ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI
Số 01 (233)/Tháng 01/2013

DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Mục lục 1/2013

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

3 Thư của Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp gửi cộng tác viên cùng bạn đọc nhân dịp đầu năm mới 2013

NCLP

BÀN VỀ LẬP HIẾN

4 Ý thức hiến pháp trong nhà nước pháp quyền

GS, TS. Hoàng Thị Kim Quế

9 Về việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Văn phòng Quốc hội

TS. Bùi Ngọc Thanh

15 Bàn luận thêm về bản chất của hoạt động xây dựng pháp luật

TS. Nguyễn Văn Cương

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

19 Xây dựng lại hệ thống pháp luật về bảo đảm nghĩa vụ trên cơ sở lý thuyết vật quyền và trái quyền

PGS, TS. Nguyễn Ngọc Điện

23 Một số nội dung cần quy định trong Dự án Luật hòa giải ở cơ sở

Phan Thị Hoàng Mai

CHÍNH SÁCH

28 Hoàn thiện pháp luật để phát triển bền vững thị trường chứng khoán

PGS, TS. Lê Thị Thu Thủy – ThS. Đỗ Minh Tuấn

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

38 Việt Nam với việc đàm phán về quyền sở hữu trí tuệ trong khuôn khổ hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương

TS. Lê Thị Thu Hà

47 Pháp luật về quản trị tài chính trong công ty cho thuê tài chinh ở Việt Nam

TS. Doãn Hồng Nhung

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

53 Xử phạt hành chính trong pháp luật Cộng hòa Pháp

TS. Nguyễn Hoàng Anh

THÔNG TIN LẬP PHÁP

60 Định hướng chủ đề viết bài đăng tải trên Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp năm 2013

62 Thể lệ gửi bài đăng Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG (CHỦ TỊCH)
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THI
GS, TS. PHAN TRUNG LÝ
GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
PGS, TS. ĐINH VĂN NHÃ
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHÃ
TS. DƯƠNG NGỌC NGƯU
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP
TS. PHẠM VĂN HÙNG

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:
NGUYỄN QUANG MINH

TRỤ SỞ:
27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:
HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:
Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001
CỦA BỘ VHTT

PHÁT HÀNH:
HÀ NỘI: 080-43364

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 15.000 ĐỒNG

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Legis 1/2013

STATE AND LAW

3 Letter from the Legislative Studies Journal to the collaborators and readers in the New Year 2013

NCLP

Discussion on Constitution

4 Constitutional awareness in the law-governed State

Prof, Dr. Hoang Thi Kim Que

9 On the implementation of the functions, tasks, powers and organizational structure of the Office of the National Assembly

Dr. Bui Ngoc Thanh

15 Discussion on the nature of legislative activity

Dr. Nguyen Van Cuong

DISCUSSION OF BILLS

19 Rebuild the legal system on obligation guarantee on the basis of the theory of jus-in-re and jus-ad-rem

Prof, Dr. Nguyen Ngoc Dien

23 Some must-have contents in the draft Law on grassroots reconciliation

Phan Thi Hoang Mai

POLICIES

28 To improve the law for sustainable development of the stock market

Prof, Dr. Le Thi Thu Thuy – LLM. Do Minh Tuan

LEGAL PRACTICE

38 Vietnam and the negotiation on intellectual property rights within framework of the Trans-Pacific Partnership agreement (TPP)

Dr. Le Thu Ha

47 Law on financial management of the financial leasing companies in Vietnam

Dr. Doan Hong Nhung

FOREIGN EXPERIENCE

51 Administrative penalty in the Republic of France's legislation

Dr. Nguyen Hoang Anh

LEGISLATIVE NEWS

60 Theme orientation of the Legislative Studies Journal in the year 2013

62 Rules of posting articles on the Legislative Studies Journal

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

EDITOR-IN-CHIEF:
Dr. PHAM VAN HUNG

VICE EDITOR-IN-CHIEF:
NGUYEN QUANG MINH

OFFICE:
27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:
HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:
N^{O} 117/GP-DATE 30-3-2001
MINISTRY OF CULTURE AND INFORMATION

DISTRIBUTION:
HA NOI: 080-43364

ACCOUNT NUMBER:
0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING JOINT STOCK COMPANY

Price: 15,000 VND

Thư

CỦA TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP GỬI CỘNG TÁC VIÊN CÙNG BẠN ĐỌC NHÂN DỊP ĐẦU NĂM MỚI 2013

Nhân dịp đón năm mới 2013, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp xin gửi lời tri ân đến các cộng tác viên cùng bạn đọc!

Với vai trò là cầu nối giữa các chuyên gia, nhà khoa học đến các đại biểu Quốc hội đồng thời là diễn đàn lý luận và thực tiễn về nhà nước, pháp luật và chính sách, năm 2012 Tạp chí xuất bản thường kỳ 24 số với 240 bài nghiên cứu, cung cấp thông tin nghiên cứu đến với đại biểu Quốc hội và độc giả. Tiểu mục Bàn về Lập hiến trong chuyên mục Nhà nước và Pháp luật tiếp tục phát huy vai trò tiên phong trong việc thu hút các nhà khoa học vào công cuộc sửa đổi Hiến pháp. Tạp chí còn tổ chức 02 cuộc hội thảo đóng góp ý kiến cho Dự án Luật Quản lý thuế và Dự án Luật Giáo dục đại học, đã phối hợp tổ chức thành công chương trình giao lưu nghệ thuật "Tình khúc Bạch Dương" để chào mừng kỷ niệm 95 năm Cách mạng tháng Mười và tuyên truyền, ca ngợi quan hệ hữu nghị Việt Nam – Cộng hòa Liên bang Nga. Có được những thành công đó, một phần rất quan trọng là nhờ vào sự cộng tác nhiệt tình – hiệu quả cao của các chuyên gia, nhà khoa học, các cộng tác viên và sự cổ vũ chân tình của đông đảo bạn đọc trong và ngoài nước.

Bước sang năm 2013 với Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội, trong đó có sự kiện các cơ quan, tổ chức sẽ thực hiện Nghị quyết của Quốc hội tổ chức lấy ý kiến nhân dân về Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992, Tạp chí hy vọng đây là cơ hội được công bố ý kiến của các chuyên gia, nhà khoa học thể hiện sự tâm huyết, trí tuệ và trách nhiệm vào việc hoàn thiện Dự thảo sửa đổi Hiến pháp, góp phần cho sự phát triển bền vững của đất nước và hạnh phúc của nhân dân. Cùng với việc xác định những định hướng chủ đề cụ thể và kế hoạch hoạt động chi tiết, Tạp chí sẽ xây dựng chiến lược phát triển trong thời kỳ mới, thực hiện sứ mệnh là người luôn mang đến cho đại biểu dân cử những cảm hứng sáng tạo, giải pháp tối ưu trong việc thực hiện vai trò đại diện cho nhân dân cả nước, đồng thời là diễn đàn về khoa học lập pháp chất lượng, dân chủ, là địa chỉ tin cậy để các nhà chuyên gia, nhà khoa học, cộng tác viên công bố những kết quả nghiên cứu khoa học của mình.

Chúc các cộng tác viên và bạn đọc sức khỏe, hạnh phúc và thành công!

TỔNG BIÊN TẬP

TS. Phạm Văn Hùng

BÀN VỀ LẬP HIẾN

Ý THỨC HIẾN PHÁP TRONG NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN

HOÀNG THỊ KIM QUẾ*

1. Nhận thức chung về ý thức hiến pháp

Lâu nay, cùng với nhận thức chưa thật đầy đủ về vị trí, vai trò, chức năng và giá trị của hiến pháp trong đời sống quốc gia, vấn đề ý thức hiến pháp (YTHP) cũng chưa được quan tâm thỏa đáng trên phương diện lý luận và thực tiễn. Nhiều quan điểm cho rằng, phạm trù ý thức pháp luật đã "bao hàm, ôm trọn" trong đó YTHP. Hiến pháp chủ yếu được nhìn nhận như một bản tuyên ngôn, cương lĩnh chính trị thuần túy với nhiều quy định mang tính lý tưởng hóa hiện thực. Dường như YTHP đã được "hòa tan vào ý thức pháp luật", bởi tư duy để thực hiện các quy định của hiến pháp thì nhất thiết phải có các văn bản pháp luật cụ thể hóa, hướng dẫn thi hành. Quan niệm này có phần hợp lý bởi sự cần thiết cụ thể hóa nhiều quy định, nguyên tắc hiến pháp để thực hiện trong thực tiễn. Song cách quan niệm này cùng với nhiều nguyên do khác đã dẫn đến việc lạm dụng, làm sai lệch bản chất các nguyên tắc, quy định hiến pháp. Các quy định của hiến pháp hầu như không được viện dẫn, được áp dụng trực tiếp trong hoạt động của các cơ quan nhà nước. YTHP cũng theo đó mà ẩn dật trong ý thức pháp luật. Xưa nay chỉ thấy người ta nói về, bàn về ý thức pháp luật chứ có mấy khi nghe bàn về YTHP.

Chỉ đến những năm gần đây, khi mà nhận thức về nhà nước pháp quyền (NNPQ), quyền con người, quyền công dân ngày càng sâu sắc, toàn diện hơn thì vấn đề hiến pháp, chủ nghĩa hiến pháp mới được đặt ra một cách tương xứng với vị thế, vai trò của hiến pháp trong đời sống quốc gia. Nhất là thời gian gần đây, trong việc nghiên cứu, bổ sung, sửa đổi Hiến pháp hiện hành, các vấn đề lý luận về hiến pháp, quyền con người, nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước, cơ chế bảo hiến v.v… đã và đang được quan tâm nghiên cứu một cách thấu đáo, có hệ thống. Những vấn đề này ít, nhiều có liên quan đến YTHP, nhất là đối với các cá nhân công quyền, những chủ thể có trách nhiệm cao nhất và chủ yếu về tuân thủ hiến pháp, đảm bảo tính hiện thực của hiến pháp trong đời sống xã hội[1].

YTHP có vai trò đặc biệt quan trọng trong việc tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm các quyền, tự do của con người. Không thể nói đến một NNPQ, dân chủ đích thực mà lại thiếu một bản hiến pháp dân chủ; thiếu tinh thần thượng tôn hiến pháp, thiếu chủ nghĩa hiến pháp (chủ nghĩa hợp hiến); YTHP của các cá nhân và toàn xã hội. NNPQ là nhà nước hợp hiến, hợp pháp, hợp đạo đức, hợp lý và hiệu quả. Hiến pháp nếu không xác định rõ ràng về trách nhiệm nhà nước đối với

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

1 *Nguyễn Đăng Dung, Chủ nghĩa hiến pháp và những yếu tố cấu thành, Nghiên cứu Lập pháp số tháng 1/2009; Đào Trí Úc, Hiến pháp trong đời sống xã hội và quốc gia, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số tháng 9/2010; Trần Ngọc Đường, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số tháng 10/2012; Nguyễn Như Phát, Một số định hướng và phương pháp ghi nhận quyền cơ bản của công dân, quyền con người trong Hiến pháp sửa đổi, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 2/2012 cùng các bài viết của nhiều tác giả khác.*

quyền con người, thiếu cơ chế bảo vệ hiến pháp thì các nguyên tắc, tinh thần, quy tắc của Hiến pháp ít được hoặc thậm chí không được viện dẫn, dẫn dắt ý thức, hành vi của con người trong thực tế là điều không khó hiểu.

Vậy, YTHP là gì, có những đặc trưng cơ bản nào?

Từ lý thuyết về ý thức xã hội, ý thức pháp luật[2], có thể hiểu, YTHP là hình thức cao nhất của ý thức pháp luật, là tổng thể các tư tưởng, học thuyết; quan niệm, tâm lý, tình cảm, tư duy, thái độ của các cá nhân, nhóm xã hội, xã hội nói chung về hiến pháp, về vai trò hiến pháp trong đời sống xã hội, về mối quan hệ giữa nhà nước và cá nhân; về quyền, tự do, nghĩa vụ của cá nhân, công dân và các phương thức bảo vệ quyền, tự do, công bằng; về thực tiễn áp dụng hiến pháp; sự đánh giá về tính hợp hiến, hợp pháp hoạt động của nhà nước; về những mong muốn bổ sung, thay đổi các nguyên tắc, chế định hiến pháp cho phù hợp với cuộc sống. Chính ở yếu tố này mà YTHP được coi là là cơ sở để hình thành và phát triển tất cả các dạng của ý thức pháp luật.

YTHP có tính độc lập tương đối đối với ý thức pháp luật, ý thức chính trị, đạo đức và với tồn tại xã hội nói chung. Trong tương quan giữa NNPQ và hiến pháp, nhận thức chưa đầy đủ về nội hàm và các thành tố cơ bản của NNPQ trong một thời gian dài cũng sẽ kéo theo nhận thức phiến diện về hiến pháp, trong khi hiến pháp là cơ sở, là phương tiện kiểm soát quyền lực nhà nước và thực hiện quyền, tự do của con người. Suy cho cùng, ý thức về chủ quyền nhân dân trong điều kiện NNPQ phải được biểu hiện tập trung ở hiến pháp, bằng hiến pháp và dùng hiến pháp để kiểm soát, đánh giá. Có thể nhận thấy những năm gần đây, dưới tác động của quá trình dân chủ hóa, xây dựng NNPQ, hội nhập, sự quan tâm của nhà nước, xã hội về hiến pháp, YTHP của người dân, các công chức, viên chức đã được đổi mới, nâng cao rõ nét.

YTHP là một biểu hiện đặc thù của ý thức xã hội và ý thức pháp luật; là nhân tố xã hội thể hiện các quan điểm về hiến pháp, về vai trò, về tính ưu tiên của hiến pháp trong hệ thống pháp luật, bởi hiến pháp là bản khế ước xã hội, là nguồn xác nhận quyền lực nhân dân, chủ quyền nhân dân. Chính vì vậy, hiến pháp về nguyên tắc phải được làm ra bằng con đường dân chủ theo những hình thức nhất định: "Hiến pháp được một Hội đồng lập hiến hoặc Quốc hội thông qua theo một thủ tục đặc biệt khác với làm luật"[3].

YTHP thể hiện sự nhận thức, sự mong muốn về tính hiện thực của hiến pháp, về hiệu lực trực tiếp của các quy định hiến pháp, nhất là các quy định về quyền, tự do của cá nhân và công dân. YTHP xét từ góc độ tâm lý hiến pháp của người dân, đó là sự mong muốn và yêu cầu về quyền được viện dẫn các quy định, nguyên tắc của hiến pháp. Còn xét từ góc độ của các cá nhân công quyền, các cơ quan nhà nước thì đó chính là ý thức về trách nhiệm hiến pháp của mình trong việc thừa nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm các quyền, tự do của cá nhân, công dân. Quyền, tự do của cá nhân, công dân là cơ sở để xác định và tiêu chí đánh giá hoạt động của các cơ quan nhà nước, các cá nhân công quyền thay vì những bản báo cáo thành tích nhiều trang. Tư tưởng, nhận thức về hiệu lực trực tiếp của hiến pháp liên quan đến các quyền con người cũng sẽ định hướng, dẫn dắt và kiểm soát, kìm chế những sự lạm dụng pháp luật gây phương hại, làm sai lệch bản chất của các quyền theo công thức pháp lý: "công dân có quyền… theo quy định của pháp luật". Tư tưởng, nhận thức đúng đắn về trách nhiệm hiến pháp sẽ giúp ngăn ngừa, giảm thiểu những hiện tượng hư vô pháp luật thường xảy ra trong thực tiễn. Quyền con người, trình độ cao về sự hài hòa giữa pháp luật và đạo đức chính là tiêu chí căn bản nhất, bản sắc nhất để nhận diện nhà nước và xã hội pháp quyền dân chủ.

Nội dung của YTHP bao hàm sự nhận thức vai trò của các quy định của hiến pháp,

2 *Hoàng Thị Kim Quế (chủ biên), Giáo trình Lý luận nhà nước và pháp luật, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, 2007.*

3 *Nguyễn Đăng Dung,Tlđd.*

quyền tự do và trách nhiệm của con người và công dân; yêu cầu về sự phù hợp với hiến pháp của các văn bản pháp luật quốc gia; khả năng đánh giá tính hợp hiến và hợp pháp của hành vi pháp luật trước hết, chủ yếu là của các cơ quan, cá nhân công quyền; nhận thức về các giá trị dân chủ, đồng thuận, phản biện xã hội; hiểu biết về ý nghĩa của việc bảo vệ hiến pháp quyền và các quyền tự do khác nhau, khả năng sử dụng các quy định hiến pháp để bảo vệ, khôi phục các quyền, lợi ích bị xâm phạm.

YTHP có mối quan hệ chặt chẽ với ý thức chính trị, văn hóa, đạo đức. YTHP được hình thành và phát triển dưới tác động của các nguyên tắc chính trị và tư tưởng. Như vậy, một trong những đặc trưng cơ bản của YTHP là YTHP được hình thành trên nền tảng của ý thức chính trị và ý thức pháp luật với nội dung biểu hiện là tư tưởng về quyền lực nhà nước, chủ quyền nhân dân, mối quan hệ giữa cá nhân và nhà nước, về các hình thức dân chủ. Nhận thức về hiến pháp và pháp luật liên quan chặt chẽ với ý thức chính trị, bản thân hiến pháp là một văn bản chính trị - pháp lý, vừa có đặc điểm chung như các văn bản pháp luật khác, vừa có những đặc trưng riêng của mình, phản ánh mối tương quan giữa các thiết chế, các quan hệ chính trị, kinh tế, pháp lý của xã hội. Về vấn đề này, có thể thấy sự vận dụng sáng tạo, tài tình của Chủ tịch Hồ Chí Minh thể hiện trong nội dung Hiến pháp năm 1946, một hiến pháp dân chủ, pháp quyền và nhân bản.

2. Cơ cấu của ý thức hiến pháp (các cấp độ của YTHP)

Xét về mặt cơ cấu, YTHP được cấu thành từ hai thành tố cơ bản là tư tưởng hiến pháp và tâm lý hiến pháp. Dựa vào mức độ nhận thức và phạm vi nhận thức, có thể chia thành: YTHP phổ thông và YTHP mang tính lý luận. Dựa vào chủ thể YTHP, có thể phân thành: YTHP của các nhóm xã hội và YTHP của cá nhân.

Tư tưởng (còn được gọi là "hệ tư tưởng") hiến pháp là tổng thể các tư tưởng, quan điểm, học thuyết, khái niệm về hiến pháp, về tổ chức quyền lực nhà nước, về vai trò, giá trị của hiến pháp; về trật tự hiến pháp, các quyền, tự do của con người; về cơ chế bảo vệ hiến pháp; các mô hình hiến pháp; các chuẩn mực quốc tế về quyền con người và trách nhiệm của các quốc gia; về mối quan hệ giữa nhà nước, xã hội và cá nhân trong các lĩnh vực hoạt động nhà nước và pháp luật.

Tâm lý hiến pháp được thể hiện trong tổng thể các quan niệm, tình cảm, sự đánh giá, sự mong muốn, đặt niềm tin của cá nhân, các nhóm xã hội và toàn xã hội nói chung về hiến pháp, về quyền, tự do và nghĩa vụ của cá nhân, công dân; về tính hợp hiến hay không hợp hiến, hợp pháp hay không hợp pháp của các quyết định, hành vi pháp luật của các cơ quan, cá nhân công quyền; về thực tiễn áp dụng hiến pháp.

Một trong những tư tưởng nền tảng của hệ tư tưởng hiến pháp chính là tư tưởng về chủ nghĩa hiến pháp, về cơ chế bảo vệ hiến pháp, bảo vệ các quyền, tự do của con người. Tính hợp hiến, sự tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm các quyền con người phải được coi là tiêu chí đánh giá hoạt động của cơ quan công quyền, đánh giá về quyền con người.

Giữa tâm lý hiến pháp và tư tưởng hiến pháp có mối quan hệ biện chứng, phụ thuộc, tác động lẫn nhau. So với tư tưởng hiến pháp, tâm lý hiến pháp bền vững hơn, bảo thủ hơn. Sở dĩ như vậy là vì, tâm lý hiến pháp của các cá nhân chịu sự tác động, sự va chạm thường xuyên với các hiện tượng xã hội như truyền thống, tập quán, thói quen, cung cách ứng xử của các cá nhân, nhất là các cá nhân công quyền trong hoạt động áp dụng, thực thi pháp luật. Tâm lý hiến pháp có tính độc lập tương đối với hiến pháp, pháp luật, với tư tưởng hiến pháp và thường biến đổi chậm chạp. Tuy ở trình độ cao, mang tính khoa học song tư tưởng hiến pháp chịu ảnh hưởng to lớn của tâm lý pháp luật. Tâm lý hiến pháp của cá nhân chính là điều kiện, tiền đề, là nguồn cảm hứng sáng tạo để họ có thể đạt tới trình độ tư tưởng hiến pháp. Trình độ tư tưởng pháp luật, sự tiếp thu, lĩnh hội các tri thức pháp luật của cá nhân cũng sẽ chi phối ngược trở lại đối với tâm lý pháp luật của họ.

Hợp phần quan trọng nhất của tâm lý hiến pháp chính là sự tôn trọng hiến pháp, là

nguyên tắc thượng tôn hiến pháp, đảm bảo tính tối cao của hiến pháp. Chính từ vấn đề quan trọng này mà đòi hỏi phải có một bản hiến pháp có nội dung pháp quyền, dân chủ, ngắn gọn nhưng bao quát về nguyên tắc hầu hết các lĩnh vực đời sống xã hội dựa trên hai trụ cột chính là quyền, tự do, cơ chế bảo đảm thực thi và tổ chức, phân công, kiểm soát quyền lực nhà nước.

YTHP cũng bao hàm cả quan điểm, mong muốn về việc hiến pháp hóa các quan hệ xã hội bằng các văn bản luật. "Hiến pháp hóa" cần được hiểu là các quy định, các nguyên tắc và nói chung hơn là tinh thần hiến pháp phải được tôn trọng, đảm bảo trong các quy định pháp luật về nội dung và về thủ tục; trong hành vi của các cá nhân công quyền khi sử dụng quyền lực của mình. Trong môi trường đó, hiến pháp sẽ trở về đúng nghĩa của một bản khế ước chính trị, xã hội, thực sự thiết thực trong cuộc sống thường nhật của các cá nhân và toàn xã hội bởi tính thực tế, hiện thực của mình. Cũng vì lẽ đó mà tại nhiều quốc gia, Ngày Hiến pháp được coi là một trong những ngày lễ trang trọng, thiêng liêng của quốc gia. Lời kêu gọi, khát vọng cháy bỏng mà trước đây các bậc tiền bối từ Arixtot, Platon đến Montesquieu, John Locke về một tình yêu dành cho pháp luật, hiến pháp là thuyết phục, bởi hiến pháp, pháp luật là của con người, do con người và vì con người mà tồn tại. Trên quan điểm hiến pháp hiện đại, ngày nay, nhiều quốc gia đã mở rộng nhận thức, điều chỉnh hiến pháp vào những lĩnh vực mới như môi trường, bình đẳng giới; an sinh xã hội… bên cạnh hai trụ cột chính yếu làm nên vị thế, giá trị trường tồn của bản hiến pháp dân chủ là: quyền, tự do con người, tổ chức quyền lực nhà nước, trách nhiệm hiến pháp của nhà nước.

Như đã đề cập, do nhiều nguyên nhân, trình độ YTHP của các cá nhân, các công chức nhà nước ở nước ta hiện nay còn thấp, hạn chế. Trên tinh thần sửa đổi, bổ sung hiến pháp hiện hành, đặc biệt là về nguyên tắc tổ chức, kiểm soát quyền lực nhà nước, chế định quyền, nghĩa vụ cơ bản của cá nhân, công dân, trong nhận thức của người dân, công chức, viên chức đang có sự chuyển biến tích cực. Đặc biệt, trong đó có đề xuất, gợi ý, mong muốn của xã hội về hiệu lực trực tiếp của hiến pháp nhất là các quy định về quyền cá nhân, công dân đã đặt ra nhiều vấn đề cần được lý giải, nhận thức đầy đủ, áp dụng thống nhất sau khi bản hiến pháp sửa đổi được ban hành. Bởi lẽ, đây thực sự là một bước chuyển căn bản trong YTHP, ý thức pháp luật, từ tư duy hiệu lực gián tiếp đến tư duy hiệu lực trực tiếp. Nhận thức và áp dụng nguyên tắc này sẽ không hề đơn giản trong thực tiễn và sẽ tác động mạnh mẽ đến quan niệm về hệ thống pháp luật của chúng ta, đến cách làm luật, cách sử dụng, áp dụng pháp luật của các chủ thể pháp luật. Và, đây cũng chính là câu chuyện về "YTHP" của chúng ta đang trong trạng thái thay đổi theo chiều hướng tích cực và phù hợp với các nguyên tắc của NNPQ, dân chủ.

Biểu hiện tập trung của tâm lý hiến pháp ở các cá nhân chính là ý thức về các quyền, tự do, nghĩa vụ hiến định của họ cùng với đòi hỏi, mong muốn và niềm tin vào cơ chế tổ chức quyền lực, cơ chế bảo vệ hiến pháp. Trình độ cao về YTHP của cá nhân và của toàn xã hội sẽ tác động đến quá trình thực hiện các quyền, tự do của con người, hình thành thói quen tư duy, ứng xử tôn trọng và tuân thủ hiến pháp. YTHP còn bao hàm nhận thức, thái độ đúng đắn về việc xác lập và áp dụng trách nhiệm hiến pháp đối với các cá nhân công quyền do những hành vi vi phạm hiến pháp dưới các hình thức nhất định. Trách nhiệm hiến pháp, vi phạm hiến pháp theo đó cũng không bị "hòa tan" vào trách nhiệm pháp lý hay vi phạm pháp luật thông thường mà chúng có những đặc điểm riêng trên phương diện chủ thể và thủ tục, trình tự áp dụng. Chính chế độ trách nhiệm hiến pháp tường minh sẽ là điều kiện đảm bảo tính hiện thực của các quyền, tự do của cá nhân, công dân và từ đó xác lập, củng cố niềm tin vào hiến pháp.

3. Mối quan hệ giữa YTHP với hiến pháp, với ý thức pháp luật, pháp luật

Do vị thế, vai trò, chức năng của hiến pháp trong hệ thống pháp luật và đời sống xã hội nói chung, YTHP luôn ở trong các mối quan hệ kép, nghĩa là không chỉ liên

quan đến hiến pháp mà liên quan cả pháp luật. Đó cũng chính là một trong những sự phức tạp của vấn đề YTHP, thực thi, áp dụng hiến pháp trong cuộc sống. Bởi lẽ, như đã đề cập, hiến pháp vừa có hiệu lực trực tiếp, vừa cần đến sự điều chỉnh cụ thể bằng các văn bản luật, vừa là công cụ giám sát, kiểm soát tính hợp hiến của các quyết định pháp luật, hành vi pháp luật.

YTHP và bản thân hiến pháp có mối quan hệ biện chứng, tác động, phụ thuộc lẫn nhau. Mối quan hệ này được thể hiện trong xây dựng áp dụng hiến pháp và pháp luật. Không có một hiện tượng xã hội nào có thể được thể hiện dưới dạng quy phạm pháp luật thành quyền và nghĩa vụ pháp lý chừng nào chúng chưa được đi qua ý thức của con người. Đến lượt mình, các quy định pháp luật, quy định hiến pháp muốn thực hiện được cũng phải thông qua ý thức của con người. Như vậy, con đường, hành trình của YTHP là "trước, trong và sau" khi ban hành hiến pháp cùng các văn bản pháp luật khác.

Tính chất kép và là đặc trưng, điểm nhấn của YTHP do đó không chỉ là bản thân hiến pháp mà quan trọng hơn nữa chính là việc thực hiện hiến pháp từ phía các cơ quan, cá nhân nhà nước. Đứng trước một văn bản pháp luật, một quyết định, hành vi của các cá nhân công quyền, người dân vừa có "ý thức pháp luật", lại vừa có "YTHP" ví như quyền được viện dẫn hiến pháp, quyền được yêu cầu bồi thường trên cơ sở các quy định, các nguyên tắc của hiến pháp.

Còn về phía các cơ quan, cá nhân công quyền, về nguyên tắc cũng như vậy: để áp dụng đúng đắn pháp luật trên nguyên tắc tuân thủ hiến pháp nhất là về các quyền, tự do của con người đòi hỏi cả hai: ý thức pháp luật và YTHP, cái chính là sự nhận thức không được đánh đồng, hoán vị nhau giữa ý thức pháp luật và YTHP. Bởi lẽ, họ còn phải chịu trách nhiệm hiến pháp chứ không chỉ có trách nhiệm pháp lý, và nhất là khi mà công thức: "công dân có quyền… theo quy định của pháp luật" như hiện nay sẽ được sửa đổi lại cho phù hợp với các nguyên tắc, bản chất của quyền, tự do con người[4].

YTHP là tiền đề trực tiếp cho hoạt động xây dựng hiến pháp và pháp luật. Đặc biệt vai trò, giá trị của YTHP được thể hiện rõ nét trong áp dụng, thực hiện các quy định, các nguyên tắc hiến pháp. Các quy định hiến pháp có đi vào cuộc sống được hay không, phần lớn phụ thuộc vào ý thức pháp luật của con người (hiểu theo nghĩa tích cực của YTHP, pháp luật). Sự tôn trọng, ý thức được sự cần thiết vì lợi ích chung của các quy định hiến pháp sẽ định hướng hành vi của các cá nhân, làm cho hành vi của họ phù hợp yêu cầu của hiến pháp, pháp luật. Ngược lại, sự coi thường hiến pháp, pháp luật cộng với những nguyên nhân khác sẽ dẫn đến các hành vi vi phạm hiến pháp và pháp luật.

Hiến pháp, pháp luật là sản phẩm vật chất của YTHP - pháp luật nhưng đến lượt mình, hiến pháp, pháp luật lại có tác động mạnh mẽ, có vai trò to lớn đối với YTHP - pháp luật của các cá nhân và toàn xã hội. Sự tác động trở lại của hiến pháp, pháp luật đối với ý thức pháp luật theo hướng tích cực hay tiêu cực được thể hiện tuỳ thuộc vào chất lượng, tính đúng đắn của các quy định hiến pháp, pháp luật.

Để có được một NNPQ và xã hội công dân, các cá nhân công quyền, người dân trong xã hội ấy phải hiểu biết về hiến pháp và ý thức tuân thủ pháp luật. Xây dựng YTHP do vậy rất cần đến một chiến lược đồng bộ, bao gồm việc xây dựng ý thức và lối sống tôn trọng, tuân thủ hiến pháp trước hết, chủ yếu là đối với các cơ quan, cá nhân công quyền. Việc nghiên cứu về sửa đổi, bổ sung hiến pháp và khi bản Hiến pháp được sửa đổi, bổ sung được ban hành sẽ là một điều kiện cơ bản trong việc thay đổi những quan niệm, cách tư duy, tình cảm, thái độ chưa hoàn toàn đầy đủ, đúng đắn về hiến pháp lâu nay và là nhân tố đặc biệt quan trọng để hình thành, nâng cao YTHP của cá cá nhân, các nhóm xã hội và toàn xã hội ở nước ta ■

4 *Nguyễn Đăng Dung, Bùi Tiến Đạt, Cải cách chế định quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong Hiến pháp 1992 theo nguyên tắc tôn trọng quyền con người, bài đăng trong sách chuyên khảo: Hiến pháp - những vấn đề lý luận và thực tiễn, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2011, tr. 605 – 614.*

VỀ VIỆC THỰC HIỆN CHỨC NĂNG, NHIỆM VỤ, QUYỀN HẠN VÀ CƠ CẤU TỔ CHỨC CỦA VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

BÙI NGỌC THANH*

Ngày 01/10/2003 Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) đã ra Nghị quyết (NQ) số 417/2003/NQ-UBTVQH11 về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Văn phòng Quốc hội (VPQH). Việc thực hiện NQ này đã gặt hái được những kết quả nhất định, đồng thời cũng đã phát sinh những vấn đề cần được nghiên cứu xem xét sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với tình hình mới là tiếp tục thực hiện "Một số cải tiến, đổi mới để nâng cao chất lượng, hiệu quả hoạt động của Quốc hội" (NQ số 27/2012/QH13 ngày 28/6/2012 của Quốc hội).

1. Việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ của Văn phòng Quốc hội

Trước hết phải nói rằng, tổ chức và hoạt động của Quốc hội là cơ sở, là căn cứ và là tiền đề để tổ chức bộ máy và cán bộ của cơ quan phục vụ Quốc hội. Lịch sử phát triển của cơ quan phục vụ Quốc hội (VPQH) đã trải qua 4 NQ: NQ số 87-NQ/TVQH ngày 16/01/1962, NQ số 01-NQ/HĐNN ngày 06/7/1981, NQ số 02-NQ/UBTVQH9 ngày 07/10/1992, NQ số 417/2003/NQ-UBTVQH11 ngày 01/10/2003 (NQ 417).

Các NQ trên đều bám sát tổ chức bộ máy và quyền hạn, nhiệm vụ của Quốc hội để hình thành bộ máy và đội ngũ cán bộ phù hợp, nhằm đáp ứng ngày càng tốt hơn yêu cầu phục vụ Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và các cơ quan của UBTVQH trong từng thời kỳ. Xu hướng chung là các khóa Quốc hội càng về sau nhiệm vụ và quyền hạn càng được quy định đầy đủ và nặng nề hơn, do đó, bộ máy và cán bộ của cơ quan phục vụ cũng ngày càng được quy định hoàn thiện hơn và tiến bộ hơn.

1.1. Về việc thực hiện chức năng

Từ *nhiệm vụ* (được quy định tại Điều 1 NQ 02-NQ/UBTVQH9) chuyển thành chức năng (được quy định tại Điều 1 NQ 417) đã có sự thay đổi cơ bản về yêu cầu công việc đối với VPQH. Nếu là nhiệm vụ thì về cơ bản là do cấp trên giao, còn nếu là chức năng thì về cơ bản là "tự thân vận động", phải chủ

* *TS. Nguyên Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội.*

động trong công việc. Từ khi được xác định có chức năng nghiên cứu, tham mưu tổng hợp và tổ chức phục vụ, VPQH đã từng bước phục vụ có hiệu quả việc thực hiện ba chức năng lập pháp, giám sát và quyết định của Quốc hội, đồng thời tổ chức thực hiện tương đối có hiệu quả 17 nhiệm vụ đã được ghi trong Điều 2 NQ 417).

