

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953  
<http://lapphap.vn>



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



Số 22 (398)

Kỳ 2 - Tháng 11/2019

- ❖ NHẬN DIỆN VÀ BIỆN PHÁP PHÒNG, CHỐNG LŨNG ĐOẠN NHÀ NƯỚC
- ❖ CƠ CẤU, TIÊU CHUẨN ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI, ĐẠI BIỂU HỘI ĐỒNG NHÂN DÂN
- ❖ CHÍNH SÁCH CHUYỂN DỊCH ĐẤT ĐAI THEO HƯỚNG TÍCH TỤ, TẬP TRUNG VÀ TÁC ĐỘNG



# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

## Mục lục Số 22/2019

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Nhận diện và biện pháp phòng, chống lũng đoạn nhà nước  
**PGS. TS. Vũ Công Giao - Nguyễn Thị Kiều Viễn**
- 12** Cơ cấu, tiêu chuẩn đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân  
**ThS. Tạ Thị Yên**
- 20** Điều kiện kinh doanh là công cụ quản lý nhà nước trong quá trình hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng XHCN ở Việt Nam  
**TS. Trần Thị Quang Hồng**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 30** Ban hành văn bản quy định chi tiết Luật, Nghị quyết của Quốc hội - tiếp cận dưới góc độ ủy quyền lập pháp  
**Võ Văn Tuyển - ThS. Trần Việt Đức**
- 38** Tính răn đe của hình thức phạt tiền trong xử phạt vi phạm hành chính  
**Trương Thế Nguyễn - Trần Thanh Tú**

### CHÍNH SÁCH

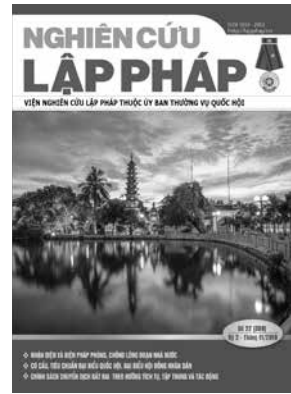
- 45** Chính sách chuyển dịch đất đai theo hướng tích tụ, tập trung và tác động  
**TS. Bùi Hải Thiêm - Vũ Văn Huân**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 52** Kiến nghị hoàn thiện một số quy định của Luật Công chứng  
**ThS. Nguyễn Khắc Cường**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Phương thức giải quyết tranh chấp trong mẫu điều kiện Hợp đồng FIDIC và thực tiễn áp dụng tại Việt Nam  
**ThS. Nguyễn Mai Linh**



#### 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:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

#### TRỤ SỞ:

35 NGÔ QUYỀN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.  
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: [nclp@quochoi.vn](mailto:nclp@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### THIẾT KẾ:

BÙI HUYỄN

#### 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:** Chùa Trấn Quốc, Hà Nội

**Ảnh:** ST

# LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

## Legis No 22/2019

### STATE AND LAW

- 3** Identification and Measures of Prevention and Combat of State Capture

**Prof. Dr. Vu Cong Giao  
Nguyen Thi Kieu Vien**

- 12** Composition, Criteria for National Assembly deputies, People Council deputies

**LLM. Ta Thi Yen**

- 20** Business Conditions as State Management Tools in the Process of Improvement of the Socialist-oriented Market Economy of Vietnam

**Dr. Tran Thi Quang Hong**

### DISCUSSION OF BILLS

- 30** Promulgation of Legal Documents providing Detailed Guidelines of the Law and Resolution of the National Assembly – an Approach from the Perspective of Legislative Authorization

**Vo Van Tuyen**

**LLM. Tran Viet Duc**

- 38** Deterrence of In-cash Fines in Sanctioning Administrative Violations

**Truong The Nguyen – Tran Thanh Tu**

### POLICIES

- 45** Policy on Land Transfer toward Land Accumulation and Land Consolidation and its Impacts

**Dr. Bui Hai Thiem  
Vu Van Huan**

### LEGAL PRACTICE

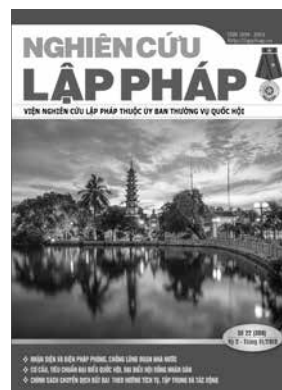
- 52** Recommendations for Improvements of a number of Provisions of the Law on Notary

**LLM. Nguyen Khac Cuong**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 57** Method for Dispute Resolution under the FIDIC Forms of Contract by the International Federation of Consulting Engineers and Practical Application in Vietnam

**LLM. Nguyen Mai Linh**



#### 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

#### DEPUTY EDITOR:

Dr. LUONG MINH TUAN

#### OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HANOI.  
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: nclp@quochoi.vn  
Website: <http://lapphap.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**

# NHẬN DIỆN VÀ BIỆN PHÁP PHÒNG, CHỐNG LŨNG ĐOẠN NHÀ NƯỚC

Vũ Công Giao\*  
 Nguyễn Thị Kiều Viên\*\*

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

\*\* Tổ chức Hướng tới Minh bạch.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* lũng đoạn nhà nước, tham nhũng, kinh tế tư nhân.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 27/10/2019

Biên tập : 06/11/2019

Duyệt bài : 10/11/2019

## Tóm tắt:

Bài viết phân tích khái niệm, nội hàm, các hình thức biểu hiện, mối liên hệ với kinh tế tư nhân và các biện pháp phòng, chống lũng đoạn nhà nước (“state capture”), liên hệ với tình hình thực tiễn ở nước ta, khẳng định sự cần thiết phải nghiên cứu và tiến hành các biện pháp phòng, chống state capture ở nước ta. Theo tác giả, việc phòng, chống “state capture” chính là nhằm bảo đảm thực hiện hiệu quả và đúng đắn đường lối, chính sách của Đảng và Nhà nước trong việc phát triển kinh tế tư nhân, thông qua việc tạo môi trường cho sự phát triển của kinh tế tư nhân một cách bền vững và lành mạnh.

## Article Infomation:

*Keywords:* State capture, corruption, private economic sector.

*Article History:*

Received : 17 Oct. 2019

Edited : 06 Nov. 2019

Approved : 10 Nov. 2019

## Abstract

This article provides the concepts, contents, forms of state capture, its relation to the private economic sector and measures to cope with state capture, demonstrating the need to conduct research and actions against state capture in the country. As argued by the authors, combating state capture is a means of effective and proper implementation of the guidelines and policy on promoting private economic sector set out by the Communist Party and State of Vietnam, through creating a favorable environment for a sound and sustainable development of private enterprises.

## 1. Khái niệm và nhận diện “state capture”

### 1.1. Khái niệm “state capture”

Lũng đoạn nhà nước (*State capture*) là khái niệm được nêu ra lần đầu tiên bởi Ngân

hàng Thế giới (World Bank – WB) trong một báo cáo công bố vào năm 2000<sup>1</sup>, trong đó phân tích tình hình tham nhũng ở một số nước Trung Á. Trong ấn phẩm này, WB đã

1 World Bank (2000), Anticorruption in Transition: Contribution to the Policy Debate, World Bank Publications, ISBN 9780821348024.

chỉ ra những đặc điểm của tham nhũng ở các nước đó là tình trạng bộ máy nhà nước bị khống chế/thâu tóm bởi một số cá nhân/nhóm lợi ích. Tại các quốc gia này trong thực tế, nhà nước không kiểm soát được bộ máy chính quyền, để xảy ra hiện tượng bộ máy chính quyền bị một số cá nhân/nhóm cá nhân thao túng<sup>2</sup>.

Về bản chất, state capture phản ánh mối quan hệ lệch lạc giữa nhà nước với doanh nghiệp, mà cụ thể hơn là giữa giới doanh nhân tham nhũng với tầng lớp lãnh đạo chính trị cấp cao. Lực lượng thu tóm/ khống chế bộ máy nhà nước thường chỉ là một nhóm nhỏ cá nhân được gọi là *oligarchs* (tạm dịch: *những kẻ đầu sỏ*)<sup>3</sup>. Các *oligarchs* thường đứng đầu một số doanh nghiệp tư nhân và có những quan hệ không minh bạch với các quan chức cao cấp của chính quyền. Đây chính là cơ sở khiến WB định nghĩa: “State capture là hiện tượng xảy ra khi giới doanh nghiệp thao túng quá trình ra quyết định chính sách của nhà nước và tạo ảnh hưởng lên “quy tắc của cuộc chơi” (luật, quy chế, quy định) nhằm trục lợi cho bản thân”<sup>4</sup>. Tổ chức Minh bạch quốc tế (TI) cũng đưa ra một khái niệm tương tự nhưng có “độ mở” lớn hơn, theo đó “state capture” đề cập đến tình huống mà các cá nhân, tổ chức, công ty hoặc tập đoàn kinh tế quyền lực trong hoặc ngoài quốc gia sử dụng những thủ đoạn bất chính để tác động lên chính sách, môi trường và nền kinh tế quốc gia nhằm thu lợi cho bản thân”<sup>5</sup>.

### 1.2. Nhận diện “state capture”

Với tính chất như nêu trên, có thể khẳng định state capture cũng là một dạng tham nhũng, song khác biệt với những hình thức tham nhũng khác ở chỗ, đây là tham nhũng chính trị (*political corruption*) hay tham nhũng lớn (*grand corruption*). Sự khác biệt giữa state capture với những hình thức tham nhũng khác còn thể hiện ở chỗ nếu như các hình thức tham nhũng khác sẽ tìm kiếm lợi ích bất chính từ trong quá trình thực thi chính sách, pháp luật bằng cách làm méo mó quá trình đó, thì state capture thường thu lợi bằng cách tác động đến quá trình xây dựng chính sách, pháp luật, để “lái” hay “định hướng” các chính sách, pháp luật phù hợp với ý chí và mong muốn của nhóm lợi ích<sup>6</sup>.

Xét từ góc độ lý thuyết *người làm chủ và người đại diện (agents-principal theory)*<sup>7</sup>, trong các tình huống state capture, quan chức nhà nước thông thường đóng vai trò là người đại diện (*agent*) mà lẽ ra phải phục vụ người làm chủ (*principal* – tức người dân) song lại phục vụ cho những kẻ tham nhũng (*state captor*). Tuy nhiên, mối quan hệ kiểu này không thể hiện rõ ràng trong những hình thức tham nhũng khác.

Từ góc độ biểu hiện, có thể phân biệt giữa state capture và những hình thức tham nhũng khác ở chỗ, trong những hình thức tham nhũng khác, sẽ rất khó nhận biết tác động của kẻ tham nhũng đến chính sách, pháp luật của nhà nước; trong khi đó, trong

2 Maira Martini (2014), State capture: An overview, Transparency International.

3 Crabtree, John; Durand, Francisco (2017), Peru: Elite Power and Political Capture. London, United Kingdom: Zed Books Ltd. p. 1. ISBN 978-1-78360-904-8.

4 World Bank (2000), Tài liệu đã dẫn.

5 Transparency International: State Capture, [https://www.transparency.org/glossary/term/state\\_capture](https://www.transparency.org/glossary/term/state_capture).

6 Edwards, Duane C. (2017), Corruption and State Capture under two Regimes in Guyana, ResearchGate. University of the West Indies. .

7 Về lý thuyết “người làm chủ và người đại diện” xem Đỗ Thu Huyền - Vũ Công Giao, “Khái quát một số lý thuyết, cách tiếp cận về phòng, chống tham nhũng”, trong cuốn Các lý thuyết, mô hình, cách tiếp cận về quản trị nhà nước và phòng, chống tham nhũng, Nguyễn Thị Quế Anh - Vũ Công Giao - Nguyễn Hoàng Anh (chủ biên), Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2018.

state capture, tác động này có thể nhận biết một cách dễ dàng qua thực tế là các chính sách, pháp luật của nhà nước đã làm lợi cho những *state captors* (tạm dịch: *những kẻ đầu tằm/khống chế nhà nước*). Thêm vào đó, trong những hình thức tham nhũng khác, chủ thể tham nhũng rất đa dạng và có sự cạnh tranh với nhau để thu lợi cá nhân từ việc lũng đoạn quá trình thực thi chính sách, pháp luật, thì trong state capture, chủ thể tham nhũng thường ít hơn nhiều và thường ít có sự cạnh tranh.

Theo Carpenter và Moss, một tình huống được xem là state capture khi đáp ứng ba tiêu chí sau: 1) *Phải có một mục tiêu chính trị cụ thể*; 2) *Người đầu tằm có động cơ trực lợi*; và 3) *Quá trình ra quyết định đã chuyển từ mục tiêu vì lợi ích công sang lợi ích của người đầu tằm (state captor)*<sup>8</sup>. Tuy nhiên ở đây, động cơ và mục đích của việc đầu tằm nhà nước có thể thay đổi tùy thuộc vào mô hình kinh tế và đặc biệt là vào mức độ can thiệp của nhà nước vào nền kinh tế. Hellman và cộng sự chỉ ra rằng<sup>9</sup>, ở các nền kinh tế đang trong quá trình chuyển đổi, nơi các doanh nghiệp lớn thừa hưởng mối quan hệ chính thức và chặt chẽ với nhà nước từ trước, các doanh nghiệp mới tham gia nền kinh tế sẽ có xu hướng sử dụng hình thức tham nhũng kiểu đầu tằm nhà nước để tạo lập vị thế trong bối cảnh khuôn khổ pháp lý còn yếu kém. Trong các trường hợp khác, việc nhà nước kiểm soát chặt chẽ nền kinh

tế có thể dẫn đến việc một số doanh nghiệp tìm cách bảo vệ bản thân khỏi sự can thiệp thông qua việc đầu tằm quá trình ra quyết định của chính quyền<sup>10</sup>.

Liên quan đến vấn đề trên, cũng cần thấy rằng, trong bối cảnh state capture, có một ranh giới mỏng manh giữa sự hợp pháp và bất hợp pháp khi một nhóm lợi ích tác động đến chính quyền. Ở đây, nếu việc tác động đến chính quyền chỉ dừng lại ở các hoạt động vận động chính sách một cách công khai, minh bạch và đúng pháp luật thì không bị xem là bất hợp pháp, vì vận động chính sách công là một nhu cầu chính đáng và đã được luật định ở nhiều quốc gia (luật về vận động chính sách công – *lobby act*)<sup>11</sup>. Tuy nhiên, thông thường, trong bối cảnh state capture, sự tác động đến chính quyền thường bí mật và bất hợp pháp, không theo các quy trình, thủ tục của vận động chính sách công.

Cũng nhìn từ góc độ cách thức tác động, một số tài liệu chuyên ngành phân chia việc đầu tằm nhà nước thành ba mức độ: state capture, policy capture (tạm dịch: *đầu tằm chính sách*) và regulatory capture (tạm dịch: *đầu tằm quy định của pháp luật*)<sup>12</sup>, trong đó:

- State capture: Là mức độ đầu tằm nhà nước nguy hiểm nhất, đề cập đến các tình huống trong đó chính quyền trung ương bị khống chế bởi các nhóm lợi ích.

8 Carpenter, Daniel and David Moss, eds (2013), *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit It*, Cambridge: Cambridge University Press.  
 9 Joel S. Hellman, Geraint Jones, Daniel Kaufmann (2000), *Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption and Influence in Transition*, World Bank Policy Research Working Paper No. 2444, tại [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=240555](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=240555)  
 10 Nieves Zuniga (2019), *State capture in Asia Pacific*, Transparency International, tại <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/state-capture-in-asia-pacific>.  
 11 Về vận động chính sách công, xem cuốn “Vận động chính sách công: Lý luận và thực tiễn”, Đào Trí Úc – Vũ Công Giao (đồng chủ biên), Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2015.  
 12 OECD (2017). *Preventing Policy Capture*, tại <https://www.oecd.org/corruption/preventing-policy-capture-9789264065239-en.htm>.

- Policy capture: Là mức độ thâm tóm thấp hơn, song cũng rất nguy hiểm, trong đó chu trình xây dựng, thực thi chính sách của nhà nước, đặc biệt là của chính phủ, có thể bị khống chế.

- Regulatory capture: Đề cập đến các tình huống mà một cá nhân hay một cơ quan có trách nhiệm xây dựng, thực hiện một văn bản pháp quy bị các nhóm lợi ích khống chế.

### 2. Tác hại của “state capture”

Với những đặc điểm, tính chất như nêu ở trên, state capture gây ra rất nhiều tác hại cho nhiều chủ thể khác nhau. So với các hình thức tham nhũng khác, tác hại của state capture nghiêm trọng hơn nhiều, vì có phạm vi rộng, làm biến đổi, méo mó các quy tắc pháp lý và đạo đức, từ đó tác động tiêu cực lên toàn xã hội<sup>13</sup>. Tổ chức Minh bạch quốc tế nhận định, trong các loại hình tham nhũng thì state capture là một trong những hình thức nguy hiểm nhất và gây ra tác hại nặng nề nhất<sup>14</sup>.

Đối với các quốc gia, tham nhũng chính sách ở cấp độ cao như state capture đầu tiên sẽ phá hoại môi trường kinh doanh, từ đó làm suy giảm sức cạnh tranh của nền kinh tế, phá hủy tính liêm chính từ thượng tầng kiến trúc của xã hội, khiến người dân mất lòng tin vào nhà nước, và trong nhiều trường hợp, đây là nguyên nhân chính tạo ra tình trạng bất ổn về chính trị. Ví dụ, những cáo buộc về “state capture” đã dẫn đến nhiều cuộc biểu tình chống lại chính phủ ở Hungari vào năm 2010, ở Bulgari vào các năm 2013-2014, ở Nam Phi vào năm 2016... Đối với

các doanh nghiệp, state capture tạo ra những tiền lệ và văn hoá kinh doanh bất chính, đẩy những doanh nghiệp làm ăn chân chính đến chỗ phá sản hoặc không thể phát triển được, song đồng thời cũng có thể khiến cho những doanh nghiệp của những state captors bị lụn bại sau một thời kỳ phát triển “thần tốc”. Tại những quốc gia xảy ra hiện tượng state capture, có thể nhận thấy rõ hậu quả là khu vực kinh tế tư nhân chậm phát triển và sự suy giảm đầu tư nước ngoài<sup>15</sup>.

Đối với các quan chức, những mối quan hệ mờ ám với các chủ doanh nghiệp lớn có thể khiến họ bị mất chức, thậm chí phải vào tù.

Có thể nhận thấy tác hại của state capture dưới nhiều hình thức biểu hiện khác nhau thông qua rất nhiều ví dụ thực tế ở các quốc gia, trên tất cả các châu lục. Dưới đây phân tích một số trường hợp tiêu biểu:

- Ở Hungari, tình trạng state capture đã xảy ra từ sau năm 2010 khi một đảng đối lập là Fidesz–KDNP Party Alliance<sup>16</sup> thắng 2/3 tổng số ghế trong bầu cử nghị viện. Nạn tham nhũng hoành hành, với tình trạng phổ biến là quan chức cấp cao đưa người thân và những người trung thành chiếm giữ các cơ quan nhà nước, và các hợp đồng mua sắm công được dành cho những doanh nghiệp thân quen. Chính phủ mới cũng thực thi chính sách hạn chế và trấn áp báo chí cùng các tổ chức xã hội đấu tranh chống tham nhũng. Tất cả tạo ra một bầu không khí ngột ngạt và dẫn tới phong trào phản đối chính phủ lan rộng và tình trạng bất ổn chính trị kéo dài ở nước này<sup>17</sup>.

13 Nieves Zuniga (2019), tài liệu đã dẫn.

14 Maira Martini (2014), tài liệu đã dẫn.

15 Joel S. Hellman, Geraint Jones, Daniel Kaufmann (2000), tài liệu đã dẫn.

16 Tiếng Hungari là Fidesz–KDNP Pártszövetség, trước đó là Liên minh Đoàn kết người Hungari - the Alliance of Hungarian Solidarity.

17 Xem: "Hungary's largest paper Nepszabadsag shuts, alleging pressure". BBC. 11 October 2016. "Major Hungarian opposition newspaper to close after Orban victory". Reuters. 10 April 2018.



- Ở Bungari trong các năm 2013-2014, nội các của Thủ tướng Oresharski liên tục bị cáo buộc là được dựng lên và bị “giật dây” bởi một số “kẻ đầu sỏ”, tiêu biểu là cựu Thủ tướng Boyko Borisov. Hậu quả là đã diễn ra rất nhiều cuộc biểu tình phản đối, làm suy giảm nghiêm trọng uy tín của Đảng GERB<sup>18</sup>. Cuối cùng, biểu tình đã dẫn đến việc tháng 7 năm 2014, Thủ tướng Oresharski phải tuyên bố từ chức<sup>19</sup>.

- Ở Nam Phi, vào năm 2016 có nhiều cáo buộc về quan hệ không minh bạch giữa gia đình tỷ phú Gupta và Tổng thống Nam Phi Jacob Zuma cùng gia đình và đảng của ông là Đảng Đại hội Dân tộc Phi (African National Congress - ANC). Các đảng đối lập với ANC sử dụng thuật ngữ "state capture" để nói về hành động của gia đình Gupta, cho rằng nhờ mối quan hệ thân thiết với Tổng thống Jacob Zuma cùng các thành viên trong gia đình Tổng thống và các lãnh đạo khác của ANC nên Gupta có thể thao túng chính phủ, thậm chí sắp đặt cả các vị trí và điều khiển hoạt động của nội các. Các cáo buộc đưa ra những bằng chứng cho thấy quan hệ giữa nguyên Thủ tướng Vytjie Mentor và Phó Bộ trưởng Bộ tài chính Mcebisi Jonas chính là do gia đình Guptas dựng lên. Trong một bài thuyết trình tại Trường Kinh doanh của Đại

học Cape Town vào ngày 11/9/2017, Thứ trưởng Bộ Tài chính Pravin Gordhan đã ước tính số tiền bị mất do state capture ở Nam Phi lên đến 250 tỷ Rand (tiền Nam Phi)<sup>20</sup>. Trong khi đó, tờ *The Daily Maverick* đưa ra con số ước tính cao hơn nhiều, lên tới 1.5 ngàn tỷ Rand (tương đương 100 tỷ đô la Mỹ) trong bốn năm từ 2015 đến 2019<sup>21</sup>, nhà kinh tế của Ngân hàng dự trữ Nam Phi (South African Reserve Bank) David Fowkes cho rằng, state capture có thể làm giảm đến 4% mức tăng trưởng hàng năm của nền kinh tế Nam Phi<sup>22</sup>. Với những hậu quả nghiêm trọng đó, vào năm 2018, Đảng ANC cầm quyền đã buộc ông Zuma phải từ chức Tổng thống sau 9 năm trên cương vị này bởi những cáo buộc tham nhũng và mất uy tín. Đặc biệt, ngày 15/10/2019, cựu Tổng thống Nam Phi đã phải bị hầu tòa do cáo buộc nhận hối lộ<sup>23</sup>.

Bên cạnh các quốc gia nêu trên, các nghiên cứu gần đây cũng đề cập đến tác động tiêu cực của state capture ở một số nước khác, ví dụ như ở Romania<sup>24</sup>, Colombia và Mexico<sup>25</sup>... Daniel Kaufmann – chuyên gia quốc tế nổi tiếng về phòng, chống tham nhũng, trong bài trình bày mới đây tại Nam Phi năm 2018 đã xem state capture như là một thách thức có tính phổ biến với quản trị nhà nước trên phạm vi toàn cầu<sup>26</sup>. Ông cho rằng,

18 Đảng Công dân Bungari vì sự phát triển của châu Âu - Граждани за Европейско Развитие на България- chính đảng lớn thứ hai của nước này ở thời điểm đó, do Thủ tướng Boyko Borisov sáng lập.

19 Xem: 2013–14 Bulgarian protests against the Oresharski cabinet, [https://en.wikipedia.org/wiki/2013–14\\_Bulgarian\\_protests\\_against\\_the\\_Oresharski\\_cabinet](https://en.wikipedia.org/wiki/2013–14_Bulgarian_protests_against_the_Oresharski_cabinet).

20 Xem: "R250bn lost to state capture in the last three years, says Gordhan". The Citizen.

21 Merten, Marianne, "ANALYSIS: State Capture wipes out third of SA's R4.9-trillion GDP – never mind lost trust, confidence, opportunity", Daily Maverick.

22 Maguban, Khulekani (2019-06-06). "Damage from state capture 'worse than suspected' - SARB". Fin24.

23 Siphwe Sibeko, REUTERS | South Africa's President Jacob Zuma announces his resignation at the Union Buildings in Pretoria, South Africa, February 14, 2018. <https://www.france24.com/en/20191011-south-africa-s-former-president-jacob-zuma-to-face-trial-for-corruption>.

24 Xem: "Romanian Democracy at Grave Danger", trên <http://www.makeapoint.ro/en/open-letter-romanian-democracy-at-grave-danger/>

25 Crabtree, John; Durand, Francisco (2017), Peru: Elite Power and Political Capture, London, United Kingdom: Zed Books Ltd. p. 1. ISBN 978-1-78360-904-8.

26 Daniel Kaufmann, State Capture & the Challenge of Governance around the World: What the evidence tells us – and a rethink? Presentation at the Seminar at Wits University, Johannesburg, Wednesday, 19 September 2018.

state capture có thể xảy ra ở bất kỳ quốc gia nào, kể cả những nước đang phát triển và những nước phát triển như Anh, Mỹ<sup>27</sup>.

### 3. Biện pháp phòng, chống “state capture”

Về cơ bản, biện pháp phòng, chống state capture cũng là các biện pháp phòng, chống tham nhũng nói chung. Điều này là bởi state capture chính là một dạng tham nhũng (tham nhũng chính trị, hay tham nhũng chính sách).

Với tính chất là một dạng tham nhũng, state capture phải được phòng ngừa bằng nhiều biện pháp kết hợp, như thực hiện công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước; kiểm soát chặt chẽ tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn; hoàn thiện khung khổ pháp luật và cơ chế, bao gồm các cơ quan phòng, chống tham nhũng; xây dựng và thực hiện quy tắc ứng xử, các tiêu chuẩn, định mức mua sắm cho khu vực công...<sup>28</sup>. Bên cạnh đó, cần có biện pháp, cơ chế phát hiện, xử lý kịp thời, công minh những hành vi tham nhũng; nỗ lực tìm kiếm, thu hồi những tài sản tham nhũng; tăng cường hợp tác quốc tế và huy động sự tham gia của xã hội vào cuộc chiến chống tham nhũng<sup>29</sup>...

Tuy nhiên, ngoài các biện pháp thông thường nêu trên, do “state capture” có tính chất là một dạng tham nhũng đặc biệt, thường liên quan đến những doanh nhân và nhà chính trị ở cấp độ cao với tính chất rất phức tạp nên còn cần thêm các biện pháp khác mới có thể phòng, chống hiệu quả. Về mặt phương pháp luận, cần tiếp cận giải

quyết vấn đề state capture từ nhiều góc độ khác nhau, trong đó liên quan đến: a) Triệt tiêu các động lực để thâm tóm nhà nước; b) Xoá bỏ các cơ hội thâm tóm và c) Ngăn chặn các phương thức thâm tóm.

Theo Hellman và đồng sự<sup>30</sup>, các biện pháp để đối phó với state capture không chỉ cần nhắm vào việc kiểm soát các doanh nghiệp và các quan chức nhà nước mà còn cần chú ý đến cấu trúc của thị trường và quy trình hoạch định, thực thi chính sách là nơi mà các đối tượng này tương tác. Từ kinh nghiệm của một số quốc gia, để phòng ngừa state capture hiệu quả, cần chú ý đến những biện pháp sau đây:

**Thứ nhất, gia tăng tính cạnh tranh của thị trường:** Gia tăng tính cạnh tranh của thị trường đồng nghĩa với việc xoá bỏ độc quyền, từ đó loại trừ các cơ hội và triệt tiêu các động lực để thâm tóm nhà nước. Điều này đặc biệt quan trọng trong các lĩnh vực kinh tế vốn có sự độc quyền hoặc bị chi phối bởi những cơ quan, tổ chức hay người nắm giữ chức vụ cao. Các biện pháp nâng cao tính cạnh tranh bao gồm tái cấu trúc nền kinh tế, thúc đẩy sự gia nhập thị trường của các doanh nghiệp mới thông qua tự do hóa và tăng cường cung cấp hàng hóa/dịch vụ công nhằm cải thiện môi trường đầu tư.

**Minh bạch quy trình hoạch định, thực thi chính sách:** Điều này là để ngăn chặn các hành động thâm tóm nhà nước. Minh bạch quy trình hoạch định, thực thi chính sách bao gồm việc tham vấn rộng rãi các bên liên quan trong xây dựng, rà soát và ra quyết định liên quan đến luật và quy

27 Daniel Kaufmann Testifies in Person at the South Africa State Capture Commission of Inquiry, <https://resourcegovernance.org/events/speech/daniel-kaufmann-testifies-johannesburg-south-africa-state-capture-commission-inquiry>.

28 Về các biện pháp này, xem Chương II Công ước về chống tham nhũng của Liên hợp quốc và Chương II Luật phòng, chống tham nhũng năm 2018 của Việt Nam

29 Về các biện pháp này, xem các Chương III-V Công ước về chống tham nhũng của Liên hợp quốc và Chương III-V Luật phòng, chống tham nhũng năm 2018 của Việt Nam.

30 Joel S. Hellman, Geraint Jones, Daniel Kaufmann (2000), tài liệu đã dẫn.

định. Theo Hellman và đồng sự<sup>31</sup>, trong vấn đề này, những cải cách có thể bao gồm:

- Xây dựng quy trình đánh giá tác động tham nhũng đối với các dự thảo chính sách;
- Công bố biên bản họp ở các giai đoạn cụ thể của quá trình hoạch định chính sách;
- Thực hiện quyền được thông tin theo quy định của pháp luật để cho phép truy cập vào các tài liệu liên quan đến hoạch định chính sách;
- Có cơ chế khuyến khích tham vấn cộng đồng về dự thảo chính sách và dự thảo văn bản pháp luật;
- Tăng cường cơ chế bảo đảm trách nhiệm giải trình cá nhân.

**Xây dựng pháp luật về vận động hành lang:** Điều này là để xác định những hình thức vận động chính sách công mà doanh nghiệp có thể thực hiện, làm rõ ranh giới giữa tạo ảnh hưởng hợp pháp và bất hợp pháp để làm căn cứ pháp lý cho việc phát hiện và ngăn ngừa các hành vi tiêu cực của nhà nước.

**Xử lý mối liên kết giữa state capture và những hình thức tham nhũng khác:** Các hình thức tham nhũng đều có mối liên hệ với nhau, và những hình thức tham nhũng khác thường là tiền đề hoặc công cụ để đạt được sự tiêu cực của nhà nước. Vì vậy, cần xây dựng các chiến lược và biện pháp nhằm xoá bỏ mối liên hệ giữa tiêu cực của nhà nước và các hình thức tham nhũng khác<sup>32</sup>. Các biện pháp cụ thể có thể tiến hành bao gồm<sup>33</sup>: Thiết kế các cơ chế kiểm chế - đối trọng (“check and balance”) trong các cơ quan quản lý; mở rộng cơ chế trách nhiệm giải trình đến các công ty và cá nhân ở khu vực tư.

#### 4. Phòng, chống “state capture” ở Việt Nam

Như đã đề cập, state capture là một dạng điển hình của tham nhũng ở cấp độ cao, mà đặc trưng nổi bật là có sự cấu kết chặt chẽ giữa những doanh nghiệp tư nhân lớn với các quan chức cao cấp của chính quyền. Như vậy, có thể xem state capture là biểu hiện nguy hiểm nhất của tham nhũng nói chung và tham nhũng trong kinh tế tư nhân nói riêng ở các quốc gia, đòi hỏi các nhà nước phải ưu tiên phòng, chống.

Giống như nhiều nước khác, cần thấy rằng state capture hoàn toàn có thể xảy ra ở nước ta. Về vấn đề này, gần đây đã có một số nghiên cứu và phân tích chỉ ra mối quan hệ thiếu lành mạnh giữa Nhà nước và khu vực doanh nghiệp dẫn tới sự yếu kém trong thực thi chính sách, cho phép giới đặc quyền kiểm soát nền kinh tế và trục lợi<sup>34</sup>. Bên cạnh đó, cũng có những nghiên cứu đặt vấn đề về sự chi phối chính sách công của một số tập đoàn kinh tế tư nhân lớn...<sup>35</sup>. Mặc dù vậy, cho đến nay chưa có nghiên cứu nào mang tính toàn diện về state capture ở Việt Nam, vì vậy chưa thể đưa ra những đánh giá chính xác về thực trạng và quy mô của vấn nạn này, đặc biệt là chưa đủ chứng cứ xác đáng để chỉ ra những state captors cụ thể.

Sự thiếu vắng những nghiên cứu về state capture làm ảnh hưởng đến việc xây dựng và thực hiện các biện pháp phòng, chống tham nhũng nói chung và state capture nói riêng. Vì vậy, việc đầu tiên cần làm trong vấn đề này là Nhà nước cần sớm thực hiện

31 Joel S. Hellman, Geraint Jones, Daniel Kaufmann (2000), tài liệu đã dẫn.

32 Vinay Bhargava and Emil Bolongaita (2004), Challenging Corruption in Asia: Case Studies and a Framework for Action, World Bank.

33 OECD (2017), tài liệu đã dẫn.

34 Chris Rowley, Quang Truong (edited) (2009), The Changing Face of Vietnamese Management, Taylor & Francis.

35 John Reed, The rise and rise of a Vietnamese corporate empire, Financial Times, 27/6/2019, tại <https://www.ft.com/content/84323c32-9799-11e9-9573-ee5cbb98ed36>.

hoặc khuyến khích các cơ quan học thuật, tổ chức xã hội thực hiện các nghiên cứu chuyên sâu, cả lý thuyết và thực chứng, về state capture ở Việt Nam. Tuy nhiên, trong khi chờ đợi kết quả những nghiên cứu như vậy, Nhà nước vẫn có thể và cần thực hiện những biện pháp tức thời để phòng, chống state capture, trong đó đặc biệt là các biện pháp sau đây:

- Nhanh chóng hoàn thiện khung khổ pháp luật và cơ chế phòng, chống tham nhũng trong khu vực tư, như đã được đề cập lần đầu tiên trong Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018; nghiên cứu mở rộng các quy định về vấn đề này để nâng cao hiệu lực, hiệu quả của việc phòng, chống tham nhũng trong khu vực tư.

