm toán Nhà nước đã phát hiện và kiến nghị xử lý hàng trăm vụ việc có dấu hiệu tham nhũng; phát hiện nhiều tồn tại, bất cập của cơ chế, chính sách gây thất thoát lớn nguồn lực quốc gia; đồng thời, kiến nghị hoàn thiện cơ chế, chính sách, góp phần phòng, chống tham nhũng, thất thoát, nâng cao hiệu quả sử dụng tài chính, tài sản công. Để nâng cao vai trò của Kiểm toán Nhà nước trong công tác phòng, chống tham nhũng cần tiếp tục hoàn thiện pháp luật về Kiểm toán Nhà nước và phòng, chống tham nhũng hiện nay.

Abstract

The State Audit Office of Vietnam plays an important authority in preventing and fighting against corruptions. Through its performance, the State Audit Office of Vietnam detects and provides relevant recommendations to handle hundreds of cases showing signs of corruptions; discovering lots of shortcomings appearing in the institutional mechanism and policies causing significant loss of the national resources; at the same time, the State Audit Office of Vietnam also gives recommendations on the further improvement of institutional mechanism and policies, provides contributions to the prevention and fighting against corruption, to the prevention of the loss of public assets; and increase in the efficiency of the use of public finance and public assets. In order to enhance the authority of the State Audit Office of Vietnam in prevention and fighting against corruptions, it is necessary to further improve the law on the State Audit Office of Vietnam and the law on anti-corruptions.

1. Quan điểm của Đảng và Nhà nước về phòng, chống tham nhũng và vai trò của Kiểm toán Nhà nước trong công cuộc phòng, chống tham nhũng

Nhận thức sâu sắc về những tác hại nghiêm trọng của tệ nạn tham nhũng, Đảng và Nhà nước luôn luôn chú trọng đến việc phòng ngừa và đấu tranh chống tham nhũng. Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá X tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng đã khẳng định: “Phòng và chống tham nhũng, lãng phí, thực hành tiết kiệm là nhiệm vụ vừa cấp bách, vừa lâu dài. Mọi cán bộ lãnh đạo của Đảng, Nhà nước, Mặt trận Tổ quốc, các đoàn thể nhân dân từ trung ương đến cơ sở và từng đảng viên, trước hết là người đứng đầu phải gương mẫu thực hiện và trực tiếp tham gia đấu tranh phòng, chống tham nhũng (PCTN), lãng phí”¹. Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá XI tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII của Đảng tiếp tục nêu: “Đẩy mạnh đấu tranh PCTN, lãng phí là nhiệm vụ thường xuyên, quan trọng, đồng thời là nhiệm vụ khó khăn, phức tạp, lâu dài. Các cấp uỷ đảng, trước hết là người đứng đầu cấp uỷ, chính quyền, và toàn bộ hệ thống chính trị phải kiên quyết PCTN, lãng phí; chủ động phòng ngừa, không để xảy ra tham nhũng, lãng phí; xử lý kịp thời, nghiêm minh các hành vi tham nhũng, lãng phí, bao che, dung túng, tiếp tay cho các hành vi tham nhũng, lãng phí, can thiệp, ngăn cản việc chống tham nhũng, lãng phí”².

Cụ thể hóa đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng, Điều 8 Hiến pháp năm 2013 quy định “Các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên chức phải tôn trọng Nhân dân, tận tụy phục vụ Nhân dân, liên hệ chặt chẽ với Nhân dân, lắng nghe ý kiến và chịu sự giám sát của Nhân dân; kiên quyết đấu tranh chống tham nhũng, lãng phí và mọi biểu hiện quan liêu, hách dịch, cửa quyền”. Luật PCTN năm 2005 (được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2012) đã xác định các hành vi được coi là tham nhũng; các biện pháp phòng ngừa, phát hiện và xử lý tham nhũng; trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức và cá nhân trong PCTN. Bộ luật Hình sự năm 2015 (được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017) và Luật PCTN năm 2005 xác định các hành vi tham nhũng là tội phạm hình sự và những hình phạt tương ứng.

Trong điều kiện hiện nay, Đảng và Nhà nước ta coi tham nhũng là một “quốc nạn”³ và công cuộc chống tham nhũng là nhiệm vụ của toàn Đảng, toàn dân và của cả hệ thống chính trị. Với địa vị pháp lý là cơ quan kiểm tra tài chính công do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật, Kiểm toán Nhà nước (KTNN) là một trong những cơ quan trực tiếp có trách nhiệm phát hiện và phối hợp xử lý tham nhũng. Vai trò của KTNN trong đấu tranh PCTN thể hiện qua các nội dung chủ yếu sau:

Thứ nhất, KTNN là công cụ phục vụ cho minh bạch về tài chính ngân sách thông

1 Xem: <http://chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/NuocCHXHCNVietNam/ThongTinTongHop/noidungvankien-daihoidang?categoryId=10000716&articleId=10038382>, truy cập ngày 9/8/2018.

2 Xem <http://tulieuvankien.dangcongsan.vn/ban-chap-hanh-trung-uong-dang/dai-hoi-dang/lan-thu-xii/bao-cao-chinh-tri-cua-ban-chap-hanh-trung-uong-dang-khoa-xi-tai-dai-hoi-dai-bieu-toan-quo-lan-thu-xii-cua-dang-1600>, truy cập ngày 9/8/2018.

3 Hội nghị đại biểu toàn quốc giữa nhiệm kỳ khóa VII của Đảng (năm 1994) coi tham nhũng là một trong bốn nguy cơ đe dọa sự tồn vong của Đảng và Nhà nước, xem <http://vnn.vietnamnet.vn/chinhtri/daihoidangX/2006/04/559162/> truy cập 09/8/2018. Tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII năm 2016 của Đảng, tham nhũng vẫn được nhắc lại là một trong bốn nguy cơ nêu trên, xem Tiểu mục 2, Mục I Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XI tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII của Đảng, xem <http://tulieuvankien.dangcongsan.vn/ban-chap-hanh-trung-uong-dang/dai-hoi-dang/lan-thu-xii/bao-cao-chinh-tri-cua-ban-chap-hanh-trung-uong-dang-khoa-xi-tai-dai-hoi-dai-bieu-toan-quo-lan-thu-xii-cua-dang-1600>, truy cập 9/8/2018.

qua công khai kết quả kiểm toán báo cáo tài chính của các tổ chức, các cấp ngân sách. Đây là cơ sở cho hoạt động giám sát của các Đại biểu Quốc hội, Đại biểu HĐND, của các cơ quan nhà nước, các tổ chức xã hội và của công dân đối với công tác quản lý tài chính ngân sách, đặc biệt là các nguồn lực tài chính nhà nước.

Thứ hai, KTNN là công cụ quan trọng để phát hiện những hiện tượng, những dấu hiệu tham ô, lãng phí, không tuân thủ pháp luật trong quản lý kinh tế, tài chính, sử dụng kém hiệu quả các nguồn lực tài chính, tài sản nhà nước... Trên cơ sở đó, KTNN kiến nghị với các cơ quan nhà nước có thẩm quyền kịp thời phòng ngừa, ngăn chặn và xử lý các hành vi tham nhũng, tiêu cực theo quy định của pháp luật. Trong trường hợp phát hiện hành vi tham nhũng có dấu hiệu tội phạm ở các đơn vị được kiểm toán, KTNN lập và chuyển hồ sơ kiến nghị các cơ quan bảo vệ pháp luật xem xét xử lý về hình sự đối với những cá nhân có liên quan theo quy định của pháp luật; các cơ quan bảo vệ pháp luật có trách nhiệm tiếp nhận hồ sơ để giải quyết theo quy định của pháp luật về tố tụng hình sự.

Thứ ba, trên cơ sở tính độc lập trong hoạt động kiểm toán, KTNN chủ động xây dựng kế hoạch kiểm toán hướng vào những lĩnh vực có khả năng phát sinh tham nhũng, lãng phí lớn, những vấn đề bức xúc được dư luận xã hội quan tâm nhằm giúp ngăn chặn hành vi tham nhũng. Thông qua kiểm toán, KTNN kiến nghị xử lý tài chính đối với các hành vi vi phạm trong quản lý, sử dụng tài chính, tài sản công; kiến nghị sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ những văn bản quy phạm pháp luật không còn phù hợp với thực tiễn và kiến nghị các giải pháp nhằm hoàn thiện cơ chế, chính sách, pháp luật phù hợp để góp phần PCTN.

Thực tiễn hoạt động KTNN những năm qua cho thấy, hàng năm, KTNN xây dựng kế hoạch kiểm toán tập trung vào những lĩnh vực trọng tâm dễ xảy ra thất thoát, tham nhũng, lãng phí như: đầu tư xây dựng cơ bản, quản lý đất đai, thu - chi ngân sách, quản lý tài sản công và hệ thống ngân hàng thương mại với phương châm phòng là chính. Tăng cường kiểm tra việc thực hiện các kiến nghị kiểm toán, đôn đốc thu hồi nhanh chóng, dứt điểm tiền, tài sản của Nhà nước bị thất thoát. Thực hiện Luật PCTN, những năm qua, đặc biệt là sau hai năm thực hiện Luật KTNN năm 2015, việc thực hiện nhiệm vụ kiểm toán của KTNN đã có bước chuyển biến tích cực, đổi mới mạnh mẽ toàn diện về nội dung, phương pháp và cách thức thực hiện nên hiệu lực, hiệu quả, chất lượng kiểm toán không ngừng được nâng cao, góp phần quan trọng trong việc tăng cường kỷ luật, kỷ cương tài chính, sử dụng hiệu quả nguồn lực quốc gia; đồng thời góp phần tích cực vào công tác PCTN, lãng phí. Năm 2016, năm đầu tiên thực hiện Luật KTNN năm 2015, KTNN đã kiến nghị xử lý tài chính 38.776 tỷ đồng, cao nhất trong 22 năm hoạt động của KTNN và tăng gấp hai lần so với năm 2015; kiến nghị sửa đổi bổ sung, thay thế, hủy bỏ 150 văn bản pháp luật không còn phù hợp; kiến nghị giảm thời gian thu phí hoàn vốn của 27 Dự án giao thông theo hình thức hợp đồng BOT so với phương án tài chính ban đầu 107,4 năm; kết quả kiểm toán định giá doanh nghiệp và xử lý các vấn đề tài chính trước khi chính thức công bố giá trị doanh nghiệp cổ phần hóa, xác định tăng giá trị vốn nhà nước tại 07 doanh nghiệp trên 20.818 tỷ đồng⁴. Năm 2017, KTNN tiến hành kiểm toán 229 cuộc kiểm toán, kiến nghị xử lý tài chính 90.907 tỷ đồng, cao nhất từ trước đến nay (trong đó

4 Xem <http://nhandan.com.vn/theodong/item/34976902-nang-cao-vai-tro-cua-kiem-toan-trong-dau-tranh-phong-chong-tham-nhung.html>, truy cập ngày 09/8/2018.

tăng thu 19.110 tỷ đồng, giảm chi ngân sách nhà nước (NSNN) 17.787 tỷ đồng); kiến nghị sửa đổi, hủy bỏ 159 văn bản pháp luật nhằm bịt lỗ hổng, tránh thất thoát, lãng phí; kiểm toán chuyên đề công tác quản lý biên chế công chức, viên chức, người lao động, phát hiện thừa 57.175 người và có kiến nghị chấn chỉnh siết chặt công tác quản lý; kết quả kiểm toán định giá doanh nghiệp và xử lý các vấn đề tài chính trước khi chính thức công bố giá trị doanh nghiệp cổ phần hóa, xác định tăng giá trị vốn nhà nước tại 06 doanh nghiệp trên 8.688 tỷ đồng⁵...

Ngoài ra, thông qua hoạt động kiểm toán, KTNN phát hiện và kiến nghị xử lý trách nhiệm tập thể, cá nhân hàng trăm vụ việc. Trong đó, riêng năm 2017, KTNN kiến nghị chuyển cơ quan cảnh sát điều tra 6 vụ việc có dấu hiệu vi phạm pháp luật, cung cấp 12 bộ hồ sơ, tài liệu cho các cơ quan nhà nước có thẩm quyền để phục vụ công tác giám sát, kiểm tra, tố tụng và gửi một số báo cáo chuyên đề cung cấp thông tin phục vụ kịp thời các phiên họp của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Chính phủ, các đoàn giám sát của Quốc hội⁶. Đặc biệt, trong 6 tháng đầu năm 2018, KTNN cung cấp 08 bộ hồ sơ kiểm toán cho Đoàn Đại biểu Quốc hội, Ủy ban kiểm tra Trung ương, Tòa án, Cơ quan điều tra và các cơ quan nhà nước khác có thẩm quyền để phục vụ công tác điều tra, kiểm tra, giám sát và thực hiện tố tụng; tổng hợp các vụ việc chuyển điều tra, kiến nghị điều tra từ kết quả kiểm toán năm 2017 gửi Bộ Công an để chỉ đạo điều tra; cung cấp các

kiến nghị khởi tố của KTNN trong giai đoạn 2015-2017 theo đề nghị của Viện Kiểm sát nhân dân tối cao; KTNN cung cấp cho Ban Nội chính Trung ương thông tin về 17 vụ việc KTNN chuyển hồ sơ sang cơ quan điều tra từ kết quả kiểm toán trong giai đoạn từ 2012-2017⁷...

2. Hoàn thiện pháp luật nâng cao vai trò của Kiểm toán Nhà nước trong hoạt động phòng, chống tham nhũng

KTNN đóng vai trò quan trọng trong hoạt động PCTN, tuy nhiên, khuôn khổ pháp lý cho tổ chức và hoạt động của KTNN chưa đầy đủ và đồng bộ; việc khai thác, sử dụng kết quả kiểm toán phục vụ cho công tác quản lý, điều hành, kiểm tra, giám sát nhìn chung còn hạn chế; cơ chế phối hợp công tác giữa các cơ quan thanh tra, kiểm tra, kiểm toán, giám sát chưa thật hiệu quả, đôi khi còn trùng lặp, chông chéo ảnh hưởng đến hiệu lực, hiệu quả hoạt động của KTNN, đặc biệt là hiệu lực, hiệu quả PCTN.

Để phát huy vai trò, trách nhiệm của KTNN trong PCTN, Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI khẳng định: “Tăng cường công tác kiểm toán, thanh tra, kiểm tra, giám sát của các cơ quan chức năng”⁸; Kết luận Hội nghị Trung ương 5 (khóa XI) về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác PCTN, lãng phí nhấn mạnh: “Tiếp tục hoàn thiện thể chế và tăng cường công tác kiểm tra, thanh tra, kiểm toán, điều tra, truy tố, xét xử để nâng cao hiệu quả công tác PCTN, lãng phí”⁹.

Để thể chế hóa các Nghị quyết của Đảng thành các quy định của Nhà nước,

5 Xem <https://sav.gov.vn/Pages/chi-tiet-tin.aspx?ItemID=36300&l=TinTucSuKien>, truy cập ngày 09/8/2018.

6 Xem <http://vietnamnet.vn/vn/kinh-doanh/tai-chinh/chi-tieu-tuy-tien-hang-loat-tinh-thanh-lo-sai-sot-ngan-ty-452136.html>, truy cập ngày 09/8/2018.

7 Xem <http://baochinhphu.vn/Hoat-dong-Bo-nganh/Nua-dau-nam-kiem-toan-kien-nghi-xu-ly-tai-chinh-hon-22-nghin-ty-dong/341197.vgp>, truy cập ngày 09/8/2018.

8 xem: <http://chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/NuocCHXHCNVietNam/ThongTinTongHop/noidungvan-kien-daihoidang?categoryId=10000716&articleId=10038382>, truy cập ngày 9/8/2018.

9 Xem <http://baoninhthuan.com.vn/diendan/27001p24c34/ket-luan-hoi-nghi-trung-uong-5-khoa-xi-ve-tang-cuong-su-lanh-dao-cua-dang-doi-voi-cong-tac-phong-chong-tham-nhung-lang-phi.htm>, truy cập ngày 09/8/2018.

tạo cơ sở pháp lý phát huy đầy đủ hiệu lực, hiệu quả hoạt động của KTNN trong PCTN, chúng tôi có ý kiến về việc sửa đổi, bổ sung một số luật có liên quan như sau:

2.1 Về Dự thảo Luật PCTN¹⁰

Khoản 1 Điều 66 Dự thảo Luật PCTN (Dự thảo luật) quy định: “Trường hợp phát hiện hành vi có dấu hiệu tham nhũng thì người ra quyết định thanh tra, người ra quyết định kiểm toán phải chỉ đạo *xác minh, làm rõ tính chất, mức độ của hành vi tham nhũng*; Trường hợp kết luận hành vi tham nhũng chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự thì người ra quyết định thanh tra, người ra quyết định kiểm toán yêu cầu hoặc kiến nghị cơ quan, tổ chức, đơn vị, cá nhân có thẩm quyền xử lý kỷ luật người có hành vi tham nhũng”; khoản 6 Điều 80 quy định: “4. Kết luận thanh tra, *báo cáo kết quả kiểm toán* vụ việc tham nhũng; kết luận điều tra, bản án về vụ án tham nhũng phải nêu rõ trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị để xảy ra hành vi tham nhũng và kiến nghị các biện pháp xử lý trách nhiệm theo các mức độ sau đây: a) Yếu kém về năng lực quản lý; b) Thiếu trách nhiệm trong quản lý; c) Bao che cho người có hành vi tham nhũng”.