- *Về nghiên cứu, tham mưu lập pháp:* Trong 12 khóa Quốc hội đã qua, số lượng các đạo luật, các pháp lệnh và các NQ có chứa quy phạm pháp luật được thông qua trong hai khóa XI và XII là lớn nhất. Nếu từ khóa I đến khóa X Quốc hội chỉ ban hành được 136 đạo luật, thì chỉ hai khóa XI và XII đã ban hành tới 154 đạo luật (khóa XI: 84, khóa XII: 67), gấp 1,13 lần so với 10 khóa đầu. Về pháp lệnh, UBTVQH khóa XI đã ban hành 34 pháp lệnh và khóa XII là 13; về NQ của Quốc hội, lần lượt là 15 và 12. Sự đóng góp công sức, trí tuệ của cán bộ, công chức VPQH vào công tác nghiên cứu, tham mưu lập pháp trong hai nhiệm kỳ qua (từ khi có NQ 417) là hết sức đáng trân trọng, đặc biệt là sự đóng góp của các Vụ phục vụ Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban. VPQH đã chủ động giúp cơ quan thẩm tra nghiên cứu, khảo sát thực tế, tham khảo ý kiến chuyên gia, lấy ý kiến đại diện các đối tượng được điều chỉnh của mỗi luật và ý kiến nhân dân, nên nhìn chung, các báo cáo thẩm tra đều có chất lượng, có tính phản biện, có cơ sở khoa học và có căn cứ thực tiễn. Bởi thế, Quốc hội đã đánh giá "Các dự án luật được chuẩn bị kỹ hơn, bám sát yêu cầu và nhu cầu của cuộc sống, xử lý tốt một số vấn đề nhạy cảm, phản ánh đầy đủ hơn thực tiễn xã hội, vì thế chất lượng ngày càng được nâng cao" (Báo cáo công tác của Quốc hội Khóa XI tại kỳ họp thứ 11).

- *Về nghiên cứu, tham mưu hoạt động giám sát:* Đây cũng là loại công việc đồ sộ đối với Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và dĩ nhiên là đối với cả VPQH. Chỉ riêng giám sát tối cao tại kỳ họp, mỗi nhiệm kỳ Quốc hội phải xem xét khoảng 135 báo cáo các loại của các cơ quan nhà nước, 26 ngày hoạt động chất vấn, 8 chuyên đề có tính bức

xúc. UBTVQH mỗi nhiệm kỳ giám sát từ 6 đến 8 chuyên đề. HĐDT và mỗi Ủy ban, mỗi nhiệm kỳ tiến hành trung bình 20 cuộc giám sát ở các bộ, ngành và các địa phương. Để các hoạt động giám sát nói trên ngày càng có kết quả thiết thực, VPQH phải tiến hành một loạt công việc tham mưu, phục vụ: phải xây dựng chương trình, lập kế hoạch và tổ chức thực hiện kế hoạch, điều hòa hoạt động theo địa phương và ngành, lĩnh vực; thông báo cho bộ, ngành, địa phương; tổ chức đoàn giám sát và phục vụ từng cuộc giám sát. Đối với giám sát chuyên đề, phải tham mưu lựa chọn chuyên đề, xây dựng báo cáo giám sát, thẩm định báo cáo của Chính phủ hoặc bộ, ngành. Đối với hoạt động chất vấn thì phải tham mưu, phục vụ từ khi tập hợp các chất vấn, đến tham mưu lựa chọn người trả lời, theo dõi các phiên họp và kết thúc có tính tổng hợp các phiên chất vấn. Theo chúng tôi, VPQH đã phục vụ tận lực hoạt động giám sát của Quốc hội. Kết quả hoạt động giám sát của Quốc hội, của HĐDT, các Ủy ban có

phần đóng góp không nhỏ của cơ quan phục vụ. Do vậy, "hoạt động giám sát được tăng cường, có nhiều đổi mới về cách thức tiến hành, nhất là chất vấn và giám sát chuyên đề. Thông qua giám sát đã kịp thời phát hiện và có các kiến nghị nhằm điều chỉnh, bổ sung, phát huy tính tích cực, giảm thiểu những hệ lụy nảy sinh từ chính sách; chấn chỉnh kịp thời các sai sót, khuyết điểm, thúc đẩy thực hiện tốt các nhiệm vụ" (Báo cáo tổng kết hoạt động của Quốc hội nhiệm kỳ khóa XII tại kỳ họp thứ 9).

- *Về nghiên cứu, tham mưu cho các quyết định của Quốc hội:* Từ sau ngày ban hành NQ 417 đến hết nhiệm kỳ Quốc hội khóa XII, VPQH đã phục vụ Quốc hội quyết định khá nhiều vấn đề trọng đại của đất nước như: nhân sự cấp cao trong bộ máy nhà nước; các kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội của đất nước hàng năm và 5 năm; phê chuẩn Hiệp định giữa Việt Nam và Trung Quốc về phân định lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của hai nước trong Vịnh Bắc Bộ; Hiệp định giữa Chính phủ Việt Nam và Vương quốc Căm-pu-chia bổ sung Hiệp ước hoạch định biên giới năm 1985; phê chuẩn Nghị định thư về việc Việt Nam gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới; quyết định chủ trương đầu tư Dự án thủy điện Lai Châu, Dự án điện hạt nhân Ninh Thuận; thí điểm không tổ chức Hội đồng nhân dân (HĐND) huyện, quận, phường ở một số địa phương; quyết định sửa đổi, bổ sung NQ số 66/2006/QH11 ngày 29/6/2006 về Dự án công trình quan trọng quốc gia trình Quốc hội quyết định chủ trương đầu tư... Nhìn chung, VPQH đã làm việc với tinh thần trách nhiệm cao, xem xét từng vấn đề kỹ lưỡng, thận trọng với quy trình chặt chẽ; tập hợp được trí tuệ của các nhà khoa học, các nhà quản lý và ý kiến nhân dân, đồng thời kết hợp với kết quả các hoạt động giám sát, nên các văn bản thẩm tra nói chung đã được nâng cao chất lượng.

Tuy đã đạt được những kết quả to lớn, nhưng ở mỗi loại vấn đề đều có những thiếu sót, khuyết điểm mà chung nhất là kết quả công việc vẫn chưa được như mong muốn, đó là đáp ứng yêu cầu ngày càng cao, đặc biệt là về chất lượng công việc (một số báo cáo thẩm tra dự án luật lý lẽ còn thiếu sắc bén, tính thuyết phục không cao, do đó, có dự án luật không thông qua được; một vài bản báo cáo giám sát không nêu rõ được tình hình thực chất của đơn vị được giám sát, do đó các kiến nghị không rõ ràng, khó thực thi; cũng có những báo cáo về quyết định các vấn đề trọng đại, do không đủ thông tin, không rõ căn cứ, thiếu tính thực tiễn nên đại biểu Quốc hội (ĐBQH) rất khó thể hiện chính kiến của mình...).

1.2. Việc thực hiện các nhiệm vụ khác

Theo chúng tôi, một số công việc sau đây đã có những tiến bộ đáng ghi nhận trong quá trình thực thi NQ 417:

- VPQH đã phục vụ tốt cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội (ĐBQH) khóa XII và bầu cử ĐBQH khóa XIII. Đặc biệt là cuộc bầu cử ĐBQH khóa XIII và đại biểu HĐND các cấp nhiệm kỳ 2011 - 2016 đã diễn ra trong cùng

một ngày, cùng một lúc bầu cử đại biểu dân cử ở cả 4 cấp. Khối lượng công việc lớn, độ phức tạp cao, công tác chuẩn bị tương đối dài ngày nhưng cuộc bầu cử đã diễn ra khá suôn sẻ và thành công tốt đẹp.

- Tham mưu về lĩnh vực đối ngoại có bước phát triển cơ bản (coi trọng đối ngoại đa phương, tăng cường đối ngoại song phương; tạo sự chuyển biến tích cực trong quan hệ hữu nghị và hợp tác nhiều mặt với các nước trong khu vực và thế giới; củng cố và phát triển quan hệ với các nước láng giềng, các nước ASEAN và Đông Bắc Á...).

- Công tác dân nguyện là một loại công tác đầy khó khăn, phức tạp; nhưng hàng năm phải tiếp trung bình 2.000 lượt người đến khiếu nại, tố cáo, kiến nghị với Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội; tiếp nhận, xử lý (nghiên cứu, phân loại, chuyển đến cơ quan có thẩm quyền giải quyết) khoảng 17.000 đơn, thư của công dân. Có một số năm VPQH phải giúp UBTVQH giám sát việc thi hành pháp luật về khiếu nại, tố cáo ở một số địa phương có những vụ khiếu kiện nổi cộm, kéo dài.

- Giữ mối quan hệ chặt chẽ với các Văn phòng, các cơ quan ở trung ương. VPQH ý thức sâu sắc được sự liên quan mật thiết giữa Văn phòng Trung ương Đảng, Văn phòng Chính phủ, Văn phòng Chủ tịch nước, Tòa án nhân dân tối cao, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao và Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam trong việc tham mưu tổ chức công tác của các cơ quan và lãnh đạo các cơ quan này. Đó chính là tổ chức công việc của quốc gia. Vì vậy, giữ mối liên hệ chặt chẽ giữa các Văn phòng, các cơ quan là nhằm bảo đảm cho "chương trình công tác quốc gia" và chương trình công tác của mỗi cơ quan được thực hiện thông suốt.

Trong 17 nhiệm vụ, cũng có một số việc thực hiện còn thưa thớt, như đề xuất cải tiến chế độ làm việc của ĐBQH chuyên trách (khoản 10 Điều 2), thậm chí có việc chưa làm được như việc phối hợp phục vụ UBTVQH giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh (khoản 1 Điều 2).

1.3. Tổ chức bộ máy và cán bộ

1.3.1. Những mặt được:

- Qua 4 NQ như đã nói trên, đến NQ 417 thì bộ máy của VPQH đã tương đối hoàn chỉnh và định hình, cấu trúc hợp lý hơn so với trước đây. Mỗi cơ quan của Quốc hội, của UBTVQH đã có một đơn vị phục vụ, có cơ quan có hai đơn vị phục vụ như Ban Công tác đại biểu (Vụ Công tác đại biểu và Trung tâm Bồi dưỡng đại biểu dân cử). Riêng UBTVQH có đến 4 cơ quan phục vụ (VPQH, Ban Công tác đại biểu, Ban Dân nguyện, Viện Nghiên cứu Lập pháp).

- Sau khi có NQ 417, VPQH đã ban hành các văn bản riêng để thực hiện NQ và phục vụ công tác quản lý, điều hành, bao gồm: Quy chế làm việc của VPQH; Quy chế bổ nhiệm, bổ nhiệm lại, từ chức, miễn nhiệm cán bộ quản lý cấp vụ, cấp phòng thuộc VPQH; Quy chế tuyển dụng công chức, viên chức, Bản quy định chức năng, nhiệm vụ của các đơn vị trong VPQH...

- NQ 417 cũng đã gián tiếp tạo tiền đề để khi cần thiết có thể điều chỉnh bộ máy cho phù hợp (Điều 3). Trên thực tế, đã có 4 vụ và 01 trung tâm được thành lập (Vụ Pháp luật được phân chia thành Vụ Tư pháp và Vụ Pháp luật; Vụ Kinh tế và Ngân sách được phân chia thành Vụ Kinh tế và Vụ Tài chính - Ngân sách; Trung tâm Bồi dưỡng đại biểu dân cử được thành lập và một số đơn vị được nâng cấp). Các đơn vị nói riêng, VPQH nói chung đã nhanh chóng ổn định, đi vào hoạt động có nền nếp và nâng cao dần hiệu quả.

- Đội ngũ cán bộ được tăng cường cả về số lượng và có phần về chất lượng. Cơ cấu đội ngũ cán bộ khá đa dạng, hầu hết các lĩnh vực khoa học như chính trị, kinh tế, xã hội, nhân văn, văn hóa - giáo dục, tài nguyên, môi trường, kỹ thuật, công nghệ... đều có (theo chức năng, quyền hạn của Quốc hội và theo chức năng, nhiệm vụ phục vụ của VPQH).

Vào thời điểm cuối nhiệm kỳ khóa XII, tháng 7/2011, bộ máy công tác của VPQH đã lên tới 33 đơn vị độc lập (chưa tính Viện Nghiên cứu Lập pháp và các Văn phòng

Đảng, đoàn thể) với 252 cán bộ lãnh đạo từ cấp phòng trở lên (trong đó cấp vụ và tương đương trở lên là 162, cấp phòng, chưa tính tương đương là 90). Có thể coi đây là "sự phát triển vượt bậc" về số lượng cán bộ lãnh đạo nói chung, gấp gần 1,8 lần so với cuối nhiệm kỳ khóa XI, trong đó cấp vụ và tương đương trở lên gấp 1,75 lần, cấp phòng gấp 1,84 lần (vào gần cuối nhiệm kỳ khóa XI (năm 2006) VPQH có 22 đơn vị độc lập, tính cả Vụ Công tác lập pháp khi đó chưa giải thể, mới có 142 cán bộ lãnh đạo, trong đó cấp vụ và tương đương trở lên là 93, cấp phòng là 49, biên chế được UBTVQH duyệt kể cả Đảng ủy, Công đoàn chỉ là 467 người).

1.3.2. Một số vấn đề cần được quan tâm xem xét

- Tổ chức bộ máy và cán bộ phát triển khá nhanh nhưng VPQH chưa trình và UBTVQH cũng chưa sửa đổi, bổ sung kịp thời NQ 417 (cuối nhiệm kỳ khóa XI, Ban Công tác lập pháp bị giải thể, do đó, Vụ Công tác lập pháp cũng phải giải thể; VPQH từ 21 đơn vị độc lập xuống còn 20 đơn vị. Từ 20 đơn vị năm 2007, đến nay đã lên đến 33 đơn vị, vượt lên gấp rưỡi số đơn vị mà NQ cho phép. Trong đó, có những đơn vị đương nhiên phải thành lập để phục vụ các Ủy ban mới được Quốc hội thành lập, nhưng NQ chưa tiên lượng được những sự kiện, những tình huống này).

- Mô hình tổ chức bộ máy đặc thù dẫn đến quan hệ phối hợp công tác giữa VPQH với Thường trực HĐDT và các Ủy ban theo quy định tại các Điều 5, 6, 7, 8 và 9 của NQ 417 có nhiều điểm khó thanh thoát. Vấn đề chung nhất là Thường trực HĐDT, các Ủy ban là cơ quan đại diện, cơ quan dân cử hoạt động và tồn tại theo nhiệm kỳ nhưng lại quyết định các vấn đề của cơ quan quản lý, điều hành có tính chất hành chính tồn tại và hoạt động liên tục như một dòng chảy. Cũng là Vụ ấy, những con người ấy, nhưng có thể Thường trực HĐDT và các Ủy ban khóa này thì đánh giá tốt, đến khóa sau có thể bị đánh giá là kém. Thậm chí cùng một khóa nhưng đánh giá của các thành viên cũng rất khác nhau. Nguyên nhân cũng từ hai phía: đối với Thường trực HĐDT và các Ủy ban, mỗi người một trình độ, mỗi người quen một cách làm việc, mà không phải ai cũng hiểu thấu đáo về tổ chức bộ máy và cán bộ, không phải ai cũng quen ngay được phương pháp hoạt động, làm việc của cơ quan lập pháp. Về phía cơ quan phục vụ, tuy VPQH ra đời từ khi có Quốc hội, nhưng từ khóa I cho đến khóa VIII, VPQH chủ yếu là phục vụ hành chính, quản trị, đi lại, sinh hoạt...; mãi đến những năm 1987-1992, trừ Ủy ban Pháp luật và Ủy ban Đối ngoại có Vụ phục vụ riêng, còn tất cả các Ủy ban và HĐDT chỉ có một Vụ duy nhất phục vụ chung, đó là Vụ Hội đồng và các Ủy ban của Quốc hội. Từ tháng 9/1992 đến nay mới dần dần đi sâu vào phục vụ chuyên môn, nghiệp vụ, trong khi đó, người tham mưu, phục vụ đòi hỏi về trình độ chuyên môn ít nhất phải ngang tầm đại biểu (nếu không nói là phải cao hơn).

Trong Thường trực HĐDT và các Ủy ban, có một số thành viên từ cơ quan hành pháp chuyển sang, nên vẫn quen với cách quản lý, điều hành theo nguyên tắc thủ trưởng quyết định tất cả. Từ đó, phát sinh các yêu cầu, tự quyết định bộ máy và cán bộ, có bộ phận tài chính riêng; nói cách khác, phải là một cơ quan độc lập. Điều này rất khó trở thành hiện thực.

- Về phương pháp làm việc, ở một số Thường trực HĐDT và các Ủy ban, các thành viên thường xuyên chỉ đạo công việc đến nhóm, có khi đến tận chuyên viên. Thậm chí, mỗi thành viên Thường trực chuyên điều hành một số chuyên viên phục vụ cho mình. Cách làm việc đó lâu ngày vô tình (hay hữu ý) đã vô hiệu hóa bộ máy và lãnh đạo của đơn vị.

- Có những quy định của NQ 417 đã dẫn đến những tình huống rất khó xử lý trách nhiệm. Điều 8 khoản 2 quy định: Việc tuyển chọn cán bộ, công chức, bổ nhiệm, cách chức vụ trưởng, phó vụ trưởng và các chức vụ tương đương; trưởng phòng, phó trưởng phòng và các chức vụ tương đương đối với các Vụ trực tiếp giúp việc HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội và các Ban của UBTVQH do Thường trực HĐDT, Thường trực các Ủy

ban và Trưởng các ban phối hợp với Chủ nhiệm VPQH quyết định; Chủ nhiệm VPQH ra quyết định. Quy định này có hệ quả là, nếu có trường hợp khiếu kiện thì người quyết định nhân sự - là Thường trực - phải chịu trách nhiệm xử lý, hay là người ký quyết định - Chủ nhiệm VPQH - phải chịu trách nhiệm xử lý?

3. Một vài kiến nghị

3.1. Trước hết, phải xác định tổ chức bộ máy giúp việc của cơ quan lập pháp không thể rập khuôn như bộ máy giúp việc của cơ quan hành pháp. Chính phủ hiện có 22 bộ, cơ quan ngang bộ và 8 cơ quan thuộc Chính phủ. Như vậy, bộ máy giúp việc của Chính phủ gồm có 30 Văn phòng các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ cùng với Văn phòng Chính phủ là 31 Văn phòng; chưa kể mỗi bộ, ngành lại có hệ thống dọc xuống các cấp hành chính; Ủy ban nhân dân các cấp cũng có Văn phòng riêng. Lý do chung nhất là Chính phủ phải điều hành công việc trên địa bàn rộng khắp toàn quốc, từ trung ương đến địa phương, cơ sở. Còn cơ quan lập pháp duy nhất chỉ có ở trung ương là Quốc hội, đến HĐND cấp tỉnh là cấp không có chức năng ban hành luật, pháp lệnh nữa. Bởi vậy, Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, của UBTVQH về cơ bản chỉ có một cơ quan phục vụ.

3.2. Nên bổ sung một điều hoặc một số khoản về điều kiện, nguyên tắc thành lập thêm các Vụ, các đơn vị tương đương trong VPQH; điều kiện, nguyên tắc sáp nhập, chia tách các đơn vị; điều kiện, nguyên tắc để tổ chức cấp phòng trong Vụ phục vụ HĐDT, các Ủy ban của Quốc hội.

3.3. Không nên quy định Thường trực HĐDT và các Ủy ban phải tham gia quản lý hành chính, để họ tập trung vào nhiệm vụ của đại biểu và nhiệm vụ của Thường trực theo Luật Tổ chức Quốc hội. Nên phân loại cán bộ và quy định tiêu chuẩn các loại cán bộ, giao cho VPQH phải từng bước đáp ứng yêu cầu và chịu trách nhiệm trước UBTVQH, HĐDT và các Ủy ban.

3.4. Nên thống nhất đầu mối quản lý tất cả các đơn vị, các cán bộ của VPQH và Viện Nghiên cứu Lập pháp, đồng thời có cơ chế điều hành hợp lý trong việc phục vụ Quốc hội, UBTVQH, các cơ quan của Quốc hội. Sắp xếp lại bộ máy, điều chỉnh lại chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan nghiên cứu, tham mưu, phục vụ để làm hết mọi công việc, tránh trùng chéo hoặc "bỏ trống trận địa".

3.5. Cần nghiên cứu tái lập "Văn phòng Đoàn ĐBQH" độc lập để đáp ứng yêu cầu tham mưu, phục vụ Đoàn ĐBQH theo đúng quy định tại khoản 3 Điều 60 Luật Tổ chức Quốc hội hiện hành: "Đoàn ĐBQH có trụ sở, Văn phòng giúp việc và có kinh phí hoạt động theo quy định của UBTVQH". Gộp chung lại với Văn phòng phục vụ HĐND cấp tỉnh như hiện nay thì ít nhất có hai vấn đề không đúng với nguyên tắc tổ chức cơ quan nhà nước. Một là, một tổ chức mà hai cơ quan (trung ương và địa phương) cùng thành lập, cùng quy định chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn. Hai là, vì thế mà phát sinh hai loại cán bộ, hai nguồn kinh phí, hai chế độ, chính sách (do hai nơi quản lý). Hậu quả là việc điều hành, hoạt động rất khó khăn, phức tạp, hạn chế rất nhiều đến hiệu lực và hiệu quả ■

BÀN LUẬN THÊM VỀ BẢN CHẤT CỦA HOẠT ĐỘNG XÂY DỰNG PHÁP LUẬT

NGUYỄN VĂN CƯƠNG *

Xây dựng và thực thi pháp luật là hai mặt hoạt động cơ bản của nền quản trị quốc gia. Chúng ta chỉ có thể xây dựng và thiết lập nền quản trị quốc gia hữu hiệu khi cả hoạt động xây dựng pháp luật (XDPL) và hoạt động thực thi pháp luật đều hiệu quả.

Với Việt Nam hiện nay, nền quản trị quốc gia vẫn còn nhiều vấn đề, mà trước hết là các bất cập trong hoạt động XDPL, trong đó có việc xây dựng các đạo luật. Theo nhiều nhà nghiên cứu, dù có những bước cải thiện nhất định trong những năm gần đây, nhưng chất lượng hoạt động XDPL vẫn chưa đạt yêu cầu[1]; nhiều quy định có tính khả thi thấp, chưa dựa trên các cơ sở thực tiễn vững chắc. Nhiều quy định còn chồng chéo, mâu thuẫn, triệt tiêu hiệu lực của nhau. Không ít quy định mới chỉ dừng ở việc phản ánh lợi ích cục bộ của ngành, của nhóm lợi ích mà chưa mang lại lợi ích tốt nhất cho xã hội[2]. Tính ổn định, tính minh bạch (rõ ràng), tính dễ tiên liệu của các quy định pháp luật còn hạn chế[3]. Nói gọn lại, chất lượng của pháp luật - sản phẩm của hoạt động XDPL, về nhiều mặt, chưa tương thích với tính chất của một nền kinh tế thị trường mở cửa, hội nhập, yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, chưa đạt được các "chuẩn" của hội nhập kinh tế quốc tế[4].

Nguyên nhân của tình trạng này được cho rằng, "cơ chế xây dựng, sửa đổi pháp luật còn nhiều bất hợp lý và chưa được coi trọng đổi mới, hoàn thiện"[5], "năng lực XDPL của các cơ quan nhà nước, trước hết là năng lực lập pháp của Quốc hội vẫn còn bất cập, chưa đáp ứng được nhu cầu điều chỉnh pháp luật ngày càng tăng của xã hội, nhất là trong điều kiện xây dựng nhà nước pháp quyền… xây dựng nền kinh tế thị trường… chủ động hội nhập quốc tế"[6].

Những nhận định như vậy có sự hợp lý nhất định. Luật pháp - với tư cách là sản phẩm của quy trình "sản xuất" ("làm luật"), nếu nó có "lỗi", có lẽ phải nhìn lại "công nghệ" (quy trình) tạo ra sản phẩm và năng

* ***TS. Phó Viện trưởng Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp.***

1 *PGS.TS. Phan Trung Lý, Quốc hội Việt Nam: Tổ chức, hoạt động và đổi mới, NXB Chính trị quốc gia, H., 2010, tr. 63-64.*

2 *PGS.TS. Phan Trung Lý, Tlđd, tr. 57-58; cũng xem: GS.VS. Nguyễn Duy Quý và PGS.TS. Nguyễn Tất Viễn (đồng chủ biên), Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam của dân, do dân, vì dân: Lý luận và thực tiễn NXB Chính trị quốc gia, H., 2008, tr. 318.*

3 *PGS.TS. Lê Văn Hòe (chủ biên), Tăng cường năng lực lập pháp của Quốc hội trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay NXB Tư pháp, H., 2009, tr. 61-64.*

4 *GS.VS. Nguyễn Duy Quý và PGS.TS. Nguyễn Tất Viễn (đồng chủ biên), Tlđd, tr. 319.*

5 *Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.*

6 *PGS.TS. Lê Văn Hòe (chủ biên), Tlđd, tr. 61.*

lực của con người tham gia trong quy trình ấy. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, nếu chỉ quy kết sự hạn chế về chất lượng pháp luật cho các nguyên nhân thuộc về quy trình và năng lực của con người tham gia quy trình, có thể chưa toàn diện. Những bất cập trong hoạt động XDPL ở nước ta còn có thể bắt nguồn từ chính những bất cập trong các quan niệm thịnh hành ở nước ta hiện nay về bản chất của công tác XDPL.

2. Bản chất hoạt động xây dựng pháp luật: những quan niệm thịnh hành ở Việt Nam

Bản chất của hoạt động XDPL không phải là chủ đề bàn luận mới của giới khoa học pháp lý ở Việt Nam[7]. Sự thực, tại các cơ sở đào tạo luật ở nước ta, trong các khóa giảng thuộc chuyên ngành lý luận nhà nước và pháp luật, chủ đề về XDPL đã được giảng dạy cho sinh viên.

Một cách khái quát nhất, *XDPL là hoạt động ban hành, sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ các quy định của pháp luật (tức là các quy phạm pháp luật) cho phù hợp với nhu cầu điều chỉnh pháp luật đối với các quan hệ xã hội*[8]. Nói cách khác, XDPL là hoạt động tạo lập mới hoặc thay đổi các quy phạm pháp luật (QPPL) đã có - tế bào của hệ thống pháp luật. Thông qua hoạt động XDPL, hệ thống pháp luật có thể "phình" thêm hoặc "teo" đi. Hoạt động XDPL cũng là hoạt động quyền lực hóa các chuẩn mực xã hội.

Về bản chất của hoạt động XDPL, không ít ý kiến cho rằng, hoạt động này có hai khía cạnh cơ bản.

Ở khía cạnh chính trị, XDPL là hoạt động nhằm "thể hiện ý chí của nhà nước thành pháp luật"[9]. Đây cũng là quá trình "nhận thức và thể hiện các lợi ích của… xã hội,… của nhóm xã hội"[10].

Ở khía cạnh kỹ thuật pháp lý, XDPL là "quá trình sáng tạo pháp luật… hình thành hệ thống các quy định pháp luật"[11].

Tựu trung lại, XDPL là "một hoạt động kỹ thuật - pháp lý mang tính chính trị". XDPL, về bản chất, là hoạt động nhằm tạo ra các QPPL. Đó là hoạt động "đưa ý chí của Nhà nước, ý chí của nhân dân lên thành pháp luật"[12].

Thực tiễn ở Việt Nam, XDPL là hoạt động mang tính tổ chức rất chặt chẽ, được tiến hành theo những trình tự và thủ tục pháp luật quy định. Cụ thể, hiện tại, việc xây dựng và ban hành các văn bản của chính quyền trung ương được thực hiện theo các quy định của Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008 (và Nghị định số 24/2009/NĐ-CP), còn việc xây dựng và ban hành các văn bản của chính quyền địa phương được thực hiện theo quy định của Luật Ban hành văn bản QPPL của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân năm 2004.

Trên những cơ sở đã nêu, có quan điểm đưa ra định nghĩa về việc XDPL như sau: "XDPL ở Việt Nam là một quá trình hoạt động vô cùng quan trọng, phức hợp, bao gồm rất nhiều các hoạt động kế tiếp nhau, liên hệ chặt chẽ với nhau, do nhiều tổ chức và cá nhân có vị trí, vai trò, chức năng, quyền hạn khác nhau cùng tiến hành, nhằm chuyển hóa ý chí của Nhà nước, của nhân dân Việt Nam thành những quy định pháp luật dựa trên những nguyên tắc nhất định và được thể hiện dưới những hình thức pháp lý nhất định mà chủ yếu là văn bản QPPL"[13] .

---

7 *GS,TS. Lê Minh Tâm và PGS.TS. Nguyễn Minh Đoan (chủ biên), Giáo trình Lý luận nhà nước và pháp luật NXB Công an nhân dân, H., 2010, tr. 481-487; PGS.TS. Hoàng Thị Kim Quế (chủ biên), Giáo trình Lý luận chung về nhà nước và pháp luật, NXB Đại học quốc gia, H., 2006) tr. 474-483; PGS.TS. Nguyễn Minh Đoan, Xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam trong bối cảnh xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, NXB Chính trị quốc gia, H., 2011) tr. 7-14.*

8 *PGS,TS. Nguyễn Minh Đoan, Tlđd, tr. 8.*

9 *Như trên, tr. 9.*

10 *Như trên, tr. 9.*

11 *Như trên, tr. 9.*

12 *Như trên, tr. 9.*

13 *Như trên, tr. 13.*

3. Những bất cập trong các quan niệm hiện thời

Quan niệm hoạt động XDPL là hoạt động "đưa ý chí của Nhà nước, ý chí của nhân dân lên thành pháp luật" nhằm tạo ra các QPPL như đã đề cập ở trên là đúng, nhưng chưa đủ. Chúng ta phải thừa nhận rằng "XDPL" là một quá trình ra quyết định và pháp luật là các quyết định của nhà nước[14]. Nói cách khác, XDPL là quá trình chọn lựa những giải pháp pháp lý để xử lý các vấn đề mà xã hội đang đặt ra, đòi hỏi Nhà nước phải có biện pháp ứng phó.

Việc quan niệm XDPL là một quá trình ra quyết định, sẽ đưa tới nhiều gợi mở quan trọng cho việc nhận diện chính xác hơn những vấn đề trong công tác hoàn thiện pháp luật.

Theo lý thuyết về ra quyết định, một quyết định chỉ có thể là quyết định hợp lý (tối ưu), nếu người ra quyết định đáp ứng tối thiểu hai điều kiện sau[15]:

Thứ nhất, người ra quyết định (hoặc tham gia vào quá trình ra quyết định) phải có thông tin đầy đủ về vấn đề mà mình cần phải quyết định. Những thông tin này bao gồm: vấn đề mà xã hội đang đặt ra đòi hỏi phải giải quyết là vấn đề gì? Nguyên nhân của vấn đề này là ở đâu? Sự tồn tại của vấn đề này (nếu không được giải quyết) sẽ mang lại những tác hại gì cho xã hội? Ai (nhóm đối tượng nào) là người phải chịu những tác hại đó? Mức độ phân bổ tác hại đó có đồng đều hay không? Xã hội cần có những giải pháp (về nguồn lực, về tổ chức, về nhân lực, về hệ thống truyền thông v.v..) như thế nào để giải quyết các vấn đề đó? Nguồn lực giải quyết các vấn đề đó lấy từ đâu?

Thứ hai, người ra quyết định phải có năng lực xử lý các thông tin do tự mình thu thập được hoặc được cung cấp, để nhận diện đúng vấn đề, chọn lựa được giải pháp tối ưu xử lý vấn đề.

Rà soát lại thực tiễn XDPL ở nước ta thời gian qua, có thể thấy, cả hai khía cạnh trên đều có vấn đề. Thông tin được cung cấp cho những người ra quyết định (dù đó là những người trong tổ biên tập, Ban soạn thảo, hoặc những người có vị trí hoặc được kỳ vọng là những người phản biện dự thảo văn bản QPPL), trong không ít trường hợp, là khá nghèo nàn, không là sản phẩm dựa trên những khảo cứu khoa học và khảo sát thực tiễn công phu, bài bản. Người được giao thực hiện nhiệm vụ soạn thảo, góp ý, thẩm định v.v.. đôi khi chưa được trang bị đủ những kỹ năng cần thiết, hoặc không có đủ thời gian, nguồn lực, sự trợ giúp về chuyên môn để hiểu và quyết định các vấn đề đang được đặt ra. Quy trình XDPL hiện tại theo quy định của Luật Ban hành văn bản QPPL còn có sự lẫn lộn giữa khâu "phân tích chính sách" (làm rõ vấn đề cần giải quyết, luận giải và chọn lựa phương án xử lý tối ưu) với khâu "soạn thảo" (diễn dịch ngôn ngữ của chính sách thành ngôn ngữ pháp lý - ngôn ngữ của quy phạm), nên vai trò của những người tham gia quy trình XDPL không rõ ràng. Không ít trường hợp, người có không chuyên môn pháp luật lại đi soạn thảo pháp luật, trong khi người không có chuyên môn về phân tích chính sách lại vẫn phải tiến hành công việc phân tích chính sách.

Ngoài bất cập kể trên trong quan niệm về bản chất hoạt động XDPL, trong giới XDPL ở nước ta còn có quan điểm cho rằng, pháp luật chỉ đơn thuần là sự thể chế hóa đường lối, chính sách của Đảng cầm quyền. Có thể nói, quan điểm này là đúng về mặt nguyên tắc, nhằm đảm bảo sự lãnh đạo của Đảng trong công tác XDPL, nhưng hiểu máy móc quan điểm này rất có thể dẫn tới tình trạng tầm thường hóa công việc của những người soạn thảo, góp ý, thẩm định và biểu quyết thông qua các văn bản pháp luật cụ thể. Lý do đơn giản là, nếu quan niệm pháp

---

14 Tất nhiên, xét theo nguyên tắc quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, thì XDPL là quá trình nhân dân ra quyết định thông qua những người đại diện (công bộc) của mình. Ở các quốc gia có chế độ trưng cầu dân ý, nhân dân có thể trực tiếp ra quyết định trong việc XDPL.