- Thực hiện nghiêm các quy định của pháp luật về công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình trong tổ chức, hoạt động của bộ máy nhà nước, đặc biệt là trong các cơ quan nhà nước chịu trách nhiệm quản lý các lĩnh vực kinh tế có liên hệ chặt chẽ, trực tiếp với hoạt động của doanh nghiệp tư nhân, cụ thể như quản lý đất đai, cấp phép đầu tư, kinh doanh, khai thác khoáng sản, mua sắm công...

- Kiểm soát chặt chẽ tài sản, thu nhập của những người có chức vụ, quyền hạn, đặc biệt là của các quan chức cao cấp, để kịp thời phát hiện mối quan hệ với doanh nghiệp và xử lý những hành vi tham nhũng chính sách của các quan chức này.

### 5. Kết luận

Tham nhũng là một hiện tượng phức tạp với nhiều hình thức và biểu hiện khác nhau. Một trong những hình thức tham nhũng nguy hiểm nhất và gây ra tác hại nặng nề nhất chính là “state capture” – thâm tóm/không chế nhà nước<sup>36</sup>.

State capture là một dạng tham nhũng đặc biệt, có tính chất nguy hiểm rất cao, gây ra những tác hại rất lớn không chỉ về kinh tế mà còn trên các phương diện chính trị, văn hoá, xã hội của các quốc gia. Vì vậy, phòng chống state capture cần phải được đặc biệt quan tâm và xem đó như là một ưu tiên hàng đầu trong cuộc chiến phòng, chống tham nhũng nói chung ở các nước.

State capture gắn liền với kinh tế tư nhân theo nghĩa hầu hết trường hợp có sự cấu kết chặt chẽ giữa các quan chức cấp cao của nhà nước và các chủ doanh nghiệp tư nhân lớn, nhằm mục đích lũng đoạn chính sách, pháp luật để thu lợi cá nhân cho những nhóm lợi ích đó. Chính vì vậy, phòng, chống state capture gặp nhiều khó khăn, thách thức hơn so với phòng, chống những dạng tham nhũng thông thường. Để phòng, chống state capture hiệu quả, đầu tiên cần phải có quyết tâm chính trị rất cao và có năng lực, uy tín lớn để vượt qua sự ngăn cản, chống phá quyết liệt của các nhóm lợi ích đầy quyền lực về chính trị và kinh tế. Thêm vào đó, cần phải áp dụng đồng thời nhiều biện pháp, trên cả khu vực công và khu vực tư, để chặn hết các vòi của con bạch tuộc tham nhũng chính sách, trong đó các biện pháp về công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình và kiểm soát tài sản, thu nhập có ý nghĩa rất quan trọng.

Phòng, chống state capture hoàn toàn không phải là việc đi ngược lại đường lối, chính sách của Đảng và Nhà nước về phát triển kinh tế tư nhân. Ngược lại, đây chính là việc cần thiết để bảo đảm thực hiện hiệu quả và đúng đắn đường lối, chính sách của Đảng và Nhà nước trong lĩnh vực này. Sự

36 Maira Martini (2014), tài liệu đã dẫn.

phát triển của kinh tế tư nhân là hết sức cần thiết, và chính sách, pháp luật cần tạo ra môi trường thuận lợi cho sự phát triển đó. Tuy nhiên, sự phát triển của kinh tế tư nhân phải mang tính bền vững và lành mạnh. Kinh nghiệm của nhiều quốc gia cho thấy, việc phát triển kinh tế tư nhân thiếu định hướng, thiếu kế hoạch và thiếu kiểm soát sẽ để lại

những hậu quả rất to lớn không chỉ cho nền kinh tế, mà còn cho chế độ chính trị và văn hoá, xã hội. Theo nghĩa đó, phòng, chống state capture là một trong những yêu cầu cơ bản để bảo đảm sự phát triển bền vững và lành mạnh của kinh tế tư nhân ở trên thế giới và ở Việt Nam hiện nay ■

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Crabtree, John; Durand, Francisco (2017), *Peru: Elite Power and Political Capture*. London, United Kingdom: Zed Books Ltd. p. 1. ISBN 978-1-78360-904-8.
2. Carpenter, Daniel and David Moss, eds (2013), *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit It*. Cambridge: Cambridge University Press.
3. Chris Rowley, Quang Truong (edited) (2009), *The Changing Face of Vietnamese Management*, Taylor & Francis.
4. Edwards, Duane C. (2017), *Corruption and State Capture under two Regimes in Guyana*. Research Gate. University of the West Indies.
5. Đỗ Thu Huyền – Vũ Công Giao, “Khái quát một số lý thuyết, cách tiếp cận về phòng, chống tham nhũng”, trong cuốn *Các lý thuyết, mô hình, cách tiếp cận về quản trị nhà nước và phòng, chống tham nhũng*, Nguyễn Thị Quế Anh – Vũ Công Giao – Nguyễn Hoàng Anh (chủ biên), Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2018.
6. Maira Martini (2014), *State capture: An overview*, Transparency International.
7. Nieves Zuniga (2019), *State capture in Asia Pacific*, Transperancy International, tại <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/state-capture-in-asia-pacific>.
8. OECD (2017). *Preventing Policy Capture*, tại <https://www.oecd.org/corruption/preventing-policy-capture-9789264065239-en.htm>.
9. Joel S. Hellman, Geraint Jones, Daniel Kaufmann (2000), *Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption and Influence in Transition*, World Bank Policy Research Working Paper No. 2444, tại [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=240555](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=240555).
10. John Reed, *The rise and rise of a Vietnamese corporate empire*, Financial Times, 27/6/2019, tại <https://www.ft.com/content/84323c32-9799-11e9-9573-ee5cbb98ed36>.
11. Transperancy International: *State Capture*, [https://www.transparency.org/glossary/term/state\\_capture](https://www.transparency.org/glossary/term/state_capture).
12. Sipiwe Sibeko, REUTERS | South Africa's President Jacob Zuma announces his resignation at the Union Buildings in Pretoria, South Africa, February 14, 2018, <https://www.france24.com/en/20191011-south-africa-s-former-president-jacob-zuma-to-face-trial-for-corruption>.
13. Đào Trí Úc – Vũ Công Giao (đồng chủ biên), *Vận động chính sách công: Lý luận và thực tiễn*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội 2015.
14. Vinay Bhargava and Emil Bolongaita (2004), *Challenging Corruption in Asia: Case Studies and a Framework for Action*, World Bank.
15. World Bank (2000), *Anticorruption in Transition: Contribution to the Policy Debate*. World Bank Publications. ISBN 9780821348024.

# **CƠ CẤU, TIÊU CHUẨN ĐẠI BIỂU QUỐC HỘI, ĐẠI BIỂU HỘI ĐỒNG NHÂN DÂN**

**Tạ Thị Yên\***

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

## **Thông tin bài viết:**

*Từ khóa:* Đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 06/11/2019

Biên tập : 16/11/2019

Duyệt bài : 19/11/2019

## **Tóm tắt:**

Đại biểu Quốc hội (ĐBQH), đại biểu Hội đồng nhân dân (HĐND) là người được nhân dân bầu, thay mặt nhân dân thực hiện quyền lực Nhà nước. Chủ tịch Hồ Chí Minh đã từng viết, "*Tổng tuyển cử là dịp toàn thể quốc dân tự do lựa chọn những người có tài, có đức để gánh vác công việc nước nhà...*"<sup>1</sup>. Với nhận thức đó, công tác cán bộ, trong đó trọng tâm là tiêu chuẩn, chất lượng ĐBQH, đại biểu HĐND luôn được quan tâm, là yếu tố then chốt cho thành công của mỗi cuộc bầu cử. Bài viết sẽ tập trung vào các nội dung về cơ cấu, tiêu chuẩn ĐBQH, đại biểu HĐND, những vấn đề đặt ra nhằm hướng tới việc góp phần nâng cao chất lượng ĐBQH, đại biểu HĐND.

## **Article Infomation:**

*Keywords:* National Assembly deputies, People's Council deputies

*Article History:*

Received : 06 Nov. 2019

Edited : 16 Nov. 2019

Approved : 19 Nov. 2019

## **Abstract**

The National Assembly deputies, People's Council deputies are the persons elected by the people on behalf of the people to exercise the state power. Ho Chi Minh President wrote, "*The general election is an opportunity for the entire nation to freely select the talented and virtuous people for the madates of the nation ...*". Following the mentioned thoughts, the cadres arrangements, for which it is focused is the criteria and qualifications of National Assembly deputies, People's Council deputies, is always a big concern, which is the key factor for the success of each election. This article is focused on the contents of the composition, criteria of the National Assembly deputies, People's Council deputies, and issues raised towards the improvements of the quality of the National Assembly deputies, People's Council deputies.

## **I. TIÊU CHUẨN, CƠ CẤU ĐBQH, ĐẠI BIỂU HĐND**

Tiêu chuẩn ĐBQH và đại biểu HĐND được quy định trong các Nghị Quyết, Chỉ thị của Đảng cũng như trong các quy định của pháp luật.

## **1. Về tiêu chuẩn ĐBQH, tiêu chuẩn đại biểu HĐND**

Vấn đề tiêu chuẩn ĐBQH, đại biểu HĐND có tầm quan trọng đặc biệt, không chỉ quyết định chất lượng hoạt động của đại biểu mà còn là yếu tố nâng cao hiệu

1 Tuần báo Cứu Quốc.

quả hoạt động của Quốc hội, HĐND. Tiêu chuẩn ĐBQH theo 5 tiêu chí được quy định tại Điều 22 Luật Tổ chức Quốc hội<sup>2</sup>. Các tiêu chuẩn đối với đại biểu HĐND cũng tương đồng như đối với ĐBQH và được quy định tại Điều 7 Luật Tổ chức chính quyền địa phương.

Có thể thấy, dù trong điều kiện, hoàn cảnh cách mạng nào thì tư tưởng chỉ đạo xuyên suốt của Đảng về tiêu chuẩn ĐBQH, đại biểu HĐND luôn được xem trọng, là nhân tố bảo đảm xây dựng cơ quan quyền lực nhà nước vững mạnh, thực sự đại diện cho nhân dân, góp phần thực hiện thắng lợi nhiệm vụ cách mạng. Vấn đề tiêu chuẩn ĐBQH, đại biểu HĐND không chỉ đặt ra cho cơ quan, tổ chức giới thiệu người ra ứng cử mà còn là cơ sở, tiêu chí để cử tri lựa chọn đại biểu và thực hiện quyền chính trị cơ bản của mình.

Theo quy định hiện nay, tiêu chuẩn ĐBQH, đại biểu HĐND mới đề cập đến yêu cầu chung nhất về đạo đức, tài năng, các mối quan hệ biện chứng giữa đức và tài, về uy tín trước nhân dân, các điều kiện thực hiện nhiệm vụ đại biểu. Hiệu quả hoạt động của đại biểu phụ thuộc vào các điều kiện cụ thể, bị chi phối bởi yêu cầu phát triển trong từng thời kỳ, vào điều kiện kinh tế - xã hội, quyền làm chủ của nhân dân... Từ đó trong mỗi cuộc bầu cử ĐBQH, đại biểu HĐND ngoài những tiêu chí chung có tính phổ biến, còn chú trọng những quy định về tiêu chuẩn cụ thể cho phù hợp với yêu cầu mới.

Trên cơ sở quy định về tiêu chuẩn của ĐBQH, đại biểu HĐND nêu trên, trong quá trình chuẩn bị nhân sự bầu cử, trước mỗi cuộc bầu cử, Chính phủ, Ủy ban thường vụ

Quốc hội xây dựng Đề án chuẩn bị bầu cử, trong đó, những tiêu chuẩn của đại biểu luôn được chú trọng. Để chuẩn bị công tác nhân sự ĐBQH khóa XV và đại biểu HĐND các cấp nhiệm kỳ 2021 - 2026, Ban Chấp hành trung ương sẽ có Hướng dẫn cụ thể về vấn đề này. Năm 2016 Ban Tổ chức Trung ương đã có Hướng dẫn số 38-HD/BTCTW, trong đó có nội dung quy định về tiêu chuẩn đối với đại biểu HĐND, người ứng cử đại biểu HĐND ngoài các tiêu chuẩn phải đáp ứng theo quy định tại Điều 7 Luật Tổ chức chính quyền địa phương, thì người ứng cử đại biểu HĐND các cấp phải đủ tuổi công tác trọn một nhiệm kỳ (*đối với những người đang công tác tại cơ quan Nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, đơn vị sự nghiệp, doanh nghiệp nhà nước nói chung*).

Ngoài các tiêu chuẩn chung, người được giới thiệu ứng cử đại biểu HĐND chuyên trách ở các cấp phải đáp ứng các tiêu chuẩn, điều kiện:

*(1) Về trình độ, chức vụ:*

Có trình độ đại học trở lên (đối với cấp tỉnh, cấp huyện); có khả năng tham gia xây dựng chính sách và tổ chức các hoạt động giám sát; có chuyên môn và kinh nghiệm thực tiễn phù hợp với vị trí dự kiến phân công.

Ở cấp tỉnh: Cán bộ ứng cử Phó Chủ tịch HĐND phải là tỉnh ủy viên (trong 02 đồng chí Phó Chủ tịch HĐND có 01 đồng chí là Ủy viên Ban thường vụ Tỉnh ủy) giữ chức Giám đốc sở hoặc tương đương trở lên; ứng cử Trưởng ban của HĐND phải giữ chức Phó Giám đốc sở hoặc tương đương trở lên; ứng cử Phó trưởng ban của HĐND phải giữ chức vụ Trưởng phòng của sở, ban, ngành cấp tỉnh hoặc tương đương trở lên.

2 Trung thành với Tổ quốc, Nhân dân và Hiến pháp, phấn đấu thực hiện công cuộc đổi mới, vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh; Có phẩm chất đạo đức tốt, cần, kiệm, liêm, chính, chí công vô tư, gương mẫu chấp hành pháp luật; có bản lĩnh, kiên quyết đấu tranh chống tham nhũng, lãng phí, mọi biểu hiện quan liêu, hách dịch, cửa quyền và các hành vi vi phạm pháp luật khác; Có trình độ văn hóa, chuyên môn, có đủ năng lực, sức khỏe, kinh nghiệm công tác và uy tín để thực hiện nhiệm vụ đại biểu Quốc hội. Liên hệ chặt chẽ với nhân dân, lắng nghe ý kiến của nhân dân, được nhân dân tin nhiệm; Có điều kiện tham gia các hoạt động của Quốc hội.

Ở cấp huyện: Cán bộ ứng cử Phó Chủ tịch HĐND phải là huyện ủy viên (trong 02 đồng chí Phó Chủ tịch HĐND có 01 đồng chí là ủy viên Ban thường vụ Huyện ủy), giữ chức Trưởng phòng cấp huyện hoặc tương đương trở lên; ứng cử Trưởng ban của HĐND phải giữ chức Phó trưởng phòng cấp huyện hoặc tương đương trở lên; ứng cử Phó trưởng ban của HĐND phải có thời gian giữ ngạch chuyên viên từ 05 năm trở lên.

Đối với các đồng chí dự kiến bố trí làm Trưởng các Ban của HĐND cấp tỉnh, cấp huyện kiêm nhiệm, cần có năng lực, trình độ, sức khỏe và thời gian để đáp ứng yêu cầu công việc.

Ở cấp xã: Cán bộ ứng cử Phó Chủ tịch HĐND phải là ủy viên Ban thường vụ Đảng ủy xã; đối với những nơi chưa có điều kiện có thể xem xét, giới thiệu đồng chí ủy viên Ban chấp hành Đảng bộ xã. Căn cứ tình hình cụ thể, Ban thường vụ các tỉnh ủy, thành ủy hướng dẫn cụ thể về tiêu chuẩn, điều kiện đối với cán bộ ứng cử Phó Chủ tịch HĐND cấp xã; phân đầu lựa chọn cán bộ trẻ, có phẩm chất đạo đức tốt, có trình độ, năng lực và khả năng phát triển.

*(2) Về độ tuổi (ngoài tiêu chuẩn chung về độ tuổi nêu trên):*

Người lần đầu ứng cử đại biểu HĐND chuyên trách phải đủ tuổi tham gia 02 nhiệm kỳ HĐND trở lên hoặc ít nhất trọn 01 nhiệm kỳ; nếu tái cử thì thực hiện theo Chỉ thị số 36-CT/TW (mới đây là Chỉ thị số 35) tức là nam sinh từ tháng 11/1963, nữ sinh từ tháng 11/1968 trở lại đây.

Cán bộ nữ thuộc đối tượng được nghỉ hưu ở độ tuổi cao hơn theo Nghị định số 53/2015/NĐ-CP ngày 29-5-2015 của Chính phủ thì tuổi tái cử đại biểu HĐND nếu sinh từ tháng 5-1961 trở lại đây và sẽ nghỉ hưu khi đến tuổi theo quy định của Bộ luật Lao động.

- Về tiêu chuẩn sức khỏe: Được cơ quan y tế có thẩm quyền chứng nhận đủ sức khỏe trong thời gian không quá 06 tháng tính đến thời điểm giới thiệu nhân sự (tỉnh ủy, thành ủy hướng dẫn, xác định cơ sở khám sức khỏe).

*\* Về việc bố trí Trưởng đoàn, Phó Trưởng đoàn ĐBQH và nhân sự lãnh đạo chủ chốt HĐND, Ủy ban nhân dân các cấp*

Các đồng chí là lãnh đạo chủ chốt tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương được cấp ủy và Bộ Chính trị, Ban Bí thư giới thiệu ứng cử ĐBQH, nếu trúng cử thì đảm nhiệm chức danh Trưởng đoàn ĐBQH của tỉnh, thành phố. Các đồng chí đảm nhiệm chức danh Phó Trưởng đoàn ĐBQH của tỉnh, thành phố phải là tỉnh ủy viên, giữ chức Giám đốc sở hoặc tương đương trở lên, nói chung có quy hoạch một trong các chức danh sau: ủy viên Ban thường vụ Tỉnh ủy, Thành ủy, phó chủ tịch HĐND, Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố hoặc tương đương trở lên; các tỉnh, thành phố được cơ cấu 02 Phó Trưởng đoàn thì ít nhất có 01 đồng chí đáp ứng yêu cầu nêu trên.

Việc giới thiệu nhân sự ứng cử các chức danh lãnh đạo chủ chốt HĐND, Ủy ban nhân dân các cấp phải căn cứ vào phương án nhân sự do cấp ủy chuẩn bị đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt (khi tiến hành đại hội đảng bộ các cấp); trường hợp cần thiết phải thay đổi thì báo cáo cấp ủy có thẩm quyền xem xét, quyết định.

Các đồng chí được giới thiệu ứng cử làm Trưởng đoàn ĐBQH, ứng cử giữ chức chủ tịch HĐND, Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương thì theo Đề án nhân sự cụ thể do Bộ Chính trị, Ban Bí thư xem xét, quyết định.

Cấp ủy các cấp lãnh đạo việc bố trí nhân sự ứng cử các chức danh lãnh đạo chủ chốt HĐND, Ủy ban nhân dân các cấp về các đơn vị bầu cử, đảm bảo sự hài hòa, tương



quan chung trong việc bố trí nhân sự ứng cử tại các đơn vị bầu cử ở địa phương.

Về số lượng cấp phó đối với chức danh lãnh đạo Đoàn ĐBQH, HĐND, Ủy ban nhân dân các cấp thực hiện theo quy định hiện hành.

*\* Phát huy dân chủ, bảo đảm nguyên tắc tập trung dân chủ trong giới thiệu nhân sự ứng cử ĐBQH và đại biểu HĐND các cấp*

Đối với mỗi chức danh lãnh đạo các cơ quan của Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội, lãnh đạo HĐND, Ủy ban nhân dân các cấp, các cấp ủy, tổ chức đảng chỉ giới thiệu một đại biểu tham gia ứng cử theo nguyên tắc tập trung dân chủ và phải đảm bảo tiêu chuẩn, điều kiện theo quy định của Luật tổ chức Quốc hội và Luật tổ chức chính quyền địa phương.

## **2. Về cơ cấu, thành phần, số lượng ĐBQH, đại biểu HĐND**

Tiêu chuẩn ĐBQH, đại biểu HĐND liên quan chặt chẽ với vấn đề cơ cấu đại biểu. Trên cơ sở tiêu chuẩn, cần phải có cơ cấu hợp lý để đảm bảo tính đại diện trong hệ thống cơ quan dân cử, đại diện cho trí tuệ và sự đoàn kết của dân tộc. Sự phân bố dân cư rất không đồng đều, điều kiện phát triển kinh tế - xã hội ở mỗi vùng, miền cũng khác nhau. Do đó, việc xác định cơ cấu, thành phần, số lượng ĐBQH, đại biểu HĐND là cần thiết, là yêu cầu khách quan. Vì vậy, trên cơ sở quy định về tiêu chuẩn của ĐBQH, đại biểu HĐND, trước mỗi cuộc bầu cử, Chính phủ, Ủy ban thường vụ Quốc hội xây dựng Đề án chuẩn bị bầu cử, trong đó cơ cấu là cần thiết nhưng tiêu chuẩn, chất lượng cần phải được tiếp tục quan tâm, chú trọng.

*(1) Về việc dự kiến cơ cấu, thành phần, phân bổ số lượng ĐBQH:*

Dựa trên căn cứ dự kiến số lượng ĐBQH được bầu, sau khi thống nhất ý kiến với Ban thường trực Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và đại diện các tổ chức chính trị - xã hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội dự kiến cơ cấu, thành phần ĐBQH, phân bổ số lượng ĐBQH dựa trên nguyên tắc: mỗi tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương có ít nhất ba đại biểu cư trú và làm việc tại địa phương; số lượng đại biểu tiếp theo được tính theo số dân và đặc điểm của mỗi địa phương, bảo đảm tổng số ĐBQH dự kiến được bầu là năm trăm người<sup>3</sup>.

Số lượng người của tổ chức chính trị, tổ chức chính trị-xã hội, tổ chức xã hội, lực lượng vũ trang nhân dân, cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương được giới thiệu ứng cử ĐBQH bảo đảm tỷ lệ đại diện hợp lý của các tầng lớp nhân dân trong Quốc hội. Số lượng người dân tộc thiểu số được giới thiệu ứng cử ĐBQH do Ủy ban thường vụ Quốc hội dự kiến trên cơ sở đề nghị của Hội đồng dân tộc của Quốc hội, bảo đảm có ít nhất 18% tổng số người trong danh sách chính thức những người ứng cử ĐBQH là người dân tộc thiểu số. Số lượng phụ nữ được giới thiệu ứng cử ĐBQH do Ủy ban thường vụ Quốc hội dự kiến trên cơ sở đề nghị của Đoàn chủ tịch Ban chấp hành trung ương Hội liên hiệp phụ nữ Việt Nam, bảo đảm có ít nhất 35% tổng số người trong danh sách chính thức những người ứng cử ĐBQH là phụ nữ. Qua các khóa Quốc hội, trình độ và chất lượng ĐBQH đều được nâng lên<sup>4</sup>.

3 Khoản 3, Điều 4 của Luật bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân.

4 Quốc hội khoá IX có 56,20% tổng số đại biểu Quốc hội có trình độ đại học và trên đại học; khoá X tỷ lệ này là 91,33%; khoá XI là 93,37%; khoá XII là 95,99% và khoá XIII có 98,20% có trình độ đại học và trên đại học. Khóa XIV hiện tại có 36,30% đại biểu có trình độ đại học và 62,50% đại biểu có trình độ trên đại học.

(2) Về việc xác định dự kiến cơ cấu, thành phần, số lượng người được giới thiệu ứng cử đại biểu HĐND:

Việc xác định số lượng đại biểu HĐND được bầu ở mỗi đơn vị hành chính được căn cứ vào quy định của Luật Tổ chức chính quyền địa phương<sup>5</sup>.

Việc xác định dự kiến cơ cấu, thành phần, phân bổ số lượng người được giới thiệu ứng cử đại biểu HĐND ở mỗi đơn vị hành chính được dựa trên các tiêu chí nữ, dân tộc, ngoài Đảng, tái cử<sup>6</sup>. Ngoài ra, việc xác định dự kiến cần tính đến việc phân bổ số lượng người được giới thiệu ứng cử ở các đơn vị hành chính cấp dưới, các thôn, tổ dân phố bảo đảm tương quan hợp lý về dân số giữa các đơn vị này.

Việc phân bổ người được giới thiệu ứng cử đại biểu HĐND để bố trí làm đại biểu HĐND hoạt động chuyên trách được thực hiện căn cứ vào tình hình cụ thể của địa phương và phải bảo đảm số lượng đại biểu HĐND hoạt động chuyên trách theo quy định của Luật tổ chức chính quyền địa phương. Ở cấp tỉnh, Chủ tịch HĐND có thể là đại biểu HĐND hoạt động chuyên trách; hai Phó Chủ tịch HĐND là đại biểu HĐND hoạt động chuyên trách; mỗi Ban của HĐND cấp tỉnh có ít nhất hai đại biểu HĐND hoạt động chuyên trách. Ở cấp huyện, Chủ tịch HĐND có thể là đại biểu HĐND hoạt động chuyên trách; hai Phó Chủ tịch HĐND là đại biểu HĐND hoạt động chuyên trách; mỗi Ban của HĐND cấp huyện có ít nhất một đại biểu HĐND hoạt động chuyên trách. Ở cấp xã, một Phó Chủ tịch HĐND hoạt động chuyên trách.

Có thể nói, cơ cấu, thành phần ĐBQH, đại biểu HĐND của các khoá đã có sự đổi mới, ngày càng đáp ứng tốt hơn yêu cầu về chức năng, nhiệm vụ. Tuy nhiên, bên cạnh đó vẫn còn một số tồn tại, hạn chế bất cập cần được tiếp tục khắc phục, đó là:

*Thứ nhất*, cần đặt vấn đề cơ cấu trong mối quan hệ với tính đại diện. Các quy định của Hiến pháp và pháp luật hiện hành quy định ĐBQH, đại biểu HĐND là người đại diện cho ý chí, nguyện vọng của nhân dân. Trong giai đoạn kinh tế tri thức, cần phải hiểu khái niệm đại diện theo hướng “đại diện trí tuệ” chứ không thuần túy là đại diện theo con người. Ví dụ, một đại biểu là chuyên gia về kinh tế nông nghiệp, nông thôn có thể đại diện cho tiếng nói của người dân vùng nông dân. Một nhà nghiên cứu dân tộc học có thể đại diện, truyền tải tâm tư, nguyện vọng của người dân vùng dân tộc thiểu số.

*Thứ hai*, quá trình phân bổ cơ cấu và thực tế việc giới thiệu ứng cử viên theo cơ cấu còn có những bất cập. Khi phân bổ cơ cấu về các địa phương thường có dự kiến các cơ cấu kết hợp bao gồm: dân tộc, nữ, trẻ tuổi, tái cử và ngoài đảng (trước đây thì có thêm cơ cấu tự ứng cử). Thực tế có nhiều trường hợp đại biểu được giới thiệu để “gánh” hai đến ba cơ cấu, cá biệt có trường hợp “gánh” cả 4 cơ cấu. Đại biểu khi trúng cử là một nữ, ngoài đảng, vừa tốt nghiệp đại học còn chưa có việc làm. Điều này ảnh hưởng không nhỏ đến chất lượng hoạt động của đại biểu cũng như cơ quan mà đại biểu tham gia.

5 Các Điều: 18, 25, 32, 39, 46, 53, 60 và 67 của Luật Tổ chức chính quyền địa phương.

6 Ví dụ như cuộc bầu cử đại biểu HĐND các cấp nhiệm kỳ 2016 – 2021 Bảo đảm có ít nhất 35% tổng số người trong danh sách chính thức những người ứng cử đại biểu HĐND là phụ nữ; phần đầu số đại biểu HĐND được bầu là người dân tộc thiểu số không thấp hơn số đại biểu HĐND nhiệm kỳ 2011-2016 là người dân tộc thiểu số ở đơn vị hành chính đó; Phần đầu đạt tỷ lệ người được giới thiệu ứng cử đại biểu HĐND là người ngoài Đảng không dưới 10%; người được giới thiệu ứng cử đại biểu HĐND là người dưới 35 tuổi không dưới 15% tổng số người được giới thiệu ứng cử đại biểu HĐND ở từng cấp; Phần đầu có ít nhất 30% đại biểu HĐND nhiệm kỳ trước tái cử đại biểu HĐND nhiệm kỳ 2016-2021.

*Thứ ba*, một số cơ cấu chưa được quan tâm thích đáng như cơ cấu kết hợp, tái cử, điều đó cũng phần nào ảnh hưởng đến chất lượng hoạt động của cơ quan dân cử. (Ví dụ như HĐND nhiệm kỳ 2016-2021 cho thấy số đại biểu HĐND ở cấp tỉnh tái cử là 33,88% thấp hơn 0,6% so với nhiệm kỳ 2011-2016). Sau một nhiệm kỳ hoạt động, kiến thức và kỹ năng tích lũy được sẽ là hành trang, là nền tảng quan trọng cho nhiệm kỳ tiếp theo. Nếu vì lý do khách quan mà không được tiếp tục giới thiệu ứng cử thì không những phải bồi dưỡng, kiến thức kỹ năng cho các đại biểu mới mà còn không phát huy được trí tuệ, kinh nghiệm của những đại biểu đương nhiệm.

Tóm lại, mối quan hệ giữa công tác quy hoạch và tiêu chuẩn, cơ cấu đại biểu là mối quan hệ tương hỗ, tác động lẫn nhau. Để bảo đảm hiệu quả hoạt động của cơ quan dân cử, cần có sự chủ động chuẩn bị nguồn nhân sự gắn với việc lựa chọn những đại biểu có đủ tiêu chuẩn, năng lực và điều kiện thực sự tham gia ứng cử đại biểu dân cử, trên cơ sở đảm bảo cơ cấu, thành phần đại biểu một cách hợp lý. Như vậy, căn cứ nguồn quy hoạch đào tạo mà xác định cơ cấu, tiêu chuẩn, thành phần và lựa chọn nhân sự bầu làm đại biểu. Có như vậy, cơ quan dân cử mới hoàn thành tốt chức năng lập pháp, giám sát và quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước nói chung, của địa phương nói riêng.

## **II. GIẢI PHÁP NÂNG CAO CHẤT LƯỢNG ĐẠI BIỂU HĐND**

Để từng bước nâng cao chất lượng đại biểu, chúng tôi cho rằng, cần thực hiện đồng bộ những giải pháp sau đây:

### **1. Đổi mới công tác quy hoạch nguồn cán bộ chuẩn bị nhân sự ứng cử đại biểu nhiệm kỳ mới**

Công tác quy hoạch là tạo nguồn để chủ động chuẩn bị cán bộ cho việc bổ nhiệm,

bổ trí nhân sự khi có nhu cầu hoặc khi đến kỳ đại hội Đảng, bầu cử Quốc hội, HĐND ... Do tính chất quan trọng của công tác này, trong thời gian tới cần đổi mới công tác quy hoạch nguồn cán bộ theo hướng sau đây:

*Một là*, phát hiện sớm nguồn cán bộ trẻ, có đức, có tài, có triển vọng để có kế hoạch đào tạo, bồi dưỡng, tạo nguồn các chức danh lãnh đạo, quản lý, đáp ứng nhiệm vụ chính trị trước mắt và lâu dài. Do vậy, ở thời điểm đưa vào quy hoạch không nhất thiết phải đáp ứng đầy đủ điều kiện và tiêu chuẩn của chức danh quy hoạch, mà cần được rèn luyện, thử thách, đào tạo, bồi dưỡng chuyên môn, nghiệp vụ theo tiêu chuẩn của chức danh quy hoạch để khi cần thiết bổ nhiệm hoặc giới thiệu ứng cử các chức vụ lãnh đạo, quản lý là có thể đảm bảo đáp ứng đủ tiêu chuẩn, điều kiện theo quy định. Qua đó, các địa phương, cơ quan cần có kế hoạch đào tạo, bồi dưỡng, luân chuyển, bố trí, sử dụng số cán bộ theo quy hoạch.

*Hai là*, nâng cao vai trò trách nhiệm của người đứng đầu cấp ủy, cơ quan, đơn vị. Việc luân chuyển cán bộ cần được thực hiện các khâu chặt chẽ, nghiêm túc, khách quan, công khai, minh bạch. Cán bộ luân chuyển cần được bố trí công việc phù hợp để phát huy tốt nhất năng lực, kinh nghiệm công tác. Đề cao ý thức, trách nhiệm, bản lĩnh của cán bộ, đảng viên trong quá trình bỏ phiếu quy hoạch để khắc phục tình hình thức, dễ dãi; việc lựa chọn cán bộ vào diện quy hoạch phải thực sự khoa học, chọn những cán bộ xứng đáng nhất, có uy tín và sức quy tụ cao, phù hợp với vị trí quy hoạch. Kết quả quy hoạch phải được công khai trong cơ quan để cán bộ, đảng viên biết, theo dõi, giám sát và đánh giá đúng về cán bộ thuộc diện được quy hoạch.

*Ba là*, quy hoạch cần gắn với công tác đánh giá cán bộ, cán bộ được đưa vào quy

hoạch phải bảo đảm về phẩm chất chính trị, đạo đức, lối sống. Phải thể hiện được uy tín thông qua việc lấy phiếu tín nhiệm và kết quả đánh giá cán bộ, có năng lực thực tiễn công tác, có khả năng dự báo tình hình, xử lý những tình huống phát sinh trong ngành, lĩnh vực, địa phương, cơ quan, đơn vị công tác.

*Bốn là*, công tác quy hoạch cán bộ cần sát thực tiễn, có tính khả thi, tránh cục bộ dòng họ, dân tộc, vùng miền, phải căn cứ vào yêu cầu nhiệm vụ chính trị của từng thời kỳ, từng lĩnh vực công tác của người cán bộ để xác định tiêu chuẩn, cơ cấu đội ngũ cán bộ trong quy hoạch, nắm chắc đội ngũ cán bộ hiện có, dự báo được nhu cầu cán bộ trước mắt và lâu dài.

