

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn



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



Số 13 (389)
Kỳ 1 - Tháng 7/2019

- ❖ PHÂN CÔNG, PHỐI HỢP, KIỂM SOÁT GIỮA CÁC CƠ QUAN TRONG THỰC HIỆN QUYỀN HÀNH PHÁP
- ❖ SỰ THAM GIA CỦA NGƯỜI DÂN VÀO HOẠT ĐỘNG HÀNH CHÍNH CÔNG
- ❖ ĐỔI MỚI QUY TRÌNH LẬP PHÁP HIỆN HÀNH THEO HIẾN PHÁP NĂM 2013

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 13/2019

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan trong thực hiện quyền hành pháp

TS. Hoàng Thị Ngân

- 11** Sự tham gia của người dân vào hoạt động hành chính công

TS. Nguyễn Trọng Bình

- 20** Học thuyết điều kiện thiết yếu và nghĩa vụ chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ theo quy định của pháp luật cạnh tranh

Bùi Thị Hằng Nga

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 29** Đổi mới quy trình lập pháp hiện hành theo Hiến pháp năm 2013

GS. TS. Trần Ngọc Đường

- 35** Một số vấn đề về cơ cấu tổ chức của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội

ThS. Hoàng Thị Lan

- 40** Hoàn thiện quy định của pháp luật về thẩm định dự thảo văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng Nhân dân cấp tỉnh

ThS. Nguyễn Thị Ngọc Mai

CHÍNH SÁCH

- 47** Lành mạnh hóa hệ thống ngân hàng từ thực tiễn áp dụng Nghị quyết 42/2017/QH14 của Quốc hội về việc thí điểm xử lý nợ xấu tại các tổ chức tín dụng

TS. Võ Trung Tín - ThS. Văn Thành Khánh Linh

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

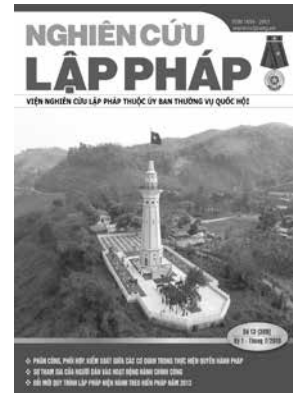
- 53** Hoàn thiện các quy định của Luật Phá sản năm 2014

ThS. Trương Thị Quỳnh Trâm

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 58** Quy định về nhóm công ty trong pháp luật một số quốc gia và những nội dung tham khảo cho Việt Nam

ThS. Trần Minh Anh



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

BÙI HUỲỀN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Cột cờ Lũng Pô, Lào Cai

Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

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

Legis No 13/2019

STATE AND LAW

- 3** Allocation, Coordination and Controlling Mechanism among Agencies in Enforcement of the Executive Power

Dr. Hoang Kim Ngan

- 11** The People's Participation in Public Administration

Dr. Nguyen Trong Binh

- 20** The Essential Facilities Doctrine and Obligations for Transfer of Intellectual Property Rights in accordance with the Competition Law

Bui Thi Hang Nga

DISCUSSION OF BILLS

- 29** Renovation of the Legislative Process in accordance with the Constitution of 2013

Prof. Dr. Tran Ngoc Duong

- 35** Discussions on Organization and Structure of Standing Members of Ethnic Council and Committees of the National Assembly

LLM. Hoang Thi Lan

- 40** Improvements of Legal Regulations on Appraisal of draft Legal Normative Documents by the Provincial People's Council

LLM. Nguyen Thi Ngoc Mai

POLICIES

- 47** Healthization of the Banking System from Enforcement of the Resolution 42/2017/QH14 of National Assembly on Pilot Settlement of Bad Debts in Credit Institutions

Dr. Vo Trung Tin

LLM. Van Thanh Khanh Linh

LEGAL PRACTICE

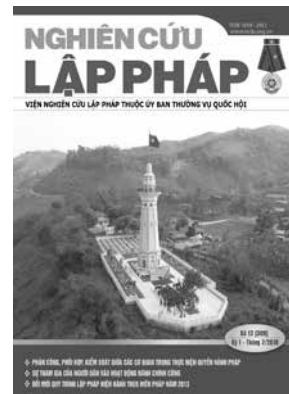
- 53** Improvements of Provisions under the Law on Bankruptcy of 2014

LLM. Truong Thi Quynh Tram

FOREIGN EXPERIENCE

- 58** Legal Regulations on Corporate Group in Foreign Countries and Recommended References for Vietnam

LLM. Tran Minh Anh



EDITORIAL BOARD:

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

CHEF EDITOR IN CHARGE:

TS. NGUYEN HOANG THANH

OFFICE:

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

DESIGN:

BUI HUYEN

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 25.000 VND

PHÂN CÔNG, PHỐI HỢP, KIỂM SOÁT GIỮA CÁC CƠ QUAN TRONG THỰC HIỆN QUYỀN HÀNH PHÁP

Hoàng Thị Ngân*

* TS. Vụ trưởng, Văn phòng Chính phủ.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: quyền hành pháp, thi hành pháp luật, hoạch định chính sách, quản lý nhà nước

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 01/06/2019

Biên tập : 10/06/2019

Duyệt bài : 17/06/2019

Article Information:

Keywords: executive power; law enforcement; policy making; public management

Article History:

Received : 01 Jun 2019

Edited : 10 Jun 2019

Approved : 17 Jun 2019

Tóm tắt:

Bài viết nêu khái quát quy định của Hiến pháp năm 2013 và các luật có liên quan (như Luật tổ chức Quốc hội, Luật tổ chức Chính phủ, Luật Cán bộ, công chức...) về quyền hành pháp và cơ quan thực hiện quyền hành pháp; nguyên tắc về mối quan hệ giữa các cơ quan nhà nước trong thực hiện quyền lực nhà nước. Liên quan đến mối quan hệ phân công, phối hợp và kiểm soát trong việc thực hiện quyền hành pháp, bài viết tập trung phân tích các mối quan hệ này trong ba hoạt động cơ bản là tổ chức thi hành pháp luật, hoạch định chính sách và thẩm quyền quản lý nhà nước. Qua đó, bài viết nhấn mạnh tầm quan trọng về vị trí, chức năng hành pháp của Chính phủ và mối quan hệ phân công, phối hợp và kiểm soát trong việc thực hiện quyền hành pháp hiện nay.

Abstract

This article provides in brief the Constitution of 2013 and the related laws (such as the Law on Organization of the National Assembly, the Law on Organization of the Government, the Law on Cadres and Public Employees, etc.) on executive powers and executive agencies; on the principles of the relationship among the state agencies in performance of the state power. In relation to the assignment allocation, coordination and power controlling in the execution of the executive power, the article focuses on the analysis if relationships in three substantial activities of law enforcement. Policy making and public management. Thereby, the article emphasizes the importance of the executive position and function of the Government and the current relationship of power allocation, coordination and controlling in the executive power.

Mỗi quan hệ giữa các cơ quan trong quá trình thực hiện quyền hành pháp được xây dựng dựa trên nguyên tắc Hiến định, luật định. Nội dung mối quan hệ này dựa trên phạm vi và nội hàm của “quyền hành pháp”.

1. Các quy định của Hiến pháp năm 2013 và các luật có liên quan về quyền hành pháp và cơ quan thực hiện quyền hành pháp

Trên phương diện lý luận và thực tiễn, quyền lực nhà nước được tổ chức và thực hiện thông qua ba bộ phận quyền:

quyền lập pháp, quyền hành pháp và quyền tư pháp. Trong hệ thống này, quyền hành pháp là một thành tố cấu thành, có vị trí tương đối độc lập, có mối quan hệ thống nhất tương đối, có sự tác động qua lại với quyền lập pháp, quyền tư pháp, là đại diện quyền lực nhà nước trong lĩnh vực hành pháp.

Hiến pháp năm 2013 đã chính thức ghi nhận khái niệm quyền hành pháp như một bộ phận của quyền lực nhà nước và giao Chính phủ thực hiện. Đây có thể coi là một bước phát triển trong lịch sử lập hiến của Việt Nam, đánh dấu sự rành mạch và khoa học trong phân công tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước thông qua việc ghi nhận vị thế cũng như tính độc lập ở mức độ nhất định đối với các nhánh quyền khác ngoài lập pháp.

Về mặt lý luận, quyền hành pháp bao gồm quyền lập quy và quyền hành chính được tiến hành để thực thi chính sách công, triển khai pháp luật và tổ chức, điều hành các hoạt động kinh tế, văn hóa, xã hội trên tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội. Quyền lập quy bao hàm quyền hoạch định chính sách quốc gia, quyền xác lập, ban hành văn bản pháp quy. Quyền hành chính bao hàm quyền tổ chức, điều hành hoạt động kinh tế, văn hóa, xã hội, triển khai chính sách, pháp luật vào đời sống.

Một cách khái quát, quyền hành pháp thể hiện ở các lĩnh vực hoạt động cụ thể: xác lập đường lối, chính sách của Chính phủ về đối nội và đối ngoại trên cơ sở Hiến pháp, luật; tổ chức thi hành Hiến pháp và các luật, trong đó có ban hành pháp luật; xây dựng và duy trì hoạt động thường xuyên bộ máy công quyền từ trung ương xuống địa phương, bảo đảm trật tự an toàn xã hội; tổ chức và quản lý dịch vụ công; kiểm tra, thanh tra việc chấp hành pháp luật trong hệ thống cơ quan hành chính nhà nước.

Những hoạt động cơ bản trên đây phản ánh nội hàm của quyền hành pháp. Khi nghiên cứu xây dựng các quy định về quyền hành pháp trong chương quy định về Chính phủ của Dự thảo Hiến pháp, cũng có ý tưởng đề xuất xác định rõ nội dung của quyền hành

pháp được giao cho Chính phủ. Tuy nhiên, qua tham khảo kinh nghiệm nước ngoài, cần nhắc về kỹ thuật lập hiến, Hiến pháp, Luật tổ chức Chính phủ đã quy định khái quát về quyền hành pháp thông qua chức năng của Chính phủ, từng nội dung của hoạt động hành pháp được thể hiện qua các quy định về thẩm quyền của Chính phủ (Điều 96 Hiến pháp; các Điều 6 - 25 Luật tổ chức Chính phủ).

2. Nguyên tắc phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan trong thực hiện quyền lực nhà nước

Điều 2 Hiến pháp đã khẳng định nguyên tắc: Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp. Nguyên tắc này là kết quả của quá trình đổi mới tư duy về tổ chức bộ máy nhà nước từ tập quyền đến phân công rồi đến kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước.

Việc phân công thực hiện quyền lực nhà nước và ghi nhận chủ thể của mỗi nhánh quyền là nội dung cốt yếu của đạo luật cơ bản như một sản phẩm của chủ nghĩa lập hiến. Với chức năng cổ điển là giới hạn quyền lực nhà nước, Hiến pháp là văn bản chính thức nhân danh Nhân dân ủy thác một số chức năng của Nhà nước trong phạm vi nhất định cho các thiết chế và được thể hiện trong nhiều trường hợp bằng quy định “trao quyền”.

Một phương thức phổ biến được Hiến pháp nhiều nước sử dụng là dành một số quy định để trao quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp cho từng cơ quan. Dù theo cách quy định nào hay theo mô hình phân quyền cứng rắn hoặc mềm dẻo thì bên cạnh phân quyền, Hiến pháp hình thành mối quan hệ tương tác cũng như cơ chế kiểm soát quyền lực lẫn nhau và qua đó, định hình mối quan hệ giữa ba nhánh quyền lực chủ yếu. Để phân công quyền lực, cần xác định vị trí, chức năng, phạm vi, giới hạn hoạt động, cách thức phối hợp, tương tác giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp vốn đặc trưng cho chức năng cơ bản của Nhà nước.

Qua những lần sửa đổi Hiến pháp và các luật, ở Việt Nam, mối quan hệ phân quyền theo chiều ngang đã được hoàn thiện từ cơ chế tập quyền sang phân công, phối hợp rồi đến phân quyền, phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực.

Vấn đề đặt ra hiện nay là cần bảo đảm tính thống nhất giữa quy định chung mang tính khái quát, chủ đạo này với các quy định cụ thể về từng nhánh quyền (bao gồm cả về địa vị pháp lý, chức năng, thẩm quyền và mối quan hệ trong mỗi lĩnh vực hoạt động).

Tham khảo Hiến pháp các nước khi nghiên cứu sửa đổi Hiến pháp Việt Nam cũng đã cho thấy, hầu hết chọn cách quy định khái quát trao quyền hành pháp cho một thiết chế tương tự Chính phủ¹. Có Hiến pháp quy định địa vị pháp lý của các cơ quan thông qua hệ thống thẩm quyền và mối quan hệ trong quá trình hoạt động².

Hiến pháp 2013 đã xây dựng Điều 94 theo hướng vừa xác định chủ thể thực hiện quyền hành pháp, vừa định hình vị trí của cơ quan thực hiện quyền hành pháp trong mối quan hệ với Quốc hội và với hệ thống hành chính nhà nước (Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, thực hiện quyền hành pháp, là cơ quan chấp hành của Quốc hội. Chính phủ chịu trách nhiệm trước Quốc hội và báo cáo công tác trước Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), Chủ tịch nước). Như vậy, vấn đề quyền hành chính và quyền hành pháp vẫn có thể tiếp tục được đặt ra. Địa vị pháp lý của Chính phủ là “cơ quan chấp hành của Quốc hội” không đặt điểm dừng cho việc thảo luận về tính độc lập của mỗi nhánh quyền trong cơ cấu quyền lực nhà nước.

3. Phân công, phối hợp và kiểm soát trong thực hiện quyền hành pháp

Như trên đã nêu, quyền hành pháp về cơ bản bao hàm các nội dung: xác lập đường lối, chính sách của Chính phủ về đối nội và đối ngoại; tổ chức thi hành Hiến pháp và các luật, trong đó có ban hành pháp luật; xây dựng và duy trì hoạt động thường xuyên một bộ máy hành chính nhà nước từ trung ương xuống địa phương, bảo đảm trật tự an toàn xã hội; tổ chức và quản lý dịch vụ công; kiểm tra, thanh tra việc chấp hành pháp luật trong hệ thống cơ quan hành chính nhà nước. Các nội dung này được thể hiện trong hệ thống các thẩm quyền của Chính phủ (Điều 96, Điều 100 Hiến pháp; Điều 6 - 25 Luật tổ chức Chính phủ).

Phân công, phối hợp và kiểm soát trong thực hiện quyền hành pháp được tiến hành trong quá trình thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ và với mục đích hoàn thành các nhiệm vụ đó do Hiến pháp đặt ra trước Chính phủ, chủ thể mang quyền hành pháp. Cụ thể như sau:

3.1 Tổ chức thi hành pháp luật

Một trong những thẩm quyền hiến định của Chính phủ là tổ chức thi hành pháp luật. Hiến pháp quy định nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ là “Tổ chức thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp luật, nghị quyết của UBTVQH, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước” (khoản 1 Điều 96), Thủ tướng Chính phủ có nhiệm vụ: “Lãnh đạo tổ chức thi hành pháp luật” (khoản 1 Điều 98); Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ có nhiệm vụ: “Tổ chức thi hành và theo dõi việc thi hành pháp luật liên quan đến ngành, lĩnh vực trong phạm vi toàn quốc” (khoản 1 Điều 99); Chính quyền địa phương có nhiệm vụ: “Tổ chức đảm bảo

1 “Chính phủ Liên bang Nga thực thi quyền hành pháp ở Liên bang Nga” (Điều 110 Hiến pháp Liên bang Nga 1993); “Nội các là cơ quan nắm giữ quyền hành pháp” (Điều 65 Hiến pháp Nhật 1946)

2 Hiến pháp Pháp quy định: Tổng thống chủ trì các phiên họp Hội đồng Bộ trưởng (Điều 9) và Chính phủ nắm giữ, điều hành hệ thống hành chính và các lực lượng vũ trang (Điều 20).

“Quốc Vụ viện nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa còn gọi là Chính phủ nhân dân Trung ương là cơ quan hành pháp của cơ quan cao nhất của quyền lực nhà nước, là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất” (Điều 85 Hiến pháp Trung Quốc 1982 đã sửa đổi, bổ sung).

việc thi hành Hiến pháp và pháp luật tại địa phương” (khoản 1 Điều 112); và Ủy ban nhân dân (UBND) các cấp có nhiệm vụ: “Tổ chức việc thi hành Hiến pháp và pháp luật ở địa phương” (khoản 2 Điều 114).

Khác với Hiến pháp 1980 và 1992, nơi quy định nhiệm vụ của Chính phủ về “bảo đảm việc thi hành Hiến pháp và pháp luật”, Hiến pháp 2013 đã quy định: “tổ chức thi hành pháp luật” thành một thẩm quyền có tính độc lập và đặc trưng của hệ thống hành pháp: Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, các Bộ trưởng, chính quyền địa phương các cấp.

Hiến pháp đã xác định quyền lập pháp do Quốc hội thực hiện và khẳng định vai trò của tổ chức thi hành pháp luật như một hoạt động mang tính xuyên suốt của quá trình ban hành văn bản lập pháp. Từ đó cho thấy, tổ chức thi hành pháp luật là bảo đảm cho “đầu ra” của sản phẩm lập pháp; tạo sự gắn kết giữa chức năng làm luật của Quốc hội với đưa pháp luật vào cuộc sống của quyền hành pháp. Qua đó thể hiện mối quan hệ phân công, phối hợp giữa hoạt động lập pháp với hoạt động tổ chức thi hành pháp luật của hai thiết chế mang quyền lập pháp và quyền hành pháp.

Nội hàm của tổ chức thực hiện pháp luật là ban hành văn bản quy định chi tiết, hướng dẫn văn bản lập pháp; ban hành kế hoạch triển khai thực hiện; phổ biến, giáo dục pháp luật; kiểm tra việc thi hành luật,

ngợi quyết của Quốc hội; theo dõi việc thi hành để kịp thời phát hiện những khó khăn, bất hợp lý để kiến nghị điều chỉnh; sơ kết, tổng kết việc tổ chức thi hành. Những nội dung này về cơ bản đã được thể hiện tại Luật tổ chức Chính phủ³.

Tổ chức thi hành pháp luật nhìn chung được thực hiện qua hoạt động ban hành văn bản quy định chi tiết và qua hoạt động điều hành cụ thể. Hiến pháp các nước cũng giao Chính phủ những nhiệm vụ tương tự⁴. Nhìn một cách tổng thể, tuy đề cao giá trị và hướng tới mức điều chỉnh toàn diện của luật đối với mọi lĩnh vực đời sống, nhưng Hiến pháp các nước vẫn ghi nhận vai trò và duy trì quyền lập quy của Chính phủ như một cách thức để triển khai luật. Có thể nhận thấy sự thừa nhận gián tiếp về tính nguyên tắc, khái quát của luật và nhu cầu quy định chi tiết trong quá trình thực hiện.

Đối với Việt Nam, cách thể hiện tại Khoản 1 Điều 6 Luật tổ chức Chính phủ “ban hành kịp thời và đầy đủ” đã phản ánh thực tế mối quan hệ giữa hai quyền lập pháp và hành pháp trong công tác xây dựng pháp luật. Về mặt lý thuyết, quan điểm chung là cần bảo đảm chất lượng của luật, hạn chế tối đa luật “khung” làm phát sinh yêu cầu cần hướng dẫn từ phía Chính phủ. Tuy nhiên, yếu tố thực tiễn đã trở nên ưu thế và vì vậy, các nghị định quy định chi tiết luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị

3 “Điều 6. Nhiệm vụ và quyền hạn của Chính phủ trong tổ chức thi hành Hiến pháp và pháp luật

1. Ban hành kịp thời và đầy đủ các văn bản pháp luật để thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBND, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước và để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được giao; bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất trong các văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ và của chính quyền địa phương; kiểm tra việc thi hành các văn bản đó và xử lý các văn bản trái Hiến pháp và pháp luật.

2. Quyết định các biện pháp để tổ chức thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBND, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước; chỉ đạo triển khai và kiểm tra việc thực hiện các nghị quyết, nghị định, chương trình công tác của Chính phủ.

3. Lãnh đạo, chỉ đạo công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục Hiến pháp và pháp luật; bảo đảm điều kiện về cơ sở vật chất, nhân lực và các nguồn lực khác để thi hành Hiến pháp và pháp luật; thống nhất quản lý công tác hành chính tư pháp, hỗ trợ tư pháp, bồi thường nhà nước, thi hành án.

4. Tổng hợp đánh giá tình hình thi hành Hiến pháp, pháp luật và báo cáo với Quốc hội, UBND, Chủ tịch nước theo quy định của pháp luật”.

4 Theo Điều 73 Hiến pháp Nhật Bản, Nội các ban hành sắc lệnh để thi hành Hiến pháp và đạo luật nhưng không được quy định những quy tắc hình sự nếu không được ủy quyền theo quy định của pháp luật.

quyết của UBND được nhấn mạnh tính kịp thời, đầy đủ như điều kiện bảo đảm cho công tác tổ chức thi hành pháp luật.

Quy định “ban hành kịp thời và đầy đủ” văn bản quy định chi tiết với sự ghi nhận vai trò và trách nhiệm của Chính phủ sẽ chỉ là thích hợp trong giai đoạn nhất định, khi mà yếu tố phối hợp mang tính trội. Trong tương lai, hoạt động lập quy nói chung và hướng dẫn luật, pháp lệnh sẽ cần được giảm tải để cơ quan hành pháp tập trung nhiều hơn cho công tác quản lý, điều hành, các biện pháp tổ chức thi hành pháp luật như Khoản 2 Điều 6 Luật tổ chức Chính phủ. Qua đó, tuy vẫn theo cơ chế phân quyền mềm dẻo nhưng thể hiện rõ hơn khía cạnh phân công giữa lập pháp - hành pháp.

Một trong những nhiệm vụ của Chính phủ là “bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất trong các văn bản quy phạm pháp luật (QPPL) của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ và của chính quyền địa phương; kiểm tra việc thi hành các văn bản đó và xử lý các văn bản trái Hiến pháp và pháp luật” (Khoản 1 Điều 6 Luật tổ chức Chính phủ). Bằng công tác kiểm tra văn bản, thực tế đã cho thấy ý nghĩa của công tác này trong việc thực hiện nguyên tắc xây dựng, ban hành văn bản QPPL là “bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất của văn bản QPPL trong hệ thống pháp luật” (Điều 5 Luật Ban hành văn bản QPPL).

Để bảo đảm tính hợp pháp và thống nhất của văn bản QPPL do các cơ quan hành chính nhà nước và chính quyền địa phương ban hành, Luật đã giao Chính phủ thẩm quyền kiểm tra, xử lý văn bản QPPL có dấu hiệu trái pháp luật (Điều 165). Theo đó, Chính phủ kiểm tra văn bản QPPL, xử lý văn bản QPPL của bộ, cơ quan ngang bộ, Hội đồng nhân dân (HĐND) cấp tỉnh, UBND cấp tỉnh, chính quyền địa phương ở đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật và văn bản QPPL của cơ quan nhà nước cấp trên. Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định bãi bỏ hoặc đình chỉ việc thi hành một phần hoặc toàn bộ văn bản QPPL

của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, UBND cấp tỉnh, chính quyền địa phương ở đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt trái với Hiến pháp, luật và văn bản QPPL của cơ quan nhà nước cấp trên; đình chỉ việc thi hành một phần hoặc toàn bộ nghị quyết của HĐND cấp tỉnh trái với Hiến pháp, luật và văn bản QPPL của cơ quan nhà nước cấp trên, đồng thời đề nghị UBND bãi bỏ.

Thực hiện quyền giám sát, Quốc hội bãi bỏ văn bản QPPL của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội. UBND đình chỉ việc thi hành văn bản QPPL của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội và trình Quốc hội quyết định việc bãi bỏ văn bản đó tại kỳ họp gần nhất; bãi bỏ văn bản QPPL của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ trái với pháp lệnh, nghị quyết của UBND (Điều 164 Luật Ban hành văn bản QPPL).

Như vậy, việc giám sát, kiểm tra và xử lý văn bản do Chính phủ thực hiện hoặc được thực hiện đối với Chính phủ được tiến hành bằng cơ chế hành chính.

Xung quanh việc giám sát, xử lý văn bản sai trái, đã có ý kiến đề nghị sử dụng cơ chế tư pháp để phán quyết về tính hợp pháp của văn bản QPPL song song với kiểm tra mang tính nội bộ hành chính. Như vậy, vừa tạo cơ chế kiểm soát của quyền tư pháp đối với quyền hành pháp theo xu hướng chung, vừa tăng tính phối hợp giữa hai cơ quan trong phòng ngừa và khắc phục biểu hiện sai trái của văn bản không chỉ trong quá trình tổ chức thực hiện mà cả khi giải quyết tranh chấp phát sinh từ thực tế áp dụng pháp luật. Với mục đích đó, cần nghiên cứu thêm về chức năng, nhiệm vụ của quyền tư pháp.

3.2 Hoạch định chính sách

Quyền “hoạch định chính sách” với mục đích đề xuất và thông qua chính sách đối nội, đối ngoại đã được nghiên cứu trong thời gian dài để có thể được thừa nhận chung về mặt lý luận là một nội dung của quyền hành pháp. Theo Điều 96 Hiến pháp, Chính phủ có nhiệm vụ “đề xuất, xây dựng chính sách trình Quốc hội, UBND quyết

định hoặc quyết định theo thẩm quyền để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại Điều này; trình dự án luật, dự án ngân sách nhà nước và các dự án khác trước Quốc hội; trình dự án pháp lệnh trước UBTVQH⁵. Tinh thần của Điều này được cụ thể hóa tại Luật tổ chức Chính phủ⁵.

Đề xuất chính sách là vấn đề nhận được sự thống nhất cao khi coi đó là thẩm quyền gắn với quyền hành pháp. Đối với nhiệm vụ “quyết định” chính sách mà thực chất là ban hành văn bản QPPL (ngoài các văn bản quy định chi tiết luật, pháp lệnh đã được nêu) thì trong nhiều thời gian và ngữ cảnh, còn ý kiến chưa đồng nhất.

Luật Ban hành văn bản QPPL (Điều 19) đã cho phép tiếp tục duy trì hai loại nghị định là hình thức thể hiện quyết sách của Chính phủ để quy định các biện pháp tổ chức thực hiện chính sách đã được Quốc hội ban hành và để quy định các vấn đề thuộc thẩm quyền quản lý, điều hành của Chính phủ; hoặc để quy định những vấn đề chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật, pháp lệnh. Thông tư của Bộ trưởng được ban hành để quy định biện pháp thực hiện chức năng quản lý nhà nước của mình (Điều 24 Luật Ban hành văn bản QPPL).

Công tác Ủy quyền lập pháp hay hoạt động lập quy độc lập mang tính sáng tạo của Chính phủ tuy còn ý kiến khác nhau, tuy nhiên, cho đến nay và một thời gian tới vẫn cần duy trì để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước được kiểm nghiệm trên thực tế. Xét về phương diện lý thuyết phân quyền và dân chủ đại diện thì hoạt động ban hành thể chế cần tập trung tối đa vào Quốc hội là cơ quan thể hiện ý chí chung và phản ánh ý chí đó qua các văn bản lập pháp. Nếu coi lập quy là hoạt động giải quyết yêu cầu thực tế trong

giai đoạn nhất định với cơ chế phân quyền mềm dẻo thì vẫn cần xem xét thêm một số vấn đề để phân định thẩm quyền giữa Quốc hội và Chính phủ.

Các luật hiện hành sử dụng khái niệm chính sách, nhiệm vụ “cơ bản” và các biện pháp “cụ thể” để phân biệt phạm vi thẩm quyền của Quốc hội và Chính phủ. Ví dụ, Điều 7 Luật tổ chức Quốc hội quy định, Quốc hội “quyết định mục tiêu, chỉ tiêu, chính sách, nhiệm vụ cơ bản phát triển kinh tế - xã hội dài hạn và hằng năm của đất nước; quyết định chính sách cơ bản về tài chính, tiền tệ quốc gia; quy định, sửa đổi hoặc bãi bỏ các thứ thuế; quyết định chính sách dân tộc, chính sách tôn giáo của Nhà nước, chính sách cơ bản về đối ngoại của Nhà nước”.

Luật tổ chức Chính phủ giao Chính phủ quyết định chính sách cụ thể về tài chính, tiền tệ quốc gia, tiền lương, giá cả; Quyết định chính sách cụ thể thực hiện công nghiệp hóa, hiện đại hóa và hội nhập quốc tế về kinh tế, phát triển nông nghiệp và xây dựng nông thôn mới; Quyết định chính sách cụ thể khuyến khích doanh nghiệp thuộc mọi thành phần kinh tế (Điều 8); Quyết định chính sách cụ thể về bảo vệ, cải thiện và giữ gìn môi trường (Điều 9); Quyết định chính sách cụ thể về khoa học và công nghệ để phát triển thị trường khoa học và công nghệ (Điều 10); Quyết định chính sách cụ thể về giáo dục để bảo đảm phát triển giáo dục phù hợp với yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội; ưu tiên đầu tư, khuyến khích các nguồn lực để phát triển sự nghiệp giáo dục và đào tạo, nâng cao dân trí, đào tạo nguồn nhân lực, thu hút, bồi dưỡng và trọng dụng nhân tài (Điều 11); Quyết định chính sách cụ thể để xây dựng nền văn hóa Việt Nam tiên tiến, đậm đà bản sắc dân tộc,

5 Điều 7. Nhiệm vụ và quyền hạn của Chính phủ trong hoạch định chính sách và trình dự án luật, pháp lệnh

1. Đề xuất, xây dựng chiến lược, quy hoạch, kế hoạch, chính sách và các chương trình, dự án khác trình Quốc hội, UBTVQH xem xét, quyết định.
2. Quyết định chiến lược, quy hoạch, kế hoạch, chính sách và các chương trình, dự án khác theo thẩm quyền.
3. Xây dựng các dự án luật, dự thảo nghị quyết trình Quốc hội, dự án pháp lệnh, dự thảo nghị quyết trình UBTVQH.
4. Báo cáo Quốc hội, UBTVQH ý kiến của Chính phủ về các dự án luật, pháp lệnh do các cơ quan, tổ chức, đại biểu Quốc hội trình.

thống nhất trong đa dạng của cộng đồng các dân tộc Việt Nam, với các đặc trưng dân tộc, nhân văn, dân chủ và khoa học; bảo vệ và phát huy giá trị di sản văn hóa; khuyến khích phát triển các tài năng sáng tạo văn hóa, nghệ thuật, Quyết định chính sách cụ thể để phát triển sự nghiệp thể dục, thể thao; ưu tiên đầu tư, huy động các nguồn lực xã hội để phát triển thể thao chuyên nghiệp, thể thao thành tích cao (Điều 12); Quyết định chính sách cụ thể nhằm phát triển nguồn nhân lực (Điều 15); 2. Quyết định chính sách cụ thể nhằm bảo đảm thực hiện chính sách các dân tộc bình đẳng, đoàn kết, tôn trọng và giúp nhau cùng phát triển; Quyết định chính sách cụ thể, các biện pháp ưu tiên phát triển toàn diện và tạo điều kiện để các dân tộc thiểu số phát huy nội lực, cùng phát triển với đất nước (Điều 16).

Một cách khái quát, Luật đã thể hiện mối quan hệ giữa Quốc hội và Chính phủ theo hướng: Chính phủ xây dựng, trình Quốc hội quyết định chính sách cơ bản trong các lĩnh vực và quyết định các biện pháp cụ thể để thực hiện nhiệm vụ của mình. Ví dụ: xây dựng và trình Quốc hội quyết định chính sách *cơ bản* về đối ngoại; quyết định và chỉ đạo việc thực hiện chính sách *cụ thể* về hợp tác kinh tế, khoa học và công nghệ, giáo dục và đào tạo, văn hóa và các lĩnh vực khác với các quốc gia, vùng lãnh thổ và các tổ chức quốc tế (Điều 22 Luật tổ chức Chính phủ).

Trong một số trường hợp, việc phân định theo cách thức trên đây theo hướng định tính, hơn nữa, chưa thể hiện nội dung thẩm quyền của Chính phủ trong mối quan hệ với các cơ quan khác cũng được trao quyền quyết định biện pháp cụ thể như cơ quan ngang Bộ, chính quyền địa phương. Theo Luật Tổ chức chính quyền địa phương, HĐND cấp tỉnh quyết định biện pháp để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn do cơ quan nhà nước cấp trên phân cấp hay quyết định biện pháp phát triển kinh tế - xã hội trên địa bàn tỉnh theo quy định của pháp luật (Điều 19).

Các quyết định về chính sách về cơ bản được thể hiện dưới hình thức văn bản QPPL. Như vậy, bước xác định nội dung và

phân định thẩm quyền tiếp theo sẽ thực hiện theo Luật Ban hành văn bản QPPL.

Về nội dung Nghị định của Chính phủ, Luật Ban hành văn bản QPPL vẫn tiếp tục sử dụng cách thể hiện là quy định các biện pháp cụ thể để tổ chức thi hành Hiến pháp, luật, pháp lệnh (Điều 19). Bên cạnh đó, đã xác định nội dung của luật, nghị quyết của Quốc hội để xác định ranh giới giữa lập pháp - lập quy.

Với địa vị pháp lý cơ quan lập pháp với chức năng làm luật và sửa đổi luật, về nguyên tắc, Quốc hội cần ban hành các văn bản lập pháp bao gồm các luật và văn bản có tính chất luật về các lĩnh vực. Trong giai đoạn hiện nay, do nhu cầu phối hợp trong hoạt động lập pháp, Chính phủ và UBND các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương vẫn được ban hành một số văn bản theo lập pháp ủy quyền với mục đích đáp ứng yêu cầu điều chỉnh pháp luật.

Pháp luật của một số nước thừa nhận lập pháp ủy quyền. Theo đó, Chính phủ được ban hành văn bản có tính chất luật. Thẩm quyền này giúp tăng cường quyền lực cho Chính phủ và đồng nghĩa với việc giảm quyền lực của Nghị viện. Về quy trình, văn bản do Nghị viện ban hành sẽ kéo dài hơn về thời gian và chặt chẽ về thủ tục. Vấn đề đặt ra là cần kiểm soát việc ban hành loại văn bản này và cũng chính là kiểm soát hành pháp khi tham gia vào hoạt động lập pháp.

