

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



Số 13 (269)

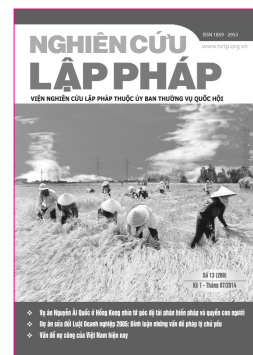
Kỳ 1 - Tháng 07/2014

- ❖ Vụ án Nguyễn Ái Quốc ở Hồng Kong nhìn từ góc độ tài phán hiến pháp và quyền con người
- ❖ Dự án sửa đổi Luật Doanh nghiệp 2005: Bình luận những vấn đề pháp lý chủ yếu
- ❖ Vấn đề nợ công của Việt Nam hiện nay



# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Mục lục 7/2014

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Vụ án Nguyễn Ái Quốc ở Hồng Kong nhìn từ góc độ tài phán hiến pháp và quyền con người

**ThS. Trần Kiên**

- 10** Cơ chế thực hiện quyền hành pháp của Chính phủ theo quy định của pháp luật

**Nguyễn Phước Thọ**

- 18** Cụ thể hóa quy định của Hiến pháp về tổ chức và hoạt động của Hội đồng bầu cử Quốc gia

**PGS, TS. Vũ Hồng Anh**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 21** Dự án sửa đổi Luật Doanh nghiệp 2005: bình luận những vấn đề pháp lý chủ yếu

**PGS, TS. Ngô Huy Cường**

- 30** Quy định về tổng hợp hình phạt và thực tiễn áp dụng Bộ luật Hình sự

**ThS. Nguyễn Thị Hương**

### CHÍNH SÁCH

- 38** Vấn đề nợ công của Việt Nam hiện nay

**TS. Nguyễn Đức Kiên**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 50** Hoàn thiện pháp luật về thủ tục giải quyết khiếu nại hành chính

**ThS. Mai Văn Dẫn – ThS. Lê Minh Tùng**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Những nguyên tắc cơ bản của các bộ luật dân sự trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam

**ThS. Lê Nguyễn Gia Thiện – Lê Nguyễn Gia Phúc**

### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

### TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

### TRỤ SỞ:

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

### THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

### PHÁT HÀNH:

HÀ NỘI: 080-43364

### TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Mùa gặt

Ảnh: ST

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

## Legis 7/2014

### STATE AND LAW

- 3** The case of Nguyen Ai Quoc in Hong Kong viewed from the perspective of constitutional review and human rights  
**LLM. Tran Kien**
- 10** Mechanism for implementation of the executive power of the Government according to the law  
**Nguyen Phuoc Tho**
- 18** To concretize the provisions of the Constitution on the organization and operation of the National Electoral Council  
**Prof, Dr. Vu Hong Anh**

### DISCUSSION OF BILLS

- 21** Amendment project to the Law on Enterprises 2005: Comment of the major legal issues  
**Prof, Dr. Ngo Huy Cuong**
- 30** Provisions of augmenting the penalties and the application of the Penal Code  
**LLM. Nguyen Thi Huong**

### POLICIES

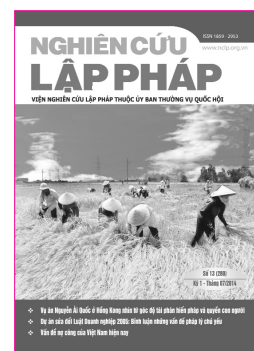
- 38** Public debt issues in Vietnam today  
**Dr. Nguyen Duc Kien**

### LEGAL PRACTICE

- 50** To improve the laws on the procedure for resolving administrative complaints  
**LLM. Mai Van Duan – LLM. Le Minh Tung**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 57** The basic principles of the Civil Codes around the world and experiences for Vietnam  
**LLM. Le Nguyen Gia Thien – Le Nguyen Gia Phuc**



### EDITORIAL:

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

### EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

### OFFICE:

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

### DESIGN:

HOANG NHI

### LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

### DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

### ACCOUNT NUMBER:

0011000467735  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING  
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

# VỤ ÁN NGUYỄN ÁI QUỐC Ở HỒNG KONG

## Nhìn từ góc độ tài phán hiến pháp và quyền con người

TRẦN KIÊN\*

Vụ án Nguyễn Ái Quốc ở Hồng Kong là một sự kiện lịch sử quan trọng đối với Việt Nam, dù vụ việc xảy ra và được giải quyết ở nước ngoài. Vụ án này đã được nghiên cứu và giới thiệu một cách rộng rãi từ góc độ chính trị, lịch sử đấu tranh giải phóng dân tộc. Tuy nhiên, từ góc độ luật pháp và tố tụng, vụ việc này liên quan chủ yếu các vấn đề về quyền con người, nơi tòa án đã áp dụng các quy định về tài phán hiến pháp, tuyên hủy các quyết định bắt giữ và trục xuất được lập một cách trái luật, góp phần bảo vệ một cá nhân trước sự lạm quyền của các cơ quan công quyền. Vụ án Nguyễn Ái Quốc cho thấy, trong một nền dân chủ dù chỉ tương đối như Hong Kong thuộc địa vào những năm 1930, nhưng khi tòa án được độc lập, pháp luật được thượng tôn, luật sư chuyên nghiệp, tận tâm và trung thành với lợi ích của thân chủ thì quyền con người sẽ được bảo vệ.

