

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



CHÀO MỪNG KỶ NIỆM 71 NĂM CÁCH MẠNG THÁNG TÁM VÀ QUỐC KHÁNH 2-9

Số 16 (320)

Kỳ 2 - Tháng 8/2016

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Mục lục 8/2016

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Kiểm tra, giám sát của Đảng Cộng sản Việt Nam - phương thức kiểm soát quyền lực nhà nước từ bên ngoài

Phí Minh Hải

- 9** Ảnh hưởng của đảo trong phân định biển - nhìn từ các án lệ quốc tế gần đây và liên hệ với các đảo ở Biển Đông

ThS. Lê Thị Anh Đào

- 18** Mặt trái của các hiệp định tự do thương mại

GS, TS. Nguyễn Đăng Dung – ThS. Nguyễn Đăng Duy

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 25** Nhận diện và điều chỉnh các quan hệ pháp luật trong hoạt động đấu giá tài sản

TS. Đào Ngọc Bái – Lê Quang Hòa

CHÍNH SÁCH

- 33** Hiệp hội doanh nghiệp với việc vận động chính sách vì mục tiêu phát triển bền vững

TS. Nguyễn Minh Phong – ThS. Nguyễn Trần Minh Trí

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 40** Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên trong môi trường kinh doanh hiện nay

TS. Nguyễn Vinh Hưng

- 46** Hội nhập thị trường chứng khoán Việt Nam trong khuôn khổ cộng đồng kinh tế Asean

PGS, TS. Lê Vũ Nam

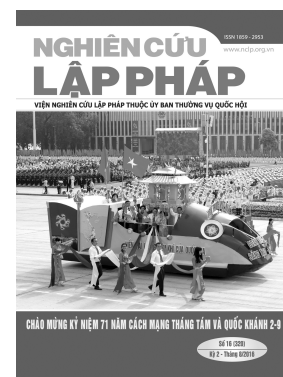
- 54** Pháp luật về chế độ công vụ theo vị trí việc làm - một số vấn đề lý luận và thực tiễn

NCS. Trần Thị Hải Yến

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 60** Kiểm soát của hành pháp đối với lập pháp ở Hoa Kỳ

GS, TS. Thái Vĩnh Thắng – ThS. Hoàng Văn Ánh



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 043.2121202

TÀI KHOẢN:

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

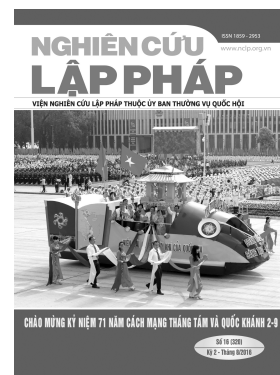
IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 8/2016

STATE AND LAW

- 3** Inspection and supervision of the Communist Party of Vietnam – method to control over State power from the outside

Phi Minh Hai

- 9** Effect of islands in maritime delimitation - seen from the recent international case law and the connection with the East Sea islands

LLM. Le Thi Anh Dao

- 18** The downside of the free trade agreements

Prof, Dr. Nguyen Dang Dung – LLM. Nguyen Dang Duy

DISCUSSION OF BILLS

- 25** Identify and regulate legal relations in property auction

Dr. Dao Ngoc Bau – Le Quang Hoa

POLICIES

- 33** Business associations to advocate for sustainable development goals

Dr. Nguyen Minh Phong – LLM. Nguyen Tran Minh Tri

LEGAL PRACTICE

- 40** Limited liability companies with two or more members in the current business environment

Dr. Nguyen Vinh Hung

- 46** Integration of Vietnam stock market within the framework of the Asean Economic Community

Prof, Dr. Le Vu Nam

- 54** Legislation on the position based civil service system some theoretical and practical issues

Tran Thi Hai Yen

FOREIGN EXPERIENCE

- 60** Control of the executive over the legislature in the United States

Prof, Dr. Thai Vinh Thang – LLM. Hoang Van Anh

EDITORIAL BOARD:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

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

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION:

HA NOI: 043.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

KIỂM TRA, GIÁM SÁT CỦA ĐẢNG CỘNG SẢN VIỆT NAM - PHƯƠNG THỨC KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC TỪ BÊN NGOÀI

PHÍ MINH HẢI*

Quyền lực nhà nước không phải là quyền lực nội sinh của Nhà nước, mà là quyền lực của Nhân dân, được Nhân dân ủy quyền. Nhân dân không trực tiếp thực hiện quyền lực nhà nước mà giao lại cho Nhà nước thay mình thực hiện, nên tất yếu nảy sinh đòi hỏi chính đáng và tự nhiên là phải kiểm soát quyền lực nhà nước - một nhu cầu khách quan từ phía người ủy quyền là Nhân dân, đối với người được ủy quyền là Nhà nước.

Kiểm soát quyền lực nhà nước là toàn bộ những phương thức, quy trình, quy định mà dựa vào đó, Nhà nước và xã hội có thể ngăn chặn, loại bỏ những hoạt động sai trái của các thiết chế quyền lực nhà nước, phát hiện và điều chỉnh được việc thực thi quyền lực nhà nước, đảm bảo cho quyền lực nhà nước thực thi đúng mục đích chung và đạt được hiệu quả cao nhất.

1. Quan điểm của Đảng về kiểm soát quyền lực

V.I. Lênin đã khẳng định: “khi đường lối, chính sách đã được xác định, phương hướng đã được thông qua thì nhiệm vụ tổ chức thực hiện phải đặt lên hàng đầu và sự

lãnh đạo phải chuyển trọng tâm từ việc soạn thảo các sắc lệnh và mệnh lệnh sang việc lựa chọn người và kiểm tra sự thực hiện”¹.

Chủ tịch Hồ Chí Minh đã khẳng định: “khi đã có chính sách đúng, thì sự thành công hoặc thất bại của chính sách đó là do nơi cách tổ chức công việc, nơi lựa chọn cán bộ và do nơi kiểm tra. Nếu ba điều ấy sơ sài thì chính sách đúng mấy cũng vô ích”².

Đảng Cộng sản Việt Nam luôn xác định kiểm tra, giám sát là những chức năng lãnh đạo của Đảng. Đảng không những luôn coi trọng, mà xác định kiểm tra, giám sát là những chức năng, nội dung lãnh đạo của Đảng. Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ III của Đảng đã khẳng định, kiểm tra là một trong những chức năng lãnh đạo của Đảng: “Muốn lãnh đạo tốt, ... phải tăng cường việc kiểm tra, xem xét để kịp thời phát hiện những kinh nghiệm thành công hoặc thất bại mà bồi bổ cho công tác lãnh đạo của mình. Lãnh đạo mà không kiểm tra thì lãnh đạo sẽ trở thành quan liêu”³.

Tại các Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IV, V, VI, Đảng ta đều khẳng định: Kiểm tra là một chức năng lãnh đạo của Đảng, là

* Ủy ban Kiểm tra Thành ủy Hà Nội.

1 Lenin Toàn tập, tập 44, Nxb. Tiến bộ, Matxcova1978, tr. 450.

2 Hồ Chí Minh Toàn tập, tập 5, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 1995, tr. 520.

3 Ban Chấp hành Trung ương Đảng Lao động Việt Nam: Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ III của Đảng, 1960, tr. 87.

một khâu quan trọng của tổ chức thực hiện. Điều lệ Đảng Khoá XI nêu rõ: “Kiểm tra, giám sát là những chức năng lãnh đạo của Đảng”.

Vấn đề kiểm soát quyền lực nhà nước còn được ghi nhận ở Cương lĩnh Xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011). Văn kiện Đại hội lần thứ XII của Đảng đã đưa vào nguyên tắc tổ chức và hoạt động của Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam một yếu tố mới, đó là kiểm soát quyền lực nhà nước. Trong Văn kiện Đại hội lần thứ XII, Đảng ta đã ghi nhận nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước pháp quyền XHCN: “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”⁴.

Hiến pháp năm 2013 đã thể chế hóa nguyên tắc này tại Điều 2: “Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là nhà nước pháp quyền XHCN của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân”; “Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam do Nhân dân làm chủ; tất cả quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân mà nền tảng là liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức”; “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”.

2. Thực trạng kiểm soát quyền lực nhà nước ở nước ta

Cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước bên trong do các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp kiểm soát lẫn nhau

Trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN với cơ chế phân công và phối hợp quyền lực, phải nói đến những giới hạn của các bộ phận quyền lực nhà nước. Kiểm soát quyền lực nhà nước, trước hết là

hệ thống giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân, kiểm tra, thanh tra của Chính phủ, phán quyết của Tòa án nhân dân, kiểm sát của Viện Kiểm sát nhân dân, giám sát của Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể chính trị - xã hội và kiểm tra, giám sát của Đảng. Hoạt động của hệ thống các cơ quan này trên cơ sở quy định của pháp luật đã góp phần quan trọng trong việc đảm bảo pháp chế, tính kỷ cương, kỷ luật và dân chủ trong hoạt động của bộ máy nhà nước.

Hiến pháp năm 2013 thể chế hóa nguyên tắc về tính thống nhất, sự phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực nhà nước, xác định rõ ba bộ phận của quyền lực nhà nước gồm: Quốc hội được xác định là cơ quan đại biểu cao nhất của Nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, thực hiện quyền lập hiến, quyền lập pháp và giám sát tối cao đối với hoạt động của Nhà nước (Điều 69). Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, thực hiện quyền hành pháp (Điều 94); Tòa án nhân dân là cơ quan xét xử, thực hiện quyền tư pháp; Viện kiểm sát nhân dân thực hành quyền công tố, kiểm sát hoạt động tư pháp (khoản 3, Điều 102).

Trong thời gian qua, cơ chế phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực giữa các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp được xác định rõ hơn, việc tổ chức thực hiện đã có những bước tiến nhất định

“Quốc hội có nhiều đổi mới, nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động. Hệ thống pháp luật tiếp tục được hoàn thiện. Hoạt động giám sát của Quốc hội đã tập trung vào những vấn đề bức thiết, quan trọng của đất nước. Việc thảo luận, quyết định kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội, ngân sách nhà nước, các dự án, công trình trọng điểm quốc gia có chất lượng và thực chất hơn. Ủy ban thường vụ Quốc hội, Hội đồng Dân tộc, các ủy ban của Quốc hội có nhiều đổi mới về tổ

4 Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XII của Đảng, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2016, tr. 171.

chức, nội dung, phương pháp hoạt động; trách nhiệm các đại biểu Quốc hội được nâng cao hơn.

Chính phủ và các bộ tập trung hơn vào quản lý, điều hành vĩ mô và năng động giải quyết những vấn đề lớn, quan trọng. Cải cách hành chính tiếp tục được chú trọng và bước đầu đạt kết quả tích cực. Tổ chức thí điểm đổi mới về tổ chức chính quyền địa phương được tập trung chỉ đạo và tổng kết, rút kinh nghiệm.

Nhiều chủ trương, đường lối của Đảng về cải cách tư pháp được thể chế trong Hiến pháp, pháp luật và được triển khai thực hiện nghiêm túc, đạt kết quả quan trọng. Tổ chức bộ máy của Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân, cơ quan hỗ trợ tư pháp tiếp tục được kiện toàn; chất lượng hoạt động có tiến bộ, bảo vệ tốt hơn lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân; hạn chế tình trạng oan, sai⁵.

Như vậy, xuất phát từ đặc điểm của quyền lực nhà nước, việc phân định thành ba quyền nêu trên là một nhu cầu khách quan. Thực tiễn xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN ở nước ta chỉ ra rằng, việc phân định rành mạch ba quyền là cách thức tốt nhất để phát huy vai trò của Nhà nước, đồng thời là cơ sở để kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước.

Tuy nhiên, cơ chế phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực nhà nước ở trung ương và địa phương chưa được chế định rõ, đồng bộ, hiệu quả. Tổ chức bộ máy và cơ chế hoạt động trong bộ máy nhà nước pháp quyền XHCN như Quốc hội, Chính phủ, hệ thống tư pháp còn những điểm chưa thực sự hợp lý, hiệu lực, hiệu quả. Chưa khắc phục được sự chồng chéo, vướng mắc về chức năng, nhiệm vụ, làm ảnh hưởng tới sự thống nhất quyền lực nhà nước và hiệu quả hoạt động của Nhà nước. Hệ thống pháp luật

chưa đồng bộ, nhiều nội dung chưa đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền, còn chồng chéo; tính công khai, minh bạch, khả thi, ổn định còn hạn chế. Kỷ cương, kỷ luật trong quản lý nhà nước, thực thi công vụ còn nhiều yếu kém. Cải cách hành chính còn chậm, thiếu đồng bộ, chưa đáp ứng yêu cầu; thủ tục hành chính còn phức tạp, phiền hà, đang là rào cản lớn đối với việc tạo lập môi trường xã hội, môi trường kinh doanh lành mạnh, minh bạch, hiệu quả cho sự phát triển. Tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương chậm đổi mới; hiệu lực, hiệu quả ở nhiều nơi chưa cao. Trách nhiệm giải trình của các cấp chính quyền chưa được quy định rõ ràng. Việc triển khai một số nhiệm vụ cải cách tư pháp còn chậm; vẫn còn tình trạng những nhiều, tiêu cực, oan sai, bỏ lọt tội phạm. Công tác phòng, chống tham nhũng, lãng phí chưa đạt yêu cầu đề ra; tham nhũng, lãng phí vẫn còn nghiêm trọng.

Bên cạnh hệ thống kiểm soát quyền lực bên trong như đã nêu trên thì việc kiểm soát quyền lực nhà nước từ bên ngoài do các chủ thể không phải là Nhà nước thực hiện, đóng góp khá quan trọng trong việc kiểm soát quyền lực của Nhân dân - chủ thể quyền lực nhà nước

- Kiểm soát quyền lực nhà nước của Nhân dân đối với bộ máy nhà nước là quyền giám sát của những người chủ của quyền lực nhà nước. Quyền giám sát của Nhân dân đối với Nhà nước là quyền của Nhân dân khi xem xét, đánh giá hoạt động của các đại biểu dân cử, trực tiếp tham gia quản lý nhà nước, quản lý xã hội, thực hiện quyền khiếu nại, tố cáo hoặc thông qua hoạt động của tổ chức thanh tra Nhân dân do mình bầu ra. Quyền giám sát của Nhân dân đối với bộ máy nhà nước và cán bộ, công chức nhà nước là một nội dung quan trọng của quyền dân chủ của Nhân dân.

5 Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII của Đảng, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2016, tr. 172.

- Kiểm soát quyền lực nhà nước của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức chính trị - xã hội là việc theo dõi, phát hiện, xem xét, đánh giá kiến nghị nhằm tác động đối với cơ quan, tổ chức và cán bộ, đảng viên, đại biểu dân cử, công chức, viên chức nhà nước về việc thực hiện các chủ trương, đường lối của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước.

- Kiểm soát quyền lực nhà nước của Đảng Cộng sản Việt Nam thông qua việc Đảng lãnh đạo Nhà nước bằng chủ trương, đường lối, Cương lĩnh chính trị, Điều lệ Đảng, nghị quyết chỉ thị... và bằng công tác kiểm tra, giám sát của Đảng.

3. Kiểm soát quyền lực nhà nước của Đảng Cộng sản Việt Nam - Phương thức kiểm soát quyền lực đặc trưng nhất trong hệ thống kiểm soát quyền lực từ bên ngoài

Hiến pháp năm 2013 đã khẳng định: “Đảng cộng sản Việt Nam, đội tiên phong của giai cấp công nhân Việt Nam, đại biểu trung thành quyền lợi của giai cấp công nhân, nhân dân lao động và của cả dân tộc, theo chủ nghĩa Mác - Lênin và tư tưởng Hồ Chí Minh, là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội” (Điều 4). Sự lãnh đạo của Đảng cộng sản Việt Nam đối với sự nghiệp xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam là điều kiện quan trọng nhất, cơ bản nhất.

Đảng lãnh đạo Nhà nước và xã hội thông qua việc đề ra đường lối, chủ trương, chính sách, cương lĩnh, điều lệ, nghị quyết, chỉ thị...; tuyên truyền, thuyết phục, động viên, tổ chức thực hiện và Đảng phải lãnh đạo công tác kiểm tra, giám sát đối với hoạt động của cơ quan nhà nước, các tổ chức đảng và cán bộ, đảng viên hoạt động trong cơ quan nhà nước về việc thực hiện những chủ trương, đường lối, chính sách... mà Đảng đã ban hành.

Trong hệ thống nhất nguyên chính trị của Việt Nam thì việc kiểm soát quyền lực bắt nguồn từ đặc trưng Nhà nước ta do một Đảng duy nhất lãnh đạo. Sự lãnh đạo của Đảng cộng sản Việt Nam đối với Nhà nước và xã hội là một đòi hỏi tất yếu khách quan. Do đó, công tác “Kiểm tra, giám sát là những chức năng lãnh đạo của Đảng...”,⁶ là những chức năng và phương thức, nội dung lãnh đạo quan trọng của Đảng; không kiểm tra, giám sát thì coi như không lãnh đạo.

Kiểm tra của Đảng là việc xem xét tình hình chấp hành Cương lĩnh chính trị, Điều lệ Đảng, nghị quyết, chỉ thị của Đảng, pháp luật của Nhà nước; thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn nói chung hay một công việc cụ thể được giao để đánh giá, nhận xét về mỗi cá nhân hay một cơ quan, tổ chức đảng. Kiểm tra làm rõ đúng sai, phát huy ưu điểm, khắc phục thiếu sót khuyết điểm, xử lý kịp thời, nghiêm minh tổ chức đảng và đảng viên vi phạm; uốn nắn lệch lạc trong việc thực hiện chủ trương, đường lối của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước; bổ sung hoàn thiện các đường lối, quan điểm, nguyên tắc và đổi mới nội dung, hình thức lãnh đạo của Đảng.

Giám sát của Đảng là hoạt động chủ yếu để quan sát, theo dõi trực tiếp, thường xuyên, liên tục đối với tổ chức đảng và cán bộ, đảng viên thuộc phạm vi quản lý nhằm hướng hoạt động của tổ chức đảng và đảng viên theo đúng Cương lĩnh chính trị, Điều lệ Đảng, trước hết là nguyên tắc tập trung dân chủ và quy chế làm việc; đoàn kết nội bộ, phẩm chất đạo đức, lối sống; chấp hành chủ trương, đường lối của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước. Qua giám sát, nếu phát hiện tổ chức đảng, đảng viên có biểu hiện không thực hiện đúng chủ trương, chính sách, nghị quyết của Đảng và pháp

6 Điều 30, Điều lệ Đảng khóa XI.

luật của Nhà nước thì kịp thời nhắc nhở, ngăn chặn, để đáp ứng yêu cầu về chất lượng và hiệu quả của công tác kiểm tra, giám sát.

Do đó, kiểm soát quyền lực nhà nước của Đảng là việc kiểm tra, giám sát đối với các tổ chức đảng và đảng viên hoạt động trong hệ thống các cơ quan nhà nước như: Đảng đoàn Quốc hội, Ban Cán sự Đảng Chính phủ, Tòa án nhân dân, Viện Kiểm sát nhân dân, chính quyền địa phương; chú trọng kiểm tra, giám sát đảng viên giữ chức vụ lãnh đạo, người đứng đầu trong các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp, các cấp chính quyền trong việc chấp hành Cương lĩnh chính trị, Điều lệ Đảng, nghị quyết, chỉ thị, quy định của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước.

Từ nhận thức đến thực tiễn về kiểm soát quyền lực nhà nước, Đảng ta đã bắt đầu thể hiện rõ quyết tâm xây dựng một cơ chế kiểm soát quyền lực hiệu quả, trọng tâm của cơ chế này là nhằm phòng, chống nạn quan liêu, tham nhũng, xây dựng bộ máy nhà nước trong sạch, hiệu quả, đảm bảo và phát huy các quyền làm chủ của Nhân dân. Đây cũng là mục tiêu của quá trình xây dựng, chỉnh đốn Đảng, nâng cao năng lực và sức chiến đấu của Đảng, xây dựng một nền hành chính nhà nước trong sạch, một Nhà nước pháp quyền XHCN của Nhân dân, do Nhân dân và vì Nhân dân.

Tại Hội nghị lần thứ năm Ban Chấp hành Trung ương (khóa X), lần đầu tiên Đảng đã ban hành Nghị quyết chuyên đề về “Tăng cường công tác kiểm tra, giám sát của Đảng”. Nghị quyết xác định: “Tăng cường công tác kiểm tra, giám sát nhằm nâng cao năng lực lãnh đạo, sức chiến đấu của Đảng, sự đoàn kết thống nhất và bảo đảm thực hiện dân chủ trong Đảng, giữ vững kỷ cương, kỷ luật của Đảng...”.

Với tư cách là Đảng cầm quyền, Đảng lãnh đạo Nhà nước bằng đường lối, chủ

trương, chính sách, nghị quyết, chỉ thị...; lãnh đạo thông qua các tổ chức, cá nhân, cụ thể là lãnh đạo công tác cán bộ, phân công các đảng viên nắm giữ các cương vị chủ chốt ngay trong bộ máy nhà nước. Do đó, Đảng thực hiện kiểm soát quyền lực nhà nước qua các hình thức chủ yếu sau:

- Đảng kiểm soát quyền lực nhà nước thông qua các cơ quan lãnh đạo, cơ quan chức năng của Đảng (Ủy ban Kiểm tra và các ban Đảng) trực tiếp hoặc gián tiếp kiểm tra, giám sát tổ chức đảng và đảng viên hoạt động trong các cơ quan của bộ máy nhà nước;

- Đảng kiểm soát quyền lực nhà nước thông qua việc Đảng thực hiện vai trò lãnh đạo của mình đối với việc kiểm soát đó, tức là Đảng xây dựng đường lối, chủ trương, chính sách, nghị quyết... định hướng xây dựng cơ chế và tổ chức cho các chủ thể khác nhau trong xã hội thực hiện việc kiểm soát.

Trong thời gian qua, công tác kiểm tra, giám sát của Đảng đã được củng cố và tăng cường, các cuộc kiểm tra, giám sát đã chú trọng vào việc chấp hành chủ trương, đường lối, nghị quyết, chỉ thị của Đảng và pháp luật của Nhà nước, đặc biệt là đảng viên giữ các chức vụ lãnh đạo, người đứng đầu trong hệ thống các cơ quan nhà nước. Điều đó có tác dụng kiểm soát, ngăn ngừa sự lạm quyền, hạn chế việc vi phạm Hiến pháp và pháp luật của chính các cơ quan nhà nước và cán bộ lãnh đạo các cấp.

Tuy nhiên, công tác kiểm tra, giám sát đối với tổ chức đảng ở các cơ quan nhà nước, chính quyền địa phương các cấp, các đơn vị kinh tế và các lĩnh vực dễ xảy ra sai phạm... còn hạn chế, tính chủ động kiểm tra, giám sát chưa cao; chất lượng, hiệu quả công tác kiểm tra, giám sát và xử lý tổ chức đảng và đảng viên vi phạm chưa cao, chưa đủ sức góp phần ngăn chặn, đẩy lùi sự lạm quyền, tham nhũng, lãng phí, tiêu cực trong các tổ chức đảng và hệ thống các cơ quan nhà nước.

4. Một số giải pháp, kiến nghị

- Nâng cao nhận thức của các cấp ủy, tổ chức đảng, cán bộ, đảng viên, trước hết là người đứng đầu cấp ủy, tổ chức đảng về công tác kiểm tra, giám sát, để lãnh đạo, chỉ đạo, tổ chức thực hiện tốt chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm trong công tác kiểm tra, giám sát, kỷ luật đảng. Tập trung chỉ đạo xây dựng, hoàn thiện các quy định của Đảng để nâng cao chất lượng, hiệu lực, hiệu quả công tác kiểm tra, giám sát, kỷ luật đảng.

- Đổi mới và nâng cao hiệu quả công tác kiểm tra, giám sát của Đảng đối với cả hệ thống chính trị. Chú trọng kiểm tra, giám sát người đứng đầu cấp ủy, tổ chức đảng, tổ chức nhà nước, Mặt trận Tổ quốc và đoàn thể chính trị - xã hội ở các cấp trong việc thực hiện chức trách, nhiệm vụ được giao. Tập trung kiểm tra, giám sát về các nội dung, lĩnh vực sau:

+ Lĩnh vực tư tưởng chính trị, quản lý báo chí: Kiểm tra, giám sát việc thực hiện quan điểm, đường lối của Đảng, việc thi hành Điều lệ Đảng, các quy định của Đảng, pháp luật của Nhà nước trong công tác tư tưởng chính trị nói chung và hoạt động báo chí nói riêng.

+ Về chấp hành nguyên tắc tổ chức và hoạt động của Đảng: Kiểm tra, giám sát việc chấp hành nguyên tắc tập trung dân chủ, tập thể lãnh đạo, cá nhân phụ trách; chấp hành quy chế làm việc, chế độ công tác; thực hiện dân chủ trong Đảng, giữ gìn đoàn kết nội bộ; về mối quan hệ giữa tổ chức đảng và đảng viên với quần chúng; việc giáo dục, rèn luyện, nâng cao phẩm chất đạo đức cách mạng của cán bộ, đảng viên.

+ Lĩnh vực kinh tế - tài chính: Kiểm tra, giám sát việc thực hành tiết kiệm, phòng, chống tham nhũng, lãng phí trong các khâu cấp và sử dụng nguồn vốn thuộc ngân sách nhà nước, vốn ODA, tài trợ của nước ngoài; trong xây dựng cơ bản, mua sắm trang thiết bị; quản lý và sử dụng đất đai, tài nguyên, công sản; triển khai thực hiện các dự án trọng điểm...

+ Lĩnh vực hành chính, tư pháp: Kiểm tra, giám sát việc lãnh đạo, chỉ đạo và tổ chức thực hiện cải cách hành chính, nhất là cải cách thủ tục hành chính liên quan đến giải quyết công việc của các tổ chức và cá nhân, đặc biệt là trong các hoạt động đầu tư, sản xuất, kinh doanh. Kiểm tra việc thực hiện các chủ trương, quan điểm của Đảng về cải cách tư pháp trong điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án, nhất là những vụ án nghiêm trọng, gây bức xúc trong dư luận.

+ Trong công tác tổ chức và cán bộ: Kiểm tra, giám sát về tuyển dụng, quy hoạch, luân chuyển, đào tạo, bồi dưỡng, đề bạt, bố trí, sử dụng, khen thưởng và thực hiện chính sách cán bộ; về phẩm chất đạo đức, lối sống và thực hiện chức trách, nhiệm vụ của cán bộ, đảng viên; việc học tập và làm theo tấm gương đạo đức Hồ Chí Minh;

+ Kiểm tra, giám sát việc lãnh đạo, chỉ đạo và giải quyết khiếu nại, tố cáo của đảng viên và Nhân dân.

- Tăng cường công tác kiểm tra, giám sát của Đảng gắn với vai trò, trách nhiệm của các tổ chức trong hệ thống chính trị và của Nhân dân trong đấu tranh phòng, chống tham nhũng, lãng phí theo tinh thần Nghị quyết Hội nghị lần thứ tư Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XI: “Một số vấn đề cấp bách trong công tác xây dựng Đảng hiện nay”.

- Tăng cường kiểm tra, giám sát đối với các tổ chức đảng ở các cơ quan nhà nước, các tập đoàn kinh tế và các lĩnh vực dễ xảy ra sai phạm.

- Nghiên cứu việc tăng thẩm quyền kiểm tra, thi hành kỷ luật đảng cho Ủy ban Kiểm tra các cấp. Kiện toàn Ủy ban Kiểm tra, xây dựng tổ chức bộ máy và cán bộ cơ quan Ủy ban Kiểm tra tương xứng, ngang tầm với chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn được giao. Đổi mới và nâng cao chất lượng đào tạo, bồi dưỡng cán bộ kiểm tra các cấp. Có chế độ, chính sách hợp lý đối với cán bộ kiểm tra... ■

ẢNH HƯỞNG CỦA ĐẢO TRONG PHÂN ĐỊNH BIỂN - NHÌN TỪ CÁC ÁN LỆ QUỐC TẾ GẦN ĐÂY VÀ LIÊN HỆ VỚI CÁC ĐẢO Ở BIỂN ĐÔNG

LÊ THỊ ANH ĐÀO*

Ảnh hưởng của đảo trong phân định biển không được quy định rõ ràng trong UNCLOS¹. Tuy nhiên, các án lệ gần đây của cơ quan tài phán quốc tế đã cho thấy các đảo có vai trò hạn chế trong phân định biển, đặc biệt là đối với các đảo nhỏ, xa bờ và nằm về sai phía của đường phân định. Trong bất kỳ diễn tiến nào, tất cả các đảo ở Biển Đông nước ta đều có hiệu lực hạn chế trong phân định biển. Nhận thức được triển vọng này có thể giúp các bên xem xét lại yêu sách chủ quyền của mình đối với các đảo để quản lý tốt hơn các tranh chấp ở Biển Đông cũng như cố gắng xây dựng cơ chế hợp tác phát triển chung trong khu vực.

Luật quốc tế hiện nay không quy định cụ thể về ảnh hưởng của đảo trong phân định vùng biển chồng lấn giữa các quốc gia đối diện hoặc liền kề, mà chỉ gián tiếp đề cập đến thông qua “các hoàn cảnh đặc biệt/liên quan”². Trên thực tế, sự hiện diện của đảo luôn được các quốc gia viện dẫn để yêu cầu sử dụng phương pháp phân định khác với phương pháp đường trung tuyến/cách đều hoặc để điều chỉnh đường trung tuyến/cách đều theo hướng có lợi cho quốc gia sở hữu đảo. Chính vì vậy, việc nghiên cứu thực tiễn cơ quan tài phán quốc tế giải quyết vấn đề ảnh hưởng của đảo trong phân định biển có ý nghĩa quan trọng nhằm làm rõ quy định của luật quốc tế có liên quan và tìm ra xu hướng chung trong việc xác định ảnh hưởng của đảo trong phân định biển.

1. Ảnh hưởng của đảo đối với việc thiết lập đường trung tuyến/cách đều tạm thời

Đặc trưng đáng kể của luật quốc tế về phân định biển là được phát triển qua án lệ của các cơ quan tài phán quốc tế. Các án lệ này thể hiện ngày càng rõ xu hướng chuyển từ cách tiếp cận “hướng đến kết quả công bằng” (không ưu tiên phương pháp phân định nào) sang cách tiếp cận “điều chỉnh để đạt được kết quả công bằng”, nghĩa là cách tiếp cận bao gồm ba giai đoạn: (i) thiết lập đường trung tuyến/cách đều tạm thời; (ii) xem xét liệu có các hoàn cảnh đặc biệt/liên quan đòi hỏi điều chỉnh đường trung tuyến/cách đều tạm thời nhằm đạt được kết quả công bằng; (iii) kiểm tra liệu đường phân định có dẫn đến kết quả không công bằng hay không bằng cách áp dụng yếu tố

* *ThS,GV. Khoa Pháp luật Quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.*

1 UNCLOS: *United Nations Convention on Law of the Sea* (Công ước Liên hợp quốc về Luật biển năm 1982; cũng gọi là Công ước Luật biển).

tỷ lệ³. Khi thực hiện quá trình ba giai đoạn này, cơ quan tài phán quốc tế sẽ dựa trên cơ sở nguyên tắc công bằng để đánh giá mức độ ảnh hưởng của đảo trong phân định.

Trong giai đoạn thứ nhất - thiết lập đường trung tuyến/cách đều tạm thời: Theo Điều 15 UNCLOS, đường trung tuyến/cách đều là đường “mà mọi điểm nằm trên đó cách đều các điểm gần nhất của các đường cơ sở dùng để tính chiều rộng lãnh hải của mỗi quốc gia”. Tuy nhiên, quan điểm chung của cơ quan tài phán quốc tế là các đảo đã được sử dụng làm điểm cơ sở của đường cơ sở dùng để tính chiều rộng lãnh hải của một quốc gia sẽ không luôn luôn là điểm cơ sở của đường trung tuyến/cách đều để phân định biển giữa các quốc gia. Ví dụ, trong vụ thêm lục địa Tunisia/Libya (1982), Tòa án Công lý quốc tế của Liên hợp quốc (ICJ) đã quyết định hiệu lực của đảo Kerkannah trong phân định biển giữa hai quốc gia mà “không đánh giá về giá trị của hệ thống đường cơ sở thẳng của Tunisia cũng như hiệu lực của chúng đối với Libya”⁴. Tương tự, trong vụ thêm lục địa Libya/Malta (1985), mặc dù đảo nhỏ Filfla đã được Malta sử dụng làm điểm cơ sở của đường cơ sở thẳng nhưng ICJ đã bỏ qua đảo này khi vẽ đường cách đều tạm thời giữa hai quốc gia. Tòa lưu ý rằng, “đường cơ sở do quốc gia ven biển xác định không đồng nhất với các điểm cơ sở được chọn trên một bờ biển để

tính diện tích thêm lục địa thuộc về quốc gia đó”⁵. Trong vụ Eritrea/Yemen (giai đoạn 2, năm 1999), Eritrea đã “cài” một cấu trúc biển có tên gọi là Negileh Rock vào hệ thống đường cơ sở thẳng của mình. Tuy nhiên, Trọng tài đã quyết định không sử dụng Negileh Rock làm điểm cơ sở để phân định biển giữa hai quốc gia⁶ bởi vì Negileh Rock “dường như không ở trên mặt nước, dù thủy triều lên cao hay xuống thấp”⁷. Cuối cùng, Trọng tài đã chấp nhận các điểm cơ sở để phân định nằm trên quần đảo Dahlak và trên nhóm đảo thuộc bờ biển của Yemen, mà không căn cứ vào đường cơ sở thẳng “không bình thường” do Eritrea thiết lập và thực tế là Yemen không thiết lập đường cơ sở thẳng. Trong vụ Qatar /Bahrain (2001), ICJ đã phán quyết rằng Bahrain không đủ điều kiện để được áp dụng phương pháp đường cơ sở thẳng⁸, đồng thời, Tòa xác định các điểm cơ sở để phân định biển nằm ở các cấu trúc phía ngoài bờ biển của Bahrain⁹. Đáng lưu ý là trong phán quyết gần đây - vụ phân định ở Biển Đen (2009) - ICJ đã phân biệt rõ ràng giữa đường cơ sở dùng để đo chiều rộng lãnh hải với đường cơ sở dùng để phân định biển bằng việc tuyên bố rằng “vấn đề xác định đường cơ sở cho mục đích đo chiều rộng của vùng đặc quyền kinh tế và thêm lục địa và vấn đề xác định các điểm cơ sở để việc vẽ một đường trung tuyến/cách đều cho mục đích phân định vùng đặc quyền kinh tế

2 Điều 15, Điều 74, Điều 83 UNCLOS và các án lệ quốc tế, ví dụ như vụ thêm lục địa Biển Bắc (1969); Greenland/Jan Mayen (1993)...