*Năm là*, chú ý quy hoạch cần đảm bảo cơ cấu 3 độ tuổi, cán bộ nữ, cán bộ người dân tộc thiểu số. Cơ cấu cán bộ cần cân đối giữa các độ tuổi để tạo nguồn cán bộ kế cận cho nhiều giai đoạn. Việc quan trọng là phát hiện, đào tạo, quy hoạch... cho tới bố trí, sử dụng cán bộ nữ, cán bộ người dân tộc thiểu số phải được các cấp ủy, tổ chức đảng xác định là nhiệm vụ trọng tâm và thường xuyên.

### **2. Hoàn thiện quy trình lựa chọn, giới thiệu ứng cử đại biểu**

Luật bầu cử ĐBQH và đại biểu HĐND 2015 quy định quy trình hiệp thương được khái quát là qua 3 vòng và 5 bước.

Qua nhiều cuộc bầu cử, quy trình lựa chọn giới thiệu người ứng cử đã đảm bảo sự lãnh đạo của Đảng trong công tác bầu cử. Tuy nhiên, còn phức tạp, tốn nhiều thời gian, công sức và chưa thực sự tạo điều kiện cho người tự ứng cử tham gia ứng cử, nhất là Hội nghị hiệp thương lần thứ ba lập danh sách chính

thức những người đủ tiêu chuẩn ứng cử. Vẫn còn có trường hợp người ứng cử sau khi lấy ý kiến tại nơi cư trú, tại nơi công tác nhận được tín nhiệm cao của nhân dân và cử tri, song đến Hội nghị hiệp thương lần thứ ba một số người đủ tiêu chuẩn, điều kiện lại không được tiếp tục lựa chọn, giới thiệu ứng cử<sup>7</sup>.

Hiện nay, hầu hết các cơ quan, theo cơ cấu được phân bổ đều chỉ giới thiệu một người ứng cử. Điều này dẫn đến việc các hội nghị hiệp thương của MTTQ trên thực tế là hình thức. Trường hợp một người nào bị đưa ra khỏi danh sách vì vi phạm pháp luật bầu cử thì không thể còn thời gian để giới thiệu người khác thay thế. Do đó, cấp thẩm quyền khi tiến hành giới thiệu thì cần giới thiệu hai người ứng cử để Mặt trận hiệp thương lựa chọn lấy một người. Việc giới thiệu nhiều hơn số cơ cấu còn nhằm mục đích có đủ người đủ điều kiện ứng cử để khi nếu có người nào đó bị loại do vi phạm pháp luật bầu cử thì sẽ sẵn có người thay thế, không để xảy ra tình trạng bất khả kháng hoặc tình trạng không đủ số dư ở mỗi đơn vị bầu cử.

Cần nghiên cứu quy định tất cả những người đủ tiêu chuẩn, điều kiện qua các vòng hiệp thương nếu được tín nhiệm cao trên 50% của cử tri phải được Hội đồng bầu cử quốc gia đưa vào danh sách chính thức những người ứng cử ĐBQH, cho dù rằng số lượng người được giới thiệu có thể cao và số dư người ứng cử tại các đơn vị bầu cử có thể nhiều hơn 2-3 số đại biểu ấn định đối với đơn vị bầu cử đó.

### **3. Tăng cường tính cạnh tranh trong ứng cử, bầu cử ĐBQH, đại biểu HĐND**

Một trong những yếu tố làm tăng chất lượng đại biểu là tính cạnh tranh trong công

7 Ví dụ điển hình là trường hợp ông Trần Đăng Tuấn, nguyên Phó Tổng giám đốc Đài Truyền hình Việt Nam bị loại khỏi danh sách ứng cử đại biểu Quốc hội khóa XIV của thành phố Hà Nội. Ông là người có tín nhiệm cao trong nhân dân và cử tri, người sáng lập Quỹ “Cơm có thịt” (nay là Quỹ học trò nghèo vùng cao).

tác vận động bầu cử tiến tới tranh cử. Hiện nay, việc giới thiệu người ứng cử theo cơ cấu vẫn còn tình trạng “quân xanh” “quân đỏ”. Với mỗi cơ cấu được phân bổ, địa phương sẽ tiến hành các quy trình hiệp thương, giới thiệu nhưng phần lớn là có sự chênh lệch thấy rõ về trình độ, kinh nghiệm và vị thế của người ứng cử tại mỗi cơ cấu. Sự vắng bóng của những người tự ứng cử có chất lượng làm cho quá trình vận động bầu cử chưa thực sự tạo sức cạnh tranh đúng đắn.

Việc mở rộng phạm vi lựa chọn cho cử tri, bằng cách tăng số người ứng cử cho một đơn vị bầu cử; quy định cụ thể trình tự thủ tục tự ứng cử để tạo điều kiện cho công dân thực hiện quyền tự ra ứng cử, tranh cử. Đây là bước cần thực hiện đầu tiên, cần dừng cảm đối mới mạnh mẽ nhưng không vội vã. Đây là vấn đề còn có những bất cập trong quy trình triển khai thực hiện. Nhưng lại là vấn đề hết sức quan trọng liên quan đến các điều kiện đảm bảo thực hiện tốt hơn quyền chính trị cơ bản của công dân. Là yếu tố bảo đảm lựa chọn được người có đủ năng lực, phẩm chất tham gia cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất.

#### **4. Giảm số lượng ĐBQH, đại biểu HĐND kiêm nhiệm công tác ở các cơ quan hành pháp**

Nghị quyết số 18-NQ/TW và Nghị quyết số 19-NQ/TW ngày 25/10/2017 của Hội nghị lần thứ sáu, Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII: “Một số vấn đề về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả” đã định hướng giảm hợp lý số lượng ĐBQH, đại biểu HĐND kiêm nhiệm công tác ở các cơ quan hành pháp và cơ quan quản lý nhà nước. Cần được nghiên cứu, đánh giá toàn diện các mặt hiệu quả hoạt động để có định hướng giảm cụ thể, giảm bao nhiêu ở ngành nào phù hợp với chủ trương chung.

Hiện nay, thành viên các cơ quan của Quốc hội, các Ban của HĐND là đại biểu kiêm nhiệm, thuộc khối hành pháp, khối cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương còn phổ biến. Tình trạng này phần nào ảnh hưởng đến hoạt động của các cơ quan này. Một số Ủy ban của Quốc hội, Ban của HĐND khi triệu tập họp rất khó khăn vì nhiều thành viên giữ các vị trí là chủ chốt ở các tỉnh, thành phố không bố trí được thời gian. Ngoài ra, một số Ủy ban của Quốc hội, Ban HĐND, thì thành viên phần lớn lại thuộc cơ quan chịu sự giám sát. Điều này cũng có hạn chế nhất định trong việc giám sát, thẩm định những vấn đề liên quan đến ngành, lĩnh vực.

#### **5. Tăng cường vai trò lãnh đạo của Đảng nhằm nâng cao số lượng đại biểu là nữ, người dân tộc thiểu số**

Về cơ cấu nữ, theo Luật bầu cử thì phải có ít nhất 35% số người trong danh sách chính thức những người ứng cử là nữ. Muốn vậy phải giới thiệu ít nhất được 40% số người được giới thiệu là nữ. Về số lượng và tỷ lệ này có lẽ không khó, vấn đề là chất lượng người được giới thiệu làm ứng cử viên. Vì vậy, ngay từ đầu đã phải quan tâm thật đúng mức tới chất lượng người được giới thiệu ứng cử. Về số lượng và tỷ lệ đại biểu là người dân tộc trong cơ quan dân cử, Luật bầu cử quy định ít nhất là 18%. Tuy nhiên, cần lãnh đạo, chỉ đạo tìm người đủ tiêu chuẩn ở một số dân tộc mà nhiều khóa chưa có ĐBQH, tìm người xứng đáng nhất trong các dân tộc có số dân đông hơn để giới thiệu. Đối với HĐND, với tính chất địa phương thì sự phân bố dân cử, dân tộc không đồng đều, có những nơi chính người Kinh lại là thiểu số. Bởi vậy, cấp ủy Đảng ở từng địa phương phải lãnh đạo sát sao, bám nắm thực tế, chỉ đạo cụ thể để việc giới thiệu đạt được các tỷ lệ hợp lý, mang tính đại diện cao giữa các dân tộc trên từng địa bàn ■

# ĐIỀU KIỆN KINH DOANH LÀ CÔNG CỤ QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC TRONG QUÁ TRÌNH HOÀN THIỆN THỂ CHẾ KINH TẾ THỊ TRƯỜNG ĐỊNH HƯỚNG XHCN Ở VIỆT NAM

**Trần Thị Quang Hồng\***

\* TS. Viện Khoa học Pháp lý - Bộ Tư pháp.

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Điều kiện kinh doanh; kinh tế thị trường; quản lý nhà nước.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 17/11/2018  
Biên tập : 20/11/2018  
Duyệt bài : 21/11/2018

### Article Information:

*Keywords:* business conditions; market economy; government management

*Article History:*

Received : 17 Nov. 2018  
Edited : 20 Nov. 2018  
Approved : 21 Nov. 2018

### Tóm tắt:

Bài viết phân tích điều kiện kinh doanh dưới góc độ là một công cụ quản lý nhà nước, giúp trả lời một số câu hỏi như: điều kiện kinh doanh cần được hiểu như thế nào? Mục đích của điều kiện kinh doanh là gì? Điều kiện kinh doanh có mối quan hệ như thế nào với các công cụ quản lý nhà nước khác? Khi nào cần đặt ra điều kiện kinh doanh? Kiểm soát tuân thủ điều kiện kinh doanh như thế nào? Những phân tích này nhằm mục đích giải mã những vấn đề còn vướng mắc trong quá trình rà soát, đơn giản hoá điều kiện kinh doanh hiện nay. Trên cơ sở đó, bài viết đề xuất một số yêu cầu cần tuân thủ trong quá trình hoàn thiện quy định của pháp luật về điều kiện kinh doanh ở nước ta hiện nay.

### Abstract

The article provides analysis of the business conditions as the perspective of a government management tool, helping to respond the such questions of: How should business conditions be understood? What is the purpose of business terms? How is the business condition related to other government management tools? When to set business conditions? The compliance controlling of the business conditions like? These analysis are aimed at deciphering the problems still encountered in the process of reviewing and simplifying current business conditions. On that basis, this article also provides a number of recommended requirements to comply with in the process of finalizing the provisions of the law on business conditions in our country.

Cải thiện các quy định về điều kiện kinh doanh nhằm tạo môi trường thuận lợi hơn cho hoạt động của doanh nghiệp chính là điểm đột phá quan trọng mà Luật Doanh nghiệp năm 1999 đã làm được, góp

phần tạo ra sự lớn mạnh vượt bậc của doanh nghiệp Việt Nam trong những năm đầu thế kỷ 21. Tuy nhiên, sau nhiều năm, các điều kiện kinh doanh đã gia tăng trở lại và đang bị coi là một trong những yếu tố cản trở đổi

với các hoạt động kinh doanh và khởi nghiệp kinh doanh tại Việt Nam hiện nay<sup>1</sup>.

Khắc phục hiện tượng này, một làn sóng mới về rà soát, cắt giảm điều kiện kinh doanh đã hình thành. Dấu mốc quan trọng là việc Luật Đầu tư năm 2014 ấn định một danh mục 267 ngành, nghề đầu tư, kinh doanh có điều kiện nhằm hạn chế sự phát sinh mới điều kiện kinh doanh áp đặt lên các ngành khác<sup>2</sup>. Năm 2016, Quốc hội ban hành Luật sửa đổi Điều 6 và Phụ lục 4 của Luật Đầu tư năm 2014, theo đó đã giảm số ngành nghề đầu tư, kinh doanh có điều kiện xuống còn 243 ngành nghề. Tại phiên họp Chính phủ ngày 22/8/2017 về chuyên đề xây dựng pháp luật, Bộ Kế hoạch và Đầu tư đề xuất bỏ 1.930 yêu cầu, điều kiện về kinh doanh. Cũng tại phiên họp này, Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam cũng trình Chính phủ báo cáo Rà soát điều kiện kinh doanh và quyền tự do kinh doanh ở Việt Nam, trong đó đề xuất bãi bỏ 96 điều kiện kinh doanh và sửa đổi 13 điều kiện kinh doanh áp dụng đối với 14 ngành nghề thuộc các lĩnh vực công thương, giao thông vận tải và khoa học công nghệ<sup>3</sup>. Tiếp đó, thực hiện Nghị quyết số 10-NQ/TW của Hội nghị lần thứ 5 Ban chấp hành Trung ương khoá XII, Chính phủ đã đưa ra những cam kết mạnh mẽ trong việc cải thiện quy định về điều kiện kinh doanh với việc đặt ra một trong những nhiệm vụ chủ yếu là "Tiếp tục rà soát, đánh giá, đề xuất bãi bỏ ít nhất từ 1/3 đến 1/2 số điều kiện kinh doanh hiện hành trong lĩnh vực

quản lý"<sup>4</sup>. Bộ Công thương đã đi trước trong việc thực hiện cam kết này với nỗ lực rà soát và tuyên bố sẽ cắt giảm 675 điều kiện kinh doanh thuộc các lĩnh vực quản lý của Bộ<sup>5</sup> và trên thực tế, theo thông tin từ Vụ Pháp chế Bộ Công thương, danh mục rà soát cắt giảm đã tăng lên đến 720 điều kiện. Sau Bộ Công thương, các Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Bộ Văn hoá, Thể thao và Du lịch cho biết cũng đang vào cuộc. Bộ Kế hoạch và Đầu tư đang soạn thảo đề trình Chính phủ Nghị định về kiểm soát điều kiện kinh doanh nhằm thiết lập những tiêu chí rõ ràng, ít tranh cãi làm cơ sở để các Bộ, ngành rà soát cắt giảm các điều kiện kinh doanh và để đánh giá về các điều kiện kinh doanh khi xây dựng quy định mới. Những động thái này hứa hẹn một sự chuyển mình mạnh mẽ trong việc cải thiện pháp luật về điều kiện kinh doanh ở Việt Nam.

Tuy nhiên, thách thức từ việc rà soát, cắt giảm điều kiện kinh doanh là không nhỏ. Trong quá trình rà soát và đề xuất cắt giảm các điều kiện kinh doanh, các cơ quan chủ trì hoạt động này tại các Bộ, ngành luôn phải đối mặt với những tranh cãi về các vấn đề như: cắt giảm thì sẽ quản lý bằng gì và nếu sau này có vấn đề gì xảy ra thì ai sẽ chịu trách nhiệm. Đôi khi, việc tranh luận quay trở lại cả những vấn đề như một quy định cụ thể có phải là điều kiện kinh doanh hay không phải điều kiện kinh doanh. Những tranh luận này đòi hỏi phải làm rõ những vấn đề lý luận cơ bản liên quan đến điều kiện kinh doanh hiện nay.

1 Xem Báo cáo rà soát điều kiện kinh doanh và quyền tự do kinh doanh ở Việt Nam do Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam thực hiện, công bố ngày 30/6/2017.

2 Phụ lục 4 Luật Đầu tư năm 2014.

3 Hoài Vũ, Kiến nghị Chính phủ bãi bỏ gần 2.000 điều kiện kinh doanh, xem tại <http://www.baogiaothong.vn/kien-nghi-chinh-phu-bai-bo-gan-2000-dieu-kien-kinh-doanh-d222124.html>.

4 Điểm 2 Mục II Nghị quyết số 98/NQ-CP ngày 3/10/2017 của Chính phủ ban hành chương trình hành động của Chính phủ thực hiện Nghị quyết số 10-NQ/TW của Hội nghị lần thứ 5 Ban chấp hành trung ương Đảng Khoá XII về phát triển kinh tế tư nhân trở thành một động lực quan trọng của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa.

5 Quyết định 3610a/QĐ-BCT ngày 20/9/2017 về phương án cắt giảm, đơn giản hoá điều kiện đầu tư kinh doanh trong lĩnh vực quản lý nhà nước của Bộ Công thương giai đoạn 2017-2018.

### 1. Điều kiện kinh doanh - một công cụ quản lý nhà nước

#### 1.1. Quan niệm về điều kiện kinh doanh

Điều kiện kinh doanh trước hết phải được hiểu là một trong những công cụ quản lý được Nhà nước sử dụng để thiết lập và duy trì trật tự trong hoạt động kinh doanh. Nó đặt ra những yêu cầu mà chủ thể kinh doanh phải đáp ứng như yêu cầu về nguồn lực con người, tài chính, cơ sở vật chất, quy trình quản lý, quy trình kỹ thuật, địa điểm kinh doanh v.v... Do vậy, điều kiện kinh doanh không chỉ là những yêu cầu về gia nhập thị trường đối với doanh nghiệp mà còn là những yêu cầu mà doanh nghiệp phải duy trì trong suốt quá trình hoạt động kinh doanh.

#### 1.2. Mục đích của việc đặt ra điều kiện kinh doanh

Nhà nước đặt ra điều kiện kinh doanh không phải để hạn chế doanh nghiệp mà là để thực thi trách nhiệm của mình trong việc bảo vệ những lợi ích mà Nhà nước quan tâm, bao gồm lợi ích tư (lợi ích của người tiêu dùng được sử dụng những hàng hoá, dịch vụ có chất lượng và an toàn) và lợi ích công (quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khoẻ cộng đồng, môi trường sinh thái). Như vậy, bản thân các điều kiện kinh doanh không phải là mục tiêu mà Nhà nước hướng tới. Chúng chỉ là những phương tiện để đạt được lợi ích mà Nhà nước mong muốn. Chẳng hạn, khi Nhà nước yêu cầu một cơ sở kinh doanh dịch vụ khám chữa bệnh phải có bác sĩ đủ tiêu chuẩn hành nghề thì cái mà Nhà nước mong muốn không phải là việc cơ sở có bác sĩ, mà chính là việc người dân được hưởng dịch vụ khám chữa bệnh bởi người có tay nghề chuyên môn. Các lợi ích Nhà nước mong muốn chính là nội dung trong khi các điều kiện kinh doanh thực ra chỉ thể hiện mặt hình thức của các yêu cầu nội dung này.

Với tư cách là mặt hình thức, điều kiện kinh doanh không thể thay thế cho những yêu cầu về mặt nội dung. Chẳng hạn, trong ví dụ nêu trên, việc cơ sở khám chữa bệnh có bác sĩ đủ tiêu chuẩn hành nghề không

thay thế được cho yêu cầu về cung cấp dịch vụ khám chữa bệnh đảm bảo chất lượng. Vì không thể thay thế cho những yêu cầu về nội dung, điều kiện kinh doanh (yêu cầu về hình thức) không phải được đặt ra trong mọi trường hợp. Bên cạnh đó, điều kiện kinh doanh cũng không phải là công cụ quản lý duy nhất để đạt được mục tiêu quản lý. Ngoài điều kiện kinh doanh, Nhà nước có thể sử dụng các công cụ quản lý khác để bảo vệ các lợi ích mà Nhà nước quan tâm.

#### 1.3. Một số công cụ quản lý nhà nước về kinh tế khác trong mối quan hệ với điều kiện kinh doanh

##### 1.3.1. Điều kiện kinh doanh và nghĩa vụ của doanh nghiệp

Nghĩa vụ của doanh nghiệp là những hành vi (hành động hoặc không hành động) mà pháp luật đặt ra cho doanh nghiệp nhằm thực hiện trách nhiệm đối với Nhà nước, xã hội và người tiêu dùng, chẳng hạn như nghĩa vụ đảm bảo chất lượng hàng hóa, dịch vụ, bảo đảm an ninh, an toàn cho người sử dụng dịch vụ, bảo vệ môi trường, đóng thuế v.v.

Nghĩa vụ của doanh nghiệp là yếu tố thể hiện đầy đủ nhất các lợi ích mà Nhà nước cần bảo vệ từ hoạt động của doanh nghiệp (các yêu cầu về mặt nội dung). Thông qua các nghĩa vụ quy định với doanh nghiệp, Nhà nước xác định trách nhiệm của doanh nghiệp trong việc không làm tổn hại đến những lợi ích công và lợi ích tư mà Nhà nước cần bảo vệ (như bảo vệ lợi ích người tiêu dùng, đảm bảo an ninh, quốc phòng...). Các điều kiện kinh doanh (với tư cách là những yêu cầu về mặt hình thức) dù có được đặt ra cũng không thể thay thế cho các nghĩa vụ này. Một nhà hàng dù có tuân thủ các điều kiện kinh doanh cũng không thể được miễn trách nhiệm nếu để xảy ra ngộ độc thực phẩm. Cơ sở dịch vụ khám chữa bệnh sử dụng bác sĩ đủ tiêu chuẩn vẫn phải chịu trách nhiệm trước pháp luật nếu có sai sót về nghiệp vụ gây tổn thất về sức khỏe, tính mạng cho bệnh nhân. Như vậy, quy định nghĩa vụ cho doanh nghiệp phải được xem là công cụ quản lý cơ bản để đảm bảo mục tiêu quản lý nhà nước.



### **1.3.2. Điều kiện kinh doanh và điều kiện hành nghề**

Điều kiện hành nghề là yêu cầu áp dụng đối với cá nhân thực hiện những nghề nghiệp đặc biệt đòi hỏi trình độ chuyên môn, kiến thức, kỹ năng hoặc nhân thân. Trong một xã hội phát triển, những ngành nghề như vậy tương đối nhiều, chẳng hạn như luật sư, chuyên gia tư vấn, bác sĩ v.v. Việc đáp ứng điều kiện hành nghề được thể hiện dưới dạng giấy phép hay chứng chỉ hành nghề, hoặc chỉ là một loại văn bản xác nhận người hành nghề đáp ứng được điều kiện liên quan (ví dụ như nhiều nước yêu cầu người muốn hành nghề trông trẻ phải có xác nhận của cảnh sát về việc chưa bao giờ bị truy tố về hành vi xâm hại trẻ em, hay người hành nghề đầu bếp phải có chứng chỉ đào tạo về vệ sinh an toàn thực phẩm).

Như vậy, điều kiện hành nghề khác với điều kiện kinh doanh ở chỗ điều kiện hành nghề áp dụng đối với cá nhân trong khi điều kiện kinh doanh áp dụng đối với cơ sở kinh doanh. Tuy nhiên, điều kiện kinh doanh không tách rời điều kiện hành nghề. Lý do là trong lĩnh vực có quy định điều kiện hành nghề, việc sử dụng người có đủ điều kiện hành nghề sẽ trở thành một điều kiện kinh doanh (ví dụ công ty tư vấn luật phải sử dụng người có chứng chỉ luật sư; cơ sở kinh doanh dịch vụ kế toán phải sử dụng người có chứng chỉ hành nghề kế toán).

### **1.3.3. Điều kiện kinh doanh và quy chuẩn**

Quy chuẩn kỹ thuật là "quy định về mức giới hạn của đặc tính kỹ thuật và yêu cầu quản lý mà sản phẩm, hàng hoá, dịch vụ, quá trình, môi trường và các đối tượng khác trong hoạt động kinh tế - xã hội phải tuân thủ để bảo đảm an toàn, vệ sinh, sức khoẻ con người; bảo vệ động vật, thực vật, môi trường; bảo vệ lợi ích và an ninh quốc gia,

quyền lợi của người tiêu dùng và các yêu cầu thiết yếu khác"<sup>6</sup>. Căn cứ vào định nghĩa này, quy chuẩn có thể được coi là một loại nghĩa vụ mà doanh nghiệp phải tuân thủ<sup>7</sup>. Ví dụ, theo Quy chuẩn xây dựng, xi măng xây trát phải có hàm lượng ion clo (Cl) không lớn hơn 0,1%<sup>8</sup>. Đây là nghĩa vụ và doanh nghiệp sản xuất xi măng hay doanh nghiệp xây dựng bắt buộc phải thực hiện.

### **1.3.4. Điều kiện kinh doanh và thủ tục hành chính**

Thủ tục hành chính là quy trình, cách thức để các doanh nghiệp giao tiếp với cơ quan nhà nước, trong đó có cả thủ tục để xác nhận việc tuân thủ các điều kiện, thực hiện các quyền (ví dụ như đăng ký thành lập doanh nghiệp) hay thực hiện nghĩa vụ (ví dụ như nộp thuế). Với ý nghĩa là quy trình và cách thức giao tiếp với cơ quan nhà nước, thủ tục hành chính không phải là điều kiện kinh doanh. Thủ tục hành chính thuần túy không làm phát sinh yêu cầu mới về con người, cơ sở vật chất, quy trình sản xuất và các yêu cầu có tính chất điều kiện khác.

### **1.3.5. Điều kiện kinh doanh và giấy phép kinh doanh**

Giấy phép, thể hiện việc Nhà nước trao quyền kinh doanh cho doanh nghiệp. Trước khi có Luật Doanh nghiệp năm 1999, giấy phép là yêu cầu phải có để thành lập các doanh nghiệp thuộc khu vực tư nhân (thể hiện quan điểm Nhà nước cho phép mới được kinh doanh). Luật Doanh nghiệp năm 1999, với tinh thần tôn trọng quyền tự do kinh doanh, đã xóa bỏ giấy phép thành lập doanh nghiệp. Từ thời điểm này, giấy phép chỉ tồn tại trong một số ngành nghề kinh doanh chuyên biệt như giấy phép kinh doanh lữ hành nội địa, giấy phép hoạt động dịch vụ xuất khẩu lao động, giấy phép hoạt động ngành in, giấy phép thành lập công ty chứng khoán, giấy phép thành lập ngân hàng...

6 Khoản 2 Điều 3 Luật số 68/2006/QH11 về Tiêu chuẩn và Quy chuẩn kỹ thuật.

7 Xem phần 1.3.1 trên đây.

8 Xem Quy chuẩn Việt Nam QCVN 16:2014/BXD.

Trên thực tế, chưa có sự phân biệt rõ rệt giữa giấy phép và điều kiện kinh doanh. Giấy phép vẫn thường được sử dụng như một loại điều kiện kinh doanh thông thường vì nhiều giấy phép được cấp trên cơ sở các điều kiện về con người, cơ sở vật chất, quy trình kỹ thuật v.v., tức là vẫn thể hiện tư tưởng đủ điều kiện thì được kinh doanh. Chúng tôi cho rằng, giấy phép cấp theo dạng này thực ra là một loại giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh. Trong trường hợp đó, việc sử dụng khái niệm giấy phép chỉ làm cho thủ tục trở nên nặng nề hơn mà không phù hợp với bản chất của một công cụ quản lý. Các giấy phép dạng này nên được đưa trở thành giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh thay vì gọi là giấy phép như hiện nay.

Vậy giấy phép được sử dụng trong trường hợp nào? Chúng tôi cho rằng, giấy phép, về cơ bản, là việc Nhà nước trao một thương quyền cho một cơ sở kinh doanh. Phần lớn các ngành nghề kinh doanh sẽ có thương quyền đương nhiên, doanh nghiệp chỉ cần đăng ký kinh doanh và đáp ứng đủ điều kiện (nếu là ngành nghề có điều kiện) là được kinh doanh. Tuy nhiên, một số ngành nghề kinh doanh đặc thù đòi hỏi Nhà nước phải phân phối thương quyền để kiểm soát mức độ gia nhập thị trường. Đó là những ngành nghề hoạt động phụ thuộc vào nguồn tài nguyên có hạn (ví dụ tần số vô tuyến, khoáng sản...) nên Nhà nước cần đóng vai trò phân phối cũng như điều tiết mức độ khai thác; hoặc những ngành nghề mà Nhà nước, trong một giai đoạn lịch sử nhất định, thấy cần hạn chế hoặc kiểm soát số lượng nhà cung cấp trên thị trường (ví dụ như bia, rượu, thuốc lá, sô xô...). Giấy phép, như vậy, nên được hiểu là một loại quota để điều tiết mức độ gia nhập thị trường của doanh nghiệp.

Trên thực tế, điều kiện kinh doanh hay được lồng ghép vào điều kiện cấp giấy phép vì việc xem xét cấp thương quyền (cấp giấy phép) luôn gắn với yêu cầu doanh nghiệp đáp ứng một số điều kiện kinh doanh cụ thể. Tuy nhiên, điều này không có nghĩa điều kiện kinh doanh là giấy phép. Việc xem xét mức

độ đáp ứng điều kiện kinh doanh trong quá trình cấp giấy phép chỉ là việc ghép hai nội dung (chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh và cấp thương quyền) vào một thủ tục.

Việc hiểu được các công cụ quản lý khác và phân biệt chúng với điều kiện kinh doanh cho thấy điều kiện kinh doanh không phải công cụ quản lý duy nhất, cũng như không phải công cụ quản lý phổ biến nhất đối với doanh nghiệp. Điều kiện kinh doanh chỉ được sử dụng với một số trường hợp nhất định.

### **1.4. Các trường hợp cần quy định điều kiện kinh doanh**

Căn cứ vào quan niệm, mục đích nêu trên thì điều kiện kinh doanh cần được đặt ra trong một số trường hợp sau:

*Thứ nhất*, khi yêu cầu phòng ngừa được đặt ra một cách nghiêm ngặt. Một số hoạt động kinh doanh liên quan đến các lợi ích về an toàn, an ninh, môi trường, tính mạng, sức khỏe con người có yêu cầu phòng ngừa hậu quả xảy ra cao hơn so với các hoạt động kinh doanh khác. Ví dụ, điều kiện về áp dụng các biện pháp phòng cháy chữa cháy trong các văn phòng, khu chung cư nhằm đảm bảo lợi ích về an toàn tính mạng, sức khỏe con người; điều kiện về áp dụng các biện pháp phòng ngừa sự cố môi trường nhằm bảo vệ môi trường xảy ra; điều kiện về khoảng cách so với các địa điểm an ninh, quốc phòng nhằm đảm bảo tính bí mật, an toàn của các hoạt động an ninh và quốc phòng... Yêu cầu phòng ngừa cao xuất phát từ lý do là các lợi ích này nếu bị tổn hại thì hoặc không thể khôi phục được hoặc chi phí khắc phục vô cùng tốn kém, dẫn đến yêu cầu phải đặt ra điều kiện kinh doanh để phòng tránh hậu quả có thể xảy ra.

*Thứ hai*, khi yêu cầu về nội dung (lợi ích cần đạt được) khó xác định và cần có yêu cầu về hình thức (quy trình, con người, phương tiện...) để đánh giá mức độ đáp ứng yêu cầu về nội dung. Một số loại hàng hoá, dịch vụ khó có thể đo đếm hay mô tả cụ thể về chất lượng và vì vậy, cần dựa vào yếu tố hình thức để xác định hàng hoá, dịch vụ có

đảm bảo chất lượng cần thiết không. Chẳng hạn, đối với dịch vụ tư vấn, người sử dụng dịch vụ tư vấn khó có thể biết được nội dung tư vấn đúng hay sai, đáng tin cậy hay không. Vì vậy, yêu cầu về việc cơ sở cung cấp dịch vụ tư vấn sử dụng người có chuyên môn nghiệp vụ phù hợp là điều kiện kinh doanh phổ biến đối với loại hình dịch vụ này.

*Thứ ba*, khi yếu tố hình thức là bắt buộc để hàng hoá, dịch vụ đạt được chất lượng tối thiểu cần thiết (ví dụ nhà hàng phải có quy trình chế biến thức ăn phù hợp để đảm bảo thức ăn hợp vệ sinh; các cơ sở kinh doanh karaoke bắt buộc phải có cách âm để không gây ồn ào khi đặt trong khu vực dân cư). Trong trường hợp này, việc đặt ra các điều kiện kinh doanh cũng có tính chất hướng dẫn doanh nghiệp áp dụng các biện pháp cần thiết để đảm bảo chất lượng hàng hóa, dịch vụ.

Ngoài các trường hợp nêu trên, việc đặt ra điều kiện kinh doanh là không cần thiết bởi các lợi ích mà Nhà nước cần bảo vệ (yêu cầu nội dung) có thể đạt được thông qua một số công cụ quản lý nhà nước khác như đã nêu ở trên.

## **2. Kiểm soát tuân thủ đối với điều kiện kinh doanh**

Tùy thuộc vào mục tiêu quản lý cũng như đặc điểm của điều kiện kinh doanh cụ thể mà Nhà nước có thể áp dụng những biện pháp kiểm soát khác nhau, bao gồm biện pháp tiền kiểm và hậu kiểm.

### **2.1. Biện pháp tiền kiểm**

Tiền kiểm là biện pháp mà qua đó Nhà nước thực hiện kiểm soát việc tuân thủ điều kiện kinh doanh trước khi doanh nghiệp có thể triển khai hoạt động kinh doanh trên thực tế. Biện pháp tiền kiểm được thực hiện chủ yếu thông qua thủ tục giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh<sup>9</sup>.

Cấp giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh được thực hiện bằng việc Nhà nước

tiến hành kiểm tra mức độ đáp ứng các điều kiện kinh doanh của doanh nghiệp trước khi đi vào hoạt động. Việc Nhà nước cấp giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh là tiền đề cần thiết để doanh nghiệp có thể triển khai kinh doanh. Có thể thấy, giống như giấy phép, biện pháp tiền kiểm tạo ra một hàng rào kiểm soát việc gia nhập thị trường. Vì vậy, biện pháp này chỉ nên áp dụng đối với các trường hợp có yêu cầu phòng ngừa cao, khi việc không tuân thủ điều kiện kinh doanh trong quá trình hoạt động có thể gây ra những hậu quả to lớn đối với Nhà nước, xã hội, người tiêu dùng và chi phí khắc phục hậu quả lớn hoặc thậm chí không thể khắc phục được.

### **2.2. Biện pháp hậu kiểm**

Hậu kiểm là biện pháp kiểm soát trong đó Nhà nước để cho doanh nghiệp tự đánh giá và cam kết về việc đáp ứng các điều kiện kinh doanh. Cơ quan nhà nước kiểm soát bằng các biện pháp thanh, kiểm tra, theo dõi, giám sát khi doanh nghiệp đã đi vào hoạt động. Giống như biện pháp tiền kiểm, căn cứ để lựa chọn biện pháp hậu kiểm cũng chính là mục tiêu quản lý. Hậu kiểm được áp dụng đối với những ngành nghề mà hậu quả do việc không đáp ứng điều kiện kinh doanh không quá lớn hoặc có thể khôi phục được. Với những ngành nghề kinh doanh này, Nhà nước áp dụng biện pháp hậu kiểm để giảm thiểu những rào cản gia nhập thị trường, thúc đẩy hoạt động kinh doanh và đề cao tính tự chịu trách nhiệm của doanh nghiệp.