Ở góc độ lý luận, có thể nói rằng, duy trì lập pháp ủy quyền là thừa nhận sự thiếu triệt để trong phân định thẩm quyền giữa hai nhánh quyền lực, là sự chia sẻ quyền hạn và trách nhiệm trong “làm luật”. Hệ quả là sẽ có thêm chủ thể được ban hành văn bản tuy không gọi là lập pháp nhưng có tính chất, nội dung như luật. Vì vậy, đã có ý kiến cho rằng ủy quyền lập pháp có khả năng tạo ra gánh nặng cho cơ quan hành pháp vì “phải làm thay công việc của cơ quan lập pháp” trong khi Chính phủ cần tập trung thực hiện chức năng quản lý nhà nước vốn đã hết sức phức tạp.

Ủy quyền trong thực hiện quyền lực nhà nước sẽ không hoàn toàn như ủy quyền trong các lĩnh vực quan hệ pháp luật khác.

Về nguyên tắc, Quốc hội cần thực hiện đầy đủ thẩm quyền lập pháp của mình với bộ máy tham mưu, giúp việc hiệu quả cùng với cơ chế thu hút nguồn lực xã hội tham gia xây dựng pháp luật. Trước mắt, trong khi nhu cầu ủy quyền lập pháp là hiện hữu thì cần phân định rõ phạm vi ủy quyền và kiểm soát các văn bản ban hành theo thủ tục đặc biệt này.

Về lâu dài, hướng tới Quốc hội chuyên nghiệp, việc ủy quyền lập pháp sẽ phải giảm dần mức tối đa. Nếu duy trì, cần phân định giới hạn ủy quyền tại ngay Hiến pháp cùng với cơ chế kiểm soát chặt chẽ.

3.3 Quản lý nhà nước

Hiến pháp và Luật tổ chức Chính phủ ghi nhận vai trò của Chính phủ “thống nhất quản lý” trên các mặt của đời sống xã hội: về kinh tế, văn hóa, xã hội, giáo dục, y tế, khoa học, công nghệ, môi trường, thông tin, truyền thông, đối ngoại, quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội (Điều 96 Hiến pháp).

Luật tổ chức Chính phủ cũng ghi nhận thẩm quyền thống nhất quản lý nhà nước của Chính phủ về y tế, chăm sóc sức khỏe của Nhân dân và dân số (Điều 14); về thực hiện các chính sách xã hội (Điều 15); về quốc phòng (Điều 18); quốc gia, trật tự, an toàn xã hội (Điều 20); về đối ngoại và hội nhập quốc tế (Điều 22); tổ chức và hoạt động của các hội, tổ chức phi chính phủ (Điều 23).

Nội dung của “thống nhất” quản lý đã được thảo luận tại các diễn đàn. Khái niệm này dẫn đến cách hiểu về sự nhất quán một đầu mối, về điều chỉnh pháp luật, về cách thức, quy trình thực hiện. Thực tiễn cho thấy, có lĩnh vực đang được một số chủ thể trong hệ thống chính trị quản lý (các cơ quan của Đảng, Chủ tịch nước, các cơ quan của Quốc hội). Vì vậy, cần xác định rõ phạm vi quản lý của Chính phủ và đồng thời, hình thành cơ chế phối hợp tương ứng, chẳng hạn như lĩnh vực đối ngoại.

Hiến pháp giao Chính phủ “thống nhất quản lý nền hành chính quốc gia”. Riêng về lĩnh vực quản lý về cán bộ, công chức, viên chức và công vụ và công tác thanh tra,

kiểm tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo, phòng, chống quan liêu, tham nhũng, Chính phủ thực hiện quản lý với phạm vi “trong các cơ quan nhà nước” (Điều 96 Hiến pháp). Cụ thể hóa quy định này, Luật tổ chức Chính phủ giao Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước về tổ chức bộ máy hành chính nhà nước, chế độ công vụ, công chức, viên chức; thống nhất quản lý nhà nước về cán bộ, công chức, viên chức và công vụ trong các cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập; quản lý biên chế công chức, số lượng người làm việc trong các cơ quan hành chính nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập từ trung ương đến địa phương; thống nhất quản lý nhà nước và tổ chức thực hiện chế độ tiền lương, phụ cấp và các chế độ, chính sách khác đối với cán bộ, công chức, viên chức trong các cơ quan nhà nước từ trung ương đến địa phương; về công tác thi đua, khen thưởng (Điều 23).

Theo Luật Cán bộ, công chức, Chính phủ được giao thống nhất quản lý nhà nước về công chức; cơ quan có thẩm quyền của Đảng Cộng sản Việt Nam, tổ chức chính trị - xã hội trong phạm vi chức năng, nhiệm vụ của mình thực hiện việc quản lý công chức theo phân cấp của cơ quan có thẩm quyền và theo quy định của Chính phủ (Điều 67). Đối với việc quản lý cán bộ, Luật quy định: Việc quản lý cán bộ, công chức được thực hiện theo quy định của Luật này, các quy định khác của pháp luật có liên quan, điều lệ của Đảng Cộng sản Việt Nam, tổ chức chính trị - xã hội và văn bản của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền.

Xuất phát từ quy định nêu trên, việc quản lý biên chế như một nội dung quan trọng của quản lý cán bộ, công chức được Luật phân định: thẩm quyền quyết định biên chế cán bộ được thực hiện theo quy định của pháp luật và cơ quan có thẩm quyền của Đảng Cộng sản Việt Nam; UBTVQH quyết định biên chế công chức của Văn phòng Quốc hội, Kiểm toán Nhà nước, Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân; Chủ tịch nước quyết định biên chế công chức của Văn phòng Chủ tịch nước; Chính phủ quyết định biên chế công chức của bộ, cơ quan ngang

(Xem tiếp trang 19)

SỰ THAM GIA CỦA NGƯỜI DÂN VÀO HOẠT ĐỘNG HÀNH CHÍNH CÔNG

Nguyễn Trọng Bình*

* TS. Học viện Chính trị khu vực IV

Thông tin bài viết:

Từ khóa: lý luận; sự tham gia của người dân; hành chính công

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 22/02/2018

Biên tập : 02/08/2019

Duyệt bài : 10/08/2019

Article Infomation:

Keywords: theory; people's participation; public administration.

Article History:

Received : 22 Feb. 2018

Edited : 02 Aug. 2019

Approved : 10 Aug. 2019

Tóm tắt:

Sự tham gia của người dân, trong đó có sự tham gia của người dân vào quá trình quản lý hành chính nhà nước là một lĩnh vực nghiên cứu giao thoa của nhiều ngành khoa học xã hội, như chính trị học, hành chính công, chính sách công, xã hội học... Các lý luận hiện có về sự tham gia của người dân vào quá trình hành chính công đều cố gắng luận giải về tính tất yếu của việc thực hiện sự tham gia của người dân vào hoạt động hành chính công.

Abstract

The participation of people, of which the participation of people in state's public administration process is a field of study which is linked with different social sciences such as politics, public administration, public policy, sociology... Theories of people's participation in public administration process focus explaining the reason why people's participation must be guaranteed in state's public administration process. This article focuses in analyzing several key theories about the necessary of practising people's participation in public administration.

Sự tham gia của người dân vào quá trình chính trị là một vấn đề không mới, nhưng sự tham gia của người dân vào quá trình hành chính công với tư cách một nội dung cốt lõi của hành chính dân chủ là một vấn đề mới, chỉ được quan tâm nghiên cứu nhiều trong những thập niên gần đây. Vào thập niên 70 của thế kỷ XX, khi Vincent Ostroff, trong tác

phẩm “Nguyên cơ tư tưởng của hành chính công Hoa Kỳ” nêu lên khái niệm hành chính dân chủ thì vấn đề hành chính dân chủ nói chung và sự tham gia của người dân vào hoạt động hành chính công nói riêng mới thu hút sự quan tâm nghiên cứu của các nhà khoa học. Các nghiên cứu về sự tham gia của người dân vào hoạt động hành chính công, cốt lõi là sự tham gia

của người dân vào chính sách công do cơ quan hành chính nhà nước ban hành đã đề cập đến nhiều phương diện khác nhau, trong đó chủ yếu tập trung trả lời câu hỏi: tại sao cần đảm bảo sự tham gia của người dân vào quá trình hành chính công?

1. Tính tất yếu của việc bảo đảm sự tham gia của người dân từ góc độ triết học chính trị

Từ nhiều góc độ khác nhau, triết học chính trị đã luận giải về tính tất yếu của việc bảo đảm sự tham gia của người dân vào hoạt động hành chính công nói chung và quyết định hành chính nói riêng. Theo triết học chính trị, sự tham gia của người dân vào hoạt động hành chính nhà nước xuất phát từ các lý do sau:

Thứ nhất, tính chủ thể của con người đòi hỏi cần đảm bảo sự tham gia của người dân vào hoạt động hành chính công. Với tư cách là “tiêu chuẩn của vạn vật”, tính chủ thể của con người là cái quy định nên bản chất của con người, thể hiện ở sự tự chủ, tự giác và sáng tạo của con người trong quá trình tương tác giữa con người với khách thể. “Con người với tư cách một thực thể tồn tại một cách độc lập, tự chủ trong hoạt động thực tiễn, tính chủ thể là bản chất đặc trưng của tính chủ thể”¹. Tính chủ thể của con người một mặt được thể hiện ra trong quá trình con người cải tạo tự nhiên, mặt khác được phát triển thông qua sự tương tác giữa con người với con người, giữa người với tập thể hoặc tổ chức, giữa con người với nhà nước. Đây là hai góc độ thể hiện sự phát triển về tính chủ thể của con người. Trong đó, sự tham gia của người dân vào hoạt động hành chính nhà nước là nội dung quan trọng thể hiện tính chủ thể của con người, cũng là lĩnh vực quan trọng để phát triển tính chủ thể của con người. Với tư cách chủ thể độc lập, người dân có quyền thể hiện ý kiến một cách tự do (trong khuôn khổ pháp luật) đối với những chính sách, quyết định liên quan đến lợi ích của bản thân cũng

như lợi ích của cộng đồng và xã hội. Tính chủ thể của con người là yêu cầu cần phải thực hiện sự tham gia của người dân đối với quản lý hành chính nhà nước, cũng là một quyền của công dân cần được ghi nhận và bảo đảm bằng pháp luật.

Thứ hai, nguyên tắc công lý tự nhiên đòi hỏi cần bảo đảm sự tham gia của người dân vào hoạt động hành chính công và chính sách công. Tư tưởng công lý tự nhiên được Aristot nêu lên vào thời kỳ Hy Lạp cổ. Lý thuyết công lý tự nhiên mà ông nêu lên đã có sự ảnh hưởng rất lớn về sau. Trong quan điểm của Aristot, công lý là sự biểu hiện cụ thể của cái thiện, nó là một phẩm chất, là thực hiện hành vi một cách chính đáng, là thực hiện công việc dựa vào phương thức chính đáng. Ông đã chỉ ra sự khác nhau giữa công lý tự nhiên và công lý thông thường. Công lý tự nhiên với luật tự nhiên liên quan với nhau, còn công lý thông thường liên quan đến pháp luật của đời sống hiện thực. Công lý tự nhiên cần đặt lên trên pháp luật và sự công lý của pháp luật.

Nguyên tắc công lý tự nhiên liên quan đến luật tự nhiên (natural law) đề ra hai quy tắc: quy tắc tránh thiên vị và quy tắc lắng nghe một cách công bằng. Nguyên tắc công lý tự nhiên ban đầu chỉ được vận dụng trong lĩnh vực tư pháp, từ thế kỷ XX đến nay, phạm vi vận dụng của nguyên tắc này đã từng bước mở rộng sang lĩnh vực hành pháp và hành chính. Theo đó, nó yêu cầu chủ thể hành chính khi thực thi quyền hành pháp phải tuân thủ trình tự nhất định. Công lý tự nhiên với tư cách một sự công bằng tối thiểu ngày càng được nhiều các quốc gia vận dụng và thực hiện. Theo đó, “sự tham gia của các chủ thể lợi ích có liên quan đối với quá trình hành chính chính là thể hiện công lý tự nhiên của quá trình hành chính. Bất kỳ hành vi hành chính nào ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của cá nhân hay tổ chức thì cá nhân và tổ chức đó đều có quyền tham gia, đều có quyền thể hiện ý kiến của mình và quyền được lắng nghe ý kiến. Đây là

1 Li Wei-hua (2008), Nghiên cứu chủ thể tham gia hành chính, Luận án TS. hành chính công, Đại học Sơn Đông, Trung Quốc, tr. 20.

sự thể hiện trực tiếp của công lý tự nhiên trong quá trình hành chính²

Thứ ba, chủ quyền nhân dân đòi hỏi cần đảm bảo sự tham gia của người dân vào hoạt động hành chính công. Tư tưởng chủ quyền nhân dân xuất hiện sớm nhất vào thời kỳ dân chủ Athens, nhưng lý luận chủ quyền nhân dân chỉ thật sự xuất hiện sau khi nhà nước dân tộc được hình thành. Người sáng lập nên lý luận chủ quyền nhân dân là Rút-xô - nhà tư tưởng người Pháp. Rút-xô cho rằng, chủ quyền của nhà nước thuộc về toàn thể nhân dân, đồng thời nhà nước lấy ý chí công làm phương châm chỉ đạo cho hành động của mình. Ý chí công tồn tại một cách khách quan, nó là ý chí của nhân dân, nó “mãi mãi là công lý”³. Từ việc khẳng định tầm quan trọng của ý chí công, Rút-xô phản đối chế độ đại nghị lấy bầu cử đại biểu làm đặc trưng chủ yếu. Bởi vì “chủ quyền về bản chất là do ý chí công cấu thành nên, còn ý chí lại là cái không thể đại diện; nó chỉ là ý chí thống nhất hoặc là ý chí khác, mà tuyệt không thể có thứ gì trung gian khác”⁴

Lý luận chủ quyền nhân dân của Rút-xô đồng nghĩa với việc khẳng định tính tất yếu của việc thực hiện dân chủ trực tiếp. “Trong thực tiễn, dân chủ trực tiếp có hai hàm nghĩa: *hàm nghĩa thứ nhất* có nghĩa là dựa trên phương thức dân chủ trực tiếp để đưa ra quyết định đối với vấn đề cụ thể; nhưng thể chế chủ đạo của nhà nước vẫn có thể là dân chủ gián tiếp. Dân chủ trực tiếp trên vấn đề cụ thể chỉ là một sự bổ sung. *Hàm nghĩa thứ hai* của dân chủ trực tiếp là dân chủ trực tiếp về mặt thể chế của chính thể nhà nước - nó là nội hàm của chế độ dân chủ trực tiếp”⁵ Dân chủ trực tiếp chỉ phù hợp với nhà nước quy mô nhỏ, mà không thể phù hợp với nhà nước dân tộc hiện đại có quy mô lớn, hơn nữa chế độ dân chủ trực tiếp rất dễ tạo nên sự tước

đoạt của đa số người đối với thiểu số người, làm phương hại tự do và quyền lợi của thiểu số người. Do đó, trong điều kiện dân chủ đại nghị không thể bảo đảm thực hiện tốt nguyên tắc chủ quyền nhân dân, thì hình thức dân chủ trực tiếp ở tầng ý nghĩa thứ nhất, tức dựa vào sự tham gia của người dân đối với quá trình hành chính nhà nước, trở thành một sự lựa chọn cần thiết nhằm bổ sung cho những thiếu sót và hạn chế của dân chủ đại nghị. Lý luận hiệp thương dân chủ, thảo luận, biện luận và phản biện đối với các chính sách, pháp luật liên quan trực tiếp đến lợi ích và cuộc sống của nhân dân do Habermas, Hannah Arendt nêu lên chính là một phương thức nhằm tăng cường sự tham gia của người dân đối với hành chính nhà nước, góp phần bổ sung một số hạn chế, thiếu sót của dân chủ đại nghị.

2. Tính tất yếu về sự tham gia của người dân từ góc độ lý luận lựa chọn công

Nêu hành chính công truyền thống được xây dựng trên giả thiết về “tính không thể sai lầm” của nhà nước và “tính vì lợi ích công” của nhà quản lý công, từ đó coi nhẹ sự tham gia của người dân; thì lý luận lựa chọn công lại phủ định giả thiết nói trên và nêu lên lý thuyết về “sự thất bại của nhà nước” và “chính sách công chất lượng thấp”, qua đó hàm ý việc cần phải tăng cường sự tham gia của người dân đối với quá trình hành chính công. Lý luận này cho rằng, chính sách công là công cụ quan trọng để chính phủ thực hiện chức năng quản lý xã hội cũng như điều chỉnh sự vận hành của thị trường. Tuy nhiên, hoạch định chính sách công là một quá trình rất khó khăn, phức tạp và chịu sự ảnh hưởng của nhiều yếu tố khác nhau nên làm cho chính phủ rất khó đề ra được chính sách công có chất lượng cao⁶. Trong hoàn cảnh này, cần phải tăng cường sự giám sát đối với quyền lực hành chính cũng

2 Li Wei-hua (2008), Nghiên cứu chủ thể tham gia hành chính, t.lđđ.

3 Rút-xô (1997), Bàn về khế ước xã hội, Nhà in sách Thương vụ, Bắc Kinh, Trung Quốc, tr. 39.

4 Rút-xô (1997), Bàn về khế ước xã hội, t.lđđ, tr. 29.

5 Lin Xing (2007), Phân tích lý luận chủ quyền nhân dân của Rút-xô và nhu cầu hiện thực, Tạp chí Giới lý luận, (4):161.

6 Nguyễn Trọng Bình (2017), Lý thuyết lựa chọn công – một sự phân tích đối với những khiếm khuyết của yếu tố “phi thị trường”, Tạp chí Thông tin Khoa học chính trị, số 04 (9).

như sự tham gia của người dân. Nói một cách cụ thể, sự tham gia của người dân là cần thiết, xuất phát từ những lý do sau:

Thứ nhất, để có thêm thông tin cho hoạt động hoạch định chính sách. Để đề ra được chính sách công có chất lượng, đòi hỏi người làm chính sách phải có được thông tin khách quan, đầy đủ. Tuy nhiên, do đặc điểm của bộ máy hành chính, động cơ lợi ích và nhiều nguyên nhân khác nên cơ quan hoạch định chính sách rất khó có được những thông tin khách quan, đầy đủ và đảm bảo chất lượng. Chính vì lẽ đó, trong quá trình hoạch định chính sách, nếu chỉ dựa vào thông tin mà người làm chính sách có được và dựa vào thông tin do bộ máy cung cấp thì rất dễ dẫn đến sự sai lầm của chính sách hoặc chất lượng chính sách không cao. Để có được thông tin nhiều hơn hỗ trợ cho việc hoạch định chính sách, chính phủ cần bảo đảm sự tham gia của người dân, tiếp nhận thông tin nhiều chiều từ phía xã hội.

Thứ hai, sự tham gia của người dân bổ sung cho sự hữu hạn về tri thức của người làm chính sách. Mô hình chính sách công truyền thống cho rằng, người làm chính sách là những người hoàn toàn lý tính, không mắc sai lầm. Tuy nhiên, lý luận lựa chọn công cho rằng, con người là lý tính, con người có thể nhận thức được quy luật khách quan, nhưng do sự chế ước bởi năng lực và phương pháp nhận thức nên lý tính của con người là có hạn; tri thức mà người làm chính sách có được không phải là “toàn bộ tri thức”. Có thể giới chuyên gia và người làm chính sách thường có trình độ chuyên môn, am hiểu sâu ở lĩnh vực chính sách đó, nhưng “loài người không phải là thánh thần không bao giờ sai lầm, chân lý của họ phần nhiều chỉ là các chân - lý - một - nửa”⁷. Trong hoàn cảnh này, nếu chỉ dựa vào sự am hiểu và năng lực của người làm chính sách để ban hành chính sách thì chưa đủ, vì rất dễ đưa đến sự sai lầm của chính sách. Do đó,

cần xem sự tham gia của người dân như một kênh quan trọng nhằm bổ sung cho sự “hữu hạn” về mặt tri thức của người làm chính sách, góp phần hạn chế sự sai lầm của chính sách.

Thứ ba, sự tham gia của người dân nhằm hạn chế hành vi “tự lợi” của người làm chính sách. Lý luận hành chính công truyền thống coi nhà quản lý công và người làm chính sách là những người luôn vì lợi ích công. Tuy nhiên, lý luận lựa chọn công đã phủ nhận giả thuyết này, cho rằng, với tư cách là con người, người làm chính sách hoặc ẩn hoặc hiện đều có lập trường và nhu cầu của riêng mình, thậm chí bản thân họ cũng không phải là đại diện cho lợi ích công, mà là đại diện cho lợi ích của một nhóm đặc thù nào đó trong xã hội. “Người làm chính sách còn lâu mới duy trì được một sự trung lập tuyệt đối, yêu cầu họ trong công việc loại trừ toàn toàn sự ảnh hưởng cá nhân là không sát thực tế. Từ ý nghĩa này mà nói, bản thân việc thiết kế chính sách mang đầy đủ sắc thái và ý tưởng cá nhân”⁸. Lý luận lựa chọn công cho rằng, người làm chính sách cũng chẳng qua là con người kinh tế “tự tư, tự lợi”, động cơ hành vi của người làm chính sách cũng không phải như người làm chính sách đề ra đó là đại diện cho lợi ích công, trái lại, rất nhiều khi người làm chính sách lợi dụng ưu thế của tri thức để “mị dân”, “lừa dân”, đề biện hộ cho ý định của mình, để che giấu lợi ích thực sự của mình. Do đó, để hạn chế hành vi tự lợi, hiện tượng “lợi ích nhóm”, “lợi ích đặc thù” trong hoạch định chính sách, cần phải mở rộng sự tham gia của người dân, tăng cường sự kiểm soát và giám sát đối với quyền lực hành chính, nhất là sự kiểm soát và giám sát của xã hội đối với quyền lực hành chính.

3. Tính tất yếu của việc bảo đảm sự tham gia của người dân từ góc độ lý luận kiến tạo xã hội

Thứ nhất, về thể giới quan. Hành chính công truyền thống được xây dựng trên

7 John Mill (2005), Luận về tự do, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 131.

8 Frank Fischer and Jonh Forester (1993), The Argumentative Turn in Policy Analysis and Planning. Durham, NC: Duke University Press.

cơ sở thể giới quan máy móc của chủ nghĩa thực chứng, cho rằng vật chất là cái được cấu tạo trong trạng thái “tĩnh”, có sự phân tách giữa chủ quan và khách quan, thời gian và không gian là tuyệt đối. Từ cơ sở thể giới quan như vậy, hành chính công truyền thống nhấn mạnh sự khép kín của hành chính nhà nước đối với môi trường; nó nhấn mạnh tính khép kín của hành chính nhà nước cũng như quá trình chính sách, nó coi quá trình chính sách là một quá trình độc lập với môi trường xã hội, coi nhẹ sự tham gia của người dân. Khác với lý luận hành chính công truyền thống, lý luận kiến tạo xã hội của hành chính công được xây dựng trên cơ sở thể giới quan biện chứng của chủ nghĩa hậu thực chứng. Có nghĩa, vật chất là cái được cấu tạo trong trạng thái động, không gian và thời gian là tương đối; thể giới không phải là cái được cấu tạo bởi các bộ phận riêng lẻ, tách biệt mà là một chỉnh thể hữu cơ. Ý nghĩa của thể giới quan biện chứng này là ở chỗ: làm cho chúng ta nhận thức lại mối quan hệ giữa người với người, con người với tự nhiên, con người và xã hội, trả lại cho con người tính chủ động và sự tương tác xã hội vốn có của nó, đồng thời quan tâm đến việc làm thế nào để thông qua sự tương tác xã hội có hiệu quả để phát triển mạng lưới xã hội và nâng cao trình độ tổ chức hóa của xã hội⁹. Dựa trên thể giới quan này, lý luận kiến tạo xã hội của hành chính công cho rằng, với tư cách chủ thể vận hành trong môi trường xã hội nhất định, hành chính nhà nước và quá trình chính sách của hành chính nhà nước không phải là độc lập bên ngoài xã hội và công dân, quá trình chính sách không thể là khép kín, mà là “mở”. Chỉ có như vậy, hành chính nhà nước mới có mới có được nguồn lực cần thiết và nâng cao được năng lực quản trị của mình.

Thứ hai, về bản thể luận. Hành chính công truyền thống được thiết lập trên cơ sở chủ nghĩa hiện thực (realism), coi thể giới

hiện thực là thực thể tồn tại độc lập với ý thức, tinh thần của con người, không chịu sự ảnh hưởng của chủ thể; cho rằng “có một thể giới bản thể tồn tại bên ngoài tư duy của con người, nó tồn tại độc lập và khách quan, không chịu sự ảnh hưởng của chủ thể”. Từ cơ sở bản thể luận nói trên, hành chính công truyền thống coi hành chính nhà nước là một quá trình độc lập với công dân và xã hội, việc ban hành chính sách không phải là kết quả của sự tương tác, đối thoại giữa hành chính nhà nước với xã hội. Khác với hành chính công truyền thống, lý luận kiến tạo xã hội của hành chính công được xây dựng dựa trên cơ sở chủ nghĩa kiến tạo xã hội. Có nghĩa là, thực thể xã hội là sự biểu hiện chủ quan của ý chí và tư tưởng của con người, là cái được tạo ra thông qua quá trình tương tác liên tục và đa chiều. Trên thực tế, bất cứ lúc nào, con người cũng đều dựa vào nguyện vọng, mục đích, ý nghĩa và giá trị của mình để tự sáng tạo ra mình và sáng tạo nên xã hội, đồng thời thể hiện thông qua quá trình khách quan hóa sự vật, từng bước hợp lý hóa và thể chế hóa nó. Cũng có nghĩa, quan hệ con người với người khác, vật khác không phải là quan hệ ngoại sinh, ngẫu nhiên và phái sinh, trái lại, mỗi quan hệ đó là quan hệ nội tại và bản chất¹⁰. Chẳng hạn, trong mối quan hệ giữa công dân với hệ thống thể chế, chính sách của nhà nước, bản thân hệ thống thể chế và chính sách này là sản phẩm được kiến tạo nên thông qua quá trình đối thoại công. Chính sách hay thể chế được thiết lập thông qua quá trình đối thoại công sẽ làm cho quan hệ giữa nó với công dân là một quan hệ cùng hưởng, mà không phải là một sự “áp đặt” từ bên ngoài. Chính điều này làm cho người dân cảm nhận được ý nghĩa và giá trị của chính sách và thể chế, đồng thời cũng làm cho người dân ý thức được vai trò và trách nhiệm của mình trong việc thực hiện chính sách và thể chế đó. Từ nhận thức này, lý luận kiến tạo xã hội của hành chính công coi hành

9 Zhang Cheng-fu (2014), On Open Governance, Journal of Renmin University of China (4).

10 Nguyễn Trọng Bình (2017), Thực hiện tính “mở” của hành chính công – chủ trương của lý luận kiến tạo xã hội, Tạp chí Thông tin Lý luận chính trị, (6).

chính công và quá trình chính sách là một quá trình “mở”, coi quá trình chính sách không chỉ là một quá trình kỹ thuật, mà còn là một quá trình chính trị, xã hội; coi phương án chính sách là kết quả của sự tương tác giữa chính phủ với người dân. Điều này cũng có nghĩa, lý luận kiến tạo xã hội chủ trương nhấn mạnh sự tham gia của người dân cũng như thực hiện sự tương tác, đối thoại, phân biện giữa người làm chính sách với xã hội và công dân trong quá trình hoạch định chính sách; khẳng định tính chính đáng của hoạt động phân biện và biện luận chính sách.

Thứ ba, về nhận thức luận. Hành chính công truyền thống được xây dựng dựa trên giả thiết coi con người là hoàn toàn lý tính, cho rằng con người là tuyệt đối lý tính, tri thức nào đó mà con người có được là chân lý tuyệt đối. Chính vì lẽ đó, nó mặc định tri thức mà người làm chính sách có được là “chân lý tuyệt đối”, là cái “không thể sai lầm”. Cũng từ nhận thức như vậy nên hành chính công truyền thống cho rằng, sự tham gia của người dân là không cần thiết, từ đó coi nhẹ hoặc loại trừ sự tham gia của người dân, coi nhẹ hoạt động phân biện chính sách. Khác với hành chính công truyền thống, lý luận kiến tạo xã hội của hành chính công được thiết lập dựa trên cơ sở giả thiết về tính dễ mắc sai lầm của con người. Nó cho rằng “con người là lý tính, nhưng lý tính của con người là có hạn”. Thế giới tồn tại chân lý tuyệt đối hay chân lý khách quan, nhưng với tư cách chủ thể theo đuổi chân lý, từ trước đến nay chưa có nghiên cứu khoa học nào có thể trả lời được tất cả các vấn đề; cũng chưa có bất cứ người nào có thể tự cho rằng bản thân mình đã nhận thức hoặc nắm bắt được chân lý hoặc toàn bộ tri thức của nhân loại. Do lý tính của con người là có hạn nên có thể nói “con người vừa là hữu tri, vừa là vô tri” (con người vừa có sự hiểu biết, có tri thức nhưng không phải cái gì con người

cũng biết). Một nhà nghiên cứu cho rằng “sự vô tri của con người là vô hạn, là điều không thể tránh khỏi. Khi chúng ta có thêm tri thức mới nào đó, chúng ta càng thấy rõ hơn sự vô tri rất lớn của chúng ta”¹¹. Thừa nhận sự vô tri của con người không chỉ là thể hiện một sự khiêm tốn cần có, mà còn là động lực của sự tiến bộ. Nếu thừa nhận con người là vô tri, thì bất cứ sự “độc quyền chân lý” nào, bất cứ sự loại trừ và áp chế nào đối với sự khác biệt đều mất đi lý do tồn tại của nó. Do chúng ta có thể là vô tri, cho nên trong các lĩnh vực của đời sống xã hội, chúng ta rất dễ mắc sai lầm. Vì thế, “tính dễ mắc sai lầm” là một trong những thuộc tính cơ bản của hành vi con người. Để hạn chế mắc sai lầm, cách tốt nhất là phát huy dân chủ cũng như mở rộng sự tham gia của người dân để có được thông tin và tri thức đầy đủ hơn.

Mặt khác, “từ trước đến nay, bất cứ tri thức cụ thể nào hướng dẫn hành vi của con người đều không phải là một hệ thống tri thức tồn tại một cách ổn định và chặt chẽ. Mà nó tồn tại phân tán, không hoàn thiện và không ổn định trong đầu óc của nhiều người. Tính phân tán và tính không hoàn thiện của tất cả tri thức là hai hiện thực cơ bản mà khoa học xã hội đầu tiên cần phải đối mặt”¹². Điều này có nghĩa là không tồn tại tri thức mang tính chỉnh thể. Xét trong mối quan hệ giữa bộ phận và chỉnh thể, con người tồn tại với tư cách cá thể, chỉ là một bộ phận cấu thành nên chỉnh thể. Là một bộ phận của chỉnh thể nên cá thể không thể hiểu hết chỉnh thể; còn cái gọi là chỉnh thể là sản phẩm được kiến tạo nên từ đầu óc của nhiều cá thể khác nhau. Do đó, thông qua phương thức nào để làm cho các thông tin và tri thức tồn tại mang tính phân tán ở các cá thể được sử dụng có hiệu quả là một vấn đề lớn liên quan đến sự tồn tại và phát triển của tổ chức. “Ồ đây không thể dựa vào sức mạnh quyền lực để giải quyết, mà cần phải thông qua cơ

11 Carl Popper (2001), Hướng tới tri thức luận tiến hóa, Nxb. Học viện Mỹ thuật Trung Quốc, tr. 73-74.

12 F.A Hayek (2003), Sự phân cách mạng của khoa học – nghiên cứu sự lạm dụng lý tính, Nxb. Dịch Lâm, Trung Quốc, tr. 22.

chế nhất định để tập hợp tri thức vốn phân tán ở các cá thể nhằm phục vụ cho quá trình chính sách”¹³. Từ cơ sở nhận thức luận nói trên, lý luận kiến tạo xã hội không thừa nhận quan điểm cho rằng: xã hội tồn tại chân lý tuyệt đối, nó phê phán “sự độc quyền chân lý”; nó phê phán việc áp đặt một logic tư duy cho người khác. Từ cơ sở nhận thức luận như vậy, lý luận kiến tạo xã hội chủ trương thực hiện tính mở của quá trình chính sách, chủ trương mở rộng sự tham gia của người dân, nhấn mạnh tính công khai, minh bạch của quá trình chính sách. Nó thừa nhận tầm quan trọng của sự khác biệt, bất kể sự khác biệt này được biểu hiện về mặt giá trị, sở thích hay mặt lợi ích; nó nhấn mạnh tính bao dung và thừa nhận những ý kiến khác nhau; nó nhấn mạnh đến sự trao đổi, tương tác giữa người làm chính sách với công chúng; nhấn mạnh tính chính đáng của sự hoài nghi chính sách và hoạt động biện luận, phản biện chính sách; nó nhấn mạnh đến việc bồi dưỡng năng lực học tập xã hội và sự lắng nghe của người làm chính sách¹⁴

4. Tính tất yếu của việc bảo đảm sự tham gia của người dân theo lý luận hậu hiện đại

Thứ nhất, sự phê phán của lý luận hậu hiện đại đối với quyền uy tuyệt đối của hành chính nhà nước hàm ý sự cần thiết của việc thực hiện sự tham gia của người dân đối với hành chính công. Một trong những vấn đề của hành chính nhà nước được tổ chức theo mô hình “hành chính lý tưởng”, đó chính là “sự quản trị của giới tinh anh”. Theo đó, để đảm bảo hiệu quả hành chính, những người đảm nhận các chức vụ, vị trí công việc trong cơ quan hành chính là những người đã được đào tạo cơ bản. Do họ được đào tạo, bồi dưỡng một cách cơ bản nên họ có được những kiến thức và kỹ năng chuyên ngành mà người dân bình thường không có được. Những người làm việc trong các cơ quan

hành chính nhà nước có thể xem là những chuyên gia ở lĩnh vực mà họ phụ trách. Với nhận thức như vậy, nhiều nhận thức cho rằng, chỉ đội ngũ công chức và chuyên gia trong các cơ quan hành chính mới mới có đủ năng lực để xây dựng và ban hành chính sách, còn người dân do không có tri thức nên không thể tham gia vào quá trình ban hành chính sách. Ngay cả có sự tham gia thì sự tham gia này cũng dẫn đến sự “lãng phí” thời gian và kinh phí mà không có ý nghĩa thực tế đối với việc hoạch định chính sách. Dưới sự chi phối của quan niệm này, hành chính nhà nước chỉ cần dựa vào phương thức mệnh lệnh đơn phương để thực thi nhiệm vụ, mà không cần thiết phải quan tâm đến ý kiến của người dân. Các nhà tư tưởng hậu hiện đại đã phê phán quan niệm và nhận thức nói trên. Họ cho rằng, trong bối cảnh xã hội hậu công nghiệp và toàn cầu hóa, sự độc quyền của hành chính nhà nước đối với thông tin và nguồn lực đã mất đi tính chính đáng của nó, hành chính nhà nước không còn giữ vai trò độc quyền trong phân phối nguồn lực và toàn quyền quyết định vận mệnh của người dân. Bởi lẽ, họ cho rằng, tiêu chuẩn của đúng đắn và sai lầm nhiều khi là không rõ ràng, nó là cái thay đổi mà không phải là cái nhất thành bất biến. Có thể cái mà người làm chính sách xem là “đúng đắn”, thì với người dân lại là “sai lầm”. Mỗi một cá nhân do kinh nghiệm và định hướng giá trị khác nhau nên có thể có sự lý giải khác nhau đối với vấn đề chính sách. Frank Marini cho rằng: “Ý nghĩa đầu tiên của một thể chế dân chủ chính là thừa nhận một hiện thực, đó là không có người nào có thể tự xưng là đã nắm bắt được chân lý tuyệt đối, vì thế cũng không có bất cứ người nào hay tập thể nào có thể tuyên bố anh ta biết thế nào là quyết định chính xác, từ đó có thể đưa ra quyết định đối với toàn xã hội... Vì thế, thể chế dân chủ cần tạo ra dư địa cho sự thay đổi có thể trong tương lai, nó cần trở thành một hệ thống mở”¹⁵

13 F.A Hayek (2003), Sự phân cách mạng của khoa học – nghiên cứu sự lạm dụng lý tính, tldd, tr. 105.

14 Nguyễn Trọng Bình (2014), Từ “mô hình lý tính” đến “mô hình xã hội” của chính sách công, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 3.