15 Stephen P. Robbins and Mary Coulter, Management, 11th ed. (Prentice Hall, Boston, 2012) at 179-185; cũng xem John Adair, Decision Making and Problem-Solving Strategies (Koganpage, London, 2010) at 19.

luật chỉ là sự thể chế hóa đường lối, chính sách của Đảng, thì dường như vai trò, trách nhiệm của người làm công tác XDPL (bao gồm người tham gia tổng kết thực tiễn, phác thảo chính sách, soạn thảo, góp ý, thẩm định, biểu quyết thông qua) dễ bị hiểu giản đơn chỉ là làm nhiệm vụ "diễn dịch" chính sách, đường lối đã quyết từ trước rồi biến thành ngôn ngữ pháp lý. Sự thực, cách hiểu giản đơn như vậy rất nguy hiểm bởi lẽ, đường lối, chính sách của Đảng, nhất là những đường lối, chính sách thể hiện rõ trong các văn kiện của Đảng thường chỉ đề cập tới những quyết sách ở tầm chiến lược. Các chính sách chi tiết, cụ thể thể hiện trong từng quy phạm thường chỉ được hình thành cùng với quá trình nghiên cứu, tổng kết pháp luật trong từng lĩnh vực cụ thể, thậm chí nhiều chính sách cụ thể, chỉ có thể hình thành và hoàn thiện cùng với quá trình soạn thảo văn bản. Như vậy, dù muốn dù không, những người tham gia quá trình XDPL cũng là những người trực tiếp hình thành nên những chính sách, đường lối mà có thể không bị bó hẹp trong khuôn khổ các quyết sách, đường lối có tính chiến lược mà các cơ quan của Đảng cầm quyền đã quyết. Chẳng hạn, với việc xây dựng Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, chủ trương của Đảng trong các văn kiện chỉ là cần xây dựng đạo luật về lĩnh vực này theo hướng tăng cường công tác bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng. Đây là những định hướng có tính chất chiến lược. Các chính sách cụ thể liên quan tới trách nhiệm của doanh nghiệp đối với người tiêu dùng, kiểm soát hợp đồng giao kết giữa doanh nghiệp với người tiêu dùng, trách nhiệm sản phẩm của doanh nghiệp như thế nào thì chỉ có thể hình thành cùng với quá trình nghiên cứu, tổng kết thực tiễn về lĩnh vực bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng và quá trình soạn thảo, góp ý, thẩm định dự thảo Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

Như vậy, tuy nguyên tắc, XDPL là sự thể chế hóa đường lối, chính sách của Đảng là đúng, nhưng cách hiểu, cách vận dụng trong thực tiễn cần linh hoạt, tránh tầm thường hóa vai trò của những người làm công tác soạn thảo, xây dựng các văn bản pháp luật cụ thể. Thực tế cho thấy, dư địa "sáng tạo" chính sách cụ thể trong từng văn bản pháp luật của người tham gia công tác tổng kết thực tiễn, soạn thảo, góp ý, thẩm định và thông qua các văn bản QPPL còn rất lớn. Những người tham gia công tác XDPL này không chỉ đơn thuần là người diễn dịch đường lối, chính sách đã được quyết định từ trước, từ đâu đó ở bên ngoài quy trình XDPL.

3. Kết luận

Trước thực tiễn bức xúc của công tác cải cách pháp luật, chúng tôi cho rằng, đã đến lúc cần làm giàu có thêm quan niệm của chúng ta về bản chất công tác XDPL theo hướng như sau:

Thừa nhận thêm bản chất của hoạt động XDPL là một quá trình ra quyết định. Đây là một quá trình ra quyết định tập thể với sự tham gia, can dự của rất nhiều chủ thể có liên quan, trong đó phải kể tới những người làm công tác tổng kết thực tiễn, những người soạn thảo, góp ý, thẩm định, những đối tượng chịu tác động trực tiếp của văn bản và những chủ thể có quyền biểu quyết, thông qua văn bản QPPL. Quan niệm này đưa tới gợi ý quan trọng rằng, muốn có văn bản QPPL có chất lượng, ít nhất thông tin đến với người ra quyết định phải đầy đủ và người ở vị trí ra quyết định phải có đủ năng lực xử lý thông tin, có tầm nhìn, bản lĩnh và đạo đức công vụ vì lợi ích chung của xã hội. Tuy nhiên, với tư cách là một quá trình ra quyết định tập thể, nếu việc phân định trách nhiệm của các chủ thể tham gia trong quy trình không rõ ràng, những người tham gia quá trình XDPL có thể bị chi phối quá mức bởi các nhóm lợi ích trong xã hội.

Thừa nhận dư địa sáng tạo của những người tổng kết thực tiễn, người soạn thảo, góp ý, thẩm định và người biểu quyết, thông qua văn bản QPPL trong việc hình thành các chính sách cụ thể trong mỗi quy phạm, mỗi chế định và trong văn bản QPPL. Những người tham gia công tác XDPL này không chỉ đơn thuần là người diễn dịch đường lối, chính sách đã được quyết định từ trước, từ đâu đó ở bên ngoài quy trình XDPL ■

Xây dựng lại hệ thống pháp luật về BẢO ĐẢM NGHĨA VỤ TRÊN CƠ SỞ LÝ THUYẾT VẬT QUYỀN VÀ TRÁI QUYỀN

NGUYỄN NGỌC ĐIỆN *

1. Một cơ sở lý thuyết lạ lẫm

Bảo đảm nghĩa vụ là một quan hệ nghĩa vụ. Trong suy nghĩ của người làm luật Việt Nam, bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là mối quan hệ pháp lý được thiết lập giữa một bên là người cam kết bảo đảm và bên kia là người thụ hưởng biện pháp bảo đảm. Đó là một quan hệ nghĩa vụ đích thực, nghĩa là, ở góc nhìn của luật latinh, có tác dụng tạo ra một trái quyền mà người thụ hưởng biện pháp bảo đảm được phép thực hiện chống lại người cam kết bảo đảm.

Tính chất đối nhân của quan hệ bảo đảm nghĩa vụ được ghi nhận cả trong trường hợp biện pháp bảo đảm được xác lập trên các tài sản đặc định, gọi là thế chấp hoặc cầm cố. Chủ nợ có bảo đảm bằng cầm cố, thế chấp được thừa nhận có quyền ưu tiên được thanh toán nợ bằng giá bán tài sản cầm cố, thế chấp; tuy nhiên, tính chất ưu tiên của của quyền không được làm rõ trong mối quan hệ với người cầm cố, thế chấp, người mà theo giả thiết là chủ sở hữu tài sản. Riêng trong trường hợp bảo đảm bằng thế chấp tài sản, thì để thực hiện quyền ưu tiên đó, chủ nợ cần có sự hợp tác của chủ sở hữu tài sản: một khi nợ được bảo đảm không được trả, thì chủ nợ nhận thế chấp phải làm động tác yêu cầu chủ sở hữu giao tài sản cho mình xử lý (Bộ luật Dân sự -BLDS- Điều 351 khoản 5). Nếu chủ sở hữu không chịu giao, mà điều này lại thường xảy trong thực tiễn, thì chủ nợ chỉ còn mỗi cách ứng xử phù hợp với pháp luật là gõ cửa toà án để yêu cầu cưỡng chế theo thủ tục chung về tố tụng dân sự, chứ không có cách nào khác.

Trong trường hợp bảo đảm nghĩa vụ bằng cầm cố tài sản, thì luật thừa nhận cho chủ nợ nhận cầm cố một số quyền có thể khiến người ta liên tưởng đến người có vật quyền trong luật latinh[1]. Chẳng hạn, nếu nợ

---

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

1 *Về lý thuyết vật quyền: xem, cùng tác giả, Lợi ích của việc xây dựng chế định vật quyền đối với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật tài sản, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (NCLP) số 2+3 (187+188), tháng 01+02 (2011), tr. 92 - 96. Để có được cái nhìn sâu và rộng hơn: xem, chẳng hạn, F.Terré và Ph. Simler, Droit civil. Les biens, Précis Dalloz (Paris – Pháp), 2006, tr. 30 đến 36.*

không được trả, thì chủ nợ nhận cầm cố có quyền yêu cầu xử lý tài sản cầm cố theo phương thức đã thoả thuận hoặc theo quy định của pháp luật (BLDS Điều 333 khoản 2), nghĩa là không cần đến vai trò của chủ sở hữu. Tuy nhiên, sự thừa nhận đó không hề có nghĩa rằng, chủ nợ nhận cầm cố có quyền năng tác động trực tiếp lên vật như người có vật quyền. Đơn giản, trong tình huống đặc thù, chủ nợ đang nắm giữ, kiểm soát tài sản về phương diện vật chất và việc nắm giữ đó là hợp pháp, được nhà chức trách bảo vệ. Tình trạng đó làm hình thành lợi thế tự nhiên của chủ nợ trong mối quan hệ với chủ sở hữu tài sản trong việc xử lý tài sản bảo đảm để thực hiện việc thu hồi nợ. Người làm luật, về phần mình, chỉ làm mỗi việc là trao cho chủ nợ một số quyền để phát huy lợi thế tự nhiên đó, nhằm giải quyết vấn đề thu hồi nợ theo cách giản đơn và ít tốn kém nhất.

Thực ra, người làm luật Việt Nam không thể bị trách móc chỉ với mỗi lý do là không chịu vận dụng các lý thuyết vật quyền và trái quyền của luật phương Tây một cách hợp lý để xây dựng hệ thống luật pháp của mình. Nếu quá trình độc lập tìm kiếm mô hình thích hợp cho Việt Nam dẫn đến việc thiết lập một khung pháp lý chặt chẽ với các giải pháp hợp lý và thoả đáng, phát huy được tác dụng tích cực trong việc thúc đẩy giao lưu dân sự, thì thậm chí người làm luật còn phải nhận được những lời khen tặng và sự tôn vinh xứng đáng.

Đáng tiếc là sự loay hoay trên một nền tảng học thuyết pháp lý không vững chắc rốt cuộc chỉ cho ra những chế định rối rắm với nhiều giải pháp kỳ lạ, khiến cho luật nhiều khi trở nên phản tác dụng về phương diện thực hiện chức năng tạo điều kiện thuận lợi cho sự phát triển giao lưu minh bạch và sòng phẳng trong cuộc sống dân sự.

2. Các vấn đề nổi cộm

Các vấn đề rắc rối đáng chú ý nhất xoay quanh chế định thế chấp tài sản. Lý do chính là tài sản thế chấp được dùng để bảo đảm việc trả nợ, nhưng vẫn nằm trong tay người thế chấp (đồng thời là chủ sở hữu). Một cách tự nhiên, chủ nợ lo lắng về việc tài sản có thể bị sử dụng dẫn đến suy giảm giá trị, có thể đem thế chấp tiếp cho người khác dẫn đến xung đột quyền lợi giữa các chủ nợ có bảo đảm, thậm chí được chuyển nhượng cho người khác và người được chuyển nhượng không biết gì về việc tài sản được đem thế chấp, rồi gây nhiều khó khăn cho việc thực hiện quyền đòi nợ sau này.

Quyền lực của chủ nợ nhận thế chấp có vật quyền. Trong các hệ thống pháp lý có xây dựng chế định vật quyền, vấn đề được giải quyết bằng cách thừa nhận cho chủ nợ có bảo đảm đầy đủ các quyền năng của một người có vật quyền đối với tài sản thế chấp[2]. Đặc biệt, với quyền đeo đuổi, chủ nợ có thể thực hiện quyền của chủ nợ có bảo đảm ở thời điểm thích hợp, bao gồm, tiến hành kê biên và bán tài sản, bất kể lúc đó tài sản đang nằm trong tay ai và thuộc về ai. Tất cả mọi người, kể cả chủ sở hữu, người quản lý, người chiếm hữu tài sản, đều phải tôn trọng các quyền đó của chủ nợ có bảo đảm. Với quyền ưu tiên, chủ nợ có quyền bảo đảm được xác lập trước là sẽ được phép lấy trước tiền trả nợ từ tiền bán tài sản, chủ nợ có quyền bảo đảm được xác lập sau phải chấp nhận lấy sau từ những gì còn lại trong giá bán tài sản.

Tất nhiên, để quyền của chủ nợ có bảo đảm được bảo vệ tốt, thì điều kiện tiên quyết là quyền đó phải được xã hội nhận biết. Luật các nước đặt ra chế định đăng ký để tổ chức việc công bố và xếp thứ tự ưu tiên đối với

2 *Xem, ví dụ, F. Terré và Ph. Simler, sđd, tr. 34.*

các chủ nợ có bảo đảm[3]. Chế định đăng ký có đối tượng là tất cả các vật quyền chứ không chỉ quyền của các chủ nợ có bảo đảm bằng thế chấp tài sản.

Chủ nợ nhận thế chấp không có vật quyền: người canh giữ tài sản đơn thuần. Trong điều kiện thiếu vắng lý thuyết vật quyền, chủ nợ luôn phải ở trong tình trạng cảnh giác đối với hành vi của chủ sở hữu tác động lên tài sản. Người làm luật, về phần mình, xây dựng các biện pháp bảo vệ hơi "thủ công" dành cho chủ nợ có bảo đảm, chủ yếu mang ý nghĩa hỗ trợ cho chủ nợ trong việc giám sát hành vi của chủ sở hữu tài sản liên quan.

Chẳng hạn, bằng việc thế chấp, chủ sở hữu không còn được thừa nhận có quyền tự do định đoạt đối với tài sản. Trên nguyên tắc, việc định đoạt theo ý chí của chủ sở hữu thậm chí bị cấm (BLDS Điều 348 khoản 4) và hành vi chuyển nhượng bi coi là trái pháp luật[4]. Trong chừng mực nào đó, có thể thừa nhận rằng việc thế chấp tài sản trong luật hiện hành có tác dụng "treo" quyền định đoạt của chủ sở hữu cho đến khi biện pháp thế chấp được dỡ bỏ đúng luật. Luật cũng nói rằng, chỉ có chủ nợ nhận thế chấp mới có quyền giải toả lệnh treo đó trong thời gian thế chấp.

Trong trường hợp thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ cùng một lúc, thì theo luật Việt Nam hiện hành, chủ sở hữu tài sản có trách nhiệm thông báo cho các chủ nợ sau của mình về tình hình thiết lập các biện pháp bảo đảm trước đó (Điều 324 khoản 2). Trong khi đó, ở các nước tiên tiến, người ta dựa vào hệ thống đăng ký: việc đăng ký tự nó có tác dụng thông tin về tình trạng pháp lý của tài sản cho người thứ ba, nói chung cho toàn xã hội. Thay vì ràng buộc người bảo đảm vào nghĩa vụ thông báo, luật đòi hỏi chủ nợ phải tự tìm hiểu bằng cách tiếp xúc với cơ quan đăng ký để yêu cầu cung cấp thông tin. Trên cơ sở xử lý các thông tin được cung cấp, chủ nợ có thể tự đánh giá được các khả năng thu hồi nợ từ tài sản liên quan, từ đó, có thể quyết định chấp nhận hay không việc xác lập biện pháp bảo đảm bằng tài sản ấy.

Luật Việt Nam hiện hành không chỉ đòi hỏi người bảo đảm phải thông báo cho chủ nợ có bảo đảm về tình trạng pháp lý của tài sản. Sự đòi hỏi đó còn được hình dung, trong trường hợp thế chấp tài sản, như một nghĩa vụ quan trọng mà nếu người bảo đảm không làm trọn, thì chủ nợ có bảo đảm có quyền

3 *Về đăng ký bất động sản: cùng tác giả, Đăng ký bất động sản, các vấn đề lý luận và thực tiễn, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 6(214), tháng 3/2012), tr.48 đến 53. Để tham khảo kinh nghiệm của các nước: Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil - Les biens. La publicité foncière, Cujas (Paris – Pháp), 1998, tr.367 đến 385; J. Gray, Brendan Edgeworth, Nell Foster, Scott Grattan, Property Law in New South Wales, Lexis Nexis Butterworths (Australia), 2007, tr. 282 đến 351.*

4 *Ở góc độ pháp luật hình sự, việc chuyển nhượng tài sản thế chấp còn bị ghi nhận là hành vi tẩu tán tài sản nhằm trốn tránh việc thực hiện nghĩa vụ trả nợ mang tính chất lừa đảo và người chuyển nhượng có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo tội danh tương ứng. Trên thực tế đã có nhiều người bị vướng vào vòng lao lý do hành vi này.*

huỷ hợp đồng thế chấp và yêu cầu bồi thường thiệt hại (Điều 348 khoản 2). Nói khác đi, việc không thông báo bị coi như một hành vi gian dối, bất chính; người thực hiện hành vi đương nhiên có lỗi và phải chịu trách nhiệm dân sự.

Trường hợp một tài sản được dùng để bảo đảm nhiều nghĩa vụ. Một điểm bất hợp lý đặc biệt nữa liên quan đến việc dùng một tài sản để bảo đảm cho nhiều nghĩa vụ: theo BLDS Điều 324 khoản 1, một tài sản có thể được dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ dân sự, nếu có giá trị tại thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm lớn hơn tổng giá trị của các nghĩa vụ được bảo đảm, trừ trường hợp có thoả thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác.

Có thể hiểu nỗi lo của người làm luật: bảo đảm quá nhiều nghĩa vụ có giá trị lớn, thì tài sản có nguy cơ không đủ sức để "gồng gánh" tất cả. Suy cho cùng, nỗi lo ấy rất bình thường; nhưng điều không bình thường là nó xuất hiện ở người làm luật chứ không phải ở chủ nợ.

Nói khác đi, khi xác lập một quan hệ nghĩa vụ, thì chính trái chủ (chủ nợ) là người phải đặt và giải quyết các vấn đề liệu nghĩa vụ có cần được bảo đảm hay không và nếu cần thì bảo đảm đến mức độ nào. Nợ tư nhân là chuyện riêng của tư nhân, Nhà nước không cần và cũng không nên can thiệp vào, đặc biệt là không nên can thiệp theo kiểu làm cho một bên mạnh hơn và bên kia yếu hơn trong quan hệ tay đôi.

Trong điều kiện các biện pháp bảo đảm có tác dụng nhân tạo ra các vật quyền như trong luật của nhiều nước, người làm luật cũng thừa nhận khả năng dùng một tài sản để bảo đảm nhiều nghĩa vụ cùng một lúc. Mối quan hệ giữa giá trị của tài sản và tổng giá trị của các món nợ vẫn được chú ý đến, nhưng người làm luật chỉ quan tâm đến việc làm thế nào tổ chức hành vi ứng xử của các chủ thể theo các tiêu chí trật tự và công bằng, chứ không tìm cách hạn chế quyền tự do của người này, người kia để phòng ngừa rủi ro.

Trên nguyên tắc, tất cả các vật quyền thế chấp đều phải đăng ký mới có hiệu lực đối với người thứ ba. Một khi được đăng ký, các vật quyền được thừa nhận với đầy đủ đặc tính, bao gồm quyền ưu tiên và quyền theo đuổi. Trong điều kiện nhiều vật quyền cùng tồn tại và có đối tượng là cùng một vật, tự nhiên hình thành thế cạnh tranh, thậm chí xung đột giữa các vật quyền. Luật giải quyết vấn đề bằng cách dựa vào hệ thống đăng ký: vật quyền đăng ký trước được ưu tiên thực hiện so với vật quyền đăng ký sau.

Về mặt lý thuyết, ngay cả trong trường hợp tổng số nợ được bảo đảm lớn hơn giá trị của tài sản, thì cũng không hẳn vật quyền đăng ký sau cùng không còn cơ may được thực hiện trọn vẹn bằng giá trị của tài sản bảo đảm. Không loại trừ khả năng chủ nợ có bảo đảm được đăng ký trước thu hồi được nợ do người mắc nợ chủ động trả nợ mà không cần phải xử lý tài sản bảo đảm. Khi đó, biện pháp bảo đảm liên quan cũng chấm dứt và được xoá đăng ký; các biện pháp bảo đảm đăng ký sau tự động được nâng hạng ưu tiên và khả năng thu hồi nợ dựa vào tài sản bảo đảm cũng được nâng lên. Chính khả năng đó là lý do khiến chủ nợ chấp nhận xác lập biện pháp bảo đảm, dù biết rằng giá trị của các món nợ có bảo đảm đã vượt quá giá trị thị trường của tài sản.

Do thiếu vắng lý thuyết vật quyền, luật Việt Nam hiện hành đã không mở ra được cơ hội giao dịch cho các bên theo phương thức như trên. Thay vào đó là sự kiểm soát chủ động của nhà chức trách bằng những quy định mang tính khống chế, bao biện và giám hộ, như đã nói. Tất cả những điều đó càng trở nên đáng tiếc trong điều kiện Việt Nam đã xây dựng được hệ thống đăng ký tương đối hoàn chỉnh cho phép ghi nhận các biện pháp bảo đảm bằng tài sản đặc định ■

MỘT SỐ NỘI DUNG CẦN QUY ĐỊNH TRONG DỰ ÁN LUẬT HÒA GIẢI Ở CƠ SỞ

PHAN THỊ HOÀNG MAI *

Hiện nay, có hai văn bản pháp lý cao nhất điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong lĩnh vực hòa giải ở cơ sở (HGOCS), đó là Hiến pháp năm 1992 "Ở cơ sở thành lập các tổ chức thích hợp của nhân dân để giải quyết những vi phạm pháp luật (VPPL) và tranh chấp nhỏ trong nhân dân theo quy định của pháp luật" (Điều 127) và Pháp lệnh về Tổ chức và hoạt động hòa giải ở cơ sở năm 1998 (Pháp lệnh TCVHĐHGOCS). Trên cơ sở đó, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 160/1999/NĐ-CP (Nghị định 160) quy định chi tiết một số điều của Pháp lệnh TCVHĐHGOCS.

Cho đến nay, Pháp lệnh TCVHĐH GOCS và Nghị định 160 đã thể chế hóa các chủ trương, chính sách của Đảng và Nhà nước trong lĩnh vực HGOCS. Tuy nhiên, trước sự biến đổi và phát triển nhanh chóng của các quan hệ xã hội, nhất là trong giai đoạn hiện nay khi chúng ta đang xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa (XHCN) với nền kinh tế thị trường định hướng XHCN, các văn bản trên đã bộc lộ nhiều hạn chế, bất cập, những vấn đề mới phát sinh trong xã hội vẫn chưa được cập nhật vào quy định của pháp luật, một số nội dung của pháp luật về HGOCS vẫn chưa hoàn thiện… Do vậy, việc nâng Pháp lệnh TCVHĐHGOCS lên thành Luật là một yêu cầu rất cần thiết.

Chỉ thị số 03/CT-BTP ngày 27/6/2011 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp về tăng cường công tác HGOCS cũng đã yêu cầu phải "tập trung xây dựng, hoàn thiện thể chế và thực hiện pháp luật về HGOCS"[1]. Trong đó, giao cho Vụ Phổ biến, giáo dục pháp luật chủ trì, phối hợp với các cơ quan, đơn vị, tổ chức có liên quan nghiên cứu hoàn chỉnh cơ sở lý luận, thực tiễn, chuẩn bị cho việc soạn thảo dự án Luật HGOCS; xây dựng và trình Bộ trưởng Bộ Tư pháp ban hành tiêu chí đánh giá chất lượng vụ việc hòa giải.

Trong phạm vi bài viết, chúng tôi cũng xin đóng góp một vài ý tưởng cho quá trình soạn thảo Dự án Luật HGOCS.

Phạm vi hòa giải

Phạm vi hòa giải được quy định tại khoản 1 Điều 3 Pháp lệnh TCVHĐHGOCS và tại khoản 1 Điều 4 Nghị định 160. Theo đó, hoà giải được tiến hành đối với việc VPPL và tranh chấp nhỏ trong cộng đồng dân cư, bao gồm:

- Mâu thuẫn, xích mích giữa các thành viên trong gia đình do khác nhau về quan

* ***GV. Trường Chính trị Tôn Đức Thắng, tỉnh An Giang.***

1 *Xem mục 2 Chỉ thị số 03/CT-BTP ngày 27/6/2011 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp về tăng cường công tác HGOCS.*

niệm sống, lối sống, tính tình không hợp hoặc mâu thuẫn, xích mích giữa các cá nhân trong quan hệ xóm giềng như sử dụng lối đi qua nhà, sử dụng điện, nước sinh hoạt, công trình phụ, giờ giấc sinh hoạt, gây mất vệ sinh chung...

- Tranh chấp về quyền, lợi ích phát sinh từ quan hệ dân sự như tranh chấp phát sinh từ các quan hệ về tài sản, quan hệ hợp đồng dân sự, nghĩa vụ dân sự, thừa kế, quyền sử dụng đất.

- Tranh chấp về quyền, lợi ích phát sinh từ quan hệ hôn nhân gia đình như: thực hiện quyền và nghĩa vụ của vợ, chồng; quyền và nghĩa vụ của cha mẹ và con; nhận nuôi con nuôi; ly hôn; yêu cầu cấp dưỡng.

- Tranh chấp phát sinh từ những việc VPPL mà theo quy định của pháp luật, những việc vi phạm đó chưa đến mức bị xử lý bằng biện pháp hình sự hoặc biện pháp hành chính như trộm cắp vặt, đánh chửi nhau gây mất trật tự công cộng, đánh nhau gây thương tích nhẹ, va quệt xe cộ gây thương tích nhẹ.

Bên cạnh đó, pháp luật cũng quy định các vụ việc không được hòa giải tại khoản 2 Điều 3 Pháp lệnh TCVHĐHGOCS và tại khoản 2 Điều 4 Nghị định 160. Theo đó, không hoà giải các vụ việc sau đây:

- Các tội phạm hình sự (riêng đối với các hành vi VPPL hình sự mà người bị hại đã không yêu cầu hoặc rút yêu cầu khởi tố vụ án hình sự theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự, Viện Kiểm sát hoặc Toà án không tiếp tục tiến hành việc tố tụng và không bị cơ quan nhà nước có thẩm quyền xử lý vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật đối với các hành vi như: cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khoẻ của người khác thì có thể hoà giải).

- Hành vi VPPL bị xử lý vi phạm hành chính (bao gồm: hành vi cố ý hoặc vô ý vi phạm các quy tắc quản lý nhà nước mà chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự và theo quy định của pháp luật phải bị xử lý vi phạm hành chính; hành vi VPPL về an ninh, trật tự, an toàn xã hội nhưng chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự và theo quy định của pháp luật phải bị áp dụng các biện pháp xử lý vi phạm hành chính như: giáo dục tại xã, phường, thị trấn, đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục, đưa vào cơ sở chữa bệnh, quản chế hành chính).

- Các VPPL và tranh chấp khác mà theo quy định của pháp luật không được hoà giải bao gồm: kết hôn trái pháp luật; gây thiệt hại đến tài sản nhà nước; tranh chấp phát sinh từ giao dịch trái pháp luật; tranh chấp về lao động.

Như vậy, đối tượng và phạm vi HGOCS không phải là mọi hành vi VPPL và mọi tranh chấp trong nhân dân. Từ đặc điểm trên, việc thực hiện pháp luật HGOCS bị chi phối bởi phạm vi và đối tượng của pháp luật về HGOCS, đó là những VPPL và tranh chấp nhỏ trong nhân dân. Tuy nhiên, cả trong Pháp lệnh TCVHĐHGOCS và Nghị định 160 hướng dẫn thi hành Pháp lệnh cũng không lượng hóa hết khái niệm "tranh chấp nhỏ". Tuy vậy, căn cứ vào nội dung tinh thần của pháp luật cũng như thực tiễn công tác HGOCS, thì có thể hiểu, tranh chấp nhỏ là những tranh chấp ít có những tình tiết pháp lý phức tạp, không đòi hỏi người giải quyết tranh chấp phải có kiến thức chuyên môn và trình độ pháp lý cao, phạm vi tranh chấp chỉ ở cơ sở, mức độ mâu thuẫn không quá gay gắt, chưa làm phát sinh hậu quả đáng kể và có thể dùng lời lẽ thuyết phục được.

Đặc điểm này đòi hỏi hòa giải viên phải nắm vững những quy định pháp luật về HGOCS, phải biết được vụ việc mình hòa giải có thuộc phạm vi, đối tượng của HGOCS hay không. Từ đó có hướng giải quyết đối với từng lĩnh vực cụ thể. Ví dụ đối với những VPPL về hình sự, kết hôn trái pháp luật hay tranh chấp về lao động thì không thể HGOCS mà hòa giải viên cần phải giải thích, hướng dẫn các bên làm thủ tục cần thiết chuyển cơ quan có thẩm quyền giải quyết hoặc kiến nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết. Về phía đương sự cũng phải biết rõ sự việc tranh chấp của

mình có thuộc đối tượng HGOCS hay không, từ đó có thể yêu cầu tổ hòa giải tiến hành hòa giải.

Vì thế chúng tôi cho rằng, khi xây dựng Luật HGOCS nên mở rộng hơn phạm vi HGOCS. Trong Luật HGOCS nhất thiết nên làm rõ thuật ngữ "tranh chấp nhỏ", thay vì liệt kê các loại tranh chấp thuộc phạm vi của HGOCS thì nên làm rõ nội hàm của nó và giới hạn ngoại diên ở những lĩnh vực nào. Ngoài ra cũng cần nghiên cứu lại quy định tại điểm a khoản 2 Điều 4 của Nghị định 160: "các hành vi VPPL hình sự mà người bị hại đã không yêu cầu hoặc rút yêu cầu khởi tố vụ án hình sự theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự, Viện Kiểm sát hoặc Toà án không tiếp tục tiến hành việc tố tụng và không bị cơ quan nhà nước có thẩm quyền xử lý vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật đối với các hành vi như: cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khoẻ của người khác thì có thể hoà giải". Trong trường hợp trên có thể lý giải ý đồ của nhà làm luật là hành vi chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự, chưa gây hậu quả nghiêm trọng cho xã hội mà không bị xử lý hình sự lẫn hành chính thì mới đem ra hòa giải. Theo chúng tôi, không nên tiếp tục đưa quy định này vào trong Luật vì dễ gây nhầm lẫn, nếu một hành vi đã đủ cấu thành tội hình sự thì không được phép hòa giải, cho dù đó là tội hình sự nhỏ hay tội hình sự lớn.

Bổ sung quy định về việc hòa giải trong lĩnh vực đất đai

Tranh chấp đất đai là một vấn đề lớn của xã hội, nhưng mới chỉ có Luật Đất đai năm 2003 và Nghị định 181/2004/NĐ-CP quy định về vấn đề này . Trên thực tế, để có thể hòa giải tranh chấp đất đai tại Ủy ban nhân dân cấp xã, phường, thị trấn như trong Luật Đất đai quy định thì đương sự phải qua bước HGOCS. Trong khi đó, quy định pháp luật về HGOCS vẫn chưa cập nhật kịp thời vấn đề này.

Bổ sung quy định về tổ chức và hoạt động của Ban hòa giải ở xã, phường, thị trấn

Trong Pháp lệnh và Nghị định 160 mới chỉ quy định tổ chức và hoạt động của Tổ hòa giải mà chưa đề cập đến Ban hòa giải, trong khi đó thành viên của Ban hòa giải có kiến thức chuyên môn, nghiệp vụ cao hơn hòa giải viên tại Tổ hòa giải. Sự tin tưởng của người dân đối với Ban hòa giải cũng cao hơn Tổ hòa giải do có yếu tố "chính quyền" trong thành viên Ban hòa giải. Nhìn theo phân cấp hành chính thì có thể xem Ban hòa giải là "cấp trên" của Tổ hòa giải.

Quy định rõ ràng, cụ thể về thời hạn tiếp nhận và tiến hành hòa giải

Pháp lệnh TCVHĐHGOCS chưa quy định cụ thể thời hạn và thời hiệu hòa giải. Từ đó, có một số tổ hòa giải cứ tiếp nhận vụ việc nhưng không tiến hành hòa giải ngay, trong khi đó đối với các vụ việc về dân sự, hôn nhân gia đình, đất đai theo quy định của pháp luật phải qua giai đoạn HGOCS trước khi được Tòa án nhân dân hoặc cơ quan hành chính nhà nước thụ lý giải quyết. Việc này có thể ảnh hưởng đến quyền lợi của các bên nếu thời hiệu khởi kiện hay khiếu nại đã hết, từ đó làm tăng thêm mâu thuẫn, xích mích đối với các bên tranh chấp, đôi khi dẫn đến xô xát, VPPL.

Bên cạnh việc quy định về thời hạn tiếp nhận và tiến hành hòa giải cũng cần quy định hướng giải quyết đối với trường hợp đương sự được mời tham gia hòa giải nhưng không đến. Thêm vào đó, cần quy định rõ trách nhiệm của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã trong việc đôn đốc, chỉ đạo hòa giải các vụ việc thuộc thẩm quyền, tránh tình trạng kéo dài thời gian gây bức xúc trong nhân dân và làm phát sinh khiếu kiện vượt cấp.

Quy định mẫu thống nhất biên bản hòa giải, hướng dẫn thống kê, lưu trữ hồ sơ về hòa giải

Hiện nay, theo quy định của pháp luật về

2 *Xem Điều 135 Luật Đất đai năm 2003 và Điều 159 Nghị định 181/2004/NĐ-CP ngày 29/10/2004 về thi hành Luật Đất đai.*

HGOCS, khi tiến hành hòa giải không bắt buộc hòa giải viên phải lập biên bản. Tùy tính chất vụ việc, điều kiện thực tiễn, quan hệ gia đình, xã hội… của các bên mâu thuẫn, tranh chấp mà các hòa giải viên có thể lựa chọn, sử dụng các hình thức, biện pháp thích hợp. Kết quả của hòa giải có thể được giải quyết bằng thỏa thuận miệng hoặc có thể ghi thành biên bản nếu các bên mâu thuẫn, tranh chấp yêu cầu. Tuy nhiên, hình thức của biên bản như thế nào thì chưa có quy định thống nhất, cho nên mỗi địa phương phải tự "thiết kế" kiểu biên bản hòa giải của địa phương mình, có nơi đánh máy, có nơi viết tay, có nơi lại điền vào mẫu in sẵn. Từ thực tế trên đã phát sinh nhiều vướng mắc trong việc thực hiện pháp luật HGOCS, nhất là trong công tác thống kê, lưu trữ. Do đó, quy định mẫu chung thống nhất về hình thức biên bản là một điều cần thiết mà vẫn không làm mất đi tính phi tố tụng của HGOCS.

Bổ sung các quy định về kinh phí cũng như cơ sở vật chất phục vụ cho hoạt động hòa giải

Cần quy định các khoản kinh phí tối thiểu để duy trì hoạt động của Tổ hòa giải, chi phí xác minh, chi bồi dưỡng cho vụ việc hòa giải thành và vụ hòa giải không thành (với định mức khác nhau), thời gian chi… Từ kinh nghiệm của tỉnh An Giang, mặc dù cấp trung ương chưa quy định, nhưng tỉnh đã mạnh dạn trong việc ban hành chế độ chi bồi dưỡng cho cả những vụ việc hòa giải không thành[3], điều này đã động viên rất lớn cho đội ngũ hòa giải viên khiến họ thêm yên tâm và nhiệt tình công tác.