## **3. Những hạn chế, bất cập trong quy định và thực thi quy định của pháp luật về điều kiện kinh doanh**

Những phân tích về bản chất của điều kiện kinh doanh và những vấn đề liên quan cho phép nhận diện rõ nét hơn những hạn chế, bất cập trong quy định và thực thi quy định của pháp luật về điều kiện kinh doanh. Cụ thể như sau:

9 Đối với trường hợp điều kiện kinh doanh được lồng ghép vào yêu cầu cấp giấy phép thì việc chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh cũng được lồng ghép vào quá trình xem xét cấp giấy phép.

- Quy định của pháp luật về điều kiện kinh doanh trong một số lĩnh vực chưa rõ ràng. Có những điều kiện kinh doanh được quy định nhưng không làm rõ được mục đích quản lý. Ví dụ như quy định người đứng đầu cơ sở kinh doanh dịch vụ in ấn phải có bằng cao đẳng về chuyên ngành in<sup>10</sup>; có những điều kiện kinh doanh rất khó xác định cụ thể (ví dụ, quy định cơ sở sản xuất thuốc phải "có số lượng nhân sự, có trình độ và được đánh giá phù hợp với công việc được giao"<sup>11</sup>). Thậm chí, có những điều kiện kinh doanh vừa không rõ mục đích vừa khó xác định, ví dụ quy định: Kể từ khi được cấp Giấy phép kinh doanh xuất khẩu, nhập khẩu xăng dầu, doanh nghiệp phải sở hữu hoặc sở hữu và đồng sở hữu tối thiểu bốn (04) cửa hàng bán lẻ xăng dầu, cho đến khi đạt tối thiểu một trăm (100) cửa hàng bán lẻ xăng dầu thuộc hệ thống phân phối của thương nhân<sup>12</sup>. Nội dung của quy định này cho thấy, việc yêu cầu số lượng cửa hàng tối thiểu là không rõ mục đích, trong khi khái niệm sở hữu sẽ gây tranh cãi bởi không rõ sở hữu một cửa hàng là sở hữu các trang thiết bị của cửa hàng hay phải sở hữu cả mặt bằng. Những yếu tố bất hợp lý này gây ra những rào cản không cần thiết đối với hoạt động kinh doanh. Đây chính là nguyên nhân dẫn đến những đòi hỏi gay gắt về cắt giảm điều kiện đầu tư kinh doanh nhằm tạo môi trường thuận lợi hơn cho doanh nghiệp.

- Thực tiễn thực thi quy định của pháp luật về điều kiện kinh doanh cho thấy, nhận thức về điều kiện kinh doanh còn mơ hồ, chưa tạo căn cứ rõ ràng cho hoạt động rà soát, đơn giản hoá và chuẩn hoá quy định pháp luật về điều kiện kinh doanh. Luật

Đầu tư năm 2014 xác định, mục đích của điều kiện kinh doanh là để đáp ứng các yêu cầu về quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng<sup>13</sup>. Cách tiếp cận này không chỉ khiến việc nhận diện điều kiện đầu tư gặp khó khăn mà còn khiến việc phân biệt giữa điều kiện kinh doanh với các công cụ quản lý khác thiếu rõ nét. Những hạn chế này có thể khiến những tranh luận về cắt giảm điều kiện kinh doanh khó có hồi kết. Ví dụ, tranh luận về việc ngành nghề kinh doanh có ảnh hưởng đến các vấn đề nêu tại Điều 4 Luật Đầu tư (quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng) hay không, hay tranh luận về việc "bỏ đi thì lấy gì quản". Ngoài ra, việc chưa phân biệt rạch ròi điều kiện kinh doanh với các công cụ khác cũng khiến điều kiện kinh doanh trở nên nặng nề hơn. Chẳng hạn, một số điều kiện kinh doanh được cấp dưới hình thức giấy phép (giấy phép kinh doanh lẻ hành) khiến cho quy trình tuân thủ trở nên phức tạp hơn mức cần thiết. Hoặc một số điều kiện kinh doanh có thể được bổ sung dưới dạng thủ tục hành chính. Ví dụ, Thông tư 20/2011/TT-BCT của Bộ Công thương quy định bổ sung thủ tục nhập khẩu nhưng lại yêu cầu phải có giấy chỉ định hoặc giấy ủy quyền là nhà nhập khẩu, nhà phân phối của chính hãng<sup>14</sup>. Đây nên được coi là một loại điều kiện kinh doanh bổ sung, không thuần túy là thủ tục hành chính như quan điểm của cơ quan quản lý<sup>15</sup>.

- Cách thức quản lý của cơ quan nhà nước vẫn còn nặng về phát hiện, xử lý vi phạm, chưa chú trọng đến việc hướng dẫn

10 Điểm e khoản 1 Điều 11 Nghị định số 60/2014/NĐ-CP ngày 19/9/2014 của Chính phủ quy định về hoạt động in.

11 Điểm a khoản 2 Điều 5 Nghị định số 109/2016/NĐ-CP ngày 1 tháng 7 năm 2016 về điều kiện kinh doanh thuốc.

12 Khoản 5 Điều 7 Nghị định số 83/2014/NĐ-CP ngày 03/9/2014 của Chính phủ về kinh doanh xăng dầu.

13 Khoản 1 Điều 7 Luật Đầu tư 2014.

14 Điều 1 Thông tư 20/2011/TT-BCT ngày 12 tháng 5 năm 2011 quy định bổ sung thủ tục nhập khẩu xe ô tô chờ người loại từ 09 chỗ ngồi trở xuống.

15 An Ngọc, Lên tiếng về Thông tư 20, Bộ Công thương vi nhập khẩu ô tô như... nhập hoa quả, <http://cafef.vn/len-tieng-ve-thong-tu-20-bo-cong-thuong-vi-nhap-khau-o-to-nhu-nhap-hoa-qua-2016081818531943.chn>, truy cập ngày 17/3/2017.

cho doanh nghiệp thực hiện. Điều này khiến cho doanh nghiệp hình thành thái độ đối phó với các cơ quan quản lý nhà nước, coi các điều kiện kinh doanh như những rào cản đối với họ chứ không phải là những yêu cầu cần thiết của quản lý để đảm bảo lợi ích chung của xã hội. Hơn nữa, việc quá chú trọng phát hiện và xử lý vi phạm cũng cản trở quá trình đơn giản hoá điều kiện kinh doanh. Bởi lẽ, nhiều doanh nghiệp muốn duy trì giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh (tiền kiểm) để tránh những rủi ro trong quá trình hoạt động khi bị cơ quan quản lý kiểm tra và đánh giá là không tuân thủ.

- Yếu tố lợi ích: việc cấp phép, cấp chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh, kiểm soát tuân thủ điều kiện kinh doanh tạo ra cơ chế xin - cho, nhất là với tình trạng còn tồn tại nhiều điều kiện kinh doanh có chất lượng kém, thiếu rõ ràng, cho phép người áp dụng pháp luật có nhiều quyền trong việc giải thích nội dung của các điều kiện kinh doanh. Những điều kiện kinh doanh kiểu như “phù hợp với quy hoạch, có đủ trang thiết bị phù hợp, người quản lý có trình độ chuyên môn và kinh nghiệm phù hợp và có phương án kinh doanh khả thi”<sup>16</sup> chỉ làm cho doanh nghiệp phụ thuộc nhiều hơn vào cơ quan quản lý và cán bộ quản lý là người sẽ quyết định liệu doanh nghiệp có đáp ứng đủ điều kiện hay không. Yếu tố lợi ích khiến cho một bộ phận không nhỏ cán bộ muốn duy trì các điều kiện kinh doanh hoặc không muốn cải thiện chất lượng của các điều kiện kinh doanh.

- Cơ chế kiểm soát điều kiện kinh doanh chưa hiệu quả và chưa rõ ràng về trách nhiệm khi ban hành điều kiện kinh doanh trái pháp luật. Thực tế cho thấy, quy định kiểm soát việc ban hành điều kiện

kinh doanh đã rõ ràng nhưng nhiều cơ quan không tuân thủ trên thực tế mà không dẫn đến bất kỳ trách nhiệm nào<sup>17</sup>.

#### 4. Một số kiến nghị

Căn cứ vào những phân tích ở trên, việc hoàn thiện quy định pháp luật về điều kiện kinh doanh hiện nay cần đáp ứng các yêu cầu sau:

##### 4.1. Đảm bảo tính hợp lý, cần thiết của điều kiện kinh doanh

Hiện nay, tính hợp lý của điều kiện kinh doanh thường dựa trên cơ sở quy định của Điều 7 Luật Đầu tư. Đó là các điều kiện về an ninh, quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, sức khỏe cộng đồng. Căn cứ này gây ra nhiều tranh luận bởi các ngành nghề kinh doanh, ở góc độ nào đó, đều có thể có những tác động đến các lợi ích đã nêu ở trên. Để việc rà soát điều kiện kinh doanh có hiệu quả, chúng tôi cho rằng cần chú ý nhiều hơn đến khía cạnh kỹ thuật của vấn đề, cụ thể:

*Thứ nhất*, tính hợp lý của điều kiện kinh doanh phải được xem xét trong mối quan hệ với các công cụ quản lý nhà nước khác. Khi đặt trong mối quan hệ với các công cụ quản lý nhà nước khác, điều kiện kinh doanh chỉ được coi là hợp lý khi các công cụ quản lý khác không giúp đạt được mục đích quản lý hoặc có chi phí cao.

*Thứ hai*, tính hợp lý của điều kiện kinh doanh phải được xem xét trong mối quan hệ nội dung - hình thức. Các điều kiện kinh doanh thực chất là yêu cầu về hình thức để đảm bảo yêu cầu về nội dung (là các mục tiêu quản lý của Nhà nước). Mối quan hệ nội dung - hình thức luôn tiềm ẩn nguy cơ hình thức không thể hiện đúng nội dung.

16 Nguyễn Đình Cung và Phan Đức Hiếu, Cải cách quy định giấy phép kinh doanh: 15 năm nhìn lại và kiến nghị, Cổng thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia, <https://dangkykinhdoanh.gov.vn/NewsandUpdates/tabid/91/ArticleID/1831/C%E1%BA%A3i-c%C3%A1ch-quy-%C4%91%E1%BB%8Bnh-gi%E1%BA%A5y-ph%C3%A9p-kinh-doanh-15-n%C4%83m-nh%C3%ACn-l%E1%BA%A1i-v%C3%A0-ki%E1%BA%BFn-ngh%E1%BB%8B.aspx>, truy cập ngày 13/3/2017.

17 Nguyễn Vũ, Tất cả điều kiện kinh doanh 10 năm qua đều trái luật, <http://vneconomy.vn/thoi-su/tat-ca-dieu-kien-kinh-doanh-10-nam-qua-deu-trai-luat-20160614041114447.htm>, truy cập ngày 17/3/2017.

Do vậy, khi đặt ra các điều kiện kinh doanh (yêu cầu hình thức) cần xem xét mục đích quản lý (yêu cầu nội dung) là gì, đồng thời đánh giá xem yêu cầu về hình thức đó có thực sự giúp đạt được yêu cầu về nội dung (mục đích quản lý) hay không. Chẳng hạn, việc yêu cầu cơ sở kinh doanh nhà hàng phải có hệ thống trữ đồ ăn lạnh (yêu cầu hình thức) phải được gắn với mục đích đảm bảo vệ sinh thực phẩm (yêu cầu nội dung). Các điều kiện kinh doanh không chứng minh được tính liên quan với mục đích quản lý không thể coi là điều kiện kinh doanh hợp lý.

### **4.2. Đảm bảo tính hợp lý của biện pháp kiểm soát tuân thủ điều kiện kinh doanh**

Việc lựa chọn các biện pháp phù hợp để kiểm soát tuân thủ điều kiện kinh doanh cũng là yếu tố quan trọng trong cải cách quy định pháp luật về điều kiện kinh doanh. Để tạo điều kiện thuận lợi cho doanh nghiệp, bảo vệ quyền tự do kinh doanh, cần tăng cường sử dụng biện pháp hậu kiểm. Biện pháp tiền kiểm chỉ được đặt ra khi có yêu cầu phòng ngừa cao hoặc kết hợp với trường hợp có yêu cầu về giấy phép. Ngoài ra, đối với trường hợp áp dụng biện pháp hậu kiểm, có thể cân nhắc cấp giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh theo đề nghị của doanh nghiệp. Trong trường hợp này, giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh được cấp xuất phát từ yêu cầu của doanh nghiệp và không phải là thủ tục bắt buộc.

### **4.3. Đảm bảo tính dễ hiểu, dễ tiếp cận trong quy định về điều kiện kinh doanh**

Một trong những yếu tố để điều kiện kinh doanh không trở thành những công cụ gây phiền hà, cản trở doanh nghiệp chính là các quy định về điều kiện kinh doanh phải dễ hiểu và có thể xác định được. Các yếu tố này giúp tạo ra sự cân bằng giữa cơ quan kiểm soát điều kiện kinh doanh và doanh nghiệp, cho phép doanh nghiệp tự đánh giá mức độ đáp ứng điều kiện kinh doanh của

mình không phụ thuộc vào ý chí chủ quan của cơ quan hay cán bộ quản lý. Để đáp ứng yêu cầu này, các điều kiện kinh doanh cần được cụ thể hoá và diễn đạt bằng ngôn ngữ đơn giản. Các điều kiện kinh doanh chung chung, không thể xác định cụ thể cần được thay thế bằng công cụ quản lý khác. Việc đơn giản hóa quy định về điều kiện kinh doanh sẽ nâng cao sự tự tin của doanh nghiệp trong việc đảm bảo tuân thủ các điều kiện kinh doanh, góp phần hạn chế những khó khăn, vướng mắc trong quá trình thực hiện.

### **4.4. Nâng cao kỹ luật về việc ban hành các điều kiện kinh doanh**

Cần đảm bảo việc kiểm soát hiệu quả quá trình ban hành điều kiện kinh doanh thông qua các biện pháp như (i) chuẩn hoá khái niệm, phân biệt điều kiện kinh doanh với các khái niệm liên quan như quy chuẩn, thủ tục hành chính, quyền và nghĩa vụ v.v; (ii) xác định rõ trách nhiệm và có biện pháp chế tài đối với cơ quan ban hành điều kiện kinh doanh không đúng quy định; (iii) tăng cường thẩm quyền của cơ quan kiểm soát điều kiện kinh doanh và (iv) chú trọng đến cơ chế tiếp nhận và phản hồi ý kiến phản biện của doanh nghiệp, hiệp hội doanh nghiệp về điều kiện kinh doanh.

### **4.5. Nâng cao trách nhiệm của cơ quan nhà nước trong kiểm soát tuân thủ điều kiện kinh doanh**

Để việc kiểm soát tuân thủ điều kiện kinh doanh thực sự đáp ứng mục tiêu quản lý thay vì bị coi là rào cản đối với doanh nghiệp như hiện nay, việc nâng cao trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước trong kiểm soát tuân thủ điều kiện kinh doanh rất quan trọng. Thay vì chú trọng vào phát hiện và xử phạt, cơ quan nhà nước cần quan tâm hơn đến việc hướng dẫn doanh nghiệp tuân thủ các điều kiện kinh doanh trước khi áp dụng biện pháp xử lý vi phạm. Sự thay đổi này sẽ đặt cơ quan quản lý nhà nước và doanh nghiệp về cùng một phía trong việc thực thi

các điều kiện kinh doanh, cùng hướng tới đảm bảo lợi ích của người tiêu dùng và lợi ích của xã hội, thay vì doanh nghiệp luôn phải tìm cách đối phó với cơ quan quản lý như hiện nay.

Có thể thấy, việc tạo dựng một môi trường pháp lý thuận lợi, thúc đẩy sự phát triển của doanh nghiệp đòi hỏi phải hoàn thiện quy định pháp luật và thực thi quy định pháp luật về điều kiện kinh doanh ở Việt

Nam. Quá trình này không đơn thuần là việc cắt giảm các điều kiện đầu tư mà ở góc độ chung hơn, cần được nhìn nhận là một quá trình hợp lý hóa (rationalisation) đối với các điều kiện đầu tư, bao hàm trong đó cả việc rà soát, điều chỉnh, sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ và thay thế bằng các biện pháp quản lý khác. Tư duy phù hợp về điều kiện kinh doanh là yếu tố cần thiết để có thể thực hiện hiệu quả quá trình này ■

### **TÀI LIỆU THAM KHẢO:**

Luật về Tiêu chuẩn và Quy chuẩn kỹ thuật năm 2006.

Luật Đầu tư năm 2014.

Nghị quyết số 98/NQ-CP ngày 3/10/2017 của Chính phủ ban hành chương trình hành động của Chính phủ thực hiện Nghị quyết số 10-NQ/TW của Hội nghị lần thứ 5 Ban chấp hành trung ương Đảng Khoá XII về phát triển kinh tế tư nhân trở thành một động lực quan trọng của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa.

Nghị định số 60/2014/NĐ-CP ngày 19/9/2014 của Chính phủ quy định về hoạt động in.

Nghị định số 109/2016/NĐ-CP ngày 1 tháng 7 năm 2016 về điều kiện kinh doanh thuốc.

Nghị định số 83/2014/NĐ-CP ngày 03/9/2014 của Chính phủ về kinh doanh xăng dầu.

Thông tư 20/2011/TT-BCT ngày 12 tháng 5 năm 2011 quy định bổ sung thủ tục nhập khẩu xe ô tô chở người loại từ 09 chỗ ngồi trở xuống.

Quyết định 3610a/QĐ-BCT ngày 20/9/2017 về phương án cắt giảm, đơn giản hoá điều kiện đầu tư kinh doanh trong lĩnh vực quản lý nhà nước của Bộ Công thương giai đoạn 2017-2018.

Báo cáo rà soát điều kiện kinh doanh và quyền tự do kinh doanh ở Việt Nam do Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam thực hiện, công bố ngày 30/6/2017.

Quy chuẩn Việt Nam QCVN 16:2014/BXD.

Hoài Vũ, Kiến nghị Chính phủ bãi bỏ gần 2.000 điều kiện kinh doanh, xem tại <http://www.baogiaothong.vn/kien-nghi-chinh-phu-bai-bo-gan-2000-dieu-kien-kinh-doanh-d222124.html>.

Tô Hà, Điều kiện kinh doanh "giết" doanh nghiệp, xem tại <http://nld.com.vn/kinh-te/dieu-kien-kinh-doanh-giet-doanh-nghiep-20170630214724913.htm> ngày 11/11/2017.

An Ngọc, *Lên tiếng về Thông tư 20, Bộ Công thương vì nhập khẩu ô tô như ... nhập hoa quả*, <http://cafef.vn/len-tieng-ve-thong-tu-20-bo-cong-thuong-vi-nhap-khau-o-to-nhu-nhap-hoa-qua-2016081818531943.chn>, truy cập ngày 17/3/2017.

Nguyễn Đình Cung và Phan Đức Hiếu, *Cải cách quy định giấy phép kinh doanh: 15 năm nhìn lại và kiến nghị*, Cổng thông tin đăng ký doanh nghiệp quốc gia, <https://dangkykinhdoanh.gov.vn/NewsandUpdates/tabid/91/ArticleID/1831/C%E1%BA%A3i-c%C3%A1ch-quy-%C4%91%E1%BB%8Bnh-gi%E1%BA%A5y-ph%C3%A9p-kinh-doanh-15-n%C4%83m-nh%C3%ACn-l%E1%BA%A1i-v%C3%A0-ki%E1%BA%BFn-ngh%E1%BB%8B.aspx>, truy cập ngày 13/3/2017.

Nguyễn Vũ, *Tất cả điều kiện kinh doanh 10 năm qua đều trái luật*, <http://vneconomy.vn/thoi-su/tat-ca-dieu-kien-kinh-doanh-10-nam-qua-deu-trai-luat-20160614041114447.htm>, truy cập ngày 17/3/2017.

# BAN HÀNH VĂN BẢN QUY ĐỊNH CHI TIẾT LUẬT, NGHỊ QUYẾT CỦA QUỐC HỘI - TIẾP CẬN DƯỚI GÓC ĐỘ ỦY QUYỀN LẬP PHÁP

**Võ Văn Tuyên\***  
**Trần Việt Đức\*\***

\* Phó Vụ trưởng Vụ Các vấn đề chung về xây dựng pháp luật, Bộ Tư pháp.

\*\* ThS. Vũ Các vấn đề chung về xây dựng pháp luật, Bộ Tư pháp.

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* ủy quyền lập pháp, lập pháp ủy quyền, văn bản quy định chi tiết.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 23/10/2019

Biên tập : 06/11/2019

Duyệt bài : 10/11/2019

### Tóm tắt:

Theo quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (Luật năm 2015), việc giao và ban hành văn bản quy định chi tiết được thực hiện bởi nhiều chủ thể với nhiều hình thức văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) khác nhau. Trong đó, Quốc hội là một trong những chủ thể có thẩm quyền giao quy định chi tiết. Thực tiễn cho thấy, việc giao quy định chi tiết trong luật, nghị quyết của Quốc hội và việc ban hành văn bản quy định chi tiết của các chủ thể được Quốc hội ủy quyền vẫn còn một số hạn chế, bất cập cần được tiếp tục hoàn thiện.

### Article Information:

*Keywords:* legislative delegation, delegated legislation, detailed legal documents.

*Article History:*

Received : 23 Oct. 2019

Edited : 06 Nov. 2019

Approved : 10 Nov. 2019

### Abstract

According to the provisions of the Law on Promulgation of Legal Documents of 2015, the developments and issuance of detailed regulations are made by several authorized bodies with different modalities of the legal normative documents. In particular, the National Assembly is one of the authorized bodies, that possesses the authority to assign other entities to provide the detailed regulations. The practical performance shows that the assigned authority to provides the detailed provisions in laws, resolutions of the National Assembly and the issuance of detailed regulations by the bodies authorized by the National Assembly still have a number of drawbacks and shortcomings that need to be reviewed for further improvements.

## 1. Khái niệm ủy quyền lập pháp và các trường hợp được coi là ủy quyền lập pháp ở Việt Nam

Khái niệm ủy quyền lập pháp (legislative delegation) được hiểu phổ biến hiện nay, là việc cơ quan lập pháp của quốc gia ủy quyền, hay nói cách khác là cho phép một

chủ thể khác ở bên trong hoặc bên ngoài bộ máy nhà nước được ban hành pháp luật, dưới hình thức VBQPPL. Pháp luật được ban hành theo cách thức ủy quyền lập pháp cũng có hiệu lực bắt buộc đối với các chủ thể chịu tác động giống như (mặc dù không phải là ngang bằng), với pháp luật do cơ quan lập



pháp ban hành; điều đó có nghĩa là pháp luật được ban hành theo ủy quyền lập pháp cũng có thể chứa đựng các nghĩa vụ hay hạn chế pháp lý buộc các chủ thể mà trước tiên là người dân phải thực hiện và việc không thực hiện hoặc thực hiện sai có thể đem lại hậu quả pháp lý bất lợi do cơ quan tư pháp áp dụng<sup>1</sup>. Căn cứ trên khái niệm ủy quyền lập pháp, lập pháp ủy quyền (delegated legislating) là hoạt động ban hành pháp luật theo cách thức của ủy quyền lập pháp, tức là hoạt động ban hành pháp luật được thực hiện bởi các cơ quan không phải là cơ quan lập pháp quốc gia<sup>2</sup>.

Ở một số nước trên thế giới<sup>3</sup>, vấn đề ủy quyền lập pháp được quy định trong Hiến pháp như Hiến pháp Cộng hòa Liên bang Đức (Basic Law for the Federal Republic of Germany)<sup>4</sup>, Hiến pháp Cộng hòa Kyrgyzstan (Constitution of the Kyrgyz Republic)<sup>5</sup>... hoặc được quy định trong đạo luật về quy trình xây dựng luật như Luật Ban hành văn bản pháp luật của Azerbaijan (Law on Normative Legal Acts of the Republic of Azerbaijan)<sup>6</sup>, Luật Lập pháp của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa năm 2000, được sửa đổi, bổ sung năm 2015 (Legislation Law of the People's Republic of China (2015 Amendment))<sup>7</sup>...

Ở nước ta, từ khi thành lập nước ngày 02/9/1945 đến nay, các bản Hiến pháp, từ Hiến pháp năm 1946 đến Hiến pháp năm 2013 và các đạo luật về ban hành VBQPPL qua các thời kỳ, từ Luật Ban hành văn bản

quy phạm pháp luật năm 1996 đến Luật năm 2015 đều không quy định trực tiếp về ủy quyền lập pháp và lập pháp ủy quyền<sup>8</sup>. Dù vẫn còn những ý kiến khác nhau về vấn đề này, nhưng trong thực tiễn, việc Quốc hội ủy quyền lập pháp cho Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ,... ban hành VBQPPL là cần thiết bởi Quốc hội không thể tự mình xây dựng được toàn bộ hệ thống pháp luật hay tự mình quy định chi tiết tất cả các vấn đề thuộc quyền lập pháp. Do vậy, căn cứ khái niệm ủy quyền lập pháp, khái niệm lập pháp ủy quyền như đã nêu trên và một số quy định có liên quan của pháp luật Việt Nam thì 03 trường hợp sau đây có thể coi là ủy quyền lập pháp:

*Trường hợp thứ nhất*, Quốc hội ủy quyền cho Ủy ban thường vụ Quốc hội ban hành pháp lệnh để quy định những vấn đề được Quốc hội giao<sup>9</sup>.

*Trường hợp thứ hai*, Quốc hội giao Chính phủ ban hành nghị định để quy định 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 để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước, quản lý kinh tế, quản lý xã hội (loại nghị định này trước khi ban hành phải được sự đồng ý của Ủy ban thường vụ Quốc hội)<sup>10</sup>.

*Trường hợp thứ ba*, Quốc hội giao Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, HĐND cấp tỉnh, UBND cấp tỉnh ban hành văn bản quy định chi tiết luật, nghị

1 Tô Văn Hòa và Nguyễn Hải Ninh (2017), Ủy quyền lập pháp - Những vấn đề lý luận và thực tiễn, Nhà xuất bản Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, tr. 30, 31.  
 2 Tô Văn Hòa và Nguyễn Hải Ninh (2017), Ủy quyền lập pháp - Những vấn đề lý luận và thực tiễn, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, tr. 31.  
 3 Xem thêm Báo cáo kết quả nghiên cứu quy trình lập pháp một số nước trên thế giới tại [http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT\\_DUTHAO\\_LUAT/View\\_Detail.aspx?ItemID=1612&TabIndex=2&TaiLieuID=3640](http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1612&TabIndex=2&TaiLieuID=3640).  
 4 Xem Điều 80, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>.  
 5 Xem Điều 68, <https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b5ae0.pdf>.  
 6 Xem Điều 6, <https://www.legislationline.org/documents/id/16732>.  
 7 Xem từ Điều 9 đến Điều 12, [http://eng.mod.gov.cn/publications/2017-03/02/content\\_4774201.htm](http://eng.mod.gov.cn/publications/2017-03/02/content_4774201.htm).  
 8 Hiến pháp năm 2013 chỉ có quy định về việc Quốc hội ủy quyền cho Ủy ban thường vụ Quốc hội ban hành pháp lệnh (khoản 2 Điều 74).  
 9 Xem khoản 2 Điều 74 của Hiến pháp năm 2013 và khoản 1 Điều 16 của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.  
 10 Xem khoản 3 Điều 19 của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

quyết của Quốc hội<sup>11</sup>.

Thực tiễn xây dựng, ban hành VBQPPL tại Việt Nam cho thấy, việc Quốc hội giao cho các cơ quan khác ban hành văn bản quy định chi tiết luật, nghị quyết của Quốc hội đã và đang diễn ra tương đối phổ biến tại hầu hết các văn bản luật, nghị quyết do Quốc hội ban hành. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, việc giao ban hành văn bản quy định chi tiết được thực hiện thiếu sự kiểm soát chặt chẽ cả về nội dung và chủ thể được giao ban hành. Thực trạng này đã phần nào làm giảm vai trò của Quốc hội với chức năng là cơ quan thực hiện quyền lập pháp. Bên cạnh đó, thời gian qua, hoạt động ban hành văn bản quy định chi tiết được thực hiện bởi các cơ quan được Quốc hội ủy quyền cũng còn nhiều hạn chế, bất cập. Do vậy, trong thời gian tới, vấn đề ủy quyền quy định chi tiết luật, nghị quyết của Quốc hội và việc ban hành văn bản quy định chi tiết theo ủy quyền cần được tiếp tục nghiên cứu, đánh giá toàn diện cả về lý luận và thực tiễn.

### **2. Ban hành văn bản quy định chi tiết theo quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015**

Luật năm 2015, tuy chưa trực tiếp quy định vấn đề ủy quyền lập pháp trong xây dựng pháp luật, nhưng một số quy định của Luật đã thể hiện khá rõ tư tưởng, tinh thần của ủy quyền lập pháp. Những quy định này có thể coi là tiền đề cho việc xem xét, áp dụng ủy quyền lập pháp ở Việt Nam.

Về việc giao và ban hành văn bản quy định chi tiết, khoản 1 và khoản 2 Điều 11 của Luật năm 2015 quy định:

*“1. Văn bản quy phạm pháp luật phải được quy định cụ thể để khi có hiệu lực thì thi hành được ngay. Trong trường hợp văn bản có điều, khoản, điểm mà nội dung liên quan đến quy trình, quy chuẩn kỹ thuật và những nội dung khác cần quy định chi tiết thì ngay tại điều, khoản, điểm đó có thể giao*

*cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định chi tiết. Văn bản quy định chi tiết chỉ được quy định nội dung được giao và không được quy định lập lại nội dung của văn bản được quy định chi tiết.*

*2. Cơ quan được giao ban hành văn bản quy định chi tiết không được ủy quyền tiếp.*

*Dự thảo văn bản quy định chi tiết phải được chuẩn bị và trình đồng thời với dự án luật, pháp lệnh và phải được ban hành để có hiệu lực cùng thời điểm có hiệu lực của văn bản hoặc điều, khoản, điểm được quy định chi tiết.”*

Quy định nêu trên được áp dụng đối với tất cả các loại VBQPPL nếu trong văn bản đó có nội dung giao quy định chi tiết. Soi chiếu từ góc độ của ủy quyền lập pháp thì có thể khẳng định rằng, quy định của Luật năm 2015 đã thể hiện được một số nội dung cơ bản của ủy quyền lập pháp, bao gồm nguyên tắc ủy quyền, phạm vi ủy quyền, chủ thể ủy quyền, hình thức ủy quyền và đặc biệt là bước đầu đã xác lập được cơ chế kiểm soát ủy quyền lập pháp trong việc giao quy định chi tiết và việc ban hành văn bản quy định chi tiết. Cụ thể như sau:

(i) Quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều 11 đã thể hiện tương đối rõ một số nguyên tắc quan trọng của ủy quyền lập pháp, đó là (1) việc ban hành văn bản quy định chi tiết thi hành luật, nghị quyết của Quốc hội chỉ có thể được thực hiện trong trường hợp được Quốc hội giao; (2) cơ quan được giao quy định chi tiết không được ủy quyền tiếp; (3) văn bản ban hành theo ủy quyền lập pháp chỉ được quy định những nội dung được giao, không được quy định vượt quá phạm vi nội dung được giao trong văn bản ủy quyền lập pháp (văn bản được quy định chi tiết).

(ii) Quy định rõ phạm vi những vấn đề Quốc hội có thể ủy quyền gồm: các vấn đề liên quan đến quy trình, quy chuẩn kỹ thuật và những vấn đề khác mà Quốc hội thấy

11 Xem các Điều 11, khoản 1 Điều 19, khoản 1 Điều 24, khoản 1 Điều 27 và khoản 1 Điều 28 của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

rằng cần giao quy định chi tiết, chẳng hạn như: một số vấn đề cần sự linh hoạt cho phù hợp với yêu cầu của thực tiễn; những vấn đề cần sự cập nhật thường xuyên hoặc những vấn đề có tính đặc thù của địa phương.

(iii) Về chủ thể thực hiện ủy quyền lập pháp: dù không quy định trực tiếp tại Điều này nhưng căn cứ thẩm quyền, nội dung VBQPPL được quy định tại các Điều 19, 24, 27 và 28 của Luật năm 2015, chúng ta có thể thấy, các chủ thể được giao nhiệm vụ quy định chi tiết gồm: Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, HĐND và UBND cấp tỉnh (trong một số ít trường hợp, một nhóm chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL cũng có thể được giao liên tịch ban hành văn bản quy định chi tiết). Về nguyên tắc, cơ quan có thẩm quyền quy định chi tiết phải được xác định rõ ngay tại điều, khoản, điểm có nhu cầu ủy quyền lập pháp. Mỗi nội dung ủy quyền lập pháp chỉ trao cho một chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL để thực hiện.

(iv) Về hình thức ủy quyền lập pháp: (1) việc ủy quyền lập pháp phải được nêu rõ trong luật, bộ luật hoặc nghị quyết của Quốc hội; (2) văn bản để thực hiện ủy quyền lập pháp (văn bản quy định chi tiết) phải được ban hành đúng thẩm quyền và đúng hình thức VBQPPL mà chủ thể nhận ủy quyền lập pháp có thẩm quyền ban hành.

(v) Về kiểm soát ủy quyền lập pháp: Luật năm 2015 bổ sung quy định “*Dự thảo văn bản quy định chi tiết phải được chuẩn bị và trình đồng thời với dự án luật, pháp lệnh*” đồng thời, kế thừa quy định của Luật năm 2008 về việc yêu cầu văn bản quy định chi tiết “*phải được ban hành để có hiệu lực cùng thời điểm có hiệu lực của văn bản hoặc điều, khoản, điểm được quy định chi tiết.*”. Cùng với đó, việc kiểm soát hiệu lực của văn bản quy định chi tiết khi văn bản được quy định chi tiết hết hiệu lực được quy định rõ tại khoản 4 Điều 154 của Luật năm 2015, theo đó “*Văn bản quy phạm pháp luật hết hiệu lực thì văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết thi hành, văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực*”.