15 Frank Marini (1968), Con đường của hành chính công mới, Nxb. Nhân dân Giang Tây, Trung Quốc, tr. 256.

Thứ hai, sự phê phán của lý luận hậu hiện đại đối với “chủ nghĩa lý tính công cụ” cũng hàm ý về tính tất yếu của việc bảo đảm sự tham gia của người dân đối với quá trình hành chính. Mô hình tổ chức hành chính lý tưởng do Max Weber nêu lên là một sản phẩm thể hiện sự “lý tính” của con người trong xã hội công nghiệp. Trong xã hội hiện đại, sự “lý tính hóa” ngày càng mở rộng và bao phủ đến tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội. Biểu hiện nổi bật nhất của “lý tính hóa” chính là sự sùng bái đối với hiệu quả kinh tế, thậm chí xem hiệu quả kinh tế là một giá trị duy nhất. Sự nhấn mạnh đối với hiệu quả kinh tế làm cho các nhà nghiên cứu về hành chính công cuối thế kỷ XIX đầu thế kỷ XX phải đề ra các nguyên tắc của quản lý hành chính. Đội ngũ công chức trong bộ máy hành chính chỉ cần dựa vào nguyên tắc đó là có thể nâng cao hiệu quả hành chính, mà không cần sự tham gia của người dân. Mặt khác, với việc nhấn mạnh tập trung quyền lực, chỉ huy thống nhất, chế độ cấp bậc... thì hành chính nhà nước cũng rất khó tạo ra không gian và dư địa cho sự tham gia của người dân. Các nhà tư tưởng hậu hiện đại phê phán mạnh mẽ đối với “chủ nghĩa lý tính công cụ” của hành chính công và chủ trương cần bổ sung thêm một số giá trị mới vào lĩnh vực hành chính công. Đặc biệt, cần dùng “tượng tượng” để thay cho “lý tính hóa”¹⁶. Trong quan điểm của Famel thì sự “tượng tượng” bao hàm một sự tượng tượng đối với sự thay đổi về quá trình chính sách, từ “từ trên xuống dưới” như hiện nay thành “từ dưới lên trên”, đảm bảo để người dân có thể tham gia đầy đủ vào quá trình hành chính công.

Thứ ba, phản đối tính thống nhất cũng hàm ý việc bảo đảm sự tham gia của người dân vào hoạt động hành chính công. Theo Jean Francois Lyotard, một đặc trưng quan trọng của xã hội hiện đại chính là coi trọng

và nhấn mạnh tính thống nhất, nhất trí về mặt tư tưởng. Việc nhấn mạnh tính thống nhất, nhất trí về mặt tư tưởng có nhiều mục đích, trong đó “có mục đích là chứng minh cho tính hợp lý của thể chế chính trị, pháp luật, đạo đức”¹⁷. Tuy nhiên, khi sự thống nhất, nhất trí về tư tưởng có được địa vị thống trị thì chính nó lại trở thành nguồn gốc kiểm nghiệm tính hợp lý và phù hợp của tất cả quan niệm giá trị và hệ thống tri thức trong xã hội. Jean Francois Lyotard phê phán việc tuyệt đối hóa tính thống nhất, nhất trí về mặt tư tưởng, đồng thời cho rằng nếu nhà nước hiện đại quá nhấn mạnh điều này sẽ hạn chế sự đa dạng và khác biệt về tư tưởng và ý kiến. Trên cơ sở phê phán việc tuyệt đối hóa tính thống nhất, tính nhất trí về mặt tư tưởng, ông chủ trương thông qua cơ chế dân chủ để “giải phóng tư tưởng”, để nhiều người có thể nêu lên các ý kiến khác nhau. “Coi trọng phát huy dân chủ chính là ở chỗ cho phép tư tưởng mới, phát minh mới và sự thể hiện ý kiến, cho phép các chủ thể tham gia khác nhau đều có thể từ góc độ của bản thân mình nói lên tiếng nói của mình, cũng chính là tạo cơ hội cho những người “có ý kiến khác” thể hiện quan điểm của mình, tạo ra cơ chế để mọi người tham gia và gây ảnh hưởng đối với chính trị. Từ ý nghĩa này, dân chủ là một cơ chế thừa nhận sự khác biệt và bảo vệ sự khác biệt. Đặc trưng nổi bật của nó là tính đa dạng, tính phức tạp và tính khác biệt mà không phải là tính chính thể và tính đồng chất”¹⁸. Theo quan điểm của Charles J.Fox và Hugh T.Miller, điều này cũng có nghĩa là cần phải tạo ra “trường năng lượng công” để qua đó, các quan điểm, chính kiến và ý định khác nhau của các chủ thể về một vấn đề chính sách công hoặc phương án chính sách công nào đó có cơ hội được thể hiện đầy đủ thông qua sự đối thoại, tranh luận, biện luận và phản biện¹⁹

16 David John Famel (2005), *The Language of Public Administration Bureaucracy*, Nxb. Đại học Nhân dân Trung Quốc.

17 Jean Francois Lyotard (1997), *Tính hậu hiện đại và cuộc chơi công bằng*, Nxb. Nhân dân Thượng Hải, tr. 169.

18 Từ Đại Đồng (2001), *Trào lưu tư tưởng chính trị phương Tây đương đại*, Nxb. Nhân dân Thiên Tân, tr. 366.

19 Charles J.Fox and Hugh T.Miller (1996), *Postmodern Public Administration: Toward Discourse*, Sage Publications Press.

Tài liệu tham khảo

1. A. Downs (1967), *Inside Bureaucracy*, Little, Brown.
2. Nguyễn Trọng Bình (2017), *Lý thuyết lựa chọn công – một sự phân tích đối với những khiếm khuyết của yếu tố “phi thị trường”*, Tạp chí Thông tin Khoa học chính trị, số 04 (9).
3. Nguyễn Trọng Bình (2017), *Thực hiện tính “mở” của hành chính công – chủ trương của lý luận kiến tạo xã hội*, Tạp chí Thông tin Lý luận chính trị, (6).
4. Nguyễn Trọng Bình (2014), *Từ “mô hình lý tính” đến “mô hình xã hội” của chính sách công*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 3, tháng 2/2014.
5. Carl Popper (2001), *Hướng tới tri thức luận tiến hóa*, Nxb. Học viện Mỹ thuật Trung Quốc.
6. Charles J.Fox and Hugh T.Miller (1996). *Postmodern Public Administration: Toward Discourse*, Sage Publications Press.
7. David John Famel (2005), *The Language of Public Administration Bureaucracy*, Nxb. Đại học Nhân dân Trung Quốc.
8. Li Wei-hua (2008), *Nghiên cứu chủ thể tham gia hành chính*, Luận án tiến sĩ hành chính công, Đại học Sơn Đông, Trung Quốc.
9. Rút-xô (1997), *Bàn về khế ước xã hội*, Nhà in sách Thương Vụ, Bắc Kinh, Trung Quốc.
10. Lin Xing (2007), *Phân tích lý luận chủ quyền nhân dân của Rút xô và nhu cầu hiện thực*, Tạp chí Giới lý luận, (4).
11. John Mill (2005), *Luận về tự do*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội.
12. Frank Fischer and Jonh Forester (1993), *The Argumentative Turn in Policy Analysis and Planning*. Durham, NC: Duke University Press.
13. James Buchanan (1975), *A Contractual Paradigm for Applying Economics*, American Economics Review, No. 5.
14. Zhang Cheng-fu (2014), *On Open Governance*, Journal of Renmin University of China (4).
15. F.A Hayek (2003), *Sự phân cách mạng của khoa học – nghiên cứu sự lạm dụng lý tính*, Nxb. Dịch lâm, Trung Quốc.
16. Frank Marini (1968), *Con đường của hành chính công mới*, Nxb. Nhân dân Giang Tây, Trung Quốc.
17. Jean Francois Lyotard (1997). *Tính hậu hiện đại và cuộc chơi công bằng*, Nxb. Nhân dân Thượng Hải.
18. Xi Da-tong (2001). *Trào lưu tư tưởng chính trị phương Tây đương đại*, Nxb. Nhân dân Thiên Tân, Trung Quốc.

PHÂN CÔNG, PHỐI HỢP, KIỂM SOÁT...

(Tiếp theo trang 10)

bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, cấp tỉnh, đơn vị sự nghiệp công lập của Nhà nước; cơ quan có thẩm quyền của Đảng Cộng sản Việt Nam quyết định biên chế công chức trong cơ quan và đơn vị sự nghiệp công lập của Đảng Cộng sản Việt Nam, tổ chức chính trị - xã hội (Điều 66).

Như vậy, trong ba nhóm cán bộ, công chức, viên chức của khối cơ quan Đảng, Nhà nước, đoàn thể thì Chính phủ quản lý thống nhất đối với nhóm thứ hai. Tuy nhiên, đối với đơn vị sự nghiệp công lập thì các quy định lại không xác định phạm vi. Hiện nay, đơn vị sự nghiệp công lập được tổ chức ở các cơ quan của Đảng, các tổ chức đoàn thể chính trị - xã hội, cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, chính quyền địa phương. Như vậy, cần xác định rõ phạm vi đối tượng

quản lý, nhất là viên chức trong các đơn vị sự nghiệp công.

Cán bộ, công chức, viên chức, người lao động thực hiện công vụ trong các cơ quan, tổ chức của toàn bộ hệ thống chính trị. Nền công vụ bao gồm các yếu tố cấu thành và mang tính hệ thống, trong đó, có thể chế vận hành và các quy định, quy chế về chế độ, chính sách, tiền lương, khen thưởng, kỷ luật, lễ lối, phương thức hoạt động... Tuy có đặc thù riêng nhưng cán bộ, công chức, viên chức đều mang trách nhiệm công vụ và hướng tới mục tiêu chung là phục vụ xã hội theo những nguyên tắc chung. Về tương lai, cần tính tới sự bao quát trong quản lý nhà nước về công vụ, công chức, bảo đảm sự thống nhất, tương thích trong các quy định, quy chế cũng như chế độ, chính sách với các nhóm đối tượng■

HỌC THUYẾT ĐIỀU KIỆN THIẾT YẾU VÀ NGHĨA VỤ CHUYỂN GIAO QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ THEO QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT CẠNH TRANH

Bùi Thị Hằng Nga*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Học thuyết điều kiện thiết yếu, Luật Cạnh tranh, Luật Sở hữu trí tuệ

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/12/2018

Biên tập : 12/06/2019

Duyệt bài : 18/06/2019

Article Infomation:

Keywords: The Essential Facilities Doctrine, Competition Law, Intellectual Property Law

Article History:

Received : 10 Dec. 2018

Edited : 12 Jun 2019

Approved : 18 Jun 2019

Tóm tắt:

Độc quyền sở hữu trí tuệ cho phép chủ sở hữu được quyết định chuyển giao hay không chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ cho chủ thể khác. Tuy nhiên, trong một số trường hợp cụ thể, cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ bắt buộc chủ sở hữu phải chuyển giao nếu chứng minh được quyền sở hữu trí tuệ đó là điều kiện thiết yếu. Nguyên tắc đó được xây dựng dựa trên Học thuyết điều kiện thiết yếu.

Abstract

The exclusive of intellectual property rights allows the owner to decide whether or not to transfer his intellectual property rights to the others. However, in specific cases, the governmental authorities shall oblige the owner to transfer the the intellectual property right in case it is demonstrated to be essential facility. This principle is based on The Essential Facilities Doctrine. The genneral ideas of The Essential Facilities Doctrine refer to the requirement that ower of essential conditions which be considered the irreplaceable “facilities” to enter the market for a business or manufacture activity, are obligated to share those conditions which “reasonable” prices for another competitors inn the related market.

This article shall review aspects raled to The Essential Facilities Doctrine for oblige to tranfer the intellectual property rights in accordance with competition law

1. Đặt vấn đề

Học thuyết điều kiện (cơ sở) thiết yếu được phát triển dựa trên Lý thuyết đòn bẫy nhưng với phân tích vào đối tượng cụ thể¹. Theo đó, việc một doanh nghiệp có sức mạnh

thị trường khi sở hữu một điều kiện thiết yếu như cơ sở vật chất hay các quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) như là tiền đề để gia nhập thị trường sẽ có khuynh hướng ngăn cản các đối thủ cạnh tranh gia nhập thị trường bằng cách không cho chuyển giao hay tiếp cận chúng

1 Sally Van Sicien (1996), *The Essential Facilities Concept*.

với mục đích mở rộng sức mạnh thị trường ở các thị trường liên quan khác. Theo lý thuyết này, trong một số trường hợp, pháp luật sẽ buộc các doanh nghiệp sở hữu điều kiện thiết yếu đó phải cung cấp quyền tiếp cận tới điều kiện thiết yếu đó với một cái giá hợp lý nhằm loại bỏ sự độc quyền có thể gây hại đến cạnh tranh của chủ sở hữu. Học thuyết này đã được đưa vào luật của Hoa Kỳ, Liên minh Châu Âu, Canada, Australia như là một biện pháp chống sự mở rộng độc quyền với những yêu cầu về nghĩa vụ chứng minh khác nhau. Đồng thời, đó cũng chính là cơ sở để buộc các chủ sở hữu quyền SHTT bắt buộc phải chuyển giao các quyền SHTT khi có căn cứ chứng minh rằng quyền SHTT đó là điều kiện thiết yếu để đảm bảo sự phát triển kinh tế quốc gia và vì lợi ích xã hội, cộng đồng.

Học thuyết điều kiện thiết yếu - essential facilities doctrine (EFD) được đặt ra để đề cập đến trường hợp yêu cầu các chủ sở hữu các điều kiện, cơ sở thiết yếu², cần thiết được xem là “tiền đề” để gia nhập thị trường đối với một hoạt động sản xuất kinh doanh *phải chia sẻ các điều kiện, cơ sở đó với giá “hợp lý”* cho các đối thủ cạnh tranh khác trong cùng thị trường liên quan. Phần lớn các điều kiện được xem là “thiết yếu” thường thuộc cơ sở hạ tầng giao thông, viễn thông và các quyền SHTT đặc biệt. Ví dụ, trong thị trường kinh doanh vận tải đường sắt hoặc kinh doanh các hoạt động truyền thông, truyền tải điện thì hệ thống đường sắt, hệ thống cáp quang và mạng điện lưới sẽ được xem là các điều kiện thiết yếu để thực hiện hoạt động kinh doanh. Tuy nhiên, vì tính chất đặc thù nên mỗi chủ thể không

có khả năng sở hữu riêng cho mình các điều kiện đó.

2. Điều kiện thiết yếu và tác động của nó đối với môi trường cạnh tranh

Hiện nay, khi đề cập đến Học thuyết điều kiện thiết yếu, pháp luật cạnh tranh của các quốc gia có nhiều cách tiếp cận hoặc giải thích khác nhau. Tuy nhiên, về cơ bản, một điều kiện để được xem là điều kiện thiết yếu phải thỏa mãn hai đặc điểm cơ bản:

(1) các doanh nghiệp cạnh tranh phải được tiếp cận nó vì đó là điều kiện bắt buộc, cần thiết, không thể thay thế cho hoạt động sản xuất hoặc cung ứng hàng hóa dịch vụ của doanh nghiệp. Do đó, nếu không thể tiếp cận thì các chủ thể này không có khả năng gia nhập thị trường;

(2) doanh nghiệp không có khả năng hoặc không thể tự tạo ra một cách dễ dàng vì không hiệu quả về mặt kinh tế hoặc quá khó khăn để thực hiện.

Thông thường, chủ sở hữu điều kiện thiết yếu sẽ là chủ thể tham gia trên cả hai thị trường: thị trường đầu nguồn (upstream market) với tư cách là chủ thể cung cấp các điều kiện kinh doanh đồng thời tham gia vào thị trường cuối nguồn (downstream market) với tư cách là chủ thể cung cấp dịch vụ, sản phẩm trực tiếp cho khách hàng. Nói cách khác, trong trường hợp này, họ vừa là chủ sở hữu của điều kiện kinh doanh thiết yếu vừa là đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan. Do vậy, không loại trừ họ sẽ lạm dụng vị thế của mình để loại bỏ các đối thủ cạnh tranh thông qua việc từ chối chia sẻ các điều kiện thiết yếu như một rào cản gia nhập thị trường. Trong trường hợp này, Học thuyết điều kiện thiết yếu được áp dụng để đưa ra

2 Các cơ sở (điều kiện) thiết yếu là các yếu tố, cơ sở hạ tầng quan trọng được xem là cơ sở để thực hiện hoạt động kinh doanh cũng như phát triển kinh tế quốc gia. Có thể kể ra một số yếu tố được xem là điều kiện thiết yếu như:

- Đường sắt (đường ray, ga);
- Sân bay (đường băng, dịch vụ xử lý mặt đất) và hệ thống đặt vé máy bay của hãng hàng không;
- Mạng lưới truyền dẫn như hệ thống điện và đường ống dẫn khí đốt;
- Trạm xe buýt;
- Một số quyền SHTT

OECD (1996), The Essential Facilities Concept- OCDE/GD (96)113 p. 72.

các điều kiện, ràng buộc bắt buộc chủ sở hữu phải chuyển giao, chia sẻ điều kiện thiết yếu đó cho các chủ thể còn lại trên thị trường cung ứng hàng hoá, dịch vụ nhằm loại bỏ việc chủ sở hữu lạm dụng chúng để tạo dựng vị thế độc quyền.

Vì tính chất đặc thù đó cho nên để đảm bảo sự phát triển kinh tế, chủ sở hữu các điều kiện đó phải có nghĩa vụ “chia sẻ” nó cho các đối thủ cạnh tranh khác trên thị trường theo một cách tối ưu, đảm bảo lợi ích của xã hội. Theo cách tiếp cận đó thì Học thuyết điều kiện thiết yếu được xem như là một biện pháp nhằm loại bỏ sự độc quyền gây hại đến môi trường cạnh tranh của các chủ sở hữu. Và đó cũng chính là cơ sở nhằm đặt ra các quy định liên quan đến yêu cầu bắt buộc phải chuyển giao quyền SHTT trong mối tương quan với pháp luật cạnh tranh.

3. Học thuyết điều kiện thiết yếu và nghĩa vụ chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ

Liên quan đến việc giải thích và áp dụng Học thuyết điều kiện thiết yếu, hiện nay còn nhiều quan điểm khác nhau. Khác với tài sản vật chất, việc xác quyền SHTT có là điều kiện thiết yếu hay không nhằm đặt ra nghĩa vụ phải chuyển giao là điều không dễ dàng ngay cả trong trường hợp không có lựa chọn thay thế khả thi nào. Bởi lẽ, theo thời gian và sự sáng tạo không ngừng của con người sẽ có những phương pháp mới nổi lên thay thế ngay cho các công nghệ mà có thể tại một thời điểm cụ thể dường như là giải pháp duy nhất cho một vấn đề. Bên cạnh đó, quyết định chuyển giao hay không là một khía cạnh cơ bản, quan trọng của chủ sở hữu được bảo hộ bởi pháp luật về SHTT. Vì vậy, bên cạnh các quan điểm ủng hộ cũng có không ít quan điểm phản đối việc vận dụng Học thuyết điều kiện thiết yếu nhằm đặt ra nghĩa vụ chuyển giao quyền

SHTT. Tuy vậy, hành vi lạm dụng lợi thế độc quyền của quyền SHTT thiết yếu như một rào cản khiến các đối thủ không thể gia nhập thị trường là có thể xảy ra³, do đó hành vi chuyển giao quyền SHTT, trong một số trường hợp, phải được điều chỉnh bởi pháp luật cạnh tranh.

Tại Hoa Kỳ, Học thuyết điều kiện thiết yếu được phát triển dựa trên việc lý giải, áp dụng các quy định liên quan đến chính sách cạnh tranh được quy định tại phần 2 của Đạo luật chống độc quyền Sherman (Sherman Act). Theo đó, việc từ chối chuyển giao các điều kiện thiết yếu (ở đây là các quyền SHTT) nhằm cản trở, thậm chí loại bỏ đối thủ cạnh tranh sẽ tác động tiêu cực đến môi trường cạnh tranh, xâm hại đến lợi ích của người tiêu dùng là hành vi vi phạm luật chống độc quyền. Tuy nhiên, trong mối tương quan với bản chất của quyền SHTT thì trong một số trường hợp, việc từ chối đó lại được xem là hợp pháp. Do đó, Tòa án Liên bang Hoa Kỳ đã thừa nhận một nguyên tắc: *việc chuyển giao không phải là nghĩa vụ mặc nhiên của chủ sở hữu các quyền SHTT*⁴. Hay nói cách khác, với tư cách là chủ sở hữu họ được quyền lựa chọn đối tác cũng như đặt ra các điều kiện, thậm chí là từ chối chuyển giao. Tuy nhiên, trong một số trường hợp cụ thể thì việc từ chối chuyển giao đó sẽ bị xem là vi phạm pháp luật về chống độc quyền nên cần phải ngăn cấm theo quy định của Đạo luật Sherman. Trong trường hợp này, chủ sở hữu đó buộc phải chuyển giao dựa theo Học thuyết điều kiện thiết yếu.

Cụ thể, thông qua phán quyết cho vụ kiện *MCI Communications Corp. v. AT&T*, Tòa án Liên bang Hoa Kỳ đã chỉ ra rằng, có 4 lý do để Học thuyết điều kiện thiết yếu được áp dụng nhằm buộc chủ sở hữu phải chuyển giao các điều kiện thiết yếu⁵:

3 Yong Huang, Elizabeth Xiao-Ru Wang, & Roger Xin Zhang, Essential Facilities Doctrine and Its Application in Intellectual Property Space Under China's Anti-Monopoly Law, 22 George Mason Law Review 1104, 2015

4 Robert Pitofsky (2010), The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law, Georgetown University Law Center, Antitrust L.J. 443-462 p. 3

5 OECD (1996), The Essential Facilities Concept- OCDE/GD(96)113 p. 8

(1) Cơ sở vật chất thiết yếu bị độc quyền kiểm soát bởi một chủ thể;

(2) Các đối thủ cạnh tranh không có khả năng tự xây dựng một cơ sở thiết yếu mới cho mình;

(3) Có hành vi từ chối chuyển giao quyền sử dụng cơ sở này cho đối thủ cạnh tranh; và

(4) Tính khả thi của việc chuyển giao cơ sở thiết yếu⁶.

Công ty Truyền thông MCI là một nhà cung cấp dịch vụ thông tin liên lạc chuyên dùng cho các doanh nghiệp và các văn phòng của cơ quan Chính phủ ở các thành phố khác nhau. Năm 1973, MCI đã tiến hành xin phép xây dựng hệ thống truyền dẫn sóng giữa thành phố Chicago và St. Louis. Hệ thống này, nếu được xây dựng thì công ty MCI sẽ trở thành đối thủ cạnh tranh trực tiếp với AT&T Long Lines - một công ty đang kiểm soát 90% thị phần trong hoạt động truyền thông dữ liệu của Chính phủ và các công ty tư nhân. Sau đó, công ty MCI đã được cấp phép và đã tiến hành xây dựng hệ thống truyền dẫn sóng đường dài giữa Chicago và St. Louis.

Sau khi hoàn thành, để triển khai hoạt động, họ đã có đề nghị công ty AT&T thực hiện kết nối hệ thống đường dài của MCI vào hệ thống mạng nội thành của công ty AT&T nhưng phía AT&T đã từ chối. Bên cạnh đó, công ty AT&T còn bị cáo buộc tham gia vào nhiều hoạt động hạn chế khác nhằm duy trì quyền lực độc quyền của mình trên thị trường truyền thông dữ liệu và kinh doanh. Cụ thể, các Chi nhánh địa phương của AT&T đã từ chối kết nối MCI với các dịch vụ khác nhau, như sự sắp xếp chuyển mạch điều khiển chung (Common Control

Switching Arrangement) hoặc đường truyền kết nối riêng. Vậy nên, MCI đã không có khả năng cung ứng dịch vụ của mình đến các khu vực ngoại ô vì không có đường truyền kết nối⁷.

Trong trường hợp này, công ty MCI không thể lắp đặt các mạng lưới kết nối chồng lên mạng lưới của công ty AT&T để cung cấp dịch vụ liên lạc bởi điều đó là không khả thi và cũng sẽ không được cấp phép thực hiện⁸. Bên cạnh đó, việc cho phép MCI kết nối vào mạng lưới của mình cũng không cản trở hoạt động cung cấp dịch vụ của AT&T. Tòa án cho rằng hành vi từ chối của AT&T là hành vi không được biện hộ bởi các lý do về kinh doanh, pháp lý, cũng như về mặt kỹ thuật. Vì vậy cho nên, Tòa án đã buộc AT&T phải cho phép MCI được kết nối vào mạng lưới đường truyền nội thành của mình⁹.

Tại Châu Âu, ý nghĩa của học thuyết có phần dễ chấp nhận hơn trong hệ thống pháp luật của Anh và Liên minh Châu Âu. Đối với các quốc gia khác thì việc áp dụng học thuyết này nhằm đặt ra nghĩa vụ chuyển giao quyền SHTT khá là hiếm. Lý do chính cho sự miễn cưỡng này là các khó khăn trong việc xác định liệu một quyền SHTT có là “cần thiết, thiết yếu” hay không nhằm phát sinh nghĩa vụ phải chia sẻ điều kiện đó với người khác¹⁰.

Theo đó, các nguyên tắc liên quan đến nghĩa vụ chuyển giao hoặc cấp quyền tiếp cận vào các điều kiện thiết yếu (quyền SHTT) được áp dụng tương tự như quy định chung của luật cạnh tranh được thể hiện chủ yếu từ Điều 82, 83 TEC (Hiệp ước thành lập Cộng đồng Châu Âu) nay là Điều 102 TFEU (Hiệp định về hoạt động của Liên minh

6 OECD (1996), The Essential Facilities Concept- OCDE/GD(96)113 p. 72

7 United States District Court, N. D. Illinois, E. D MCI Communications Corporation et al.v. American Telephone & Telegraph Company et al.. P. 3

8 Spencer Weber Waller, The New Law of Monopolization: An Examination of MCI Communications Corp. v.American Telephone & Telegraph Co., DePaul Law review, volum 3, Spring 1983 p. 18

9 OECD (1996), The Essential Facilities Concept- OCDE/GD (96)113 p. 88

10 Kalyani Singh, The Resurrection of Essential Facilities Doctrine and Its Applicability in India, CPI Antitrust Chronicle, 03/2016

Châu Âu) quy định về các trường hợp liên quan đến lạm dụng vị trí thống lĩnh nhằm đảm bảo rằng cạnh tranh trong thị trường chung không bị bóp méo¹¹.

Vụ án Magill¹² là vụ án sơ khởi cho Tòa án áp dụng Học thuyết điều kiện thiết yếu trong chuyên giao bắt buộc ở Châu Âu. Theo đó, Tòa Công lý Châu Âu (ECJ) ủng hộ Ủy ban Châu Âu (EC) thực hiện điều tra đối với ba công ty phát sóng truyền hình ở Anh và Ireland (BBC, ITP và RTE) đã lạm dụng vị trí thống lĩnh bằng cách từ chối cung cấp chi tiết về lịch phát sóng của họ cho tạp chí danh sách truyền hình, dù không có ấn phẩm nào khác tồn tại vào thời điểm đó liên quan đến các chương phát sóng của các nhà đài này. Sau đó, Tòa án đã ra phán quyết yêu cầu chủ sở hữu quyền SHTT phải cấp phép các thông tin đó cho bên thứ ba hay nói cách khác, đây là trường hợp cấp phép bắt buộc. Trong vụ việc trên, các thông tin chi tiết về phát sóng được xem là một điều kiện thiết yếu trong bối cảnh gia nhập thị trường của một nhà xuất bản. ECJ cho rằng việc thực hiện quyền độc quyền của chủ sở hữu, trong trường hợp đặc biệt này, liên quan đến hành vi lạm dụng quyền SHTT gây hạn chế cạnh tranh¹³.

Tương tự như vụ việc trên, trong vụ việc Microsoft kiện EC, EC đã kết luận Microsoft đã vi phạm Điều 82 TEC khi từ chối cấp phép cho chủ thể cạnh tranh về thông tin “cần thiết” của hệ điều hành Window của họ. Bởi lẽ, Sun Microsystems không thể làm cho Solaris, hệ điều hành máy chủ của họ, hoạt động với các máy tính cá nhân chạy trên hệ điều hành của Microsoft. Để giải quyết vấn đề này, Sun Microsystems

đã yêu cầu Microsoft cung cấp thông tin về giao diện của Windows nhưng đã bị từ chối.

Sau khi có quyết định của EC, Sun Microsystems và Microsoft đã đạt được một thỏa thuận để trả tiền bản quyền cho công nghệ của nhau và làm cho phần mềm hệ điều hành của họ có khả năng tương thích¹⁴.

Năm 2009, EC đã có các hướng dẫn việc áp dụng Điều 82 TEC liên quan đến việc từ chối chuyên giao cũng như điều kiện để áp dụng Học thuyết điều kiện thiết yếu. Theo đó, EC thừa nhận “một chủ sở hữu nói chung dù có vị trí độc quyền hay không đều có quyền lựa chọn các đối tác thương mại của mình cũng như có quyền tự do định đoạt tài sản của mình”.

Vậy nên, cơ quan có thẩm quyền chỉ được phép áp dụng Học thuyết điều kiện thiết yếu để áp đặt nghĩa vụ bắt buộc chuyên giao đối với các chủ sở hữu khi nó thỏa mãn các tiêu chí:

(1) Công ty bị cáo buộc phải nắm giữ vị trí thống trị trong thị trường thượng nguồn;

(2) Các hàng hóa, dịch vụ được sản xuất hoặc cung cấp dựa trên cơ sở thiết yếu là các sản phẩm cạnh tranh không thể thiếu trên thị trường hạ nguồn;

(3) Việc từ chối cấp quyền truy cập/sử dụng sẽ dẫn đến việc loại bỏ cạnh tranh đáng kể ở thị trường hạ nguồn; và

(4) Không có lý do khách quan nào cho việc từ chối đó¹⁵.

Nguyên tắc trên đã được Tòa án Công lý Châu Âu (ECJ) gần đây áp dụng, trong vụ việc Huawei¹⁶, khi cho rằng chủ sở hữu một

11 OECD (1996), The Essential Facilities Concept- OCDE/GD (96)113 p. 94

12 Joined cases C-241/91P and C-242/91P, Radio Televis Eireann and others v. Commission (Magill), [1995] ECR I-743

13 Đoạn 50 Phán quyết của ECJ về vụ án hỗn hợp C-241/91P và C-242/91P ngày 6/4/1995 “However, it is also clear from that judgment (paragraph 9) that the exercise of an exclusive right by the proprietor may, in exceptional circumstances, involve abusive conduct”.

14 Xem thêm thông tin được công bố tại website:

http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-201%2F04&fbclid=IwAR3NlaIyUnYYrHA_Xd-FLpj2bX69gZTXR3PirPFl3RqIWA2KLyQuU1WsjQg truy cập ngày 06/12/2018

15 OECD (1996), The Essential Facilities Concept- OCDE/GD (96)113 p. 98

16 Huawei Technologies Co. Ltd kiện ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH, Vụ việc số C-170/13, phán quyết ngày 16/4/2015

bằng sáng chế thiết yếu (SEP) có thể bị xem là vi phạm các quy định cạnh tranh bằng cách từ chối cấp phép trong một số trường hợp nhất định. Đặc biệt, khi xem xét trách nhiệm của các chủ thể trong các trường hợp liên quan đến quyền SHTT, ECJ đã đưa ra các giải thích nhận định rõ ràng cho việc áp dụng Điều 102 TFEU: *việc thực hiện một quyền độc quyền liên quan đến quyền SHTT ngay cả khi chủ sở hữu có vị thế thống lĩnh thị trường cũng không mặc nhiên bị xem là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh bị cấm.* Do vậy, việc xác định nghĩa vụ chuyển giao phải được xem xét, đánh giá trong từng hoàn cảnh cụ thể trên cơ sở đảm bảo lợi ích độc quyền SHTT của chủ sở hữu với lợi ích cộng đồng, xã hội và quốc gia.

Điều này đã cho ta thấy rằng, dù còn tranh cãi và khá thận trọng khi vận dụng nhưng việc thừa nhận và áp dụng Học thuyết điều kiện thiết yếu nhằm bắt buộc chuyển giao quyền SHTT ngày càng được thừa nhận rõ ràng và phổ biến hơn.