Theo quy định của Luật KTNN, KTNN có chức năng đánh giá, xác nhận, kết luận và kiến nghị đối với việc quản lý, sử dụng tài chính công, tài sản công. Để thực hiện các chức năng này, KTNN thực hiện cả ba loại hình kiểm toán là kiểm toán tài chính, kiểm toán tuân thủ và kiểm toán hoạt động. Kết quả kiểm toán không thuần túy là các sai phạm được phát hiện mà là sự đánh giá, xác nhận về tính đúng đắn, trung thực của các thông tin tài chính (kiểm toán tài chính); đánh giá và xác nhận việc tuân thủ pháp luật, nội quy, quy chế mà đơn vị

được kiểm toán phải thực hiện (kiểm toán tuân thủ); đánh giá tính kinh tế, hiệu lực và hiệu quả trong quản lý và sử dụng tài chính công, tài sản công (kiểm toán hoạt động) và những kiến nghị nhằm tăng cường kỷ luật, kỷ cương tài chính, tư vấn cho Quốc hội, Chính phủ những vấn đề thuộc cơ chế, chính sách. Chính vì vậy, KTNN là công cụ quản lý vĩ mô giúp Quốc hội, Chính phủ quản lý, điều hành nền kinh tế. Báo cáo kiểm toán của KTNN có giá trị pháp lý, là căn cứ để: (a) Quốc hội sử dụng trong quá trình xem xét, quyết định và giám sát việc thực hiện: mục tiêu, chỉ tiêu, chính sách, nhiệm vụ cơ bản phát triển kinh tế - xã hội dài hạn và hàng năm của đất nước; chủ trương đầu tư chương trình mục tiêu quốc gia, dự án quan trọng quốc gia; chính sách cơ bản về tài chính, tiền tệ quốc gia; quy định, sửa đổi hoặc bãi bỏ các thứ thuế; quyết định phân chia các khoản thu và nhiệm vụ chi giữa ngân sách trung ương và ngân sách địa phương; mức giới hạn an toàn nợ quốc gia, nợ công, nợ chính phủ; dự toán NSNN và phân bổ ngân sách trung ương; phê chuẩn quyết toán NSNN; (b) Chính phủ, cơ quan quản lý nhà nước và tổ chức, cơ quan khác của Nhà nước sử dụng trong công tác quản lý, điều hành và thực thi nhiệm vụ, quyền hạn của mình; (c) Hội đồng Nhân dân sử dụng trong quá trình xem xét, quyết định dự toán và phân bổ ngân sách địa phương; phê chuẩn quyết toán ngân sách địa phương; giám sát việc quản lý, sử dụng tài chính công, tài sản công và thực thi nhiệm vụ, quyền hạn của mình; (khoản 2 Điều 7 Luật KTNN năm 2015)

Như vậy, KTNN không có chức năng và thẩm quyền điều tra tội phạm, kiểm toán viên nhà nước không có nghiệp vụ điều tra hành vi phạm tội như điều tra viên, nên việc họ phải xác minh, *làm rõ tính chất, mức độ*

10 Dự thảo ngày 09/7/2018.

của hành vi tham nhũng là thiếu tính khả thi. Tuy nhiên, thông qua kiểm toán, nếu phát hiện vụ việc có dấu hiệu tội phạm, vi phạm pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân, KTNN có trách nhiệm chuyển hồ sơ cho cơ quan điều tra, Viện Kiểm sát nhân dân và cơ quan khác của Nhà nước có thẩm quyền xem xét, xử lý theo quy định của pháp luật. Nội dung này đã được ghi nhận tại Khoản 12 Điều 10 Luật KTNN năm 2015 về nhiệm vụ của KTNN là: “Chuyển hồ sơ cho cơ quan điều tra, Viện Kiểm sát nhân dân và cơ quan khác của Nhà nước có thẩm quyền xem xét, xử lý những vụ việc có dấu hiệu của tội phạm, vi phạm pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân đã được phát hiện thông qua hoạt động kiểm toán”.

Với những phân tích nêu trên, chúng tôi đề nghị sửa đổi lại quy định của khoản 1 Điều 66 theo hướng không trao cho KTNN chức năng và thẩm quyền “xác minh, làm rõ tính chất, mức độ của hành vi tham nhũng”; loại bỏ quy định “báo cáo kết quả kiểm toán vụ việc tham nhũng” khỏi khoản 6 Điều 80 của Dự thảo luật.

2.2 Sửa đổi Luật KTNN năm 2015

Thực hiện Nghị quyết số 18/NQ-TW ngày 25/10/2017 của Hội nghị lần thứ 6 Ban chấp hành trung ương khóa XII về Một số vấn đề về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả, Kế hoạch số 07-KH/TW ngày 27/11/2017 của Bộ Chính trị giao Đảng đoàn Quốc hội lãnh đạo xem xét, sửa đổi, bổ sung các luật có liên quan để thực hiện đổi mới, sắp xếp, kiện toàn tổ chức bộ máy, trong đó có Luật KTNN; thực hiện chỉ đạo của Bộ Chính trị, ngày 18/01/2018 Đảng đoàn Quốc hội đã có Kế hoạch số 735-KH/ĐĐQH đặt ra yêu cầu, nhiệm vụ phải sửa đổi, bổ sung Luật KTNN năm 2015 để trình Quốc hội thông qua trong năm 2019. Để việc sửa đổi, bổ sung Luật KTNN năm 2015 đáp

ứng yêu cầu nâng cao vai trò, trách nhiệm của KTNN trong PCTN, chúng tôi đề nghị bổ sung nhiệm vụ của KTNN trong PCTN vì Luật KTNN hiện hành chưa quy định nhiệm vụ này của KTNN. Mặc dù Luật PCTN hiện hành khẳng định KTNN thuộc nhóm các cơ quan trực tiếp có trách nhiệm phát hiện và phối hợp xử lý tham nhũng; đồng thời, quy định rõ trách nhiệm của KTNN trong PCTN thông qua việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ kiểm toán, tuy nhiên, Luật KTNN chưa quy định nhiệm vụ PCTN của KTNN.

Để bảo đảm tính đồng bộ và tương thích giữa Luật KTNN với Luật PCTN, đề nghị bổ sung nhiệm vụ: “PCTN theo quy định của pháp luật về PCTN” vào Điều 10 của Luật KTNN năm 2015.

2.3 Hoàn thiện các quy định thuộc thẩm quyền của Tổng KTNN

Trên cơ sở quy định của Luật PCTN (sửa đổi), Tổng KTNN xây dựng và hoàn thiện các văn bản thuộc thẩm quyền để triển khai thực hiện nhằm nâng cao hiệu lực, hiệu quả hoạt động của KTNN trong PCTN, cụ thể là: Tổng KTNN ban hành quy tắc ứng xử của kiểm toán viên nhà nước và những người làm việc trong cơ quan KTNN; Tổng KTNN quy định chi tiết vị trí công tác phải chuyển đổi và thời hạn định kỳ chuyển đổi vị trí công tác thuộc thẩm quyền quản lý của mình; quyền yêu cầu xác minh tài sản, thu nhập nếu trong quá trình kiểm toán xét thấy cần làm rõ về tài sản, thu nhập có liên quan đến hành vi vi phạm pháp luật; kiểm toán vụ việc có dấu hiệu tham nhũng; quy định báo cáo về vụ việc có dấu hiệu tham nhũng được phát hiện trong hoạt động kiểm toán; tăng cường quản lý cán bộ, công chức, viên chức, thanh tra, kiểm tra nội bộ nhằm ngăn chặn hành vi lợi dụng, lạm dụng chức vụ, quyền hạn, vi phạm pháp luật khác của cán bộ, công chức, viên chức trong hoạt động kiểm toán■

BÀN VỀ VẤN ĐỀ TÌNH GIẢN CẤP PHÒNG TRONG BỘ MÁY HÀNH CHÍNH NHÀ NƯỚC

Trương Thế Nguyễn*
Phạm Văn Anh**

* Trường Chính trị tỉnh Sóc Trăng

** Trường Chính trị tỉnh Sóc Trăng

Thông tin bài viết:

Từ khóa: cấp phòng; bộ máy hành chính nhà nước; tinh giản;

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/07/2018

Biên tập : 03/08/2018

Duyệt bài : 10/08/2018

Article Infomation:

Keywords: division-level administration; administrative apparatus; streamlining

Article History:

Received : 10 Jul. 2018

Edited : 03 Aug. 2018

Approved : 10 Aug. 2018

Tóm tắt:

Cải cách bộ máy hành chính nhà nước nói chung và tổ chức cấp phòng nói riêng là vấn đề khó khăn, phức tạp. Để làm tốt công tác này cần phải thực hiện đồng bộ nhiều giải pháp khác nhau, nhằm xây dựng bộ máy hành chính ngày càng tinh gọn, hoạt động có hiệu lực, hiệu quả, đáp ứng yêu cầu cải cách bộ máy hành chính nhà nước.

Abstract

Reform of the public administration in general and restructure of division-level administration in particular faces with difficulties and complicated obstacles. It is necessary to synchronously carry out various solutions in order to develop a more streamlined and efficient administrative apparatus to meet the requirements of the reform of the administrative apparatus.

1. Vị trí, vai trò của cấp phòng trong bộ máy hành chính nhà nước

Trong bộ máy hành chính nhà nước, “phòng” là một cấp chính thức. “Chức năng chung của phòng là truyền tải và tổ chức

thực hiện các quyết định của cấp trên trực tiếp và phản ánh những yêu cầu, nguyện vọng của công chức đơn vị với lãnh đạo cấp trên”¹.

Có thể thấy, là một cơ cấu tổ chức quan

1 Bộ Nội vụ, Tài liệu bồi dưỡng kiến thức lãnh đạo, quản lý cấp phòng, Hà Nội, 2013, tr.4.

trọng, phòng cùng với cơ cấu khác tạo thành một hệ thống chỉnh thể của tổ chức bộ máy công quyền. Việc thiết lập cấp phòng trong bộ máy hành chính nhằm tăng cường sự chuyên môn hóa, phân công trách nhiệm được rạch ròi, cụ thể hơn. Cấp phòng phải chịu sự chỉ đạo, điều hành, kiểm tra và giám sát từ cấp trên, ứng với chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn được phân định một cách cụ thể.

Các sản phẩm công việc bước đầu, các ý kiến đề xuất... sẽ được cấp phòng sàng lọc, thẩm định trước khi trình lên cấp có thẩm quyền phê duyệt, ra quyết định. Ngược lại, lãnh đạo cấp phòng sẽ phân hóa các nhiệm vụ, công việc cụ thể của cấp lãnh đạo, quản lý trước khi giao cho từng công chức phụ trách.

Trong mỗi cơ quan hành chính, tùy thuộc vào quy mô đơn vị, cấp phòng được thiết lập với cơ cấu, số lượng và chế độ hoạt động cụ thể. Nhưng nhìn chung, có thể phân loại cấp phòng thành 02 nhóm: cấp phòng ở trung ương và cấp phòng ở địa phương.

Cấp phòng ở địa phương sẽ có vị thế khác với cấp phòng thuộc bộ máy quản lý trung ương. Ở địa phương, các phòng đôi khi cũng lại có vị thế không giống nhau. Ví dụ, có các phòng thuộc cấp sở, nhưng cũng có các phòng trực thuộc Chi cục thuộc sở; và rõ ràng hai loại phòng này có vị thế không như nhau.

Có thể khẳng định, việc tổ chức cấp phòng có ý nghĩa rất quan trọng trong các loại hình tổ chức nói chung và tổ chức bộ máy hành chính nhà nước nói riêng. Nhưng vấn đề quan trọng là làm thế nào để tổ chức cấp phòng thật tinh gọn, hoạt động có hiệu lực, hiệu quả là điều mà các cơ quan hành chính nhà nước đều luôn quan tâm, hướng đến.

Trong xu thế cải cách hành chính nhà nước và hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng, nhất là trước những tác động mạnh mẽ

từ cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư (cách mạng 4.0) hiện đã và đang diễn ra rộng khắp; đòi hỏi bộ máy hành chính nhà nước nói chung cũng như hệ thống cấp phòng nói riêng phải không ngừng được củng cố và kiện toàn, từ đó đáp ứng yêu cầu xây dựng chính phủ kiến tạo, năng động, hiệu quả.

2. Cấp phòng trong bộ máy hành chính nhà nước hiện nay

Hiện tại, bộ máy hành chính nhà nước ở Việt Nam đã có nhiều thay đổi so với trước đây, cơ cấu tổ chức càng được hoàn thiện; chức năng nhiệm vụ được phân định rõ ràng hơn. Chính phủ, các bộ, ngành, địa phương đã thường xuyên rà soát chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan để điều chỉnh theo hướng phù hợp. Điều này góp phần quan trọng vào chất lượng tổ chức và hoạt động của bộ máy hành chính, dần đáp ứng theo yêu cầu của tiến trình cải cách hành chính và hội nhập quốc tế.

Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đã đạt được, bộ máy hành chính nhà nước ở Việt Nam vẫn còn những tồn tại, hạn chế nhất định. Trong đó, một phần là do bộ máy cấp phòng còn cồng kềnh, phức tạp, đây chính là một trong những “nút thắt” cần sớm được tháo gỡ trong thời gian tới, nhằm kiện toàn tổ chức bộ máy hành chính ngày càng tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả hơn.

Theo con số thống kê, tính đến tháng 12/2016, số lượng phòng trong vụ thuộc tổng cục, cục, vụ thuộc bộ là 2.561². Trong đó, bộ có nhiều phòng nhất là Bộ Tài chính có 168 phòng; Bộ Công thương có 192 phòng (115 phòng thuộc cục, 77 phòng thuộc vụ), v.v.. Riêng đối với cấp phòng trong vụ, thì qua 11 Nghị định đã được Chính phủ ban hành trong nhiệm kỳ 2016-2021 (tính đến thời điểm 31/5/2017), số lượng phòng trong vụ thuộc Bộ, cơ quan ngang Bộ chỉ giảm 26 phòng so

2 Số liệu do các tác giả tổng hợp từ Phụ lục 6 trong Báo cáo giám sát số: 08/BC-ĐGS, ngày 12/10/2017 về bộ máy hành chính nhà nước giai đoạn 2011 – 2016 của Đoàn Giám sát của Quốc hội khóa XIV.

với nhiệm kỳ Chính phủ 2011-2016³.

Ở địa phương, tính đến 31/12/2016, số lượng phòng thuộc cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và các phòng thuộc Ủy ban nhân dân cấp huyện là 17.648. Trong đó, cấp tỉnh có 8.794 phòng và tương đương; cấp huyện có 8.854 phòng chuyên môn⁴.

Việc thiết lập nhiều phòng trong bộ máy hành chính ngoài hệ quả kéo theo làm cho bộ máy công kênh, còn dẫn đến việc phình to biên chế, gây gánh nặng cho ngân sách nhà nước. Mặt khác, một số cơ quan thiết lập bộ máy cấp phòng còn chưa khoa học nên dẫn đến tình trạng chông chéo về chức năng, nhiệm vụ, việc xác định trách nhiệm cũng rất khó khăn, hơn nữa quá trình xử lý công việc sẽ khó thông suốt, mất nhiều thời gian, công sức.

Nhìn chung, cấp phòng trong cơ quan hành chính còn khá công kênh, chưa tinh gọn vì những lý do sau:

Thứ nhất, việc thiết lập tổ chức bộ máy hành chính ở Việt Nam vẫn theo mô hình trực tuyến truyền thống với nhiều tầng nấc. Cách thức tổ chức cứng nhắc như vậy không những đã làm cho bộ máy cấp phòng rườm rà mà còn chính là nguyên nhân xảy ra tình trạng “lạm phát” phó phòng.

Thứ hai, xuất phát từ hệ quả (mang tính kỹ thuật) không mong muốn của việc chuyển đổi mô hình từ cơ quan quản lý đơn ngành, đơn lĩnh vực sang đa ngành, đa lĩnh vực. Việc sáp nhập, hợp nhất các cơ quan hành chính còn mang tính hình thức, chưa thực chất. Ví dụ, trong quá trình sát nhập, hợp nhất các cơ quan hành chính, về hình thức thì số lượng các cơ quan này có sự tinh gọn so với giai đoạn trước, tuy nhiên, trên thực tế, số

lượng các cơ quan cấp phòng bên trong hầu như không có sự thay đổi nhiều. Từ đó, tạo nên tình trạng “thắt cổ chai” trong cơ cấu tổ chức bộ máy hành chính. Nói cách khác, việc chuyển đổi mô hình tổ chức bộ máy vẫn còn mang tính nửa vời, chưa thực chất.

Thứ ba, các quy định pháp lý còn bất cập, có kẽ hở. Ví dụ, khoản 3 Điều 18 Nghị định 123/2016/NĐ-CP ngày 1/9/2016 về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, cơ cấu, tổ chức của bộ, cơ quan ngang bộ quy định: không tổ chức phòng trong vụ. Tuy nhiên, Nghị định 123/2016/NĐ-CP cũng có một lối mở cho việc thành lập cấp phòng. Cụ thể là: “trường hợp vụ có nhiều mảng công tác hoặc khối lượng công việc lớn, Bộ trình Chính phủ quyết định số lượng phòng trong vụ tại Nghị định quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ”⁵. Chính quy định còn mang tính chung chung và theo hướng mở này đã làm cho chính sách không tổ chức phòng trong vụ không phát huy được tác dụng nhiều trên thực tế.

3. Một số kiến nghị

Để góp phần tinh giản bộ máy hành chính nhà nước trong thời gian tới, chúng tôi kiến nghị:

Một là, tăng cường quán triệt sâu sắc các chủ trương của Đảng, chính sách của Nhà nước về tinh giản tổ chức bộ máy. Có thể thấy, Nghị quyết Trung ương 6 khóa XII về vấn đề tiếp tục đổi mới, sắp xếp lại tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị tinh gọn, hoạt động có hiệu lực, hiệu quả đã thể hiện quyết tâm chính trị rất cao của Đảng về vấn đề tinh giản tổ chức bộ máy. Mục tiêu trước mắt của Nghị quyết đề ra là đến năm 2021: “Cơ bản hoàn thành việc sắp xếp, kiện toàn một số tổ chức và các đầu mối bên trong của

3 Chính phủ, Báo cáo số 392/BC-CP, ngày 22/9/2017 về việc thực hiện chính sách, pháp luật về cải cách tổ chức bộ máy hành chính nhà nước giai đoạn 2011-2016.

4 Chính phủ, tldd.

5 Điều 18 Nghị định 123/2016/NĐ-CP.

từng tổ chức theo hướng giảm đầu mối, giảm tối đa cấp trung gian⁶, giảm cấp phó”. Đây là cơ sở chính trị quan trọng để có thể tiếp tục đẩy nhanh tiến trình cải cách hành chính nói chung và cải cách tổ chức bộ máy cấp phòng nói riêng ở nước ta trong thời gian tới.