3 Yoshifumi Tanaka, *International Law of the Sea, second edition*, Cambridge University Press, NewYork, 2014, p.201-209; Donald R Rothwell & Tim Stephens, *The International Law of the Sea*, Oxford & Portland, Oregon, 2010, p. 398-399.

4 Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya(1982), § 79, p. 63; p. 104, para. 76; p. 120, para. 85.

5 Libya/Malta (1985), p. 48, para. 64.

6 ICJ Reports,Eritrea/Yemen(1985), p. 48, para. 64.

7 Arbitration,Eritrea/Yemen, para. 140-145.

8 Qatar /Bahrain(2001), p. 103-104, para. 210-215, xem thêm ý kiến riêng rẽ của các thẩm phán Bedjaoui, Ranjeva và Kóroma, ibid, p. 202, para. 183 và para. 185.

9 Qatar /Bahrain (2001), para. 214-215.

và thêm lục địa giữa các quốc gia đối diện hoặc kề cận là các vấn đề khác nhau”¹⁰. Nhìn chung, các đảo đã được sử dụng làm điểm cơ sở của đường cơ sở thẳng sẽ chỉ được sử dụng làm điểm cơ sở trong phân định biển nếu như chúng cấu thành một phần không tách rời của bờ biển. Do đó, việc sử dụng đảo làm điểm cơ sở để yêu sách đường cơ sở “quá đáng” chưa chắc đã giúp các quốc gia có được lợi thế trong phân định biển, mà ngược lại, điều này còn làm cản trở quá trình đàm phán phân định biển giữa các quốc gia.

2. Ảnh hưởng của đảo đối với việc điều chỉnh đường trung tuyến/ cách đều tạm thời

Trong giai đoạn thứ hai - xem xét để điều chỉnh đường trung tuyến/cách đều tạm thời: Ít khi sự hiện diện của đảo được coi là cơ sở duy nhất để điều chỉnh đường trung tuyến/cách đều tạm thời, bởi vì cơ quan tài phán quốc tế còn căn cứ vào các yếu tố tự nhiên liên quan đến hình dáng và đặc biệt là chiều dài đường bờ biển giữa các quốc gia hữu quan. Điều này được minh chứng bởi việc phân định liên quan đến hàng loạt các đảo như đảo Chanel (Anglo - French Arbitration, 1977); đảo Serpent (Black Sea Case, 2001), đảo Bobel, Savana, Port Royal, South Cay (Nicaragua/Honduras Case, 2007); đảo St Martin (vụ Bangladesh/Myanmar, 2012); đảo Qitasueno và Serana (vụ Nicaragua/Colombia, 2012)... Trong các án lệ kể trên, vụ Bangladesh/Myanmar (2012) là vụ việc duy nhất mà trong phân định lãnh hải thì đảo St Martin đối diện với bờ biển của Myanmar nhưng trong phân định vùng đặc quyền kinh tế và thêm lục địa thì đảo này lại kề cận với bờ biển của Myanmar. Vì

vậy, vụ việc này sẽ được phân tích cụ thể hơn nhằm làm rõ quan điểm trên.

Myanmar đã không tranh luận rằng St Martin (thuộc chủ quyền của Bangladesh, nằm ở đối diện với lãnh thổ đất liền của Myanmar) là một đảo theo Điều 121 (1) UNCLOS và vì vậy, St Martin có khả năng có các vùng biển của chính nó. Tuy nhiên, Myanmar cho rằng, đảo Martin không có hiệu lực đầy đủ trong phân định lãnh hải giữa hai quốc gia, bởi lẽ những đảo nhỏ hoặc có kích cỡ trung bình thường bị bỏ qua hoặc là gần như không có hiệu lực trong phân định biển. Hơn nữa, do đảo St Martin nằm ở sai phía của đường cách đều giữa hai bờ biển của Myanmar và Bangladesh nên nó là một hoàn cảnh đặc biệt và cần phải điều chỉnh đường cách đều. Về phần mình, Bangladesh cho rằng, quyền của quốc gia yêu sách lãnh hải xung quanh các đảo là một tập quán quốc tế và tập quán này đã được Myanmar thừa nhận. Thực vậy, học giả Northcutt Ely đã khảo sát thực tiễn quốc gia đến năm 1971 và nhận thấy, sự hiện diện của các đảo nhỏ nhìn chung đã bị bỏ qua khi phân định thêm lục địa nhưng những đảo nhỏ này thường được trao một vùng biển không quá 12 hải lý¹¹.

Trong phán quyết của mình, Tòa Luật biển quốc tế (ITLOS) đã bác bỏ tranh luận của Myanmar rằng đường cách đều giữa bờ biển lục địa của Myanmar và bờ biển của đảo phải được điều chỉnh gần hơn tới đảo St Martin. Quan điểm của Tòa là, nếu như đường cách đều được điều chỉnh gần hơn tới đảo St Martin, nó sẽ dẫn đến ảnh hưởng lớn hơn được trao cho quyền chủ quyền của Myanmar đối với vùng đặc quyền kinh tế và

10 *Romania/Ukraine*(2009), p.108, para.137 và p. 101, para. 117.

11 Northcutt Ely, "Seabed Boundaries Between Coastal States: The Effect to be Given Islets as "Special Circumstances" (1972) 6 *Int Lawyer* 219, at 235-36; Mặc dù Ely đã chấp nhận vùng này là "vùng tiếp giáp" do thực tế là vào thời điểm đó, vùng tiếp giáp đã được xác định rõ ràng là 12 hải lý, trong khi chiều rộng của lãnh hải vẫn chưa được cụ thể hóa. Xem, Donald E Karl, "Islands and the Delimitation of the Continental Shelf: A Framework for Analysis", (1977) 71 *Am J Int'l L* 642, at 653.

thêm lục địa so với chủ quyền của Bangladesh đối với lãnh hải của đảo St Martin. Do đó, Tòa đã phán quyết rằng đảo St Martin có lãnh hải 12 hải lý, với điều kiện lãnh hải đó không chồng lấn với lãnh hải của Myanma. Như vậy, Tòa đã kết luận rằng một đảo có quyền có lãnh hải, mặc dù đảo đó bị bỏ qua hoặc chỉ có hiệu lực một phần trong phân định vùng đặc quyền kinh tế và thêm lục địa. Điều này cũng có nghĩa là, tiêu chuẩn lãnh hải 12 hải lý là vùng biển tối thiểu phải được trao cho đảo, trừ khi có thỏa thuận ngược lại giữa các quốc gia hữu quan. Đáng lưu ý là, đường phân định cuối cùng do Tòa vẽ ra cũng rất giống với đường phân định đã được Bangladesh và Myanma đồng ý và ghi nhận trong bản ghi nhớ đàm phán giữa hai bên từ năm 1974.

Như vậy, rõ ràng là trong phân định lãnh hải, kích cỡ của đảo thường không liên quan bởi vì tất cả các đảo, bất kể kích cỡ hay cấu tạo địa chất, đều có lãnh hải 12 hải lý¹².

Phân định vùng đặc quyền kinh tế và thêm lục địa được đặt ra trong hai trường hợp:

Trường hợp thứ nhất, phân định giữa đảo và lãnh thổ đất liền ven biển: Phán quyết của cơ quan tài phán quốc tế về phân định vùng đặc quyền kinh tế và thêm lục địa giữa một đảo với một bờ biển đất liền thì hoàn toàn nhất quán. Nhìn chung, đảo sẽ chỉ có hiệu lực một phần so với đất liền đối diện. Trong những trường hợp này, cơ quan tài phán thường bắt đầu bằng việc vẽ một đường cách đều tạm thời giữa đất liền và đảo đang phân định, sau đó điều chỉnh đường cách đều tạm thời trên cơ sở những

hoàn cảnh liên quan. Kích cỡ của đảo và chiều dài của đường bờ biển liên quan gần như luôn luôn là những cân nhắc chủ yếu để cơ quan tài phán quốc tế điều chỉnh đường cách đều¹³. Ví dụ cho trường hợp này là hiệu lực của đảo Malta (Libya/Malta, 1985), đảo Jan Mayen (Jan Mayen Case, 1993)... Mặc dù trong vụ Libya/Malta (1985), Tòa đã cẩn thận không liên hệ trực tiếp tới yếu tố tỷ lệ giữa đường bờ biển liên quan và vị trí thực tế của đường phân định¹⁴ nhưng sự so sánh này đã được sử dụng lặp lại để kiểm tra tính tỷ lệ trong vụ Tunisia/Libya (1982), vụ vịnh Maine (1984), vụ Barbados/Trinidad và Tobago (2006)... Đặc biệt, trong vụ Jan Mayen (1993), ICJ đã không lưỡng lự chỉ ra mối liên hệ trực tiếp giữa tỷ lệ của đường bờ biển liên quan và việc điều chỉnh đường cách đều¹⁵.

Trường hợp thứ hai, phân định giữa hai lãnh thổ đất liền ven biển: Án lệ quốc tế về hiệu lực của đảo trong phân định biển giữa hai lãnh thổ đất liền ít nhất quán hơn nên khó có thể đúc rút một quy tắc chung về hiệu lực của đảo trong trường hợp này. Điều này phần lớn là do thực tế có rất nhiều hoàn cảnh về phân định biển giữa hai lãnh thổ đất liền. Tòa án và trọng tài đã cố gắng áp dụng các quy tắc và nguyên tắc nhất quán trong những hoàn cảnh phân định như vậy, nhưng khi những nguyên tắc và quy tắc này được áp dụng vào thực tế cụ thể sẽ làm nảy sinh những cân nhắc và những kết quả khác biệt đáng kể giữa các hoàn cảnh:

- Trong hoàn cảnh các quốc gia có *bờ biển đối diện và có đảo nằm ở giữa vùng phân định*, tòa án và trọng tài có cách tiếp

12 ICJ đã tuyên bố rằng, luật quốc tế không yêu cầu bất cứ một kích cỡ tối thiểu nào mà một cấu tạo phải có thì mới được coi là đảo. Xem, Nicaragua/ Colombia (2012), para. 37; Qatar/Bahrain (2001), para. 197.

13 Nicaragua/Colombia (2012), para. 140; Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya, (1982), para. 73; Black Sea Case (2009), para. 78.

14 Libya/Malta (1985), paras. 71-72.

15 Jan Mayen Case (1993), paras. 61-69.

cận hơi khác một chút trong việc vẽ đường trung tuyến/cách đều tạm thời. Thay vì vẽ đường trung tuyến cách đều chặt chẽ (tức là có tính đến sự hiện diện của đảo), cơ quan tài phán quốc tế có xu hướng vẽ một đường cách đều tạm thời từ các bờ biển, bỏ qua tất cả các đảo nằm ở giữa vùng phân định. Sự hiện diện của đảo ở giữa vùng phân định có thể được xem như hoàn cảnh đặc biệt mà có thể được cơ quan tài phán tính đến để điều chỉnh đường cách đều tạm thời. Tuy nhiên, điểm đáng lưu ý là trong trường hợp này, cơ quan tài phán quốc tế thường sẽ khoanh vùng một phần hoặc toàn bộ các đảo liên quan, tức là cơ quan tài phán quốc tế vẫn không điều chỉnh đường cách đều tạm thời. Ví dụ điển hình cho cách tiếp cận này là trường hợp đảo Channel (Anglo-French Arbitration, 1977) và các đảo nhỏ nằm ở giữa Eritrea và Yemen. Cụ thể, trong vụ Eritrea/Yemen (1999), trọng tài đã quyết định không trao hiệu lực cho các nhóm đảo nhỏ Al-Tayr và Zubayr bằng cách xác định đường phân định là đường trung tuyến được vẽ từ các bờ biển đất liền của hai quốc gia¹⁶. Đảo Hanish cũng bị bỏ qua trong phân định vùng đặc quyền kinh tế giữa các bờ biển đất liền của Eritrea và Yemen nhưng lại được trao hiệu lực đầy đủ trong phân định lãnh hải¹⁷. Tuy nhiên, các đảo nằm ở gần sát với bờ biển (ví dụ như quần đảo Dahlak và đảo Kamaran của Yemen) đã được trao hiệu lực trong phân định vùng đặc quyền kinh tế¹⁸. Như vậy, trong trường hợp phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa giữa hai quốc gia có bờ biển đối diện, cơ quan tài phán quốc tế đã phân biệt hiệu lực của các đảo nằm vắt ngang qua đường trung tuyến/cách đều (trong

trường hợp này, các đảo có xu hướng bị bỏ qua) với hiệu lực của các đảo nằm ở gần sát với bờ biển đất liền (trong trường hợp này, các đảo có thể được tính đến trong việc xác định đường cách đều).

- Trong hoàn cảnh các quốc gia có *bờ biển kề cận*: cơ quan tài phán cũng có xu hướng phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa chông lán giữa các quốc gia kề cận bằng việc trước hết vẽ một đường cách đều tạm thời, bỏ qua sự hiện diện của đảo nằm ở gần vùng phân định. Sau đó, đường cách đều tạm thời được điều chỉnh để tính đến hiệu lực của đảo (nếu có). Ví dụ kinh điển về trường hợp này là hiệu lực của đảo Scilly (Anh) trong vụ Anglo-French Arbitration (1977)¹⁹. Trọng tài đã xác định hai đường trung tuyến, một đường trao hiệu lực đầy đủ cho đảo Scilly và một đường không trao hiệu lực cho Scilly. Sau đó, trọng tài đã tiếp tục vẽ một đường phân giác, chia đôi góc giữa hai đường trung tuyến làm đường phân định cuối cùng và như vậy, Tòa đã trao hiệu lực một nửa cho đảo Scilly. Tòa cũng tiếp cận tương tự như vậy trong vụ Black Sea Case (2009), trong đó, Tòa đã quyết định bỏ qua đảo Serpent trong phân định vùng đặc quyền kinh tế giữa hai quốc gia nhưng vẫn thừa nhận đảo Serpent có lãnh hải 12 hải lý. Điều này phù hợp với cách tiếp cận về hiệu lực đầy đủ của đảo trong phân định lãnh hải như đã trình bày ở trên.

Trong vụ Bangladesh/Myanmar (2012), không giống với cách tiếp cận về hiệu lực của đảo St Martin trong phân định lãnh hải, ITLOS đã dựa vào các cân nhắc khác nhau và đạt được các kết luận khác nhau về hiệu lực của đảo St Martin trong phân định vùng

16 *Eritrea v Yemen*, (1999), para. 152.

17 *Eritrea/Yemen*, (1999), paras. 154-162.

18 *Eritrea/Yemen*, (1999), para. 150.

19 *Anglo-French Arbitration*, paras. 201-203.

đặc quyền kinh tế và thềm lục địa. Tòa thấy rằng, do vị trí của đảo St Martin, nếu như đảo này được trao hiệu lực đầy đủ trong phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa thì đường cách đều sẽ chia cắt một cách không công bằng sự tiếp cận của Myanma đối với thềm lục địa phía ngoài. Ảnh hưởng của một đảo có thể làm biến dạng đường cách đều sẽ tăng lên một cách đáng kể khi đường này dịch chuyển ra bên ngoài 12 hải lý tính từ bờ biển. Vì vậy, Tòa kết luận rằng đảo St Martin không phải là một “hoàn cảnh liên quan” và không trao cho đảo này bất cứ hiệu lực nào trong phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa. Điều đó chỉ ra rằng, Tòa sẵn sàng hơn về việc trao hiệu lực đầy đủ cho đảo trong phân định lãnh hải nhưng Tòa ít có ý sẵn sàng làm như vậy trong phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa.

3. Nhận định chung về quan điểm của cơ quan tài phán quốc tế và liên hệ với ảnh hưởng của các đảo ở biển Đông trong phân định biển

3.1 Nhận định về quan điểm chung của cơ quan tài phán quốc tế

Thực tiễn nêu trên vừa có tính hướng dẫn vừa có thể chứng minh mức độ ảnh hưởng của đảo trong phân định biển. Phán quyết của cơ quan tài phán quốc tế được đưa ra, một cách trực tiếp và khách quan, trên cơ sở luật quốc tế có liên quan nên chúng là bằng chứng có tính thực tiễn và chỉ dẫn rõ ràng về mức độ ảnh hưởng của đảo trong phân định biển. Từ thực tiễn án lệ của cơ quan tài phán quốc tế, có thể rút ra một số nhận xét sau:

Thứ nhất, phán quyết của cơ quan tài phán quốc tế tương đối nhất quán với xu hướng không trao hiệu lực đầy đủ cho các đảo nhỏ trong phân định biển, đặc biệt là trường hợp mà các đảo nhỏ (thường là dân cư thưa thớt hoặc không có dân cư), nằm ở khoảng cách khá xa so với bờ biển và tạo ra sự mất cân đối lớn về chiều dài các đường bờ biển liên quan²⁰. Nhìn chung, có thể khái quát ba quy tắc mang tính dự đoán về hiệu lực của các đảo nhỏ:

- Các đảo nhỏ không được sử dụng như điểm cơ sở để xây dựng đường trung tuyến/cách đều trong giai đoạn đầu tiên của phân định nếu như chúng *không cấu thành một phần của hình thái chung của bờ biển*²¹;

- Các đảo nhỏ có thể không được tính đến hoặc có thể không được trao hiệu lực đầy đủ, nếu như việc trao hiệu lực đó cho đảo sẽ *tạo ra một đường phân định bị bóp méo*²²;

- Các đảo nhỏ không được xem như hoàn cảnh liên quan đòi hỏi điều chỉnh đường cách đều tạm thời nếu như *bất cứ vùng biển nào được tạo ra từ đảo cũng nằm ở trong phạm vi vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của bờ biển đất liền của các bên*²³.

Giải pháp khoanh vòng 12 hải lý quanh các đảo dường như gợi ý về quan điểm của cơ quan tài phán là tất cả các cấu trúc tự nhiên trên biển mà vẫn ở trên mặt nước khi thủy triều lên thì sẽ có lãnh hải 12 hải lý. Điều này tất yếu dẫn đến hệ quả là, không quốc gia nào được quyền mở rộng vùng đặc quyền kinh tế hay thềm lục địa của mình vào vùng lãnh hải của một đảo thuộc về quốc gia khác. Án lệ của ICJ và các cơ quan tài phán quốc tế khác đều cho thấy, tất cả các cơ quan

20 Xem, *Anglo-French Continental Shelf Arbitration (1977)*, at 251; *Libya/Malta (1985)*, at 129; *Eritrea v Yemen (1999)*, at 147; *Maritime Delimitation in the Black Sea (2009)*, at 187-188.

21 *Eritrea/Yemen (1999)*, para. 15-28; *Romania/Ukraine (2009)*, para. 186.

22 *Qatar/Bahrain case*, para. 219; *Romania/Ukraine*, para. 185.

23 *Romania/Ukraine (2009)*, para. 187; *Nicaragua/Colombia (2012)*, para. 178

này đều không hạn chế quyền của một quốc gia thiết lập lãnh hải 12 hải lý quanh một đảo trên cơ sở lãnh hải của đảo đó chồng lấn với vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của quốc gia khác²⁴.

Thứ hai, ảnh hưởng của đảo trong phân định lãnh hải khác với ảnh hưởng của đảo trong phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa. Án lệ về ảnh hưởng của đảo trong phân định lãnh hải thể hiện sự nhất quán hơn và nhìn chung, đảo có hiệu lực đầy đủ trong phân định lãnh hải²⁵. Ngược lại, án lệ về ảnh hưởng của đảo trong phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa không phải luôn luôn nhất quán. Trong một số trường hợp, đảo được trao vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa hạn chế, trong trường hợp khác, chúng lại không được trao bất kỳ vùng nào. Nói cách khác, ảnh hưởng của đảo trong phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa tùy thuộc vào các hoàn cảnh địa lý của vụ việc và không có quy tắc chung về vấn đề này. Tuy nhiên, nhìn ở góc độ khái quát, nếu có yêu sách chồng lấn giữa vùng biển được tính từ một đảo xa bờ với vùng biển được tính từ đất liền của quốc gia lục địa hoặc quốc gia quần đảo thì thực tiễn tòa án và trọng tài quốc tế sẽ trao hiệu lực giảm đáng kể cho đảo khi phân định biển²⁶.

Thứ ba, phân định biển là để đạt được một giải pháp công bằng trong tất cả các

hoàn cảnh, thậm chí khi sự hiện diện của đảo là hoàn cảnh đặc biệt/liên quan làm cản trở quá trình phân định. Cả hai điều này đều cần phải được tính đến và có các quyền danh nghĩa bình đẳng cho giải pháp công bằng. Vì vậy, có thể kết luận rằng, công bằng sẽ không nhất thiết là ám chỉ sự ngang bằng.

3.2 Ảnh hưởng của các đảo ở Biển Đông trong phân định biển

Biển Đông bao quanh bởi các quốc gia là Trung Quốc (bao gồm cả Đài Loan), Việt Nam, Campuchia, Thái Lan, Indonexia, Malaixia, Brunei và Philippines. Mỗi quốc gia đều đã đưa ra yêu sách đường cơ sở thẳng hoặc đường cơ sở quần đảo nhưng thường không công nhận lẫn nhau²⁷. Các quốc gia này cũng yêu sách đầy đủ các vùng biển tính từ các đường cơ sở đã được công bố, bao gồm cả vùng thềm lục địa mở rộng ngoài 200 hải lý²⁸. Các yêu sách này tạo ra vùng biển chồng lấn từ các bờ biển đối diện hoặc tiếp liền giữa các quốc gia ven Biển Đông.

Bên cạnh các vùng biển tạo ra từ lãnh thổ đất liền của các quốc gia ven biển, quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa nằm ở giữa Biển Đông có thể làm phức tạp thêm khu vực chồng lấn bởi sự áp dụng quy chế pháp lý của đảo theo quy định của UNCLOS với các đảo của hai quần đảo này. Theo quy định của Điều 121 UNCLOS, một đảo có khả năng tạo ra đầy đủ các vùng biển nếu đảo đó

24 Nicaragua/Honduras (2007), para. 302; Nicaragua/ Colombia (2012), para. 178; Bangladesh/Myanmar (2012), para. 169.

25 ICJ đã tuyên bố rằng, các đảo thậm chí nhỏ nhất cũng tạo ra lãnh hải 12 hải lý, xem: Nicaragua/Colombia (2012), para 36; Qatar/Bahrain, para 205; Nicaragua/Honduras (2007), para. 302.

26 Anglo-French Continental Shelf Arbitration, (1977) at 251; Libya/Malta, (1985) at 129; Eritrea v Yemen (1999), at 147; Black Sea Case (2009), at 187-188.

27 Sam Bateman & Clive Schofield, "State Practice Regarding Straight Baselines in East Asia—Legal, Technical and Political Issues in a Changing Environment" (bài nghiên cứu được trình bày tại Hội nghị quốc tế về Các khó khăn trong việc thực thi các quy định của UNCLOS, do Ủy ban Tư vấn về Luật biển (ABLOS) tổ chức tại Monaco, từ ngày 16-17 tháng 10/2008).

28 Xem, đệ trình ngày 7/5/2009 của Việt Nam chung với Malaixia tại <http://www.un.org/Dept/los/clcs-new/submissions-files/submission-mysvnm-33-2009.htm> và đệ trình của Việt Nam tại <http://www.un.org/Dept/los/clcs-new/submissions-files/submission-vnm-37-2009.htm>. Trung Quốc (ngày 11/5/2009), Brunei (ngày 12/5/2009) và Philippines (ngày 8/4/2009) cũng đã nộp thông tin sơ bộ về thềm lục địa mở rộng lên CLCS. Xem, <http://www.un.org/Dept/los/clcs-new/submissions-files/preliminary 2009.htm>

có khả năng cho con người cư trú hoặc có đời sống kinh tế riêng. Quy định không rõ ràng của điều khoản này gây nhiều tranh cãi, đặc biệt là khi áp dụng vào trường hợp của quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa do sự đa dạng của các cấu trúc tại hai quần đảo này. Hiện nay, các quốc gia ven Biển Đông cũng có quan điểm khác nhau và không rõ ràng về quy chế pháp lý của các cấu trúc ở Hoàng Sa và Trường Sa²⁹. Nhìn chung, có ba nhóm quan điểm: (i) tất cả các đảo của quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa là quá nhỏ nên chúng chỉ là đảo đá, tức là chúng sẽ chỉ có nội thủy, lãnh hải và vùng tiếp giáp lãnh hải; (ii) tất cả các đảo của quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa thỏa mãn điều kiện quy định tại Điều 121(3) UNCLOS, tức là tất cả các đảo này có đầy đủ các vùng biển, bao gồm cả vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa³⁰; (iii) một số đảo của quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa thỏa mãn điều kiện quy định tại Điều 121(3) UNCLOS, vì vậy, một số đảo đó có đầy đủ các vùng biển.

Như vậy, khả năng xảy ra sự chồng lấn giữa các vùng biển của các đảo này với nhau và với vùng biển tính từ đất liền của quốc gia ven biển là rất lớn, đặc biệt là nếu như các đảo này có đầy đủ các vùng biển, bao gồm cả vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa.

Tuy nhiên, áp dụng xu hướng chung mà các cơ quan tài phán quốc tế đã xử lý vấn đề ảnh hưởng của đảo trong phân định như đã phân tích ở trên, có thể nhận định về ảnh hưởng của đảo trong triển vọng phân định ở Biển Đông như sau:

- Trong trường hợp phân định vùng biển chồng lấn tính từ bờ biển của các quốc gia

ven Biển Đông: Các đảo đã được các quốc gia ven Biển Đông sử dụng làm điểm cơ sở của đường cơ sở thẳng sẽ không đương nhiên được sử dụng làm điểm cơ sở để phân định vùng biển chồng lấn giữa các quốc gia này với nhau. Trong giai đoạn đầu tiên của quá trình phân định, các đảo này chỉ có thể được sử dụng làm điểm cơ sở của đường trung tuyến/cách đều tạm thời nếu như chúng cấu thành một bộ phận không tách rời của bờ biển và các bên hữu quan đạt được thỏa thuận về điều này. Trên thực tế, một số hiệp định phân định trong khu vực Biển Đông đã không sử dụng các đảo thuộc hệ thống đường cơ sở thẳng để làm điểm cơ sở của đường phân định, ví dụ như Hiệp định phân định biển được ký kết giữa Thái Lan và Việt Nam năm 1997; Hiệp định phân định vịnh Bắc Bộ (2000) giữa Việt Nam và Trung Quốc... Vì vậy, trong đàm phán phân định các vùng biển chồng lấn còn lại, các quốc gia ven Biển Đông cần hết sức thận trọng trên cơ sở quan điểm quán triệt rằng, việc sử dụng đảo làm điểm cơ sở của đường cơ sở thẳng/đường cơ sở quần đảo và sử dụng đảo làm điểm cơ sở để phân định biển là hai vấn đề hoàn toàn khác nhau. Hơn nữa, các quốc gia ven Biển Đông cũng cần cân nhắc vấn đề lợi ích, bởi vì các đảo được sử dụng để làm điểm cơ sở của đường cơ sở thẳng/đường cơ sở quần đảo có thể giúp các quốc gia mở rộng phạm vi các vùng biển tính từ đường cơ sở nhưng chính các đảo đó cũng có thể có các vùng biển riêng.

Trong giai đoạn thứ hai của quá trình phân định, các đảo ở Biển Đông có thể được cân nhắc là hoàn cảnh đặc biệt/liên quan để

29 Đặng Đình Quý, "Biển Đông: Hướng tới một khu vực hòa bình, an ninh và hợp tác", Nxb. Thế giới, Hà Nội, 2011, tr. 293-294.

30 Có thể thấy cách tiếp cận này từ yêu sách của Trung Quốc với diện tích rất lớn ở Biển Đông. Bởi vùng yêu sách quá xa so với đất liền của Trung Quốc, nếu yêu sách đó không được xem như là trong phạm vi vùng nước lịch sử, thì nó phải là các vùng biển của các cấu trúc ở Trường Sa. Iain Scobbie cũng ủng hộ quan điểm này của Trung Quốc trong tranh luận của mình về các vùng biển của Trường Sa. Xem, Iain Scobbie, "The Spratlys Islands Dispute: An Alternative View" (1996) 5 *Oil and Gas Law and Taxation Review*, 173 at 180-182.

điều chỉnh đường trung tuyến/cách đều tạm thời. Mức độ ảnh hưởng của các đảo này sẽ phụ thuộc rất nhiều vào kích cỡ, vị trí... của chúng so với bờ biển và so với vị trí của đường phân định tạm thời.

- Trong trường hợp phân định vùng biển chồng lấn giữa các đảo thuộc quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa với vùng biển tính từ bờ biển của các quốc gia ven Biển Đông: Vì các đảo thuộc quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa đều xa bờ nên không đặt ra vấn đề chồng lấn về lãnh hải giữa đất liền và lãnh hải của các đảo của Hoàng Sa và Trường Sa³¹. Khi phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa giữa các đảo của Hoàng Sa và Trường Sa với đất liền của các quốc gia ven biển, các đảo này sẽ chắc chắn bị giảm bớt hiệu lực (nếu có) để nhường cho hiệu lực đầy đủ của đất liền. Khi phân định vùng chồng lấn giữa nội thủy, lãnh hải và vùng tiếp giáp lãnh hải của một số đảo của Hoàng Sa và Trường Sa với vùng đặc quyền kinh tế của đất liền của các quốc gia ven biển, các đảo này có thể chỉ có 12 hải lý bao quanh.

- Trong trường hợp phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa chồng lấn giữa bản thân các đảo của quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa với nhau (nếu có) thì khả năng rất lớn là sẽ không đặt ra vấn đề điều chỉnh đường trung tuyến/cách đều tạm thời do các đảo này có cùng hoàn cảnh và đặc điểm khá tương đồng. Tương tự, trong trường hợp phân định vùng thềm lục địa của Hoàng Sa và Trường Sa (nếu có) với thềm lục địa mở rộng của Việt Nam, Malaixia, Philippines và Brunei (nếu có yêu sách và được chấp nhận) thì bản thân sự hiện diện của các đảo và sự mở rộng của thềm lục địa cũng đều là hoàn cảnh liên quan, do đó, trường hợp này cũng không đặt ra vấn đề điều chỉnh đường trung tuyến/cách đều tạm thời.

Tóm lại, trong tất cả các triển vọng phân định nêu trên, các đảo luôn có hiệu lực hạn chế trong phân định biển và phụ thuộc vào khoảng cách, tỷ lệ chiều dài bờ biển so với đất liền. Tại Biển Đông, các đảo thuộc quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa sẽ chỉ có ảnh hưởng đến phân định vùng biển nằm ngoài giới hạn 200 hải lý tính từ đường cơ sở của các quốc gia ven biển. Điều này có nghĩa là, trong bất cứ hoàn cảnh nào, các vùng biển được tạo ra từ đất liền đến giới hạn 200 hải lý sẽ thuộc về chủ quyền, quyền chủ quyền của các quốc gia ven biển. Nếu các đảo của quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa không có vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa thì phía ngoài vùng biển 12 hải lý bao quanh các đảo của quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa sẽ là vùng tiếp giáp lãnh hải và Biển cả - vùng biển để ngỏ cho tất cả các quốc gia thăm dò và khai thác theo quy định của UNCLOS. Trong bất cứ trường hợp nào, khu vực ngoài giới hạn 200 hải lý không thể lớn như khu vực mà đường lưỡi bò (do Trung Quốc tự vẽ) bao quanh. Như vậy, danh nghĩa chủ quyền đối với các đảo của Hoàng Sa và Trường Sa sẽ không có nhiều giá trị trong việc mang lại các vùng biển rộng lớn như là mong muốn của một số quốc gia.

Triển vọng phân định này là viễn cảnh dự đoán, hoàn toàn có thể thấy trước trên cơ sở các án lệ của cơ quan tài phán quốc tế mà không cần phụ thuộc vào kết quả của việc giải quyết tranh chấp về chủ quyền lãnh thổ. Vì vậy, trong khi chờ đợi kết quả phân định cuối cùng, giải pháp tốt nhất hiện nay đối với các quốc gia ven Biển Đông là tạm gác tranh chấp chủ quyền đối với các đảo để tiến hành hợp tác khai thác chung trên vùng biển chồng lấn ở phía ngoài giới hạn 200 hải lý tính từ đường cơ sở của bờ biển đất liền ■

³¹ Hoàng Sa cách đảo Lý Sơn của Việt Nam 120 hải lý, cách đảo Hải Nam của Trung Quốc 156 hải lý; Trường Sa cách đảo Hòn Hải của Việt Nam 210 hải lý, cách đảo Hải Nam 520 hải lý.