Tại Úc, việc áp dụng Học thuyết điều kiện thiết yếu bằng yêu cầu bắt buộc phải chuyển giao cơ sở thiết yếu được thực hiện bởi Ủy ban Cạnh tranh và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (ACCC). Theo đó, nghĩa vụ chuyển giao sẽ được áp đặt cho chủ sở hữu khi thỏa mãn các tiêu chí:

(1) Quyền truy cập vào cơ sở thiết yếu (cơ sở) sẽ thúc đẩy cạnh tranh trên thị trường;

(2) Rằng sẽ không đạt được hiệu quả kinh tế nếu mỗi doanh nghiệp tự xây một cơ sở khác để sản xuất hàng hóa, cung cấp dịch vụ;

(3) Cơ sở đó có tầm quan trọng trong việc phát triển kinh tế, thương mại của quốc gia;

(4) Việc chuyển giao cơ sở đó không có rủi ro quá mức đối với sức khỏe hoặc an toàn;

(5) Hành vi chuyển giao không trái với lợi ích công cộng.

Do đó, để xem xét có áp dụng Học thuyết cơ sở thiết yếu để buộc phải chuyển giao cơ sở thiết yếu hay không thì ACCC cần phải xem xét vấn đề sau đây:

- Quyền lợi hợp pháp của nhà cung cấp hoặc chủ sở hữu cơ sở/điều kiện thiết yếu;

- Lợi ích công cộng (bao gồm cả lợi ích công cộng trong việc có thị trường cạnh tranh);

- Quyền lợi của tất cả những người có quyền truy cập/sử dụng cơ sở thông qua hợp đồng chuyển giao;

- Chi phí trực tiếp cho việc cung cấp quyền truy cập/sử dụng cơ sở;

- Khả năng phát triển kinh tế của cơ sở;

- Bất kỳ vấn đề nào khác mà Ủy ban cho rằng có liên quan¹⁷.

Tại Canada, Học thuyết điều kiện thiết yếu lần đầu tiên được đề cập trong báo cáo của Ủy ban Kiểm soát hạn chế thương mại (Restrictive Trade Practices Commission) về cạnh tranh trong nền công nghiệp dầu khí tại Canada vào năm 1986. Trong đó, Học thuyết điều kiện thiết yếu được xem xét trong bối cảnh các công ty dầu mỏ lớn là các chủ sở hữu hệ thống lọc dầu, đường ống dẫn dầu đồng thời cũng là đối thủ cạnh tranh trong hoạt động cung cấp dầu, gas và khí đốt ở thị trường tiêu thụ (thị trường cuối nguồn). Hành vi này tương tự như việc một công ty điện thoại bán dịch vụ mạng cho một chủ thể, sau đó lại trở thành đối thủ cạnh tranh của chủ thể này trên thị trường cuối nguồn khi trực tiếp phân phối dịch vụ mạng đến người tiêu dùng¹⁸. Hoạt động “phân phối kép” này gây ra nguy cơ các công ty dầu mỏ lớn sẽ áp đặt các điều kiện bất lợi cũng như sẽ có sự phân biệt đối xử khi cung cấp sản phẩm cho các đối thủ cạnh tranh khác nhau trên thị trường cuối nguồn. Sự phân biệt đối xử đó được thể hiện bất kỳ dưới dạng nào như giá cả, giới hạn số lượng, hạn chế giao

17 tldd số 15 tr. 42

18 tldd số 15 tr. 49

hàng, nhận hàng hoặc các điều khoản liên quan đến tài sản thế chấp. Rõ ràng sự phân biệt đối xử này (nếu có) sẽ có tác động tiêu cực đối với môi trường cạnh tranh, nó có thể dẫn đến các nguy cơ áp đặt giá bán hoặc hạn chế số lượng, phân chia thị trường cũng như các điều kiện bất lợi khác cho các đối thủ cạnh tranh.

Do đó, Ủy ban này cho rằng, trong hoạt động đầu mỏ thì hệ thống lọc dầu và đường ống dẫn dầu/khí được xem là cơ sở thiết yếu để thực hiện hoạt động kinh doanh trong lĩnh vực này, đồng thời kết luận rằng để đảm bảo môi trường cạnh tranh lành mạnh thì cần có sự độc lập trong hoạt động của các chủ thể này trên thị trường đầu nguồn và thị trường cuối nguồn. Hay nói cách khác, nó cần được xem xét và điều chỉnh bởi pháp luật cạnh tranh.

Dưới góc độ của pháp luật cạnh tranh Canada, điều kiện/cơ sở thiết yếu được xem xét dưới hai khía cạnh: từ chối chuyển giao và lạm dụng vị trí thống lĩnh¹⁹.

Trong mối tương quan với quyền SHTT thì việc xem xét một chủ thể có vi phạm pháp luật cạnh tranh bởi việc từ chối chuyển giao hay lạm dụng vị trí thống lĩnh hay không phải thực hiện các điều tra, đánh giá dựa trên các tiêu chí cụ thể:

(1) Liệu có cách thức hợp lý nào khác mà các đối thủ cạnh tranh vẫn có thể gia nhập vào thị trường và cạnh tranh hiệu quả trên thị trường địa lý và sản phẩm khi không có các điều kiện thiết yếu đó;

(2) Thời gian để đối thủ cạnh tranh xây dựng các điều kiện của riêng họ hoặc để có được quyền tiếp cận/sử dụng điều kiện thiết yếu để có thể cạnh tranh hiệu quả;

(3) Lý do để các đối thủ cạnh tranh không thể cạnh tranh hiệu quả;

(4) Liệu có bất kỳ ràng buộc, hạn chế nào để tiếp cận, sử dụng điều kiện thiết yếu bởi các đối thủ cạnh tranh hay không.

Tại Việt Nam, không có một tài liệu chính thống nào đề cập, giải thích về Học thuyết điều kiện thiết yếu cũng như việc vận dụng nó trong hoạt động thực thi quyền SHTT nói chung và chuyển giao công nghệ nói riêng. Tuy nhiên, thông qua việc bắt buộc chuyển giao thuốc Tamiflu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, chúng ta có thể nhận thấy “bóng dáng” của Học thuyết điều kiện thiết yếu.

Năm 2005, Việt Nam rơi vào đại dịch cúm gia cầm. Để đối phó với đại dịch này và theo cảnh báo của Tổ chức Y tế thế giới (WHO), Chính phủ Việt Nam đã đặt hàng Công ty F Hoffmann-La Roche Ltd - chủ thể nắm quyền sáng chế sản xuất thuốc Tamiflu, 25 triệu viên thuốc Tamiflu để điều trị bệnh cúm gia cầm H5N1. Tuy nhiên, Công ty dược phẩm này đã không có khả năng cung ứng cho đơn đặt hàng nêu trên.

Trước tình hình đó, tháng 11 năm 2005, Bộ Y tế đã yêu cầu Công ty Roche chuyển nhượng quyền sản xuất Tamiflu cho các doanh nghiệp Việt Nam, để Việt Nam có đủ thuốc đối phó với dịch cúm gia cầm trong thời gian tới.

Công ty Roche đã đồng ý nhượng quyền sản xuất thuốc Tamiflu cho Việt Nam **nhưng sẽ tự lựa chọn công ty đủ năng lực sản xuất, hoạt động sau 2 tháng ký kết**. Cùng với việc đồng ý nhượng quyền sản xuất thuốc Tamiflu, Roche cũng đồng ý xuất 25 triệu viên mà Việt Nam đặt hàng. Số thuốc này sẽ được chuyển đến Việt Nam theo 3 giai đoạn: từ nay đến cuối năm 2006 (2 triệu viên); từ tháng 1-30/6/2006 (8 triệu viên) và từ tháng 7 - 12/2006 (15 triệu viên)²⁰.

Đây là một trong những trường hợp chứng minh rằng, trong một số trường hợp nhất định, cơ quan nhà nước có quyền yêu cầu chuyển giao quyền SHTT với tư cách là

19 tldd số 15 tr. 51

20 <http://vnn.vietnamnet.vn/xahoi/doi-song/2005/11/509533/> truy cập ngày 06/12/2018, truy cập lúc 2h50 ngày 06/12/2018

điều kiện thiết yếu bất kể ý chí chủ quan của chủ thể nắm quyền. Điều này đã được quy định cụ thể trong Luật SHTT năm 2005:

“1. Trong các trường hợp sau đây, quyền sử dụng sáng chế được chuyển giao cho tổ chức, cá nhân khác sử dụng theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền mà không cần được sự đồng ý của người nắm độc quyền sử dụng sáng chế:

a) Việc sử dụng sáng chế nhằm mục đích công cộng, phi thương mại, phục vụ quốc phòng, an ninh, phòng bệnh, chữa bệnh, dinh dưỡng cho nhân dân hoặc đáp ứng các nhu cầu cấp thiết của xã hội;

b) Người nắm độc quyền sử dụng sáng chế không thực hiện nghĩa vụ sử dụng sáng chế quy định tại khoản 1 Điều 136 và khoản 5 Điều 142 của Luật này sau khi kết thúc bốn năm kể từ ngày nộp đơn đăng ký sáng chế và kết thúc ba năm kể từ ngày cấp Bằng độc quyền sáng chế;²¹

c) Người có nhu cầu sử dụng sáng chế không đạt được thỏa thuận với người nắm độc quyền sử dụng sáng chế về việc ký kết hợp đồng sử dụng sáng chế mặc dù trong một thời gian hợp lý đã cố gắng thương lượng với mức giá và các điều kiện thương mại thỏa đáng;

d) Người nắm độc quyền sử dụng sáng chế bị coi là thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh bị cấm theo quy định của pháp luật về cạnh tranh²².

Đồng thời, cơ quan quản lý nhà nước cũng sẽ bắt buộc chuyển giao quyền SHTT khi chứng minh được rằng hành vi đó bị xem là hành vi hạn chế cạnh tranh theo quy định

của pháp luật cạnh tranh “Hành vi hạn chế cạnh tranh là hành vi gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh, bao gồm hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường và lạm dụng vị trí độc quyền”²³.

Hành vi từ chối chuyển giao là hành vi đơn phương từ phía chủ thể (doanh nghiệp) nắm giữ quyền SHTT. Do vậy, tác động hạn chế cạnh tranh của hành vi này chính là hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh để hạn chế cạnh tranh.

Theo quy định của Luật Cạnh tranh năm 2018, một trong những yếu tố quan trọng để xác định một chủ thể có vị trí thống lĩnh đó chính là thị phần²⁴. Theo đó, dựa trên yếu tố thị phần thì doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan hoặc có sức mạnh thị trường đáng kể.

Sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp được xác định dựa vào một số yếu tố sau đây:

....

c) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường đối với doanh nghiệp khác;

d) Khả năng nắm giữ, tiếp cận, kiểm soát thị trường phân phối, tiêu thụ hàng hóa, dịch vụ hoặc nguồn cung hàng hóa, dịch vụ;

đ) Lợi thế về công nghệ, hạ tầng kỹ thuật;

e) Quyền sở hữu, nắm giữ, tiếp cận cơ sở hạ tầng;

g) Quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng quyền SHTT

...²⁵

21 Khoản 1 Điều 135 Luật SHTT 2005 quy định “1. Chủ sở hữu sáng chế có nghĩa vụ sản xuất sản phẩm được bảo hộ hoặc áp dụng quy trình được bảo hộ để đáp ứng nhu cầu quốc phòng, an ninh, phòng bệnh, chữa bệnh, dinh dưỡng cho nhân dân hoặc các nhu cầu cấp thiết khác của xã hội. Khi có các nhu cầu quy định tại khoản này mà chủ sở hữu sáng chế không thực hiện nghĩa vụ đó thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền có thể chuyển giao quyền sử dụng sáng chế cho người khác mà không cần được phép của chủ sở hữu sáng chế.

22 Điều 145 Luật SHTT năm 2005.

23 Khoản 2 Điều 3 Luật Cạnh tranh năm 2018.

24 Doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có sức mạnh thị trường đáng kể được xác định theo quy định tại Điều 26 của Luật này hoặc có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan (Khoản 1 Điều 24 Luật Cạnh tranh).

25 Khoản 1 Điều 26 Luật Cạnh tranh 2018.

Theo quy định nêu trên, việc sở hữu quyền SHTT đã có khả năng giúp cho chủ sở hữu có được sức mạnh thị trường đáng kể mà đôi khi không cần quan tâm đến yếu tố thị phần. Trong trường hợp này, chỉ cần chủ thể đó từ chối chuyển giao quyền SHTT của mình cho chủ thể khác thì sẽ bị xem là hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh²⁶. Hay nói cách khác, hành vi từ chối chuyển giao quyền SHTT sẽ bị xem là hành vi vi phạm mặc nhiên theo quy định của pháp luật cạnh tranh.

Rõ ràng quy định như vậy là cứng nhắc, không xem xét đến yếu tố độc quyền hợp pháp của quyền SHTT. Điều này sẽ tác động tiêu cực đến hoạt động đầu tư sáng tạo tại Việt Nam.

Do đó, để đảm bảo được tính cân bằng giữa bảo vệ độc quyền SHTT và bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh, việc vận dụng Học thuyết điều kiện thiết yếu để bắt buộc chủ sở hữu chuyển giao quyền SHTT phải xem xét dưới cả 2 khía cạnh: (i) ảnh hưởng của nó đến thị trường cạnh tranh và (ii) tác động của nó đối với hoạt động đầu tư, sáng tạo. Hoạt động đó phải được xem xét, đánh giá một cách cân trọng trong mối tương quan của quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ thể có liên quan trong từng trường hợp cụ thể và phải được thực hiện bởi Tòa án và Cơ quan quản lý cạnh tranh.

Tóm lại, việc xác định giới hạn can thiệp của nhà nước nói chung và pháp luật cạnh tranh nói riêng thông qua việc áp dụng Học thuyết điều kiện thiết yếu trong lĩnh vực SHTT nhằm đặt ra nghĩa vụ chuyển giao quyền SHTT cho chủ sở hữu là việc làm hết sức khó khăn nhằm đảm bảo quyền lợi của các chủ thể cũng như môi trường kinh doanh và hoạt động nghiên cứu, sáng tạo. Vì vậy,

cơ quan nhà nước cần vận dụng hiệu quả nó trong mối tương quan của độc quyền quyền SHTT, lợi ích của người tiêu dùng và môi trường cạnh tranh lành mạnh. Đây là điều không phải dễ dàng mà cần phải xem xét cẩn trọng trong từng vụ việc cụ thể bởi các cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

4. LỜI KẾT

Trong mối tương quan bởi pháp luật SHTT, Học thuyết điều kiện thiết yếu là cơ sở để áp dụng nghĩa vụ bắt buộc phải chuyển giao các quyền SHTT của chủ sở hữu khi việc thực thi độc quyền quyền SHTT có khả năng hạn chế cạnh tranh hoặc nguy cơ gây hạn chế cạnh tranh đáng kể. Mặc dù vẫn có những rào cản, tranh cãi khiến cho một số quốc gia vẫn không quy định cụ thể vấn đề này cho riêng quyền SHTT vì những nguyên nhân đã phân tích ở trên, nhưng việc cần thiết phải áp dụng Học thuyết này là điều không phải bàn cãi trong bối cảnh công nghệ và tài sản trí tuệ đang phát triển một cách nhanh chóng và chi phối mạnh mẽ đến lợi ích của các chủ thể cũng như sự phát triển của xã hội, quốc gia.

Tuy nhiên, để áp dụng học thuyết này thì các cơ quan có thẩm quyền cần phải xem xét cẩn trọng, đầy đủ các yếu tố nhằm chứng minh được rằng:

- Quyền SHTT là cơ sở thiết yếu trong hoạt động kinh doanh của các chủ thể;
- Việc từ chối chuyển giao quyền sử dụng/truy cập cơ sở đó là kết quả của hành vi lạm dụng vị trí độc quyền có được bởi các quy định của Luật SHTT²⁷ ■

26 Khoản 1 Điều 27 Luật Cạnh tranh 2018 quy định:

“Hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền bị cấm:

.....

c) Hạn chế sản xuất, phân phối hàng hoá, dịch vụ, giới hạn thị trường, cản trở sự phát triển kỹ thuật, công nghệ gây thiệt hại cho khách hàng;”

27 Xem thêm: Bùi Thị Hằng Nga, Từ chối chuyển giao quyền SHTT theo quy định của pháp luật cạnh tranh, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số tháng 9/2017

ĐỔI MỚI QUY TRÌNH LẬP PHÁP HIỆN HÀNH THEO HIẾN PHÁP NĂM 2013

Trần Ngọc Đường*

* GS. TS. Nguyễn Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: quy trình lập pháp; Hiến pháp; Quốc hội; đại biểu Quốc hội; Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 25/06/2019

Biên tập : 07/07/2019

Duyệt bài : 15/07/2019

Article Information:

Keywords: Legislation process; Constitution; National Assembly; National Assembly deputies; Law on Promulgation of Legal Normative Documents..

Article History:

Received : 25 Jun 2019

Edited : 07 Jul. 2019

Approved : 15 Jul. 2019

1. Những bất cập của quy trình lập pháp hiện hành

Cụ thể hóa Hiến pháp năm 2013 trong hoạt động lập pháp và lập quy, Quốc hội đã ban hành Luật Ban hành văn bản quy phạm

Tóm tắt:

Qua 4 năm thi hành Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 cho thấy, công tác xây dựng pháp luật ở nước ta đã có chuyển biến tích cực, chất lượng văn bản pháp luật đã được nâng cao hơn, nhiều văn bản được ban hành để kịp thời đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước và góp phần quan trọng vào sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. Tuy nhiên, đối chiếu với những nội dung mới của Hiến pháp năm 2013, có thể thấy Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 còn có khiếm khuyết như: các quy định của Luật về phân công, phối hợp trong hoạt động lập pháp không phù hợp, chưa thể hiện đầy đủ vai trò của Nhân dân trong hoạt động lập pháp; kiểm soát ủy quyền lập pháp chưa được quy định chặt chẽ để phát huy mặt tích cực và hạn chế mặt tiêu cực của lập pháp ủy quyền. Vì vậy, việc hoàn thiện Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đang được đặt ra cấp thiết.

Abstract

After 4 years of enforcement of the Law on Promulgation of Legal Normative Documents of 2015, the law-making activities in our country has had positive changes, the quality of legal documents has been improved and they are timely issued to meet the requirements of state management and provided important contribution to the socio-economic developments. However, in comparison with the new provisions under the Constitution of 2013, it can be observed that the Law on Promulgation of Legal Normative Documents of 2015 still has such shortcomings as: the inappropriate provisions of the Law on allocation and coordination in legislative activities; the inadequate role of the People in legislative activities; controlling of the legislative authorization not strictly regulated to strengthen the positive effects and reduce the negative aspects of legislative authorization. Therefore, further improvements of the Law on Promulgation of Legal Normative Documents of 2015 is urgently required.

pháp luật (VBQPPL) sửa đổi, bổ sung năm 2015. Tuy nhiên, Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 chưa thể chế đầy đủ, sâu sắc nội dung và tinh thần mới của Hiến pháp năm 2013.

- Trước hết, Hiến pháp năm 2013 không thừa nhận quyền lập hiến và quyền lập pháp là một quyền như quan niệm của Hiến pháp năm 1992 rằng chỉ duy nhất và toàn quyền thuộc về Quốc hội. Ngược lại Hiến pháp năm 2013 thừa nhận quyền lập hiến và quyền lập pháp là hai quyền khác nhau. Quyền lập hiến là quyền lực gốc, cao hơn quyền lập pháp, còn quyền lập pháp phái sinh từ quyền lập hiến. Vì thế quyền lập hiến thuộc về Nhân dân, còn quyền lập pháp thuộc về Quốc hội. Như vậy, quyền lập pháp khác với quyền lập hiến. Lập pháp là quyền duy nhất thuộc về Quốc hội, tức là quyền thay mặt Nhân dân thẩm tra, phân biệt để xem xét quyết định thông qua hay chưa thông qua một dự án Luật do cơ quan hay cá nhân có thẩm quyền đưa trình Quốc hội. Nếu dự án đó qua kiểm soát bằng các hoạt động phân tích, đánh giá, phân biệt mà cơ quan có thẩm quyền đưa ra trình không giải trình thuyết phục được các cơ quan của Quốc hội và đại biểu Quốc hội (ĐBQH) thì phải có trách nhiệm nghiên cứu, tìm tòi để có phương án chính sách phù hợp trình Quốc hội. Vì vậy, không nên quan niệm, quyền lập pháp duy nhất thuộc về Quốc hội là Quốc hội phải làm từ A đến Z trong tất cả các công đoạn của quy trình lập pháp. Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và ĐBQH được bầu ra không phải để soạn thảo các dự án Luật mà nhiệm vụ quan trọng, hàng đầu là thẩm tra, kiểm soát các dự án luật, bảo đảm cho các dự án luật sau khi xem xét, bấm nút thông qua phù hợp với ý chí, nguyện vọng của Nhân dân, có khả năng điều chỉnh các quan hệ xã hội, bảo đảm tính khả thi, tính hợp hiến và tính thống nhất của hệ thống pháp luật. Hiến pháp năm 2013 phân định Quốc hội là cơ quan thực hiện quyền lập pháp nhằm làm rõ mối quan hệ độc lập tương đối giữa Quốc hội, Chính phủ và Tòa án Nhân dân tối cao. Trong quy trình lập pháp, tính độc lập tương đối của Quốc hội đối với hành pháp (Chính phủ) và tư pháp (Tòa án Nhân dân) đó là: bằng hoạt động thẩm tra, xem xét, Quốc hội có quyền thông qua hay chưa thông qua dự án luật.

- Hai là, Hiến pháp năm 2013 lần đầu tiên quy định Chính phủ thực hiện quyền hành pháp (Điều 94). Điều đó khẳng định rằng trong mối quan hệ với quy trình lập pháp, hơn ai hết, Chính phủ là người phải chịu trách nhiệm hàng đầu trong việc đề xuất, hoạch định, soạn thảo, thẩm định, các chính sách quốc gia mà phần lớn là dưới dạng các dự án luật để đưa trình Quốc hội và nếu được Quốc hội xem xét và bấm nút thông qua, Chính phủ lại là người tổ chức thực hiện đề đưa chính sách quốc gia đó vào cuộc sống. Đó chính là thiên chức của Chính phủ mà Hiến pháp năm 2013 xác định trong mối quan hệ với quyền lập pháp. Hoàn toàn đối lập với quan niệm rằng Chính phủ được Quốc hội giao nhiệm vụ “giúp đỡ” Quốc hội soạn thảo dự án luật như quan niệm trong nhà nước tập quyền XHCN trước đây. Do đó, chất lượng của một đạo luật phần lớn phụ thuộc vào chất lượng đầu vào của các chính sách do Chính phủ soạn thảo trong dự án luật. Một đất nước muốn phát triển và ổn định thì chính sách quốc gia phải được ban hành kịp thời, “thông minh” và tổ chức thực hiện tốt. Trách nhiệm đó, theo Hiến pháp năm 2013 được Nhân dân giao cho Chính phủ chứ không phải do Quốc hội giao cho Chính phủ. Điều đó cũng hoàn toàn phù hợp với thực tiễn nước ta, cũng như của hầu hết các nhà nước dân chủ và pháp quyền trên thế giới là hơn 90% các dự án luật do Chính phủ soạn thảo, trình Quốc hội xem xét, thông qua.

- Ba là, Hiến pháp năm 2013, lần đầu tiên quy định "Tòa án Nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp" (Điều 102). Quy định này thể hiện mối quan hệ độc lập tương đối của Tòa án Nhân dân với Quốc hội và Chính phủ. Tòa án Nhân dân tối cao có quyền đưa trình các dự án luật trong việc thực hiện quyền tư pháp (xét xử), nhưng Chính phủ có quyền cho ý kiến và phải có trách nhiệm về chính sách quốc gia trong các dự án luật này. Bởi vì, Chính phủ là người có trách nhiệm trong việc đảm bảo cơ sở vật chất, tài chính cho việc thực hiện trên thực tế các chính sách quốc gia này.

- Bốn là, Hiến pháp năm 2013 lần đầu tiên quy định một nguyên tắc mới về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước ta. Đó là: “quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp” (Khoản 3 Điều 2). Điều đó khẳng định rằng, lập pháp là một quyền, đồng thời là một phương thức kiểm soát quyền lực nhà nước. Vì vậy, việc Quốc hội xem xét, thông qua các dự án luật cần được xem là một phương thức kiểm soát quyền lực nhà nước đối với các dự án luật của các cơ quan có thẩm quyền trình trước Quốc hội mà không phải là một hoạt động làm luật theo nghĩa thông thường. Theo đó, Luật Ban hành VBQPPL cần phải coi việc xem xét, thông qua luật của Quốc hội là một hoạt động kiểm soát việc thực hiện quyền hành pháp, tư pháp, thay vì xem nó là một hoạt động làm luật trong quy trình lập pháp như hiện nay.

- Năm là, Hiến pháp năm 2013 lần đầu tiên quy định: “Mặt trận Tổ quốc Việt Nam... giám sát, phản biện xã hội” (Điều 9) và “Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước bằng dân chủ trực tiếp...” (Điều 6). Các quy định nói trên đòi hỏi phải có vai trò giám sát phản biện của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và sự tham gia đóng góp ý kiến của Nhân dân trong quy trình lập pháp như là một phương thức kiểm soát quyền lực nhà nước từ phía Nhân dân.

Như vậy, mô hình lập pháp mà Hiến pháp năm 2013 xác lập là: Đầu vào của hoạt động lập pháp theo Hiến pháp chủ yếu là Chính phủ và đầu ra của hoạt động lập pháp cũng chủ yếu là Chính phủ. Điều đó có nghĩa là Chính phủ phải chịu trách nhiệm về chất lượng của các chính sách thể hiện trong dự án luật, kể cả các dự án luật không do Chính phủ trình. Cùng với trách nhiệm về chất lượng đầu vào của các dự án luật, Chính phủ cũng phải chịu trách nhiệm cả về đầu ra của dự án luật. Đó là trách nhiệm tổ chức và thực hiện luật trong đời sống nhà nước và đời sống xã hội.

Đối chiếu với những nội dung mới nói trên của Hiến pháp năm 2013, có thể thấy Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 còn có hạn chế sau đây:

Một là, các quy định của Luật về phân công, phối hợp trong hoạt động lập pháp không phù hợp.

Theo các điều quy định của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, việc Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội xem xét thông qua một dự án luật tại một kỳ họp hay hai kỳ họp thì sau khi cơ quan có thẩm quyền đưa trình ra tại phiên họp toàn thể của Quốc hội, dự án luật chủ yếu thuộc về trách nhiệm của các cơ quan của Quốc hội. Theo khoản 5 Điều 74 quy định đối với dự án luật xem xét thông qua tại một kỳ họp thì “cơ quan thẩm tra chủ trì, phối hợp với cơ quan ... trình dự thảo, dự án ... giúp Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) dự kiến những vấn đề quan trọng, những vấn đề lớn của dự án, dự thảo và có ý kiến khác nhau trình Quốc hội biểu quyết”. Đối với dự án luật thông qua tại hai kỳ họp cũng quy định tương tự như vậy: “a) Trong thời gian giữa hai kỳ họp của Quốc hội, UBTVQH chỉ đạo tổ chức việc nghiên cứu giải trình dự án, dự thảo, xây dựng báo cáo giải trình...; b) UBTVQH xem xét, thảo luận báo cáo giải trình, tiếp thu chính lý...” (khoản 3 Điều 75).

Theo các quy định này, các dự án luật sau lần trình thứ nhất (đối với dự án luật thông qua tại một kỳ họp) và lần trình thứ hai (đối với dự án luật thông qua tại hai kỳ họp) thì dự án luật chuyển sang sân Quốc hội và việc chỉnh lý, sửa đổi, bổ sung dự án luật hoàn toàn thuộc trách nhiệm của các cơ quan của Quốc hội. Đó là cơ quan có thẩm quyền thẩm tra (chủ yếu là thường trực của cơ quan đó) và UBTVQH phối hợp với cơ quan, tổ chức trình dự án luật (chủ yếu là cơ quan soạn thảo). Phân công và phối hợp như vậy là chưa hợp lý. Hiến pháp năm 2013 đã xác định một cách minh bạch Quốc hội là cơ quan thực hiện quyền lập hiến, lập pháp; Chính phủ thực hiện quyền hành pháp và Tòa án Nhân dân thực hiện quyền tư pháp.

Theo đó, quyền lập pháp là quyền thay mặt toàn dân xem xét để bấm nút thông qua dự án luật mà không phải là quyền làm ra các dự thảo luật, sửa đổi, bổ sung, chỉnh lý các dự thảo luật. Quyền hành pháp như Hiến pháp quy định là quyền: “đề xuất xây dựng chính sách trình Quốc hội, UBTVQH quyết định hoặc quyết định theo thẩm quyền để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại điều này, trình dự án luật, dự án ngân sách nhà nước và các dự án khác trước Quốc hội, trình dự án pháp lệnh trước UBTVQH” (khoản 2 Điều 96). Như vậy, sau khi trình dự án luật ra các kỳ họp của Quốc hội, việc các cơ quan của Quốc hội chủ trì, phối hợp với cơ quan soạn thảo chỉnh lý sửa đổi, bổ sung nội dung của dự án luật là sự phối hợp không hợp lý, dẫn đến trách nhiệm trong hoạt động lập pháp không rõ ràng. Ở nước ta, cũng như các nước trên thế giới, 90% dự án luật là Chính phủ soạn thảo và đưa trình cơ quan lập pháp. Bởi Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, thực hiện quyền hành pháp, hơn ai hết thông qua hoạt động quản lý mọi mặt đời sống nhà nước, Chính phủ biết cần phải xây dựng chính sách như thế nào, chính sách đó có nội dung ra sao và điều chỉnh nó như thế nào thì có hiệu quả, hiệu lực nhất. Do vậy, cơ quan chủ trì của sự phối hợp này thuộc về các cơ quan của Quốc hội nên làm cho chính cơ quan soạn thảo dự án luật ỷ lại, dựa dẫm, không phát huy đầy đủ thế mạnh của cơ quan trực tiếp quản lý mọi mặt đời sống nhà nước. Do vậy, thực tiễn cho thấy chất lượng của một số dự án luật không cao. Ví như: Bộ luật Hình sự, Luật Bảo hiểm xã hội sau khi ban hành không được dư luận xã hội đồng tình, cần phải kiểm điểm, quy trách nhiệm thì không tìm ra được địa chỉ một cách cụ thể. Luật tốt thì thành tích của chung, nhưng luật ban hành ra chưa tốt không biết cơ quan nào chịu trách nhiệm chính. Có ý kiến cho rằng, theo quy định của Luật Ban hành VBQPPL hiện hành thì Quốc hội chịu trách nhiệm chính, ngược lại, có ý kiến cho rằng, theo Hiến pháp năm 2013 thì Chính phủ là cơ quan

soạn thảo dự án luật phải chịu trách nhiệm chính. Chúng tôi ủng hộ quan điểm thứ hai. Bởi, Hiến pháp năm 2013 đã quy định Chính phủ là cơ quan thực hiện quyền hành pháp mà nhiệm vụ hàng đầu của quyền hành pháp là “đề xuất, xây dựng chính sách trình Quốc hội” còn Quốc hội có nhiệm vụ, quyền hạn xem xét thông qua Luật.

Hai là, các quy định của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 không coi việc xem xét thông qua luật là một phương thức kiểm soát quyền lực nhà nước. Theo các quy định của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, việc Quốc hội và các cơ quan của Quốc hội thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn xem xét thông qua luật là hoạt động làm luật mà không được quan niệm là hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước giữa cơ quan thực hiện quyền lập pháp với các cơ quan đưa trình dự án luật trong việc thực hiện quyền hành pháp và quyền tư pháp theo nguyên tắc kiểm soát quyền lực nhà nước mà Hiến pháp quy định. Vì thế, từ thẩm tra của các Ủy ban và Hội đồng Dân tộc, cho ý kiến của UBTVQH, cho đến ĐBQH xem xét thông qua dự án luật tại kỳ họp toàn thể Quốc hội đều mang tính chất góp ý để hoàn thiện dự án luật. Đó là quá trình “hợp tác” giữa các cơ quan của Quốc hội và Quốc hội để nâng cao chất lượng của dự án luật trước khi Quốc hội bấm nút thông qua chứ không phải là quá trình kiểm soát quyền lực nhà nước giữa cơ quan thực hiện quyền lập pháp đối với các cơ quan thực hiện quyền hành pháp và quyền tư pháp trong hoạt động xây dựng pháp luật. Đây phải là một phương thức kiểm soát quyền lực nhà nước trước khi VBQPPL có hiệu lực thi hành. Phương thức kiểm soát trước đối với quyền lực nhà nước trong xây dựng pháp luật có tác dụng phòng ngừa rất to lớn, thể hiện sự thận trọng của Nhà nước pháp quyền XHCN của Nhân dân, do Nhân dân và vì Nhân dân. Với quan niệm đó, việc xem xét, thông qua luật tại các cơ quan của Quốc hội, cũng như tại các phiên họp toàn thể của Quốc hội ở nghị

trường không thể bằng các hoạt động “thảo luận” “cho ý kiến về những vấn đề lớn còn có ý kiến khác nhau” như Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 quy định mà phải là các hoạt động phân tích, tranh luận, phản biện thể hiện thái độ đồng tình hay phản đối các chính sách quốc gia đề ra trong dự thảo luật và cơ quan có thẩm quyền trình dự án luật phải có trách nhiệm giải trình làm rõ vấn đề trước Quốc hội. Qua tranh luận, phản biện và giải trình mà không thuyết phục được Quốc hội thì cơ quan trình dự án luật (chứ không phải là sự hợp tác với các cơ quan của Quốc hội) phải nghiên cứu, tìm tòi đề sửa đổi, bổ sung tìm ra phương án chính sách mới để trình Quốc hội. Nếu lại không được Quốc hội chấp nhận thì lúc đó, giữa các cơ quan của Quốc hội và các ĐBQH với cơ quan trình dự án luật mới có sự thỏa hiệp nhằm tìm ra phương án chính sách tốt nhất có thể để thông qua. Hoạt động lập pháp thực chất là một hoạt động ban hành thể chế chính sách quốc gia. Thể chế chính sách quốc gia tốt thì đất nước giàu mạnh và ổn định. Vì thế, ở các nước, hoạt động lập pháp là quá trình cọ xát giữa lập pháp với cơ quan trình dự án luật mà chủ yếu là hành pháp để tìm ra thể chế chính sách phù hợp nhất. Chúng tôi cho rằng, không nên xem các nước dân chủ và pháp quyền trên thế giới theo mô hình đa nguyên chính trị nên hoạt động lập pháp mới có sự cọ xát giữa các phe phái, còn đối với nước ta chỉ có một Đảng lãnh đạo, không nên và không cần thiết phải như vậy. Theo chúng tôi, dù là theo mô hình đa nguyên hay nhất nguyên chính trị thì hoạt động lập pháp là một hoạt động khó khăn, phức tạp; chỉ thông qua tranh luận, phản biện và giải trình một cách thực chất mới tìm được phương án về thể chế, chính sách phù hợp và tốt nhất cho quốc gia. Đặc biệt trong điều kiện ngày nay, khi mà dân trí nước ta ngày một nâng cao, dân chủ ngày càng được coi trọng, hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng và cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 càng ngày càng phát triển, thì hoạt động lập pháp càng trở nên khó khăn, phức tạp, đòi hỏi sự thận trọng

và chín chắn trong việc tìm ra các phương án chính sách tốt nhất để điều chỉnh các quan hệ xã hội. Điều đó lại càng cần một quy trình lập pháp theo phương thức kiểm soát quyền lực nhà nước mà không đơn thuần là một hoạt động cùng nhau làm luật.