Hai là, hoàn thiện các quy định pháp luật về tổ chức và hoạt động của cấp phòng. Trong đó, cần tiếp tục xây dựng và hoàn thiện các tiêu chí về điều kiện, cơ sở thành lập phòng. Hạn chế việc thiết lập các tiêu chí chung chung, bởi nếu các tiêu chí không rõ ràng, cụ thể sẽ dễ dẫn đến tình trạng lạm dụng “tùy nghi” và “xin - cho” trong việc thiết lập mới các phòng.

Mặt khác, cần quan tâm, chú trọng đến việc hoàn thiện các quy định pháp lý về việc hợp nhất, sáp nhập một số cơ quan, tổ chức Đảng với cơ quan cấp phòng ở địa phương, đơn cử như: Kiểm tra - Thanh tra, Tổ chức - Nội vụ (ở cấp huyện).

Ba là, sắp xếp lại các đầu mối công việc, xác định lại rõ ràng hơn các nhóm chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn. Trên cơ sở đó tiếp tục việc điều chỉnh, hợp nhất, sáp nhập cấp phòng thật sự phù hợp, thực chất, tránh tình trạng chồng lấn, giao thoa hoặc bỏ sót chức năng, nhiệm vụ. Trong một hệ thống tổ chức, các chức năng, nhiệm vụ không được phân định một cách rõ ràng, cụ thể sẽ dẫn đến sự xung đột chức năng, thẩm quyền cũng như trách nhiệm, v.v.. Việc tổ chức các cơ quan theo hướng đa ngành, đa lĩnh vực không chỉ là những “phép cộng giản đơn” mà phải bảo đảm nguyên tắc cơ bản là hợp nhất, sáp nhập đầu mối bên trên đồng thời phải tinh gọn bộ máy bên trong đối với cả cơ quan hành chính trung gian ở trung ương lẫn địa phương. Không nhất thiết bộ, ngành, địa phương nào cũng thiết lập bộ máy cấp phòng giống nhau.

Bốn là, thay đổi mô hình về cơ cấu tổ chức của các cơ quan hành chính nhà nước. Như đã đề cập, mô hình tổ chức các cơ quan hành chính nhà nước hiện nay chủ yếu được thiết lập theo mô hình trực tuyến truyền thống, nhiều tầng nấc. Vì vậy, cần phải nhanh chóng và mạnh dạn chuyển sang các mô hình khác phù hợp với điều kiện thực tế trong tình hình mới, đơn cử như: có thể mở rộng việc áp dụng mô hình chuyên viên (mô hình này hạn chế tối đa việc thiết lập phòng). Tuy vậy, không có một mô hình nào là hoàn toàn hoàn hảo, mô hình trực tuyến truyền thống, nhiều tầng nấc mặc dù có những hạn chế nhưng nó vẫn có những ưu điểm nhất định không thể xóa bỏ. Bên cạnh đó, mô hình chuyên viên mặc dù có nhiều ưu điểm giúp bộ máy tinh gọn hơn, nhưng không vì đó mà áp dụng một cách đồng loạt ở các cơ quan, đơn vị, chính quyền địa phương mà phải có sự nghiên cứu kỹ lưỡng, tập trung vào một số ngành, lĩnh vực, cơ quan, đơn vị nhất định.

Đối với một số ngành, lĩnh vực có tính đặc thù, đòi hỏi phải có sự chuyên môn hóa cao thì bắt buộc vẫn phải giữ lại phương thức tổ chức theo mô hình có cấp phòng như hiện nay, hoặc có thể xem xét cắt bỏ một số phòng không thật sự cần thiết. Ví dụ: trong một Sở có thể chỉ giữ lại 3-4 phòng, những chuyên viên còn lại (không thuộc các phòng) sẽ làm việc trực tiếp với lãnh đạo Sở mà không thông qua cấp phòng.

Năm là, thường xuyên phân tích, đánh giá chất lượng tổ chức và hoạt động của cấp phòng. Đây là công việc rất quan trọng và cần phải được tiến hành thường xuyên, nghiêm túc. Qua đó, có thể nhìn nhận, phân tích sâu sắc hơn, toàn diện hơn quá trình tổ chức và hoạt động của các cơ quan này như thế nào để có sự điều chỉnh kịp thời, thiết kế lại cơ cấu tổ chức phù hợp với yêu cầu thực

6 Mặc dù chưa có một văn bản pháp lý nào giải thích cụ thể “cấp trung gian” là những cấp nào. Nhưng có nhiều ý kiến hiện nay cho rằng “cấp trung gian” cần tinh gọn trước tiên đó chính là cấp Tổng cục và cấp phòng.

tiền đặt ra từ mô hình tổng thể đến từng bộ phận chi tiết và ngược lại. Tổ chức bộ máy phải xuất phát từ nhu cầu quản lý, thích ứng với sự biến đổi không ngừng của các mối quan hệ xã hội.

Sáu là, tăng cường hiện đại hóa hành chính, ứng dụng công nghệ thông tin và nâng cao chất lượng đội ngũ công chức. Việc hiện đại hóa hành chính, tăng cường ứng dụng công nghệ thông tin trong bộ máy hành chính nhà nước sẽ làm thay đổi các mối quan hệ công tác, phối hợp, từ đó sẽ có nhiều tác động đến cơ cấu tổ chức nói chung và cấp phòng nói riêng. Chúng ta đang bước vào giai đoạn của cuộc cách mạng 4.0, với rất nhiều cơ hội ứng dụng những thành tựu

khoa học - kỹ thuật vào trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước. Nói cách khác, nếu quan tâm tận dụng cơ hội, thời cơ, sẽ giúp cho các cơ quan hành chính, đội ngũ công chức tiếp cận và thích nghi được với môi trường công nghệ trong xu thế mới làm cho bộ máy ngày càng tinh gọn hơn.

Tóm lại, cải cách bộ máy hành chính nhà nước nói chung và tổ chức cấp phòng nói riêng là vấn đề khó khăn, phức tạp. Để làm tốt công tác này đòi hỏi phải thực hiện đồng bộ nhiều giải pháp khác nhau. Từ đó xây dựng bộ máy hành chính ngày càng tinh gọn, hoạt động có hiệu lực, hiệu quả, đáp ứng yêu cầu trong tình hình mới■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. ADB (2003), *Phục vụ và duy trì - cải thiện hành chính công trong một thế giới cạnh tranh*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội.
2. Bộ Nội vụ, *Bản thuyết minh nội dung sửa đổi Nghị định số 24/2014/NĐ-CP của Chính phủ quy định tổ chức các cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh*.
3. Chính phủ, *Báo cáo số 392/BC-CP, ngày 22/9/2017 về việc thực hiện chính sách, pháp luật về cải cách tổ chức bộ máy hành chính nhà nước giai đoạn 2011-2016*.
4. Đoàn Giám sát của Quốc hội khóa XIV, *Báo cáo giám sát số: 08/BC-ĐGS, ngày 12/10/2017 về bộ máy hành chính nhà nước giai đoạn 2011 - 2016*.
5. TS. Nguyễn Như Hà, *Vấn đề hợp nhất cơ quan kiểm tra và thanh tra - Tiếp cận từ lý thuyết hệ thống*, http://tcnn.vn/Plus.aspx/vi/News/125/0/1010070/0/39438/Van_de_hop_nhat_co_quan_kiem_tra_va_thanh_tra_Tiep_can_tu_ly_thuyet_he_thong, truy cập ngày 20/6/2018.
6. PGS.TS. Nguyễn Hữu Hải (Chủ biên) (2010), *Giáo trình Lý luận hành chính nhà nước*, Học viện Hành chính.
7. PGS.TS. Nguyễn Hữu Hải (2018), *Tổ chức bộ máy hành chính nhà nước tinh gọn, hiệu quả theo hướng quản lý đa ngành, đa lĩnh vực nhằm đáp ứng yêu cầu xây dựng chính phủ kiến tạo*, trong Kỷ yếu Hội thảo quốc tế “Xây dựng chính phủ kiến tạo, liêm chính trong quá trình đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước và hội nhập quốc tế”.
8. TS. Nguyễn Ngọc Hiến (Chủ biên) (2003), *Giáo trình Hành chính công*, Nxb Khoa học Kỹ thuật, Hà Nội, tr.183.
9. ThS. Phan Anh Hồng (2011), *Bài giảng: Phân tích và thiết kế tổ chức hành chính nhà nước*, Hà Nội.
10. ThS.NCS. Đặng Xuân Phương, *Phân tích và đánh giá tổ chức định kỳ - bước đổi mới trong công tác tổ chức bộ máy hành chính*, <http://caicachhanhchinh.gov.vn/uploads/News/2144/attachs/vi.BAI%209%20TRANG%2015.pdf>
11. TS. Văn Tất Thu, *Một số giải pháp kỹ thuật để tổ chức bộ đa ngành, đa lĩnh vực*, <http://caicachhanhchinh.gov.vn/uploads/News/2123/attachs/vi.BAI%2010%20TRANG%2024.pdf>
12. TS. Văn Tất Thu (2011), *Tổ chức và hoạt động của văn phòng bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ*, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội.
13. Nguyễn Vũ, *Bộ máy công kênh dưới góc nhìn của Chính phủ*, <http://vneconomy.vn/bo-may-cong-kenh-duoi-goc-nhin-cua-chinh-phu-20171028100221079.htm>

HOÀN THIỆN QUY TRÌNH ĐÁNH GIÁ CÔNG CHỨC

Vũ Thị Ngọc Dung*

* ThS. GV. Khoa Luật Hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật TP Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: công chức, đánh giá công chức, quy trình đánh giá công chức

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/06/2018

Biên tập : 10/07/2018

Duyệt bài : 17/07/2018

Tóm tắt:

Đánh giá công chức được xem là một quy trình quan trọng trong hoạt động quản lý công chức bởi kết quả đánh giá công chức là cơ sở giúp các cơ quan, đơn vị biết được năng lực, phẩm chất của từng công chức, từ đó mới có thể bố trí, sử dụng, đào tạo, bồi dưỡng, khen thưởng, kỷ luật và thực hiện chính sách đối với công chức.

Hiện nay, việc đánh giá công chức đang được thực hiện theo quy định của Luật Cán bộ, công chức năm 2008 cũng như các văn bản hướng dẫn thi hành. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, quy trình đánh giá công chức hiện nay còn nhiều hạn chế, bất cập cần được tiếp tục hoàn thiện.

Article Infomation:

Keywords: civil servants, assessment of civil servants, the assessment procedure of civil servants.

Article History:

Received : 06 Jun 2018

Edited : 10 Jul. 2018

Approved : 17 Jul. 2018

Abstract

Assessment of civil servants is known as a crucial procedure in personnel management of the civil servants because the assessment results are used to provide the public employers with the information of the civil servants's professional qualifications, ethics, expertise so that arrangements, training, capacity building, rewarding, disciplining and policy developments would be well carried out for the civil servants

1. Quy trình đánh giá công chức theo quy định của pháp luật hiện hành

Hiện nay, quy trình đánh giá công chức đang được thực hiện theo quy định tại Luật Cán bộ, công chức năm 2008, Nghị định số 24/2010/NĐ-CP ngày 15/3/2010 của Chính phủ quy định về tuyển dụng, sử dụng và quản lý công chức (Nghị định số 24), Nghị định số

56/2015/NĐ-CP ngày 09/6/2015 của Chính phủ về đánh giá và phân loại cán bộ, công chức và viên chức (Nghị định số 56), Nghị định số 88/2017/NĐ-CP ngày 27/7/2017 của Chính phủ về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 56/2015/NĐ-CP ngày 09/06/2015 của Chính phủ về đánh giá và phân loại cán bộ, công chức, viên chức

(Nghị định số 88). Theo đó, việc đánh giá, phân loại công chức được thực hiện theo từng năm công tác. Trường hợp công chức khi chuyển công tác thì cơ quan, tổ chức, đơn vị mới có trách nhiệm đánh giá, phân loại kết hợp với ý kiến nhận xét của cơ quan, tổ chức, đơn vị cũ (đối với trường hợp có thời gian công tác ở cơ quan, tổ chức, đơn vị cũ từ 06 tháng trở lên).

Thời điểm đánh giá, phân loại công chức được tiến hành trong tháng 12 hàng năm, trước khi thực hiện việc bình xét thi đua, khen thưởng hàng năm. Riêng đối với đơn vị sự nghiệp công lập hoạt động trong lĩnh vực giáo dục, đào tạo và một số lĩnh vực khác có thời điểm kết thúc năm công tác trước tháng 12 hàng năm, thời điểm đánh giá, phân loại công chức do người đứng đầu quyết định. Điều 17 Nghị định số 56 quy định như sau:

1.1. Quy trình đánh giá công chức là người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị:

Thứ nhất, công chức làm báo cáo tự đánh giá kết quả công tác nhiệm vụ được giao tại theo Mẫu phiếu đánh giá và phân loại công chức.

Sau một năm công tác, công chức làm báo cáo tự đánh giá theo mẫu và tự phân loại đánh giá công chức trên cơ sở kết quả thực hiện nhiệm vụ của mình.

Thứ hai, công chức trình bày báo cáo tự đánh giá kết quả công tác tại cuộc họp của cơ quan, tổ chức, đơn vị để mọi người tham dự cuộc họp đóng góp ý kiến. Các ý kiến được ghi vào biên bản và thông qua tại cuộc họp¹.

Đối với cơ quan, tổ chức, đơn vị có

các đơn vị cấu thành, thành phần tham dự là đại diện cấp ủy đảng, công đoàn, đoàn thanh niên và người đứng đầu các đơn vị cấu thành².

Đối với cơ quan, tổ chức, đơn vị không có các đơn vị cấu thành, thành phần tham dự là toàn thể công chức và người lao động của cơ quan, tổ chức, đơn vị³.

Ý kiến góp ý được lập thành biên bản và thông qua tại cuộc họp để đảm bảo cuộc họp được diễn ra là có thật và khách quan, được tập thể thông qua, là cơ sở để người đứng đầu và cấp phó của người đứng đầu cơ quan, tổ chức cấp trên quản lý trực tiếp tham khảo khi đánh giá người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị cấp dưới.

Thứ ba, cấp ủy đảng cùng cấp nơi công chức công tác có ý kiến bằng văn bản về công chức được đánh giá, phân loại⁴.

Thứ tư, người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị cấp trên trực tiếp tham khảo các ý kiến góp ý, quyết định đánh giá, phân loại đối với người đứng đầu đơn vị cấp dưới⁵.

Người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị tham khảo các ý kiến góp ý, quyết định đánh giá, phân loại đối với cấp phó của mình⁶.

Người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị khi đánh giá cấp phó của mình phải tham khảo biên bản cuộc họp góp ý của các thành phần tham dự cuộc họp đóng góp ý kiến và cấp ủy đảng cùng cấp nơi công chức công tác để công tác đánh giá được toàn diện, cụ thể, khách quan, công bằng, chính xác.

Thứ năm, người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị thông báo kết quả đánh giá, phân loại cho công chức theo quy định chung.

1 Điểm b Khoản 1 Điều 17 Nghị định số 56/2015/NĐ-CP.

2 Điểm b Khoản 1 Điều 17 Nghị định số 56/2015/NĐ-CP.

3 Điểm b Khoản 1 Điều 17 Nghị định số 56/2015/NĐ-CP.

4 Điểm c Khoản 1 Điều 17 Nghị định số 56/2015/NĐ-CP.

5 Điểm d Khoản 1 Điều 17 Nghị định số 56/2015/NĐ-CP.

6 Điểm d Khoản 1 Điều 17 Nghị định số 56/2015/NĐ-CP.

Công chức có quyền được biết về kết quả đánh giá, phân loại của mình để đảm bảo tính chính xác, công khai, khách quan trong đánh giá.

1.2. Quy trình đánh giá công chức không giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý

Thứ nhất, công chức cũng làm báo cáo tự đánh giá kết quả công tác theo nhiệm vụ được giao theo mẫu phiếu đánh giá và phân loại công chức.

Thứ hai, công chức trình bày báo cáo tự đánh giá kết quả công tác tại cuộc họp của cơ quan, tổ chức, đơn vị để mọi người tham dự cuộc họp đóng góp ý kiến. Các ý kiến được ghi vào biên bản và thông qua tại cuộc họp⁷.

Thứ ba, người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị tham khảo ý kiến góp ý và quyết định đánh giá, phân loại công chức; thông báo kết quả đánh giá, phân loại cho công chức.

Người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị sử dụng công chức khi đánh giá công chức phải tham khảo ý kiến của những người tham gia góp ý cho công chức và là người có thẩm quyền sau cùng kết luận việc đánh giá công chức và đưa ra kết quả đánh giá, quyết định phân loại công chức tại cuộc họp đánh giá công chức hàng năm.

Kết quả đánh giá giúp công chức xác định được năng lực, trình độ, chuyên môn nghiệp vụ của mình đang ở mức độ nào và khả năng đáp ứng đối với yêu cầu của công việc. Kết quả đánh giá là căn cứ quan trọng để bố trí, sử dụng, đào tạo, bồi dưỡng, nâng ngạch hoặc thăng hạng chức danh nghề nghiệp, quy hoạch, bổ nhiệm, miễn nhiệm, điều động, luân chuyển, khen thưởng, kỷ luật và thực hiện các chính sách khác đối với cán bộ, công chức, viên chức. Trên cơ

sở đó, công chức sẽ được đánh giá phân loại theo 4 mức: hoàn thành xuất sắc nhiệm vụ, hoàn thành tốt nhiệm vụ, hoàn thành nhiệm vụ nhưng còn hạn chế về năng lực và không hoàn thành nhiệm vụ.

2. Những hạn chế, bất cập của quy trình đánh giá công chức hiện nay

2.1. Về tiêu chí phân loại công chức

Hạn chế lớn nhất trong đánh giá công chức hiện nay là tiêu chí phân loại công chức còn chung chung, rất khó lượng hoá⁸ kết quả, hiệu suất công tác của công chức. Diễn hình như tiêu chí đánh giá về tiêu chuẩn *có lập trường, có bản lĩnh chính trị vững vàng* rất khó đánh giá, bởi vì khi cán bộ chưa được trải nghiệm, trước những khó khăn, thử thách trong thực tiễn thì khó đánh giá tiêu chuẩn này hoặc tiêu chuẩn *gắn bó với quần chúng, được quần chúng tin nhiệm* chưa được cụ thể hóa và chưa có phương pháp lấy ý kiến góp ý của nhân dân.