Do vậy, có thể thấy rằng, tuy chưa xác lập được một cách đầy đủ, rõ ràng cơ chế kiểm soát ủy quyền lập pháp, nhưng xét ở một khía cạnh nào đó, quy định nêu trên đã cho thấy tư tưởng kiểm soát việc ủy quyền ban hành văn bản quy định chi tiết, cụ thể là: kiểm soát nội dung văn bản quy định chi tiết ngay trong quá trình soạn thảo dự án luật, dự thảo nghị quyết (thông qua việc trình đồng thời dự thảo văn bản quy định chi tiết khi trình hồ sơ dự án luật) và kiểm soát thời điểm có hiệu lực và thời điểm hết hiệu lực của văn bản quy định chi tiết (phải có hiệu lực cùng thời điểm có hiệu lực của luật hoặc điều, khoản, điểm được quy định chi tiết và đồng thời hết hiệu lực khi đạo luật giao quy định chi tiết đó hết hiệu lực).

Bên cạnh những ưu điểm nêu trên, quy định của Luật năm 2015 về việc giao ban hành và ban hành văn bản quy định chi tiết dưới góc độ ủy quyền lập pháp vẫn còn một điểm bất cập sau:

*Một là*, chủ thể được ủy quyền lập pháp còn khá rộng. Theo đó, vẫn còn quá nhiều văn bản có thể được xếp vào nhóm các văn bản ủy quyền lập pháp. Thực tế, việc quá nhiều chủ thể được ủy quyền ban hành văn bản quy định chi tiết là nguyên nhân dẫn đến tình trạng thiếu đồng bộ, khó kiểm soát trong ban hành VBQPPL. Nói cách khác, việc ủy quyền lập pháp cho Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, đặc biệt một số trường hợp ủy quyền cho chính quyền địa phương quy định chi tiết có thể tác động tiêu cực đến tính thống nhất trong tổ chức và hoạt động của hệ thống hành chính nhà nước.

*Hai là*, chưa có giới hạn rõ ràng về phạm vi những vấn đề giao quy định chi tiết. Với quy định Quốc hội có thể ủy quyền “*những nội dung khác cần quy định chi tiết*” (khoản 1 Điều 11) có thể dẫn đến cách hiểu là bất cứ vấn đề nào thuộc thẩm quyền của Quốc hội, trừ 33 nội dung mà Hiến pháp năm 2013 đã khẳng định là phải “do luật định”, “theo luật định” hoặc “theo quy định của luật” thì đều có thể được ủy quyền lập pháp. Cách hiểu này sẽ dẫn đến tình trạng tùy tiện của cơ quan lập pháp trong việc xác định nội

dung cần giao quy định chi tiết. Đồng thời, việc ủy quyền quá nhiều cho cơ quan hành pháp sẽ làm tăng gánh nặng, sức ép cho các cơ quan này trong việc ban hành văn bản quy định chi tiết. Do vậy, nếu thiếu sự giám sát chặt chẽ, rất có thể các cơ quan nhận ủy quyền lập pháp sẽ thực hiện quyền được trao đó không theo đúng cách thức, mục đích, yêu cầu mà Quốc hội mong muốn.

Ba là, quy định “*văn bản quy định chi tiết phải được chuẩn bị và trình đồng thời với dự án luật*” chưa hợp lý vì 02 lý do chính sau đây: (1) trong quá trình soạn thảo dự án luật, nghị quyết của Quốc hội, hầu hết các cơ quan chủ trì soạn thảo mới chỉ dự kiến được những nội dung đề đề xuất Quốc hội giao quy định chi tiết, trong khi đó việc quyết định nội dung nào sẽ được giao quy định chi tiết và chủ thể nào có thẩm quyền ban hành văn bản quy định chi tiết lại hoàn toàn do Quốc hội xem xét, quyết định; (2) về lý thuyết và trên thực tế đã xảy ra trường hợp dự án luật, dự thảo nghị quyết do một bộ, cơ quan ngang bộ chủ trì soạn thảo nhưng trong dự thảo lại có quy định giao cho bộ, cơ quan ngang bộ khác, thậm chí địa phương ban hành văn bản quy định chi tiết. Trong những tình huống như vậy, cơ quan chủ trì soạn thảo sẽ rất khó khăn trong việc chuẩn bị các dự thảo văn bản quy định chi tiết.

Bốn là, Luật năm 2015 chưa xác định rõ “*văn bản quy định chi tiết*” là những văn bản nào. Do vậy, sẽ không dễ dàng để phân biệt rạch ròi giữa nội dung được giao quy định chi tiết với nội dung hướng dẫn thi hành, nhất là khi các nội dung này được quy định “*lẫn lộn*” trong cùng một văn bản với tên gọi là “*nghị định quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành ...*”. Cùng với đó, cách thức thiết kế quy định về ủy quyền ban hành văn bản trong các VBQPPL hiện hành cũng rất khác nhau, như: “*Chính phủ hướng*

*dẫn thực hiện quy định này*”, “*thực hiện theo quy định của Chính phủ*”, “*quy định cụ thể vấn đề này tại nghị định của Chính phủ*”, “*Chính phủ quy định cụ thể vấn đề này*”...

Năm là, thiếu quy định về trách nhiệm của Quốc hội trong việc tham gia vào quá trình soạn thảo, ban hành văn bản quy định chi tiết, do vậy, thực tiễn việc kiểm soát từ phía Quốc hội đối với những nội dung mà mình đã ủy quyền ban hành văn bản chi tiết vẫn còn bị động, thậm chí “*đứng ngoài*” quy trình ban hành văn bản quy định chi tiết. Hiện nay, việc kiểm soát các trường hợp giao quy định chi tiết chủ yếu là kiểm soát trước, dựa vào hoạt động thẩm tra của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội và những phát hiện của các đại biểu Quốc hội thông qua hoạt động thảo luận, cho ý kiến đối với dự án luật.

### **3. Thực tiễn việc giao nội dung quy định chi tiết và việc ban hành văn bản quy định chi tiết luật, nghị quyết của Quốc hội**

*Thứ nhất*, số lượng điều, khoản, điểm được giao quy định chi tiết trong các luật, nghị quyết của Quốc hội thời gian qua vẫn rất lớn.

Từ ngày 01/7/2016 đến ngày 30/6/2019 (tại các kỳ họp thứ 2, 3, 4, 5, 6 và 7 của Quốc hội khóa XIV)<sup>12</sup>, Quốc hội đã thông qua 49 luật, nghị quyết (gồm 44 luật, 05 nghị quyết), trong đó có 46/49 luật, nghị quyết (chiếm 93,8%) có các nội dung giao cho Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, HĐND cấp tỉnh và UBND cấp tỉnh quy định chi tiết thi hành. Rà soát 46 luật, nghị quyết nêu trên có tổng số 256 nội dung giao quy định chi tiết, trong đó có 241 nội dung giao các cơ quan ở Trung ương và 15 nội dung giao HĐND cấp tỉnh và UBND cấp tỉnh quy định chi tiết. Cụ thể, số lượng các loại văn

12 Căn cứ các Quyết định của Thủ tướng Chính phủ ban hành Danh mục và phân công cơ quan chủ trì soạn thảo văn bản quy định chi tiết các luật, pháp lệnh, nghị quyết được thông qua tại Kỳ họp thứ 2, 3, 4, 5, 6 và 7, Quốc hội khóa XIV và các Công văn của Bộ Tư pháp gửi HĐND, UBND các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương về việc thông báo nội dung giao địa phương quy định chi tiết luật, nghị quyết được Quốc hội khóa XIV thông qua tại Kỳ họp thứ 3, 4, 5, 6 và 7.

bản quy định chi tiết cần ban hành để quy định chi tiết 46 luật, nghị quyết được thông qua từ Kỳ họp thứ 2 đến Kỳ họp thứ 7, Quốc hội khóa XIV như sau:

*Thứ hai*, quy định văn bản quy định chi tiết phải được ban hành để có hiệu lực cùng thời điểm có hiệu lực của văn bản hoặc điều, khoản, điểm được quy định chi tiết chưa được tuân thủ một cách triệt để.

Tình trạng “nợ” ban hành văn bản quy định chi tiết từng bước được khắc phục nhưng chưa triệt để. Vẫn còn một số văn bản quy định chi tiết được ban hành không có hiệu lực đồng thời với văn bản được quy định chi tiết. Đây là một trong những hạn chế, bất cập được nêu tại Báo cáo số 331/BC-CP ngày 19/8/2019 của Chính phủ về “Tình hình thực hiện Nghị quyết số 67/2013/QH13 ngày 29/11/2013 của Quốc hội về tăng cường công tác triển khai thi hành luật, pháp lệnh, nghị quyết của Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội và ban hành văn bản quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành năm 2019”. Việc chậm ban hành văn bản quy định chi tiết có nhiều nguyên nhân, cả nguyên nhân chủ quan và khách quan. Một nguyên nhân quan trọng, xét ở góc độ ủy quyền lập pháp, dẫn đến tình trạng này là do một số luật giao Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ quy định chi tiết tương đối nhiều nội dung, khoảng thời gian từ khi luật được thông qua đến thời điểm luật có hiệu lực thì hành tương đối ngắn<sup>13</sup>; vẫn có trường hợp

nội dung giao quy định chi tiết là những vấn đề mới, khó và phức tạp<sup>14</sup>; một số trường hợp nội dung chính sách trong luật chưa rõ hoặc thiếu định hướng cụ thể dẫn đến kéo dài thời gian soạn thảo, ban hành văn bản quy định chi tiết.

*Thứ ba*, việc chuẩn bị và trình đồng thời dự thảo văn bản quy định chi tiết với hồ sơ dự án luật còn hình thức, mang tính chiếu lệ. Ví dụ: nội dung dự thảo Nghị định quy định chi tiết được trình kèm hồ sơ dự án Luật Phòng, chống tham nhũng (*sửa đổi*) chỉ có tên chương, tên điều mà không có nội dung cụ thể<sup>15</sup>.

Bên cạnh đó, qua rà soát một số dự án luật được xây dựng, ban hành theo quy định của Luật năm 2015, về cơ bản, các cơ quan trình dự án luật đã tuân thủ quy định về việc trình đồng thời dự thảo văn bản quy định chi tiết. Tuy nhiên, hầu hết nội dung của dự thảo văn bản quy định chi tiết mới chỉ là ý chí chủ quan của cơ quan chủ trì soạn thảo. Do vậy, một số trường hợp giữa nội dung của dự thảo văn bản quy định chi tiết được trình kèm hồ sơ dự án luật với nội dung của văn bản quy định chi tiết được cơ quan có thẩm quyền ban hành sau khi luật, nghị quyết được Quốc hội xem xét, thông qua còn có sự khác biệt khá lớn.

Ví dụ: đối với dự án Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa, Chính phủ trình kèm hồ sơ dự án Luật 01 nghị định quy định chi tiết (dự thảo gồm 33 Điều)<sup>16</sup>. Tuy nhiên, khi Luật được thông qua, số lượng nghị định

13 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của 37 luật có liên quan đến quy hoạch ban hành ngày 20/11/2018, ngày có hiệu lực 01/01/2019, trong đó giao Chính phủ ban hành 06 nghị định để quy định chi tiết 09 nội dung.

14 02 văn bản quy định chi tiết Luật An ninh mạng là: (i) Nghị định quy định chi tiết về trình tự, thủ tục áp dụng một số biện pháp bảo vệ an ninh mạng (khoản 2 Điều 5) và (ii) Nghị quy định chi tiết một số điều trong Luật An ninh mạng (khoản 4 Điều 10; khoản 5 Điều 12; khoản 1 Điều 23; khoản 7 Điều 24; khoản 4 Điều 26; khoản 5 Điều 36) đều là văn bản có nội dung tương đối phức tạp liên quan đến các doanh nghiệp trong nước và ngoài nước cung cấp dịch vụ trên mạng viễn thông, mạng Internet, các dịch vụ gia tăng trên không gian mạng tại Việt Nam; Nghị định quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực tín ngưỡng, tôn giáo cũng là nghị định giao quy định chi tiết những vấn đề mới, khó và phức tạp; Nghị định quy định việc sử dụng tài sản công để thanh toán cho Nhà đầu tư khi thực hiện dự án đầu tư xây dựng công trình theo hình thức Hợp đồng Xây dựng - Chuyên giao.

15 [http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT\\_DUTHAO\\_LUAT/View\\_Detail.aspx?ItemID=1241&TabIndex=2&TaiLieuID=2867](http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1241&TabIndex=2&TaiLieuID=2867).

16 [http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT\\_DUTHAO\\_LUAT/View\\_Detail.aspx?ItemID=1196&TabIndex=2&TaiLieuID=2471](http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1196&TabIndex=2&TaiLieuID=2471).

quy định chi tiết mà Chính phủ phải ban hành là 04 nghị định<sup>17</sup>; tổng số điều của 04 Nghị định này là 190 Điều<sup>18</sup> (gấp gần 6 lần so với tổng số điều trong dự thảo Nghị định trình kèm dự án Luật).

*Thứ tư*, vẫn còn tình trạng văn bản quy định chi tiết luật, nghị quyết của Quốc hội có chứa quy định ủy quyền tiếp cho cơ quan khác. Ví dụ: khoản 1 Điều 94 của Luật sửa đổi, bổ sung một số Điều của Luật Hàng không dân dụng Việt Nam giao Chính phủ “quy định chi tiết về tổ chức, sử dụng vùng trời; quản lý hoạt động bay tại cảng hàng không, sân bay; cấp phép bay; phối hợp quản lý hoạt động dân dụng và quân sự; quản lý hoạt động bay đặc biệt”. Tuy nhiên, các Điều 32 và 33 của Nghị định số 125/2015/NĐ-CP lại giao Bộ trưởng Bộ Giao thông vận tải quản lý một số nội dung liên quan đến quản lý hoạt động bay và Bộ trưởng Bộ Quốc phòng quy định về một số nội dung như giám sát hoạt động bay dân dụng, thiết lập khu vực bay, đường bay phục vụ hoạt động hàng không chung...<sup>19</sup>

*Thứ năm*, sự kiểm soát từ phía Quốc hội về ủy quyền ban hành văn bản quy định chi tiết luật, nghị quyết còn khá mờ nhạt.

### **4. Giải pháp khắc phục hạn chế, bất cập trong ủy quyền lập pháp**

#### **4.1. Giải pháp chung**

*Một là*, vấn đề ủy quyền lập pháp cần được nghiên cứu để quy định mang tính nguyên tắc trong Hiến pháp; đồng thời cần xác định rõ các chủ thể có thể được Quốc hội ủy quyền lập pháp theo hướng thu gọn các chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL để thực hiện hoạt động lập pháp ủy quyền.

*Hai là*, trên cơ sở bổ sung quy định mang tính nguyên tắc trong Hiến pháp về ủy quyền lập pháp, cần nghiên cứu sửa đổi, bổ sung Luật năm 2015 để tiếp tục cụ thể hóa các quy định về quyền lập pháp và ủy quyền lập pháp của Quốc hội; nghiên cứu để xác định rõ hơn nội hàm của khái niệm lập pháp ủy quyền và khái niệm quyền lập quy. Bên cạnh đó, những vấn đề cụ thể liên quan đến mục đích, phạm vi, nội dung ủy quyền; việc ủy quyền tiếp (nếu có); việc kiểm soát của Quốc hội đối với hoạt động lập pháp ủy quyền cũng nên được quy định cụ thể ngay trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

#### **4.2. Giải pháp cụ thể**

##### **a) Hoàn thiện pháp luật về ủy quyền lập pháp**

*Một là*, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật cần xác định rõ ràng, cụ thể hơn về tính chất, phạm vi các vấn đề được ủy quyền ban hành văn bản quy định chi tiết. Việc xác định phạm vi ủy quyền cần dựa trên nguyên tắc không ủy quyền quy định chi tiết đối với những vấn đề quan trọng, vấn đề liên quan đến chính sách cơ bản của Nhà nước mang tính định hướng cho các quy phạm pháp luật cụ thể của từng lĩnh vực. Các đạo luật có chứa đựng nội dung giao quy định chi tiết cần có quy định rõ ràng về mục đích, phạm vi ủy quyền để định hướng cho các chủ thể được giao ban hành văn bản quy định chi tiết, đồng thời tạo cơ sở cho việc giám sát từ phía cơ quan ủy quyền.

*Hai là*, thay vì quy định “*Dự thảo văn bản quy định chi tiết phải được chuẩn bị và trình đồng thời với dự án luật, pháp lệnh*”, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật

17 Quyết định số 1357/QĐ-TTg ngày 13/9/2017 của Thủ tướng Chính phủ ban hành Danh mục và phân công cơ quan chủ trì soạn thảo văn bản quy định chi tiết các luật, nghị quyết được Quốc hội khóa XIV thông qua tại kỳ họp thứ 3.

18 Nghị định 34/2018/NĐ-CP ngày 08/3/2018 của Chính phủ về việc thành lập, tổ chức và hoạt động của Quỹ Bảo lãnh tín dụng cho doanh nghiệp nhỏ và vừa; Nghị định 38/2018/NĐ-CP ngày 11/3/2018 của Chính phủ quy định chi tiết về đầu tư cho doanh nghiệp nhỏ và vừa khởi nghiệp sáng tạo; Nghị định 39/2018/NĐ-CP ngày 11/3/2018 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa; Nghị định 39/2019/NĐ-CP ngày 10/5/2019 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của Quỹ phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa.

19 Lê Thị Thiệu Hoa, Đánh giá chung thực trạng ủy quyền lập pháp tại Việt Nam hiện nay, Kỳ yếu Hội thảo khoa học “Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về ủy quyền lập pháp tại Việt Nam hiện nay”, Hà Nội (2018).

nên quy định theo hướng khi trình Quốc hội hồ sơ dự án luật, cơ quan trình phải trình đồng thời đề cương chi tiết của dự thảo văn bản quy định chi tiết để Quốc hội có thể kiểm soát được tính hợp pháp, tính phù hợp về nội dung của dự thảo văn bản quy định chi tiết so với yêu cầu ủy quyền đã được xác định trong dự thảo luật. Trong khoảng thời gian từ khi luật, pháp lệnh được thông qua cho đến khi có hiệu lực, cơ quan được ủy quyền phải hoàn thiện dự thảo và ban hành văn bản quy định chi tiết để bảo đảm văn bản quy định chi tiết có hiệu lực cùng thời điểm có hiệu lực của luật hoặc điều, khoản, điểm được quy định chi tiết.

*Ba là*, bổ sung quy định về ủy quyền tiếp trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật, trong đó quy định rõ các trường hợp được phép ủy quyền tiếp và cách thức ủy quyền tiếp. Nếu Quốc hội cho phép ủy quyền tiếp thì ngay trong đạo luật đó phải xác định rõ chủ thể và nội dung được ủy quyền tiếp.

*Bốn là*, bổ sung quy định để bảo đảm thống nhất cách thức thiết kế nội dung giao quy định chi tiết trong luật, nghị quyết của Quốc hội, theo đó, nội dung giao quy định chi tiết phải có 03 thành phần bắt buộc sau đây: (1) chủ thể nhận ủy quyền; (2) cụm từ “quy định chi tiết”; (3) nội dung quy định chi tiết.

*Năm là*, bổ sung cơ chế kiểm soát chặt chẽ việc ban hành văn bản quy định chi tiết theo hướng quy định rõ trách nhiệm của các cơ quan của Quốc hội (Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội) trong việc tham gia trực tiếp, ngay từ đầu vào quá trình soạn thảo, ban hành văn bản quy định chi tiết để chủ động bảo đảm nội dung văn bản phản ánh đầy đủ, đúng tinh thần, nội dung quy định được Quốc hội ủy quyền quy định chi tiết, qua đó góp phần hạn chế nguy cơ “làm biến dạng” tinh thần và nội dung của luật trong nội dung của các văn bản quy định chi tiết.

*b) Giải pháp về thi hành các quy định của pháp luật về ủy quyền lập pháp*

*Một là*, tăng cường kỷ luật, kỷ cương; theo dõi, đôn đốc, kiểm tra việc xây dựng, ban hành văn bản quy định chi tiết; xác định rõ chế tài để xử lý trách nhiệm của các cơ quan trong việc chậm ban hành văn bản quy định chi tiết và ban hành văn bản quy định chi tiết có nội dung ngoài phạm vi giao quy định chi tiết.

*Hai là*, tăng cường công tác phối hợp giữa Quốc hội với Chính phủ trong quá trình xây dựng, ban hành luật, nghị quyết của Quốc hội ngay từ giai đoạn lập đề nghị xây dựng cho đến giai đoạn soạn thảo, chỉnh lý dự án luật, dự thảo nghị quyết, nhất là khâu thẩm tra nhằm kiểm soát chặt chẽ phạm vi, nội dung và tính khả thi của các vấn đề dự kiến giao quy định chi tiết, hạn chế việc ủy quyền lập pháp đối với những vấn đề có thể quy định ngay trong luật; đồng thời bảo đảm sự thống nhất về các nội dung giao quy định chi tiết trong từng dự án luật, hạn chế tình trạng dự án luật khi trình ra Quốc hội nhưng các cơ quan vẫn còn có ý kiến khác nhau.

*Ba là*, cần xác định hợp lý thời điểm có hiệu lực của điều, khoản, điểm giao quy định chi tiết theo hướng: đối với những nội dung phức tạp, cần có thời gian nghiên cứu dài hơn thì ngay trong luật, nghị quyết của Quốc hội cần quy định rõ thời điểm có hiệu lực của điều, khoản, điểm có nội dung đó (có thể chậm hơn so với thời điểm có hiệu lực của toàn bộ luật, nghị quyết).

*Bốn là*, tiếp tục thực hiện có hiệu quả hình thức “tiền kiểm”, đặc biệt là việc kiểm soát nội dung giao quy định chi tiết; đồng thời, Quốc hội cần tăng cường hoạt động giám sát việc ban hành văn bản quy định chi tiết và có biện pháp xử lý kịp thời đối với những trường hợp chậm ban hành văn bản quy định chi tiết hoặc ban hành văn bản quy định chi tiết có nội dung ngoài phạm vi được giao quy định chi tiết. Công tác giám sát phải được thực hiện đối với cả việc ban hành mới các văn bản quy định chi tiết và việc sửa đổi, bổ sung các văn bản quy định chi tiết đã được ban hành ■

# TÍNH RĂN ĐE CỦA HÌNH THỨC PHẠT TIỀN TRONG XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH

**Trương Thế Nguyễn\***  
**Trần Thanh Tú\*\***

\* Trường Chính trị tỉnh Sóc Trăng.

\*\* Trường Chính trị tỉnh Sóc Trăng.

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Phạt tiền, tính răn đe, xử phạt vi phạm hành chính.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 15/10/2019

Biên tập : 02/11/2019

Duyệt bài : 04/11/2019

### Article Infomation:

*Keywords:* fine in-cash; deterrence; sanctioning of administrative violations.

*Article History:*

Received : 15 Oct. 2019

Edited : 02 Nov. 2019

Approved : 04 Nov. 2019

### Tóm tắt:

Phạt tiền là hình thức xử phạt được áp dụng phổ biến nhất trong việc xử phạt vi phạm hành chính. Bài viết này phân tích một số khía cạnh lý luận cũng như thực tiễn về tính răn đe của hình thức phạt tiền ở nước ta hiện nay; qua đó, đề xuất một số kiến nghị.

### Abstract

In-cash fine is the most commonly applied form of sanctioning of the administrative violations. This article provides analysis of some theoretical as well as practical aspects of deterrence of the current form of fines in-cash in our country; thereby also proposed recommendations.

## 1. Khái quát về tính răn đe của hình thức phạt tiền trong xử phạt vi phạm hành chính

Vi phạm hành chính<sup>1</sup> là “hành vi có lỗi do cá nhân, tổ chức thực hiện, vi phạm quy định

của pháp luật về quản lý nhà nước mà không phải là tội phạm và theo quy định của pháp luật phải bị xử phạt vi phạm hành chính”<sup>2</sup>. Xử phạt vi phạm hành chính (XPVPHC) là “việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng

1 Ở Việt Nam trước đây, “phạm pháp vi cảnh” là thuật ngữ được sử dụng khi đề cập đến vi phạm hành chính. Cụ thể tại Điều 2 Nghị định số 143/CP, ngày 27/5/1977 của Hội đồng Chính phủ quy định: “Những hành vi xâm phạm đến trật tự an toàn xã hội mà có tính chất đơn giản, rõ ràng và hậu quả không nghiêm trọng, chưa đến mức truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc chưa đến mức xử phạt bằng các biện pháp hành chính khác là phạm pháp vi cảnh và có thể bị xử lý bằng các hình thức sau đây: Cảnh cáo; Phạt tiền từ 1 đồng đến 10 đồng; Phạt lao động công ích từ 1 ngày đến 3 ngày; Phạt giam từ 1 ngày đến 3 ngày”.

2 Xem thêm khoản 2 Điều 2 Luật XLVPHC 2012.



hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính”<sup>3</sup>.

Trong số các hình thức XPVPHC, phạt tiền là hình thức xử phạt được áp dụng phổ biến. Theo quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính (XLVPHC) hiện hành, mức tiền phạt cụ thể đối với một vi phạm hành chính là mức trung bình của khung tiền phạt được quy định đối với vi phạm hành chính đó (nếu có tình tiết giảm nhẹ hoặc tăng nặng thì mức tiền phạt có thể giảm xuống hoặc tăng lên tương ứng nhưng không được giảm thấp hơn mức tiền phạt tối thiểu hoặc tăng vượt hơn so với mức tiền phạt tối đa của khung tiền phạt được quy định).

Mức tiền phạt trong XPVPHC phải đảm bảo nhiều yêu cầu khác nhau như: tính thích đáng với hậu quả của vi phạm hành chính gây ra; phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế - xã hội nói chung cũng như điều kiện về mặt tài chính của từng đối tượng vi phạm cụ thể nói riêng... và một yêu cầu khác cũng quan trọng không kém là phải bảo đảm được tính “răn đe” của chế tài xử phạt; từ đó, nhằm giúp giảm thiểu vi phạm hành chính có thể xảy ra.

Theo nghĩa tiếng Việt, “răn đe” có nghĩa là: “nói cho biết rõ điều tai hại với mục đích ngăn cấm, kèm theo ý đe dọa”<sup>4</sup>. Như vậy, sự răn đe có nhiều thuộc tính khác nhau, nhưng thuộc tính cơ bản nhất là tính đe dọa.

Thông thường, “lý thuyết răn đe” hay được nhắc đến nhiều trong lĩnh vực ngoại giao, quân sự và phổ biến hơn cả là ở lĩnh

vực tội phạm<sup>5</sup>. Có ý kiến cho rằng, “răn đe được định nghĩa là hiệu quả phòng ngừa mà hình phạt thực tế (hoặc bị đe dọa) của những người phạm tội đối với những người phạm tội tiềm năng”<sup>6</sup>. Theo hướng lập luận trên, tính chất răn đe của chế tài chủ yếu hướng vào những người vi phạm tiềm năng với cơ chế phòng ngừa là chủ yếu.

Ý kiến khác cho rằng, trong việc xem xét tính răn đe, điều quan trọng là phải phân biệt giữa răn đe chung và răn đe cụ thể<sup>7</sup>. Trên thực tế, “răn đe chung đề cập đến ảnh hưởng của hậu quả bị đe dọa đối với dân chúng. Răn đe cụ thể đề cập đến ảnh hưởng của hình phạt đối với một người cụ thể gặp phải nó”<sup>8</sup>. Răn đe cụ thể là những tác động mang tính thực tế đối với người có hành vi vi phạm, còn răn đe chung chỉ mang tính phòng ngừa, chế ngự khả năng xuất hiện hành vi vi phạm. Hai dạng răn đe này có mối quan hệ đan xen lẫn nhau và hầu như không thể tách rời. Răn đe chung chỉ có thể được củng cố chắc chắn hơn khi răn đe cụ thể được bảo đảm thực thi tốt và ngược lại, khi mà răn đe cụ thể được đảm bảo thực thi nghiêm chỉnh thì mức độ răn đe chung lại càng được mở rộng, củng cố thêm. “Những ảnh hưởng của tính răn đe chung rất khác nhau tùy thuộc vào các yếu tố như: động lực tham gia vào hành vi bị cấm hay tính cách...v.v. Ngoài các biến số chung này, hiệu quả của một hình phạt pháp lý phụ thuộc vào hai yếu tố cơ bản: (1) rủi ro nhận thấy của việc phát hiện, sự e ngại và vấn đề bị kết án; và (2) mức độ nghiêm trọng của hình phạt. Cùng với đó, còn có sự nhất trí giữa các học giả pháp lý khi cho rằng: yếu tố thứ nhất có ý nghĩa hơn trong việc kiểm

3 Xem thêm khoản 3 Điều 2 Luật XLVPHC 2012.

4 Xem: [http://tratu.soha.vn/dict/vn\\_vn/R%C4%83n\\_%C4%91e](http://tratu.soha.vn/dict/vn_vn/R%C4%83n_%C4%91e).

5 Ở nhiều nước trên thế giới, vi phạm hành chính được xem là những tội phạm nhỏ, ít nghiêm trọng.

6 John C. Ball, Deterrence Concept in Criminology and Law, Journal of Criminal Law and Criminology, Illinois, Vol. 46, p. 347.

7 Roger C. Cramton (1969), Driver Behavior and Legal Sanctions: A Study of Deterrence, Cornell Law Faculty Publications, New York, Vol. 67, p. 424.

8 Roger C. Cramton, tldd, p. 424.

soát hành vi vi phạm so với yếu tố thứ hai”<sup>9</sup>. Ở một góc độ khác, có ý kiến cho rằng, răn đe không chỉ được thúc đẩy bằng sự sợ hãi của hình phạt mà còn có sự lên án của xã hội đối với hành vi bị cấm. Do đó, “răn đe có cả thành phần sợ hãi và thành phần đạo đức (giáo dục)”<sup>10</sup>. Nói khác đi và suy cho cùng, nếu một cá nhân được sống trong môi trường giáo dục tốt, các giá trị đạo đức được đề cao thì thông thường cá nhân đó sẽ có xu hướng muốn (và quen) làm việc tốt hơn là việc xấu; đồng thời, do ý thức được hậu quả phải gánh chịu nếu thực hiện hành vi vi phạm mà từ đó cá nhân sẽ e sợ và không (hoặc hạn chế) thực hiện hành vi phạm pháp.

Những lập luận này hoàn toàn có giá trị tham chiếu khi nghiên cứu về tính chất răn đe của việc XPVPHC nói chung và hình thức phạt tiền nói riêng. Ở Việt Nam hiện nay, việc nghiên cứu đầy đủ và cơ bản về tính răn đe của hình thức phạt tiền trong XPVPHC ít được nhắc đến, trên diễn đàn khoa học pháp lý cũng ít đề cập đến vấn đề này. Tính chất răn đe của hình thức phạt tiền chỉ được trao đổi và bàn luận nhiều khi có một sự việc nào đó phát sinh mang tính nổi cộm, thì vấn đề này mới được chú ý đến nhiều hơn...

Cũng giống như các hình thức xử phạt khác, phạt tiền nhằm góp phần vào việc duy trì trật tự, kỷ cương, nâng cao tinh thần thượng tôn pháp luật trong xã hội, thông qua cơ chế gây ảnh hưởng đến lợi ích của cá nhân, tổ chức vi phạm; vì thực chất, “phạt tiền là sự tác động vào lợi ích của người vi phạm”<sup>11</sup>.

Tuy nhiên, ở một chừng mực nào đó, phạt tiền không chỉ tác động đến lợi ích (kinh tế) của người vi phạm mà còn có tác động đến yếu tố tinh thần, nhận thức của người vi phạm; khi mà hành vi không tốt, sai trái bị xã hội, cộng đồng phê phán.

Mặc dù phạt tiền chủ yếu nhằm tác động đến cá nhân, tổ chức để các chủ thể này không thực hiện hành vi vi phạm; với mức độ nghiêm khắc của chế tài thấp hơn các chế tài hình sự. Tuy nhiên, không vì thế mà tính chất răn đe của hình thức phạt tiền bị xem nhẹ. Bởi lẽ, nếu thiếu đi tiêu chí này thì việc phạt tiền trong rất nhiều trường hợp sẽ không còn nhiều ý nghĩa. Nói chính xác hơn, mục đích chính của việc phạt tiền là tạo lập khả năng tránh tái diễn hành vi vi phạm của cá nhân, tổ chức và hàm ý không khuyến khích cá nhân, tổ chức khác thực hiện hành vi tương tự, với cơ chế thúc đẩy tâm lý “sợ bị phạt”; tâm lý đó sẽ làm cho các cá nhân kiểm soát tốt hành vi của mình cũng như đưa ra những lựa chọn thực hiện hành vi hợp pháp hoặc thậm chí là cá nhân có thể vẫn cố tình thực hiện hành vi nhưng sẽ có sự cân nhắc, tiết chế nhằm giảm thiểu mức độ sai phạm; nhờ đó mà nâng cao tính tuân thủ pháp luật tốt hơn.

Về cơ bản, có hai yếu tố ảnh hưởng mạnh mẽ nhất đến tính răn đe của hình thức phạt tiền, và cả hai yếu tố này đều ảnh hưởng trực tiếp đến việc lựa chọn thực hiện hành vi của cá nhân, đó là sự chắc chắn của việc xử phạt và mức tiền phạt. Nhưng vấn đề đặt ra là sự chắc chắn của việc xử phạt và mức tiền phạt, yếu tố nào sẽ mang tính chất quyết định đến việc lựa chọn thực hiện hành vi của cá nhân? Yếu tố nào sẽ đảm bảo tính răn đe của hình thức phạt tiền có tính trội hơn. Đây là vấn đề còn rất nhiều tranh cãi, phần lớn các ý kiến cho rằng mức tiền phạt có phần trội hơn so với yếu tố chắc chắn của việc xử phạt. Trong khi đó, cũng có một số ý kiến đánh giá có sự ngang bằng nhau giữa hai yếu tố này. Tuy nhiên, theo chúng tôi, mức tiền phạt nghiêm khắc sẽ có tính răn đe cao đối với đa phần các trường hợp hơn. Bởi lẽ, sự chắc chắn của việc xử phạt chỉ bị cản trở, bị “méo mó”

9 Roger C. Cramton, tldd, p. 427

10 Barry Elliott (1979), *Deterrence Theory Revisited*, World Politics, Cambridge University Press, Vol. 32, p. 4.

11 Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật Hành chính*, Nxb. Hồng Đức, HN, 2015, tr.532.