Ba là, chưa thể hiện đầy đủ vai trò của Nhân dân trong hoạt động lập pháp.

Vai trò của Nhân dân thông qua Mặt trận Tổ quốc Việt Nam đều đã được thể hiện trong hầu hết các công đoạn của quy trình lập pháp từ việc hình thành các đề nghị xây dựng các VBQPPL, hình thành chương trình xây dựng luật, pháp lệnh hàng năm đến việc soạn thảo, thẩm tra các dự án luật, pháp lệnh trước khi Quốc hội xem xét thông qua. Tuy nhiên, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam với tư cách là một chủ thể có thẩm quyền giám sát và phản biện xã hội trong hoạt động xây dựng pháp luật mà Hiến pháp năm 2013 ghi nhận thì Luật Ban hành VBQPPL hiện hành chưa quy định. Đồng thời, Nhân dân với tư cách là công dân có các quyền dân chủ trực tiếp cũng cần phải được thể chế trong hoạt động lập pháp của Nhà nước.

Bốn là, kiểm soát ủy quyền lập pháp chưa được quy định chặt chẽ để phát huy mặt tích cực và hạn chế mặt tiêu cực của lập pháp ủy quyền.

Theo Luật Ban hành VBQPPL hiện hành, tuy không nói rõ là lập pháp ủy quyền, nhưng thực chất là Quốc hội ủy quyền lập pháp của mình cho Chính phủ quy định chi tiết hướng dẫn thi hành một số điều, khoản, điểm trong các bộ luật, đạo luật dưới hình thức nghị định và ban hành nghị định để quy định vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, UBTVQH nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh và giao cho UBTVQH ban hành pháp lệnh quy định những vấn đề được Quốc hội giao. Như vậy, ủy quyền lập pháp thực chất là hoạt động lập pháp nhưng không do Quốc hội được Nhân dân trực tiếp ủy quyền thực hiện quyền lập pháp ban hành mà lại được Quốc hội ủy quyền cho cơ quan nhà nước

khác ban hành. Điều đó đòi hỏi ủy quyền lập pháp phải có giới hạn chặt chẽ, không tràn lan để đảm bảo phân công quyền lực một cách đúng đắn giữa lập pháp và hành pháp, bảo đảm quyền lập pháp thuộc về Quốc hội mà Hiến pháp năm 2013 đã quy định.

Ủy quyền lập pháp là hoạt động vừa có mặt tích cực lại vừa có mặt hạn chế. Mặt tích cực của ủy quyền lập pháp là hoạt động bổ sung cho hoạt động lập pháp, góp phần nâng cao chất lượng của hoạt động lập pháp. Bởi lẽ, trong hoạt động lập pháp của Quốc hội, có một số điều luật không thể quy định chi tiết hoặc nếu quy định chi tiết thì rất dễ bị lạc hậu so với thời gian làm cho luật thiếu ổn định, dễ bị thay đổi. Bên cạnh đó, trong điều kiện hiện nay, nếu mọi quy định pháp luật đều phải được Quốc hội ban hành dưới dạng một đạo luật là một quá trình tốn kém thời gian và tiền bạc thì không thể đáp ứng kịp thời và hiệu quả công tác quản lý nhà nước, quản lý kinh tế - xã hội. Do đó, ủy quyền lập pháp cho Chính phủ ban hành dưới dạng nghị định quy định những vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh là cần thiết. Tuy nhiên, ủy quyền lập pháp cũng chứa đựng những yếu tố tiêu cực. Đó là, nếu không có sự ủy quyền chặt chẽ, phù hợp, đúng đắn theo cơ chế phân công, phối hợp và kiểm soát trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp sẽ dẫn đến lập pháp ủy quyền lạm quyền, ban hành tràn lan, làm cho số lượng văn bản ủy quyền lập pháp trở nên quá nhiều, người dân khó khăn trong việc tiếp cận pháp luật. Hệ thống các VBQPPL trở nên phức tạp, rối rắm, nhiều tầng nấc. Đây là chưa kể lập pháp ủy quyền được thực hiện theo quy trình lập quy, thiếu dân chủ và công khai hơn với quy trình lập pháp. Vì vậy, vấn đề đảm bảo chất lượng của nghị định phù hợp với luật, phòng chống lợi ích nhóm, lợi ích cục bộ, ngành ẩn chứa trong nghị định không phải lúc nào cũng dễ dàng phát hiện ra.

2. Đề xuất mô hình lập pháp tổng thể cần được thể chế trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật sửa đổi thời gian tới

Để khắc phục và những hạn chế của Luật Ban hành VBQPPL nêu trên, chúng tôi xin đề xuất mô hình lập pháp tổng thể mà Luật Ban hành VBQPPL cần phải thể chế sau đây:

Một là, Chính phủ phải chịu trách nhiệm chính về đầu vào đối với hoạt động lập pháp bao gồm:

+ Soạn thảo các dự án luật trình Quốc hội.

+ Chịu trách nhiệm về chính sách đề ra trong dự thảo luật đưa trình Quốc hội. Trong trường hợp chính sách trong dự án luật qua thẩm tra và thảo luận tại nghị trường không được Quốc hội đồng tình thì Chính phủ (chứ không phải cơ quan soạn thảo) phải giải trình, thuyết phục và bảo vệ chính sách thể hiện trong dự án trước UBTVQH, Quốc hội mà không dễ dàng thỏa hiệp theo đề xuất của các cơ quan của Quốc hội và ĐBQH. Nếu cuối cùng Quốc hội vẫn không đồng tình thì Chính phủ (chứ không phải cơ quan được giao soạn thảo) và Quốc hội (cụ thể là UBTVQH) phải cùng nhau tìm ra một phương án chính sách mới phù hợp nhất có thể để đưa trình Quốc hội tại các kỳ họp sau.

+ Đối với một số ít dự án luật không do Chính phủ soạn thảo trình Quốc hội mà do Tòa án Nhân dân tối cao, Viện kiểm sát Nhân dân tối cao soạn thảo và trình thì trước khi trình, Chính phủ phải đánh giá, phản biện về các chính sách trong các dự án luật đó. Bởi suy đến cùng Chính phủ phải chịu trách nhiệm bảo đảm nguồn lực cho việc thi hành các chính sách này sau khi dự án luật được Quốc hội thông qua. Vì vậy, Chính phủ phải xem xét một cách thực chất với tư cách là một phương thức kiểm soát trước các chính sách trong các dự án luật không do mình soạn thảo và đưa trình Quốc hội.

Hai là, Quốc hội chịu trách nhiệm xem xét, thông qua hay chưa thông qua các dự án luật do cơ quan, tổ chức có thẩm quyền đưa

(Xem tiếp trang 39)

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ CƠ CẤU TỔ CHỨC CỦA THƯỜNG TRỰC HỘI ĐỒNG DÂN TỘC, CÁC ỦY BAN CỦA QUỐC HỘI

Hoàng Thị Lan*

* ThS. Vụ Công tác đại biểu, Văn phòng Quốc hội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Tổ chức Quốc hội; các cơ quan của Quốc hội; Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/05/2019
Biên tập : 12/06/2019
Duyệt bài : 19/06/2019

Article Infomation:

Keywords: Law on Organization of the National Assembly; agencies of the National Assembly; standing members of the Ethnic Council, of the Committees of the National Assembly.

Article History:

Received : 09 May 2019
Edited : 12 Jun 2019
Approved : 19 Jun 2019

1. Lịch sử ra đời của Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban trong cơ cấu tổ chức của Quốc hội

Ở Việt Nam, Quốc hội đã trải qua 14 nhiệm kỳ nhưng cơ quan chuyên môn (gồm Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban) chỉ hình

Tóm tắt:

Sự thay đổi các quy định về cơ cấu tổ chức của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội trong các văn bản pháp luật từ năm 2001 đến nay cho thấy còn một số vấn đề chưa được lý giải thấu đáo, dẫn đến tình trạng thiếu thống nhất và gây lúng túng trong thực hiện. Xác định rõ tiêu chí phân biệt các chức danh của các thành viên, mối quan hệ giữa các thành viên trong Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội sẽ là các giải pháp cơ bản để hoàn thiện các quy định về cơ cấu tổ chức Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội hiện nay.

Abstract

The changes of the legal regulations on organization and structure of the standing members of the Ethnic Council, of the Committees of the National Assembly in legal documents since 2001 shows that there are still some issues that have not been thoroughly addressed, which leads to the inconsistency and embarrassment in their performance. Clear definition of the criteria for distinguishing the titles of the members, the relationship among the members of the Ethnic Council and the Committees of the National Assembly is the substantial ground for proper solutions to improve the regulations on organization and structure of the standing members of the Ethnic Council, the Committees of the National Assembly.

thành từ nhiệm kỳ Quốc hội khóa II (năm 1960). Số lượng các Ủy ban có xu hướng phát triển từ 02 Ủy ban¹ (Quốc hội khóa II) thành 5 - 6 Ủy ban (Quốc hội khóa III-VI), tăng thành 8 Ủy ban (Quốc hội khóa VII - XI) và 10 Ủy ban (từ Quốc hội khóa XII đến nay).

1 Ủy ban Dự án pháp luật và Ủy ban Kế hoạch và Ngân sách

Việc tăng số lượng các Ủy ban trên cơ sở tách nội dung để thành lập các Ủy ban mới đảm bảo phù hợp với tính tập trung chuyên môn. Duy nhất chỉ có một lần sáp nhập 2 Ủy ban (Ủy ban Văn hóa và Giáo dục với Ủy ban Thanh niên, Thiếu niên, Nhi đồng) thành Ủy ban Văn hóa, Giáo dục, Thanh niên, Thiếu niên và Nhi đồng. Tên gọi các Ủy ban căn cứ lĩnh vực hoạt động của Ủy ban và chức năng, nhiệm vụ của Quốc hội.

Hiện nay, Quốc hội Việt Nam gồm Hội đồng Dân tộc và 9 Ủy ban². Chức năng, nhiệm vụ của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội Việt Nam tựu chung có 3 nhóm chính: thẩm tra dự án luật, pháp lệnh, nghị quyết, giám sát thực hiện pháp luật, kiến nghị xây dựng pháp luật, chính sách thuộc lĩnh vực hoạt động của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban.

Trong điều kiện đất nước ta có nhiều dân tộc và để thuận lợi trong thể chế hóa, giám sát thực hiện chính sách dân tộc của Đảng và Nhà nước, Hội đồng Dân tộc có vị trí pháp lý đặc biệt hơn so với các Ủy ban. Tính chất đặc biệt được thể hiện trong mối quan hệ giữa Hội đồng Dân tộc với Chính phủ, với Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH). Theo quy định của Hiến pháp, Hội đồng Dân tộc không những chỉ hoạt động trong phạm vi thẩm quyền của Quốc hội như các Ủy ban khác mà được tham gia vào hoạt động của Chính phủ khi Chính phủ quyết định các vấn đề liên quan đến chính sách dân tộc³.

Sơ lược về lịch sử hình thành và phát triển cho thấy, Ủy ban được hình thành từ yêu cầu tất yếu đảm bảo tính chuyên môn trong quyết định của Quốc hội. Các lợi ích từ việc

thành lập các Ủy ban được chứng minh bởi các lý do: (i) Duy trì hệ thống Ủy ban giúp cho công việc của Quốc hội được chia nhỏ thành những nội dung cụ thể; (ii) Giúp cho các đại biểu được chuyên môn hóa và dễ dàng hơn trong việc tiếp cận với công việc phù hợp với trình độ chuyên môn; (iii) Dễ dàng tiến hành thu thập và xử lý thông tin làm cơ sở cho các quyết định của Quốc hội.

2. Cơ cấu tổ chức của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội

Ngày 15/6/2004, Quốc hội ban hành Nghị quyết 27/2004/NQ-QH11 về Quy chế hoạt động của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội. Đây là văn bản đầu tiên quy định về cơ cấu tổ chức của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội. Theo đó, Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội gồm Chủ tịch/Chủ nhiệm, Phó Chủ tịch/Phó Chủ nhiệm và một số Ủy viên thường trực là Ủy viên hoạt động chuyên trách tại Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban.

Năm 2010, UBTVQH ban hành Nghị quyết 888/NQ-UBTVQH12 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị quyết 730/2004/NQ-UBTVQH11⁴, trong đó bổ sung thêm chức danh Ủy viên Thường trực của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội có hệ số phụ cấp 1,25. Khi xét về tính logic của các văn bản trên, có thể hiểu Ủy viên hoạt động chuyên trách và Ủy viên thường trực được “tích hợp” thành một tên gọi là “Ủy viên thường trực”, có tính chất hoạt động là “chuyên trách”. Tuy nhiên, Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 lại quy định tách rời Ủy viên Thường trực và Ủy viên chuyên trách thành 2 chức danh khác nhau, trong đó Ủy viên thường trực là thành viên của Thường

2 Ủy ban Quốc phòng - An ninh, Ủy ban Tư pháp, Ủy ban Pháp luật, Ủy ban Đối ngoại, Ủy ban Kinh tế, Ủy ban Tài chính - Ngân sách, Ủy ban Khoa học Công nghệ và Môi trường, Ủy ban Văn hóa, Giáo dục, Thanh niên, Thiếu niên và Nhi đồng, Ủy ban Các vấn đề xã hội.

3 Khoản 3, Điều 75 Hiến pháp 2013 quy định: Chủ tịch Hội đồng Dân tộc được mời tham dự phiên họp của Chính phủ bàn về việc thực hiện chính sách dân tộc. Khi ban hành quy định thực hiện chính sách dân tộc, Chính phủ phải lấy ý kiến của Hội đồng Dân tộc.

4 Nghị quyết 888/NQ-UBTVQH12 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị quyết 730/2004/NQ-UBTVQH11 việc phê chuẩn bảng lương chức vụ, bảng phụ cấp chức vụ đối với cán bộ lãnh đạo của Nhà nước, bảng lương chuyên môn, nghiệp vụ ngành Tòa án, ngành Kiểm sát

trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban⁵. Trong khi đó, hai chức danh đều do UBTVQH phê chuẩn và có quyền như nhau trong việc được mời tham dự các phiên họp của UBTVQH (khoản 4, Điều 60).

Theo quy định của Luật Tổ chức Quốc hội năm 2001, chức danh Chủ tịch/Chủ nhiệm, Phó Chủ tịch/Phó Chủ nhiệm và Ủy viên do Quốc hội bầu, UBTVQH sẽ quyết định số thành viên hoạt động chuyên trách của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban. Nhưng theo quy định của Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 thì chỉ có chức danh Chủ tịch/Chủ nhiệm được Quốc hội bầu, các chức danh khác do UBTVQH phê chuẩn theo đề nghị của Chủ tịch/Chủ nhiệm Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban. Điều đó cho thấy vai trò của Chủ tịch/Chủ nhiệm và UBTVQH trong việc tạo thành cơ cấu tổ chức của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban.

Điểm khác biệt giữa Luật Tổ chức Quốc hội năm 2001 và Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 phản ánh sự thay đổi nhận thức về cơ cấu, cách thức hình thành Thường trực của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội. Tuy nhiên, sự thay đổi này chưa thực sự phù hợp với tính chất hoạt động “thường trực” của một cơ quan. Sẽ có tình trạng một Phó Chủ tịch/Phó Chủ nhiệm kiêm nhiệm khó dành đủ thời gian để tham gia thường xuyên các hoạt động của Hội đồng, các Ủy ban, trong khi một Ủy viên chuyên trách hoạt động thường xuyên tại Hội đồng, các Ủy ban lại không phải là thành viên của Thường trực. Sự thiếu rõ ràng và ràng buộc tính “chuyên trách” dễ dẫn đến việc bố trí nhân sự không phù hợp với tính chất hoạt động “thường trực”. Ngoài ra, chưa có cơ sở lý luận và căn cứ pháp lý thống nhất về điều kiện, tiêu chí, tiêu chuẩn phân biệt để quyết định một thành viên của Hội đồng, các Ủy ban là “Ủy viên thường trực” hay “Ủy viên chuyên trách”. Hiện nay, yếu tố để phân biệt Ủy viên thường trực và Ủy viên chuyên

trách chỉ được nhìn thấy thông qua hệ số phụ cấp⁶ và các chế độ chính sách khác đi kèm như chế độ xe, công tác phí..., nghĩa là tiêu chí chỉ rõ khi chức danh đã được xác định, chính xác hơn là sau khi được UBTVQH phê chuẩn. Như vậy, việc trở thành “ai”, có vị trí thế nào trong Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội không được căn cứ vào các quy định pháp luật mà phụ thuộc vào ý chí chủ quan của chủ thể trình và chủ thể quyết định.

3. Một số đề nghị hoàn thiện quy định của pháp luật về Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội

3.1 Xác định lại cơ cấu của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội

Theo Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, Ủy viên chuyên trách của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban không phải là thành viên của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban. Trên thực tế, thành viên chuyên trách được tham gia các hoạt động của Thường trực, đảm bảo yếu tố về thời gian, chuyên môn phù hợp với yêu cầu hoạt động của Hội đồng, các Ủy ban. Do không phải là thành viên của Thường trực nên các Ủy viên không có quyền bỏ phiếu trong các phiên họp Thường trực của Hội đồng, Ủy ban.

Nên hiểu “thường trực” là một trạng thái hoạt động, “chuyên trách” để xác định tính chuyên nghiệp và phạm vi trách nhiệm trong việc thực nhiệm vụ. Khi đó, “thường trực” và “chuyên trách” là các khái niệm rất khó để so sánh và phân biệt vì hai khái niệm này không cùng một thang bảng để đối chiếu. Mặt khác, một trạng thái hoạt động không nên được sử dụng để đặt tên cho một chức danh, cụ thể ở đây là chức danh Ủy viên thường trực.

Trước những băn khoăn về tiêu chí phân biệt thế nào là Ủy viên thường trực, Ủy viên chuyên trách thì chúng ta nên nhận

5 Khoản 3, Điều 67 Luật Tổ chức Quốc hội quy định: Thường trực Hội đồng Dân tộc gồm Chủ tịch, các Phó Chủ tịch và các Ủy viên thường trực. Thường trực Ủy ban của Quốc hội gồm Chủ nhiệm, các Phó Chủ nhiệm và các Ủy viên thường trực.

6 Ủy viên thường trực có hệ số phụ cấp là 1,25; Ủy viên chuyên trách hệ số phụ cấp là 1.05 hoặc 1.2

thức lại đúng tính chất “thường trực” của một cơ quan để lựa chọn nhân sự phù hợp đảm bảo tính chất hoạt động thường xuyên của cơ quan đó. Chúng tôi cho rằng, cần dựa vào tiêu chí về sự đảm bảo hoạt động thường xuyên và có chuyên môn phù hợp với lĩnh vực hoạt động của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban để xác định số lượng, nhân sự cụ thể. Theo đó, Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội là một nhóm các đại biểu Quốc hội hoạt động chuyên trách tại Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, bao gồm: Chủ tịch/Chủ nhiệm, Phó Chủ tịch/Phó Chủ nhiệm và các Ủy viên chuyên trách. Việc xác định chế độ phụ cấp cùng các chế độ vật chất khác đối với các chức danh của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban phụ thuộc vào chính sách chung của Đảng và Nhà nước đối với hoạt động của Quốc hội.

3.2 Tăng số lượng và nâng cao chất lượng hoạt động của thành viên Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban

Hiệu quả hoạt động của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban phụ thuộc vào hiệu quả hoạt động của cơ quan Thường trực. Hiệu quả hoạt động của Thường trực phụ thuộc vào hiệu quả hoạt động của từng đại biểu. Theo thống kê, số lượng các thành viên của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban tăng qua các nhiệm kỳ là một trong những nội dung khi thực hiện chính sách tăng số lượng đại biểu chuyên trách để hoạt động của Quốc hội từng bước chuyên nghiệp, hiệu quả. Tuy nhiên, tỷ lệ tăng đại biểu chuyên trách và tăng số thành viên của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban chưa tương xứng. Số lượng đại biểu chuyên trách khóa XIV là 34%, trong đó số thành viên Thường trực của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội đạt từ 15 - 20%⁷. Do vậy, để nâng cao chất lượng hoạt động của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội thì trước hết phải tăng số lượng thành viên tương ứng với chủ trương tăng số đại biểu Quốc hội chuyên trách nói chung.

Cùng với việc tăng về lượng thì cần nâng cao chất lượng hoạt động để đại biểu chuyên trách ở trung ương phải là người định hướng cho hoạt động của Quốc hội, của các cơ quan của Quốc hội. Các thành viên của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội đồng thời phải phát huy trách nhiệm với ba vai trò: *thứ nhất*, trách nhiệm với cử tri; *thứ hai*, trách nhiệm với Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban; *thứ ba*, trách nhiệm với hoạt động của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban. Do đó, nâng cao chất lượng thành viên của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban phải là nâng cao chất lượng tổng thể, bao gồm các tiêu chí để thực hiện được trách nhiệm với ba vai trò trên, bao gồm: trình độ chuyên môn, kinh nghiệm công tác, yêu tố thời gian công tác và các điều kiện cá nhân khác.

3.3 Xác định rõ vị trí pháp lý của Thường trực Hội đồng, các Ủy ban và sự tham gia của các Ủy viên kiêm nhiệm tại Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban

Theo quy định, Thường trực Hội đồng Dân tộc, Thường trực Ủy ban của Quốc hội không phải là một cơ quan có vị trí độc lập, mà chỉ là một bộ phận thường trực giúp Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội giải quyết các công việc thường xuyên của Hội đồng, Ủy ban trong thời gian Hội đồng, Ủy ban không họp⁸. Hiện nay, rất nhiều việc do Thường trực Hội đồng, Ủy ban quyết định nhưng vẫn bản pháp lý lại được thể hiện dưới tên của Hội đồng, Ủy ban. Về nguyên tắc, nếu văn bản đứng tên Hội đồng, Ủy ban thì phải do Hội đồng, Ủy ban bàn bạc quyết định. Trong khi đó, Khoản 1 Điều 68 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 quy định nguyên tắc “Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội làm việc theo chế độ tập thể và quyết định theo đa số”. Ngoài ra, với tỷ lệ thành viên của Thường trực chỉ chiếm khoảng 20% trong tổng số thành viên của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội thì việc triệu tập 80% đại biểu kiêm nhiệm để có một

7 Hiện nay, Ủy ban Pháp luật có số lượng Thường trực Ủy ban cao nhất là 12 người, chiếm 28%.

8 Khoản 3, Điều 67 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014.

cuộc họp toàn thể của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban là không phải để thực hiện.

Với những quy định và thực tế trên, cần xác định rõ địa vị pháp lý của Thường trực Hội đồng, Ủy ban để việc điều hành công việc rõ ràng, xác định rõ vị trí độc lập của Thường trực Hội đồng, các Ủy ban. Với những nhiệm vụ quy định tại Điều 86 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 thì Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban được xác định chỉ là cơ quan có nhiệm vụ “giúp Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban” hay không? Đồng thời, cần quy định rõ phạm vi công việc nào Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban được giải quyết, trường hợp nào phải tổ chức phiên họp toàn thể. Ngoài ra, giá trị biểu quyết của các thành viên Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban là ngang bằng nhau là một quy định tạo nên tính hình thức trong quyết định của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban.

Chúng tôi cho rằng, song song với việc tăng số thành viên Thường trực thì cần xác định tính độc lập của Thường trực Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội. Đồng thời quy định sự ràng buộc trong tham gia hoạt động của các thành viên kiêm nhiệm, giá trị biểu quyết của các thành viên kiêm

nhiệm trước khi Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban biểu quyết tại các phiên họp toàn thể.

3.4 Xác định vai trò tiểu ban của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban

Khoản 4, Điều 67 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 quy định Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội thành lập các tiểu ban để nghiên cứu, chuẩn bị các vấn đề thuộc lĩnh vực hoạt động của Hội đồng, Ủy ban. Trưởng tiểu ban phải là thành viên của Hội đồng, Ủy ban, các thành viên khác có thể không phải là thành viên của Hội đồng, Ủy ban hoặc không phải là đại biểu Quốc hội. Như vậy, bên cạnh Thường trực Hội đồng, Ủy ban là cơ quan hoạt động mang tính thường xuyên thì trong cơ cấu tổ chức của Hội đồng, Ủy ban còn có các tiểu ban. Trên thực tế, một số Ủy ban đã thành lập tiểu ban, một số Ủy ban chỉ thành lập các nhóm công tác. Với một cơ chế mở về thành viên tham gia các tiểu ban như trên thì cần xác định rõ vị trí, vai trò của tiểu ban để từ đó xác định mối quan hệ giữa tiểu ban và Thường trực Hội đồng, Ủy ban để tránh chồng chéo trong phạm vi hoạt động và trong chỉ đạo điều hành công công việc■

ĐỔI MỚI QUY TRÌNH LẬP PHÁP...

(Tiếp theo trang 34)

trình với tư cách là một phương thức kiểm soát quyền lực nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp.

+ Thẩm tra tính hợp hiến, hợp pháp của các dự án luật đưa trình;

+ Thẩm tra tính phù hợp ý nguyện của Nhân dân đối với các chính sách đề ra trong dự án luật;

+ Thẩm tra tính khả thi của các chính sách trong dự án luật đưa trình;

+ Thẩm tra việc ủy quyền lập pháp trong dự án luật đưa trình;

+ ĐBQH, các cơ quan của Quốc hội, Quốc hội phân tích, bình luận, phản biện đối với các chính sách thể hiện trong dự án luật.

Chính phủ và các cơ quan có thẩm quyền đưa trình dự án luật phải giải trình bảo vệ, lập luận, thuyết phục một cách khoa học và thực tiễn các chính sách đã đề ra trước các ý kiến của các cơ quan của Quốc hội, của các ĐBQH. Chừng nào các lý lẽ đưa ra chưa thuyết phục được Quốc hội thì mới “thỏa hiệp” để tìm phương án chính sách tối ưu nhất được cả Quốc hội và Chính phủ đồng tình.

Ba là, phát huy vai trò của Nhân dân trong hoạt động lập pháp:

Trong tất cả các giai đoạn của quy trình lập pháp cần có quy định vai trò giám sát và phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam đồng thời thu hút thực chất Nhân dân tham gia vào hoạt động lập pháp■

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ THẨM ĐỊNH DỰ THẢO VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT CỦA HỘI ĐỒNG NHÂN DÂN CẤP TỈNH

Nguyễn Thị Ngọc Mai*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hội đồng nhân dân, thẩm định, dự thảo nghị quyết, báo cáo thẩm định

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/05/2019

Biên tập : 20/07/2019

Duyệt bài : 23/07/2019

Article Information:

Keywords: People's Councils, appraisal, draft resolutions and appraisal reports

Article History:

Received : 20 May 2019

Edited : 20 Jul. 2019

Approved : 23 Jul. 2019

Tóm tắt:

Theo quy định của pháp luật, Hội đồng nhân dân cấp tỉnh có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật bằng hình thức nghị quyết. Thực tiễn cho thấy, hoạt động xây dựng, ban hành nghị quyết của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh trong thời gian qua đã đạt được nhiều kết quả khả quan, tích cực. Tuy nhiên, bên cạnh những mặt tích cực vẫn còn tồn tại những hạn chế, bất cập làm ảnh hưởng đến chất lượng và hiệu quả thực hiện nghị quyết của Hội đồng nhân dân.

Abstract

Under the applicable legal documents, the provincial People's Council has the authority to issue legal normative documents in the form of resolutions. The practical performances show that the issuance of resolutions by the provincial People's Council in recent years has reached achievements and positive results. However, besides the positive aspects, there still certain shortcomings that affect the quality and effectiveness of enforcements of the resolutions of the People's Council.

1. Thực trạng hoạt động thẩm định dự thảo nghị quyết của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh

Theo số liệu thống kê của Cục Kiểm tra văn bản quy phạm pháp luật (Bộ Tư pháp), trong năm 2017, cơ quan này đã tiến hành kiểm tra 5.104 văn bản của Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh, phát hiện 131 văn bản trái pháp luật về nội dung, thẩm quyền cũng như nhiều văn bản sai sót về căn cứ, thể thức,

kỹ thuật trình bày¹. Thực trạng trên có nhiều nguyên nhân, trong đó có nguyên nhân về công tác thẩm định văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) của cơ quan tư pháp địa phương chưa hoàn thiện.

Thực tiễn thẩm định dự thảo nghị quyết thời gian qua cho thấy, công tác này chưa được thực hiện nghiêm túc ở nhiều địa phương, vẫn còn tình trạng ban hành nghị quyết nhưng bỏ qua khâu thẩm định của cơ quan tư pháp. Chẳng hạn ở tỉnh Gia Lai,

1 Bộ Tư pháp, Báo cáo công tác kiểm tra, rà soát, hệ thống hóa VBQPPL năm 2017 và phương hướng nhiệm vụ giải pháp năm 2018, tháng 4/2018, tr. 4.

“có kỳ họp, HĐND tỉnh thông qua 5 - 6 nghị quyết nhưng chỉ có một dự thảo được Sở Tư pháp thẩm định. Hoặc có khi, dự thảo văn bản của UBND tỉnh nhưng văn bản thẩm định của Sở Tư pháp lại gửi cho Sở Nội vụ, Sở Lao động, Thương binh và Xã hội yêu cầu hiệu chỉnh để thông qua HĐND tỉnh... Nói chung, việc thiếu văn bản thẩm định và chất lượng thẩm định của Sở Tư pháp là vấn đề thường xuyên được đặt ra tại các kỳ họp của HĐND. Khi các Ban của HĐND tỉnh yêu cầu thẩm tra thì cơ quan soạn thảo lại đề nghị thông cảm, sẽ bổ sung...”². Hoặc ở tỉnh Bình Định, tổng số văn bản được ban hành là 1.027 nhưng chỉ có 537/1.027 văn bản được thẩm định, số văn bản chưa qua thẩm định chiếm 47,7%; con số này ở Quảng Ngãi là 421/889 văn bản được thẩm định; Thừa Thiên - Huế chỉ có 634/1462 văn bản được thẩm định³. Năm 2017, qua rà soát 728 VBQPPL của HĐND, UBND TP. Hồ Chí Minh còn hiệu lực thì phát hiện có 52 VBQPPL có dấu hiệu vi phạm, trong đó việc vi phạm lớn nhất là các văn bản này không được thẩm định, không được lấy ý kiến của đối tượng được điều chỉnh trước lúc ban hành⁴. Thực trạng này xuất phát từ nhiều nguyên nhân, trong đó có nguyên nhân từ ý thức chưa coi trọng vai trò “gác công pháp lý” của cơ quan tư pháp địa phương của các cơ quan chủ trì soạn thảo cũng như từ sự chưa hoàn thiện các quy định của pháp luật về vấn đề này.

1.1. Nội dung và phạm vi thẩm định dự thảo nghị quyết của HĐND cấp tỉnh

Theo quy định của pháp luật, Sở Tư pháp là cơ quan có trách nhiệm thẩm định dự thảo nghị quyết của HĐND cấp tỉnh trong trường hợp dự thảo do UBND cùng cấp trình. Căn cứ vào tính chất, nội dung của dự thảo nghị quyết, việc thẩm định được

thực hiện theo một trong các hình thức sau:

Thứ nhất, đối với những nghị quyết liên quan đến nhiều lĩnh vực hoặc do Sở Tư pháp chủ trì soạn thảo thì Giám đốc Sở Tư pháp thành lập hội đồng tư vấn thẩm định và quyết định tổng số thành viên của hội đồng, bao gồm đại diện các cơ quan, tổ chức có liên quan, các chuyên gia, nhà khoa học; trường hợp thẩm định do dự thảo nghị quyết của HĐND do Sở Tư pháp chủ trì soạn thảo thì đại diện Sở Tư pháp không quá 1/3 tổng số thành viên hội đồng. Hội đồng tư vấn thẩm định hoạt động theo nguyên tắc tập thể và quyết định theo đa số;

Thứ hai, đối với các dự thảo nghị quyết của HĐND cấp tỉnh có nội dung đơn giản, rõ ràng, không phức tạp, không liên quan đến nhiều lĩnh vực thì tổ chức cuộc họp tư vấn thẩm định. Khi thẩm định dự thảo, cơ quan thẩm định tiến hành kiểm tra về tất cả các mặt của dự thảo nhưng thông thường, cán bộ thẩm định thường quan tâm đến các yếu tố về đối tượng, phạm vi điều chỉnh của dự thảo nghị quyết; tính hợp hiến, tính hợp pháp và tính thống nhất của dự thảo nghị quyết với hệ thống pháp luật, nội dung dự thảo nghị quyết với các chính sách trong đề nghị xây dựng nghị quyết đã được thông qua; ngôn ngữ, kỹ thuật soạn thảo văn bản,... So với phạm vi thẩm định quy định tại khoản 3 Điều 24 Luật Ban hành VBQPPL của HĐND và UBND năm 2004 trước đây, Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 đã mở rộng phạm vi thẩm định khi yêu cầu cơ quan tư pháp phải thẩm định cả “sự phù hợp nội dung dự thảo nghị quyết với các quy định trong văn bản đã giao cho HĐND quy định chi tiết; nội dung dự thảo nghị quyết với các chính sách trong đề nghị xây dựng nghị quyết đã được thông qua” (điểm c khoản 3 Điều 121). Tuy nhiên, nếu xem xét cụ thể

2 Phan Hồng Mẫn (Phó trưởng Ban Pháp chế HĐND tỉnh Gia Lai), Cần thẩm định VBQPPL theo quy định, Báo điện tử Đại biểu nhân dân, <http://daibieunhandan.vn/default.aspx?tabid=81&NewsId=9405> (truy cập 29/2/2019).