Bên cạnh đó, do việc đánh giá công chức còn chưa chú trọng đến công tác thu thập các thông tin cần thiết, qua nhiều kênh, đặc biệt là các thông tin từ quần chúng, nên có phần còn phiến diện. Pháp luật hiện hành đã xác định cụ thể chủ thể được đánh giá, nhưng nội dung đánh giá lại không gắn với mục tiêu cụ thể. Ví dụ, đánh giá đề quy hoạch, luân chuyển cán bộ chưa gắn với lộ trình phát triển kinh tế - xã hội của địa phương, đơn vị, ngành, do đó, chưa xác định được công chức nào còn yếu, còn thiếu mặt nào đó để có kế hoạch đào tạo, bồi dưỡng, mặt nào mạnh để phát huy cho sát với từng đối tượng, hướng sử dụng, cụ thể với từng loại quy hoạch⁹.

Trong nhóm nội dung đánh giá, ngoài các nội dung có tính định tính, thì các nội

7 Điểm b khoản 2 Điều 17 Nghị định số 56/2015/NĐ-CP.

8 Theo ý kiến của đại diện Sở Nội vụ tỉnh Cà Mau thì hiện nay việc đánh giá công chức ở Cà Mau chỉ được thực hiện theo các tiêu chí chung, chưa có sự lượng hóa, ngoại lệ chỉ có đánh giá viên chức trong ngành y tế, giáo dục là có sự lượng hóa.

9 Nguyễn Văn Hồng Quân, “Công tác đánh giá, phân loại cán bộ, công chức, viên chức” tham luận tại Hội thảo trong khuôn khổ đề tài cấp Bộ “Đổi mới quy trình tuyển dụng, sử dụng công chức” do PGS.TS.Nguyễn Cảnh Hợp làm Chủ nhiệm, ngày 15/9/2017 tại trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

dung về chuyên môn, kết quả thực hiện nhiệm vụ cũng chưa được lượng hóa, khó đo lường. Thực tế cho thấy, do tính chất của mỗi loại công việc trong hệ thống hành chính nhà nước là không giống nhau nên yêu cầu đặt ra là cần phải có tiêu chuẩn, định mức riêng đối với mỗi loại công việc thì mới có thể lượng hóa, đo lường được. Để giải quyết vấn đề này, cần dựa trên cơ sở vị trí việc làm và bảng phân công công việc cho công chức tại đơn vị. Do đó, vấn đề cần làm là phải có phân bổ công việc cho từng vị trí việc làm rõ ràng, phù hợp với từng công chức.

Điều h, Khoản 1, Điều 18 Luật Cán bộ, công chức quy định, công chức được đánh giá ở mức hoàn thành xuất sắc nhiệm vụ phải có ít nhất 1 công trình khoa học, đề án, đề tài hoặc sáng kiến được áp dụng có hiệu quả trong hoạt động công vụ của cơ quan, tổ chức, đơn vị được cấp có thẩm quyền công nhận. Tuy nhiên, không phải công chức nào cũng có khả năng nghiên cứu khoa học để có được các công trình nghiên cứu, đề án, đề tài chất lượng thỏa mãn tiêu chí này.

Nhận thức được thực tế này, nhiều Sở Nội vụ¹⁰ xây dựng dự thảo về Bộ tiêu chí đánh giá công chức dựa theo khung quy định tại Nghị định số 56 để trên cơ sở Bộ tiêu chí này, các sở trên địa bàn tỉnh sẽ xây dựng Quy chế đánh giá công chức của đơn vị mình. Bộ tiêu chí này sẽ đánh giá theo thang điểm 100, định lượng cho từng tiêu chí. Ví dụ: 5 điểm cho sáng kiến... Việc đánh giá dựa trên các tiêu chí rõ ràng, lượng hoá được là rất quan trọng, tuy nhiên, cần lưu ý vì trong quản lý nhà nước, định lượng công việc rất khó, nhất là khi tính chất các công việc khác nhau, quan trọng nhất là hướng đến hiệu quả công việc.

Việc sử dụng các tiêu chí đánh giá công chức có ý nghĩa quan trọng đối với việc thực hiện đánh giá, bởi tiêu chí càng được thể hiện cụ thể thì đánh giá càng chính xác. Trên thế giới, việc xác định các tiêu chí đánh giá này được các quốc gia công bố trong khung năng lực áp dụng với công chức hoặc luật hoá thành các quy định pháp luật cụ thể. Năm 2001, Chính phủ Anh công bố khung năng lực áp dụng đối với công chức cao cấp với mục tiêu “xác định kiểu hành vi mà các nhà quản lý cấp cao nhất cần có để thể hiện sự thay đổi trong văn hóa công vụ” và đồng thời là cơ sở để đánh giá đối với công chức cấp cao. Các yêu cầu này bao gồm: 1) cung cấp mục tiêu và chỉ dẫn; 2) tạo ảnh hưởng cá nhân; 3) tư duy chiến lược; 4) tận dụng tối đa năng lực con người; 5) học hỏi và cải thiện chất lượng thực thi; 6) tập trung vào cung cấp các dịch vụ theo thẩm quyền và trách nhiệm.

Ở Mỹ, quá trình thực thi của công chức liên bang được quản lý theo định hướng kết quả đầu ra với một hệ thống đánh giá. Theo đó, ở đầu kỳ đánh giá, công chức có một kế hoạch thực thi công vụ, trong đó thiết lập các mục tiêu cần đạt được dựa trên nhiệm vụ chính. Mỗi cơ quan thiết lập một hoặc một số hệ thống đánh giá kết quả thực thi công vụ, bao gồm các chỉ số đánh giá thực thi công vụ như năng lực, tinh thần đồng đội, việc cung cấp dịch vụ công cho người dân, đồng thời khuyến khích sự tham gia của công chức trong thiết lập các tiêu chuẩn này.

Trên cơ sở nghiên cứu pháp luật quốc tế và thực tiễn đánh giá công chức tại Việt Nam, chúng tôi đề xuất¹¹ một số nội dung, thang điểm đánh giá công chức như sau:

10 Như Sở Nội vụ Bình Dương, Bạc Liêu,...

11 Đây cũng là ý kiến đề xuất của Nguyễn Văn Hồng Quân, trong tham luận “Công tác đánh giá, phân loại cán bộ, công chức, viên chức” của tại Hội thảo trong khuôn khổ đề tài cấp Bộ “Đổi mới quy trình tuyển dụng, sử dụng công chức” do PGS.TS. Nguyễn Cảnh Hợp làm Chủ nhiệm, ngày 15/9/2017 tại trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

a) Đánh giá

Tổng thang điểm: 100 điểm

- Cho tối đa 60 điểm: về đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ được giao:

(tận tụy với công việc, kiên quyết đấu tranh chống tiêu cực, tham nhũng, không hách dịch, cửa quyền, không sách nhiễu, gây phiền hà, khó khăn cho tổ chức, công dân trong thực hiện nhiệm vụ)

Đối với công chức không giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý	Mức độ thực hiện nhiệm vụ được giao trong năm: <i>thể hiện ở khối lượng, chất lượng, tiến độ, hiệu quả của công việc ở từng vị trí, từng thời gian, bao gồm cả những nhiệm vụ thường xuyên và đột xuất.</i>	Tối đa 30 điểm
	Tinh thần trách nhiệm trong công tác; cải tiến phương pháp làm việc nâng cao hiệu quả, chất lượng công tác; có sáng kiến và kinh nghiệm công tác được áp dụng trong thực tiễn và mang lại hiệu quả	Tối đa 20 điểm
	Tinh thần tự nghiên cứu, học tập nâng cao năng lực, trình độ chuyên môn, nghiệp vụ đáp ứng với yêu cầu, vị trí việc làm, nhiệm vụ được giao	Tối đa 10 điểm
Đối với công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý	Năng lực lãnh đạo, quản lý; năng lực tập hợp, đoàn kết công chức: thể hiện ở khối lượng, chất lượng, tiến độ, hiệu quả của công việc ở từng vị trí, từng thời gian, bao gồm cả nhiệm vụ thường xuyên và đột xuất	Tối đa 20 điểm
	Mức độ thực hiện nhiệm vụ được giao trong năm và kết quả hoạt động của cơ quan, tổ chức, đơn vị được giao lãnh đạo, quản lý	Tối đa 15 điểm
	Tinh thần trách nhiệm trong công tác: chỉ đạo, tham mưu ban hành các văn bản về lĩnh vực được phân công phụ trách; cải tiến phương pháp làm việc nâng cao hiệu quả, chất lượng công tác; có sáng kiến và kinh nghiệm công tác được áp dụng trong thực tiễn và mang lại hiệu quả	Tối đa 15 điểm
	Tinh thần tự nghiên cứu, học tập để nâng cao năng lực, trình độ chuyên môn, nghiệp vụ đáp ứng với yêu cầu vị trí công tác, nhiệm vụ được giao:	Tối đa 10 điểm

- Cho tối đa 10 điểm: về nội dung đánh giá phẩm chất chính trị, chấp hành đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng và pháp luật của Nhà nước:

- Cho tối đa 20 điểm: về nội dung đánh giá phẩm chất đạo đức, lối sống, tác phong, lễ lối làm việc. Trong đó, dành 10 điểm là cho tinh thần và thái độ phục vụ nhân dân

- Cho tối đa 10 điểm: về nội dung đánh giá ý thức chấp hành tổ chức kỷ luật.

b) Phân loại:

- Tổng điểm đánh giá là 100 điểm. Căn cứ vào kết quả đánh giá công chức được phân loại theo 1 trong 4 mức sau:

+ Hoàn thành xuất sắc nhiệm vụ: Tổng điểm đạt từ 90 đến 100 điểm, trong đó điểm

đánh giá về kết quả thực hiện nhiệm vụ được giao phải đạt từ 55 điểm trở lên;

+ Hoàn thành tốt nhiệm vụ: Tổng điểm đạt từ 70 đến 89 điểm, trong đó điểm đánh giá về kết quả thực hiện nhiệm vụ được giao phải đạt từ 50 điểm trở lên;

+ Hoàn thành nhiệm vụ nhưng còn hạn chế về năng lực (đối với công chức là Hoàn thành nhiệm vụ): Tổng điểm đạt từ 50 đến 69 điểm, trong đó điểm đánh giá về kết quả thực hiện nhiệm vụ được giao phải đạt từ 45 điểm trở lên;

+ Không hoàn thành nhiệm vụ: Tổng điểm đạt dưới 50 điểm hoặc điểm đánh giá về Kết quả thực hiện nhiệm vụ được giao đạt dưới 30 điểm.

Bên cạnh đó, khi xác định nội dung đánh giá, phương pháp đánh giá thì chủ thể đánh giá cần đảm bảo sự phù hợp với mục tiêu và đối tượng được đánh giá. Mỗi mục tiêu, đối tượng đánh giá cần phải có các tiêu chí và phương pháp đánh giá phù hợp. Nội dung, phương pháp đánh giá công chức để đưa vào quy hoạch sẽ khác với để luân chuyển hay khen thưởng, bổ nhiệm¹².

2.2. Quy định về lấy ý kiến đánh giá của tập thể còn nhiều bất cập

Một là, ý kiến đánh giá của tập thể đối với những công chức không giữ chức vụ lãnh đạo quản lý còn mang nặng tâm lý “dĩ hoà vi quý”. Theo quy định hiện hành, thành tích của cá nhân có ảnh hưởng đến thành tích thi đua của tập thể nên kết quả đánh giá của tập thể phần nhiều thiếu tính khách quan. Bên cạnh đó trên thực tế, người đứng đầu rất ngại đánh giá công chức không hoàn thành nhiệm vụ vì hai năm liên tiếp không hoàn thành nhiệm vụ là phải giải quyết thôi việc cho công chức. Do vậy, kết quả đánh giá công chức hiện nay chưa phản ánh đúng khả năng thực thi công vụ của công chức.

Hai là, việc quy định bầu các danh hiệu thi đua cuối năm không dựa trên kết quả làm việc mà căn cứ vào kết quả bầu trên tỷ lệ đã không chế làm ảnh hưởng tới ý kiến của tập thể.

Thực tế đánh giá công chức tại nhiều cơ quan, đơn vị cho thấy, các cơ quan này đều áp dụng tỷ lệ trần đối với danh hiệu chiến sĩ thi đua, công chức hoàn thành xuất sắc nhiệm vụ. Do đó, dẫn đến thực tế là trong một bộ phận/cơ quan có nhiều công chức hoàn thành tốt nhiệm vụ trong năm công tác nhưng vì đã áp tỷ lệ rồi nên không có cách nào nâng tỷ lệ lên mặc dù họ hoàn toàn xứng đáng. Ngược lại, có những bộ phận/cơ quan không làm tốt nhưng vì được phép đạt tỷ lệ trần đã quy định nên vẫn đưa những người chưa xứng đáng vào danh sách, thậm chí nhiều đơn vị “phân công sẵn” công chức trong đơn vị mình luân phiên nhau được khen thưởng mỗi năm trong khi chưa có kết quả làm việc của năm sau để “tránh mất quyền lợi”.

Như vậy, việc không chế tỷ lệ khen thưởng dẫn đến một thực tế là các công chức trong đơn vị nhường nhau danh hiệu; danh hiệu cao thường là lãnh đạo đơn vị và người xuất sắc ở bộ phận này nhiều khi không bằng người bình thường ở đơn vị khác. Việc kéo dài tình trạng này khiến cho công chức dù có hoàn thành xuất sắc nhiệm vụ được giao nhưng do tâm lý nể nang, nhường nhau từng năm nên khó đạt danh hiệu liên tục 3 năm, 6 năm... để nhận được bằng khen của cấp trên.

Việc đánh giá công chức cuối năm hiện nay chủ yếu được tiến hành để xếp loại các danh hiệu thi đua của công chức trong năm, từ đó làm động lực khuyến khích công chức thực hiện tốt hơn chức trách, nhiệm vụ của mình trong năm kế tiếp. Tuy nhiên, với cách đánh giá như trên vô hình chung

12 Nguyễn Văn Hồng Quân, “Công tác đánh giá, phân loại cán bộ, công chức, viên chức”, tldd.

đã “bóp nghẹt” tư duy phân đấu của những công chức tâm huyết và thực sự có năng lực khi những nỗ lực của họ không được ghi nhận, mà “cào bằng” về mặt quyền lợi với những công chức khác.

Với kết quả đánh giá không phản ánh đúng hiệu quả làm việc thực tế của từng công chức dẫn đến một số hệ lụy mà nền công vụ phải đối mặt sau đây:

Thứ nhất, một bộ phận công chức có năng lực xin ra khỏi bộ máy hành chính chuyển sang làm việc cho khu vực tư nhân. Lý do cơ bản nhất khiến công chức có năng lực rời bỏ công vụ không phải là mức tiền lương, mà chính là do cách đánh giá bình quân chủ nghĩa dẫn đến hệ thống hành chính công vụ không đáp ứng được nhu cầu tự khẳng định của những công chức có năng lực, không thừa nhận được những đóng góp của họ cho công việc.

Thứ hai, không ít công chức không có động lực làm việc, thậm chí thờ ơ với chức trách, nhiệm vụ được giao. Bên cạnh đó, một số công chức không phấn đấu nâng cao năng lực chuyên môn, chỉ tập trung “xây dựng” các mối quan hệ để có được nhận xét, đánh giá tốt từ thủ trưởng, từ đồng nghiệp. Hiện tượng này trở thành bình thường và phổ biến là trở ngại lớn nâng cao chất lượng đội ngũ công chức và hiệu quả của nền công vụ.

Nhìn xa hơn, chúng ta sẽ thấy vấn đề lớn về mặt quản lý mà chúng ta đang phải đối mặt hiện nay đó là nếu đánh giá không đúng hiệu quả thực thi công việc của công chức sẽ dẫn tới thái độ và chất lượng hiệu quả làm việc của công chức sẽ giảm xuống, gây ảnh hưởng tới hiệu quả quản lý nhà nước và suy giảm lòng tin của người dân - những người trực tiếp thụ hưởng các dịch vụ công và những hoạt động khác mà công chức đại diện cho Nhà nước là một bên chủ thể trong quan hệ hành chính.

Ba là, ý kiến đánh giá của tập thể đối với những công chức giữ chức vụ lãnh đạo

quản lý nhiều khi trở thành sức ép đối với người đứng đầu đơn vị dẫn đến kết quả đánh giá công chức không chính xác.

Trong quy trình đánh giá công chức hiện nay thì kết quả đánh giá công chức của người đứng đầu có vai trò quyết định, bởi cấp trên là người đánh giá chính xác nhất năng lực của công chức khi cấp trên giao việc với mức độ và tính chất công việc mà chỉ cấp trên mới đánh giá được qua quá trình giao việc, thử việc, trang bị kiến thức và đào tạo kỹ năng nghiệp vụ liên quan trực tiếp tới hoạt động lãnh đạo, quản lý của cấp trên. Tuy nhiên, theo quy định hiện nay, việc sử dụng lá phiếu tập thể trong quy trình bổ nhiệm và bổ nhiệm lại công chức lãnh đạo khiến cho chủ thể có thẩm quyền đánh giá có tâm lý “ngại va chạm” đối với cấp dưới để tránh trường hợp không đủ số lượng phiếu bầu khi được bổ nhiệm hay tái bổ nhiệm. Như vậy, từ một quy định nhằm đề cao tinh thần dân chủ thể, thông qua lá phiếu của tập thể để lựa chọn người xứng đáng, vô hình chung lại lại làm phát sinh hai bất cập: *Thứ nhất*, là người đứng đầu không đánh giá đúng năng lực của công chức đơn vị mình để tránh “mất lòng” cấp dưới; *Thứ hai*, người được tập thể bầu vào chức vụ lãnh đạo nhiều khi lại không có năng lực thực sự mà chỉ vì “ít va chạm” nên nhận được sự ủng hộ của tập thể.

