

# 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 70 NĂM NGÀY THÀNH LẬP QUÂN ĐỘI NHÂN DÂN VIỆT NAM  
(22.12.1944 - 22.12.2014)



Số 24 (280)

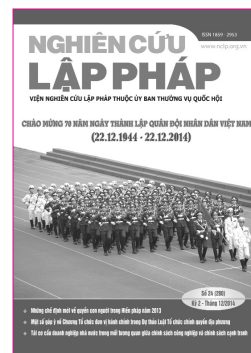
Kỳ 2 - Tháng 12/2014

- ❖ Những chế định mới về quyền con người trong Hiến pháp năm 2013
- ❖ Một số góp ý về Chương Tổ chức đơn vị hành chính trong Dự thảo Luật Tổ chức chính quyền địa phương
- ❖ Tái cơ cấu doanh nghiệp nhà nước trong mối tương quan giữa chính sách công nghiệp và chính sách cạnh tranh



# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Mục lục 12/2014

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

#### BÌNH LUẬN VỀ HIẾN PHÁP

- 3** Hoàn thiện cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước theo Hiến pháp năm 2013

**ThS. Nguyễn Quang Anh**

- 8** Những chế định mới về quyền con người trong Hiến pháp năm 2013

**TS. Hoàng Văn Nghĩa**

- 15** Sự tham gia của các tổ chức xã hội trong quy trình xây dựng pháp luật

**Đinh Ngọc Quý**

- 23** Cách tiếp cận của pháp luật các nước và pháp luật Việt Nam về khái niệm điều kiện thương mại chung

**ThS. Nguyễn Thị Hằng Nga**

#### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 29** Một số góp ý về Chương Tổ chức đơn vị hành chính trong Dự thảo Luật Tổ chức chính quyền địa phương

**ThS. Nguyễn Ngọc Toán**

- 36** Hoàn thiện quy định về hình phạt cấm cư trú và hình phạt quản chế

**ThS. Nguyễn Văn Lam**

#### CHÍNH SÁCH

- 40** Tái cơ cấu doanh nghiệp nhà nước trong mối tương quan giữa chính sách công nghiệp và chính sách cạnh tranh

**ThS. Trương Trọng Hiếu**

#### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 50** Những bất cập trong quy định về xử phạt vi phạm trong lĩnh vực chứng khoán và các kiến nghị sửa đổi, bổ sung

**ThS. Phan Phương Nam**

#### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Chính quyền địa phương ở Việt Nam, Trung Quốc, Thụy Điển, Hoa Kỳ và một số kiến nghị

**Phạm Quang Huy**

#### **HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:**

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

#### **TỔNG BIÊN TẬP**

TS. PHẠM VĂN HÙNG

#### **TRỤ SỞ:**

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

#### **THIẾT KẾ:**

HOÀNG NHI

#### **GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:**

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

#### **PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO**

HÀ NỘI: 080-43363

#### **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 12/2014

### STATE AND LAW

#### Commentary on the Constitution:

- 3** Improving mechanisms of people's control over state power according to the Constitution of 2013

**LLM. Nguyen Quang Anh**

- 8** These new institutions on human rights in the Constitution of 2013

**Dr. Hoang Van Nghia**

- 15** The involvement of civil societies in the legislative process

**Dinh Ngoc Quy**

- 23** The approach of the Vietnam laws and the other countries' laws on the concept of the general commercial conditions

**LLM. Nguyen Thi Hang Nga**

### DISCUSSION OF BILLS

- 29** Some suggestions on the Chapter of the organization of administrative units in the draft Law on the organization of local government

**LLM. Nguyen Ngoc Toan**

- 36** Improving regulations on the penalty of banning on residence and of probation

**LLM. Nguyen Van Lam**

### POLICIES

- 40** Restructuring of state enterprises in the relationship between industrial policy and competition policy

**LLM. Truong Trong Hieu**

### LEGAL PRACTICE

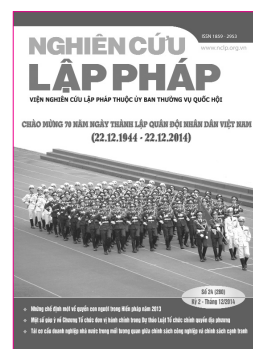
- 50** The shortcomings in the regulation of sanctioning violations in security dealing and suggestions for amendment and supplement

**LLM. Phan Phuong Nam**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 57** Local governments in Vietnam, China, Sweden, the United States and a number of recommendations

**Pham Quang Huy**



#### EDITORIAL:

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

#### EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

#### OFFICE:

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

#### DESIGN:

HOANG NHI

#### LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

#### DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43363

#### ACCOUNT NUMBER:

0011000467735  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING  
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

**BÌNH LUẬN VỀ HIẾN PHÁP**

# HOÀN THIỆN CƠ CHẾ NHÂN DÂN KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC THEO HIẾN PHÁP NĂM 2013

NGUYỄN QUANG ANH\*

## 1. Yêu cầu khách quan của việc hoàn thiện cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước

Kiểm soát thực hiện quyền lực giữa các cơ quan nhà nước là một trong những nội dung mới, quan trọng của Hiến pháp năm 2013. Điều 2 của Hiến pháp năm 2013 khẳng định: “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 quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”. Việc thực hiện các quyền ấy được Hiến pháp năm 2013 phân công cho Quốc hội (Điều 69), Chính phủ (Điều 94), Toà án nhân dân (Điều 102). Hiến pháp năm 2013 không có điều, khoản nào quy định rõ việc nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước, ngoài các quy định thể hiện bản chất của quyền lực nhà nước, phương thức nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước, một số quyền công dân có tính kiểm soát và bảo đảm việc kiểm soát của nhân dân đối với việc thực hiện quyền lực nhà nước. Như vậy, cùng với việc luật hóa cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước

giữa các cơ quan nhà nước thì việc hoàn thiện cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước trên cơ sở các quy định của Hiến pháp năm 2013 là yêu cầu khách quan và hết sức quan trọng. Điều đó có những lý do cụ thể sau:

- Bảo đảm bản chất của Nhà nước ta là Nhà nước của dân, do dân, vì dân; tất cả quyền lực nhà nước là của nhân dân, việc thực hiện quyền lực nhà nước chỉ vì lợi ích của nhân dân, do nhân dân tham gia thực hiện và kiểm soát;

- Góp phần phát huy đầy đủ, toàn diện vị trí, vai trò của nhân dân trong sự nghiệp xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam, thể hiện trên thực tế lòng tin của Đảng, Nhà nước vào sức mạnh, trí tuệ của nhân dân, đúng như khẳng định của Chủ tịch Hồ Chí Minh: “Dân chúng đồng lòng việc gì cũng làm được. Dân chúng không ủng hộ việc gì làm cũng không nên”<sup>1</sup>, rằng “Dân chúng biết giải quyết nhiều vấn đề một cách giản đơn, mau chóng, đầy đủ, mà những người tài giỏi, những đoàn thể to lớn, nghĩ mãi không ra”<sup>2</sup>.

\* **ThS. Trưởng ban Tuyên giáo Huyện ủy Thanh Thủy, Phú Thọ.**

1 Hồ Chí Minh: Toàn tập, tập 5, Nxb. Chính trị quốc gia, H, 1995, tr.293.

2 Sđd, tr. 295.

- Thể hiện sâu sắc mối quan hệ mang tính đạo lý và pháp lý giữa nhân dân và Nhà nước, giữa một bên là người chủ quyền lực nhà nước với một bên là người được nhân dân tin tưởng ủy nhiệm cho quyền lực: “Bản thân các cơ quan nhà nước không tự có quyền mà là được nhân dân ủy nhiệm theo thẩm quyền cụ thể do pháp luật quy định”<sup>3</sup>. Nói cách khác, xác lập và bảo đảm sự vận hành của cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước là sự khẳng định rõ ràng, thật tâm của Nhà nước về vị thế quyết định của nhân dân đối với Nhà nước, “từ Chủ tịch Chính phủ cho đến người chạy giầy, người quét dọn trong một cơ quan nhỏ đều là những người ăn lương của dân, làm việc cho dân, phải được dân tin cậy”<sup>4</sup>; cán bộ, công chức không làm được việc cho dân thì “dân không cần đến nữa”, thậm chí Chính phủ làm hại dân “thì dân có quyền đuổi Chính phủ”.

- Bảo đảm tính khách quan trong kiểm soát quyền lực nhà nước, bảo đảm sự thống nhất, phối hợp hiệu quả giữa cơ chế kiểm soát quyền lực trong nội bộ nhà nước với cơ chế nhân dân kiểm soát, đồng thời phát huy được sức mạnh của Nhà nước và của cả xã hội trong phát triển nhà nước và xã hội, xây dựng và bảo vệ Tổ quốc.

- Hoàn thiện cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực trực tiếp góp phần ngăn chặn tình trạng tha hóa quyền lực, đặc biệt là căn bệnh quan liêu, tham nhũng, phù hợp với chủ trương của Đảng: “Thiết lập cho bằng được một cơ chế giám sát, kiểm soát quyền lực thật sự có hiệu lực, hiệu quả... Nếu không dựa vào dân thì cuộc chiến chống tham nhũng khó có thể thành công”<sup>5</sup>. Cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước không chỉ trực tiếp giúp các cơ quan nhà nước phát hiện và

xử lý tham nhũng mà quan trọng là nó còn tạo ra một áp lực xã hội có tính thường trực, đủ lớn để không thể tham nhũng.

### 2. Một số đặc trưng của cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước

Việc hoàn thiện cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước theo các quy định của Hiến pháp năm 2013 liên quan đến một số vấn đề lý luận và thực tiễn sau:

*Một là*, cần làm rõ khái niệm “cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước”.

“Cơ chế” là thuật ngữ được sử dụng khá phổ biến trong các sách báo khoa học, trong các văn kiện chính trị, pháp lý. Có cơ chế tự nhiên, phản ánh cách thức tác động của quy luật vận động, phát triển của thế giới tự nhiên; có cơ chế xã hội, cơ chế nhà nước, phản ánh nhận thức và sự vận dụng của con người đối với quy luật phát triển của các quá trình, sự vật, hiện tượng phát sinh trong đời sống nhà nước, xã hội. Như vậy, nghiên cứu “cơ chế” là nghiên cứu sự vật, hiện tượng, quá trình trong trạng thái động, nghiên cứu sự tác động của con người bằng các hình thức, công cụ, phương thức khác nhau lên các quá trình đó, trên cơ sở nhận thức đúng đắn các quy luật vận động, phát triển của chúng, định hướng quá trình phát triển theo những mục tiêu, phù hợp với những điều kiện lịch sử cụ thể nhất định. Với cách tiếp cận đó, có thể quan niệm “cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước là tổng thể các nguyên tắc, các thể chế, thiết chế pháp luật nhằm xác lập, thực thi các quyền và các bảo đảm để nhân dân làm chủ và thực hiện việc kiểm soát quyền lực một cách chặt chẽ, hiệu quả”.

Từ quan niệm đó, có thể rút ra một số đặc trưng sau của cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước:

3 Đảng Cộng sản Việt Nam: Văn kiện Hội nghị lần thứ ba Ban chấp hành Trung ương (khoá VIII), Nxb. Chính trị quốc gia, H, 1997, tr.12.

4 Hồ Chí Minh: Toàn tập, tập 5, Nxb. Chính trị quốc gia, H, 1995, tr.104.

5 Bài phát biểu của Tổng Bí thư Nguyễn Phú Trọng tại Hội nghị toàn quốc về công tác phòng, chống tham nhũng, Báo Nhân dân, ngày 06/5/2014.

- Cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước là cơ chế “bên ngoài”, mang tính chính trị và xã hội, tính đạo lý và tính pháp lý, trong khi cơ chế kiểm soát quyền lực giữa các cơ quan nhà nước là cơ chế “bên trong”, mang tính nhà nước.

- Trong cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước thì chủ thể kiểm soát là nhân dân. Nhân dân thực hiện sự kiểm soát quyền lực nhà nước với vị thế của người chủ quyền lực, và do đó, không bị ràng buộc bởi ý chí chủ quan của bất kỳ cơ quan, công chức nhà nước nào. Trong khi đó, cơ chế kiểm soát thực hiện quyền lực giữa các cơ quan nhà nước phụ thuộc vào mô hình, kỹ thuật tổ chức, phân công lao động quyền lực, vào vị trí, chức năng, quyền hạn cụ thể của các cơ quan trong bộ máy nhà nước, với hệ thống chủ thể kiểm soát quyền lực rộng rãi, gồm tất cả các cơ quan nhà nước từ trung ương đến cơ sở.

- Cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước và cơ chế kiểm soát thực hiện quyền lực giữa các cơ quan nhà nước - xét về hình thức cấu trúc, đều bao gồm các bộ phận sau: (i) các nguyên tắc của cơ chế. Những nguyên tắc này có giá trị như là những quan điểm chỉ đạo sự hình thành của các bộ phận cấu trúc khác của cơ chế, đồng thời chỉ đạo sự vận hành của toàn bộ cơ chế; (ii) các thể chế pháp lý xác định các quyền và các bảo đảm cho chủ thể thực hiện kiểm soát quyền lực; (iii) các thiết chế pháp luật có chức năng tổ chức thực thi sự kiểm soát quyền lực, bảo vệ tính đúng đắn trong việc sử dụng quyền lực và cả trong việc kiểm soát quyền lực. Tuy nhiên, xét về nội dung và phương thức thực hiện, các yếu tố tạo thành cấu trúc của hai cơ chế trên có sự khác biệt nhất định.

- Hiệu quả hoạt động của cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước phụ thuộc vào nhiều yếu tố, trước hết là phụ thuộc vào sự phát triển của các hình thức, phương thức thực thi dân chủ, sự phát triển của xã hội dân sự, ý thức và kỹ năng thực hiện quyền của

từng công dân, trách nhiệm của Nhà nước trước nhân dân; trong khi hiệu quả của cơ chế kiểm soát quyền lực giữa các cơ quan nhà nước lại phụ thuộc chủ yếu vào mức độ hoàn thiện của mô hình tổ chức quyền lực và bộ máy cơ quan nhà nước, tính hợp lý của cơ chế, tính chuyên nghiệp trong tổ chức lao động quyền lực...

*Hai là*, những nội dung của các bộ phận cấu trúc tạo nên cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước, cụ thể là:

- Các nguyên tắc của cơ chế. Như trên đã phân tích, các nguyên tắc của cơ chế có giá trị chỉ đạo sự hình thành các bộ phận khác của cơ chế và sự vận hành của toàn bộ cơ chế trong thực tiễn. Những nguyên tắc này không chỉ mang tính chính trị, xã hội, tính pháp lý, mà còn mang tính đạo lý, trong đó có các nguyên tắc chủ đạo sau: (i) nhân dân làm chủ quyền lực nhà nước, thực hiện kiểm soát quyền lực nhà nước dựa trên nền tảng liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức, dưới sự lãnh đạo của Đảng; (ii) sự bình đẳng của các giai cấp, tầng lớp xã hội, các dân tộc trong kiểm soát quyền lực nhà nước; (iii) bảo đảm các điều kiện phù hợp với những đặc thù của từng giai cấp, tầng lớp xã hội trong kiểm soát quyền lực nhà nước; (iv) nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước trong môi trường dân chủ, đồng thời thông qua kiểm soát quyền lực nhà nước do nhân dân tiến hành để phát triển dân chủ, nâng cao ý thức dân chủ, trách nhiệm và kỹ năng thực hiện quyền làm chủ, quyền và nghĩa vụ công dân; (v) đề cao trách nhiệm của Nhà nước, bổn phận của từng công chức nhà nước trong việc tạo điều kiện để nhân dân kiểm soát và chịu sự kiểm soát của nhân dân; (vi) bảo đảm sự thống nhất về mục tiêu và sự phối hợp hiệu quả giữa cơ chế nhân dân và cơ chế nhà nước trong kiểm soát quyền lực nhà nước.

- Các thể chế pháp lý xác định các quyền và các bảo đảm cho nhân dân thực hiện kiểm soát quyền lực nhà nước, trong đó

thể chế pháp lý chủ yếu là các quyền và các bảo đảm cho chủ thể là công dân, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội. Có thể phân chia các thể chế này gồm các bộ phận: một là, *các quyền mang tính kiểm soát* việc thực hiện quyền lực nhà nước của công dân, gồm quyền bầu cử và giới thiệu người ra ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND; quyền khiếu nại, quyền tố cáo; quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí, biểu tình, quyền kiến nghị với cơ quan nhà nước về các vấn đề của cơ sở, địa phương và cả nước; quyền biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân; hai là, các quyền có ý nghĩa như là bảo đảm pháp lý cho công dân thực hiện *các quyền mang tính kiểm soát quyền lực nhà nước*, gồm: quyền tham gia quản lý nhà nước; thông qua tham gia quản lý nhà nước nhân dân kịp thời phát hiện các sai trái trong thực thi quyền lực của các cơ quan quản lý nhà nước; quyền hội họp, lập hội; quyền tiếp cận thông tin, quyền được tiếp dân.

Bộ phận quan trọng cấu thành thể chế pháp lý trong cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước là *các quyền mang tính kiểm soát* của các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội, trong đó chủ yếu là quyền giám sát, phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên.

Theo mối quan hệ hữu cơ giữa quyền và nghĩa vụ, trách nhiệm thì các quyền của nhân dân - người chủ quyền lực, luôn tương xứng với các nghĩa vụ, trách nhiệm của Nhà nước - người được nhân dân ủy nhiệm cho quyền lực và phải chịu sự kiểm soát của nhân dân. Những trách nhiệm này có ý nghĩa như là những bảo đảm từ phía Nhà nước, trong đó có các trách nhiệm mang tính đạo lý và pháp lý, đó là: trách nhiệm tôn trọng nhân dân, chịu sự giám sát của nhân dân; trách nhiệm công khai, minh bạch trong hoạt động; trách nhiệm cung cấp thông tin theo quy định của pháp luật; trách nhiệm tiếp dân, giải quyết khiếu nại, tố cáo; trách nhiệm tiếp nhận và xử lý kết quả kiểm soát thực hiện quyền lực của nhân dân; trách

nhiệm tạo điều kiện cho việc thực hiện *các quyền mang tính kiểm soát* của công dân mà việc thực hiện đòi hỏi phải theo những thủ tục hành chính nhất định.

- Các thiết chế pháp luật có chức năng đại diện xã hội cho các giai cấp, tầng lớp, nhóm xã hội, dân tộc, tôn giáo, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, được thành lập tự nguyện, hoạt động theo nguyên tắc dân chủ, trong đó tổ chức có vị trí hàng đầu, vừa đại diện xã hội thực hiện kiểm soát quyền lực nhà nước thông qua hoạt động giám sát, phản biện xã hội, vừa là người tổ chức, tạo điều kiện cho công dân thực hiện việc kiểm soát quyền lực là Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên của Mặt trận. Ngoài ra, thiết chế pháp luật có vai trò đại diện cho các thành viên trong kiểm soát thực hiện quyền lực nhà nước trong quản lý nhà nước là các hội, hiệp hội nghề nghiệp, các doanh nghiệp, trong đó có các tổ chức nghề nghiệp của đội ngũ phóng viên báo chí và các cộng đồng dân cư ở đơn vị hành chính cơ sở, theo quy chế dân chủ ở cơ sở.

Ba là, việc đề ra và thực thi các phương hướng hoàn thiện cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước phải dựa vào các căn cứ: từ nội dung của các yếu tố tạo nên cấu trúc của cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước; từ những đòi hỏi của sự phát triển dân chủ, xây dựng xã hội dân sự; từ các quy định liên quan của Hiến pháp năm 2013; từ thực tiễn thực hiện việc kiểm soát quyền lực nhà nước của nhân dân.

### **3. Phương hướng hoàn thiện cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước**

- Tiếp tục củng cố khối liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân, đội ngũ trí thức và củng cố khối đồng thuận xã hội trên cơ sở nêu cao bản lĩnh và tính tiên phong của giai cấp công nhân, có chính sách thiết thực nâng cao đời sống vật chất, tinh thần của giai cấp nông dân, phát huy tính sáng tạo của đội ngũ trí thức, khắc phục tình trạng một bộ phận dân chúng mất lòng tin, quay lưng lại chính trị, không quan tâm



đến vận mệnh của đất nước. Do vậy, “phải đưa chính trị vào giữa dân gian”<sup>6</sup>, phải bằng nhiều hình thức để vận động, tổ chức cho mọi giai cấp, tầng lớp xã hội tham gia tích cực vào các hoạt động chính trị do Đảng, Nhà nước phát động, bảo đảm sự thống nhất giữa lợi ích chính trị với lợi ích kinh tế - xã hội là những bảo đảm quan trọng cho việc củng cố khối liên minh nêu trên và sự đồng thuận trong xã hội ta hiện nay.

- Làm sâu sắc tính đạo lý và pháp lý trong mối quan hệ giữa Nhà nước và nhân dân trên cơ sở đề cao và cụ thể hóa trách nhiệm của Nhà nước với nhân dân, đề cao đạo đức của người công chức, làm trong sạch bộ máy nhà nước; đề cao ý thức về vị trí, vai trò của người chủ quyền lực, trách nhiệm xây dựng Nhà nước của mọi giai cấp, tầng lớp xã hội, bảo đảm vị trí thượng tôn của pháp luật trong mọi hoạt động của Nhà nước và xã hội, trong đó có hoạt động kiểm soát của nhân dân đối với việc thực thi quyền lực của Nhà nước.

- Đa dạng hóa các hình thức, phương thức dân chủ trong việc kiểm soát quyền lực nhà nước do nhân dân tiến hành trên cơ sở khẳng định: Nhân dân với vị trí là người chủ quyền lực có quyền lựa chọn cho mình những hình thức, phương thức dân chủ trong thực hiện và kiểm soát quyền lực nhà nước. Từ đây cần đổi mới nhận thức, rằng nhân dân không chỉ thực hiện quyền lực nhà nước bằng dân chủ trực tiếp, bằng dân chủ đại diện thông qua Quốc hội, HĐND và thông qua các cơ quan nhà nước khác, mà còn thông qua các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội đại diện cho những lợi ích chính đáng của các giai cấp, tầng lớp xã hội. Như thế, nội hàm của khái niệm “dân chủ đại diện” bao hàm hai thành tố, gồm đại diện nhà nước và đại diện xã hội. Dân chủ đại diện nhà nước được phát huy khi nhà nước

thực sự của dân, do dân, vì dân. Dân chủ đại diện xã hội được phát huy trên cơ sở thừa nhận và bảo đảm tính chất đại diện xã hội của các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội cùng với việc thúc đẩy sự phát triển của xã hội dân sự. Như vậy, phương thức dân chủ trong kiểm soát quyền lực nhà nước do nhân dân tiến hành sẽ bao gồm: 1) dân chủ trực tiếp, thông qua việc thực hiện *các quyền mang tính kiểm soát* của từng công dân; 2) phương thức dân chủ đại diện xã hội, thông qua các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội; 3) phương thức dân chủ hỗn hợp, theo quy chế dân chủ ở cơ sở, trong đó có những việc mà sự kiểm soát của nhân dân được thực hiện trên cơ sở kết hợp giữa dân chủ đại diện nhà nước, trực tiếp là thông qua HĐND của chính quyền cơ sở với cộng đồng dân cư ở thôn, bản, xóm, ấp. Từ đây cần nghiên cứu làm sâu sắc tính dân chủ đại diện xã hội của các tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội, mở rộng việc áp dụng quy chế dân chủ đến tất cả các cộng đồng dân cư, đề cao tự quản cộng đồng.

Mỗi phương thức dân chủ xác định những hình thức thực thi dân chủ nhất định. Vì thế, đa dạng hóa các phương thức dân chủ phải đồng thời với việc đa dạng hóa các hình thức thực thi dân chủ. Trong điều kiện hiện nay, khi mà tình trạng tha hóa quyền lực, trong đó đặc biệt nghiêm trọng là tham nhũng không có chiều hướng suy giảm, ngày càng tinh vi, phức tạp thì đa dạng hóa các hình thức thực thi dân chủ, với các hình thức thiết thực, hiệu quả là hết sức quan trọng. “Nghiên cứu để có những hình thức phù hợp mở rộng phạm vi tham gia của công chúng trong công tác phòng chống tham nhũng, tăng cường sự giám sát của công chúng đối với việc thực thi quyền lực của các cơ quan bảo vệ pháp luật”<sup>7</sup>.

(Xem tiếp trang 22)

6 Hồ Chí Minh, Toàn tập, tập 5, Nxb. Chính trị quốc gia, H, 1995, tr.298.

7 Báo Nhân dân, ngày 06/5/2014.

# NHỮNG CHẾ ĐỊNH MỚI VỀ QUYỀN CON NGƯỜI TRONG HIẾN PHÁP NĂM 2013

HOÀNG VĂN NGHĨA\*

**H**iến pháp năm 2013 đã đặt nền móng cho thời kỳ đẩy mạnh hội nhập quốc tế và phát triển của đất nước ta. So với các bản hiến pháp trước đây, đặc biệt là Hiến pháp 1992, Hiến pháp 2013 có những phát triển mới trong chế định về quyền con người. Đó là:

*Thứ nhất*, sự thay đổi về tên Chương chế định về quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân.

Về tên gọi của Chương II, lần đầu tiên trong lịch sử lập hiến, đã được thay đổi với “quyền con người” trở thành tiêu đề của tên Chương, thay vì chỉ gọi là “quyền và nghĩa vụ của công dân” như tất cả các bản Hiến pháp trước đây. Sự bổ sung cụm từ “quyền con người” này là vô cùng quan trọng và có ý nghĩa lớn trong bối cảnh phát triển đất nước và hội nhập quốc tế. Đây không chỉ đơn thuần là sự bổ sung một cụm từ mang tính kỹ thuật lập hiến, mà điều quan trọng là phản ánh một tư duy lập hiến phát triển, phù hợp với xu hướng của dân tộc, thời đại và nhân loại. Khảo luận hiến pháp các nước trên thế giới và trong khu vực đều chỉ ra rằng, phần lớn các chế định về quyền và tự do của công dân đều được đặt trong Chương Quyền con người (human rights) hay Quyền và tự do cơ bản của con người (fundamental human rights and freedoms). Bằng việc sử dụng

cụm từ “quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân”, thay cho cụm từ “quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân” vốn được sử dụng cho tên Chương ở tất cả các bản Hiến pháp trước đó, Hiến pháp năm 2013 đã chính thức nâng tầm chế định của Quyền con người trở thành một Chương, chứ không chỉ là một nội dung của Chương trong Hiến pháp. Hiến pháp 2013 cũng lần đầu tiên xóa bỏ ranh giới còn chưa rõ ràng và nhầm lẫn giữa khái niệm quyền con người và quyền công dân. Đồng thời, nó cũng ghi nhận việc mở rộng các chủ thể của quyền, khẳng định chủ thể rộng nhất của các quyền con người là mọi cá nhân, mọi người và tất cả mọi người đều xứng đáng được hưởng. Việc đổi tên Chương chế định về quyền con người, quyền nghĩa vụ của công dân trong Hiến pháp 2013 thể hiện nỗ lực và cam kết mạnh mẽ của Đảng và Nhà nước ta trong việc thực hiện các Công ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam là thành viên cũng như trước cộng đồng quốc tế. Quá trình hội nhập sâu rộng vào đời sống quốc tế, cùng với vị thế và trách nhiệm là một thành viên tích cực và ngày càng có vai trò quan trọng trong khu vực và trên trường quốc tế, luôn đặt ra cho Việt Nam cần phải nội luật hóa và thực thi đầy đủ những cam kết quốc tế, đặc biệt là về quyền con người. Hiến định các quyền con

\* TS. Phó Viện trưởng Viện Nghiên cứu Quyền con người, Học viện CTQG Hồ Chí Minh.

người và xem đó là tên Chương, có nghĩa là hiến định các quyền của tất cả mọi người, là sự thừa nhận rộng rãi các nguyên tắc nền tảng của Liên hợp quốc về quyền con người, đó là các quyền con người mang tính phổ quát và như nhau đối với tất cả mọi người; bình đẳng, không phân biệt đối xử; nguyên tắc pháp quyền...

*Thứ hai*, Chương quyền con người, quyền công dân được đưa lên Chương 2 trong Hiến pháp 2013, ngay sau Chương chế định về chế độ chính trị. Đây không chỉ đơn thuần là sự thay đổi về vị trí của các chương mang tính kỹ thuật lập hiến, mà phản ánh sự thay đổi về nhận thức lý luận, về tư duy lập hiến. Đó là, lần đầu tiên kể từ sau năm 1946 đến nay, vấn đề quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân được đặt đúng vị trí trang trọng vốn có của nó. Điều này phản ánh sự thay đổi về nhận thức và tư duy lý luận của Đảng ta cũng như tư duy lập hiến của Nhà nước ta trong việc xem quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân là những vấn đề then chốt của việc thiết kế bản Hiến pháp mới.

Đồng thời, chế định quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân được đặt trang trọng ngay tại Chương II của Hiến pháp là sự khẳng định và đề cao nguyên tắc chủ quyền tối cao thuộc về nhân dân, nguyên tắc nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân. Mục đích cuối cùng của một bản hiến pháp bất kỳ sau khi xác lập chế độ chính trị, các nguyên tắc cơ bản của việc tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước hay các thiết chế liên quan khác, đều là nhằm khẳng định và bảo đảm các quyền và tự do cơ bản của công dân và tất cả mọi người, đều nhằm bảo đảm hạnh phúc của nhân dân. Đặt chế định quyền con người ở Chương II cho thấy vị trí và tầm quan trọng đặc biệt của vấn đề quyền con người, quyền công dân - không chỉ như là mục tiêu của chế độ chính trị, nhà nước pháp quyền XHCN, mà còn là nguyên tắc nền tảng của việc thiết kế toàn bộ các chế định khác.

Hơn nữa, việc dịch chuyển từ Chương

V của Hiến pháp 1992 lên Chương II của Hiến pháp 2013 là sự ghi nhận của một thực tiễn đổi mới toàn diện, hội nhập sâu rộng và phát triển đất nước trong hơn hai thập kỷ vừa qua, đồng thời phản ánh xu hướng tiên bộ và phát triển. Hiến pháp của nhiều nước trên thế giới và và trong khu vực đều đặt Chương quyền con người ở vị trí trang trọng nhất, đó là ở Chương I hoặc Chương II. Vì vậy, việc đặt quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân ở Chương II, phản ánh một sự thay đổi về nhận thức lý luận và tư duy lập hiến của Đảng và Nhà nước ta.

*Thứ ba*, về sự mở rộng nội hàm, chủ thể của các quyền con người, chẳng hạn như, lần đầu tiên khái niệm hoàn chỉnh “quyền con người” được sử dụng vào tên Chương, cùng với tên “quyền và nghĩa vụ của công dân”. Các chủ thể thụ hưởng các quyền đều được mở rộng, từ việc chỉ thuộc về “công dân” đến “mọi người”, “nhóm” (đặc biệt là những nhóm dễ bị tổn thương), điều này hết sức quan trọng trong việc nội luật hóa các Công ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam là thành viên, phù hợp với xu hướng ngày càng tiến bộ, theo hướng hội nhập và phát triển. Trong các bản Hiến pháp trước đây, đặc biệt là Hiến pháp 1992, nội hàm của quyền con người chỉ chủ yếu dừng lại ở khái niệm chủ thể là “công dân”, mà không phải là “mọi người”. Điều này vô cùng quan trọng chế định về quyền con người. Bởi lẽ, Hiến pháp 2013 lần đầu tiên đã xác định chủ thể của các quyền con người là tất cả mọi người, chứ không chỉ là công dân. Như vậy, đã tránh được sự nhầm lẫn giữa quyền con người và quyền công dân thường mắc phải trong các bản Hiến pháp trước đó. Chẳng hạn, ngay Điều 50 của Hiến pháp 1992, khi đang thừa nhận nội hàm của các quyền con người theo nghĩa rộng, lại quy về và đồng nhất chúng với các quyền công dân (nghĩa là quy đồng chủ thể của quyền con người với chủ thể của quyền công dân): “Ở nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, các quyền con người về chính trị, dân sự,

kinh tế, văn hóa và xã hội được tôn trọng, thể hiện ở các quyền công dân và được quy định trong Hiến pháp và luật” (Hiến pháp 1992, Điều 50). Khắc phục cách quy đồng các quyền con người về các quyền công dân, Hiến pháp mới lần này đã phân biệt nội hàm của hai khái niệm này và chế định rất cụ thể chủ thể của quyền con người và chủ thể quyền công dân. Hơn nữa, Hiến pháp 2013 còn chế định những quyền và nghĩa vụ công dân cần phải có.

Cùng với việc hiến định các quyền mới, Hiến pháp 2013 còn sửa đổi, bổ sung hơn 30 điều khác trong Chương chế định về quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân. Những sự bổ sung và sửa đổi về các quy định này là một bước tiến mới trong việc hiến định các quyền và tự do cơ bản của công dân cùng với những thiết chế, cơ chế bảo đảm hiệu quả, đồng thời tăng cường việc thụ hưởng các quyền của công dân, nhất là thông qua các cơ chế thực hiện quyền dân chủ trực tiếp. Chẳng hạn, việc hiến định quyền tiếp cận thông tin (Điều 25) là một công cụ hữu hiệu để công dân thực hiện các quyền dân chủ trực tiếp của mình, bao gồm quyền tham gia vào quá trình hoạch định, thực thi và giám sát chính sách.

*Thứ tư*, khẳng định nhân phẩm là một quyền bất khả xâm phạm của mọi người. Hiến pháp 2013 đã lần đầu tiên khẳng định việc bảo vệ nhân phẩm như là một quyền bất khả xâm phạm của con người (tại Điều 20): “Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về thân thể [...] và nhân phẩm; không bị tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử nào khác xâm phạm thân thể, sức khỏe, xúc phạm danh dự, nhân phẩm”<sup>1</sup>. Như vậy, đây chính là việc thừa

nhận nhân phẩm là quyền bất khả xâm phạm của tất cả mọi người. Điều này cho thấy sự nhận thức mới của Đảng và Nhà nước ta trong việc tôn trọng và bảo vệ các quyền con người dựa trên quan điểm của Liên hợp quốc và các chuẩn mực quốc tế.

Nhân phẩm (human dignity) hay phẩm giá (dignity and values) là một giá trị cốt lõi, phổ quát và xuyên suốt của quyền con người. Hiến pháp của các nhà nước hiện đại, đặc biệt của các nước phát triển như Mỹ, Pháp, Đức... đều đặc biệt nhấn mạnh đến “nhân phẩm” như là một quyền bất khả xâm phạm và thiêng liêng của mỗi người. Chẳng hạn, Hiến pháp CHLB Đức (thông qua năm 1949, sửa đổi 2009) đặc biệt nhấn mạnh nhân phẩm ngay tại Điều 1 Chương đầu tiên (về các quyền cơ bản): “1. Nhân phẩm là bất khả xâm phạm. Tôn trọng và bảo vệ nhân phẩm là nghĩa vụ của tất cả các cơ quan nhà nước; 2. Nhân dân Đức thừa nhận các quyền bất khả xâm phạm và không thể chuyển nhượng như là nền tảng của mỗi cộng đồng người, của hòa bình và công lý trên thế giới”<sup>2</sup>. Điều 21 Chương 2 về “Quyền và Tự do cơ bản của Con người và Công dân” của Hiến pháp CHLB Nga (1993) cũng khẳng định rằng “1. Nhân phẩm được Nhà nước bảo vệ. Không có bất cứ lý do gì tước đi quyền này”<sup>3</sup>. Hiến pháp CHND Trung Hoa (2004) khẳng định “Nhân phẩm của mỗi công dân nước CHND Trung Hoa là bất khả xâm phạm. Lãng mạ, phỉ báng, buộc tội và kết tội sai trái đối với công dân bằng bất cứ phương tiện nào đều bị ngăn cấm” (Điều 38)<sup>4</sup>. Ngay trong chương đầu tiên, Hiến pháp Thái Lan (2007) cũng đã khẳng định “Nhân phẩm, quyền, tự do, bình đẳng của tất cả mọi người đều được bảo vệ”<sup>5</sup>.