### 1. Chế định tài phán hiến pháp của Vương quốc Anh<sup>1</sup>

Judicial review, *giám sát tư pháp* hay còn được gọi là *tài phán hiến pháp* là một chế định cho phép cá nhân, tổ chức bị tác động bởi một quyết định, hay hành vi và thậm chí là văn bản lập quy của cơ quan hành pháp hay quyết định một cơ quan tài phán cấp thấp được quyền khởi kiện văn bản lập quy, quyết định, hay hành vi đó ra trước tòa án thông thường - cơ quan tư pháp để xem xét tính hợp pháp (legality), hợp lý (rationality) và đúng trình thủ tục (procedural propriety) của các văn bản, quyết định hay hành vi đó.

Giám sát tư pháp có một lịch sử lâu dài, ở Anh, án lệ *Entick v Carrington* từ những năm 1765 đã khẳng định nguyên tắc bó buộc chính quyền phải hành xử và quyết định theo đúng các quy định của pháp luật. Và sau đó, chế định này dần dần được củng cố và phát triển qua thời gian. Người Anh, theo bước chân chinh phục, đã mang cả truyền thống pháp luật của mình đến các vùng đất mới như Mỹ, Úc, New Zealand, Singapore, Hồng Kong.v.v.. Tòa án Tối cao Hoa Kỳ vận dụng khéo léo thẩm quyền tư pháp được trao trong bản Hiến pháp thành văn đầu tiên của thế giới 1787 đã khéo léo nâng tầm judicial review từ giám sát tư pháp thông thường đối với nhánh hành pháp, thành tài phán hiến

\* **Nghiên cứu sinh Đại học Glasgow, Vương quốc Anh.**

<sup>1</sup> Tài phán hiến pháp của Vương quốc Anh, bởi vào năm 1931, Hong Kong vẫn là thuộc địa của Vương quốc Anh cho nên luật của Anh được áp dụng tại đây.

pháp áp dụng cho cả luật của Quốc hội<sup>2</sup>. Có lẽ lấy cảm hứng từ chế định này, các quốc gia khác dần dần kiến tạo ra các mô hình bảo hiến khác sử dụng Tòa án Hiến pháp và Hội đồng Hiến pháp độc lập<sup>3</sup>.

Giám sát tư pháp hay tài phán hiến pháp được xây dựng dựa trên nền tảng lý thuyết về sự phân quyền giữa các quyền lập pháp, hành pháp, và tư pháp cũng như vai trò của cơ chế kiểm chế đối trọng giữa các cơ quan thực thi các quyền nêu trên. Chế định này được coi là cơ sở cốt lõi của chế độ pháp quyền, mà một trong các mục đích chủ chốt là để bảo vệ quyền con người khỏi sự xâm phạm của công quyền<sup>4</sup>. Ở Anh, giám sát tư pháp cũng là chế định quan trọng nhất mà cá nhân có thể sử dụng để bảo vệ các quyền con người của mình theo các Công ước châu Âu về nhân quyền và Đạo luật Nhân quyền 1998. Điều này do bởi trong đa số các trường hợp, các quyết định, hành vi bị khởi kiện đều là các quyết định, hành vi xâm phạm các quyền tự do cá nhân của một chủ thể, đặc biệt phổ biến là việc tạm giữ trái luật (quyền tự do thân thể) hay quyết định trưng mua bắt buộc (xâm phạm quyền tư

hữu). Giám sát tư pháp ở Anh có một số đặc điểm sau<sup>5</sup>:

*Thứ nhất*, giám sát tư pháp của tòa án chỉ có đối tượng là các văn bản quy phạm pháp luật<sup>6</sup>, quyết định hoặc hành vi của Chính phủ và các cơ quan công quyền khác, cũng như quyết định của các tòa án hoặc cơ quan tư pháp cấp dưới có liên quan. Điều này là do lý thuyết và tập quán Hiến pháp ở Anh nhấn mạnh nguyên tắc cho rằng, Nghị viện Anh là cơ quan quyền lực tối cao (The Supremacy of the Parliament), do đó, luật của Nghị viện ban hành không thể là đối tượng bị tòa án xem xét<sup>7</sup>. Bởi vậy, căn cứ để tòa xem xét đơn khiếu nại là văn bản lập quy, quyết định hoặc hành vi của Chính phủ là có hợp pháp hay không? Hay nói cách khác, chúng có phù hợp với các đạo luật của Nghị viện hay không, chứ không phải là chúng có hợp hiến hay không, như ở Mỹ<sup>8</sup>.

*Thứ hai*, tòa án có thẩm quyền áp dụng chế định giám sát tư pháp ở Anh là Tòa Cấp cao (High Court), cụ thể là Tòa Hành chính (Administrative Court) của phân tòa Queen's Bench, theo thủ tục dân sự (Civil Procedure Rules CFR 54.12 (7)). Đây thực

2 Xem vụ án nổi tiếng *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

3 Tòa án Hiến pháp đầu tiên được quy định trong Hiến pháp Áo năm 1920. Hội đồng Hiến pháp đầu tiên có lẽ thuộc về Pháp với Bản Hiến pháp của nền Đế quốc cộng hòa năm 1958.