MẶT TRÁI CỦA CÁC HIỆP ĐỊNH TỰ DO THƯƠNG MẠI

NGUYỄN ĐĂNG DUNG*

NGUYỄN ĐĂNG DUY**

Có rất nhiều người đã đánh giá cao vai trò của các Hiệp định tự do thương mại trong quá trình toàn cầu hóa và thương mại tự do hiện nay. Nhưng cũng đã có không ít người chỉ ra mặt trái của các Hiệp định tự do thương mại. Thậm chí, có người coi các Hiệp định tự do thương mại trong quá trình toàn cầu hóa, thương mại tự do là nguồn gốc của bất ổn, căn nguyên của đói nghèo, bệnh tật và xung đột ở nhiều quốc gia, nhất là đối với các quốc gia chậm phát triển. Theo chúng tôi, nguồn gốc của vấn đề không phải ở bản thân quá trình toàn cầu hóa, thương mại tự do mà là ở sự hẹp hòi, thiên cận trong tầm nhìn, tính vị kỷ và lòng tham của những người vạch chính sách thúc đẩy toàn cầu hóa ở một số tổ chức quốc tế và chính phủ ở nhiều quốc gia, kể cả ở các nước phát triển và chậm phát triển.

Mấu chốt của vấn đề là làm sao để các nước nghèo kiểm soát được trình tự và nhịp độ cải cách theo hướng thị trường - tự do hóa và mở cửa - hội nhập. Trong nhiều trường hợp, vì thiếu kinh nghiệm, ít tri thức, không đủ nguồn lực nên nhiệm vụ đó trở nên bất khả thi đối với chính phủ các nước

chậm phát triển. Khi đó, sự “hỗ trợ toàn cầu hóa” kèm theo hàng loạt điều kiện ràng buộc nghiệt ngã, gây áp lực quá mức, và quan trọng hơn là những điều kiện sai lầm từ phía các vị “mạnh thường quân” quốc tế, đã đẩy các nước này vào cảnh nợ nần, tiếp tục chậm tiến; thậm chí đi vào suy thoái và gia tăng đói nghèo; lâm vào khủng hoảng.

Các Hiệp định tự do thương mại trong quá trình toàn cầu hóa và thương mại tự do hiện nay cũng gây ra những khó khăn cho cả các nước phát triển. Ông Mark Jones, một nhà phân tích chính trị của Đại học Rice, cho biết: Việc chống thương mại tự do nhận được sự tán đồng của những người bị mất công ăn việc làm vì những thay đổi trong nền kinh tế, những người thất nghiệp và những người lo sợ sẽ bị thất nghiệp. Ông cũng cho rằng, một phần của vấn đề là 05 triệu công ăn việc làm mà các nhà kinh tế cho là do Hiệp định NAFTA¹ tạo ra không có dính líu một cách rõ ràng với thương mại tự do, ngay cả đối với những người đang có những việc làm đó. Ông Jones nhận định: “Rất dễ tìm thấy những người bị mất việc làm vì thương mại tự do, nhưng khó tìm ra

* **GS, TS. Đại học Quốc gia Hà Nội.**

** **ThS. Đại học Quốc gia Hà Nội.**

1 Hiệp định Thương mại tự do (FTA) là kết quả chính thức của một quá trình thương lượng giữa hai hay nhiều quốc gia ký kết nhằm hạ thấp hoặc loại hẳn các rào cản đối với thương mại.

những người có được việc làm do thương mại tự do tạo ra”².

Nhưng chúng ta vẫn tin rằng, toàn cầu hóa có thể là một sức mạnh thúc đẩy, nâng cao mức sống của mọi người trên thế giới, đặc biệt là người nghèo. Để được như thế thì cách thức tiến hành toàn cầu hóa hiện nay “cần phải được suy xét lại một cách triệt để”. Cách thức hiện nay thường chỉ phù hợp với lợi ích của các nước phát triển và các tầng lớp có quyền lực, khiến cho hố ngăn cách giàu nghèo ngày càng rộng trên phạm vi toàn cầu.

Những người chỉ trích toàn cầu hóa buộc tội các nước phương Tây là đạo đức giả. Các nước phương Tây đã ép buộc nhiều nước nghèo xóa bỏ hàng rào thương mại, nhưng lại giữ lại hàng rào thương mại của chính họ. Các chính sách như duy trì chế độ hạn ngạch đối với hàng hóa nhập khẩu từ các nước đang phát triển, hay tiếp tục trợ cấp nông nghiệp khiến cho hàng nông sản của các nước đang phát triển khó cạnh tranh, dẫn đến hậu quả là “nhiều nước nghèo nhất thế giới thực ra còn bị làm cho nghèo hơn”³. Không những thế, toàn cầu hóa cũng đã không thành công trong việc bảo đảm sự ổn định. Chính sách đòi hỏi các nước phải tự do hóa thị trường tài chính, nói lỏng việc kiểm soát chu chuyển vốn “chỉ tạo ra sự phá hoại”⁴. Những dòng tiền chạy ra khỏi các nước một cách đột ngột sẽ để lại sau lưng nó sự sụp đổ của hệ thống tỷ giá và sự suy sụp của cả hệ thống ngân hàng. Khủng hoảng tài chính trở thành một hiểm họa luôn đe dọa các nền kinh tế mới nổi.

Chính phủ rất nhiều nước, cả phát triển và đang phát triển, thường bỏ quá nhiều công sức làm những việc mà họ không nên

làm. Điều này làm cho họ xao nhãng những công việc mà họ nên làm. Vấn đề không phải là quy mô chính phủ quá lớn mà ở chỗ chính phủ không làm việc phải làm. Ví dụ, chính phủ không có kỹ năng để điều hành nhà máy thép nhưng vẫn điều hành và thường làm cho mọi thứ rối loạn, dù những nhà máy thép hiệu suất cao nhất trên thế giới lại là những nhà máy do chính phủ thành lập và điều hành như ở Hàn Quốc, Đài Loan, nhưng chúng là những ngoại lệ. Những doanh nghiệp tư nhân cạnh tranh có thể làm những việc đó hiệu quả hơn. Đây là một trong những luận điểm ủng hộ tư nhân hóa để chuyển các doanh nghiệp quốc doanh thành doanh nghiệp tư nhân. Tuy nhiên, có những điều kiện tiên quyết cần phải được thỏa mãn trước khi tư nhân hóa đem lại đóng góp thực sự cho tăng trưởng kinh tế.

Quỹ Tiền tệ quốc tế (International Monetary Fund - IMF) và Ngân hàng Thế giới (WB) lại tiếp cận vấn đề này từ một hệ tư tưởng cực đoan: tư nhân hóa phải được tiến hành nhanh. Việc tính điểm được áp dụng đối với các nước đang tiến hành chuyển đổi từ kinh tế kế hoạch hóa sang kinh tế thị trường. Ai tư nhân hóa nhanh hơn thì được điểm cao. Kết quả là, tư nhân hóa không mang lại những lợi ích đã hứa hẹn. Những vấn đề nảy sinh từ thất bại này đã tạo ra ác cảm đối với ý tưởng tư nhân hóa⁵.

Điều quan trọng nhất theo quan điểm của IMF là phải tiến hành tư nhân hóa nhanh chóng, còn những vấn đề khác như cạnh tranh, chế tài... có thể giải quyết sau. Hiểm họa ở đây là, một khi quyền lợi cục bộ đã hình thành, những thế lực có được quyền lợi đó sẽ có động lực và tiền bạc để duy trì vị trí độc quyền, giẫm nát các quy định cạnh

2 Xem: Các Hiệp định thương mại bị chỉ trích trong chiến dịch tranh cử ở Mỹ/ www.voatiengviet.com/...thuong-mai...trich-trong...tra..

3 Xem, J. Stiglitz: Toàn cầu hóa - Những mặt trái, Nxb. Trẻ, TP. HCM., 2008, tr. 8.

4 Xem, J. Stiglitz, Sđd, tr. 75.

5 Xem, J. Stiglitz Sđ d. tr. 75.

tranh lành mạnh và bình đẳng giữa các chủ thể của tiến trình kinh tế. Tư nhân hóa một độc quyền không bị kiểm soát có thể tạo thêm doanh thu cho chính phủ và IMF thì lại quan tâm đến các vấn đề kinh tế vĩ mô, như mức độ thâm hụt ngân sách, hơn là các vấn đề về cơ cấu, như tính hiệu quả và tính cạnh tranh của cả một ngành công nghiệp. Dù cho các hãng độc quyền được tư nhân hóa đạt được hiệu suất sản xuất cao hơn so với doanh nghiệp quốc doanh, chúng cũng thường hiệu quả hơn trong việc lợi dụng vị thế độc quyền. Kết quả là người tiêu dùng luôn chịu thiệt.

Tư nhân hóa không những gây thiệt hại cho người tiêu dùng mà còn gây thiệt hại cho cả người lao động. Tác động của tư nhân hóa lên việc làm có lẽ là nội dung gây tranh cãi lớn nhất giữa những người ủng hộ và phản đối. Những người ủng hộ cho rằng, bằng cách tư nhân hóa, có thể loại bỏ những công nhân làm việc có năng suất thấp, trong khi những người phản đối khẳng định rằng, sự cắt giảm lao động diễn ra mà không quan tâm đến những hậu quả xã hội là vô trách nhiệm. Tư nhân hóa thường biến những doanh nghiệp nhà nước thua lỗ trở nên có lãi bằng cách cắt giảm chi phí tiền lương. Còn những hậu quả xã hội gắn liền với thất nghiệp thì những hãng tư nhân không bao giờ tính đến. Với bảo hiểm việc làm tối thiểu, các ông chủ có thể sa thải công nhân mà không hoặc mất rất ít chi phí. Tư nhân hóa đã bị chỉ trích mạnh mẽ bởi vì không giống như đầu tư mới - đầu tư lập hãng mới chứ không phải mua lại các doanh nghiệp sẵn có - tư nhân hóa thường gây ra cắt giảm việc làm hơn là tăng thêm việc làm.

Ở các nước công nghiệp, người ta chấp nhận những “đau đớn” của việc sa thải công nhân hàng loạt và giảm nhẹ chúng phần nào bằng hệ thống bảo hiểm thất nghiệp. Ở những nước kém phát triển, chính phủ thường không phải trả tiền cho công nhân thất nghiệp bởi vì rất hiếm có những chương

trình bảo hiểm thất nghiệp. Nhưng có thể có những thiệt hại xã hội dưới những hình thức tồi tệ nhất như bạo lực đô thị, gia tăng tội phạm, rối loạn chính trị và xã hội. Ngay cả khi không có những vấn đề đó, thiệt hại do thất nghiệp gây ra vẫn rất lớn. Đó là những lo lắng rộng khắp trong công nhân, những người luôn cố gắng giữ lấy việc làm. Đó là cảm giác chán ghét, là gánh nặng tài chính cho các thành viên gia đình, những người cũng đang cố gắng để không bị sa thải. Đó là việc trẻ em bỏ học để về giúp gia đình. Những thiệt hại xã hội như thế có ảnh hưởng kéo dài hơn nhiều so với sự mất việc trước mắt. Chúng thường biểu hiện rõ nét khi một doanh nghiệp được bán cho nước ngoài. Các doanh nghiệp trong nước chỉ ít cũng gắn bó với bối cảnh xã hội trong nước và chỉ miễn cưỡng sa thải công nhân nếu họ biết công nhân đó khó có thể sắp xếp được vào việc nào khác. Còn các ông chủ nước ngoài lại chỉ cảm thấy có trách nhiệm lớn hơn đối với các cổ đông, tìm cách tối đa hóa giá trị cổ phiếu trên thị trường bằng cách giảm chi phí. Họ cảm thấy không có nghĩa vụ với những cái mà họ gọi là “lực lượng lao động dư thừa”.

Việc tái cơ cấu các doanh nghiệp nhà nước là rất quan trọng và tư nhân hóa thường là một cách hiệu quả để làm điều này. Nhưng việc biến những lao động có năng suất thấp trong doanh nghiệp nhà nước trở thành thất nghiệp cũng không làm tăng thu nhập quốc gia và dĩ nhiên, không làm tăng phúc lợi của công nhân. Bài học thật đơn giản và sẽ được nhắc lại liên tục: Tư nhân hóa phải là một phần của một chương trình toàn diện đòi hỏi phải tạo thêm việc làm mới đồng thời với quá trình cắt giảm việc làm không tránh khỏi khi tư nhân hóa. Những chính sách kinh tế vĩ mô giúp tạo việc làm, bao gồm cả chính sách lãi suất thấp, sẽ phải được áp dụng. Xây dựng thời gian biểu và lịch trình phù hợp là quan trọng nhất. Đây là vấn đề về nguyên tắc.

Vấn đề nổi cộm nhất thường xảy ra trong quá trình tư nhân hóa là tham nhũng. Những lời hùng biện của chủ nghĩa thị trường tự do luôn khẳng định rằng, tư nhân hóa sẽ làm giảm cái mà các nhà kinh tế gọi là “tìm kiếm địa tô” của các quan chức chính phủ, xà xẻo lợi nhuận của các doanh nghiệp nhà nước hay ban phát hợp đồng và làm lợi cho gia quyến và bạn bè thân hữu. Nhưng trái ngược với những điều khẳng định đó, tư nhân hóa làm cho mọi thứ tồi tệ đến mức ở nhiều nước, ngày nay, tư nhân hóa được gọi một cách mỉa mai là “tham nhũng hóa”. Một khi chính phủ đã tham nhũng thì có rất ít bằng chứng cho thấy tư nhân hóa có thể giải quyết vấn đề. Chính phủ tham nhũng đã quản lý yếu kém doanh nghiệp nhà nước thì cũng sẽ quản lý yếu kém quá trình tư nhân hóa. Ở nhiều nước, các quan chức chính phủ nhận ra rằng, họ không cần xà xẻo từng đồng lợi nhuận hàng năm của doanh nghiệp nữa. Bằng cách bán một doanh nghiệp nhà nước thấp hơn giá thị trường, họ có thể kiếm được khối tài sản lớn cho bản thân còn hơn để lại cho người sẽ kế vị họ sau này. Họ đã lấy hết các khoản mà những quan chức kế vị họ trong tương lai có thể xà xẻo. Không có gì ngạc nhiên, quá trình tư nhân hóa gian lận này được sắp đặt để tối đa hóa số tiền mà các bộ trưởng trong chính phủ có thể kiếm chác cho riêng họ, chứ hoàn toàn không phải số tiền sẽ thu về cho ngân khố quốc gia, nói gì đến chuyện đem lại hiệu quả tổng thể cho nền kinh tế. Nước Nga là một trường hợp khủng khiếp về tác hại “tư nhân hóa bằng mọi giá”.

Những người ủng hộ tư nhân hóa tự thuyết phục một cách ngây thơ rằng, những thiệt hại này có thể được bỏ qua, bởi vì sách giáo khoa kinh tế dường như chỉ ra rằng, một khi quyền sở hữu tư nhân được xác lập rõ ràng, những người chủ mới sẽ đảm bảo sao cho tài sản được quản lý hiệu quả. Tình hình sẽ được cải thiện về dài hạn dù cho phải tồi tệ trong ngắn hạn. Họ không nhận thấy rằng, nếu không có một cấu trúc luật pháp

và thể chế thị trường phù hợp, những ông chủ mới chỉ có động lực để bòn rút tài sản hơn là sử dụng chúng như cơ sở để mở rộng sản xuất. Kết quả ở nước Nga và nhiều nước khác là tư nhân hóa không trở thành một sức mạnh hiệu quả cho tăng trưởng như mong muốn. Trong thực tế, đôi khi tư nhân hóa còn gắn liền với suy giảm tăng trưởng và làm xói mòn lòng tin vào các thể chế dân chủ và thị trường.

Tự do hóa thương mại được kỳ vọng sẽ nâng cao thu nhập quốc dân bằng cách đưa nguồn lực từ nơi sử dụng kém hiệu quả đến nơi sử dụng hiệu quả hơn, như các nhà kinh tế thường nói, là tận dụng lợi thế so sánh. Nhưng việc chuyển các nguồn lực từ nơi năng suất thấp tới nơi năng suất “bằng không” chẳng làm các nước giàu thêm và đây chính là điều đã xảy ra thường xuyên dưới các chương trình của tự do hóa thương mại. Làm mất việc làm thì rất dễ và thường là tác động tức thì của tự do hóa thương mại, khi những ngành công nghiệp kém hiệu quả bị đóng cửa dưới áp lực cạnh tranh quốc tế. Quan điểm của nhiều thiết chế quốc tế cho rằng, tự do thương mại là sẽ có những việc làm mới, có năng suất cao hơn khi những việc làm cũ không hiệu quả, sinh ra nhờ vào sự bảo hộ, bị xóa bỏ. Nhưng thực tế không đơn giản như thế và rất ít các nhà kinh tế tin vào khả năng tạo việc làm tức thời, ít nhất là từ sau cuộc Đại suy thoái đến nay. Cần phải có vốn và óc kinh doanh để lập những doanh nghiệp mới và tạo việc làm mới, và ở những nước đang phát triển, yếu tố thứ hai thì thiếu do giáo dục yếu kém còn yếu tố thứ nhất thì thiếu do không có tài trợ của ngân hàng.

Những nước đang phát triển thành công nhất - những nước Đông Á - cũng mở cửa ra thế giới bên ngoài nhưng đã làm từ từ theo một lịch trình phù hợp. Những nước này lợi dụng toàn cầu hóa để mở rộng xuất khẩu và kết quả là tăng trưởng nhanh hơn. Nhưng họ đỡ bỏ hàng rào bảo hộ một cách thận trọng và có hệ thống, chỉ xóa bỏ chúng khi đã tạo thêm được những việc làm và lập

thêm doanh nghiệp mới. Thậm chí nhà nước đảm nhiệm cả vai trò hỗ trợ kinh doanh, thúc đẩy những doanh nghiệp mới. Trung Quốc chỉ dỡ bỏ hàng rào thương mại hai mươi năm sau khi bắt đầu chuyển sang nền kinh tế thị trường, giai đoạn mà nước này tăng trưởng với tốc độ cực nhanh.

Trên thực tế, tự do hóa thương mại thường xuyên thất bại trong việc đem lại những lợi ích hứa hẹn mà thay vào đó là tạo ra thêm thất nghiệp. Điều này giải thích tại sao mà tự do thương mại lại gây ra sự chống đối mạnh mẽ. Thói đạo đức giả của những kẻ đòi thúc đẩy thương mại tự do và cái cách mà họ thúc đẩy đã gây thêm sự thù địch với tự do hóa thương mại. Các nước phương Tây thúc đẩy tự do hóa thương mại để xuất khẩu sản phẩm của họ nhưng cùng lúc lại tiếp tục bảo hộ những lĩnh vực mà sự cạnh tranh từ các nước đang phát triển có thể đe dọa đến nền kinh tế. Các vòng đàm phán trước đó đã bảo vệ lợi ích của các nước công nghiệp phát triển - hay đúng hơn là những lợi ích cục bộ ở các nước này - mà không hề đếm xỉa đến lợi ích của những nước kém phát triển hơn. Những nhà bảo hộ thương mại đã có lý khi chỉ ra rằng, những vòng đàm phán thương mại trước đó đã giảm rào cản thương mại đối với hàng hóa công nghiệp, từ ô tô cho đến máy móc do các nước công nghiệp phát triển xuất khẩu. Cùng lúc đó, các nhà đàm phán lại cho những nước này duy trì trợ cấp quốc gia cho hàng nông sản và đóng cửa thị trường với những hàng hóa này và hàng dệt may, những mặt hàng mà nhiều nước đang phát triển có lợi thế so với các nước phát triển.

Thế kỷ 19, nhiều cường quốc phương Tây đã tăng trưởng nhờ vào các chính sách bảo hộ, áp đặt những hiệp ước thương mại bất công. Hiệp ước tàn bạo nhất ra đời sau cuộc Chiến tranh Á phiện, khi Anh và Pháp

hợp tác để chống lại Trung Hoa yếu đuối, đồng thời cùng với Nga và Mỹ ép buộc Trung Hoa ký Hiệp ước Thiên Tân năm 1858, không chỉ bao gồm những nhượng bộ về thương mại và lãnh thổ, đảm bảo Trung Quốc xuất khẩu những hàng hóa mà phương Tây cần với giá rẻ, mà còn mở cửa thị trường Trung Quốc cho thuốc phiện, làm cho hàng triệu người Trung Quốc trở thành nghiện ngập.

Ngày nay, các thị trường mới nổi không bị ép buộc phải mở cửa bằng cách đe dọa sử dụng vũ lực quân sự mà bằng sức mạnh kinh tế, bằng đe dọa trừng phạt hay ngưng trợ giúp khi khủng hoảng. Mặc dù WTO⁶ là một diễn đàn thương thảo những thỏa thuận thương mại quốc tế, các nhà đàm phán thương mại Mỹ và IMF thường khăng khăng đòi đẩy tự do hóa thương mại đi xa hơn và tăng tốc quá trình tự do hóa thương mại, đòi gấn tự do hóa nhanh hơn như một điều kiện cho sự trợ giúp và các nước đang phải đối mặt với khủng hoảng thấy rằng họ không có lựa chọn nào khác ngoài việc phải thỏa mãn những đòi hỏi này⁷. Hãy xem Đại diện thương mại Mỹ hoặc Bộ Thương mại Mỹ, do sự thúc giục của những nhóm lợi ích cục bộ trong lòng nước Mỹ, thường đưa ra lời buộc tội các nước khác vi phạm luật. Sau đó là một quá trình điều tra do Chính phủ Mỹ tự tiến hành và tự quyết định và tiếp theo là một lệnh trừng phạt được áp đặt chống lại các nước mà Mỹ không thích. Nước Mỹ tự biến mình đồng thời thành người buộc tội, quan tòa và bồi thẩm đoàn. Một quá trình giống với một phiên tòa diễn ra nhưng kết quả đã biết trước: cả luật lệ lẫn các quan tòa đều đồng lòng buộc tội. Khi “thùng thuốc súng” này được ném về phía các nước công nghiệp khác, Châu Âu hay Nhật Bản, những nước này có đủ các nguồn lực để tự vệ. Nhưng khi nó được ném vào

6 WTO: World Trade Organization, Tổ chức Thương mại Thế giới.

7 Xem, J. Stiglitz, Sđd, tr. 90.

các nước đang phát triển, dù là những nước lớn như Ấn Độ hay Trung Quốc, thì đó cũng là một trận đấu không cân sức. Nó không giúp gì cho việc củng cố niềm tin vào hệ thống thương mại quốc tế⁸.

Trong khi các nước công nghiệp tiên tiến với hệ thống thể chế phức tạp, đã học được những bài học đắt giá từ phi điều tiết tài chính, thì IMF lại mang thông điệp Reagan - Thatcher đến các nước đang phát triển, những nước không được chuẩn bị những phương tiện để quản lý những nhiệm vụ mà ngay cả trong những điều kiện tốt nhất cũng đầy khó khăn và rủi ro. Trong khi các nước công nghiệp phát triển không tiến hành tự do hóa thị trường tài chính cho mãi đến giai đoạn phát triển cao của mình - các nước châu Âu đã chờ đợi đến tận những năm 70 mới xóa bỏ quản lý thị trường vốn - người ta lại khuyến khích các nước đang phát triển làm điều đó thật nhanh.

Hậu quả suy thoái kinh tế cùng với khủng hoảng ngân hàng do phi điều tiết thị trường vốn gây ra, dù cũng thật đau đớn với các nước phát triển nhưng còn ít nghiêm trọng hơn nhiều so với ở các nước đang phát triển. Các nước nghèo không có hệ thống an sinh để giảm nhẹ những ảnh hưởng của suy thoái kinh tế. Sự cạnh tranh hạn chế trên thị trường tài chính ở những nước này có nghĩa là tự do hóa không phải luôn mang lại những lợi ích hứa hẹn do lãi suất giảm. Thay vào đó, nông dân đôi khi thấy rằng họ phải trả lãi cao hơn, làm cho họ gặp khó khăn hơn khi mua hạt giống và phân bón cần thiết để duy trì sản xuất hay cải thiện cuộc sống khốn khó của họ.

Hậu quả của tự do hóa thị trường tài chính thậm chí còn tai hại hơn so với những tác hại của tự do hóa thương mại quá sớm, thiếu kiểm soát. Tự do hóa thị trường tài chính đòi hỏi dỡ bỏ những quy định dùng để kiểm soát dòng tiền nóng (hot money), tức

là những khoản vay nợ và hợp đồng ngắn hạn mà thường không khác gì đánh bạc trên sự biến động của tỷ giá. Những khoản tiền đầu cơ này không thể dùng để xây nhà máy hay tạo việc làm. Các doanh nghiệp không đầu tư dài hạn bằng những khoản tiền mà có thể bị rút ra với chỉ một lời thông báo. Những rủi ro đi kèm dòng tiền nóng làm cho đầu tư dài hạn vào các nước đang phát triển trở nên kém hấp dẫn. Hậu quả tiêu cực lên tăng trưởng thậm chí còn lớn hơn. Để kiểm soát những rủi ro đi kèm với dòng vốn đầy biến động này, các nước thường được khuyến cáo dành ra một khoản dự trữ tương đương với nợ ngắn hạn bằng ngoại tệ.

IMF cổ vũ cho tự do hóa tài chính dựa trên những lập luận đơn giản: thị trường tự do thì hiệu quả hơn, hiệu quả cao hơn thì dẫn đến tăng trưởng nhanh hơn. Nó lờ đi những lập luận như chúng ta vừa trình bày ở trên và đưa ra những lời lẽ bóng bẩy bề ngoài, chẳng hạn như nếu không có tự do hóa tài chính, các nước sẽ không thể thu hút vốn đầu tư nước ngoài, đặc biệt là đầu tư trực tiếp.

Tự nhân hóa, tự do hóa và sự ổn định kinh tế vĩ mô sẽ tạo ra điều kiện thuận lợi thu hút đầu tư, bao gồm cả đầu tư nước ngoài. Đầu tư sẽ tạo ra tăng trưởng. Các doanh nghiệp nước ngoài đem đến kiến thức công nghệ và khả năng tiếp cận thị trường nước ngoài, từ đó tạo ra nhiều cơ hội việc làm. Các doanh nghiệp nước ngoài còn tiếp cận được các nguồn tài chính đặc biệt quan trọng ở những nước đang phát triển, nơi thể chế tài chính trong nước còn yếu kém. Đầu tư trực tiếp nước ngoài đóng vai trò quan trọng trong phát triển kinh tế thành công nhất ở những nước như Singapore, Malaysia và thậm chí cả Trung Quốc. Nhưng đầu tư trực tiếp nước ngoài cũng có những mặt trái. Các tập đoàn nước ngoài tràn vào thường đè bẹp các đối thủ cạnh tranh trong nước, bóp

8 Xem, J. Stiglitz, *Sdd*, tr. 86.

chết tham vọng của những doanh nhân nhỏ hy vọng phát triển nền công nghiệp bản địa. Các nhà sản xuất đồ uống nhẹ khắp thế giới đã bị sự xâm nhập của Coca-cola và Pepsi chèn ép trên chính quê hương họ. Các nhà sản xuất kem địa phương cũng thấy rằng, họ không thể cạnh tranh nổi với các sản phẩm kem của Unilever.

Khi Wal Mart xâm nhập một cộng đồng dân cư, các doanh nghiệp địa phương luôn phản đối mãnh liệt, lo ngại rằng họ sẽ bị loại khỏi cuộc chơi. Những cửa hàng địa phương sợ họ không đủ khả năng cạnh tranh với Wal Mart bởi sức mua khổng lồ của nó. Những người dân sống trong thành phố nhỏ thì lo ngại điều gì sẽ xảy ra với bản sắc của cộng đồng nếu tất cả các cửa hàng địa phương phải đóng cửa. Những lo lắng tương tự ở những nước đang phát triển còn mạnh hơn gấp nghìn lần. Mặc dù những lo ngại này là chính đáng, người ta cần phải hiểu là: lý do để Wal Mart thành công chính là ở chỗ nó cung cấp hàng hóa cho người tiêu dùng với giá cả thấp hơn. Việc cung cấp hiệu quả hàng hóa và dịch vụ đến cho dân nghèo ở những nước đang phát triển có ý nghĩa quan trọng nếu biết rằng nhiều người trong số họ sống ở ngưỡng nghèo khổ. Vì chưa có luật cạnh tranh hoặc có nhưng không được thực thi hiệu quả nên sau khi các hãng nước ngoài đánh bật sự cạnh tranh của các doanh nghiệp sở tại, họ sử dụng sức mạnh độc quyền để tăng giá. Những lợi ích của giá hàng hóa rẻ sẽ chỉ tồn tại trong thời gian ngắn. Đây cũng là một sự xâm phạm quyền con người tại các quốc gia chậm phát triển.

Trên thực tế, toàn cầu hóa về kinh tế đã vượt qua toàn cầu hóa về chính trị. Chúng ta đang có một hệ thống quản lý toàn cầu vô tổ chức, thiếu phối hợp mà không có một chính phủ toàn cầu, một tập hợp các định chế và thỏa thuận nào có thể đối phó với một loạt những vấn đề do sự phát triển kinh tế và tự

do thương mại gây ra, như sự nóng lên của trái đất, sự ô nhiễm các dòng sông và môi trường. Khi thảo luận những vấn đề về hiệp định tự do thương mại, cũng như về tự do tài chính, các bộ trưởng - những người trực tiếp thương thuyết hiệp định đại diện cho các quốc gia - ít lưu ý đến những quyết định của họ tác động thế nào đến môi trường, đến quyền con người. Mặc dù có thể có những quy định thỏa thuận trong các hiệp định về nội dung đó, nhưng các hiệp định hầu như đều thiếu những bảo đảm cho những nội dung đó sẽ được thực hiện trên thực tế⁹. Nhưng những hiệp định thương mại có những điều khoản như vậy vẫn được gọi là những hiệp định thương mại tự do công bằng.

Có rất nhiều hiệp định không được gọi như vậy. Chúng có tính chất bất cân xứng giữa các bên. Mở cửa thị trường thương mại cho hàng hóa của các nước công nghiệp phát triển mà không hề có đi có lại với thị trường của các nước kém phát triển. Những hiệp định này luôn đặt các nước chậm phát triển vào thế bất lợi, làm cho đời sống của người dân thường các nước này càng trở nên tồi tệ hơn khi có hiệp định.

Cho dù sau này, các hiệp định được ký kết với trạng thái công bằng hơn, thì không phải ai, không phải mọi người dân ở các nước chậm phát triển nào cũng được hưởng lợi. Vì rằng, cho dù rào cản thương mại được dỡ đi một cách cân xứng đối với các nước phát triển thì không phải mọi người dân ở các nước đều ở một vị thế như nhau khi hiệp ước được thực hiện. Những người sống ở những nước công nghiệp phát triển dễ dàng nắm bắt thời cơ do việc mở cửa thị trường các nước đang phát triển tạo ra. Những người sống trong các nước đang phát triển thì sẽ phải đương đầu với nhiều khó khăn do việc mở cửa thị trường đem lại. Nhất là sự mất việc làm của đa số người có trình độ tay nghề thấp. Mà một khi đã mất việc thì tìm lại việc làm mới là không phải dễ ■

9 Xem, J. Stiglitz: *Vận hành toàn cầu hóa*. Nxb. Trẻ, TP.HCM., 2008, tr. 63.

NHẬN DIỆN VÀ ĐIỀU CHỈNH CÁC QUAN HỆ PHÁP LUẬT TRONG HOẠT ĐỘNG ĐẤU GIÁ TÀI SẢN

ĐÀO NGỌC BÁU*
LÊ QUANG HÒA**

Hoạt động đấu giá thường liên quan đến bốn nhóm chủ thể, bao gồm người có tài sản đấu giá, doanh nghiệp đấu giá tài sản (ĐGTS), người tham gia ĐGTS và người trúng đấu giá. Giữa các chủ thể này hình thành nên ba loại quan hệ hợp đồng, đó là: (i) quan hệ ủy quyền giữa người có tài sản đấu giá và doanh nghiệp ĐGTS (thể hiện qua hợp đồng đại diện mua bán tài sản), (ii) quan hệ môi giới giữa người tham gia đấu giá và doanh nghiệp ĐGTS (thể hiện qua hợp đồng tham gia ĐGTS), (iii) quan hệ mua bán hàng hóa giữa người trúng đấu giá và người có tài sản đấu giá (thể hiện qua hợp đồng mua bán tài sản đấu giá). Trên cơ sở phân tích bản chất pháp lý của các mối quan hệ pháp luật nêu trên, bài viết kiến nghị các biện pháp điều chỉnh bằng pháp luật phù hợp với thực tế ĐGTS và phù hợp với nguyên lý chung của khoa học luật dân sự Việt Nam.

1. Quan hệ pháp luật giữa doanh nghiệp đấu giá và người có tài sản đấu giá

Thực tiễn tư pháp các nước cho thấy, các tranh chấp trong ĐGTS thường liên quan đến việc xác định ai là chủ thể bán hàng trong hoạt động đấu giá: doanh nghiệp đấu giá hay người có tài sản đấu giá? Những vụ việc tranh chấp thường thấy bao gồm: khi đấu giá kết thúc, người trúng đấu giá không thanh toán tiền mua tài sản, khi đó người có tài sản đấu giá sẽ yêu cầu doanh nghiệp đấu giá hay người trúng đấu giá thực hiện nghĩa vụ này? Hoặc trong trường hợp người trúng đấu giá phát hiện tài sản có khuyết tật và không nhận hàng thì người có tài sản đấu giá hay doanh nghiệp đấu giá phải chịu trách nhiệm do vi phạm hợp đồng? Để trả lời câu

hỏi này cần xác định quan hệ giữa doanh nghiệp đấu giá và người có tài sản đấu giá là quan hệ ủy thác hay quan hệ đại diện. Sự khác biệt cơ bản giữa hai loại quan hệ này là ở chỗ đối với ủy thác, bên nhận ủy thác (doanh nghiệp ĐGTS) sẽ nhân danh chính mình tiến hành bán tài sản đấu giá và ký hợp đồng với người trúng đấu giá, do đó các quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng sẽ phát sinh giữa doanh nghiệp ĐGTS với bên trúng đấu giá. Pháp luật đấu giá các nước theo hệ thống luật châu Âu lục địa (điển hình là Đức) nghiêng về quan điểm này. Trong khi đó, nếu là quan hệ đại diện thì người đại diện (doanh nghiệp ĐGTS) sẽ nhân danh bên giao đại diện (người có tài sản đấu giá) bán tài sản đấu giá, ký hợp đồng mua bán tài

* TS. Viện Nhà nước và Pháp luật, Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh.