1 Hiến pháp năm 2013, xem cơ sở dữ liệu luật (law database) tại: <http://www.vietlaw.gov.vn/LAWNET/>

2 German Constitution, [http://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000\\_.html](http://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000_.html)

3 The Constitution of the Russian Federal, <http://www.constitution.ru/en/10003000-03.htm>

4 The Constitution of the People's Republic of China: [http://english.gov.cn/2005-08/05/content\\_20813.htm](http://english.gov.cn/2005-08/05/content_20813.htm)

5 The Thai Constitution, <http://www.asianlii.org/th/legis/const/2007/1.html#C03>

Hiến pháp 2013 đã quy định chủ thể được bảo vệ về phẩm giá không chỉ dừng lại là công dân (như trong Hiến pháp 1992), mà là *các cá nhân nói chung*. Quyền con người xuất phát từ nhân phẩm của mỗi người và bảo vệ nhân phẩm là một trong những yêu cầu quan trọng của việc bảo vệ quyền con người, nó thuộc về tất cả mọi người. Điều này vô cùng ý nghĩa trong thực tiễn tôn trọng, bảo đảm các quyền con người cho tất cả mọi cá nhân và nhóm xã hội. Xét từ cơ sở lý luận và thực tiễn, từ kinh nghiệm quốc tế và khu vực, có thể khẳng định rằng, chế định bảo vệ nhân phẩm cho tất cả mọi người là một điểm quan trọng trong Hiến pháp năm 2013.

*Thứ năm*, Hiến pháp 2003 đã bổ sung một số quyền mới, phản ánh xu hướng hội nhập và phát triển của nước ta. Có 4 điều chế định về 4 quyền hoàn toàn mới so với Hiến pháp 1992, đồng thời hơn 30 điều khác đã được bổ sung, sửa đổi. Các quyền mới trong Hiến pháp năm 2013 là: quyền sống (Điều 19), quyền về văn hóa/quyền văn hóa (quyền nghiên cứu khoa học và sáng tạo văn học, nghệ thuật (Điều 40); quyền hưởng thụ văn hóa, tiếp cận các giá trị văn hóa, tham gia vào đời sống văn hóa, sử dụng các giá trị văn hóa (Điều 41); quyền về môi trường/quyền môi trường (quyền được sống trong môi trường trong lành) (Điều 43). Có thể nói, đây là một sự phát triển mạnh mẽ trong chế định về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân. Các quyền này đều bao phủ hai nhóm quyền cơ bản của hệ thống các văn kiện quốc tế về quyền con người mà Việt Nam là thành viên, đó là Công ước quốc tế về Các quyền dân sự - chính trị và Công ước quốc tế về Các quyền kinh tế - xã hội và văn hóa (đã được Đại hội đồng Liên hiệp quốc thông qua năm 1986, Việt Nam gia nhập năm 1982). Các quyền này đều vô cùng thiết yếu đối với sự tồn tại

và phát triển của mỗi người với tư cách là thành viên của cộng đồng nhân loại và với tư cách là cá nhân. Trong những quyền mới được chế định lần này, có thể nói việc hiến định quyền sống được xem là bước ghi nhận rõ rệt đối với những cam kết của Việt Nam trong việc tôn trọng và bảo vệ quyền được sống của tất cả mọi người, đặc biệt là việc bảo vệ quyền sống của các nhóm dễ bị tổn thương (như trẻ em, phụ nữ, người sống chung với HIV/AIDS, người khuyết tật...). Như Điều 19 của Hiến pháp khẳng định, “Mọi người có quyền sống. Tính mạng con người được pháp luật bảo hộ. Không ai bị tước đoạt tính mạng trái luật”. Con người không chỉ có nhu cầu và điều kiện để tồn tại, tức là quyền được sống, mà còn cần đến nhu cầu và điều kiện để phát triển, tức là quyền được làm người. Vì vậy, quyền được phát triển gắn liền với việc tiếp cận, thụ hưởng các giá trị vật chất và tinh thần, thành quả của quá trình phát triển, của tiến bộ khoa học và kỹ thuật. Phát triển con người, xét đến cùng chính là sự phát triển toàn diện về mọi mặt mà ở đó, sự hoàn thiện về nhân cách - văn hóa có ý nghĩa quyết định. Chính vì thế, chế định các quyền về văn hóa trong Hiến pháp giúp nâng cao chất lượng của cuộc sống và đích hướng tới của quá trình phát triển. Con người chỉ có thể tham gia vào quá trình sáng tạo ra các giá trị vật chất và tinh thần khi và chỉ khi họ được tiếp cận, được thụ hưởng các giá trị ấy. Hiến pháp 2013 đã mở rộng chủ thể của quyền về văn hóa, theo đó “mọi người có quyền nghiên cứu khoa học và công nghệ, sáng tạo văn học, nghệ thuật và thụ hưởng lợi ích từ các hoạt động đó” (Điều 40) và “mọi người có quyền hưởng thụ và tiếp cận các giá trị văn hóa, tham gia vào đời sống văn hóa, sử dụng các cơ sở văn hóa” (Điều 41)<sup>6</sup>.

Trong quá trình hiện đại hóa và công nghiệp hóa, đô thị hóa và phát triển đất

6 Hiến pháp năm 2013, xem cơ sở dữ liệu luật (law database) tại: <http://www.vietlaw.gov.vn/LAWNET/>

nước, có những thách thức vô cùng ghê gớm đe dọa đến sự sống, sức khỏe và sự phát triển của con người đó là tình trạng ô nhiễm môi trường (về đất, nguồn nước, không khí, tiếng ồn,...). Vì vậy, quyền sống và quyền phát triển của mỗi người không thể tách rời với quyền về môi trường. Thực tiễn trong hai thập kỷ đổi mới và hội nhập quốc tế ở nước ta cho thấy, sự suy thoái và ô nhiễm môi trường đã và đang là nguyên nhân trực tiếp của việc tước đi quyền sống, quyền sinh kế và quyền về sức khỏe của mọi người, nhất là những nhóm dễ bị tổn thương (người nghèo, phụ nữ, trẻ em, người già...). Vì vậy, Hiến pháp 2013 đã lần đầu tiên chế định quyền về môi trường, theo đó “mọi người có quyền được sống trong môi trường trong lành và có nghĩa vụ bảo vệ môi trường” (Điều 43)<sup>7</sup>. Quyền về môi trường là một loại quyền mới trong sự phát triển các thể hệ quyền con người cũng như hệ thống pháp luật quốc tế về quyền con người. Trên thế giới, cũng chưa phải nhiều quốc gia hiến định quyền về môi trường. Đây là một trong những sự phát triển rõ rệt và đáng chú ý nhất khi Việt Nam là một trong những quốc gia sớm hiến định quyền về môi trường.

*Thứ sáu*, một trong những sự phát triển quan trọng trong nhận thức lý luận và tư duy lập hiến là việc bổ sung nguyên tắc hiến định về việc giới hạn quyền hay khi nào quyền con người có thể bị hạn chế. Quyền con người là các giá trị thiêng liêng, vốn có của mỗi người và phải được pháp luật bảo vệ bằng các nguyên tắc pháp quyền, trong một xã hội tiến bộ, văn minh và dân chủ. Việt Nam là thành viên của hầu hết các Công ước quốc tế về Quyền con người quy định các quyền con người chỉ bị giới hạn bằng luật và trong những trường hợp thực sự cần thiết, vì an ninh và trật tự xã hội, vì

đạo đức và sức khỏe của cộng đồng, vì quyền và lợi ích của người khác<sup>8</sup>. Nguyên tắc này vô cùng quan trọng trong việc bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của công dân và của tất cả mọi người, là yêu cầu bắt buộc của một nhà nước pháp quyền, dân chủ và tiến bộ. Vì vậy, ngay tại điều đầu tiên (Điều 14 khoản 2) của Chương quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân trong Hiến pháp 2013 đã khẳng định: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”<sup>9</sup>. Ở đây, lần đầu tiên trong lịch sử lập hiến, cụm từ “theo quy định của pháp luật” đã được thay thế bằng cụm từ “theo quy định của luật”. Đây là bước phát triển hết sức đáng chú ý trong việc bảo vệ các quyền và tự do cơ bản của công dân. Như vậy, quyền con người và quyền công dân chỉ bị giới hạn theo quy định của luật, nghĩa là chỉ có Quốc hội mới có thẩm quyền giới hạn các quyền và tự do cơ bản của công dân. Điều này sẽ hạn chế và tránh được sự tùy tiện cắt xén, tước đi hay chối bỏ các quyền và tự do của công dân của các cơ quan nhà nước, nhất là của cơ quan hành pháp. Tất cả mọi sự giới hạn về quyền và tự do cơ bản của công dân kể từ nay trở đi cần phải được thông qua bằng luật. Bởi lẽ, chỉ có ở Quốc hội - cơ quan quyền lực đại diện cao nhất của nhân dân - mới có quyền quy định về những giới hạn, hạn chế đối với một số quyền và tự do của công dân.

Vì vậy, chế định này hoàn toàn phù hợp với xu hướng hội nhập và phát triển, phù hợp với các chuẩn mực của quyền con người quốc tế. Một điểm lưu ý quan trọng tại Điều này đó là các “quyền con người, quyền công

7 Hiến pháp năm 2013, xem cơ sở dữ liệu luật (law database) tại: <http://www.vietlaw.gov.vn/LAWNET/>

8 Điều 19 (3) của Công ước quyền dân sự chính trị năm 1966 của Liên hợp quốc, Việt Nam phê chuẩn năm 1982.

9 Hiến pháp năm 2013, xem cơ sở dữ liệu luật (law database) tại: <http://www.vietlaw.gov.vn/LAWNET/>.

dân chỉ bị giới hạn trong trường hợp cần thiết”. Đây là một tiến bộ rõ rệt, khẳng định nguyên tắc pháp quyền, tôn trọng và thực hiện nghiêm túc các quyền và tự do cơ bản của công dân. Hiến định việc “chỉ bị giới hạn trong trường hợp cần thiết...” nhằm hạn chế tối đa bất cứ sự lạm dụng hay tùy tiện nào tước đi hay hạn chế các quyền và tự do vốn có của mọi người bởi các cơ quan nhà nước.

*Thứ bảy*, Hiến pháp đã khẳng định việc tôn trọng các quyền và tự do của mỗi người phải trong mối quan hệ với việc tôn trọng quyền và tự do của người khác. Tức là, Hiến pháp đặc biệt nhấn mạnh đến nghĩa vụ, trách nhiệm của mỗi người với tư cách là thành viên của xã hội và tư cách là công dân của một Nhà nước - đó là nghĩa vụ tôn trọng quyền của người khác. Hiến định “nghĩa vụ tôn trọng quyền của người khác”, tức là “quyền được tôn trọng bởi người khác đối với các quyền và tự do của mình”, Hiến pháp khẳng định: “1. Mọi người có nghĩa vụ tôn trọng quyền của người khác; 2. Không được lợi dụng quyền con người, quyền công dân để xâm phạm lợi ích quốc gia, lợi ích dân tộc, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác” (Điều 16).

Nguyên tắc hiến định này, một mặt khẳng định sự thống nhất chặt chẽ giữa quyền và nghĩa vụ, mặt khác đặc biệt nhấn mạnh đến việc thực hiện quyền của người này không thể là sự chối bỏ, phủ nhận hay xâm phạm quyền của người khác.

*Thứ tám*, Hiến pháp 2013 đặc biệt nhấn mạnh đến vai trò của Nhà nước trong việc bảo đảm các quyền con người, nhất là các quyền về kinh tế, xã hội và văn hóa (như quyền được giáo dục, quyền về sức khỏe, quyền được hưởng trợ cấp xã hội...). Chẳng hạn, Hiến pháp khẳng định “Nhà nước tôn trọng và bảo hộ quyền tự do tín ngưỡng, tôn

giáo” (Điều 24); “Nhà nước, xã hội và gia đình tạo điều kiện để phụ nữ phát triển toàn diện, phát huy vai trò của mình trong xã hội” (Điều 26); “Nhà nước tạo điều kiện để công dân tham gia quản lý nhà nước và xã hội” (Điều 28); “Nhà nước bảo hộ hôn nhân và gia đình, bảo hộ quyền lợi của người mẹ và trẻ em” (Điều 36); trẻ em, thanh niên, người cao tuổi được Nhà nước chăm sóc, tạo điều kiện, bảo trợ (Điều 37)...<sup>10</sup>

Nhấn mạnh đến vai trò, trách nhiệm của Nhà nước trong việc bảo đảm quyền con người là hoàn toàn phù hợp với bản chất tốt đẹp của chế độ XHCN, theo đó Nhà nước luôn chăm lo đến con người, đến quyền và lợi ích hợp pháp của mỗi người, đến sự phát triển toàn diện của tất cả mọi người, và đặc biệt chịu trách nhiệm chính trong việc tôn trọng, thực thi và bảo đảm các quyền con người.

*Thứ chín*, Hiến pháp 2013 đã hiến định các thiết chế độc lập nhằm tăng cường các cơ chế thực hiện quyền con người. Chẳng hạn, Hiến pháp bổ sung hoàn toàn một chương mới trong thiết chế liên quan đến tăng cường việc thực hiện quyền tự do, dân chủ của công dân, đó là chương hiến định về Hội đồng Bầu cử quốc gia (Chương X) và bổ sung khả năng đề nghị cho việc hình thành cơ chế bảo hiến theo mô hình phù hợp (tại Chương XI).

Tăng cường các cơ chế thực hiện quyền, đặc biệt với mô hình Hội đồng Bầu cử quốc gia để bảo vệ các quyền về bầu cử, ứng cử, cũng như việc giám sát thực thi các quyền về dân sự - chính trị của công dân được hiệu quả sẽ giúp bảo đảm tốt hơn quá trình lựa chọn, tuyển chọn ứng viên, ứng cử, bầu cử... Quyền bầu cử, ứng cử là một quyền hiến định quan trọng trong hệ thống các quyền dân sự - chính trị. Thực hành quyền dân chủ của nhân dân trước hết thể hiện qua

10 Hiến pháp năm 2013, xem cơ sở dữ liệu luật (law database) tại: <http://www.vietlaw.gov.vn/LAWNET/>.

quá trình bầu cử. Vì vậy, Hội đồng Bầu cử quốc gia sẽ giúp tăng cường tính hiệu quả và thực chất của quyền chính trị của công dân, là điều kiện, tiền đề để thực hiện quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội của công dân.

Mặc dù Hiến pháp không hiến định Hội đồng Hiến pháp như Dự thảo trình trước Quốc hội để xem xét, tại Chương XI quy định về Hiệu lực của Hiến pháp và việc sửa đổi Hiến pháp, Điều 119 (khoản 2) khẳng định về cơ chế bảo vệ Hiến pháp sẽ do luật định. Điều này mở ra một khả năng thành lập một cơ chế bảo vệ Hiến pháp thông qua một luật mà không nhất thiết phải bắt buộc đưa vào thành một quy định hay chương riêng trong Hiến pháp. Như vậy, bảo vệ Hiến pháp thông qua luật đã được xác lập cơ sở pháp lý cao nhất, bằng một nguyên tắc Hiến định.

Những quyền hiến định có giá trị thiêng liêng, cao cả được xác lập trong Hiến pháp sẽ có ý nghĩa to lớn nếu như chúng được tôn trọng, bảo vệ và thực thi đầy đủ trong thực tiễn. Vì vậy, để Hiến pháp đi vào cuộc sống và trong quá trình thi hành Hiến pháp, cần chú trọng ưu tiên một số biện pháp sau:

- Một là, cần rà soát hệ thống pháp luật và chính sách hiện nay liên quan đến các quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân. Bao gồm việc sửa đổi, bổ sung một số Bộ luật, luật liên quan trực tiếp đến quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân, như: Bộ luật Hình sự, Bộ luật Tố tụng hình sự, Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng dân sự, Bộ luật Lao động, Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em, Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Tổ chức Chính phủ, Luật Tổ chức Tòa án nhân dân, Luật Tổ chức Viện Kiểm sát nhân dân, Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, Luật Bảo hiểm xã hội, Luật Nhà ở... Đồng thời, ban hành mới một số luật và văn bản quy phạm pháp luật, gồm: Luật Tổ chức chính quyền địa phương, Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân, Luật Tiếp cận thông tin,...

- Hai là, tăng cường trách nhiệm giải trình trong việc thi hành Hiến pháp của các cơ quan nhà nước, các tổ chức chính trị - xã hội và toàn xã hội. Trách nhiệm giải trình là một trong những nguyên tắc nền tảng của nhà nước pháp quyền và chế độ dân chủ. Trách nhiệm thi hành Hiến pháp và tôn trọng, bảo đảm và thực hiện quyền con người nói chung, trước hết thuộc về các cơ quan nhà nước và các cấp chính quyền (từ trung ương xuống địa phương). Vì vậy, cần tăng cường các cơ chế giải trình, tính chịu trách nhiệm trong việc thi hành Hiến pháp.

- Ba là, tăng cường vai trò và trách nhiệm của Quốc hội và đại biểu Quốc hội trong việc thực hiện chức năng giám sát tối cao của Quốc hội đối với việc thi hành Hiến pháp và thực hiện quyền con người.

- Bốn là, tăng cường vai trò giám sát của Hội đồng nhân dân các cấp đối với việc tổ chức, triển khai thi hành Hiến pháp ở địa phương. Đồng thời tăng cường sự tham gia của các tổ chức chính trị - xã hội, đặc biệt là Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức thành viên (Đoàn Thanh niên, Hội Phụ nữ, Hội Nông dân...), và các tổ chức xã hội, tổ chức cộng đồng, tự quản trong việc tham gia vào giám sát quá trình thi hành Hiến pháp và quá trình thực thi chính sách ở địa phương.

- Năm là, tăng cường giáo dục, phổ biến, tuyên truyền về những nội dung của Hiến pháp năm 2013, đặc biệt là các quy định về quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân, tới mọi tầng lớp nhân dân. Đặc biệt, cần chú trọng giáo dục về quyền con người và Hiến pháp, pháp luật nói chung cho đội ngũ cán bộ hoạch định, thực thi và giám sát chính sách, nhất là ở cơ sở. Đây là những chủ thể có trách nhiệm chính trong việc tôn trọng, bảo vệ và thực hiện quyền con người. Đồng thời, cần tăng cường giáo dục, phổ biến, tuyên truyền Hiến pháp và Chương chế định về quyền con người cho tất cả các chủ thể quyền (các cá nhân và nhóm xã hội) để mọi người nắm được và tôn trọng, thực hành theo Hiến pháp ■



# SỰ THAM GIA CỦA CÁC TỔ CHỨC XÃ HỘI TRONG QUY TRÌNH XÂY DỰNG PHÁP LUẬT

ĐINH NGỌC QUÝ\*

**X**ây dựng pháp luật là một quy trình phức tạp và phải bảo đảm tuân thủ các yêu cầu chặt chẽ khác nhau tùy thuộc vào thể chế và quan điểm của mỗi quốc gia, mỗi giai đoạn phát triển của lịch sử và những điều kiện kinh tế - xã hội thực tại. Tuy nhiên, dù quy trình nào hay thể chế nào thì các nguyên tắc nguyên nghĩa của pháp luật cũng phải được tôn trọng và nhằm thực hiện mục tiêu vì con người, hướng tới xây dựng một xã hội, một quốc gia phồn vinh và văn minh. Chính vì vậy, trong bối cảnh toàn cầu hóa, hội nhập kinh tế thế giới sâu rộng và xu hướng dân chủ hóa, minh bạch trong quản lý nhà nước hiện nay đã và đang đặt ra những yêu cầu mới, đòi hỏi các nhà lập pháp, các nhà hoạch định chính sách phải đổi mới nhiều hơn nữa không chỉ về nội dung của pháp luật, hệ thống pháp luật mà còn cả quy trình lập pháp để bảo đảm sự tham gia nhiều hơn của các chủ thể trong xã hội, huy động tối đa sáng kiến, trí tuệ của mọi công dân, tổ chức trong xã hội.

Quá trình đổi mới toàn diện hơn 30 năm qua ở nước ta đã đánh dấu những bước tiến vượt bậc trong các lĩnh vực phát triển kinh tế - xã hội, hoàn thiện hệ thống bộ máy quản lý nhà nước, phát huy dân chủ xã hội, từng bước cải cách quy trình lập pháp và hoàn thiện đáng kể hệ thống chính sách, pháp luật. Mặc dù vậy, để hướng tới một hệ thống

pháp luật hiện đại, hài hòa với hệ thống pháp luật quốc tế, nhiều vấn đề đang đặt ra trước những đòi hỏi ngày càng mạnh mẽ mang tính quy luật của phát triển thì việc cải cách quy trình hoạch định chính sách nói chung và quy trình lập pháp nói riêng vẫn cần có những nghiên cứu sâu hơn, hài hòa giữa các mục tiêu quản lý nhà nước với mục tiêu của cộng đồng, xã hội, bảo đảm xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN và phát huy, động viên tối đa sự phát triển các nguồn lực xã hội, duy trì trật tự xã hội phục vụ cho phát triển, tôn trọng quyền con người, quyền công dân.

Quyền tham gia xây dựng pháp luật là biểu hiện cụ thể của quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội. Trong điều kiện mở rộng dân chủ và xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân thì sự tham gia của tổ chức xã hội vào quá trình xây dựng pháp luật là một trong những điều kiện cần thiết để đảm bảo cho pháp luật phản ánh được ý chí, nguyện vọng của nhân dân. Sự tham gia của công dân, tổ chức xã hội vào quá trình xây dựng pháp luật cũng chính là cơ hội để tuyên truyền, phổ biến chính sách, pháp luật, hay nói khác đi đó cũng là quá trình để các bên hiểu nhau và vận động sự ủng hộ lẫn nhau trong việc thiết lập một cơ chế, khuôn khổ mang tính pháp lý chung đối với xã hội. Bên

\* Phó Vụ trưởng Vụ các vấn đề xã hội - Văn phòng Quốc hội

cạnh đó, với chức năng vốn có của các tổ chức xã hội, cũng như theo kinh nghiệm của nhiều nước, việc tham gia của tổ chức xã hội trong quá trình xây dựng pháp luật rõ ràng là một sự giám sát khách quan, hữu hiệu đối với các quá trình trong quy trình lập pháp và các bên tham gia lập pháp - điều này cũng thể hiện xu hướng tất yếu của xã hội dân chủ hiện đại dù ở bất kỳ thể chế nào.

### 1. Các quan điểm, định hướng về sự tham gia xây dựng pháp luật khá cởi mở, rộng rãi và rõ ràng song khi thể chế hóa thành các quy định pháp lý chưa hẳn đã đáp ứng nhu cầu thực tiễn

Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 thể hiện rõ quan điểm "...bảo đảm để nhân dân tích cực tham gia vào các hoạt động xây dựng pháp luật" và một trong các giải pháp quan trọng được nhấn mạnh vai trò của các đơn vị nghiên cứu, khuyến khích cơ chế thu hút "các hiệp hội, tổ chức kinh tế, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, các chuyên gia giỏi" tham gia hoạch định chính sách, pháp luật ở tất cả các quá trình lập pháp cũng như xác định cơ chế phân biện xã hội và tiếp thu ý kiến. Hiến pháp năm 2013 cũng đã quy định khá cụ thể nguyên tắc về quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội của công dân<sup>1</sup>.

Thực tiễn cho thấy, các tổ chức xã hội có vị trí, vai trò ngày càng quan trọng trong đời sống xã hội, đặc biệt trong việc tham gia

giải quyết các vấn đề xã hội cụ thể như xóa đói giảm nghèo, chăm sóc sức khỏe cộng đồng, bảo vệ môi trường, tham gia phòng ngừa và hạn chế tác động của biến đổi khí hậu, phòng chống bạo lực gia đình, bảo vệ quyền của phụ nữ, trẻ em... Vì vậy, việc tham gia xây dựng pháp luật của các tổ chức xã hội không chỉ là quyền mà còn là cơ hội để các tổ chức xã hội đóng góp nhiều hơn nữa cho cộng đồng và cho phát triển.

Bên cạnh đó, nhận thức đúng đắn về dân chủ là một trong những giá trị chung của nhân loại và tôn trọng quyền tự do, dân chủ của công dân đã và đang trở thành những điều kiện của nhiều Công ước, thỏa thuận, hiệp định khu vực và quốc tế, vì vậy trong quá trình hội nhập quốc tế hiện nay, Việt Nam cần tính đến các yếu tố này trong quá trình lập pháp với sự tham gia của các tổ chức xã hội như là những bằng chứng mạnh mẽ nhất thể hiện với cộng đồng quốc tế về những cam kết chính trị, pháp lý về vấn đề này<sup>2</sup>...

Điều 4 và Điều 35 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) 2008<sup>3</sup> quy định về việc tham gia góp ý kiến xây dựng VBQPPL dường như không đề cập một cách rõ ràng đến các tổ chức xã hội, nhưng cũng không khẳng định là không có bởi quy định hiện hành khá chung chung. Đối với các Hội, Nghị định số 45/2010/NĐ-CP ngày 21/4/2010 của Chính phủ quy định về tổ chức, hoạt động và quản lý Hội quy định, Hội có quyền tham gia ý kiến vào các

1 Điều 28 Hiến pháp: "1. Công dân có quyền tham gia quản lý Nhà nước và xã hội, tham gia thảo luận và kiến nghị với cơ quan nhà nước về các vấn đề của cơ sở, địa phương và cả nước. 2. Nhà nước tạo điều kiện để công dân tham gia quản lý Nhà nước và xã hội; công khai, minh bạch trong việc tiếp nhận, phản hồi ý kiến, kiến nghị của công dân".

2 Điều 25 của Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị nêu rõ: "Mọi công dân, không có bất kỳ sự phân biệt nào... và không có bất kỳ sự hạn chế bất hợp lý nào, đều có quyền và cơ hội để: a) Tham gia điều hành các công việc xã hội một cách trực tiếp hoặc thông qua những đại diện do họ tự do lựa chọn;..."

Điều 3 Chương VI của Hiệp định Thương mại Việt - Mỹ quy định: "Ở mức độ có thể, mỗi Bên cho phép Bên kia và công dân của Bên kia cơ hội đóng góp ý kiến vào việc xây dựng luật, quy định và thủ tục hành chính có tính áp dụng chung mà có thể ảnh hưởng đến việc tiến hành các hoạt động thương mại quy định trong Hiệp định này"

3 Điều 4 và 35 Luật Ban hành VBQPPL 2008:

"Điều 4. Tham gia góp ý kiến xây dựng VBQPPL

1. Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên, tổ chức khác, cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân và cá nhân có quyền tham gia góp ý kiến về dự thảo VBQPPL.

2. Trong quá trình xây dựng VBQPPL, cơ quan, tổ chức chủ trì soạn thảo và cơ quan, tổ chức hữu quan có trách nhiệm

VBQPPL có liên quan đến nội dung hoạt động của 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 Hội và lĩnh vực Hội hoạt động... (khoản 9 Điều 23).

Như vậy, cơ sở pháp lý chung về tham gia góp ý kiến, lấy ý kiến trong quá trình xây dựng pháp luật đã có nhiều điểm tiến bộ hơn so với trước đây. Thế nhưng, điểm hạn chế chính là việc quy định của pháp luật hiện hành mới mang tính chất nguyên tắc và hướng nhiều đến các tổ chức chính trị - xã hội, các tổ chức là thành viên của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, có vẻ như chưa lường hết hoặc không dự liệu được quá trình phát triển xã hội với nhiều loại hình đa dạng của các tổ chức xã hội độc lập cũng như các chủ thể khác.

Trên thực tế, kênh mà các Bộ, ngành và Chính phủ đang rất rộng mở cho toàn xã hội tham gia góp ý các dự thảo VBQPPL thông qua kênh chính thức là các Cổng thông tin điện tử. Thế nhưng, rất tiếc việc tham gia qua kênh này có thể coi là chưa thực sự thành công như mong muốn của các nhà quản lý, hoạch định chính sách và rộng hơn là các nhà lập pháp. Có không nhiều nếu như không muốn nói là chỉ có ít các ý kiến tham gia, phản hồi, góp ý đối với các dự thảo văn bản được đăng công khai ở Cổng thông tin điện tử chính thức của Chính phủ hay trang web Dự thảo online của Quốc hội

hay các Bộ, ngành (trừ trường hợp đối với hoạt động sửa đổi Hiến pháp 1992 vừa qua).

**2. Một số yêu cầu cơ bản của việc các tổ chức xã hội tham gia xây dựng pháp luật**

*Đối với việc các tổ chức xã hội tham gia xây dựng pháp luật, về yêu cầu chung, phải đề cập đến hai vấn đề:*

Một là, hệ thống chính trị, các thiết chế của hệ thống và thông qua bộ máy nhà nước phải vận hành để có thể tiếp nhận được, xử lý được thông tin về nhu cầu và đòi hỏi của xã hội nhằm sàng lọc và sử dụng hữu ích, phục vụ cho quá trình xây dựng pháp luật hướng tới mục tiêu chung là quản lý nhà nước, quản lý xã hội và vận hành chính bộ máy tốt hơn, hoàn thiện hơn phục vụ đất nước, phục vụ nhân dân.

Hai là, về khía cạnh quyền lực công thì quyền lực nhà nước phải bảo đảm tính thống nhất cao và phản ánh ý chí xã hội, của người dân với nhiều tầng lớp, giai cấp khác nhau nhưng cũng phải hài hòa được giữa các quy định pháp luật với thực tế xã hội và dư luận xã hội để duy trì sự ổn định, trật tự nhất định đáp ứng nhu cầu phát triển.

*Về các yêu cầu cụ thể:*

Một là, phải nhấn mạnh rằng, pháp luật về sự tham gia vào quá trình, quy trình xây dựng pháp luật của tổ chức xã hội là một bộ phận của hệ thống pháp luật Việt Nam, vì vậy phải đảm bảo những yêu cầu chung về nguyên tắc xây dựng pháp luật của bất kỳ

*tạo điều kiện để các cơ quan, tổ chức, đơn vị, cá nhân tham gia góp ý kiến về dự thảo văn bản; tổ chức lấy ý kiến của đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của văn bản.*

*3. Ý kiến tham gia về dự thảo VBQPPL phải được nghiên cứu, tiếp thu trong quá trình chỉnh lý dự thảo.*

*Điều 35. Lấy ý kiến đối với dự án luật, pháp lệnh, dự thảo nghị quyết*

*1. Trong quá trình soạn thảo dự án luật, pháp lệnh, dự thảo nghị quyết, cơ quan, tổ chức chủ trì soạn thảo phải lấy ý kiến cơ quan, tổ chức hữu quan và đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của văn bản; nêu những vấn đề cần xin ý kiến phù hợp với từng đối tượng lấy ý kiến và xác định cụ thể địa chỉ tiếp nhận ý kiến; đăng tải toàn văn dự thảo trên Trang thông tin điện tử của Chính phủ hoặc của cơ quan, tổ chức chủ trì soạn thảo trong thời gian ít nhất là sáu mươi ngày để các cơ quan, tổ chức, cá nhân góp ý kiến.*

*2. Việc lấy ý kiến có thể bằng hình thức lấy ý kiến trực tiếp, gửi dự thảo để góp ý, tổ chức hội thảo, thông qua Trang thông tin điện tử của Chính phủ, của cơ quan, tổ chức chủ trì soạn thảo hoặc các phương tiện thông tin đại chúng.*

*3. Cơ quan, tổ chức hữu quan có trách nhiệm góp ý kiến bằng văn bản về dự án, dự thảo; trong đó, Bộ Tài chính có trách nhiệm góp ý kiến về nguồn tài chính, Bộ Nội vụ có trách nhiệm góp ý kiến về nguồn nhân lực, Bộ Tài nguyên và môi trường có trách nhiệm góp ý kiến về tác động đối với môi trường, Bộ Ngoại giao có trách nhiệm góp ý kiến về sự tương thích với điều ước quốc tế có liên quan mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên.*

*4. Cơ quan, tổ chức chủ trì soạn thảo có trách nhiệm tổng hợp, nghiên cứu, tiếp thu các ý kiến góp ý."*

thể chế nhà nước nào và tôn trọng nguyên tắc cụ thể hóa Hiến pháp, thực thi các cam kết quốc tế về các quy định liên quan đến quyền tham gia xây dựng pháp luật của tổ chức xã hội. Bên cạnh đó, với đặc thù của Việt Nam việc bảo đảm thể chế hóa, cụ thể hóa các định hướng lớn của Đảng là điều tất yếu nhưng cũng cần có sự linh hoạt để không có cái nhìn tiêu cực với những đóng góp tạm được gọi là “trái chiều” để có được những phản biện thực sự đối với chính sách, pháp luật mà Nhà nước là người đóng vai trò dẫn dắt.

Hai là, hoàn thiện pháp luật về sự tham gia xây dựng pháp luật của các tổ chức xã hội phải tính đến các quy định của pháp luật hiện hành. Vì vậy, yêu cầu về sự kế thừa và phát triển, khắc phục những tồn tại, hạn chế của pháp luật hiện hành về sự tham gia xây dựng pháp luật của tổ chức xã hội đảm bảo hiện thực hóa toàn diện hơn quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội của nhân dân trên thực tế, đảm bảo dân chủ thực chất hướng tới những giá trị chung về quyền con người, xây dựng xã hội văn minh, nhà nước pháp quyền, không tách rời giữa quyền lợi với nghĩa vụ.

Ba là, phải tạo môi trường thuận lợi (pháp lý và xã hội) cho các tổ chức xã hội tham gia vào quá trình xây dựng pháp luật, với các bảo đảm rõ ràng, cụ thể hơn về địa vị pháp lý, về quyền của các chủ thể và với quy trình thuận lợi. Do đó, pháp luật phải xác lập cơ chế pháp lý đặc thù cho các tổ chức xã hội khi tham gia vào quá trình xây dựng pháp luật và coi đây là một kênh quan trọng trong quá trình tiếp thu, chỉnh lý, hoàn thiện các sáng kiến pháp luật cũng như các văn bản pháp luật thực định.

Bốn là, phải đảm bảo sự công khai, minh bạch, dễ dàng tiếp cận thông tin đối với các tổ chức xã hội khi tham gia xây dựng pháp luật. Điều này, đòi hỏi phía các cơ quan nhà nước phải thực hiện rất nhiều những đổi mới về phương thức quản trị, trong đó hướng tới đáp ứng yêu cầu tiếp cận thông tin của các chủ thể đa dạng trong xã hội.

Năm là, phải có quy định rõ ràng về sự hợp tác, trách nhiệm giải trình của các bên trong quá trình xây dựng, ban hành VBQPPL. Có như vậy mới tạo điều kiện để tất cả các bên tham gia có trách nhiệm, hiệu quả vào quá trình này.