3 Đoàn Thị Tố Uyên (2011), Thực trạng và giải pháp nâng cao hiệu quả hoạt động thẩm định dự thảo VBQPPL do cơ quan tư pháp địa phương thực hiện, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số chuyên đề tháng 5, tr. 22.

4 Báo mới, “TP HCM: Nhiều văn bản quy phạm pháp luật không qua thẩm định”, [<https://baomoi.com/tp-hcm-nhieu-van-ban-quy-pham-phap-luat-khong-qua-tham-dinh/c/22591950.epi>] (truy cập ngày 10/2/2019)

các nội dung sẽ cho thấy, hoạt động thẩm định mới chỉ tập trung ở khía cạnh pháp lý và thể thức, kỹ thuật xây dựng văn bản, chưa mang tính tư vấn chuyên sâu về nội dung của văn bản, chẳng hạn như, xem xét về tính khả thi của dự thảo - một trong những biểu hiện quan trọng trong tính hợp lý của văn bản. Nếu tính hợp lý của VBQPPL được quy định là một nội dung bắt buộc phải thẩm định trong dự thảo VBQPPL của các chủ thể có thẩm quyền ở trung ương như luật, pháp lệnh, nghị quyết do Chính phủ trình hay nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng Chính phủ⁵... thì đối với dự thảo VBQPPL của chính quyền địa phương, trong đó có nghị quyết của HĐND lại không đặt ra yêu cầu này. Nếu trước đây, Luật Ban hành VBQPPL của HĐND và UBND năm 2004 quy định “tính khả thi của dự thảo nghị quyết” là nội dung mà cơ quan tư pháp có thể phát biểu, đưa ra ý kiến một cách “tùy nghi” thì Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 không còn đề cập đến vấn đề này nữa. Trên thực tế, khi tiến hành thẩm định nội dung này, cán bộ thẩm định đã gặp rất nhiều khó khăn như người thẩm định không có đủ kiến thức chuyên sâu về lĩnh vực được dự thảo điều chỉnh như cơ quan soạn thảo nên không thể đảm bảo thẩm định tính khả thi với hiệu quả cao; nguồn thông tin hạn chế hơn so với cơ quan tiến hành thẩm tra; hồ sơ thẩm định không đầy đủ, thiếu các văn bản chỉ rõ về tính khả thi của văn bản, ví dụ như thiếu báo cáo đánh giá tác động của văn bản. Vì vậy, nhiều trường hợp việc thẩm định văn bản trở nên hình thức⁶. Do đó, nếu buộc cơ quan thẩm định “phải chịu trách nhiệm về tính khả thi của văn bản” thì quy định này lại trở thành không “khả thi”. Tuy nhiên, đối với một VBQPPL, bên cạnh việc đảm bảo khía cạnh pháp lý của văn bản thì cũng cần

phải quan tâm đến tính thực tiễn của chúng bởi sức sống của một văn bản không chỉ phụ thuộc vào sự phù hợp của nó với các yêu cầu của Nhà nước mà đời sống thực tế của nó lại nghiêng về sự phù hợp với các yêu cầu của xã hội, “tính khả thi là một trong nhiều dấu hiệu mang lại hiệu lực thực tế cho VBQPPL”⁷. Đánh giá về công tác thẩm định thời gian qua, Bộ Tư pháp cho rằng, “chất lượng thẩm định tuy từng bước đã được nâng cao, nhưng chưa đồng đều, đôi khi chưa chú trọng đúng mức đến tính khả thi, tính hợp lý của các chính sách và quy định trong dự thảo văn bản”⁸. Bên cạnh đó, mặc dù yêu cầu cơ quan thẩm định phải xem xét về tính hợp hiến, hợp pháp, tính thống nhất của dự thảo nhưng quy định của pháp luật trước đây và hiện nay vẫn không đưa ra được hướng dẫn về các tiêu chí cụ thể để đánh giá tính hợp hiến, hợp pháp... Trên thực tế, báo cáo thẩm định thường chỉ đánh giá chung chung, khái quát là “phù hợp”, vì vậy, mặc dù đã được thẩm định nhưng vẫn có văn bản sai sót khi được ban hành.

Hiện nay, mặc dù thẩm định là khâu bắt buộc phải thực hiện trong quy trình xây dựng, ban hành nghị quyết của HĐND nhưng Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 chỉ mới quy định yêu cầu thẩm định dự thảo nghị quyết của HĐND cấp tỉnh do UBND cấp tỉnh trình HĐND, còn đối với dự thảo nghị quyết do các cơ quan, tổ chức khác trình HĐND thì pháp luật không quy định bắt buộc phải thẩm định và chủ thể nào thẩm định mà chỉ quy định các cơ quan, tổ chức trình phải gửi tờ trình, dự thảo nghị quyết và các tài liệu có liên quan đến UBND cấp tỉnh để cơ quan này có ý kiến; còn UBND cho ý kiến về vấn đề gì thì pháp luật cũng không quy định rõ.

5 Xem Điều 58, Điều 92, Điều 98, Điều 102 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

6 Bộ Tư pháp - Dự án phát triển lập pháp quốc gia tại Việt Nam (NLD), Báo cáo khảo sát đánh giá thi hành luật ban hành VBQPPL của HĐND và UBND năm 2004 và Luật Ban hành VBQPPL năm 2008, tr. 67.

7 Hoàng Minh Hà (2011), “Luận bàn về tiêu chí thẩm định tính khả thi của dự thảo VBQPPL”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, Số chuyên đề tháng 5-2011, tr. 14.

8 Bộ Tư pháp (2018), “Báo cáo số 60/BC-BTP ngày 12/3/2018 của Bộ Tư pháp phục vụ hoạt động chất vấn và trả lời chất vấn tại phiên họp thứ 22 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội”, tr. 8.

1.2. Hồ sơ và thời hạn thẩm định dự thảo nghị quyết của HĐND cấp tỉnh

Một trong những nguyên nhân làm ảnh hưởng đến chất lượng thẩm định dự thảo nghị quyết của HĐND hiện nay liên quan đến hồ sơ và thời hạn gửi hồ sơ dự thảo để thẩm định của cơ quan soạn thảo. Trên thực tế, hồ sơ gửi thẩm định thường không đầy đủ theo quy định, nhiều trường hợp hồ sơ chưa đủ các tài liệu cần thiết, chỉ có tờ trình với nội dung sơ sài, bản dự thảo nghị quyết với chất lượng không đáp ứng yêu cầu và bản tổng hợp ý kiến góp ý dự thảo được làm chiếu lệ, thủ tục còn nhiều sai sót đã làm ảnh hưởng đến chất lượng, tiến độ thẩm định⁹.

Về thời hạn gửi hồ sơ dự thảo để thẩm định, hầu như cơ quan chủ trì soạn thảo không tuân thủ đúng thời hạn gửi hồ sơ dẫn đến cơ quan thẩm định rơi vào thế bị động, thiếu thời gian cần thiết để tiến hành thẩm định. Theo quy định của pháp luật, chậm nhất là 20 ngày trước ngày UBND họp, cơ quan chủ trì soạn thảo phải gửi hồ sơ dự thảo nghị quyết của HĐND cấp tỉnh đến Sở Tư pháp để thẩm định. Thực tiễn triển khai công tác này ở địa phương cho thấy, quy định về thời gian thẩm định như vậy phù hợp với các dự thảo nghị quyết có nội dung đơn giản, còn đối với các dự thảo nghị quyết có nội dung phức tạp, phạm vi điều chỉnh rộng bắt buộc phải thành lập hội đồng tư vấn thẩm định thì khoảng thời gian này là chưa đủ để chuẩn bị các điều kiện cần thiết cho việc tổ chức cuộc họp, chưa đủ thời gian cho các chuyên gia, nhà khoa học nghiên cứu hồ sơ, tài liệu và chuẩn bị ý kiến phát biểu có chất lượng tại cuộc họp. Hơn nữa, trên thực tế cơ quan chủ trì soạn thảo thường chưa thực hiện đúng quy định về thời gian gửi dự thảo nghị quyết đến Sở Tư pháp để thẩm định nên một số trường hợp gửi văn bản trong tình trạng rất gấp để kịp trình UBND xem xét, thảo luận tại phiên họp. Khi đó, vì thẩm định trong thời gian ngắn, gấp gáp sẽ khó có thể tổ chức các hình thức thẩm định phù hợp

và báo cáo thẩm định phát biểu được toàn diện các vấn đề của dự thảo. Pháp luật quy định thời gian thẩm định là 20 ngày nhưng thực ra, Sở Tư pháp chỉ có 10 ngày để tiến hành thực hiện tất cả các khâu từ xử lý hồ sơ, nghiên cứu hồ sơ, lấy kiến chuyên gia, nhà khoa học, tổng hợp các căn cứ pháp lý... vì báo cáo thẩm định phải được gửi đến cơ quan chủ trì soạn thảo trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày Sở Tư pháp nhận đủ hồ sơ gửi thẩm định (khoản 4 Điều 121 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015).

1.3 Về giá trị của Báo cáo thẩm định dự thảo nghị quyết của HĐND cấp tỉnh

Kết quả thẩm định của cơ quan tư pháp phải được thể hiện bằng hình thức nhất định. Trước đây, cả Luật Ban hành VBQPPL của HĐND và UBND năm 2004 và Nghị định số 91/2006/NĐ-CP ngày 6/9/2006 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Ban hành VBQPPL của HĐND và UBND năm 2004 đều không quy định về hình thức, cơ cấu của văn bản thẩm định. Vì vậy, trong thực tiễn, có địa phương khi thẩm định sử dụng hình thức công văn thẩm định nhưng cũng có địa phương dùng hình thức báo cáo thẩm định. Sự không thống nhất này dẫn đến tình trạng vẫn có sự sai sót về thể thức, kỹ thuật trình bày trong văn bản thẩm định, từ đó làm ảnh hưởng tới “uy tín” của văn bản thẩm định. Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 ra đời đã xác định rõ kết quả thẩm định của cơ quan tư pháp được thể hiện dưới hình thức báo cáo - Báo cáo thẩm định.

Giá trị pháp lý của báo cáo thẩm định là vấn đề luôn nhận được sự quan tâm, đặc biệt là từ phía cơ quan chủ trì soạn thảo, cơ quan thẩm định và cơ quan thẩm tra. Giá trị của báo cáo này có ý nghĩa trong trường hợp có mâu thuẫn giữa ý kiến của cơ quan thẩm định và cơ quan chủ trì soạn thảo cũng như khi dự thảo nghị quyết sau khi chỉnh sửa có sự thay đổi nhiều so với nội dung ban đầu. Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 đã xác

9 Bộ Tư pháp (2013), Báo cáo tổng kết thi hành Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 và Luật Ban hành VBQPPL của HĐND và UBND năm 2004, Hà Nội, tháng 11/2013

định báo cáo thẩm định có giá trị bắt buộc đối với cơ quan chủ trì soạn thảo. Điều 121 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 quy định, báo cáo thẩm định phải thể hiện rõ ý kiến của cơ quan thẩm định về nội dung thẩm định và ý kiến về việc dự án (chính xác phải là dự thảo) đủ điều kiện hoặc chưa đủ điều kiện trình UBND và cơ quan chủ trì soạn thảo có trách nhiệm giải trình, tiếp thu ý kiến thẩm định để chỉnh lý, hoàn thiện dự thảo nghị quyết... Điều này có nghĩa là cơ quan chủ trì soạn thảo phải tiếp thu toàn bộ ý kiến thẩm định dù đồng ý hay không đồng ý với ý kiến thẩm định. Hay nói cách khác, giá trị pháp lý của báo cáo thẩm định mang tính bắt buộc, cơ quan soạn thảo phải tuân theo. Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 cũng xác định cơ quan chủ trì soạn thảo có trách nhiệm giải trình, tiếp thu ý kiến thẩm định để chỉnh lý, hoàn thiện dự thảo nghị quyết và gửi các văn bản này đến Sở Tư pháp khi trình UBND dự thảo nghị quyết. Quy định này có ý nghĩa quan trọng trong việc cơ quan thẩm định kiểm soát nội dung dự thảo nghị quyết, tránh trường hợp sau khi tiếp thu ý kiến và chỉnh sửa nhiều lần, dự thảo cuối cùng trình UBND có thể có nội dung khác hoàn toàn so với dự thảo ban đầu và có thể có nội dung không phù hợp, thậm chí trái pháp luật. Tuy nhiên, từ quy định này của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 cũng cho thấy, nếu “bắt buộc” cơ quan chủ trì soạn thảo phải tiếp thu ý kiến thẩm định để chỉnh lý, hoàn thiện dự thảo về mọi vấn đề thì dường như không phù hợp bởi lẽ đối với những ý kiến thẩm định liên quan đến tính hợp hiến, hợp pháp, tính thống nhất thì cơ quan chủ trì soạn thảo bắt buộc phải tiếp thu nhưng còn đối với những vấn đề mang tính chuyên môn thì liệu rằng ý kiến của cơ quan thẩm định trong mọi trường hợp có

luôn phù hợp không? Liên quan đến vấn đề này cũng có ý kiến cho rằng, “về mặt pháp lý, rõ ràng văn bản thẩm định không phải là VBQPPL nên đương nhiên nó không có giá trị bắt buộc đối tượng phải thi hành và cũng không có chế tài đối với những người không thi hành”¹⁰.

1.4 Về các điều kiện đảm bảo cho công tác thẩm định dự thảo nghị quyết của HĐND cấp tỉnh

Một trong những khó khăn chung gặp phải trong công tác thẩm định mà các địa phương đều chia sẻ đó là vấn đề về nhân lực. Ngoài những khó khăn về nhân lực, trong công tác thẩm định còn gặp một “rào cản” nữa ảnh hưởng tới chất lượng thẩm định - đó chính là nguồn tài chính chi cho công tác xây dựng, ban hành VBQPPL nói chung và công tác thẩm định nói riêng. Hiện nay, nguồn kinh phí do ngân sách nhà nước cấp chưa đáp ứng được yêu cầu của công tác xây dựng pháp luật, còn quá thấp so với yêu cầu của công việc¹¹. Thông tư số 338/2016/TT-BTC ngày 28/12/2016 của Bộ Tài chính quy định mức chi cho công tác xây dựng VBQPPL của HĐND cấp tỉnh như sau: xây dựng đề cương chi tiết dự thảo văn bản mới hoặc thay thế là 950.000 đồng/đề cương; đề cương văn bản sửa đổi, bổ sung mức chi 650.000 đồng/đề cương; soạn thảo văn bản mới hoặc thay thế: mức chi 3.200.000 đồng/dự thảo văn bản còn văn bản sửa đổi, bổ sung một số điều: mức chi 2.700.000 đồng/dự thảo văn bản; mức chi cho công tác thẩm định là 500.000 đồng/báo cáo thẩm định¹². Với khoản kinh phí này, Sở Tư pháp không thể tổ chức các hoạt động thẩm định có chất lượng, đặc biệt đối với các văn bản thực hiện quy trình xây dựng chính sách phải thực hiện nhiều hoạt động phức tạp đòi hỏi tốn nhiều nguồn lực về tài chính cũng như con

10 Đinh Công Tuấn (2009), Hoàn thiện pháp luật về thẩm định dự thảo VBQPPL của cơ quan tư pháp địa phương”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 19 (156), tr. 20.

11 Bộ Tư pháp, Bản tổng hợp tiếp nhận và trả lời kiến nghị của các Bộ, ngành, UBND các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương đối với công tác chỉ đạo, điều hành của Bộ Tư pháp từ đầu năm 2018 đến nay, (tháng 7/2018)

12 Thông tư số 338/2016/TT-BTC ngày 28/12/2016 của Bộ Tài chính quy định lập dự toán, quản lý, sử dụng và quyết toán kinh phí ngân sách nhà nước bảo đảm cho công tác xây dựng VBQPPL và hoàn thiện hệ thống pháp luật.

người hoặc trong trường hợp phải thành lập hội đồng tư vấn thẩm định. Kết quả khảo sát ở một số tỉnh, thành như Tuyên Quang, Đà Nẵng, Quảng Ngãi, Đồng Nai và TP. Hồ Chí Minh cho thấy, chỉ có từ 23%- 32% cán bộ được khảo sát cho rằng kinh phí thẩm định đã đáp ứng được các công việc cần thiết của công tác thẩm định¹³. Hơn nữa, Thông tư số 338/2016/TT-BTC ngày 28/12/2016 của Bộ Tài chính quy định mức chi chung cho công tác xây dựng VBQPPL áp dụng trên phạm vi cả nước, tất cả các tỉnh, thành đều áp dụng mức chi như nhau là không hợp lý trong khi điều kiện kinh tế - xã hội là không hoàn toàn giống nhau. Điều này cũng có ảnh hưởng rất nhiều đến chất lượng thẩm định nói riêng và chất lượng nghị quyết nói chung.

2. Một số kiến nghị nâng cao chất lượng thẩm định nghị quyết của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh

Thứ nhất, cần bổ sung yêu cầu thẩm định đối với tất cả các dự thảo nghị quyết do các chủ thể có thẩm quyền trình HĐND cấp tỉnh.

Điều này có nghĩa là đối với các dự thảo nghị quyết do các cơ quan, tổ chức khác ngoài UBND cấp tỉnh trình HĐND cũng cần phải được Sở Tư pháp thẩm định trước khi trình HĐND. Ngoài ra, để nâng cao chất lượng thẩm định dự thảo nghị quyết, nhất là những dự thảo nghị quyết có các tiêu chí liên quan sâu đến nội dung, pháp luật cần xem xét quy định thành phần bắt buộc trong quy trình thẩm định là phải có đại diện của nhóm đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của nghị quyết vào hội đồng thẩm định. Đồng thời, nhằm hạn chế các vấn đề cần giải trình hay những mâu thuẫn có thể nảy sinh giữa cơ quan chủ trì soạn thảo và cơ quan thẩm định, pháp luật cần quy định về sự tham gia trực tiếp của cán bộ thẩm định trong công tác soạn thảo văn bản, tham gia

vào các cuộc họp của tổ soạn thảo/biên tập để nắm bắt các nội dung và các vấn đề trong quá trình xây dựng dự thảo nghị quyết; có thể coi đây là sự chuẩn bị chủ động, tích cực cho việc thẩm định chính thức, từ đó có thể góp phần rút ngắn được thời gian thẩm định sau này¹⁴.

Thứ hai, về nội dung thẩm định.

Cần bổ sung quy định hướng dẫn về các tiêu chí cụ thể khi thẩm định dự thảo VBQPPL nói chung và nghị quyết của HĐND cấp tỉnh nói riêng. Chẳng hạn, khi thẩm định về tính hợp hiến của dự thảo cần xác định hai vấn đề cơ bản sau: (i) nội dung dự thảo không được trái với các quy định cụ thể của Hiến pháp liên quan tới lĩnh vực điều chỉnh của dự thảo; (ii) nội dung của dự thảo phải phù hợp với “tinh thần” của Hiến pháp được thể hiện trong các quy phạm của Hiến pháp (chứ không phải tinh thần của Hiến pháp một cách chung chung). Mặc dù đây là một tiêu chí rất khó nhưng cơ quan thẩm định phải xác định được vấn đề này; hoặc khi thẩm định về tính hợp pháp, cơ quan thẩm định phải xác định được một số vấn đề như: (i) dự thảo văn bản được ban hành đúng thẩm quyền (gồm có thẩm quyền về hình thức và thẩm quyền về nội dung); (ii) dự thảo phải tuân thủ đầy đủ các quy định của pháp luật về thủ tục xây dựng, ban hành; hoặc tính thống nhất của dự thảo được xác định dựa trên một số tiêu chí như: dự thảo văn bản không mâu thuẫn, trùng lặp với các văn bản khác do chính HĐND đã ban hành; dự thảo văn bản không được mâu thuẫn với văn bản do cơ quan nhà nước cấp trên ban hành,... Ngoài ra, pháp luật cần quy định rõ phạm vi thẩm định dự thảo nghị quyết của HĐND không chỉ bao gồm các vấn đề như quy định của pháp luật hiện hành mà cần phải xem xét bổ sung nội dung thẩm định “tính khả thi” của dự thảo nghị quyết.

13 Bộ Tư pháp và Dự án phát triển lập pháp quốc gia (NLD), Báo cáo khảo sát đánh giá thi hành Luật Ban hành VBQPPL của HĐND và UBND năm 2004 và Luật Ban hành VBQPPL năm 2008, tr. 79.

14 Hiện nay Nghị định số 34/2016/NĐ-CP ngày 14/5/2016 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Ban hành VBQPPL tại khoản 4 Điều 49 chi quy định chung về trách nhiệm của Sở Tư pháp tham gia vào các hoạt động của cơ quan chủ trì soạn thảo trong quá trình soạn thảo.

Thứ ba, về hồ sơ và thời gian thẩm định.

Để đảm bảo chất lượng thẩm định, các cơ quan chủ trì soạn thảo cần phải chuẩn bị hồ sơ đầy đủ theo quy định của pháp luật, trong đó ngoài việc đảm bảo chất lượng của dự thảo tờ trình, cơ quan chủ trì soạn thảo nghị quyết cần quan tâm đến chất lượng của Bản tổng hợp, giải trình, tiếp thu ý kiến góp ý của các cơ quan, tổ chức, cá nhân; nghiên cứu bổ sung vào hồ sơ thẩm định thêm một loại tài liệu nữa là “Bản thuyết minh chi tiết về dự thảo nghị quyết và báo cáo đánh giá tác động của dự thảo nghị quyết”. Nếu các tài liệu này được cung cấp đầy đủ sẽ giúp cho cơ quan thẩm định có được cái nhìn tổng quan hơn về dự thảo để từ đó có thể đưa ra các đánh giá khách quan, phù hợp.

Sửa đổi Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 theo hướng tăng thời gian thẩm định đối với những dự thảo nghị quyết có nội dung phức tạp, phạm vi điều chỉnh rộng, bắt buộc phải thành lập hội đồng tư vấn thẩm định lên 30 ngày để đảm bảo cơ quan thẩm định có đủ thời gian cần thiết tiến hành công tác thẩm định đảm bảo chất lượng. Đồng thời, cần quy định thống nhất cách tính thời hạn là theo ngày làm việc hay theo ngày lịch thông thường. Bởi lẽ nếu tính theo ngày lịch thông thường có thể dẫn tới thời gian thẩm định còn rút ngắn hơn. Ví dụ, cơ quan chủ trì soạn thảo gửi đủ hồ sơ thẩm định đến Sở Tư pháp vào ngày 03/5/2019 (thứ Sáu) thì có nghĩa là đến ngày 12/5/2019 (ngày Chủ nhật), Sở Tư pháp phải gửi báo cáo thẩm định đến cơ quan chủ trì soạn thảo. Như vậy, thực tế cơ quan thẩm định chỉ có 06 ngày làm việc (tính cả ngày nhận đủ hồ sơ) để tiến hành thẩm định. Do đó, chúng tôi kiến nghị thời hạn trong luật sẽ được tính thống nhất theo ngày làm việc.

Thứ tư, về giá trị pháp lý của báo cáo thẩm định.

Theo quy định của pháp luật hiện nay, cơ quan chủ trì soạn thảo buộc phải tiếp thu ý kiến của cơ quan thẩm định. Tuy nhiên, pháp luật cần quy định cụ thể giá trị pháp lý của báo cáo thẩm định ở mức độ phù hợp. Chúng tôi cho rằng, trong báo cáo thẩm

định, đối với những ý kiến thẩm định chung như đánh giá về tính hợp hiến, hợp pháp, tính thống nhất của dự thảo nghị quyết trong hệ thống pháp luật... cơ quan chủ trì soạn thảo bắt buộc phải tiếp thu nhưng còn đối với những vấn đề mang tính chuyên môn thì cơ quan soạn thảo vẫn có thể “bảo lưu” mà không bắt buộc phải chỉnh lý theo ý kiến thẩm định. Đồng thời, để hạn chế phân nào những mâu thuẫn có thể xảy ra, khi tiến hành thẩm định, cơ quan thẩm định nên chủ động trao đổi ý kiến với cơ quan soạn thảo trước khi đưa ra ý kiến thẩm định, từ đó giảm bớt các khúc mắc và mâu thuẫn có thể phát sinh.

Thứ năm, về các điều kiện đảm bảo cho công tác thẩm định dự thảo nghị quyết.

Công tác thẩm định giữ vai trò quan trọng trong quy trình xây dựng, ban hành nghị quyết của HĐND cấp tỉnh nói riêng và quy trình xây dựng, ban hành VBQPPL của chính quyền địa phương nói chung nên cần nâng cao năng lực cho đội ngũ làm công tác quan trọng này. Cụ thể, ngoài việc tăng thêm “biên chế”, cần phải được chuyên nghiệp hóa hoạt động thẩm định; nghiên cứu, xây dựng chức danh cho cán bộ làm công tác thẩm định như “thẩm định viên” với các tiêu chuẩn, điều kiện cụ thể, thủ tục công nhận/bổ nhiệm... để đảm bảo tính chuyên nghiệp, tính độc lập chịu trách nhiệm trong thẩm định, đồng thời để họ có thể nhận được mức phụ cấp tương xứng, từ đó khuyến khích sự nhiệt tình của họ trong công việc.

Ngoài ra, để góp phần nâng cao chất lượng thẩm định dự thảo nghị quyết, cần tăng mức kinh phí dành cho công tác xây dựng, ban hành VBQPPL, trong đó có công tác thẩm định dự thảo văn bản để có thể đáp ứng được những “nhu cầu cần thiết” cho công tác này. Mức chi có thể căn cứ vào tính chất của từng loại văn bản (mức độ đơn giản - phức tạp, phạm vi ảnh hưởng nhỏ hay lớn, nhu cầu thành lập hội đồng thẩm định, ...) và điều kiện kinh tế - xã hội ở từng địa phương (hoàn toàn từ ngân sách nhà nước hoặc có thể huy động thêm các nguồn lực xã hội khác để phục vụ cho công tác thẩm định)■

LÀNH MẠNH HÓA HỆ THỐNG NGÂN HÀNG TỪ THỰC TIỄN

ÁP DỤNG NGHỊ QUYẾT 42/2017/QH14 CỦA QUỐC HỘI VỀ VIỆC THÍ ĐIỂM XỬ LÝ NỢ XẤU TẠI CÁC TỔ CHỨC TÍN DỤNG

Võ Trung Tín*
Văn Thành Khánh Linh**

* TS. Khoa Luật Thương mại - Trường ĐH Luật TP. Hồ Chí Minh

** ThS. Giám đốc Khối Quản lý rủi ro - Ngân hàng TMCP Bản Việt

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Nghị quyết số 42/2017/QH14, xử lý nợ xấu, tổ chức tín dụng, ngân hàng

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 05/06/2019

Biên tập : 10/07/2019

Duyệt bài : 15/07/2019

Tóm tắt:

Ngày 21/6/2017, Nghị quyết số 42/2017/QH14 về việc thí điểm xử lý nợ xấu của các tổ chức tín dụng đã được Quốc hội khóa XIV, kỳ họp thứ 3 thông qua. Trong hai năm qua, bên cạnh các lợi ích mang lại, các tổ chức tín dụng cũng gặp không ít các khó khăn vướng mắc trong quá trình thực hiện Nghị quyết số 42/2017/QH14.

Article Infomation:

Keywords: The Resolution No. 42/2017/QH14; settlement of bad debts; credit institutions, banks.

Article History:

Received : 05 Jun 2019

Edited : 10 Jul. 2019

Approved : 15 Jul. 2019

Abstract

The Resolution No. 42/2017/QH14 of June 21st, 2017 on pilot settlement of bad debts of the credit institutions was adopted by the National Assembly of the Socialist Republic of Vietnam in the 3rd meeting session of term XIV. For two years of its enforcement, along with the achievements, the Resolution 42 also reveals several disadvantages that the Credit Institutions have been facing with the Resolution.

1. Khái quát về Nghị quyết số 42/2017/QH

Nghị quyết số 42/2017/QH14 (NQ 42) về Thí điểm xử lý nợ xấu của các tổ chức tín dụng (TCTD), có hiệu lực từ 15/8/2017 và được thực hiện trong thời hạn 05 năm từ ngày có hiệu lực thi hành. NQ 42 bao

gồm 19 Điều, cùng với Phụ lục với phạm vi điều chỉnh quy định thí điểm một số chính sách về xử lý nợ xấu, xử lý tài sản đảm bảo (TSĐB) của khoản nợ xấu của các TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, tổ chức mà Nhà nước sở hữu 100% vốn điều lệ do

Chính phủ thành lập để xử lý nợ xấu của TCTD; quyền, nghĩa vụ của cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan trong việc xử lý nợ xấu và xử lý TSĐB của khoản nợ xấu của TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, tổ chức mà Nhà nước sở hữu 100% vốn điều lệ do Chính phủ thành lập để xử lý nợ xấu của các TCTD. Để xác định rõ phạm vi điều chỉnh, NQ 42 đã quy định cụ thể tiêu chí, phạm vi, cách thức xác định một khoản nợ là nợ xấu được áp dụng các chính sách theo quy định.

Với quyết tâm tháo gỡ các vướng mắc và cản trở về mặt pháp lý trong quá trình xử lý nợ xấu của các TCTD, NQ 42 khẳng định quyền thu giữ và xử lý TSĐB của TCTD và Công ty Mua bán tài sản của các TCTD (VAMC), khẳng định lại quyền mua bán nợ xấu theo giá thị trường, cho phép áp dụng thủ tục rút gọn trong giải quyết tranh chấp liên quan tới TSĐB tại Tòa án, quy định nghĩa vụ thuế, phí khi chuyển nhượng TSĐB, phương thức phân bổ lãi dự thu, khoản chênh lệch khi bán nợ xấu của TCTD và VAMC....

Dù vẫn còn những mặt hạn chế, nhưng NQ 42 đã tạo cơ sở cho việc rút ngắn thời gian, tạo quyền hợp pháp cho các TCTD và VAMC được chủ động trong quá trình xử lý tài sản đảm bảo để giải quyết nợ xấu.

2. Thực tiễn áp dụng Nghị quyết số 42/2017/QH14 trong quá trình xử lý nợ xấu

2.1 Các cơ quan quản lý nhà nước triển khai Nghị quyết số 42/2017/QH14

Ngay sau khi NQ 42 được ban hành, ngày 7/5/2017, Ngân hàng Nhà nước (NHNN) đã ban hành Quyết định số 1403/QĐ-NHNN về việc thành lập Ban Chỉ đạo cơ cấu lại hệ thống các TCTD gắn với xử lý nợ xấu của NHNN.

Ngày 10/7/2017, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Kế hoạch số 992/TTg-KTTH về việc triển khai nghị quyết thí điểm về xử lý nợ xấu. Ngày 19/7/2017, Thủ tướng Chính phủ ban hành hai văn bản đóng vai trò rất quan trọng cho các cơ quan quản lý trong

việc triển khai NQ 42, đó là Chỉ thị số 32/CT-TTg để chỉ đạo các cơ quan quản lý triển khai nghị quyết một cách đồng bộ và Quyết định số 1058/QĐ-TTg phê duyệt Đề án “Cơ cấu lại hệ thống các TCTD gắn với xử lý nợ xấu giai đoạn 2016-2020”.

Ngày 20/7/2017, Thống đốc NHNN đã ban hành Chỉ thị số 06/CT-NHNN về việc thực hiện Nghị quyết số 42/2017/QH14 thí điểm xử lý nợ xấu của các TCTD và Quyết định số 1058/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án cơ cấu lại hệ thống các TCTD gắn với xử lý nợ xấu giai đoạn 2016-2020 và Quyết định số 1533/QĐ-NHNN về việc ban hành kế hoạch hành động của ngành ngân hàng triển khai thực hiện Đề án “Cơ cấu lại hệ thống các TCTD gắn với xử lý nợ xấu giai đoạn 2016-2020”.

Để chi tiết hóa và hướng dẫn các TCTD thực hiện Nghị quyết 42, Cơ quan Thanh tra giám sát của NHNN tiếp tục ban hành các văn bản triển khai chi tiết như Công văn 665/NHNN-CQTTGS ngày 24/7/2017 Hướng dẫn triển khai đề án tái cơ cấu gắn liền xử lý nợ xấu, Công văn 6400/NHNN-CQTTGS hướng dẫn chi tiết triển khai NQ 42 đến các ngân hàng thương mại. Cơ quan này được giao nhiệm vụ giám sát và đốc thúc quá trình triển khai nghị quyết 42 tại các TCTD.

Ngay khi NQ 42 có hiệu lực, Tổng cục Thi hành án Dân sự cũng đã kịp thời ban hành văn bản số 3022/TCTHADS-NV1 ngày 15/8/2017 hướng dẫn một số nội dung liên quan đến triển khai NQ 42.

Trong quá trình triển khai, một số văn bản tiếp tục được ban hành như văn bản số 609/NHNN -TTGSNH ngày 24/1/2018 của NHNN về việc tăng cường xử lý nợ xấu, nhằm đẩy nhanh tiến độ triển khai thực hiện NQ 42; Nghị quyết số 03/2018/NQ-HĐTP ngày 15/5/2018 của Hội đồng thẩm phán Tòa án Nhân dân tối cao (TANDTC) hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật trong giải quyết tranh chấp về xử lý nợ xấu, TSĐB tại Tòa án nhân dân...

Trong quá trình thực hiện NQ 42, NHNN thường xuyên có những văn bản cũng như yêu cầu các TCTD báo cáo, phản ánh các vướng mắc. Ngày 29/3/2019, Kiểm toán Nhà nước công bố Quyết định số 590/QĐ-KTNN, ban hành Đề cương kiểm toán Chuyên đề việc triển khai thực hiện Nghị quyết 42 về thí điểm xử lý nợ xấu của các TCTD tại NHNN và 18 TCTD nhằm kiểm tra tiến độ thực hiện NQ 42, tính tuân thủ trong quá trình triển khai, quan trọng nhất là ghi nhận các ý kiến phản ánh các khó khăn vướng mắc của các tổ chức trong quá trình triển khai NQ 42.