** CN. PX16, Công an Thành phố Hải Phòng.

sản đấu giá, khi đó các quyền và nghĩa vụ trong hợp đồng sẽ phát sinh giữa bên có tài sản đấu giá và bên trúng đấu giá. Quan điểm này được thừa nhận trong thực tiễn tư pháp Anh - Mỹ. Chúng tôi cho rằng, quan hệ pháp luật giữa người có tài sản đấu giá và doanh nghiệp đấu giá là quan hệ đại diện mà không phải quan hệ ủy thác. Bởi vì, thứ nhất, doanh nghiệp đấu giá phải căn cứ vào ý chí và sự chỉ đạo của người có tài sản đấu giá để thực hiện ĐGTS. Trong đấu giá có giá bảo lưu¹, nếu giá đấu cao nhất không cao hơn giá bảo lưu thì doanh nghiệp đấu giá phải tuyên bố cuộc đấu giá không thành và có thể tổ chức đấu giá lại. Ngược lại, nếu là hợp đồng ủy thác thì bên nhận ủy thác sẽ nhân danh chính mình, dựa trên kinh nghiệm thị trường để phán đoán thời điểm bán thích hợp, do vậy bên nhận ủy thác có quyền bán tài sản với giá thấp hơn giá chỉ định và sau đó bổ sung phần chênh lệch giá là được. Đây là sự khác biệt cơ bản khiến cho đấu giá không có tính chất của hoạt động ủy thác. Thứ hai, để đảm bảo nguyên tắc công khai và công bằng, doanh nghiệp đấu giá và đấu giá viên không được tham gia trả giá và mua tài sản đối với các cuộc đấu giá do mình tổ chức. Trong khi đó, đối với ủy thác mua bán hàng hóa, người nhận ủy thác hoàn toàn có quyền mua hoặc bán hàng do mình được ủy thác bán hoặc mua. Thứ ba, quyền sở hữu tài sản đấu giá trước khi đấu giá thành vẫn thuộc về người có tài sản đấu giá mà không chuyển cho doanh nghiệp đấu giá, hành vi chiếm hữu tài sản đấu giá chỉ đơn thuần là thực hiện nghĩa

vụ bảo quản tài sản. Chính vì vậy, sau khi đấu giá thành thì chỉ người có tài sản đấu giá mới có quyền làm thủ tục chuyển quyền sở hữu cho người trúng đấu giá. Như vậy, một bên chủ thể của hợp đồng mua bán tài sản đấu giá phải là người có tài sản đấu giá và bên kia là người trúng đấu giá.

Tuy nhiên, hiện nay pháp luật nhiều nước cho phép doanh nghiệp ĐGTS có thể nhân danh chính mình giao kết hợp đồng với người trúng đấu giá. Pháp luật đấu giá của nước ta hiện nay cũng thừa nhận quan điểm này, theo đó khoản 3 Điều 35 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP ban hành ngày 04/03/2010 của Chính phủ về ĐGTS (Nghị định 17) quy định: “Hợp đồng mua bán tài sản bán đấu giá được ký kết giữa tổ chức bán ĐGTS và người mua được tài sản bán đấu giá”. Như vậy, hợp đồng này có vi phạm nguyên tắc quan hệ đại diện giữa người có tài sản đấu giá và doanh nghiệp đấu giá không? Lý luận dân luật của các nước theo hệ thống luật châu Âu lục địa thừa nhận có hai loại đại diện là đại diện trực tiếp và đại diện gián tiếp. Thực tiễn tư pháp các nước theo hệ thống luật Anh - Mỹ thừa nhận đại diện có ba loại, đó là: (i) đại diện công khai (disclosed principal) tức là người đại diện vừa công khai danh tính người giao đại diện vừa nhân danh người giao đại diện để giao dịch với người thứ ba; (ii) đại diện ẩn danh nhưng công khai (unnamed agency but disclosed principal), tức là người đại diện công khai danh tính người giao đại diện nhưng không dựa vào danh nghĩa người giao đại diện mà

1 *Đấu giá có giá bảo lưu (auction with reserve) là trường hợp người có tài sản đấu giá thỏa thuận với doanh nghiệp đấu giá về mức giá tối thiểu chấp nhận bán tài sản. Mục đích của việc định giá bảo lưu trong đấu giá là để đảm bảo giá trúng phải cao hơn hoặc bằng giá trị thực của tài sản. Trong thực tế, để khuyến khích nhiều người tham gia đấu giá nhằm tạo cạnh tranh, qua đó có khả năng đạt được giá đấu cao nhất, doanh nghiệp đấu giá thường đưa ra giá khởi điểm thấp hơn giá bảo lưu. Đồng thời, cũng để tối đa hóa kết quả thu được, người có tài sản đấu giá thường giữ kín giá bảo lưu cho đến khi mức giá cao nhất cuối cùng được công bố. Khi đó, nếu giá đấu cao nhất vẫn thấp hơn giá bảo lưu thì đấu giá viên phải tuyên bố rút lại tài sản đấu giá và cuộc đấu giá không thành. Ngược lại, đấu giá không có bảo lưu (auction without reserve) là trường hợp người có tài sản đấu giá không đưa ra mức giá tối thiểu chấp nhận bán tài sản. Khi đó, đấu giá viên sẽ phải chấp nhận bán tài sản cho bất cứ ai trả giá cao nhất trong cuộc đấu giá. Việc bảo lưu giá trong đấu giá là hiện tượng rất phổ biến trong thực tế ĐGTS, nhưng cũng rất dễ dẫn đến phát sinh tranh chấp. Chẳng hạn, người có tài sản đấu giá cố tình hoặc thông đồng với doanh nghiệp đấu giá dựa vào giá bảo lưu để từ chối bán cho người trả giá cao nhất; doanh nghiệp đấu giá tiết lộ giá bảo lưu cho người tham gia đấu giá để dim giá đấu... Nếu vậy thì phải giải quyết thế nào? Pháp luật đấu giá của nước ta hiện nay cũng như Dự thảo Luật ĐGTS chưa hề có quy định về vấn đề này. Đây là một khiếm khuyết cần bổ sung kịp thời. Tuy nhiên, do nội dung này vượt quá phạm vi bài viết nên chúng tôi sẽ đề cập trong bài viết khác (TG).*

nhân danh chính mình để giao dịch với người thứ ba; (iii) đại diện không công khai (undisclosed principal), tức là người đại diện không công khai danh tính của người giao đại diện và dựa vào danh nghĩa chính mình để tiến hành giao dịch với người thứ ba. So với pháp luật châu Âu lục địa, loại đại diện thứ nhất tương ứng với đại diện trực tiếp, loại đại diện thứ hai tương ứng với đại diện gián tiếp và loại đại diện thứ ba tương ứng với ủy thác. Trong hoạt động ĐGTS, nhằm làm cho các thủ tục được đơn giản, ngay cả trong trường hợp người có tài sản đấu giá không tham dự phiên đấu giá thì việc mua bán vẫn có thể diễn ra ngay sau khi đấu giá thành, pháp luật cho phép sử dụng hình thức đại diện gián tiếp để giao kết hợp đồng. Tuy nhiên, xuất phát từ nguyên lý đại diện này thì mặc dù doanh nghiệp ĐGTS là chủ thể giao kết hợp đồng nhưng các quyền và nghĩa vụ chỉ phát sinh đối với người có tài sản bán đấu giá và người trúng đấu giá.

Khoản 1 Điều 44 Dự thảo Luật ĐGTS² (Dự thảo Luật) quy định: “Hợp đồng mua bán tài sản đấu giá được ký kết giữa người có tài sản đấu giá với người trúng đấu giá hoặc giữa người có tài sản đấu giá, người trúng đấu giá và doanh nghiệp ĐGTS nếu các bên có thỏa thuận”. Đây là quy định có sự thay đổi đáng kể so với quy định của khoản 3 Điều 35 Nghị định 17 như đã trình bày ở trên. Tuy nhiên, dường như những thay đổi này vẫn thể hiện sự lúng túng của người soạn thảo khi xác định chủ thể hợp đồng mua bán tài sản đấu giá và dễ gây nhầm lẫn trong thực tế áp dụng. Bởi vì, vấn đề đặt ra là trong trường hợp doanh nghiệp đấu giá là chủ thể hợp đồng thì người có tài sản đấu giá có chịu trách nhiệm trước người trúng đấu giá không? Nếu có, thì đó là trách nhiệm độc lập hay trách nhiệm liên đới với doanh nghiệp đấu giá? Chúng tôi cho rằng, để đảm bảo tính rõ ràng của pháp luật và tránh điều luật bị hiểu theo nhiều nghĩa thì

cần quy định theo hướng sau đây: “Hợp đồng mua bán tài sản đấu giá được giao kết giữa người có tài sản đấu giá với người trúng đấu giá hoặc giữa doanh nghiệp ĐGTS với người trúng đấu giá trong trường hợp doanh nghiệp ĐGTS được người có tài sản đấu giá ủy quyền giao kết hợp đồng”. Cũng từ quan điểm này, chúng tôi cho rằng việc sửa đổi tên gọi của Điều 25 Nghị định 17 từ “Hợp đồng bán ĐGTS” thành “Hợp đồng dịch vụ ĐGTS” như quy định tại Điều 31 Dự thảo cũng chưa thể hiện được bản chất của hoạt động này. Nếu sửa thành “Hợp đồng ủy quyền bán ĐGTS” thay cho hai cách gọi ở trên thì sẽ hợp lý hơn.

2. Quan hệ pháp luật giữa doanh nghiệp đấu giá và người tham gia đấu giá

Người tham gia đấu giá trên cơ sở thông báo bán ĐGTS và sau khi xem xét tài sản đấu giá, nếu quyết định tham gia đấu giá thì cần giao kết hợp đồng tham gia ĐGTS với doanh nghiệp đấu giá. Tuy nhiên, trong thực tế, doanh nghiệp ĐGTS thường không ký kết hợp đồng với người tham gia đấu giá mà chỉ cấp cho họ Phiếu tham gia đấu giá, Mã số tham gia đấu giá và có thể cung cấp thêm các tài liệu khác như “Quy tắc đấu giá”, “Những điều cần chú ý khi tham gia đấu giá”, “Thông tin về hàng hóa đấu giá”... Mặc dù vậy, tập hợp tất cả những tài liệu này cần phải được coi là hợp đồng tham gia đấu giá giữa doanh nghiệp đấu giá và người có nhu cầu mua tài sản. Hợp đồng này bao gồm các nội dung như quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp đấu giá và bên tham gia đấu giá, đối tượng của hợp đồng, số lượng, chất lượng của tài sản, giá khởi điểm, mức tiền đặt trước, địa điểm và phương thức đấu giá, cách thức chọn người trúng đấu giá, quyền và nghĩa vụ của người trúng đấu giá, trách nhiệm do vi phạm hợp đồng và giải quyết tranh chấp... Lúc này, hợp đồng tham gia ĐGTS được xem là hợp đồng môi giới mua bán hàng hóa giữa doanh nghiệp đấu giá và

² Xem toàn văn Dự thảo Luật tại trang duthaoonline: http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1108&LanID=1171&TabIndex=1, truy cập ngày 20/7/2016.

người tham gia đấu giá. Chính vì vậy, nếu người tham gia đấu giá trở thành người trúng đấu giá thì họ phải thanh toán cho doanh nghiệp đấu giá một khoản thù lao (hoa hồng môi giới) theo quy định của Điều 153 Luật Thương mại năm 2005. Tuy nhiên, hiện nay Nghị định 17 và Dự thảo Luật chỉ quy định trong trường hợp đấu giá thành thì người có tài sản đấu giá phải trả thù lao cho doanh nghiệp đấu giá nhưng không quy định nghĩa vụ này đối với người trúng đấu giá³. Với quy định này, người trúng đấu giá chỉ phải nộp phí đấu giá khi mua hồ sơ giống như những người tham gia đấu giá khác. Đây là điều bất hợp lý vì như vậy đã tước đi quyền được hưởng thù lao môi giới (tiền hoa hồng) của doanh nghiệp đấu giá. Chúng tôi cho rằng, Luật ĐGTS cần có quy định cụ thể hơn về việc trả thù lao và cách tính thù lao cho doanh nghiệp đấu giá. Trên quan điểm tạo môi trường cạnh tranh cho các doanh nghiệp đấu giá, pháp luật không nên quy định cụ thể mức thù lao và mức phí đấu giá. Tuy nhiên, trong trường hợp các bên không thỏa thuận về mức thù lao thì pháp luật cần có quy định dự phòng. Về vấn đề này, pháp luật của một số nước như Đức, Anh, Trung Quốc... đều quy định, nếu các bên không có thỏa thuận thì mức thù lao mà mỗi bên tham gia hợp đồng mua bán tài sản đấu giá phải thanh toán cho doanh nghiệp đấu giá là khoản tiền không vượt quá 5% giá đấu giá thành theo nguyên tắc tỷ lệ thù lao tỷ lệ nghịch với giá đấu giá thành, tức là giá đấu giá thành càng cao thì tỷ lệ thù lao càng thấp. Luật ĐGTS của nước ta nên tham khảo và sử dụng quy định này vì nó đã được thừa nhận phổ biến trên thế giới.

Đồng thời với việc giao kết hợp đồng tham gia đấu giá, người tham gia đấu giá phải nộp một khoản tiền đặt trước. Trong từng giai đoạn khác nhau của cuộc đấu giá, khoản tiền đặt trước có ý nghĩa khác nhau. Trong giai đoạn từ khi người tham gia đấu

giá nộp tiền đặt trước đến trước khi đấu giá thành, tiền đặt trước có hai vai trò: (i) là điều kiện xác nhận tư cách của người tham gia đấu giá, (ii) đảm bảo người tham gia đấu giá sau khi trở thành người trúng đấu giá sẽ thực hiện thanh toán tiền mua tài sản theo hợp đồng hoặc theo quy định của pháp luật. Nếu người trúng đấu giá từ chối mua tài sản thì được xem là đã vi phạm hợp đồng tham gia đấu giá và khoản tiền đặt trước sẽ được sử dụng làm tiền phạt hợp đồng. Ở giai đoạn sau khi đấu giá thành, tiền đặt trước trở thành tiền đặt cọc và được coi là khoản tiền thanh toán trước của người trúng đấu giá. Khi đó, những người không trúng đấu giá sẽ được hoàn lại khoản tiền đặt trước này. Vấn đề đặt ra là khi người trúng đấu giá từ chối mua tài sản thì khoản tiền đặt trước sẽ không được hoàn lại và dùng để thanh toán cho ai? Chúng ta thấy rằng, người trúng đấu giá từ chối mua tài sản là hành vi vi phạm hợp đồng tham gia ĐGTS được giao kết giữa doanh nghiệp đấu giá và người tham gia đấu giá, như vậy, họ phải chịu trách nhiệm do vi phạm hợp đồng đối với doanh nghiệp ĐGTS. Chính vì vậy, khoản tiền phạt do vi phạm hợp đồng phải thuộc về doanh nghiệp ĐGTS. Tuy nhiên, khoản 5 Điều 36 Dự thảo Luật lại quy định khoản tiền phạt này thuộc về người có tài sản đấu giá. Chúng tôi cho rằng, quy định như vậy là chưa hợp lý và cần được sửa đổi.

3. Quan hệ pháp luật giữa người có tài sản đấu giá và người trúng đấu giá

Như trên đã phân tích, quan hệ giữa người có tài sản đấu giá và doanh nghiệp đấu giá là quan hệ đại diện mà không phải quan hệ ủy thác. Chính vì vậy, hợp đồng mua bán tài sản đấu giá sẽ phát sinh ràng buộc giữa hai chủ thể là người có tài sản đấu giá và người trúng đấu giá. Ngay cả khi doanh nghiệp đấu giá nhân danh chính mình ký kết hợp đồng với người trúng đấu giá thì đây được coi là đại diện gián tiếp hoặc đại

3 Điều 62 Dự thảo Luật quy định: "Thù lao dịch vụ đấu giá, chi phí ĐGTS do người có tài sản đấu giá và doanh nghiệp ĐGTS thỏa thuận trong hợp đồng dịch vụ ĐGTS. Trong trường hợp ĐGTS quy định tại khoản 1 Điều 3 của Luật này thì thù lao dịch vụ đấu giá được xác định theo cơ chế giá dịch vụ khung do Bộ Tài chính quy định".

diện ẩn danh công khai, tức là người trúng đấu giá đã biết mối quan hệ đại diện giữa người có tài sản đấu giá và doanh nghiệp đấu giá thì người đấu giá vẫn là chủ thể chịu ràng buộc đối với hợp đồng mua bán tài sản đấu giá. Vấn đề đặt ra là xác định thời điểm giao kết và thời điểm có hiệu lực của hợp đồng mua bán tài sản đấu giá. Trước hết, việc giao kết hợp đồng mua bán tài sản đấu giá cũng phải trải qua hai bước quan trọng là đề nghị giao kết và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng. Điều 386 và Điều 393 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 lần lượt quy định: “Đề nghị giao kết hợp đồng là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định hoặc tới công chúng”, “Chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng là sự trả lời của bên được đề nghị về việc chấp nhận toàn bộ nội dung của đề nghị”. Như vậy, một sự diễn đạt chỉ được coi là đề nghị giao kết hợp đồng nếu đồng thời thỏa mãn hai điều kiện: (i) thể hiện rõ ý định giao kết và chịu sự ràng buộc về đề nghị này, (ii) được gửi tới một bên đã xác định hoặc tới công chúng. Nếu một sự diễn đạt (lời nói hoặc hành vi) được đưa ra nhưng không thể hiện rõ ý định giao kết và chấp nhận chịu sự ràng buộc với những gì đã đưa ra thì lời nói hoặc hành vi đó không phải là đề nghị giao kết hợp đồng (offer) mà chỉ được coi là lời mời giao kết (invitation to treat hoặc invitation to make offer). Vấn đề đặt ra là thông báo công khai việc đấu giá hoặc niêm yết việc ĐGTS là đề nghị giao kết hợp đồng hay là lời mời giao kết? Rõ ràng là thông báo đấu giá hoặc niêm yết đấu giá được gửi tới công chúng và không thể hiện sự cam kết của doanh nghiệp đấu giá chấp nhận mức giá nào, do đó thông báo hoặc niêm yết đấu giá chỉ là lời mời giao kết. Khi cuộc đấu giá được tổ chức, đấu giá viên sẽ tiến hành mời mọi người trả giá hoặc mời chấp nhận giá. Tùy thuộc vào từng phương thức đấu giá mà lời mời trả giá hoặc mời chấp nhận giá có phải là đề nghị giao kết hợp đồng hay không. Đối với đấu giá lên, việc đấu giá viên công bố giá khởi điểm và đề nghị trả giá vẫn

chỉ là lời mời giao kết bởi vì đấu giá viên không thể hiện sự ràng buộc đối với bất cứ mức giá nào. Ngay cả trong trường hợp giá đấu cao nhất vẫn thấp hơn giá bảo lưu hoặc giá trị thực của tài sản thì đấu giá viên có quyền từ chối mức giá cao nhất đó và đấu giá không thành. Đối với đấu giá lên không có bảo lưu thì đấu giá viên phải chấp nhận mức giá cao nhất bất kể mức giá này có cao hơn giá trị thực của tài sản hay không. Tuy nhiên, việc chấp nhận mang tính ràng buộc này thuộc về hợp đồng tham gia đấu giá giữa hai bên chủ thể là doanh nghiệp đấu giá và người tham gia đấu giá, mà không phải nội dung cấu thành hợp đồng mua bán tài sản đấu giá. Như vậy, trong trường hợp đấu giá lên, lời mời trả giá vẫn chỉ là đề nghị thương lượng, việc trả giá của người tham gia đấu giá mới được coi là đề nghị giao kết hợp đồng. Đối với đấu giá xuống có bảo lưu, việc đấu giá viên đưa ra giá và chờ đợi người tham gia đấu giá chấp nhận giá cũng không thể hiện chắc chắn đấu giá viên sẽ chấp nhận mức giá nào bởi vì nếu giá được chấp nhận thấp hơn giá bảo lưu thì đấu giá viên cũng sẽ không bán tài sản và tuyên bố đấu giá không thành. Do vậy, trong trường hợp này việc chấp nhận giá của người tham gia đấu giá mới được xem là đề nghị giao kết hợp đồng. Vấn đề phức tạp thuộc vào trường hợp đấu giá xuống không có bảo lưu. Do không có bảo lưu giá nên đấu giá viên sẽ phải chấp nhận bất cứ giá nào mình đã đưa ra nếu có người đồng ý mua. Như vậy, trong trường hợp này, lời mời trả giá của đấu giá viên trở thành đề nghị giao kết hợp đồng, việc chấp nhận giá của người tham gia đấu giá là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng. Cách xác định nói trên được sử dụng phổ biến trong pháp luật các nước theo hệ thống luật châu Âu lục địa.

Pháp luật Anh - Mỹ xác định đề nghị giao kết hợp đồng trong ĐGTS đơn giản hơn, theo đó, bất kể phương thức đấu giá nào, có bảo lưu hay không có bảo lưu thì thông báo đấu giá, niêm yết đấu giá, lời mời trả giá hoặc mời chấp nhận giá đều được coi là lời mời giao kết, việc trả giá hoặc chấp

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

nhận giá của người tham gia đấu giá được xem là đề nghị giao kết hợp đồng và hành vi gõ búa của đấu giá viên xác định người trúng đấu giá được xem là chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng.

Về vấn đề rút lại giá đã trả, pháp luật Anh - Mỹ cho phép người tham gia đấu giá trước khi đấu giá viên gõ búa xác nhận thì có thể rút lại giá đã trả bất cứ khi nào. Lý do là vì xuất phát từ quan điểm “không ai cho không cái gì”, “tôi cho anh vì anh đã cho tôi”, “có đi có lại” nên pháp luật Anh - Mỹ đòi hỏi yếu tố đối giá (consideration) khi giao kết hợp đồng. Do đề nghị giao kết hợp đồng được đưa ra nhưng chưa nhận được bất cứ đối giá nào của người được đề nghị thì người đề nghị có thể rút lại đề nghị giao kết hợp đồng bất cứ lúc nào, kể cả khi đề nghị giao kết đã có hiệu lực, miễn là người được đề nghị chưa đưa ra chấp nhận đề nghị giao kết. Ngược lại, do không sử dụng nguyên tắc đối giá trong giao kết hợp đồng nên pháp luật

hợp đồng của các nước thuộc hệ thống luật châu Âu lục địa thường quy định khi đề nghị giao kết hợp đồng chưa có hiệu lực (tức là người được đề nghị chưa nhận được đề nghị giao kết) thì người đề nghị có thể rút lại đề nghị đó. Khi đề nghị đã phát sinh hiệu lực (tức là người được đề nghị đã nhận được đề nghị giao kết) thì người đề nghị không được hủy đề nghị, trừ trường hợp đã nêu rõ quyền này trong đề nghị và người được đề nghị chưa trả lời chấp nhận. Pháp luật hợp đồng nước ta chịu ảnh hưởng của hệ thống luật châu Âu lục địa, vì vậy, qua các lần sửa đổi BLDS đều giữ nguyên cách xử lý như trên.

Những phân tích ở trên được thể hiện qua bảng sau đây: (xem bảng biểu)

Nhìn vào bảng hệ thống luật châu Âu lục địa có thể thấy, trong trường hợp đấu giá lên và đấu giá xuống có bảo lưu thì hợp đồng mua bán tài sản đấu giá được giao kết kể từ thời điểm đấu giá viên gõ búa⁴ công bố người trúng đấu giá. Đối với đấu giá

Hệ thống luật châu Âu lục địa:

Phương thức	Mời trả giá/ Mời chấp nhận giá	Trả giá/ Chấp nhận giá	Rút lại giá đã trả, giá đã chấp nhận	Gõ búa
Đấu giá lên, đấu giá xuống có bảo lưu	Lời mời thương lượng	Đề nghị giao kết	Không được phép	Chấp nhận đề nghị giao kết
Đấu giá xuống không có bảo lưu	Đề nghị giao kết	Chấp nhận đề nghị giao kết		Tuyên bố kết thúc đấu giá

Hệ thống luật Anh - Mỹ:

Phương thức	Mời trả giá/ Mời chấp nhận giá	Trả giá/ Chấp nhận giá	Rút lại giá đã trả, giá đã chấp nhận	Gõ búa
Đấu giá lên, đấu giá xuống có bảo lưu	Lời mời thương lượng	Đề nghị giao kết	Được phép	Chấp nhận đề nghị giao kết
Đấu giá xuống không có bảo lưu	Lời mời thương lượng	Đề nghị giao kết		Chấp nhận đề nghị giao kết

⁴ Gõ búa là cách thức truyền thống được sử dụng trong DGTS. Tuy nhiên, pháp luật của hầu hết các nước đều không yêu cầu đấu giá viên bắt buộc phải sử dụng cách thức này mà có thể sử dụng bất cứ cách thức nào miễn là đảm bảo tính

xuống không có bảo lưu, thời điểm giao kết hợp đồng là khi người tham gia đấu giá chấp nhận mức giá mà đấu giá viên đưa ra. Thông thường, hợp đồng sẽ phát sinh hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có quy định của pháp luật về hình thức hợp đồng, về tài sản phải chuyển quyền sở hữu... Phân tích ở trên cho thấy, quy định tại khoản 2 Điều 44 Dự thảo Luật: “Người trúng đấu giá được coi là đã chấp nhận giao kết hợp đồng mua bán tài sản đấu giá kể từ thời điểm đấu giá viên công bố người trúng đấu giá” là không chính xác. Hơn nữa, Luật ĐGTS không cần thiết phải quy định thời điểm giao kết hợp đồng mua bán tài sản đấu giá vì Điều 400 BLDS năm 2015 đã có quy định quy tắc chung xác định thời điểm giao kết cho mọi loại hợp đồng, theo đó “Hợp đồng được giao kết vào thời điểm bên đề nghị nhận được chấp nhận đề nghị giao kết”. Chính vì vậy, chúng tôi cho rằng nên bỏ khoản 2 Điều 44 nói trên khỏi Dự thảo Luật thì sẽ hợp lý hơn.

Một vấn đề khác là trong quá trình đấu giá, người tham gia đấu giá có được rút lại giá đã trả hoặc giá đã chấp nhận hay không? Trong đấu giá trực tiếp bằng lời nói, ngay khi người tham gia đấu giá trả giá hoặc chấp nhận giá thì cũng là lúc đấu giá viên nhận được thông tin đó, chính vì vậy, theo nguyên tắc của luật hợp đồng, việc trả giá hoặc chấp nhận giá (tồn tại dưới dạng đề nghị giao kết hoặc chấp nhận đề nghị giao kết) đều đã phát sinh hiệu lực. Do đó, bản chất của việc rút lại giá đã trả hoặc giá đã chấp nhận chính là hủy bỏ đề nghị giao kết hoặc hủy bỏ chấp nhận đề nghị giao kết. Nguyên tắc chung của dân luật là chỉ được hủy bỏ đề nghị giao kết nếu thỏa mãn hai điều kiện: (i) trong đề nghị giao kết nêu rõ quyền hủy bỏ, (ii) bên được đề nghị chưa ra thông báo chấp nhận đề nghị (Điều 390 BLDS năm 2015). Đối với chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng, việc hủy bỏ là không thể vì ngay khi chấp

nhận đề nghị giao kết hợp đồng có hiệu lực thì hợp đồng được coi là đã giao kết, nếu hủy đề nghị giao kết tức là vi phạm hợp đồng và phải chịu trách nhiệm về vi phạm này. Trên cơ sở nguyên tắc chung của dân luật, có thể thấy, trong ĐGTS người tham gia đấu giá không thể rút lại giá đã trả hoặc rút lại giá đã chấp nhận. Tuy nhiên, Điều 48 Dự thảo Luật cho phép người tham gia đấu giá rút lại giá đã trả hoặc giá đã chấp nhận, đồng thời cuộc đấu giá sẽ tiếp tục và bắt đầu từ giá của người liền trước đó (đấu giá lên) hoặc từ giá của người xin rút (đấu giá xuống), đồng thời người rút lại giá đã trả hoặc rút lại giá đã chấp nhận bị truất quyền tham gia cuộc đấu giá đó. Chúng tôi cho rằng, quy định này có hai điểm bất hợp lý: thứ nhất, việc cho phép rút lại giá đấu là vi phạm nguyên tắc chung của pháp luật về hợp đồng; thứ hai, trong trường hợp đấu giá lên, khi đã có người trả giá cao hơn thì đề nghị giao kết hợp đồng ở mức giá liền trước đó mặc nhiên hết hiệu lực. Do đó, không thể phục hồi hiệu lực của đề nghị giao kết liền trước để tiếp tục tiến hành đấu giá. Để khắc phục những bất hợp lý này, chúng tôi cho rằng, cần sửa đổi Điều 48 Dự thảo Luật theo hướng trong trường hợp đấu giá trực tiếp bằng lời nói, người tham gia đấu giá không được rút lại giá đã trả hoặc giá đã chấp nhận.

Vấn đề tiếp theo là xử lý đối với người trúng đấu giá nhưng từ chối mua tài sản đấu giá. Như trên đã phân tích, sau khi đấu giá viên công bố người trúng đấu giá thì hợp đồng mua bán tài sản đấu giá đã được giao kết. Theo quy định tại Điều 400 BLDS năm 2015, ngay cả khi các bên chưa ký biên bản đấu giá và chưa ký vào hợp đồng mua bán tài sản đấu giá thì việc giao kết hợp đồng vẫn được coi là đã hoàn thành. Lúc này, biên bản đấu giá và văn bản hợp đồng mua bán tài sản đấu giá chỉ có ý nghĩa là bằng chứng của việc giao kết và là điều kiện để hợp đồng phát sinh hiệu lực nếu có yêu cầu về

hình thức hợp đồng. Nội dung của hợp đồng mua bán tài sản được thể hiện chủ yếu trong hợp đồng tham gia ĐGTS mà các bên đã giao kết từ trước khi phiên đấu giá diễn ra. Nếu người trúng đấu giá từ chối mua tài sản thì việc từ chối này được coi là vi phạm hợp đồng tham gia ĐGTS, do đó bên vi phạm phải chịu trách nhiệm về những vi phạm này. Biện pháp xử lý thường được áp dụng trong trường hợp này là phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại. Khảo sát pháp luật các nước cho thấy cách xử lý phổ biến như sau: Về phạt hợp đồng, khoản tiền đặt trước của bên trúng đấu giá sẽ thuộc về doanh nghiệp ĐGTS⁵. Về bồi thường thiệt hại, đối với doanh nghiệp ĐGTS, người trúng đấu giá phải thanh toán cho doanh nghiệp khoản thù lao (hoa hồng đấu giá) lẽ ra họ được hưởng từ người có tài sản đấu giá và từ chính người trúng đấu giá; đối với người có tài sản đấu giá, có thể yêu cầu doanh nghiệp đấu giá tổ chức đấu giá lại. Khi đó, nếu giá đấu giá lại thấp hơn giá đấu giá ban đầu thì người từ chối mua phải thanh toán khoản chênh lệch giữa hai giá đấu nêu trên. Khác với xu thế chung của thế giới, Điều 49 Dự thảo Luật quy định xử lý việc từ chối mua tài sản đấu giá như sau: (i) đối với đấu giá lên: tài sản được bán cho người trả giá liền kề nếu giá liền kề đó cộng với khoản tiền đặt trước ít nhất bằng giá đã trả của người từ chối mua. Trường hợp giá liền kề cộng với khoản tiền đặt trước nhỏ hơn giá đã trả của người từ chối mua thì cuộc đấu giá không thành; (ii) đối với đấu giá xuống: người trúng đấu giá

từ chối mua thì cuộc đấu giá vẫn tiếp tục và bắt đầu từ giá của người từ chối mua đó. Trong trường hợp không có người đấu giá tiếp thì cuộc đấu giá không thành. Cách xử lý nêu trên có ba vấn đề bất hợp lý như sau: Thứ nhất, giá liền kề của người trả trước đó đã bị hết hiệu lực do người trúng đấu giá đã đưa ra giá cao hơn, vì vậy không thể khôi phục hiệu lực của đề nghị giao kết đó nữa, hệ quả là không thể bán tài sản cho người đã trả giá liền trước. Thứ hai, trong trường hợp người trả giá liền kề muốn mua tài sản thì giá liền kề cộng với khoản tiền đặt trước ít nhất bằng giá đã trả của người từ chối mua. Như vậy, người trả giá liền kề phải mua ở mức giá mà bản thân anh ta không mong muốn⁶. Thứ ba, nếu giá liền kề cộng với khoản tiền đặt trước nhỏ hơn giá đã trả của người từ chối mua (đấu giá lên) hoặc nếu không có người đấu giá tiếp (đấu giá xuống) thì cũng không thể xác định cuộc đấu giá không thành bởi vì ngay khi xác định người trúng đấu giá thì hợp đồng mua bán tài sản đấu giá đã được giao kết và như vậy, cuộc đấu giá đã thành công. Do đó, bất luận thế nào thì trong trường hợp này việc xác định đấu giá không thành là không có lý do thuyết phục. Chính vì những bất hợp lý trên, chúng tôi cho rằng, cần sửa đổi quy định tại Điều 49 Dự thảo cho chính xác hơn, theo đó cần loại bỏ cách xử lý từ chối mua tài sản đấu giá như hiện nay, đồng thời nghiên cứu áp dụng cách xử lý theo xu hướng chung của thế giới thì sẽ hợp lý hơn ■

5 Xem phân tích ở phần 2: Quan hệ pháp luật giữa doanh nghiệp đấu giá và người tham gia đấu giá.

6 Có lẽ nhà làm luật Việt Nam đưa ra quy định này xuất phát từ thực tế vụ việc đấu giá căn nhà số 163 Trần Hưng Đạo, Quận 5, Thành phố Hồ Chí Minh ngày 26/10/2005. Trong phiên đấu giá này, giá khởi điểm được đưa ra là 18,8 tỷ đồng. Theo thứ tự, sau khi người số 6 trả 19 tỷ đồng thì bất ngờ người số 7 trả 32,16 tỷ đồng khiến những người còn lại đành bỏ cuộc do không thể trả giá cao hơn. Tuy nhiên, sau khi kết thúc phiên đấu giá, người số 7 đã từ chối mua tài sản với lý do tính toán nhầm và chịu mất số tiền đặt trước là 190 triệu đồng. Tại thời điểm này, quan hệ pháp luật ĐGTS chịu sự điều chỉnh của Nghị định số 05/2005/NĐ-CP ngày 18/01/2005 về bán ĐGTS. Theo quy định, nếu người trúng đấu giá từ chối mua tài sản thì quyền mua sẽ được trao cho người trả giá kế tiếp. Trong trường hợp này, người số 6 và số 7 đã thông đồng để mua được nhà với giá 19 tỷ đồng và ngay cả cộng thêm 190 triệu thì vẫn quá rẻ so với giá thị trường. Để khắc phục tình trạng này, Nghị định số 17/2010/NĐ-CP ngày 04/3/2010 của Chính phủ đã quy định người kế tiếp chỉ được mua tài sản nếu giá liền kề cộng với khoản tiền đặt trước ít nhất bằng giá đã trả của người từ chối mua. Quy định này tiếp tục được kế thừa trong Dự thảo Luật ĐGTS. Mặc dù quy định này có thể khắc phục thực trạng thông đồng trong đấu giá nhưng thiếu cơ sở khoa học và cơ sở pháp lý nên cần thiết phải được nghiên cứu và sửa đổi cho phù hợp hơn.