Tất cả những yêu cầu mang tính nguyên tắc nói trên nếu được cân nhắc, chuyển hóa thành các quy định pháp luật hợp lý sẽ phát huy tính tích cực, chủ động, tự giác tham gia xây dựng pháp luật của các chủ thể nói chung và các tổ chức xã hội nói riêng - đây cũng là những đòi hỏi của chính các tổ chức xã hội qua thực tiễn nhiều năm của quá trình nhận thức và phát triển ở Việt Nam.

### **3. Một số kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định của pháp luật về sự tham gia xây dựng pháp luật của tổ chức xã hội**

#### **3.1. Về nhận thức**

*- Các tổ chức xã hội sẽ là một tồn tại khách quan trong quá trình phát triển*

Nếu không bàn về phương diện lý luận chủ thể, hay những khía cạnh không tích cực thì trong thực tế, dù các cơ quan quản lý nhà nước có cách nhìn thế nào đi nữa thì các tổ chức xã hội cũng đã hình thành, tồn tại và dần phát triển như một thực thể trong xã hội. Đồng thời, thực tế đã cho thấy các tổ chức xã hội cũng đã có những đóng góp nhất định vào quá trình phát triển ở các cấp độ khác nhau như cộng đồng, cấp cơ sở hay cho những nhóm dân cư nhất định. Mặt khác họ cũng phải chịu những sự điều chỉnh về mặt pháp lý hay quản lý nhà nước. Như vậy, cùng với xu hướng xã hội dân sự hiện nay ở nhiều quốc gia trên thế giới, Việt Nam cũng phải từng bước dự liệu về hành lang pháp lý đối với xu hướng phát triển khách quan của các tổ chức xã hội. Vấn đề đặt ra chính là vai trò dẫn dắt, quản lý của Nhà nước đối với các tổ chức này thông qua các cơ quan quản lý nhà nước bằng những công cụ quản lý nhất định.

Phát triển kinh tế thị trường định hướng XHCN sẽ có nhiều vấn đề nảy sinh và không phải tất cả mọi thứ có thể dự báo dễ dàng, song một thực tế cho thấy sự phát triển

đa dạng của các loại hình sở hữu, doanh nghiệp xã hội, NGOs và tổ chức xã hội, đa dạng xu hướng nhận thức và lý luận... sẽ tồn tại cùng với quá trình phát triển như một quy luật tất yếu.

- *Phản biện xã hội sẽ ngày càng đa dạng hơn*

Cùng với quá trình dân chủ hóa đời sống chính trị, pháp luật, minh bạch hóa quản lý nhà nước... và đã từng bước quy phạm hóa, luật hóa vai trò của phản biện xã hội, song hệ thống pháp luật hiện hành vẫn đang có những giới hạn nhất định với kênh phản biện xã hội thông qua việc quy định vai trò dẫn dắt phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc cũng như mở rộng sự tham gia của các tổ chức nghiên cứu khoa học vào quá trình hoạch định chính sách và quản lý nhà nước.

Đã đến lúc có cách nhìn xa hơn về vai trò của các chủ thể khi tham gia xây dựng pháp luật với tư cách là các kênh phản hồi ý kiến công chúng, hay nói khác đi đó là một trong những kênh tham vấn công chúng. Vấn đề đặt ra ở đây chính là kênh phản hồi ý kiến này có khách quan hay không? Để chứng minh điều này, không có cách nào khác là phải đòi hỏi cả hai phía: *thứ nhất*, các chủ thể trong đó có các tổ chức xã hội phải thực sự khách quan và không phụ thuộc các nhóm lợi ích; *thứ hai*, các cơ quan quản lý nhà nước sẽ giới hạn đến đâu trong hoạt động này của các tổ chức xã hội.

Xã hội mở và xu hướng dân chủ sẽ có những hạn chế là đề cao quyền cá nhân, song cũng có những mặt tích cực đó là sự tồn tại đa dạng của các chủ thể khác nhau và dẫn đến đa dạng ý kiến phản hồi đối với các chính sách, pháp luật của Nhà nước. Vì vậy, cần có những chuẩn bị sớm để ứng phó có trách nhiệm và đầy đủ với các nhu cầu thực tế của các chủ thể trong xã hội.

- *Xây dựng chính sách, pháp luật dựa trên bằng chứng khoa học và thực tiễn*

Điều này đã trở thành yêu cầu bắt buộc và ngày một đòi hỏi cao hơn, hoàn thiện hơn đối với các cơ quan quản lý nhà nước, các nhà hoạch định chính sách, đặc biệt đối với

yêu cầu xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền XHCN trong thời đại hội nhập và phát triển.

Các quy định hiện hành về các yêu cầu bảo đảm tính khách quan, khả thi của các dự án luật đã được cụ thể hóa thông qua việc đòi hỏi phải có đánh giá tác động kinh tế - xã hội, quy trình lấy ý kiến đối tượng bị điều chỉnh, công khai trước khi thông qua, sự tham gia của các chuyên gia, nhà khoa học trong Ban soạn thảo, Tổ biên tập các dự án luật. Tuy nhiên, quá trình thực thi còn nhiều bất cập, vướng mắc cần phải được điều chỉnh, hoàn thiện để hướng tới hiệu quả thực chất của các quy định này; các cơ quan soạn thảo cũng như cơ quan thẩm tra đã ngày càng mở rộng quá trình tham vấn công chúng, song do các lý do khách quan (nguồn lực, thời gian...) nên kết quả chưa được nhiều.

Mặc dù vậy, điều có ý nghĩa rất tích cực trong thời gian qua chính là vai trò của các cơ quan của Quốc hội (Ủy ban thường vụ Quốc hội, Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban chuyên môn) đã thực hiện quy trình này một cách hiệu quả hơn nhiều so với các cơ quan khác. Cụ thể là việc tham khảo ý kiến tư vấn của các tổ chức quốc tế (Liên hiệp quốc và các cơ quan của Liên hiệp quốc), lắng nghe ý kiến phản hồi của các tổ chức phi chính phủ trong nước và quốc tế, tổng hợp và tiếp thu ý kiến của các chuyên gia độc lập, nhà khoa học và người dân đối với các dự án luật ngày càng gia tăng, mở rộng và là một trong những kiểm chứng đáng kể, có trọng lượng đối với các nhà lập pháp.

### 3.2. Về pháp luật

Cho đến nay, phải thừa nhận rằng chưa có các quy định cụ thể, rõ ràng về việc tham gia xây dựng pháp luật của các tổ chức xã hội trong hệ thống pháp luật ở Việt Nam. Nói như vậy không có nghĩa là họ không tham gia trên thực tế mà bằng nhiều hình thức khác nhau, thông qua các diễn đàn khác nhau, các ý kiến của tổ chức xã hội vẫn được phản ánh đến các cơ quan quản lý nhà nước, các cơ quan chủ trì soạn thảo hay thẩm tra các dự án luật.

- *Bắt đầu từ đâu?*

Đây là câu hỏi khó, song có thể đơn giản hóa trước hết bằng chính quy trình xây dựng pháp luật. Điều này đòi hỏi sự nghiên cứu kỹ càng để đưa ra mô hình ổn định trong dài hạn về quy trình để xác định rõ các thứ tự khoa học và thực tế nhất phù hợp với các điều kiện của Việt Nam cả về phương diện kinh tế - xã hội và thể chế chính trị cũng như cách thức vận hành và quản lý của bộ máy nhà nước.

Chính vì vậy, để bắt đầu có lẽ phải đi từ chính sách, cụ thể hơn, trước khi xây dựng các luật cụ thể thì các quan điểm về chính sách phải được xác định rõ và bảo đảm sự thống nhất, nhất quán. Do đó, quá trình phân tích chính sách phải là một ưu tiên và phải là bước thứ nhất trong quy trình xây dựng pháp luật chứ không chỉ là các vấn đề mang tính quy trình pháp lý hay khả thi pháp luật thuần túy. Luật ban hành VBQPPL sửa đổi đang được soạn thảo đang đi theo xu hướng này.

- *Về Chương trình xây dựng pháp luật*

Có hai vấn đề lớn cụ thể: Thứ nhất, Quốc hội và các cơ quan của Quốc hội phải thực sự phát huy vai trò chủ động và là cơ quan “cầm trịch” trong xây dựng pháp luật - điều này không có nghĩa Quốc hội cứ phải là cơ quan chủ trì soạn thảo pháp luật hay trình luật mà phải thực sự định hướng được quá trình soạn thảo, đưa ra các yêu cầu cụ thể, nguyên tắc cụ thể của các dự án luật phải đạt được khi trình Quốc hội. Thứ hai, chương trình xây dựng pháp luật phải được xem xét lại trên cả hai khía cạnh, nên là ngắn hạn hay dài hạn và tính ưu tiên hay linh hoạt nên được quy định thế nào để Quốc hội không bị động và không chờ các Ban soạn thảo như thực tế hiện nay. Muốn như vậy, rõ ràng phải xem xét lại quy trình thẩm tra chương trình xây dựng pháp luật để bảo đảm

chặt chẽ và chi tiết như khi thẩm tra các dự án luật cụ thể chứ không thể mang tính chất nguyên tắc chung như hiện nay.

Cũng từ đòi hỏi đó, việc xây dựng, đề xuất và thông qua chương trình xây dựng pháp luật của Quốc hội hiện nay phải hướng tới sự đa dạng hơn về yêu cầu đáp ứng không chỉ quản lý nhà nước, quản lý xã hội mà phải cả yêu cầu, nhu cầu cần được, mong muốn được quản lý của các chủ thể trong xã hội. Ví dụ điển hình cho điều này thời gian qua chính là các vấn đề liên quan đến việc đòi hỏi xây dựng Luật về Hội, Luật về Biểu tình....

Cụ thể hơn, vai trò của Chính phủ và các cơ quan của Chính phủ trong việc xây dựng khung pháp luật để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước theo từng lĩnh vực cụ thể cần được quan tâm hơn. Cho đến nay, chưa có Bộ, ngành nào có được một chiến lược xây dựng hệ thống văn bản pháp luật của mình một cách cụ thể, rõ ràng, rằng để thực hiện được nhiệm vụ quản lý nhà nước được giao thì cần bao nhiêu luật, là những luật gì, những vấn đề gì không cần phải luật, những vấn đề gì bắt buộc phải có luật mới có thể thực hiện được.

Do đó, về lý thuyết cũng như thực tế, nếu chương trình xây dựng pháp luật được tổng hợp từ nhiều bên, được tham vấn công chúng rộng rãi hơn, có sự tham gia của các cá nhân, rõ ràng sẽ góp phần khắc phục được những hạn chế hiện nay.

- *Đơn giản hóa quy trình, thủ tục*

Theo quy định hiện hành<sup>4</sup>, các tổ chức xã hội có thể gửi kiến nghị xây dựng luật, pháp lệnh đến bộ, cơ quan ngang bộ quản lý ngành, lĩnh vực để xem xét đưa vào chuẩn bị đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh<sup>5</sup>. Còn thực tế xây dựng pháp luật cho đến nay, Quốc hội mới ghi nhận có hai Ủy ban chủ trì đề xuất, soạn thảo và trình dự án luật

4 Khoản 1 Điều 23 Luật Ban hành VBQPPL quy định: “Cơ quan, tổ chức, đại biểu Quốc hội có quyền trình dự án luật quy định tại Điều 87 của Hiến pháp gửi đề nghị xây dựng luật, pháp lệnh; đại biểu Quốc hội gửi kiến nghị về luật, pháp lệnh đến Ủy ban thường vụ Quốc hội”

5 Nghị định số 24/2009/NĐ-CP ngày 05/3/2009 của Chính phủ.

trước Quốc hội và thực tế từ hai dự án luật này cho thấy sự phức tạp, vất vả khi đảm đương vai trò này với hệ thống quy trình hiện nay<sup>6</sup>. Quy trình xây dựng pháp luật sẽ thay đổi, cải tiến thế nào để có thể thực hiện quyền trình các dự án luật của cá nhân đại biểu Quốc hội hay các cá nhân, tổ chức khác trong xã hội?

Điều này đòi hỏi phải có những quy định pháp lý để các cơ quan của Quốc hội có những quyền hạn và thực tế hơn, chuyên nghiệp thực sự, kèm theo điều kiện bảo đảm về huy động nguồn lực trong việc xây dựng mạng lưới các nhà khoa học, chuyên gia, các viện nghiên cứu và các tổ chức khác trong xã hội mới đủ cơ chế pháp lý và nguồn lực để đảm đương việc chủ động hơn trong xây dựng pháp luật thực định một cách thuận lợi. Đây sẽ là điều rất khó khăn vì đặc thù của mô hình Quốc hội không chuyên trách toàn bộ, song cũng là những vấn đề sẽ hướng tới trong tương lai.

*- Tham vấn công chúng và cung cấp bằng chứng*

Đây là quy trình nên được luật hóa cụ thể hơn trong quá trình xây dựng pháp luật, bao gồm cả quá trình soạn thảo trước khi chính thức trình Quốc hội lần đầu cũng như quá trình Quốc hội thẩm tra, cho ý kiến và tiếp thu, chỉnh lý các dự án luật trước khi thông qua.

Có thể các quy định chi tiết để tham vấn công chúng, cung cấp bằng chứng về các phân hồi của xã hội không quy định trong Luật ban hành VBQPPL, nhưng nên quy định nguyên tắc để sau đó có hướng dẫn kỹ thuật chi tiết trong tổ chức thực hiện và bảo đảm tính khả thi.

Tham gia vào quá trình này, để bảo đảm khách quan sẽ có nhiều sự lựa chọn trong đó có các đơn vị nghiên cứu (công và tư), các tổ chức, cá nhân trong xã hội và tổ chức xã hội là những lựa chọn khách quan. Việc lựa

chọn tư vấn chính sách, đánh giá tác động chính sách đã được thực hiện trên thực tế dưới nhiều hình thức khác nhau và cũng khá phổ biến ở Việt Nam, nhất là đối với các cơ quan, tổ chức của Liên hiệp quốc, các Bộ, ngành, vì vậy cần có những tổng kết đánh giá về vấn đề này để có thể chuyển hóa thành quy định pháp lý trong quá trình lập pháp, hoạch định chính sách.

*- Mở rộng sự tham gia của các cá nhân, tổ chức có uy tín vào Ban soạn thảo và Tổ biên tập các dự án Luật*

Quy định hiện hành đã bước đầu đáp ứng được yêu cầu về sự tham gia của các chuyên gia, nhà khoa học trong quá trình xây dựng pháp luật. Tuy nhiên, việc quy định này chỉ mang tính chất khung, định hướng và không bắt buộc, nhất là đối với Tổ biên tập chủ yếu phụ thuộc vào cơ quan chủ trì soạn thảo.

Vì vậy, nên sửa đổi để quy định bắt buộc có sự tham gia của các chuyên gia, nhà khoa học và đại diện các tổ chức có liên quan trực tiếp. Thậm chí, quy định một số tiêu chí, nguyên tắc để lựa chọn các chuyên gia, nhà khoa học, đại diện các tổ chức xã hội trong việc tham gia Ban soạn thảo và Tổ biên tập. Vì như vậy sẽ đáp ứng được yêu cầu về tính đại diện, yêu cầu về uy tín và đặc biệt, họ sẽ chính là những kênh chuyển tải ý kiến tập hợp của cộng đồng xã hội đến với các cơ quan soạn thảo pháp luật.

*- Trách nhiệm tổng hợp, tiếp thu và giải trình*

Quy định của pháp luật hiện hành trong việc lấy ý kiến đối với dự án Luật vẫn còn chung chung và thực tế thực hiện vẫn mang tính hình thức (công khai trên Website 60 ngày). Mặt khác, cách hiểu và áp dụng các quy định về việc lấy ý kiến tham gia vào dự án luật đối với đối tượng chịu sự điều chỉnh, cơ quan có liên quan cũng còn khác nhau và không thống nhất khi áp dụng vào các dự án

<sup>6</sup> Ủy ban Khoa học, công nghệ và Môi trường đối với dự án Luật Giao dịch điện tử và Ủy ban về Các vấn đề xã hội đối với dự án Luật Phòng, chống bạo lực gia đình

luật cụ thể. Thậm chí, người được lấy ý kiến, được tham vấn cũng không biết ý kiến của mình có được xem xét hay xử lý không?

Vì vậy, nên chăng việc sửa đổi sắp tới cần tính tới quy định bắt buộc có đánh giá về quá trình tham vấn công chúng rõ ràng hơn khi trình dự án luật, còn đối với các cơ quan thẩm tra của Quốc hội cũng phải nêu rõ ý kiến về việc tham vấn công chúng trong quá trình thẩm tra. Nếu chặt chẽ hơn, có thể quy định trong quá trình thẩm tra, ngoài việc lấy ý kiến của người dân, các cơ quan quản lý nhà nước có liên quan sẽ phải lấy ý kiến ít nhất bao nhiêu cuộc tham vấn công chúng, tham vấn cộng đồng, bao nhiêu tổ chức, cơ quan ngoài nhà nước, về dự án luật được thẩm tra...?

- *Tăng cường trách nhiệm của các bên*

Để đổi mới quy trình xây dựng pháp luật, nâng cao chất lượng, tính khả thi của pháp luật, ngoài những vấn đề mang tính kỹ

thuật hay pháp lý, còn vấn đề về con người và trách nhiệm của cá nhân, tổ chức tham gia trong quá trình xây dựng pháp luật, mà trước hết là những cá nhân, tổ chức trực tiếp tham gia, chủ trì. Do đó, tăng cường trách nhiệm của tất cả các bên và công tác đào tạo, chuẩn bị cho một đội ngũ chuyên nghiệp về xây dựng pháp luật là hết sức cần thiết. Điều này đòi hỏi bản thân các cơ quan quản lý nhà nước phải đi trước trong việc đổi mới công tác xây dựng pháp luật, tránh để tình trạng chạy theo và tụt hậu với thực tiễn xã hội. Đối với các tổ chức, cá nhân trong xã hội phải thực sự đổi mới và có nhận thức đúng đắn, khách quan về xây dựng pháp luật và trách nhiệm, nghĩa vụ tham gia vào quá trình này dưới nhiều hình thức khác nhau một cách khách quan, độc lập, thậm chí phải kiên trì và có kỹ năng trong công tác tuyên truyền, vận động chính sách để có những đóng góp hữu ích vào sự phát triển của cộng đồng, của quốc gia ■

## Hoàn thiện cơ chế...

(Tiếp theo trang 7)

- Cụ thể hóa các bảo đảm pháp lý trong thực hiện *các quyền mang tính kiểm soát quyền lực nhà nước* phù hợp với đặc thù của các giai cấp, tầng lớp xã hội về năng lực, trình độ, điều kiện sinh hoạt vật chất, môi trường, hoàn cảnh sống... Trong điều kiện hiện nay, khi mà những yếu tố đó có khoảng cách lớn và sự khác biệt giữa các giai cấp, tầng lớp xã hội thì việc cụ thể hóa các bảo đảm pháp lý nêu trên là hết sức cần thiết.

- Tăng cường năng lực giám sát và phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức xã hội, bảo đảm mục đích, tính chất, nguyên tắc, quyền và trách nhiệm của các chủ thể giám sát và phản biện xã hội, mà điều cần thiết hiện nay là cụ thể hóa, thể chế hóa Quyết định số 217-QĐ/TW ngày

12/12/2013 của Bộ Chính trị Ban chấp hành Trung ương Đảng (khóa XI) về việc ban hành Quy chế giám sát và phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các đoàn thể chính trị - xã hội sát hợp với từng cấp Mặt trận, từng đoàn thể chính trị - xã hội.

- Hoàn thiện hệ thống pháp luật liên quan đến *các quyền mang tính kiểm soát* và các bảo đảm pháp lý, chú ý đặc biệt đến việc đơn giản hóa thủ tục hành chính liên quan đến việc thực hiện; nghiên cứu và khẩn trương ban hành Luật Trưng cầu ý dân, Luật Biểu tình, Luật về Hội, Luật Tiếp cận thông tin, ban hành kịp thời các văn bản quy định chi tiết thực hiện Luật Tiếp dân khi Luật này có hiệu lực, đồng thời tiếp tục nghiên cứu bổ sung Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, Luật Công đoàn, pháp luật về dân chủ ở cơ sở phù hợp với tính đại diện xã hội trong kiểm soát quyền lực nhà nước của các tổ chức, thiết chế này ■



# CÁCH TIẾP CẬN CỦA PHÁP LUẬT CÁC NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ KHÁI NIỆM ĐIỀU KIỆN THƯƠNG MẠI CHUNG

NGUYỄN THỊ HẰNG NGA\*

## 1. Nguồn gốc kinh tế của việc hình thành điều kiện thương mại chung

Theo nghiên cứu của nhiều nhà khoa học<sup>1</sup>, điều kiện thương mại chung xuất hiện ở thời kỳ công nghiệp hóa vào thế kỷ 19 ở châu Âu, kéo theo việc sản xuất hàng hóa và cung cấp dịch vụ đại trà làm thay đổi một cách căn bản nền kinh tế và xã hội châu Âu thời kỳ đó. Thuật ngữ *điều kiện thương mại chung* (ĐKTMC) còn có nhiều tên gọi khác nhau tùy thuộc vào điều kiện lịch sử - xã hội và cách tiếp cận khác nhau của hệ thống pháp luật các nước.

Sự xuất hiện của nền sản xuất và cung cấp hàng hóa đại trà (mass production) với các giao dịch thương mại được lặp đi lặp lại đã làm cho các nhà cung cấp loại bỏ các rủi ro trong quá trình kinh doanh bằng việc tự đúc rút kinh nghiệm của những lần giao dịch lặp lại đó. Lúc này các ĐKTMC được khoác tên “hợp đồng mẫu”, tiếng Anh gọi là “mass standardised contract” hoặc “standard form contract”<sup>2</sup>.

Việc cung cấp hàng hóa, dịch vụ độc quyền (một cách tự nhiên hoặc có chủ ý) hoặc sự sao chép một cách đồng loạt các điều kiện thương mại giữa các nhà cung cấp cùng sản phẩm, hàng hóa buộc người mua phải ở thế “take it or leave it” (buộc phải đồng ý vì không còn sự lựa chọn nào khác). Thuật ngữ Adhesion Contract (còn có tên gọi khác là “Boilerplate Contract” - hợp đồng gia nhập) là khái niệm của quan hệ hợp đồng mà một bên chỉ ở thế “take it or leave it”. Khái niệm “hợp đồng gia nhập” có nguồn gốc từ hệ thống pháp luật dân sự của Pháp và không được ghi nhận trong hệ thống xét xử của Mỹ cho đến khi xuất hiện bài viết của Patterson “Sự thực hiện các chính sách bảo hiểm nhân thọ” vào năm 1919, đăng trên Tạp chí Luật của Đại học Harvard số 33, trang 198 và 222<sup>3</sup>. Sau đó, cùng với sự chấp nhận của Toà án tối cao California về những phân tích của luật sư đối với tính “gia nhập bắt buộc” của các hợp đồng bảo hiểm, dành phần thắng cho nguyên

\* ThS. Trưởng phòng Đào tạo, Học viện Tư pháp.

1 Friedrich (Đại học Yale, Mỹ), Pattenson (Đại học Havard, Mỹ), PGS.TS. Nguyễn Như Phát (Việt Nam).

2 Friedrich (1943), *Contract of Adhesion, - Some Thought about Freedom of*, Law Review, Columbia University, Volum 43.

3 Friedrich, tldd.

đơn Steven trong vụ khởi kiện Công ty Fidelity & Casualty Co (năm 1962), khái niệm “hợp đồng gia nhập” được trở nên phổ biến trong thực tiễn xét xử của các Tòa án Mỹ. Từ đó, Patterson được ghi nhận là người đầu tiên đưa khái niệm “hợp đồng gia nhập” trở thành thuật ngữ pháp lý ở Mỹ<sup>4</sup>.

Cùng với việc phát triển của nền sản xuất công nghiệp tiêu dùng, hàng loạt các giao dịch với người tiêu dùng được thiết lập theo các tiêu chuẩn thương mại được nhà sản xuất áp dụng chung cho người tiêu dùng. Sự thờ ơ của đa số người tiêu dùng đối với nội dung hợp đồng mẫu, kết hợp với kinh nghiệm tích lũy được trong quá trình kinh doanh, tạo điều kiện hình thành một cách tự nhiên, ở người bán hàng và người cung ứng dịch vụ chuyên nghiệp ý tưởng hoàn thiện hợp đồng theo hướng chỉ có lợi cho mình. Hợp đồng mẫu trong lĩnh vực tiêu dùng (hoặc hợp đồng tiêu dùng “consumer contract”) nhanh chóng trở thành miếng đất màu mỡ cho sự phát triển những giao ước không bình đẳng và người ở thế yếu là người tiêu dùng. Các thoả thuận không bình đẳng trong hợp đồng mẫu được pháp luật của các nước tiên tiến gọi là các điều khoản lạm dụng. Đó là những điều khoản do người bán hàng, cung cấp dịch vụ chủ động đề xuất, tạo ra tình trạng mất cân đối không bình thường về quyền và nghĩa vụ của các bên, được xuất hiện phổ biến với thuật ngữ là “unfair terms”.

Cùng với việc phát triển của nền sản xuất công nghiệp tiêu dùng, hàng loạt các giao dịch với người tiêu dùng được thiết lập theo các tiêu chuẩn thương mại được nhà sản xuất áp dụng chung cho người tiêu dùng, dẫn đến sự hình thành khái niệm “unfair terms” (điều khoản bất bình đẳng<sup>5</sup>) trong các “consumer contract” (hợp đồng tiêu dùng).

Thuật ngữ “unfair terms” được sử dụng phổ biến nhất hiện nay khi nền kinh tế thị trường phát triển mạnh mẽ, dẫn đến nguy cơ xâm hại quyền lợi người tiêu dùng càng cao và cũng vì lẽ đó, pháp luật của các quốc gia đều tiếp cận bảo vệ người tiêu dùng trước các điều kiện hợp đồng lạm dụng. Điều này dễ dẫn đến sự nhầm lẫn khái niệm ĐKTMC và các điều khoản lạm dụng trong các hợp đồng tiêu dùng là một. Thực chất các điều khoản trong các hợp đồng tiêu dùng được ấn định và soạn sẵn chỉ là biểu hiện điển hình, phổ biến nhất của các ĐKTMC.

### 2. Điều kiện thương mại chung: cách tiếp cận của pháp luật một số nước và pháp luật Việt Nam

Cộng hoà Liên bang (CHLB) Đức là nước duy nhất ban hành văn bản pháp luật riêng biệt để điều chỉnh về ĐKTMC, là *Luật về các ĐKTMC* (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, viết tắt là AGB-Gesetz) năm 1976, được sửa đổi, bổ sung năm 1996. Năm 2002, theo chủ trương nhất thể hóa pháp luật về các giao dịch dân sự, văn bản này được nhập chung vào Bộ luật Dân sự (BLDS) CHLB Đức (Bürgerliches Gesetzbuch, viết tắt là BGB). Bộ luật này cũng đã nội luật hóa nhiều điều ước quốc tế mà CHLB Đức tham gia, trong đó có Chỉ thị số 93/13/EWG về các điều khoản lạm dụng trong các hợp đồng tiêu dùng.

Điều kiện thương mại chung được hiểu là những nội dung có tính tiêu chuẩn, ổn định trong hợp đồng, được doanh nghiệp sử dụng chung cho các khách hàng khác nhau đối với cùng một loại giao dịch mà các khách hàng không thể sửa đổi nội dung đó. Điều kiện thương mại chung có thể do một hoặc nhiều chủ thể cùng nhau xây dựng

4 Friedrich, *tlđđ*.

5 Có cách dịch khác là “điều khoản bất bình đẳng”, nhưng theo chúng tôi, dịch là “điều khoản lạm dụng” chính xác hơn.

nhằm đảm bảo tính thống nhất về hiệu lực chung khi ký kết các hợp đồng trong cùng một lĩnh vực kinh doanh nào đó. Dưới góc độ pháp lý, các điều kiện thương mại chung khi được sử dụng trong giao kết hợp đồng, có tính chuẩn hóa, tính “mẫu” để được sử dụng chung, sử dụng lặp đi lặp lại nhiều lần nên được đặt tên là “standard business terms” (Điều 305 Bộ luật Dân sự Đức).

Theo Điều 305 BGB, ĐKTMC “là tất cả các điều khoản hợp đồng được soạn thảo trước và được sử dụng ít nhất trong hai hợp đồng trở lên, do một bên - được gọi là bên phát hành (issuer) đưa ra và phía bên kia chỉ tham gia hợp đồng”. Định nghĩa này cho thấy không có sự phân biệt ĐKTMC với tư cách là các điều khoản mẫu trong hợp đồng tiêu dùng với các điều khoản trong các hợp đồng mẫu khác như cách tiếp cận của pháp luật các nước, trong đó có Việt Nam.

Cũng theo quy định của Điều 305 (mục a) BGB, để các điều khoản, điều kiện hợp đồng được coi là ĐKTMC, phải thoả mãn các điều kiện sau:

i) Phải được soạn thảo sẵn bởi một bên để sử dụng nhiều lần (ít nhất là 2 lần). Những hợp đồng với các điều khoản được soạn thảo sẵn nhưng chỉ để sử dụng một lần thì không được coi là các ĐKTMC hay các điều khoản của hợp đồng mẫu và không là đối tượng điều chỉnh của AGB;

ii) ĐKTMC không nhất thiết là toàn bộ các điều khoản trong hợp đồng mà có thể là một phần của hợp đồng dưới dạng một phần các điều khoản trong chính hợp đồng hoặc dưới dạng các tài liệu kèm theo hợp đồng hoặc thậm chí dưới dạng các thông báo hoặc bản khai báo thông tin thể hiện sự chấp thuận của một bên ở những bản điện thông tin trước khi lập hợp đồng nhưng phải được thông báo cho bên trong quan hệ hợp đồng;

iii) Các điều kiện hợp đồng phải do một

bên áp đặt, phía bên kia hầu như không có cơ hội để sửa đổi và phải chấp thuận để tham gia giao dịch.

Như vậy, các tiêu chí của ĐKTMC là: i/phải được soạn sẵn (pre-formulated); ii/được sử dụng nhiều lần; iii/một bên không có cơ hội hoặc hầu như có rất ít cơ hội để được đàm phán, thương lượng các điều khoản này. Hay nói cách khác, tính chất quan trọng nhất của các ĐKTMC đó là tính hạn chế nguyên tắc tự do khế ước. Tuy nhiên, theo cách quy định của CHLB Đức, trong trường hợp các điều kiện hợp đồng mẫu được sử dụng lặp đi lặp lại nhiều lần (từ hai lần trở lên) đối với cùng một chủ thể có được coi là ĐKTMC hay không thì dường như câu trả lời chưa thực sự rõ ràng. Thực tiễn xét xử của Toà án Đức cho thấy, các điều khoản hợp đồng được soạn thảo sẵn, sử dụng ba lần trở lên, thậm chí với cùng một chủ thể thì vẫn được coi là các ĐKTMC và thuộc phạm vi điều chỉnh của AGB trước đây và BGB hiện nay<sup>6</sup>.

Các ĐKTMC không nhất thiết phải được đưa cho khách hàng đọc trước khi giao kết hợp đồng mà đôi khi chỉ là những chính sách thương mại của doanh nghiệp mà khách hàng buộc phải tìm hiểu vì doanh nghiệp đã niêm yết công khai tại địa điểm giao dịch hoặc có thể được đại diện, nhân viên, cán bộ của doanh nghiệp cung cấp thông tin có liên quan. Còn hợp đồng gia nhập, hợp đồng mẫu hay hợp đồng tiêu dùng... là những hình thức, cách biểu hiện ra bên ngoài của các ĐKTMC, chứa đựng một phần các ĐKTMC. Vì vậy, sự đồng nhất ĐKTMC với hợp đồng mẫu hay hợp đồng gia nhập hoặc hợp đồng tiêu dùng là không chính xác. Và dù xuất hiện ở bối cảnh nào, với những tên gọi, thuật ngữ nào, việc hình thành các ĐKTMC hoàn toàn là tất yếu khách quan trong nền kinh tế phát triển và

6 Friedrich, *tlđđ*.

đặc điểm cơ bản của tất cả các ĐKTMC đó là sự hạn chế quyền tự do khế ước.

Ở Việt Nam, định nghĩa về ĐKTMC lần đầu tiên được đưa ra bởi PGS, TS. Nguyễn Như Phát trong bài: “ĐKTMC và nguyên tắc tự do khế ước”. Theo đó, ĐKTMC “được hiểu là tất cả những điều kiện hợp đồng, quy tắc bán hàng được soạn trước bởi một bên trong quan hệ hợp đồng và được sử dụng trong khi ký kết hợp đồng với nhiều khách hàng khác nhau”. Tiếp cận ở góc độ của pháp luật về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (BVQLNTD), khoản 6 Điều 2 Luật BVQLNTD định nghĩa: “Điều kiện giao dịch chung là những quy định, quy tắc bán hàng, cung ứng dịch vụ do tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ công bố và áp dụng đối với người tiêu dùng”.

Luật BVQLNTD không gọi là ĐKTMC mà gọi nó là “điều kiện giao dịch chung” với ý nghĩa là các điều khoản, điều kiện hợp đồng trong các giao dịch với người tiêu dùng. Vì vậy, dễ dẫn đến sự nhầm lẫn ĐKTMC chỉ là các quy định, quy tắc bán hàng, cung ứng dịch vụ do tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ công bố và được áp dụng đối với người tiêu dùng.

Bên cạnh khái niệm *điều kiện giao dịch chung* của Luật BVQLNTD, ở Việt Nam còn xuất hiện khái niệm *hợp đồng theo mẫu* trong BLDS 2005 và khái niệm *hợp đồng theo mẫu* trong Luật BVQLNTD với hai cách định nghĩa khác nhau. Theo quy định tại Điều 407 BLDS 2005 thì: “Hợp đồng theo mẫu là hợp đồng gồm những điều khoản do một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý; nếu bên được đề nghị trả lời chấp nhận thì coi như chấp nhận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu mà bên đề nghị đã đưa ra”. Định nghĩa này của Điều 407 BLDS 2005 cũng cho thấy sự không rõ ràng giữa chế định hợp đồng theo mẫu và ĐKTMC, bởi hợp đồng theo mẫu có thể chỉ là hợp đồng với những điều khoản được một bên soạn sẵn và không

nhất thiết được sử dụng nhiều lần. Bên cạnh đó, Luật BVQLNTD lại định nghĩa: “Hợp đồng theo mẫu là hợp đồng do tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ soạn thảo để giao dịch với người tiêu dùng” cũng cho thấy cách tiếp cận khác với hợp đồng theo mẫu của BLDS 2005 bởi theo đó, hợp đồng mẫu là những hợp đồng được soạn thảo sẵn để áp dụng với một bên là người tiêu dùng. Như vậy, cùng là khái niệm “hợp đồng mẫu”, chúng ta có hợp đồng mẫu trong các giao dịch dân sự và hợp đồng mẫu trong lĩnh vực tiêu dùng mà bản chất cũng là một dạng giao dịch dân sự. Điều này cho thấy sự tồn tại của khái niệm hợp đồng mẫu trong Luật BVQLNTD là không cần thiết.

Có thể nói, việc tồn tại song song khái niệm “điều kiện giao dịch chung” trong Luật BVQLNTD và các khái niệm “hợp đồng theo mẫu” nêu trên làm cho cách tiếp cận của pháp luật Việt Nam về khái niệm ĐKTMC trở nên không rõ ràng và dường như thiếu nhất quán trong cách hiểu về bản chất của các ĐKTMC.