Cần có hướng dẫn về những phong tục tập quán, đạo đức tốt đẹp trong nhân dân được Nhà nước thừa nhận để có thể áp dụng trong hòa giải

Kinh nghiệm công tác hòa giải cho thấy, để thực hiện có hiệu quả công tác hòa giải, cần kết hợp hài hòa giữa yếu tố pháp luật với phong tục tập quán và đạo đức của người Việt Nam. Việc HGOCS phải giải quyết kịp thời, qua đó giúp ngăn chặn ngay từ đầu những tranh chấp nhỏ trong nội bộ nhân dân và hành vi VPPL, không để mâu thuẫn, tranh chấp đơn giản thành phức tạp, không để việc nhỏ phát sinh thành việc lớn dẫn đến những hậu quả nghiêm trọng.

Ngoài ra, ở mỗi vùng có thể có những phong tục, tập quán khác nhau vì thế cần xác định phong tục, tập quán của vùng nào thì áp dụng cho vùng đó, không nên áp dụng những tập quán của địa phương khác vào địa phương mình. Ví dụ: theo quy ước chung của cả nước, một chục là mười (10), nhưng một số vùng của An Giang lại quy ước một chục là mười hai (12), có nơi một chục lại là mười bốn (14) hoặc mười sáu (16)… do đó không thể đem quy định của vùng này áp dụng vào vùng khác mà phải sử dụng chính tập quán, thói quen của địa phương đó thì mới phù hợp.

Cơ chế đánh giá hiệu quả HGOCS

Cơ chế đánh giá hiệu quả HGOCS hiện còn nhiều bất cập, thống kê về hòa giải chủ yếu chỉ thông qua những số liệu do cơ sở báo cáo lên cho cơ quan quản lý ở cấp trên. Tính xác thực của số liệu báo cáo đôi khi thiếu sự kiểm chứng thực tế. Theo yêu cầu thực tế, muốn đánh giá được hiệu quả của HGOCS cần dựa vào mối quan hệ của cộng đồng dân cư thông qua sự đoàn kết, tình hình an ninh trật tự, số vụ việc tranh chấp về dân sự, hôn nhân gia đình, khiếu nại, tố cáo... của địa phương trong năm. Đó là cách chung để đánh giá hiệu quả công tác HGOCS có vững mạnh hay không. Ngoài ra, phải thường xuyên làm phiếu khảo sát cho hòa giải viên cơ sở về trình độ văn hoá, mức độ am hiểu pháp luật. Đối với những vùng có đồng bào dân tộc thiểu số sinh sống cũng cần phải kiểm tra tiếng dân tộc của hòa giải viên...

3 *Xem Quyết định số 11/2011/QĐ-UBND ngày 6/4/2011 của UBND tỉnh An Giang quy định một số mức chi thực hiện công tác phổ biến, giáo dục pháp luật trên địa bàn tỉnh An Giang*

Bên cạnh đó, thông qua những buổi họp tổ dân phố, cụm dân cư, thôn làng cũng cần lấy phiếu khảo sát để nắm bắt được uy tín, tín nhiệm của người dân đối với hòa giải viên cơ sở. Đó mới chính là mẫu số chung đánh giá tính hiệu quả hay không hiệu quả của công tác hòa giải cơ sở.

Nghiên cứu về khả năng áp dụng các biện pháp bảo đảm thực hiện đối với các bên không thực hiện đúng với nội dung biên bản hòa giải thành

Đây có lẽ cũng là vấn đề "khó" của các nhà làm luật. Hòa giải trước hết là sự thỏa thuận, thể hiện ý chí, nguyện vọng và quyền định đoạt của các bên tranh chấp. Tự nguyện là một trong những nguyên tắc cơ bản của mọi hình thức hòa giải, trong đó có HGOCS.

Vì bản chất của HGOCS là tính phi tố tụng và nguyên tắc của HGOCS là "tôn trọng sự tự nguyện của các bên; không bắt buộc, áp đặt các bên tranh chấp phải tiến hành hoà giải"[4] cho nên khi kết thúc việc hòa giải, các đương sự phải tự nguyện thực hiện các cam kết đã thỏa thuận. Nếu sau đó các bên không thực hiện cam kết thì hòa giải viên cũng chỉ có thể động viên, thuyết phục họ thực hiện chứ không có quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành. Vì thỏa thuận trong HGOCS không có giá trị bắt buộc thi hành, biên bản hòa giải thành chỉ là sự ghi nhận sự thỏa thuận của các bên mang ý nghĩa đạo lý, danh dự nên dễ làm cho các bên đương sự coi thường kết quả hòa giải, muốn thực hiện hay không cũng được vì không có ràng buộc pháp lý nào. Do đó, vai trò của HGOCS không được nhận thức đúng đắn, bản chất tốt đẹp của HGOCS bị xem nhẹ, không phát huy được ý nghĩa xã hội của nó trên thực tế. Vì thế các nhà làm luật cần nghiên cứu về khả năng áp dụng các biện pháp bảo đảm thực hiện đối với những thỏa thuận trong biên bản hòa giải thành của đương sự.

Ngoài ra, cần xây dựng và hoàn thiện cơ chế phối hợp chặt chẽ giữa các cơ quan, tổ chức và đoàn thể trong việc thực hiện pháp luật về HGOCS. Tăng cường ký kết các chương trình hành động, chương trình phối hợp giữa cơ quan quản lý nhà nước về hòa giải với các tổ chức, đoàn thể ở địa phương để làm cơ sở pháp lý cho các thành viên, hội viên của các tổ chức này tham gia công tác HGOCS. Trong đó, vai trò của Mặt trận tổ quốc và các thành viên của Mặt trận là hết sức quan trọng.

Khi xã hội phát triển thì các mối quan hệ trong xã hội càng trở nên đa dạng, phức tạp, dễ dẫn đến những mâu thuẫn nảy sinh trong cuộc sống, HGOCS có thể góp phần làm hạn chế những mâu thuẫn tranh chấp, giúp ổn định tình hình an ninh trật tự, tăng cường hiệu quả quản lý nhà nước ở cấp cơ sở. Tuy hòa giải cơ sở là một công việc tương đối đơn giản, không phức tạp nhưng đây là những công việc góp phần giải quyết kịp thời, tại chỗ những VPPL, tranh chấp không lớn trong nội bộ quần chúng nhân dân, là tiền đề cho việc ngăn ngừa phát sinh các tội phạm hình sự, tranh chấp phức tạp về dân sự và các VPPL khác, hạn chế các đơn thư khiến kiện của người dân, giảm áp lực xét xử cho cơ quan Tòa án một khi kết quả hòa giải thành. Trong Luật HGOCS cần có những hướng dẫn cụ thể hơn về các trình tự, thủ tục tiến hành hòa giải, hình thức, nội dung biên bản hòa giải để có một kết quả hòa giải mang giá trị pháp lý đảm bảo sự thỏa thuận của các bên được thực hiện. Từ đó, trình tự thủ tục tiến hành một cuộc hòa giải cũng như kết quả hòa giải cần được quan tâm thực hiện đúng quy định và quan trọng hơn hết là trình tự, thủ tục lập biên bản hòa giải cần được đảm bảo về nội dung lẫn hình thức để nâng cao giá trị pháp lý của một cuộc hòa giải, đồng thời đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của người dân khi thực hiện quyền khiếu kiện của mình■

4 *Xem Điều 4 Pháp lệnh TCVHĐHGOCS.*

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT ĐỂ PHÁT TRIỂN BỀN VỮNG THỊ TRƯỜNG CHỨNG KHOÁN

LÊ THỊ THU THỦY*
ĐỖ MINH TUẤN* *

1. Phát triển bền vững thị trường chứng khoán ở Việt Nam

Thị trường chứng khoán Việt Nam (TTCKVN) đã bước qua tuổi 12 với nhiều thành tựu đáng kể. Từ ngày đầu mới thành lập, với chỉ hai công ty niêm yết, cho đến nay đã có trên 800 công ty niêm yết và đăng ký giao dịch. TTCKVN trở thành kênh dẫn vốn trung và dài hạn cho nền kinh tế với số vốn huy động trên 700.000 tỷ đồng[1]. Tuy vậy, TTCKVN đang bộc lộ nhiều tồn tại, thể hiện qua: thứ nhất, hàng hóa trên TTCKVN chưa đa dạng về thể loại và còn kém về chất lượng. Thứ hai, cơ cấu nhà đầu tư (NĐT) chưa hợp lý, chủ yếu là nhà đầu tư cá nhân tham gia TTCK. Thứ ba, mặc dù đã có tới hai Sở giao dịch chứng khoán, nhưng vẫn chưa có cơ sở pháp lý cho thị trường OTC hình thành. Thứ tư, các công ty chứng khoán (CTCK) của Việt Nam rất đông về số lượng nhưng còn yếu kém về chất lượng. Các CTCK hiện nay vẫn chủ yếu là nhà môi giới chứng khoán, không nhiều công ty có khả năng đóng vai trò là nhà tạo lập thị trường hay là nhà bảo lãnh phát hành chứng khoán. Thứ năm, trên TTCKVN chưa có sự hiện diện của tổ chức định mức tín nhiệm. Thứ sáu, TTCKVN chưa bảo đảm tính minh bạch. Thứ bảy, việc quản lý, giám sát TTCKVN được thực hiện trực tiếp bởi Ủy ban Chứng khoán Nhà nước (UBCKNN) - dù trong những năm qua đạt được rất nhiều thành tựu - nhưng vẫn còn bộc lộ những hạn chế nhất định.

Những yếu kém trên tiềm ẩn những rủi ro hệ thống và nếu không kịp thời hoàn thiện sẽ gây ra những hậu họa khôn lường cho TTCKVN và toàn bộ nền kinh tế. Khủng hoảng tài chính thế giới năm 2008 cho Việt Nam một bài học kinh nghiệm lớn là cần phải phát triển bền vững (PTBV) hệ thống tài chính, trong đó có thị trường chứng

* *PGS,TS. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội*
** *ThS. Công ty Luật Châu Á*

1 *Ngọc Quang, TTCK đã hết mang tiếng là "sòng bạc", http://sggp.org.vn/taichinhnganhangchungkhoan /2012/7/293537/, truy cập ngày 10/7/2012.*

khoán (TTCK). Bài học đó là cần phải phát triển TTCK một cách vững chắc, không nóng vội với một tầm nhìn lâu dài theo quan điểm PTBV.

Theo định nghĩa của World Bank thì "PTBV thỏa mãn nhu cầu hiện tại mà không làm giảm khả năng thỏa mãn nhu cầu của các thế hệ sau"[2]. Ban đầu, khái niệm PTBV chỉ giới hạn trong quan điểm về môi trường, nhưng cho đến nay, PTBV đã được nhìn nhận dưới ba khía cạnh là môi trường, kinh tế và chính trị - xã hội với sự tương tác cả về không gian và thời gian. PTBV TTCK "có thể được hiểu là sự phát triển của TTCK mà ở đó đảm bảo mối quan hệ tương tác lành mạnh giữa các bộ phận, khu vực của bản thân TTCK, giữa TTCK với các khu vực khác của thị trường tài chính và của cả nền kinh tế. Như vậy, sự PTBV của TTCK không phải thuần túy chỉ là duy trì một tốc độ nhanh chóng và ổn định của thị trường, mà phải là sự phát triển ở đó có sự đảm bảo tương tác lành mạnh theo thời gian và không gian"[3]. Một TTCK PTBV phải bảo đảm được sự cân bằng lành mạnh giữa các thành tố (bộ phận, chính sách, định chế trung gian,…) của TTCK và giữa TTCK với các khu vực khác của hệ thống tài chính và toàn bộ nền kinh tế. TTCK PTBV cần phải tạo được niềm tin vững chắc cho NĐT và phòng chống được rủi ro hệ thống. Ngoài ra, TTCK PTBV còn phải bảo đảm sự PTBV của môi trường[4]. Như vậy, TTCK PTBV được đánh giá theo những tiêu chí sau đây: (i) Quy mô của thị trường (mức độ vốn hóa, hệ số vòng quay, tỷ lệ giữa tổng giao dịch toàn thị trường so với GDP trong một năm). TTCK PTBV cần có sự ổn định và tăng tiến theo thời gian của ba chỉ tiêu này; (ii) Khả năng tiếp cận thị trường: các doanh nghiệp, cũng như NĐT dễ dàng nhanh chóng trao đổi vốn trên thị trường; (iii) TTCK phải hoạt động hiệu quả: tổng giá trị giao dịch qua thị trường ngày càng tăng về quy mô, an toàn với chi phí ổn định hoặc ngày càng thấp đi; (iv) Có sự cân bằng hợp lý giữa lợi ích của các chủ thể tham gia thị trường; (v) Hiệu quả trong hoạt động vận hành, quản lý, giám sát TTCK; (vi) Khả năng dự báo, ngăn ngừa và phòng chống rủi ro hệ thống; (vii) khung pháp lý hoàn chỉnh và hiệu quả điều chỉnh cao; (viii) sự tương tác, cân bằng lành mạnh và sự đồng bộ giữa các thành tố của TTCK và giữa TTCK với các khu vực khác của nền kinh tế; (viiii) TTCK phát triển ổn định.

2. Những yêu cầu đặt ra của việc hoàn thiện pháp luật nhằm bảo đảm phát triển bền vững thị trường chứng khoán

Để PTBV TTCK thì việc hoàn thiện khung pháp lý là điều kiện tiên quyết. TTCK chỉ có thể phát triển nếu quốc gia đó ban hành được một hệ thống văn bản pháp lý đầy đủ, đồng bộ, có tính tiên liệu và hiệu lực pháp lý cao,…ổn định trong thời gian dài[5]. Theo IOSCO (Tổ chức các Ủy ban Chứng khoán quốc tế) thì mục tiêu điều chỉnh pháp luật đối với thị trường chứng khoán là: "bảo vệ nhà đầu tư; bảo đảm thị trường công bằng, hiệu quả và minh bạch; giảm thiểu rủi ro hệ thống"[6]. Vì vậy, một hệ thống pháp luật ổn định đáp ứng những chỉ tiêu dưới đây mới có thể bảo đảm cho sự PTBV của TTCK;

2.1. Pháp luật chứng khoán phải đồng bộ với toàn bộ hệ thống pháp luật của Việt Nam, tương thích với chuẩn mực quốc tế và tiếp thu những nhân tố hợp lý của pháp luật nước ngoài

Hiện nay đang có sự mâu thuẫn giữa các quy định của Luật Doanh nghiệp với các quy định của pháp luật chứng khoán. Ví dụ, theo

2 *http://www.worldbank.org/depweb/english/sd.html, truy cập ngày 29/10/2012.*

3 *Đinh Văn Sơn, PTBV thị trường chứng khoán Việt Nam, Nxb. Tài chính, năm 2009, tr. 113, 114.*

4 *Đinh Văn Sơn, PTBV thị trường chứng khoán Việt Nam, Sđd., tr. 115.*

5 *Đinh Văn Sơn, PTBV thị trường chứng khoán Việt Nam, Sđd., tr. 123.*

6 *Objectives and Principles of Securities Regulation, International Organization of Securities Commissions, June 2010, tr.3.*

quy định của Điều 96, Điều 115 của Luật Doanh nghiệp năm 2005, Đại hội đồng cổ đông có thẩm quyền bầu, miễn nhiệm và bãi nhiệm thành viên Hội đồng quản trị (HĐQT), Ban kiểm soát. Tuy nhiên, Điều 11 Thông tư số 121/2012/TT-BTC của Bộ Tài chính ngày 26/7/2012 quy định về quản trị công ty của công ty đại chúng lại quy định, HĐQT có quyền bổ nhiệm một người làm thành viên HĐQT tạm thời. Vì vậy, cần nghiên cứu hoàn thiện hệ thống pháp luật theo hướng bảo đảm tính đồng bộ, không mâu thuẫn, chồng chéo.

Ngày nay, pháp luật chứng khoán của các nước khá gần gũi với nhau. Đặc biệt, ISOCO đã đưa ra nhiều hướng dẫn liên quan đến các khía cạnh khác nhau của chứng khoán và TTCK, như các mục tiêu và nguyên tắc quản lý TTCK, nguyên tắc tổ chức và hoạt động của tổ chức định mức tín nhiệm, nguyên tắc điều chỉnh công cụ phái sinh... Các nguyên tắc và hướng dẫn này được nhiều nước trên thế giới vận dụng và cụ thể hóa trong pháp luật của họ. Do vậy, để TTCKVN có thể gia nhập TTCK khu vực và thế giới thuận lợi, thì pháp luật chứng khoán Việt Nam không nên quá xa lạ với các hướng dẫn của ISOCO và pháp luật của các nước.

2.2. Pháp luật chứng khoán phải là công cụ hữu hiệu bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của NĐT

NĐT là nhân vật chính trên TTCK, quyết định sự tồn tại và phát triển của TTCK. NĐT là người cấp vốn cho các doanh nghiệp. NĐT bao gồm NĐT cá nhân và NĐT có tổ chức. Trong đó "thị trường với số lượng lớn các NĐT có tổ chức có khuynh hướng khá ổn định và phân bổ nguồn lực và nguồn vốn cho các doanh nghiệp có nhu cầu hiệu quả hơn… Bằng việc tập hợp tài sản, NĐT có tổ chức có thể đạt được quy mô kinh tế nhất định, thuê được những chuyên gia đầu tư giỏi, xây dựng được chiến lược đầu tư tốt hơn và xây dựng được hệ thống quản lý rủi ro vững chắc, tất cả những thứ đó sẽ mang lại lợi nhuận cao hơn và ổn định hơn cho NĐT"[7]. Như vậy, NĐT có tổ chức là một thiết chế rất quan trọng để bảo đảm cho TTCK phát triển ổn định và hiệu quả. Tuy nhiên, NĐT trên TTCKVN mặc dù đã phát triển mạnh mẽ về mặt số lượng nhưng tỷ trọng của các NĐT có tổ chức còn rất khiêm tốn, chỉ chiếm 4% số lượng tài khoản giao dịch. Thực trạng này là do cơ sở pháp lý cho hoạt động đầu tư của NĐT cũng như các thiết chế bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NĐT chưa đầy đủ. "Nếu lợi ích hợp pháp của NĐT không đảm bảo, khả năng thu hút đầu tư vào thị trường cũng sẽ gặp nhiều khó khăn"[8]. Vì vậy pháp luật cần có cơ chế hiệu quả để thu hút được NĐT tham gia TTCK.

2.3. Pháp luật cần bảo đảm tính công bằng, hiệu quả và minh bạch của TTCK

Tính công bằng có mối liên hệ mật thiết với các cơ chế bảo vệ NĐT và các biện pháp ngăn ngừa hành vi kinh doanh không lành mạnh. Một TTCK lành mạnh khi mà các quy chế và thiết chế vận hành của nó không có sự phân biệt đối xử đối với các chủ thể tham gia thị trường. Tính hiệu quả của thị trường được thể hiện ở chỗ thông tin liên quan luôn kịp thời và rộng rãi và được phản ánh trong giá của sản phẩm chứng khoán với chi phí hợp lý. Tính minh bạch của thị trường là NĐT và các chủ thể có khả năng tiếp cận thông tin một cách dễ dàng. Cung cấp thông tin là nghĩa vụ bắt buộc của nhà phát hành, công ty chứng khoán và các chủ thể khác.

2.4. Pháp luật phải có khả năng ngăn ngừa và kiểm soát được rủi ro hệ thống

Rủi ro hệ thống được định nghĩa là "Rủi ro làm rối loạn các hoạt động tài chính mà (i) bị gây ra bởi sự suy yếu của toàn bộ hoặc

---

7 *Development and Regulation of Institutional Investors in Emerging Markets, Emerging Markets Committee of the International Organization of Securities Comissions, June 2012, tr.iv*

8 *TS. Phạm Thị Giang Thu, Luật chứng khoán với việc mở rộng cơ hội đầu tư và khuyến khích đầu tư, Tạp chí Luật học số 8/2006, tr.52*

một số bộ phận của hệ thống tài chính; và (ii) có nguy cơ gây ra hậu quả tiêu cực cho nền kinh tế… Cơ sở của định nghĩa này là quan điểm rằng rủi ro hệ thống không chỉ gắn với sự đổ vỡ của những bộ phận đáng kể của hệ thống tài chính mà còn với những tiêu cực bên ngoài, và cụ thể là nền kinh tế vận hành trong tình trạng suy yếu"[9]. Cuộc khủng hoảng tài chính năm 2008 khởi nguồn từ sự đổ vỡ của thị trường bất động sản, sau đó lan sang thị trường ngân hàng và TTCK, ảnh hưởng đến toàn bộ nền kinh tế Mỹ là một ví dụ điển hình cho rủi ro hệ thống. Để ngăn ngừa rủi ro hệ thống có thể gây ra bởi TTCK hoặc có thể tác động đến TTCK, pháp luật cần: (1) xây dựng một cơ chế kiểm soát và dự báo sớm rủi ro hệ thống. Công tác này phải gắn liền với thẩm quyền và trách nhiệm của một cơ quan cụ thể trên cơ sở có sự phối hợp với các cơ quan quản lý chuyên ngành; (2) tăng cường phát triển các công cụ ngăn ngừa rủi ro; (3) tiêu chuẩn hóa các điều kiện gia nhập thị trường của hàng hóa và các chủ thể; (4) xây dựng và hoàn thiện các chuẩn mực hành vi của các chủ thể tham gia thị trường, nhằm ngăn ngừa và chống các hành vi kinh doanh không lành mạnh như thao túng thị trường, nội gián, lừa dối,…; (5) tiếp tục duy trì và nâng cao hợp lý các điều kiện về chỉ tiêu tài chính đối với các CTCK và chủ thể hoạt động chuyên nghiệp khác trên TTCK; (6) xây dựng cơ chế quản trị nội bộ trong các công ty đại chúng, công ty niêm yết, các ngân hàng và các định chế tài chính khác nhằm ngăn ngừa và kiểm soát rủi ro từ nội bộ các tổ chức này; (7) xây dựng cơ chế quản lý đa tầng có sự phối hợp chặt chẽ giữa cơ quan quản lý với các tổ chức tự quản trong quản lý và giám sát TTCK; (8) tạo cơ sở pháp lý cho sự hợp tác quốc tế giữa cơ quan quản lý của Việt Nam với cơ quan quản lý của nước ngoài trong việc trao đổi thông tin, phối hợp giám sát, kiểm soát thị trường.

3. Một số giải pháp cụ thể nhằm hoàn thiện pháp luật bảo đảm thị trường chứng khoán phát triển bền vững

3.1. Đa dạng hóa sản phẩm trên thị trường

Một TTCK sẽ không thể phát triển nếu như sản phẩm trên thị trường nghèo nàn, đơn điệu. Vì vậy, điều kiện tiên quyết là cần phải xây dựng cơ sở pháp lý cho sự hình thành và phát triển của nhiều sản phẩm chứng khoán theo những lộ trình phù hợp.

Ngoài cổ phiếu phổ thông, chúng ta cần bổ sung thêm một số loại cổ phần ưu đãi nhằm làm đa dạng hóa sản phẩm trên thị trường cổ phiếu như: cổ phần ưu đãi tích lũy, cổ phần ưu đãi không tích lũy, cổ phần ưu đãi tham dự chia phần,… để NĐT có nhiều lựa chọn theo nhu cầu của mình. Trên cơ sở cổ phiếu, nên phát triển chứng khoán phái sinh là quyền mua cổ phần và chứng quyền. Ngoài ra, pháp luật cần quy định cụ thể hơn về tách, gộp cổ phần để tạo điều kiện thuận lợi cho nhà phát hành có công cụ để đáp ứng những đòi hỏi của thị trường trong từng thời kỳ. "Việc tách cổ phần nhằm điều chỉnh cho giá thị trường của cổ phiếu hạ xuống, còn việc gộp cổ phần nhằm điều chỉnh cho giá thị trường của cổ phiếu tăng lên"[10].

Hiện nay thị trường bất động sản đang đóng băng. Một trong những nguyên nhân là người có nhu cầu mua nhà không có nguồn tài chính. Một trong những giải pháp dài hạn là phát triển các kênh hỗ trợ vốn cho người mua nhà. Trong đó, chứng khoán hóa là một phương án hiệu quả. "Chứng khoán hóa là nghiệp vụ phổ biến trên thị trường vốn vay toàn cầu, theo đó một tổ chức bán tài sản phát sinh ra dòng tiền mặt cho một công ty khác được thành lập vì mục đích này, công ty này sẽ phát hành ra một trái phiếu. Trái phiếu này được bảo đảm bằng dòng tiền mặt

9 *Sebastian Schich and Byoung – Hwan Kim, Systemic Financial Crises: How to fund resolution, OECD Journal: Financial Market Trends, volume 2010, issue 2, tr.4*

10 *Trường Đại học Kinh tế thành phố Hồ Chí Minh, Khoa Ngân hàng, PGS,TS. Bùi Thị Kim Yến-TS. Thân Thị Thu Thủy, Thị trường chứng khoán, Nxb. Thống kê, năm 2009, tr.84*

phát sinh từ tài sản gốc"[11]. Trong nghiệp vụ chứng khoán hóa sẽ có hai giao dịch chính. Giao dịch thứ nhất là chủ sở hữu gốc sẽ bán đứt (chuyển nhượng quyền sở hữu) tài sản phát sinh ra dòng tiền mặt (ví dụ như quyền đòi nợ từ hợp đồng vay, quyền yêu cầu thanh toán phí li-xăng,…) cho một công ty có nghiệp vụ chứng khoán hóa (gọi tắt là SPV). Giao dịch thứ hai là SPV sẽ phát hành trái phiếu được bảo đảm bằng tài sản được chuyển nhượng, cụ thể là dòng tiền mặt phát sinh từ tài sản này. Như vậy, bằng nghiệp vụ chứng khoán hóa, một lượng vốn khổng lồ được huy động và rủi ro được phân tán.

Ngoài ra, cần phải đa dạng hóa kênh phân phối chứng khoán. Ngoài phát hành riêng lẻ và chào bán chứng khoán ra công chúng, chúng tôi đề xuất pháp luật cần bổ sung thêm các phương thức phát hành linh hoạt khác đáp ứng yêu cầu thực tế của thị trường. Ví dụ, phát hành cho NĐT có tổ chức, phương thức phát hành đăng ký linh hoạt,… Ngoài ra, cần tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện pháp luật về thị trường OTC để bảo đảm thị trường OTC là một thị trường giao dịch chính thức ở Việt Nam với những quy tắc đầy đủ và toàn diện.

3.2. Nâng cao chất lượng sản phẩm chứng khoán trên TTCK

Chất lượng của chứng khoán được thể hiện ở năng lực của nhà phát hành, độ tin cậy của chứng khoán, các cơ chế bảo vệ quyền và lợi ích của NĐT mà chứng khoán mang lại và những tiêu chí khác.

Hiện nay, cơ sở pháp lý để xác định giá cổ phiếu chưa đầy đủ, do vậy, việc xác định giá trị cổ phiếu nhiều khi còn cảm tính và không có độ tin cậy cao. Để khắc phục điều này, chúng ta cần sớm hoàn thiện các quy định pháp luật về định giá tài sản doanh nghiệp phù hợp với các chuẩn mực quốc tế hiện hành (nhất là các hướng dẫn của Ủy ban Tiêu chuẩn thẩm định giá quốc tế). Tiếp đến, chất lượng của cổ phiếu còn được thể hiện ở quyền và lợi ích của cổ đông, đặc biệt là cổ đông thiểu số. Để bảo đảm được điều này, cần hoàn thiện pháp luật doanh nghiệp liên quan đến quản trị doanh nghiệp theo hướng bảo đảm tính minh bạch, nâng cao vai trò của ban kiểm soát, xây dựng cơ chế ủy quyền (các cổ đông nhỏ ủy quyền cho một tổ chức chuyên nghiệp hoặc cổ đông lớn đại diện cho tiếng nói của mình trong công ty cổ phần).

Thị trường trái phiếu hiện nay vẫn chủ yếu là trái phiếu chính phủ. Trái phiếu doanh nghiệp chiếm một tỷ trọng rất khiêm tốn trên thị trường, chỉ chiếm 3% GDP. Một trong những nguyên nhân này là chất lượng trái phiếu doanh nghiệp chưa cao. Trước hết lãi suất và giá của trái phiếu chưa có độ tin cậy cao vì chưa được xác định trên cơ sở vững chắc. Do vậy, theo chúng tôi, cần quy định lãi suất trái phiếu được tính trên cơ sở lãi suất trái phiếu kho bạc nhà nước cộng/trừ một tham số nhất định và nhanh chóng hoàn thiện cơ sở pháp lý cho việc hình thành đường cong lợi suất chuẩn. Đồng thời, cần quy định điều kiện bắt buộc phải được định mức tín nhiệm đối với phát hành trái phiếu với quy mô vốn lớn hoặc có thời hạn vay dài hạn. Mặc dù là chủ nợ, nhưng thông thường, NĐT luôn luôn có vị trí bất lợi hơn nhà phát hành xuất phát từ sự bất cân xứng thông tin và thiếu cơ chế giám sát nhà phát hành sử dụng vốn. Do vậy, cần phải hoàn thiện các quy định pháp luật về minh bạch hóa thông tin và các biện pháp bảo vệ quyền và lợi ích của NĐT. Để bảo vệ NĐT ở Mỹ có cơ chế "cam kết kiểm soát rủi ro sự kiện". Cam kết kiểm soát rủi ro sự kiện là bộ phận cấu thành của khế ước vay được ký kết giữa tổ chức phát hành trái phiếu với NĐT. Các cam kết kiểm soát rủi ro sự kiện ở Mỹ chủ yếu là các cam kết về lập và sử dụng quỹ dự phòng trả nợ, chia cổ tức, hạn chế vay, không cầm

11 *Moorad Choudlhry, Corporate bonds and structured financial products, Elsevier Butterworth Heineman, 2004, tr. 296.*

cố… Tổ chức phát hành có nghĩa vụ tuân thủ và báo cáo việc tuân thủ các cam kết này theo quy định của luật hợp đồng vay tín thác năm 1939 của Mỹ. Ngoài ra, pháp luật cần hoàn thiện theo hướng quy định cụ thể quyền và trách nhiệm của đại diện người sở hữu trái phiếu nhằm bảo đảm đại diện người sở hữu trái phiếu có nhiều quyền năng trong việc giám sát việc sử dụng vốn của nhà phát hành, cũng như bảo vệ quyền và lợi ích của trái chủ.

Mặt trái của nghiệp vụ chứng khoán hóa, như đã thể hiện ở cuộc khủng hoảng tài chính thế giới năm 2008, là rất khủng khiếp nếu không kiểm soát chặt chẽ. Do vậy, chúng tôi cho rằng, để có thể triển khai được nghiệp vụ chứng khoán hóa, trước hết phải xây dựng cơ sở pháp lý để hình thành và cho đi vào hoạt động các SPV. SPV có tư cách pháp nhân. Tiếp đến là tiêu chuẩn hóa các tài sản được chứng khoán hóa, chủ thể được phép bán tài sản cho công ty nghiệp vụ chứng khoán hóa. Theo chúng tôi, các khoản vay dưới chuẩn[12] không được phép chứng khoán hóa, ngoài ra cần buộc nhà phát hành phải giữ lại ít nhất 5% tổng giá trị tài sản gốc như là một nguồn quỹ phòng ngừa rủi ro cho NĐT[13]. Quy trình nghiệp vụ chứng khoán hóa phải minh bạch rõ ràng, nhà phát hành phải công bố đầy đủ thông tin cho NĐT, các bên có nghĩa vụ báo cáo với các cơ quan quản lý và thực hiện các thủ tục khác sao cho cơ quan quản lý có thể tiếp cận thông tin, hoặc can thiệp kịp thời khi có dấu hiệu bất thường. Trái phiếu hình thành từ nghiệp vụ chứng khoán hóa phải được xếp hạng tín nhiệm ở mức đầu tư trở lên mới được phát hành. Ngoài ra chủ sở hữu gốc phải có nghĩa vụ thông tin đầy đủ về bản chất, tình trạng của tài sản gốc. Trong trường hợp chủ sở hữu gốc cố ý che giấu thông tin, đưa thông tin sai sự thật về tài sản gốc thì phải mua lại tài sản gốc và bồi thường thiệt hại cho các bên liên quan.

3.3. Duy trì hạn mức đầu tư và xây dựng cơ chế tự đánh giá rủi ro trong nội bộ NĐT có tổ chức

NĐT có tổ chức là các định chế không thể thiếu trên TTCK, do vậy cần cho phép các NĐT từ ngân hàng thương mại, công ty bảo hiểm, quỹ đầu tư… tham gia vào TTCK. Tuy nhiên, để hạn chế rủi ro cho các tổ chức này và ngăn chặn rủi ro lây lan sang các chủ thể khác, cần tiếp tục duy trì và hoàn thiện các quy định về hạn mức đầu tư vào TTCK của các tổ chức này. Ngoài ra, các NĐT có tổ chức phải tự xây dựng bộ máy hoặc cơ chế ngăn ngừa rủi ro bao gồm cả cơ chế tự soát xét thông tin liên quan đến chứng khoán mục tiêu mà không được lệ thuộc hoàn toàn vào thông tin, tư vấn của bên thứ ba.