HIỆP HỘI DOANH NGHIỆP VỚI VIỆC VẬN ĐỘNG CHÍNH SÁCH VÌ MỤC TIÊU PHÁT TRIỂN BỀN VỮNG

NGUYỄN MINH PHONG*
NGUYỄN TRẦN MINH TRÍ**

Tháng 9/2015, lãnh đạo 193 quốc gia thành viên Liên hợp quốc đã chính thức thông qua Chương trình Nghị sự 2030, đặt ra 17 Mục tiêu phát triển bền vững, gồm: xóa đói; xóa nghèo; cuộc sống khỏe mạnh; chất lượng giáo dục; bình đẳng giới; nước sạch và vệ sinh; năng lượng sạch và bền vững; việc làm đàng hoàng và tăng trưởng kinh tế; công nghiệp đổi mới và cơ sở hạ tầng; giảm bất bình đẳng; đô thị và cộng đồng bền vững; tiêu dùng và sản xuất có trách nhiệm; hành động ứng phó với biến đổi khí hậu; tài nguyên nước; tài nguyên đất; hòa bình công bằng và thể chế vững mạnh; hợp tác để hiện thực hóa các mục tiêu - với 169 chỉ tiêu cụ thể.

Thực hiện các mục tiêu này phải trở thành trách nhiệm của chính phủ, của doanh nghiệp và của cả xã hội. Đặc biệt, Hiệp hội doanh nghiệp có vai trò ngày càng quan trọng trong quá trình hoàn thiện chính sách và truyền bá nhận thức, cảm hứng, sáng tạo và thành công cho doanh nghiệp trong việc thực hiện các mục tiêu phát triển bền vững này.

1. Vai trò của các Hiệp hội doanh nghiệp

Các Hiệp hội doanh nghiệp ở Việt Nam hiện hoạt động dưới nhiều tên gọi khác nhau, như Hội, Hiệp hội, Liên đoàn, Liên minh, Đoàn, Hội liên hiệp... Theo ước tính của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI), đến hết tháng 12/2014, có khoảng 450 Hiệp hội doanh nghiệp (trên trang WEB của Bộ Công thương hiện có khoảng 120 Hội và Hiệp hội doanh nghiệp với địa chỉ cụ thể), tạo ngôi nhà chung thu hút và đại diện cho tổng số khoảng nửa triệu

doanh nghiệp đang hoạt động, đang đóng thuế trên cả nước...

Theo pháp luật hiện hành, Hiệp hội các doanh nghiệp là một tổ chức xã hội - nghề nghiệp của các doanh nghiệp, có tư cách pháp nhân, có con dấu và tài khoản riêng (tài khoản tiền Việt và ngoại tệ) tại ngân hàng; tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc tự nguyện, tự quản, tự chịu trách nhiệm, tự trang trải về tài chính phù hợp với pháp luật Việt Nam và điều lệ Hiệp hội được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt.

* TS, Phó Vụ trưởng - Phó Ban tuyên truyền lý luận - Báo Nhân Dân.

** ThS, Viện Kinh tế và Chính trị thế giới - Viện Hàn lâm KHXHVN.

a. Hiệp hội doanh nghiệp có các chức năng

- Đại diện và tăng cường quyền lợi cho các hội viên của mình trong các quan hệ trong nước và quốc tế; làm cầu nối, vận động chính sách, duy trì đối thoại với Chính phủ và quan hệ với các cơ quan, tổ chức trong nước, nước ngoài về luật và chính sách chi phối hoạt động của cộng đồng doanh nghiệp;

- Tư vấn chính sách, pháp luật và hỗ trợ giải quyết các tranh chấp thương mại trong nước và quốc tế;

- Cung cấp cho doanh nghiệp hội viên các hoạt động hỗ trợ, dịch vụ xúc tiến thương mại, quảng bá thương hiệu, sản phẩm; đào tạo nhân lực; cung cấp thông tin; tư vấn đầu tư; tư vấn kỹ thuật, tổ chức hội chợ thương mại, hội thảo, hội nghị chuyên đề, mở rộng giao lưu quan hệ kinh doanh.

Hiệp hội doanh nghiệp có vai trò rất quan trọng trong việc tập hợp, gắn kết hỗ trợ doanh nghiệp trước những cơ hội và thách thức mới; là ngôi nhà chung của cộng đồng các doanh nghiệp, là cầu nối, bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho các doanh nghiệp, hội viên; sát cánh cùng các thành viên; hỗ trợ các doanh nghiệp đề xuất ý kiến tháo gỡ khó khăn vướng mắc; khuyến khích các doanh nghiệp nâng cao chất lượng hoạt động, tích cực tham gia các hoạt động xã hội.

b. Hiệp hội doanh nghiệp có những quyền hạn

Tuyên truyền mục đích của Hiệp hội; đại diện cho hội viên trong mối quan hệ đối nội, đối ngoại có liên quan đến chức năng, nhiệm vụ của Hiệp hội; bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của hội viên phù hợp với tôn chỉ, mục đích của Hiệp hội theo quy định của pháp luật; tham gia chương trình, dự án, đề

tài nghiên cứu, tư vấn, phản biện và giám định xã hội theo đề nghị của cơ quan nhà nước; cung cấp dịch vụ công về các vấn đề thuộc lĩnh vực hoạt động của Hiệp hội, tổ chức dạy nghề, truyền nghề theo quy định của pháp luật; tham gia ý kiến vào các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan đến nội dung hoạt động của Hiệp hội theo quy định của pháp luật; kiến nghị với cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với các vấn đề liên quan tới sự phát triển Hiệp hội và lĩnh vực Hiệp hội hoạt động; tổ chức, đào tạo, bồi dưỡng, tổ chức các hoạt động dịch vụ khác theo quy định của pháp luật; phối hợp với các cơ quan, tổ chức có liên quan để thực hiện nhiệm vụ của Hiệp hội; thành lập pháp nhân thuộc Hiệp hội theo quy định của pháp luật; được gây quỹ Hiệp hội trên cơ sở hội phí của hội viên và các nguồn thu từ hoạt động kinh doanh, dịch vụ theo quy định của pháp luật để tự trang trải về kinh phí hoạt động; được nhận các nguồn tài trợ hợp pháp của các tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước theo quy định của pháp luật; được Nhà nước hỗ trợ kinh phí đối với những hoạt động gắn với nhiệm vụ được Nhà nước giao.

c. Mục đích của các Hiệp hội doanh nghiệp

Tập hợp, đoàn kết, giúp đỡ nhau tạo sức mạnh của cộng đồng doanh nghiệp trong từng ngành hoặc trên địa bàn nhất định, thuộc mọi thành phần kinh tế, nhằm thực hiện mục tiêu nâng cao năng lực cạnh tranh và hiệu quả trong kinh doanh và góp phần thực hiện mục tiêu phát triển đất nước “Dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ và văn minh”.

Các hội viên Hiệp hội có nghĩa vụ tôn trọng tôn chỉ, mục đích, chấp hành Điều lệ, nghị quyết của Hiệp hội; biểu quyết và tham gia tích cực vào các hoạt động của Hiệp hội.

Thông qua các Hiệp hội, các doanh nghiệp được đề đạt ý kiến về hoạt động của Hiệp hội và những vấn đề về chính sách, pháp luật kinh tế và môi trường kinh doanh; được hưởng sự giúp đỡ và các dịch vụ của Hiệp hội, nhận những thông tin, ấn phẩm của Hiệp hội và nhận những văn bản quy phạm do Nhà nước và chính quyền cấp tỉnh ban hành do Hiệp hội làm đầu mối tiếp nhận và được sử dụng những thông tin, ấn phẩm để tuyên truyền, giới thiệu tổ chức doanh nghiệp của mình trong và ngoài nước; được Hiệp hội hỗ trợ các mối quan hệ với các hội viên khác trong quan hệ kinh tế, liên doanh, liên kết về đầu tư và sản xuất kinh doanh; tham gia các đoàn công tác ra nước ngoài nhằm mục đích xúc tiến đầu tư, xúc tiến thương mại, khảo sát và phát triển thị trường và quảng bá hình ảnh của doanh nghiệp mình với thị trường quốc tế; được khen thưởng và tôn vinh khi có thành tích và có đóng góp quan trọng cho hoạt động của Hiệp hội và xã hội... Mọi ý kiến và kiến nghị của hội viên đều được Hiệp hội tôn trọng và xem xét, giải quyết thích hợp trên cơ sở pháp luật của nhà nước và Điều lệ của Hiệp hội. Các đơn vị trực thuộc Hiệp hội hoạt động trên cơ sở pháp luật hiện hành và chịu trách nhiệm trước Hiệp hội về các hoạt động của mình.

Các Hiệp hội doanh nghiệp là chỗ dựa và là “hơi thở” của cộng đồng doanh nghiệp, giúp các doanh nghiệp - hội viên hoạt động chủ động, tự tin và hiệu quả hơn trong quá trình nâng cao năng lực cạnh tranh và theo đuổi các mục tiêu của mỗi doanh nghiệp trong sự hài hòa với các lợi ích khác... Thời

gian gần đây, dấu ấn hoạt động vận động và phản biện chính sách của các Hiệp hội doanh nghiệp, tiêu biểu là VCCI, được ghi nhận đậm nét trong việc bãi bỏ các giấy phép kinh doanh con, cải thiện thủ tục mua bán hóa đơn VAT và những thay đổi trong Luật Đầu tư, cũng như trong các vụ kiện bán phá giá tôm, cá tra, cá ba sa, da giày, dệt may; trong chính sách quốc gia về phòng, chống tác hại lạm dụng đồ uống có cồn; chính sách về độ cao container, vận chuyển hàng siêu trường, siêu trọng...

Hoạt động tích cực của VCCI cũng được khẳng định qua nỗ lực xây dựng bộ công cụ để các Hiệp hội doanh nghiệp tự đánh giá về hiện trạng năng lực và tính bền vững của mình (2014); thiết lập khung cơ bản hướng dẫn các Hiệp hội ngành hàng xây dựng chiến lược phát triển ngành trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế (2013); xây dựng cơ chế phối hợp thường xuyên giữa các Hiệp hội liên quan trong việc góp ý dự thảo văn bản quy phạm pháp luật có ảnh hưởng trực tiếp đến chuyên ngành của Hiệp hội; tổ chức các khóa đào tạo...

Theo nghiên cứu có quy mô lớn nhất về các Hiệp hội doanh nghiệp Việt Nam năm 2013 do VCCI tiến hành¹ đối với 78 Hiệp hội doanh nghiệp cấp tỉnh, khu vực và quốc gia, về chức năng đại diện, vận động chính sách, có 73% số Hiệp hội được khảo sát có thực hiện tham vấn ý kiến hội viên về cải thiện môi trường kinh doanh, 85% có tiến hành đối thoại với chính quyền, nhưng chưa chuyên sâu vào các nghiên cứu để phục vụ cho hoạt động vận động chính sách của mình hay tổ chức các hoạt động vận động

1 VCCI (2013), "Thực trạng năng lực hoạt động của các hiệp hội doanh nghiệp Việt Nam", Báo cáo nghiên cứu, Hà Nội, ngày 25/1/2013.

chính sách pháp luật. Khoảng 54% các Hiệp hội đã từng thực hiện liên kết, phối hợp giữa các Hiệp hội doanh nghiệp trong vận động các chính sách cùng quan tâm. 3/4 số Hiệp hội không có bộ phận chuyên môn về chính sách, pháp luật, đồng thời ít liên kết với các tổ chức, đơn vị tư vấn pháp lý, nên rất hạn chế trong tư vấn chính sách, pháp luật và hỗ trợ giải quyết các tranh chấp thương mại quốc tế. Các hoạt động phát triển hệ thống doanh nghiệp - hội viên của các Hiệp hội và cả của VCCI vẫn còn chưa được như mong muốn. Những tồn tại trên có nhiều nguyên nhân, cả do hạn chế cả về thiếu cơ sở vật chất kỹ thuật, thiếu cán bộ chuyên trách, độ chuyên nghiệp, tài chính, cơ chế chính sách, pháp lý dành cho các Hiệp hội doanh nghiệp; sự liên kết và đồng thuận giữa các Hiệp hội còn yếu, cùng nhiều bất cập trong nhận thức, cơ chế và sự tuân thủ quy trình để Hiệp hội doanh nghiệp tham gia vào quá trình hoạch định chính sách thương mại trong nước, quốc tế...

2. Hiệp hội doanh nghiệp tham gia vận động chính sách cho mục tiêu phát triển bền vững

Phát triển bền vững có nội hàm rộng và mục tiêu lâu dài, đồng thời có những liên quan trực tiếp hoặc gián tiếp đến tất cả khía cạnh hoạt động của các Hiệp hội và doanh nghiệp, nhất là về tư vấn, phản biện và góp phần hoàn thiện chính sách.

Trong các văn bản pháp luật và cả trong thực tiễn đều cho thấy, sự tham gia của các Hiệp hội doanh nghiệp vào vận động chính sách cho mục tiêu phát triển bền vững có thể và cần được triển khai thông qua những hình thức, dạng hoạt động sau đây:

Thứ nhất, thông qua các đại biểu, đại diện của Hiệp hội trong các cơ quan lập pháp, tư vấn, hoạch định chính sách và quản

lý nhà nước, Hiệp hội chủ động đề xuất và phối hợp với các cơ quan hữu quan xây dựng và hoàn thiện một khuôn khổ pháp lý minh bạch, rõ ràng, *thúc đẩy hoàn thiện, ban hành Luật về Hội và Hiệp hội, các tổ chức xã hội* để tạo ra một khung khổ pháp lý an toàn, hợp lý để các tổ chức xã hội nói chung và Hiệp hội doanh nghiệp nói riêng hình thành thuận lợi, phát triển ổn định (Dự án Luật về Hội đã được đưa vào Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội, dự kiến trình Quốc hội xem xét, thông qua tại kỳ họp thứ 2 Quốc hội khóa XIV).

Đặc biệt, cần cụ thể hóa các quy định về trách nhiệm, nghĩa vụ, quyền lợi và quy trình hóa hoạt động tham vấn, lấy ý kiến doanh nghiệp thông qua các Hiệp hội doanh nghiệp về hoàn thiện các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan đến nội dung hoạt động của Hiệp hội theo quy định của pháp luật; về kiến nghị với các cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với các vấn đề có liên quan tới sự phát triển của Hiệp hội và lĩnh vực mà Hiệp hội hoạt động; *thể chế hóa việc xây dựng các quỹ khởi nghiệp và phát triển bền vững* với nguồn vốn cả từ ngân sách nhà nước hỗ trợ và từ đóng góp của doanh nghiệp và các nguồn khác; *thể chế hóa vai trò và nghĩa vụ của doanh nghiệp về tham gia xây dựng và triển khai các chương trình, mục tiêu phát triển bền vững* cho quốc gia, địa phương, ngành và doanh nghiệp; trong việc hiện thực hoá các Mục tiêu Phát triển bền vững đến năm 2030, như Chiến lược Phát triển bền vững Việt Nam giai đoạn 2011 -2020, Chiến lược quốc gia về tăng trưởng xanh thời kỳ 2011 - 2020 và Chiến lược quốc gia về biến đổi khí hậu...

Ngoài ra, kể từ năm 2016, các *Hiệp hội doanh nghiệp phải cộng tác triển khai đặc lược chương trình đánh giá xếp hạng doanh*

nghiệp bền vững theo Bộ chỉ số về phát triển bền vững (CSI) do VCCI chủ trì theo chỉ đạo của Chính phủ tại Thông báo số 398/TB-VPCP ngày 15/12/2015 về việc xếp hạng doanh nghiệp bền vững từ năm 2016. Hiệp hội phải giúp hoàn thiện các chỉ tiêu và tiêu chí đánh giá, hỗ trợ doanh nghiệp vượt qua các lúng túng về phát triển bền vững hoặc sự ngại ngần cung cấp những thông tin nhạy cảm và bổ sung cái nhìn đa chiều từ các bên liên quan đến doanh nghiệp; giúp doanh nghiệp thay đổi nhận thức, có chiến lược phát triển bền vững toàn diện, tối ưu quy trình sản xuất kinh doanh, chuỗi cung ứng và có hoạt động kinh doanh, cạnh tranh công bằng, lành mạnh, hiệu quả cao, đáp ứng các yêu cầu vì mục tiêu phát triển bền vững quốc gia và quốc tế...

Hiệp hội cũng cần hỗ trợ doanh nghiệp trong việc lập Báo cáo Bền vững định kỳ hàng năm, được thực hiện với mục đích trở thành thước đo giá trị của doanh nghiệp và công cụ để ghi nhận các thay đổi nhằm làm cho hoạt động của doanh nghiệp được bền vững hơn dựa trên các tiêu chí về phát triển bền vững, như một trách nhiệm mang tính bắt buộc đối với doanh nghiệp.

Thứ hai, Hiệp hội cần được tiếp nhận và thực hiện tốt một số dịch vụ công trong các lĩnh vực hoạt động kinh doanh do các cơ quan quản lý nhà nước chuyển giao, như tổ chức các hội nghị tập huấn phổ biến kiến thức pháp luật và hội nhập quốc tế; các khóa học bồi dưỡng kiến thức nâng cao năng lực kiến thức về kinh tế, pháp luật, môi trường, phòng chống cháy nổ, an toàn vệ sinh thực phẩm, nghĩa vụ nộp thuế, các chế độ chính sách đối với người lao động cho các doanh nghiệp hội viên; nhận đặt hàng thực hiện những hoạt động nghiên cứu, phát triển ngành, cũng như hỗ trợ doanh nghiệp (sử

dụng ngân sách nhà nước) vì mục tiêu phát triển bền vững.

Thứ ba, phát triển, tập hợp lực lượng trong các hoạt động của Hiệp hội, nhất là các hoạt động vận động chính sách thương mại quốc tế, bảo vệ doanh nghiệp trong các tranh chấp thương mại theo yêu cầu và mục tiêu phát triển bền vững: tổ chức giao lưu với các tổ chức quốc tế, các tổ chức, doanh nghiệp ở các địa phương khác; tham gia hoà giải các tranh chấp giữa hội viên, đảm bảo cạnh tranh lành mạnh; tổ chức các diễn đàn, đối thoại, các cuộc tiếp xúc giữa doanh nghiệp, người sử dụng lao động với các cơ quan nhà nước để trao đổi thông tin và ý kiến về các vấn đề liên quan đến doanh nghiệp và môi trường kinh doanh; hợp tác với công đoàn giải quyết tốt mối quan hệ giữa người sử dụng lao động với người lao động theo Bộ luật Lao động để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của doanh nghiệp và người sử dụng lao động trong các quan hệ kinh doanh trong nước, quốc tế.

Duy trì giao ban định kỳ giữa các Hiệp hội doanh nghiệp và trao đổi thông tin, lập chung danh sách các doanh nghiệp hội viên giữa các Hiệp hội; tham vấn thống nhất giữa các Hiệp hội trong việc kiến nghị Chính phủ, các bộ, ngành trung ương và lãnh đạo các địa phương về cơ chế, chính sách tháo gỡ khó khăn, vướng mắc cho doanh nghiệp và vì phát triển bền vững.

Thứ tư, tổ chức các hoạt động liên kết, hợp tác thực chất, nội dung thực sự đáp ứng nhu cầu của doanh nghiệp với hình thức tổ chức phong phú, đa dạng: Hiệp hội cần chú trọng thúc đẩy các dịch vụ hỗ trợ phát triển kinh doanh; hỗ trợ doanh nghiệp phát triển quan hệ kinh doanh và đầu tư ở trong và ngoài nước thông qua các biện pháp như chấp mối và giới thiệu bạn hàng, cung cấp

thông tin, hướng dẫn và tư vấn cho doanh nghiệp, tổ chức nghiên cứu, khảo sát thị trường, hội thảo, hội nghị, hội chợ triển lãm, quảng cáo và các hoạt động xúc tiến khác; động viên các đơn vị thành viên hỗ trợ, giới thiệu đơn hàng cho nhau, xây dựng các chính sách giá bán hàng phù hợp; đào tạo, tập huấn nghiệp vụ sát với nhu cầu công việc của các doanh nghiệp, như quản trị tài chính, thương hiệu, thuế... điều tra, khảo sát, tập hợp, nghiên cứu những ý kiến của doanh nghiệp, của hội viên để tham mưu xây dựng kế hoạch chính sách phát triển doanh nghiệp cả cấp vi mô và vĩ mô; phản ánh kiến nghị và tham mưu với các cơ quan nhà nước về chiến lược, quy hoạch, kế hoạch, cơ chế chính sách nhằm hỗ trợ phát triển doanh nghiệp và cải thiện môi trường kinh doanh; tư vấn pháp luật và nghiệp vụ kinh doanh; tổ chức đào tạo, bồi dưỡng bằng những hình thức thích hợp để phát triển nguồn lực cho các doanh nghiệp, giúp các doanh nhân nâng cao kiến thức chuyên môn, năng lực quản lý và kinh doanh tiếp cận thị trường; cung cấp thông tin kinh tế, phổ biến các chủ trương, chính sách của Đảng và pháp luật của Nhà nước liên quan đến hoạt động sản xuất - kinh doanh - dịch vụ của các doanh nghiệp; tiến hành các hoạt động hỗ trợ xây dựng, quảng bá, nâng cao uy tín doanh nghiệp, doanh nhân và các sản phẩm hàng hoá, dịch vụ của các doanh nghiệp hội viên.

Xây dựng Trang thông tin điện tử của Hội và xuất bản các ấn phẩm của Hội theo quy định của pháp luật; tăng cường trao đổi, cập nhật, cung cấp thông tin giữa hội viên với Hiệp hội, và ngược lại để thực hiện tốt vai trò cầu nối giữa cộng đồng doanh nhân, doanh nghiệp với các cấp quản lý nhà nước, các ngành liên quan nhằm giải quyết khó

khăn, tạo điều kiện cho sản xuất kinh doanh của các doanh nghiệp, giúp cho cơ quan chức năng thực hiện tốt hơn vai trò quản lý nhà nước; thường xuyên trao đổi, lắng nghe, chia sẻ vướng mắc của các doanh nghiệp; tổ chức đối thoại, kiến nghị với lãnh đạo các cơ quan ban ngành; kịp thời thông tin và tham mưu với cơ quan chức năng thông qua các buổi làm việc định kỳ hàng tháng, hàng quý, kịp thời tháo gỡ nhiều vướng mắc của các doanh nghiệp về chính sách đất đai, thủ tục hành chính, lãi suất, nợ xấu, thủ tục, thế chấp trong vay vốn ngân hàng sát với thực tế.

Tổ chức cho các doanh nghiệp tham gia các đoàn công tác cùng lãnh đạo tỉnh hoặc các ngành trong các chuyến công tác nước ngoài nhằm giới thiệu hàng hoá, sản phẩm thúc đẩy quan hệ với các tổ chức, doanh nghiệp quốc tế, ký kết, hợp tác kinh tế quốc tế, phát triển kinh doanh của doanh nghiệp.

Thứ năm, các Hiệp hội doanh nghiệp định kỳ và không định kỳ chủ động phối hợp với các cơ quan báo chí, truyền thông và Hiệp hội khác thực hiện các tọa đàm, hội thảo, giải trình và tuyên truyền về chính sách và hoạt động kinh doanh vì mục tiêu phát triển bền vững, thực hiện 10 nguyên tắc trong hoạt động kinh doanh và cung ứng của doanh nghiệp: Ủng hộ và tôn trọng các quyền con người được quốc tế công bố; cam kết không lạm dụng nhân quyền; ủng hộ việc tự do thành lập Hiệp hội và thừa nhận quyền thương lượng tập thể; loại bỏ tất cả các hình thức lao động cưỡng bức và lao động bắt buộc; xóa bỏ tình trạng lao động trẻ em; loại bỏ sự phân biệt đối xử trong tuyển dụng lao động và việc làm; ủng hộ các phương án phòng ngừa đứng trước thách thức về môi trường; thực hiện các sáng kiến để nâng cao hơn nữa trách nhiệm đối với môi trường; khuyến khích phát triển và phổ

biến công nghệ thân thiện với môi trường; chống lại nạn tham nhũng dưới mọi hình thức, kể cả hối lộ và nhận hối lộ...

Thứ sáu, các Hiệp hội doanh nghiệp chủ động xây dựng và triển khai các chương trình hoạt động kỷ niệm ngày “Doanh nhân Việt Nam 13/10”; “Ngày vì môi trường”; “Ngày quyền của người tiêu dùng” và các ngày tương tự khác trong mục tiêu phát triển bền vững, bình chọn khen thưởng và tôn vinh xứng đáng các doanh nhân, doanh nghiệp tiêu biểu hàng năm; thực hiện tốt các cuộc vận động, chương trình lớn do Đảng và Nhà nước phát động; vận động hội viên đề cao đạo đức, văn hóa trong kinh doanh, thực hiện tốt trách nhiệm xã hội, tích cực tham gia các hoạt động xã hội - từ thiện tại địa phương; tích cực tham gia các chương trình liên kết, hợp tác giữa các Hiệp hội; thường xuyên cung cấp thông tin về các chương trình xúc tiến thương mại trong và ngoài nước cho các Hiệp hội doanh nghiệp và cho các doanh nghiệp hội viên biết để quảng bá sản phẩm, tìm kiếm đối tác và mở rộng thị trường, đẩy mạnh xuất khẩu các sản phẩm có lợi thế của địa phương;

Thứ bảy, kiện toàn cơ cấu tổ chức và tăng năng lực hoạt động của các Ban Chấp hành Hiệp hội. Trong Ban Chấp hành, nên có một bộ phận giúp việc và tham mưu cho lãnh đạo Hiệp hội, vì phần lớn lãnh đạo Hiệp hội lại là chủ doanh nghiệp nên rất bận rộn, hoạt động kiêm nhiệm, thời gian dành cho công tác chỉ đạo, điều hành, triển khai thực hiện các nội dung chương trình liên kết, hợp tác còn hạn chế.

Nghiên cứu thành lập một Hiệp hội doanh nghiệp chung trong khi vẫn duy trì các Hiệp hội ngành nghề cho mỗi tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương để tăng sức mạnh hoạt động thống nhất của các Hiệp hội

trong bối cảnh ngày càng toàn cầu hóa và ranh giới các ngành nghề đang mờ dần, đa dạng hóa các hoạt động và mở rộng quy mô kinh doanh của mỗi doanh nghiệp; Thực tế cho thấy, doanh nghiệp ngày càng tham gia nhiều hoạt động đa dạng theo nhu cầu thị trường, năng lực của mình và sự thông thoáng của Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư mới. Việc một doanh nghiệp tham gia nhiều Hiệp hội tương ứng với các ngành nghề kinh doanh hẹp sẽ tăng hoạt động chồng chéo và tốn kém cho doanh nghiệp.

Đồng thời, tiếp tục coi trọng tạo lập các “Nhóm doanh nghiệp hạt nhân”, gồm các doanh nghiệp gần gũi nhau, cùng mối quan tâm trong kinh doanh (trong cùng một lĩnh vực như dệt may, sản xuất gỗ hay hàng thủ công mỹ nghệ...) để thống nhất vận động chính sách, chuyển tải những phản hồi này lên cấp trên để điều chỉnh chính sách hoặc có sự giúp đỡ kịp thời cho các doanh nghiệp trong việc hiểu rõ và kỹ các yêu cầu về sản phẩm, tuân thủ luật pháp, đặc biệt là trong việc bảo vệ môi trường để được xuất khẩu hàng hóa đáp ứng được các yêu cầu và tiêu chuẩn về chất lượng sản phẩm.

Cuối cùng, trong thời gian tới, nhằm chuyển tải mục tiêu phát triển bền vững trong chiến lược kinh doanh của doanh nghiệp, Hiệp hội cần hỗ trợ các doanh nghiệp hội viên nghiên cứu học tập các mô hình phát triển bền vững trên thế giới để áp dụng, qua đó góp phần thực hiện tốt việc gắn kết mục tiêu phát triển bền vững trong chiến lược kinh doanh, phù hợp với mô hình kinh doanh của từng doanh nghiệp theo quy định của pháp luật, phù hợp với thông lệ quốc tế; tăng cường trách nhiệm của doanh nghiệp đại chúng đối với môi trường và xã hội, nhằm hiện thực hóa *Chiến lược quốc gia về tăng trưởng xanh giai đoạn 2011-2020 và tầm nhìn đến năm 2050* ■

CÔNG TY TRÁCH NHIỆM HỮU HẠN HAI THÀNH VIÊN TRỞ LÊN TRONG MÔI TRƯỜNG KINH DOANH HIỆN NAY

NGUYỄN VINH HƯNG*

Hoạt động của các công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) hai thành viên trở lên đang khẳng định ưu điểm của loại hình doanh nghiệp này, nhưng đồng thời cũng bộc lộ những tồn tại, hạn chế. Liệu loại hình công ty này có phù hợp với nền kinh tế, thương mại nước ta? Cần thiết phải có sự tìm hiểu, nghiên cứu về công ty TNHH hai thành viên trở lên, để từ đó xác định hướng phát triển và cách thức vận hành phù hợp hơn với môi trường thương mại hiện nay.

1. Ưu điểm của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên

Khác với đa số các loại hình công ty, công ty TNHH hai thành viên trở lên hoàn toàn là sản phẩm của quá trình lập pháp. Nhiều người cho rằng: “Mô hình công ty cổ phần không thích hợp với các nhà đầu tư vừa và nhỏ. Các quy định quá phức tạp trong luật công ty cổ phần không cần thiết cho loại công ty vừa và nhỏ, có ít thành viên và thường là họ quen biết nhau. Còn chế độ chịu trách nhiệm vô hạn của công ty đối nhân không thích hợp với tất cả các nhà đầu tư”¹. Có lẽ là từ những quan niệm trên, loại hình công ty TNHH hai thành viên trở lên được xây dựng với sự kế thừa từ các ưu điểm kết hợp của công ty cổ phần và công ty hợp danh.

Mô hình công ty TNHH hai thành viên trở lên được du nhập vào Việt Nam và được quy định chính thức kể từ Luật Công ty năm 1990. Tuy nhiên, từ Luật Công ty năm 1990 đến Luật Doanh nghiệp năm 2014, pháp luật vẫn không có định nghĩa cụ thể về công ty TNHH hai thành viên trở lên, mà luật chỉ nêu ra các đặc điểm của loại hình công ty này. Có người cho rằng: “Công ty TNHH hai thành viên trở lên là một loại hình doanh nghiệp có từ 02 đến 50 thành viên góp vốn và chịu TNHH về khoản vốn góp”², hay “đây là loại hình công ty gồm không quá 50 thành viên góp vốn thành lập và công ty chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty bằng tài sản của mình”³.

Theo Điều 47 Luật Doanh nghiệp năm

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

1 Bùi Ngọc Cường, Giáo trình Luật Thương mại, Nxb. Giáo dục Việt Nam, Hà Nội, 2010, Tập I, tr. 58.

2 Lê Học Lâm, Lê Ngọc Đức, Luật Kinh doanh, Nxb. Thống kê, Hà Nội, 2010, tr. 105.

3 Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật Thương mại, Tập I, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2011, tr. 149.

2014, công ty TNHH hai thành viên trở lên có những đặc điểm cơ bản: số lượng thành viên bị khống chế không được vượt quá 50 thành viên (thành viên có thể là cá nhân hoặc tổ chức); công ty là một pháp nhân; thành viên chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đóng góp; công ty chỉ có thể phát hành trái phiếu. Từ những đặc điểm này, công ty TNHH hai thành viên trở lên thể hiện rõ các ưu điểm như:

Thứ nhất, hạn chế rủi ro về mặt tài chính cho các thành viên

Tính chịu TNHH xuất hiện từ lâu đời trong lệ của người buôn bán và lệ dần được ghi nhận thành luật⁴. TNHH thường được hiểu đó là nghĩa vụ của cổ đông hay của thành viên sẽ phải trả các khoản nợ của công ty, được giới hạn chỉ trong phạm vi số vốn đã cam kết góp vào công ty. TNHH còn được hiểu là: “tính có giới hạn về khả năng trả nợ của các doanh nghiệp”⁵. Giới kinh doanh khá ưa thích về chế độ TNHH, bởi đây là bảo đảm an toàn các rủi ro tài chính cho họ.