đi trong một số những trường hợp nhất định mà thôi (chiếm tỷ lệ nhỏ, thứ yếu).

Việc đánh giá tính chất và mức độ của sự răn đe theo mức tiền phạt là một vấn đề không hề đơn giản; việc đánh giá này chủ yếu chỉ mang tính định tính, ước đoán. Vì tác động từ sự răn đe của hình thức phạt tiền còn tùy thuộc vào mỗi cá nhân, tổ chức khác nhau ở từng thời điểm, vụ việc khác nhau. Dẫu vậy, xét trong nhiều trường hợp cụ thể, sẽ thấy rằng mức tiền phạt có thể thiếu hụt hoặc cũng có thể vượt quá “mức răn đe cần thiết”. Có nhiều lý do dẫn đến tình trạng này, chủ yếu là do các quan hệ xã hội, điều kiện kinh tế, mức sống, thu nhập của người dân không ngừng thay đổi, cho nên, mức tiền phạt đối với nhiều hành vi vi phạm đôi khi không còn phù hợp trên thực tế.

Đồng thời, một điểm quan trọng khác cũng cần được quan tâm, đó là tính chất răn đe của hình thức phạt tiền còn phụ thuộc vào “năng lực phản chiếu” của từng cá nhân trước hành vi vi phạm (trừ trường hợp cá nhân vô ý hoặc không ý thức được hành vi mà mình thực hiện là hành vi vi phạm). Mức độ phản chiếu này của từng cá nhân sẽ quyết định phần lớn đến việc tự ngăn chặn khả năng bị kích thích, thu hút thực hiện hành vi vi phạm. Nếu cá nhân có năng lực phản chiếu càng tốt thì khả năng xảy ra hành vi vi phạm càng thấp và ngược lại. Năng lực phản chiếu này lại phụ thuộc vào rất nhiều yếu tố thành phần cụ thể hơn như kiến thức pháp luật của cá nhân.

Từ những phân tích trên, có thể đưa ra nhận định về mức độ tương quan giữa mức tiền phạt và tính răn đe của hình thức phạt tiền như sau: nếu mức tiền phạt quá thấp thì khả năng xảy ra vi phạm càng nhiều; chỉ khi mức tiền phạt tương xứng với mức độ vi phạm thì tính răn đe càng cao; điều đó càng giúp làm giảm khả năng tái diễn và xảy ra hành vi vi phạm mới; giúp cho Nhà nước giảm thiểu chi phí, thời gian xử lý các vụ việc; nhưng ngược lại, mức tiền phạt quá cao thì nó sẽ khó có tính khả thi trên thực tế.

Điều đó đòi hỏi mức tiền phạt phải được cân nhắc, điều chỉnh cho phù hợp với từng thời điểm, giai đoạn và tương ứng với từng nhóm đối tượng khác nhau.

Theo chúng tôi, tính răn đe của hình thức phạt tiền chỉ được đảm bảo khi:

*Thứ nhất*, mức tiền phạt đối với những vi phạm hành chính, nhất là vi phạm hành chính phổ biến cần phải được truyền tải đến đông đảo cá nhân, tổ chức trong xã hội; phải gây ảnh hưởng và tạo được suy nghĩ cho người dân rằng: nếu thực hiện vi phạm hành chính đó thì sẽ bị thiệt nhiều hơn là được lợi;

*Thứ hai*, mức tiền phạt phải đủ “mạnh” với đa số các cá nhân, tổ chức vi phạm; tạo được sự đồng thuận cao trong xã hội tại một thời điểm nhất định;

*Thứ ba*, tính răn đe của hình thức phạt tiền chỉ được củng cố tốt hơn khi vi phạm hành chính được phát hiện, ngăn chặn kịp thời và xử lý nghiêm minh, công bằng.

## **2. Một số nhận định về tính răn đe của hình thức phạt tiền trong xử phạt vi phạm hành chính**

Hiện nay, theo quy định của Luật XLVPHC năm 2012, khung tiền phạt từ 50.000 đồng đến 1.000.000.000 đồng đối với cá nhân, từ 100.000 đồng đến 2.000.000.000 đồng đối với tổ chức. Mức phạt cụ thể chủ yếu được quy định trong các nghị định theo từng ngành, lĩnh vực riêng biệt. Riêng ở cấp địa phương cũng có trường hợp chính quyền cấp tỉnh đã ban hành theo thẩm quyền các văn bản quy phạm pháp luật về XPVPHC trên địa bàn, trong đó có quy định chi tiết về mức tiền phạt cụ thể theo lĩnh vực quản lý. Đơn cử như: Nghị quyết số 07/2014/NQ-HĐND ngày 11/7/2014 của Hội đồng Nhân dân thành phố Hà Nội về mức tiền phạt đối với một số hành vi vi phạm hành chính trong lĩnh vực xây dựng và Nghị quyết số 08/2014/NQ-HĐND ngày 11/7/2014 quy định về mức tiền phạt đối với một số hành vi vi phạm hành chính trong lĩnh vực văn hóa.

Trong khoảng 04 năm qua, trên địa bàn cả nước đã phát hiện: 36.789.227 vụ việc vi phạm hành chính, tổng số vụ việc đã xử phạt là 28.493.927 vụ việc (chiếm 77,45% số vụ vi phạm), tổng tiền phạt thu được là 38.543.430.058.702 đồng<sup>12</sup>. Đáng lưu ý, có một số lĩnh vực có số lượng vi phạm hành chính rất lớn, đơn cử như lĩnh vực giao thông. Theo một số liệu thống kê cho thấy: tính trong hai năm kể từ khi triển khai thực hiện Nghị định số 46/2016/NĐ-CP về XPVPHC trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt, lực lượng Công an đã xử lý trong lĩnh vực đường bộ hơn 7,87 triệu trường hợp vi phạm, phạt tiền hơn 4.618 tỷ đồng; tước hơn 589.738 giấy phép lái xe, tạm giữ hơn 939.116 phương tiện. Trong lĩnh vực đường sắt đã xử phạt hơn 2.928 trường hợp vi phạm, phạt tiền hơn 1,6 tỷ đồng<sup>13</sup>. Thực tế cho thấy, hình thức xử phạt bằng tiền đã góp phần quan trọng vào việc duy trì kỷ cương, trật tự, an toàn xã hội.

Tuy nhiên, cũng phần nào giống như giai đoạn trước đây, “do đa dạng về hành vi vi phạm và đối tượng vi phạm nên việc các nghị định về XPVPHC quy định cách thức định lượng mức độ nguy hiểm của hành vi vi phạm trong nhiều trường hợp, lĩnh vực không thống nhất và không phù hợp. Điều này tạo ra sự khó khăn khi xác định mức phạt tiền phù hợp với mức độ nguy hiểm của hành vi vi phạm để đảm bảo tính răn đe, nghiêm minh và công bằng của pháp luật”<sup>14</sup>. Nên trong thời điểm hiện nay, đây vẫn chính là một “nút thắt” cần tháo gỡ.

Cụ thể: mức phạt tiền hiện nay đối với một số hành vi vi phạm còn quá thấp, tình trạng này dẫn đến tâm thế “khẩn trương nộp

phạt”, cũng như tâm lý “nhờn luật” vì thế mà tăng cao, gây bức xúc trong dư luận. Điển hình như: nếu cá nhân có cử chỉ, lời nói trêu ghẹo, xúc phạm danh dự, nhân phẩm của người khác thì chỉ có thể sẽ bị phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền từ 100.000 đồng đến 300.000 đồng (theo quy định tại Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP của Chính phủ, quy định XPVPHC trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội; phòng, chống tệ nạn xã hội; phòng cháy và chữa cháy; phòng, chống bạo lực gia đình); hay như: mức xử phạt đối với một số hành vi vi phạm pháp luật nghĩa vụ quân sự đã khá lạc hậu. Hiện mức phạt tối đa đối với hành vi “không chấp hành lệnh nhập ngũ” hiện nay là 2,5 triệu đồng. Có trường hợp không chấp hành lệnh khám sức khỏe 03 năm liên tục nhưng chỉ bị phạt tổng cộng 3,4 triệu đồng. Với mức tiền phạt thấp như ở một số lĩnh vực vừa dẫn chứng trên, rất khó để những cá nhân, tổ chức vi phạm sẽ “e dè” trong việc tái diễn hành vi vi phạm tương tự của mình.

Trái ngược với mức xử phạt thấp, một số trường hợp vi phạm hành chính hiện nay bị xử lý với mức phạt quá cao. Chẳng hạn: “nhiều người vi phạm luật giao thông bị bắt nộp phạt cao thì mới được lấy lại phương tiện, nên đã chấp nhận bỏ phương tiện để không phải nộp phạt. Nhà nước vừa không thu được tiền phạt, còn phải chi phí cho việc tạm giữ một lượng lớn phương tiện”<sup>15</sup>.

Gần đây, trong Dự thảo Nghị định quy định XPVPHC trong lĩnh vực hỗ trợ tư pháp; hành chính tư pháp; hôn nhân và gia đình; thi hành án dân sự; phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã, cụ thể là tại “điểm e khoản 1

12 Bộ Tư pháp, Báo cáo số 09/BC-BTP, ngày 08/01/2018 về tổng kết thi hành Luật XLVPHC 2012, HN, tr. 6.

13 Anh Vũ, Đưa lao động công ích vào chế tài xử phạt người vi phạm giao thông?, <https://www.moitruongvadothi.vn/do-thi/giao-thong/dua-lao-dong-cong-ich-vao-che-tai-xu-phat-nguoi-vi-pham-giao-thong-a45995.html>, truy cập ngày 19/4/2019.

14 Bùi Tiến Đạt (2008), Pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính: lý luận và thực tiễn (Luận văn thạc sỹ luật học - Khoa luật ĐHQGHN), HN, tr. 58.

15 Chung Hoàng, Phương Loan, Phạt tiền cao: Người giàu nhờn, người nghèo sợ, [http://duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT\\_TINLAPPHAP/View\\_Detail.aspx?ItemID=131](http://duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT_TINLAPPHAP/View_Detail.aspx?ItemID=131).

Điều 15 của Dự thảo quy định về mức phạt tiền đối với hành vi “không đeo thẻ công chứng viên khi hành nghề công chứng” với mức phạt từ 3.000.000 đồng đến 7.000.000 đồng. Đây là mức phạt tiền khá nặng đối với hành vi vi phạm tác động đến lợi ích công cộng khá thấp<sup>16</sup>. Nói cách khác, mức tiền phạt trong trường hợp này đã có dấu hiệu “vượt quá mức răn đe cần thiết” nếu được áp dụng trên thực tế.

Một vấn đề nữa cũng đáng lưu tâm là cách thức phạt tiền. Hiện nay, các cơ quan chức năng đang áp dụng hai cách thức phạt tiền đối với vi phạm hành chính là “phạt nóng” và “phạt nguội” (chủ yếu đối với lĩnh vực giao thông). Nhưng xét về mặt tâm lý, việc “phạt nóng” đa phần sẽ có tính răn đe cao hơn so với cách thức “phạt nguội”. Tuy nhiên, có một nghịch lý kèm theo đó là “phạt nguội”, nhờ sự hỗ trợ của các phương tiện kỹ thuật thường có tính chuẩn xác cao hơn là “phạt nóng”.

Song song đó, trong quá trình tiến hành XPVPHC bằng hình thức phạt tiền, có trường hợp người thi hành công vụ không thực hiện đúng theo thẩm quyền, trình tự, thủ tục, dễ dãi cho qua hoặc nhận hối lộ... làm giảm tính nghiêm minh của pháp luật. Đặc biệt là việc đưa ra mức tiền phạt khi có tình tiết giảm nhẹ hoặc tăng nặng còn mang tính tùy nghi cao<sup>17</sup>. Từ đó, phần nào ảnh hưởng đến tính răn đe của hình thức phạt tiền.

### 3. Kiến nghị

Để bảo đảm tăng cường tính “răn đe” của chế tài xử phạt vi phạm hành chính, góp phần giảm thiểu vi phạm hành chính có thể xảy ra, chúng tôi đề xuất một số kiến nghị

sau:

**Một là**, tăng cường công tác tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật về xử lý vi phạm hành chính. Việc tuyên truyền phải làm cho đối tượng cảm nhận được “cảm giác sai trái” và sự e ngại các thiệt hại về kinh tế nếu thực hiện hành vi vi phạm; ưu tiên tuyên truyền pháp luật về XPVPHC theo từng nhóm ngành, lĩnh vực có số lượng vụ việc vi phạm hành chính cao, phổ biến. Hình thức tuyên truyền cần đảm bảo tính hiệu quả, thiết thực, có trọng tâm. Cùng với đó, chúng ta cần nâng cao tính minh bạch, tăng cường trách nhiệm, đạo đức thực thi công vụ của đội ngũ cán bộ, công chức trong quá trình XPVPHC. Bởi khi cán bộ, công chức thực thi pháp luật nghiêm minh thì tính chất răn đe của hình thức phạt tiền sẽ ngày càng được đảm bảo tốt hơn.

**Hai là**, nghiên cứu, rà soát, cân nhắc lại mức phạt tiền với mức độ nặng/nhẹ tùy vào từng hành vi vi phạm cụ thể. Thiết nghĩ, cần đánh giá một cách tổng thể sự phù hợp của mức tiền phạt tối đa và tối thiểu trong các lĩnh vực với tình hình thực tiễn của đời sống kinh tế - xã hội. Qua đó, xem xét mức tiền phạt trong lĩnh vực nào cần tăng lên, lĩnh vực nào cần giảm xuống. Đặc biệt, như đã đề cập, đối với trường hợp “nhòn luật” thì mức phạt tối đa vẫn khó có thể đảm bảo tính răn đe đối với người vi phạm. Trong những trường hợp này, cần có cách thức giải quyết phù hợp và thích đáng hơn. Chẳng hạn, người thi hành công vụ, cơ quan công quyền cần phải có đầy đủ thông tin của người vi phạm; từ đó, có thể tính toán lại mức tiền phạt theo cách “tích lũy điểm phạt”; hoặc nhân theo “hệ số

16 Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, Góp ý Dự thảo Nghị định quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hỗ trợ tư pháp; hành chính tư pháp; hôn nhân và gia đình; thi hành án dân sự; phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã. Xem thêm tại: [http://vibonline.com.vn/bao\\_cao/vcci\\_gop-y-du-thao-nghi-dinh-sua-doi-bo-sung-mot-quy-dinh-lien-quan-den-dieu-kien-dau-tu-kinh-doanh-ve-kham-benh-chua-benh-trang-thiet-bi-y-te-va-pham](http://vibonline.com.vn/bao_cao/vcci_gop-y-du-thao-nghi-dinh-sua-doi-bo-sung-mot-quy-dinh-lien-quan-den-dieu-kien-dau-tu-kinh-doanh-ve-kham-benh-chua-benh-trang-thiet-bi-y-te-va-pham), truy cập ngày 24/9/2018.

17 Xin xem thêm: Một số bất cập và hướng đề xuất khi xác định mức tiền phạt trong trường hợp có tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ trong bài viết: Những nội dung cần sửa đổi trong Luật XLVPHC năm 2012, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, Số 01/2019, tr.7-10.

vi phạm” (tính theo số lần vi phạm) hay căn cứ vào “lịch sử vi phạm hành chính” để đưa ra mức tiền phạt nặng hơn.

**Ba là**, việc xử phạt đối với những hành vi vi phạm đã bị xử lý nhiều lần (như vượt đèn đỏ, chạy quá tốc độ cho phép...), ngoài phương án tăng mức tiền phạt thì cũng cần phải tăng mức xử phạt bổ sung thậm chí nên thay đổi hình thức phạt tiền bằng hình thức xử phạt khác. Nói cách khác là “nên nghiên cứu để không áp dụng duy nhất hình thức phạt tiền đối với cùng một hành vi vi phạm hành chính”<sup>18</sup>. Đơn cử như có thể áp dụng

biện pháp xử phạt “lao động công ích”<sup>19</sup>. Tuy nhiên, nếu tái áp dụng hình thức này, cần phải giải quyết được những vấn đề then chốt nhất đặt ra như: lao động công ích là những công việc gì? thời gian cụ thể ra sao?; kèm theo đó, cơ chế giám sát, đánh giá kết quả phải đơn giản, dễ thực hiện, tránh làm phát sinh chi phí, tốn kém. Đồng thời, cũng rất cần thiết phải có cơ chế bảo vệ người vi phạm, nhằm tránh khả năng xâm phạm đến quyền con người, quyền và lợi ích hợp pháp của công dân ■

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Barry Elliott, Deterrence Theory Revisited, <https://acrs.org.au/files/arsrpe/RS030055.pdf>.
2. Bộ Tư pháp (2018), *Báo cáo Tổng kết thi hành Luật XLVPHC 2012*, Hà Nội.
3. Chung Hoàng, Phương Loan (2011), *Phạt tiền cao: Người giàu nhàn, người nghèo sợ*, [http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT\\_TINLAPPHAP/View\\_Detail.aspx?ItemID=131](http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT_TINLAPPHAP/View_Detail.aspx?ItemID=131).
4. Bùi Tiến Đạt (2008), *Pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính: lý luận và thực tiễn (Luận văn thạc sỹ luật học)*, Hà Nội.
5. John C. Ball, Deterrence Concept in Criminology and Law, <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4387&context=jclc>.
6. Quách Tiên Phong (2011), *Nâng cao hiệu quả áp dụng của các hình thức xử phạt vi phạm hành chính*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 10.
7. Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (2018), *Góp ý đối với Dự thảo Nghị định quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hỗ trợ tư pháp; hành chính tư pháp; hôn nhân và gia đình; thi hành án dân sự; phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã*, [http://vibonline.com.vn/bao\\_cao/vcci\\_gop-y-du-thao-nghi-dinh-sua-doi-bo-sung-mot-quy-dinh-lien-quan-den-dieu-kien-dau-tu-kinh-doanh-ve-kham-benh-chua-benh-trang-thiet-bi-y-te-va-pham\\_](http://vibonline.com.vn/bao_cao/vcci_gop-y-du-thao-nghi-dinh-sua-doi-bo-sung-mot-quy-dinh-lien-quan-den-dieu-kien-dau-tu-kinh-doanh-ve-kham-benh-chua-benh-trang-thiet-bi-y-te-va-pham_)
8. Roger C. Cramton, Driver Behavior and Legal Sanctions: A Study of Deterrence, <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2348&context=facpub>.
9. Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (2015), *Giáo trình Luật Hành chính*, Tp.HCM, Nxb. Hồng Đức, tr.532.
10. Anh Vũ (2019), *Đưa lao động công ích vào chế tài xử phạt người vi phạm giao thông?*, <https://www.moitruongvadothi.vn/do-thi/giao-thong/dua-lao-dong-cong-ich-vao-che-tai-xu-phat-nguoi-vi-pham-giao-thong-a45995.html>.

18 Quách Tiên Phong (2011), *Nâng cao hiệu quả áp dụng của các hình thức xử phạt vi phạm hành chính*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 10.

19 Hình thức xử phạt này đã từng được quy định trong Nghị định số 143/CP, ngày 27/5/1977 của Hội đồng Chính phủ; Pháp lệnh số 15/1999/PL-UBTVQH10, ngày 03/9/1999 về lao động công ích.

# CHÍNH SÁCH CHUYỂN DỊCH ĐẤT ĐAI THEO HƯỚNG TÍCH TỤ, TẬP TRUNG VÀ TÁC ĐỘNG<sup>1</sup>

**Bùi Hải Thiêm\***  
**Vũ Văn Huân\*\***

\* TS. Viện Nghiên cứu lập pháp thuộc Ủy ban thường vụ Quốc hội.

\*\* Viện Nghiên cứu lập pháp thuộc Ủy ban thường vụ Quốc hội.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Chuyển dịch đất đai; tích tụ ruộng đất; tập trung ruộng đất; dồn điền, đổi thửa; nông nghiệp bền vững.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 05/11/2019

Biên tập : 16/11/2019

Duyệt bài : 20/11/2019

## Article Infomation:

*Keywords:* land tranfer; arable land accumulation; arable land consolidation; arable land merging- arable land exchange; sustainabl agriculture.

*Article History:*

Received : 05 Nov. 2019

Edited : 16 Nov. 2019

Approved : 20 Nov. 2019

## Tóm tắt:

Việc chuyển dịch đất đai theo hướng tăng quy mô diện tích đất ở cấp độ người sử dụng đất có thể tăng hiệu quả sử dụng đất. Dư địa để tiếp tục phát triển nông nghiệp đang gặp phải "điểm nghẽn" là trần giới hạn về quy mô diện tích đất đai và phương thức sản xuất. Hai hình thức là tích tụ đất đai và tập trung đất đai, với tư cách là chính sách chuyển dịch đất đai giúp giải quyết điểm nghẽn này, nhằm tận dụng lợi thế về quy mô, biến đất đai thành yếu tố đầu vào của sản xuất hàng hoá lớn, ứng dụng khoa học-công nghệ, xây dựng mối liên kết giữa hộ nông dân và doanh nghiệp, phát triển dịch vụ, cắt giảm lực lượng lao động trong nông nghiệp. Bài viết này phân tích các góc nhìn hiện nay về hướng tích tụ và tập trung đất đai, và dựa trên kết quả nghiên cứu gần đây, chỉ ra một số nội dung đề xuất chính sách có khả năng nhận được mức độ ủng hộ như thế nào từ công chúng.

## Abstract

The land tranfer towards increasing land scale at the land user level may increase the efficiency of the land use. The potentiality for developments of agriculture is facing with a "bottleneck", that is the threshold of the land area and the production method. Two modalities, the land accumulation and land consolidation, are considered as a land tranfer policy helping to remove the mentioned bottleneck, to take advantages of large scale, to turn the land as an input of commodity production, to apply the science and technology, to establish a chain of farmers and enterprises, to develop the agricultural services, to decrease the labor force in agriculture sector. This article provides analysis of current perspectives on modalities of land accumulation and land consolidation, and based on the findings resulted from recent studies, also give out policy recommendations that may receive somewhat supports from the public.

1 Bài viết sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài khoa học cấp bộ ĐTCB.2017-26 “Hoàn thiện pháp luật về tích tụ đất nông nghiệp – Những vấn đề lý luận và thực tiễn” do TS. Bùi Hải Thiêm làm Chủ nhiệm.

### 1. Các quan niệm phổ biến hiện nay về tích tụ và tập trung ruộng đất

Các nhà Mác-xít cho rằng "tích tụ đất đai là quá trình tích tụ tư bản với đất đai là tư liệu sản xuất chính để mở rộng sản xuất và phát huy được lợi thế kinh tế theo quy mô". Giải nghĩa hiện tượng tích tụ và tập trung ruộng đất từ quan niệm Mác-xít, tác giả Vũ Trọng Khải cho rằng, thực chất tích tụ và tập trung ruộng đất là hình thái hiện vật của tích tụ và tập trung tư bản<sup>2</sup>. Cả hai hình thức tích tụ và tập trung ruộng đất đều là hình thức chuyển dịch đất đai theo hướng tăng quy mô diện tích ruộng đất được quyền sử dụng, nhằm khai thác lợi thế kinh tế theo quy mô (economy of scale) và áp dụng công nghệ hiệu quả, tạo ra các trang trại kinh doanh với quy mô lớn hơn. Sự khác biệt nằm ở đối tượng "chủ" nắm quyền sử dụng đất. Đối với tích tụ ruộng đất, quy mô ruộng đất của người "chủ" nắm quyền sử dụng đất tăng lên. Đối với tập trung ruộng đất, không có sự thay đổi về quy mô ruộng đất của những người "chủ" nắm quyền sử dụng đất. Tập trung ruộng đất là sự mở rộng quy mô diện tích ruộng đất do hợp nhất nhiều thửa đất lại, "chủ sở hữu" không thay đổi.

Hình thức tích tụ ruộng đất biểu hiện ở các mô hình giúp tăng diện tích ruộng đất của các hộ gia đình hoặc tổ chức kinh tế nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất (QSĐĐ) nông nghiệp từ các cá nhân, tổ chức kinh tế hoặc qua các mô hình góp vốn bằng quyền sử dụng đất có chuyển QSĐĐ giữa nông dân với doanh nghiệp, tức là làm thay đổi QSĐĐ

nông nghiệp của cá nhân, tổ chức kinh tế. Hình thức tập trung ruộng đất biểu hiện ở các mô hình giúp tăng diện tích mảnh ruộng hoặc tạo ra các quy trình canh tác đồng nhất mà không làm thay đổi QSĐĐ nông nghiệp của cá nhân, tổ chức kinh tế.

Tác giả Đỗ Kim Chung cho rằng tích tụ đất đai là "hành vi trong đó chủ thể sở hữu và sử dụng ruộng đất dùng các biện pháp khác nhau như mua, chuyển nhượng và các biện pháp khác nhằm tăng được quy mô ruộng đất mà mình sở hữu và sử dụng", còn tập trung đất đai là "quá trình làm tăng quy mô đất đai cho sản xuất kinh doanh hay mục đích nào đó nhưng không thay đổi quyền sở hữu hay quyền sử dụng của các chủ thể sở hữu và sử dụng ruộng đất"<sup>3</sup>. Tập trung ruộng đất được hiểu là "gom" nhiều mảnh đất hiện có thành mảnh đất, khu đất, cánh đồng có quy mô lớn, liền vùng, liền thửa, phục vụ cho sản xuất nông nghiệp, công nghiệp dịch vụ, bằng con đường thuê mướn hoặc liên kết sản xuất, kinh doanh, góp vốn QSĐĐ vào doanh nghiệp...

Về cơ bản, hai quan niệm này không khác nhau, nhưng khi vận dụng có sự khác biệt và ảnh hưởng khác nhau đến các học giả Việt Nam. Cả hai tác giả nêu trên đều đồng ý cho rằng, cơ chế thị trường là phương thức chủ yếu và quan trọng bậc nhất cho việc tích tụ ruộng đất. Tuy nhiên đối với tập trung đất đai, Vũ Trọng Khải quan niệm chủ yếu là phương thức sáp nhập và mua lại (merger and acquisition - M&A) trong khi Đỗ Kim Chung cho rằng có 03 phương thức chủ yếu

- 
- 2 Vũ Trọng Khải (2019), "Cần chuẩn hóa các khái niệm và thuật ngữ để thảo luận và hoàn thiện chính sách phát triển nông nghiệp ở nước ta hiện nay", Tạp chí Nông thôn Việt, 17/7/2019, <http://nongthonviet.com.vn/thoi-su/thoi-luan/201907/can-chuan-hoa-cac-khai-niem-va-thuat-ngu-de-thao-luan-va-hoan-thien-chinh-sach-phat-trien-nong-nghiep-o-nuoc-ta-hien-nay-bai-1-747618/>.
  - 3 Đỗ Kim Chung (2018), "Tích tụ và tập trung đất đai: Cơ sở lý luận và thực tiễn cho việc phát triển nông nghiệp hàng hoá tại Việt Nam", Tạp chí Khoa học Nông nghiệp Việt Nam 2018, 16(4): 412-424.



là (1) thuê quyền sử dụng đất; (2) góp vốn bằng quyền sử dụng đất; và (3) hợp tác, liên kết sản xuất. Để Kim Chung cho rằng, "dồn điền, đổi thửa" là một hình thức tập trung ruộng đất. Về điểm này, tồn tại các quan niệm khác nhau trong giới học giả Việt Nam. Tác giả Nguyễn Đình Bông và Nguyễn Thị Thu Hồng cho rằng, tích tụ đất đai là sự mở rộng quy mô diện tích đất đai do hợp nhất nhiều thửa lại, theo cơ chế thị trường, thông qua các hình thức giao dịch dân sự (chuyển nhượng QSDĐ, thừa kế, cho tặng QSDĐ)<sup>4</sup>. Cách hiểu này không đặt trọng tâm vào chủ sở hữu mà là cách thức tăng quy mô diện tích, tức là có phần đồng nghĩa với cách hiểu về tập trung đất đai của các học giả khác.

Theo quan niệm của Vũ Trọng Khải, việc "dồn điền, đổi thửa" không phải là một hình thức tích tụ và tập trung ruộng đất, vì nó không làm tăng qui mô ruộng đất của một nông hộ - trang trại gia đình, mà chỉ làm giảm số lượng thửa đất (số mảnh ruộng) của họ. Chúng tôi cho rằng cách nhìn này hợp lý hơn và lý giải tốt hơn các hiện tượng chuyển dịch đất đai theo hướng tập trung tốt hơn. Tác giả Hồ Xuân Hùng cũng nhìn nhận vấn đề dồn điền, đổi thửa theo hướng này khi lưu ý những vấn đề khiến cho người dân không ủng hộ chủ trương này, vì dồn điền đổi thửa chỉ lợi cho người nhiều ruộng, chứ không có lợi cho người ít ruộng; người chỉ sản xuất để bán có lợi, còn những lao động lấy công làm lãi thì không có lợi; cách dồn điền đổi thửa như hiện nay không làm tăng quy mô đất đai, có thể nảy sinh vấn đề không công bằng<sup>5</sup>. Hình thức hợp tác liên kết sản xuất theo mô hình cánh đồng mẫu lớn được Đỗ

Kim Chung và nhiều học giả xếp vào loại tập trung đất đai. Tuy nhiên, Vũ Trọng Khải cho rằng đây chỉ là hình thức tập trung sản xuất theo hướng chuyên môn hoá.

Sử dụng góc nhìn thị trường về chuyển dịch đất đai, Đặng Hùng Võ chỉ ra 3 hình thức tích tụ, tập trung ruộng đất: *một là*, dựa vào quy mô hộ gia đình dưới dạng trang trại lớn; *hai là*, hợp tác xã của nhiều hộ, trong đó có hợp tác xã nhóm hộ, hình thành mô hình hợp tác xã kiểu mới; *ba là*, doanh nghiệp và nông dân với nhiều hình thức hợp tác (hình thức này vẫn gặp một số vướng mắc, đặc biệt là mối quan hệ và độ tin cậy giữa doanh nghiệp - nông dân còn lỏng lẻo). Ông cho rằng doanh nghiệp cần xem trọng trách nhiệm xã hội lớn hơn lợi ích kinh tế và cần có sự trợ giúp nhất định đối với thị trường quyền sử dụng đất nông nghiệp để thị trường đất đai ở khu vực nông thôn trở nên minh bạch, hấp dẫn. Hoạt động tích tụ ruộng đất được thực hiện trên thị trường đất đai. Để có đất đai đáp ứng yêu cầu sản xuất, kinh doanh, nhà đầu tư có thể mua hay thuê quyền sử dụng đất (QSDĐ) theo nguyên tắc "thuận mua, vừa bán" hoặc thuê lại đất và trả địa tô cho người cho thuê đất.

Một điểm đáng lưu ý là tích tụ ruộng đất thông qua cơ chế thị trường đồng nghĩa với việc một bộ phận nông dân sẽ mất QSDĐ, đồng nghĩa với việc họ có nguy cơ bị bần cùng hóa rất cao. Tác giả Chu Văn Cấp cho rằng tích tụ ruộng đất dẫn đến phân hóa trong nông thôn vì xu hướng đất tập trung vào một số người dẫn đến sự mất cân bằng về thu nhập, dẫn đến tâm lý tiêu cực, tự ti trong một bộ phận người dân nông thôn,

4 Nguyễn Đình Bông-Nguyễn Thị Thu Hồng (2017), "Một số vấn đề về tích tụ, tập trung đất đai trong phát triển nông nghiệp và nông thôn hiện nay", Tạp chí Cộng sản, số 6-2017.

5 Hồ Xuân Hùng (2017), Một số giải pháp về tích tụ và tập trung đất đai, tại Hội thảo "Tích tụ ruộng đất: được và mất?" do Tạp chí Nông thôn Việt tổ chức ngày 29/5/2017 tại Thành phố Hồ Chí Minh.

từ đó dẫn đến hậu quả về mặt xã hội, đặt ra thách thức về chính trị-xã hội, giải quyết hài hoà mối quan hệ giữa công bằng và hiệu quả sử dụng đất<sup>6</sup>.

Tương đồng với quan điểm của Vũ Trọng Khải, tác giả Nguyễn Đỗ Anh Tuấn phân loại làm 03 hình thức tích tụ ruộng đất là (1) nông dân tích tụ ruộng đất thông qua nhận chuyển nhượng đất của nông dân khác; (2) doanh nghiệp tích tụ ruộng đất thông qua nhận vốn góp của nông dân bằng quyền sử dụng đất nông nghiệp; (3) doanh nghiệp tích tụ ruộng đất thông qua nhận chuyển nhượng đất của nông dân<sup>7</sup>. Trong khi đó, tác giả Trần Kim Chung và Đinh Ngọc Hà lại đưa ra 05 hình thức tích tụ đất đai trên thực tế diễn ra: (i) Lập trang trại từ việc thuê đất công với đất tư, nhận chuyển nhượng, mượn hoặc được giao, được thừa kế, cho tặng... để hình thành trang trại có quy mô từ nhỏ đến lớn; (ii) Dồn điền, đổi thửa để phát triển kinh tế nông hộ, có dịch vụ của hợp tác xã nông nghiệp; (iii) Hộ tự nguyện góp đất, vốn mua máy lập tổ hợp tác sản xuất, Nhà nước hỗ trợ vốn để mua máy, thực hiện cơ giới hóa nông nghiệp nhằm tăng hiệu quả cho từng hộ theo mức tích tụ đất và vốn của mỗi hộ; (iv) Hình thức hộ nông dân góp vốn cổ phần bằng đất để sản xuất - kinh doanh như những cỗ đồng (ngành mía đường, cà phê, cao su); (v) Một bộ phận nông dân tự chuyển nhượng ruộng đất cho nhau khi không còn nhu cầu sản xuất hay không có khả năng sản xuất nông nghiệp hoặc sản xuất không hiệu quả.