*

Để góp phần nâng cao hiệu quả đánh giá thực thi công vụ của công chức, cần phải đổi mới quy trình đánh giá công chức. Chúng ta cần tiếp tục nghiên cứu, áp dụng các phương pháp, các quy trình đánh giá công chức phù hợp bởi đánh giá đúng công chức chính là bước đi cơ bản trong tiến trình chuyên nghiệp hóa đội ngũ công chức và xây dựng thành công nền hành chính chính quy, chuyên nghiệp và từng bước hiện đại trong thời kỳ mới ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Cao Thị Lan Anh (2014), *Đánh giá công chức ở các cơ quan hành chính từ thực tiễn tỉnh Quảng Bình*, Tạp chí Tổ chức Nhà nước số 9/2014, tr.17- 20.
2. Nguyễn Thị Đào (2016), *Đánh giá hàng năm đối với công chức hành chính nhà nước cấp tỉnh*, Luận văn ThS. Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.
3. Đoàn Nhân Đạo (2014), *Tiêu chí và phương pháp đánh giá công chức cấp xã đáp ứng yêu cầu cải cách hành chính*; Tạp chí Quản lý nhà nước, số 222, tr.17-20.
4. Đoàn Nhân Đạo (2015), *Công tác đánh giá công chức cấp xã ở tỉnh Quảng Bình hiện nay*, Tạp chí Quản lý nhà nước, số 233, tr. 88-91.
5. Đoàn Nhân Đạo (2015), *Một số yếu tố ảnh hưởng tới hoạt động đánh giá công chức cấp xã*, Tạp chí Tổ chức Nhà nước, số 12/2015, tr. 19 - 22.
6. Hoàng Thị Giang (2016), *Hoàn thiện hệ thống pháp luật về đánh giá công chức ở Việt Nam*, Tạp chí Quản lý nhà nước, số 248, tr. 18 - 22.
7. Tô Từ Hạ (chủ biên - 1998), *Công chức và vấn đề xây dựng đội ngũ cán bộ, công chức hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.
8. Lê Thị Vân Hạnh (2008), “*Nghiên cứu lý thuyết và thực tiễn mô hình đánh giá và trả lương dựa trên thực thi công việc*”; Đề tài khoa học cấp khoa.
9. Nguyễn Thị Hồng Hải (2011), “*Mô hình quản lý thực thi công vụ theo định hướng kết quả: Lý luận và thực tiễn*”; Đề tài khoa học cấp cơ sở.
10. Nguyễn Hữu Hải (chủ biên - 2009), “*Tìm hiểu hành chính công Hoa Kỳ - lý thuyết và thực tiễn*”, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.
11. Nguyễn Thị Hồng Hải (2012), *Hoàn thiện quá trình đánh giá công chức ở Việt Nam dựa trên kết quả thực thi công việc*, Tạp chí Quản lý nhà nước, số 202, tr.40-44.
12. Nguyễn Thu Huyền (2006), *Kinh nghiệm đánh giá công chức của một số nước trên thế giới*, Tạp chí Quản lý nhà nước, số 131, tr. 48 -51.
13. Hoàng Mai (2009), *Hoàn thiện mô hình phân cấp trong đánh giá công chức hành chính nhà nước*, Tạp chí Tổ chức nhà nước, số 10, tr. 34-36.
14. Hà Quang Ngọc (chủ nhiệm - 2011), *Đổi mới phương pháp đánh giá công chức trong các cơ quan hành chính nhà nước*, Đề tài khoa học cấp Bộ.
15. Trịnh Xuân Thắng (2016), *Đổi mới công tác đánh giá công chức ở Việt Nam*, Tạp chí Tổ chức nhà nước, số 8, tr. 11-14.
16. Đào Thị Thanh Thủy (2015), *Đánh giá công chức theo kết quả thực thi công vụ tại một số nước thuộc OECD*, Tạp chí Tổ chức nhà nước, số 1, tr. 57 – 60.
17. Đào Thị Thanh Thủy (2015), *Đánh giá công chức theo kết quả thực thi công vụ*, Luận án TS. Học viện Hành chính quốc gia.
18. Đào Thị Thanh Thủy (2013), *Áp dụng các chỉ số then chốt đo lường kết quả thực thi trong đánh giá công chức*, Tạp chí Tổ chức nhà nước, số 9, tr.56-58.
19. Trần Thị Thanh Thủy (chủ nhiệm - 2011), “*Quản lý thực thi đối với công chức trong bối cảnh cải cách quản lý công ở Việt Nam*”; Đề tài khoa học cấp cơ sở.
20. ADB-MOHA, International Workshop - Comparative Approaches and Experiences to Managing Civil Servants, Ha Long 15-16/6/2006.
21. OECD (2005), “Performance Related Pay Policies for Government Employees”.

HÀNH VI ĐỊNH GIÁ BẤT HỢP LÝ TRONG HOẠT ĐỘNG CHUYỂN GIAO QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ THEO QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT CẠNH TRANH

Bùi Thị Hằng Nga*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Cạnh tranh, quyền sở hữu trí tuệ, định giá hủy diệt

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 13/06/2018

Biên tập : 18/09/2018

Duyệt bài : 25/09/2018

Tóm tắt:

Về nguyên tắc, chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ có quyền định giá đối với quyền sở hữu trí tuệ của mình. Tuy nhiên, theo quy định của Luật Cạnh tranh năm 2004, quyền năng đó có thể bị hạn chế và loại bỏ nếu mức giá được đưa ra là bất hợp lý (ép giá). Trên thực tế, hành vi ép giá có thể được thực hiện dưới hình thức định giá đầu vào cao hoặc định giá đầu ra thấp hoặc cả hai. Trong trường hợp chủ sở hữu quyền sở hữu trí tuệ định giá quyền sở hữu trí tuệ quá cao sẽ dẫn đến trường hợp từ chối chuyển giao. Ngược lại, nếu hành vi ép giá được thực hiện bằng cách định giá hàng hóa chứa đựng quyền sở hữu trí tuệ quá thấp thì sẽ tạo nên hành vi định giá hủy diệt. Bài viết đề cập đến hành vi định giá hủy diệt trong hoạt động chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ theo quy định của pháp luật cạnh tranh.

Article Information:

Keywords: competition law, intellectual property rights, destructive pricing

Article History:

Received : 13 Jun 2018

Edited : 18 Sep. 2018

Approved : 25 Sep. 2018

Abstract

In principle, the owners possess the right to set the prices for their intellectual property rights. However, under the provisions of the Competition Law, this right can be restricted and eliminated if the price is unreasonably offered (predatory pricing). In practice, the high pricing behavior can be done in the manner of high-input pricing or low- output pricing, or both. In cases the owner sets too high pricing to his intellectual property rights, which will lead to the case of refusal to the intellectual property transfer. On the other hand, if low pricing behavior is set forth for the goods with intellectual property rights, which is known as destructive pricing behavior. This article refers to the behavior of destructive pricing in the transfer of intellectual property rights in accordance with the provisions of competition law.

1. Đặt vấn đề

Về nguyên tắc, việc định giá quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) là quyền tự do của

chủ sở hữu. Tuy nhiên, theo quy định của pháp luật cạnh tranh, quyền tự do đó có thể bị ngăn cấm nếu hành vi định giá bị xem là hành vi bất hợp lý (ép giá -Margin squeeze).

Hành vi ép giá (*squeeze margin*) là hành vi của một doanh nghiệp có tham gia cạnh tranh trên cả thị trường đầu nguồn (upstream market) và thị trường cuối nguồn (downstream market), và lạm dụng vị trí thống lĩnh sẵn có trên thị trường đầu nguồn để nâng giá đến sát mức giá bán sản phẩm trên thị trường cuối nguồn. Khách hàng tại thị trường đầu nguồn - đồng thời là đối thủ cạnh tranh trên thị trường cuối nguồn - của doanh nghiệp sẽ bị thu hẹp biên độ lợi nhuận hoặc bị loại trừ ra khỏi thị trường vì bị áp giá đầu vào quá cao nhưng phải giữ giá đầu ra ở mức cạnh tranh¹. Theo cách tiếp cận này, hành vi ép giá được xác định dựa vào các dấu hiệu sau: 1) Sản phẩm được định giá là sản phẩm khó thay thế trên thị trường liên quan; 2) Doanh nghiệp đầu nguồn bán (chuyển giao) sản phẩm cho một hoặc nhiều doanh nghiệp khác ở thị trường cuối nguồn; 3) Doanh nghiệp đầu nguồn cũng là đối thủ cạnh tranh với doanh nghiệp nhận chuyển giao tại thị trường cuối nguồn².

Trong hoạt động chuyển giao quyền SHTT, hành vi ép giá xảy ra khi doanh nghiệp sở hữu quyền SHTT định giá chuyển giao quyền SHTT thật cao đối với các chủ thể muốn nhận chuyển giao (ở thị trường đầu nguồn) nhưng lại bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ phát sinh trực tiếp từ quyền SHTT tại thị trường tiêu thụ (thị trường cuối nguồn) với giá thật thấp. Từ đó khiến các doanh nghiệp nhận chuyển giao quyền SHTT cũng đồng thời là khách hàng của doanh nghiệp định giá không có khả năng cạnh tranh về giá, bị loại bỏ ra khỏi thị trường, gây ảnh hưởng đến môi trường cạnh tranh và lợi ích

của người tiêu dùng. Vì vậy, hành vi ép giá được xem là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và bị cấm theo quy định của pháp luật cạnh tranh của hầu hết các quốc gia. Trong trường hợp chủ sở hữu quyền SHTT ấn định giá chuyển giao quá cao làm cho các chủ thể không có khả năng đáp ứng nhằm không đạt được các thỏa thuận liên quan đến đối tượng chuyển giao thì hành vi ép giá đó được xem như một hình thức của hành động từ chối chuyển giao³. Ngược lại, trong trường hợp hành vi ép giá diễn ra tại thị trường cuối nguồn bằng cách ấn định giá đầu ra (giá bán hàng hóa, dịch vụ chứa đựng quyền SHTT) quá thấp nhằm loại trừ khả năng cạnh tranh về giá của chủ thể nhận chuyển giao (đồng thời là chủ thể cạnh tranh ở thị trường cuối nguồn) thì có thể cấu thành nên hành vi định giá hủy diệt (định giá cướp đoạt)⁴. Do đó, việc xem xét hành vi ép giá của các chủ sở hữu quyền SHTT có vi phạm pháp luật cạnh tranh hay không sẽ phụ thuộc vào tác động của hành vi ấy dưới khía cạnh là hành vi từ chối chuyển giao quyền SHTT hoặc hành vi định giá hủy diệt. Trong bài viết, chúng tôi trình bày các khía cạnh của hành vi ép giá dẫn đến định giá hủy diệt⁵.

2. Hành vi định giá hủy diệt

2.1 Xác định hành vi định giá hủy diệt

Dưới góc độ phát triển kinh tế và quản lý nhà nước, hành vi định giá quá thấp có thể là hành vi vi phạm pháp luật nếu nó đủ các yếu tố cấu thành hành vi định giá hủy diệt. "Định giá hủy diệt là việc các doanh nghiệp có quyền lực thị trường ấn định giá bán sản phẩm quá thấp trong một thời gian đủ dài

1 Đoàn Tử Tích Phước, Thị trường phim chiếu rạp: Cuộc chiến bóp nghẹt lợi nhuận, xem trang <http://vietnamnet.vn/vn/tuanvietnam/cuoc-chien-bop-nghet-loi-nhuan-310624.html> truy cập ngày 05/6/2018

2 OECD - DAF/COMP (2009)36, Margin squeeze, p. 7.

3 OECD - DAF/COMP (2009)36, Margin squeeze, p. 29.

4 OECD - DAF/COMP (2009)36, Margin squeeze, p. 8.

5 Liên quan đến hành vi ép giá dẫn đến từ chối chuyển giao quyền SHTT xin xem thêm bài viết: Bùi Thị Hằng Nga, Từ chối chuyển giao quyền SHTT dưới góc nhìn của pháp luật cạnh tranh, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 8 (336), tháng 4/2017.

nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh ra khỏi thị trường hoặc (và) ngăn cản không cho đối thủ cạnh tranh mới gia nhập thị trường. Sau khi hoàn tất mục đích ngăn cản hoặc hủy bỏ, doanh nghiệp này sẽ tăng giá một cách đáng kể nhằm bù đắp các khoản lỗ và các khoản lợi nhuận đã bỏ qua bởi mức độ cạnh tranh trên thị trường đã giảm”⁶. Theo đó, bản chất bất hợp pháp của hành vi định giá hủy diệt là: *giá bán sản phẩm quá thấp; và nhằm mục đích loại bỏ đối thủ cạnh tranh ra khỏi thị trường hoặc ngăn cản đối thủ cạnh tranh gia nhập thị trường*

2.1.1 Giá bán hàng hóa quá thấp

Sẽ là bất hợp pháp nếu như doanh nghiệp dựa vào năng lực tài chính của mình, bất chấp lợi nhuận âm, vẫn đẩy giá bán của hàng hóa trên thị trường xuống mức thấp nhất nhằm loại bỏ các doanh nghiệp khác không có đủ tiềm lực tài chính để chịu lỗ ra khỏi thị trường hoặc ngăn cản các doanh nghiệp mới muốn gia nhập thị trường bởi tỷ suất sinh lợi nhỏ hơn 0. Để xem xét khả năng hủy diệt của một doanh nghiệp thì phải làm rõ hai yếu tố: (i) doanh nghiệp thực hiện hành vi có năng lực tài chính để chi phối giá của hàng hóa, dịch vụ trên thị trường; (ii) giá bán hàng hóa, dịch vụ thấp một cách giả tạo (bất hợp lý)⁷. Tuy nhiên, đây không phải là một việc làm dễ dàng bởi giá của sản phẩm bị chi phối bởi rất nhiều các yếu tố khách quan cũng như chủ quan như: cơ cấu giá, cơ cấu chi phí, bối cảnh thị trường...

Doanh nghiệp thực hiện hành vi có vị trí thống lĩnh (sức mạnh thị trường đáng kể)

Thông thường, một doanh nghiệp chỉ có khả năng chi phối giá của hàng hóa, dịch vụ trên thị trường khi nó có sức mạnh

(quyền lực) thị trường. *Sức mạnh thị trường (market power)* là thuật ngữ kinh tế thông dụng được dùng trong lĩnh vực cạnh tranh để đánh giá khả năng gây tác động phản cạnh tranh của hành vi thỏa thuận hay hành vi đơn phương được thực hiện bởi các chủ thể kinh doanh trên thị trường⁸. Đó là khả năng tác động đến giá của sản phẩm trong một giai đoạn đáng kể⁹. Nó là một trong những yếu tố quan trọng để xác định hành vi của một doanh nghiệp có phải là hành vi định giá hủy diệt hay không, bởi chỉ những doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đáng kể mới có khả năng can thiệp đến giá hàng hóa, dịch vụ. Sức mạnh thị trường đáng kể được hiểu là sức mạnh thị trường ở một mức độ đủ để doanh nghiệp nắm giữ có khả năng không phải hoặc ít đối mặt với áp lực cạnh tranh từ các chủ thể khác trên thị trường, từ đó có khả năng tăng lợi nhuận từ việc tăng và duy trì mức giá cao hơn mức giá được xác định trong thị trường cạnh tranh.

Hiện nay, nhiều nhà nghiên cứu cũng như các chuyên gia kinh tế và pháp luật đã đưa ra quan điểm “sức mạnh thị trường đáng kể là khả năng doanh nghiệp có thể gia tăng lợi nhuận từ việc tăng và duy trì mức giá cao hơn giá cạnh tranh hoặc hạn chế, kiểm soát sản lượng”¹⁰. Khi doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đạt đến một mức độ đáng kể sẽ được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường. Nói cách khác, có sự thống nhất giữa khái niệm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường với doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đáng kể.

Tại châu Âu, khái niệm vị trí thống lĩnh được đưa ra trong phán quyết đối với vụ việc *United Brands v. Commission* (1978).

6 David W. Pearce (1999), Từ điển kinh tế học hiện đại, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 808.

7 Chương trình giảng dạy kinh tế Fulbright, bài 54: Bán phá giá hủy diệt.

8 Phùng Văn Thành, Sức mạnh thị trường đáng kể từ lý thuyết kinh tế đến quy định của pháp luật cạnh tranh, Tạp chí Cạnh tranh và tiêu dùng số 36/2012, tr. 22.

9 David W. Pearce (1999), Từ điển kinh tế học hiện đại, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 637.

10 Tlđd số 9, tr. 22.

Theo đó, “vị trí thống lĩnh vì vậy được xác định, hay có liên quan tới vị trí với sức mạnh kinh tế của một thể chế thị trường mà có thể cho phép nó thực hiện việc ngăn cản hoạt động cạnh tranh hiệu quả đang tồn tại và được duy trì trên thị trường liên quan bằng cách sử dụng sức mạnh thị trường để hành động trong một chừng mực nào đó là độc lập đáng kể với các đối thủ cạnh tranh, người tiêu dùng”¹¹. Tại Hoa Kỳ, khái niệm sức mạnh thị trường hay vị trí thống lĩnh được Tòa án Tối cao xác định là “...khả năng doanh nghiệp với sức mạnh của mình có thể tăng và duy trì mức giá của sản phẩm hay dịch vụ cao hơn mức giá được xác định trong điều kiện thị trường cạnh tranh thông thường. Và sức mạnh độc quyền là sức mạnh để có thể kiểm soát giá hoặc loại trừ cạnh tranh”¹².

Để xác định xem một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hay không, pháp luật cạnh tranh và cơ quan cạnh tranh ở nhiều quốc gia như Hoa Kỳ, châu Âu hoặc Nhật Bản vẫn dựa vào thị phần của doanh nghiệp như là dấu hiệu đầu tiên cần xem xét. Tuy nhiên, pháp luật của các quốc gia này không quy định chính xác mức thị phần chiếm giữ để coi một doanh nghiệp có sức mạnh thị trường hay vị trí thống lĩnh. Ví dụ, theo Luật Cạnh tranh châu Âu, nếu doanh nghiệp chiếm thị phần từ 50% trở lên sẽ được giả định chắc chắn có vị trí thống lĩnh hay sức mạnh thị trường đáng kể mà không cần phải xem xét đến các yếu tố khác. Nhưng, nếu doanh nghiệp đó chiếm mức thị phần từ 40% đến 50% thì chỉ được giả định tương đối chắc chắn về khả năng có sức mạnh thị trường đáng kể nhưng để kết luận rằng doanh nghiệp đó có vị trí thống lĩnh hay không thì cần phải có các chứng cứ nhằm chứng minh

các yếu tố khác liên quan đến khả năng chi phối cũng như tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh¹³. Như vậy, theo quy định của pháp luật Hoa Kỳ và châu Âu, thị phần là yếu tố quan trọng nhưng không phải là yếu tố duy nhất để đánh giá sức mạnh thị trường đáng kể của một doanh nghiệp. Bên cạnh yếu tố thị phần, các cơ quan cạnh tranh có thể xem xét thêm các yếu tố khác của doanh nghiệp như khả năng tài chính của doanh nghiệp, lợi thế về công nghệ, những phát minh sáng chế hay cải tiến kỹ thuật, sản phẩm mà doanh nghiệp đang nắm giữ, cũng như các yếu tố khách quan của thị trường như: cấu trúc thị trường, rào cản gia nhập, chi phí chuyển đổi...¹⁴.