Là công ty kết hợp giữa các yếu tố của cả công ty đối vốn và công ty đối nhân, nhưng tính chất “đối vốn” của công ty TNHH hai thành viên trở lên được thể hiện rõ nét hơn. Tên gọi của công ty này thể hiện rất rõ điều đó khi cụm từ “TNHH” vốn là đặc trưng rất cơ bản của loại hình công ty đối vốn. Nhờ vào tính chịu TNHH nên công ty TNHH hai thành viên trở lên cũng chỉ phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ và các nghĩa vụ tài sản khác trong phạm vi khối tài sản của công ty. Còn đối với các thành viên của công ty, thì chỉ phải chịu trách

nhiệm trong phạm vi số vốn mà thành viên đã góp vào công ty. Đây là nguyên tắc pháp định, tất cả thành viên của công ty TNHH hai thành viên trở lên đều được hưởng chế độ chịu TNHH về mặt tài chính. Cơ chế TNHH tách bạch rõ ràng tài sản góp vào công ty với tài sản dân sự của thành viên.

Thứ hai, về sự đồng thuận của các thành viên

Công ty TNHH hai thành viên trở lên còn mang các đặc trưng của hình thức công ty đối nhân. Điều đó biểu hiện qua số lượng thành viên của công ty này khá ít. Hay việc chuyển nhượng phần vốn của thành viên bị hạn chế và giữa các thành viên thường có mối quan hệ thân thiết... Thông thường, giữa các thành viên của công ty đã có mối quan hệ gần gũi, tin cậy. Bản thân các thành viên luôn giữ vai trò rất quan trọng trong việc thành lập công ty này. Hay nói cách khác, “công ty tồn tại dựa trên sự quen biết và tin tưởng giữa các thành viên. Mối quan hệ cá nhân giữa họ là nền tảng cho công ty TNHH”⁶. Chính từ sự hiểu biết, tin tưởng lẫn nhau giữa các thành viên nên công ty TNHH có sự đồng thuận, gắn bó chặt chẽ với nhau. Khi quyết định các vấn đề của công ty sẽ dễ dàng có được sự ủng hộ, đồng tình và sự cố gắng thực hiện từ các thành viên khác. Đây là lợi thế của các loại hình công ty thuộc hình thức của công ty đối nhân mà công ty TNHH hai thành viên trở lên có được.

Thứ ba, việc quản lý điều hành công ty khá đơn giản, hiệu quả

Do số lượng thành viên khá ít nên công ty TNHH hai thành viên trở lên có cơ cấu tổ chức, quản lý điều hành khá đơn giản. Cơ

4 Phạm Duy Nghĩa, Luật Doanh nghiệp: Tình huống - Phân tích - Bình luận, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2009, tr. 68.

5 Nguyễn Như Phát, Giáo trình Luật Kinh tế Việt Nam, Viện Đại học Mở Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2011, tr. 33.

6 Phạm Duy Nghĩa, Chuyên khảo Luật kinh tế, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2004, tr. 267.

cấu tổ chức quản lý của công ty bao gồm: Hội đồng thành viên, Chủ tịch Hội đồng thành viên, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc, Ban Kiểm soát (chỉ trong một số trường hợp)⁷. Do cơ cấu tổ chức tương đối gọn nhẹ nên việc quản lý điều hành của công ty TNHH hai thành viên trở lên khá đơn giản, nhanh chóng, hiệu quả. “Công ty TNHH hai thành viên được nhiều người ưa thích vì nó có nhiều quy định rất hay, khác với công ty vô danh (công ty cổ phần), công ty TNHH hai thành viên có bộ máy điều hành nhẹ nhàng hơn”⁸. Điều này cũng góp phần giúp cho công ty TNHH hai thành viên trở lên có thể nhanh chóng, linh hoạt, kịp thời giải quyết các vấn đề phát sinh trong hoạt động kinh doanh.

Thứ tư, là loại hình công ty lý tưởng để kinh doanh trong phạm vi nhỏ hoặc vừa

Công ty TNHH hai thành viên trở lên là loại công ty trung gian và tiếp thu những ưu điểm của cả hai hình thức công ty đối vốn và công ty đối nhân. Công ty TNHH hai thành viên trở lên có nhiều ưu điểm khi đã khắc phục được sự phức tạp khi thành lập và việc quản lý phân tán của công ty cổ phần cũng như nhược điểm không phân chia được rủi ro của công ty hợp danh. Nếu so với công ty cổ phần thì công ty TNHH hai thành viên trở lên có bộ máy quản lý điều hành đơn giản, gọn nhẹ. Còn so với công ty hợp danh thì thành viên của công ty TNHH hai thành viên trở lên không phải liên đới chịu trách nhiệm vô hạn với các khoản nợ của công ty. Có thể thấy rằng, công ty TNHH hai thành viên trở lên là một loại hình công ty có quy mô tổ chức tương đối nhỏ hoặc vừa và lại có sự bảo đảm an toàn cao về mặt tài sản cho các thành viên.

Mô hình công ty TNHH hai thành viên trở lên khá thích hợp với các thương nhân có tư tưởng kinh doanh chỉ với quy mô nhỏ hoặc vừa và thường đòi hỏi sự tin tưởng, quen biết giữa các thành viên.

2. Hạn chế của công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên

Bên cạnh những ưu điểm trên, công ty TNHH hai thành viên trở lên còn tồn tại khá nhiều hạn chế.

Thứ nhất, tính an toàn về mặt pháp lý khá thấp do các thành viên được hưởng cơ chế chịu TNHH về mặt tài sản

Với tính chất chịu TNHH về tài sản, các thành viên chỉ có nghĩa vụ trả nợ trong phạm vi giới hạn số vốn góp. Vì vậy, trên thực tiễn kinh doanh, nhiều cá nhân, tổ chức khi làm ăn với công ty TNHH hai thành viên trở lên đều tỏ ra khá e dè, thận trọng. Bởi nếu các thành viên lợi dụng công ty để kinh doanh với mục đích gian trá thì điều đó có thể mang lại rủi ro rất lớn cho khách hàng và các chủ nợ. Khi đó, tính chịu TNHH đã trở thành bức tường che chắn cho các thành viên trước yêu cầu đòi nợ của các bạn hàng làm ăn với công ty này. “Đôi khi các công ty này chỉ là tấm bình phong để một số thương nhân sử dụng để hạn chế rủi ro. Vì thế, các chủ ngân hàng và cả người dân, khi thỏa thuận cho công ty TNHH vay mượn thường đòi hỏi sự bảo lãnh của thành viên chính của công ty”⁹. Chính vì công ty TNHH hai thành viên trở lên không có được sự đảm bảo pháp lý cao nên công ty khó có thể tìm được các nguồn vốn lớn vay từ các ngân hàng. Hạn chế này khiến công ty TNHH hai thành viên trở lên luôn chứa đựng nhiều rủi ro cho khách hàng.

7 Điều 55 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

8 Maurice Cozian, Alian Viandier, Tổ chức công ty, dịch từ nguyên bản tiếng Pháp "Droit des sociétés: Litec. 1988, Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp, Hà Nội, 1990, tr. 132.

9 Francis Lemeunier, Nguyên lý và thực hành Luật Thương mại, Luật Kinh doanh, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1993, tr. 247.

Thứ hai, quy mô thành viên của công ty luôn bị giới hạn

Ở nhiều quốc gia, đối với công ty TNHH, pháp luật thường giới hạn số lượng thành viên: “số thành viên tối đa của công ty TNHH ở Cộng hòa Liên bang Nga là không quá 50 người; ở Cộng hòa Nam Phi là không quá 30 người; ở Mỹ quy định tùy theo tiểu bang”¹⁰. Tại Việt Nam, công ty TNHH một thành viên chỉ có duy nhất 01 thành viên; công ty TNHH hai thành viên trở lên có ít nhất 02 thành viên và tối đa không được vượt quá 50 thành viên¹¹. Có nhận xét cho rằng “đặt ra một số tuyệt đối (trong trường hợp này là 50) để giới hạn mức tối đa số thành viên của công ty không có sức thuyết phục về mặt lý thuyết”¹². Bởi lẽ, “cùng với quá trình phát triển, quy mô kinh doanh của công ty được mở rộng và đa dạng thêm, do đó nhu cầu về vốn cũng tăng theo. Vì thế, mô hình công ty TNHH có thể trở nên không còn phù hợp cho sự phát triển tiếp theo của công ty”¹³. Bởi vậy, công ty TNHH hai thành viên trở lên khó có khả năng phát triển với quy mô lớn.

Thứ ba, việc chuyển nhượng phần vốn góp và cơ chế thay đổi thành viên khá khó khăn

Một hạn chế lớn của công ty TNHH hai thành viên trở lên là việc chuyển nhượng phần vốn góp của các thành viên thường rất khó khăn. Sở dĩ như vậy là vì chính bản thân các thành viên giữ vai trò rất quan trọng trong việc thành lập công ty. Về nguyên tắc, thành viên có nhu cầu chuyển nhượng chỉ

được chuyển nhượng vốn cho người không phải là thành viên trong trường hợp đã chào bán phần vốn đó cho các thành viên còn lại và chỉ khi các thành viên còn lại này của công ty không mua hoặc không mua hết trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày chào bán¹⁴. Bởi lẽ, “công ty TNHH mang tính chất một công ty đối nhân, vì việc chuyển nhượng phần hội cũng cần phải được sự đồng ý của các hội viên. Mọi chuyển nhượng phần hội cho người ngoài đều phải được sự đồng ý của các hội viên”¹⁵. Qua đó cho thấy, việc thay đổi thành viên của công ty TNHH hai thành viên trở lên khá khó khăn và phức tạp.

Thứ tư, khó khăn trong việc huy động vốn

Pháp luật quy định công ty TNHH hai thành viên trở lên có thể huy động vốn qua hình thức phát hành trái phiếu khi đáp ứng các điều kiện của luật định¹⁶. Tuy nhiên, ngay cả khi công ty được phép huy động vốn bằng phương pháp phát hành trái phiếu thì cũng phải thỏa mãn các quy định không mấy dễ dàng của pháp luật chứng khoán và các văn bản hướng dẫn phát hành chứng khoán¹⁷. Mặt khác, do số lượng thành viên của công ty bị giới hạn, nên khả năng huy động vốn của công ty luôn gặp nhiều khó khăn trên thực tế.

3. Sự phù hợp giữa công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên với môi trường thương mại tại Việt Nam hiện nay

Thực tế hiện nay cho thấy, tại Việt Nam, công ty TNHH (bao gồm chung cả hai loại

10 Lê Học Lâm, Lê Ngọc Đức, Luật Kinh doanh, Nxb. Thống kê, Hà Nội, 2010, tr. 105.

11 Điều 73 và Điều 47 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

12 Nguyễn Như Phát, Bùi Nguyên Khánh, Luật Kinh tế Việt Nam, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2006, tr. 246.

13 Nguyễn Như Phát, Bùi Nguyên Khánh (2006), Luật Kinh tế Việt Nam, sđd, tr. 332 - 333.

14 Điều 53 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

15 Maurice Cozian, Alian Viandier, Tổ chức công ty, dịch từ nguyên bản tiếng Pháp "Droit des sociétés: Litec. 1988, sđd, tr. 145.

16 Khoản 2 Điều 1 Nghị định số 90/2011/NĐ-CP ngày 14/10/2011 của Chính phủ về phát hành trái phiếu doanh nghiệp.

17 Khoản 2 Điều 12, Luật Chứng khoán năm 2006 (sửa đổi, bổ sung năm 2010); và Điều 13 Nghị định số 90/2011/NĐ-CP ngày 14/10/2011 của Chính phủ về phát hành trái phiếu doanh nghiệp.

hình công ty) là hình thức được ưa chuộng hơn cả¹⁸. Có thể thấy rằng, qua một số năm triển khai Luật Công ty, “các nhà đầu tư rất thích thành lập công ty TNHH. Từ sau khi có Luật Công ty đến nay, số lượng các công ty TNHH nhiều hơn hẳn các công ty cổ phần”¹⁹. Đây có lẽ là tín hiệu rất đáng mừng đối với công ty TNHH hai thành viên trở lên tại Việt Nam, khẳng định loại hình công ty này phần nào đã đáp ứng được nhu cầu của các nhà kinh doanh. Tuy nhiên, loại hình công ty này vẫn còn khiến nhiều nhà đầu tư và công chúng lo ngại vì những lý do sau:

- Trong nền kinh tế thị trường, mục tiêu chung của các doanh nghiệp là hướng tới lợi nhuận. Vì mục tiêu lợi nhuận tối đa mà các doanh nghiệp có thể kinh doanh với bất cứ giá nào, có thể gây ảnh hưởng tới lợi ích của các doanh nghiệp khác và thậm chí phương hại tới lợi ích quốc gia²⁰. Trong nhiều năm qua, đã có không ít trường hợp doanh nghiệp kinh doanh thiếu trách nhiệm, gây ảnh hưởng rất lớn đến đời sống xã hội. Đối chiếu với công ty TNHH hai thành viên trở lên thì do chỉ phải chịu TNHH, hay nói cách khác, “nó chỉ có nghĩa vụ trả nợ trong phạm vi có giới hạn (khi bị phá sản), nên rất dễ gây ra rủi ro cho bạn hàng”²¹. Bức tường TNHH tuy hạn chế được rủi ro cho các thành viên nhưng cũng vì vậy, nó đã dồn một phần rủi ro rất lớn cho khách hàng và các chủ nợ. Trong trường hợp công ty bị vỡ nợ, khách hàng và chủ nợ chỉ có thể đòi công ty và chỉ có thể được thanh toán một phần từ khối tài sản riêng của công ty, “mà không thể buộc thành viên công ty mang tài sản cá nhân để liên đới trả nợ thay cho công

ty. Khi làm ăn với công ty TNHH, khách hàng có nhiều lý do để cân trọng”²². Ngoài ra, cần phải khẳng định, hiện nay đạo đức kinh doanh của một số chủ kinh doanh vẫn chưa được đề cao. Chính vì vậy, dễ dẫn đến “nguy cơ các chủ kinh doanh lợi dụng tính chịu TNHH để lừa đảo, chiếm dụng vốn của khách hàng hoặc chủ nợ”²³. Nếu những chủ kinh doanh này kinh doanh dưới hình thức công ty TNHH hai thành viên trở lên thì càng có thể gây ra những ảnh hưởng xấu đến xã hội.

- Tâm lý phần lớn các nhà kinh doanh hiện nay đều mong muốn khi tham gia một công ty và đến khi rời khỏi công ty đó họ đều gặp thuận lợi, dễ dàng, nhanh gọn. Tuy nhiên, như đã phân tích, do các thành viên của công ty TNHH hai thành viên trở lên luôn giữ vai trò hết sức quan trọng đối với công ty nên việc chuyển nhượng phần vốn góp của họ gặp khá nhiều khó khăn, phức tạp. Theo một số chuyên gia, “đối với công ty TNHH, việc chuyển nhượng phần vốn góp không tự do, và cũng không dễ dàng, bởi lẽ... giá trị vốn góp gắn với nhân thân từng thành viên trong công ty. Bởi thế, việc xác định giá trị vốn góp trong công ty TNHH là khó khăn và nếu được chào bán, cũng khó tìm được người mua... Vốn góp thành lập các công ty thường do một nhóm nhỏ các thành viên, bạn bè và gia đình họ đóng góp - chứ thành lập công ty TNHH chưa phải để huy động vốn rộng rãi trong công chúng”²⁴. Cũng vì lý do khó khăn trong việc thay đổi thành viên nên trên thực tế, nhiều nhà đầu tư không muốn tham gia hoặc thành lập công ty TNHH hai thành viên trở lên.

18 Nguyễn Mạnh Bách, *Các công ty thương mại*, Nxb. Tổng hợp Đồng Nai, Đồng Nai, 2006, tr. 85.

19 Bùi Ngọc Cường, *Giáo trình Luật Thương mại Việt Nam*, sđd, tr. 58.

20 Lê Thị Thu Thủy, *Giáo trình Luật Tài chính Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2002, tr. 254.

21 Nguyễn Như Phát, *Giáo trình Luật Kinh tế Việt Nam*, sđd, tr. 36.

22 Phạm Duy Nghĩa, *Luật Doanh nghiệp: Tình huống - Phân tích - Bình luận*, sđd, tr. 71.

23 Nguyễn Như Phát, *Phạm Duy Nghĩa, Giáo trình Luật Kinh tế Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2001, tr. 187.

24 Phạm Duy Nghĩa, *Chuyên khảo Luật Kinh tế*, sđd, tr. 267.

- Mặt khác, quy định hạn chế số lượng thành viên của công ty TNHH hai thành viên trở lên cũng là một rào cản rất lớn đối với sự phát triển của loại hình công ty này. Bởi lẽ, khi đã thành lập công ty, các nhà đầu tư đều mong muốn công ty phát triển và rất hạn chế phải thay đổi hình thức pháp lý của công ty. Bởi khi đã thay đổi hình thức pháp lý công ty thì thường phải thay đổi cơ cấu tổ chức, quản trị điều hành, cơ chế đại diện, quyền hạn của các thành viên... Vì vậy, nhiều khả năng khi thay đổi hình thức pháp lý của công ty thì người chủ cũ cũng sẽ bị hạn chế, chia sẻ quyền lực của họ. Hạn chế rất lớn của công ty TNHH hai thành viên trở lên là luôn bị pháp luật ràng buộc, không cho phép ít hơn 02 thành viên và không được vượt quá 50 thành viên. Điều này gây khó khăn rất lớn, vì với biến động kinh doanh và nhu cầu phát triển thì khó có thể khẳng định trước rằng, đến giai đoạn nào, công ty cần phải mở rộng quy mô, hoặc có thêm nhu cầu huy động vốn. Để có thể mở rộng quá 50 thành viên thì công ty bắt buộc phải chuyển đổi thành công ty cổ phần. Như đã phân tích, việc chuyển đổi hình thức công ty không phải là giải pháp hiệu quả trong bất kỳ tình huống nào vì nó chứa đựng nhiều thủ tục, đồng thời gây tổn kém cho công ty. Vì thế, nếu để lựa chọn một loại hình công ty cũng có cơ chế TNHH về tài sản và khả năng mở rộng quy mô không giới hạn thì nhiều nhà đầu tư đã lựa chọn ngay từ đầu loại hình công ty cổ phần. Rõ ràng là, nếu so với công ty cổ phần thì sức thu hút, lợi thế cạnh tranh của loại hình công ty TNHH hai thành viên trở lên tỏ ra yếu kém hơn.

4. Kiến nghị

Từ những phân tích trên, có thể thấy rằng, công ty TNHH hai thành viên trở lên vẫn chưa thật sự phù hợp với nhu cầu và sự

phát triển của môi trường thương mại tại Việt Nam. Để công ty TNHH hai thành viên trở lên có thể phát triển mạnh mẽ và phù hợp hơn với môi trường thương mại tại Việt Nam, thì rất cần thiết phải xem xét lại các vấn đề sau:

Các nhóm ngành, nghề như: y tế (mở phòng khám chữa bệnh tư nhân, cửa hàng bán thuốc, các vật tư ngành y tế...), dịch vụ pháp lý (văn phòng, công ty luật, dịch vụ công chứng tư, thừa phát lại...), nhóm tư vấn thiết kế (xây dựng, kiến trúc, thi công...), hay kiểm toán, dược phẩm, hóa chất... đều là những ngành nghề có tầm quan trọng và ảnh hưởng rất lớn đến đời sống xã hội. Bởi vì, chúng thường trực tiếp ảnh hưởng đến sức khỏe của con người hay trật tự, an ninh của cả xã hội. Trước đây, đã từng có quy định, khi tham gia các ngành nghề kinh doanh dịch vụ pháp lý (Văn phòng Thừa phát lại) thì bắt buộc phải thành lập dưới hình thức của công ty hợp danh hoặc doanh nghiệp tư nhân²⁵. Như vậy, rõ ràng, pháp luật cũng đã cố gắng hạn chế các rủi ro mà lĩnh vực kinh doanh có thể gây ra và quy định rất cụ thể về hình thức pháp lý của công ty kinh doanh sẽ phải đáp ứng.

Theo chúng tôi, pháp luật nên quy định theo hướng không cho phép công ty TNHH hai thành viên trở lên được hoạt động trong các lĩnh vực kinh doanh có ảnh hưởng lớn đến đời sống xã hội. Nói cách khác, sẽ là hiệu quả và phù hợp hơn khi công ty TNHH hai thành viên trở lên, chỉ được phép kinh doanh trong các lĩnh vực không đòi hỏi việc phải chịu trách nhiệm cao về mặt pháp lý và tài sản. Quy định này có thể góp phần định hướng các ngành nghề kinh doanh đi theo đúng trật tự, hoạt động an toàn, hiệu quả và phù hợp với thể mạnh của loại hình công ty TNHH hai thành viên trở lên ■

25 Khoản 4 Điều 1 Quyết định số 224/QĐ-TTg, ngày 19/2/2009.

HỘI NHẬP THỊ TRƯỜNG CHỨNG KHOÁN VIỆT NAM TRONG KHUÔN KHỔ CỘNG ĐỒNG KINH TẾ ASEAN

LÊ VŨ NAM*

1. Dẫn nhập

Trong bối cảnh nền kinh tế Việt Nam dù đã có những dấu hiệu khởi sắc nhưng vẫn còn khá nhiều khó khăn, như nợ công tăng cao¹, nợ xấu của hệ thống ngân hàng vẫn chưa được xử lý hiệu quả, việc tái cấu trúc khu vực doanh nghiệp nhà nước diễn ra chậm chạp... đã ảnh hưởng không nhỏ đến hoạt động và tính thanh khoản của thị trường chứng khoán (TTCK). Để thu hút các nhà đầu tư tham gia giao dịch, TTCK cần có những giải pháp mang tính đột phá, trong đó việc đa dạng hóa các loại chứng khoán nhằm tăng thêm lựa chọn cho các nhà đầu tư là những ưu tiên hàng đầu trong giai đoạn hiện nay. Hàng hóa quan trọng và phổ biến của TTCK là cổ phiếu. Tính đa dạng của các loại cổ phiếu không chỉ dừng lại ở số lượng cổ phiếu được niêm yết trên thị trường và các lĩnh vực kinh tế, mà còn thể hiện ở nguồn gốc, xuất xứ của cổ phiếu. Ở các TTCK phát

triển, bên cạnh việc có thể lựa chọn đầu tư vào cổ phiếu của các doanh nghiệp trong nước, nhà đầu tư còn có cơ hội đầu tư vào cổ phiếu của những doanh nghiệp nước ngoài được niêm yết ngay trên TTCK trong nước. Điều này sẽ giúp cho nhà đầu tư thiết lập những danh mục đầu tư hiệu quả hơn, giảm thiểu và kiểm soát rủi ro trong đầu tư.

Mặc dù đã được thành lập và hoạt động hơn 15 năm, với gần 800 loại cổ phiếu niêm yết, nhưng trên TTCK Việt Nam vẫn chưa có cổ phiếu của một doanh nghiệp nước ngoài nào niêm yết giao dịch. Một trong những nguyên nhân là do các quy định về điều kiện niêm yết cổ phiếu trên TTCK Việt Nam còn nhiều bất cập và chưa phù hợp với thông lệ quốc tế, trước hết là các nước trong khối ASEAN có TTCK phát triển mạnh, như Singapore.

Có thể thấy, khi tiến trình nhập kinh tế quốc tế và khu vực diễn ra mạnh mẽ thì sự

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

1 Theo Báo cáo tình hình kinh tế - xã hội năm 2014 và nhiệm vụ năm 2015 được Thủ tướng Chính phủ trình bày trước Quốc hội tại kỳ họp Quốc hội Khóa 13 ngày 20/10/2014 thì: "Tỷ lệ trả nợ trực tiếp của Chính phủ so với tổng thu ngân sách năm 2014 khoảng 14,2% (theo quy định của Chiến lược nợ công là không quá 25%) nhưng nếu tính cả vay để đảo nợ và trả nợ vay về cho vay lại thì vào khoảng 26,2%. Dư nợ công cuối năm 2013 bằng 54,2%; dư nợ Chính phủ bằng 42,3%; dư nợ nước ngoài của quốc gia bằng 37,3% GDP. Dự kiến đến hết năm 2014, dư nợ công tăng khoảng 60,3% (tăng 6,1%); dư nợ Chính phủ tăng 46,9%; dư nợ nước ngoài của quốc gia tăng 39,9% GDP. Xem tại: <http://vietnamnet.vn/vn/chinh-tri/202947/thu-tuong--no-cong-tang-nhanh-.html> (truy cập ngày 23/11/2015)..

liên thông và kết nối thị trường vốn, trong đó có TTCK giữa các nước nói chung, và các nước ASEAN nói riêng là một xu hướng tất yếu. Điều này càng trở nên cấp thiết khi Cộng đồng kinh tế ASEAN (ASEAN Economic Community - AEC) đã chính thức được thành lập vào 31/12/2015². Khởi đầu cho quá trình liên kết TTCK trong khu vực là quyết định của Hội nghị các Tổng giám đốc các Sở Giao dịch chứng khoán (SGDCK) ASEAN được đưa ra trong phiên họp chính thức ngày 02/12/2011 tại Hà Nội về lộ trình liên kết các Sở giao dịch chứng khoán của các nước Singapore, Malaysia, Thái Lan, Indonesia, Philippines và Việt Nam, với lượng hàng hóa giao dịch là cổ phiếu của hơn 3.600 doanh nghiệp niêm yết, trong đó có nhiều công ty rất lớn trong lĩnh vực tài chính - ngân hàng, năng lượng, viễn thông, với tổng giá trị vốn hóa thị trường đạt khoảng 2.100 tỉ đô la Mỹ³. Sự kiện này mang lại kỳ vọng tạo ra một sân chơi chung cho các nhà đầu tư tài chính trong khu vực. Việc liên kết các SGDCK không những mở ra cơ hội cho các nhà đầu tư, các công ty chứng khoán có thể thực hiện các giao dịch chứng khoán xuyên biên giới một cách nhanh chóng, an toàn và hiệu quả, mà còn tạo điều kiện thuận lợi để các doanh nghiệp của các nước ASEAN có thể niêm yết cổ phiếu trên các SGDCK của nhau để huy động vốn và tăng cường tính thanh khoản. Nhằm tạo điều kiện thuận lợi để khuyến khích doanh nghiệp nước ngoài và nhất là các doanh nghiệp đến từ các nước thành viên ASEAN có thể niêm yết cổ phiếu trên TTCK Việt Nam, pháp luật

Việt Nam đã có những quy định về điều kiện niêm yết và trình tự, thủ tục mà doanh nghiệp nước ngoài có thể niêm yết cổ phiếu trên các Sở giao dịch chứng khoán Việt Nam. Chúng tôi cho rằng, Singapore là quốc gia có thị trường chứng khoán phát triển nhất trong ASEAN, hệ thống các quy định về điều kiện niêm yết chứng khoán khá hoàn thiện và tương thích với các nước phát triển, có thể trở thành hình mẫu để các nước thành viên, trong đó có Việt Nam học hỏi kinh nghiệm. Trong bài viết này, chúng tôi sẽ chọn các quy định pháp luật về điều kiện niêm yết cổ phiếu của Singapore làm cơ sở để so sánh với các quy định của pháp luật Việt Nam trong lĩnh vực này.

Về cấu tổ chức, SGDCK Singapore (SGX) bao gồm hai sàn giao dịch chứng khoán có tên là “Main Board” (Sàn chính) và (ii) “Catalist” (Sàn thứ cấp). Các doanh nghiệp niêm yết, kể cả doanh nghiệp nước ngoài, đều có thể đăng ký niêm yết cổ phiếu trên cả hai sàn giao dịch này. Sàn Main Board dành cho các doanh nghiệp có quy mô lớn, phải đáp ứng các yêu cầu cao hơn. Trong khi đó, sàn Catalist dành cho các doanh nghiệp nhỏ và vừa niêm yết nhằm phục vụ cho mục đích tạo tính thanh khoản và tạo ra cơ hội huy động vốn nên có các yêu cầu và tiêu chí niêm yết thấp hơn và linh hoạt hơn sàn Main Board. Như vậy, TTCK Singapore hoạt động theo mô hình “một Sở hai sàn” khác với mô hình “hai Sở với hai sàn riêng biệt” của TTCK Việt Nam là SGDCK TP. Hồ Chí Minh (HOSE) và SGDCK Hà Nội (HNX), với điều kiện niêm

2 Xem: Quang Lộc, Ký tuyên bố thành lập Cộng đồng ASEAN, tại: <http://bacongthuong.com.vn/ky-tuyen-bo-thanh-lap-cong-dong-asean.html>. Truy cập ngày 31/12/2015.

3 Xem: Thanh Hương, Kết nối ASEAN: Chứng khoán Việt Nam cần chuẩn bị nhiều, tại <http://cafef.vn/thi-truong-chung-khoan/ket-noi-asean-chung-khoan-viet-nam-can-chuan-bi-nhieu-2012100107031278.chn>. Truy cập ngày 20/11/2015.

yết cổ phiếu tại HOSE cao hơn điều kiện niêm yết tại HNX⁴.

2. Đánh giá các quy định pháp luật về điều kiện niêm yết cổ phiếu tại HOSE và điều kiện niêm yết cổ phiếu tại sàn Main Board của SGX

Qua nghiên cứu cho thấy, điều kiện niêm yết cổ phiếu ở các quốc gia được quy định khác nhau phụ thuộc vào sự phát triển TTCK của mỗi nước. Tại các nước có TTCK phát triển, pháp luật chỉ quy định điều kiện niêm yết tối thiểu để bảo vệ quyền lợi cho các nhà đầu tư. Các SGDCK được quyền ban hành những điều kiện niêm yết bằng hoặc cao hơn mức đó nhằm tạo ra sự chủ động trong hoạt động của mình⁵.

Theo thông lệ quốc tế, điều kiện niêm yết chứng khoán nói chung và điều kiện niêm yết cổ phiếu nói riêng do Quy chế niêm yết của các SGDCK quy định. Thế nhưng, tại Việt Nam, việc niêm yết cổ phiếu của doanh nghiệp phải tuân thủ các điều kiện và quy định của pháp luật Việt Nam, SGDCK không có quyền ban hành các điều kiện niêm yết riêng. Dưới góc độ pháp lý, Luật Chứng khoán năm 2006 và Luật Chứng khoán sửa đổi năm 2010 thiết lập những nguyên tắc cơ bản trong hoạt động niêm yết cổ phiếu, trong khi Nghị định số 58/2012/NĐ-CP ngày 20/07/2012 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Chứng khoán và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Chứng khoán (Nghị định số 58/2012/NĐ-CP) quy định các điều kiện, trình tự, thủ tục niêm yết. Các SGDCK được quyền ban hành các Quy chế về niêm yết chứng khoán,

việc chấp thuận, hủy bỏ niêm yết chứng khoán và tiến hành giám sát việc duy trì điều kiện niêm yết chứng khoán của các tổ chức niêm yết và giám sát hoạt động công bố thông tin của các tổ chức niêm yết.

Theo chúng tôi, Nghị định số 58/2012/NĐ-CP có những quy định về điều kiện niêm yết cổ phiếu tương đối phù hợp với đặc thù trong giai đoạn phát triển ban đầu của TTCK Việt Nam. Đó là, chúng ta có hai SGDCK song song tồn tại và tương ứng có hai nhóm điều kiện niêm yết, bao gồm: nhóm điều kiện niêm yết cổ phiếu tại HOSE và nhóm điều kiện niêm yết cổ phiếu tại HNX. Điều này khuyến khích các doanh nghiệp có quy mô và tình hình tài chính khác nhau cũng có thể niêm yết cổ phiếu, qua đó tạo ra nhiều loại hàng hóa với chất lượng khác nhau nhằm đa dạng hóa sự lựa chọn cho nhà đầu tư, nâng cao tính thanh khoản của thị trường, đồng thời tạo điều kiện cho các doanh nghiệp có thể tận dụng kênh TTCK để huy động vốn. Tuy nhiên, những điều kiện niêm yết cổ phiếu được quy định trong pháp luật Việt Nam chưa tạo điều kiện hội nhập mạnh mẽ cho TTCK, đặc biệt là trong bối cảnh AEC đã thành lập và Việt Nam đã là thành viên của Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP).

Qua nghiên cứu cho thấy, điều kiện niêm yết của cổ phiếu tại các SGDCK là những yêu cầu, tiêu chí tối thiểu mà doanh nghiệp niêm yết phải đáp ứng để được đưa cổ phiếu vào giao dịch. Thông thường, đó là những điều kiện về quy mô vốn của doanh nghiệp, hiệu quả hoạt động sản xuất kinh doanh và tình hình tài chính, điều kiện về tỷ

4 Trong phạm vi bài viết, chúng tôi chỉ tập trung so sánh điều kiện niêm yết cổ phiếu tại HOSE của Việt Nam và điều kiện niêm yết cổ phiếu tại sàn Main Board của Singapore.

5 Lê Vũ Nam, Lê Hà Diễm Châu, Hoàn thiện pháp luật về điều kiện niêm yết chứng khoán tại Việt Nam, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 12/2012; tr. 14-21.

lệ nắm giữ cổ phiếu của cổ đông bên ngoài công ty (cổ đông công chúng), điều kiện về hạn chế chuyển nhượng cổ phần của cổ đông chủ chốt, điều kiện về quản trị công ty và một số điều kiện khác.

Để có cái nhìn cụ thể, chúng tôi sẽ so sánh các điều kiện niêm yết cổ phiếu tại HOSE và điều kiện niêm yết trên sàn Main Board của SGX theo từng tiêu chí nhất định.