## 2. Tác động của một số vấn đề chính sách đất đai đối với phát triển nông nghiệp

Nhân tố nào là trở ngại lớn nhất cho các doanh nghiệp đầu tư vào phát triển nông nghiệp? Theo kết quả điều tra của đề tài nghiên cứu khoa học<sup>8</sup>, câu trả lời nhận được nhiều nhất là thiếu vốn, lợi nhuận thấp (44.3%); xếp thứ hai là môi trường kinh doanh nông nghiệp chứa nhiều rủi ro (18.4%); thứ 3, không có quyền sở hữu tư nhân về đất đai cũng là một lý do được nhiều người lựa chọn (16.9%); và cuối cùng, 7.3% người trả lời nghĩ rằng thiếu đất là trở ngại lớn cho việc đầu tư vào phát triển nông nghiệp<sup>9</sup>. Một vài lý do khác cũng được đưa ra là chưa có ý tưởng rõ ràng cho việc phát triển nông nghiệp một cách hiện đại và hiệu quả, dẫn đến rủi ro thất bại cao, lực lượng lao động còn ít...

Trong chính sách đất đai, giao đất, cho thuê đất là nội dung rất quan trọng. Theo quy định của Luật Đất đai 2013, đa phần các trường hợp khi giao đất, cho thuê đất nông nghiệp đối với cá nhân, hộ gia đình và các tổ chức đều có thời hạn không quá 50 năm; cho thuê đất thuộc quỹ đất nông nghiệp sử dụng vào mục đích công ích của xã, phường, thị trấn là không quá 5 năm (Điều 126). Nghiên cứu tác động của quy định này đối với việc đầu tư của các doanh nghiệp vào phát triển nông nghiệp, 62.2% người trả lời cho rằng việc quy định thời hạn giao đất, cho thuê đất nông nghiệp không quá 50 năm khiến nhà đầu tư không yên tâm và đầu tư lâu dài, dễ nảy sinh tâm lý xã hội bất ổn khi sắp hết

6 Chu Văn Cấp (2017), "Những tác động của quá trình tích tụ, tập trung ruộng đất và một số giải pháp", Tạp chí Cộng sản, số 7-2017.

7 Nguyễn Đỗ Anh Tuấn (2017), "Tích tụ, tập trung ruộng đất nông nghiệp: các hình thức và giải pháp", Tạp chí Cộng sản, số 8-2017.

8 Đề tài tổ chức cuộc điều tra xã hội tại 07 tỉnh thành phố trên phạm vi cả nước với đối tượng là công chức, viên chức, hộ gia đình nông dân, doanh nghiệp với số phiếu điều tra sử dụng là 700.

9 Báo cáo kết quả điều tra, trang 8.

thời hạn giao đất, cho thuê đất, ngược lại 24.2% không đồng tình với quan điểm này và 12.6% không có ý kiến<sup>10</sup>. Như vậy, kết quả điều tra gợi ý rằng quy định hiện nay về thời gian giao đất, cho thuê đất nông nghiệp có khả năng là nguyên nhân gây ra tính kém hấp dẫn của môi trường kinh doanh trong nông nghiệp.

Đối với hình thức giao đất, cho thuê đất, thực tế diễn ra 04 hình thức chủ yếu là giao đất không thu tiền, giao đất có thu tiền, thuê đất trả tiền hàng năm và thuê đất trả tiền một lần cho cả thời gian thuê. Theo quy định tại Điều 54 Luật Đất đai 2013, hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối được Nhà nước giao đất trong hạn điền thì không thu tiền sử dụng đất. Nghiên cứu tác động của quy định này cho thấy phần lớn người trả lời (62%) cho rằng việc Nhà nước giao đất trong hạn điền cho cá nhân, hộ gia đình trực tiếp sản xuất nông nghiệp, không thu tiền sử dụng đất như hiện nay là không hiệu quả, gây lãng phí, không bình đẳng trong sản xuất nông nghiệp, bên cạnh 23.3% không đồng ý và 12.4% không có ý kiến<sup>11</sup>. Thực tế cho thấy nhiều hộ gia đình khi không có nhu cầu sử dụng thì vẫn giữ đất như một vật "bảo hiểm" hoặc chờ thu lợi từ chính sách đền bù khi Nhà nước thu hồi, nên bỏ hoang đất, không giao lại cho Nhà nước, gây lãng phí đất đai và làm mất cơ hội sử dụng đất của một số chủ thể khác như cá nhân sinh sau thời điểm giao đất, các doanh nghiệp muốn đầu tư vào nông nghiệp nhưng thiếu quỹ đất.

Thị trường quyền sử dụng đất nông nghiệp đóng vai trò quan trọng đối với việc

thực hiện chính sách chuyển dịch đất đai. Kết quả nghiên cứu cho thấy, yếu tố cản trở việc tích tụ đất nông nghiệp để sản xuất quy mô lớn được đa số người trả lời (66%) đồng ý, là do mức độ hoạt động của thị trường quyền sử dụng đất nông nghiệp còn chậm. Tuy nhiên, 41.1% người trả lời cho rằng việc cho phép tích tụ đất nông nghiệp vượt hạn điền hiện nay để sản xuất quy mô lớn có thể dẫn đến hệ quả lớn nhất là đầu cơ ruộng đất thu lợi bất chính sẽ trở nên khó kiểm soát, làm gia tăng bất bình đẳng, trong khi 38.2% e ngại rằng điều này sẽ dẫn đến tình trạng nông dân mất đất, thất nghiệp, gây nên bất bình đẳng xã hội<sup>12</sup>. Ngoài ra, cũng có ý kiến cho rằng chính quyền sẽ không đủ sức xây dựng và kiểm soát nông trường sản xuất tập trung, ngược lại, có người cho rằng nếu có quy hoạch hợp lý, cơ chế kiểm soát tốt, phù hợp, quản lý tốt, sử dụng đúng mục đích thì có thể mang lại kết quả tích cực.

Đối với vấn đề hạn mức giao đất, nhận quyền sử dụng đất nông nghiệp (hạn điền), việc nhận diện đây có phải là nguyên nhân then chốt, cản trở chủ yếu đối với sự phát triển của nông nghiệp hay không là một câu hỏi nghiên cứu quan trọng. Theo quy định tại Điều 129 và 130 của Luật Đất đai 2013, tổng đất trồng cây hàng năm (cả được giao và nhận chuyển nhượng QSDĐ qua các hình thức khác nhau) của mỗi hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp chỉ dưới 22 ha đến dưới 33 ha. Đứng trên quan điểm phát triển nền nông nghiệp hiện đại quy mô lớn, nhiều người cho rằng quy định hạn điền như hiện nay là cản trở tích tụ ruộng đất phát triển nông nghiệp quy mô lớn, là không phù hợp vì số hộ làm nông nghiệp càng càng có

10 Báo cáo kết quả điều tra, trang 9.

11 Báo cáo kết quả điều tra, trang 10.

12 Báo cáo kết quả điều tra, trang 11.

xu hướng giảm. Trên thực tế ở vùng Đồng bằng sông Cửu Long có nhiều hộ đã phát triển với quy mô rất lớn vượt mức hạn điền.

Nghiên cứu về quyền của các chủ thể đối với đất đai cho thấy có tồn tại sự khác biệt. Cụ thể là cá nhân, hộ gia đình có nhiều quyền hơn so với tổ chức kinh tế, người nước ngoài và doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Chẳng hạn đối với đất trồng lúa, doanh nghiệp, hộ gia đình và cá nhân không trực tiếp sản xuất nông nghiệp thì không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng quyền sử dụng đất trồng lúa mà chỉ cá nhân, hộ gia đình nông nghiệp mới có quyền này. Đánh giá tác động của các quy định này cho thấy nhiều người đứng từ góc độ mong muốn tạo sự bình đẳng về quyền giữa các chủ thể. Đa số người trả lời (60.4%) đồng ý rằng việc các tổ chức kinh tế không có nhiều quyền liên quan đến chuyển nhượng quyền sử dụng đất như cá nhân, hộ gia đình là một sự bất bình đẳng, chưa khuyến khích doanh nghiệp đầu tư vào nông nghiệp, ngược lại, cũng có 23.5% người trả lời phản đối quan điểm này và 13.8% không có ý kiến<sup>13</sup>.

Nhìn chung, kết quả nghiên cứu gợi ý rằng Luật đất đai hiện nay còn tồn tại nhiều vấn đề liên quan đến việc quy định hạn mức nhận chuyển quyền sử dụng đất, quy định thời hạn giao đất, cho thuê đất, gây trở ngại cho việc tích tụ đất nông nghiệp để sản xuất quy mô lớn và khó khăn cho việc đầu tư của các doanh nghiệp, những điều này chính là nguyên nhân cản trở nông nghiệp phát triển bền vững, hiện đại.

### **3. Một số đề xuất chính sách chuyển dịch đất đai và mức độ ủng hộ**

Trên cơ sở đánh giá tác động của một số vấn đề chính sách đất đai đối với sự phát triển nông nghiệp bền vững, hiện đại, chúng tôi đã có 6 đề xuất chính sách đối với việc sửa đổi Luật đất đai 2013, và khảo sát mức độ ủng hộ nói chung, với tư cách là các chỉ dấu đo lường tính khả thi của các đề xuất đó như sau:

*Thứ nhất*, nhằm khắc phục hạn chế, bất cập nảy sinh khi thực hiện giao đất không thu tiền, Luật Đất đai sửa đổi nên quy định duy nhất một hình thức là cho thuê đất (land lease). Với đề xuất chính sách này; theo đó, các hộ gia đình, cá nhân, tổ chức kinh tế đã được giao đất dù thu tiền hay không thu tiền đều phải chuyển sang hình thức thuê đất. Có 56.5% người trả lời đồng ý với đề nghị này, 28.1% không đồng ý và 13.7% không có ý kiến<sup>14</sup>.

*Thứ hai*, về chính sách liên quan đến hạn điền, với quy định cứng như hiện nay, có một số quan điểm trái ngược. Bên cạnh 33.3% người trả lời nhận định rằng cần giữ nguyên quy định về hạn điền, có 31.7% cho rằng nên mở rộng hạn điền, và 28.8% cho rằng nên bãi bỏ hạn điền, thay bằng chính sách tài chính để điều tiết việc chuyển nhượng<sup>15</sup>. Quan điểm cho rằng cần bãi bỏ hạn điền cứng, thay bằng chính sách tài chính để kiểm soát đầu cơ tích trữ bằng giá tiền cho thuê đất sẽ linh hoạt, mềm dẻo hơn, phù hợp hơn với kinh tế thị trường, nhưng lại chưa nhận được nhiều sự ủng hộ từ số người tham gia khảo sát.

Những lợi điểm của việc áp dụng chính sách hạn điền "mềm" như người sản xuất có lợi vì tích tụ được ruộng đất cho sản xuất lớn, Nhà nước có lợi vì thu được thêm tiền thuê

13 Báo cáo kết quả điều tra, trang 12.

14 Báo cáo kết quả điều tra, trang 13.

15 Báo cáo kết quả điều tra, trang 13.

đất, từ đó sử dụng cho việc xây dựng hạ tầng phục vụ sản xuất nông nghiệp, nâng cao hiệu quả sản xuất, ngăn ngừa tình trạng suy thoái tài nguyên đất do khai thác quá mức. Nhiều người tham gia nghiên cứu đồng ý là Nhà nước nên thí điểm bãi bỏ hạn điền hoặc mở rộng hạn điền cho tích tụ đất nông nghiệp tại một số địa phương để đánh giá tác động trước khi sửa đổi Luật đất đai (82.4% trong tổng số 522 người trả lời câu hỏi này), số người không đồng ý hoặc không có ý kiến chiếm không đáng kể (5.7% và 10.9%).

*Thứ ba*, đề xuất chính sách bãi bỏ quy định cứng về thời hạn giao đất, cho thuê đất nông nghiệp như hiện nay. Có 49.9% người tham gia vào nghiên cứu đồng ý nên bãi bỏ quy định này, nhưng cũng có 36.7% cho rằng không nên bãi bỏ, và 12.1% không có ý kiến<sup>16</sup>. Với kết quả như vậy, có thể nói mức độ ủng hộ đối với đề xuất chính sách này là chưa rõ ràng.

*Thứ tư*, trước việc các tổ chức kinh tế, không có nhiều quyền liên quan đến chuyển nhượng quyền sử dụng đất như cá nhân, hộ gia đình sản xuất nông nghiệp, chúng tôi đã đề xuất chính sách tạo sự bình đẳng về quyền cho các chủ thể sử dụng đất nhằm thu hút nhiều hơn các chủ thể khác tham gia vào sử dụng đất có hiệu quả, thúc đẩy sự phát triển nông nghiệp và kinh tế-xã hội nói chung. Có 62.7% người trả lời nhất trí rằng Nhà nước cần xóa bỏ sự phân biệt về quyền cho các chủ thể sử dụng đất này, qua đó tạo sự bình đẳng, thúc đẩy sự phát triển của nông nghiệp. Tuy nhiên, vẫn có 26.2% người trả lời không đồng tình với đề xuất này, và 9.8% không có ý kiến<sup>17</sup>.

*Thứ năm*, đề xuất chính sách điều chỉnh quyền đối với các chủ thể sử dụng đất, nhất là một số quyền riêng của tổ chức, hộ gia đình và cá nhân sử dụng đất như quyền chuyển đổi và quyền chuyển nhượng. Có 55.9% ủng hộ đề xuất chính sách thay thế quyền chuyển đổi và quyền chuyển nhượng bằng một quyền duy nhất là quyền mua bán; điều này được mong đợi là sẽ tạo thuận lợi hơn cho tích tụ đất nông nghiệp. Ngược lại, 27.5% không có cùng quan điểm, và 14.3% không có ý kiến<sup>18</sup>.

*Thứ sáu*, đề xuất chính sách nhằm thúc đẩy sự phát triển của thị trường quyền sử dụng đất thông qua các biện pháp đẩy mạnh việc đăng ký và cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, đó là đơn giản hơn các thủ tục hành chính, hướng tới minh bạch hơn trong hoạt động này, giúp người dân dễ tiếp cận, tra cứu những thông tin liên quan đến đất nông nghiệp bằng việc Nhà nước công bố rộng rãi thông tin từng thửa đất trên mạng Internet. Đề xuất chính sách này được 71.4% người tham gia khảo sát đồng tình, chỉ có 17.9% không đồng ý và 9.4% không có ý kiến<sup>19</sup>.

Tóm lại, trước những vấn đề vẫn còn tồn tại trong chính sách đất đai hiện nay, việc sửa đổi Luật Đất đai lần này cần tạo thêm thuận lợi cho việc chuyển dịch đất đai phục vụ mục tiêu phát triển nông nghiệp bền vững, hiện đại. Một số đề xuất chính sách nhằm tạo sự thay đổi theo hướng này, bước đầu nhận được sự ủng hộ với chỉ dấu ngày càng tăng lên của công chúng, và là những căn cứ quan trọng để các nhà làm luật, làm chính sách cân nhắc, quyết định ■

16 Báo cáo kết quả điều tra, trang 14.

17 Báo cáo kết quả điều tra, trang 14.

18 Báo cáo kết quả điều tra, trang 15.

19 Báo cáo kết quả điều tra, trang 16.

# KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN MỘT SỐ QUY ĐỊNH CỦA LUẬT CÔNG CHỨNG

Nguyễn Khắc Cường\*

\* ThS. Văn phòng Đoàn đại biểu Quốc hội, HĐND và UBND thành phố Đà Nẵng.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Luật Công chứng; công chứng viên; tổ chức hành nghề công chứng.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 11/11/2019  
Biên tập : 16/11/2019  
Duyệt bài : 20/11/2019

## Tóm tắt:

Sau gần 5 năm thi hành, Luật Công chứng năm 2014 được xem là hành lang pháp lý quan trọng tạo thuận lợi cho các chủ thể tham gia xác lập, thay đổi, chấm dứt các giao dịch dân sự; góp phần không nhỏ trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cũng như hạn chế những tranh chấp, rủi ro phát sinh giữa các bên trong quan hệ giao dịch dân sự; qua đó, từng bước nâng cao ý thức chấp hành luật của các chủ thể; góp phần thúc đẩy sự phát triển kinh tế-xã hội. Tuy nhiên, bên cạnh những mặt được, nội dung Luật Công chứng vẫn còn những hạn chế nhất định cần được tiếp tục hoàn thiện.

## Article Information:

*Keywords:* Law on Notarization; notary; professional notary service provider

*Article History:*

Received : 24/10/2019  
Edited : 02/11/2019  
Approved : 04/11/2019

## Abstract

After nearly 5 years of enforcement, the Law on Notarization of 2014 is considered an important legal lobby to facilitate the participants to establish, amend and terminate civil transactions; providing significant contribution to the protection of legitimate rights and interests as well as limiting disputes and risks arising between the parties in civil transactions; thereby raising the sense of law observance of the subjects; to boost the socio-economic developments. However, there are a number of provisions under the Law on Notarization still has certain drawbacks that need to be further improved.

## 1. Một số hạn chế, bất cập của Luật Công chứng

Bên cạnh những mặt được, Luật Công chứng có một số hạn chế, bất cập sau đây:

### 1.1. Công chứng viên hướng dẫn tập sự

Khoản 3 Điều 11 Luật Công chứng năm 2014 (Luật Công chứng) quy định tổ chức hành nghề công chứng phân công công chứng viên hướng dẫn người tập sự; “Công

chứng viên hướng dẫn tập sự phải có ít nhất 02 năm kinh nghiệm hành nghề công chứng. Công chứng viên bị xử lý kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động hành nghề công chứng thì *sau 12 tháng kể từ ngày chấp hành xong* quyết định kỷ luật, *quyết định xử phạt vi phạm hành chính mới được hướng dẫn tập sự hành nghề công chứng...*”. Như vậy, sau 12 tháng kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt vi phạm hành chính thì

công chứng viên mới được hướng dẫn tập sự hành nghề công chứng. Quy định này chưa tương thích với Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (Luật Xử lý VPHC). Cụ thể là theo Điều 21 Luật Xử lý VPHC quy định về các hình thức xử phạt và nguyên tắc áp dụng thì có 05 hình thức xử phạt gồm: Cảnh cáo; Phạt tiền; Tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn; Tịch thu tang vật VPHC, phương tiện được sử dụng để VPHC; Trục xuất và khoản 1 Điều 7 của Luật Xử lý VPHC quy định thời hạn được coi là chưa bị xử lý vi phạm: “*Cá nhân, tổ chức bị xử phạt vi phạm hành chính, nếu trong thời hạn 06 tháng, kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt cảnh cáo hoặc 01 năm, kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt hành chính khác hoặc từ ngày hết thời hiệu thi hành quyết định xử phạt VPHC mà không tái phạm thì được coi là chưa bị xử phạt vi phạm hành chính*”. Nếu công chứng viên bị xử phạt VPHC bằng hình thức cảnh cáo thì theo quy định tại khoản 1 Điều 7 Luật Xử lý VPHC, công chứng viên trong thời hạn 06 tháng, kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt cảnh cáo, đương nhiên được coi là chưa bị xử lý VPHC. Do đó, việc quy định công chứng viên sau 12 tháng kể từ ngày chấp hành xong quyết định kỷ luật, quyết định xử phạt vi phạm hành chính mới được hướng dẫn tập sự hành nghề công chứng tại khoản 3 Điều 11 Luật Công chứng, là chưa thống nhất với quy định tại khoản 1 Điều 7 Luật Xử lý VPHC.

### 1.2. Những trường hợp không được bổ nhiệm công chứng viên

Những trường hợp không được bổ nhiệm công chứng viên được quy định tại

Điều 13 của Luật Công chứng. Khoản 3 Điều 13 Luật Công chứng quy định không bổ nhiệm đối với trường hợp người bị mất hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự mà không đề cập đến trường hợp người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi cũng thuộc đối tượng không bổ nhiệm công chứng viên. Do đó, nếu người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi nộp hồ sơ đề nghị bổ nhiệm công chứng viên thì hoàn toàn không có cơ sở pháp lý để từ chối hồ sơ vì Luật Công chứng chưa quy định không bổ nhiệm đối với trường hợp này. Trong khi đó, theo quy định thì người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi phải có người giám hộ<sup>1</sup> khi tham gia các giao dịch dân sự.

### 1.3. Ký, điểm chỉ trong văn bản công chứng

Khoản 2 Điều 48 Luật Công chứng quy định “*Việc điểm chỉ được thay thế việc ký trong trường hợp người yêu cầu công chứng, người làm chứng, người phiên dịch không ký được do khuyết tật hoặc không biết ký. Khi điểm chỉ, người yêu cầu công chứng, người làm chứng, người phiên dịch sử dụng ngón trỏ phải; nếu không điểm chỉ được bằng ngón trỏ phải thì điểm chỉ bằng ngón trỏ trái; trường hợp không thể điểm chỉ bằng hai ngón trỏ đó thì điểm chỉ bằng ngón khác và phải ghi rõ việc điểm chỉ đó bằng ngón nào, của bàn tay nào*”. Quy định này vẫn chưa bao quát hết trường hợp nếu người yêu cầu công chứng, người làm chứng, người phiên dịch bị cụt cả hai bàn tay không thể ký được và cũng không thể điểm chỉ được thì công chứng viên sẽ phải giải quyết tình huống này như thế nào khi mà Luật Công chứng vẫn chưa quy định cho trường hợp này. Do đó, đây được xem là “khoảng trống” trong quy định của Luật Công chứng.

1 Điểm d khoản 1 Điều 47 Bộ luật dân sự 2015.

### 1.4. Công chứng bản dịch

Khoản 3 Điều 61 Luật Công chứng quy định “Lời chứng của công chứng viên đối với bản dịch phải ghi rõ thời điểm, địa điểm công chứng, họ tên công chứng viên, tên tổ chức hành nghề công chứng; họ tên người phiên dịch; chứng nhận chữ ký trong bản dịch đúng là chữ ký của người phiên dịch; *chứng nhận nội dung bản dịch là chính xác, không vi phạm pháp luật, không trái đạo đức xã hội*; có chữ ký của công chứng viên và đóng dấu của tổ chức hành nghề công chứng”. Rõ ràng, quy định này vô hình trung đã “trói” trách nhiệm công chứng viên đối với nội dung bản dịch phải đảm bảo nội dung bản dịch là *chính xác, không vi phạm pháp luật, không trái đạo đức xã hội*. Quy định chưa khả thi và rất khó cho công chứng viên vì trên thực tế không phải công chứng viên nào cũng hiểu nội dung ngôn ngữ tiếng nước ngoài (các công chứng viên hiện nay chỉ có thể giỏi một hoặc hai ngoại ngữ đã là số ít) để xác định rằng có hay không nội dung bản dịch là *chính xác, không vi phạm pháp luật, không trái đạo đức xã hội*.

### 1.5. Công chứng việc sửa đổi, bổ sung, hủy bỏ hợp đồng, giao dịch

Tên tiêu đề và nội hàm Điều 51 Luật Công chứng quy định “*công chứng việc sửa đổi, bổ sung, hủy bỏ hợp đồng, giao dịch*” là chưa tương thích với quy định tại Điều 422 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS 2015). BLDS 2015 chỉ quy định sửa đổi, chấm dứt hợp đồng<sup>2</sup> và việc hủy bỏ hợp đồng chỉ là một trong những trường hợp thuộc chấm dứt hợp đồng. Hay nói cách khác, phạm vi và nội hàm khái niệm “chấm dứt hợp đồng” bao quát hơn so với khái niệm “hủy bỏ hợp đồng”. Cụ thể, Điều 422 BLDS 2015 quy

định chấm dứt hợp đồng trong các trường hợp sau: “1. Hợp đồng đã được hoàn thành; 2. Theo thỏa thuận của các bên; 3. Cá nhân giao kết hợp đồng chết, pháp nhân giao kết hợp đồng chấm dứt tồn tại mà hợp đồng phải do chính cá nhân, pháp nhân đó thực hiện; 4. *Hợp đồng bị hủy bỏ, bị đơn phương chấm dứt thực hiện*; 5. Hợp đồng không thể thực hiện được do đối tượng của hợp đồng không còn; 6. Hợp đồng chấm dứt theo quy định tại Điều 420 của Bộ luật này; 7. Trường hợp khác do luật quy định”. Mặt khác, Bộ luật Dân sự cũng không quy định “bổ sung hợp đồng”. Do đó, quy định tại Điều 51 Luật Công chứng rõ ràng chưa phù hợp với BLDS.

### 1.6. Miễn nhiệm công chứng viên

Điểm e khoản 2 Điều 15 Luật Công chứng quy định: “*Đã bị xử phạt vi phạm hành chính đến lần thứ hai trong hoạt động hành nghề công chứng mà còn tiếp tục vi phạm; bị xử lý kỷ luật bằng hình thức từ cảnh cáo trở lên đến lần thứ hai mà còn tiếp tục vi phạm hoặc bị kỷ luật buộc thôi việc*”. Căn cứ vào quy định này thì phải được hiểu rằng công chứng viên đã bị xử phạt VPHC hai lần mà còn tiếp tục vi phạm thì bị miễn nhiệm công chứng viên. Đây là quy định chưa phù hợp với Luật Xử lý VPHC, cụ thể khoản 1 Điều 7 quy định thời hạn được coi là chưa bị xử lý VPHC của Luật Xử lý VPHC: “*Cá nhân, tổ chức bị xử phạt vi phạm hành chính, nếu trong thời hạn 06 tháng, kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt cảnh cáo hoặc 01 năm, kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt hành chính khác hoặc từ ngày hết thời hiệu thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính mà không tái phạm thì được coi là chưa bị xử phạt vi phạm*

2 Điều 421 và Điều 422 Bộ luật Dân sự 2015.



*hành chính*". Do đó, sẽ là không phù hợp nếu một công chứng viên vi phạm đã bị xử phạt VPHC vào năm 2015, đến năm 2017 công chứng viên này cũng bị xử phạt VPHC trong hoạt động hành nghề của mình và năm 2018 cũng chính người này tiếp tục vi phạm cũng trong lĩnh vực công chứng thì bị miễn nhiệm công chứng viên nếu xét theo quy định tại điểm e khoản 2 Điều 15 Luật Công chứng.

### 1.7. Xử lý vi phạm đối với Văn phòng công chứng

Điều 72 Luật Công chứng quy định "*Tổ chức hành nghề công chứng vi phạm quy định của Luật này thì bị xử phạt vi phạm hành chính, nếu gây thiệt hại phải bồi thường theo quy định của pháp luật*". Như vậy, Điều 72 Luật Công chứng quy định 02 loại hình trách nhiệm đối với tổ chức hành nghề công chứng: Trách nhiệm hành chính và trách nhiệm dân sự. Tổ chức hành nghề công chứng bao gồm: Phòng công chứng và Văn phòng công chứng được tổ chức và hoạt động theo quy định của Luật này và các văn bản quy phạm pháp luật khác có liên quan<sup>3</sup>.

Khoản 1 Điều 22 Luật Công chứng quy định: "*Văn phòng công chứng được tổ chức và hoạt động theo quy định của Luật này và các văn bản quy phạm pháp luật khác có liên quan đối với loại hình công ty hợp danh*". Loại hình công ty hợp danh thuộc phạm vi điều chỉnh bởi Luật Doanh nghiệp năm 2014 (Luật Doanh nghiệp 2014)<sup>4</sup> và công ty hợp danh có tư cách pháp nhân<sup>5</sup>. Suy cho cùng, hoạt động của Văn phòng công chứng cũng nhằm hướng đến lợi nhuận và phân chia lợi nhuận giữa các thành viên hợp danh của

Văn phòng công chứng. Trên cơ sở những quy định trên, Văn phòng công chứng có thể được xem là một loại hình pháp nhân thương mại vì pháp nhân thương mại là pháp nhân có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận và lợi nhuận được chia cho các thành viên<sup>6</sup>. Và một khi Văn phòng công chứng được xem là một pháp nhân thương mại thì trách nhiệm không chỉ là trách nhiệm hành chính, trách nhiệm dân sự mà còn trách nhiệm hình sự, cụ thể tại Điều 74 Bộ luật Hình sự 2015 sửa đổi, bổ sung 2017 (BLHS 2015) pháp nhân thương mại phải chịu trách nhiệm hình sự về tội phạm quy định tại một trong các điều 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 200, 203, 209, 210, 211, 213, 216, 217, 225, 226, 227, 232, 234, 235, 237, 238, 239, 242, 243, 244, 245, 246, 300 và 324 của BLHS 2015. Do đó, Điều 72 Luật Công chứng chỉ quy định trách nhiệm hành chính và trách nhiệm dân sự cho Văn phòng công chứng là chưa tương thích với quy định của BLDS và BLHS.

## 2. Một số kiến nghị hoàn thiện Luật Công chứng

### 2.1. Công chứng viên hướng dẫn tập sự

Để đảm bảo sự tương thích giữa Luật Công chứng với Luật Xử lý VPHC, Luật Công chứng cần được sửa lại theo hướng sau: *Công chứng viên bị xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động hành nghề công chứng thì sau khi hết thời hạn được coi là chưa bị xử lý vi phạm hành chính theo quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính mới được hướng dẫn tập sự hành nghề công chứng.*

3 Khoản 5 Điều 2 Luật Công chứng.

4 Điều 1 Luật Doanh nghiệp.

5 Khoản 2 Điều 172 Luật Doanh nghiệp.

6 Khoản 1 Điều 75 Bộ luật Dân sự.

### 2.2. Những trường hợp không được bổ nhiệm công chứng viên

Khoản 3 Điều 13 Luật Công chứng chỉ quy định không bổ nhiệm đối với trường hợp người bị mất hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự mà không đề cập đến trường hợp có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi là chưa phù hợp với BLDS. Trường hợp người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi theo quy định phải có người giám hộ nên rõ ràng cần được quy định vào trường hợp không được bổ nhiệm công chứng viên. Do đó, quy định khoản 3 Điều 13 Luật Công chứng cần được sửa đổi theo hướng sau: *Không bổ nhiệm công chứng viên đối với người bị mất hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự và người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi.*

### 2.3. Ký, điểm chỉ trong văn bản công chứng

Người bị cụt một tay hay cả hai tay đều có quyền công dân như mọi người khác, đều có nhu cầu giao dịch trong các lĩnh vực đời sống, xã hội bình thường hằng ngày. Do đó, đảm bảo quyền cho những người bị cụt hai tay thực hiện được ý chí của mình trong giao dịch dân sự, khoản 2 Điều 48 Luật Công chứng quy định theo hướng sau: *Đối với những người không thể ký hoặc điểm chỉ do khuyết tật của cơ thể thì phải có 02 người làm chứng ký hoặc điểm chỉ vào văn bản công chứng để xác nhận ý chí của người yêu cầu công chứng trong giao dịch dân sự.*

### 2.4. Công chứng bản dịch

Nhằm đảm bảo tính thực tiễn và khả thi của quy định, Luật Công chứng nên sửa đổi quy định tại khoản 3 Điều 61 Luật Công chứng theo hướng công chứng viên chịu trách nhiệm chứng thực chữ ký của người dịch và nội dung bản dịch thì người dịch phải chịu trách nhiệm.

### 2.5. Công chứng việc sửa đổi, bổ sung, hủy bỏ hợp đồng, giao dịch

Luật Công chứng quy định “*bổ sung, hủy bỏ hợp đồng*” là chưa phù hợp và chưa bao quát so với quy định của BLDS vì hủy bỏ hợp đồng chỉ là một trong những trường hợp thuộc chấm dứt hợp đồng theo quy

định tại Điều 422 BLDS 2015. Mặt khác, BLDS cũng quy định “*sửa đổi hợp đồng*” mà không quy định “*bổ sung hợp đồng*”. Do đó, nhằm đảm bảo sự thống nhất với BLDS, Điều 51 Luật Công chứng cần được sửa đổi như sau: *công chứng việc sửa đổi, chấm dứt hợp đồng.*

### 2.6. Miễn nhiệm công chứng viên

Sửa đổi điểm e khoản 2 Điều 15 Luật Công chứng cho phù hợp quy định của Luật Xử lý VPHC, cụ thể công chứng viên bị miễn nhiệm khi: *Đã bị xử phạt vi phạm hành chính đến lần thứ hai trong hoạt động hành nghề công chứng trong thời hạn 01 (một) năm kể từ ngày chấp hành Quyết định xử phạt vi phạm hành chính lần đầu trong lĩnh vực công chứng mà còn tiếp tục vi phạm; bị xử lý kỷ luật bằng hình thức tước cảnh cáo trở lên đến lần thứ hai mà còn tiếp tục vi phạm hoặc bị kỷ luật buộc thôi việc.*

### 2.7. Xử lý vi phạm đối với Văn phòng công chứng

Pháp nhân thương mại cũng đã được quy định rõ tại Điều 75 BLDS 2015 và điều kiện chịu trách nhiệm hình sự; phạm vi chịu trách nhiệm hình sự cũng được quy định tại Điều 75 và Điều 76 BLDS 2015. Do đó, Điều 72 Luật Công chứng cần được sửa theo hướng sau: *Tổ chức hành nghề công chứng vi phạm quy định của Luật này thì bị xử phạt vi phạm hành chính, nếu gây thiệt hại phải bồi thường theo quy định của pháp luật. Đối với Văn phòng công chứng còn chịu phải trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật hình sự.*

Tóm lại, những hạn chế, bất cập trong các quy định của Luật Công chứng với những kiến nghị nêu trên cần được quan tâm giải quyết nhằm hoàn thiện Luật này; tạo một hành lang pháp lý hoàn chỉnh qua đó nâng cao hiệu quả công tác quản lý Nhà nước đối với hoạt động công chứng. Đồng thời tạo thuận lợi hơn cho các tổ chức hành nghề công chứng hoạt động, cũng như bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể tham gia giao dịch dân sự tại các tổ chức hành nghề công chứng ■

# PHƯƠNG THỨC GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP TRONG MẪU ĐIỀU KIỆN HỢP ĐỒNG FIDIC VÀ THỰC TIỄN ÁP DỤNG TẠI VIỆT NAM

**Nguyễn Mai Linh\***

\* ThS. GV. Trường Đại học Luật Hà Nội.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Hợp đồng xây dựng quốc tế FIDIC 2017, giải quyết tranh chấp, trọng tài, hoà giải, Luật Xây dựng năm 2014

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 24/10/2019  
Biên tập : 02/11/2019  
Duyệt bài : 04/11/2019

## Article Information:

*Keywords:* FIDIC International Construction Contracts of 2017; dispute resolution; arbitration; mediation; Law on Construction of 2014.