Định nghĩa của PGS, TS. Nguyễn Như Phát và định nghĩa của các nhà làm luật Việt Nam về các quy tắc, ĐKTMC cũng cho thấy cách tiếp cận khác nhau. Trong định nghĩa của PGS, TS. Nguyễn Như Phát, các ĐKTMC được các nhà cung cấp sản phẩm, dịch vụ áp đặt cho tất cả các khách hàng với tư cách là bên kia của quan hệ hợp đồng, không nhất thiết bên này phải là người mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ cho mục đích tiêu dùng, sinh hoạt của cá nhân, gia đình, tổ chức theo quy định của Luật BVQLNTD.

Mặt khác, xung quanh khái niệm “người tiêu dùng” cũng đã cho thấy cách tiếp cận theo hai xu hướng khác nhau. Điều này dẫn đến cách hiểu về các điều kiện, quy tắc thương mại trong các hợp đồng tiêu dùng cũng đã có sự khác nhau.

Xu hướng thứ nhất cho rằng, “người tiêu dùng” chỉ là các thể nhân (cá nhân) mua sắm hàng hóa, sử dụng dịch vụ không mang

mục đích kinh doanh, thương mại. Xu hướng thứ hai cho rằng, “người tiêu dùng” không chỉ là các cá nhân mà còn bao hàm cả các tổ chức.

Có thể khẳng định rằng, xu hướng thứ nhất là phổ biến, mang tính thông lệ trong pháp luật bảo vệ người tiêu dùng ở các quốc gia trên thế giới (nhất là các quốc gia phát triển và các quốc gia thuộc khu vực ASEAN). Qua nghiên cứu, chúng tôi nhận thấy khái niệm người tiêu dùng không được giải thích một cách rõ ràng trong Bản hướng dẫn của Liên hợp quốc về bảo vệ người tiêu dùng ban hành từ năm 1985 và đã được hiệu chỉnh vào năm 1999. Tuy nhiên, theo bản hướng dẫn này, người tiêu dùng được hưởng tám quyền sau đây: (1) quyền được thỏa mãn những nhu cầu cơ bản, (2) quyền được an toàn, (3) quyền được thông tin, (4) quyền được lựa chọn, (5) quyền được lắng nghe, (6) quyền được khiếu nại và bồi thường, (7) quyền được giáo dục, đào tạo về tiêu dùng, (8) quyền được có môi trường sống lành mạnh và bền vững<sup>7</sup>. Vì vậy, theo phương pháp suy đoán, chỉ cá nhân mới là chủ thể có đầy đủ tư cách để thụ hưởng các quyền này. Nói cách khác, tám quyền này không thể trao trọn vẹn cho chủ thể là tổ chức. Điều này cũng có nghĩa rằng, trong quan niệm của Bản hướng dẫn vừa nêu, người tiêu dùng chỉ được hiểu là cá nhân người tiêu dùng. Luật về BVQLNTD của Trung Quốc năm 1993 tuy không có điều khoản riêng giải thích khái niệm người tiêu dùng, nhưng tại Điều 2 Luật này có quy định: “Trường hợp người tiêu dùng, vì nhu cầu cuộc sống, mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ thì các quyền và lợi ích hợp pháp của mình sẽ được bảo vệ theo quy định của Luật này và trường hợp Luật này không quy định

thì sẽ được bảo vệ theo các quy định khác có liên quan của pháp luật”<sup>8</sup>. Điều luật này đã chỉ rõ, người tiêu dùng theo quan niệm của pháp luật Trung Quốc chỉ là cá nhân (mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ vì nhu cầu sinh hoạt của mình chứ không phải vì mục đích kinh doanh hoặc hoạt động nghề nghiệp). Hoa Kỳ tuy không có một đạo luật chung thống nhất về bảo vệ người tiêu dùng mà trong đó, khái niệm người tiêu dùng được giải thích rõ ràng, nhưng theo các chuyên gia pháp luật của Hoa Kỳ, khái niệm người tiêu dùng chỉ được quan niệm là cá nhân người tiêu dùng. Cụ thể, “người tiêu dùng là cá nhân tham gia giao dịch với mục đích chủ yếu vì nhu cầu cá nhân hoặc sinh hoạt hộ gia đình”<sup>9</sup>. Tương tự, luật của Canada cũng quy định theo hướng người tiêu dùng là cá nhân. Chẳng hạn, Luật Bảo vệ người tiêu dùng của bang Quebec (Điều 1(e) giải thích rõ: “Người tiêu dùng là tự nhiên nhân (cá nhân) nhưng không phải là thương nhân mua sắm hàng hóa, dịch vụ cho mục đích kinh doanh của mình”<sup>10</sup>. Luật về Bảo vệ người tiêu dùng và các hành vi kinh doanh của bang British Columbia cũng quy định rõ tại Điều 1: “Người tiêu dùng là tự nhiên nhân (cá nhân) tham gia giao dịch tiêu dùng”... tức là tham gia giao dịch mua sắm hàng hóa, dịch vụ với mục đích chủ yếu phục vụ nhu cầu cá nhân hoặc nhu cầu sinh hoạt gia đình”<sup>11</sup>. Luật của Liên minh châu Âu (EU) cho thấy trước đây, khi chưa có giải thích rõ ràng, đã từng có vụ tranh chấp vào năm 1991 trong đó các đương sự đề nghị Tòa Công lý châu Âu (European Court of Justice) giải thích khái niệm người tiêu dùng bao gồm cả các doanh nghiệp khi mua sản phẩm, dịch vụ không nhằm mục đích hoạt động kinh doanh, tuy nhiên, Tòa Công lý

7 Cục Quản lý cạnh tranh (2006), *Sổ tay công tác bảo vệ người tiêu dùng*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 33.

8 <http://www.lehmanlaw.com/resource-centre/laws-and-regulations/consumer-protection/law-of-the-peoples-republic-of-china-on-protection-of-the-rights-and-interests-of-the-consumers-1994.html>.

9 Michael L. Rustad, *Everyday Law for Consumers* (Paradigm Publishers, 2007) at 2.

châu Âu đã bác bỏ đề nghị này và cho rằng, người tiêu dùng chỉ được hiểu là các cá nhân người tiêu dùng, không bao gồm các chủ thể khác<sup>12</sup>. Khái niệm người tiêu dùng trong các văn bản pháp luật về bảo vệ người tiêu dùng của Liên minh châu Âu đã được giải thích trong Chỉ thị số 1999/44/EC ngày 25/5/1999 về việc mua bán hàng hóa tiêu dùng và các bảo đảm có liên quan (Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees). Chỉ thị này giải thích: “Người tiêu dùng là bất cứ tự nhiên nhân (tức là cá nhân) nào... tham gia vào các hợp đồng điều chỉnh trong Chỉ thị này... vì mục đích không liên quan tới hoạt động kinh doanh hoặc nghề nghiệp của mình”<sup>13</sup>. Xu hướng quan niệm người tiêu dùng chỉ là cá nhân, không bao gồm các tổ chức, còn có ở các nước khác như: Pháp, Đức, Nhật, Indonesia, Philippines, Thái Lan...

Xu hướng thứ hai có quy định người tiêu dùng bao gồm cả tổ chức, chẳng hạn như Ấn Độ, Đài Loan, Hàn Quốc. Điều 2 (1d) và 2 (1m)<sup>14</sup> Luật Bảo vệ người tiêu dùng Ấn Độ năm 1986 quy định như sau: Điều 2 (1d): “Người tiêu dùng là bất cứ người nào mua... hàng hóa... mà không có mục đích để bán lại hoặc vì mục đích thương mại khác”. Điều 2 (1m) giải thích chữ “người” (nhân) ở đây được hiểu bao gồm: hãng (doanh nghiệp), cá nhân, hộ gia đình, hợp tác xã, tổ chức xã hội.

Điều 2 Luật BVQLNTD Việt Nam quan niệm “người tiêu dùng” là các cá nhân và tổ

chức mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ cho mục đích tiêu dùng. Giải thích cho việc quan niệm như vậy, các nhà làm luật cho rằng, người tiêu dùng là người luôn đứng ở vị trí yếu thế. Vị trí yếu thế ngoài vấn đề tài chính còn là sự mất cân bằng về thông tin, tính chuyên nghiệp nên việc bảo vệ các tổ chức với tư cách là người tiêu dùng là cần thiết<sup>15</sup>. Tuy nhiên, việc sử dụng thuật ngữ “mục đích tiêu dùng” cho cả tổ chức làm cho cách định nghĩa này của Luật BVQLNTD của Việt Nam trở nên lạc lõng, trong khi pháp luật các nước không coi “tổ chức” là người tiêu dùng hoặc chỉ coi “tổ chức” là người tiêu dùng đối với những hoạt động không mang tính thương mại.

Có thể kết luận, cách tiếp cận của PGS,TS. Nguyễn Như Phát về khái niệm ĐKTMC phù hợp hơn cách định nghĩa của các nhà làm luật ở Luật BVQLNTD Việt Nam, bởi về bản chất, ĐKTMC không chỉ là các quy tắc, điều kiện bán hàng, cung cấp dịch vụ trong lĩnh vực tiêu dùng.

Mặc dù định nghĩa của PGS,TS. Nguyễn Như Phát đã thoát ly cách hiểu nhằm lẫn giữa ĐKTMC với các điều khoản, quy tắc thương mại trong các hợp đồng tiêu dùng, nhưng trong định nghĩa của PGS,TS. Nguyễn Như Phát, dường như đã giới hạn hẹp hơn phạm vi khái niệm ĐKTMC, đó là “nó phải được sử dụng với nhiều khách hàng khác nhau”. Điều đó có nghĩa, nếu điều kiện, quy tắc thương mại được soạn sẵn, sử dụng nhiều lần cho một chủ thể trong nhiều lần giao dịch thì không được coi là

(Xem tiếp trang 35)

10 <http://www.canlii.org/en/qc/laws/stat/rsq-c-p-40.1/latest/rsq-c-p-40.1.html>.

11 [http://www.bclaws.ca/EPLibraries/bclaws\\_new/document/ID/freeside/04002\\_01](http://www.bclaws.ca/EPLibraries/bclaws_new/document/ID/freeside/04002_01).

12 *Criminal Proceedings against Patrice Di Pinto, Case C-361/89 [1991] I-1189 (cited in Geraint Howells and Stephen Weatherill, Consumer Protection Law, 2nd ed. (England: Ashgate Publishing Limited, 2005) at 365.*

13 *Francise Rose (ed.), Blackstone's Statutes on Commercial and Consumer Law 2008-2009, 17th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008) at 539.*

14 <http://www.cgap.org/gm/document-1.9.46004/CONSUMER%20PROTECTION%20ACT,%201986.pdf>.

15 Tờ trình chính thức về Đề án xây dựng Luật BVQLNTD của Bộ Công thương, ngày 8/4/2010.

# Một số góp ý về chương TỔ CHỨC ĐƠN VỊ HÀNH CHÍNH TRONG DỰ THẢO LUẬT TỔ CHỨC CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

NGUYỄN NGỌC TOÁN\*

Luật Tổ chức Chính quyền địa phương (CQĐP)<sup>1</sup> đã được chuẩn bị, dự thảo nhiều lần và đã được trình ra Quốc hội cho ý kiến. Các quy định về tổ chức đơn vị hành chính nói riêng và toàn bộ nội dung của Luật Tổ chức CQĐP có ý nghĩa quan trọng, quyết định những quy tắc căn bản trong tổ chức đơn vị hành chính và CQĐP sắp tới, mở ra trang mới trong cải cách hành chính trong tương lai của nước ta. Bài viết bình luận và góp ý một số vấn đề xoay quanh nội dung tổ chức đơn vị hành chính trong Chương II của Dự thảo Luật Tổ chức CQĐP (Dự thảo Luật) đối chiếu với định hướng của Hiến pháp năm 2013 và quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) năm 2008 hiện hành.

## 1. Sự kết nối giữa Chương II với Chương I của Dự thảo Luật

Thông thường, trong một đạo luật thì Chương I thường là chương có những quy định chung, quy định những vấn đề quan trọng từ đối tượng, phạm vi điều chỉnh, giải thích từ ngữ, hành vi bị nghiêm cấm... và đặc biệt là *điều khoản về nguyên tắc* của luật để làm cơ sở, nền tảng và kim chỉ nam cho các điều khoản tiếp sau của văn bản luật.

Trong Dự thảo Luật này, phần Chương II “Tổ chức đơn vị hành chính”, cũng như các chương tiếp theo (trừ Chương cuối “Điều khoản thi hành”), phải quán triệt nội dung tinh thần của Chương I. Trước đó, về cơ bản, bản thân Chương I phải chú ý quán

triệt và cụ thể hóa các quy định của Hiến pháp năm 2013. Theo logic như vậy, sự kết nối giữa Chương II và Chương I của Dự thảo Luật đang có một số vấn đề sau đây:

*Thứ nhất*, chiếu theo Điều 1 của Dự thảo Luật, nội dung Chương II của Dự thảo Luật là phần quy định cụ thể đầu tiên của Dự thảo Luật, do đó Chương I cần dự liệu những vấn đề chung, mang tính nền tảng cho Chương II. Nhưng Chương I của Dự thảo Luật chỉ có 11 chữ trong đoạn đầu của khoản 1 Điều 1 (của cả 2 Phương án) thỏa mãn điều này là “Luật này quy định về tổ chức đơn vị hành chính”.

Quy định như vậy là quá khiêm tốn, chưa hàm chứa đủ ý tứ, định hướng theo tinh

\* *ThS,GVC. Học viện Hành chính quốc gia, NCS Trường Đại học Luật TP.Hồ Chí Minh.*

<sup>1</sup> *Dự thảo Luật Tổ chức CQĐP (ngày 3/10/2014) do Chính phủ trình Quốc hội khóa XIII tại Kỳ họp lần thứ VIII.*

thần là những quy định chung để làm cơ sở cho phần cụ thể hóa về tổ chức đơn vị hành chính trong Chương II và các chương sau đó. Các phần còn lại trong Chương I của Dự thảo Luật dường như hoàn toàn *phục vụ* cho các quy định về tổ chức và hoạt động của CQĐP trong các Chương sau đó của Dự thảo Luật.

*Thứ hai*, không có phần giải thích từ ngữ như trong Điều 2 của Dự thảo Luật lần trước đó. Nói cách khác, Dự thảo Luật lần này chưa đề cập cụ thể đến nội hàm của thuật ngữ “*tổ chức đơn vị hành chính*”. Ở đây cần phân biệt: (i) tổ chức đơn vị hành chính là hoạt động riêng, có tiêu chí, trình tự, thủ tục phân định, phân loại, thành lập, giải thể, điều chỉnh địa giới... đơn vị hành chính, còn (ii) tổ chức CQĐP là nói đến việc sắp đặt cấu trúc và thẩm quyền, quy định phương thức hoạt động... của các cơ quan quản lý nhà nước trong các đơn vị hành chính.

Phải chăng do chưa xác định cụ thể nội hàm của hoạt động “*tổ chức đơn vị hành chính*” trong một điều khoản của Chương I nên đã dẫn đến việc chưa xác định cụ thể nội hàm của hoạt động này là gì và bên dưới trong *tên các hoạt động* của 2 mục (Mục I và Mục II) trong Chương II là không giống nhau<sup>2</sup> dù rằng chúng đều nói đến hoạt động như tên của Chương II là *Tổ chức đơn vị hành chính*.

Dó đó, theo chúng tôi, nên bổ sung thuật ngữ “*tổ chức đơn vị hành chính*” trong một điều khoản về giải thích từ ngữ (có thể như Điều 2 “Giải thích từ ngữ” trong Dự thảo Luật trước đó) và nên được giải thích: *là hoạt động phân định, thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới, đặt tên, đổi tên đơn vị hành chính*.

*Thứ ba*, nguyên tắc của hoạt động *tổ*

*chức đơn vị hành chính* chưa được đặt vào vị trí của Chương 1 như thường lệ<sup>3</sup>. Mặc dù vậy, quan sát Dự thảo Luật có thể thấy các nguyên tắc tổ chức đơn vị hành chính dường như đang được đặt ở Chương II và cũng chưa được gắn “*mác*” *nguyên tắc*, theo chúng tôi, có thể đó là Điều 15 và Điều 17. Nên chăng cần tập hợp, sắp xếp lại và đặt vào Chương I đồng thời gắn “*mác*” là *nguyên tắc* của hoạt động tổ chức đơn vị hành chính. Vì vậy, xin được đề xuất điều khoản này như sau:

### **“Điều X. Nguyên tắc tổ chức đơn vị hành chính**

Việc tổ chức đơn vị hành chính phải đảm bảo các nguyên tắc sau:

1. Đơn vị hành chính được tổ chức ổn định và phù hợp với quy hoạch tổng thể phát triển kinh tế - xã hội, quy hoạch tổng thể đơn vị hành chính, quy hoạch tổng thể phát triển hệ thống đô thị và quy hoạch ngành, lĩnh vực có liên quan đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt.

2. Việc chia, điều chỉnh địa giới hành chính để thành lập mới đơn vị hành chính chỉ thực hiện trong các trường hợp cần thiết và phải bảo đảm điều kiện, tiêu chuẩn, trình tự, thủ tục quy định tại Luật này.

3. Tăng cường hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước của chính quyền các cấp trên các lĩnh vực; phát huy tiềm năng, nội lực nhằm thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước và của từng địa phương.

4. Bảo đảm đoàn kết dân tộc, phù hợp với các yếu tố lịch sử, truyền thống, văn hóa của địa phương; tạo sự thuận tiện cho Nhân dân.

5. Khuyến khích việc liên kết, sáp nhập các đơn vị hành chính”.

Ngoài ra, về vị trí, điều khoản về nguyên tắc tổ chức đơn vị hành chính nên

2 Tên của Mục I không có từ giải thể, nhưng lại có nội dung quy định “Giải thể đơn vị hành chính” ở Điều 19.

3 Quan sát những đạo luật hiện hành của Việt Nam, phần này thường là: (i) Những nguyên tắc cơ bản trong các Bộ luật như BLDS, BLHS... hoặc (ii) điều khoản về nguyên tắc như Nguyên tắc Xử lý vi phạm hành chính, Nguyên tắc Thanh tra... trong các luật tương ứng. Mặt khác, những nguyên tắc của luật sẽ là kim chỉ nam, định hướng cho toàn bộ đạo luật sau đó, cả các quy định hướng dẫn thi hành và trong thực tiễn thi hành pháp luật cũng cần lưu tâm quán triệt và thực hiện tốt các nguyên tắc đó.



được đặt liền sau “Điều 2. Giải thích từ ngữ” (nếu được bổ sung) trong Chương I.

**2. Những vấn đề cụ thể khác trong các điều khoản thuộc Chương II Dự thảo Luật**

Toàn bộ Chương II của Dự thảo Luật có 13 điều luật, từ Điều 14 đến Điều 26, như đã trình bày, Chương II của Dự thảo Luật về cơ bản là cụ thể hóa quy định của Hiến pháp năm 2013 về tổ chức đơn vị hành chính, như vậy cần quan sát Hiến pháp năm 2013 có những quy định mới nào về tổ chức đơn vị hành chính để chuyển hóa vào trong luật. Mặt khác, cần chú trọng kế thừa những quy định của pháp luật hiện hành về tổ chức đơn vị hành chính còn phù hợp<sup>4</sup> để đảm bảo tính liên tục, ổn định của hệ thống pháp luật. Với tinh thần như vậy, qua quan sát Chương II của Dự thảo Luật, có thể có các bình luận sau:

*Thứ nhất*, về phân định đơn vị hành chính

Dự thảo Luật viết tại Điều 14: “1. Phân định đơn vị hành chính của Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam thực hiện theo Điều 110 của Hiến pháp năm 2013”. Như vậy, bằng cách quy định viện dẫn này, Dự thảo Luật đã chuyển hóa *tuyệt đối* toàn bộ nội dung tinh thần quy định về phân định đơn vị hành chính trong Hiến pháp năm 2013 vào Dự thảo Luật.

Ngoài ra, Dự thảo Luật có một số quy định mới và chúng tôi xin được bình luận như sau:

(i) Hai phương án về tên gọi đơn vị hành chính tương đương. Chúng tôi ủng hộ Phương án 1, là “2. Đơn vị hành chính tương

đương thuộc thành phố trực thuộc trung ương được gọi là thành phố; thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương chia thành phường và xã”.

Điều khoản này có thể xuất phát từ ý tưởng mô hình “thành phố trong thành phố” mà chúng ta đang hướng tới trong tổ chức thực hiện chính quyền đô thị tại TP.Hồ Chí Minh<sup>5</sup>, qua hơn 10 năm xây dựng, đến nay Đề án chính quyền đô thị của TP.Hồ Chí Minh được ủng hộ từ nhiều phía và sẽ xúc tiến trong tương lai. Quy định trong Dự thảo Luật như vậy là cần thiết, nhằm hướng đến việc tạo cơ sở pháp lý để tổ chức loại đơn vị hành chính thành phố thuộc thành phố trong tương lai. Hơn nữa, Hiến pháp năm 2013 đã gọi loại đơn vị hành chính này là *tương đương* rồi thì cụ thể là gì cần được quy định rõ trong Luật chứ không nên để hình thức văn bản khác quy định.

Vấn đề nữa là trong thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương được *chia thành phường và xã*, đây là điểm mới của Dự thảo Luật về phân định đơn vị hành chính. Tuy nhiên, công thức chia này giống với việc chia nhỏ thị xã và thành phố thuộc tỉnh như Điều 110 của Hiến pháp năm 2013. Điều này sẽ dẫn đến vấn đề sau: việc chia thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương thành phường và xã thì có khác gì về tiêu chí, quy mô... so với việc cũng chia thị xã và thành phố thuộc tỉnh ra thành phường và xã như Hiến pháp năm 2013 đã xác định. Điều này cần được cân nhắc trong các quy định sau đó của Dự thảo Luật và trong các văn bản hướng dẫn thi hành sau này.

4 Thông báo số 176/TB-VPCP ngày 26/04/2014 của Văn phòng Chính phủ về Kết luận của Thủ tướng Nguyễn Tấn Dũng về định hướng nghiên cứu soạn thảo Luật Tổ chức Chính phủ và Luật tổ chức CQĐP. Tuy nhiên để kế thừa được các quy định của pháp luật hiện hành về tổ chức đơn vị hành chính cần có khảo sát đánh giá tương tự như “Báo cáo tổng kết 10 năm thi hành Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003, Báo cáo tổng kết thực hiện thí điểm không tổ chức HĐND huyện, quận, phường”... tiếc rằng, trong hồ sơ Dự án Luật Tổ chức CQĐP mà Chính phủ trình Quốc hội lại không có báo cáo về tổng kết việc thực hiện pháp luật về tổ chức đơn vị hành chính và trong hai báo cáo nêu trên cũng không có nội dung tổng kết thi hành pháp luật về tổ chức đơn vị hành chính – điều này sẽ khó có cơ sở để cân nhắc trọn vẹn các điều khoản về tổ chức đơn vị hành chính trong Dự thảo Luật.

5 Đề án Chính quyền đô thị TP.Hồ Chí Minh dự kiến có 04 thành phố thuộc TP.Hồ Chí Minh là Thành phố Đông, Thành phố Tây, Thành phố Nam, Thành phố Bắc. Đây cũng là mô hình đã có tại các thành phố ở một số nước như Jakarta của Indonesia...

(ii) “3. Đơn vị hành chính huyện ở khu vực hải đảo có thể không chia thành xã, thị trấn”.

Đây cũng là quy định mới của Dự thảo Luật so với Hiến pháp năm 2013. Nguyên tắc chung của Hiến pháp là huyện được chia thành xã và thị trấn, nay trong Dự thảo xác định *huyện ở khu vực hải đảo có thể không chia thành xã, thị trấn*. Quy định này sẽ dẫn đến hai khả năng: (a) chia như Hiến pháp đã định, hoặc (b) không chia thành xã, thị trấn.

Nếu là (a) thì sẽ theo công thức chung như mọi huyện khác, còn nếu theo (b) thì vấn đề phát sinh là địa bàn, tiêu chí, điều kiện, hoàn cảnh... nào để không chia, và nếu không chia thì bên trong đơn vị hành chính này cấu trúc và bộ máy, thẩm quyền quản lý gồm những gì... là những chi tiết cần chú trọng trong các quy định cụ thể sau đó của Dự thảo Luật cũng như các văn bản hướng dẫn thi hành<sup>6</sup>.

*Thứ hai*, thủ tục tổ chức đơn vị hành chính

Theo quy định của Hiến pháp năm 2013 về nguyên tắc hiến định thủ tục tổ chức đơn vị hành chính, cần chú trọng hai vấn đề sau:

- Một là, việc thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính phải *lấy ý kiến Nhân dân địa phương*. Dự thảo Luật đã quán triệt sâu sắc tinh thần này, thể hiện ở chỗ các quy định về thủ tục lấy ý kiến của Nhân dân, của cử tri và giá trị quyết định của ý kiến cử tri được cụ thể hóa ngay trong các Điều 21, 22 và 23. Tuy vậy, theo chúng tôi, vẫn còn khả năng đang bỏ ngỏ là nếu trong trường hợp ý kiến cử tri *không đủ quá bán* như Dự thảo Luật quy định thì giá trị của ý kiến cử tri và phương án tiếp theo sẽ là gì? Do vậy, xin đề xuất bổ sung thêm khoản thứ 5 vào Điều 23 một trong hai phương án như sau: *nếu ý kiến của cử tri không được quá bán tán thành thì hoặc (i)*

*tiếp tục thuyết phục cử tri rồi tổ chức lấy ý kiến lần sau hoặc (ii) không được tiến hành việc thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính.*

- Hai là, việc thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính *theo trình tự, thủ tục do luật định.*

Chúng ta đang xúc tiến xây dựng Luật Tổ chức CQĐP, trong đó có quy định về tổ chức đơn vị hành chính như đang bàn, có nghĩa là đã đáp ứng điều kiện tối thiểu là *do luật định*. Tuy nhiên, cần lưu tâm ý tưởng *trình tự, thủ tục* tiến hành hoạt động quan trọng như tổ chức đơn vị hành chính phải *do luật định*, theo chúng tôi là có nội hàm hướng đến những *lợi ích* như sau: quy mô lớn về điều khoản quy định về hoạt động được chứa đựng trong một đạo luật, tính công khai, minh bạch và chất lượng các điều khoản có cơ hội được nâng cao và có cơ hội hấp thụ được những ý kiến sáng suốt và rộng rãi của Nhân dân, thủ tục soạn thảo và ban hành có tính pháp quyền cao bởi luật sẽ do cơ quan lập pháp quyết định thông qua...

Theo thiết kế của Dự thảo Luật, nội dung quy định về tổ chức đơn vị hành chính có 13 điều trong tổng số 133 điều, chỉ chiếm tỉ lệ gần 10% dung lượng của đạo luật. Xét trong sự tương quan của phần quy định về tổ chức và hoạt động của CQĐP thì phần quy định về tổ chức đơn vị hành chính là quá ít và điều quan trọng là phần tương tự với tổ chức CQĐP như về tiêu chuẩn, điều kiện, thủ tục... tổ chức đơn vị hành chính chưa được Dự thảo Luật quy định đủ mức độ cần thiết. Có nghĩa rằng, những nội dung này sẽ được cụ thể hóa trong các văn bản hướng dẫn thi hành, và nếu giữ nguyên như Dự thảo Luật thì dường như đó chỉ là những quy định có tính chất *luật khung, luật ống*... một tình trạng không được ủng hộ lâu nay<sup>7</sup>. Điều đó cũng có nghĩa là ý tưởng *do luật định* sẽ

6 Dù biết rằng trong Hồ sơ dự án Luật Tổ chức CQĐP cũng đã cân nhắc điều này tại mục II. Đề xuất những nội dung cơ bản của Dự án Luật của Báo cáo tổng kết 10 năm thi hành Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 2003.

7 Ngoài ra, nếu chiếu theo đoạn cuối của nguyên tắc thứ 3 trong Điều 3 Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 thì mức độ quán triệt nguyên tắc công khai, minh bạch chưa thật sự sâu sắc.

khó đạt được những *lợi ích* như nói trên.

Để giải quyết vấn đề này, có thể có hai phương án: (a) chi tiết hóa thêm các nội dung công việc tổ chức đơn vị hành chính vào trong Dự thảo Luật và (b) chuyển toàn bộ phần tổ chức đơn vị hành chính hiện có trong Dự thảo Luật đồng thời cộng thêm phần chi tiết hóa các nội dung công việc tổ chức đơn vị hành chính vào, để tạo thành một đạo luật độc lập khác.

Mỗi phương án đều có thể thực hiện được, tuy nhiên theo chúng tôi nên theo Phương án (b) vì mấy lý do sau: (i) có cơ hội hệ thống các quy định về tổ chức đơn vị hành chính về một đầu mối để tập trung trí tuệ hoàn thiện luật tốt nhất, (ii) một dung lượng lớn các điều luật sẽ có cơ hội được chứa đựng trong văn bản luật do cơ quan lập pháp *chuẩn y* và sẽ có cơ hội đạt được nhiều hơn các *lợi ích* nói trên, (iii) xét trong mối quan hệ tương quan với không chỉ Luật tổ chức CQĐP mà còn rất nhiều đạo luật khác về tổ chức bộ máy và phân cấp quản lý nhà nước trên nhiều lĩnh vực... sẽ có được sự hài hòa và tương thích của cả hệ thống pháp luật, (iv) khi cần sửa đổi, bổ sung quy định về tổ chức đơn vị hành chính cũng thực hiện thuận tiện hơn khi tác động vào một lĩnh vực nằm trong một đạo luật có hệ thống...

*Thứ ba*, thẩm quyền quyết định các công việc cụ thể trong tổ chức các đơn vị hành chính cụ thể

Về cơ bản, thẩm quyền của các cơ quan nhà nước ở trung ương đã được Dự thảo Luật chuyển hóa đúng tinh thần của Hiến pháp năm 2013 theo những phân việc cụ thể. Ngoài ra, Dự thảo Luật đã có các quy định mới về thẩm quyền cụ thể của một số chủ thể sau:

- Một là, *thẩm quyền của cử tri* trong tổ chức đơn vị hành chính

Dự thảo Luật đã quy định cử tri cho ý kiến và khi số lượng cử tri đồng tình *quá bán* thì các cơ quan nhà nước phải xúc tiến thủ tục để thực hiện theo quy định tại khoản 4 Điều 23 như sau: *nếu có trên năm mươi*

*phần trăm tổng số cử tri trên địa bàn đồng ý với Dự thảo Đề án thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính các cấp thì tiến hành thủ tục trình HĐND các cấp thông qua.*

Đây là điểm đặc sắc và có tính chất *phức quyết* của cử tri, thể hiện sự quán triệt sâu sắc tinh thần thực hiện quyền *dân chủ trực tiếp* của *Cử tri*, một bộ phận quan trọng của *Nhân dân* cả nước vào các công việc hệ trọng của quốc gia.

- Hai là, *thẩm quyền của các cơ quan nhà nước* trong tổ chức đơn vị hành chính. Dự thảo Luật đã quy định về nội dung này từ Điều 23 đến Điều 26, khái quát như sau:

*Ở địa phương*: Trách nhiệm của UBND cấp tỉnh về tổ chức thực hiện việc lấy ý kiến cử tri về Đề án thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính như: cung cấp các tài liệu cần thiết cho việc lấy ý kiến Nhân dân trên trang thông tin điện tử của địa phương và tổ chức lấy ý kiến cử tri tại thôn, tổ dân phố; chỉ đạo UBND cấp huyện, cấp xã tổ chức lấy ý kiến cử tri tại địa bàn; hết thời hạn tổ chức lấy ý kiến, UBND cấp tỉnh phải công khai kết quả lấy ý kiến Nhân dân trên trang thông tin điện tử của địa phương và kết quả lấy ý kiến cử tri tại địa bàn thôn, tổ dân phố trên các phương tiện thông tin đại chúng và gửi đến Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam cùng cấp, UBND xã, phường, thị trấn để thông báo đến Trưởng thôn, Tổ trưởng Tổ dân phố tại địa bàn thuộc phạm vi điều chỉnh của Đề án thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính.

Sau đó HĐND các cấp sẽ thông qua Đề án thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính.

*Ở trung ương*: Thủ tướng Chính phủ quyết định thành lập Hội đồng thẩm định Đề án thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; Bộ Nội vụ tham mưu, giúp Chính phủ thẩm định Đề án thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới

đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; Chính phủ hướng dẫn chi tiết quy trình, thủ tục thẩm định Đề án thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính.

Ủy ban Pháp luật của Quốc hội thẩm tra Đề án của Chính phủ về việc thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương báo cáo Quốc hội; thẩm tra Đề án của Chính phủ về việc thành lập, giải thể, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương báo cáo Ủy ban thường vụ Quốc hội.

Nhìn chung, thẩm quyền của các chủ thể là cơ quan nhà nước trong hoạt động tổ chức đơn vị hành chính đã được Dự thảo Luật kế thừa những quy định trong các văn bản hiện hành<sup>8</sup> và có nhiều nội dung đổi mới cho phù hợp với quy định về thẩm quyền của các cơ quan nhà nước trong tổ chức đơn vị hành chính theo Hiến pháp năm 2013.

*Thứ tư*, mức độ khác biệt và những điểm mới, tiến bộ hơn của một số nội dung khác trong tổ chức đơn vị hành chính theo Dự thảo Luật so với những quy định hiện hành.

- Một là, về (i) mục đích, (ii) yêu cầu của phân loại đơn vị hành chính.

Điều 16 Dự thảo Luật xác định: 1. Phân loại đơn vị hành chính nhằm nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý hành chính nhà nước ở địa phương và để làm căn cứ hoạch định chính sách phát triển kinh tế - xã hội; tổ chức bộ máy của CQĐP các cấp; thực hiện chế độ, chính sách đối với cán bộ, công chức phù hợp với từng loại đơn vị hành chính. 2. Phân loại đơn vị hành chính phải dựa trên

các tiêu chuẩn, tiêu chí về quy mô dân số, diện tích tự nhiên, tính chất đặc thù về địa lý, số đơn vị hành chính trực thuộc, điều kiện tự nhiên, kinh tế - xã hội, phản ánh khối lượng công việc và mức độ khó khăn, phức tạp của hoạt động quản lý hành chính nhà nước ở đơn vị hành chính các cấp.

Đối chiếu với các quy định hiện hành<sup>9</sup> mục đích (i) của phân loại đơn vị hành chính về cơ bản là không có gì thay đổi, việc xác định mục đích phân loại đơn vị hành chính như vậy, theo chúng tôi, là phù hợp với lý luận và thực tiễn quản trị địa phương nước ta trong giai đoạn hiện nay. Về yêu cầu (ii) của phân loại đơn vị hành chính là sự bổ sung mới so với các quy định trước đây, theo chúng tôi, sự bổ sung này là cần thiết, tạo cơ sở để củng cố cho mục đích của phân loại cũng như các hoạt động chi tiết sau đó trong tổ chức đơn vị hành chính.

- Hai là, các loại đơn vị hành chính

Dự thảo Luật phân loại đơn vị hành chính như sau: Đơn vị hành chính được phân loại như sau: a) Đơn vị hành chính tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương được phân thành 04 loại: loại đặc biệt, loại I, loại II và loại III; b) Đơn vị hành chính huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, thành phố (đơn vị hành chính tương đương) thuộc thành phố trực thuộc trung ương được phân thành 03 loại: loại I, loại II và loại III; c) Đơn vị hành chính xã, phường, thị trấn được phân thành 03 loại: loại I, loại II và loại III.