Tại Việt Nam, sức mạnh thị trường của doanh nghiệp được xác định dựa vào thị phần của chính doanh nghiệp đó trên thị trường liên quan. Theo đó, doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có thị phần từ 30% trở lên (50%, 65% hoặc 75% đối với 2, 3 hoặc 4 doanh nghiệp) trên thị trường liên quan hoặc có khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể¹⁵. Khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của doanh nghiệp trên thị trường liên quan được xác định dựa vào một hoặc một số căn cứ chủ yếu sau: 1. Năng lực tài chính của doanh nghiệp; 2. Năng lực tài chính của tổ chức kinh tế, cá nhân thành lập doanh nghiệp; 3. Năng lực tài chính của tổ chức, cá nhân có quyền kiểm soát hoặc chi phối hoạt động của của doanh nghiệp theo quy định của pháp luật hoặc điều lệ của doanh nghiệp; 4. Năng lực tài chính của công ty mẹ; 5. Năng lực công nghệ; 6. Quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp; 7. Quy mô của mạng lưới phân phối¹⁶.

11 Tlđd số 9, tr. 22.

12 Tlđd số 9, tr. 23.

13 Tlđd số 9, tr. 24.

14 Tlđd số 9, tr. 25.

15 Điều 11 Luật Cạnh tranh 2004.

16 Điều 22, Nghị định 116/2005/NĐ-CP.

Giá bán hàng hóa, dịch vụ thấp một cách giả tạo, bất hợp lý

Dưới góc độ kinh tế, trong hoàn cảnh bình thường, thì giá bán của hàng hóa, dịch vụ phải đảm bảo bù đắp được chi phí sản xuất. Do đó, để xem xét giá bán của hàng hóa, dịch vụ có hợp lý hay không người ta thường sử dụng biện pháp so sánh giữa giá bán thực tế với giá thành sản phẩm (chi phí sản xuất). Theo cách tiếp cận truyền thống thì chi phí sản xuất là tổng các chi phí cố định và chi phí biến đổi tại một mức độ sản xuất nhất định nào đó của doanh nghiệp. *Chi phí cố định (fixed costs)* là những chi phí không thay đổi theo mức độ sản xuất hay doanh số như tiền thuê mặt bằng, tiền khấu hao máy móc, thiết bị và nhà xưởng, tiền lãi và tiền lương của các cán bộ quản lý... *Chi phí biến đổi (variable costs)* là khoản chi phí trực tiếp trên một đơn vị sản phẩm các chi phí liên quan đến nguyên vật liệu, nhiên liệu, tiền lương theo sản phẩm... Với cách tiếp cận truyền thống, việc xác định giá bán hàng hóa có hợp lý hay không dựa vào tổng chi phí sản xuất trung bình mà theo đó, nếu giá bán hàng hóa thấp hơn tổng chi phí sản xuất trung bình sẽ tạo thành hành vi định giá hủy diệt.

Ngoài cách tiếp cận truyền thống, các nhà quản lý còn dựa vào các yếu tố khác của hành vi định giá không loại trừ mục đích của việc thực hiện hành vi là loại bỏ hoặc ngăn cản đối thủ cạnh tranh. Những yếu tố này bao gồm: *mức chênh lệch thực tế giữa chi phí sản xuất hoặc chi phí hạch toán và giá bán sản phẩm đó; khoảng thời gian hoạt động bán hàng với mức giá nghi ngờ diễn ra; hoàn cảnh hay bối cảnh thực tế của doanh nghiệp, của thị trường khi diễn ra việc bán hàng với mức giá nghi ngờ; liệu có những lợi ích bên ngoài hay dài hạn dồn về cho người bán để người bán có khả năng giảm giá thấp hơn so với chi phí*¹⁷.

Hiện nay, các nhà chuyên môn cho

rằng, việc xác định tính hợp lý của giá bán hàng hóa được thực hiện dựa trên nguyên tắc: giá bán hàng hóa cao hơn tổng chi phí trung bình mặc nhiên là hợp pháp dù doanh nghiệp thực hiện có sức mạnh thị trường hay không; giá bán hàng hóa được ấn định thấp hơn mức chi phí biên đổi trung bình bị coi là bất hợp pháp trừ trường hợp có những bằng chứng rõ ràng chứng minh cho các trường hợp đặc biệt của quá trình kinh doanh được phép bán với mức giá đó như bán hàng trưng bày, hàng tồn kho, hàng lỗi...; và giá bán hàng hóa thấp hơn chi phí sản xuất trung bình nhưng cao hơn chi phí biến đổi trung bình có thể bị xem là bất hợp pháp, điều đó phụ thuộc vào kết quả điều tra liên quan đến việc xác định mức giá¹⁸.

2.1.2 Nhằm mục đích loại bỏ đối thủ cạnh tranh ra khỏi thị trường hoặc ngăn cản đối thủ cạnh tranh gia nhập thị trường

Việc định giá bán hàng hóa, dịch vụ thấp không mặc nhiên bị xem là hành vi hủy diệt mà cần phải đánh giá khả năng loại bỏ hoặc ngăn cản đối thủ cạnh tranh thông qua mức giá đã được ấn định. Để chứng minh điều này, tòa án và cơ quan cạnh tranh phải chứng minh xem chủ thể thực hiện hành vi có ý định "cướp đoạt" lợi nhuận sau khi đã loại bỏ hoặc ngăn cản các đối thủ cạnh tranh hay không. Quá trình chứng minh phải thực hiện việc điều tra qua hai giai đoạn:

- Giai đoạn 1: hủy diệt đối thủ cạnh tranh bằng cách đẩy giá hàng hóa trên thị trường tiêu thụ xuống thấp hơn chi phí sản xuất. Với sức mạnh thị trường đáng kể cùng với sức mạnh tài chính và công nghệ, doanh nghiệp sẽ áp đặt mức giá có độ chênh lệch lớn so với đối thủ và duy trì nó trong một thời gian đủ lâu để buộc các đối thủ phải chạy đua giảm giá nếu muốn tồn tại và đến một mức nào đó các đối thủ yếu hơn buộc phải rời bỏ thị trường.

17 Cơ quan Phát triển quốc tế Canada, Luật Cạnh tranh Canada và bình luận, tr. 78.

18 OECD (1989), Predatory pricing, p. 64.

- Giai đoạn 2: khai thác quyền lực thị trường bằng cách tăng giá thật cao nhằm bù đắp các khoản thiệt hại đã phải gánh chịu trong giai đoạn 1. Đây là mục đích chính của các doanh nghiệp khi thực hiện chiến lược định giá hủy diệt. Nếu không chứng minh được mục đích này của doanh nghiệp bị cáo buộc thì hành vi định giá thấp bất hợp lý của họ không mặc nhiên bị xem là hành vi định giá hủy diệt. Điều này được khẳng định trong án lệ *R. v. Producer's Dairy Ltd.* Theo đó, năm 1961, một nhà máy cung cấp sữa lớn tại khu vực Ottawa (Canada) với mục đích mở rộng mạng lưới phân phối của mình tại một chuỗi các siêu thị tại địa phương nên họ thực hiện việc giảm giá mạnh cho các nhà bán lẻ và bán buôn. Sau khi thực hiện chiến dịch giảm giá, các doanh nghiệp khác cùng cung cấp mặt hàng sữa tại các siêu thị trên có đơn khởi kiện yêu cầu tòa án xem xét về hành vi định giá hủy diệt của họ. Tuy nhiên, sau quá trình điều tra, tòa án cho rằng việc giảm giá ở đây không phải là chính sách giảm giá lâu dài nhằm loại bỏ các đối thủ cạnh tranh mà chỉ là chiến lược kinh doanh của họ nhằm mở rộng mạng lưới phân phối nên không có đủ bằng chứng để cáo buộc hành vi giảm giá của họ là hành vi định giá hủy diệt¹⁹.

2.2 Điều chỉnh pháp luật đối với hành vi định giá hủy diệt

Tại Hoa Kỳ, hành vi định giá hủy diệt đã được thống nhất bởi quan điểm của Tòa án tối cao trong hai vụ việc *Cargill, inc. v. Monfort of Colorado, Inc., and Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp*²⁰.

Theo đó, nếu Tòa án chứng minh được rằng một doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đã đưa ra một mức giá hủy diệt thì hành vi đó bị xem là vi phạm mặc nhiên theo Điều 2 Đạo Luật Sherman với 3 lý do:

(1) Hành vi đó loại trừ hoặc hạn chế cạnh tranh;

(2) Mục đích của hành vi là nhằm kiểm soát giá hoặc loại bỏ đối thủ cạnh tranh;

(3) Đe dọa nghiêm trọng đến phúc lợi của người tiêu dùng²¹.

Tuy nhiên, để xem xét hành vi của một chủ thể có phải là hành vi định giá hủy diệt hay không thì các cơ quan có thẩm quyền phải làm sáng tỏ được hai yêu cầu: (1) giá được đưa ra có phải là mức giá thấp bất hợp lý hay không; và (2) khoản lỗ do bán hàng hóa với giá thấp có khả năng được bù đắp sau khi loại bỏ được các đối thủ cạnh tranh ra khỏi thị trường hay không²². Như vậy, họ phải chứng minh được mức giá được đưa ra bởi một doanh nghiệp là mức giá hủy diệt, vì trên thực tế việc xác định giá thành của một sản phẩm dựa vào chi phí biến đổi trung bình cũng không đủ căn cứ để khẳng định rằng mức giá đưa ra mức giá hủy diệt. Nguyên tắc này được khẳng định trong án lệ *Meijer*. Trong án lệ, Công ty Abbot được cấp bằng sáng chế đối với chất ức chế Norvir (một hoạt chất dùng trong thuốc điều trị HIV). Sau khi hoạt chất Norvir được phát minh, nó được bán lại cho các công ty dược phẩm có nhu cầu. Sau đó, có nhiều loại thuốc chứa hoạt chất này nhằm mục đích điều trị căn bệnh HIV được sản xuất bởi các công ty dược phẩm khác bên cạnh sản phẩm của Abbot. Năm 2003, Công ty Abbot quyết định tăng giá bán của Norvir lên 400% trong khi các sản phẩm chứa hoạt chất của Abbot trên thị trường vẫn được giữ nguyên giá. Abbot cho rằng, việc tăng giá Norvir là hợp lý bởi giá trị lâm sàng của nó trong quá trình điều trị căn bệnh thế kỷ. Sau đó, Công ty Meijer khởi kiện Abbot với lý do hành vi tăng giá bán Norvir là một cách thức để

19 OECD (1989), Predatory pricing, p. 48.

20 475 US 574(1986).

21 OECD (1989), Predatory pricing, p. 40.

22 OECD- DAF (COMP) 36/2009, p. 251.

Abbot tăng cường sức mạnh thị trường của mình bởi doanh thu của việc bán Norvir cho phép Abbot có thể duy trì mức giá thấp hơn cho các loại thuốc chứa hoạt chất Norvir. Điều này sẽ giúp Abbot loại bỏ các đối thủ cạnh tranh khác trên thị trường thuốc điều trị HIV²³.

Abbot cho rằng Meijer phải chứng minh giá của sản phẩm điều trị chứa hoạt chất Norvir của Abbott thấp hơn chi phí sản xuất biên đổi trung bình của Abbott. Tuy nhiên, theo quan điểm của thẩm phán giải quyết vụ việc thì việc xác định giá bán sản phẩm của Abbot thấp hơn chi phí sản xuất của Meijer cũng không đủ căn cứ để khẳng định rằng giá Abbot đưa ra là mức giá hủy diệt, bởi “đối với ngành dược phẩm, một nhà sản xuất dược phẩm phải đầu tư các khoản chi phí rất lớn cho hoạt động nghiên cứu phát triển sản phẩm. Điều đó có nghĩa chi phí cố định trong trường hợp này sẽ rất cao. Và nếu dựa vào tổng chi phí sản xuất trung bình của sản phẩm cho trường hợp này thì chắc chắn giá bán của sản phẩm sẽ luôn cao hơn chi phí”. Do vậy, cách tiếp cận truyền thống không thể xác định được giá mà Abbot ấn định cho Norvir có phải là giá hủy diệt hay không.

Bên cạnh đó, nếu chỉ dựa vào chi phí biên đổi trung bình để xem xét giá thành của loại thuốc có chứa hoạt chất Norvir do Abbot sản xuất thấp hơn giá loại thuốc tương tự của các doanh nghiệp khác sản xuất nhằm khẳng định rằng mức giá của Abbot là mức giá hủy diệt cũng không hợp lý bởi chúng ta không thể so sánh giá thành sản xuất của một sản phẩm của một chủ thể không được cấp bằng sáng chế với một chủ thể đang nắm giữ bằng sáng chế liên quan đến sản phẩm. Bởi đó cũng là một lợi thế đáng có để các

chủ thể sở hữu bằng sáng chế sẵn sàng chia sẻ các thành quả của hoạt động sáng chế ra thị trường.

Trên nguyên tắc đó, hiện nay tại Hoa Kỳ, quan điểm của Tòa án trong xác định hành vi ấn định giá của một chủ thể có mang tính hủy diệt hay không phải được đánh giá dưới các khía cạnh: 1) Giá trên tổng chi phí không nên là căn cứ để xác định mức giá hủy diệt; 2) Giá giữ biến số trung bình trên tổng chi phí về lâu dài cũng không nên là căn cứ xác định mức giá hủy diệt vì nó có thể thay đổi với một số yếu tố như trình độ công nghệ, thị hiếu của người tiêu dùng, mức độ cạnh tranh của thị trường... Điều đó có nghĩa rằng giá của cùng một sản phẩm ở các thị trường cạnh tranh khác nhau có thể là khác nhau; 3) Ngay cả mức giá dựa trên chi phí biên đổi trung bình cũng không nên được xem là căn cứ duy nhất để xác định mức giá hủy diệt mà cần phải dựa vào các yếu tố khác, ví dụ như đối với những chủ thể mới gia nhập thị trường thì việc bán hàng hóa với mức giá thấp cũng là một cách thức cần thiết để tồn tại và phát triển²⁴.

Vì vậy, tùy vào từng trường hợp cụ thể Tòa án xem xét, ra quyết định mức giá áp dụng có phải là mức giá hủy diệt hay không thay vì đưa ra một công thức tính giá cụ thể. Thêm nữa, trong từng vụ việc cụ thể, các căn cứ xác định chi phí sản xuất có thể bị che giấu bởi doanh nghiệp định giá; nên trong trường hợp này, các thẩm phán cũng cần vận dụng các kiến thức kinh tế cũng như số liệu kế toán nhằm đưa ra quyết định đúng đắn.

Theo Luật Cạnh tranh Canada, hành vi định giá hủy diệt có thể được xem là một hình thức của hành vi ấn định giá bán hàng hóa, dịch vụ dưới giá thành sản phẩm nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh²⁵. Điều 78(1) của

23 “Monopolies, Innovation, and Predatory Pricing: Observations on Some Hard Questions in the Section 2 Context” accessed June 8, 2018, p. 14.

24 OECD (1989), Predatory pricing, p. 76,

25 OECD - DAF/COMP (2009) 36, Margin squeeze, p. 82.

Luật Cạnh tranh Canada quy định, nếu một công ty cố ý đưa ra một mức giá thấp và chấp nhận chịu lỗ trong một thời gian đủ dài nhằm loại bỏ hoặc ngăn chặn các đối thủ cạnh tranh với kỳ vọng rằng công ty sẽ bù đắp được các khoản tổn thất và tìm kiếm được nhiều lợi nhuận hơn bằng cách tăng giá cao hơn ngay sau khi đã loại bỏ hoặc ngăn chặn các đối thủ cạnh tranh thành công. Tuy nhiên, để xem xét hành vi định giá hủy diệt của doanh nghiệp thì cơ quan cạnh tranh sẽ xét xem doanh nghiệp bị cáo buộc thực hiện hành vi định giá hủy diệt phải có quyền lực thị trường trước khi tiến hành điều tra xem mức giá của đối tượng bị buộc tội có thấp một cách bất hợp lý hay không.

Theo đó, cơ quan quản lý cạnh tranh, trước khi đưa ra quyết định của mình đòi hỏi phải phân tích theo hai bước: *bước 1*, xác định xem liệu có tồn tại điều kiện thị trường cho phép người bị buộc tội sẽ thu hồi lại được những tổn thất phải chịu do định giá quá thấp hay không (liệu người bán có quyền lực thị trường hay không). Để xác định một doanh nghiệp có quyền lực thị trường hay không, ngoài việc dựa vào thị phần (35% đối với một hãng riêng lẻ hay 65% đối với 04 hãng lớn nhất trên thị trường sẽ được áp dụng cho mọi trường hợp)²⁶, họ còn xem xét đến các điều kiện gia nhập thị trường để xác định xem hành vi định giá thấp bất hợp lý này có phải là một phần của chiến lược loại bỏ hoặc ngăn cản đối thủ cạnh tranh hay đơn thuần chỉ là hành vi giảm giá sản phẩm trong chiến lược kinh doanh của doanh nghiệp.

Sau khi xác định được doanh nghiệp có sức mạnh thị trường rồi sẽ tiếp tục thực hiện *bước 02*, xác định xem mức giá định ra đó có hợp lý trong sự tương quan với các chi phí của doanh nghiệp bị cáo buộc thực hiện hành vi định giá hủy diệt hay không. Về cơ

bản, các tiêu chí để xác định mức giá được đưa ra có thấp bất hợp lý hay không cũng tương tự như quan điểm của Tòa án Hoa Kỳ (như đã trình bày ở trên).