3.4. Hình thành và phát triển các công cụ phòng ngừa rủi ro

Các công cụ phòng ngừa rủi ro phổ biến là hợp đồng quyền chọn, hợp đồng kỳ hạn, hợp đồng tương lai (hợp đồng giao sau), hợp đồng hoán đổi rủi ro vỡ nợ và các chứng khoán tổng hợp. Các công cụ này được sử dụng để phòng ngừa rủi ro giá cả. Các công cụ phái sinh có thể được giao dịch trên TTCK và chủ yếu là trên thị trường OTC. Trong đó, hợp đồng quyền chọn và hợp đồng tương lai rất phổ biến trên thị trường. Trong

---

12 *Theo tiêu chuẩn của hệ thống ngân hàng Hoa Kỳ, vay dưới chuẩn được hiểu là "(1) Có 2 hoặc nhiều lần chậm thanh toán 30 ngày trong 12 tháng gần nhất hoặc một hoặc nhiều lần chậm thanh toán 60 ngày trong 24 tháng gần nhất; (2) bị phán quyết bởi tòa án hoặc bị xử lý tài sản bảo đảm trước đó 24 tháng; (3) bị phá sản trong 5 năm gần nhất; (4) có chứng cứ về khả năng vỡ nợ cao, ví dụ xếp hạng tín dụng dưới 660 điểm theo thang điểm của FICO; (5) tỷ lệ nợ trên thu nhập trên 50%". (Interagency "Expanded guidance for subprime lending programs, (31/12/2001), at 3 hoặc xem thêm United States Senate – Permanent Subcommittee on investigations – Committee on Homeland security and governmental affairs – Wall Street and the Financial crisis: Anatomy of a financial collapse – April 13, 2011, source: http://www.hsgac.senate.gov, tr.19).*

13 *Ở Châu Âu, quy định về khoản giữ lại để ngăn ngừa rủi ro có hiệu lực tháng 01/2011 theo Điều 122a của Chỉ thị về nhu cầu vốn (CRD II) và yêu cầu nhà phát hành giữ lại một tỷ phần ròng không thấp hơn 5% của tài sản cơ sở. (Xem Hans J. Blommestein, Ahmet Keskinler and Carrick Lucas, Outlook for the Securitisation Market, OECD Journal: Financial Market Trends, Volume 2011 – Issue 1, OECD 2011, tr.9)*

giai đoạn đầu, Việt Nam nên tập trung xây dựng và phát triển hai công cụ này.

"Quyền chọn là một hợp đồng cho phép người mua quyền được phép lựa chọn việc thực hiện hay không thực hiện việc mua hay bán một số lượng chứng khoán nhất định trước hoặc trong một khoảng thời gian xác định với một mức giá được xác định trước. Các hàng hóa cơ sở của hợp đồng quyền chọn có thể là cổ phiếu, trái phiếu, ngoại tệ, hợp đồng tương lai, nhóm chứng khoán hay chỉ số chứng khoán…"[14]. Quyền chọn gồm có quyền chọn mua hoặc quyền chọn bán. Trong hợp đồng quyền chọn người mua quyền chọn có nghĩa vụ trả phí quyền chọn cho người bán quyền chọn. Phí quyền chọn là mức giới hạn tối đa thiệt hại của người mua quyền chọn. Nghĩa là, giả sử nếu người mua quyền chọn mua xét thấy giá chứng khoán cơ sở tại thời điểm thực hiện quyền mua giảm rất nhiều so với giá thực hiện quyền chọn nên không thực hiện quyền chọn thì sẽ mất phí quyền chọn. Người bán quyền chọn phải thực hiện nghĩa vụ bán hàng hoặc mua hàng tùy thuộc vào loại hợp đồng quyền chọn khi người mua quyền chọn thực hiện quyền chọn.

"Hợp đồng tương lai là một hợp đồng mua hoặc bán hàng hóa được giao trong tương lai mà (1) theo giá tại thời điểm giao kết hợp đồng; (2) các bên có nghĩa vụ thực hiện hợp đồng bao gồm giao hàng và thanh toán theo giá xác định; (3) được thiết kế để chấp nhận hoặc chuyển rủi ro; (4) được thanh toán bù trừ thông qua tổ chức thanh toán bù trừ trung gian; (5) hợp đồng được hoàn thành bằng việc giao hàng và thanh toán thực tế hoặc cân đối lời lỗ trước thời điểm giao hàng"[15]. Không phải hàng hóa nào cũng có thể trở thành hàng hóa cơ sở cho hợp đồng tương lai. Chỉ có những hàng hóa thỏa mãn những điều kiện luật định mới được giao dịch theo hợp đồng tương lai, thông thường là các hàng hóa có tính thanh khoản cao như cổ phiếu phổ thông, trái phiếu chính phủ, chứng chỉ quỹ,…và khối lượng giao dịch của chứng khoán cơ sở phải đạt được mức tối thiểu nhất định. Bên mua và bên bán trong hợp đồng tương lai buộc phải đóng tiền bảo chứng (tiền ký quỹ) vào tổ chức thanh toán bù trừ. Nếu xảy ra lỗ cho một hợp đồng tương lai thì tổ chức thanh toán bù trừ sẽ chuyển tiền từ tài khoản bảo chứng để bù đáp khoản lỗ, nếu số dư tiền bảo chứng không đủ đạt mức tối thiểu thì khách hàng phải nộp bổ sung cho đủ. Nếu một hợp đồng tương lai có lãi, số tiền lãi sẽ được chuyển vào tài khoản bảo chứng của khách hàng. Khách hàng có quyền rút số tiền này ra nhưng phải bảo đảm mức bảo chứng tối thiểu. Hợp đồng tương lai có thể chấm dứt khi đáo hạn và các bên hoàn thành nghĩa vụ giao hàng và thanh toán trên thực tế hoặc trước thời điểm giao hàng, một vị thế mở được đóng lại bằng cách ký một hợp đồng ở vị thế ngược lại. Trong trường hợp này, số tiền bảo chứng còn lại không còn cần thiết và khách hàng có thể rút lại số tiền này.

Nội dung của hợp đồng quyền chọn và hợp đồng tương lai phải phù hợp với những quy tắc kinh doanh chung về loại hàng hóa cơ sở nếu không thị trường hàng hóa cơ sở có nguy cơ bị bóp méo. Vì vậy, pháp luật về chứng khoán phái sinh cần phải quy định rõ nguyên tắc này và trao cho cơ quan quản lý hoặc sở giao dịch có quyền buộc các bên phải sửa đổi nội dung của hợp đồng hoặc phải giao kết hợp đồng theo mẫu chuẩn do cơ quản lý hoặc sở giao dịch phát hành. Tùy từng loại hợp đồng (quyền chọn hay tương lai) mà phải có những nội dung bắt buộc theo luật định. Các hợp đồng này phải phản ánh được hoạt động của thị trường cơ sở và không được có các điều khoản ngăn cản việc

14 *Trường Đại học Kinh tế thành phố Hồ Chí Minh, Khoa Ngân hàng, PGS,TS. Bùi Thị Kim Yến- TS. Thân Thị Thu Thủy, Thị trường chứng khoán, Nxb. Thống kê, năm 2009, tr.212.*

15 *Principles for the Regulation and Supervision of Commodity Derivatives Markets – Final Report, Technical Committee of International Organisation of Securities Commission, September 2011*

giao hàng và thanh toán hoặc các điều khoản trái với luật hoặc tập quán kinh doanh thông thường liên quan đến hàng hóa cơ sở. Ví dụ, giá của hợp đồng tương lai tại thời điểm đáo hạn phải phản ánh được giá thị trường của hàng hóa cơ sở.

3.5. Nâng cao năng lực và trách nhiệm của các CTCK

CTCK là một trong những trụ cột chính của TTCK, là một định chế tài chính trung gian kết nối NĐT với các chủ thể khác trên thị trường. Pháp luật chứng khoán Việt Nam có khá đầy đủ các quy định điều chỉnh tổ chức và hoạt động của CTCK. Tuy nhiên, thực tiễn hoạt động của các CTCK trên thị trường đã bộc lộ nhiều vấn đề trong tổ chức và hoạt động của CTCK, không những gây thiệt hại trực tiếp cho NĐT mà còn có nguy cơ gây ra rủi ro hệ thống. Do vậy, việc hoàn thiện pháp luật theo hướng nâng cao năng lực và trách nhiệm của CTCK là rất cần thiết.

Thứ nhất, cần nâng mức vốn pháp định của CTCK: Hiện nay mức vốn pháp định của CTCK được quy định tại Điều 18 Nghị định số 14/2007/NĐ-CP ngày 19/1/2007 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Chứng khoán: Môi giới chứng khoán mức vốn pháp định là 25 tỷ đồng; tự doanh chứng khoán là 100 tỷ đồng; bảo lãnh phát hành chứng khoán là 165 tỷ đồng và tư vấn đầu tư chứng khoán là 10 tỷ đồng. Mức vốn pháp định quá thấp dẫn đến một thực trạng là khi TTCK gặp khó khăn, một loạt các CTCK làm ăn thua lỗ và có nguy cơ lâm vào tình trạng phá sản. "Theo công bố của UBCKNN, tính đến hết năm 2011, cả nước có 65/105 CTCK báo lỗ, 71/105 CTCK có lỗ lũy kế. Chủ tịch UBCKNN cho biết, hoạt động của các CTCK đạt hiệu quả kém, chỉ tiêu an toàn tài chính thấp, do đó, nếu không thực hiện tái cấu trúc triệt để (trong đó mấu chốt là tái cấu trúc hoạt động tài chính) thì các CTCK - trụ cột chính của TTCK - sẽ không thể trụ vững và thực hiện được vai trò, vị trí, nhiệm vụ được giao"[16]. Như vậy, việc tăng mức vốn pháp định là bắt buộc nhằm nâng cao năng lực tài chính của CTCK, đặc biệt đối với CTCK tự doanh và thực hiện nghiệp vụ bảo lãnh phát hành. Theo kinh nghiệm của Trung Quốc, CTCK đa năng phải có mức vốn đăng ký thấp nhất là 500 triệu nhân dân tệ, công ty môi giới chứng khoán phải có mức vốn đăng ký thấp nhất là 50 triệu nhân dân tệ.

Thứ hai, hoàn thiện các quy định pháp luật liên quan đến hoạt động môi giới của CTCK: Hoạt động môi giới chứng khoán là hoạt động chủ yếu của các CTCK của Việt Nam. Hoạt động môi giới cũng được hầu hết các nước trên thế giới quan tâm và có những quy định rất chi tiết tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho nghiệp vụ này. "Tuy nhiên những quy định của pháp luật Việt Nam về hoạt động môi giới chứng khoán còn khá mờ nhạt và quá ít, thực tế chưa tạo được một cơ sở pháp lý chung nhất cho hoạt động môi giới phát triển"[17]. Thực trạng hoạt động môi giới chứng khoán hiện nay cho thấy, các CTCK xâm phạm quyền và lợi ích của NĐT là rất phổ biến. "Các sai phạm chủ yếu mà NĐT hay tổ nhân viên hành nghề chứng khoán là tự ý sử dụng tiền và chứng khoán của khách hàng, gây thua lỗ nghiêm trọng cho khách; tự ý rút tiền, chuyển chứng khoán từ tài khoản này sang tài khoản khác; tự ý dùng tài sản của khách hàng để cầm cố, thế chấp vay tiền; tư vấn cho khách một đằng, hành động một nẻo… Khi vấn đề bung vỡ (NĐT có đơn kiện đến cơ quan chức năng và gửi báo chí), các CTCK nơi sử dụng lao động thường có thái độ đổ hết lỗi cho nhân viên, quá trình xử lý vì thế thường nghiêng về phần thiệt cho NĐT là chính"[18]. Sở dĩ xảy ra thực trạng này

16 *Báo Nhân dân điện tử, Tái cấu trúc thị trường chứng khoán theo lộ trình phù hợp, http://www.nhandan.org.vn/cmlink/ nhandan-dientu/thoisu/kinh-te/ kinh-t-tin-chung/tai-c-u-truc-th-tr-ng-ch-ng-khoan-theo-l-trinh-phu-h-p-1.339330, cập nhật ngày 20/3/2012*

17 *PGS,TS. Lê Thị Thu Thủy (chủ biên), Pháp luật về công ty chứng khoán ở Việt Nam, Nxb. Tư pháp, năm 2011, tr. 222*

18 *Tường Vi, Nhân sự chứng khoán 50% không chứng chỉ hành nghề, tại sao?, http://tinnhanhchungkhoan.vn/GL/N/CIFCCA/nhan-su-chung-khoan-50--khong-chung-chi-hanh-nghe-tai-sao.html, cập nhật ngày 2010*

cũng xuất phát từ việc chưa có bộ quy tắc hành nghề kinh doanh chứng khoán với những chế tài đủ mạnh để ngăn ngừa những hành vi méo mó nêu trên. Do vậy, theo chúng tôi, cần sớm ban hành bộ quy tắc hành nghề kinh doanh chứng khoán là cơ sở pháp lý cho việc điều chỉnh hoạt động môi giới chứng khoán, trong đó phân định rõ trách nhiệm của CTCK, người môi giới chứng khoán, nhân viên của CTCK. Đồng thời, cần phải tách bạch tài khoản của khách hàng để tránh tình trạng lạm dụng tài khoản của khách hàng để trục lợi. "Các cơ quan quản lý cần ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể về vấn đề này, theo đó yêu cầu CTCK quản lý tách bạch từng tài khoản của khách hàng, tạo cơ sở bảo vệ tốt hơn nữa quyền và lợi ích của NĐT chứng khoán."[19] Ngoài ra, các quy định của pháp luật về việc nhận lệnh và chuyển lệnh trên thị trường, mở tài khoản giao dịch và thời gian thanh toán, về phí và lệ phí trong hoạt động môi giới chứng khoán cần phải được tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện.

Thứ ba, hoàn thiện các quy định của pháp luật về tự doanh chứng khoán. Hoạt động tự doanh chứng khoán cũng là một nghiệp vụ quan trọng của CTCK. Các công ty tự doanh chứng khoán sẽ đóng vai trò là nhà tạo lập thị trường giúp cho chứng khoán có tính thanh khoản cao. Tuy nhiên, hiện nay hoạt động tự doanh của CTCK còn rất hạn chế. Để phát triển hoạt động tự doanh trên thị trường, ngoài việc phải tăng vốn pháp định như đã nêu ở trên, cần phải giải quyết được những vấn đề sau: Tách biệt rõ ràng giữa nghiệp vụ môi giới chứng khoán và nghiệp vụ tự doanh chứng khoán; pháp luật cần quy định rõ ràng và cụ thể những chuẩn mực ứng xử của CTCK hoạt động tự doanh như: nghĩa vụ ưu tiên khách hàng; không được xung đột lợi ích với khách hàng,… Đồng thời cần phải có những chế tài nghiêm khắc và cụ thể xử lý các hành vi vi phạm trong hoạt động tự doanh.

Ngoài ra, pháp luật liên quan đến các nghiệp vụ bảo lãnh phát hành, tư vấn đầu tư chứng khoán của CTCK cũng cần được tiếp tục nghiên cứu hoàn thiện nhằm bảo đảm nâng cao hiệu quả và trách nhiệm của CTCK, bảo đảm cho TTCK PTBV.

3.6. Thành lập tổ chức định mức tín nhiệm ở Việt Nam

Theo định nghĩa của ISOCO thì: "Định mức tín nhiệm là sự đánh giá được hiển thị bằng hệ thống hệ số tín nhiệm đã được thiết lập và xác định về khả năng thanh toán nợ của một chủ thể, một khoản nợ, một chứng khoán nợ hoặc của người phát hành các nghĩa vụ này"[20]. Với quy tắc "nhà phát hành thanh toán" và "công khai kết quả định mức tín nhiệm", NĐT có thể đánh giá được khả năng trả nợ của người đi vay hoặc rủi ro tín dụng của chứng khoán nợ mà ra quyết định đầu tư mà không phải mất chi phí. Xác định được hệ số định mức tín nhiệm còn giúp nhà phát hành xác định được mức lãi suất vay hợp lý, vừa phản ánh được mức độ rủi ro, vừa đảm bảo khả năng thanh toán nợ của nhà phát hành. Vì vậy, để thị trường trái phiếu Việt Nam phát triển, việc thành lập và cho đi vào hoạt động của tổ chức định mức tín nhiệm là điều kiện tiên quyết.

Cho đến nay, Việt Nam chưa có một văn bản quy phạm pháp luật nào quy định một cách chi tiết về tổ chức và hoạt động của tổ chức định mức tín nhiệm. Do vậy, theo chúng tôi, cần nghiên cứu và sớm ban hành một văn bản điều chỉnh về tổ chức hoạt động của tổ chức định mức tín nhiệm theo hướng: (1) Tổ chức định mức tín nhiệm có tư cách pháp nhân và được tổ chức theo loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần; (2) Khống chế tỷ lệ nắm giữ cổ phần có quyền biểu quyết hoặc tỷ lệ vốn góp trong tổ chức định mức tín nhiệm; (3) Quy định cụ thể về điều kiện thành lập tổ chức định mức tín nhiệm, chú trọng đến điều kiện

19 *PGS,TS. Lê Thị Thu Thủy (chủ biên), Pháp luật về công ty chứng khoán ở Việt Nam, Nxb. Tư pháp, năm 2011, tr. 232.*

20 *Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies, the Technical Committee of IOSCO, 2008, tr. 3.*

vốn pháp định và nhân lực; (4) Có cơ chế kiểm soát chặt chẽ nhằm ngăn ngừa xung đột lợi ích phát sinh từ hoạt động của tổ chức định mức tín nhiệm. Ví dụ, cấm hoặc kiểm soát mối quan hệ kinh tế giữa tổ chức định mức tín nhiệm và/hoặc người có liên quan của tổ chức này với chủ thể được định mức tín nhiệm và/hoặc bên có liên quan của chủ thể này; (5) công khai, minh bạch về phương pháp, quy trình, kết quả định mức tín nhiệm; (6) tổ chức định mức tín nhiệm phải chịu trách nhiệm về các hành vi vi phạm và phải bồi thường thiệt hại cho NĐT. Cần phải quy định chặt chẽ về tổ chức và hoạt động của tổ chức định mức tín nhiệm nhằm kiểm soát và hạn chế những rủi ro mà tổ chức này có thể gây ra cho NĐT và toàn bộ thị trường. "Hệ số xếp hạng tín nhiệm không chính xác gây ra rủi ro hệ thống cho thị trường tài chính của Mỹ và là một trong những nguyên nhân chính gây ra khủng hoảng tài chính ở Mỹ"[21].

3.7. Nâng cao hiệu quả hoạt động quản lý, giám sát thị trường

Pháp luật cần trao cho cơ quan quản lý các công cụ quản lý hiệu quả và đặc thù, như tiêu chuẩn hóa thông tin thu thập, quyền thu thập thông tin từ bất kỳ bên liên quan nào, nghĩa vụ báo cáo ngay khi thực hiện giao dịch, hệ thống cập nhật thông tin tự động, quyền tiến hành kiểm tra, thanh tra khi phát hiện giao dịch có bất thường. Cơ quan quản lý có quyền can thiệp hoặc ngăn chặn các giao dịch hoặc hành vi gây phương hại đến thị trường. Ví dụ trong quản lý thị trường phái sinh, cơ quan quản lý có quyền: áp đặt hạn mức dao động giá, yêu cầu tính thêm tiền bảo chứng, thanh khoản hoặc chuyển nhượng vị thế mở, đình chỉ hoặc rút gọn lại giao dịch,… Cơ quan quản lý có quyền áp dụng các biện pháp chế tài như cảnh cáo, khiển trách, buộc trả lại các khoản thu bất chính, phạt vi phạm, áp đặt điều kiện giao dịch, áp đặt trình trạng nhất định, đình chỉ giao dịch, cấm giao dịch, đình chỉ hoạt động, thu hồi giấy phép, đề nghị áp dụng các biện pháp chế tài hình sự trong trường hợp nghiêm trọng. Pháp luật cũng cần cho phép cơ quan quản lý được quyền khởi kiện một chủ thể nào đó ra tòa để buộc phải chịu trách nhiệm dân sự. Như vậy, pháp luật cần quy định chi tiết và đầy đủ các biện pháp chế tài là công cụ hữu hiệu để cơ quan quản lý sử dụng quản lý và giám sát thị trường. Tuy nhiên, nếu chỉ đơn thuần sử dụng các biện pháp cưỡng chế nhiều khi chưa chắc đã bảo đảm hiệu quả quản lý. Do vậy, chúng tôi đề xuất nên đưa thêm cơ chế cảnh báo sớm, tức là cơ quan quản lý sẽ cảnh báo cho đối tượng quản lý về những sai phạm, rủi ro hoặc vấn đề khác để đối tượng quản lý điều chỉnh, khắc phục. Cơ quan quản lý cũng có quyền và nghĩa vụ cảnh báo sớm cho toàn bộ thị trường và áp dụng các biện pháp cần thiết để ngăn ngừa và kiểm soát rủi ro. Ngoài ra, cần bổ sung thêm cơ chế tham vấn và đồng thuận, theo cơ chế này cơ quan quản lý và đối tượng quản lý sẽ cũng trao đổi và thống nhất các biện pháp mà đối tượng quản lý phải thực hiện nhằm tránh, hạn chế hoặc kiểm soát rủi ro.

Ngoài ra, để hỗ trợ cho hoạt động quản lý, giám sát TTCK, cần xây dựng cơ chế pháp lý để các tổ chức tự quản bao gồm sở giao dịch chứng khoán, hiệp hội ngành nghề chứng khoán, trung tâm lưu ký và thanh toán bù trừ chứng khoán tham gia sâu vào hoạt động quản lý và giám sát TTCK. Theo đó, các tổ chức tự quản này có quyền được ban hành quy chế điều chỉnh hoạt động của thành viên, giám sát hoạt động của các thành viên tham gia thị trường, điều tra các hành vi bất thường, và áp dụng một số biện pháp chế tài dưới sự giám sát của UBCKNN ■

21 *Đỗ Minh Tuấn, Một số vấn đề về thực tiễn chứng khoán hóa các khoản vay thế chấp ở Mỹ, Tạp chí Châu Mỹ ngày nay, số 06/2012, tr. 13.*

VIỆT NAM VỚI VIỆC ĐÀM PHÁN VỀ QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ TRONG KHUÔN KHỔ HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC XUYÊN THÁI BÌNH DƯƠNG

VIỆT NAM ĐANG TÍCH CỰC THAM GIA ĐÀM PHÁN HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC XUYÊN THÁI BÌNH DƯƠNG (TPP). MỘT TRONG NHỮNG VẤN ĐỀ VIỆT NAM SẼ CÒN GẶP NHIỀU KHÓ KHĂN TRONG ĐÀM PHÁN CHÍNH LÀ VẤN ĐỀ SỞ HỮU TRÍ TUỆ (SHTT). CÁC NỘI DUNG LIÊN QUAN ĐẾN SHTT MÀ CÁC QUỐC GIA ĐÀM PHÁN ĐƯA RA TRONG TPP ĐÃ VƯỢT XA CÁC QUY ĐỊNH BAN ĐẦU CỦA TPP VÀ CÁC CHUẨN MỰC QUỐC TẾ HIỆN NAY (HIỆP ĐỊNH TRIPS). BÀI VIẾT PHÂN TÍCH ĐỀ XUẤT CỦA MỘT SỐ QUỐC GIA ĐÀM PHÁN, ĐẶC BIỆT LÀ BẢN ĐỀ XUẤT CỦA HOA KỲ TRONG MỐI TƯƠNG QUAN VỚI CÁC HIỆP ĐỊNH THƯƠNG MẠI TỰ DO SONG PHƯƠNG VÀ VỚI HỆ THỐNG PHÁP LUẬT CỦA MỘT SỐ NƯỚC, ĐƯA RA MỘT SỐ KIẾN NGHỊ CHO VIỆT NAM KHI THAM GIA ĐÀM PHÁN TPP VỀ CÁC VẤN ĐỀ LIÊN QUAN ĐẾN SHTT.

LÊ THỊ THU HÀ *

1. Quyền sở hữu trí tuệ trong Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương

Là một nội dung quan trọng trong Hiệp định ban đầu được ký kết giữa bốn quốc gia, bao gồm Brunei, Chile, New Zealand và Singapore (sau đây gọi tắt là Hiệp định P4), ngoài một số quy định nằm rải rác ở phần đầu, các quy định về quyền SHTT được đưa vào trong Chương 10[1] với cấu trúc tương đối đơn giản[2], chỉ có 7 điều khoản bao gồm các nguyên tắc về SHTT, các quy định chung, nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, tên quốc gia và về hợp tác.

Về các nguyên tắc, Hiệp định P4 đưa ra ba nguyên tắc: nguyên tắc về thúc đẩy sự phát triển kinh tế, xã hội; nguyên tắc về đạt được sự cân bằng về quyền và nghĩa vụ của người chủ sở hữu quyền với lợi ích hợp pháp của người sử dụng và cộng đồng đối với các tài sản trí tuệ được bảo hộ; nguyên tắc về tăng cường các quyền SHTT bằng việc loại bỏ các hoạt động thương mại đối với hàng hóa xâm phạm quyền SHTT.

---

* ***Giảng viên Trường Đại học Ngoại thương***

1 *Xem Chapter 10, Trans-Paficic Strategic Economic Partnership Agreement, tại: http://www.mfat.govt.nz/downloads/trade-agreement/transpacific/main-agreement.pdf (truy cập 28/02/2012).*

2 *Chương 10 gồm 7 điều: Các định nghĩa (10.1), Các nguyên tắc về SHTT (10.2), Các quy định chung (10.3), Nhãn hiệu (10.4), Chỉ dẫn địa lý (10.5), Tên quốc gia (10.6) và Hợp tác (10.7)*

Về đối tượng của quyền SHTT, Hiệp định P4 đưa ra quy định cụ thể điều chỉnh về nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý và tên gọi quốc gia.

Đối với nhãn hiệu, quy định của Điều 10.4 chỉ bổ sung thêm hai nghĩa vụ đối với các bên là mỗi quốc gia phải tạo cơ hội cho các bên có liên quan để phản đối một đơn đăng ký nhãn hiệu và yêu cầu hủy một nhãn hiệu đã được đăng ký. Ngoài nghĩa vụ mang tính chất nội dung này, Điều 10.4 cũng khuyến khích các bên sử dụng Thỏa ước Nice về phân loại quốc tế hàng hóa và dịch vụ cho mục đích đăng ký nhãn hiệu năm 1979.

Đối với chỉ dẫn địa lý, Điều 10.5 dẫn chiếu đến phụ lục 10.A về các chỉ dẫn địa lý cho rượu và đồ uống của mỗi quốc gia được thừa nhận chung và danh mục này có thể được bổ sung trên cơ sở yêu cầu của mỗi bên.

Đối với tên quốc gia, Điều 10.6 quy định các bên phải có nghĩa vụ cung cấp các công cụ pháp lý cho các bên có liên quan để ngăn cản việc sử dụng thương mại tên quốc gia đối với hàng hóa nhằm đảm bảo không gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng về nguồn gốc xuất xứ của hàng hóa đó.

Chính vì các quy định rất đơn giản trong Hiệp định P4 mà các bên tham gia đàm phán TPP đã quyết định cần phải đàm phán để tạo nên một khung pháp lý với nhiều quy định có thể vượt ra khỏi khuôn khổ đang được điều chỉnh bởi TRIPs và các điều ước quốc tế khác có liên quan đến quyền SHTT.

Tính đến tháng 03/2012, 11 vòng đàm phán TPP đã diễn ra. Mỗi vòng đàm phán, nhiều vấn đề, trong đó có SHTT, được mang ra trao đổi, đàm phán. Vòng đàm phán thứ 12 của TPP diễn ra tại Dallas, Texas Hoa Kỳ từ ngày 8-18/5/2012. Ở vòng đàm phán này, các quốc gia đàm phán tiếp tục những vấn đề còn tranh cãi ở vòng đàm phán trước và chú trọng nhiều đến vấn đề thực thi quyền SHTT và bằng sáng chế.

Sau chín vòng đàm phán, ngày 12/11/2011, các nhà lãnh đạo của chín quốc gia tham gia đàm phán TPP, trong khuôn khổ của Hội nghị Thượng đỉnh APEC tại Honolulu đã ký kết Bản mô tả các lĩnh vực đàm phán chính của Hiệp định TTP[3].

Về cơ sở đàm phán, các thành viên TPP đã đàm phán nội dung của TPP dựa trên quy định của TRIPs cũng như dựa trên Tuyên bố Doha liên quan đến TRIPs và Y tế công cộng[4] vào lời văn của chương này. Điều này đồng nghĩa với việc những linh hoạt được đưa ra trong Tuyên bố này liên quan đến việc cấp bằng sáng chế đối với dược phẩm[5] cũng sẽ được xem xét và đưa vào trong nội dung của TPP. Về nguyên tắc, có thể thấy được hai nguyên tắc quan trọng nhất được nhắc đến trong Bản mô tả, đó là nguyên tắc hiệu quả và nguyên tắc cân bằng, nghĩa là hướng đến việc thực thi có hiệu quả các quy định về quyền SHTT nhưng vẫn phải đạt được sự cân bằng giữa quyền lợi của người sở hữu quyền và người tiêu dùng, cộng đồng; giữa các thành viên của TPP. Về nội dung, các tiếp cận của các thành viên TPP khá đầy đủ, khi đề cập đến tất cả các đối tượng của quyền SHTT như nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, quyền tác giả và các quyền có liên quan, bằng sáng chế, bí mật kinh doanh và các dữ

---

3 *Bộ Công thương, Bản mô tả các lĩnh vực đàm phán chính của Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương, tại: http://trungtamwto.vn/tpp/ket-qua-dat-duoc-ve-hiep-dinh-doi-tac-xuyen-thai-binh-duong-tpp-tai-hoi-nghi-cap-cao-apec-19 (truy cập ngày 01/03/2012); Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) - Báo cáo của các Bộ trưởng Thương mại trình các Nhà Lãnh đạo, 12/11/2011, tại: http://trungtamwto.vn/tpp/ket-qua-dat-duoc-ve-hiep-dinh-doi-tac-xuyen-thai-binh-duong-tpp-tai-hoi-nghi-cap-cao-apec-19 (truy cập ngày 01/03/2012)*

4 *WTO, Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/2, 20/11/2001, tại: http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm (truy cập ngày 01/03/2012).*

5 *Xem đoạn 5(a),(b),(c) của Tuyên bố này.*

liệu cần thiết để xin phê duyệt đối với một số sản phẩm thuộc diện quản lý; đề cập đến việc thực thi quyền SHTT, đến nguồn gien và tri thức truyền thống. Với trình tự nội dung được thể hiện ở đây, có thể thấy, cách tiếp cận của Hoa Kỳ về quyền SHTT được nêu trong Bản đề xuất của quốc gia này đã được các quốc gia khác chấp nhận. Tuy nhiên, những nội dung được tiết lộ ra bên ngoài đã gây nên những phản ứng mạnh mẽ từ cộng đồng, khi cho rằng nó sẽ ảnh hưởng lớn đến lợi ích của người tiêu dùng, trong đó có người bệnh.

2. Đề xuất của một số quốc gia

Trong các vòng đàm phán của TPP, đã có một số quốc gia (Hoa Kỳ, New Zealand, Chi-lê, Peru…) đưa ra những đề xuất đối với Chương về SHTT. Vì nội dung của các vòng đàm phán được giữ bí mật, nên chỉ một số ít các đề xuất đã được tiết lộ, trong đó có Bản đề xuất của Hoa Kỳ, New Zealand và Chi-lê.

Đề xuất của Hoa Kỳ

Bản đề xuất đầu tiên của Hoa Kỳ được đưa ra tháng 02/2011 và sau đó được sửa đổi lần thứ nhất vào tháng 09/2011[6]. Đây được coi là một bản đề xuất chi tiết nhất để các bên bàn luận trong tại các vòng đàm phán. Nó cũng là một bản đề xuất chứa đựng nhiều bước tiến so với khung pháp luật quốc tế hiện tại về quyền SHTT. Một cách vắn tắt, đề xuất của Hoa Kỳ đã:

- Mở rộng phạm vi bảo hộ của nhãn hiệu cho cả âm thanh, mùi thơm và nhãn hiệu "nổi tiếng" mà nó không "nổi tiếng" ở nội địa[7], trong khi lại làm giảm sự bảo hộ đối với chỉ dẫn địa lý[8], được coi là trái ngược với tính linh hoạt về lựa chọn chính sách trong lĩnh vực này mà TRIPs cho phép.

- Mở rộng các nghĩa vụ quốc tế về nội dung và thời gian bảo hộ quyền tác giả, bao gồm việc mở rộng bảo hộ đối với những lưu trữ "tạm thời" trên Internet[9] và tăng gấp đôi thời gian bảo hộ tối thiểu bắt buộc đối với nhiều đối tượng thuộc quyền tác giả[10].

- Yêu cầu chấp nhận hình thức gây tranh cãi cao về trách nhiệm chống lừa đảo, theo

---

6 *Xem: Trans-Pacific Partnership, Intellectual Property Rights Chapter February Draft, tại: http://keionline.org/sites/default/files/ tpp-10feb2011- us-text-ipr-chapter.pdf (truy cập ngày 20/02/2012); Trans-Pacific Partnership, Intellectual Property Rights Chapter September 2011 Draft (Selected Provisions), xem tại: http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2011/10/TransPacificIP1.pdf (truy cập ngày 20/02/2012).*

7 *Điều 2 của Bản đề xuất: "Không một Bên nào có thể yêu cầu, như là một điều kiện để đăng ký, rằng một dấu hiệu phải nhìn thấy được, không một Bên nào có thể từ chối đăng ký nhãn hiệu chỉ vì dấu hiệu tạo nên nhãn hiệu là âm thanh hoặc mùi vị". Quy định này mở rộng các dấu hiệu có thể được bảo hộ là nhãn hiệu từ những dấu hiệu nhìn thấy được sang cả các dấu hiệu không nhìn thấy được. So với TRIPs, điều 2.1 nêu trên đã hoàn toàn loại bỏ tính linh hoạt được tạo ra bởi điều 15.1 của TRIPs khi cho phép các Thành viên WTO có thể quy định trong hệ thống pháp luật quốc gia của mình rằng "điều kiện để được đăng ký là các dấu hiệu phải là dấu hiệu nhìn thấy được". Việt Nam cũng chỉ chấp nhận những dấu hiệu nhìn thấy được để đăng ký làm nhãn hiệu (Điều 72, Luật SHTT 2005)*

8 *Điều 2.2 của Bản đề xuất yêu cầu các Bên tham gia TPP phải quy định là các chỉ dẫn địa lý sẽ được bảo hộ dưới dạng nhãn hiệu. Đồng thời, ghi chú số 4 đi kèm điều khoản này đưa ra khái niệm về chỉ dẫn địa lý, theo đó, "Chỉ dẫn địa lý được hiểu là các chỉ dẫn xác định hàng hóa có nguồn gốc từ lãnh thổ của một Bên, hoặc một khu vực, một vùng trên lãnh thổ đó, mà chất lượng, danh tiếng hoặc một đặc tính khác của hàng hóa được coi là có được từ nguồn gốc địa lý của hàng hóa đó. Bất kỳ dấu hiệu hoặc nhóm dấu hiệu nào (như chữ, bao gồm tên người và tên địa lý, cũng như các chữ cái, chữ số, các yếu tố tượng hình và màu sắc, bao gồm cả màu đơn), ở bất kỳ hình thức nào, đều có thể được coi là chỉ dẫn địa lý". Khái niệm này rộng hơn định nghĩa về chỉ dẫn địa lý được nêu tại điều 22.1 của TRIPs cũng như tại Điều 79 của Luật SHTT Việt Nam năm 2005, sửa đổi năm 2009*

9 *Điều 4.1 quy định: "Mỗi bên phải quy định rằng các tác giả, người biểu diễn và nhà sản xuất bản ghi có quyền cho phép hoặc cấm mọi sự sao chép tác phẩm, biểu diễn hoặc bản ghi của mình dưới bất kỳ cách thức và hình thức nào, thường xuyên hay tạm thời (bao gồm cả việc tạm thời lưu trữ dưới hình thức điện tử". Theo các ghi chú đi kèm, "tác giả, người biểu diễn và nhà sản xuất bản ghi" được hiểu là bao gồm cả những người thừa kế của những người này; "quyền cho phép hay cấm", "quyền cho phép" được hiểu là quyền độc quyền; và "biểu diễn" được hiểu là việc biểu diễn gắn với một bản ghi, trừ trường hợp có quy định đặc biệt khác.*

10 *Điều 4.5 của đề xuất đưa ra quy định về thời hạn bảo hộ đối với quyền tác giả và các quyền có liên quan. Trên cơ sở tuổi thọ của thể nhân, Hoa Kỳ đề xuất thời hạn bảo hộ này không ít hơn so với tuổi thọ của tác giả và 70 năm sau khi tác giả chết.*

đó, sẽ trừng phạt những hành vi lừa đảo bằng khóa điện tử với bất kỳ mục đích nào[11].