Việc phân loại như vậy có tính chất kế thừa các quy định hiện hành, về cơ bản là phù hợp với chủ trương chung về quy hoạch phát triển đơn vị hành chính của nước ta cũng như đảm bảo được sự ổn định của hệ

8 Nghị định số 62/2011/NĐ-CP ngày 26/7/2011 của Chính phủ về thành lập thành phố thuộc tỉnh, thị xã, quận, phường, thị trấn; Nghị định số 159/2005/NĐ-CP ngày 27/12/2005 của Chính phủ về việc phân loại đơn vị hành chính xã, phường, thị trấn; Nghị định số 15/2007/NĐ-CP ngày 26/01/2007 của Chính phủ về việc phân loại đơn vị hành chính cấp tỉnh và cấp huyện; Nghị định số 42/2009/NĐ-CP ngày 07/05/2009 của Chính phủ về việc phân loại đô thị; Nghị định số 62/2011/NĐ-CP ngày 26/7/2011 của Chính phủ về thành lập thành phố thuộc tỉnh, thị xã, quận, phường, thị trấn; Quyết định số 64b/HĐBT ngày 12/9/1981 của Chủ tịch Hội đồng Bộ trưởng về điều chỉnh địa giới hành chính đối với những huyện, xã có địa giới chưa hợp lý...

9 Các tài liệu đã dẫn tại chú thích số 10.

thống các đơn vị hành chính trong toàn quốc.

- Ba là, tiêu chuẩn, tiêu chí thành lập, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính

Đơn vị hành chính được thành lập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính theo các tiêu chuẩn cơ bản sau: a) Vị trí, chức năng, vai trò và trình độ phát triển kinh tế - xã hội; b) Diện tích, dân số, mật độ dân số; c) Cơ cấu lao động; d) Hệ thống cơ sở hạ tầng kỹ thuật và hạ tầng xã hội.

Đối chiếu với các quy định hiện hành, tiêu chuẩn thành lập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính có sự đổi mới đáng chú ý: (i) bổ sung thêm tiêu chuẩn *vị trí, chức năng, vai trò và trình độ phát triển kinh tế - xã hội; cơ cấu lao động* và (ii) thay các yếu tố đặc thù bằng *hệ thống cơ sở hạ tầng kỹ thuật và hạ tầng xã hội*. Các tiêu

chuẩn hiện hành được cụ thể hóa trong các văn bản pháp luật<sup>10</sup>, nay Dự thảo Luật bổ sung và thay thế các “chi tiết” về tiêu chuẩn mới như vậy sẽ là một *án số* mà chúng ta phải có trong các văn bản hướng dẫn sau này. Điều cần lưu ý là các tiêu chuẩn này có thể dẫn đến sự biến đổi số lượng các đơn vị hành chính nhất định trong tương lai, do đó cần cân nhắc thận trọng khi quy định cụ thể, chi tiết.

- Bốn là, quy định về giải thể đơn vị hành chính tại Điều 19 của Dự thảo Luật

Đây là quy định hoàn toàn mới và phù hợp với thực tiễn mà bấy lâu nay các cơ quan có thẩm quyền vẫn thực hiện nhưng chưa được quy định trong pháp luật. Nhưng quy định này mới chỉ dừng lại ở định hướng chung nên cần được cụ thể hóa trong các hướng dẫn thi hành ■

10 Các tài liệu đã dẫn tại chú thích số 10.

## Cách tiếp cận...

(Tiếp theo trang 28)

ĐKTMC. Cách định nghĩa này vẫn chưa thực sự đầy đủ bởi bản thân ĐKTMC, do một bên soạn thảo, được áp dụng nhiều lần cho cùng giao dịch với một chủ thể, xét cho cùng cũng là những điều kiện, quy tắc thương mại được “lặp đi lặp lại” và bên không được soạn thảo không có khả năng đàm phán, sửa đổi nó và quan trọng là các điều khoản hợp đồng này không được hình thành trên nguyên tắc tự do khế ước. Tuy nhiên, những điều kiện thương mại như thế này là vô cùng hiếm. Mặc dù vậy, nên tiếp cận theo hướng này cho trọn vẹn về lý luận của ĐKTMC.

Cùng với sự phát triển của các giao dịch thương mại, các ĐKTMC áp dụng đối với

các thương nhân trong các hoạt động kinh doanh, thương mại thuần túy, chẳng hạn như các hợp đồng trong lĩnh vực bảo hiểm, hợp đồng tín dụng, hợp đồng xây dựng, hợp đồng trong lĩnh vực kinh doanh bất động sản ngày càng trở nên phổ biến. Tuy nhiên, với cách tiếp cận về khái niệm ĐKTMC của pháp luật Việt Nam và pháp luật nhiều nước trên thế giới hiện nay đã tạo ra “lỗ hổng pháp lý” trong việc bảo vệ các chủ thể là các thương nhân yếu thế trước các ĐKTMC bất bình đẳng. Vấn đề này hiện nay đang được các nhà khoa học trên thế giới tiếp tục nghiên cứu, thảo luận với kỳ vọng thay đổi cách tiếp cận của pháp luật nhiều nước liên quan đến phạm vi điều chỉnh của ĐKTMC - không chỉ giới hạn ở lĩnh vực BVQLNTD như đa số cách tiếp cận của các quốc gia hiện nay ■

# HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ HÌNH PHẠT CẤM CƯ TRÚ VÀ HÌNH PHẠT QUẢN CHẾ

NGUYỄN VĂN LAM\*

## 1. Hình phạt cấm cư trú và hình phạt quản chế

### 1.1. Hình phạt cấm cư trú

Từ khi Bộ luật Hình sự (BLHS) được ban hành năm 1985, hình phạt cấm cư trú được quy định trong BLHS và được áp dụng trong thực tiễn. Sau nhiều lần sửa đổi, bổ sung vào các năm 1999 và 2009, BLHS vẫn tiếp tục ghi nhận hình phạt cấm cư trú và hình phạt này tiếp tục được thực hiện đến nay. Trong BLHS, hình phạt cấm cư trú được xác định: “Cấm cư trú là buộc người bị kết án phạt tù không được tạm trú và thường trú ở một số địa phương nhất định”<sup>1</sup>. Theo quy định này, cấm cư trú là hình phạt bổ sung, người phạm tội bị buộc không được tạm trú và thường trú ở một số địa phương nhất định theo quyết định của Tòa án. Và quy định này cũng nêu rõ: đối với các hình phạt chính khác như cảnh cáo, phạt tiền, cải tạo không giam giữ... thì khi quyết định hình phạt, Tòa án không được áp dụng thêm hình phạt bổ sung này. Chỉ những người phạm tội bị phạt tù mới bị áp dụng hình phạt cấm cư trú; nhưng không phải tất cả những người phạm tội bị áp dụng hình phạt tù đều sẽ bị áp dụng hình phạt cấm cư trú. Tuy trong điều luật không quy định rõ hình phạt cấm cư trú được áp dụng đối với những loại tội phạm nào, nhưng thông qua các quy định khác của BLHS và trong thực tế áp dụng cho thấy, hình phạt cấm cư trú chỉ

có thể áp dụng đối với nhóm các tội xâm phạm về an ninh quốc gia và một số tội phạm khác, nếu nhận thấy khi người phạm tội chấp hành xong hình phạt tù trở về hòa nhập vào cộng đồng và sống ở nơi đó, người phạm tội có thể tiếp tục phạm tội mới. Và một nguyên tắc bắt buộc là hình phạt này chỉ được áp dụng khi trong điều luật cụ thể có quy định. Trong BLHS, có 28 điều luật về tội phạm cụ thể có quy định về việc áp dụng hình phạt cấm cư trú. Điều này có nghĩa là, đối với 28 loại tội phạm này, khi xét xử, Tòa án có thể cân nhắc áp dụng hình phạt bổ sung cấm cư trú đối với người phạm tội bị áp dụng hình phạt tù.

Việc quy định hình phạt cấm cư trú trong hệ thống hình phạt của BLHS có những mặt tích cực nhất định. Tuy nhiên, cũng có những vấn đề chưa thật sự phù hợp trong việc giáo dục người phạm tội và phòng ngừa chung. Cụ thể, đối với những người phạm tội mà nguyên nhân có phần xuất phát từ vị trí địa lý, môi trường sống, làm việc... và những nơi này tác động trực tiếp vào việc phạm tội của họ thì khi chấp hành xong hình phạt tù, việc áp dụng hình phạt bổ sung cấm cư trú là nhằm ngăn ngừa họ có các cơ hội tiếp tục phạm tội mới. Nếu chỉ nhìn nhận ở khía cạnh này thì rõ ràng, việc quy định hình phạt cấm cư trú trong hệ thống hình phạt là rất phù hợp. Nhưng ở một khía cạnh khác, nếu như chỉ vì lý do phòng

\* ThS. Tòa án Quân sự khu vực 2 - Quân khu 9.

<sup>1</sup> Điều 37 BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009).

ngừa người đã chấp hành hình phạt tù xong có thể tiếp tục phạm tội mới mà cấm không cho họ cư trú ở một số nơi nhất định, mà những nơi này là điều kiện thích hợp nhất cho họ làm ăn sinh sống, thì liệu có phù hợp? Vì thông thường, nơi bị cấm cư trú sau khi đã chấp hành hình phạt tù xong là nơi người phạm tội đã sống ở đó trước khi phạm tội, có nhiều mối quan hệ thân quen ở đó, đã làm ăn nuôi sống mình và gia đình và có thể đã phạm tội tại nơi đó. Họ cũng có thể đã có một nghề nghiệp nhất định, đã quen thuộc với môi trường sống nhất định tại đó và ngành nghề mà họ thành thạo đã có thể phát triển và giúp họ làm ăn sinh sống một cách phù hợp tại đó. Nếu như sau khi chấp hành xong hình phạt tù, họ buộc phải tìm nơi khác để sống, nhưng những nơi này lại không đủ điều kiện đảm bảo cho đời sống của họ, thì như vậy, có tạo điều kiện để họ dễ dàng hòa nhập lại vào đời sống cộng đồng không? Hay khi họ đến sống ở một nơi xa lạ, sự khó khăn sẽ dẫn đến việc họ tiếp tục phạm tội mới?

### **1.2. Hình phạt quản chế**

Cũng như hình phạt cấm cư trú, hình phạt quản chế được quy định trong hệ thống pháp luật hình sự Việt Nam từ năm 1985 và tiếp tục được quy định trong BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009). Theo đó, hình phạt quản chế được quy định: “Quản chế là buộc người bị kết án phạt tù phải cư trú, làm ăn sinh sống và cải tạo ở một địa phương nhất định, có sự kiểm soát, giáo dục của chính quyền và nhân dân địa phương”<sup>2</sup>.

Quy định này thể hiện rất rõ, hình phạt quản chế chỉ được áp dụng đối với người phạm tội bị áp dụng hình phạt tù là hình phạt chính và người bị áp dụng hình phạt quản chế bị buộc phải sinh sống ở một địa phương nhất định; có nét tương đồng với quy định về áp dụng hình phạt bổ sung cấm cư trú trong pháp luật hình sự. Nhưng trong cơ chế

áp dụng có những dấu hiệu khác cơ bản, là người bị áp dụng hình phạt quản chế sẽ bị buộc phải sinh sống, cải tạo ở một địa phương nhất định theo quyết định của Tòa án sau khi chấp hành xong hình phạt tù; và người phạm tội bị áp dụng hình phạt này chỉ sống ở một địa phương, chứ không như hình phạt cấm cư trú thì được sinh sống ở nhiều địa phương ngoài một số nơi bị cấm.

Việc quy định hình phạt quản chế sẽ giúp giáo dục, cải tạo người phạm tội sau khi chấp hành hình phạt tù về hòa nhập vào cộng đồng, tạo nhiều cơ hội rèn luyện hơn và theo đó việc tái phạm sẽ hạn chế hơn... Khi xét xử, quy định về hình phạt quản chế sẽ buộc Tòa án phải xem xét, đánh giá, cân nhắc xem địa phương nào thuận lợi cho việc tiếp tục quản lý, giáo dục người phạm tội khi chấp hành xong hình phạt tù tốt nhất và phù hợp nhất, để quyết định buộc họ phải chấp hành hình phạt ở địa phương đó.

Hình phạt quản chế là loại hình phạt có giá trị bổ trợ cho việc giáo dục và phòng ngừa tội phạm rất cao đối với người bị phạt tù sau khi chấp hành xong hình phạt về địa phương sinh sống. Hình phạt này cũng được pháp luật hình sự một số nước, ví dụ như Trung Quốc, quy định, nhưng được quy định trong hệ thống hình phạt chính<sup>3</sup>. Còn ở Việt Nam thì hình phạt này được quy định là hình phạt bổ sung. Như vậy, hình phạt này chỉ có giá trị bổ trợ trong việc giáo dục, phòng ngừa tội phạm sau khi người phạm tội bị áp dụng hình phạt tù chấp hành xong hình phạt. Có lẽ quy định của pháp luật hình sự Việt Nam phù hợp hơn so với luật hình sự Trung Hoa; bởi lẽ, trong hệ thống hình phạt của Việt Nam có hình phạt cải tạo không giam giữ là hình phạt chính, nên hình phạt quản chế được quy định là hình phạt bổ sung nhằm bổ trợ trong việc giáo dục, phòng ngừa người phạm tội bị áp dụng hình phạt tù, khi xét thấy cần thiết thì Tòa án buộc họ

2 Điều 38 BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009).

3 BLHS Trung Quốc, Đinh Bích Hà dịch và giới thiệu, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2007. tr. 52.

tiếp tục phải bị quản chế một thời gian nhất định ở một địa phương nhất định để tiếp tục giáo dục, cải tạo họ.

Trong BLHS hiện hành có 31 điều luật trên tổng số 272 điều luật về tội phạm cụ thể quy định hình phạt quản chế, chiếm tỷ lệ 11%. Điều này cho thấy, tuy hình phạt này có giá trị hỗ trợ trong việc tiếp tục giáo dục, phòng ngừa tội phạm rất cao, nhưng các nhà làm luật chưa xem xét để quy định hình phạt này ở tỷ lệ cao hơn trong các quy phạm pháp luật hiện hành. Một vấn đề khác cần nghiên cứu thêm là, pháp luật hiện hành quy định hình phạt quản chế chỉ được áp dụng đối với người phạm tội bị áp dụng hình phạt tù; điều này có nghĩa là hình phạt này được áp dụng đối với người bị áp dụng hình phạt tù có thời hạn và tù chung thân. Nhưng trên nguyên tắc, người phạm tội bị áp dụng hình phạt tù chung thân là phải sống cả cuộc đời còn lại trong trại giam kể từ thời điểm trong bản án có hiệu lực quy định. Do vậy, khi Tòa án áp dụng hình phạt tù chung thân đối với người phạm tội thì không có cơ sở tuyên hình phạt bổ sung quản chế; nếu như có tuyên thì là việc không cần thiết.

Trên thực tế lại có những trường hợp, nếu đối với người bị tuyên phạt tù chung thân, Tòa án không áp dụng thêm hình phạt bổ sung quản chế; nếu sau này họ được giảm án và chấp hành hình phạt trong một thời gian nhất định, khi chấp hành xong thời hạn phạt tù, nếu thuộc trường hợp cần phải quản chế ở một địa phương nhất định thì sẽ giải quyết thế nào? Rõ ràng đối với trường hợp này, pháp luật hình sự hiện hành chưa quy định và đây cũng là vấn đề cần nghiên cứu kỹ và có quy định rõ ràng tránh trường hợp khi xảy ra không có hướng xử lý.

Một vấn đề khác, việc quy định hình phạt quản chế chỉ được áp dụng đối với người phạm tội bị áp dụng hình phạt tù là chưa thật sự thỏa đáng. Vì mục đích của hình phạt quản chế là nhằm tiếp tục giáo dục, cải tạo người phạm tội không phạm tội mới, nên nếu người phạm tội bị áp dụng hình phạt tiền là hình phạt chính thì cũng có

thể xem xét áp dụng hình phạt bổ sung này để giáo dục, cải tạo họ.

## 2. Một số kiến nghị hoàn thiện

### 2.1. Bỏ hình phạt cấm cư trú

Như đã phân tích, hình phạt cấm cư trú đã góp phần nhất định vào việc phòng ngừa tội phạm, cụ thể là khi áp dụng đối với người phạm tội bị áp dụng hình phạt tù là hình phạt chính, sau khi chấp hành xong hình phạt chính khi ra tù sẽ bị cấm không cho cư trú ở một số địa phương nhất định. Việc áp dụng hình phạt này trên thực tế chỉ mang tính phòng ngừa tức thời và không mang lại hiệu quả thực chất. Bởi lẽ, để phòng ngừa một tội phạm xảy ra, thì vấn đề đầu tiên là cần tác động đến tâm lý, ý chí của con người cụ thể; kế tiếp là cần phải có những chính sách an sinh xã hội, tạo điều kiện về kinh tế để đảm bảo đời sống cần thiết cho người dân; và một yếu tố không thể thiếu là sự tác động, tuyên truyền, giáo dục của chính quyền địa phương, của gia đình và các đoàn thể đến mọi người... Các yếu tố này phải có sự gắn kết với nhau thì mới phát huy được sức lan tỏa rộng khắp. Ví dụ như sự tuyên truyền, vận động, giáo dục của gia đình, địa phương và các đoàn thể sẽ tác động đến tâm lý, ý chí của con người, giúp họ nhận thức được những việc có thể làm và những việc không thể làm; sự tạo điều kiện của chính quyền, gia đình, đoàn thể phát triển về kinh tế giúp cho họ có sự ổn định về đời sống, từ đó họ sẽ nhận thức đúng và tôn trọng pháp luật, các quy định ở địa phương...

Hình phạt cấm cư trú được quy định trong hệ thống hình phạt của pháp luật hình sự sẽ không đáp ứng được các nội dung trên. Vì khi cấm cư trú là cấm người phạm tội khi chấp hành xong hình phạt tù không được sống ở các địa phương mà có thể tạo điều kiện cho họ tiếp tục phạm tội mới, nhưng trên thực tế, đó là những địa phương mà họ thường xuyên sinh sống, là quê hương của họ, là nơi phù hợp với điều kiện phát huy sở trường, nghề nghiệp của họ... Khi cấm sinh sống ở những nơi này, có nghĩa là người phạm tội sau khi chấp hành xong hình phạt



tù phải đến sống ở những nơi xa lạ, khi đó sẽ khó có nơi phù hợp với điều kiện nghề nghiệp của họ, sống xa gia đình và không có một đoàn thể, địa phương nào trực tiếp được giao để tiếp tục giáo dục, cải tạo họ... Như vậy, việc áp dụng hình phạt cấm cư trú không có tác dụng lớn trong việc phòng ngừa tội phạm, nhưng lại có thể là nguyên nhân sâu xa làm cho người chấp hành xong hình phạt tù tiếp tục phạm tội mới.

Mặt khác, nếu như không quy định hình phạt cấm cư trú trong hệ thống hình phạt của pháp luật hình sự mà có trường hợp vẫn cần phải áp dụng một hình phạt bổ sung để tiếp tục giáo dục, cải tạo người phạm tội thì có thể xem xét áp dụng hình phạt quản chế. Vì xét về tổng thể thì hình phạt quản chế có tác dụng giáo dục, cải tạo người phạm tội sau khi chấp hành xong hình phạt tù về địa phương sinh sống có hiệu quả rất cao.

Chúng tôi cho rằng, hình phạt cấm cư trú quy định trong hệ thống hình phạt của pháp luật hình sự Việt Nam là không cần thiết. Việc không quy định hình phạt cấm cư trú và khi cần thiết thì sẽ xem xét áp dụng hình phạt quản chế sẽ thể hiện cao hơn nữa tính nhân đạo trong pháp luật hình sự Việt Nam.

## **2.2. Hoàn thiện quy định hình phạt quản chế**

Để hình phạt quản chế được áp dụng một cách phổ biến hơn, các quy định hoàn thiện hơn và thể hiện cao hơn nữa tính hợp hiến và nhân đạo về chính sách hình sự của Nhà nước ta, cần hoàn thiện một số vấn đề sau:

*Thứ nhất*, để thuận lợi cho việc quy định và áp dụng hình phạt bổ sung quản chế, trong quy phạm pháp luật về hình phạt quản chế không cần giới hạn hình phạt quản chế chỉ áp dụng đối với “người bị kết án phạt tù”. Vì nếu quy định như vậy, thì khi cần quy định để áp dụng hình phạt quản chế đối với các trường hợp khác sẽ không được xem xét để áp dụng.

*Thứ hai*, cần sửa đổi BLHS theo hướng quy định hình phạt bổ sung quản chế với tỷ lệ nhiều hơn trong các tội phạm cụ thể. Như đã phân tích trên, hình phạt quản chế có giá trị giáo dục và phòng ngừa tội phạm rất cao

đối với người bị phạt tù sau khi chấp hành xong hình phạt về địa phương sinh sống. Nhưng thực tế, BLHS hiện hành chỉ có 31 điều luật về tội phạm cụ thể có quy định hình phạt bổ sung này, so với 272 điều luật quy định về tội phạm cụ thể, là rất thấp. Vì vậy, cần quan tâm xem xét bổ sung hình phạt quản chế vào các điều luật về tội phạm khi cần thiết. Ví dụ, đối với tội trộm cắp tài sản, nếu người phạm tội sau khi chấp hành xong hình phạt về địa phương thì có thể quy định buộc người này tiếp tục chấp hành hình phạt quản chế để tiếp tục giáo dục, cải tạo họ trở thành người có ích.

*Thứ ba*, cần quy định rõ về trường hợp nếu người bị phạt tù chung thân, nhưng sau đó được xét giảm án xuống còn tù có thời hạn và khi chấp hành hình phạt tù xong về địa phương mà thuộc trường hợp cần áp dụng hình phạt quản chế. Cụ thể, trong trường hợp này có thể quy định “Nếu Tòa án xét thấy người phạm tội bị kết án tù chung thân thuộc trường hợp cần áp dụng hình phạt quản chế thì phải áp dụng hình phạt này”.

Như vậy, Điều 38 BLHS quy định về hình phạt quản chế có thể được viết như sau:

### **“Điều 38. Quản chế**

Quản chế là buộc người bị kết án phải cư trú, làm ăn sinh sống và cải tạo ở một địa phương nhất định, có sự kiểm soát, giáo dục của chính quyền và nhân dân địa phương. Trong thời gian quản chế, người bị kết án không được tự ý ra khỏi nơi cư trú, bị tước một số quyền công dân theo Điều 39 của Bộ luật này và bị cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định.

Quản chế được áp dụng đối với người phạm tội xâm phạm an ninh quốc gia, người tái phạm nguy hiểm hoặc trong những trường hợp khác do Bộ luật này quy định.

Nếu Tòa án xét thấy người phạm tội bị kết án tù chung thân thuộc trường hợp cần áp dụng hình phạt quản chế thì phải áp dụng hình phạt này.

Thời hạn quản chế là từ một năm đến năm năm, kể từ ngày chấp hành xong hình phạt tù” ■

# TÁI CƠ CẤU DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC TRONG MỐI TƯƠNG QUAN GIỮA CHÍNH SÁCH CÔNG NGHIỆP VÀ CHÍNH SÁCH CẠNH TRANH

TRƯƠNG TRỌNG HIỆU\*

Không ai phủ nhận sự cần thiết của việc hình thành chính sách và khung pháp lý cạnh tranh. Tuy nhiên, sự nới lỏng hay thắt chặt chính sách này cũng sẽ là nhân tố đưa nền kinh tế đi về những hướng nghịch chiều. Chính vì vậy, quá trình áp dụng chính sách cạnh tranh (competition policy) - CSCT luôn đặt song hành với chính sách công nghiệp (industrial policy) - CSCN để bảo đảm hiệu suất chung của nền kinh tế. Ở Việt Nam, những ưu trội thị trường mà đội ngũ doanh nghiệp nhà nước (DNNN) hiện có được tạo dựng chính yếu từ chính sách phát triển kinh tế của quốc gia. Chính vì vậy, việc tái cấu trúc DNNN dưới ánh sáng của luật cạnh tranh không thể không xem xét đến những yếu tố đã tạo dựng nên thứ độc quyền nhà nước đó.

Bài viết giới thiệu tổng quan về thực tiễn mối quan hệ giữa CSCN với CSCT và quá trình tái cấu trúc DNNN dưới tác động của CSCT ở Việt Nam.

## 1. Tổng quan về chính sách công nghiệp trong mối quan hệ với chính sách cạnh tranh

### 1.1. CSCN và CSCT: xung đột và liên hệ

Thuật ngữ CSCN được sử dụng để diễn tả nhiều vấn đề khác nhau, tùy từng hoàn cảnh, điều kiện quốc gia lẫn quan điểm và góc độ phân tích của từng nhà nghiên cứu. Theo mô tả của OECD<sup>1</sup>, CSCN được dùng

để chỉ sự can thiệp của chính phủ làm ảnh hưởng đến các quyết định kinh doanh; sự khuyến khích các ngành/lĩnh vực cụ thể; hoặc chính sách bảo hộ quốc gia (như là đòi hỏi về cơ cấu sản phẩm nội địa trong mua sắm công, sự hỗ trợ trực tiếp hoặc gián tiếp đến các công ty cụ thể) hoặc là các chính sách can thiệp khác của chính phủ (như nhằm tạo ra doanh nghiệp hùng mạnh quốc gia và bảo vệ họ trước các đối thủ cạnh tranh cũng như sự thâm tóm từ nước ngoài)<sup>2</sup>.

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

1 OECD (Organization for Economic Cooperation and Development): *Tổ chức Hợp tác và Phát triển Kinh tế*

2 OECD, "Policy Roundtables on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions 2009" OECD, October 19, 2009, 25.

Khởi thủy, CSCN xuất hiện khi thị trường có “khuyết tật”, và để khắc phục những “khuyết tật” đó của thị trường<sup>3</sup>. Tuy nhiên, mục tiêu của CSCN tại các quốc gia trên thực tế đôi khi đã vượt ra khỏi nhiệm vụ mặc định này, và tùy thuộc rất nhiều việc quốc gia đó đang muốn gì trong tiến trình “chuyên môn hóa nền kinh tế”<sup>4</sup> của mình. Chẳng hạn, sự “can thiệp” trong CSCN của quốc gia này có thể nhắm vào khối doanh nghiệp tư nhân, nhưng ở quốc gia khác đôi tượng được quan tâm nhiều có thể là doanh nghiệp thuộc sở hữu nhà nước, như Trung Quốc<sup>5</sup>, Hàn Quốc (giai đoạn đầu)<sup>6</sup>...

Nhưng nhìn chung, sứ mệnh chính yếu của CSCN được xác định là bảo vệ nền kinh tế nội địa trước sức ép cạnh tranh từ bên ngoài, và từ đó, tạo sức cạnh tranh cho nền kinh tế nội địa có khả năng cạnh tranh trong những hoạt động thương mại toàn cầu. Vì điều này, nội dung của CSCN cũng thường bao hàm cả “chính sách quốc gia mũi nhọn” (national champion policy) với chiến lược tạo ra và duy trì những doanh nghiệp hùng mạnh của quốc gia và bảo vệ họ trước sức cạnh tranh của đối thủ hay khả năng thâm tóm bởi các nhà đầu tư nước ngoài<sup>7</sup>. Thông thường, để làm được như vậy, các quốc gia

thường gia tăng, có thể là gây sức ép, để quá trình sáp nhập giữa các doanh nghiệp nội địa diễn ra. Điều này có thể hơi trái ngược với chính sách quản lý sáp nhập. Nhưng các chính phủ vẫn có thể chọn giải pháp “bè cong quy trình sáp nhập” để đạt được mục tiêu CSCN đề ra<sup>8</sup>.

Tuy nhiên, các bằng chứng thực nghiệm cho thấy, việc theo đuổi CSCN mũi nhọn cũng dễ gây ra tác động không tốt. Chẳng hạn, hao tổn chi phí xã hội để hỗ trợ cho lĩnh vực công nghiệp không hiệu quả (có thể do sự lựa chọn sai lầm của chính phủ)<sup>9</sup>, hay khả năng đối mặt với các biện pháp đối kháng của các nước khác khi có sự trợ cấp của chính phủ dành cho doanh nghiệp nội địa. Đặc biệt, thực tế cho thấy không phải lúc nào một kế hoạch sáp nhập cũng đạt được hiệu quả kinh tế theo quy mô sau đó<sup>10</sup>.

Đáng nói hơn, một chính sách bao bọc doanh nghiệp kỹ lưỡng trước sức ép cạnh tranh của doanh nghiệp nước ngoài nhiều khi sẽ gây hại đến hiệu suất cũng như làm giảm bớt tính cạnh tranh của nền kinh tế nội địa do nó làm mất đi tính năng động và khả năng sáng tạo của nhóm doanh nghiệp hay khối/ngành được bảo trợ<sup>11</sup>. Như vậy, diễn đạt một cách tổng quát, CSCN dễ có sự

3 Mitsuo Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan, Modern Japanese Law Series, Oxford University Press, 1993, 273.*

4 CSCN còn được diễn đạt như những giải pháp của chính phủ nhằm tác động đến tiến trình chuyên môn hoá nền kinh tế của quốc gia.

Xem thêm: OECD, "Policy Roundtables on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions 2009", OECD, October 19, 2009, 226.

5 Ronald U. Mendoza Lai, Lai - Lynn Angelica B. Barcenas, và Padmini Mahurkar, *Balancing Industrial Concentration and Competition for Economic Development in Asia, Asian Institute of Management, August 2012: 16-17*; Nate Bush và Yue Bo, "Disentangling Industrial Policy and Competition Policy in China," *The Antitrust Source, American Bar Association, February 2011: 1.*

6 Larry E. Westphal, *Industrial Policy in an Export-Propelled Economy: Lessons from Korea's Experience, The Journal of Economic Perspectives, American Economic Association 4 (3) Summer 1990: 41.*

7 OECD, *Policy Roundtables on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions 2009, 11.*

8 OECD, *Tid., 26-27.*

9 Trong quá trình thực thi CSCN, yếu tố chính trị thường có sự ảnh hưởng ít nhiều, đặc biệt là trong lựa chọn đối tượng. Và sự lựa chọn mang tính chính trị nhiều hơn là dựa vào các tiêu chí kinh tế thường không những không tạo ra cơ hội bình đẳng mà còn mang lại kết quả không tốt.

Xem thêm: Danny M. Leipziger and Peter A. Petri, *Korean Industrial Policy: Legacies of the Past and Directions for the Future*, The World Bank, 1993, 7.

10 OECD, *Policy Roundtables on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions 2009* 14-15.

11 UNCTAD, *The Relationship between Competition and Industrial Policies in Promoting Economic Development, UNCTAD, April 27, 2009, 12.*

xung đột với mục tiêu và hiệu ứng của CSCT - chính sách thúc đẩy cắt giảm chi phí, tối đa hóa thặng dư tiêu dùng cũng như tổng phúc lợi xã hội, và là chính sách không thể thiếu trong tổng thể của nền kinh tế thị trường<sup>12</sup>.

Nói cách khác, để có thể duy trì CSCN hiệu quả, các quốc gia cần phải tìm ra được mối liên hệ với CSCT. Đây là một thách thức đầy cam go và thực tế, sự lựa chọn của các quốc gia thường khó lòng nhận được sự đồng thuận tuyệt đối từ các ý kiến phản biện. Trong nhiều trường hợp, quốc gia có thể bỏ qua ý kiến về sự tự định hướng của thị trường, chấp nhận hạn chế cạnh tranh nội địa (thường cho là quá mức) để tăng cường năng lực cạnh tranh quốc tế. Nhưng ngược lại, sự lựa chọn phương án chấp nhận nới lỏng CSCT nhiều khi cũng bị phê phán là nguyên nhân làm gia tăng các chi phí (giá cả) và làm giảm động lực sáng tạo của doanh nghiệp và nền kinh tế<sup>13</sup>.

Có thể, không phải mọi trường hợp áp dụng CSCN đều sẽ làm thuyên giảm thặng dư tiêu dùng. Do đó, trong một số trường hợp nhất định, để tối đa hóa thặng dư tiêu dùng, thực dụng và linh hoạt là đòi hỏi cần thiết đối với quá trình vận dụng CSCT<sup>14</sup>. Với cái nhìn lạc quan, các nhà phân tích luôn tìm ra sự tương đồng và hỗ trợ lẫn nhau giữa CSCN và CSCT<sup>15</sup>. Trên thực tế tại nhiều quốc gia, sự tương hỗ đó cũng được phản ánh, ở những mức độ thành công khác nhau. Trong những trường hợp như vậy, CSCN thường không phải được sử dụng như là công cụ để chống

lại cơ chế thị trường mà để bổ sung cho sự không hoàn thiện của thị trường và hỗ trợ nó vận hành tốt hơn<sup>16</sup>. Ngược lại, dù tồn tại thế nào, CSCT cũng thường được áp dụng một cách linh hoạt để hỗ trợ cho quá trình thực hiện các kế hoạch hỗ trợ, xúc tiến thương mại hay các phương án cấu trúc nền kinh tế của chính phủ, vì đây là mục tiêu chung của cả nền kinh tế quốc gia.

Theo kết quả thảo luận tại diễn đàn của OECD, CSCT áp dụng một cách hiệu quả có thể hỗ trợ quốc gia thực thi CSCN trong việc hợp lý hóa lợi thế kinh tế theo quy mô, giới hạn khả năng định giá hủy diệt của các doanh nghiệp độc quyền nước ngoài, thúc đẩy gia nhập ngành công nghiệp mới và nâng cao hiệu quả của doanh nghiệp qua những xúc tác đổi mới quản trị và cải tiến công nghệ<sup>17</sup>. Đặc biệt, CSCT sẽ xuất hiện khi mà những tác động tích cực của CSCN không đủ đối trọng với những ảnh hưởng tiêu cực khi cạnh tranh bị biến dạng<sup>18</sup>.

Môi trường kinh tế có tính quốc tế ngày nay có thể sẽ có nhiều cơ hội cho việc sử dụng CSCN<sup>19</sup>. Đặc biệt, điều này còn xảy ra với xác suất cao hơn đối với các quốc gia đang phát triển, nơi mà chưa có đầy đủ các yếu tố của một thị trường hoàn hảo<sup>20</sup>. Mặc dù vậy, tổng kết kinh nghiệm thực tế tại các quốc gia thường cho thấy, việc thực thi CSCN luôn có những giới hạn. Trước hết, chỉ một số nhỏ các ngành cần được hỗ trợ liên tục. Ngoài ra, cần phải có giới hạn về phạm vi được phép áp dụng chính sách trước việc cởi bỏ sự kiểm soát của CSCT<sup>21</sup>.

12 Nếu CSCN cũng tự mình làm gia tăng phúc lợi và chuyển lợi ích cho người tiêu dùng thì CSCT không cần tồn tại.

Xem thêm: Lars Sørgaard, *Structural Policies, Regulation and Competition: The Economics of National Champions*, Norwegian Competition Authority, February 16, 2007, 16.

13 Lars Sørgaard, *Itd.*, 18.

14 OECD, *Policy Roundtables on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions 2009*, 15.

15 UNCTAD, *The Relationship between Competition and Industrial Policies in Promoting Economic Development*, 12.

16 Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan*, 274.

17 OECD, "Policy Roundtables on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions 2009" 41.

18 OECD, *Itd.*, 15.

19 Dani Rodrik, "Industrial Policy for the Twenty-First Century" Harvard University, November 2004, 38.

20 Youngjin Jung và Seung Wha Chang, "Korea's Competition Law and Policies in Perspective Symposium on Competition Law and Policy in Developing Countries," *Northwestern Journal of International Law & Business* 26, no. 3 Spring (2006): 714.