4 Khairil Azmin Mokhta & Siti Aliza Binti Alias, *The Role of Judicial Review in Malaysia as a tool of check and balance under the doctrine of separation of powers*, trang 2 và Li-Ann Thio, *Beyond the Four Walls in an Age of Transnational Judicial Conversations: Civil Liberties, Rights Theories and Constitutional Adjudication in Malaysia and Singapore* (2006) 19(2) *Columbia Journal of Asian Law* 436-437.

5 Dù bắt nguồn từ Anh nhưng do ảnh hưởng to lớn của truyền thống Hiến pháp Hoa Kỳ, từ nguyên Judicial review thường được dịch là Tài phán Hiến pháp. Để xem một nghiên cứu công phu về chế định tài phán hiến pháp trên thế giới, xem Ban Biên tập Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, *Mô hình tổ chức và hoạt động của Hội đồng Hiến pháp một số nước trên thế giới (Sách tham khảo)* (2013). [http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT\\_TAILIEU/Attachments/1215/Ban-thao-sachHDHP\\_-\\_17052013.pdf](http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_TAILIEU/Attachments/1215/Ban-thao-sachHDHP_-_17052013.pdf) lên mạng ngày 16/02/2014.

6 Hay còn gọi là *delegated legislation*; *secondary source*.

7 Hiện nay đang có tranh luận cho rằng, tòa án có thể xem xét các đạo luật của Nghị viện bị xem là vi phạm quyền con người theo các công ước quốc tế về quyền con người hoặc luật của Liên minh châu Âu. Lập luận này dựa một phần vào câu chữ của luật khi quy định đối tượng của giám sát tư pháp là các enactments, vốn bao hàm cả legislation (luật của Nghị viện). Tuy nhiên, quan điểm này chưa thật sự nhận được sự ủng hộ mạnh mẽ để trở thành một tập quán hiến pháp vững chắc.

8 Một trong các lý do của thực tiễn này cũng có thể ở chỗ nước Anh không có một bản văn hiến pháp đơn nhất, tập hợp đầy đủ các nguyên tắc hiến pháp quan trọng nhất. Nhiều người cho rằng Anh không có Hiến pháp thành văn (Written Constitution). Thật ra Anh không có Hiến pháp đơn nhất hay hợp nhất (Codified Constitution). Còn rất nhiều các quy định Hiến pháp đã được pháp điển hóa trong các đạo luật của Nghị viện.

chất vẫn là tòa án thông thường áp dụng thủ tục dân sự thông thường, do ở Anh không sự tồn tại nhánh Tòa Hành chính độc lập chuyên xét xử các vụ án hành chính như ở Pháp, Đức hay Việt Nam.

*Thứ ba*, căn cứ để khiếu nại có thể là: sự bất hợp pháp (illegality) ví dụ như quyết định do người không có thẩm quyền ban hành, hay quyết định dựa trên sự nhận định sai về một điều luật; hoặc do sự bất hợp lý (irrationality), trong trường hợp quyết định được đưa ra *trái với những tiêu chuẩn logic hoặc đạo đức thông thường đến mức độ mà không một người bình thường nào sẽ đưa ra một quyết định tương tự cả*<sup>9</sup>. Và căn cứ cuối cùng là thủ tục ban hành có sai sót (procedural impropriety)<sup>10</sup>.

*Thứ tư*, tòa án có thể áp dụng một trong các chế tài trong vụ kiện về giám sát tư pháp:

- Các chế tài chuyên biệt (preogative orders) bao gồm: lệnh hủy bỏ (quashing order hay là certiorari) theo đó tòa tuyên hủy toàn bộ văn bản, quyết định; lệnh bắt buộc thực hiện (mandatory order hay là mandamus) theo đó, tòa buộc một cơ quan phải thực hiện một hành vi nhất định; lệnh cấm thực hiện (prohibiting order hay là prohibition), tòa cấm một cơ quan được thực hiện một hành vi nào đó bị xem là trái luật; lệnh phóng thích (habeas corpus) theo đó, tòa ra lệnh mang người đang bị tạm giam, tạm giữ trình diện trước tòa với ý nghĩa rằng người này phải được thả<sup>11</sup>.

- Các chế tài theo thông luật (common law remedies) bao gồm các Lệnh cấm (injunctions) và Tuyên bố về quyền (declaration). Các tuyên bố về quyền xác nhận quyền và nghĩa vụ của một chủ thể, và không mang tính chất cưỡng bách ai làm hay không làm việc gì.

- Các chế tài phạt tiền (pecuniary remedies) bao gồm bồi thường thiệt hại (damages) và hoàn trả (restitution)<sup>12</sup>.

Do vậy, không có gì ngạc nhiên khi không chỉ ở các quốc gia chịu ảnh hưởng của pháp luật Anh quốc, mà ở nhiều quốc gia khác, giám sát tư pháp hay tài phán hiến pháp đã được minh thị quy định như một chế định quan trọng trong Hiến pháp. Ví dụ như Hiến pháp Malaysia, Chương về quyền con người, tại Điều 5(1) minh thị trao cho tòa án thường quyền ra lệnh phóng thích khi một người bị tạm giữ trái phép bởi chính quyền.