- *Về quy mô vốn và hiệu quả hoạt động sản xuất, kinh doanh, tình hình tài chính:* Theo khoản 1 Điều 53 Nghị định 58/2012/NĐ-CP thì một doanh nghiệp muốn niêm yết cổ phiếu tại HOSE phải là công ty cổ phần có vốn điều lệ đã góp tại thời điểm đăng ký niêm yết từ 120 tỷ đồng Việt Nam trở lên tính theo giá trị ghi trên sổ kế toán. Quy định này nhằm chọn lọc ra các doanh nghiệp phải đạt quy mô nhất định về vốn mới được niêm yết cổ phiếu, đảm bảo tính đại chúng của doanh nghiệp, có số lượng cổ phiếu đủ để đáp ứng nhu cầu mua bán của các nhà đầu tư⁶. Ngoài ra, doanh nghiệp còn phải có kết quả hoạt động sản xuất, kinh doanh hiệu quả và tình hình tài chính lành mạnh, cụ thể là: doanh nghiệp phải có ít nhất 02 năm hoạt động dưới hình thức công ty cổ phần tính đến thời điểm đăng ký niêm yết (ngoại trừ doanh nghiệp nhà nước cổ phần hóa gắn với niêm yết); tỷ lệ lợi nhuận sau thuế trên vốn chủ sở hữu (ROE) năm gần nhất tối thiểu là 5% và hoạt động kinh doanh của hai năm liền trước năm đăng ký niêm yết phải có lãi; không có các khoản nợ phải trả quá hạn trên 01 năm⁷; không có lỗ lũy kế

tính đến năm đăng ký niêm yết; tuân thủ các quy định của pháp luật về kế toán báo cáo tài chính. Bên cạnh đó, doanh nghiệp phải công khai mọi khoản nợ đối với công ty của thành viên Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, Giám đốc (Tổng Giám đốc), Phó Giám đốc (Phó Tổng Giám đốc), Kế toán trưởng, cổ đông lớn và những người có liên quan.

Trong khi đó, tại Singapore, các doanh nghiệp niêm yết cổ phiếu trên Sàn Main Board phải đáp ứng một trong ba tiêu chí theo Quy chế niêm yết của SGX: a) Lợi nhuận trước thuế hợp nhất tích lũy trong 3 năm liền kề trước năm niêm yết đạt tối thiểu 7,5 triệu đô la Singapore (SGD), trong đó, lợi nhuận hợp nhất mỗi năm không dưới 1 triệu SGD; hoặc b) Lợi nhuận trước thuế hợp nhất tích lũy trong một hoặc hai năm liền kề trước năm niêm yết ít nhất là 10 triệu SGD; hoặc c) Mức vốn hóa tối thiểu của doanh nghiệp là 80 triệu SGD tại thời điểm chào bán cổ phiếu lần đầu ra công chúng dựa vào giá phát hành và vốn cổ phần sau khi phát hành. Các báo cáo tài chính phải được lập theo chuẩn mực kế toán của Singapore hoặc của Mỹ hoặc theo tiêu chuẩn quốc tế. Cả Sàn Main Board và Sàn Catalist đều đòi hỏi doanh nghiệp niêm yết cổ phiếu phải có tình trạng tài chính lành mạnh với các hoạt động tạo ra luồng lưu chuyển tiền tệ dương. Tất cả các khoản vay của các thành viên Ban Giám đốc, các cổ đông lớn và các công ty được điều hành bởi các giám đốc và các cổ đông lớn phải được thanh toán, trừ các khoản vay của công ty con và công ty liên kết với công ty xin niêm yết.

6 Khoản 1 Điều 25 Luật Chứng khoán năm 2006 quy định, công ty đại chúng là công ty cổ phần thuộc một trong các trường hợp sau: a) Đã chào bán cổ phiếu ra công chúng; hoặc b) Đã niêm yết cổ phiếu trên SGDCX; hoặc c) Có vốn điều lệ tối thiểu đã góp từ 10 tỷ đồng trở lên hoặc có trên 100 cổ đông, không kể các cổ đông chuyên nghiệp nắm giữ cổ phiếu.

7 Pháp luật Việt Nam hiện hành định nghĩa nợ quá hạn là khoản nợ mà một phần hoặc toàn bộ nợ gốc và/hoặc lãi đã quá hạn thanh toán theo cam kết tại khế ước cho vay/hợp đồng tín dụng (Xem Điểm (jj), Mục 1 Công văn số 12919/NHNN-KTTC về việc tính lãi chậm trả đối với nợ gốc quá hạn và/hoặc lãi nợ quá hạn của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam ngày 06/12/2007 gửi Ngân hàng thương mại cổ phần Nam Á).

- Về tỷ lệ nắm giữ cổ phiếu tối thiểu của cổ đông: Tại Việt Nam, theo quy định của khoản 1 Điều 53 Nghị định 58/2012/NĐ-CP thì doanh nghiệp phải có tối thiểu 20% cổ phiếu có quyền biểu quyết do ít nhất 300 cổ đông không phải cổ đông lớn⁸ nắm giữ, trừ trường hợp doanh nghiệp nhà nước chuyển đổi thành công ty cổ phần theo quy định của Thủ tướng Chính phủ. Những quy định này nhằm mục đích đảm bảo tính thanh khoản của cổ phiếu sau khi niêm yết. Bởi lẽ, mục tiêu quan trọng hàng đầu khi một doanh nghiệp tiến hành niêm yết cổ phiếu đặt ra là tạo ra tính thanh khoản⁹ cho cổ phiếu của mình để dễ dàng huy động vốn. Thực tế đã cho thấy, chính hoạt động giao dịch cổ phiếu của các nhà đầu tư nhỏ mới tạo ra sự sôi động và tính thanh khoản cho TTCK.

Tham khảo Quy chế về niêm yết của SGX ta thấy, điều kiện về tỷ lệ nắm giữ cổ phiếu của cổ đông được chia thành 3 trường hợp: *trường hợp thứ nhất*, nếu doanh nghiệp có mức vốn hóa dưới 300 triệu SGD thì phải có 25% cổ phiếu đã phát hành được nắm giữ ít nhất 1000 cổ đông; *trường hợp thứ hai*, nếu mức vốn hóa của doanh nghiệp trên 300 triệu SGD đến 400 triệu SGD thì phải có 20% cổ phiếu đã phát hành được nắm giữ bởi ít nhất 1000 cổ đông; *trường hợp thứ ba*, nếu doanh nghiệp có tổng mức vốn hóa vượt 400 triệu SGD đến 1 tỷ SGD thì phải có ít nhất 15% cổ phiếu đã phát hành được nắm giữ bởi ít nhất 1000 cổ đông; *trường hợp thứ tư*, nếu doanh nghiệp có mức vốn hóa trên 1 tỷ SGD thì phải có 12% cổ phiếu đã phát hành được nắm giữ bởi ít nhất 1000 cổ đông.

- Về hạn chế chuyển nhượng cổ phiếu của cổ đông chủ chốt: Khoản 1 Điều 53 Nghị định 58/2012/NĐ-CP quy định: Cổ đông là cá nhân, tổ chức có đại diện sở hữu là thành viên Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, Giám đốc (Tổng Giám đốc), Phó Giám đốc (Phó Tổng Giám đốc) và Kế toán trưởng của công ty; cổ đông lớn là người có liên quan với thành viên Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát, Giám đốc (Tổng Giám đốc), Phó Giám đốc (Phó Tổng Giám đốc) và Kế toán trưởng của công ty phải cam kết nắm giữ 100% số cổ phiếu do mình sở hữu trong thời gian 06 tháng kể từ ngày niêm yết và 50% số cổ phiếu này trong thời gian 06 tháng tiếp theo, không tính số cổ phiếu thuộc sở hữu nhà nước do các cá nhân trên đại diện nắm giữ. Những điều kiện này là để đảm bảo sự gắn bó của các cổ đông chủ chốt, cổ đông lớn với doanh nghiệp sau khi niêm yết, và qua đó, để bảo vệ quyền lợi của cổ đông công chúng, đặc biệt là cổ đông nhỏ, đồng thời giúp ngăn chặn những giao dịch tư lợi liên quan đến giao dịch cổ phiếu có thể diễn ra trong giai đoạn sau khi niêm yết, gây ảnh hưởng không tốt đến thị trường.

Như vậy, giữa Việt Nam và Singapore có nét tương đồng nhất định về thời hạn và tỷ lệ hạn chế chuyển nhượng. Tuy nhiên, nếu pháp luật Việt Nam quy định các đối tượng bị hạn chế chuyển nhượng cổ phần trong các doanh nghiệp niêm yết là các cổ đông chủ chốt gồm thành viên Hội đồng quản trị, thành viên Ban kiểm soát, thành viên Ban Giám đốc và Kế toán trưởng, thì ở Singapore, Quy chế niêm yết của SGX chỉ

8 Theo quy định tại khoản 9 Điều 6 của Luật Chứng khoán năm 2006 thì cổ đông lớn là cổ đông sở hữu trực tiếp hoặc gián tiếp từ 5% trở lên số cổ phiếu có quyền biểu quyết của tổ chức phát hành.

9 Tính thanh khoản của cổ phiếu được hiểu là khả năng chuyển đổi cổ phiếu thành tiền và ngược lại hay còn gọi là tính dễ mua, dễ bán của cổ phiếu. Để biết thêm chi tiết về tính thanh khoản của cổ phiếu xem: Lê Vũ Nam, Phan Thị Tường Tâm, Nâng cao tính thanh khoản trên thị trường chứng khoán, Tạp chí Công nghệ Ngân hàng, Số 06/2005, tr. 25-28.

quy định hạn chế chuyển nhượng cổ phần với doanh nghiệp niêm yết cổ phiếu đối với các cổ đông sáng lập. Theo đó, cổ đông sáng lập không được chuyển nhượng cổ phần trong thời hạn sáu tháng sau thời điểm niêm yết và không được chuyển nhượng quá 50% lượng cổ phiếu nắm giữ trong thời hạn một năm sau thời điểm niêm yết. Sau một năm thì hạn chế này không còn nữa.

- *Điều kiện về quản trị công ty:* Nếu Việt Nam chưa xem việc áp dụng các nguyên tắc về quản trị công ty như một điều kiện niêm yết mà chỉ yêu cầu công ty đại chúng có nghĩa vụ phải áp dụng các nguyên tắc về quản trị công ty theo Thông tư 121/2012/TT-BTC ngày 26/07/2012 của Bộ Tài chính quy định về quản trị công ty áp dụng cho các công ty đại chúng, thì đối với các doanh nghiệp niêm yết trên SGX, quản trị công ty là một điều kiện bắt buộc. Theo quy định của Quy chế niêm yết tại SGX, doanh nghiệp niêm yết cổ phiếu trên Sàn Main Board và Sàn Catalist đều phải đảm bảo một cấu trúc quản trị rõ ràng, minh bạch để kiểm soát các giao dịch với người có liên quan. Trong Ban Giám đốc phải có ít nhất hai Giám đốc không trực tiếp điều hành, độc lập về quan hệ tài chính và kinh doanh với công ty xin niêm yết. Đối với các doanh nghiệp nước ngoài, phải có ít nhất hai Giám đốc độc lập, và một trong hai người này phải là công dân Singapore. Ngoài ra, trong cơ cấu tổ chức của doanh nghiệp phải có Ủy ban kiểm toán¹⁰.

3. Một số nhận định và kiến nghị

Qua những nội dung trên, có thể rút ra một số nhận xét và kiến nghị như sau:

Thứ nhất, các yêu cầu đối với điều kiện niêm yết cổ phiếu tại Sàn Main Board của SGX cao hơn nhiều so với điều kiện niêm yết cổ phiếu tại HOSE. Điều này thể hiện trên hầu hết các tiêu chí, bao gồm cả định tính và định lượng. Đó là các tiêu chí về quy mô vốn hóa của doanh nghiệp niêm yết, các yêu cầu về tính hiệu quả trong hoạt động sản xuất, kinh doanh; yêu cầu về số lượng cổ đông công chúng và tỷ lệ nắm giữ cổ phiếu của cổ đông công chúng; yêu cầu về mức lợi nhuận và thời gian kinh doanh có lãi của doanh nghiệp...

Thứ hai, xét về tính linh hoạt thì các điều kiện niêm yết tại Sàn Main Board của SGX tỏ ra mềm dẻo, linh hoạt và hợp lý hơn so với điều kiện niêm yết cổ phiếu tại HOSE. Ví dụ, Quy chế niêm yết cổ phiếu tại SGX rất rõ ràng và linh động trong việc đưa ra các phương pháp xác định lợi nhuận khác nhau mà doanh nghiệp niêm yết phải đáp ứng; hoặc nếu không đáp ứng về điều kiện lợi nhuận thì doanh nghiệp phải đáp ứng về điều kiện mức vốn hóa. Bên cạnh đó, cùng là những điều kiện niêm yết cổ phiếu trên Sàn Main Board nhưng lại được chia ra nhiều nhóm tùy thuộc vào các mức vốn hóa khác nhau mà doanh nghiệp phải đáp ứng các yêu cầu về tỷ lệ sở hữu của cổ đông công chúng khác nhau. Việc quy định linh hoạt các điều kiện niêm yết cổ phiếu như vậy nhằm tạo ra nhiều cơ hội và sự lựa chọn cho doanh nghiệp mà vẫn đảm bảo chất lượng của cổ phiếu niêm yết, đồng thời làm tăng thêm trách nhiệm phải đáp ứng các yêu cầu về tính minh bạch cũng như trách nhiệm đối với công chúng của doanh

¹⁰ Về điều kiện niêm yết trên SGX, xem: *Niêm yết cổ phiếu trên thị trường chứng khoán Singapore*, tại: <http://luatminhkhue.vn/chinh-sach/niem-yet-co-phieu-tren-thi-truong-chung-khoan-singapore.aspx> (truy cập ngày 20/01/2016) và xem thêm: Trần Việt Dũng, Vũ Trí Đăng, "Những tồn tại pháp lý và thách thức trong niêm yết chứng khoán ra nước ngoài của doanh nghiệp Việt Nam: tiếp cận từ thực tiễn niêm yết tại thị trường chứng khoán Singapore", *Tạp chí Khoa học Pháp lý*, Số 05/2012, tr. 49-57.

ngành luôn tỷ lệ thuận với quy mô về mức vốn hóa. Điều này là hoàn toàn hợp lý nếu xét trong mối quan hệ và trách nhiệm, trong đó quan trọng nhất là trách nhiệm tài sản của doanh nghiệp niêm yết cổ phiếu đối với cổ đông và công chúng.

Thứ ba, khác với các quy định của pháp luật Việt Nam, Quy chế niêm yết chứng khoán của SGX khi đưa ra các điều kiện về vốn không căn cứ vào mức vốn điều lệ mà căn cứ vào mức vốn hóa để xác định quy mô vốn của doanh nghiệp niêm yết. Chúng tôi cho rằng, cách tiếp cận này rất thực tế và hoàn toàn hợp lý. Theo các nhà nghiên cứu về tài chính, “mức vốn hóa thị trường là một khái niệm chỉ giá trị thị trường của toàn bộ số lượng cổ phiếu của một công ty cổ phần, được tính bằng cách nhân thị giá một cổ phiếu với tổng khối lượng cổ phiếu đang lưu hành của công ty đó”¹¹. Giá trị thực của một công ty cổ phần (khả năng sinh lợi, vốn chủ sở hữu thể hiện trong bảng cân đối kế toán...) có thể khác xa mức vốn hoá của công ty do giá trị thị trường của công ty cổ phần được tính toán căn cứ vào thị giá cổ phiếu. Trong khi các yếu tố tác động đến thị giá cổ phiếu rất đa dạng, bao gồm cả tình hình cung cầu, tâm lý nhà đầu tư, các thông tin công bố... Do mức vốn hoá của doanh nghiệp thể hiện quan điểm chung của thị trường về giá trị của một doanh nghiệp nên khái niệm này thường được sử dụng như một trong những thước đo về quy mô của doanh nghiệp tại một thời điểm nhất định. Trong khi vốn điều lệ của một doanh nghiệp tổ chức dưới hình thức công ty cổ phần là tổng giá trị mệnh giá số cổ phần đã bán¹².

Như vậy, có thể thấy cách xác định mức vốn hóa luôn gắn với thị trường, còn cách xác định vốn điều lệ là không phụ thuộc vào yếu tố thị trường, và chỉ mang giá trị danh nghĩa làm cơ sở xác định tỷ lệ sở hữu của các cổ đông. Do vậy, trách nhiệm tài sản và nghĩa vụ tài chính của doanh nghiệp phải được dựa trên tổng số tài sản của nó tính theo giá trị thị trường (mức vốn hóa) chứ không thể căn cứ vào các giá trị mang tính chất quy ước và mang tính danh nghĩa như vốn điều lệ. Xét về bản chất, vốn điều lệ chỉ là cơ sở để xác định mức vốn hóa, vì từ vốn điều lệ chúng ta sẽ xác định số lượng cổ phiếu của công ty cổ phần.

Thứ tư, các nhà làm luật Việt Nam chưa xem việc áp dụng các nguyên tắc về quản trị công ty như một điều kiện niêm yết như ở Singapore, mặc dù theo quy định hiện hành, các công ty đại chúng có nghĩa vụ phải áp dụng các nguyên tắc về quản trị công ty theo Thông tư 121/2012/TT-BTC ngày 26/07/2012 của Bộ Tài chính quy định về quản trị công ty áp dụng cho các công ty đại chúng. Theo Thông tư này, đối tượng áp dụng quản trị công ty cũng bao gồm các doanh nghiệp đã niêm yết cổ phiếu trên các SGDCX, có nghĩa là chỉ sau khi thực hiện niêm yết thì doanh nghiệp mới phát sinh nghĩa vụ này. Điều này chưa thật sự phù hợp với thông lệ quốc tế. Vì quản trị công ty giúp việc quản trị, điều hành minh bạch hơn, ngăn ngừa xung đột lợi ích, bảo vệ quyền và lợi ích của cổ đông... sẽ góp phần làm nâng cao chất lượng của cổ phiếu. Việc chưa quy định vấn đề áp dụng các nguyên tắc về quản trị công ty như một trong những điều kiện

11 Nguyễn Đức Hải, *Hiểu thế nào về vốn hoá thị trường của VCB?*, Tạp chí Đầu tư Chứng khoán (số 125/2009), tr. 21.

12 Khoản 4 Điều 6 Nghị định số 102/2010/NĐ-CP của Chính phủ về hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp ngày 01/10/2010.

cơ bản mà doanh nghiệp niêm yết cổ phiếu phải đáp ứng cho thấy các nhà làm luật Việt Nam vẫn chưa có sự quan tâm đúng mức về vấn đề này.

Vì vậy, đã đến lúc xem xét sửa đổi, bổ sung những quy định về điều kiện niêm yết cổ phiếu trên TTCK Việt Nam nói chung và tại HOSE nói riêng. Điều này là cần thiết trong bối cảnh AEC đã được thành lập và Việt Nam đã trở thành thành viên của TPP. Việc sửa đổi, bổ sung các quy định về điều kiện niêm yết cổ phiếu cần theo các hướng sau:

Một là, thay thế điều kiện về “có vốn điều lệ đã góp tại thời điểm đăng ký niêm yết” như hiện nay bằng yêu cầu doanh nghiệp phải đáp ứng điều kiện về mức vốn hóa tối thiểu của doanh nghiệp tại thời điểm niêm yết. Cơ sở để tính mức vốn hóa có thể là dựa trên mức giá cổ phiếu giao dịch trên thị trường OTC trước khi niêm yết, hoặc mức giá chào bán cổ phiếu ra công chúng gần nhất, hoặc mức giá bình quân từ kết quả định giá của 03 công ty chứng khoán. Chúng tôi cho rằng, điều kiện niêm yết về quy mô vốn của doanh nghiệp cần dựa vào giá trị vốn hóa vì như đã phân tích ở trên, trách nhiệm của doanh nghiệp đối với cổ đông và các khoản nợ của mình cần phải đảm bảo bằng tổng giá trị tài sản của doanh nghiệp được xác định theo cơ chế thị trường chứ không nên dựa vào giá trị mang tính danh nghĩa như vốn điều lệ.

Hai là, các khoản lợi nhuận của doanh nghiệp trong các năm trước thời điểm niêm yết cần được xác định và định lượng cụ thể. Không nên quy định mang tính chung chung như hiện nay là “hoạt động kinh doanh của hai năm liền trước năm đăng ký niêm yết phải có lãi...”. Vì một trong những cơ sở để nhà đầu tư đưa ra quyết định đầu tư là thông tin về lợi nhuận, đặc biệt là lợi nhuận sau thuế, thể hiện tính hiệu quả trong hoạt động

sản xuất, kinh doanh của doanh nghiệp, cần phải xác định cụ thể. Điều đó hoàn toàn phù hợp với nguyên tắc minh bạch của TTCK.

Ba là, cần bổ sung yêu cầu về quản trị công ty như một điều kiện bắt buộc đối với doanh nghiệp muốn niêm yết cổ phiếu trên TTCK. Vì quản trị công ty tốt sẽ giúp cho doanh nghiệp hoạt động minh bạch hơn, quyền và lợi ích của cổ đông được bảo vệ tốt hơn, tạo niềm tin cho các nhà đầu tư, tránh được các rủi ro về tư lợi và xung đột lợi ích. Mặt khác, việc bổ sung điều kiện này cũng phù hợp với tinh thần Thông tư 121/2012/TT-BTC ngày 26/07/2012 của Bộ Tài chính. Theo đó, các công ty đại chúng bắt buộc phải áp dụng các nguyên tắc về quản trị công ty. Thêm vào đó, thực tế cho thấy tại Việt Nam hầu hết các doanh nghiệp tại thời điểm niêm yết cổ phiếu trên TTCK đều là các công ty đại chúng. Do vậy, việc bổ sung điều kiện về quản trị công ty đối các doanh nghiệp muốn niêm yết cổ phiếu trên TTCK là phù hợp với thông lệ quốc tế và thực tiễn đặt ra tại Việt Nam, đồng thời đáp ứng nhu cầu bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích của các nhà đầu tư.

4. Kết luận

Những phân tích trên đây cho thấy, so với các điều kiện niêm yết cổ phiếu tại SGX thì các điều kiện niêm yết cổ phiếu tại HOSE còn khá thấp, kém tính linh hoạt, và trong một chừng mực nào đó là chưa cụ thể, chưa mang tính bao quát. Để phù hợp với thông lệ quốc tế và các chuẩn mực chung của khu vực, cũng như tạo điều kiện để kết nối TTCK trong khối ASEAN khi mà AEC đã thành lập và Việt Nam đã là thành viên của TPP thì việc xem xét sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật về điều kiện niêm yết cổ phiếu là hết sức cần thiết. Trong quá trình này, các nhà làm luật Việt Nam có thể tham khảo kinh nghiệm của Singapore - quốc gia có TTCK phát triển nhất khu vực ■

PHÁP LUẬT VỀ CHẾ ĐỘ CÔNG VỤ THEO VỊ TRÍ VIỆC LÀM - MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN

TRẦN THỊ HẢI YẾN*

Chế độ công vụ (CĐCV) là một trong những bộ phận cấu thành của nền hành chính nhà nước. Trên thế giới có hai mô hình về CĐCV: chế độ chức nghiệp (career-based systems) và chế độ theo vị trí việc làm - VTVL (position-based systems). Pháp luật về CĐCV ở nước ta đang chuyển dần từ chế độ theo chức nghiệp sang chế độ theo VTVL, nhằm xây dựng nền hành chính dân chủ, hiện đại, tuân thủ pháp luật và phục vụ lợi ích của nhân dân. Điều này đòi hỏi cần có những nghiên cứu phù hợp nhằm chỉ ra nội dung, tính chất của pháp luật về CĐCV, đánh giá được thực trạng pháp luật về công vụ, cả những ưu điểm, hạn chế và những giải pháp để hoàn thiện pháp luật về CĐCV.

1. Quan niệm pháp luật về chế độ công vụ theo vị trí việc làm

Để đảm bảo trật tự trong hoạt động công vụ, cần phải có sự điều chỉnh của pháp luật về CĐCV. CĐCV ở Việt Nam cũng như các quốc gia khác được điều chỉnh bằng nhiều văn bản quy phạm pháp luật (QPPL) khác nhau. Hiến pháp là đạo luật cơ bản, có hiệu lực pháp lý tối cao, là cơ sở hình thành pháp luật về CĐCV, trong đó quy định các nguyên tắc có tính chính trị - xã hội cốt yếu nhất của pháp luật về CĐCV. Khoản 2 Điều 8 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên

chức phải tôn trọng Nhân dân, tận tụy phục vụ Nhân dân, liên hệ chặt chẽ với Nhân dân, lắng nghe ý kiến và chịu sự giám sát của Nhân dân; kiên quyết đấu tranh chống tham nhũng, lãng phí và mọi biểu hiện quan liêu, hách dịch, cửa quyền”.

Luật Cán bộ, công chức (CBCC) năm 2008 là văn bản QPPL liên quan đến mọi mặt về CĐCV và là cơ sở để ban hành những văn bản dưới luật về CĐCV. Chẳng hạn như Nghị định số 24/2010/NĐ-CP ngày 15/3/2010 của Chính phủ quy định về tuyển dụng, sử dụng và quản lý công chức; Nghị định 56/2015/NĐ-CP của Chính phủ ngày

* NCS. Trường Đào tạo, bồi dưỡng cán bộ, công chức - Bộ Nội vụ.

09/6/2015 quy định về đánh giá, phân loại cán bộ, công chức, viên chức; Nghị định số 34/2011/NĐ-CP của Chính phủ ngày 17/05/2011 quy định về xử lý kỷ luật đối với công chức...

Những quan hệ phát sinh của pháp luật về CĐCV theo VTVL điều chỉnh thuộc loại quan hệ chính trị - xã hội. Đó là lĩnh vực quan hệ liên quan đến quyền lực nhà nước, quyền lực chính trị, mang tính chính trị - pháp lý. Mỗi quốc gia, mỗi thời đại có những quan niệm, quy định pháp luật khác nhau về CĐCV.

Phân tích nội dung các quy định của pháp luật về CĐCV, có thể phân chia các QPPL trong lĩnh vực này thành các nhóm cơ bản sau đây:

- Nhóm QPPL quy định các nguyên tắc thực thi công vụ;

- Nhóm QPPL quy định địa vị pháp lý của các chủ thể tham gia quan hệ công vụ, bao gồm tất cả các QPPL xác định trình tự thành lập, bãi bỏ, xác định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan nhà nước về quản lý công chức;

- Nhóm quy phạm quy định trình tự, thủ tục để thực hiện quyền và nghĩa vụ của các chủ thể thực thi công vụ; quyền nghĩa vụ của từng chức vụ công chức tương ứng với VTVL do công chức thực hiện;

- Nhóm quy phạm liên quan đến chế độ tuyển dụng, sử dụng, đào tạo, quản lý, đánh giá, tiền lương.

- Nhóm quy phạm quy định các biện pháp thưởng, phạt, quy định trách nhiệm giải trình, trách nhiệm kỷ luật của công chức.

Như vậy, pháp luật về CĐCV theo VTVL là hệ thống các QPPL điều chỉnh về các quan hệ công vụ theo VTVL, bao gồm: thiết lập các chức vụ công chức; tuyển dụng công chức theo VTVL, sử dụng công chức theo VTVL, quản lý công chức theo VTVL; khen thưởng, kỷ luật công chức theo VTVL; quyền và nghĩa vụ của các chủ thể thực thi

công vụ; quyền nghĩa vụ của từng chức vụ công chức tương ứng với VTVL do công chức thực hiện và các vấn đề khác trong chính sách đối với công chức nhà nước, của các chủ thể được nhà nước trao quyền, nhân danh Nhà nước thực hiện các hoạt động mang tính quyền lực nhà nước nhằm phục vụ lợi ích nhân dân.

2. Nội dung của pháp luật về chế độ công vụ theo vị trí việc làm

Nội dung của pháp luật về CĐCV theo VTVL bao gồm các quy định về: tuyển dụng, sử dụng, quản lý công chức nhà nước, quyền và nghĩa vụ của công chức, trách nhiệm công vụ; chế độ đãi ngộ, những bảo đảm về chức vụ, khen thưởng, kỷ luật công chức theo VTVL, cụ thể như sau:

Tuyển dụng công chức theo VTVL: Tuyển dụng là quá trình bổ sung những người đủ tiêu chuẩn, điều kiện vào đội ngũ công chức. Tuyển dụng được công chức phù hợp, đáp ứng được yêu cầu VTVL sẽ góp phần nâng cao hiệu lực, hiệu quả của nền hành chính nhà nước. Pháp luật về tuyển dụng công chức quy định về căn cứ, nguyên tắc, hình thức, điều kiện, thủ tục tuyển dụng công chức nhằm đảm bảo tuyển được công chức vừa có tài và có đức, đáp ứng yêu cầu của VTVL.

Quản lý công chức theo VTVL: Quy định cụ thể về sử dụng, sắp xếp, bố trí các VTVL cho công chức, điều động công chức; bổ nhiệm công chức giữ chức vụ lãnh đạo, luân chuyển công chức; biệt phái công chức; từ chức hoặc miễn nhiệm đối với công chức. Pháp luật về quản lý công chức theo VTVL cần quy định về nguyên tắc quản lý, nội dung và thẩm quyền quản lý công chức theo VTVL.

Đào tạo, bồi dưỡng công chức theo VTVL: Pháp luật quy định về nội dung, hình thức, chế độ, thời gian, phương pháp nhằm xây dựng phát triển đội ngũ công chức chuyên nghiệp, mẫn cán gắn với yêu cầu VTVL. Đào tạo, bồi dưỡng công chức theo

VTVL phải thiết kế từng chương trình, từng nhóm VTVL.

Đánh giá công chức theo VTVL, với các tiêu chí sau đây: chấp hành đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng và pháp luật của Nhà nước; phẩm chất chính trị, đạo đức, lối sống, tác phong và lễ lối làm việc; năng lực, trình độ chuyên môn, nghiệp vụ; tiến độ và kết quả thực hiện nhiệm vụ; tinh thần trách nhiệm và phối hợp trong thực hiện nhiệm vụ; thái độ phục vụ Nhân dân. Quy định cách phân loại công chức theo VTVL theo từng tiêu chí đánh giá.

Quyền lợi và nghĩa vụ công chức theo VTVL: mối quan hệ giữa công chức với Nhà nước và Nhân dân trong quá trình thực thi công vụ cần phải được pháp luật điều chỉnh. Nghĩa vụ và quyền của công chức thường gắn liền với nhau. Nghĩa vụ là những việc mà công chức có trách nhiệm và bổn phận phải thực hiện. Quyền của công chức là các điều kiện để đảm bảo thực hiện tốt các nghĩa vụ đó. Quy định đầy đủ quyền lợi và nghĩa vụ gắn với VTVL cụ thể.

Trách nhiệm công vụ: Theo khía cạnh tích cực, trách nhiệm công vụ thể hiện phạm vi các yêu cầu cụ thể của Nhà nước thông qua các quy định của pháp luật về nội dung nhiệm vụ và phẩm chất của công chức khi thực thi công vụ. Trách nhiệm công vụ theo nghĩa tiêu cực là sự gánh chịu hậu quả pháp lý do không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ. Quy định việc công chức được làm, không được làm, xử lý công chức.

Tiền lương công chức theo VTVL, bao gồm: mức lương tối thiểu chung; các bảng lương; các chế độ phụ cấp lương; chế độ nâng bậc lương; chế độ trả lương; nguồn kinh phí để thực hiện chế độ tiền lương; quản lý tiền lương và thu nhập đối với công chức hành chính nhà nước. Nguyên tắc tiền lương công chức tương ứng VTVL chứ không trả lương theo chế độ ngạch, bậc như trong chế độ chức nghiệp.

Khen thưởng, kỷ luật: Các quy định về khen thưởng, kỷ luật công chức theo VTVL quy định về: các nguyên tắc, điều kiện, hình thức, thẩm quyền, trình tự xử lý các quan hệ nảy sinh trong quá trình khen thưởng và xử lý kỷ luật đối với công chức.

3. Một số nhận xét nội dung pháp luật về chế độ công vụ ở nước ta

Phân tích các quy định của pháp luật về CĐCV ở nước ta hiện nay, có thể có một số nhận xét sau đây:

Một là, Luật CBCC năm 2008 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã thể chế hóa, cụ thể hóa tương đối đầy đủ các chủ trương, đường lối, chính sách của Đảng và Nhà nước về CĐCV ở những nội dung quy định về tuyển dụng công chức, sử dụng công chức, quản lý công chức và đào tạo, bồi dưỡng công chức theo VTVL. Nội dung pháp luật đã quy định cụ thể, chi tiết, đồng bộ về tuyển dụng; sử dụng, quản lý; quyền và nghĩa vụ; đào tạo, bồi dưỡng; khen thưởng, kỷ luật công chức.

Hai là, pháp luật về CĐCV về cơ bản đã đảm bảo tính đồng bộ, thống nhất giữa các quy phạm pháp luật, giữa pháp luật về CĐCV và phù hợp với các văn bản pháp luật có liên quan như pháp luật về tổ chức và hoạt động của Chính phủ, tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương, pháp luật lao động, pháp luật đất đai... Các quy định của pháp luật về CĐCV tương đối phù hợp với các điều kiện kinh tế - xã hội, phù hợp với đặc điểm, đặc trưng của CĐCV.

Tuy nhiên, pháp luật về CĐCV còn một số hạn chế như: Việc quy định đối tượng công chức còn quá rộng, bao gồm cả công chức trong bộ máy nhà nước, bộ máy của Đảng, tổ chức chính trị - xã hội và đơn vị sự nghiệp công lập; chưa có những quy định chung về những nguyên tắc hoạt động công vụ, về chế độ phục vụ nhân dân, trách nhiệm giải trình của công chức khi thi hành công vụ; việc đánh giá công chức còn khá chung

chung, chưa dựa vào việc hoàn thành công việc theo từng VTVL; pháp luật về CĐCV chưa chuyển hẳn sang hướng theo VTVL; chưa có quy định chung về tỷ lệ các ngạch công chức để đảm nhiệm các VTVL.