21 Westphal, "Industrial Policy in an Export-Propelled Economy: Lessons from Korea's Experience" 27.

Tiếp đến, đó là sự giới hạn về mặt thời gian áp dụng, thường chỉ mang tính tạm thời và cần phải có quy trình cụ thể. Và cuối cùng, chính phủ cần tiếp thu và vận dụng các sáng kiến khả thi từ phía các doanh nghiệp hơn là áp dụng sự can thiệp trực tiếp vào hoạt động sản xuất, kinh doanh<sup>22</sup>.

Hẳn nhiên, việc vận dụng một cách có hiệu quả sự kết hợp giữa CSCN, trong đó có chính sách kinh tế mũi nhọn, và CSCT luôn đối diện với nhiều thử thách. Nhưng điều đó không có nghĩa là không có khả năng xảy ra. Trên thực tế, mặc dù vẫn phải đối diện với không ít thất bại, nhưng có thể nói, Nhật Bản và Hàn Quốc là hai quốc gia điển hình cho sự thành công trong việc áp dụng linh hoạt hai chính sách này. Đặc biệt, mục tiêu trọng tâm trong chính sách đều nhấn mạnh và hiệu quả “động” của nền kinh tế chứ không phải là hiệu quả “tĩnh”<sup>23</sup>.

## 1.2. Nhật Bản: Vai trò của Chính phủ và hiệu quả của CSCN

Trước chiến tranh thế giới thứ hai, với chính sách hỗ trợ tối đa, không kiểm soát, thậm chí khuyến khích cartel<sup>24</sup> và tạo dựng thể độc quyền, nền kinh tế Nhật Bản đã xuất hiện khá nhiều các tập đoàn lớn (tiếng Nhật gọi là zaibatsu) có sức mạnh kinh tế hay sức mạnh thị trường<sup>25</sup>. Với chính sách “kinh tế dân chủ”<sup>26</sup>, trong một thời gian ngắn, Nhật

Bản đã phải giải tán, loại bỏ được các tổ hợp kinh tế nêu trên bằng các biện pháp tái cấu trúc. Tuy nhiên, liền ngay sau đó, các nguyên tắc pháp luật cạnh tranh cơ bản đã gặp phải sự phản ứng gay gắt khi *Luật Ngăn cấm độc quyền và duy trì thương mại lành mạnh* được thông qua năm 1947<sup>27</sup>. Theo đó, ý nghĩ muốn dứt khỏi sự kiểm soát của CSCT để đảm bảo cho các mục tiêu của CSCN bắt đầu xuất hiện<sup>28</sup>.

Ngay từ những năm cuối thập kỷ 40, CSCN tập trung nuôi dưỡng và củng cố các ngành công nghiệp xuất khẩu để thu ngoại tệ dưới sự chủ trì của Bộ Công nghiệp và Thương mại quốc tế Nhật Bản (MITI) đã thống lĩnh nền kinh tế quốc gia này, đồng thời đưa ra những kỳ vọng về hiệu ứng của các nguyên tắc cạnh tranh vào thời kỳ đen tối nhất trong những năm 1950<sup>29</sup>. Bên cạnh mở rộng phạm vi các trường hợp miễn trừ, chính sách này của Chính phủ còn mong muốn các cartel được kiểm soát một cách nhẹ nhàng, mềm mỏng hơn. Thậm chí, những thủ tục hành chính sử dụng trong giai đoạn này cũng không tương thích với CSCT mà còn có thể gây hại đến cạnh tranh<sup>30</sup>.

Đặc biệt, sau lần sửa đổi các năm 1949 và 1953, Luật Cạnh tranh Nhật Bản tiếp tục phải nới lỏng sự kiểm soát<sup>31</sup>. Trong những năm 1960, Nhật Bản tiếp tục đẩy mạnh các

22 Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan*, 275–276.

23 Alice H. Amsden và Ajit Singh, “The Optimal Degree of Competition and Dynamic Efficiency in Japan and Korea,” *European Economic Review* 38 (1994): 949.

24 Thuật ngữ “cartel” bắt nguồn gốc từ tiếng Đức “Kartell”, có nội hàm dùng để chỉ hình thức hợp tác giữa các doanh nghiệp có vị trí độc lập với nhau (hợp tác theo chiều ngang) nhằm nâng cao sức mạnh của các bên trên thị trường. Cartel được sử dụng rộng rãi tại các nước Anh-Mỹ, tuy nhiên tại Pháp nó lại được thể hiện bằng thuật ngữ “entente”, nhưng nội hàm hai khái niệm này không hoàn toàn đồng nhất với nhau, theo đó entente thể hiện mọi thỏa thuận ý chí (minh thị hoặc mặc thị) và mọi dạng hành vi tập thể giữa các doanh nghiệp có tính chất làm mất đi tính độc lập trong hành vi của mỗi bên tương ứng trên thị trường. Cartel hay entente bị coi là bất hợp pháp khi nó có mục đích nhằm ngăn cản, hạn chế hoặc làm sai lệch quy luật cạnh tranh bình thường trên thị trường. Về mặt kinh tế, cartel là một tình trạng độc quyền do các doanh nghiệp đạt được bằng cách liên kết với nhau để kiểm soát thị trường. Loại hình liên kết cổ điển và cũng là phổ biến nhất chính là các bên cùng nhau ấn định giá và các yếu tố hình thành giá với mục đích ngăn cản sự gia nhập thị trường của các doanh nghiệp mới. Hậu quả tiêu cực nhất của liên kết này thể hiện ở chỗ người tiêu dùng không được hưởng lợi từ sự cạnh tranh lành mạnh về giá cả trên thị trường mà đáng lẽ ra họ phải được hưởng nếu có “cuộc chiến tranh” về giá diễn ra (Chú thích của BTU).

25 Hiroshi Iyori, *Antimonopoly Legislation in Japan*; *Federal Legal Publications*, 1969, 2.

26 Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan*, 274.

27 Iyori, *Antimonopoly Legislation in Japan*, 15.

28 Amsden và Singh, “The Optimal Degree of Competition and Dynamic Efficiency in Japan and Korea,” 946.

29 Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan*, 274.

30 OECD, “Policy Roundtables on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions 2009,” 119.

31 Iyori, *Antimonopoly Legislation in Japan*, 17–19.

CSCN, tăng cường sự hợp tác của Chính phủ với khối tư nhân, nhằm vào việc xây dựng các khối ngành công nghiệp cụ thể cần tăng cường khả năng cạnh tranh quốc tế để tái cấu trúc và đầu tư tài chính; và thậm chí là hợp lý hóa các cartel. Đặc biệt, trước sức ép của xu thế tự do hóa trong thương mại quốc tế, MITI còn nỗ lực thúc đẩy các kế hoạch sáp nhập giữa các công ty lớn ở các lĩnh vực công nghiệp trọng yếu, kể cả các công ty được tách ra từ các zaibatsu trước đây<sup>32</sup>.

Khá thú vị là khi nền kinh tế Nhật Bản bước vào thời kỳ suy thoái nghiêm trọng giữa năm 1964, chính JFTC (Cơ quan Cạnh tranh và Thương mại lành mạnh Nhật Bản) là cơ quan chống lại các đề xuất cắt giảm sản xuất. Ngược lại, cơ quan này đã đôn đốc việc áp dụng quy định về cartel cho các công ty đang trì trệ theo Luật Chống cạnh tranh<sup>33</sup>. Kết quả, số vụ cartel như vậy được phê chuẩn đã tăng lên và điều đó góp phần quan trọng trong việc đưa nền kinh tế Nhật Bản đi qua thời kỳ cam go nhất<sup>34</sup>.

Có thể nói, giai đoạn yếu thế của CSCT chỉ thật sự chấm dứt khi cơ quan cạnh tranh Nhật Bản cương quyết áp dụng các biện pháp xử lý các cartel vi phạm vào những năm đầu thập kỷ 70. Ở thời điểm này, từ ngày Luật Cạnh tranh được ban hành, vụ cartel đầu tiên (giữa các công ty kinh doanh xăng dầu) đã được JFTC lần toà án buộc tội<sup>35</sup>. Đặc biệt, không giống như trước, JFTC cũng đã cương quyết từ chối vụ tái sáp nhập giữa ba công ty sản xuất giấy lớn nhất nước (là các công ty đã được chia tách trước đây) khi vụ việc được đề trình vào năm 1968<sup>36</sup>.

Tiếp theo, bên cạnh cơ quan MITI,

JFTC đã chính thức có mặt trong các cuộc bàn thảo đánh giá việc tiên hành các cartel hay quá trình thực hiện các CSCN khác. Mọi CSCN trong thời kỳ này đều phải đặt trong mối liên hệ với CSCT, và ý kiến của JFTC là yêu cầu bắt buộc để đề trình mọi chính sách có liên quan<sup>37</sup>. Để đánh dấu cho sự khép lại thời kỳ nới lỏng luật và CSCT, Luật Cạnh tranh sửa đổi năm 1977 được giới thiệu với các nội dung sửa đổi được nhấn mạnh gồm: tăng mức phạt, áp dụng quyền điều tra tội phạm cho JFTC, và bổ sung cả chính sách khoan hồng<sup>38</sup>.

### 1.3. Hàn Quốc: Mô hình về tính hiệu quả của CSCN trong nền kinh tế nhỏ

Trong những năm 1960 - 1970, Hàn Quốc thật sự hứng thú với sự phát triển kinh tế thần kỳ bằng cách áp dụng chiến lược nhằm vào các ngành công nghiệp nhất định thông qua hỗ trợ tài chính, giảm thuế cùng các biện pháp bảo đảm khác. Cụ thể, với kế hoạch phát triển kinh tế 5 năm lần 1 được thông qua năm 1962, Hàn Quốc tiến hành công nghiệp hóa các ngành công nghiệp trẻ và hướng đến xuất khẩu<sup>39</sup>. Đến kế hoạch lần 2, tốc độ tăng trưởng của Hàn Quốc đạt gần 10% vào cuối năm 1971, và bình quân 9,6% cho cả những năm 1970<sup>40</sup>.

Nhưng tốc độ tăng trưởng cao cũng song hành với bức tranh kinh tế vĩ mô mất cân xứng; kinh tế vi mô cũng kém hiệu quả. Đặc biệt, chính sách thiết lập những rào cản ra/vào các ngành/lĩnh vực chiến lược đã gia cố cho một cấu trúc thị trường độc quyền và độc quyền nhóm<sup>41</sup>. Hậu quả cụ thể của chiến lược kinh tế chọn lọc là sự ra đời của các chaebol (các tập đoàn công nghiệp gia đình)<sup>42</sup>, kéo theo tình trạng tập trung quyền

32 Iyori, *Tlđđ.*, 140.

33 Iyori, *Tlđđ.*, 30.

34 Iyori, *Tlđ.*, 30.

35 Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan*, 275.

36 Iyori, *Antimonopoly Legislation in Japan*, 31.

37 OECD, "Policy Roundtables on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions 2009," 120.

38 Iyori, *Antimonopoly Legislation in Japan*, 122.

39 Westphal, "Industrial Policy in an Export-Propelled Economy: Lessons from Korea's Experience" 44.

40 Jung và Chang, "Korea's Competition Law and Policies in Perspective Symposium on Competition Law and Policy in Developing Countries" 688.

41 Tuy nhiên, cũng trong thời kỳ đó, nhiều vấn đề xuất hiện như sự biến dạng của thị trường hay thậm chí là cấu trúc thị trường trở thành thị trường độc quyền.

42 Mendoza Lai, Barcenar, và Mahurkar, *Balancing Industrial Concentration and Competition for Economic Development in Asia* 7.

lực kinh tế, và làm suy yếu nền tảng kinh tế Hàn Quốc<sup>43</sup>.

Cuối cùng, Chính phủ Hàn Quốc nhận thấy cần thiết phải tạo dựng một môi trường kinh tế cạnh tranh hơn trước một thị trường đang dần được mở rộng. Tranh thủ những “điểm rơi” của thị trường và nền kinh tế, phía chính phủ đã dự thảo và liên tục đệ trình dự luật cạnh tranh lên Quốc hội, nhưng vẫn bị phản bác<sup>44</sup>, mặc dù xã hội Hàn Quốc lúc bấy giờ đã bắt đầu bài xích hành vi kinh doanh phản cạnh tranh và một số vụ việc bị cáo buộc xâm phạm các chuẩn mực này<sup>45</sup>. Điều đó cho thấy, người kinh doanh Hàn Quốc lúc bấy giờ đã thành công khi cho rằng ban hành luật cạnh tranh vào thời điểm đây là quá sớm khi mà mục tiêu của nền kinh tế Hàn Quốc vẫn đang trong giai đoạn tích tụ tư bản và tạo đà cho sản phẩm lưu chuyển tự do ra thị trường<sup>46</sup>.

Với những nỗ lực không ngừng nghỉ, cuối cùng *Luật Ổn định giá và Thương mại lành mạnh* được ban hành vào cuối năm 1975 mặc dù trên thực tế, đạo luật này vẫn chưa thể phát huy hiệu quả, ngoài tác động bảo toàn giá và kiềm chế lạm phát<sup>47</sup>. Sang thập kỷ 80, sau hàng loạt biến động chính trị, một chính phủ mới ra đời, tư duy về chiến lược phát triển kinh tế có nhiều chuyển biến, Hàn Quốc bắt đầu có những giới hạn trong sự can thiệp của Chính phủ, quản lý để thị trường định hướng dưới nguyên tắc “tự thực hiện của thị trường, cạnh tranh và mở”<sup>48</sup>. Nội hàm của CSCN

theo đó có sự điều chỉnh tương thích. Và, ấn tượng nhất, *Luật Kiểm soát độc quyền và Thương mại lành mạnh* chính thức được thông qua. Nhiều vấn đề cạnh tranh được chính phủ chú tâm giải quyết<sup>49</sup>.

Dù vậy, mức độ tập trung kinh tế của các chaebol vẫn không giảm<sup>50</sup> và tiếp tục kìm hãm sự phát triển của các doanh nghiệp vừa và nhỏ, lực lượng nền tảng phát triển của kinh tế Hàn Quốc<sup>51</sup>. Pháp luật cạnh tranh mặc dù đã được điều chỉnh và bổ sung quy định về kiểm soát tập trung kinh tế từ năm 1986 nhưng vẫn không đủ sức kiểm toả và cải thiện tình hình. Mười năm sau đó, khi cuộc khủng hoảng tài chính - tiền tệ nổ ra (1997-1998), các chaebol ở Hàn Quốc bị cáo buộc là cái ổ dịch của khủng hoảng, Luật Cạnh tranh lại tiếp tục được gia cố. Nhưng cuối cùng, Chính phủ đã cho rằng, kiểm soát sự tập trung kinh tế của chaebol có liên quan đến cả vấn đề quản trị công ty và từ năm 2004, vấn đề minh bạch hoạt động quản trị công ty đã được đưa vào luật thương mại Hàn Quốc để bổ sung thêm công cụ pháp lý giải quyết vấn đề này cùng với Luật Cạnh tranh<sup>52</sup>.

Ngày nay, thay vì sử dụng chiến lược phát triển theo định hướng của nhà nước thông qua hỗ trợ và bảo vệ, Hàn Quốc đã tiếp nhận chiến lược phát triển được định hướng bởi thị trường thông qua việc tăng cường cạnh tranh, cải cách thể chế nhằm thúc đẩy cải tiến công nghệ và gia tăng hiệu suất<sup>53</sup>.

43 OECD, "Policy Roundtables on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions 2009" 125.

44 Các năm đệ trình gồm 1964, 1966, 1967, 1968 và 1972.

Xem thêm: Jung và Chang, "Korea's Competition Law and Policies in Perspective Symposium on Competition Law and Policy in Developing Countries" 692.

45 Jung và Chang, *Tld.*, 689.

46 Jung và Chang, *Tlđđ.*, 689.

47 Leipziger và Petri, "Korean Industrial Policy: Legacies of the Past and Directions for the Future," 31.

48 OECD, "Policy Roundtables on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions 2009," 125.

49 Leipziger và Petri, "Korean Industrial Policy: Legacies of the Past and Directions for the Future," 32.

50 Mendoza Lai, Barceñas, và Mahurkar, *Balancing Industrial Concentration and Competition for Economic Development in Asia* 9.

51 Jung và Chang, *Korea's Competition Law and Policies in Perspective Symposium on Competition Law and Policy in Developing Countries*. 692.

52 Jung và Chang, *Tld.*, 694.

53 OECD, *Policy Roundtables on Competition Policy, Industrial Policy and National Champions 2009*, 128.

### 2. Đổi mới doanh nghiệp nhà nước và nhu cầu cơ cấu lại khối doanh nghiệp thống lĩnh dưới tác động của chính sách cạnh tranh ở Việt Nam

“Mỗi quốc gia đều có CSCN và Việt Nam không phải là ngoại lệ”<sup>54</sup>. Nhưng quan niệm về CSCN ở Việt Nam có đôi chút khác biệt so với các nước khác<sup>55</sup>. Dù hiểu theo nghĩa rộng hay hẹp thì một phần (và là một phần quan trọng) của CSCN Việt Nam luôn song hành với nhóm đối tượng là DNNN. Với chủ trương đổi mới được khởi xướng từ những năm 1980, chính sách này vẫn được bảo lưu; tuy nhiên nó đã được điều chỉnh về nội dung và cho thấy có sự thay đổi về “chất”: Tìm kiếm một hệ thống quản lý kinh tế mới, linh hoạt và hiệu quả hơn<sup>56</sup>.

Cụ thể, với những quyết định “mở,” thành phần kinh tế ngoài quốc doanh được huy động; chính sách khoán, cho thuê DNNN được triển khai. Sau một khoảng thời gian ngắn, số lượng doanh nghiệp ngoài quốc doanh ngày càng tăng, và góp phần quan trọng vào tiến trình cải thiện GDP của cả nước. Có thể nói, nếu như bức tranh kinh tế kế hoạch hóa của Việt Nam trước đây được lắp ghép hoàn toàn bằng các khối hình xí nghiệp nhà nước thì bức tranh đầy ắp đậm đó đã được bổ sung thêm những gam màu sáng sủa hơn rất nhiều sau một thời gian “đổi mới”.

Tuy nhiên, bởi những lý do được phân tích trong nhiều nghiên cứu khác, lực lượng các “chủ cũ” - DNNN - vẫn tiếp tục được duy trì. Dù có sự thay đổi và thuyên giảm ít nhiều khi Việt Nam có Luật Doanh nghiệp năm 1999, Luật Doanh nghiệp thống nhất

năm 2005, rồi chuẩn bị và chính thức trở thành thành viên của WTO, CSCN vẫn luôn mang lại sự ưu ái đặc biệt cho các DNNN<sup>57</sup>.

Đổi lại, có nhiều doanh nghiệp vẫn chìm sâu trong thua lỗ. Đóng góp vào GDP ngày càng thuyên giảm trước sự gia tăng tỷ trọng ngày càng cao của khối doanh nghiệp ngoài quốc doanh. Kết quả thực tiễn này cùng bài học lịch sử đón đầu về lạm phát phi mã, thâm hụt tài khoản vãng lai do sự đầu tư quá mức hay “phải bơm những khoản trợ cấp lớn cho các DNNN”<sup>58</sup> đã thôi thúc nhà nước chuyển mục tiêu chính sách theo hướng thúc đẩy khối doanh nghiệp này nâng cao hiệu quả và tăng cường năng lực cạnh tranh. Chủ trương sắp xếp và đổi mới DNNN theo hướng này càng được nhấn mạnh và xúc tiến trên diện rộng.

Nghiên cứu lịch sử thực thi chính sách đối với đối tượng DNNN ở Việt Nam, chúng ta có thể khái quát các nội dung lớn sau:

#### - Cổ phần hóa

Sau chủ trương “tiến hành làm thử” việc “chuyển xí nghiệp quốc doanh thành công ty cổ phần” theo quyết định của Hội đồng Bộ trưởng<sup>59</sup>, chương trình thí điểm cổ phần hóa bắt đầu khởi động từ năm 1992<sup>60</sup>. Đến năm 1998, chương trình này được triển khai trên diện rộng<sup>61</sup> và từ năm 2002 được đẩy nhanh tốc độ nhiều hơn nữa. Đặc biệt, sau giai đoạn đó, chương trình cổ phần hóa được nhấn mạnh đến mục tiêu “nâng cao hiệu quả, sức cạnh tranh của doanh nghiệp”<sup>62</sup>.

Thực tế, có không ít doanh nghiệp sau cổ phần hoạt động khá hiệu quả và trụ vững trước sức ép của thị trường đang dần được mở rộng<sup>63</sup>. Tuy nhiên, kết quả tổng thể của

54 Dwight H. Perkins và Thành Tự Anh Vũ, *CSCN Việt Nam: Thiết kế chính sách để phát triển bền vững*, UNDP - Việt Nam, 01/2010, 1.

55 Dwight H. Perkins và Thành Tự Anh Vũ, *Tlđđ.*, 1.

56 Dwight H. Perkins và Thành Tự Anh Vũ, *Tlđđ.*, 2.

57 Theo báo cáo của UNDP, ở Việt Nam, tỷ trọng đầu tư nhà nước thường ở mức 50% hoặc cao hơn trong tổng đầu tư cho đến năm 2004. Xem thêm: Dwight H. Perkins và Thành Tự Anh Vũ, *Tlđđ.*, 18.

58 Dwight H. Perkins và Thành Tự Anh Vũ, *Tlđđ.*, 2.

59 Quyết định 143 - HĐBT của Hội đồng Bộ trưởng, 10/5/1990.

60 Thành Tự Anh Vũ, Ý nghĩa và động lực của cổ phần hóa, *Tạp chí Tia Sáng*, 5/2005.

61 Phạm vi áp dụng mở rộng ra tất cả các doanh nghiệp mà Nhà nước không cần tiếp tục nắm giữ 100% vốn. Xem thêm: Nghị định số 44/1998/NĐ-CP của Chính phủ, 29/6/1998.

62 Nghị định 64/2002/NĐ-CP của Chính phủ, 19/6/2002.

63 Thành Tự Anh Vũ, Làm thế nào để đẩy nhanh cổ phần hóa? *Tạp chí Tia Sáng*, 6/2005.



chương trình không như mong đợi. Nhiều trường hợp không đa dạng hóa được sự sở hữu do chủ thể mua cổ phần vẫn là các DNNN khác. Tốc độ cổ phần hóa khá chậm, dù có phần cải thiện trong những năm sau này<sup>64</sup>. Để tiếp tục thực hiện, Chính phủ cũng đã ban hành thêm nhiều văn bản chỉ đạo, hướng dẫn và thể hiện quyết tâm quyết liệt hơn<sup>65</sup>. Đặc biệt, đối tượng cổ phần không ngừng được mở rộng, gồm cả ngân hàng thương mại nhà nước và các tổ chức tài chính nhà nước<sup>66</sup>, các tổng công ty, tập đoàn kinh tế (các công ty mẹ)<sup>67</sup> và các DNNN đã chuyển đổi hình thức công ty TNHH một thành viên theo Luật Doanh nghiệp (thống nhất) năm 2005<sup>68</sup>.

*- Sáp nhập và mở rộng quy mô*

Tiếp tục hoạt động sắp xếp khối doanh nghiệp này, đầu năm 1994, Thủ tướng Chính phủ ban hành hai văn bản cùng lúc tạo tiền đề cho việc thành lập các DNNN có quy mô lớn: các tổng công ty và tập đoàn<sup>69</sup>. Về cơ cấu, các tổng công ty này đòi hỏi phải có số lượng công ty thành viên từ 5 hoặc 7 đơn vị. Đặc biệt, các tập đoàn kinh tế do Nhà nước thành lập có thể hoạt động đa ngành, và “được tổ chức công ty tài chính để huy động vốn, điều hòa vốn phục vụ yêu cầu phát triển của nội bộ tập đoàn hoặc liên doanh với các đơn vị kinh tế khác”<sup>70</sup>.

Có thể nói, đây là giải pháp nhằm tận dụng lợi thế theo quy mô, kết hợp với những hỗ trợ khác từ phía nhà nước, “thúc đẩy tích

tụ và tập trung, nâng cao khả năng cạnh tranh”<sup>71</sup>. Tuy nhiên, cũng như những thất bại mà nhiều nước đã gặp phải khi gia tăng quy mô của doanh nghiệp, nhiều tổng công ty nhà nước sau chương trình này vẫn làm ăn kém hiệu quả, mặc dù khá “to xác”. Mười năm sau, một lần nữa, Chính phủ buộc phải “xốc” lại chính sách và đưa ra quyết định tổ chức lại các tổng công ty nhà nước dưới mô hình công ty mẹ - công ty con, mô hình được áp dụng cho các tổng công ty được thành lập mới theo Luật DNNN 1995 và 2003<sup>72-73</sup>. Đồng thời, cũng trong giai đoạn này, Chính phủ phê duyệt các đề án thí điểm thành lập tập đoàn nhà nước, như đề án thành lập Tập đoàn Bưu chính - Viễn thông Việt Nam năm 2005, Tập đoàn Công nghiệp tàu thủy Việt nam năm 2006...

Từ kết quả thực nghiệm nêu trên, năm 2009, Chính phủ đi đến quyết định tiến hành thành lập các tập đoàn kinh tế nhà nước ở tất cả các lĩnh vực then chốt<sup>74</sup> để nâng cao khả năng cạnh tranh và hội nhập kinh tế quốc tế của khối doanh nghiệp trong nước, đặc biệt là khi Việt Nam đã chính thức trở thành thành viên của WTO. Tính đến năm 2012, đã có 12 tập đoàn kinh tế nhà nước được thành lập<sup>75</sup>. Trên thực tế, những quyết định này đã đưa tổng công ty với “hình thức liên kết và chi phối lẫn nhau” trở thành những tập đoàn lớn, thực sự gần như độc quyền trong nhiều lĩnh vực của ngành công nghiệp nặng<sup>76</sup>.

64 Perkins và Vũ, *CSCN Việt Nam: Thiết kế chính sách để phát triển bền vững*, 20.

65 Văn bản gần đây nhất là Nghị định 59/2011/NĐ-CP của Chính phủ về chuyển doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thành công ty cổ phần, 18/7/2011 (được sửa đổi bằng Nghị định 189/2013/NĐ-CP ngày 20/11/2013).

66 Nghị định số 187/2004/NĐ-CP của Chính phủ, 16/11/2004.

67 Nghị định số 109/2007/NĐ-CP của Chính phủ, 26/6/2007.

68 Nghị định số 59/2011/NĐ-CP của Chính phủ về chuyển doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thành công ty cổ phần.

69 Quyết định số 90-TTg và 91-TTg, 7/3/1994 (vì vậy, các doanh nghiệp này thường được gọi là Tổng công ty 90 và Tổng công ty 91).

70 Khoản 4 Điều 2 Quyết định 91-TTg, 7/3/1994.

71 Khoản 4 Điều 2, Tlđđ.

72 Nghị định số 153/2004/NĐ-CP của Chính phủ, 9/8/2004.

73 Nghị định số 111/NĐ-CP của Chính phủ, 26/6/2007.

74 Điều 3 Nghị định số 101/2009/NĐ-CP của Chính phủ, 11/5/2009 (xác định có 11 lĩnh vực sẽ tiến hành thành lập Tập đoàn kinh tế nhà nước. Thủ tướng Chính phủ sau đó có thể xem xét và bổ sung thêm các lĩnh vực cần có sự hiện diện của các tập đoàn như thế).

75 Cục Quản lý cạnh tranh, Báo cáo tập trung kinh tế năm 2012, 2012, (từ năm 2012 đến nay không thành lập thêm tập đoàn mới).

76 Perkins và Vũ, *tlđđ.*, 20.

Như vậy, có thể thấy, Việt Nam đã áp dụng chính sách tương tự như các nước, là tiến hành hợp nhất/sáp nhập để tạo ra doanh nghiệp có quy mô lớn; và xét cả về hình thức lẫn sứ mệnh, các tập đoàn được thành lập ra cũng tương tự như mô hình các zaibatsu của Nhật Bản hay chaebol ở Hàn Quốc. Tuy nhiên, nếu như ở các quốc gia đó, chính phủ thường kêu gọi, hỗ trợ hay gây sức ép để các doanh nghiệp dân doanh liên kết lại với nhau để tạo thành các khối, tổ hợp doanh nghiệp thì Việt Nam đã hình thành các tập đoàn nhà nước bằng những quyết định hành chính<sup>77</sup>.

- *Cấu trúc lại các doanh nghiệp thống lĩnh*

Câu chuyện thua lỗ tại Vinashin<sup>78</sup> là một trong số những minh chứng sống động cho thấy, không phải tất cả DNNN, kể cả các tập đoàn kinh tế lớn, đều đạt được hiệu quả như mong đợi sau khi được sáp nhập/hợp nhất hay gia tăng sức mạnh từ nhà nước. Ngược lại, như đã đề cập ở trên, chính sách của Nhà nước đã là bệ đỡ để một số doanh nghiệp có được sức mạnh thị trường và trở thành doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường. Diễn giải theo Luật Cạnh tranh hiện hành, đây chính là các doanh nghiệp độc quyền<sup>79</sup> hay doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp<sup>80</sup> thống lĩnh trên thị trường liên quan.

Xét về mức độ tập trung kinh tế thì DNNN là khối doanh nghiệp có mức độ tập trung rất cao, và chưa có dấu hiệu thuyên giảm ở một số ngành. Theo Báo cáo tập trung kinh tế của Cục Quản lý cạnh tranh, trong số 10 ngành có số HHI (Herfindahl -

Hirschman Index - chỉ số thông dụng về mức độ tập trung kinh tế) tăng cao, hầu hết đều là các ngành phải hoạt động theo quy định chặt chẽ của Nhà nước hoặc do các DNNN nắm giữ. Riêng với các nhóm ngành có một doanh nghiệp thống lĩnh thị trường (CR1) thì đa phần vẫn là DNNN<sup>81</sup>. Chúng ta có thể hình dung về mảng màu này trong lĩnh vực bưu chính - viễn thông. Không phải ai khác, chính Bộ Thông tin - Truyền thông cũng đã chính thức xác định các DNNN hoạt động trong lĩnh vực này đang nắm giữ tỷ lệ thị phần rất khủng<sup>82</sup>.

Tuy nhiên, trước sức ép của môi trường kinh doanh đã được quốc tế hóa, nơi mà cả Chính phủ và doanh nghiệp Việt Nam cũng đang vào cuộc khi là thành viên của WTO, sự hỗ trợ của nhà nước đối với doanh nghiệp nói chung, DNNN nói riêng không còn là chuyện nội bộ của quốc gia. Thậm chí, việc duy trì tình trạng độc quyền nhà nước cũng cần được xem xét lại, hoặc là chấm dứt ngay, hoặc là phải cởi bỏ rào cản gia nhập ngành theo đúng lộ trình cam kết với các thiết chế thương mại quốc tế. Bên cạnh đó, đòi hỏi về bảo đảm lợi ích từ phía người tiêu dùng trong nước cũng đang gia tăng và ngày càng mạnh mẽ.

Trong những tình huống đó, chính sách và luật cạnh tranh thường được đưa ra làm căn cứ để soi xét về khả năng doanh nghiệp đang lạm dụng sức mạnh thị trường để áp đặt giá, hay điều khoản bán hàng bất lợi,.. cho khách hàng<sup>83</sup>. Nói một cách khác, CSCT bắt đầu được quan tâm, mang ra áp dụng, và

77 Thực chất, trong các trường hợp này, nhà nước vẫn là chủ sở hữu doanh nghiệp. Tuy nhiên, các quyết định hợp nhất thiên về tính chất của một mệnh lệnh hành chính nhiều hơn là các thực thi nhằm hướng đến lợi ích của một người chủ doanh nghiệp.

78 Cổng thông tin điện tử Chính phủ, Bộ Chính trị kết luận về Tập đoàn Vinashin, Báo Điện tử Chính phủ, 8/8/2010. <http://baodientu.chinhphu.vn/home/bo-chinh-tri-ket-luan-ve-tap-doan-vinashin/20108/34588.vgg>.

79 Là doanh nghiệp nắm giữ 100% thị phần (độc quyền hoàn toàn). Xem thêm: Điều 12 Luật Cạnh tranh Việt Nam, 2004.

80 Doanh nghiệp có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan hoặc có khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể. Hai doanh nghiệp có tổng thị phần từ 50% trở lên trên thị trường liên quan. Ba doanh nghiệp có tổng thị phần từ 65% trở lên trên thị trường liên quan. Bốn doanh nghiệp có tổng thị phần từ 75% trở lên trên thị trường liên quan. Xem thêm: Điều 11 TĐĐ.

81 Cục Quản lý cạnh tranh, Báo cáo tập trung kinh tế năm 2012, 25-26.

82 Thông tư số 18/2012/TT-BTTTT của Bộ Thông tin - Truyền thông, 15/11/2012.

83 Xem thêm: Trọng Hiếu Trường, 3G và kiểm soát cạnh tranh, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, 9/01/2014. <http://www.thesaigontimes.vn/109795/3G-va-kiem-soat-canhh-tranh.html>.

áp dụng bình đẳng cho tất cả mọi đối tượng doanh nghiệp trong quá trình thực thi CSCN ở Việt Nam khi phiên bản đầu tiên của Luật Cạnh tranh đã được giới thiệu vào năm 2004.

Do đó, trong tổng thể nội dung sắp xếp và đổi mới DNNN, chương trình tái cấu trúc DNNN độc quyền, hay thống lĩnh thị trường và từ đó tái cấu trúc thị trường còn mang tính độc quyền, đã được đưa ra. Tuy chưa có phương án thống nhất, nhưng đề án xây dựng thị trường điện cạnh tranh được đưa ra sau khi Luật Điện lực được thông qua năm 2004 đánh dấu cho sự khởi đầu của bước chuyển chính sách này. Và gần đây, đề án tái cơ cấu DNNN trên diện rộng mà trọng tâm là tập đoàn kinh tế, tổng công ty nhà nước đã được Chính phủ thông qua<sup>84</sup> càng cho thấy đây là phần chính sách thể hiện rõ nhất mối gắn kết với CSCT.

Đặc biệt, nội dung của đề án đã xác định rõ quá trình tái cơ cấu tập đoàn, tổng công ty nhà nước sẽ được thực hiện “một cách toàn diện từ mô hình tổ chức, quản lý, nguồn nhân lực, ngành nghề sản xuất kinh doanh, chiến lược phát triển, đầu tư đến thị trường và sản phẩm”. Ngoài ra, một số tập đoàn kinh tế, tổng công ty nhà nước sẽ được tổ chức lại cho phù hợp với thực trạng và yêu cầu nhiệm vụ<sup>85</sup>.

Đáng chú ý, trong nội dung chương trình tái cấu trúc nhóm DNNN này, Chính phủ đã có sự phân định rõ độc quyền nhà nước và sự độc quyền của DNNN. Hẳn nhiên, đây là hai hiện tượng trái chiều đã được phân tích nhiều trong các tài liệu kinh tế học. Nói một cách vắn tắt, nền kinh tế có thể chấp nhận sự độc quyền (tự nhiên hay nhà nước) trong một số tình huống nhưng sẽ

không chấp nhận nếu như sự độc quyền đó được ban tặng cho một hay một nhóm doanh nghiệp trên thị trường. Chính vì điều này, Nhà nước đã tuyên ngôn là sẽ không để tình trạng “biến độc quyền nhà nước thành độc quyền doanh nghiệp”<sup>86</sup>. Xóa bỏ được tình trạng này trên thực tế là một thách thức vô cùng lớn đối với diện mạo hiện tại của nền kinh tế Việt Nam, nhất là khi chủ trương tái cấu trúc thị trường và DNNN vừa mới bắt đầu. Nhưng dù sao, sự nhận diện và quyết tâm đó cũng đã cho thấy phần ảnh hưởng rất lớn của các quy luật cạnh tranh vào những nỗ lực của Nhà nước trong việc tạo lập một môi trường kinh tế bình đẳng ở Việt Nam.