- Gia tăng nội dung bảo hộ quốc tế bắt buộc đối với bằng sáng chế, bao gồm cả việc bảo hộ độc quyền cho các dạng và cách thức sử dụng mới đối với sản phẩm đã được biết đến[12], đối với cây trồng, vật nuôi và quy trình chế tạo dược phẩm[13]. Nhóm các tiêu chuẩn này không tương thích với tính linh hoạt được quy định tại Điều 27.3 của TRIPs[14] cũng như quy định hiện hành của một số quốc gia tham gia đàm phán TPP (như Việt Nam[15], Australia[16], Malaysia[17]…). Tuy nhiên, theo các tác giả Sean Flynn, Margot Kaminski, Brook Baker and Jimmy Koo, việc Hoa Kỳ đề xuất như vậy dường như không nhắm vào các nước tham gia đàm phán TPP mà là nhắm vào Ấn Độ. Các tác giả này phân tích rằng Điều 8.1 được soạn thảo nhằm chống lại một chính sách đã được thực thi tại Ấn Độ theo quy định của điều 3.d Luật Patent sửa đổi năm 2005. Điều 3.d cấm việc cấp bằng sáng chế cho "chỉ việc phát hiện một hình thức mới của một chất đã được biết đến mà nó không dẫn đến việc tăng cường hiệu quả đã được biết đến của chất đó hoặc chỉ việc phát hiện ra bất kỳ thành phần mới, cách sử dụng mới nào của một chất đã được biết đến, hoặc chỉ là cách sử dụng của một quy trình, thiết bị đã được biết đến, trừ khi quy trình đó dẫn đến việc tạo ra một sản phẩm mới hoặc sử dụng ít nhất một chất phản ứng mới". Điều 3.d này được đưa ra nhằm làm giảm số lượng bằng sáng chế được cấp cho lĩnh vực dược phẩm, từ đó, làm tăng cơ hội tiếp cận đối với các sáng chế về thuốc đã hết thời hạn bảo hộ, tức là làm tăng cơ hội tiếp cận thuốc giá rẻ đối với công chúng. Điều mà Hoa Kỳ lo ngại ở đây chính là quy định của điều 3.d đã trở thành khuôn mẫu để nhiều nước đang phát

---

11 *Điều 4.9 cung cấp một khuôn khổ các biện pháp bảo hộ phù hợp và các biện pháp khắc phục hiệu quả về mặt pháp lý để chống lại việc qua mặt các biện pháp công nghệ mà tác giả, người biểu diễn hoặc nhà sản xuất bản ghi sử dụng liên quan đến việc thực hiện các quyền của họ để hạn chế các hành vi không được phép đối với tác phẩm, buổi biểu diễn và bản ghi, Hoa Kỳ đề xuất các bên tham gia đàm phán TPP phải đưa ra các quy định để quy trách nhiệm cho một loạt những người có liên quan. Trách nhiệm này đòi hỏi phải là trách nhiệm hình sự, đi kèm với các biện pháp khắc phục khác để đảm bảo quyền lợi của người sở hữu quyền.*

12 *Điều 8.1 của Bản đề xuất quy định: "Mỗi Bên phải cấp patent cho mọi sáng chế, dù đó là một sản phẩm hay một quy trình, trong mọi lĩnh vực công nghệ, với điều kiện là sáng chế mới, có trình độ sáng tạo, và có khả năng ứng dụng công nghiệp. Ngoài ra, các Bên xác nhận rằng bằng sáng chế sẽ sẵn có đối với bất kỳ hình thức, sử dụng hoặc phương pháp sử dụng mới đối với một sản phẩm đã được biết đến; và một hình thức, sử dụng, hoặc phương pháp sử dụng mới một sản phẩm đã được biết đến có thể đáp ứng các tiêu chí về cấp bằng sáng chế, thậm chí nếu như sáng tạo đó không nhằm mục đích tăng cường hiệu quả đã được biết đến của sản phẩm đó".*

13 *Điều 8.2 quy định: "Mỗi bên phải cấp patent cho các sáng chế đối với: (a) cây trồng và vật nuôi; và (b) các phương pháp phân tích, chữa bệnh và phẫu thuật để điều trị cho con người và động vật".*

14 *Điều 27.3 của TRIPs quy định: "Các Thành viên cũng có thể loại trừ không cấp patent cho: (a) các phương pháp chẩn đoán bệnh, phương pháp nội và ngoại khoa để chữa bệnh cho người và động vật; (b) thực vật và động vật khong phải là các chủng vi sinh, các quy trình sản xuất thực vật và động vậtm chủ yếu mang tính chất sinh học và không phải là các quy trình phi sinh học hoặc vi sinh…".*

15 *Xem điều 58, 59 Luật SHTT năm 2005, sửa đổi năm 2009 của Việt Nam. Đồng thời, xem các phân tích trong bài viết: Public Citizen & Health Gap, Việt Nam và Hiệp định Quan hệ đối tác xuyên Thái Bình Dương: Các rủi ro về tiếp cận thuốc đối với một đối tác của PEPFAR, tr.1-4, tại: http://www.citizen.org/documents/Vietnam-and-the-Trans-Pacific-Partnership-Agreement-%28Vietnamese-Translation%29.pdf (truy cập ngày 25/02/2012); Dr. Burcu Kılıç & Peter Maybarduk, Dangers for Access to Medicines in the Trans-Pacific Free Trade Agreement: Comparative Analysis of the United States' TPFTA Intellectual Property Proposal and Vietnamese Law, http://www.citizen.org/documents/Comparative-Analysis-of-the-US-TPFTA-IP-Proposal-and-Vietnamese-Law.pdf (truy cập ngày 25/02/2012).*

16 *Xem thêm Public Citizen, Dangers for Access to Medicines in the Trans-Pacific Partnership Agreement: Comparative Analysis of the U.S. Intellectual Property Proposal and Australian law, pp.2-11, tại: http://www.citizen.org/documents/Australia-TPPA-chart.pdf (truy cập ngày 25/02/2012).*

17 *Xem thêm: Dr. Burcu Kılıç & Peter Maybarduk, Dangers for Access to Medicines in the Trans-Pacific Partnership Agreement: Comparative Analysis of the U.S. Intellectual Property Proposal and Malaysian law, pp.2-15, http://www.citizen.org/documents/Malaysia-Chart.pdf (truy cập ngày 25/02/2012); Malaysian Declaration on the Trans-Pacific Partnership Agreement & Acces to Medicines, 09/2011, tại: http://www.citizen.org/documents/Malaysia-declaration.pdf (truy cập ngày 25/02/2012).*

triển học tập và nội luật hóa nhằm tăng cơ hội tiếp cận thuốc giá rẻ cho người bệnh nước mình[18]. Nói một cách khác, quy định tại Điều 8.1 này làm cho việc cấp bằng sáng chế trở nên dễ dàng hơn, từ đó, bảo vệ quyền lợi cho người sở hữu bằng sáng chế, trong đó có các công ty dược phẩm lớn của Hoa Kỳ[19].

- Sửa đổi khung pháp lý quốc tế về các tiêu chuẩn đối với đơn đăng ký, phản đối, hủy bỏ, công bố thông tin bắt buộc và lợi ích của bằng sáng chế để làm cho việc đạt được các bằng sáng chế trở nên dễ dàng hơn, việc phản đối hoặc hủy bỏ bằng sáng chế khó khăn hơn và làm cho việc chuyển giao công nghệ mang lại ít lợi ích hơn.

- Loại bỏ việc tiếp cận với các linh hoạt trong lĩnh vực dược phẩm[20] được quy định trong Luật Mới về Thương mại năm 2007 (2007 New Trade Deal Law) và Hiệp định Thương mại Tự do giữa Hoa Kỳ và Peru và thay vào đó là các quy định về mở rộng bảo hộ đối với sáng chế và đăng ký bảo hộ độc quyền đối với thuốc mà không quan tâm đến khả năng chi trả của người bệnh. Các quy định này sẽ dẫn đến giá thuốc tăng cao và khả năng tiếp cận đối với các dược phẩm sẽ giảm xuống, nhất là đối với người dân của các nước đang phát triển.

- Đưa ra nhiều chế tài khác nhau, bao gồm cả các chế tài hình sự và tư pháp[21].

- Bổ sung các quy định hạn chế mới về tính hiệu quả của đám phán giá trong chương trình bồi hoàn giá thuốc, một chương trình mà trước đó chưa bao giờ được đề nghị cho các nước đang phát triển và cũng chưa bao giờ được thực thi ngay tại chính Hoa Kỳ[22].

Như vậy, có thể thấy, những đề nghị của Hoa Kỳ đưa ra trong Bản đề xuất tháng 02/2011, dù có được sửa đổi chút ít trong tháng 09/2011, vẫn hàm chứa những đòi hỏi rất cao, nhiều khi vượt quá khả năng thực thi của một bộ phận các bên tham gia đàm phán là các quốc gia đang phát triển, trong đó có Việt Nam.

Đề xuất của New Zealand

Hiện tại, các đề xuất bị tiết lộ của New Zealand được chứa đựng trong hai tài liệu,

---

18 *Xem thêm: Sean Flynn, Margot Kaminski, Brook Baker and Jimmy Koo, tlđd, tr.20-21; Carlos Correa, Guidelines for the Examination of Pharmaceutical Patents: Developing a Public Health Perspective 6–25 (Jan. 2007), tại http://www.iprsonline.org/resources/ docs/Correa_Patentability%20Guidelines.pdf (truy cập ngày 25/02/2012). Sudip Chaudhuri, Chan Park & K. M. Gopakumar, Five years into the product patent regime: India's response, tại: http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s17761en/s17761en.pdf (truy cập ngày 25/02/2012).*

19 *Xem thêm: Hội đàm Đối tác Xuyên Thái Bình Dương – Thỏa thuận tự do thương mại sẽ mang đến những lợi nhuận khổng lồ cho các tập đoàn dược phẩm Mỹ và ảnh hưởng đến các chi phí trong các chương trình HIV/AIDS tại Việt Nam, tại: http://www.citizen.org/documents/Thoa-Thuan-Thuong-Mai-moi--Loi-nhuan-lon-cho-cac-hang-Duoc-Pham.pdf (tuy cập ngày 25/02/2012).*

20 *Điều 8.2 quy định: "Mỗi bên phải cấp patent cho các sáng chế đối với: (a) cây trồng và vật nuôi; và (b) các phương pháp phân tích, chữa bệnh và phẫu thuật để điều trị cho con người và động vật".*

21 *Điều 15.5(a) yêu cầu các Bên tham gia TPP phải quy định các chế tài bao gồm hình phạt tù và phạt tiền đủ cao để ngăn ngừa các hành vi vi phạm trong tương lai và phù hợp với chính sách nhằm loại bỏ mọi động lực mang tính tài chính của người vi phạm. Biện pháp này giống với quy định trong KORUS, US-Australia FTA, US-Singapore FTA, US-Peru FTA nhưng không được quy định trong hệ thống pháp luật của Hoa Kỳ hay của Việt Nam.*

Điều 15.5(b), được xây dựng trên cơ sở điều 25.1 của ACTA, yêu cầu các Bên tham gia TPP phải quy định rằng các cơ quan tư pháp sẽ có thẩm quyền để ra lệnh tịch thu đối với hàng hóa bị "nghi ngờ" làm giả hoặc ăn cắp bản quyền và bổ sung thêm rằng "các mặt hàng có thể bị tịch thu theo bất kỳ lệnh tòa án nào như vậy không cần phải được xác định một cách riêng lẻ, miễn là chúng thuộc nhóm được xác định trong lệnh tòa án đó". Trong khi đó, điều 61 của TRIPs chỉ quy định "các biện pháp chế tài cũng bao gồm cả việc bắt giữ, tịch thu và tiêu hủy hàng hóa vi phạm", tức là không nhắc đến trường hợp của các hàng hóa bị "nghi ngờ" vi phạm. Cách quy định như vậy có thể dẫn đến việc lạm dụng của cơ quan tư pháp, từ đó sẽ gây nên những tác động không tích cực đến lưu thông hàng hóa trên thị trường.

22 *Về các đánh giá sâu hơn đối với Bản đề xuất này, xem thêm: Sean Flynn, Margot Kaminski, Brook Baker and Jimmy Koo, Public Interest Analysis of the US TPP Proposal for an IP Chapter, Draft version 1.3, December 6, 2011, tại: http://ssrn.com/abstract=1980173 (truy cập ngày 28/02/2012).*

một tài liệu có tiêu đề: "TPP: Intellectual Property Chapter: Horizontal Issues/Overall Structure, General Provisions and Cooperation"[23] và tài liệu còn lại đề xuất nội dung cụ thể liên quan đến Chương X về SHTT trong TPP[24]. Cụ thể:

Vấn đề tiếp cận ngang/cấu trúc tổng thể, các quy định chung về hợp tác. Trong văn bản đệ trình từ sau phiên đàm phán thứ hai này, xuất phát từ tầm quan trọng của TRIPs trong việc thúc đẩy sự phát triển của thương mại gắn liền với quyền SHTT, cũng như từ những khó khăn mà các Thành viên WTO đã gặp phải trong quá trình thực thi TRIPs, New Zealand nhấn mạnh đến các vấn đề cần đạt được khi xây dựng nội dung về SHTT trong TPP bằng việc đưa ra các nguyên tắc đàm phán và các vấn đề trọng tâm.

Về các nguyên tắc đàm phán, New Zealand nêu lên ba nguyên tắc, bao gồm:

- Hợp tác được đàm phán trong các hiệp định thương mại phải củng cố trực tiếp cho việc thực thi hiệp định và trợ giúp các bên có được nhiều lợi ích kinh tế;

- Các lĩnh vực trọng tâm đàm phán phải hướng tới tạo ra nhiều lợi ích cho các bên nhất có thể và bổ sung cho các quan hệ đối tác kinh tế đang tồn tại cũng như các trợ giúp phát triển đang được thực thi;

- Các thỏa thuận tạo lập thể chế phải mang tính linh động, phù hợp với mục đích, không đòi hỏi quá nhiều nguồn lực và gánh nặng.

Từ ba nguyên tắc này, New Zealand đề xuất ba lĩnh vực chính cần tập trung đàm phán trong khuôn khổ nội dung về quyền SHTT của TPP. Đó là:

- Thúc đẩy hiệu quả hoạt động trong lĩnh vực SHTT. Để làm được điều này, New Zealand đề nghị cần phải đàm phán nội dung về SHTT trong TPP từ xuất phát điểm là các quy định hiện hành của các điều ước quốc tế cũng như từ hệ thống pháp luật của các nước tham gia TPP về SHTT[25].

- Hợp tác trong lĩnh vực thực thi quyền SHTT. Sự hợp tác này hướng đến giải quyết các vấn đề phát sinh và liên quan đến việc xâm phạm các quyền SHTT diễn ra trong mỗi nền kinh tế của các nước tham gia TPP.

- Hợp tác trong lĩnh vực xây dựng thể chế/khả năng trong khu vực: vì các bên tham gia TPP, nhất là các quốc gia đang phát triển, đều phải đối mặt với nhiều thách thức trong quá trình thiết lập và duy trì hoạt động của các cơ quan nhà nước về SHTT, do đó TPP cần phải củng cố và thúc đẩy hơn nữa sự hợp tác giữa các bên để nâng cao hiệu quả hoạt động của các cơ quan này.

Từ những đề xuất này, New Zealand cho rằng, nếu được tập trung giải quyết, thì chúng sẽ góp phần rất lớn vào giải quyết các vấn đề tiếp cận ngang như hoạt động điều phối trong quá trình thực thi các quy định về SHTT, khả năng cạnh tranh, phát triển, các doanh nghiệp vừa và nhỏ, và làm cho thỏa thuận TPP "sống được" trong thực tế[26].

Có thể nhận thấy, mục tiêu của đoàn đàm phán New Zealand không tham vọng như đề xuất của Hoa Kỳ[27]. Điều này có thể dễ dàng giải thích là do vị thế của Hoa Kỳ và New Zealand rất khác biệt, bởi lợi ích mà Hoa Kỳ nhắm đến thông qua nội dung về quyền SHTT trong TPP lớn hơn rất nhiều so với New Zealand hay so với bất kỳ bên tham gia TPP nào khác. Tuy nhiên, Bản đề xuất

23 *Xem New Zealand, TPP: Intellectual Property Chapter: Horizontal Issues/Overall Structure, General Provisions and Cooperation, tại: http://www.citizen.org/documents/NZleakedIPpaper-1.pdf (truy cập ngày 01/03/2012).*

24 *Xem tại: http://www.citizen.org/documents/NewzealandproposedIPChaptertext.pdf (truy cập ngày 01/03/2012).*

25 *Xem New Zealand, tlđd, p.2&4.*

26 *Xem New Zealand, tlđd, pp.3-4.*

27 *Xem thêm: Sanya Reid & Peter Maybarduk, Analysis of the Leaked New Zealand Paper on the Trans-Pacific Partnership Agreement and Intellectual Property, 2010, tại: http://infojustice.org/download/ tpp/tpp-civil-society/ analysisoftheleaked-newzealandpaper.pdf (truy cập ngày 01/03/2012).*

của New Zealand cũng có một số điểm lưu ý: Dù với số lượng điều khoản nhiều hơn, 22 điều so với 16 điều trong Bản đề xuất của Hoa Kỳ, các quy định hàm chứa trong đó khá đơn giản, không đi sâu, chi tiết vào quy định chế độ pháp lý bảo hộ cho các đối tượng của quyền SHTT. Ngoài việc đề cập trực tiếp đến nhãn hiệu, kiến thức truyền thống, biểu diễn văn hóa truyền thống và nguồn gen, các quy định còn lại của Bản đề xuất đều tập trung đi vào vấn đề thực thi. Về cơ bản, một số mục tiêu này tương tự với những mục tiêu mà TRIPs đề ra[28]. Tuy nhiên, điểm khác biệt và khá quan trọng, đó là mục tiêu đạt sự cân bằng giữa quyền lợi của người sở hữu quyền và người sử dụng cũng như cộng đồng, bởi việc điều phối mối quan hệ này không hề dễ dàng trong khi một số nước chỉ hướng tới bảo vệ quyền lợi của người sở hữu quyền, một số nước khác thì việc này lại không như vậy. Rộng hơn, mục tiêu này đặt ra cũng sẽ giúp đạt được sự cân bằng lớn hơn giữa quyền lợi của các nước đang phát triển và của các nước phát triển tham gia TPP.

Đề xuất của Chi-lê

Đề xuất ban đầu của Chi-lê[29] đưa ra các quy định về bốn vấn đề: định nghĩa; các nguyên tắc chung về SHTT; các quy định chung; và hợp tác. Nhìn tổng thể, Bản đề xuất của Chi-lê rất đơn giản, chủ yếu được xây dựng trên nghĩa vụ là các bên tiếp tục tuân thủ khuôn khổ pháp luật về SHTT được tạo ra trên cơ sở TRIPs và Tuyên bố Doha về Sức khỏe cộng đồng năm 2011. Điểm đáng chú ý nhất trong Bản đề xuất này đó là Chi-lê, trong phần về hợp tác, đã vạch ra những nội dung mà các bên cần phải lưu ý trong khuôn khổ hợp tác giữa họ. Đây cũng là nội dung khá quan trọng mà Việt Nam cần lưu ý.

4. Triển vọng đàm phán và những vấn đề đặt ra với Việt Nam

Đối với việc đàm phán TPP nói chung và đàm phán về SHTT trong khuôn khổ TPP nói riêng, về cơ bản, các nguyên thủ quốc gia thành viên TPP đã cho thấy quyết tâm chính trị rất cao để kết thúc đàm phán. Tuyên bố của các nhà lãnh đạo các nước tham gia Hiệp định TPP được đưa ra ngày 12/11/2011 trong khuôn khổ của Hội nghị Cấp cao APEC lần thứ 19 tại Honolulu (Hoa Kỳ)[30], đã khẳng định: "chúng tôi hài lòng với những tiến bộ mà giờ đây chúng tôi có thể công bố để hướng tới mục tiêu cuối cùng là hướng tới tự do thương mại tại khu vực Thái Bình Dương"[31] và "chúng tôi cam kết dành những nguồn lực cần thiết để kết thúc hiệp định mang tính biểu tượng này trong thời gian sớm nhất có thể"[32]. Quyết tâm chính trị cao sẽ là một trong những nhân tố quan trọng thúc đẩy các quốc gia đạt được kết quả cuối cùng về nội dung của TPP trong thời gian tới.

Trong Tuyên bố này, các nhà lãnh đạo cũng nhấn mạnh: "Chúng tôi đều rất quan tâm đến việc mở rộng quan hệ đối tác hiện tại của chín nước đa dạng về địa lý và trình độ phát triển với các nước khác trong khu vực. Trong quá trình đàm phán để kết thúc hiệp định, chúng tôi đã và đang chỉ đạo các đoàn đàm phán tiếp tục thảo luận với các đối tác trên toàn khu vực xuyên Thái Bình Dương đã bày tỏ quan tâm tham gia Hiệp định TPP nhằm tạo thuận lợi cho sự gia nhập của những nước này trong tương lai"[33]. Điều

28 *Xem Lời nói đầu của TRIPs.*

29 *Chile TPP Submission, Preliminary Considerations for TPP IP Chapter, xem tại: http://www.citizen.org/documents/ ChilePreliminaryConsiderationsforTPPIPChapter.pdf (truy cập ngày 10/03/2012).*

30 *Xem: Tuyên bố của các Nhà Lãnh đạo các nước tham gia Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP), 12/11/2011, tại: http://www.moit.gov.vn/web/guest/tintuc?p_p_id=cmsviewportlet_WAR_vsi_portlets _INSTANCE_XbBg&p_p_action=1&p_p_state=normal&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=2&p_ p_col_ count =3&_cmsviewportlet_WAR_vsi_portlets_INSTANCE_XbBg_ catId=12&_cmsviewportlet_WAR_vsi_portlets _INSTANCE_XbBg_curPg=0&_cmsviewportlet _WAR_vsi_portlets_INSTANCE_XbBg_arcId=7362 (truy cập ngày 01/03/2012).*

31 *Tlđd, đoạn 3.*

32 *Tlđd, đoạn 2.*

này có nghĩa là, trong thời gian tới, có thể sẽ có thêm các quốc gia trong khu vực Thái Bình Dương tham gia và trở thành một bên của TPP. Ngày 11/11/2011, Nhật Bản[34], Canada[35] và Mexico đều tuyên bố ý định tham gia TPP. Tuy tại vòng đàm phán thứ 10 và thứ 11, ba quốc gia này chưa tham gia đàm phán, nhưng có thể thấy, trong thời gian tới, việc tham gia của ba quốc gia mới này vào các phiên đàm phán sắp tới chắc chắn sẽ diễn ra. Xuất phát từ việc cả ba nước này đều có hệ thống pháp luật về SHTT khá phát triển, nhất là Nhật Bản và Canada, có thể thấy rõ là họ sẽ có những đề xuất mới đối với nội dung về sở hữu trí tuệ trong TPP. Ngoài ra, một số quốc gia khác, như Hàn Quốc[36], Trung Quốc cũng có thể tham gia và đưa ra những đề xuất mới cho vấn đề này. Do đó, trong tương lai, đàm phán về SHTT trong TPP có thể đạt được kết quả nhưng có thể sẽ có những thay đổi so với thời điểm hiện tại.

Ngoài ra, trong nghiên cứu của mình, tác giả Peter A. Petri, Micheal G. Plummer và Fan Zhai phân tích cho thấy nội dung về quyền SHTT đạt được khoảng 77% mức độ ưu tiên mà các bên tham gia đàm phán TPP dành cho các nội dung của hiệp định này[37], đứng thứ sáu trong số các ưu tiên hàng đầu[38]. Điều này cho thấy, các quốc gia tham gia đàm phán TPP cố gắng nhằm đạt được các thỏa thuận về nội dung của quyền SHTT vừa đảm bảo lợi ích của mình vừa hài hòa lợi ích chung của các quốc gia khác.

Đối với Việt Nam, chúng ta đã tham gia tích cực vào các vòng đàm phán gần đây của TPP nói chung và về quyền SHTT nói riêng. Tuy nhiên, để đi đến kết quả cuối cùng cũng như bảo vệ được lợi ích của Nhà nước, của doanh nghiệp, của người tiêu dùng và của cộng đồng nói chung, Việt Nam vẫn cần tiếp tục đàm phán, đặc biệt là với đối tác Hoa Kỳ. Những vấn đề cần phải được sửa đổi bao gồm:

- Chuyển các quy phạm được nêu trong Điều 1.3 và Điều 1.5 Bản đề xuất của Hoa Kỳ từ các quy phạm mang tính mệnh lệnh sang các quy phạm mang tính tùy nghi. Việc chuyển đổi này sẽ khiến cho nghĩa vụ gia nhập các điều ước quốc tế mà Bản đề xuất này nêu lên không còn là bắt buộc mà được chuyển sang một quy định mang tính lựa chọn, nói cách khác, không chỉ Việt Nam mà một số nước khác như Malaysia, Brunei… có thể lựa chọn trong danh mục các điều ước đó những điều ước phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội trong nước để gia nhập, từ đó bảo vệ được lợi ích của mình.

- Sửa đổi quy định của Điều 2.1 bằng cách bổ sung thêm một câu: "Trong trường hợp pháp luật của một Bên đã quy định điều kiện để đăng ký nhãn hiệu là dấu hiệu đó phải nhìn thấy được trước khi Hiệp định này có hiệu lực, thì Bên đó được áp dụng quy định của pháp luật trong nước trong khoảng thời gian 10 năm kể từ khi Hiệp định này có hiệu lực".

- Chỉ chấp nhận khái niệm về chỉ dẫn địa lý như quy định tại điều 22.1 của TRIPs.

- Loại bỏ quy định về tiêu chuẩn "sử dụng trong thương mại" đối với nhãn hiệu

---

33 Tlđd, đoạn 3.

34 Hiroko Tabuchi, Premier Says Japan Will Join Pacific Free Trade Talks, 11/11/2011, tại: http://www.nytimes.com/2011/11/12/world/asia/japan-to-join-talks-on-pacific-trade-pact.html (truy cập ngày 02/03/2012).

35 Jason Fekete, Canada to strike new trans-Pacific free trade deal: Harper, 13/11/2011, tại: http://news.nationalpost.com/2011/ 11/13/canada-wants-to-join-u-s-and-asia-pacific-region-free-trade-deal-harper/ (truy cập ngày 02/03/2012).

36 Cần lưu ý là Hàn Quốc là một bên của KORUS, một hiệp định thương mại với những quy định rất khắt khe về quyền sở hữu trí tuệ mà Hoa Kỳ, bên còn lại của KORUS, dựa vào để đưa ra đề xuất cho chương về quyền sở hữu trí tuệ trong TPP. Do đó, một khi Hàn Quốc tham gia đàm phán TPP, tiếng nói của Hoa Kỳ trong các phiên đàm phán này sẽ được ủng hộ nhiều hơn.

37 Xem: Peter A. Petri, Micheal G. Plummer, and Fan Zhai, The Trans-Pacific Partnership and Asia-Pacific Intergration: A Quantitative Assessment, East-West Center Working Papers, Economics Series, No. 119, October 24, 2011, pp.10-11.

38 Theo nghiên cứu này, năm nội dung ưu tiên hàng đầu trên nội dung về sở hữu trí tuệ là: Hàng hóa (100%); Quy tắc xuất xứ (94%); Dịch vụ (91%); Giải quyết tranh chấp (91%) và Thủ tục hải quan (86%). Xem thêm: Peter A. Petri, Micheal G. Plummer, and Fan Zhai, tlđd, pp.10-11.

nổi tiếng như được quy định tại Điều 2.6 của Bản đề xuất.

- Sửa đổi quy định về tên miền trên Internet theo hướng bổ sung một lộ trình thực hiện dài để cơ quan quản lý nhà nước của Việt Nam về internet có thời gian chuẩn bị và thích nghi.

- Sửa đổi quy định về quyền độc quyền sao chép đối với tác phẩm, cuộc biểu diễn hay bản ghi như định nghĩa tại khoản 10 Điều 4 của Luật SHTT năm 2005, sửa đổi năm 2009 của Việt Nam.

- Sửa đổi thời hạn bảo hộ đối với tác phẩm, cuộc biểu diễn hay bản ghi được bảo hộ bằng bản quyền hoặc quyền có liên quan giống với thời hạn bảo hộ được quy định tại Điều 27.2 của Luật SHTT Việt Nam năm 2005, sửa đổi năm 2009.

- Chuyển quy định về các ngoại lệ được nêu tại Điều 4.9.d Bản đề xuất của Hoa Kỳ từ quy phạm đóng sang quy phạm mở, từ đó cho phép các bên tham gia TPP có thể bổ sung các ngoại lệ phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội của mình.

- Chuyển quy định tại Điều 8.2 từ một quy phạm mệnh lệnh sang quy phạm tùy nghi, theo đó, sửa đổi từ "phải" thành "có thể".

Ngoài ra, Việt Nam cũng cần bổ sung một số nội dung đàm phán là:

Thứ nhất, cần có những quy định ưu đãi cho các nước đang và kém phát triển

So với chín đối tác khác cùng đàm phán trong TPP, có thể thấy Việt Nam ở vào địa vị quốc gia đang phát triển ở trình độ thấp, có thu nhập bình quân đầu người thấp nhất trong các quốc gia. Vì thế, để đảm bảo sự cân bằng về lợi ích giữa các quốc gia tham gia TPP có trình độ phát triển khác nhau, Việt Nam cần phải được hưởng những ưu đãi trong việc thực thi các quy định về SHTT nói riêng và các quy định khác của TPP nói chung. Ưu đãi này bao gồm:

- Có một khoảng thời gian chuẩn bị thích hợp: khoảng thời gian này ít nhất cũng phải từ năm năm trở lên để Việt Nam có những sự chuẩn bị kỹ lưỡng về nhiều mặt đảm bảo cho việc thực thi có hiệu quả các quy định của Luật mới.

- Có sự hỗ trợ về mặt kỹ thuật và tài chính từ các quốc gia có trình độ phát triển cao như Hoa Kỳ, Australia thông qua cơ chế hợp tác được xây dựng trong khuôn khổ nội dung của chương.

- Bổ sung một số ngoại lệ, nhất là trong vấn đề về tiếp cận thuốc và dược phẩm đối với người bệnh được bảo hộ bằng patent.

Thứ hai, bổ sung các quy định về hợp tác

Về cơ bản, các nội dung về hợp tác đã được Chi-lê nêu rất cụ thể trong Bản đề xuất của mình. Do đó, nội dung này cần phải được bổ sung vào trong bản tổng hợp các đề xuất. New Zealand cũng có đề xuất về hợp tác khi hoạch định các cơ chế hợp tác.

Thứ ba, bổ sung các quy định về tri thức truyền thống và biểu diễn văn hóa truyền thống

Việt Nam là một quốc gia giàu truyền thống văn hóa, với nhiều di sản văn hóa vật thể và phi vật thể đã được UNESCO công nhận. Do đó, việc bổ sung các quy định về tri thức truyền thống và biểu diễn văn hóa truyền thống sẽ là yếu tố quan trọng giúp Việt Nam có thể bảo vệ được chúng trước làn sóng thương mại hóa làm ảnh hưởng đến những giá trị cốt lõi mà tri thức truyền thống và biểu diễn văn hóa truyền thống mang lại. Việt Nam có thể kết hợp với New Zealand bàn thảo và cụ thể hóa hơn nữa đề xuất của New Zealand về vấn đề này.

Các đề xuất được đưa ra nói trên dựa trên cơ sở nghiên cứu các đề xuất của Hoa Kỳ, so sánh với TRIPs, với hệ thống pháp luật trong nước của Việt Nam. Do đó, có thể khẳng định nó sẽ góp phần tích cực trong việc bảo vệ lợi ích của Việt Nam nói chung, của các doanh nghiệp và cộng đồng nói riêng. Đồng thời, nhờ đó, việc thực thi các quy định của chương này tại Việt Nam cũng sẽ gặp nhiều thuận lợi hơn trong tương lai ■

PHÁP LUẬT VỀ QUẢN TRỊ TÀI CHÍNH TRONG CÔNG TY CHO THUÊ TÀI CHÍNH Ở VIỆT NAM

DOÃN HỒNG NHUNG*

1. Bản chất của quản trị công ty và quản trị tài chính trong công ty cho thuê tài chính ở Việt Nam

Quản trị công ty (corporate governance) là hệ thống được xây dựng để điều khiển và kiểm soát các doanh nghiệp. Quản trị công ty là những cơ chế, quy định thông qua đó công ty được điều hành và kiểm soát hoạt động. Cấu trúc quản trị công ty xác định quyền hạn và trách nhiệm giữa các thành viên trong công ty như Hội đồng quản trị, Giám đốc, cổ đông, Ban kiểm soát và những chủ thể khác có liên quan (Stakeholder).