Tương tự như pháp luật của Hoa Kỳ và Canada, tại châu Âu, hành vi định giá hủy diệt sẽ bị ngăn cấm theo quy định tại Điều 102 TFEU (Hiệp định về hoạt động của Liên minh châu Âu) "...cấm đối với bất kỳ một hành vi lạm dụng nào do một hoặc một nhóm chủ thể kinh doanh trên thị trường có vị trí thống lĩnh thực hiện trong khuôn khổ thị trường chung hoặc phần khu vực trọng yếu có liên quan".

Các hành vi lạm dụng này chủ yếu bao gồm:

a) Áp đặt một cách trực tiếp giá mua hoặc giá bán hoặc các điều kiện giao dịch không công bằng; c) Áp đặt các điều kiện giao kết hợp đồng với các bên giao dịch khác, từ đó đặt họ vào thế bất lợi cạnh tranh²⁷.

Xét về bản chất, mức giá thấp bất hợp lý cũng được xem như một cách thức áp đặt giá đồng thời cũng được xem là điều kiện giao kết hợp đồng bất hợp lý. Vì hành vi này bao gồm hai giai đoạn loại trừ và cướp đoạt: (1) các doanh nghiệp có sức mạnh thị trường đáng kể sẽ lạm dụng vị trí đó của mình để áp đặt mức giá thấp giả tạo đủ để loại trừ hoặc ngăn cản các đối thủ cạnh tranh trên thị trường tiêu thụ; (2) sau khi loại bỏ hoặc ngăn cản các đối thủ cạnh tranh thành công, doanh nghiệp sẽ tăng giá hàng hóa lên mức siêu cạnh tranh bằng cách sử dụng sức mạnh độc quyền của mình từ đó thực hiện hành vi cướp đoạt thông qua mức giá quá cao²⁸. Do vậy, hành vi định giá hủy diệt được xem như là một hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và bị ngăn cấm. Quan điểm này của Tòa án và cơ quan cạnh tranh được thể hiện thông qua

26 Cơ quan Phát triển quốc tế Canada, Luật Cạnh tranh Canada và bình luận, tr. 80.

27 Điều 82 Hiệp định Rome.

28 Christian Barthel (Faculty of Law- University of Lund), Predatory Pricing Policy under EC and US Law, 2002, p. 22.

án lệ ECS/AKZO. Theo đó, AKZO là một nhà sản xuất Hà Lan nắm giữ khoảng 50% thị trường Peroxit hữu cơ ở châu Âu. AKZO bị cáo buộc đã thực hiện hành vi áp đặt giá bán hàng hóa thấp bất hợp lý nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh theo quy định tại Điều 82 của Hiệp định Rome bởi ECS - một nhà sản xuất nhỏ của Anh cũng sản xuất Peroxit hữu cơ, được bán chủ yếu dưới dạng bột phụ gia - bằng cách giảm giá trực tiếp cho các khách hàng của ECS. Đồng thời phía ECS cũng đã thừa nhận rằng phía lãnh đạo AKZO đã từng yêu cầu ECS rút khỏi thị trường phụ gia Peroxit tại Anh nếu không sẽ áp dụng mức giá thấp dưới chi phí.

Sau đó, bằng hoạt động điều tra hai bước, Ủy ban châu Âu xác định được AKZO lạm dụng vị trí thống lĩnh của mình nhằm bán hàng hóa dưới mức chi phí bởi mức giá thấp này không được lý giải bởi các lý do hợp lý từ các yếu tố của thị trường. Hành vi đó của AKZO làm giảm hiệu quả cạnh tranh trên thị trường trong ngắn hạn và trong dài hạn sẽ dẫn đến loại bỏ ECS và các đối thủ cạnh tranh nhằm chiếm vị thế độc quyền của thị trường bột phụ gia tại Anh. Từ đó không loại trừ khả năng AKZO sẽ tăng giá đến mức siêu lợi nhuận nhằm bù đắp các tổn thất trước đó của mình. Do đó, Ủy ban châu Âu kết luận hành vi của AKZO vi phạm Điều 82 Hiệp định Rome và Điều 102 TFEU nên phạt AKZO 10 triệu Euro, đồng thời yêu cầu chấm dứt các hành vi vi phạm bao gồm cả hành vi định giá thấp giả tạo²⁹.

Tại Việt Nam, Luật Cạnh tranh năm 2004 không đề cập trực tiếp đến hành vi hủy diệt. Tuy vậy, nếu dựa vào bản chất của vấn đề, có thể nhận thấy rằng hành vi định giá

hủy diệt được xem xét dưới dạng là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền để bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh theo quy định tại Khoản 1 Điều 13. Tuy nhiên, các tiêu chí để xác định tính bất hợp pháp của hành vi còn nhiều hạn chế.

Thứ nhất, liên quan đến vị trí thống lĩnh

Theo quy định của Luật Cạnh tranh 2004 và Nghị định 116/2005/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Cạnh tranh, thị phần hoặc khả năng gây cản trở cạnh tranh là căn cứ duy nhất để xem xét liệu doanh nghiệp có sức mạnh thị trường hay không thay vì kết hợp cả các yếu tố trên đã tạo ra một nguyên tắc cứng nhắc trong việc xác định vị trí thống lĩnh của doanh nghiệp. Quy định này sẽ không đánh giá toàn diện, chính xác về khả năng ngăn cản hoặc loại bỏ đối thủ cạnh tranh của các chủ thể thực hiện các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh. Bên cạnh đó, các căn cứ để xem xét khả năng gây hạn chế của doanh nghiệp dựa vào năng lực tài chính, năng lực công nghệ, quy mô mạng lưới phân phối... theo quy định tại Điều 22 Nghị định 116/2005/NĐ-CP lại chưa rõ ràng và đầy đủ.

Do đó, việc xác định sức mạnh của thị trường cần phải được thực hiện kết hợp cả hai yếu tố thị phần và khả năng gây cản trở cạnh tranh theo cách tiếp cận của Dự thảo sửa đổi bổ sung Luật Cạnh tranh (vừa được Quốc hội thông qua tại kỳ họp thứ 5) cho phù hợp với thông lệ quốc tế cũng như phản ánh rõ bản chất nguy hại của hành vi định giá hủy diệt³⁰.

29 OECD (1989), Predatory pricing, p. 71-72.

30 Điều 28 Dự thảo 5 quy định: Sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp được xác định căn cứ vào một số trong các yếu tố sau đây: 1. Tương quan thị phần giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan; 2. Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường; 3. Khả năng tiếp cận, kiểm soát thị trường tiêu thụ sản phẩm hoặc thị trường nguồn cung; 4. Năng lực công nghệ, bao gồm cơ sở vật chất, kỹ thuật, trình độ công nghệ sản xuất, tính sẵn sàng của công nghệ và năng lực đổi mới công nghệ; 5. Cơ sở hạ tầng thiết yếu của doanh nghiệp hoặc khả năng nắm giữ, tiếp cận cơ sở hạ tầng thiết yếu; 6. Quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng quyền SHTT; ...

Thứ 2, xác định mức giá thấp bất hợp lý

Trừ những trường hợp đặc biệt, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ nhằm loại bỏ đối thủ cạnh tranh là việc bán hàng, cung ứng dịch vụ với mức giá thấp hơn tổng các chi phí dưới đây: a) Chi phí cấu thành giá thành sản xuất hàng hóa, dịch vụ hoặc giá mua hàng hóa để bán lại; b) Chi phí lưu thông hàng hóa, dịch vụ³¹.

Với quy định này thì căn cứ chính để xác định mức giá mà doanh nghiệp đưa ra có là mức giá hủy diệt hay không chính là giá thành sản xuất và lưu thông của hàng hóa, dịch vụ. Như đã trình bày ở trên, việc xác định giá thấp một cách bất hợp lý dựa vào giá thành sản xuất và lưu thông hàng hóa là không phù hợp, đặc biệt là trong lĩnh vực SHTT khi chủ thể thực hiện hành vi còn nắm giữ các lợi thế về phát minh, sáng chế.

Như vậy, theo quy định của pháp luật Việt Nam, chỉ cần một doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền bán hàng hóa hoặc cung ứng dịch vụ dưới giá thành sản xuất và lưu thông hàng hóa thì xem như là đã thực hiện hành vi định giá hủy diệt và bị ngăn cấm; trong khi đó, bản chất của hành vi định giá hủy diệt là ngăn cản hoặc loại bỏ đối thủ cạnh tranh lại không được pháp luật làm rõ.

3. Lời kết

Xét từ bản chất thì hành vi định giá hủy diệt là hành vi có mức độ nguy hại lớn cho cấu trúc cạnh tranh trên thị trường liên quan. Bởi nó không chỉ hướng đến loại bỏ, cản trở các đối thủ cạnh tranh trên thị

trường mà còn tác động tiêu cực đến lợi ích của người tiêu dùng. Tuy nhiên, trên thực tế không dễ dàng để xác định hành vi của chủ thể có phải là hành vi định giá hủy diệt hay không. Nó buộc Tòa án và cơ quan quản lý cạnh tranh phải thực hiện hoạt động điều tra hai bước: (1) xác định mức giá áp đặt là mức giá hủy diệt; (2) mục đích của việc đặt ra mức giá đó là loại bỏ đối thủ cạnh tranh nhằm tìm kiếm lợi nhuận cao hơn từ phía người tiêu dùng. Đó là một việc làm hết sức khó khăn và phức tạp, sự phức tạp đó đến từ những khó khăn trong việc xác định sức mạnh thị trường đáng kể thông qua yếu tố thị phần, thị trường liên quan, đồng thời xác định mức giá mua, giá bán cũng như các yếu tố khác để chứng minh mức giá đưa ra là bất hợp lý. Điều đó đòi hỏi các chủ thể xử lý ngoài nắm vững các quy định của pháp luật còn phải có các kiến thức, nghiệp vụ kinh tế. Bên cạnh đó, các quy định của pháp luật Việt Nam còn có những điểm hạn chế, chưa tương thích với cách tiếp cận và xử lý đối với hành vi định giá hủy diệt. Dù Luật Cạnh tranh sửa đổi bổ sung đã được Quốc hội khóa XIV kỳ họp thứ 5 thông qua³²; tuy nhiên, các bất cập nêu trên hiện vẫn chưa được giải quyết triệt để. Đó cũng chính là một trong những lý do giải thích cho thực trạng bỏ ngõ trong việc xử lý hành vi này dù trên thực tế nó vẫn đang diễn ra dưới hình thức này hay hình thức khác³³.

Do vậy, trong thời gian tới, Nhà nước cần ban hành các văn bản hướng dẫn phù hợp nhằm loại bỏ những hạn chế cũng như các bất đồng trong việc xử lý hành vi định giá hủy diệt tại thị trường Việt Nam, đặc biệt trong lĩnh vực SHTT■

31 Điều 23 Nghị định số 116/2005/NĐ-CP.

32 Xem <http://quochoi.vn/tintuc/Pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=36203> truy cập ngày 12/6/2018.

33 Về nhận định này, xem thêm: Đoàn Tử Tích Phước, Thị trường phim chiếu rạp: Cuộc chiến bóp nghẹt lợi nhuận, xem <http://vietnamnet.vn/vn/tuanvietnam/cuoc-chien-bop-nghet-loi-nhuan-310624.html> truy cập ngày 2 05/6/2018

Nguyễn Minh Đức (Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam - VCCI), Bốn giả thuyết cho “đại chiến” giữa Uber-Grab và Taxi. XEM <https://tuoitre.vn/bon-gia-thuyet-cho-dai-chien-giua-ubergrab-va-taxi-1359031.htm> truy cập ngày 12/6/2018.

Vinasun thừa nhận không cách nào đầu lại “giá hủy diệt” của Uber-Grab, xem <http://motthegioi.vn/kinh-te-c-67/kinh-te-so-c-100/vinasun-thua-nhan-khong-cach-nao-dau-lai-gia-huy-diet-cua-uber-va-grab-59770.html> truy cập ngày 12/6/2018.

TIÊU CHUẨN, THẨM QUYỀN VÀ THỦ TỤC PHÂN LOẠI ĐƠN VỊ HÀNH CHÍNH Ở TRUNG QUỐC

Bành Chấn Thanh*

Nguyễn Trọng Bình**

* ThS. NCS. Học viện Quản lý công, Đại học Nhân dân Trung Quốc.

** TS. Học viện Chính trị khu vực IV thuộc Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tiêu chuẩn; thẩm quyền; thủ tục; phân loại đơn vị hành chính

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/01/2018

Biên tập : 22/02/2018

Duyệt bài : 26/02/2018

Article Information:

Keywords: criteria; authority; procedures; classification of administrative geography unit

Article History:

Received : 26 Jan. 2018

Edited : 22 Feb. 2018

Approved : 26 Feb. 2018

Tóm tắt:

Do điều kiện lịch sử, văn hóa, kinh tế và nhiều yếu tố khác nên việc phân loại đơn vị hành chính ở mỗi quốc gia có sự khác nhau. Ở Trung Quốc, một trong những nguyên tắc cơ bản của việc thiết lập và phân chia đơn vị hành chính là phải đảm bảo tính ổn định lâu dài. Việc thay đổi đơn vị hành chính (chia tách, sáp nhập) phải nhằm mục đích phục vụ cho sự phát triển kinh tế - xã hội, quản lý hành chính, đảm bảo duy trì sự đoàn kết dân tộc hoặc củng cố quốc phòng an ninh.

Abstract

Due to the historical, cultural, economic circumstances and other factors, the classification of the administrative geography units in each country may be different. In China, one of the basic principles for division and establishment of an administrative geography unit is the long-term stability. The change of administrative geography unit (separation, merging) must be aimed at the socio-economic development, administrative management, maintenance of national unity or strengthening of national defense.

1. Nguyên tắc phân chia đơn vị hành chính ở Trung Quốc

Hầu hết các quốc gia đều phân chia đơn vị hành chính theo từng khu vực. Bất kỳ nhà nước nào, việc phân chia đơn vị hành chính cũng phải phù hợp với lợi ích căn bản của giai cấp thống trị và cân nhắc đến các yếu tố liên

quan như chính trị, kinh tế, dân tộc, dân số, quốc phòng, truyền thống lịch sử... Ở Trung Quốc, việc phân chia khu vực hành chính thường dựa vào các nguyên tắc sau:

Một là, nguyên tắc chính trị. Nguyên tắc chính trị đòi hỏi việc phân chia đơn vị hành chính phải hướng đến mục đích thúc

đẩy cơ quan nhà nước gắn bó mật thiết với quần chúng nhân dân, tạo điều kiện thuận lợi cho quần chúng nhân dân tham gia công tác quản lý nhà nước cũng như giám sát việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ được giao của các cơ quan nhà nước; qua đó phát huy quyền làm chủ của nhân dân trên mọi lĩnh vực, bảo đảm mọi quyền lực thuộc về nhân dân. Chủ nghĩa Mác-Lênin cho rằng “nhân dân là người sáng tạo ra lịch sử”, nghĩa là sự phát triển của xã hội loài người chính là do quần chúng nhân dân tạo ra. Vì vậy, gắn bó mật thiết với nhân dân là bản chất của Đảng Cộng sản, cũng là một đòi hỏi đối với Đảng Cộng sản cầm quyền. Trong điều kiện cầm quyền, mối liên hệ giữa Đảng Cộng sản với nhân dân được xây dựng dựa trên nền tảng của mối quan hệ giữa chính quyền, cơ quan nhà nước với nhân dân.

Hai là, nguyên tắc kinh tế. Nguyên tắc này đòi hỏi việc phân chia khu vực, đơn vị hành chính phải căn cứ vào đặc điểm, tình hình kinh tế của từng khu vực khác nhau để tạo điều kiện thuận lợi cho việc nâng cao sức lao động của xã hội và phát huy tiềm năng kinh tế của từng khu vực. Mặc khác, khu vực hành chính không thể tồn tại độc lập, tách biệt khỏi khu vực kinh tế, bởi vì bất kỳ sự phân chia khu vực hành chính, đơn vị hành chính nào cũng phải hướng đến một trong những mục đích cuối cùng đó là phát triển nhanh về kinh tế. Việc phân chia khu vực hành chính đòi hỏi phải tương thích với khu vực kinh tế được tạo ra bởi nền văn minh công nghiệp hiện đại, thích ứng với nhu cầu sản xuất theo hướng xã hội hóa, công nghiệp hóa, thị trường hóa và hiện đại hóa, phát huy đầy đủ vai trò trung tâm của khu vực thành thị¹.

Ba là, nguyên tắc dân tộc. Nguyên tắc này đòi hỏi việc phân chia khu vực hành chính, đơn vị hành chính phải căn cứ vào tình hình cư trú và đặc điểm các dân tộc thiểu số để tạo điều kiện thuận lợi cho sự phát triển của các dân tộc thiểu số; đảm bảo thực hiện chính sách phát triển toàn diện, từng bước nâng cao đời sống vật chất và tinh thần của người dân các dân tộc thiểu số; đảm bảo việc giữ gìn tiếng nói, chữ viết, bản sắc dân tộc, phát huy những phong tục tập quán, truyền thống và văn hóa tốt đẹp của mỗi dân tộc; qua đó, củng cố sự đoàn kết giữa các dân tộc.

Ngoài các nguyên tắc nói trên, việc phân chia đơn vị hành chính còn phải xem xét đến các nhân tố khác, như lịch sử, truyền thống, tình hình phân bố dân cư, điều kiện địa lý và nhu cầu về an ninh, quốc phòng... Chẳng hạn, việc phân chia đơn vị hành chính của Trung Quốc hiện nay còn mang tính kế thừa từ lịch sử. Từ thời nhà Tần (221 TCN - 207 TCN), sau khi đất nước Trung Quốc được thống nhất đã phân chia lãnh thổ theo từng quận, huyện.

Có thể thấy rằng, một trong những nguyên tắc cơ bản của việc thiết lập và phân chia đơn vị hành chính tại Trung Quốc là phải đảm bảo tính ổn định lâu dài. Việc thay đổi đơn vị hành chính (chia tách, sáp nhập) phải nhằm mục đích phục vụ cho sự phát triển kinh tế - xã hội, quản lý hành chính, đảm bảo duy trì sự đoàn kết dân tộc hoặc củng cố quốc phòng an ninh.