Thực tế, khi chương trình tái cấu trúc DNNN được khởi động, không ít doanh nghiệp đã đề xuất các phương án nhằm bảo toàn lợi ích và duy trì sức mạnh của mình. Những phương án như vậy đã nhận được khá nhiều ý kiến phê bình và dĩ nhiên không được chấp nhận. Đơn cử, đề án tái cơ cấu thiếu hợp lý của Tập đoàn Điện lực (EVN) trong nhiều năm liên tiếp bị phản bác, từ phía học thuật cũng như cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Bởi lẽ, phương án tạo lập thị trường mua bán điện cạnh tranh được đơn vị này đưa ra bằng cách tạo lập một công ty mua bán điện độc lập, nhưng vẫn là công ty trực thuộc (công ty con) của EVN<sup>87</sup>. Gần hơn, việc đưa ra quyết định tách hay không tách Mobifone ra khỏi VNPT mới đây cũng không thể đơn thuần xem xét ích lợi của doanh nghiệp<sup>88</sup>. Nói cách khác, sự lành mạnh của thị trường và mục tiêu tăng cường cạnh tranh luôn được đề cập là một tiêu chí quan trọng trong các phương án xem xét.

Điều đó cũng ít nhiều minh chứng cho

(Xem tiếp trang 64)

84 Quyết định số 929/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ, 17/7/2012 (phê duyệt Đề án tái cơ cấu doanh nghiệp nhà nước, trọng tâm là tập đoàn kinh tế, tổng công ty nhà nước giai đoạn 2011 – 2015).

85 Điểm 4 mục II điều 1, Tlđđ.

86 Quyết định số 176/2004/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ, 5/10/2004 (về phê duyệt chiến lược phát triển ngành điện Việt Nam giai đoạn 2004 – 2010, định hướng đến năm 2020).

87 Xem thêm: Hồng Anh, Các bộ đều phản đối Đề án Công ty mua bán điện, Vnexpress, 2/8/2007.

<http://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/vi-mo/cac-bo-deu-phan-doi-de-an-cong-ty-mua-ban-dien-2689223.html>.

88 Xem thêm: Hoàng Ly, Sáp nhập MobiFone và VinaPhone sẽ làm hại cạnh tranh, VnExpress, 27/4/2011.

<http://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/vi-mo/sap-nhap-mobifone-va-vinaphone-se-lam-hai-canhh-tranh-2712049.html>.

# NHỮNG BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH VỀ XỬ PHẠT VI PHẠM TRONG LĨNH VỰC CHỨNG KHOÁN VÀ CÁC KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI, BỔ SUNG

PHAN PHƯƠNG NAM\*

Thị trường chứng khoán (TTCK) là nơi diễn ra các hoạt động mua, bán, trao đổi chứng khoán. Ở thị trường này, có nhiều chủ thể tham gia với những tư cách khác nhau như tổ chức phát hành chứng khoán, nhà đầu tư, các chủ thể trung gian... nhằm thỏa mãn các nhu cầu khác nhau về vốn, lợi nhuận. Trong các quan hệ đó, sẽ có những xung đột lợi ích dẫn đến việc có những chủ thể tiến hành các hành vi xâm hại đến lợi ích của chủ thể khác. Những hành vi đó còn có thể gây nên những hệ quả tiêu cực trên TTCK nói riêng và nền kinh tế nói chung. Vì vậy, việc đảm bảo cho TTCK phát triển ổn định, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể tham gia TTCK là nghĩa vụ, trách nhiệm của Nhà nước. Để thực hiện trách nhiệm này, Nhà nước đã ban hành các văn bản pháp luật nhằm điều chỉnh và xử lý đối với những hành vi vi phạm trên TTCK.

Hiện nay, các quy định về xử phạt vi phạm hành chính (VPHC) trong lĩnh vực chứng khoán và TTCK được quy định trong Nghị định 108/2013/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 23/09/2013 (Nghị định 108). Văn bản này thay thế Nghị định số 85/2010/NĐ-CP ngày 02/8/2010 của Chính phủ (Nghị định 85) và đã cụ thể hóa một số quy định trong Luật Chứng khoán sửa đổi, bổ sung năm 2010. Nghị định 108 đã: (i) đưa ra những hình thức xử lý vi phạm đối với hành vi chào bán chứng khoán, bao gồm chào bán chứng khoán riêng lẻ, đại chúng trong nước và chào bán ra nước ngoài, điều này đã mở rộng hơn phạm vi điều chỉnh của pháp luật so với Nghị định 85; (ii) quy định chi tiết hơn các hình thức xử phạt bổ sung và

biện pháp khắc phục hậu quả phù hợp với từng loại hành vi vi phạm trong lĩnh vực chứng khoán và TTCK; (iii) mức xử phạt cũng được quy định cao hơn, phù hợp với quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 và xử lý thích đáng đối với các hành vi vi phạm này. Tuy nhiên, Nghị định 108 còn có một số hạn chế như sau:

*Thứ nhất*, các biện pháp bổ sung của Nghị định 108 nhưng chưa đầy đủ và hoàn thiện.

Khoản 3 Điều 3 Nghị định 108 quy định nhiều biện pháp khắc phục hậu quả nhưng những quy định này vẫn còn có điểm cần bàn. Đó là biện pháp: “Buộc thu hồi chứng khoán đã chào bán, phát hành và hoàn trả cho nhà đầu tư tiền mua chứng khoán...”.

\* ThS. Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

Quy định của Nghị định mới đã bỏ đi phần trách nhiệm trả: “thêm tiền lãi tính theo lãi suất tiền gửi không kỳ hạn của ngân hàng mà tổ chức chào bán chứng khoán mở tài khoản thu tiền mua chứng khoán hoặc tiền đặt cọc...” của tổ chức vi phạm khi thực hiện hoạt động chào bán trái quy định đã từng được quy định trong khoản 5 Điều 7 Nghị định 85.

Có người lý giải rằng, việc tổ chức vi phạm quy định hoạt động chào bán chứng khoán sẽ phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo các pháp luật liên quan nên không cần phải trả thêm tiền lãi tính theo lãi suất ngân hàng. Tuy nhiên, điều này là không hợp lý, bởi lẽ đây là một thiếu sót trong hoạt động lập quy. Điều này được thể hiện rõ nét trong điểm a, khoản 4 Điều 4 và Điều 5 của Nghị định 108<sup>1</sup>. Thiếu sót này dẫn đến mâu thuẫn trong các quy định của Nghị định 103. Vì về nguyên tắc, Điều 3 của Nghị định 108 quy định về hình thức xử phạt VPHC và biện pháp khắc phục hậu quả thì các hình thức xử lý vi phạm và các biện pháp khắc phục của các hành vi vi phạm cụ thể phải tuân thủ theo quy định chung tại Điều 3. Tuy nhiên trên thực tế, điểm a, khoản 4 Điều 4 và Điều 5 của Nghị định lại ghi nhận một biện pháp khắc phục hậu quả không được nêu trong Điều 3.

Vì vậy, theo chúng tôi, Chính phủ cần sửa đổi, bổ sung điểm a khoản 3 Điều 3 Nghị định 108 thành: “Buộc thu hồi chứng khoán đã chào bán, phát hành và hoàn trả cho nhà đầu tư tiền mua chứng khoán; buộc thu hồi số cổ phiếu phát hành thêm; tổ chức

chào bán chứng khoán trái quy định pháp luật phải chi trả thêm tiền lãi tính theo lãi suất tiền gửi không kỳ hạn của ngân hàng mà tổ chức chào bán chứng khoán mở tài khoản thu tiền mua chứng khoán hoặc tiền đặt cọc tại thời điểm bị xử phạt VPHC”.

*Thứ hai*, quy định về xử phạt đối với hành vi chào bán chứng khoán riêng lẻ trong Nghị định 108 là không phù hợp với pháp luật hiện hành.

Điểm c khoản 3 Điều 4 Nghị định 108 quy định: “Thực hiện chào bán cổ phiếu riêng lẻ nhưng không đăng ký với Ủy ban Chứng khoán Nhà nước (UBCKNN) hoặc chưa được UBCKNN thông báo cho tổ chức đăng ký và công bố trên trang thông tin điện tử về việc chào bán cổ phiếu riêng lẻ của tổ chức đăng ký” là hành vi trái pháp luật và bị xử phạt. Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 1 Điều 6 và Điều 8 Nghị định 58/NĐ/CP của Chính phủ ngày 20/07/2012 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Chứng khoán và Luật Chứng khoán sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Chứng khoán (Nghị định 58) thì cơ quan quản lý chào bán chứng khoán riêng lẻ bao gồm nhiều cơ quan như: Ngân hàng Nhà nước, Sở Kế hoạch và đầu tư, Bộ Tài chính...<sup>2</sup>. Nếu vậy, mặc dù đã đăng ký với cơ quan theo quy định tại Điều 8 của Nghị định 58 nhưng tổ chức phát hành vẫn sẽ bị xử phạt nếu như cơ quan mà tổ chức phát hành đăng ký không phải là UBCKNN. Điều này là rất vô lý. Do vậy, quy định tại điểm c khoản 3 Điều 4 Nghị định 108 là hoàn toàn vô lý và trái với Nghị định 58. Để giải quyết mâu thuẫn trên, có hai phương án:

- 1 *Điểm a, khoản 4 Điều 4 và Điều 5 của Nghị định 108/2013/NĐ-CP đều ghi nhận: "Tổ chức có hành vi vi phạm quy định... phải thu hồi cổ phiếu, trái phiếu đã chào bán, phát hành và phải hoàn trả cho nhà đầu tư tiền mua cổ phiếu, trái phiếu hoặc tiền đặt cọc (nếu có) cộng thêm tiền lãi tính theo lãi suất ghi trên trái phiếu hoặc lãi suất tiền gửi không kỳ hạn của ngân hàng mà tổ chức vi phạm mở tài khoản thu tiền mua cổ phiếu hoặc tiền đặt cọc tại thời điểm quyết định áp dụng biện pháp này có hiệu lực thi hành trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu của nhà đầu tư".*
- 2 *Điều 8 Nghị định 58/2012/NĐ-CP qui định: "Cơ quan nhà nước có thẩm quyền quản lý chào bán cổ phiếu riêng lẻ (sau đây gọi chung là cơ quan nhà nước có thẩm quyền) bao gồm:*
  - a) *Bộ Tài chính đối với doanh nghiệp bảo hiểm không phải là công ty đại chúng;*
  - b) *Ngân hàng Nhà nước Việt Nam đối với tổ chức tín dụng không phải là công ty đại chúng;*
  - c) *UBCKNN đối với trường hợp tổ chức phát hành là công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ, công ty đại chúng;*
  - d) *Sở Kế hoạch và Đầu tư; Ban quản lý khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao, khu kinh tế trong trường hợp tổ chức phát hành là công ty cổ phần chưa đại chúng không thuộc đối tượng quy định tại điểm a, b và c Khoản này".*

(i) Bỏ hẳn Điều 8 của Nghị định 58 và sửa lại khoản 1 Điều 6 Nghị định 58 từ “tổ chức phát hành gửi hồ sơ đăng ký chào bán cổ phiếu riêng lẻ tới cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định tại Điều 8 Nghị định này” thành: “tổ chức phát hành gửi hồ sơ đăng ký chào bán cổ phiếu riêng lẻ tới UBCKNN” và giữ nguyên quy định của Nghị định 108.

(ii) Giữ nguyên các quy định về chào bán chứng khoán riêng lẻ trong Nghị định 58 và sửa đổi, bổ sung điểm c khoản 3 Điều 4 Nghị định 108 thành: “thực hiện chào bán cổ phiếu riêng lẻ nhưng *không đăng ký hoặc chưa được cơ quan nhà nước có thẩm quyền* thông báo cho tổ chức đăng ký và công bố trên trang thông tin điện tử về việc chào bán cổ phiếu riêng lẻ của tổ chức đăng ký”.

Theo chúng tôi, phương án hai sẽ khả thi và đúng tinh thần pháp luật hơn, bởi lẽ việc chào bán chứng khoán riêng lẻ là hoạt động thường được các tổ chức phát hành sử dụng để huy động vốn. Hoạt động này diễn ra rộng khắp và tính chất ảnh hưởng không quá lớn đến các nhà đầu tư và TTCK nói chung. UBCKNN còn phải quản lý rất nhiều nội dung khác của TTCK như: giao dịch chứng khoán, kinh doanh chứng khoán, chào bán chứng khoán ra công chúng... Do vậy, UBCKNN không cần phải quản lý tất cả hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ. Theo chúng tôi, đó cũng chính là lý do tại sao có quy định tại Điều 8 Nghị định 58. Với những lý do trên, chúng tôi thấy rằng, việc áp dụng phương án hai để giải quyết mâu thuẫn trên là hợp lý nhất.

*Thứ ba*, pháp luật quy định các biện

pháp xử lý VPHC đối với những hành vi vi phạm phát sinh trong hoạt động chào bán ra công chúng, chào bán cổ phiếu riêng lẻ tại Việt Nam của công ty đại chúng, phát hành trái phiếu riêng lẻ tại Việt Nam là chưa đầy đủ và chính xác.

Trong hoạt động chào bán chứng khoán, pháp luật đã phân chia hoạt động chào bán chứng khoán thành hai loại là chào bán chứng khoán ra công chúng<sup>3</sup> và chào bán chứng khoán riêng lẻ<sup>4</sup>. Tuy nhiên, trong quy định tại Điều 121 Luật Chứng khoán năm 2006 mới chỉ đề cập đến việc xử lý vi phạm đối với hành vi chào bán chứng khoán ra công chúng mà chưa đề cập đến việc xử lý vi phạm đối với hành vi chào bán chứng khoán riêng lẻ.

Điều này có thể lý giải rằng khi Luật Chứng khoán năm 2006 ra đời chưa dự liệu về hoạt động chào bán riêng lẻ nên phần quy định về xử phạt không đề cập đến xử phạt đối với hành vi chào bán chứng khoán riêng lẻ. Tuy nhiên, đến Luật sửa đổi, bổ sung Luật Chứng khoán năm 2010 thì tại khoản 6 Điều 1 Luật đã bổ sung quy định về hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ, nhưng Điều 121 Luật Chứng khoán năm 2006 vẫn không được sửa đổi, bổ sung để xử phạt đối với hành vi chào bán chứng khoán riêng lẻ không đúng quy định của Luật Chứng khoán. Ở lần này, chúng ta có thể kiến giải rằng tại khoản 1 Điều 10a của Luật sửa đổi, bổ sung có xác định: “Chào bán chứng khoán riêng lẻ của tổ chức phát hành không phải là công ty đại chúng được thực hiện theo quy định của Luật Doanh nghiệp và các quy định khác của pháp luật có liên quan”

3 Theo khoản 12 Điều 6 Luật Chứng khoán năm 2006 thì: “Chào bán chứng khoán ra công chúng là việc chào bán chứng khoán theo một trong các phương thức sau đây:

- Thông qua phương tiện thông tin đại chúng, kể cả Internet;
- Chào bán chứng khoán cho từ một trăm nhà đầu tư trở lên, không kể nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp;
- Chào bán cho một số lượng nhà đầu tư không xác định”.

4 Theo khoản 12a Điều 6 Luật Chứng khoán sửa đổi, bổ sung năm 2010 thì: “Chào bán chứng khoán riêng lẻ là việc tổ chức chào bán chứng khoán cho dưới một trăm nhà đầu tư, không kể nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp và không sử dụng phương tiện thông tin đại chúng hoặc Internet”.

nên Luật Chứng khoán không xử lý đối với hành vi vi phạm nói trên.

Tuy nhiên, Luật Doanh nghiệp và các văn bản hướng dẫn thi hành khác không có quy định nào điều chỉnh chào bán chứng khoán riêng lẻ của công ty không phải là công ty đại chúng. Do vậy, Nghị định 58 cũng đã có những quy định về hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ nói chung<sup>5</sup>. Như vậy, có thể hiểu cụm từ “các quy định khác của pháp luật có liên quan” theo Luật Chứng khoán là đề cập đến quy định của Nghị định 58. Theo Điều 3 Nghị định 58 thì đối tượng được chào bán riêng lẻ bao gồm: “1. Công ty cổ phần được thành lập và hoạt động theo Luật Doanh nghiệp và các văn bản pháp luật liên quan. 2. Công ty trách nhiệm hữu hạn chào bán cổ phiếu riêng lẻ để chuyển đổi thành công ty cổ phần”. Mặc dù vậy, khi đề cập về việc xử phạt đối với những hành vi vi phạm liên quan hoạt động chào bán chứng khoán thì Nghị định 108 lại chỉ quy định xử lý đối với những hành vi vi phạm trong hoạt động chào bán chứng khoán ra công chúng, chào bán cổ phiếu riêng lẻ tại Việt Nam của công ty đại chúng mà không đề cập đến việc xử lý đối với những hành vi vi phạm trong hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ của công ty TNHH chuyển đổi thành công ty cổ phần.

Có thể có quan điểm cho rằng, hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ của công ty không phải là công ty đại chúng thì không thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật chứng khoán mà chịu sự điều chỉnh của pháp luật về doanh nghiệp. Tuy nhiên, theo chúng tôi, quan điểm này là chưa chính xác vì: *một là*, trong Nghị định 58 đã có những quy định điều chỉnh về hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ nói chung nên có thể xem đây cũng là một trong các nội dung điều chỉnh của pháp luật chứng khoán và TTCK; *hai là*, trong Nghị định 108 tại Điều

8 cũng có quy định về việc phát hành thêm cổ phiếu. Tuy nhiên, việc phát hành thêm cổ phiếu chắc chắn không phải là chào bán cổ phiếu riêng lẻ của công ty đại chúng và chào bán chứng khoán ra công chúng vì đã có các điều 4, 5, 6, 7 của Nghị định 108 quy định về các hoạt động này. Vậy đây chính là hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ của công ty không phải là công ty đại chúng có vi phạm và đã được Nghị định 108 điều chỉnh.

Từ đó cho thấy, hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ kể cả hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ của công ty chưa là công ty đại chúng cũng đã được Nghị định 108 điều chỉnh. Nhưng Nghị định 108 đã chưa quy định đầy đủ và bao quát hết các hành vi vi phạm trong hoạt động chào bán chứng khoán. Đó là chưa điều chỉnh đến hành vi vi phạm trong hoạt động chào bán chứng khoán riêng lẻ của công ty TNHH khi chuyển đổi thành công ty cổ phần.

Vì vậy, chúng tôi kiến nghị Chính phủ cần nhanh chóng nghiên cứu và bổ sung vào Nghị định 108 một điều quy định về xử phạt đối với chủ thể có những hành vi vi phạm trong hoạt động chào bán cổ phiếu riêng lẻ của công ty TNHH khi chuyển đổi thành công ty cổ phần. Tuy nhiên, mức xử phạt đối với hành vi này có thể sẽ nhẹ hơn đối với vi phạm trong hoạt động chào bán chứng khoán ra công chúng vì sức ảnh hưởng của đợt chào bán, mức độ nguy hiểm của hành vi không cao bằng.

*Thứ tư*, các quy định về xử lý vi phạm trong hoạt động môi giới chứng khoán còn chưa đầy đủ. Ở đây có hai nội dung cần đề cập:

Một là, những hành vi vi phạm được quy định trong Nghị định 108 là chưa bao quát hết các vi phạm trong hoạt động môi giới chứng khoán.

5 Xem thêm Điều 3, 4, 5, 6, 7, 8 Nghị định 58/2012/NĐ-CP.

Khoản 1 Điều 48 Thông tư 210/2012/TT-BTC của Bộ Tài chính hướng dẫn về thành lập và hoạt động công ty chứng khoán quy định (Thông tư 210): “Hợp đồng mở tài khoản phải có các nội dung tối thiểu theo quy định tại Phụ lục XVI ban hành kèm theo Thông tư”. Như vậy, những nội dung tối thiểu được quy định trong phần Phụ lục XVI của Thông tư 210 là những nội dung mang tính bắt buộc trong hợp đồng mở tài khoản. Nếu nội dung trong hợp đồng mở tài khoản giao dịch chứng khoán do CTCK thiết kế mà không có đầy đủ những nội dung trên thì có thể coi CTCK đã có hành vi vi phạm pháp luật, có khả năng làm xâm hại đến những quyền và lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư là khách hàng của CTCK. Theo nguyên tắc, CTCK rơi vào trường hợp này sẽ bị xử phạt vi phạm. Tuy nhiên, khảo sát tất cả các quy định trong Nghị định 108, chúng tôi nhận thấy chưa có một quy định cụ thể về hành vi vi phạm nêu trên.

Xét về tính chất, hành vi này cũng là hành vi vi phạm trong hoạt động kinh doanh của CTCK. Tuy nhiên, xét về mức độ hậu quả thì hành vi vi phạm này không quá nghiêm trọng. Do vậy, chúng tôi kiến nghị hành vi vi phạm này sẽ được xem xét trong khoản 1 Điều 21 Nghị định 108. Nên thêm vào điểm e khoản 1 Điều 21 Nghị định 108 nội dung sau: “đ) ký hợp đồng mở tài khoản không đảm bảo những nội dung tối thiểu theo quy định của pháp luật”. Quy định bổ sung này vừa không phá vỡ cấu trúc trong Nghị định 108, vừa bảo đảm tính chặt chẽ, hợp lý trong các quy định của pháp luật về hoạt động môi giới, bảo đảm mọi hành vi vi phạm pháp luật đều bị xử lý thích đáng, nhằm bảo vệ tốt hơn nữa nhà đầu tư là khách hàng của CTCK trong hoạt động môi giới chứng khoán.

Hai là, có những hành vi vi phạm trong hoạt động môi giới như: “nhận ủy thác quản lý tài khoản giao dịch chứng khoán của nhà đầu tư cá nhân trái quy định pháp luật; mở tài khoản giao dịch chứng khoán cho khách

hàng, nhận lệnh của khách hàng và thực hiện lệnh giao dịch của khách hàng không đúng quy định pháp luật; thanh toán giao dịch với người khác không phải là người đứng tên tài khoản giao dịch mà không có ủy quyền bằng văn bản của người đứng tên tài khoản; thực hiện mua hoặc cho khách hàng mua chứng khoán khi không có đủ tiền theo quy định, trừ trường hợp pháp luật quy định khác; vi phạm quy định về giao dịch ký quỹ chứng khoán” đã làm cho CTCK có phát sinh thu nhập bất hợp pháp. Nhưng trong Điều 21 Nghị định 108 lại không có đưa ra biện pháp khắc phục là buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi vi phạm. Vậy nếu CTCK có thu nhập từ các hành vi vi phạm này thì có buộc nộp lại không? Trong khi đó, rất nhiều nhóm hành vi vi phạm trong các hoạt động của các chủ thể khác sẽ bị áp dụng biện pháp khắc phục là buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi vi phạm. Do vậy, chúng tôi kiến nghị cần bổ sung vào Điều 21 Nghị định 108 khoản 6 với nội dung: “Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi vi phạm các quy định nêu trong khoản 1, 2, 3, 4 của Điều này”.

*Thứ năm*, các quy định về xử lý vi phạm trong hoạt động tư vấn đầu tư chứng khoán còn chưa đầy đủ. Trong nội dung này có các điểm hạn chế sau:

Một là, có sự mâu thuẫn trong quy định điểm c khoản 2 Điều 21 và điểm b khoản 3 Điều 21 của Nghị định 108.

Theo đó, điểm c khoản 2 Điều 21 Nghị định 108 xác định hành vi vi phạm của CTCK là: “Vi phạm quy định về trách nhiệm của CTCK trong việc thực hiện nghiệp vụ tư vấn đầu tư chứng khoán, tư vấn tài chính; thực hiện hành vi bị cấm trong nghiệp vụ tư vấn đầu tư chứng khoán, tư vấn tài chính” sẽ bị xử phạt với mức phạt tiền từ 70.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng. Đồng thời, điểm b khoản 3 Điều 21 Nghị định 108 cũng quy định hành vi vi phạm của CTCK đối với: “Thỏa thuận hoặc đưa ra lời



suất cụ thể hoặc *chia sẻ lợi nhuận hoặc thua lỗ với khách hàng để lôi kéo khách hàng tham gia giao dịch*” sẽ bị phạt tiền từ 100.000.000 đồng đến 150.000.000 đồng. Trong khi đó, hành vi “thỏa thuận với khách hàng để chia sẻ lợi nhuận hoặc lỗ” cũng là một trong các hành vi nằm trong quy định cấm CTCK được thực hiện theo Điều 57 Thông tư 210. Do vậy, cùng hành vi này, CTCK sẽ chịu đến hai mức xử phạt.

Sự mâu thuẫn trên sẽ dẫn đến hệ quả là gây khó khăn cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi tiến hành xử lý đối với hành vi vi phạm tương ứng. Vì vậy, chúng tôi kiến nghị cần thêm vào nội dung sau: “trừ trường hợp vi phạm quy định tại điểm b khoản 3 Điều 21 Nghị định này” trong điểm c khoản 2 Điều 21 Nghị định 108. Để từ đó, điểm c khoản 2 Điều 21 Nghị định 108 được sửa đổi thành: “Vi phạm quy định về trách nhiệm của CTCK trong việc thực hiện nghiệp vụ tư vấn đầu tư chứng khoán, tư vấn tài chính; thực hiện hành vi bị cấm trong nghiệp vụ tư vấn đầu tư chứng khoán, tư vấn tài chính, *trừ trường hợp vi phạm quy định tại điểm b khoản 3 Điều 21 Nghị định này*”. Việc sửa đổi này sẽ làm cho các quy định về xử phạt vi phạm trong hoạt động này trở nên hợp lý và logic hơn, đảm bảo tính chặt chẽ và không có sự xáo trộn trong các quy định của pháp luật.

Hai là, trong khoản 3 Điều 45 Thông tư 210 đã ghi nhận về một trong các nguyên tắc hoạt động của CTCK trong hoạt động kinh doanh chứng khoán nói chung và hoạt động tư vấn đầu tư chứng khoán nói riêng là: “CTCK phải đảm bảo tách biệt về văn phòng làm việc, nhân sự, hệ thống dữ liệu, báo cáo giữa các bộ phận nghiệp vụ để đảm bảo tránh xung đột lợi ích giữa CTCK với khách hàng hoặc giữa các khách hàng với nhau. CTCK phải công bố cho khách hàng biết trước về những xung đột lợi ích có thể phát sinh giữa CTCK người hành nghề chứng khoán và khách hàng”. Tuy nhiên, tại điểm d khoản 1 Điều 21 Nghị định 108 mới chỉ ghi nhận việc: “không tách biệt về trụ sở,

trang thiết bị, hệ thống máy tính, hạ tầng công nghệ thông tin với các tổ chức kinh tế khác; không tách biệt về cơ sở dữ liệu giữa các bộ phận nghiệp vụ tiềm ẩn xung đột lợi ích trong công ty” là hành vi vi phạm mà không nhắc đến cũng như không đề cập việc CTCK không công bố cho khách hàng biết trước về những xung đột lợi ích có thể phát sinh giữa CTCK người hành nghề chứng khoán và khách hàng có là hành vi vi phạm hay không? Quy định trên làm phát sinh hai vấn đề:

(i) Về nguyên tắc, việc vi phạm các nguyên tắc hoạt động này cũng được coi là hành vi vi phạm của CTCK. Do vậy, tại sao hoạt động không tách biệt về trụ sở, trang thiết bị, hệ thống máy tính, hạ tầng công nghệ thông tin với các tổ chức kinh tế khác; không tách biệt về cơ sở dữ liệu giữa các bộ phận nghiệp vụ tiềm ẩn xung đột lợi ích trong công ty bị coi là hành vi vi phạm. Trong khi đó, hoạt động không công bố cho khách hàng biết trước về những xung đột lợi ích có thể phát sinh giữa CTCK người hành nghề chứng khoán và khách hàng lại không bị xem là hành vi vi phạm? Điều này là không công bằng và không logic. Vì vậy, chúng tôi kiến nghị pháp luật cũng cần phải xác định việc CTCK không công bố cho khách hàng biết trước về những xung đột lợi ích có thể phát sinh giữa CTCK người hành nghề chứng khoán và khách hàng cũng là hành vi vi phạm pháp luật và cần được xử lý.

(ii) Nếu xem xét hành vi trên là hành vi vi phạm thì thuộc nhóm hành vi nào để xử lý? Theo chúng tôi, đây cũng là nhóm hành vi vi phạm các nguyên tắc hoạt động của CTCK và mức độ vi phạm không quá nghiêm trọng, nên cần đưa vào khoản 1 Điều 21 Nghị định 108 như đối với hoạt động không tách biệt về trụ sở, trang thiết bị, hệ thống máy tính, hạ tầng công nghệ thông tin với các tổ chức kinh tế khác; không tách biệt về cơ sở dữ liệu giữa các bộ phận nghiệp vụ tiềm ẩn xung đột lợi ích trong công ty.

Như vậy, điểm d khoản 1 Điều 21 Nghị

định 108 cần được sửa đổi thành: “Không tách biệt về văn phòng làm việc, nhân sự, hệ thống dữ liệu, báo cáo giữa các bộ phận nghiệp vụ; không thiết lập bộ phận thông tin liên lạc với khách hàng và giải quyết khiếu nại của khách hàng; không công bố cho khách hàng biết trước về những xung đột lợi ích có thể phát sinh giữa CTCK người hành nghề chứng khoán và khách hàng; không công bố lợi ích của mình về chứng khoán mà mình đang sở hữu cho khách hàng đang được tư vấn về chứng khoán đó”.

Ba là, tại khoản 7 Điều 71 Luật Chứng khoán năm 2006 có xác định CTCK phải có nghĩa vụ: “mua bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp cho nghiệp vụ kinh doanh chứng khoán tại công ty hoặc trích lập quỹ bảo vệ nhà đầu tư để bồi thường thiệt hại cho nhà đầu tư do sự cố kỹ thuật và sơ suất của nhân viên trong công ty”. Vì vậy, về nguyên tắc, nếu CTCK vi phạm nghĩa vụ này cũng bị xem là hành vi vi phạm pháp luật và bị chế tài. Tuy nhiên, trong quy định tại Điều 21 Nghị định 108 thì không đưa ra chế tài đối với hành vi vi phạm này. Điều đó là không đúng logic và lý luận chung.

Việc bỏ qua chế tài quy định xử phạt về hành vi này có thể xuất phát từ sự phản ứng của dư luận, báo chí, của các CTCK khi trước đây, điểm c khoản 3 Điều 18 Nghị định 85 đã quy định nếu CTCK: “không mua bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp cho nghiệp vụ kinh doanh chứng khoán tại công ty và trích lập đầy đủ quỹ bảo vệ nhà đầu tư để bồi thường thiệt hại cho nhà đầu tư do sự cố kỹ thuật và sơ suất của nhân viên công ty chứng khoán gây ra” sẽ bị phạt tiền từ 50.000.000 đồng đến 70.000.000 đồng. Các phản ứng trên xuất phát từ việc chưa có văn bản pháp luật nào quy định rõ ràng cơ chế trích lập và sử dụng Quỹ bảo vệ nhà đầu tư của CTCK, cũng như chưa có sản phẩm bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp nào do các doanh nghiệp bảo hiểm cung ứng tương ứng với hoạt động kinh doanh của CTCK. Do vậy, nếu pháp luật quy định mà không có cơ chế cho các CTCK thực hiện hoạt động này

thì việc xử phạt sẽ là vô căn cứ và bất hợp lý. Tuy nhiên, theo quan điểm của chúng tôi, lập luận trên là chưa chính xác, bởi lẽ:

(i) Cùng là các nghĩa vụ mà pháp luật quy định CTCK phải thực hiện, tuy nhiên, có những hành vi vi phạm nghĩa vụ bị xử phạt, có những hành vi vi phạm không bị xử phạt. Điều này làm ảnh hưởng đến tính nghiêm minh của pháp luật.

(ii) Nếu pháp luật chưa có những quy định cụ thể về cơ chế thành lập, quản lý và sử dụng quỹ bảo vệ nhà đầu tư thì các cơ quan lập quy càng phải nhanh chóng nghiên cứu và ban hành để làm cơ sở cho các CTCK thực hiện.

(iii) Nếu các cơ quan lập quy viện dẫn vì chưa có quy định cụ thể về cơ chế thành lập, quản lý và sử dụng quỹ bảo vệ nhà đầu tư nên chưa đưa ra chế tài xử lý vi phạm thì quyền lợi của nhà đầu tư càng bị ảnh hưởng nghiêm trọng, khi CTCK có những hành vi làm ảnh hưởng đến quyền lợi của nhà đầu tư.

(iv) Dưới góc độ quản lý, việc không quy định nội dung xử phạt đối với hành vi trên càng tạo cơ hội cho việc chậm trễ ban hành các quy định về Quỹ bảo vệ nhà đầu tư. Điều này càng cản trở quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật về hoạt động kinh doanh của CTCK nói riêng và pháp luật về TTCK nói chung.

Do vậy, theo chúng tôi, cần bổ sung chế tài xử phạt CTCK, nếu CTCK “không mua bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp cho nghiệp vụ kinh doanh chứng khoán tại công ty và trích lập đầy đủ quỹ bảo vệ nhà đầu tư để bồi thường thiệt hại cho nhà đầu tư do sự cố kỹ thuật và sơ suất của nhân viên công ty chứng khoán gây ra” với mức phạt ở khoản 3 Điều 21 Nghị định 108. Đồng thời, cơ quan nhà nước có thẩm quyền cũng cần nghiên cứu và ban hành những quy định điều chỉnh về cơ chế hoạt động của Quỹ bảo vệ nhà đầu tư để có thể nhanh chóng hoàn thiện các quy định pháp luật về TTCK nhằm bảo vệ tốt hơn nữa quyền lợi của nhà đầu tư trên TTCK ■

# CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG Ở VIỆT NAM, TRUNG QUỐC, THỤY ĐIỂN, HOA KỲ VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ

PHẠM QUANG HUY\*

Từ quy định của khoản 2 Điều 111 Hiến pháp năm 2013 “Cấp chính quyền địa phương gồm có Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND) được tổ chức phù hợp với đặc điểm nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt do luật định”, bài viết trình bày, phân tích khái niệm và thực tế tổ chức chính quyền địa phương tại Việt Nam, Hoa Kỳ, Thụy Điển và Trung Quốc, đưa ra một số kiến nghị xây dựng chính quyền địa phương ở nước ta.

## 1. Chính quyền địa phương

### 1.1. Khái niệm

Theo Từ điển *Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary*, chính quyền địa phương (*local government*) là “Chính quyền thành phố, thị xã, quận, hoặc bang. Cơ quan hành chính đối với khu vực địa lý nhỏ. Bầu các quan chức, thu thuế, và làm nhiều việc mà chính phủ quốc gia có thể làm theo thẩm quyền. Chính quyền địa phương thường chỉ kiểm soát khu vực địa lý cụ thể, không thể thực thi pháp luật vượt quá thẩm quyền pháp lý của mình”<sup>1</sup>.