## 2. Vụ án Nguyễn Ái Quốc và các vấn đề về giám sát tư pháp<sup>13</sup>

Ngày 01/06/1931, Nguyễn Ái Quốc (Nguyễn) dưới tên gọi Sung Man Cho cùng với một người phụ nữ Việt Nam khác tên là Li Sam<sup>14</sup> bị cảnh sát Hồng Kông bắt, bởi nghi ngờ họ vi phạm các quy định của đạo luật Seditious Publications Ordinance 1914, Sắc lệnh về truyền bá ấn phẩm kích động bạo loạn. Tuy nhiên, việc bắt giữ không dựa trên bất kỳ lệnh chính thức nào<sup>15</sup>, cũng như không có bất kỳ tài liệu kích động bạo loạn

9 Xem vụ *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1947] 2 All ER 680.

10 Xem lập luận của thẩm phán Lord Diplock trong vụ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.

11 Xem thêm Arifin Zakaria, *The relation between constitutional review organs, governments and the ordinary judiciary – Malaysian perspective in Clauspeter Hill (ed), Constitutional Review and Separation of powers: Sixth conference of Asian Constitutional Court Judges 2009 (Konrad-Adenauer-Stiftung 2009) 23-27.*

12 Richard Harwood & Wald, *Overview of Judicial Review (Thirty Nine Essex Street 2010) 63-73* <[http://www.39essex.com/docs/articles/overview\\_of\\_judicial\\_review.pdf](http://www.39essex.com/docs/articles/overview_of_judicial_review.pdf)> lên mạng ngày 16/02/2014.

13 Phần này chỉ tập trung vào phân tích các vấn đề pháp luật có liên quan đến vụ việc, đặc biệt là quy định và thủ tục tố tụng.

14 Trong bài viết này, tên gọi Sung Man Cho được giữ nguyên cho phù hợp với quyết định của Tòa án.

15 Duncanson, "Ho Chi Minh in Hong Kong, 1931-1932" (1974) 57 *China Quarterly* 84 at 89.

nào được cảnh sát xuất trình làm chứng cứ. Bị can cũng không được đưa ra trước tòa như yêu cầu của các quy định trong sắc lệnh<sup>16</sup>.

Sau khi bị bắt, Nguyễn bị cảnh sát liên tục thẩm vấn, đôi khi có cả sự hiện diện của cảnh sát Pháp. Quá trình thẩm vấn diễn ra mà không có luật sư biện hộ bên cạnh. Các câu hỏi thẩm vấn cũng vượt quá phạm vi cho phép theo quy định.

Ngày 12/06/1931, Nguyễn Ái Quốc tiếp tục bị giam, lần này theo lệnh bắt chính thức dựa trên quy định của đạo luật Deportation Ordinance (Sắc lệnh về Trục xuất) 1917, được sửa đổi vào các năm 1919 và 1931<sup>17</sup>. Lệnh trục xuất này được đưa ra theo yêu cầu của Bộ thuộc địa Vương quốc Anh.

Ngày 31/07/1931, F.C.Jenkin K.C, một luật sư tranh tụng theo sự chỉ định của luật sư tư vấn Loseby - đại diện chính thức cho Nguyễn Ái Quốc<sup>18</sup> - đâm đơn kiện ra trước Tòa án Tối cao Hồng Kong (Supreme Court), yêu cầu tòa án áp dụng lệnh Habeas Corpus, phóng thích Nguyễn bởi lý do các cơ quan chức năng Hồng Kong đã bắt giữ người trái phép (không có lệnh bắt, không xuất trình được chứng cứ chứng minh hành vi vi phạm); và vi phạm trình tự tố tụng (irregularity) khi trong quá trình thẩm vấn đã không mời luật sư biện hộ bảo vệ cho Nguyễn<sup>19</sup>. Lập luận này được tòa chấp nhận. Tòa ra lệnh Rule Nisi - lệnh giải trình, yêu cầu giám đốc nhà tù nơi giam giữ Nguyễn xuất trình trước tòa để tranh biện với luật sư

trước khi tòa áp dụng Lệnh phóng thích. Một phiên tòa toàn thể (full court) được ấn định vào ngày 14/08/1931.

Ngày 06/08/1931, Toàn quyền Anh tại Hồng Kông ra lệnh trục xuất Nguyễn Ái Quốc theo Điều 3 khoản 2 của Sắc lệnh về Trục xuất 1917<sup>20</sup>. Đồng thời trong lệnh trục xuất, Toàn quyền cũng ấn định một chiếc thuyền được sử dụng để trục xuất Nguyễn Ái Quốc về lại Đông Dương vào 18/08/1931. Lệnh được đưa ra dựa trên các lời khai thu được tại các phiên thẩm vấn Nguyễn do cảnh sát Hồng Kông tiến hành trước đó.