2. Phân chia đơn vị hành chính và các cấp hành chính ở Trung Quốc hiện nay

Về phân chia đơn vị hành chính

Điều 30 Hiến pháp nước Cộng hòa

1 Lưu Kinh Hải (1994), Cải cách phân chia khu vực hành chính Trung Quốc theo nguyên tắc kinh tế, Tạp chí “Quốc tình quốc lực Trung Quốc”.

Nhân dân Trung Hoa quy định cụ thể về việc phân loại đơn vị hành chính của Trung Quốc như sau: Cả nước Trung Quốc chia thành tỉnh, khu tự trị, thành phố trực thuộc trung ương và đặc khu hành chính. Tỉnh, khu tự trị chia thành châu tự trị, huyện, huyện tự trị, thành phố cấp huyện. Châu tự trị chia thành huyện, huyện tự trị. Huyện, huyện tự trị chia thành hương, hương dân tộc, trấn. Riêng thành phố trực thuộc trung ương hoặc thành phố tương đối lớn chia thành khu, huyện².

Ngoài ra, Điều 31 Hiến pháp Trung Hoa cũng ghi rõ, trong trường hợp cần thiết, Nhà nước phải thiết lập đặc khu hành chính. Các quy định cụ thể về đặc khu hành chính do Đại hội Đại biểu Nhân dân toàn quốc (Quốc hội) quy định theo pháp luật.

Hiện tại, Trung Quốc có tổng cộng 34 đơn vị hành chính cấp 1 (cấp tỉnh), trong đó gồm 23 tỉnh, 05 khu tự trị, 04 thành phố trực thuộc trung ương và 02 đặc khu hành chính (Hồng Kông và Ma Cao). Hương, trấn là đơn vị hành chính cấp cơ sở (nhỏ nhất) của Trung Quốc. Khu tự trị, châu tự trị, huyện tự trị tại Trung Quốc đều là những nơi do người dân tộc thiểu số tập trung sinh sống và tự trị.

Bên cạnh đó, Hiến pháp cũng ghi rõ, trong trường hợp nhằm tạo điều kiện cho việc quản lý hành chính và xây dựng, phát triển kinh tế đạt hiệu quả cũng như tăng cường đoàn kết dân tộc, Nhà nước Trung Quốc có thể căn cứ nhu cầu thực tế để tiến hành điều chỉnh và thay đổi việc phân chia đơn vị hành chính cho phù hợp.

Các cấp hành chính

Mặc dù Hiến pháp Trung Quốc quy định đơn vị hành chính cơ bản là cấp tỉnh, cấp huyện và cấp cấp hương (cấp xã), tuy

nhiên, trong thực tiễn, đơn vị hành chính của Trung Quốc lại được chia thành 6 cấp, cụ thể gồm:

Một là, khu vực (hay đơn vị) hành chính cấp tỉnh (cấp 1) có bộ máy chính quyền địa phương với các tên gọi như: đại hội đại biểu nhân dân (cơ quan dân cử) tỉnh, cơ quan hành chính tỉnh, cơ quan hành chính khu tự trị, cơ quan hành chính thành phố trực thuộc trung ương, chính phủ đặc khu hành chính.

Hai là, đơn vị hành chính cấp địa khu (cấp 2) có bộ máy chính quyền địa phương với các tên gọi như: công sở hành chính địa khu, công sở hành chính “minh” (盟 - đơn vị hành chính tại khu tự trị Mông Cổ, Trung Quốc), cơ quan hành chính châu tự trị, cơ quan hành chính thành phố cấp địa³.

Ba là, đơn vị hành chính cấp huyện (cấp 3) có bộ máy chính quyền địa phương với các tên gọi như: đại hội đại biểu nhân dân (cơ quan dân cử) huyện, cơ quan hành chính huyện, cơ quan tự trị cấp huyện, cơ quan tự trị cấp “kỳ” (旗 - đơn vị hành chính tại khu tự trị Mông Cổ, Trung Quốc), cơ quan hành chính kỳ tự trị, cơ quan hành chính thành phố cấp huyện, cơ quan hành chính khu trực thuộc thành phố, cơ quan hành chính “lâm khu” (林区 - đơn vị hành chính tại khu rừng quốc gia tỉnh Hồ Bắc, Trung Quốc), cơ quan hành chính đặc khu.

Bốn là, đơn vị hành chính cấp hương (cấp 4) có bộ máy chính quyền địa phương với các tên gọi như: đại hội đại biểu nhân dân (cơ quan dân cử) hương, cơ quan hành chính hương, cơ quan hành chính hương dân tộc, cơ quan hành chính trấn, văn phòng khu phố, cơ quan hành chính “Tô Mộc” (苏木 - đơn

2 Hiến pháp nước Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa năm 2004.

3 Ở một số thành phố trực thuộc Trung ương, chẳng hạn như Bắc Kinh, do là thành phố lớn nên Thành phố này đã thành lập cơ quan phụ trách mang tính trung gian giữa cấp thành phố với cấp quận. Chẳng hạn, xét về quản lý hành chính thì Thành phố này thành lập thêm Công sở hành chính cấp khu (khu Đông, khu Tây, khu Nam, khu Bắc) để giúp Chính phủ nhân dân Thành phố điều phối một số hoạt động của chính phủ nhân dân các quận của Bắc Kinh.

vị hành chính tại khu tự trị Mông Cổ, Trung Quốc), cơ quan hành chính dân tộc Tô Mộc, cơ quan hành chính công sở cấp khu trực thuộc huyện, chính phủ thành phố trực thuộc huyện (đơn vị hành chính tại Đài Loan).

Năm là, đơn vị hành chính cấp thôn (cấp 5) có bộ máy chính quyền địa phương với các tên gọi như: ủy ban nhân dân thôn, ủy ban nhân dân xã khu (tổ chức tự trị mang tính quần chúng).

Sáu là, đơn vị hành chính cấp tổ (cấp 6) có bộ máy chính quyền địa phương với các tên gọi như: ủy ban tiêu tổ nhân dân trực thuộc thôn, ủy ban tiêu tổ cư dân trực thuộc xã khu.

Nhìn chung, đơn vị hành chính của Trung Quốc được phân chia thành nhiều cấp khác nhau nhưng có thể thấy, cấp tỉnh, cấp huyện và cấp hương là ba đơn vị hành chính cơ bản nhất.

3. Tiêu chuẩn thành lập đơn vị hành chính

Hiện Trung Quốc không có văn bản pháp luật nào quy định xem số dân bao nhiêu, diện tích bao nhiêu... thì được thành lập đơn vị hành chính. Mặc dù vậy, Điều lệ quản lý việc phân chia đơn vị hành chính của Trung Quốc cũng đã nêu lên một số tiêu chuẩn mang tính “định tính” để phục vụ cho việc thiết lập đơn vị hành chính. Các tiêu chuẩn này cụ thể là: việc thành lập đơn vị hành chính phải tương xứng với chiến lược phát triển và trình độ phát triển kinh tế, xã hội của đất nước; chú ý đến quy hoạch tổng thể giữa thành thị và nông thôn cũng như sự hài hòa giữa các khu vực; tôn trọng quy luật phát triển của thành thị; đẩy mạnh sự phát triển đồng bộ giữa thành thị và nông thôn; điều chỉnh hợp lý kết cấu đô thị và bố cục không gian đô thị hóa; có sự kết nối với quy hoạch vùng kinh tế trọng điểm và quy hoạch tổng thể phát triển hệ thống đô thị.

Sự phân chia và quan hệ lệ thuộc của đơn vị (khu vực) hành chính Trung Quốc

được xác định dựa trên các tiêu chuẩn như: phải xem xét tổng thể tình hình phát triển kinh tế - xã hội, địa hình, giao thông, thông tin truyền thông; phù hợp năng lực quản lý; tương xứng với yếu tố nguồn lực và hài hòa với nhu cầu phát triển khu vực. Bên cạnh đó, Trung Quốc cũng quy định rõ tên gọi của các đơn vị hành chính không được trùng lặp nhau; đồng thời phải thể hiện được đặc trưng lịch sử, văn hóa, địa lý của địa phương; không được dùng tên ngành nghề hoặc tên sản phẩm để đặt tên cho đơn vị hành chính,... Việc xác định địa điểm làm việc của chính quyền địa phương các cấp và cơ quan hành chính nhà nước tại địa phương phải thuận tiện cho việc quản lý hành chính, cung cấp dịch vụ công, phù hợp với yêu cầu về “sức tải” của tài nguyên môi trường (đối với các hoạt động xã hội - kinh tế của con người) và điều kiện địa lý, địa chất. Việc thiết lập thành phố, khu trực thuộc thành phố, trấn, khu phố phải phù hợp tiêu chuẩn do cấp có thẩm quyền xây dựng. Ví dụ: tiêu chuẩn thiết lập thành phố và khu trực thuộc thành phố phải do Bộ Dân chính của Quốc Vụ viện (Chính phủ) phối hợp với cơ quan, đơn vị liên quan xây dựng, đệ trình Quốc Vụ viện xem xét, phê chuẩn. Tiêu chuẩn thiết lập trấn và khu phố phải do cơ quan phụ trách công tác dân chính thuộc cơ quan hành chính cấp tỉnh phối hợp với cơ quan, đơn vị liên quan xây dựng, đệ trình cơ quan hành chính cấp tỉnh xem xét, phê chuẩn. Tiêu chuẩn thiết lập thành phố, khu trực thuộc thành phố, trấn, khu phố tại Trung Quốc bao gồm các nội dung liên quan đến kết cấu quy mô dân số, trình độ phát triển kinh tế xã hội, “sức tải” của tài nguyên môi trường (đối với các hoạt động xã hội - kinh tế của con người), tình trạng xây dựng cơ sở hạ tầng và năng lực phục vụ công cơ bản,...

Bên cạnh việc xây dựng những quy định tương đối nghiêm ngặt, cụ thể về tiêu chuẩn thiết lập đơn vị hành chính, Trung Quốc còn rất chú trọng đến công tác đánh

giá các tiêu chuẩn này để từ đó có phương hướng điều chỉnh cho phù hợp. Việc đánh giá tình hình thực hiện các tiêu chuẩn thiết lập đơn vị hành chính tại Trung Quốc được giao cho Bộ Dân chính thuộc Quốc vụ viện và cơ quan dân chính của chính phủ nhân dân cấp tỉnh chủ trì thực hiện; đồng thời căn cứ nhu cầu thực tế phối hợp với các cơ quan, đơn vị liên quan kịp thời điều chỉnh, bổ sung các tiêu chuẩn, báo cáo cơ quan có thẩm quyền xem xét, phê chuẩn⁴

4. Thẩm quyền quyết định việc phân chia đơn vị hành chính

Thẩm quyền quyết định việc thành lập, phân chia, đổi tên đơn vị hành chính được Quốc Vụ viện (Chính phủ) quy định cụ thể như:

a. Việc thiết lập, xóa bỏ, đổi tên tỉnh, khu tự trị, thành phố trực thuộc trung ương phải do Đại hội Đại biểu Nhân dân toàn quốc (Quốc hội) xem xét, quyết định.

b. Quốc vụ viện Trung Quốc có quyền phê chuẩn việc thay đổi ranh giới khu vực hành chính của tỉnh, khu tự trị, thành phố trực thuộc trung ương; di dời nơi làm việc của cơ quan hành chính cấp tỉnh hoặc khu tự trị; thiết lập, xóa bỏ, đổi tên châu tự trị, huyện, khu hoặc huyện tự trị, thành phố, khu trực thuộc thành phố; thay đổi quan hệ lệ thuộc (giữa đơn vị cấp dưới với đơn vị cấp trên); di dời nơi làm việc của cơ quan hành chính cấp thành phố; thay đổi ranh giới khu vực hành chính của châu tự trị, huyện tự trị; thay đổi lớn về ranh giới khu vực hành chính của thành phố; thay đổi quan hệ lệ thuộc và ranh giới khu vực hành chính của các địa bàn trọng yếu nơi bờ biển, hải đảo, biên cương hoặc khu vực tài nguyên trọng yếu, khu vực có tình hình đặc thù.

c. Việc thay đổi một phần (bộ phận) ranh giới khu vực hành chính của huyện,

thành phố, khu trực thuộc thành phố tại Trung Quốc do Quốc vụ viện ủy quyền cho cơ quan hành chính tỉnh, khu tự trị, thành phố trực thuộc trung ương xem xét phê chuẩn; khi phê chuẩn phải đồng thời báo cáo Bộ Dân chính (trực thuộc Quốc vụ viện). Việc thiết lập, xóa bỏ, đổi tên và thay đổi ranh giới khu vực hành chính đối với hương, hương dân tộc, trấn cũng như việc di dời nơi làm việc của chính phủ nhân dân cấp hương, hương dân tộc, trấn do cơ quan hành chính cấp tỉnh, khu tự trị, thành phố trực thuộc trung ương xem xét, phê chuẩn.

d. Việc xóa bỏ, đổi tên, di dời nơi làm việc của công sở hành chính, công sở cấp khu, văn phòng khu phố do cơ quan hành chính trực tiếp quản lý các cơ quan, đơn vị này xem xét phê duyệt.

e. Những nội dung liên quan đến việc thay đổi đơn vị hành chính cần phải báo cáo với cơ quan hành chính cấp trên bao gồm: Lý do thay đổi, phạm vi, quan hệ lệ thuộc, tình hình kinh tế - chính trị, dân số và diện tích, bản đồ ranh giới khu vực hành chính dự kiến thay đổi, báo cáo và ý kiến của cơ quan hành chính (gồm công sở hành chính) cấp huyện trở lên⁵.

5. Hồ sơ và quy trình phân chia đơn vị hành chính

Điều lệ quản lý việc phân chia đơn vị hành chính của Trung Quốc quy định rõ, cơ quan hành chính và cơ quan nhà nước ở địa phương nơi có nhu cầu tiến hành phân chia, thay đổi đơn vị hành chính có trách nhiệm chuẩn bị, đệ trình các hồ sơ liên quan bao gồm: Đơn đề nghị phân chia lại đơn vị hành chính; ý kiến của cơ quan hành chính địa phương các cấp có liên quan đến việc phân chia lại đơn vị hành chính, báo cáo đánh giá rủi ro của việc phân chia lại đơn vị hành chính, ý kiến nhận xét của các chuyên gia về việc phân chia lại đơn vị hành chính, ý kiến

4 Bộ Dân chính thuộc Quốc vụ viện Trung Quốc: Điều lệ quản lý việc phân chia đơn vị hành chính.

5 Quốc vụ viện Trung Quốc: Quy định về quản lý việc phân chia đơn vị hành chính.

của xã hội và công chúng về phương án phân chia lại, bản vẽ hiện trạng và sau khi thay đổi của khu vực hành chính cần phân chia lại,... cùng với các hồ sơ, giấy tờ liên quan do Bộ Dân chính Quốc Vụ viện quy định.

Việc phân chia lại đơn vị hành chính tại Trung Quốc cần phải dựa trên các quy định sau đây để làm căn cứ đề xuất theo từng cấp, ngành liên quan xem xét, phê chuẩn:

a. Trường hợp việc phân chia lại đơn vị hành chính không vượt quá địa phận khu vực, sẽ do cơ quan hành chính địa phương nơi cần phân chia lại đơn vị hành chính làm hồ sơ đề xuất.

b. Trường hợp việc phân chia lại đơn vị hành chính vượt quá địa phận khu vực từ dưới cấp tỉnh trở xuống, sẽ do cơ quan hành chính địa phương cấp trên (một bậc) của các khu vực hành chính có liên quan làm hồ sơ đề xuất.

c. Trường hợp việc phân chia lại đơn vị hành chính vượt quá địa phận khu vực cấp tỉnh, sẽ do cơ quan hành chính tại các tỉnh có liên quan cùng phối hợp làm hồ sơ đề xuất.

d. Các trường hợp phân chia lại đơn vị hành chính liên quan đến nhu cầu đặc thù như chính trị, quân sự, ngoại giao... hoặc chiến lược phát triển khu vực có ý nghĩa quan trọng sẽ do cơ quan hành chính địa phương cấp trên trực tiếp làm hồ sơ đề xuất.

Cơ quan hành chính địa phương từ cấp huyện trở lên, khi xem xét hồ sơ đề nghị phân chia lại đơn vị hành chính do cơ quan hành chính địa phương cấp dưới đệ trình cần phải xác minh rõ và tiến hành nghiên cứu luận chứng về tính hoàn chỉnh, chân thật và tính tất yếu, khả thi của việc phân chia lại đơn vị hành chính; nếu cho rằng có thể thực hiện thì phải báo cáo với cơ quan hành chính địa phương cấp trên trực tiếp xem xét, phê chuẩn. Đơn vị phụ trách dân chính trực thuộc chính phủ nhân dân hoặc cơ quan hành chính từ cấp huyện trở lên là cơ quan chuyên môn phụ trách thẩm định hồ sơ đề nghị phân chia lại đơn vị hành chính; trong quá trình thẩm định phải căn cứ tình hình thực tế, trung cầu ý kiến của các đơn vị liên quan ở các lĩnh vực như: nội vụ, ngoại vụ, cải cách phát triển, dân tộc, tài chính, tài nguyên đất đai,... Trường hợp việc phân chia lại đơn vị hành chính có liên quan đến vùng địa phương do người dân tộc tự trị thì cần phải phối hợp hiệp thương đầy đủ với cơ quan tự trị của địa phương và đại diện của người dân tộc có liên quan ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Lưu Kinh Hải, “Cải cách phân chia khu vực hành chính nước ta theo nguyên tắc kinh tế”, Tạp chí “Quốc tình quốc lực Trung Quốc”, năm 1994.
2. Hiến pháp nước Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa.
3. Quốc vụ viện Trung quốc: Điều lệ quản lý việc phân chia đơn vị hành chính.
4. Quốc vụ viện Trung Quốc: Quy định về quản lý việc phân chia đơn vị hành chính.

Đính Chính

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp xin đính chính tiêu đề bài viết của tác giả Bùi Thị Thuý Hà đã đăng trên Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 17(369) tháng 9/2018 như sau:

Nội dung đã đăng: Xác định pháp luật áp dụng đối với hợp đồng xây dựng có áp dụng.

Nội dung đính chính: Xác định pháp luật áp dụng đối với hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài.

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp thành thật xin lỗi Tác giả Bùi Thị Thuý Hà và quý bạn đọc.