Chính quyền địa phương hiện được hiểu là cấp chính quyền dưới cấp trung ương, trực tiếp cung cấp các dịch vụ công cho dân chúng. Hiện nay, tại Việt Nam, chính quyền địa phương gồm có ba cấp (1) chính quyền cấp tỉnh, bao gồm các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; (2) chính quyền cấp

huyện và (3) chính quyền cấp xã. Ở Việt Nam, chính quyền địa phương thường được nhìn nhận là hệ thống các cơ quan nhà nước ở địa phương. Cụ thể, quan niệm thường thấy về chính quyền địa phương là:

Chính quyền địa phương là khái niệm dùng chung để chỉ tất cả các cơ quan nhà nước (mang quyền lực nhà nước) đóng trên địa bàn địa phương.

Chính quyền địa phương gồm hai phân hệ cơ quan: cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương - HĐND và cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương - UBND.

Chính quyền địa phương bao gồm 4 phân hệ: cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương (HĐND các cấp), cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương (UBND các cấp), cơ quan tư pháp (Toà án nhân dân các cấp) và cơ quan kiểm sát (Viện kiểm sát nhân dân các cấp)<sup>2</sup>.

\* Trưởng Văn phòng luật sư Hàn Sĩ Huy

1 *Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary 2nd Ed Law Dictionary*: <http://thelawdictionary.org/local-government/#ixzz2pETYYUwE>, truy cập lúc 16h45 ngày 02/01/2014.

2 *Tổng cục Thống kê (2006), Việt Nam 20 năm đổi mới và phát triển 1986-2005*, Nxb. Thống kê, H., tr.105.

### 1.2. Sơ lược về chính quyền địa phương ở Việt Nam

Trong quá trình hình thành và phát triển của chính quyền Việt Nam từ năm 1946 đến nay, chính quyền địa phương nước ta được quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật như sau:

i) Theo quy định tại Điều 58 Hiến pháp năm 1946, chính quyền địa phương gồm có bốn cấp: cấp bộ; cấp tỉnh, thành phố; cấp huyện - thị xã - khu phố và cấp xã. Tuy nhiên, trong bốn cấp chính quyền địa phương, chỉ có chính quyền cấp xã, cấp tỉnh và chính quyền cấp thành phố, thị xã được xác định là cấp chính quyền địa phương cơ bản và hoàn chỉnh. Còn cấp bộ và cấp huyện chỉ là cấp trung gian, đại diện cho chính quyền cấp trên trong mối quan hệ với chính quyền cấp dưới<sup>3</sup>. Thời kháng chiến chống Pháp, chính quyền kháng chiến còn được chia thành *khu* và *liên khu*.

ii) Theo Hiến pháp năm 1959 và Luật Tổ chức HĐND và Ủy ban hành chính (UBHC) các cấp năm 1962, các đơn vị hành chính Việt Nam gồm: *thứ nhất*, tỉnh, khu tự trị, thành phố trực thuộc trung ương; *thứ hai*, tỉnh chia thành huyện, thị xã, thành phố; *thứ ba*, huyện chia thành xã, thị trấn; thành phố trực thuộc trung ương chia thành khu phố. Ở mỗi đơn vị hành chính nói trên đều tổ chức HĐND và UBHC, UBHC cấp nào do HĐND cấp ấy bầu ra.

iii) Theo quy định tại Hiến pháp năm 1980 và Luật tổ chức HĐND và UBND năm 1983, sửa đổi năm 1989, thì chính quyền Việt Nam gồm ba cấp gồm: *thứ nhất*, tỉnh thành phố trực thuộc trung ương; *thứ hai*, huyện, thành phố, thị xã thuộc tỉnh; *thứ ba*,

xã, phường, thị trấn. Tất cả các đơn vị hành chính này đều được coi là các đơn vị hành chính cơ bản, đều là cấp chính quyền hoàn chỉnh, có cả HĐND và UBND ở mỗi đơn vị hành chính.

iv) Tổ chức chính quyền địa phương theo Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi năm 2001), Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 1994 và năm 2003, về cơ bản, vẫn có cơ cấu giống với tổ chức chính quyền theo Hiến pháp năm 1980 và Luật Tổ chức HĐND và UBND năm 1983, sửa đổi năm 1989. Tuy nhiên, Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi năm 2001) không quy định loại đơn vị hành chính tương đương với tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, không xác định đơn vị hành chính cơ bản, tổ chức cấp chính quyền hoàn chỉnh như Hiến pháp năm 1980<sup>4</sup>.

## 2. Chính quyền địa phương Trung Quốc, Thụy Điển và Hoa Kỳ

### 2.1. Chính quyền địa phương Trung Quốc

Theo các học giả Mỹ, trong hệ thống chính trị Trung Quốc, lãnh đạo tỉnh là vị trí nhiều quyền lực. Một số người là thành viên Ban Bí thư, là Ủy viên Bộ Chính trị, khiến họ trở thành các quan chức quyền lực nhất Trung Quốc<sup>5</sup>. Bên cạnh đó, các lãnh đạo tỉnh chiếm 2/5 ghế Ủy viên Trung ương Đảng và chia sẻ các vị trí tương tự đối với các Bộ trưởng.

Trung Quốc chính thức có 34 chính quyền cấp tỉnh, bao gồm 23 tỉnh, 5 khu tự trị - nơi có nhiều cư dân thiểu số (Tây Tạng, Tân Cương, Nội Mông, Ninh Hạ và Quảng Tây) sinh sống; 4 đô thị trực thuộc chính quyền Trung ương (Bắc Kinh, Thượng Hải, Thiên Tân và Trùng Khánh); và 02 Đặc khu Hành chính (Hong Kong và Macau)<sup>6</sup>.

3 Nguyễn Như Phát (chủ biên) (2012), *Một số vấn đề lý luận và thực tiễn cơ bản về sửa đổi Hiến pháp Việt Nam hiện nay*, NXB Khoa học xã hội, Hà Nội, tr.203.

4 Nguyễn Như Phát (chủ biên) (2012), tr.216.

5 Susan V. Lawrence, Michael F. Martin (2012), *Understanding China's Political System*, Congressional Research Service, R41007, pg 4.

6 Susan V. Lawrence, Michael F. Martin (2012), *Ibid*, pg5.

Chính quyền địa phương bao gồm các nhân viên và các ngành chức năng. Nhân viên chính quyền địa phương bao gồm hai loại: cán bộ cao cấp hành chính và cấp phó; thủ trưởng các ngành chức năng khác nhau và các nhân viên. Hầu hết các chính quyền của các tỉnh, khu tự trị và thành phố có khoảng 45 tổ chức với 50 cán bộ được lựa chọn cho một nhiệm kỳ năm năm; chính quyền thành phố nói chung gồm có 9-35 cán bộ (nhiều nhất là 45 cán bộ) được lựa chọn cho một nhiệm kỳ năm năm.

Chức năng chính của chính quyền địa phương ở Trung Quốc<sup>7</sup> là quản lý kinh tế khu vực thuộc thẩm quyền của mình, bao gồm: xây dựng chiến lược phát triển kinh tế - xã hội của khu vực cũng như kế hoạch trung và dài hạn cho phát triển kinh tế, kế hoạch năm, các biện pháp phát triển nguồn lực, chuyển giao công nghệ, nhập khẩu công nghệ và vốn; giải quyết mâu thuẫn kinh tế quan trọng giữa các ngành và giữa các ngành với các vùng và các trung gian quan hệ kinh tế; tổ chức và phối hợp sản xuất, lưu thông; thực thi pháp luật và các quy định kinh tế; bổ nhiệm, miễn nhiệm cán bộ; cung cấp cơ sở hạ tầng các điều kiện và dịch vụ cơ bản cho phát triển kinh tế.

Sau khi cải cách hệ thống kinh tế trong năm 1978, chính quyền địa phương đã tham gia xây dựng kinh tế và ngày càng đóng vai trò quan trọng trong ngành công nghiệp nông thôn. Ví dụ như đồng bằng Châu Giang, một khu vực kinh tế phát triển ở Trung Quốc đã có một bước nhảy vọt về kinh tế - xã hội lớn. Từ năm 1980 đến năm 1993, các doanh nghiệp nông thôn ở vùng này đã tăng từ 30.850 đến 403.898 và năm 1993, giá trị sản lượng công nghiệp của các ngành công nghiệp nông thôn chiếm 39,49% tổng giá trị công nghiệp. Năm 1980, thời kỳ đầu cất cánh nền kinh tế đồng bằng Châu Giang, chính quyền địa phương và các doanh nghiệp được kết hợp thành một. Thí

dụ như chính quyền địa phương trực tiếp can thiệp vào nền kinh tế và đóng một vai trò hàng đầu bằng cách cung cấp một loạt các điều kiện thuận lợi cho các doanh nghiệp, bao gồm việc chuyển giao các chức năng của chính phủ để giúp sự phát triển của các ngành công nghiệp nông thôn, xác định các dự án cho các doanh nghiệp, giải quyết vấn đề thiếu nhân sự đặc biệt cho các doanh nghiệp, cung cấp bảo lãnh tín dụng cho việc quản lý của doanh nghiệp mắc nợ, cải thiện cơ sở hạ tầng, mở cửa thị trường ở nước ngoài, thành lập các nhóm doanh nghiệp và phát triển nền kinh tế quy mô. Ngoài việc quản lý nền kinh tế, chính quyền địa phương có các chức năng như: văn hóa và giáo dục; phát triển và xây dựng nông thôn, thành thị; tài chính và thuế; an sinh xã hội và trật tự công cộng; các vấn đề sức khỏe y tế và các chức năng khác.

Nền kinh tế kế hoạch Trung Quốc đang thay đổi, hướng tới một nền kinh tế định hướng thị trường, đồng thời việc cải cách hệ thống chính trị sẽ thay đổi tổ chức chính phủ theo hướng tạo thuận lợi cho sự phát triển của một nền kinh tế thị trường XHCN. Các chức năng của chính quyền địa phương sẽ chuyển từ việc can thiệp sang hướng bồi dưỡng thị trường và đảm bảo hoạt động bình thường của thị trường. Mô hình sự kết hợp của chính quyền địa phương và các doanh nghiệp ở khu vực đồng bằng Châu Giang là một ví dụ. Tuy nhiên, về lâu dài, mô hình kết hợp chính quyền địa phương với các doanh nghiệp là không phù hợp với kinh tế thị trường, vì nó sẽ dẫn đến sự suy yếu các chức năng của chính quyền địa phương và có thể gây ra sự can thiệp mù quáng của chính quyền địa phương đối với các doanh nghiệp nông thôn. Rõ ràng, chính quyền địa phương và các doanh nghiệp phải tách rời nhau. Có nghĩa là, chính quyền địa phương phải giải thoát từ các hoạt động kinh tế vi mô và thay đổi để điều tiết vĩ mô và phát triển xã hội<sup>8</sup>.

7 *Local Government in Asia and the Pacific: A Comparative Study*, United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific web, see <http://www.unescap.org/huset/lgstudy/country/china/china.html> on 9:3010/01/2014.

8 *Local Government in Asia and the Pacific: A Comparative Study*, United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific web, see <http://www.unescap.org/huset/lgstudy/country/china/china.html> on 9:3010/01/2014.

### 2.2. Kinh nghiệm Thụy Điển

*Lược sử chính quyền địa phương ở Thụy Điển*

Thụy Điển - “ví dụ tiêu biểu về “con đường thứ ba” giữa chủ nghĩa tư bản bất công và cá nhân hóa ở Tây Âu và chủ nghĩa xã hội yếu kém thiếu hiệu quả ở Đông Âu”<sup>9</sup> - đã có những cải cách chính quyền địa phương đáng kinh ngạc, vào các thời điểm 1862 và 1991.

Ngay các thế kỷ đầu sau Công nguyên, các tộc trưởng đã thường họp các hội đồng (*ting*) để giải quyết những bất đồng nội bộ và phán xử công lý<sup>10</sup>. Tại Thụy Điển, “ở cả nông thôn và thành thị, đã có một hệ thống khá phát triển của chính quyền địa phương tự quản trong thời kỳ Trung cổ”<sup>11</sup>. Cho đến giữa thế kỷ XIV, bộ luật của nhà vua Magnus Erikssons - một hiến pháp ra đời sớm - đảm bảo cho giới tiểu địa chủ Thụy Điển có quyền tự do về cá nhân và tài chính và có quyền được gây ảnh hưởng đối với các vấn đề quốc gia. Tuy nhiên, về lâu dài, các đơn vị tự trị địa phương tại Thụy Điển không đủ khả năng bảo vệ quyền tự quyết của họ trước quyền lực ngày càng lớn của nhà vua và giới quý tộc. Trong nửa đầu thế kỷ XVII, ảnh hưởng của địa phương đã giảm sút<sup>12</sup>. Đến năm 1680, sau khi Vua Karl (Charles) XI tiến hành một cuộc cải cách điền địa, trong đó các lãnh địa lớn của các quý tộc bị phân chia thì vị trí của các tiểu địa chủ lại mạnh hơn. Cuộc cải cách này đã có tầm quan trọng lớn lao đối với quá trình tiến hóa liên tục của quyền tự trị địa phương ở Thụy Điển.

Trong thế kỷ XVIII, quyền tự trị địa phương được mở rộng đến các công việc của giáo hội Thụy Điển. Dân cư ở các giáo khu (*socken*) giành được quyền tự ra quyết

định về việc xây dựng nhà thờ và các vấn đề tài chính. Tương tự, chính quyền cấp thành phố (*stad*) cũng được quyền tự trị lớn hơn. Ở nông thôn, chính quyền tự trị địa phương đã có hình thù rõ ràng do các sắc lệnh được ban hành vào năm 1807 và năm 1843, còn chính quyền ở thành phố và thị xã vẫn chưa có quy định<sup>13</sup>.

Thời điểm 1862 là mốc quan trọng trong các cải cách chính quyền địa phương ở Thụy Điển. Xuất phát từ các cuộc vận động đòi cải cách Quốc hội (*Riksdag*) gồm bốn tầng lớp (tầng lữ, quý tộc, thị dân và tiểu địa chủ) thành Quốc hội lưỡng viện từ năm 1865, chính quyền địa phương được tách biệt rõ các vấn đề tôn giáo và thế tục. Từ 1862, theo sau Đạo luật về chính quyền địa phương, công việc tôn giáo do các giáo xứ của giáo hội quốc gia xử lý còn các công việc thế tục thuộc trách nhiệm của các thành phố và các đơn vị huyện và nông thôn (có ranh giới tương tự với các giáo xứ nông thôn). Đồng thời, cũng từ năm 1862, Thụy Điển đã lập ra các Hội đồng tỉnh do nhân dân bầu (*landsting*) có quyền hạn khá rộng rãi ở cấp địa phương<sup>14</sup>. Bên cạnh đó, Hội đồng tỉnh đã chọn ra những nghị sĩ đại diện cho địa phương của mình trong Viện thứ nhất của Quốc hội được bầu một cách gián tiếp và các hội đồng huyện đã đảm nhiệm chức năng “cử tri đoàn” cho đến năm 1970 khi Quốc hội “nhất viện” của Thụy Điển được lập ra.

Trong giai đoạn kể từ cải cách chính quyền địa phương năm 1991 cho đến nay, xuất phát từ các đạo luật Hiến pháp<sup>15</sup>, chính quyền địa phương Thụy Điển đã có sự biến chuyển tích cực, có tính linh hoạt, hiệu quả cao.

Năm 1991, Thụy Điển ban hành Đạo

9 Sven Steinmo (2010), *Quá trình phát triển của Nhà nước hiện đại: Thụy Điển, Nhật Bản và Mỹ*, NXB Đại học Cambridge (bản dịch của Chương trình Thạc sĩ Quản lý công của Đại học Upsalla và Đại học Kinh tế, Đại học Quốc gia Hà Nội), tr.92.

10 Soren Haggroth, Kai KronVall, Curt Riberdahl và Karin Rudebeck (1997), *Chính quyền địa phương Thụy Điển - Truyền thống và cải cách*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội.

11 Soren Haggroth, Kai KronVall, Curt Riberdahl và Karin Rudebeck (1997), *Sđd*, tr.11.

12 Soren Haggroth, Kai KronVall, Curt Riberdahl và Karin Rudebeck (1997), *Sđd*, tr.12.

13 Soren Haggroth, Kai KronVall, Curt Riberdahl và Karin Rudebeck (1997), *Sđd*, tr.12.

14 Soren Haggroth, Kai KronVall, Curt Riberdahl và Karin Rudebeck (1997), *Sđd*, tr.13.

15 Michael Bogdan (Editor) (2000), *Swedish law in New Millennium*, Norstedts Juridik, Stockhlo, Sweden, pg 113.

16 Soren Haggroth, Kai KronVall, Curt Riberdahl và Karin Rudebeck (1997), *Sđd*, tr.9 và tr.14.

luật về chính quyền địa phương (có hiệu lực kể từ ngày 01/01/1992). Đạo luật này đã tạo ra các cải cách lớn trong cơ cấu và trong các cơ chế vận hành của Hội đồng thành phố, thị xã và huyện. Hoạt động của chính quyền địa phương theo Đạo luật năm 1991 chịu ảnh hưởng từ di sản của Đạo luật năm 1986, đặc biệt ở việc phân chia cho cấp chính quyền địa phương chức năng ra quyết định, chức năng hành chính và chức năng hành pháp. Điều này phản ánh ảnh hưởng từ các học thuyết khai sáng về phân chia quyền lực của Montesquieu và một số người khác<sup>16</sup>. Lấy ví dụ, sự phân lập cơ bản về nhiệm vụ giữa một Hội đồng huyện (*Kommunfullmaktige*) hay một Hội đồng tỉnh (*Landstingfullmaktige*) được bầu trực tiếp và là những cơ quan quyết định cao nhất của chính quyền địa phương với ủy ban hành pháp, tức “nội các” của Hội đồng.

#### *Đặc trưng pháp lý của chính quyền địa phương Thụy Điển*

Theo pháp luật Thụy Điển, các đơn vị cơ sở và Hội đồng quận là *những pháp nhân mà việc thành lập hay giải thể do Đạo luật về Ranh giới chính quyền địa phương quy định*<sup>17</sup>. Chính quyền địa phương thường gắn liền với một lãnh thổ được phân định cụ thể, vì đó là một trong những nhân tố tác động đến quyền hạn của chính quyền địa phương. Các huyện ở Thụy Điển có quyền độc lập về đánh thuế và do đó, không thể bị tuyên bố phá sản được. “Điểm khác biệt chủ yếu giữa chính quyền địa phương và chính quyền nhà nước là ở chỗ, về nguyên tắc, việc vận hành chính quyền địa phương là do dân thường kiểm soát thông qua các đại biểu dân cử. Nhiệm vụ của chính khách trong hội đồng huyện hay tỉnh là thay mặt các thành viên trong địa phận của mình trong chính quyền địa phương ở mọi cấp độ, bao gồm cả các chức năng hành chính và hành pháp”<sup>18</sup>.

Hiện nay, tại Thụy Điển, có ba mô hình chủ yếu để tổ chức việc tham gia của các đại

biểu dân cử vào chính quyền địa phương, gồm có: (1) mô hình linh vực; (2) mô hình lãnh thổ và (3) mô hình chức năng. Trong đó, *mô hình linh vực* là mô hình truyền thống, nghĩa là các đại biểu dân cử được tập hợp thành các ủy ban, mỗi ủy ban chịu trách nhiệm về một lĩnh vực hoạt động. *Mô hình lãnh thổ* được Thụy Điển áp dụng vào những năm 1980. Theo mô hình này, các hoạt động được tập hợp vào các ủy ban và cơ quan hành chính, mỗi ủy ban hoặc cơ quan hành chính chịu trách nhiệm về một địa phận nhất định. Mô hình phổ biến gần đây là việc cơ cấu tất cả hoạt động thành một cơ quan *chức năng*. Ví dụ, chức năng mua do một ủy ban mua đặc biệt thuộc phạm vi trách nhiệm của các chính khách phụ trách. Tiếp đó, ủy ban này sẽ đặt hàng cho các cơ quan quản lý hành chính của huyện mình và với các nhà thầu bên ngoài<sup>19</sup>.

Quyền ra quyết định trong một chính quyền địa phương được thực hiện thông qua các đại diện được bầu trực tiếp thuộc các hội đồng huyện hay tỉnh. Các đại diện hội đồng huyện hay tỉnh này được bầu cùng với cuộc bầu cử quốc hội và có nhiệm kỳ bốn năm. Hội đồng ra các quyết định về các vấn đề nguyên tắc hay có tầm quan trọng to lớn đối với chính quyền địa phương. Trong cơ cấu chính quyền địa phương Thụy Điển, không có vị trí thị trưởng (mayor) hoặc tương đương<sup>20</sup>.

#### *Sáng kiến quần chúng*

Từ ngày 01/6/1994, quy định về “sáng kiến quần chúng” được đưa vào đạo luật về chính quyền địa phương, theo đó một nhóm gồm ít nhất 5% những người có quyền bầu cử ở lãnh thổ huyện hay tỉnh có thể đưa vào chương trình nghị sự của hội đồng một đề nghị tổ chức trưng cầu dân ý về một vấn đề cụ thể nằm trong phạm vi quyền ra quyết định của hội đồng. Sáng kiến này phải được viết thành văn bản, phải nêu cụ thể chủ đề trưng cầu dân ý và phải có chữ ký của những người đề xuất. Sau đó, hội đồng sẽ quyết

17 Soren Haggroth, Kai KronVall, Curt Riberdahl và Karin Rudebeck (1997), *Sđd*, tr.52.

18 Soren Haggroth, Kai KronVall, Curt Riberdahl và Karin Rudebeck (1997), *Sđd*, tr.53.

19 Soren Haggroth, Kai KronVall, Curt Riberdahl và Karin Rudebeck (1997), *Sđd*, tr.95 và 96.

20 Soren Haggroth, Kai KronVall, Curt Riberdahl và Karin Rudebeck (1997), *Sđd*, tr.71 và tr.65.

định theo cách thông thường xem liệu có nên tổ chức trưng cầu dân ý hay không. Cách thức thực hiện “sáng kiến quần chúng” kể trên ở Thụy Điển khá giống với “sáng kiến thùng phiếu” ở Hoa Kỳ được nêu dưới đây.

### 2.3. Chính quyền địa phương Hoa Kỳ

Tại Hoa Kỳ, khái niệm Chính phủ (*government*) không chỉ bao gồm Chính phủ Liên bang tại thủ đô Washington, D.C mà còn gồm cả các Chính phủ của 50 bang và 30.000 chính quyền thành phố và các cộng đồng địa phương khác (chưa kể đến chính quyền của 3.043 hạt và gần 50.000 trường học và các quận đặc biệt khác), tổng cộng gần 87.000 chính quyền<sup>21</sup>.

#### *Các thay đổi về lập pháp địa phương*

Căn cứ quy định Hiến pháp Liên bang, “Hoa Kỳ sẽ đảm bảo cho mỗi bang trong Liên bang này một thể chế chính quyền Cộng hòa”<sup>22</sup> (khoản 4 Điều 4), các bang có quyền tự do lập hiến. Trong những năm gần đây, các bang đã sử dụng quyền này để đổi mới các cơ quan lập pháp, hành pháp và tư pháp của mình. Nếu như trong nửa đầu thế kỷ 20, cơ quan lập pháp các bang thường họp mỗi năm một lần vào một số ngày lập pháp hạn định và các nhà lập pháp chỉ được trả lương khiêm tốn và không có trợ lý giúp việc, thì từ những năm 1960, nhiều bang đã tổ chức những phiên họp thường niên, tăng lương cho các nhà lập pháp, bổ nhiệm trợ lý chuyên trách, xây dựng trình tự pháp lý có hệ thống hơn. Hai thay đổi lớn về lập pháp bang là: thứ nhất, nhiều bang đã làm theo “sáng kiến lá phiếu”, theo đó, bằng cách thu thập chữ ký vào một lá đơn kiến nghị, các cử tri có thể trực tiếp nêu vấn đề trong một phiếu kín để được dân chúng bỏ phiếu quyết

định ở cuộc bầu cử năm sau. Ít nhất 21 bang có hệ thống lập pháp trực tiếp và nhiều đạo luật quan trọng đã được ban hành theo cách này. Thứ hai, 17 bang có “giới hạn nhiệm kỳ”, theo đó, số năm một người được làm việc trong ngành lập pháp được giới hạn rất chặt chẽ, thường tối đa là tám năm. Chú ý là, 16/17 hệ thống giới hạn nhiệm kỳ đã được thông qua bằng thủ tục “sáng kiến lá phiếu”<sup>23</sup>.

#### *Các cải cách chính quyền địa phương*

Trong quá trình tự cải cách để phù hợp với tình hình mới, đặc biệt là giai đoạn thập niên 1990, chính quyền địa phương ở Hoa Kỳ đã tự chuyển mình một cách hữu hiệu sang mô hình chính quyền với tinh thần doanh nghiệp. Một ví dụ cực kỳ điển hình của mô hình này là ngân sách của chính quyền địa phương được linh hoạt chuyển từ năm trước (nếu còn dư) sang năm sau, thay vì việc bị cắt giảm do không chi hết ngân sách kỳ trước. Quy định này được gọi là “ngân sách kiểm soát chi”<sup>24</sup>. Chính vì sự linh hoạt của ngân sách như cách làm của một doanh nghiệp, chính quyền địa phương Hoa Kỳ đã hoạt động rất hiệu quả.

Trong thế kỷ 19 và những năm đầu thế kỷ 20, chính quyền bang và chính quyền địa phương lấy thuế bất động sản là nguồn thu nhập chính. Khi nhu cầu của người dân đối với các dịch vụ công tăng lên, hầu hết các bang đã áp dụng các loại thuế doanh thu và thuế thu nhập. Cho đến những năm 1990, các khoản thuế doanh thu và thuế thu nhập chiếm hơn 70% thu nhập hàng năm của bang từ thuế. Trên danh nghĩa cuộc “Sáng tạo lại chính quyền” (*Reinventing government*)<sup>25</sup>, nhiều dịch vụ địa phương đã được tư hữu

21 Ellis Katz, *Response to change by State and Local Government –Contemporary in the Laboratories of Democracy, from State and Local Government: Adapting to Change, An Electronic Journal of the U.S Department of State, Volume 8, Number 2, October 2003, pg 11.*

22 *The Constitution of the United States of America with Explanatory Notes (2004), adapted from The World Book Encyclopedia, International Information Program, Department of State of the U.S, pg73.*

23 Ellis Katz, *Ibid, pg 13.*

24 Ted Gaebler, David Osborne (1997), *Đổi mới hoạt động của chính phủ - tinh thần doanh nghiệp đang làm thay đổi khu vực công cộng như thế nào*, NXB Chính trị Quốc gia, Hà Nội, tr25.

25 Để hiểu kỹ cuộc cải cách chính quyền này ở Hoa Kỳ, có thể xem thêm “*Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*” của Ted Gaebler, David Osborne xuất bản tại Mỹ năm 1993. Ở Việt Nam, có hai bản dịch sách này: *Đổi mới hoạt động của chính phủ - tinh thần doanh nghiệp đang làm thay đổi khu vực công cộng*



hóa, những thỏa thuận lao động mới được thương thảo và phí dịch vụ chính phủ được tăng phù hợp với chi phí thực tế bỏ ra<sup>26</sup>.

Học giả David Held đã trình bày một mô hình nhà nước “dân chủ tự trị” (democracy autonomy)<sup>27</sup> như một mô hình của nhà nước tương lai. Theo David Held, “Các cơ quan hành chính địa phương và trung ương được tổ chức sao cho có thể bao gồm sự tham gia trực tiếp (DP) với yêu cầu kết hợp những đòi hỏi của “người thụ hưởng tại địa phương”<sup>28</sup> trên cơ sở nguyên tắc “các cá nhân được hưởng những quyền như nhau, và tương ứng với đó, là có nghĩa vụ như nhau trong việc định hình khuôn khổ chính trị - nguồn phát sinh và giới hạn các cơ hội dành cho họ; tức là họ phải được tự do và bình đẳng trong quá trình thảo luận về những điều kiện sống của họ và trong việc xác định những điều kiện đó, với điều kiện họ không phải sử dụng khuôn khổ đó nhằm phủ nhận quyền của người khác”<sup>29</sup>. Theo tác giả này, chính quyền địa phương cần có một sự tự trị mềm dẻo, nhưng cần hơn cả là sự tham gia trực tiếp của người dân trong quá trình ra quyết định của cộng đồng địa phương.

Công cuộc hiện đại hóa chính quyền, chính trị, tài chính đã trở thành đặc trưng cho chính quyền bang và chính quyền địa phương của Mỹ, đồng thời tạo ra những đổi thay không những trong hình thức cung cấp dịch vụ công mà còn trong chính hình thức hoạt động của chính quyền đó. Chính quyền địa phương đã đại diện tốt hơn cho cộng đồng mà mình phục vụ, minh bạch hơn trong thực hiện trách nhiệm với cử tri và dễ tiếp cận hơn với công dân<sup>30</sup>.

Từ sự cải cách hiệu quả chính quyền địa phương những năm 1990, người Mỹ đã tiếp cận và thực hiện hiệu quả chính quyền điện tử trong thời gian từ những năm 2000 cho đến nay. Lấy ví dụ, vào những năm 2000, trong số 84% cổng web điện tử của các bang Hoa Kỳ, các dịch vụ công được tổ chức dựa trên những nhu cầu nảy sinh thường xuyên nhất trong cuộc sống hàng ngày của người Mỹ. Cổng điện tử của Khối thịnh vượng chung bang Virginia cung cấp trang “Tìm kiếm nhanh” (Find it Fast) liên kết tới hơn 35 dịch vụ công được người dân tiếp cận nhiều nhất. Từ trang này, bất cứ ai cũng có thể liên kết trực tiếp với các dịch vụ cấp phép kinh doanh, đặt chỗ công viên và khu cắm trại của Nhà nước, chứng thực khai sinh... mà không cần biết tổ chức chính quyền nào giải quyết những yêu cầu đó<sup>31</sup>.

### 3. Một số kiến nghị

#### 3.1. Pháp nhân chính quyền địa phương

“Nhà nước có vai trò to lớn trong việc quyết định liệu có theo đuổi các thỏa thuận về thể chế mà nhờ đó các thị trường có thể phát triển mạnh hay không. Nhà nước không chỉ là trọng tài của những quy tắc; mà thông qua hoạt động của mình, Nhà nước tạo ra môi trường kinh doanh và những hoạt động khác của nền kinh tế”<sup>32</sup>, vì vậy, Nhà nước có vai trò vô cùng quan trọng trong đời sống xã hội. Đối với dân chúng nói chung, bộ mặt của Nhà nước chính là các chính quyền địa phương các cấp. Người dân hàng ngày yêu cầu các dịch vụ công ở cấp chính quyền địa phương gần họ nhất.

*cộng như thế nào của Nxb Chính trị Quốc gia xuất bản năm 1997 và Sáng tạo lại chính phủ do Viện Quản lý Kinh tế trung ương xuất bản năm 1995 tại Hà Nội. Bản của Nxb Chính trị Quốc gia đầy đủ hơn.*

26 Ellis Katz, *Ibid*, pg 19.

27 David Held, Phạm Nguyên Trường dịch (2013), *Các mô hình quản lý nhà nước hiện đại*, Nxb Tri thức, Hà Nội, tr.437.

28 David Held, *Sđd*, tr.473.

29 David Held, *S đđ*, tr.473.

30 Ellis Katz, *Ibid*, pg 23.

31 Sharon Crouch Steidel, *Using E-Government, Effects of the Digital Revolution, from State and Local Government: Adapting to Change, An Electronic Journal of the U.S Department of State, Volume 8, Number 2, October 2003, pg 29.*

32 Ngân hàng Thế giới (1998), *Nhà nước trong một thế giới đang chuyển đổi: Báo cáo về tình hình phát triển thế giới 1997*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, tr.46.

Chính quyền địa phương phục vụ như một pháp nhân công quyền sẽ tăng cao tính chịu trách nhiệm của chính quyền địa phương. Điều này đòi hỏi phải thiết lập mô hình chính quyền địa phương linh hoạt tùy thuộc vào tình hình kinh tế, chính trị và văn hóa - xã hội của từng địa phương. Một số ban, ngành không cần thiết cần phải được loại bỏ, nhằm tinh giản biên chế của chính quyền địa phương, giảm bớt gánh nặng chi phí.

### 3.2. Chính quyền địa phương hoạt động trên tinh thần doanh nghiệp

Chúng tôi kiến nghị, cần thay đổi quy định về ngân sách của chính quyền địa phương theo hướng để chính quyền hoạt động như một doanh nghiệp. Theo đó, ngân sách của năm nay nếu còn sẽ được chuyển vào năm tài khóa tiếp sau, tránh tình trạng cố chi bằng được để không bị chính quyền cấp trên giảm ngân sách năm kế tiếp. Đồng thời, người đứng đầu chính quyền địa phương là đại diện pháp nhân công quyền

và là chủ tài khoản, chịu trách nhiệm thu, chi trong ngân sách của mình theo luật định.

Nên nhớ rằng, xét trên bình diện lịch sử, một số dịch vụ công như giáo dục và y tế đã được khu vực tư nhân cung cấp trước khi Nhà nước giữ một vai trò quan trọng đối với các dịch vụ công này vào thế kỷ XX<sup>33</sup>.

### 3.3. Thí điểm áp dụng “sáng kiến quần chúng” ở chính quyền cấp xã

Như đã nêu, hiện nay tại Thụy Điển và Hoa Kỳ, cử tri được phép trực tiếp tham gia ý kiến với cấp chính quyền địa phương nơi mình cư trú thông qua một thủ tục luật định hoặc có tiền lệ. Theo chúng tôi, trong quá trình xây dựng chính quyền địa phương ở nước ta, nên áp dụng thí điểm việc người dân được quyền thu thập ý kiến của cử tri tại cộng đồng địa phương, theo một tỷ lệ xác định, được tham gia trực tiếp vào chương trình nghị sự của Hội đồng nhân dân/Ủy ban nhân dân cấp xã và/hoặc tham gia vào quá trình ra quyết định của chính quyền cấp xã ■

33 Ngân hàng Thế giới (1998), *Sđd*, tr.75.

## Tái cơ cấu DNNN...

(Tiếp theo trang 49)

sự chi phối của CSCT trong thực thi chính sách mũi nhọn trong phát triển kinh tế ở Việt Nam. Nói cách khác, có thể kết quả về sự tác động đó đối với việc thực thi CSCN trên thực tế là chưa nhiều, nhưng rõ ràng việc thực thi các CSCN ở Việt Nam trong giai đoạn hiện nay không thể đặt bên ngoài những chi phối của CSCT.

### 3. Kết luận

Một nền kinh tế luôn đối diện với sự tồn tại của hai chính sách có sự xung đột ít nhiều về mục tiêu, là CSCN và CSCT. Tuy nhiên, để giải quyết, hay ít nhất là giảm thiểu sự xung đột đó, các quốc gia đã tìm ra mối liên

hệ và vận dụng kết hợp một cách linh hoạt hai chính sách này. Thú vị là, có những trường hợp, quá trình thực thi chính sách buộc phải chấp nhận sự thống trị của một trong hai chính sách này trong một thời hạn nhất định.

Đây cũng không phải là lựa chọn ngoại lệ cho Việt Nam trong quá trình tái cơ cấu DNNN, đặc biệt là các tập đoàn và tổng công ty lớn, để từ đó tái cấu trúc thị trường còn mang tính độc quyền. Điều này thật sự có ý nghĩa đối với nền kinh tế Việt Nam vốn dĩ có một hoặc một vài DNNN có khả năng thống lĩnh thị trường và tập trung kinh tế rất lớn ở một số ngành. Không những thế, sự quan tâm đến CSCT sẽ tạo ra những bước ngoặt thúc đẩy quá trình tạo lập môi trường kinh doanh lành mạnh và phát triển bền vững ■