*Article History:*

Received : 24 Oct. 2019  
Edited : 02 Nov. 2019  
Approved : 04 Nov. 2019

## Tóm tắt:

Mẫu điều kiện Hợp đồng FIDIC là một trong những hợp đồng mẫu điển hình được ban hành bởi Hiệp hội tư vấn kỹ sư quốc tế, được nhiều nhà đầu tư, nhà thầu, kỹ sư từ tất cả các quốc gia trên thế giới ưa chuộng và sử dụng. Hiện nay các dự án xây dựng có yếu tố nước ngoài ở Việt Nam cũng đều sử dụng mẫu hợp đồng FIDIC, tuy nhiên, trong quá trình giải quyết tranh chấp, các bên trong hợp đồng thường bỏ qua một số điều khoản trong hợp đồng mẫu để đưa tranh chấp ra giải quyết trực tiếp bằng hình thức trọng tài. Ngoài ra, Việt Nam cũng chưa có nhiều dự án xây dựng sử dụng mẫu điều kiện phiên bản mới 2017 – Phiên bản Mẫu điều kiện Hợp đồng FIDIC có nhiều điểm mới trong cơ chế giải quyết tranh chấp nhằm hạn chế rủi ro và tranh chấp có thể xảy ra.

## Abstract

FIDIC forms of contract are the one of the typical model contracts issued by the International Federation of Consulting Engineers, which is favored and used by the investors, contractors, engineers from all countries in the world. Currently, the FIDIC forms of contract are used for several foreign construction projects in Vietnam. However, in the process of resolving disputes, the parties often ignore some terms of the contract and but apply directly to arbitration for the disputes. In additions, there are not many international construction projects using the new version of FIDIC 2017 - the version of the FIDIC forms of contract contains series of new changes in the dispute resolution mechanism to minimize risks and possible disputes.

## 1. Giới thiệu chung về Mẫu hợp đồng xây dựng quốc tế FIDIC

Hiệp hội Quốc tế các kỹ sư tư vấn (FIDIC)<sup>1</sup> là một tổ chức xã hội nghề nghiệp

1 Thuật ngữ tiếng Pháp được viết tắt từ (Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils).

của tất cả các kỹ sư tư vấn trên toàn thế giới, được thành lập năm 1913, có trụ sở chính tại Thụy Sĩ. Hiện nay, Hiệp hội FIDIC đã có số lượng thành viên rất lớn với 102 quốc gia thành viên tham gia<sup>2</sup>. Hiệp hội FIDIC đã sáng tạo ra mẫu hợp đồng cho các dự án xây dựng có yếu tố nước ngoài, một bộ mẫu hợp đồng được thiết kế khác nhau cho các dự án khác nhau, và phù hợp theo xu thế phát triển chung của các công trình đầu tư xây dựng có yếu tố nước ngoài. Mỗi cuốn sách quy định một lĩnh vực xây dựng cụ thể và các điều kiện của Hợp đồng mẫu sẽ tương ứng với các dự án đó, tạo điều kiện thuận tiện và linh hoạt cho chủ đầu tư, kỹ sư và nhà thầu tham khảo, soạn thảo khi lựa chọn hợp đồng phù hợp. Thông qua rất nhiều các dự án và phiên bản khác nhau, Hiệp hội FIDIC đã sáng tạo ra 8 mẫu hợp đồng cụ thể như sau:

(1) Hợp đồng áp dụng cho công trình thiết kế bởi Chủ đầu tư (Sách đỏ)<sup>3</sup>, có thể được sử dụng trong bất kỳ loại Hợp đồng xây dựng kỹ thuật nào; (2) Hợp đồng áp dụng cho nhà máy và công trình nhà thầu vừa thiết kế vừa thi công (Sách vàng)<sup>4</sup>, phù hợp với các dự án hợp đồng gộp một lần mà nhà thầu tham gia vào công việc thiết kế; (3)

Hợp đồng áp dụng cho công trình chìa khóa trao tay EPC<sup>5</sup>, được áp dụng cho các dự án chìa khóa trao tay của các cơ sở hạ tầng hoặc nhà máy quy mô lớn, nơi nhà thầu đảm nhận nhiều công việc và rủi ro hơn, trong khi sự tham gia của Chủ đầu tư là nhỏ (tài chính tư nhân hoặc tài chính của chính phủ), thời gian đầu tư xây dựng được xác định nghiêm ngặt; (4) Hợp đồng dạng ngắn gọn áp dụng cho công trình quy mô nhỏ<sup>6</sup>; (5) Mẫu Hợp đồng áp dụng cho công trình thiết kế - thi công - vận hành<sup>7</sup>, là hợp đồng kết hợp thiết kế, xây dựng và vận hành dài hạn (và bảo trì) của một cơ sở thành một hợp đồng duy nhất, được trao cho một nhà thầu duy nhất (thường sẽ là một liên doanh hoặc liên danh đại diện cho tất cả các ngành trong một thỏa thuận DBO); (6) Mẫu Hợp đồng thầu phụ<sup>8</sup>; (7) Mẫu Hợp đồng xây dựng cho công trình xây dựng và kỹ thuật do Chủ đầu tư thiết kế - Phiên bản hài hòa Ngân hàng phát triển đa phương<sup>9</sup>; (8) Mẫu hợp đồng cho các công trình ngầm<sup>10</sup>.

Đặc trưng của các Mẫu điều kiện Hợp đồng FIDIC là sự công bằng trong việc phân phối rủi ro giữa các chủ thể bên trong hợp đồng. Kể từ giai đoạn khởi đầu của dự án,

2 <http://fidic.org/about-us>, truy cập ngày 10/10/2019.

3 FIDIC Conditions of Contract for Construction - the New Red Book.

4 FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design/Build - New Yellow Book, <<http://fidic.org/books/plant-and-design-build-contract-2nd-ed-2017-yellow-book>>.

5 FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects - the Silver Book, <<http://www.khabexport.com/upload/Files/fidic-silver-book.pdf>> .

6 FIDIC Short Form of Contract - the Green Book, <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_emp/@emp\\_policy/@invest/documents/legaldocument/wcms\\_asist\\_9648.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_policy/@invest/documents/legaldocument/wcms_asist_9648.pdf)>.

7 Conditions of contract Design-Build Operate projects (DBO) The Golden Book”, <<http://pubdocs.worldbank.org/en/936071500059812029/GuidanceNotewastewatertreatment.docx>> .

8 Conditions of subcontract for construction - the Red Book Subcontract, <<http://fidic.org/books/construction-1999-red-book-subcontract-1st-ed-2011>>.

9 The Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer (MDB Harmonised Edition) - for bank financed projects only.

10 Conditions of Contract for Underground Works (2019 Emerald book), <<http://fidic.org/books/conditions-contract-underground-works-2019-emerald-book>>, truy cập ngày 10/10/2019.

những người soạn thảo hợp đồng sẽ phân tích rủi ro và xác định hình thức hợp đồng phù hợp nhất với mức độ rủi ro. Do đó, khi một bên chọn Mẫu điều kiện hợp đồng trong Cuốn sách đỏ thì người thụ hưởng sẽ phải chấp nhận rủi ro liên quan đến giá hợp đồng. Khi một bên quyết định áp dụng Mẫu điều kiện trong Cuốn sách vàng, thì bên đó sẽ tránh được rủi ro về giá hợp đồng, nhưng có thể mất quyền kiểm soát chất lượng của dự án.

Khi xây dựng, thiết kế mẫu hợp đồng, Hiệp hội FIDIC cũng tôn trọng các đặc thù riêng của từng dự án bằng cách đưa ra 2 loại điều kiện là Điều kiện chung (General Conditions)<sup>11</sup> và Điều kiện cụ thể (Special Conditions). Điều kiện chung là điều kiện khung cơ bản của hợp đồng quy định về các yếu tố quyền và nghĩa vụ của các bên, các vấn đề về bảo mật, an toàn lao động, luật áp dụng, giải quyết tranh chấp, miễn trách nhiệm... Điều kiện riêng là điều kiện phù hợp với từng dự án cụ thể, hay nói cách khác, là sự hài hoà của các điều kiện chung của hợp đồng FIDIC với luật pháp hiện hành điều chỉnh dự án xây dựng và đặc thù của dự án xây dựng. Mặc dù FIDIC đã cung cấp một hướng dẫn soạn thảo các điều kiện cụ thể để các bên không thay đổi việc phân chia rủi ro của dự án một cách công bằng, nhưng trên cơ sở lợi ích, hầu hết những người thụ hưởng hay người soạn thảo hợp đồng,

thường thay đổi đáng kể các điều khoản chung, do đó chuyển phần lớn rủi ro sang nhà thầu, thường dẫn đến tình huống các dự án bị trì hoãn và vượt quá ngân sách ban đầu được đặt ra<sup>12</sup>.

## 2. Phương thức giải quyết tranh chấp trong hợp đồng xây dựng quốc tế theo Mẫu điều kiện Hợp đồng FIDIC

Trong Mẫu điều kiện Hợp đồng FIDIC phiên bản 2017, cơ chế giải quyết tranh chấp đã có nhiều điểm mới so với các phiên bản trước đó, đặc biệt là phiên bản năm 1999. Sự thay đổi chủ yếu nhằm mục đích đơn giản hoá tranh chấp xây dựng có yếu tố nước ngoài và hướng các bên sử dụng các hình thức tranh chấp mang tính thay thế (Alternative dispute resolution - ADR) là Ban phân xử tranh chấp (Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB)), trọng tài và hoà giải.

### *Ban phân xử tranh chấp (Dispute Avoidance/Adjudication Board - DAAB)*

Ban phân xử tranh chấp là một mô hình giải quyết tranh chấp khá đặc thù trong Mẫu Hợp đồng FIDIC bởi sự phức tạp của các tranh chấp trong xây dựng quốc tế. Trong Hợp đồng FIDIC 2017, vai trò của Ban phòng ngừa tranh chấp/Ban phân xử tranh chấp được đề cao hơn và đi xa hơn tất cả các phiên bản trước đó.

### *Định nghĩa*

Các Hợp đồng FIDIC không có định

11 Trong lĩnh vực xây dựng, điều kiện chung của hợp đồng là những điều khoản quy định chung về trách nhiệm thực hiện hợp đồng giữa bên mời thầu và nhà thầu trúng thầu thực hiện hợp đồng. Điều kiện chung của hợp đồng là một bộ phận của hồ sơ mời thầu và đồng thời là một phần của hợp đồng được ký kết giữa bên mời thầu và nhà thầu trúng thầu. Xem Nguyễn Mai Linh, Hợp đồng xây dựng quốc tế Fidic và sự hài hoà hoá của pháp luật Việt Nam, Tạp chí điện tử dân chủ và pháp luật Bộ Tư pháp, ngày 5/10/2019, <<http://tcdclp.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/phap-luat-kinh-te.aspx?ItemID=299>>.

12 Bodea, Purnus, "FIDIC contracts: analysis of the impact of general and particular conditions on the financial risk management in Romanian infrastructure projects", Juridical Tribune, Volume 6, Issue 2, December 2016, tr. 167, <<http://www.tribunajuridica.eu/arhiva/An6v22/12%20Bodea.pdf>>.

nghĩa cụ thể thế nào là Ban phân xử tranh chấp hay Ban tranh chấp. Khái niệm này được Phòng thương mại quốc tế (ICC) định nghĩa: Ban tranh chấp là “một cơ quan thường trực bao gồm một hoặc ba thành viên. Thường được thành lập sau khi các bên trong hợp đồng trung hoặc dài hạn ký kết hoặc bắt đầu thực hiện hợp đồng. Ban tranh chấp được sử dụng để giúp các bên có thể ngăn ngừa hoặc vượt qua những mâu thuẫn hoặc tranh chấp phát sinh trong quá trình thực hiện hợp đồng. Mặc dù thường được sử dụng trong các dự án xây dựng, Ban tranh chấp cũng hiệu quả trong việc giải quyết tranh chấp trong các lĩnh vực khác. Những lĩnh vực đó bao gồm nghiên cứu và phát triển, sở hữu trí tuệ, hợp đồng phân chia sản phẩm và hợp đồng mua bán cổ phần”<sup>13</sup>. Ngoài ra, Ban phân xử tranh chấp còn được định nghĩa là (bao gồm) những chuyên gia có tính trung lập đối với các bên tranh chấp, được thành lập lúc bắt đầu dự án với mục đích giám sát quá trình xây dựng, khuyến khích ngăn ngừa tranh chấp và hỗ trợ các bên trong việc giải quyết tranh chấp trong quá trình thực hiện dự án<sup>14</sup>. Như vậy, Ban phân xử/Ban phòng ngừa tranh chấp là cơ quan được thành lập trước hoặc sau khi tranh chấp phát sinh, không chỉ giải quyết các tranh chấp phát sinh mà còn

đóng vai trò quan trọng trong quá trình đề phòng phát sinh tranh chấp.

### *Phân loại và thành viên DAAB*

Các phiên bản trước đó của Hợp đồng FIDIC có quy định khác nhau về hình thức của DAAB hoặc DAB<sup>15</sup>. Có hai hình thức, bao gồm DAB thường trực và DAB vụ việc<sup>16</sup>. Đối với Hợp đồng FIDIC 2017, DAAB sẽ được chỉ định ngay từ khi bắt đầu thực hiện Hợp đồng trong cả ba cuốn sách (Sách đỏ, vàng, bạc), trong vòng 28 ngày sau khi Nhà thầu nhận được Thư trao thầu (letter of acceptance), tức là theo hình thức thường trực. DAAB sẽ tham gia trong suốt thời gian triển khai dự án, các bên có thể yêu cầu DAAB hỗ trợ bất kỳ vấn đề nào liên quan đến hợp đồng xây dựng<sup>17</sup>. DAAB bao gồm một đến ba thành viên được chỉ định, ghi chú trong hợp đồng tại thời điểm các bên tham gia hợp đồng theo Hợp đồng FIDIC 2017, nhưng số lượng thành viên có thể nhiều hơn dựa trên quy mô dự án và thỏa thuận của cả hai bên<sup>18</sup>. Thành viên DAAB phải đảm bảo các tiêu chí là chuyên gia, hoặc thành viên của Hiệp hội FIDIC, hoặc Trọng tài viên, có trình độ chuyên môn và kiến thức pháp lý, có phong cách làm việc chuyên nghiệp và kinh nghiệm hơn 10 năm, có khả năng đọc, hiểu tài liệu hợp đồng xây

13 'Dispute Boards', International Chamber of Commerce, <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/>>, truy cập ngày 12/10/2019.

14 Romano Allione, Richard Appuhn, & James Perry, DRBF Administration & Practice Training Workshop, Milan, 21 June 2016, tr.10.

15 Hợp đồng FIDIC cuốn màu đỏ năm 1999 yêu cầu các bên phải thành lập DAB trong vòng 28 ngày kể từ ngày bắt đầu dự án. Hợp đồng FIDIC cuốn màu vàng và cuốn màu bạc lại chỉ yêu cầu các bên phải thành lập DAB sau 28 ngày kể từ ngày bên khởi kiện gửi thông báo ý định đưa tranh chấp lên DAB cho bên kia.

16 Một DAAB 'ad hoc' chỉ được chỉ định khi và khi có tranh chấp xảy ra, và sẽ giải tán ngay khi nó đưa ra quyết định về tranh chấp đó. DAAB thường trực vẫn tồn tại cho đến khi kết thúc dự án cho dù có bất kỳ tranh chấp nào được đề cập đến hay không. Xem Điều 21 Mẫu Hợp đồng FIDIC 2017 cuốn màu đỏ, vàng, bạc.

17 Điều 21 Mẫu Hợp đồng FIDIC 2017 cuốn màu đỏ, vàng, bạc.

18 Trong trường hợp DAAB có ba thành viên, mỗi Bên chỉ định một thành viên phải được Bên kia chấp thuận, sau đó các thành viên đó và các Bên đồng ý về thành viên thứ ba và đóng vai trò Chủ tịch DAAB. Xem Điều 21 Mẫu Hợp đồng FIDIC 2017 cuốn màu đỏ, vàng, bạc.

dựng, có trình độ tốt, đạo đức nghề nghiệp để đảm bảo các quyết định minh bạch, trung lập, khách quan và công bằng.

### *Thẩm quyền và giá trị quyết định của DAAB*

DAAB có thẩm quyền xem xét các tranh chấp liên quan hoặc phát sinh từ hợp đồng hoặc việc thi công công trình, bao gồm bất cứ tranh chấp nào liên quan đến việc chứng nhận, xác định, hướng dẫn, ý kiến hoặc đánh giá của Chủ đầu tư (đối với Hợp đồng FIDIC cuốn màu bạc) hoặc Nhà tư vấn (đối với Hợp đồng FIDIC cuốn màu đỏ và cuốn màu vàng). DAAB sẽ giải quyết các tranh chấp từ khiếu nại của các nhà thầu, chủ đầu tư trong quá trình triển khai dự án xây dựng. Quyết định của DAAB sẽ ràng buộc các bên cho đến khi tranh chấp này được đưa ra giải quyết trước trọng tài. Khác với các mẫu phiên bản trước, Mẫu Hợp đồng FIDIC 2017 quy định việc giải quyết tranh chấp của DAAB là bước giải quyết tranh chấp đầu tiên và bắt buộc các bên phải sử dụng, trước khi giải quyết tranh chấp bằng trọng tài<sup>19</sup>. Quyết định của DAAB có giá trị ràng buộc với các bên tranh chấp, các bên có nghĩa vụ bắt buộc phải tuân thủ nếu như không có thông báo không đồng ý ("un-satisfaction notice") về quyết định của DAAB<sup>20</sup>. Việc không tuân thủ quyết định của DAAB của một bên có thể gây thiệt hại cho bên còn lại và họ có thể yêu cầu bồi thường, bởi đây là

sự thoả thuận của tất cả các bên, do đó, bất kỳ sự không tuân thủ nào cũng thể hiện sự vi phạm hợp đồng<sup>21</sup>. Các bên không được khuyến khích sửa đổi mẫu FIDIC 2017, bởi sự mặc định về vai trò quan trọng và thiết thực của DAAB.

Ngoài chức năng giải quyết tranh chấp, DAAB còn có thể hỗ trợ hoặc thảo luận không chính thức về bất kỳ mâu thuẫn, bất đồng nào có thể phát sinh giữa các bên<sup>22</sup>. Trong trường hợp này, FIDIC quy định rằng, các bên và bản thân DAAB không phải chịu sự ràng buộc bất kỳ ý kiến và quan điểm nào<sup>23</sup>. Mỗi thành viên DAAB luôn sẵn sàng để cung cấp những hỗ trợ không chính thức khi các bên yêu cầu, và quá trình này không thể chỉ được bắt đầu bởi một bên mà bởi yêu cầu chung của các bên. Như vậy, DAAB có một vai trò khá tích cực trong giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, vai trò phòng ngừa tranh chấp thì phụ thuộc chủ yếu vào sự hiện diện thường trực của DAAB, khi họ làm quen với tiến trình của công trình xây dựng và có được sự tin tưởng của các bên, trước khi có tranh chấp phát sinh, và có thể được gọi để lấy ý kiến, hoặc họp theo ý chí chung của các bên.

### *Phương thức hoà giải*

Bên cạnh phương thức giải quyết tranh chấp của DAAB thì Mẫu Hợp đồng FIDIC cũng cung cấp các phương thức khác là hoà

19 Stephenson Harwood, (2018), "Dispute resolution under FIDIC 2017", <<http://www.shlegal.com/insights/dispute-resolution-under-fidic-2017>>, truy cập ngày 14/10/2019.

20 M. Sirbu, Dispute Resolution Procedure within the Fidic Contracts. Legal Characteristics of the Decision of Dispute Adjudication Board, 2015 Conf. Int'l Dr. 283 (2015), tr.286.

21 M. Sirbu, Dispute Resolution Procedure within the Fidic Contracts. Legal Characteristics of the Decision of Dispute Adjudication Board, 2015 Conf. Int'l Dr. 283 (2015), tr.286.

22 Điều 21.3 Điều kiện Hợp đồng FIDIC 2017.

23 Eugenio Zoppis, DAAB and Dispute Resolution Under the 2017 FIDIC Forms of Contract, Centre for Construction Law and Dispute Resolution King's College, London, <[https://www.researchgate.net/publication/329238426\\_DAAB\\_and\\_Dispute\\_Resolution\\_under\\_the\\_2017\\_FIDIC\\_Forms\\_of\\_Contract/link/5bfe4c7d92851c78dfaff882/download](https://www.researchgate.net/publication/329238426_DAAB_and_Dispute_Resolution_under_the_2017_FIDIC_Forms_of_Contract/link/5bfe4c7d92851c78dfaff882/download)>, truy cập ngày 16/10/2019.

giải và trọng tài. Hoà giải là một trong các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế mà Mẫu Hợp đồng FIDIC khuyến khích các bên sử dụng. Nếu một trong các bên không đồng thuận về quyết định giải quyết tranh chấp của DAAB thì các bên có thể đưa tranh chấp ra hoà giải. Hoà giải có thể được sử dụng theo thỏa thuận hợp đồng, hoặc có thể theo sự đồng ý của cả hai bên sau khi tranh chấp xảy ra. Hoà giải viên được các bên thỏa thuận lựa chọn, họ là một kỹ sư có uy tín hoặc những người có kinh nghiệm trong lĩnh vực xây dựng và đầu tư quốc tế. Hoà giải viên tham gia vào việc giải quyết tranh chấp của các bên bằng cách giám sát việc trao đổi thông tin và quá trình đàm phán của các bên, giúp các bên tìm thấy điểm chung và giải quyết những vướng mắc, mâu thuẫn. Hoà giải viên cũng có thể đưa ra các giải pháp giải quyết tranh chấp và hỗ trợ soạn thảo một thỏa thuận hoà giải. Nếu không đạt được thỏa thuận, các bên có thể sử dụng các phương thức giải quyết tranh chấp khác. Thời gian giải quyết hòa giải bắt buộc đã giảm từ 56 ngày xuống còn 28 ngày theo Hợp đồng FIDIC 2017. Nếu trong trường hợp một trong hai bên không tuân thủ quyết định của DAAB, thì các bên có thể thỏa thuận chuyển trực tiếp việc giải quyết tranh chấp đến trọng tài và thời gian giải quyết hòa giải sẽ không được áp dụng<sup>24</sup>. Nhìn chung, phương thức hoà giải trong các mẫu Hợp đồng FIDIC chỉ đóng vai trò khuyến khích các bên sử dụng trước khi đưa tranh chấp ra trọng tài.

### *Phương thức trọng tài*

Trong lĩnh vực xây dựng quốc tế, khi xảy ra tranh chấp hợp đồng giữa chủ đầu tư và nhà thầu, tranh chấp sẽ được đề xuất cho chủ sở hữu hoặc kiến trúc sư trước, nếu hợp đồng không cung cấp một phương thức giải quyết tranh chấp khác, thì tiếp theo và cuối cùng là giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Phương thức giải quyết tranh chấp trong Mẫu Hợp đồng FIDIC 2017 có sự thay đổi lớn so với các phiên bản trước đó, đặc biệt là thay đổi về cơ sở để trọng tài có thẩm quyền giải quyết tranh chấp theo Mẫu Hợp đồng FIDIC. Chỉ khi bước giải quyết tranh chấp bởi DAAB không thành công, thì các bên mới có quyền đưa tranh chấp ra giải quyết bằng trọng tài. Tiếp đó, FIDIC đã hợp tác với Phòng Thương mại quốc tế ICC, để trọng tài ICC (Toà án Trọng tài quốc tế) là Trung tâm trọng tài có thẩm quyền duy nhất xét xử các tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng FIDIC<sup>25</sup>. Theo đó, các tranh chấp liên quan đến Hợp đồng FIDIC, khi sử dụng trọng tài để giải quyết tranh chấp, các bên sẽ phải tuân theo các quy tắc của ICC. Quyết định của ICC là quyết định cuối cùng và ràng buộc đối với các bên tranh chấp, các bên có nghĩa vụ tuân theo quyết định của trọng tài ICC, quyết định này không thể bị hủy theo Hợp đồng FIDIC. Sự hợp tác với FIDIC là một cột mốc quan trọng của ICC khi trở thành nhà cung cấp dịch vụ giải quyết tranh chấp hàng đầu

24 Điều 21.7 Hợp đồng FIDIC cuốn màu vàng.

25 Điều 21.5, Hợp đồng FIDIC cuốn màu bạc và đó có quy định: “Trừ phi tranh chấp được giải quyết bằng hòa giải, còn bất kỳ tranh chấp nào liên quan đến quyết định của Ban xử lý tranh chấp (nếu có) chưa phải là cuối cùng và ràng buộc đều phải được giải quyết bởi trọng tài quốc tế. Ngoại trừ có những thỏa thuận khác bởi hai bên: (a) tranh chấp phải được giải quyết xong theo các Quy tắc trọng tài của Phòng Thương mại quốc tế, (b) tranh chấp phải được giải quyết bởi ba trọng tài được chỉ định theo các Quy tắc này, và việc giải quyết tranh chấp của trọng tài phải được thực hiện bằng ngôn ngữ giao tiếp được quy định trong khoản 1.4”.



về xây dựng và kỹ thuật có yếu tố quốc tế<sup>26</sup>.

Như vậy, trong các phương thức giải quyết tranh chấp theo Mẫu Hợp đồng FIDIC nói chung và phiên bản 2017 đều không sử dụng phương thức Toà án, bởi các chuyên gia trong lĩnh vực xây dựng quốc tế nhận định rằng, việc giải quyết tranh chấp bằng Toà án sẽ không phù hợp với lĩnh vực xây dựng quốc tế, một lĩnh vực phức tạp, để tránh mất nhiều thời gian và bí mật kinh doanh của các bên.

### 3. Thực tiễn áp dụng mẫu điều kiện hợp đồng FIDIC về giải quyết tranh chấp tại Việt Nam

Mẫu Hợp đồng FIDIC đã được áp dụng tại Việt Nam trong rất nhiều dự án xây dựng, đặc biệt là các dự án xây dựng có yếu tố nước ngoài, các dự án mà Việt Nam vay vốn từ ngân sách của JICA (Cơ quan Hợp tác quốc tế Nhật Bản), WB (Ngân hàng thế giới) và các tổ chức quốc tế khác... Các bên sử dụng Mẫu Hợp đồng FIDIC như một cuốn cẩm nang nền tảng trong việc soạn thảo hợp đồng và điều chỉnh phù hợp với đặc thù của dự án để đưa ra bản hợp đồng cuối cùng. Các hợp đồng dựa trên việc tham khảo mẫu Hợp đồng FIDIC đều phải phù hợp với các quy định của pháp luật trong nước, đó là Luật Xây dựng năm 2014 và các văn bản hướng dẫn kèm theo. Mặc dù có rất nhiều dự án xây dựng đã và đang sử dụng Mẫu Hợp

đồng FIDIC, nhưng có thể nói rằng, kiến thức về Hợp đồng FIDIC dường như chưa được phổ biến đầy đủ tại Việt Nam, đặc biệt là các phiên bản mới<sup>27</sup>... dẫn đến nhiều vấn đề trong giải quyết tranh chấp bị ảnh hưởng kéo dài và một số thủ tục không được sử dụng, các bên thường bỏ qua. Cụ thể:

*Thứ nhất, về việc lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp bởi DAAB*

Như đã trình bày ở trên, có ba phương thức giải quyết tranh chấp mà Hợp đồng FIDIC cung cấp cho các bên, tuy nhiên khi ở Việt Nam, các bên tranh chấp sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp DAB/DAAB không thực sự hiệu quả và không được đánh giá cao. Lý do là có ít chuyên gia về xây dựng có kiến thức và kinh nghiệm về Hợp đồng FIDIC tại Việt Nam, việc tìm được thành viên DAB phù hợp gặp nhiều khó khăn và tốn nhiều thời gian. Văn hoá giải quyết tranh chấp ở Việt Nam không thiên về các cơ chế giải quyết tranh chấp thay thế. Quyết định của DAB thường không được các bên tôn trọng và điều khoản DAB ở Việt Nam là không bắt buộc nên các bên thường bỏ qua thủ tục DAB để đưa thẳng tranh chấp ra trọng tài<sup>28</sup>. Tuy nhiên, phiên bản 2017 đã yêu cầu thủ tục DAAB là thủ tục bắt buộc trước khi giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, vì thế trong tương lai, các dự án xây dựng có yếu tố nước ngoài tại Việt Nam sẽ phải sử dụng thủ tục giải quyết tranh

26 <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-decide-daab-challenges-2017-fidic-contracts/>, truy cập ngày 17/10/2019.

27 JICA, The Socialist Republic of Viet Nam Project for Capacity Enhancement in Cost Estimation, Contract Management, Quality and Safety in Construction Investment Projects, 2018, < [http://open\\_jicareport.jica.go.jp/pdf/12306437.pdf](http://open_jicareport.jica.go.jp/pdf/12306437.pdf)>, truy cập ngày 17/10/2019.

28 Lưu Tiến Dũng, “Đề xuất về cách tiếp cận mới đối với quy trình giải quyết tranh chấp trong Hợp đồng EPC tại Việt Nam” Tài liệu Hội thảo Giải quyết hiệu quả các tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng tổng thầu EPC – Khởi thông tắc nghẽn tại các Dự án trọng điểm của Việt Nam, Tp. Hồ Chí Minh, ngày 19 tháng 04 năm 2019.

chấp bởi DAAB. Trong vấn đề này, Hiệp hội Tư vấn xây dựng Việt Nam (Vecas) gia nhập FIDIC từ năm 1997 có vai trò trong việc hỗ trợ nâng cao kiến thức về FIDIC cho các kỹ sư và có thể cung cấp nhân lực kỹ sư là thành viên của DAAB.

*Thứ hai, thực tiễn giải quyết tranh chấp bằng phương thức trọng tài*

Ở Việt Nam, Trung tâm trọng tài thường xuyên tham gia giải quyết tranh chấp hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài là Trung tâm trọng tài VIAC. Theo thống kê của Trung tâm trọng tài Việt Nam VIAC, số lượng các vụ kiện trong lĩnh vực xây dựng liên tục tăng, từ 10% năm 2014 lên 15% năm 2016, 23,8% năm 2017<sup>29</sup>, và đến năm 2018 là 14%<sup>30</sup>. Tuy nhiên, các bên trong hợp đồng sẽ phải đối diện với một quy định mới trong mẫu Hợp đồng FIDIC 2017, là việc giải quyết tranh chấp tại Trọng tài ICC. Việc giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài ICC mà Hợp đồng FIDIC 2017 đưa ra có thể sẽ cản trở đến quá trình giải quyết tranh chấp bằng trọng tài tại Việt Nam, bởi các lý do chi phí tố tụng, thời gian, tính phức tạp. Lựa chọn giải quyết tranh chấp tại trọng tài VIAC sẽ giảm bớt nhiều gánh nặng cho các bên tranh chấp thay vì phải lựa chọn trọng tài ICC. Có thể, đây cũng là nguyên nhân tại sao các dự án xây dựng có yếu tố nước ngoài ở Việt Nam vẫn sử dụng phiên bản mẫu hợp đồng FIDIC 1999. Vai trò của Trọng tài ngày càng quan trọng hơn, vì thế, các chuyên gia trong lĩnh vực hợp đồng xây dựng quốc tế ở Việt

Nam cần có biện pháp, hành động cụ thể để các bên tham gia hợp đồng nhận thức được những ưu điểm nổi bật và sử dụng các phiên bản FIDIC mới, nhằm hạn chế rủi ro trong quá trình giải quyết tranh chấp.

*Thứ ba, vấn đề phổ biến nội dung Mẫu Hợp đồng FIDIC ảnh hưởng đến việc giải quyết tranh chấp trong hợp đồng xây dựng quốc tế*

Luật Xây dựng năm 2014 có hiệu lực từ 1/1/2015 và Nghị định số 37/2015/NĐ-CP đã quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng. Trước đó, Nghị định số 48/2010/NĐ-CP quy định về Hợp đồng trong hoạt động xây dựng cũng đã khuyến khích các bên sử dụng Mẫu Hợp đồng FIDIC. Mặc dù Mẫu Hợp đồng FIDIC được đánh giá là mẫu hợp đồng sử dụng nhiều tại Việt Nam, nhưng do chưa có sự am hiểu chuyên sâu, dẫn đến các bên chủ thể không thể tận dụng tối đa những ưu điểm của mỗi mẫu hợp đồng phù hợp với đặc thù riêng của dự án. Hệ quả là việc nhà thầu và chủ đầu tư lựa chọn sai mẫu hợp đồng, không phù hợp với dự án sẽ dẫn đến nhiều tranh chấp phát sinh, khó giải quyết, đình trệ trong quá trình triển khai dự án. Như vậy, các giải pháp tăng cường phổ biến nội dung, kiến thức về Hợp đồng FIDIC là thực sự cần thiết. Hoạt động này không chỉ có ý nghĩa đối với việc ký kết hợp đồng, mà còn có vai trò quan trọng phòng ngừa rủi ro, tranh chấp xảy ra khi các bên sử dụng đúng các điều khoản giải quyết tranh chấp trong Mẫu Hợp đồng FIDIC ■

29 VIAC, “Thống kê tình hình giải quyết tranh chấp tại VIAC năm 2017”, 23/03/2018, <<http://viac.vn/thong-ke/thong-ke-tinh-hinh-giai-quyet-tranh-chap-tai-viac-nam-2017-a1141.html>>, truy cập ngày 20/12/2019.

30 VIAC, Báo cáo thường niên năm 2018, <<http://www.viac.vn/images/annual%20reports/Bao-cao-hoat-dong--2018.pdf>> truy cập ngày 20/10/2019.