Ngày 14/08/1931, phiên tòa đầy đủ được diễn ra với sự hiện diện của các bên đương sự. Tòa chấp nhận các lập luận biện hộ của luật sư bào chữa, cho rằng lệnh bắt là hoàn toàn trái luật, quá trình thẩm vấn diễn ra không đúng trình tự thủ tục (không có luật sư và câu hỏi đặt ra cho bị can cũng vượt quá phạm vi nội dung cảnh sát được quyền hỏi căn cứ theo bản chất của vụ việc và nội dung của lệnh bắt)<sup>21</sup>. Do vậy, lệnh trục xuất đầu tiên theo Điều 3(2) ngày 06/08/1931 buộc Nguyễn phải lên một con tàu chỉ định để quay về Đông Dương cũng bị vô hiệu theo, bởi lệnh trục xuất này dựa trên lệnh bắt và lời khai thu được từ lệnh bắt trước đó<sup>22</sup>. Do hiệu lực của ý kiến này, Li Sam (người phụ nữ bị bắt cùng Nguyễn) được tòa phóng thích vào ngày 20/08/1931.

Ngay trong khi phiên tòa đang diễn ra và biết được quan điểm của tòa về các lệnh

16 K.R.Handley & K.Lemercier, *Ho Chi Minh and the Privy Council (2008) Law Quarterly Review 1.*

17 Rất có thể lệnh bắt này được đưa ra dựa trên lời khai của Nguyễn trong lúc bị thẩm vấn.

18 Chú ý ở Anh và các nước ảnh hưởng của Anh có sự phân biệt giữa luật sư tư vấn (solicitor) và luật sư tranh tụng (barrister).

19 Duncanson, "Ho Chi Minh in Hong Kong, 1931-1932" (1974) 57 *China Quarterly* 94.

20 Có sự mâu thuẫn giữa phần tóm tắt và nội dung chính trong bản án về Điều luật. Trong phần tóm tắt thì ghi đây là Điều 3A(1). Có vẻ phần tóm tắt ghi đúng điều luật hơn bởi theo nội dung của Đạo luật Trục xuất 1917, thì Điều 3 (2) mới là điều có cụm từ "conductive to the public good" chứ không phải là điều 3(1)(c) như thẩm phán trích dẫn trong phần nội dung chính của bản án. Xem thêm tại <http://oelawhk.lib.hku.hk/items/show/1312> lên mạng ngày 18/02/2014.

21 Có thể hiểu là trong lệnh bắt sẽ có phần ghi rõ bị can bị bắt theo luật này. Cảnh sát chỉ được đặt các câu hỏi để làm rõ xem bị can có vi phạm các quy định đó hay không? Chứ không được mở rộng sang cả các vấn đề khác.

22 *Sung Man Cho v Superintendent of Prisons Hong Kong (1931-32) 25 H.K.L.R. 62 (PC (HK)) paras 62-64.*



bắt và trục xuất cũ sẽ bị tuyên vô hiệu, ngày 15/08/1931, Toàn quyền Anh ở Hồng Kông ra lệnh trục xuất thứ hai, lần này dựa vào Điều 3 khoản 1 điểm C của Sắc lệnh về Trục xuất 1917<sup>23</sup>. Lệnh này cho phép sử dụng các câu hỏi khác, thủ tục khác, trình tự khác để tiến hành thẩm vấn Nguyễn. Nhận được Lệnh trục xuất mới, tòa án tiếp tục yêu cầu Tổng Chương lý (Attorney General), người đại diện cho chính quyền Hồng Kông trước tòa, tiếp tục trình bày lý do bảo vệ tính hợp pháp của Lệnh trục xuất mới này vào ngày 24/08/1931<sup>24</sup>. Đứng trước Lệnh trục xuất mới, luật sư biện hộ đã đưa ra một loạt quan điểm phản đối như sau:

Một người chỉ có thể bị trục xuất bởi một lệnh duy nhất;

Không thể tồn tại hai lệnh trục xuất đối với cùng một người;

Lệnh trục xuất theo Điều 3(1)(c) chỉ có thể được đưa ra trong trường hợp đặc biệt và khi nó có ích cho lợi ích công cộng;<sup>25</sup>

Lệnh đã được đưa ra tại một buổi họp không được triệu tập đúng thể thức;

Lệnh này xâm phạm nguyên tắc một người không thể bị truy tố hai lần vì cùng một hành vi (autrefois convict);

Lệnh trục xuất, đi kèm với việc chỉ định tàu trục xuất có điểm đến cụ thể (Đông Dương) là một lệnh dẫn độ trá hình, nhằm mục đích giao nộp một người tị nạn chính trị;

Nếu như Sắc lệnh (trục xuất) có điều khoản cho phép giao nộp những người tị nạn vì mục đích chính trị, thì nó là sự mâu thuẫn với Luật về dẫn độ (Extradiction Acts);

Lệnh phóng thích (habeas corpus) cấm việc bắt lại một người vì cùng một lý do sau

khi người đó đã được phóng thích. Và Nguyễn phải được xem là đã được phóng thích theo lệnh (habeas corpus) bởi tòa đã tuyên vô hiệu các lệnh bắt và trục xuất đầu tiên;

Bắt giữ một người đang bị giam giữ trái phép cũng là trái phép, ngay cả khi lệnh bắt giữ đó là có giá trị<sup>26</sup>;

Ngoài ra, luật sư biện hộ còn cho rằng:

Lệnh trục xuất đã được đưa ra dựa trên các bằng chứng không được thu thập đúng thể thức;

Lệnh được dựa trên một chứng cứ quan trọng (về nhân thân của Nguyễn Ái Quốc) vốn hoàn toàn sai sự thật<sup>27</sup>;

Có thể thấy, luật sư bào chữa đã bác bỏ giá trị của Lệnh trục xuất thứ hai trên các căn cứ về: (1) vi phạm pháp luật ở các điểm a, b, c, e, i ; (2) vi phạm về thủ tục ở các điểm d, j, k. Đặc biệt, ý kiến cho rằng lệnh trục xuất là một lệnh dẫn độ trá hình có thể được xếp vào nhóm bất hợp lý (3).