4. Những hạn chế trong thực thi pháp luật về chế độ công vụ

Về mặt pháp lý, tuy đã có Luật CBCC năm 2008 và các văn bản hướng dẫn thi hành của Chính phủ quy định về CĐCV, nhưng trên thực tế, việc tuyển dụng, sử dụng và quản lý công chức hiện nay chủ yếu gắn với chỉ tiêu biên chế. Cách thức tuyển dụng công chức áp dụng theo chế độ làm việc lâu dài phù hợp với nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung, nhưng chưa phù hợp với yêu cầu xây dựng nền hành chính hiện đại, năng động.

Việc xây dựng đề án xác định VTVL là cần thiết, nhưng cũng rất phức tạp, đòi hỏi sự khảo sát kỹ lưỡng về số lượng công việc, tần suất công việc trong các cơ quan, tổ chức. Trên thực tế, không ít cơ quan giao việc chồng chéo, có khi nhiều người cùng làm chung một việc, dẫn đến tình trạng đùn đẩy, né tránh công việc. Đến năm 2015, nhiều cơ quan, đơn vị đã hoàn thiện xong đề án xác định VTVL nhưng chưa triển khai thực hiện vì chưa có căn cứ khoa học.

Các quy định về các môn thi tuyển công chức chưa phù hợp để có thể tuyển chọn được người đáp ứng yêu cầu của chức danh công chức. Ví dụ về các môn thi chuyên ngành, một số môn chuyên ngành đã có ở bậc đào tạo đại học, nhưng một số môn chuyên ngành chưa có ở bậc đào tạo đại học như *thanh tra* đã gây khó khăn cho việc tuyển dụng công chức theo VTVL. Theo quy định pháp luật, việc tuyển dụng công chức chủ yếu căn cứ vào bằng cấp và những bài thi môn kiến thức chung và môn kiến thức chuyên ngành, tin học, ngoại ngữ. Nhưng quy định đó là không đầy đủ vì ngoài kiến thức chuyên môn, cần phải có những kỹ năng cần thiết để đảm nhận công việc

như kỹ năng phối hợp, làm việc nhóm, kỹ năng giao tiếp, kỹ năng phân tích, giải quyết tình huống.

Những tiêu chí và phương pháp đánh giá, phân loại công chức còn thiếu đồng bộ, chưa gắn với kết quả thực hiện nhiệm vụ của công chức nên việc xem xét, đánh giá để bố trí, sử dụng và đãi ngộ còn nhiều bất hợp lý. Quy định về đào tạo, bồi dưỡng công chức theo VTVL mới dừng ở các chế độ đào tạo, bồi dưỡng, nội dung, hình thức đào tạo bồi dưỡng mà chưa gắn đào tạo, bồi dưỡng với sử dụng, đánh giá, khen thưởng, kỷ luật công chức theo VTVL. Chính sách tiền lương, chế độ phụ cấp đối với công chức theo VTVL vẫn còn nhiều bất hợp lý, tiền lương gắn với chế độ ngạch bậc (theo mô hình chức nghiệp) và chưa tương xứng với VTVL (theo mô hình việc làm) mà công chức đang đảm nhận, chưa tương xứng với năng lực và kết quả làm việc của những người tài năng.

5. Một số kiến nghị và giải pháp

5.1. Hoàn thiện pháp luật về CĐCV theo VTVL

Thứ nhất, cần xác định rõ CĐCV ở Việt Nam. Hiện nay, các văn bản QPPL, đặc biệt là Luật CBCC năm 2008 chưa quy định rõ CĐCV của nước ta là CĐCV theo chức nghiệp hay CĐCV theo VTVL, hay kết hợp cả hai hệ thống đó với nhau.

Luật CBCC năm 2008, các văn bản của Chính phủ, và các văn bản hướng dẫn của Bộ Nội vụ... có những quy định mang dấu hiệu của CĐCV theo VTVL như chế độ tuyển dụng công chức theo VTVL, chế độ đào tạo, bồi dưỡng công chức theo VTVL, chế độ đánh giá công chức theo VTVL, nhưng đồng thời, nhiều quy định lại đang có những dấu hiệu của CĐCV theo chức nghiệp, như chế độ tiền lương công chức theo ngạch, bậc; tuyển dụng công chức cũng có dấu hiệu của CĐCV theo chức nghiệp, đó là quyết định bổ nhiệm vào ngạch của công

chức sau khi trúng tuyển; việc đào tạo, bồi dưỡng theo ngạch, bậc công chức... Như vậy, có thể khẳng định CĐCV hiện tại của Việt Nam là CĐCV kết hợp giữa CĐCV theo chức nghiệp và CĐCV theo VTVL. Tuy nhiên, nhiều quy định không rõ ràng đã dẫn tới những mâu thuẫn nội tại của pháp luật liên quan, gây khó khăn trong thực hiện.

Thứ hai, cần rà soát những quy định của Luật CBCC năm 2008 và các văn bản hướng dẫn thi hành để tránh sự chồng chéo, thiếu rõ ràng; chú trọng hơn đến tính khả thi, tính đồng bộ trong các quy định. Các văn bản QPPL về vấn đề quản lý, sử dụng công chức cần được quy định chặt chẽ, logic, rõ ràng, chính xác, tránh việc văn bản QPPL vừa được ban hành đã sửa đổi. Pháp luật về CĐCV phải gắn kết chính sách tuyển dụng công chức theo VTVL với các nội dung khác như đào tạo, bồi dưỡng công chức, quản lý công chức, quy hoạch, đề bạt, bổ nhiệm, đánh giá công chức, tăng lương theo VTVL... tạo thành một chỉnh thể thống nhất, đồng bộ có tác dụng khuyến khích người công chức vươn lên trong học tập và công tác. Đồng thời, cần phải có những quy định chung về các nguyên tắc công vụ, CĐCV, trách nhiệm giải trình của cán bộ, công chức; đánh giá công chức phải khách quan, dựa trên cơ sở hệ thống các tiêu chí khoa học.

5.2. Bảo đảm việc thực hiện pháp luật về CĐCV

Thứ nhất, cần xác định được chính xác trong cơ quan hành chính nhà nước có bao nhiêu VTVL và bảng mô tả công việc của từng VTVL. Việc xác định các VTVL không chỉ xác định khối lượng, số lượng công việc phải thực hiện ở một vị trí nhất định, mà quan trọng hơn là xác định được đặc điểm, đặc thù, tính phức tạp và tiêu chuẩn chuyên môn nghiệp vụ cần thiết để thực hiện công việc. Xác định được VTVL trong cơ quan hành chính nhà nước là cơ sở, căn cứ để tuyển dụng, đào tạo, bồi dưỡng, đánh giá, quản lý công chức theo VTVL... nhằm mục tiêu nâng

cao hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước.

Từ việc xác định VTVL trong cơ quan, tổ chức, chúng ta sẽ xác định cơ cấu công chức trong cơ quan hành chính nhà nước sao cho hợp lý, khoa học, chính xác. Giả sử, Bộ A có thể có cơ cấu công chức như sau: Tổng số có 1.000 VTVL, trong đó, VTVL ở ngạch chuyên viên cao cấp là 30 vị trí, VTVL ở ngạch chuyên viên chính là 180 vị trí, VTVL ở ngạch chuyên viên là 450 vị trí, VTVL ở ngạch cán sự là 340 vị trí; VTVL về công tác thi đua, khen thưởng có 100 vị trí, trong đó có VTVL ở ngạch chuyên viên cao cấp là 03 vị trí, VTVL ở ngạch chuyên viên chính là 33 vị trí, VTVL ở ngạch chuyên viên là 50 vị trí, VTVL ở ngạch cán sự là 14 vị trí...

Dựa trên kết quả như vậy, chúng ta mới có thể bắt tay vào việc xây dựng kế hoạch tuyển dụng, đào tạo, bồi dưỡng, quản lý, đánh giá, tiền lương của công chức theo VTVL... một cách khách quan, khoa học và đạt chất lượng cao. Từ đó, tạo cơ sở cho sự phân hóa công chức, vị trí chuyên viên cao cấp chỉ làm nhiệm vụ tham mưu chiến lược, nghiên cứu, lãnh đạo... còn công chức chuyên viên làm nhiệm vụ công chức thừa hành.

Thứ hai, cần đổi mới đồng bộ việc tuyển dụng, sử dụng, đào tạo, bồi dưỡng, đánh giá, và chế độ tiền lương của công chức theo VTVL, với các nội dung cụ thể như sau:

Hoàn thiện công tác tuyển dụng công chức theo VTVL: Về nguyên tắc phải công khai, minh bạch, khách quan, bảo đảm thu hút được những người có phẩm chất, năng lực tốt vào hoạt động công vụ. Đổi mới nội dung và phương pháp thi tuyển công chức, tiếp tục nghiên cứu, ứng dụng công nghệ thông tin vào tuyển dụng công chức theo VTVL. Đẩy mạnh phân cấp trong quá trình tuyển dụng công chức theo VTVL từ đó tạo nên cơ chế tự chủ, tự chịu trách nhiệm của từng cơ quan, tổ chức, đơn vị, phù hợp với những tình hình thực tế của cơ quan, đơn vị.

Đổi mới công tác đào tạo, bồi dưỡng công chức theo VTVL: Rà soát, sửa đổi, bổ sung đối với những chương trình đã và đang được triển khai thực hiện và tiếp tục hoàn thiện, xây dựng mới các chương trình hiện nay còn thiếu. Tiếp tục xây dựng và đưa vào triển khai thực hiện với chương trình bồi dưỡng theo VTVL. Tăng cường phân cấp trong hoạt động đào tạo, bồi dưỡng công chức theo VTVL. Tạo lập cơ chế trao dần quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm cho cơ quan quản lý, đơn vị sử dụng công chức quyết định các vấn đề liên quan đến hoạt động đào tạo, bồi dưỡng công chức theo VTVL do cơ quan, đơn vị quản lý và sử dụng; kể cả vấn đề sử dụng kinh phí cho hoạt động này.

Quản lý công chức theo VTVL: Cần xác định rõ danh mục công việc cho từng vị trí công chức trong cơ quan hành chính nhà nước. Xây dựng và hoàn thiện Quy chế làm việc của cơ quan, đơn vị, nội quy, quy chế quản lý công chức phù hợp với các nội dung của Luật CBCC năm 2008. Việc bổ nhiệm công chức phải được thực hiện một cách chặt chẽ, khoa học, dân chủ và nhất thiết phải dựa trên các tiêu chuẩn về năng lực, trình độ, đạo đức và uy tín.

Hoàn thiện công tác đánh giá công chức theo VTVL: Tiếp tục đổi mới cơ chế đánh giá công chức theo nguyên tắc cấp trên đánh giá cấp dưới, người đứng đầu đánh giá những người thuộc quyền quản lý, cấp trên trực tiếp đánh giá người đứng đầu. Đánh giá công chức dựa trên mức độ thực hiện chức trách, nhiệm vụ được giao, thể hiện ở khối lượng, chất lượng, tiến độ, hiệu quả của công việc trong từng vị trí, từng thời gian; tinh thần trách nhiệm trong hoạt động công vụ. Đánh giá theo hiệu quả công tác căn cứ theo tiêu chí của ngành, địa phương, đơn vị.

Hoàn thiện chế độ tiền lương công chức theo VTVL: Thực hiện chế độ trả tiền lương theo kết quả làm việc và theo VTVL, thay

thế cho việc trả tiền lương theo ngạch, bậc. Việc chuyển sang trả lương theo vị trí và kết quả công việc cần phải được làm đồng bộ. Phải đổi mới phương thức lập và phân bổ ngân sách, tiến tới việc lập và phân bổ ngân sách dựa trên kết quả công việc của từng cơ quan, đơn vị.

Tạo ra môi trường làm việc và cơ hội thăng tiến của công chức theo VTVL: Môi trường làm việc và cơ hội thăng tiến cũng là điều rất quan trọng đối với công chức theo VTVL. Môi trường làm việc trong các cơ quan hành chính nhà nước phải là nơi *đáng sống* của công chức - được lựa chọn từ những người có tài năng và tâm huyết, muốn cống hiến hết mình cho đất nước. Pháp luật về CĐCV theo VTVL cần sớm có các chính sách khen thưởng, tôn vinh người công chức Việt Nam trong thời kỳ mới.

Đảm bảo tôn trọng quyền con người, tôn trọng người có đức, có tài: Pháp luật về CĐCV theo VTVL có vai trò rất quan trọng trong việc đảm bảo quyền con người, tôn trọng người có đức, có tài. Từ năm 1945, Bác Hồ đã nói “mọi quyền lực đều thuộc về Nhân dân”, có nghĩa là Nhân dân có quyền tham gia quyết định luật pháp, là cơ sở pháp lý của Nhà nước pháp quyền. Đảng và Nhà nước Việt Nam luôn luôn có chính sách tôn trọng quyền con người, có chính sách, quy chế tôn vinh những người có đức, có tài, tâm huyết với công việc.

Thực hiện đồng bộ các giải pháp nêu trên sẽ giúp cho pháp luật về CĐCV theo VTVL ngày càng hoàn thiện, đáp ứng được nhu cầu và sự phát triển của đất nước trong giai đoạn hiện nay. Pháp luật về công vụ theo VTVL là CĐCV còn mới đối với Việt Nam, vì vậy, cần phải vừa làm vừa rút ra bài học kinh nghiệm. Xu hướng triển khai thực hiện hiệu quả pháp luật về công vụ theo VTVL là phù hợp với nền hành chính hiện đại, phù hợp với pháp luật công vụ của các nước tiên tiến trên thế giới ■

KIỂM SOÁT CỦA HÀNH PHÁP ĐỐI VỚI LẬP PHÁP Ở HOA KỲ

THÁI VĨNH THẮNG*
HOÀNG VĂN ÁNH**

1. Sự cần thiết của việc kiểm soát quyền lực giữa hành pháp đối với lập pháp

Tư duy logic chính trị về kiểm soát quyền lực giữa hành pháp đối với lập pháp xuất phát từ quan điểm cho rằng không nên tuyệt đối hóa, hay trao quyền lực một cách vô hạn cho bất kỳ cơ quan nhà nước nào, kể cả đó là Nghị viện/Quốc hội - cơ quan lập pháp, cơ quan đại diện cao nhất của nhân dân, do nhân dân trực tiếp bầu ra. Thực tiễn xây dựng nhà nước pháp quyền ở nhiều nước trên thế giới, trong đó có Hoa Kỳ, đã khẳng định giá trị tích cực của kiểm soát quyền lực từ nhánh quyền hành pháp đối với lập pháp.

Hiến pháp Hoa Kỳ năm 1787 (khoản 7 Điều 1) đã cho phép Tổng thống, người đứng đầu chính quyền hành pháp quyền phủ quyết (VETO right) các dự luật đã được hai viện thông qua. Nếu dự luật bị Tổng thống phủ quyết, Quốc hội phải thảo luận lại và luật chỉ có thể được thông qua nếu ở cả hai viện của Quốc hội số phiếu thuận đều đạt từ 2/3 trở lên. Quyền phủ quyết đã trở thành vũ

khí sắc bén để Tổng thống có thể kiểm soát quyền lập pháp của Quốc hội. Thực tiễn trên 200 năm của lịch sử lập hiến Hoa Kỳ cho thấy, các lý do mà Tổng thống có thể phủ quyết các dự luật đã được hai viện của Quốc hội thông qua là:

- a) Dự luật không hợp hiến;
- b) Dự luật xâm phạm sự độc lập của Tổng thống;
- c) Dự luật thể hiện chính sách quốc gia không khôn ngoan;
- d) Dự luật thể hiện chính sách khó có thể quản lý được;
- e) Dự luật nếu trở thành luật sẽ ngốn một chi phí quá lớn¹.

Qua trải nghiệm thực tiễn hơn 200 năm, quyền phủ quyết của Tổng thống Hoa Kỳ đã trở thành công cụ có hiệu quả trong cơ chế kiểm soát của quyền hành pháp đối với lập pháp ở một quốc gia mà học thuyết phân chia quyền lực đã được áp dụng triệt để.

Chúng ta có thể chứng minh nhận định trên đây dựa trên số liệu của bảng thống kê sau đây²:

* GS, TS. Đại học Luật Hà Nội.

** ThS. Đại học Luật Hà Nội.

1 Roger H. Davidson & Walter J. Oleszek, *Congress and its members - Quốc hội và các thành viên*, bản dịch của Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2002, tr. 465.

2 http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_United_States_Presidential_vetoes.

<i>President</i>	<i>Regular VETO</i>	<i>Pocket VETO</i>	<i>Total VETO</i>	<i>Vetoès Overridden</i>	<i>Persentage veto overridden</i>
Total	1499	1067	2566	110	4%
George Washington	2	0	2	0	0%
John Adam	0	0	0	0	0%
Thomas Jefferson	0	0	0	0	0%
James Medison	5	2	7	0	0%
James Monroe	1	0	1	0	0%
John Q. Adams	0	0	0	0	0%
Andrew Jackson	5	7	12	0	0%
Martin Van Buren	0	1	1	0	0%
William Henry Harrison	0	0	0	0	0%
John Tyler	6	4	10	1	10%
James Polk	2	1	3	0	0%
Zachary Taylor	0	0	0	0	0%
Millard Fillmore	0	0	0	0	0%
Franklin Pierce	9	0	9	5	56%
James Buchanan	4	3	7	0	0%
Abraham Lincoln	2	5	7	0	0%
Andrew Johnson	21	8	29	15	52%
Ulysses S. Grant	45	48	93	4	4%
Rutherford B. Hayes	12	1	13	1	8%
James Garfield	0	0	0	0	0
Chester Arthur	4	8	12	1	8%
Grover Cleveland	304	110	414	2	1%
Benjamin Harrison	19	25	44	1	2%
Grover Cleveland	42	128	170	5	3%
William McKinley	6	36	42	0	0%
Theodor Roosevelt	42	40	82	1	1%
William Taft	30	9	39	1	3%
Woodrow Wilson	33	11	44	1	2%
Warren Harding	5	1	6	0	0%
Calvin Coolidge	20	30	50	4	8%
Franklin Roosevelt	372	263	635	9	1%
Harry Truman	180	70	250	12	5%
Dwight Eisenhower	73	108	181	2	1%
John Kennedy	12	9	21	0	0%
Lyndon Johnson	16	14	30	0	0%
Richard Nixon	27	17	44	7	16%
Gerald Ford	48	18	66	12	18%
Jimmy Carter	13	18	31	2	6%
Ronald Regan	39	39	78	9	12%
George W. Bush	29	15	44	1	2%
Bill Clinton	36	1	37	2	5%
George W. Bush	11	1	12	4	33%
Barack Obama	5	0	5	0	0%

Theo số liệu thống kê trên, chúng ta thấy, trong 226 năm, từ khi George Washington được bầu làm Tổng thống cho đến Tổng thống đương nhiệm hiện nay là Barack Obama, có đến 2.566 dự luật bị phủ quyết và trong số đó chỉ có 4% trở thành luật (102/2566 dự luật trở thành luật). Mỗi năm có khoảng 11 dự luật bị phủ quyết. Bình quân mỗi Tổng thống trong quá trình giữ chức vụ của mình đã phủ quyết gần 60 dự luật. Các Tổng thống phủ quyết nhiều dự luật nhất là Franklin Roosevelt với 635 dự luật, trong đó Quốc hội chỉ khắc phục được 1% (chỉ có 9 dự luật trở thành luật); Tổng thống Harry Truman phủ quyết 250 dự luật, trong đó Quốc hội chỉ khắc phục được 5% (có 12 dự luật trở thành luật), Dwight Eisenhower phủ quyết 181 dự luật, trong đó Quốc hội chỉ khắc phục được 1% (có 2 dự luật trở thành luật), Grover Cleveland (1885-1889) phủ quyết 414 dự luật, trong đó Quốc hội khắc phục được 1% (có 2 dự luật trở thành luật), Grover Cleveland (1893-1897) phủ quyết 170 dự luật, trong đó Quốc hội chỉ khắc phục được 3% (chỉ có 5 dự luật trở thành luật).

Nhìn vào bảng trên đây ta cũng thấy rằng, khá nhiều Tổng thống đã dùng quyền phủ quyết bỏ túi (Pocket veto). Quyền phủ quyết bỏ túi đang thực hiện ở Hoa Kỳ là một dạng đặc thù của quyền phủ quyết tuyệt đối. Theo quy định tại mục 2 khoản 7 Điều 1 Hiến pháp Hoa Kỳ, tất cả các dự thảo luật đã được hai viện thông qua đều phải đệ trình lên Tổng thống để phê chuẩn. Nếu tán thành dự luật, Tổng thống sẽ ký vào dự luật đó; nếu không tán thành, Tổng thống sẽ gửi trả lại cho Viện đã khởi xướng dự luật với lý do ngắn gọn vì sao Tổng thống không đồng ý với dự luật. Những dự luật mà Tổng thống không gửi trả lại trong kỳ hạn 10 ngày (không kể ngày chủ nhật) sau ngày dự luật được đệ trình lên Tổng thống sẽ trở thành luật, coi như Tổng thống đã phê chuẩn. Nhưng nếu như những dự luật được Quốc hội thông qua vào 10 ngày cuối của phiên họp Quốc hội và Tổng thống không muốn

cho những dự luật này trở thành luật thì Tổng thống sẽ coi đây là cơ hội để biến quyền phủ quyết của mình thành quyền phủ quyết tuyệt đối bằng cách dùng quyền phủ quyết “bỏ túi” (*pocket veto; veto de poche*). Thực chất của quyền phủ quyết bỏ túi là Tổng thống không vội phủ quyết ngay mà đợi đến ngày cuối của thời hạn 10 ngày mới tuyên bố phủ quyết, khi đó Quốc hội đã nghỉ họp, dự luật phải gác lại cho đến kỳ họp sau.

Năm 1966, Quốc hội Hoa Kỳ đã thông qua một dự luật quy định cho Tổng thống có quyền “phủ quyết từng phần”. Luật về Quyền phủ quyết từng phần của Tổng thống có hiệu lực từ ngày 1/1/1997. Luật này cho phép Tổng thống có thể phủ quyết một số phần trong dự luật, còn các phần khác thì Tổng thống phê chuẩn. Hai vụ án (thành phố New York kiện Clinton và vụ Snake River Potato Grover Inc kiện Rubin) liên quan đến việc sử dụng thực tế quyền phủ quyết từng phần của Tổng thống, tạo điều kiện cho các nguyên đơn mới có thể tranh luận trực tiếp rằng, họ đã bị tổn hại bởi việc sử dụng thẩm quyền này. Ngày 12/2/1998, thẩm phán khu vực Liên bang Hogan quyết định rằng, thẩm quyền phủ quyết từng phần là không hợp hiến. Chính quyền Clinton đã ngay lập tức kháng cáo quyết định này lên Tòa án tối cao Liên bang. Ngày 25/6/1998 trong một quyết định với số phiếu 6/3, Tòa án tối cao Liên bang đã giữ nguyên quyết định của Tòa án cấp dưới, khẳng định tính không hợp hiến của thẩm quyền phủ quyết từng phần. Đa số thẩm phán của Tòa án đã cho rằng, Quốc hội đã vượt quá thẩm quyền cho phép của Hiến pháp trong việc quy định cho Tổng thống quyền bãi bỏ các yếu tố, các mục trong một dự luật phân bổ ngân sách. Về một khía cạnh khác, thẩm quyền phủ quyết này đã tạo cho Tổng thống một vai trò không hợp hiến trong việc sửa đổi dự luật. Thẩm phán John Paul Stevens đã thay mặt phe đa số lập luận: Không có quy định nào trong Hiến pháp cho phép Tổng thống tạo ra một dự luật khác - một dự luật có các quy định mà chưa được

Viện nào của Quốc hội biểu quyết hay được gửi cho Tổng thống để ký. Như vậy, có thể thấy, Hoa Kỳ đã có cơ chế kép để kiểm soát quyền lập pháp của Quốc hội vừa từ phía Chính phủ vừa từ phía Tòa án³.

2. Nguyên nhân hành pháp kiểm soát được lập pháp

Có nhiều nguyên nhân tạo ra khả năng hành pháp kiểm soát được lập pháp, nhưng chủ yếu là:

Thứ nhất, chế độ Tổng thống do dân bầu đã chọn ra nhiều Tổng thống tài năng, có ảnh hưởng lớn đến nhân dân và Quốc hội.

Tổng thống thứ 27 của Hoa Kỳ là Woodrow Wilson đã từng viết: “Mỗi vị Tổng thống đều được tự do về mặt luật pháp cũng như lương tâm để trở thành con người vĩ đại. Nhưng có vĩ đại được như thế hay không còn tùy thuộc vào năng lực của người đó”⁴. Việc Tổng thống do nhân dân bầu cử lên và trao cho quyền đứng đầu chính quyền hành pháp đã tạo ra một không gian pháp luật rộng lớn, đủ để tạo ra các Tổng thống tài năng, đóng góp nhiều cho đất nước. Thực tiễn cho thấy, nhiều vị Tổng thống Hoa Kỳ đã hết lòng, hết sức phục vụ đất nước. Tổng thống Washington (1789-1797), người được coi là sáng lập Hoa Kỳ, có tám năm liền (1775-1783) đảm nhiệm chức vụ Tổng Chỉ huy quân đội Lục địa Hoa Kỳ nhưng tự nguyện không hưởng đồng lương nào. Tổng thống Thomas Jefferson (1801-1809) là nhà tư tưởng vĩ đại, tác giả chính của bản Tuyên ngôn Độc lập nổi tiếng của Hoa Kỳ; Tổng thống James Madison (1809-1817) là tác giả chính của bản Hiến pháp 1787, bản Hiến pháp đã tồn tại 228 năm (tính đến năm 2015) và ảnh hưởng đến mô hình Hiến pháp của hơn 40 quốc gia trên thế giới. Tổng thống Andrew Jackson (1829-1837), nhà dân chủ và cải cách. Tổng thống Lincoln, người chủ trương thống nhất

Hoa Kỳ và giải phóng nô lệ, cũng là Tổng thống đề ra phương châm xây dựng Chính phủ của dân, do dân và vì dân. Nhiều Tổng thống Hoa Kỳ đã có công lao trong việc mở rộng lãnh thổ Hoa Kỳ. Năm 1803, Tổng thống Jefferson đã có công lao trong việc thúc đẩy việc thương thuyết với Hoàng đế Napoleon để mua vùng đất Louisiana rộng lớn với giá rẻ 15 triệu USD, bất chấp sự phản đối của Đảng đối lập. Thắng lợi này đã tạo tiền lệ cho các Tổng thống sau của Hoa Kỳ mua các vùng đất mới, mở rộng lãnh thổ của Hoa Kỳ như Tổng thống James Monroe thúc đẩy hiệp định Adam-onis, theo đó Hoa Kỳ được nhượng lại vùng đất Florida của Tây Ban Nha năm 1819 với giá 5 triệu USD và Tổng thống Andrew Johnson thúc đẩy mua vùng đất Alaska rộng lớn của Nga năm 1867 với giá 7,2 triệu đô la⁵. Các vùng đất này sau này đều trở thành các bang lớn của Hoa Kỳ.

Nhiều vị Tổng thống như Bill Clinton, Barack Obama có tuổi thơ đầy gian khổ và bất hạnh, nhưng bằng ý chí, nghị lực và trí tuệ của mình đã rèn luyện, phấn đấu không ngừng trở thành tấm gương sáng trong học tập và lao động cho các thế hệ thanh, thiếu niên trên đất nước mình. Bill Clinton đã từng nói: “Hầu hết mọi đứa trẻ đều không nghĩ đến cái chết. Tôi luôn luôn nghĩ đến điều này, bởi vì cha tôi chết khi ông mới 29 tuổi, trong một tai nạn xe hơi, trước khi tôi ra đời”⁶. Mô cô cha từ khi còn trong bụng mẹ, tuổi thơ Bill Clinton phải sống với một ông bố dượng nghiện ngập, thô bạo, hay đánh đập vợ. Đến năm 14 tuổi khi đã trở nên cứng cáp, Bill Clinton đã phải dọa bố dượng rằng: “từ nay trở đi ông không được phép giơ tay đánh mẹ tôi nữa”⁷. Với một tuổi thơ không may mắn nhưng Bill Clinton đã có nghị lực và chăm chỉ học tập, là một trong các học sinh xuất sắc, khi tốt nghiệp trung học phổ thông ông

3 Quốc hội Hoa Kỳ hoạt động như thế nào (How Congress works), Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2003, tr. 643, 644, 645.

4 William A Dgregorio, 42 đời Tổng thống Hoa Kỳ, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2001, tr. 5.

5 William A Dgregorio, 42 đời Tổng thống Hoa Kỳ, Sđd, tr. 500.

6 William A Degregorio, 42 đời Tổng thống Hoa Kỳ, Sđd, tr. 1351.

được xếp thứ 4 trong 323 học sinh tốt nghiệp năm 1964. Những năm sau đó, Bill Clinton là sinh viên luật và là một trong những thủ lĩnh sinh viên đi đầu trong phong trào chống chiến tranh của Hoa Kỳ ở Việt Nam. Năm 1973, Bill Clinton tốt nghiệp trường luật và ở tuổi 32, Bill Clinton đã trở thành Thống đốc bang Arkansas, là vị Thống đốc bang trẻ nhất vào thời điểm đó. Vì những tư tưởng cải cách giáo dục mới mẻ của ông, ngày 6/8/1979 ông được tạp chí Time chọn vào danh sách “50 khuôn mặt cho tương lai của Hoa Kỳ”. Năm 1993, ở tuổi 46, Bill Clinton trở thành Tổng thống, một trong những Tổng thống trẻ nhất của Hoa Kỳ.

Tổng thống Barack Obama cũng là một tấm gương sáng về nghị lực phi thường của một thanh niên biết vượt qua mọi khó khăn để học tập, làm việc và cống hiến cho xã hội. Bố mẹ chia tay nhau khi ông còn nhỏ, nhờ bà ngoại và mẹ vất vả nuôi nấng nên người. Ông Barack Obama đã nhớ về những năm tháng sống với mẹ và bố dượng ở Indonesia: “Gia đình tôi không được khá giả gì trong những năm đầu; quân đội Indonesia trả lương cho các sĩ quan của họ không hề cao. Chúng tôi sống trong một ngôi nhà nhỏ ở ngoại ô thành phố, không có điều hòa nhiệt độ, tủ lạnh hay nhà vệ sinh giặt nước. Nhà tôi không có ô tô, bố dượng tôi đi xe máy, còn mẹ tôi đi xe buýt công cộng mỗi sáng đến đại sứ quán Hoa Kỳ để dạy tiếng Anh. Vì không có tiền để đi học ở các trường quốc tế, nơi phần lớn trẻ em người nước ngoài theo học, tôi học ở một trường địa phương và chơi đùa trên phố với con cái các nông dân, người phục vụ, thợ may và nhân viên văn thư”⁸. Sau đó, do lo lắng cho chuyện học hành của con trai, mẹ của ông đã gửi ông cho ông bà ngoại ở Hawaii chăm sóc. Trải qua một tuổi thơ thiếu vắng sự chăm sóc của người cha ruột, nhưng với nghị lực và sự

thông minh của mình, ông đã học giỏi trong những năm trung học phổ thông và đại học. Barack Obama đã tốt nghiệp Trường Luật danh tiếng của Đại học Havard năm 1991. Ông là người Hoa Kỳ gốc Phi đầu tiên làm Tổng biên tập Tạp chí Havard Law Review. Trước khi làm Tổng thống, ông là một Thượng nghị sĩ tài năng, đã có hai dự luật mang tên ông trở thành luật. Khi làm Tổng thống, ông đã được Ủy ban Nobel Na Uy trao giải Nobel Hòa bình ngày 9/10/2009 “do những nỗ lực xuất sắc nhằm củng cố ngoại giao quốc tế và hợp tác giữa các dân tộc”⁹.

Thứ hai, Tổng thống độc lập với Quốc hội, có thể định hướng chính sách pháp luật cho Quốc hội, có thể kiểm chế, đối trọng với Quốc hội.

Khoản 3 Điều 2 Hiến pháp Hoa Kỳ năm 1787 quy định: “Tổng thống thông báo thường kỳ cho Quốc hội về tình hình của Liên bang và đề nghị Quốc hội xem xét những biện pháp mà Tổng thống thấy cần thiết và thích hợp”. Với quy định trên đây của Hiến pháp, hàng năm Tổng thống gửi các thông điệp của mình cho Quốc hội. Trong các thông điệp của mình, Tổng thống khuyến nghị Quốc hội về những chính sách pháp luật mà dựa vào đó Quốc hội sẽ xây dựng luật. Hơn thế nữa, nhiều dự luật được cơ quan hành pháp xây dựng và chuyển cho nghị sĩ của đảng mình để trình trước Quốc hội.

Tổng thống với tư cách là người đứng đầu chính quyền hành pháp có trách nhiệm soạn thảo trình trước Quốc hội Dự thảo Luật Ngân sách hàng năm của Liên bang.

Để cho Tổng thống độc lập với Quốc hội, có thể kiểm chế, đối trọng với Quốc hội thì Tổng thống phải do dân gián tiếp (như Hoa Kỳ) hoặc trực tiếp (như Pháp và Nga) bầu ra. Đây chính là điều kiện để đảm bảo sự cân bằng và đối trọng để kiểm soát, chống lại sự lạm dụng quyền lực ■

7 William A Degregorio, 42 đời Tổng thống Hoa Kỳ Sđd, tr. 1355.

8 Barack Obama - Hy vọng táo bạo (Audacity of hope) bản dịch của Nguyễn Hằng, Nxb. Trẻ TP. Hồ Chí Minh, 2008, tr. 292.

9 Tổng thống Mỹ - Những bài diễn văn nổi tiếng, Nxb. Thế giới, Hà nội, 2015 tr. 397.