2.2 Kết quả đạt được, những hạn chế, bất cập khi thực hiện Nghị quyết số 42/2017/QH14

a. Kết quả đạt được sau hai năm thực hiện Nghị quyết số 42/2017/QH14

Sau gần hai năm áp dụng NQ 42, trong

năm 2018, nếu nhìn về mặt số liệu, toàn hệ thống ngân hàng đã bước được một bước rất quan trọng là đưa tỷ lệ nợ xấu nội bảng của hệ thống giảm mạnh, xuống dưới 2%. Theo số liệu về tình hình xử lý nợ xấu năm 2018 được NHNN công bố vào ngày 7/01/2019, ước tính đến cuối tháng 12/2018, toàn hệ thống các TCTD đã xử lý được 149,22 nghìn tỷ đồng nợ xấu, tỷ lệ nợ xấu nội bảng của hệ thống TCTD là 1,89%, giảm so với mức 2,46% cuối năm 2016 và mức 1,99% cuối năm 2017. Tỷ lệ 1,89% cũng là mức thấp nhất ghi nhận kể từ năm 2012 đến nay - thời điểm nợ xấu ngân hàng bắt đầu được nhận diện một cách đầy đủ và sát thực hơn, với các bước nâng cao tiêu chuẩn phân loại nợ¹. Dù chưa cập nhật cụ thể thêm về nợ tiềm ẩn thành nợ xấu, nhưng mức nợ xấu nội bảng nói trên đã nằm sâu dưới ngưỡng 2% - ngưỡng mà tại Nghị quyết số 01 vừa ban hành đầu năm nay Chính phủ đặt ra yêu cầu hệ thống

Chỉ tiêu	Đơn vị	2015	2016	2017	2018
1. Tỷ lệ nợ xấu					
Theo NHNN	%	2,55	2,46	2	1,89
Theo Ủy ban Giám sát tài chính quốc gia	%				2,4
2. Tỷ lệ nợ xấu gộp					
Theo NHNN	%		10,08	7,36	6,5
Theo Ủy ban Giám sát tài chính quốc gia	%	8,85	11,90	9,50	
3. Nợ xấu đã xử lý	Tỷ đồng		95.000	70.000	
4. Nợ xấu tại VAMC	Tỷ đồng				
Đã mua lũy kế	Tỷ đồng	228.416	264.755	307.932	280.000
Xử lý được	Tỷ đồng		20.679	30.700	100.000

1 Nhất Nam, Nợ xấu hệ thống ngân hàng giảm mạnh cuối năm 2018, Nguồn: <http://vneconomy.vn/no-xau-he-thong-ngan-hang-giam-manh-cuoi-nam-2018-20190107103714394.htm>.

ngân hàng phải đảm bảo thực hiện được cho năm 2019².

Nhìn vào bảng Số liệu nợ xấu toàn hệ thống ngân hàng giai đoạn 2015-2018 ở dưới đây, có thể nhận thấy rõ hiệu quả về xử lý nợ xấu mà NQ 42 mang lại trên toàn hệ thống ngân hàng. Tỷ lệ nợ xấu giảm dần từ 2,55% năm 2015, 2,46% năm 2016, 2% vào năm 2017 và chỉ còn 1,89% trong năm 2018³.

Ngoài ra, một điểm rất quan trọng mà NQ 42 mang lại chính là nhận thức của bên vay trong tình hình các TCTD ráo riết áp dụng biện pháp xử lý tài sản. Theo NQ 42, quyền chủ động của các TCTD trong việc xử lý tài sản được khẳng định, các TCTD được phép chủ động quyết định biện pháp xử lý tài sản, như là bán nợ, thu giữ tài sản cho dù có hay không có sự đồng ý của Bên vay. Việc này tạo áp lực rất lớn buộc Bên vay phải có trách nhiệm trong việc trả nợ và phải hợp tác với các TCTD trong quá trình xử lý nợ nếu không muốn mất tài sản.

b. Những hạn chế, bất cập khi thực hiện Nghị quyết số 42/2017/QH14

Thứ nhất, sự lúng túng các cơ quan địa phương

Các cơ quan nhà nước có thẩm quyền được quy định là phải phối hợp với các TCTD trong quá trình triển khai NQ 42. Việc triển khai thu giữ tài sản hiện nay phải tuân

thủ đúng NQ 42 về việc công khai thông tin về thời gian và địa điểm thu giữ, phối hợp với cơ quan Công an và Ủy ban nhân dân cấp xã nơi tiến hành thu giữ tài sản trong việc đảm bảo an ninh trật tự, chứng kiến và ký biên bản thu giữ⁴. Tuy nhiên, tại các địa phương (ngoại trừ TP. Hồ Chí Minh và TP. Hà Nội), việc thu giữ, xử lý TSĐB của các khoản nợ xấu ngân hàng theo NQ 42 là một vấn đề mới, chưa có tiền lệ nên các cơ quan địa phương khá lúng túng khi nhận được yêu cầu trợ giúp từ phía các TCTD.

Thứ hai, điều kiện thu giữ chưa sát với thực tế

Theo Điều 7 NQ 42, TCTD phải có thỏa thuận về quyền thu giữ TSĐB tại Hợp đồng bảo đảm hoặc bên bảo đảm đồng ý cho TCTD có quyền thu giữ TSĐB⁵. Trong khi đó, đa phần các Hợp đồng bảo đảm trước thời điểm ban hành NQ 42 đều không đề dự liệu trước và chỉ ghi chung chung về quyền xử lý tài sản của Ngân hàng theo quy định của pháp luật chứ không nêu rõ biện pháp là thu giữ. Do vậy, nếu Hợp đồng bảo đảm không thỏa thuận cụ thể về quyền thu giữ hoặc có thỏa thuận những nội dung không rõ ràng có thể gây tranh cãi trong quá trình áp dụng thu giữ TSĐB và phối hợp với các cơ quan chức năng để thực hiện quyền thu giữ, xử lý TSĐB.

2 Cán Văn Lực, Những vướng mắc trong xử lý nợ xấu theo Nghị quyết 42 và đề xuất tháo gỡ, “Tính đến hết năm 2018, tỷ lệ nợ xấu nội bảng của các TCTD đã giảm xuống mức 1,89% (so với mức 1,99% cuối năm 2017 và 2,46% cuối năm 2016) và tỷ lệ nợ xấu gộp khoảng 6,67% tổng dư nợ, giảm mạnh so với mức 10,08% vào cuối năm 2016 và 7,36% cuối năm 2017. Trong đó, kết quả xử lý nợ xấu của VAMC cũng khá khả quan; tính đến hết tháng 8/2018, VAMC đã thu hồi gần 100.000 tỷ đồng trên 227.000 tỷ đồng nợ gốc đã mua. Đặc biệt là tác động của NQ 42 tương đối rõ nét. Theo số liệu mới nhất từ NHNN, tính từ giữa năm 2012 đến hết tháng 6/2018, toàn hệ thống đã xử lý được 785.930 tỷ đồng nợ xấu, riêng sau hơn một năm thực hiện Nghị quyết 42, toàn hệ thống đã xử lý được 138.290 tỷ đồng (tương đương tỷ lệ 17,5% của cả 6 năm qua); trong đó các TCTD đã xử lý được 58.800 tỷ đồng. Với những bước tiến trong công tác xử lý nợ xấu thời gian qua, mục tiêu giảm tỷ lệ nợ xấu gộp về 3% đến cuối năm 2020 là khả thi”.

<http://cafef.vn/nhung-vuong-mac-trong-xu-ly-no-xau-theo-nghi-quyet-42-va-de-xuat-thao-go-20190214113235953.chn>

3 Nguồn: NHNN, VAMC, Ủy ban Giám sát tài chính quốc gia.

4 Điểm b khoản 2 Điều 7 NQ 42 quy định về việc trong Hợp đồng bảo đảm phải có thỏa thuận về việc bên bảo đảm đồng ý cho TCTD có quyền thu giữ tài sản khi có nợ xấu xảy ra. Điểm d khoản 2 Điều 7 quy định TSĐB không phải là tài sản tranh chấp trong vụ án đã được thụ lý nhưng chưa được giải quyết hoặc đang được giải quyết tại Tòa án có thẩm quyền.

5 Điểm b Khoản 2 Điều 7 quy định về việc trong Hợp đồng bảo đảm phải có thỏa thuận về việc bên bảo đảm đồng ý cho TCTD có quyền thu giữ tài sản khi có nợ xấu xảy ra. Điểm d Khoản 2 Điều 7 quy định TSĐB không phải là tài sản tranh chấp trong vụ án đã được thụ lý nhưng chưa được giải quyết hoặc đang được giải quyết tại Tòa án có thẩm quyền.

Ngoài ra, theo quy định tại Điểm d khoản 2 Điều 7 NQ 42, điều kiện để áp dụng thu giữ là TSDB không phải là tài sản tranh chấp trong vụ án đã được thụ lý hoặc đang được giải quyết tại Tòa án có thẩm quyền. Thực tế cho thấy, các TCTD thường gặp phải hiện tượng là một khi đã có nợ xấu tại Ngân hàng thì bên vay có các tranh chấp với bên thứ 3 liên quan đến TSDB. Trong khi đó, mặc dù TSDB được thế chấp, đăng ký giao dịch bảo đảm đúng quy định pháp luật nhưng các TCTD không thể áp dụng biện pháp thu giữ theo NQ 42 vì các tranh chấp “vô tình hoặc cố ý” của chính bên vay với bên thứ 3 có liên quan đến TSDB.

Thứ ba, bất cập trong thứ tự ưu tiên thanh toán cho nghĩa vụ nợ xấu được bảo đảm tại các TCTD

Theo quy định tại Điều 12 của NQ 42, số tiền thu được từ xử lý TSDB được ưu tiên thanh toán cho nghĩa vụ nợ được bảo đảm cho TCTD, tổ chức mua, bán, xử lý nợ xấu trước khi thực hiện nghĩa vụ thuế, nghĩa vụ khác không có bảo đảm của bên bảo đảm. Tuy nhiên, trên thực tế, trường hợp bên chuyển nhượng không hoặc chưa hoàn thành nghĩa vụ tài chính đối với cơ quan thuế sẽ không thực hiện được thủ tục chuyển nhượng cho người mua tài sản. Do đó, các TCTD thường phải đồng ý việc trích tiền từ việc xử lý TSDB để thực hiện nghĩa vụ thuế thu nhập cá nhân, thuế thu nhập doanh nghiệp mới thực hiện được thủ tục đăng ký quyền sử dụng cho người mua TSDB mặc dù không đủ thu nợ xấu.

Thứ tư, bất cập trong việc áp dụng thủ tục tố tụng rút gọn để giải quyết tranh chấp

Điều 8 NQ 42 quy định Tòa án được áp dụng thủ tục rút gọn để giải quyết tranh chấp về nghĩa vụ giao TSDB hoặc tranh chấp về quyền xử lý TSDB của khoản nợ xấu. Trên thực tế, đến ngày 15/5/2018, tức là 9 tháng sau khi NQ 42 có hiệu lực, Hội đồng thẩm phán TANDTC mới ban hành Nghị quyết số 03/2018/NQ-HĐTP hướng dẫn về việc áp dụng thủ tục rút gọn theo Điều 8 NQ 42. Tuy nhiên, để được áp dụng thủ tục rút gọn, TSDB phải thỏa mãn các điều kiện theo NQ 42⁶, trong đó điều kiện không có đương sự cư trú ở nước ngoài, trừ trường hợp đương sự ở nước ngoài và đương sự ở Việt Nam có thỏa thuận giải quyết tranh chấp theo thủ tục rút gọn. Do vậy, nếu xảy ra trường hợp bên vay bỏ trốn ra nước ngoài thì không thể áp dụng thủ tục rút gọn.

Hơn nữa, theo quy định tại Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015, nếu xuất hiện tình tiết mới mà các bên đương sự không thống nhất làm cho vụ án không còn đủ điều kiện để giải quyết theo thủ tục rút gọn thì Tòa án phải ra quyết định chuyển vụ án sang giải quyết theo thủ tục thông thường⁷. Như vậy, trường hợp bên có nghĩa vụ trả nợ/chủ tài sản/bên bảo đảm không hợp tác, chống đối, rất dễ dẫn đến trường hợp cố tình tạo ra các tình tiết mới để đưa vụ án về thủ tục tố tụng thông thường, nhằm mục đích kéo dài thời gian giải quyết vụ việc. Do đó, nếu không có hướng dẫn cụ thể với những quy định nêu trên, biện pháp áp dụng các thủ tục rút gọn có thể không phát huy được hiệu quả xử lý trong thực tế như kỳ vọng khi ban hành NQ 42. Thực tế, kể từ khi NQ 42 có hiệu lực, Tòa án nhân dân các cấp vẫn chưa từng thụ lý, giải quyết theo thủ tục rút gọn như quy

6 Khoản 1 Điều 8 Nghị quyết 42 quy định: Tòa án áp dụng thủ tục rút gọn để giải quyết tranh chấp về nghĩa vụ giao TSDB hoặc tranh chấp về quyền xử lý TSDB của khoản nợ xấu của TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, tổ chức mua bán, xử lý nợ xấu khi đáp ứng đầy đủ các điều kiện sau đây: a) Trong hợp đồng bảo đảm có thỏa thuận về việc bên bảo đảm có nghĩa vụ giao TSDB của khoản nợ xấu cho bên nhận bảo đảm hoặc TCTD, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, tổ chức mua bán, xử lý nợ xấu có quyền xử lý TSDB; b) Giao dịch bảo đảm hoặc biện pháp bảo đảm đã được đăng ký theo quy định của pháp luật; c) Không có đương sự cư trú ở nước ngoài, tài sản tranh chấp ở nước ngoài, trừ trường hợp đương sự ở nước ngoài và đương sự ở Việt Nam có thỏa thuận đề nghị Tòa án giải quyết theo thủ tục rút gọn hoặc các đương sự giải trình được chứng cứ về quyền sở hữu hợp pháp tài sản và có thỏa thuận thống nhất về việc xử lý tài sản.

7 Khoản 3 Điều 317 và khoản 4 Điều 323 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

định, thường gây khó khăn hoặc viển vông dẫn quy định để không thụ lý giải quyết theo thủ tục rút gọn.

3. Một số vấn đề đặt ra từ thực tiễn thực hiện Nghị quyết 42/2017/QH14

Một là, đề nghị Quốc hội cân nhắc đến việc luật hóa NQ 42, không để NQ 42 chỉ tồn tại ở dạng thí điểm và chỉ có hiệu lực 5 năm vì việc này hạn chế rất nhiều quá trình xử lý tài sản của các TCTD. Nếu sau 5 năm, không có một cải tiến nào chính thức về mặt pháp lý thì quá trình xử lý nợ xấu lại quay lại con đường cũ. Đồng thời, Chính phủ ban hành các văn bản pháp luật hướng dẫn cụ thể nhằm tạo một hành lang pháp lý chắc chắn trong thu giữ tài sản để xử lý nợ xấu của các TCTD. Việc này cũng sẽ giúp các cơ quan nhà nước tại địa phương có được “danh chính ngôn thuận” hỗ trợ các TCTD trong quá trình xử lý nợ xấu.

Hai là, các TCTD đang rất cần các cơ quan bộ, ngành có liên quan ban hành các văn bản hướng dẫn thực hiện NQ 42 và truyền thông xuyên suốt đến các cơ quan chức năng tại địa phương để các ngân hàng được hỗ trợ tối đa trong công tác thu giữ tài sản, nhằm thu hồi nợ một cách nhanh chóng, đảm bảo quyền lợi cho ngân hàng. Trong đó, văn bản hướng dẫn phải đảm bảo quy định rõ về thời gian xử lý, trách nhiệm của các sở, ban, ngành, cơ quan địa phương.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ luật Dân sự 2015 số 91/2015/QH13
2. Bộ luật Tố tụng dân sự 2015 số 92/2015/QH13
3. Nghị quyết 42/2017/QH ngày 21/6/2019 về việc thí điểm xử lý nợ xấu của các TCTD.
4. Quyết định số 1403/QĐ-NHNN ngày 05/7/2017 của Thống đốc NHNN về việc thành lập Ban chỉ đạo cơ cấu lại hệ thống các TCTD gắn với xử lý nợ xấu của NHNN.
5. Chỉ thị số 32/CT-TTg ngày 19/7/2017 của Thủ tướng về việc triển khai Nghị quyết 42/2017/QH ngày 21/6/2019 về việc thí điểm xử lý nợ xấu của các TCTD
6. Quyết định số 1058/QĐ-TTg ngày 19/7/2017 của Thủ tướng Chính phủ về việc phê duyệt Đề án “Cơ cấu lại hệ thống các TCTD gắn với xử lý nợ xấu giai đoạn 2016-2020”
7. Chỉ thị số 06/CT-NHNN ngày 20/7/2017 của Thống đốc NHNN về việc thực hiện Nghị quyết số 42/2017/QH14 thí điểm xử lý nợ xấu của các TCTD và Quyết định số 1058/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án cơ cấu lại hệ thống các TCTD gắn với xử lý nợ xấu giai đoạn 2016-2020

Ba là, các quy định pháp luật về tố tụng nên được chỉnh sửa theo hướng rút ngắn thời gian xử lý, đồng thời tinh gọn thủ tục hành chính để đảm bảo việc khởi kiện đòi nợ của ngân hàng theo con đường tố tụng được rút ngắn, quy định rõ thời gian xử lý trong quá trình tố tụng, thi hành án kể từ khi thụ lý của các cơ quan có thẩm quyền. Việc này sẽ tạo thêm nhiều điều kiện thuận lợi cho các TCTD xử lý TSĐB khi các món nợ không đủ điều kiện áp dụng NQ 42.

Bốn là, các ngân hàng không được ưu tiên thanh toán như quy định tại Điều 12 mà phải đóng thay bên vay tiền thuế và các loại chi phí khác mới thực hiện được thủ tục sang tên tài sản, dẫn đến thiệt hại cho ngân hàng. Bộ Tài chính cần ban hành hướng dẫn cụ thể để thực hiện việc thu thuế thu nhập doanh nghiệp, thu nhập cá nhân trong trường hợp chuyển nhượng TSĐB để thu hồi nợ xấu, bảo đảm quyền lợi của bên mua TSĐB. Bộ Tài nguyên và Môi trường cần ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể về thủ tục chuyển nhượng tài sản, xử lý tài sản khi TSĐB là các dự án bất động sản có tài sản hình thành trong tương lai.

Năm là, Chính phủ cần ban hành các quy định hướng dẫn cụ thể về hoạt động mua bán nợ với các tổ chức, cá nhân khác (ngoài việc mua bán nợ với VAMC) để tạo hành lang pháp lý vững chắc cho thị trường mua bán nợ của Việt Nam ■

(Xem tiếp trang 64)

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA LUẬT PHÁ SẢN NĂM 2014

Trương Thị Quỳnh Trâm*

* ThS. Tòa án nhân dân Quận 1, TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: doanh nghiệp, phá sản, Luật Phá sản năm 2014

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/05/2019

Biên tập : 11/06/2019

Duyệt bài : 14/06/2019

Tóm tắt:

Luật Phá sản năm 2014 ra đời đã tạo ra khung pháp lý vững chắc cho việc phá sản các doanh nghiệp, hợp tác xã. Tuy nhiên, các quy định pháp luật trong lĩnh vực này vẫn còn tồn tại một số bất cập, gây nhiều khó khăn cho hoạt động của các doanh nghiệp, hợp tác xã cũng như các cơ quan có thẩm quyền liên quan đến việc giải quyết thủ tục phá sản. Do vậy, đặt ra vấn đề cần phải có giải pháp hoàn thiện các quy định pháp luật để tạo điều kiện thuận lợi cho việc giải quyết thủ tục phá sản trong thực tiễn.

Article Information:

Keywords: Businesses, bankruptcy, Law on Bankruptcy of 2014

Article History:

Received : 09 May 2019

Edited : 11 Jun 2019

Approved : 14 Jun 2019

Abstract

The 2014 Law on Bankruptcy has created a solid legal framework for bankruptcy of businesses and cooperatives. However, the legal provisions of bankruptcy still exist some shortcomings, thereby causing difficulties for the bankruptcy of enterprises and cooperatives in practice. This article provides analysis of the shortcomings in the bankruptcy legal provisions as well as recommendations for further improvements.

1. Một số bất cập của Luật Phá sản năm 2014

Thứ nhất, quy định về tiêu chí để xác định “Doanh nghiệp, hợp tác xã (HTX) mất khả năng thanh toán”

Theo quy định của Luật Phá sản năm 2014, “phá sản là tình trạng của doanh nghiệp, HTX mất khả năng thanh toán và bị Tòa án nhân dân (TAND) ra quyết định

tuyên bố phá sản”¹. Quy định này cho thấy, một doanh nghiệp, HTX tuyên bố phá sản phải đáp ứng 02 điều kiện sau đây: (i) *doanh nghiệp, HTX mất khả năng thanh toán và (ii) doanh nghiệp, HTX bị TAND ra quyết định tuyên bố phá sản.*

Về tiêu chí “doanh nghiệp, HTX mất khả năng thanh toán”, Luật Phá sản năm 2014 quy định: “doanh nghiệp, HTX mất

1 Khoản 2 Điều 1 Luật Phá sản năm 2014.

khả năng thanh toán là doanh nghiệp, HTX không thực hiện nghĩa vụ thanh toán khoản nợ trong thời hạn 03 tháng kể từ ngày đến hạn thanh toán”². So sánh với Luật Phá sản năm 2004, có thể thấy Luật Phá sản năm 2014 đã tiến bộ hơn khi thay thế quy định “doanh nghiệp, HTX lâm vào tình trạng phá sản” thành “doanh nghiệp, HTX mất khả năng thanh toán” để thể hiện đúng bản chất của đối tượng là doanh nghiệp, HTX có nguy cơ bị tuyên bố phá sản; đồng thời đưa ra tiêu chí định lượng để xác định tình trạng doanh nghiệp, HTX thay vì sử dụng tiêu chí định tính như trước đây (doanh nghiệp, HTX không có khả năng thanh toán được các khoản nợ đến hạn khi chủ nợ có yêu cầu)³.

Tuy nhiên, trên thực tế, có không ít doanh nghiệp, HTX lại là chủ nợ với số tiền lớn hơn số nợ phải thanh toán cho các chủ nợ yêu cầu tuyên bố phá sản. Các doanh nghiệp, HTX này hoàn toàn có thiện chí trả nợ cho các chủ nợ yêu cầu tuyên bố phá sản. Vì lý do chưa thu hồi được tiền từ việc xoay vòng vốn trong kinh doanh, các doanh nghiệp, HTX này không thể thực hiện nghĩa vụ thanh toán khoản nợ trong thời hạn 03 tháng kể từ ngày đến hạn thanh toán và các chủ nợ yêu cầu tuyên bố phá sản không đồng ý thương lượng gia hạn, theo đó đề nghị Tòa án tuyên bố phá sản đối với doanh nghiệp, HTX. Đặc biệt, có trường hợp chủ nợ lạm dụng quyền nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, HTX đang gặp khó khăn tạm thời nhằm mục tiêu đẩy doanh nghiệp, HTX vào tình trạng “bị ép phải phá sản”. Tình trạng này đã làm ảnh hưởng rất lớn đến uy tín và hoạt động kinh doanh của các doanh nghiệp, HTX, thậm chí lại là nguyên nhân chính khiến cho doanh

nh nghiệp, HTX làm ăn thua lỗ sau đó và phải phá sản “thật”.

Thứ hai, quy định về thời hạn ra quyết định thi hành án và định giá lại tài sản trong Luật Phá sản năm 2014 chưa thống nhất với Luật Thi hành án dân sự (THADS) năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014)

Khoản 1 Điều 5 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) năm 2015 quy định việc xây dựng và ban hành VBQPPL phải “bảo đảm tính hợp hiến, tính hợp pháp và *tính thống nhất* của VBQPPL trong hệ thống pháp luật”. Tính thống nhất của hệ thống pháp luật phải được xem xét trên cả hai phương diện hình thức và nội dung. Về mặt hình thức, tính thống nhất thể hiện qua cách sắp xếp, phân loại thứ bậc, hiệu lực của các quy phạm pháp luật. Về mặt nội dung, tính thống nhất đòi hỏi pháp luật phải có tính nhất quán. Điều này có nghĩa các VBQPPL trong cùng một lĩnh vực hoặc trong những lĩnh vực khác nhau phải tạo ra sự nhất quán trong việc điều chỉnh các quan hệ xã hội nhất định, hạn chế tình trạng các văn bản quy định khác nhau về cùng một vấn đề⁴.

Luật Phá sản năm 2014 và Luật THADS năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) đều quy định cơ quan THADS là cơ quan được giao nhiệm vụ, quyền hạn trong việc thi hành quyết định tuyên bố phá sản của Tòa án⁵. Tuy nhiên, quy định về thời hạn ra quyết định thi hành án trong các đạo luật này lại chưa có sự thống nhất với nhau. Cụ thể, Luật Phá sản năm 2014 quy định trong thời hạn *05 ngày làm việc* kể từ ngày ra quyết định tuyên bố phá sản, cơ quan THADS có trách nhiệm chủ động ra quyết định thi hành, phân công Chấp hành viên thi hành quyết định tuyên bố phá sản⁶. Trong

2 Khoản 12 Điều 1 Luật Phá sản năm 2014.

3 Điều 3 Luật Phá sản năm 2004.

4 Nguyễn Nhật Khanh, Tính thống nhất của Luật Giáo dục năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) với các văn bản pháp luật khác trong hệ thống pháp luật Việt Nam, Tạp chí Khoa học Pháp lý số 02/2018, tr. 66.

5 Khoản 1 Điều 17 Luật Phá sản năm 2014, điểm g khoản 1 Điều 2 Luật THADS năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014).

6 Khoản 1 Điều 120 Luật Phá sản năm 2014.

khi đó, Luật THADS năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) quy định trong thời hạn 03 ngày làm việc kể từ ngày nhận được quyết định của Tòa án giải quyết phá sản thì Thủ trưởng cơ quan THADS có thẩm quyền chủ động ra quyết định thi hành án và phân công Chấp hành viên tổ chức thi hành⁷. Như vậy, quy định của hai văn bản luật này về thời hạn đề cơ quan THADS ra quyết định thi hành án đối với quyết định tuyên bố phá sản là không thống nhất với nhau, từ đó gây ra những khó khăn cho cơ quan THADS trong việc ban hành quyết định thi hành án, đồng thời là nguyên nhân làm phát sinh các khiếu nại liên quan đến việc tuân thủ quy định về thời hạn ra quyết định thi hành án⁸.

Bên cạnh đó, quy định của Luật Phá sản năm 2014 và Luật THADS năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) về trường hợp định giá lại tài sản cũng chưa thống nhất. Theo Luật Phá sản năm 2014, định giá lại tài sản chỉ được thực hiện trong một trường hợp duy nhất là “khi có vi phạm nghiêm trọng quy định tại Điều 122 của Luật này dẫn đến sai lệch kết quả định giá tài sản”⁹. Trong khi đó, Luật THADS năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) quy định 02 trường hợp có thể định giá lại tài sản kê biên gồm: (i) Chấp hành viên có vi phạm nghiêm trọng quy định tại Điều 98 của Luật này dẫn đến sai lệch kết quả định giá tài sản; (ii) Đương sự có yêu cầu định giá lại trước khi có thông báo công khai về việc bán đấu giá tài sản¹⁰. Như vậy, so với Luật THADS năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014), Luật Phá sản năm 2014 đã thu hẹp các trường hợp định giá lại. Việc người được thi hành án (trong đó có các chủ nợ của doanh nghiệp, HTX bị phá sản) không có quyền yêu cầu việc định giá lại tài sản của doanh nghiệp, HTX bị

phá sản có thể sẽ làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của họ trong việc được thanh toán các khoản nợ.

Thứ ba, quy định về kiểm toán báo cáo tài chính của doanh nghiệp, HTX trong trường hợp doanh nghiệp, HTX mất khả năng thanh toán nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản

Luật Phá sản năm 2014 quy định 02 trường hợp phát sinh nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi doanh nghiệp, HTX mất khả năng thanh toán: (i) Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp, HTX có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi doanh nghiệp, HTX mất khả năng thanh toán; (ii) Chủ doanh nghiệp tư nhân, Chủ tịch Hội đồng quản trị của công ty cổ phần, Chủ tịch Hội đồng thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) hai thành viên trở lên, chủ sở hữu công ty TNHH một thành viên, thành viên hợp danh của công ty hợp danh có nghĩa vụ nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi doanh nghiệp mất khả năng thanh toán¹¹. Để bảo đảm thực hiện quy định này, Luật Phá sản năm 2014 quy định: “Những người theo quy định tại khoản 3 và khoản 4 Điều 5 của Luật này không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi doanh nghiệp, HTX mất khả năng thanh toán thì phải chịu trách nhiệm trước pháp luật. Trường hợp có thiệt hại phát sinh sau thời điểm doanh nghiệp, HTX mất khả năng thanh toán do việc không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản gây ra thì phải bồi thường”¹². Bên cạnh đó, Nghị định số 110/2013/NĐ-CP ngày 24/9/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hỗ trợ tư pháp, hành chính tư pháp, hôn nhân và gia đình, THADS, phá sản doanh nghiệp, HTX (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 67/2015/

7 Khoản 2 Điều 36 Luật THADS năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014).

8 Điều 128 Luật Phá sản năm 2014, Mục 1 Chương VI Luật THADS năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014).

9 Khoản 1 Điều 123 Luật Phá sản năm 2014.

10 Khoản 1 Điều 99 Luật THADS năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014).

11 Khoản 3, 4 Điều 5 Luật Phá sản năm 2014.

12 Khoản 5 Điều 28 Luật Phá sản năm 2014.

NĐ-CP ngày 14/8/2015) có quy định: “Phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 3.000.000 đồng đối với hành vi của Chủ doanh nghiệp tư nhân, Chủ tịch Hội đồng quản trị của công ty cổ phần, Chủ tịch Hội đồng thành viên của công ty TNHH hai thành viên trở lên, chủ sở hữu công ty TNHH một thành viên, thành viên hợp danh của công ty hợp danh hoặc người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp, HTX không nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản khi doanh nghiệp, HTX mất khả năng thanh toán”¹³.

Trong số các tài liệu kèm theo đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, HTX rơi vào 02 trường hợp trên, Luật Phá sản năm 2014 quy định phải có “Báo cáo tài chính của doanh nghiệp, HTX trong 03 năm gần nhất. Trường hợp doanh nghiệp, HTX được thành lập và hoạt động chưa đủ 03 năm thì kèm theo báo cáo tài chính của doanh nghiệp, HTX trong toàn bộ thời gian hoạt động”¹⁴. Đây là tài liệu bắt buộc, có vai trò quan trọng trong quá trình tổng hợp tình hình tài sản, vốn chủ sở hữu và nợ phải trả cũng như tình hình tài chính, kết quả kinh doanh trong kỳ của doanh nghiệp, HTX nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản. Nói cách khác, qua báo cáo tài chính thì Thẩm phán có thể nắm bắt được thực trạng tài chính của doanh nghiệp, HTX. Tuy nhiên, Luật Phá sản năm 2014 lại không nêu cụ thể báo cáo tài chính có phải kiểm toán hay không?

Đối chiếu với Luật Phá sản năm 2004, khi doanh nghiệp, HTX nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải nộp kèm theo đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản “Báo cáo tình hình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, HTX, trong đó giải trình nguyên nhân và hoàn cảnh liên quan đến tình trạng mất khả năng thanh toán; nếu doanh nghiệp là công ty cổ phần mà pháp luật yêu cầu phải được kiểm toán thì báo cáo tài chính phải được

tổ chức kiểm toán độc lập xác nhận”¹⁵. Quy định báo cáo tài chính phải được kiểm toán có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định tính xác thực, khách quan của báo cáo tài chính để dựa vào đó làm cơ sở cho việc giải quyết thủ tục phá sản của doanh nghiệp, HTX. Tiếc rằng, Luật Phá sản năm 2014 đã không quy định rõ về nội dung này. Trên thực tế, việc chấp hành các quy định về chế độ tài chính kế toán còn yếu kém; quản lý sổ sách, chứng từ kê toán lỏng lẻo; tình hình tài sản và các khoản công nợ không được ghi chép, phản ánh đầy đủ, rõ ràng; hồ sơ pháp lý các khoản công nợ thiếu chứng cứ pháp lý để trả nợ và thu nợ vì không được chủ nợ và người mắc nợ đối chiếu, ảnh hưởng đến tiến độ giải quyết phá sản cũng như việc thi hành quyết định thanh lý tài sản của doanh nghiệp¹⁶.

Thực tiễn giải quyết thủ tục phá sản của Tòa án cho thấy, nếu không quy định cụ thể việc kiểm toán báo cáo tài chính của doanh nghiệp, HTX sẽ ảnh hưởng đến việc xác định tính trung thực hồ sơ yêu cầu mở thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp, HTX của Tòa án. Bởi lẽ, Tòa án không phải là cơ quan chuyên môn để có thể xác thực các báo cáo tài chính mà doanh nghiệp, HTX đã nộp. Điều này gián tiếp tạo “cơ hội” cho các doanh nghiệp, HTX cố tình thực hiện việc phá sản một cách giả tạo nhằm trốn tránh thực hiện các nghĩa vụ tài chính đối với chủ nợ, người lao động của doanh nghiệp, HTX.

Thứ tư, quy định về tạm ứng chi phí phá sản và mở tài khoản để nộp tiền tạm ứng chi phí phá sản

Luật Phá sản năm 2014 quy định, trong thời hạn 03 ngày làm việc kể từ ngày nhận được đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản hợp lệ, TAND dự tính số tiền tạm ứng chi phí phá sản và thông báo cho người yêu cầu mở thủ tục phá sản để nộp tạm ứng chi phí phá

13 Điều 54 Nghị định số 110/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 67/2015/NĐ-CP).

14 Điểm a khoản 3 Điều 28 Luật Phá sản năm 2014.

15 Điểm a khoản 4 Điều 15 Luật Phá sản năm 2004.