Tuy nhiên, trong trường hợp của Lệnh trục xuất thứ hai dựa trên Điều 3(1)(c) Tòa án đã đứng về phía chính quyền Hồng Kông sau khi đã trình bày một cách chi tiết, đầy đủ các quan điểm của tòa trong bản án để phản bác các ý kiến của luật sư. Tóm tắt bao gồm:

- Lệnh được lập một cách hợp thức và được ban hành đúng thẩm quyền. Lệnh được Hội đồng Toàn quyền thảo luận và do Toàn quyền ký ban hành là đúng thẩm quyền và thể thức theo luật;

- Điều 3(1)(c) cho phép áp dụng thủ tục rút gọn cũng như quy định một trình tự thu thập chứng cứ và lấy lời khai khác, đơn giản

23 K.R.Handley & K.Lemercier, *Ho Chi Minh and the Privy Council (2008) Law Quarterly Review* 1- 2 và *Sung Man Cho v Superintendent of Prisons Hong Kong (1931-32) 25 H.K.L.R. 62 (PC (HK)) para 63.*

24 *Sung Man Cho v Superintendent of Prisons Hong Kong (1931-32) 25 H.K.L.R. 62 (PC (HK)) para 64.*

25 Xem bình luận tại chú thích số 20.

26 *Ibid* 64-65.

27 *Ibid* 67.



hơn, dễ dàng hơn, chứ không phải theo đúng trình tự chặt chẽ như điều 3(2). Do đó, lời khai của Nguyễn trước đó có thể được sử dụng để làm căn cứ ra lệnh trục xuất theo Điều 3(1) (c);

- Việc cân nhắc thế nào là “vì lợi ích công cộng” thuộc quyền quyết định riêng biệt của Toàn quyền. Trừ khi luật sư đưa ra bằng chứng chứng minh ngược lại, còn đâu tòa không thể xem xét;

- Luật sư không đệ trình được bất cứ cơ sở nào (luật hoặc án lệ) để biện hộ cho lập luận (a) và (b) của mình;

- Cũng không có bằng chứng nào cho thấy Lệnh trục xuất là một lệnh dẫn độ trá hình. Cần có bằng chứng rõ ràng cho việc này;

- Cũng không có sự mâu thuẫn nào giữa luật dẫn độ và luật về trục xuất<sup>28</sup>.

Ngay sau khi nhận được phán quyết của tòa, luật sư bào chữa đã lập tức đệ đơn kháng án lên Ủy ban Tư pháp (Judicial Committee) của Privy Council (Hội đồng Cơ mật) của Vương quốc Anh, cơ quan hiện nay vẫn đóng vai trò là cấp xét xử tối cao cho một số quốc gia thuộc khối thịnh vượng chung. Đơn kháng án được chấp nhận dựa trên cơ sở rằng, vụ kiện có tầm quan trọng đáng kể về mặt công cộng theo Điều r.2(b) Các quy tắc về Hội đồng Cơ mật Hồng Kông<sup>29</sup>. Lệnh trục xuất bị đình chỉ cho đến khi vụ kiện được xét xử. Nguyễn Ái Quốc thậm chí còn được đưa ra khỏi nhà tù, chuyển vào bệnh viện để được chăm sóc tốt hơn.

Chính trong giai đoạn kháng cáo này, một luật sư mới, đại diện cho Chính quyền Hồng Kông là Sir Stafford Cripps K.C.

<sup>28</sup> Ibid 65-75.

<sup>29</sup> K.R.Handley & K.Lemercier, *Ho Chi Minh and the Privy Council* (2008) *Law Quarterly Review* 3.

quyết định điều đình giải quyết vụ việc ngoài tòa với luật sư bào chữa của Nguyễn. Theo đó, Nguyễn Ái Quốc rút đơn kháng cáo đối với lệnh trục xuất, đổi lại, Nguyễn có thể lựa chọn bất kỳ địa điểm đến nào chứ không bị bắt buộc phải quay trở lại Đông Dương. Nguyễn Ái Quốc đồng ý. Tuy nhiên, điều phải bàn của bài viết này nằm ở lý do vì sao Cripps đưa ra quyết định điều đình với Nguyễn Ái Quốc. Có lẽ, sau khi cân nhắc, Cripps cho rằng Privy Council có nhiều khả năng sẽ đứng về phía nguyên đơn và tuyên hủy quyết định dẫn độ thứ hai bởi có quá nhiều sai sót về luật pháp cũng như trình tự mà chính quyền đã mắc phải, cũng như lý do thực sự của việc trục xuất về Đông Dương - vốn là một lệnh dẫn độ trá hình, nên Cripps đã hành động như vậy.