Quản trị công ty quy định rõ các quy tắc và thủ tục để ra các quyết định trực tiếp tới vận hành công ty. Thông qua đó có thể ngăn chặn sự lạm dụng quyền lực và giảm thiểu rủi ro không đáng có cho công ty. Bằng cách này, quản trị công ty cũng đưa ra cơ cấu quản lý thông qua đó người ta thiết lập các mục tiêu của công ty và cả phương tiện để đạt được mục tiêu hay giám sát hiệu quả công việc[1]. Khu vực kinh tế tư nhân được đánh giá là đang có xu hướng phát triển mạnh mẽ, trở thành thị trường toàn cầu, chiếm vị trí ngày càng quan trọng trong nền kinh tế của mỗi quốc gia. Để đạt được hiệu quả trong kinh doanh, các công ty phải cố gắng có được lợi thế cạnh tranh bền vững, trong đó quản trị công ty giữ vai trò quan trọng.

Quản trị tài chính trong công ty là điều hành hoạt động tạo lập vốn, quản lý vốn và phân phối lợi nhuận trong công ty. Đối với doanh nghiệp, vốn là yếu tố đặc biệt quan trọng trong sản xuất kinh doanh. Ngoài việc sử dụng vốn tự có, khi đủ các điều kiện vay vốn, doanh nghiệp còn phải sử dụng vốn vay, trong đó có vốn vay của ngân hàng, của các tổ chức tín dụng. Trên thực tế, không phải lúc nào doanh nghiệp cũng nhận được sự hỗ trợ về vốn từ phía ngân hàng nên khi các doanh nghiệp muốn đầu tư máy móc, trang thiết bị, chuyển giao công nghệ sẽ phải huy động từ những kênh khác. Trước tình hình đó, hoạt động tín dụng thuê mua ra đời đã từng bước giải quyết những khó khăn về vốn cho các doanh nghiệp. Muốn công ty hoạt động tốt, nâng cao hiệu quả kinh doanh thì quản trị tài chính trong công ty phải tốt.

Quản trị tài chính trong công ty cho thuê tài chính (CTTC) là việc tạo lập, quản lý vốn, sử dụng vốn có hiệu quả, có chiến lược kinh doanh tốt, có cơ chế phân chia lợi nhuận phù hợp và hạn chế được rủi ro có thể

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

(1). Xem: OECD (1999, 2004), Principles of Corpo rate Governance, Paris: OECD.

xảy ra trong những quyết định kinh doanh sử dụng vốn của công ty.

Pháp luật về quản trị công ty là tập hợp các thiết chế, các quy phạm pháp luật nhằm vận hành và định hướng các hoạt động của công ty. Hệ thống quản trị điều hành phân định rõ quyền hạn, trách nhiệm của các thành viên công ty và dung hòa các xung đột tiềm ẩn, lợi ích tiềm năng.

Đồng thời, quản trị công ty sẽ hạn chế những quy định không rõ ràng hoặc không tuân thủ các quy định về công bố thông tin không minh bạch, làm ảnh hưởng đến hiệu quả hoạt động của công ty. Các bản báo cáo tài chính hoặc bản cáo bạch là sự thể hiện sự minh bạch hóa tình hình tài chính của công ty

Việt Nam đang tích cực đổi mới với mục tiêu đẩy nhanh quá trình hội nhập nền kinh tế thế giới và khu vực trong xu hướng toàn cầu hoá. Để thực hiện mục tiêu chung của đất nước, các doanh nghiệp Việt Nam có nhu cầu rất lớn trong việc đầu tư máy móc, thiết bị nhằm phục vụ cho sự nghiệp công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước. CTTC là nghiệp vụ cấp tín dụng trung và dài hạn có nhiều ưu điểm đáp ứng yêu cầu khách hàng. Chính vì vậy, chất lượng quản trị tài chính trong công ty CTTC sẽ ảnh hưởng tới sự phát triển kinh doanh của công ty nói riêng và tới nền kinh tế thị trường nói chung. Muốn phát triển kinh doanh, quy chế quản trị tài chính cần được xây dựng sao cho có thể khuyến kích người quản trị có những hoạt động sáng tạo, linh hoạt, phát triển lợi ích cho công ty. Việc thiết lập phương thức quản trị phù hợp sẽ góp phần tạo ra sự phát triển ổn định và lâu dài cho công ty. Theo quy định của pháp luật Việt Nam, CTTC được coi là hoạt động cấp tín dụng. Hoạt động cấp tín dụng dưới hình thức CTTC được quy định trong Luật các tổ chức tín dụng[2], Nghị định số 16/2001/NĐ-CP ngày 2/5/2001 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của công ty CTTC (sau đây gọi tắt là Nghị định số 16)[3].

Pháp luật về quản trị tài chính trong công ty CTTC ở Việt Nam là tổng hợp các quy phạm pháp luật điều chỉnh những quan hệ phát sinh trong hoạt động cơ cấu điều hành công ty CTTC. Quản trị tài chính trong công ty CTTC là điều hành, sử dụng và kiểm soát vốn trong công ty CTTC để bảo đảm cho việc thực thi phù hợp với lợi ích của các thành viên góp vốn, nhà đầu tư, nhân viên, khách hàng, nhà cung cấp và các cơ quan nhà nước.

2. Những nét đặc thù của pháp luật về quản trị tài chính trong công ty cho thuê tài chính ở Việt Nam

Theo Luật các tổ chức tín dụng năm 2010 và Thông tư số 06/2005/TT-NHNN của Thống đốc Ngân hàng nhà nước quy định cụ thể về cơ cấu tổ chức tại Mục III khoản 16 thì công ty CTTC được thành lập dưới ba hình thức pháp lý: Công ty CTTC cổ phần; Công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) một thành viên và Công ty TNHH hai thành viên trở lên. Theo đó với mỗi hình thức thì quản trị điều hành công ty lại có những yêu cầu nhất định theo Luật Doanh nghiệp hiện hành.

Các hoạt động CTTC của các công ty CTTC ra nước ngoài được thực hiện theo Nghị định số 16. Như vậy, công ty CTTC là tổ chức tín dụng phi ngân hàng, là pháp nhân Việt Nam. Công ty CTTC được thành lập và hoạt động tại Việt Nam dưới năm hình thức là: 1) công ty CTTC nhà nước; 2) công ty CTTC cổ phần; 3) công ty CTTC trực thuộc của tổ chức tín dụng; 4) công ty CTTC liên doanh; 5) công ty CTTC 100% vốn nước ngoài.

Riêng công ty CTTC liên doanh được

(2). Xem: Khoản 10 Điều 20 Luật các tổ chức tín dụng số 02/1997/QH10 ngày 12/12/1997 (Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật các tổ chức tín dụng số 20/2004/QH11 ngày 15/06/2004).

(3). Xem: Điều 1 Nghị định số 16/2001/NĐ-CP ngày 02/05/2001 về tổ chức và hoạt động của công ti CTTC.

thành lập bằng vốn góp giữa bên Việt Nam (gồm một hoặc nhiều tổ chức tín dụng, doanh nghiệp Việt Nam) và bên nước ngoài (gồm một hoặc nhiều tổ chức tín dụng nước ngoài) trên cơ sở hợp đồng liên doanh. Công ty CTTC 100% vốn nước ngoài được thành lập bằng vốn góp của một hoặc nhiều tổ chức tín dụng nước ngoài theo quy định của pháp luật Việt Nam.

Tại mục 2 Nghị định số 16 quy định cơ cấu tổ chức, quản trị điều hành và kiểm soát của công ty CTTC. Theo đó, việc mở chi nhánh, văn phòng đại diện trong nước, ngoài nước của công ty CTTC phải được Ngân hàng nhà nước chấp thuận bằng văn bản. Việc thành lập công ty trực thuộc có tư cách pháp nhân, hạch toán độc lập của công ty CTTC để hoạt động trên một số lĩnh vực tài chính, ngân hàng, bảo hiểm thực hiện theo quy định của Ngân hàng nhà nước. Chính việc không thể tách bạch giữa người sở hữu công ty và người điều hành cho nên quản trị công ty cũng mang những sắc thái riêng so với công ty cổ phần hoặc các doanh nghiệp nhà nước.

Về việc cấp tín dụng có thể thông qua hợp đồng cho thuê hai bên hoặc ba bên, hợp đồng đồng tài trợ([4]). Những nét đặc thù về quản trị tài chính trong công ty CTTC được thể hiện thông qua các yếu tố sau:

Thứ nhất, muốn xây dựng cơ chế tạo lập vốn, các công ty phải hoàn thiện chức năng và nhiệm vụ. Như vậy, vấn đề huy động vốn từ các khách hàng của công ty là vấn đề cần được cân nhắc, tính toán, nhất là về thời gian trả nợ. Mặc dù khách hàng không phải là thành viên của công ty nhưng sự tác động của họ đến sản xuất kinh doanh của công ty là không nhỏ. Họ cho công ty vay tiền, đến thời hạn công ty sẽ trả cho họ cả vốn và lãi.

Thời hạn mà công ty CTTC vay của tổ chức, cá nhân thường là 13 tháng (trên một năm) nhưng thời hạn hợp đồng mà công ty kí kết với khách hàng thường phải từ 3 đến 5 năm hoặc lâu hơn vì bản chất của hoạt động CTTC là tín dụng trung và dài hạn. Nếu các khoản vay của công ty đồng loạt đến hạn thanh toán trong khi các hợp đồng chưa đáo hạn thì công ty cần có nguồn tài chính để duy trì hoạt động, số vốn phải gấp 2 lần vốn tự có của công ty và có thể nhiều hơn nữa. Riêng đối với phát hành trái phiếu, chứng chỉ tiền gửi và giấy tờ có giá khác có kì hạn trên một năm để huy động vốn của tổ chức, cá nhân trong nước và ngoài nước phải được Thống đốc Ngân hàng nhà nước chấp thuận. Đây là vấn đề khó khăn về nhu cầu vốn đầu vào cho công ty để kinh doanh bởi nếu thiếu vốn sẽ hạn chế việc phát triển kinh doanh của công ty.

Thứ hai, muốn quản lý vốn có hiệu quả, việc sắp xếp, điều hành thời gian tiếp nhận vốn vay, thanh toán nợ đến hạn sẽ giúp cho hoạt động kinh doanh của công ty hiệu quả hơn, tránh hiện tượng "no dồn đói góp". Hoạt động CTTC trên lãnh thổ Việt Nam phải được thực hiện thông qua các công ty CTTC được thành lập và hoạt động tại Việt Nam([5]). Công ty CTTC là loại hình tổ chức tín dụng phi ngân hàng, được thực hiện một số hoạt động ngân hàng như nội dung kinh doanh thường xuyên, được dùng nguồn vốn tự có, vốn huy động để CTTC([6]). Chính vì vậy, việc quản lý vốn và phát triển vốn là hoạt động mang tính nghề nghiệp của công ty.

Thứ ba, để quản trị tài chính trong công ty CTTC có hiệu quả, cần chú trọng quá trình sử dụng vốn trong công ty, cụ thể:

Kiểm soát hoạt động của người nhận vốn là một trong những vấn đề được đặt lên hàng đầu. Kiểm soát hoạt động nhận vốn là

---

(4). Xem: Phạm Thị Giang Thu, Về pháp luật điều chỉnh các hoạt động tài trợ của các tổ chức tín dụng, Tạp chí luật học số 1/2005, tr. 59 - 64.

(5). Xem: Khoản 3 Điều 1 Nghị định của Chính phủ số 16/2001/NĐ-CP ngày 2/5/2001 về tổ chức và hoạt động của công ti CTTC.

(6). Xem: Điều 20, Điều 61 Luật các tổ chức tín dụng năm 1997.

công việc không thể thiếu để bảo đảm việc quản lý vốn và tài sản thuộc sở hữu của bên cho thuê. Đến hạn quy định trong hợp đồng, người thuê phải nộp tiền đầy đủ cho bên cho thuê. Nếu không nộp đúng hạn, người cho thuê có quyền chuyển số tiền thuê đó thành nợ quá hạn và áp dụng lãi phạt. Vì vậy, người quản lý trong doanh nghiệp nhận vốn (người quản lý tài sản, thiết bị trong doanh nghiệp nhận) cần phải là người có đạo đức nghề nghiệp và trình độ chuyên môn cao.

Đăng kí tài sản CTTC. Để bảo toàn vốn, bảo vệ tài sản của công ty, việc đăng kí tài sản giúp cho tài sản, thiết bị không bị thất thoát, tranh chấp và dễ quản lý đồng thời tạo tâm lý yên tâm cho khách hàng của công ty-người đã bỏ vốn đầu tư để kinh doanh. Khi tiến hành quản lý trong lĩnh vực đăng kí tài sản CTTC, Chính phủ đã quy định: Cục đăng kí giao dịch bảo đảm giúp cho Bộ trưởng Bộ Tư pháp thực hiện việc quản lý nhà nước về đăng kí tài sản CTTC. Khi tiến hành các hoạt động CTTC, các công ty CTTC cần phải quản lý chặt chẽ tài sản cho thuê. Việc quy định đăng kí tài sản CTTC với góc độ công khai hoá thông tin về giao dịch thuê tài chính đối với người thứ ba có ý nghĩa hết sức quan trọng trong việc bảo vệ quyền sở hữu của công ty CTTC. Khi tiến hành đăng kí tài sản, các quyền về tài sản của bên cho thuê được khẳng định đối với bên thuê và người thứ ba.

Đối với các tài sản cho thuê trên cơ sở hợp đồng CTTC được kí kết trước ngày Thông tư số 04/2002/TT-BTP ngày 22/2/2002 của Bộ Tư pháp có hiệu lực thi hành (8/3/2002) mà vẫn còn thời gian thực hiện thì cũng phải đăng kí theo quy định của Thông tư.

Cơ chế giám sát, kiểm tra đánh giá tình hình hoạt động của công ty. Một trong những yếu tố quan trọng, xuyên suốt hoạt động của công ty là thông tin. Các thông tin phải đảm bảo công khai, minh bạch, chính xác, khách quan. Thông tin cần phải được cung cấp cho khách hàng chính xác, nhanh chóng, thường xuyên, chân thực và hiệu quả. Thông tin có thể tiếp nhận bằng hai kênh chính là công bố công khai của công ty hoặc/và thông tin qua các phương tiện thông tin đại chúng (phát thanh, truyền hình, báo chí, internet...).

Theo kênh thứ nhất, tất cả những thông tin có liên quan đến vấn đề quản trị vốn của công ty phải được công bố một cách kịp thời và chính xác. Chức năng của kiểm toán chuyên ngành và kiểm toán nội bộ phải được hoạt động nhịp nhàng, chính xác. Những thông tin đưa ra cần phải phản ánh đúng tình trạng tài chính của công ty, đảm bảo tiêu chuẩn về chất lượng các thông tin được đưa ra theo đúng quy tắc nghề nghiệp.

Các kiểm toán cần phải tự chủ, độc lập và không chịu ảnh hưởng bởi các mối quan hệ khác với công ty.

Theo kênh thứ hai, thông tin trên các phương tiện thông tin đại chúng là các thông tin có tác động mạnh mẽ, nhanh chóng, hiệu quả nhất với toàn dân. Khách hàng của công ty tuy không đóng vai trò điều hành, quản lý công ty nhưng sự chi phối của họ đối với hoạt động của công ty là vô cùng to lớn. Những thông tin không chính xác về tình hình hoạt động của công ty sẽ ảnh hưởng đến lưu lượng khách hàng, khả năng kinh doanh, uy tín của công ty, vốn quay vòng... Thông qua nắm bắt thông tin, xử lý thông tin, các cơ quan chức năng biết đến những thiếu sót, khó khăn để kiểm tra, xử lý, chấn chỉnh kịp thời những sai phạm, đưa ra những biện pháp khắc phục khó khăn... Kênh thông tin truyền thông chính là phương tiện đắc lực để có thể tăng hiệu quả quản trị kinh doanh, quản lý vốn, hạn chế được những rủi ro xảy ra đối với nguồn vốn đưa vào sản xuất kinh doanh. Bên cạnh đó nó làm tăng tính minh bạch, đảm bảo quyền lợi của các bên có liên quan đến hoạt động thuê mua ở Việt Nam.

Nghĩa vụ bảo trì tài sản, thiết bị. Trong công ty CTTC ở Việt Nam hiện nay, chế độ bảo trì thuộc về khách hàng và được nhà

cung cấp hỗ trợ kĩ thuật. Trung bình khoảng 3 tháng một lần, máy móc, thiết bị được bảo hành, bảo dưỡng tuân thủ theo các quy định, quy tắc sử dụng tài sản được nhà sản xuất quy định. Nội dung này đã được các bên thoả thuận trong hợp đồng. Chế độ thông tin, báo cáo, thống kê: Các báo cáo của công ty CTTC phải được thể hiện bằng tiếng Việt và số tiền thanh toán bằng đồng Việt Nam. Công ty CTTC phải thực hiện chế độ thông tin, báo cáo, thống kê theo quy định hiện hành và hướng dẫn của Ngân hàng nhà nước, thông thường là hàng năm.

Kiểm tra, giám sát, thu hồi tài sản thuê: Công ty có trách nhiệm kiểm tra, giám sát quá trình sử dụng tài sản thuê của doanh nghiệp trong suốt thời hạn thuê. Mọi vi phạm trong quá trình sử dụng tài sản thuê phải được xử lý theo quy định của pháp luật. Tài sản cho thuê được thu hồi theo quy định tại khoản 1 Điều 28 Nghị định số 16, nếu tài sản thu hồi là tài sản nhập khẩu của nước ngoài thì khi xuất khẩu không phải nộp thuế xuất khẩu. Trong trường hợp quyền sở hữu tài sản cho thuê được chuyển cho bên thuê khi kết thúc thời hạn thuê thông qua việc nhượng bán tài sản cho thuê, bên thuê không phải nộp thuế trước bạ.

Trong hoạt động của công ty CTTC hiện thời, nhân viên khai thác thị trường tiếp xúc với khách hàng. Tại các phòng kinh doanh của công ty, các nhân viên theo dõi hợp đồng sẽ chính là người quản lý hợp đồng, quản lý số vốn mà doanh nghiệp đã cho thuê. Họ sẽ là người quản lý từ khi doanh nghiệp kí kết hợp đồng đến khi thanh lý hợp đồng. Họ có trách nhiệm quản lý, kiểm tra, giám sát tài sản, chịu trách nhiệm báo cáo những vấn đề phát sinh trong quá trình nhận vốn cho thuê đến khi thanh lý xong hợp đồng, chuyển sở hữu xong tài sản.

3. Một số hạn chế, bất cập của pháp luật về quản trị tài chính trong công ty cho thuê tài chính ở Việt Nam.

Như đã phân tích về những nét đặc thù riêng của pháp luật điều chỉnh hoạt động quản trị công ty CTTC cho thuê thì tại Điều 32 khoản 1,2 Luật các tổ chức tín dụng năm 2010 quy định về cơ cấu quản lý tổ chức tín dụng cụ thể như sau:

"1. Cơ cấu tổ chức quản lý của tổ chức tín dụng được thành lập dưới hình thức công ty cổ phần bao gồm Đại hội đồng cổ đông. Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc); 2. Cơ cấu tổ chức quản lý của tổ chức tín dụng được thành lập dưới hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên bao gồm Hội đồng thành viên, Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc)". Như vậy, theo quy định này, cơ cấu quản trị điều hành công ty CTTC trách nhiệm hữu hạn một thành viên và hai thành viên trở lên là giống nhau. Cơ cấu đều bao gồm Hội đồng thành viên, Ban kiểm soát, Tổng giám đốc (Giám đốc). Riêng công ty CTTC cổ phần thì bổ sung thêm Đại hội đồng cổ đông thay cho Hội đồng thành viên hai loại hình kể trên và Hội đồng quản trị. Chúng ta nhận thấy cơ cấu quản trị điều hành ở công ty TNHH được quy định trong Luật các tổ chức tín dụng năm 2010 có điểm chưa tương đồng với quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005. Trong Luật Doanh nghiệp năm 2005 quy định trong công ty TNHH một thành viên không cần có Hội đồng thành viên và Ban kiểm soát. Theo Điều 3 khoản 3 điểm a của Nghị định số 102/2010/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Doanh nghiệp năm 2005 thì cơ cấu quản trị điều hành của tổ chức tín dụng lại được áp dụng theo Luật các tổ chức tín dụng năm 2010.

Qua quá trình thực tiễn làm việc và nghiên cứu cơ chế điều hành, quản lý của công ty CTTC, chúng tôi nhận thấy nhiều công ty thuộc Ngân hàng thương mại có Chủ tịch Hội đồng quản trị đồng thời là lãnh đạo "Ngân hàng mẹ"- Việc kiêm nhiệm như vậy thiếu sự giám sát chặt chẽ để dung hòa lợi ích. Việc kiêm nhiệm này rất dễ tạo ra những

giao dịch tư lợi, thiếu minh bạch và có thể dẫn đến nhiều hậu quả vi phạm pháp luật. Đơn cử một vụ việc xảy ra năm 2011, trong lĩnh vực CTTC, Công ty CTTC II (ALC II), thuộc Ngân hàng nông nghiệp và phát triển nông thôn Việt Nam - Agribank không thực hiện thẩm định hồ sơ trước khi cho thuê. Họ đã không kiểm tra chất lượng tài sản và xác định giá thiếu cẩn trọng. Trong quá trình đầu tư tài sản cho thuê, Công ty CTTC này đã có sai phạm như: mua tài sản không thuộc sở hữu của bên bán, xác định giá mua bán tài sản không có cơ sở, có dấu hiệu bất thường trong việc xác định giá mua tài sản (ví dụ như hồ sơ cho thuê xe cẩu của công ty TNHN xây dựng và thương mại Quang Vinh). Ngân hàng đã không quản lý chặt chẽ tiền giải ngân, cố ý để bên thuê chiếm dụng số tiền lớn, đơn cử như vụ đầu tư vào 5 tàu biển từ năm 2008 đến năm 2009 trị giá 451 tỉ đồng đã giải ngân hết trong khi khách hàng chưa có tàu bàn giao. Bên cạnh đó, chưa kể đến việc ALC II còn rất mạnh tay trong huy động vốn với mức huy động vượt trần lãi suất, thậm chí thoát ra khỏi hạn mức bảo lãnh của Agribank... Hệ lụy của hoạt động quản trị tài chính kém hiệu quả là một trong những nguyên nhân dẫn đến nhiều sai phạm, năm 2009 ALC II lỗ tới 3.004 tỉ đồng (gấp 8,5 lần vốn điều lệ), đưa công ty đến bờ vực phá sản và làm thất thoát số tiền của Nhà nước lên tới 4.617 tỉ đồng, tỉ lệ nợ xấu ở mức cao bằng 60,4% tổng dư nợ, tổng nợ phải trả lớn hơn tổng tài sản là 2.573 tỉ đồng, mất khả năng thanh khoản trầm trọng vào quý IV năm 2009 là 1.763 tỉ đồng và đến cuối năm 2010, ước tính mất khả năng thanh khoản ở mức hơn 6.600 tỉ đồng và có thể còn cao hơn thế nếu không có biện pháp thu hồi nợ tích cực. Ban kiểm soát đã hoạt động chưa hết chức năng của mình nên rủi ro xảy ra là điều khó tránh khỏi trong quá trình kinh doanh.

4. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả quản trị tài chính trong công ty cho thuê tài chính ở Việt Nam

Pháp luật cần có quy định rõ ràng, chặt chẽ về việc bổ nhiệm Chủ tịch Hội đồng quản trị. Chủ tịch Hội đồng quản trị không được trực tiếp là lãnh đạo ngân hàng mẹ. Đây là quy định nhằm tạo ra sự độc lập tương đối giữa "ngân hàng mẹ" và công ty CTTC. Pháp luật cần sửa đổi quy định trên mới có thể bảo vệ quyền tự chủ, tự quyết định của công ty CTTC.

Trong thời gian tới, để khuyến khích hoạt động CTTC phát triển rộng khắp, chúng ta cần có các giải pháp vĩ mô trên phương diện quản lý nhà nước. Với xu thế phát triển của nền kinh tế Việt Nam hiện nay, chắc chắn trong những năm tới, nhu cầu về đổi mới trang thiết bị máy móc ngày càng cao, hoạt động CTTC sẽ là lĩnh vực đầy tiềm năng. Chính vì vậy, ngân hàng và tổ chức tín dụng Việt Nam trong đó có công ty CTTC phải chuẩn bị cho một cuộc cạnh tranh gay gắt.

Dưới đây là một số kiến nghị, giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả quản trị tài chính trong công ty CTTC ở Việt Nam:

Một là đảm bảo tính thống nhất cao trong các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh hoạt động cho thuê. Pháp luật cần nâng vốn pháp định của công ty CTTC từ 150 tỷ VNĐ lên 500 tỷ VNĐ cho phù hợp với Nghị định số 10/2011/NĐ-CP sửa đổi bổ sung Nghị định số 141/2006/NĐ-CP của Chính phủ ban hành về vốn pháp định của các tổ chức tín dụng .

Cần bổ sung các ưu đãi về thuế, về đối tượng thuê tài sản và phương thức thanh toán ngoại hối. Bởi lẽ bên đi thuê chỉ thanh toán số tiền thuê với công ty CTTC bằng tiền Việt Nam nhưng việc mua máy móc, thiết bị nhập khẩu lại phải thanh toán bằng ngoại tệ. Đây chính là giải pháp đảm bảo cạnh tranh bình đẳng, lành mạnh giữa các công ty, ngân hàng thương mại, các tổ chức tín dụng trong và ngoài nước. Tăng cường tuyên truyền giới thiệu hoạt động CTTC cho các đối tượng kinh doanh.

(Xem tiếp trang 59)

XỬ PHẠT HÀNH CHÍNH TRONG PHÁP LUẬT CỘNG HÒA PHÁP

NGUYỄN HOÀNG ANH*

1. Chủ thể và lĩnh vực xử phạt hành chính

Ở Pháp có rất nhiều chủ thể có thẩm quyền xử phạt hành chính (XPHC): Ủy ban Chứng khoán có quyền phạt tiền đối với hành vi làm sai lệch thị trường, trao đặc quyền cho một ai đó những quyền lợi không được quy định v.v.. Ủy ban kiểm tra bảo hiểm cũng như vậy: các doanh nghiệp bảo hiểm trước khi hoạt động phải được cấp giấy phép. Nếu doanh nghiệp không chấp hành các điều kiện đã đăng ký để được cấp phép thì sẽ chịu trừng phạt. Ủy ban kiểm tra bảo hiểm có quyền áp dụng nhiều biện pháp xử phạt: phạt tiền, khiển trách, đình chỉ một phần hay toàn bộ hợp đồng - những chế tài tương thích với các quy tắc đã được thông qua.

Ngoài ra các cơ quan nửa tư pháp - hành chính cũng có quyền xử phạt. Đó là các hội nghề nghiệp, các tổ chức kiểm tra các giáo viên trường công. Ví dụ: Các Tòa tài chính có quyền phạt tiền các kế toán công khi không xuất trình được những văn bản lý giải hoạt động của mình.

Trong lĩnh vực giao thông đường bộ: Tỉnh trưởng có quyền rút các điểm số trên giấy phép lái xe nếu tài xế vi phạm các lỗi được quy định tại Điều R266 của Bộ luật Giao thông đường bộ. Tuy nhiên, cơ quan hành chính (CQHC) chỉ có thể xử phạt trong giới hạn quyền cấp phép của chính mình. CQHC không thể áp dụng một chế tài tước đoạt tự do cá nhân, cũng không được phạt tiền, chỉ có thẩm phán tư pháp mới có thẩm quyền như vậy. Mặt khác, thẩm phán hình sự cũng có thể tuyên những biện pháp cấm đoán về nghề nghiệp hoặc các chế tài khác. Và cũng chỉ duy nhất họ có quyền tuyên bố các biện pháp tước đoạt tự do cá nhân hoặc các chế tài phạt tiền. Hội đồng bảo hiến đã khẳng định nguyên tắc này thông qua án lệ, cho rằng việc rút các điểm số trên giấy phép không ảnh hưởng đến tự do cá nhân cũng như tự do đi lại (CC16/7/1999, Đạo luật về những biện pháp đảm bảo an ninh đường bộ và các vi phạm liên quan đến các đại lý khai thác hệ thống giao thông lữ hành công cộng, AJDA 1999, tr. 694 và 736). Củng cố và phát triển hơn nữa quan điểm này, Tòa án châu

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

Âu đã xếp những vi phạm giao thông đường bộ vào "lĩnh vực hình sự" căn cứ vào Điều 6 Công ước và bày tỏ quan điểm rằng, việc CQHC ở Đức có thể phạt tiền nặng đối với các hành vi vi phạm trong giao thông đường bộ là điều không được chấp nhận[1].

Trong lĩnh vực cấp phép: CQHC nào có quyền cấp phép thì cũng có quyền tước giấy phép nếu có những vi phạm kỷ luật (quy tắc sử dụng giấy phép), ngay cả khi không có văn bản nào quy định quyền này. Cụ thể: "xuất phát từ nội dung chấp nhận, cơ quan cấp giấy phép có quyền tước giấy phép của chủ sử dụng đã không tuân thủ đầy đủ những điều kiện được cấp phép"[2].

Các lĩnh vực khác: Các hội nghề cũng được áp dụng các chế tài, có thể đặt ra các quy tắc kỷ luật và sử dụng các biện pháp cưỡng chế áp dụng cho các thành viên - những biện pháp này được kiểm soát chặt chẽ bởi các CQHC. Ví dụ: hội nghề nghiệp trong các hoạt động bổ trợ tư pháp, hội hành nghề bác sĩ ; dược sĩ, hộ lý, thú y, kế toán v.v..

2. Các ưu và nhược điểm của phạt hành chính so với xử lý hình sự

Có một sự lựa chọn giữa cơ chế hành chính (CTHC) và hình sự, trừ trường hợp những chế tài tước đoạt tự do cá nhân.

CTHC so với hình sự, có một số ưu thế hơn:

Về tính thực dụng: Phạt hành chính cho phép áp dụng nhanh, ngay tức khắc, bởi thủ tục hành chính không cần triệu tập thẩm phán, thời hạn và tuân theo một thủ tục đơn giản hơn nhiều so với thủ tục hình sự. Điều này cho phép xử lý số lượng lớn các VPHC, ví dụ trong lĩnh vực thuế quan (khoảng 2.000.000 hình phạt mỗi năm). Do đó khó hiện thực nếu kiến nghị áp dụng thủ tục hình sự cho tất cả các vi phạm này.

Phạt hành chính ít "nặng nề" hơn so với hình sự: Các biện pháp trừng phạt hành chính khá kín đáo, có vẻ như chúng được chấp nhận dễ dàng hơn. Hơn nữa chúng rất phù hợp trong việc bắt lỗi những vi phạm về kỹ thuật mà CQHC nắm rõ (hơn cả thẩm phán), hoặc trong trường hợp là vi phạm kỷ luật. Và cuối cùng, chúng tỏ ra rất phù hợp trong một số lĩnh vực kinh tế, văn hóa - mà mục đích chính là điều chỉnh các cách xử sự (chứng khoán, cạnh tranh, quản lý các phương tiện nghe nhìn).

Đôi khi CTHC tỏ ra hiệu quả hơn: ví dụ trong hành vi kinh doanh gian lận, phạt tiền và án treo không đáng sợ bằng đóng cửa, đình chỉ kinh doanh[3].

Những biện pháp này có thể được tuyên trong tố tụng hình sự như là các biện pháp phạt bổ sung, tuy nhiên vẫn còn những cản trở của thủ tục tố tụng hình sự: sự chậm trễ, cần có những biện pháp điều tra lâu dài, chắc chắn, các luật sư khôn khéo có thể tìm được cách để làm chậm lại hay trì hoãn quá trình điều tra; nguyên tắc pháp chế trong hình sự - nếu được phiên dịch chặt, đôi khi không tương thích với sự đa dạng phong phú và khó lường của các hành vi vi phạm như lưu manh, các đối tượng lêu lổng; nguyên tắc suy đoán vô tội trong luật hình sự có nguy cơ bỏ lọt các thủ phạm trong lĩnh vực kinh tế và thực hành nghề. Hơn nữa, CTHC có thể áp dụng cho các pháp nhân bởi các lợi ích như tránh quá tải các tòa hình sự.

Tuy nhiên với xu hướng pháp chế tăng cường hiện nay, tính đơn giản, nhanh chóng của phạt hành chính không còn là các ưu thế nổi trội; hiệu quả của XPHC phải được cân

1 *Theo Michel DEGOFFE, Luật về các chế tài phi hình sự, NXB Economica, Paris 2000, tr. 60.*

2 *CE 23/5/1997, Công ty Amerique Europe, RFDA 1997, tr. 880.*

3 *LA SANCTION EN MATIERE ADMINISTRATIVE DANS LE DROIT FRANÇAIS, sđd.*

nhắc với việc tôn trọng và bảo vệ các quyền tự do cá nhân.

Ngược lại, chế tài hình sự có những thế mạnh. Sự lựa chọn biện pháp hình sự được giải thích bởi chúng cho phép trừng trị mạnh mẽ và bởi tính công khai của chúng. Đối với những chế tài hình sự nhẹ, cho phép đưa ra những phương cách phong phú đáp ứng tính đa dạng của mục đích và hiệu quả cưỡng chế: đưa ra các hình phạt bổ sung (mà hành chính không đủ năng lực thực hiện như đóng cửa các cơ sở sản xuất kinh doanh hay công ích; tịch thu tài sản, buộc khôi phục nguyên trạng v.v..).

3. Thẩm quyền quy định về xử phạt hành chính

Phân biệt quyền quy định chế tài hình sự và hành chính

- Về quy định các biện pháp hình sự: Hiến pháp (Điều 34, 36, Lời nói đầu) và Điều 7, 8, 9 của Tuyên ngôn về quyền con người và quyền công dân.

Tuyên ngôn nhân quyền quy định tại Điều 7: "Không ai có thể bị phạt giam ngoài những trường hợp được quy định trong luật". Điều 8 văn bản này quy định: "các đạo luật chỉ có thể quy định những hình phạt thật sự và hiển nhiên cần thiết, không ai có thể bị trừng phạt ngoài những căn cứ quy định bởi một đạo luật đã được thông qua, công bố và áp dụng trước khi xảy ra hành vi vi phạm đó".