16 Phan Thị Mỹ Hạnh, Phá sản doanh nghiệp và thi hành Luật Phá sản ở Việt Nam, Tạp chí Dầu khí số 4/2018, tr. 60.

sản. Trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày nhận được thông báo về việc nộp tạm ứng chi phí phá sản, người nộp đơn yêu cầu mở thủ tục phá sản phải thực hiện việc tạm ứng chi phí phá sản vào tài khoản do TAND mở tại ngân hàng¹⁷. “Tạm ứng chi phí phá sản” là khoản tiền do TAND quyết định để đăng báo, tạm ứng chi phí quản tài viên, doanh nghiệp quản lý, thanh lý tài sản¹⁸.

Tuy nhiên, Luật Phá sản năm 2014 không quy định cụ thể về cách tính tạm ứng chi phí phá sản. Nghị định số 22/2015/NĐ-CP ngày 16/02/2015 của Chính phủ hướng dẫn quy định về quản tài viên và hành nghề quản lý, thanh lý tài sản chỉ bao hàm quy định hướng dẫn về cách tính mức thù lao đối với quản tài viên mà không có bất cứ quy định nào hướng dẫn cách tính tạm ứng chi phí phá sản. Bên cạnh đó, Luật Phá sản năm 2014 và Nghị định số 22/2015/NĐ-CP cũng quy định chưa cụ thể về thủ tục mở, quản lý tài khoản do Tòa án mở tại Ngân hàng để thu tiền tạm ứng chi phí phá sản. Điều này gây lúng túng cho Tòa án trong việc tổ chức thực hiện trên thực tế, dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau như tài khoản mở tại ngân hàng được sử dụng cho một vụ hay nhiều vụ phá sản?

2. Kiến nghị hoàn thiện

Một là, cần xem xét quy định lại tiêu chí để đánh giá “doanh nghiệp, HTX mất khả năng thanh toán” theo hướng tăng lên thời gian để doanh nghiệp, HTX có đủ thời gian cần thiết thực hiện nghĩa vụ thanh toán đã đến hạn theo yêu cầu của chủ nợ cũng như thực hiện việc xoay vòng vốn nhằm phục vụ cho kế hoạch kinh doanh. Theo đó, chúng tôi kiến nghị sửa đổi: “doanh nghiệp, HTX mất khả năng thanh toán là doanh nghiệp, HTX không thực hiện nghĩa vụ thanh toán khoản nợ trong thời hạn 12 tháng kể từ ngày đến hạn thanh toán”.

Hai là, để bảo đảm sự thống nhất của

các văn bản pháp luật, cần sửa đổi Luật Phá sản năm 2014 và Luật THADS năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) theo hướng thống nhất về thời hạn ra quyết định thi hành án đối với các quyết định tuyên bố phá sản của doanh nghiệp, HTX. Theo đó, cần xác định thời hạn ban hành quyết định tuyên bố phá sản là 03 ngày làm việc kể từ ngày nhận được quyết định của Tòa án giải quyết phá sản theo tinh thần của Luật THADS năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014). Bên cạnh đó, để bảo đảm quyền và lợi ích của người được thi hành án là các chủ nợ của doanh nghiệp, HTX bị tuyên bố phá sản, Luật Phá sản năm 2014 cần kế thừa quy định của Luật THADS năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) bằng việc bổ sung thêm một trường hợp vào Điều 123 về định giá lại tài sản khi “Đương sự có yêu cầu định giá lại trước khi có thông báo công khai về việc bán đấu giá tài sản”.

Ba là, điểm a khoản 3 Điều 28 Luật Phá sản năm 2014 cần được sửa đổi theo hướng bổ sung yêu cầu thực hiện kiểm toán đối với báo cáo tài chính của các doanh nghiệp, HTX trong trường hợp mất khả năng thanh toán. Theo đó, điểm a khoản 3 Điều 28 Luật Phá sản năm 2014 được viết lại như sau: “a) Báo cáo tài chính của doanh nghiệp, HTX trong 03 năm gần nhất. Trường hợp doanh nghiệp, HTX được thành lập và hoạt động chưa đủ 03 năm thì kèm theo báo cáo tài chính của doanh nghiệp, HTX trong toàn bộ thời gian hoạt động. Báo cáo tài chính phải được tổ chức kiểm toán độc lập xác nhận”.

Bốn là, Chính phủ cần sớm sửa đổi Nghị định số 22/2015/NĐ-CP theo hướng bổ sung quy định về cách tính tạm ứng chi phí phá sản cũng như thủ tục mở và quản lý tài khoản ngân hàng của Tòa án để thực hiện việc thu, chi khoản tiền tạm ứng chi phí phá sản cho phù hợp với quy định pháp luật về phá sản cũng như tài chính, kế toán ■

17 Điều 38 Luật Phá sản năm 2014.

18 Khoản 14 Điều 4 Luật Phá sản năm 2014.

QUY ĐỊNH VỀ NHÓM CÔNG TY TRONG PHÁP LUẬT MỘT SỐ QUỐC GIA VÀ NHỮNG NỘI DUNG THAM KHẢO CHO VIỆT NAM

Trần Minh Anh*

* ThS. Tòa án nhân dân Quận 1, TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: nhóm công ty, công ty mẹ.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 14/05/2019

Biên tập : 22/07/2019

Duyệt bài : 30/07/2019

Tóm tắt:

Nhóm công ty đang ngày càng xuất hiện phổ biến ở Việt Nam bởi mô hình này giúp tạo ra lợi thế cạnh tranh cho các tổ hợp liên kết kinh tế của các công ty. Tuy nhiên, các quy định pháp lý hiện hành về nhóm công ty tại Việt Nam còn nhiều điểm hạn chế. Nhận diện và khắc phục các điểm hạn chế này trên cơ sở nghiên cứu kinh nghiệm các quốc gia trên thế giới trong việc điều chỉnh các vấn đề liên quan là cần thiết để tạo môi trường thuận lợi cho các nhóm công ty phát triển, qua đó thúc đẩy nền kinh tế quốc gia.

Article Information:

Keywords: Corporate group, parent companies.

Article History:

Received : 14 May 2019

Edited : 22 Jul. 2019

Approved : 30 Jul. 2019

Abstract

The corporate group is more and more popularly existing in Vietnam because this modality of business helps creating a competitive advantage for the economic association of the enterprises. However, the current legal regulations on the corporate group in Vietnam consists of several shortcomings. Identification of and overcoming the limitations by studying the experience of nations in world for the related issues are necessary to create a favorable environment for the development and corporate groups, which may promote the development of the national economy.

Khi hoạt động kinh doanh của các chủ thể kinh tế được mở rộng, xuất hiện một hình thức liên kết kinh tế là nhóm công ty. Theo Luật Doanh nghiệp năm 2005¹, nhóm công ty là “tập hợp các công ty có mối quan hệ gắn bó lâu dài với nhau về lợi ích kinh tế, công nghệ, thị trường và các dịch vụ kinh doanh khác”. Luật Doanh

nghiệp năm 2014 có sự sửa đổi định nghĩa nhóm công ty và chỉ nêu ra hai hình thức nhóm công ty là tập đoàn kinh tế và tổng công ty². Cụ thể, Luật này quy định “Tập đoàn kinh tế, Tổng công ty thuộc các thành phần kinh tế là nhóm công ty có mối quan hệ với nhau thông qua sở hữu cổ phần, phần vốn góp hoặc liên kết khác”.

1 Điều 146 Luật Doanh nghiệp năm 2005.

2 Khoản 1 Điều 188 Luật Doanh nghiệp năm 2014 của Việt Nam.

Nhìn chung, có thể thấy rằng, về bản chất, nhóm công ty không phải là một chủ thể pháp lý độc lập mà là tập hợp các doanh nghiệp có tư cách pháp lý độc lập. Các công ty trong nhóm có mối liên hệ với nhau về sở hữu hay gắn bó với nhau về lợi ích kinh tế, công nghệ, thị trường và sản phẩm đầu ra.

1. Một số bất cập trong quy định pháp luật về nhóm công ty tại Việt Nam

Thứ nhất, chưa quy định rõ về khái niệm nhóm công ty

Sự mơ hồ trong định nghĩa nhóm công ty dẫn đến nhiều khó khăn cho công tác quản lý hoạt động của nhóm cũng như giao dịch giữa các công ty trong nhóm. Bên cạnh những ý kiến trái chiều về sử dụng cụm từ “tổng công ty” và “tập đoàn kinh tế” để chỉ nhóm công ty³, khái niệm được Luật Doanh nghiệp năm 2014 đưa ra còn có phần chưa chính xác bởi mối quan hệ đầu tư chỉ diễn ra giữa công ty mẹ và các công ty con thông qua việc công ty mẹ có sở hữu cổ phần, phần vốn góp tại các công ty con. Giữa các công ty con với nhau không thể diễn ra quan hệ đầu tư. Khoản 2 Điều 189 Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã quy định rõ điều này: “Công ty con không được đầu tư góp vốn, mua cổ phần của công ty mẹ. Các công ty con của cùng một công ty mẹ không được cùng nhau góp vốn, mua cổ phần để sở hữu chéo lẫn nhau”.

Thứ hai, quy định thiếu thống nhất về căn cứ xác định sự chi phối của công ty mẹ

Sự chi phối (bao gồm sự chi phối xuất phát từ yếu tố vốn và chi phối thực tế) là cơ sở xác định công ty mẹ trong mối quan hệ công ty mẹ - công ty con. Điểm a khoản 1 Điều 189 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy

định về sự chi phối xuất phát từ yếu tố vốn của công ty mẹ. Theo đó, công ty mẹ xác lập được quyền chi phối với công ty con khi sở hữu trên 50% vốn điều lệ hoặc tổng số cổ phần phổ thông của công ty con. Tuy nhiên, quy định này chưa tương thích với các quy định tại Điều 60 và Điều 144 của Luật này. Căn cứ các quy định tại Điều 60 và Điều 144, điều kiện để nắm quyền quyết định các vấn đề quan trọng của doanh nghiệp là nắm giữ trên 65% vốn điều lệ đối với công ty cổ phần và từ trên 75% đối với công ty TNHH từ hai thành viên trở lên.

Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Nghị định số 69/2014/NĐ-CP (Nghị định 69) đều có các quy định để xác định sự chi phối thực tế của công ty mẹ đối với công ty con. Tuy nhiên, các quy định tại Nghị định 69 có nội hàm rộng hơn so với các quy định của Luật. Bên cạnh *quyền trực tiếp hoặc gián tiếp bổ nhiệm nhân sự cấp cao của công ty con và bổ sung, sửa đổi Điều lệ công ty*⁴, theo Nghị định 69, quyền chi phối thực tế của công ty mẹ còn bao gồm *quyền trực tiếp hay gián tiếp quyết định chiến lược, kế hoạch kinh doanh của công ty con và các trường hợp chi phối khác theo thỏa thuận giữa hai bên*⁵. Tuy nhiên, Nghị định 69 mới chỉ khắc phục phần nào việc Luật Doanh nghiệp đã bỏ sót một số mối quan hệ chi phối - bị chi phối giữa công ty mẹ và công ty con. Bởi lẽ, các quy định của Nghị định này chỉ mang tính chất liệt kê một số biểu hiện về quyền chi phối thực tế của công ty mẹ thay vì xây dựng một cơ sở hay một định nghĩa rõ ràng về quyền này.

Thứ ba, quy định về cơ chế ràng buộc trách nhiệm của công ty mẹ thiếu tính khả thi

Khoản 3 Điều 190 và khoản 5 Điều

3 “Tổng công ty” là thuật ngữ chỉ công ty mẹ trong Tổng công ty nhà nước trước đây, trong khi đó, “Tập đoàn kinh tế” mang tính kinh tế - xã hội hơn là một thuật ngữ pháp lý. Xem thêm: Hà Thị Thanh Bình (2017), “Một số kiến nghị góp phần hoàn thiện các quy định pháp luật điều chỉnh giao dịch giữa các công ty trong nhóm công ty mẹ - công ty con”, Tạp chí Khoa học Pháp lý, số 03 (106), tr. 36-45.

4 Điểm b, c khoản 1 Điều 189 Luật Doanh nghiệp năm 2014 và điểm c, d khoản 5, Điều 3 Nghị định số 69/2014/NĐ-CP.

5 Điểm đ, e khoản 5, Điều 3 Nghị định số 69/2014/NĐ-CP.

190 của Luật Doanh nghiệp năm 2014 đưa ra một số quy định về trách nhiệm của công ty mẹ đối với công ty con, cũng như với các cổ đông, thành viên, chủ nợ cùng các bên liên quan khác của công ty con. Tuy nhiên, vẫn còn nhiều câu hỏi liên quan đến tính khả thi và hiệu quả của các quy định này.

Lợi ích của công ty con, của các cổ đông, thành viên, chủ nợ của công ty con và các bên liên quan khác của công ty con có thể bị đe dọa khi công ty mẹ lợi dụng quyền chi phối để trục lợi. Để bảo vệ lợi ích các đối tượng này, Luật Doanh nghiệp quy định, nếu công ty mẹ can thiệp ngoài thẩm quyền của chủ sở hữu, thành viên hoặc cổ đông và buộc công ty con phải thực hiện hoạt động kinh doanh trái với thông lệ kinh doanh bình thường hoặc thực hiện hoạt động không sinh lợi mà không đền bù hợp lý trong năm tài chính có liên quan, gây thiệt hại cho công ty con thì công ty mẹ phải chịu trách nhiệm về thiệt hại đó⁶. Trường hợp công ty mẹ không đền bù cho công ty con theo quy định thì chủ nợ hoặc thành viên, cổ đông có sở hữu ít nhất 1% vốn điều lệ của công ty con có quyền nhân danh chính mình hoặc nhân danh công ty con đòi công ty mẹ đền bù thiệt hại cho công ty con⁷.

Câu hỏi đặt ra là, dưới sự kiểm soát của công ty mẹ, liệu công ty con và các bên liên quan có khả năng yêu cầu công ty mẹ đền bù hay chịu trách nhiệm cho những thiệt hại phát sinh từ sự can thiệp của công ty mẹ. Thực tế ở nước ta cho thấy, không ít trường hợp công ty mẹ nắm quyền kiểm soát hoặc sở hữu lên đến 100%. Do đó, cơ chế để công ty con và các bên liên quan bảo vệ quyền lợi của họ chưa đảm bảo hiệu quả cũng như tính khả thi.

Mặt khác, việc người quản lý của công

ty mẹ được cử làm đại diện phần vốn góp của công ty mẹ ở công ty con đồng thời được bổ nhiệm làm giám đốc tại công ty con diễn ra khá phổ biến. Trong khi đó, pháp luật Việt Nam vẫn thiếu vắng các quy định để đảm bảo người này hành động vì lợi ích của công ty con. Do vậy, không ít trường hợp người được bổ nhiệm để điều hành hoạt động của công ty con lại bỏ qua lợi ích của công ty con và ưu tiên lợi ích công ty mẹ, làm ảnh hưởng đến quyền lợi của các cổ đông và các bên liên quan của công ty con.

2. Pháp luật về nhóm công ty của một số quốc gia trên thế giới

2.1 Định nghĩa nhóm công ty

Để tạo môi trường pháp lý cho các nhóm công ty phát triển, các quốc gia như Mỹ, Anh và Nhật Bản đã xây dựng các quy định cụ thể để nhận diện và điều chỉnh mối quan hệ giữa công ty mẹ - công ty con và giữa các công ty con với nhau. Về bản chất, *nhóm công ty bao gồm công ty mẹ và các công ty con, trong đó mỗi công ty là một thực thể pháp lý độc lập nhưng công ty mẹ giữ vai trò kiểm soát các công ty con*. Nói cách khác, nhóm công ty là một hình thức tổ chức kinh tế dựa trên sự kết hợp giữa các công ty có quyền và nghĩa vụ riêng biệt nhưng trong đó, công ty mẹ có quyền tác động đến hoạt động của các công ty con.

2.2 Quy định về sự chi phối của công ty mẹ

Hai yếu tố để các quốc gia trên thế giới nhận diện công ty mẹ là sự *chi phối xuất phát từ yếu tố vốn* và sự *chi phối thực tế* đến công ty con. Điều 2 Luật Công ty của Nhật Bản xác định, sự chi phối của công ty mẹ đến từ việc sở hữu phần lớn cổ phần có quyền biểu quyết hoặc có quyền chi phối hoạt động điều hành của công ty đó⁸. Theo Điều 46 và 47 Luật Công ty Úc, một công ty được xác

6 Khoản 3 Điều 190 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

7 Khoản 5 Điều 190 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

8 Companies Act No.86 of July 26, 2005. Tham khảo tại Japanese Law Translation, link truy cập: <http://www.japanese-lawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=2&re=02&dn=1&yo=companies+act+&x=50&y=8&ia=03&ph=&ky=&page=1>

định là công ty mẹ của một công ty khác khi nắm giữ phần lớn số cổ phần của công ty con, kiểm soát đa số phiếu biểu quyết (thông qua việc nắm giữ loại cổ phiếu ưu đãi biểu quyết) hoặc nắm giữ quyền bổ nhiệm hoặc bãi nhiệm đa số chức danh quản lý trong công ty con⁹. Theo pháp luật Mỹ¹⁰, quyền chi phối của công ty mẹ biểu hiện ở việc công ty mẹ sở hữu cổ phần chi phối, kiểm soát công việc kinh doanh thực tế, và quyền biểu quyết chi phối đối với công ty con. Theo đó, nếu công ty A không có khả năng chi phối công ty B thì việc nắm giữ cổ phần của công ty A đối với công ty B chỉ là quan hệ đầu tư thông thường, và công ty A không được xem là công ty mẹ của công ty B.

Như vậy, đối với quyền *chi phối thông qua yếu tố vốn*, đa số các quốc gia đều không ấn định một tỷ lệ cụ thể cổ phần/cổ phần có quyền biểu quyết mà công ty mẹ phải nắm giữ của công ty con. Pháp luật chuyên ngành sẽ có các quy định cụ thể về tỷ lệ cổ phần sở hữu của công ty mẹ. Ở Hoa Kỳ, một công ty nắm giữ trên 50% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết của một công ty khác thì được xem là công ty mẹ của công ty khác đó. Tuy nhiên, trường hợp công ty mẹ hoạt động trong các lĩnh vực công ích, ngân hàng hay lĩnh vực đầu tư, theo các quy định pháp luật chuyên ngành, việc một công ty nắm giữ 25% tổng số cổ phần của công ty khác đã được xem là cơ sở để công ty đó được nhận diện là công ty mẹ của công ty khác đó¹¹.

Đối với quyền *chi phối thực tế* của công ty mẹ, Điều 2 Luật Công ty của Nhật Bản xác định đó là *quyền tác động đến các quyết định về tài chính và kinh doanh của một công ty khác*¹². Điều 3 Sắc lệnh về thực

thi Luật Công ty Nhật Bản tiếp tục cụ thể hóa các biểu hiện của quyền chi phối thực tế của công ty mẹ. Theo đó, công ty A được xem là công ty mẹ của công ty B trong các trường hợp sau:

1) Khi đa số thành viên Hội đồng quản trị công ty B là người do công ty A cử;

2) Khi giữa 2 công ty có thỏa thuận về quyền quyết định các vấn đề quan trọng về chiến lược tài chính và kinh doanh của công ty A đối với công ty B;

3) Khi khoản vay mà công ty A cho công ty B vay có giá trị vượt tổng giá trị tài sản của công ty B;

4) Khi có bằng chứng cho thấy công ty A tác động đến các quyết định về tài chính và kinh doanh của công ty B.

Ngay cả khi sự liệt kê các biểu hiện của quyền chi phối thực tế như trên là chưa đầy đủ, vẫn có thể xác định liệu một công ty có là công ty mẹ của công ty khác hay không, bởi pháp luật nước này đã có một định nghĩa chung đóng vai trò nền tảng để xem xét về sự chi phối.

2.3 Trách nhiệm của công ty mẹ

Pháp luật các nước như Hoa Kỳ, Úc và Nhật Bản đều thừa nhận tư cách pháp nhân độc lập của công ty mẹ và các công ty con, nhưng cũng đồng thời xây dựng các quy định đặc thù để giám sát và ràng buộc trách nhiệm của công ty mẹ đối với công ty con. Theo luật của Mỹ, các công ty trong nhóm công ty là những thực thể pháp lý độc lập, với quyền và nghĩa vụ riêng biệt. Tuy nhiên công ty mẹ sẽ phải chịu trách nhiệm đối với thiệt hại mà công ty con gây ra cho bên thứ 3 trong các trường hợp sau:

9 Corporations Act No.50 of 2001. Tham khảo tại Commonwealth Numbered Act, link truy cập http://www5.austlii.edu.au/au/legis/cth/num_act/ca2001172/s46.html và http://www5.austlii.edu.au/au/legis/cth/num_act/ca2001172/s47.html.

10 Securities Act 1993 Rule 405, 17 C.F.R. 230.405. Tham khảo tại Legal Information Institute, link truy cập: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/17/230.405>

11 American Public Utility Holding Companies Act, Bank Holding Companies Act, Investment Companies Act.

12 Companies Act No.86 of July 26, 2005. Tham khảo tại Japanese Law Translation, link truy cập: <http://www.japanese-lawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=2&re=02&dn=1&yo=companies+act+&x=50&y=8&ia=03&ph=&ky=&page=1>.

1) Khi công ty mẹ lợi dụng quyền chi phối của mình, yêu cầu công ty con tham gia vào giao dịch với bên thứ 3 vì lợi ích của công ty mẹ nhưng gây thiệt hại cho công ty con hoặc bên thứ 3;

2) Khi tài sản giữa công ty mẹ và công ty con không được tách bạch, hoặc các giao dịch được thực hiện giữa công ty mẹ và công ty con không đảm bảo nguyên tắc giao dịch giữa các chủ thể pháp lý độc lập;

3) Khi công ty con không nhận đủ vốn từ công ty mẹ để hoạt động;

4) Khi hoạt động của công ty con được công ty mẹ bảo lãnh¹³.

Luật cũng quy định các cổ đông của công ty con có quyền khởi kiện công ty mẹ trong trường hợp công ty mẹ lợi dụng quyền chi phối của mình để thực hiện hoạt động sáp nhập, khiến các cổ đông của công ty con phải bán cổ phần với giá mà họ cho rằng là không công bằng¹⁴.

Tại Úc, trong đa số trường hợp, công ty mẹ và công ty con được xem là những thực thể pháp lý độc lập ngoại trừ các trường hợp sau¹⁵:

1) Khi công ty mẹ thành lập công ty con nhưng không đảm bảo nguồn tài chính để công ty con hoạt động;

2) Khi Tòa án cho rằng lợi ích của bên thứ 3 sẽ được đảm bảo hơn nếu công ty mẹ là đối tượng thực hiện bồi thường thiệt hại¹⁶;

3) Khi giữa công ty mẹ với công ty con và với các thành viên khác của công ty con có thỏa thuận về trách nhiệm của công ty mẹ.

Pháp luật Úc đề cao trách nhiệm của người quản lý với công ty mà mình được bầu ra để thực hiện quyền quản lý. Để bảo vệ quyền lợi của các bên liên quan, học thuyết Phá hạn trách nhiệm¹⁷ được Tòa án nước này áp dụng. Theo đó, thành viên công ty con có quyền khởi kiện khi người được công ty mẹ cử làm thành viên Hội đồng quản trị ở công ty con vì lợi ích riêng của mình hoặc của công ty mẹ mà gây thiệt hại cho các cổ đông khác của công ty con¹⁸.

Tương tự Úc, hệ thống pháp luật Nhật Bản cũng xem công ty mẹ như là một cổ đông của công ty con. Trong đó, công ty con tự chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ bằng tài sản của mình; trách nhiệm công ty mẹ chỉ giới hạn trong phạm vi số vốn đã đầu tư. Ngoài nghĩa vụ bồi hoàn cho công ty con khi nhận được lợi ích về tài sản từ công ty con¹⁹ và yêu cầu thiết lập hệ thống kiểm soát nội bộ giữa các công ty trong nhóm²⁰, Luật Công ty của Nhật Bản không quy định cơ chế cụ thể nào khác để ràng buộc trách nhiệm của công ty mẹ. Trên thực tế, trách nhiệm của công ty mẹ thường được xác định dựa trên các quy tắc do Tòa xây dựng, bao gồm:

1) Quy tắc giám đốc thực tế: Một cá nhân dù không chính thức được bầu vào vị

13 Kurt A. Strasser, Phillip I. Blumberg (2007), Replacing misused limited liability with enterprise analysis – corporate Groups conference on corporate accountability, limit liability, and the future of globalization. Paper presented at the Conference on Corporate Accountability, Limited Liability, and the Future of Globalization, School of Oriental and African Studies.

14 Jeffrey D. Bauman (2010), Corporations Law and Policy – Materials and problems, American Casebook Series. Thomson Reuters, 2010, p.871.

15 H A J Ford et al (1999). Ford's Principles of Corporations Law (9th edition), Butterworths, page 124-126.

16 Case of Briggs v JamesHardie & Co Pty Ltd (1989) 16 NSWLR 549; 7 ACLC 841

17 Chủ sở hữu/cổ đông phải chịu trách nhiệm cho hành vi nhân danh công ty nhưng thực chất lại vì lợi ích riêng của mình.

18 Corporations Act No.50 of 2001 Part 2F. Tham khảo tại The Federal Register of Legislation, link truy cập: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00031>

19 Điều 120 Luật Công ty Nhật: Cổ đông phải có nghĩa vụ hoàn trả nếu được trao bất kỳ lợi ích về tài sản nào từ công ty cổ phần mà không cần trả một số tiền tương ứng nào.

20 Điều 362, 393, 416 Luật Công ty Nhật Bản.

trí quản lý công ty nhưng nắm thực quyền quản lý công ty vẫn phải thực hiện đầy đủ nghĩa vụ như một người quản lý hợp pháp của công ty. Vì công ty mẹ cũng được xem như một “Giám đốc ngầm” của công ty con nên công ty mẹ phải chịu trách nhiệm cho những thiệt hại do mình gây ra cho công ty con hoặc với bên thứ ba.

2) Cơ chế phá hạn trách nhiệm: Công ty mẹ phải thực hiện các nghĩa vụ của công ty con nếu dụng tư cách pháp nhân của công ty con để lách luật hoặc khi tư cách pháp nhân của công ty con chỉ tồn tại như một hình thức và mọi hoạt động đều diễn ra dưới sự chi phối hoàn toàn của công ty mẹ.

3. Hoàn thiện pháp luật về nhóm công ty ở Việt Nam

Từ kinh nghiệm của một số quốc gia trên thế giới, chúng ta có thể hoàn thiện pháp luật về nhóm công ty với một số nội dung sau:

Khái niệm nhóm công ty. Chúng ta có thể xác định nhóm công ty là một tổ hợp liên kết kinh tế không có tư cách pháp nhân, bao gồm các công ty mẹ và các công ty con hoạt động dựa trên mối quan hệ chi phối - bị chi phối. Trong đó, công ty mẹ là doanh nghiệp có *quyền chi phối* một hoặc nhiều doanh nghiệp khác, nghĩa là công ty mẹ có *quyền kiểm soát và tác động đến hoạt động của các công ty con trong nhóm*. Công ty con là doanh nghiệp chịu sự kiểm soát của doanh nghiệp khác, và ở đây chính là công ty mẹ.

Đối với các quy định về quyền chi phối của công ty mẹ, một mặt cần rà soát, điều chỉnh các quy định để đảm bảo tính nhất quán của hệ thống các quy định về tỷ lệ sở hữu cổ phần của công ty mẹ đối với công ty con; mặt khác, cần bổ sung định nghĩa quyền chi phối thực tế của công ty mẹ và các biểu hiện của quyền này, khắc phục khả năng bỏ sót các mối quan hệ chi phối - bị chi phối giữa công ty mẹ và công ty con trên thực tế. Cụ thể như sau:

Quyền chi phối của công ty mẹ xuất phát từ: 1) Công ty mẹ sở hữu cổ phần chi phối hoặc có tỷ lệ nắm giữ vốn điều lệ từ 65% (trường hợp là công ty cổ phần) hoặc từ 75% trở lên (trường hợp là công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên); 2) Công ty mẹ tác động đến các quyết định về tài chính và kinh doanh của công ty con trên thực tế. Trong đó, các biểu hiện của *quyền chi phối thực tế* của công ty mẹ bao gồm:

- 1) Quyền trực tiếp hoặc gián tiếp bổ nhiệm nhân sự cấp cao của công ty con;
- 2) Quyền bổ sung, sửa đổi Điều lệ công ty con;
- 3) Quyền trực tiếp hay gián tiếp quyết định chiến lược, kế hoạch kinh doanh của công ty con;
- 4) Các trường hợp chi phối khác theo thỏa thuận giữa hai bên.

Cần quy định rõ hình thức công ty mẹ có được quyền chi phối như:

- 1) Thông qua việc công ty mẹ đầu tư nắm giữ 100% vốn điều lệ để trở thành chủ sở hữu duy nhất của công ty con hoặc nắm giữ cổ phần, vốn góp chi phối của công ty con;
- 2) Thông qua việc công ty mẹ cho công ty con vay các khoản vay có giá trị vượt tổng giá trị tài sản của công ty con;
- 3) Thông qua thỏa thuận giữa các công ty trong tổ hợp công ty mẹ - công ty con.

Về mối quan hệ đầu tư giữa các công ty trong nhóm. Cần quy định rõ mối quan hệ đầu tư trong nhóm công ty chủ yếu chỉ có quan hệ đầu tư xuôi (ví dụ doanh nghiệp cấp 1 đầu tư vào doanh nghiệp cấp 2), và làm rõ quan hệ đầu tư trong nhóm công ty không diễn ra theo hướng quan hệ đầu tư ngang, đầu tư chéo, đầu tư vượt cấp hay quan hệ đầu tư ngược.

Về trách nhiệm của công ty mẹ. Cần quy định đặc thù để giám sát trách nhiệm của những người được công ty mẹ cử làm người đại diện phần vốn góp của công ty mẹ ở công ty con và sau đó được công ty con bổ nhiệm làm giám đốc; xây dựng cơ chế

đảm bảo thành viên công ty con có quyền khởi kiện khi người được công ty mẹ cử làm thành viên Hội đồng quản trị ở công ty con gây thiệt hại cho các cổ đông khác của công ty con. Một mặt, có thể nghiên cứu áp dụng quy tắc giám đốc thực tế trong trường hợp giám đốc hợp pháp của công ty con không thực sự thực thi thẩm quyền hợp pháp của mình mà thực quyền nằm trong tay cổ đông lớn hoặc người quản lý của công ty mẹ. Mặt khác, trong trường hợp công ty mẹ chi phối toàn bộ hoạt động của công ty con, việc áp dụng cơ chế phá hạn trách nhiệm là cần thiết để buộc công ty mẹ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty con. Sự phá hạn trách nhiệm cần được xem xét khi:

1) Tư cách pháp nhân của công ty con bị lạm dụng để phục vụ cho mục đích bất

hợp pháp của công ty mẹ hoặc giúp công ty mẹ lẩn tránh các quy định pháp luật;

2) Giữa công ty mẹ và công ty con không đảm bảo sự tách bạch về vấn đề tài sản, quản lý, nhân sự và công ty con chỉ tồn tại như một vỏ bọc của công ty mẹ;

Ngay cả khi công ty mẹ không lạm dụng tư cách pháp nhân của công ty con thì cơ chế phá hạn trách nhiệm vẫn nên được xem xét áp dụng nhằm đảm bảo lợi ích của bên thứ 3 là các cổ đông, chủ nợ, đối tác thương mại của công ty con. Các quy định pháp luật liên quan đến trách nhiệm công ty mẹ nên được điều chỉnh theo hướng bất kỳ bên thứ ba nào bị thiệt hại bởi hành vi can thiệp trái pháp luật hoặc hành vi trục lợi của công ty mẹ đều có quyền yêu cầu công ty mẹ bồi thường thiệt hại■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

(Tiếp theo trang 52)

- Quyết định số 1533/QĐ-NHNN ngày 20/7/2017 của Thống đốc NHNN về việc ban hành Kế hoạch hành động của ngành Ngân hàng triển khai thực hiện Đề án “Cơ cấu lại hệ thống các TCTD gắn với xử lý nợ xấu giai đoạn 2016-2020”.
- Công văn 665/NHNN-CQTTGS của Cơ quan Thanh tra giám sát NHNN ngày 24/7/2017 hướng dẫn triển khai đề án tái cơ cấu gắn liền xử lý nợ xấu;
- Công văn số 3022/TCTHADS-NV1 ngày 15 tháng 8 năm 2017 của Tổng cục Thi hành án Dân sự hướng dẫn một số nội dung liên quan đến triển khai Nghị quyết 42 về việc thí điểm xử lý nợ xấu của các TCTD
- Công văn số 609/NHNN -TTGSNH ngày 24/01/2018 của Cơ quan Thanh tra giám sát NHNN về việc tăng cường xử lý nợ xấu, nhằm đẩy nhanh tiến độ triển khai thực hiện Nghị quyết 42 về việc thí điểm xử lý nợ xấu của các TCTD
- Nghị quyết số 03/2018/NQ-HĐTP ngày 15/5/2018 của Hội đồng thẩm phán TANDTC hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật trong giải quyết tranh chấp về xử lý nợ xấu
Thu Hà, *Đã có nhiều bất cập xuất hiện khi triển khai Nghị quyết 42 xử lý nợ xấu*, <http://antt.vn/da-co-nhieu-bat-cap-xuat-hien-khi-trien-khai-nghi-quyet-so-42-xu-ly-no-xau-252418.htm>, truy cập ngày 17/5,2019
Nhất Nam, “Nợ xấu hệ thống Ngân hàng giảm mạnh cuối năm 2018”, <http://vneconomy.vn/no-xau-he-thong-ngan-hang-giam-manh-cuoi-nam-2018-20190107103714394.htm>, truy cập ngày 16/5/2019.
Cần Văn Lực, *Những vướng mắc trong xử lý nợ xấu theo Nghị quyết 42*, <http://cafef.vn/nhung-vuong-mac-trong-xu-ly-no-xau-theo-nghi-quyet-42-va-de-xuat-thao-go-20190214113235953.chn>, truy cập ngày 18/5/2019
Báo Lao Động, *Kiểm toán về xử lý nợ xấu tại NHNN và nhiều ngân hàng*, <http://laodong.vn/kinh-te/kiem-toan-ve-xu-ly-no-xau-tai-ngan-hang-nha-nuoc-va-nhieu-ngan-hang-726871.ldo>, truy cập ngày 19/5/2019.