Rõ ràng, sự lo ngại của Cripps chỉ có thể có trong một nền pháp quyền nơi tòa án hoàn toàn độc lập so với chính quyền, nơi các thẩm phán luôn thượng tôn pháp luật và tòa án sẵn sàng can thiệp để bảo vệ quyền con người, nếu tòa án nhận thấy quyền tự do cá nhân đã bị cơ quan hành pháp vi phạm. Nếu không, Cripps đã không phải lo sợ về việc Privy Council sẽ tuyên hủy lệnh trục xuất của chính quyền thuộc địa Hồng Kông, một lệnh đã được chính Bộ trưởng Bộ Thực dân tại chính quốc phê chuẩn<sup>30</sup>.

Sau đó, với sự giúp đỡ của luật sư Loseby và của cả chính quyền Hồng Kông - theo thỏa thuận giữa hai bên, Nguyễn Ái Quốc đã được bảo vệ khỏi sự vây bắt của mật thám Pháp, đi an toàn về Nga. Vụ kiện chấm dứt mà Privy Council không cần phải xét xử tiếp. K.R.Handley & K.Lemercier còn cho rằng, nếu vụ này được Privy Coun-

cil xét xử thì một án lệ quan trọng về giám sát tư pháp đã có thể được thiết lập, án lệ mà hơn 30 năm sau mới xảy ra trong một vụ việc tương tự<sup>31</sup>.

### **3. Một số nhận xét**

Thứ nhất, vụ việc liên quan đến sự xâm phạm quyền tự do thân thể, quyền con người căn bản của Nguyễn Ái Quốc bởi các cơ quan chính quyền thuộc địa Hồng Kông

Thứ hai, chế định giám sát tư pháp, đặc biệt là lệnh phóng thích (habeas corpus) đã được sử dụng hiệu quả để bác bỏ giá trị của các lệnh bắt và trục xuất, bảo vệ hiệu quả quyền tự do và tính mạng của Nguyễn Ái Quốc, một người ngoại quốc cư trú ở Hồng Kông.

Thứ ba, không chỉ tòa án Hồng Kông mà cả tòa án Anh đã cho thấy sự độc lập của mình so với các cơ quan chính quyền khác từ ngay những năm đầu thế kỷ 20. Tòa án sẵn sàng tuyên bố các quyết định của chính quyền là trái luật, bất hợp thức, vô giá trị.

Thứ tư, các thẩm phán đã cho thấy họ luôn và chỉ thượng tôn pháp luật trong khi xét xử.

Thứ năm, các luật sư đã rất tận tâm và trung thành với lợi ích của khách hàng. Họ đã luôn xiển dương các quy tắc đạo đức nghề nghiệp cao nhất.

Nói một cách khác, nếu vào năm 1931, ở tại vùng đất thuộc địa Hồng Kông, quyền con người không được tôn trọng, giám sát tư pháp không tồn tại, tòa án không độc lập và luật sư không chuyên nghiệp thì có lẽ Nguyễn Ái Quốc đã rơi vào tình trạng nguy hiểm, cả số phận quốc gia mà ông sẽ tuyên bố độc lập sau này nữa ■

<sup>30</sup> Ibid 2-3.

<sup>31</sup> Xem *R. v Governor of Brixton Prison Ex p. Soblen (No.2)* [1963] 2 Q.B. 243 (CA).

# CƠ CHẾ THỰC HIỆN QUYỀN HÀNH PHÁP CỦA CHÍNH PHỦ THEO QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT

NGUYỄN PHƯỚC THỌ\*

Nhân dân - thông qua Hiến pháp - trao cho Chính phủ quyền hành pháp (đương nhiên không phải tất cả quyền hành pháp được trao hết cho Chính phủ), đồng thời ấn định những nguyên tắc cơ bản trong việc tổ chức thực thi quyền lực này.

Cơ chế thực hiện quyền hành pháp của Chính phủ là toàn bộ cách thức và phương pháp tổ chức thực thi quyền hành pháp được trao và được Hiến pháp, các đạo luật liên quan quy định.

Nội dung sửa đổi, bổ sung quan trọng và lớn nhất đối với Chương Chính phủ trong Hiến pháp lần này là cơ chế thực hiện quyền hành pháp của Chính phủ. Điều này là sự tiếp nối, kế thừa tinh thần của Hiến pháp năm 1992 thay thế cho Hiến pháp năm 1980 theo đó, cải cách quan trọng nhất của Hiến pháp năm 1992 là cơ chế thực hiện quyền lực của Chính phủ với việc hình thành hai thiết chế mới và đề cao trách nhiệm của Thủ tướng Chính phủ và Bộ trưởng. Thực tế này cho thấy, các nhà lập hiến dường như có nhận thức cho rằng được trao và trao đủ quyền lực là quan trọng, nhưng quan trọng hơn là xác định một cách đúng đắn và phù

hợp cách thức và phương pháp thực thi quyền lực được trao.