Điều 34 của Hiến pháp: Luật sẽ quy định về các trọng tội và các tội phạm, hình phạt áp dụng cho chúng cũng như quy trình tố tụng hình sự. Có thể nói, thẩm quyền hiến định trong lĩnh vực này được trao cho các thẩm phán hình sự. Cũng như vậy, Điều 66 Hiến pháp trao cho thẩm phán dân sự vai trò bảo vệ các tự do cá nhân.

Do vậy, Hội đồng bảo hiến đã rút ra nguyên tắc rằng, chỉ có các thẩm phán tư pháp và thẩm phán hình sự mới có thể tuyên bố các biện pháp có tính tước đoạt tự do cá nhân. Nhưng đối với các hình phạt khác (không phải là hình phạt tù giam, ví dụ như phạt tiền, các chế tài cấm đoán v.v..) thì Hiến pháp và các văn bản có giá trị tương đương giữ im lặng. Có thể nói, chẳng có cơ sở nào trong Hiến pháp khẳng định rằng, chỉ có các thẩm phán hình sự mới có quyền tuyên bố các biện pháp này.

Tuy nhiên trên thực tế, có một quá trình phát triển:

+ Trước 1958, chỉ có lập pháp mới được quy định về vi phạm hình sự, hình phạt và thủ tục xét xử hình sự. Tuy nhiên, có một phần gánh nặng được chia sẻ cho hành chính: đó là quy định về các vi phạm. Ví dụ như đạo luật ngày 01/8/1905 về các hành vi gian lận thương mại: Đạo luật này chỉ quy định về các hình phạt và quá trình tố tụng, còn nội dung lại hoàn toàn để cho các quy định hành chính áp dụng.

+ Hiến pháp ngày 4/8/1958 mang đến sự phân biệt cơ bản: những vi phạm được coi là trọng tội (crimes ou délits) thuộc thẩm quyền tuyệt đối của lập pháp; những vi phạm vi cảnh (có nghĩa là các vi phạm mà tương ứng với nó là biện pháp phạt tù dưới 2 tháng hoặc một khoản tiền phạt dưới 2000 fr) thì được quy định bởi quyền lập quy.

Như vậy có sự mở rộng cho quyền lập quy trong lĩnh vực này. Tuy nhiên sự mở rộng này bị giới hạn bởi:

Thứ nhất, Hội đồng nhà nước và Hội đồng bảo hiến sau đó đã đặt ra nguyên tắc, thẩm quyền của lập pháp trong quy định về tội phạm là trọn vẹn và tuyệt đối, có nghĩa là sẽ mở rộng đến cả việc định nghĩa về hành vi vi phạm. Như vậy, cơ chế kiểu như Đạo luật 1/8/1905 không thể được áp dụng hiện nay. Án lệ cho rằng những quy định đã có trước 1958 vẫn còn giá trị.

Thứ hai, tố tụng hình sự thuộc thẩm quyền của nhà lập pháp, điều đó chứng tỏ rằng phải là một đạo luật để quy định về tố tụng, ví dụ như về cơ quan nào có thẩm quyền lập biên bản vi phạm, cho dù vi phạm đó phải chịu hình phạt thế nào đi nữa.

Tuy nhiên các giới hạn này cũng chỉ dẫn đến việc giảm bớt đi rất ít các thẩm quyền lập quy trong lĩnh vực này. Thực ra, các quy tắc trên chỉ được viện dẫn khi mà người ta không hài lòng với các chế tài vi cảnh trước, hay muốn cách tân quy trình tố tụng mà thôi.

Các văn bản pháp quy cũng có điều chỉnh luật hình sự. Điều 112-2 của Bộ luật Hình sự đã đưa ra ranh giới giữa văn bản pháp luật và pháp quy: "luật quy định về các tội phạm (trọng tội và tội phạm thường) và các hình phạt áp dụng cho chủ thể đã thực hiện hành vi phạm tội. Các văn bản pháp quy quy định về các vi phạm và đặt ra, trong giới hạn và sự phân biệt ấn định bởi các đạo luật, những hình phạt áp dụng đối với người vi phạm".

- Như vậy có mấy kết luận rút ra:

+ Chỉ có nhà lập pháp mới có quyền quy định các chủng loại của vi phạm. Quyền lập quy chỉ thực hiện được trong khuôn khổ các quy định chung của lập pháp, cụ thể: là lập pháp đưa ra định nghĩa chung về vi phạm và các chế độ đặc thù cho chúng. Các hình phạt áp dụng phải được quy định trong phần lập pháp của Bộ luật Hình sự. Các phần (lập pháp) khác của bộ luật hình sự quy định về các yếu tố của các vi phạm, ví dụ: đồng phạm, trợ giúp thực hiện vi phạm.

+ Việc quy định các VPHC và các chế tài phạt của chúng thuộc lĩnh vực pháp quy, với điều kiện là các chế tài đó không dẫn đến việc tước đoạt tự do cá nhân (Hội đồng bảo hiến, Quyết định số 73-80L ngày 23/11/1973). Các văn bản pháp luật hiện hành cũng bãi bỏ quy định trong bộ luật hình sự cũ về việc áp dụng phạt giam trong VPHC.

Hội đồng bảo hiến thừa nhận rằng: "không có một nguyên tắc giá trị hiến pháp nào ngăn cấm các CQHC, xử sự trong khuôn khổ các đặc quyền công, có thể thực hiện quyền xử phạt". Tuy nhiên phải có điều kiện là: "một mặt, những chế tài đó phải loại trừ tất cả những sự tước đoạt tự do cá nhân, mặt khác việc thực hiện quyền xử phạt phải nhằm mục đích bảo vệ các quyền và tự do cơ bản được hiến pháp bảo vệ" (Quyết định số 89-260 DC ngày 28/7/1989).

Tòa án nhân quyền châu Âu cũng thừa nhận giá trị của trình tự phạt hành chính - phù hợp với Công ước châu Âu về bảo vệ các quyền con người và các tự do cơ bản - nhưng kêu gọi phải tôn trọng các quy định tại Điều 6 Công ước này.

Án lệ và học thuyết pháp lý ở Pháp cũng cho rằng nếu có quy định mới về một CTHC, chế độ pháp lý của CTHC phải tiếp cận gần với chế tài hình sự.

Ở Pháp có 51 bộ luật điều chỉnh về CTHC trong từng lĩnh vực, mà không có Luật chung về XPHC.

Vài nét về quyền lập quy trong lĩnh vực xử phạt hành chính của Pháp

Văn bản pháp quy trong lĩnh vực hành chính cần thiết phải là một Nghị định. Theo Điều 610-1 của Bộ luật Hình sự: nghị định quy định về một VPHC cần phải được thông qua tại Hội đồng Bộ trưởng. Ngoài ra nhà lập pháp cũng thường xuyên ủy nhiệm cho Hội đồng Bộ trưởng quy định về các biện pháp cụ thể để thực thi một biện pháp của luật hình sự.

Theo nguyên tắc pháp chế: các VPHC và các chế tài phải được quy định trong các văn bản pháp luật, tuy nhiên cũng không nhất thiết phải luôn là một đạo luật. Trong

vụ kiện ngày 7/7/2004, Hội đồng Nhà nước đã khẳng định rằng nếu các văn bản pháp quy có quyền ấn định về các quy tắc để thực thi một nghề nghiệp, thì cũng có thể dự trù các CTHC tương ứng với mục tiêu, bản chất của các quy định đó. CE, Ass., 7 juillet 2004, ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M. Benkerrou).

+ Nếu như về nguyên tắc các đạo luật quy định về vi phạm hình sự, thì trên thực tế luôn có khả năng - theo sự ủy quyền của lập pháp hay pháp quy - một văn bản thấp hơn sẽ quy định về các vi phạm phi hình sự. Các đạo luật chỉ giới hạn trong việc đặt ra các khuôn khổ chung của cưỡng chế và các hình phạt áp dụng, nhưng nhường cho pháp quy việc chăm lo cụ thể hóa phạm vi áp dụng và các yếu tố cấu thành của VPHC. Ví dụ điển hình là Điều 321-7 của Bộ luật Hình sự trao cho Hội đồng Bộ trưởng quy định về các điều kiện để hành vi không đăng ký khi bán các đồ vật đã qua sử dụng.

+ Cuối cùng theo Điều 610-5 của Bộ luật Hình sự: vi phạm các điều cấm hay không thực hiện các nghĩa vụ ấn định tại nghị định, sắc lệnh cảnh sát sẽ bị trừng trị bằng việc phạt tiền (áp dụng cho các VPHC nhóm1).

+ Chỉ có nhà lập pháp mới quy định về các cơ quan và nhân viên có quyền trong điều tra và xác minh các vi phạm hình sự (Án lệ CE 30/12/2003 Hiệp hội quốc gia về các vấn đề xã hội).

Đáng lưu ý rằng không có một đạo luật hay một văn bản nào riêng rẽ dành cho việc quy định về XPHC ở Pháp. XPHC trong từng lĩnh vực sẽ được quy định tại các văn bản pháp luật chuyên ngành. Có trường hợp trong một văn bản bao gồm cả các quy định về phạt hành chính và phạt hình sự, ví dụ trong lĩnh vực bảo vệ môi trường, cả hai chế tài này được quy định tại Bộ luật Môi trường (Phần Lập pháp, Quyển 5, phần thứ nhất, chương 4, mục 1: kiểm tra và XPHC ; mục 2 : các điều khoản hình sự). Hoặc trong lĩnh vực truyền thông nghe nhìn : Đạo luật số 86-1067 ngày 30/9/1986 quy định về các CTHC (từ điều 42-1 đến 42-15 ; 48-1 đến 48-10) và các chế tài hình sự: (từ điều 74 đến điều 79-6); CTHC trong lĩnh vực cạnh tranh được quy định tại Bộ luật Thương mại (Điều L464-2 trở đi); trong lĩnh vực giao thông đường bộ, các quy định về rút giấy phép và trừ điểm được quy định tại Điều L.223-1 và các điều sau đó của Bộ luật Giao thông đường bộ.

4. Các nguyên tắc trong xử phạt hành chính

Các nguyên tắc trong XPHC ở Pháp chủ yếu do các thẩm phán hành chính xây dựng nên thông qua hệ thống án lệ. Có thể chia làm hai nhóm nguyên tắc: các nguyên tắc về nội dung và các nguyên tắc về thủ tục xử phạt.

4.1 Các nguyên tắc về nội dung

Trong phạt hành chính, các nguyên tắc này giống y hệt các nguyên tắc trong phạt hình sự. Cụ thể đó là các nguyên tắc sau:

- Nguyên tắc về tính hợp pháp (của việc quy định vi phạm và hình phạt). Nguyên tắc này có nguồn gốc từ Điều 8 Tuyên ngôn về quyền con người và quyền công dân. Theo cách diễn dịch của Hội đồng bảo hiến thì nguyên tắc này có hệ quả là "nhà lập pháp bắt buộc phải quy định về vi phạm một cách rõ ràng và chính xác nhất để tránh những sự mập mờ" (décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, loi sécurité et liberté). Trong lĩnh vực hình sự, dựa vào nguyên tắc này, Hội đồng bảo hiến có thể kiểm duyệt các quy định về tội phạm một cách thiếu rõ ràng hoặc còn mập mờ. Trên thực tế thì Hội đồng đã kiểm duyệt - không thông qua một điều khoản do việc chưa định nghĩa rõ ràng về người có thể bị trừng phạt (décision n°

84-183 DC du 18 janvier 1985) ; và những điều khoản không định nghĩa được rõ ràng về các yếu tố cấu thành tội phạm (décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000).

Trong trường hợp kiểm tra sau, các thẩm phán có thể quyết định không áp dụng một quy định thiếu rõ ràng. Ví dụ Tòa phá án đã cho rằng không thể coi là cơ sở pháp lý cho việc truy cứu trách nhiệm hình sự - Điều 1 của Nghị định ngày 28/7/1988 bởi lẽ điều này quy định chung chung về "các vi phạm những điều khoản trong các quyết định cụ thể hóa Khoản L. 162-38 của Bộ luật về an ninh xã hội (Crim. 30 novembre 1992).

- Nguyên tắc về tính cần thiết và sự tương thích của chế tài so với vi phạm: CTHC chỉ được sử dụng trong trường hợp thực sự cần thiết cho việc trừng trị vi phạm; và nếu không còn một biện pháp hành chính nào có thể áp dụng được. Cả khi được áp dụng thì các chế tài cũng phải tương xứng với vi phạm: tránh các trường hợp áp dụng chế tìa quá nặng cho một lỗi vi phạm thông thường. Việc đánh giá tính cần thiết và tính tương xứng của CTHC đôi khi dễ làm các thẩm phán hành chính lấn sân sang mảnh đất "tự quyết" của CQHC, do việc khó phân biệt ranh giới giữa tính hợp pháp và tính hợp lý.

- Nguyên tắc cá thể hóa hình phạt: "nul n'est punissable que de son propre fait", tuy nhiên nguyên tắc này cũng không loại trừ việc XPHC đối với một tổ chức;

- Nguyên tắc cấm hồi tố đối với các hình phạt nặng hơn, và ngược lại, cho phép hồi tố đối với các hình phạt nhẹ hơn.

4.2. Các nguyên tắc về thủ tục

Theo luật Pháp: Các quy tắc về thủ tục nhìn chung có sự tiếp cận với chế độ của chế tài hình sự (ví dụ phải tuân thủ các nguyên tắc: Tôn trọng quyền của đương sự; Phải nêu lý do cho quyết định xử phạt ; thủ tục đối kháng v.v..) ngoài ra cũng có vài đặc điểm riêng, ví dụ thủ tục hành chính có đặc thù là không cần sự can thiệp của thẩm phán, trừ khi đó là yêu cầu của người bị phạt. Tuy nhiên cũng có thủ tục trong đó biện pháp phạt hành chính được tuyên bởi một cơ quan có tính tư pháp, ví dụ: các chế tài kỷ luật đưa ra bởi các hội nghề nghiệp mà Hội đồng nhà nước sẽ là cơ quan xử lại cuối cùng. Ở đây là thủ tục nửa tư pháp nửa hành chính. Trong trường hợp thông thường còn lại, khi các biện pháp phạt hành chính được đưa ra bởi các CQHC thì các quyết định này luôn có thể bị kiện ra tòa án.

Án lệ của Pháp đã xây dựng hệ thống đồ sộ các quy tắc để đánh giá một quyết định XPHC là hợp pháp, ví dụ: Thẩm quyền của cơ quan xử phạt: thông thường cơ quan nào bổ nhiệm thì mới có quyền áp dụng các chế tài kỷ luật. Hoặc các quy định về thủ tục phải rất coi trọng: không thể có một chế tài nào được áp dụng nếu như người bị hại không có bất cứ biện pháp nào để bảo vệ quyền lợi của mình. Ví dụ họ phải được trao đổi về việc xử phạt: qua thư từ khiển trách hay trực tiếp, trong thời hạn hợp lý kể từ khi được trao đổi cho tới khi quyết định xử phạt được ban hành, thời hạn này thay đổi tùy lĩnh vực nhưng không được ít hơn 24h (thông thường thời hạn 15 ngày là được coi là hợp lý); họ phải được tiếp cận hồ sơ xử phạt (tiếp cận toàn bộ, đầy đủ);

Các quy tắc thủ tục khác cũng nhất thiết phải được coi trọng: ví dụ một quyết định xử phạt phải được tham vấn thì quy trình tham vấn đó phải diễn ra đúng hạn, số người tham vấn và tư cách của họ phải đúng luật định, tổ chức tham vấn phải hợp pháp và tất cả các thành viên đều phải được triệu tập, ý kiến tham vấn phải thông qua dưới dạng biểu quyết v.v.. Một quy định đặc biệt quan trọng của thủ tục phạt hành chính, đó là phải cho đương sự quyền tự bảo vệ, quyết định hành chính phải nêu lý do, căn cứ.

5. Kiểm soát các quyết định xử phạt hành chính

Có hai con đường để kiểm soát các quyết định XPHC: theo con đường hành chính và con đường tư pháp. Trong con đường hành chính có khiếu nại lần đầu và khiếu nại đến cơ quan cấp trên của cơ quan xử phạt. Khiếu nại lần đầu có thể dẫn đến việc hủy chế tài. Cũng như vậy, khiếu nại đến cấp trên có thể cho phép khôi phục lại các quyền của đương sự.

Ngoài con đường hành chính thì ở Pháp, mọi quyết định XPHC đều có thể được khởi kiện lên Tòa hành chính và giải quyết thông qua con đường tư pháp. Tòa hành chính Pháp rất nổi tiếng với thẩm quyền xét xử rộng và quyền giải thích pháp luật cũng rộng rãi của thẩm phán, theo hướng tăng cường sự kiểm soát trước nguy cơ lạm quyền của CQHC trong lĩnh vực này.

Tóm lại, có thể rút ra một số nhận xét sau :

- XPHC ở Pháp có sự biến động theo lịch sử, và xu hướng chung là giảm bớt dần trong các lĩnh vực, nhường chỗ cho thủ tục tư pháp, đặc biệt không XPHC nếu liên quan đến tự do cá nhân;
- XPHC tồn tại chủ yếu trong mối quan hệ cấp phép giữa CQHC và người bị xử phạt, và các biện pháp kỷ luật của hiệp hội đối với thành viên;
- XPHC ở Pháp được tăng cường các bảo đảm về thủ tục và tiến gần đến như thủ tục tố tụng ■

PHÁP LUẬT VỀ...

(Tiếp theo trang 52)

Hai là cần có các giải pháp vi mô để phát triển hoạt động này như: Thiết lập liên minh kinh doanh giữa các công ty CTTC với các nhà sản xuất nước ngoài hoạt động tại Việt Nam để mở rộng mạng lưới khách hàng. Xây dựng chiến lược thị trường và chiến lược khách hàng để đáp ứng nhu cầu của khách hàng, đa dạng hoá sản phẩm phù hợp với năng lực tài chính của từng đối tượng khách hàng.

Ba là quản lý vốn và nguồn vốn có hiệu quả trong quá trình kinh doanh. Xây dựng hệ thống biện pháp hạn chế, phòng ngừa rủi ro trong hoạt động CTTC. Quyền và nghĩa vụ của Ban kiểm soát trong công ty cần được quy định cụ thể. Thành lập cơ quan giám định chất lượng tài sản và thị trường thiết bị cũ. Xúc tiến thành lập Hiệp hội thuê mua ở Việt Nam.

Bốn là chú trọng đào tạo, phát triển nguồn nhân lực CTTC. Cần đào tạo đội ngũ cán bộ năng động sáng tạo, có khả năng vận dụng linh hoạt vốn tri thức vào thực tiễn. Đào tạo cán bộ có khả năng định giá tài sản trong quá trình tiến hành giao dịch CTTC.

Năm là trong Luật các tổ chức tín dụng của Việt Nam năm 2010 nên quy định về tổ chức tín dụng phi ngân hàng (công ty tài chính, công ty CTTC) thành một phần riêng. Cần hướng dẫn nghiệp vụ mua và cho thuê lại, cho thuê vận hành, cho thuê hợp vốn, đồng tài trợ để tạo điều kiện cho các công ty CTTC mở rộng kinh doanh. Theo chúng tôi nên đổi tên công ty CTTC thành công ty thuê mua (Leasing Company). Thực tế tên công ty CTTC hiện nay không phản ánh hết nội dung hoạt động của công ty hiện thời và trong tương lai phát triển sau này ■

ĐỊNH HƯỚNG CHỦ ĐỀ VIẾT BÀI ĐĂNG TẢI TRÊN TẠP CHÍ NĂM 2013

CHUYÊN MỤC NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Năm 2013, Tạp chí sẽ chú trọng đăng tải các bài viết về đổi mới tổ chức hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và Đại biểu Quốc hội theo định hướng xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của dân, do dân và vì dân. Trong đó, ưu tiên đăng tải các bài viết liên quan đến việc triển khai thực hiện Nghị quyết Đại hội lần thứ XI của Đảng; cơ sở lý luận, thực tiễn và những vấn đề cần sửa đổi trong Hiến pháp 1992, về kiểm soát quyền lực trong bộ máy nhà nước; quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân; xây dựng cơ chế kiểm tra, giám sát tính hợp hiến, hợp pháp trong các hoạt động và quyết định của các cơ quan công quyền ở Việt Nam; về tổ chức bộ máy nhà nước trong nhiệm kỳ mới; hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và Đại biểu Quốc hội. Tiếp tục duy trì tiểu mục "Bàn về lập hiến" với việc chú trọng đăng tải những bài góp ý cho Dự thảo sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992 (Dự thảo 1). Mặt khác, chủ động đặt và đăng các bài viết về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước thực hiện quyền hành pháp, quyền tư pháp.

Tạp chí cũng ưu tiên đăng tải những bài viết liên quan đến việc nâng cao chất lượng và hoạch định chính sách trong hoạt động lập pháp; về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 theo tinh thần của Nghị quyết số 49-NQ/TW, cải cách hành chính; đổi mới hoạt động lập pháp; tiếp tục xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật định hướng đến năm 2020 theo tinh thần của Nghị quyết số 48-NQ/TW; đăng tải một số bài viết về nghiên cứu, học tập tư tưởng Hồ Chí Minh về xây dựng Hiến pháp, nhà nước và pháp luật.

CHUYÊN MỤC BÀN VỀ CÁC DỰ ÁN LUẬT

Đăng tải các bài nghiên cứu về các nội dung của các Dự án luật quan trọng trong Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2013, điều chỉnh chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2012 và nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIII của Quốc hội như: Luật doanh nghiệp (sửa đổi); Luật đầu tư (sửa đổi); Luật ban hành quyết định hành chính; Luật thực hành tiết kiệm, chống lãng phí (sửa đổi); Luật việc làm; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật thuế thu nhập doanh nghiệp; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật cư trú; Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam (sửa đổi); Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật thi đua, khen thưởng; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật thuế giá trị gia tăng; Luật đất đai (sửa đổi); Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật công chứng; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật hôn nhân và gia đình….

Ngoài ra, chú trọng đăng tải các bài viết liên quan đến các dự án luật, pháp lệnh trong

chương trình chuẩn bị, như: Luật tổ chức Quốc hội (sửa đổi); Luật tổ chức Chính phủ (sửa đổi); Luật tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân (sửa đổi); Luật tổ chức Viện kiểm sát nhân dân (sửa đổi); Luật tổ chức Tòa án nhân dân (sửa đổi); Luật hoạt động giám sát của Quốc hội (sửa đổi); Luật hoạt động giám sát của Hội đồng nhân dân; Luật bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân; Luật trưng cầu ý dân; Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật (hợp nhất); Luật tổ chức cơ quan điều tra hình sự; Luật ngân sách nhà nước (sửa đổi); Luật thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu (sửa đổi); Bộ luật dân sự (sửa đổi); Bộ luật hình sự (sửa đổi); Bộ luật tố tụng hình sự (sửa đổi); Luật Quân đội nhân dân Việt Nam; Luật Công an nhân dân (sửa đổi).

CHUYÊN MỤC THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

Tiếp tục đăng tải các bài viết liên quan đến việc triển khai thực hiện các luật, pháp lệnh trên thực tế, nêu và phân tích được những khó khăn, vướng mắc, hạn chế của các quy định pháp luật trong quá trình thực hiện, đề xuất những giải pháp khắc phục, đồng thời Tạp chí coi trọng các bài viết cung cấp thông tin về kinh nghiệm thực tiễn trong hoạt động của Quốc hội, Hội đồng nhân dân, các cơ quan của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội và Đại biểu Quốc hội.

Chú trọng đăng các bài về đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội và ngân sách nhà nước năm 2012; tình hình thực hiện kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội và dự toán ngân sách nhà nước những tháng đầu năm 2013 và các báo cáo khác của các cơ quan hữu quan theo quy định của pháp luật.

Ưu tiên các bài viết về tổ chức và hoạt động của Chính phủ, Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, cơ quan thi hành án; hoạt động quản lý, chỉ đạo, điều hành thuộc lĩnh vực phụ trách của Chính phủ, Chánh án Toà án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao.

CHUYÊN MỤC CHÍNH SÁCH

Xuất phát từ các nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội mà nghị quyết của Quốc hội đã đề ra, Chuyên mục tập trung vào các vấn đề hoàn thiện các chính sách liên quan đến việc triển khai Nghị quyết Đại hội lần thứ XI của Đảng, những yêu cầu trong công cuộc hội nhập quốc tế, phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, chống tham nhũng, lãng phí; phòng và chống tội phạm; các chính sách gắn với phát triển bền vững, tăng trưởng với công bằng xã hội và chống lạm phát, đảm bảo việc làm, an sinh xã hội. Coi trọng các bài viết đề xuất các giải pháp và kiến nghị hoàn thiện các cơ chế, chính sách trong các lĩnh vực kinh tế - dân sự, lao động, văn hoá giáo dục, khoa học công nghệ, y tế, xóa đói giảm nghèo và công bằng xã hội.

CHUYÊN MỤC KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

Đăng các bài viết về các vấn đề pháp luật quốc tế liên quan đến những kinh nghiệm lập hiến, lập pháp và tổ chức bộ máy nhà nước của các nước; các thiết chế bảo vệ quyền của tổ chức, cá nhân trong quá trình hội nhập quốc tế; các cơ chế quốc tế về phòng, chống tội phạm; những vấn đề liên quan đến bảo vệ chủ quyền quốc gia; bảo vệ an ninh chủ quyền lãnh thổ trên biển….

THỂ LỆ GỬI BÀI ĐĂNG TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp hoan nghênh các tác giả gửi bài viết công bố trên các ấn phẩm của Tạp chí. Để tiếp tục nâng cao chất lượng và ổn định phong cách khoa học của các bài viết đăng tải trên Tạp chí, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp xin gửi tới các Quý tác giả thể lệ gửi bài sau:

1. Nội dung bài viết

1.1. Các bài viết cần quán triệt đầy đủ định hướng của Tạp chí là thể hiện các kết quả nghiên cứu lý luận, thực tiễn và giới thiệu kinh nghiệm trong nước, nước ngoài về hệ thống chính trị, về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, về pháp luật và chính sách (kinh tế, xã hội, chính trị, đối ngoại và quốc phòng-an ninh…). Tạp chí đặc biệt ưu tiên và chú trọng những bài viết có phân tích tác động đa chiều của các chính sách, những bài có tính ứng dụng cho việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và Đại biểu Quốc hội.

1.2. Bài viết cần nêu được những ý kiến, quan điểm, nội dung mới. Tạp chí khuyến khích những bài viết mang tính phản biện khoa học, mang tính xây dựng tích cực, có ý nghĩa khoa học và thực tiễn.

1.3. Bài viết gửi cho Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp là bài chưa được công bố trên bất kỳ phương tiện đăng tải nào trong nước. Tác giả là chủ sở hữu quyền tác giả của bài viết và chịu trách nhiệm về toàn bộ nội dung khoa học, cũng như các thông tin, tư liệu, số liệu, biểu đồ,… trong bài viết.

1.4. Bài viết tuân thủ đúng quy định của pháp luật báo chí.

2. Hình thức trình bày bài viết

2.1. Bài gửi đăng được đánh máy vi tính trên giấy khổ A4, phông chữ Unicode (Times New Roman), cỡ chữ 14, cách dòng 1.2 lines, cách đoạn 3 pt.

2.2. Mỗi bài có độ dài từ 6 đến 12 trang, bao gồm 1 bản điện tử (bắt buộc) và 1 bản in (nếu có). Bài viết được đính kèm bản tóm tắt nội dung khoảng 8 dòng (bằng tiếng Việt và khuyến khích có thêm bản dịch tiếng Anh) tóm tắt ý tưởng, nội dung chính và đóng góp mới của bài viết.

2.3. Bài viết trình bày thành các phần, các mục rõ ràng, mạch lạc và hợp lý; Nếu bài viết được chia thành các mục và tiểu mục, đánh số theo thứ tự, ví dụ: 1.; 1.1.; 1.1.1.;...

2.4. Cách thức trích dẫn trong bài viết như sau:

- Đối với những đoạn trích dẫn nguyên văn ngắn dưới 3 dòng thì phải để trong ngoặc kép; nếu trích dẫn nội dung thì không cần để trong dấu ngoặc kép.

- Đối với những đoạn trích nguyên văn dài 3 dòng trở lên, cần xuống dòng, thụt lề so với bài chính 2 cm, không cần ngoặc kép.

Cả hai cách trích dẫn trên đều phải chú thích nguồn đầy đủ (bằng cách chú thích dưới bài viết).

2.4. Tên riêng của người, địa phương, thuật ngữ tiếng nước ngoài để nguyên văn (có

phiên dịch ra tiếng Việt kèm theo), trừ những tên đã được Việt hóa (như Trung Quốc, Nhật Bản...).

2.5. Khi sử dụng tài liệu tham khảo trong bài viết, chú thích đầy đủ tên tài liệu tham khảo, tác giả của tài liệu tham khảo, ngày, tháng xuất bản (đăng tải) tài liệu theo thứ tự sau đây:

- Đối với tài liệu là sách: Tên tác giả, tên sách, nhà xuất bản, nơi xuất bản, năm xuất bản, số trang trong sách được trích dẫn. Ví dụ: Đỗ Văn Đại-Mai Hồng Quỳ, Tư pháp quốc tế Việt Nam, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, năm 2010, tr.583.

- Đối với tài liệu là các bài tạp chí: Tên tác giả, tên bài viết, tên tạp chí, số xuất bản, năm và tháng xuất bản. Ví dụ: Lê Văn Cảm, "Sửa đổi Hiến pháp năm 1992- cơ cấu chung và các quy định cơ bản về tổ chức bộ máy quyền lực nhà nước", Nghiên cứu Lập pháp, số 22, 11/2010.

- Đối với tài liệu trên website: Tên tác giả, tên bài viết địa chỉ truy cập, ngày/tháng/năm truy cập. Ví dụ: Trọng Mạnh, Công chứng sai, phải bồi thường, http://phapluattp.vn/225239p0c1013/ cong-chung-sai-phai-boi-thuong.htm (truy cập ngày 15/03/2012).

2.6. Bài viết ghi rõ tên tác giả, địa chỉ làm việc (nếu có), chức danh khoa học, chức vụ, địa chỉ nhà, số điện thoại, hòm thư điện tử và số tài khoản cá nhân (nếu có) của tác giả để thuận tiện cho Tạp chí liên lạc khi trao đổi thông tin.

3. Cách thức gửi bài

Tác giả có thể gửi bài theo các cách thức sau:

- Gửi bài qua địa chỉ hòm thư điện tử của Tạp chí (nclp@qh.gov.vn);

- Gửi bài đánh máy (kèm theo bản điện tử đã ghi ra đĩa mềm) qua bưu điện tới địa chỉ tòa soạn: Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp- 27A Võng Thị - Tây Hồ - Hà Nội);

- Trực tiếp đưa đến Tòa soạn (theo địa chỉ trên).

4. Việc trao đổi thông tin giữa Tạp chí và Tác giả

4.1. Trong thời hạn 30 ngày kể từ khi nhận được bài viết, Tạp chí sẽ thông báo lại cho Tác giả về việc đã nhận bài và việc có sử dụng bài viết hay không qua điện thoại, thư qua đường bưu điện hoặc thư điện tử.

4.2. Trường hợp biên tập cần phải sửa nhiều hoặc có những nội dung, vấn đề lớn cần trao đổi, Biên tập viên sẽ liên hệ xin ý kiến tác giả hoặc gửi lại bài đã biên tập để tác giả xem xét, chỉnh sửa thêm.

4.3. Tạp chí không trả lại bản thảo nếu bài viết không được sử dụng.

4.4. Sau khi gửi bài, nếu muốn chuyển bài sang đăng tải tại các báo, Tạp chí khác, tác giả thông báo lại để Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp biết.

4.5. Tác giả có bài viết đăng tải trên ấn phẩm Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp sẽ nhận được 01 số tạp chí biếu và nhuận bút trả theo quy định hiện hành. Tòa soạn sẽ gửi Tạp chí biếu theo địa chỉ Tác giả cung cấp. Nếu tác giả ở Hà Nội, Tạp chí trân trọng mời Tác giả tới Tòa soạn nhận nhuận bút vào các ngày làm việc trong tuần. Với các tác giả không ở Hà Nội và không có điều kiện đến nhận nhuận bút, Tạp chí sẽ gửi nhuận bút qua đường bưu điện, hoặc chuyển khoản theo số tài khoản mà tác giả cung cấp.

4.6. Bài viết được đăng trên Tạp chí đồng thời sẽ được đưa lên trang web của Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (địa chỉ: www.nclp.org.vn)./.

TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

VĂN PHÒNG QUỐC HỘI
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
Số 27A - phố: Võng Thị - quận: Tây Hồ -TP: Hà Nội
ĐT: 080.43364; Fax: 080.48486; Email: nclp@qh.gov.vn

PHIẾU MUA TẠP CHÍ

Năm : 2013

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp xuất bản mỗi tháng 02 kỳ 64 trang vào các ngày 05 và 20 hàng tháng. Để đăng ký mua ấn phẩm của Tạp chí trong năm 2013 xin đề nghị Độc giả điền vào mẫu dưới đây và gửi tới Tạp chí (qua bưu điện, fax)

Cơ quan/cá nhân đặt mua: .....

Tên và địa chỉ người nhận tạp chí : .....

Người liên hệ đặt và thanh toán: .....

Điện thoại:..... Fax:..... Email:.....

TÊN ẤN PHẨM	ĐƠN GIÁ 1 ẤN PHẨM	MỖI THÁNG 2 ẤN PHẨM	CẢ NĂM 24 ẤN PHẨM	SỐ LƯỢNG ĐẶT ẤN PHẨM	THÀNH TIỀN
NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP	19.500đ	39.000đ	468.000đ		

- Tổng giá trị (viết bằng chữ).....

.....

- Phương thức thanh toán:

☐ tiền mặt ☐ chuyển khoản ☐ chuyển qua bưu điện ☐ séc

- TÀI KHOẢN: Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, 27A Võng Thị, Tây Hồ, Hà Nội. số 0011.000.467.735 tại sở giao dịch Ngân hàng thương mại cổ phần ngoại thương Việt Nam : 31-33 Ngô Quyền - Hoàn Kiếm - Hà Nội.

Chú ý: Khi chuyển tiền thanh toán, xin thông báo qua điện thoại, fax hoặc gửi qua bưu điện bản sao phiếu chuyển tiền. Trường hợp cần trao đổi thêm, xin liên hệ với đồng chí Phùng Khánh Toàn ĐTCQ: 08043364; DĐ: 0913519875.

, ngày tháng năm 20

Đơn vị đặt mua