Bài viết này bước đầu tổng kết, đánh giá thực trạng quy định của pháp luật hiện hành về cơ chế thực hiện quyền hành pháp của Chính phủ; đồng thời, làm rõ cơ chế này được quy định trong Hiến pháp năm 2013 vừa được Quốc hội thông qua; trên cơ sở đó, đề xuất một số kiến nghị để tiếp tục hoàn thiện cơ chế, trước hết và quan trọng nhất là trong việc sửa đổi, bổ sung Luật Tổ chức Chính phủ (Luật TCCP) tới đây.

## 1. Cơ chế thực hiện quyền lực của Chính phủ theo quy định của Hiến pháp năm 1992, Luật tổ chức Chính phủ hiện hành và các văn bản dưới luật có liên quan

1.1. So với Hiến pháp năm 1980, cải cách quan trọng nhất của Hiến pháp năm 1992 liên quan đến Chính phủ chính là cơ chế thực thi quyền lực của Chính phủ, giữa các thiết chế của bộ máy hành chính nhà nước ở trung ương, thể hiện chủ yếu ở 2 điểm sau đây:

Thứ nhất, quay trở lại với Hiến pháp năm 1946 và Hiến pháp năm 1959, Hiến pháp năm 1992 đã khẳng định mạnh mẽ

\* Văn phòng Chính phủ

1 Bộ quy định của Hiến pháp năm 1980, Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất.

Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất<sup>1</sup>. Tuy vẫn bị ràng buộc bởi mối quan hệ Chính phủ là cơ quan chấp hành của Quốc hội nhưng, với thay đổi này, dù sao Chính phủ cũng có vị thế độc lập và chủ động, linh hoạt hơn trong thực thi quyền lực được trao.

*Thứ hai*, lần đầu tiên hình thành ở tầm Hiến pháp hai thiết chế là Thủ tướng Chính phủ và Bộ trưởng. Theo đó, Hiến pháp 1992 đã hình thành rõ nét ba nguyên tắc trụ cột cho hoạt động của Chính phủ. Đó là: (i) nguyên tắc Chính phủ “là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hoà XHCN Việt Nam”, “Những vấn đề quan trọng thuộc thẩm quyền của Chính phủ phải được thảo luận tập thể và quyết định theo đa số” (ở các nước gọi là nguyên tắc Nội các); (ii) nguyên tắc Thủ tướng Chính phủ “Lãnh đạo công tác của Chính phủ, các thành viên Chính phủ, UBND các cấp”; (iii) nguyên tắc Bộ trưởng “chịu trách nhiệm quản lý nhà nước về ngành, lĩnh vực mình phụ trách trong phạm vi cả nước”.

Nhân tố quan trọng nhất trong đổi mới cơ chế thực thi quyền lực của Chính phủ của Hiến pháp năm 1992 là hình thành và hoạt động của thiết chế Thủ tướng Chính phủ với những nhiệm vụ, quyền hạn riêng, độc lập với Tập thể Chính phủ; làm việc theo chế độ thủ trưởng. Theo đó, quyền hành pháp và hành chính nhà nước cao nhất của Chính phủ được thực hiện theo cơ chế vừa theo chế độ tập thể trên những vấn đề quan trọng thuộc thẩm quyền của Chính phủ mà Tập thể Chính phủ quyết định, vừa theo chế độ thủ trưởng, bảo đảm vai trò điều hành chung và thống nhất của Thủ tướng Chính phủ đối với hoạt động của hệ thống hành pháp và hành chính nhà nước; Thủ tướng có toàn quyền quyết định đối với những vấn đề được Hiến

pháp và pháp luật quy định thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của Thủ tướng. Cơ chế này làm cho hoạt động của Chính phủ trở nên linh hoạt, mềm dẻo, nhanh nhạy hơn, bảo đảm có hiệu lực, hiệu quả, đáp ứng các yêu cầu mới của quá trình chuyển đổi cơ chế quản lý từ tập trung quan liêu, bao cấp sang cơ chế thị trường định hướng XHCN.

Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện cơ chế này cũng đã bộc lộ những bất cập nhất định trong thực hiện quyền lực của Chính phủ cả trong nhận thức và thực tiễn, biểu hiện phổ biến dưới những hình thức sau đây:

- Chưa nhận thức đúng đắn về vị trí và các mối quan hệ của Thủ tướng với Chính phủ nên trong ngay Hiến pháp năm 1992 vẫn còn để những quy định chông chéo về nhiệm vụ, quyền hạn giữa Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ trong quan hệ với các bộ, ngành, chính quyền địa phương.

- Trong tổ chức thực hiện quyền lực của Chính phủ không phân biệt, còn lẫn lộn vai trò, trách nhiệm giữa Chính phủ và Thủ tướng, dẫn đến việc để Thủ tướng quyết định một số công việc thuộc thẩm quyền của Chính phủ hoặc ngược lại.

- Đề cao vai trò và trách nhiệm của Thủ tướng là đúng và cần thiết nhưng có lúc, có nơi đề cao quá mức, vượt ra khỏi khuôn khổ của Hiến pháp lại không hợp lý, không bảo đảm tính hợp hiến. Trên thực tế, về mặt thể chế, ngay cả trong một số các đạo luật, do yêu cầu của quản lý điều hành, phạm vi thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ không ngừng được mở rộng thêm, có trường hợp vượt ra khỏi khuôn khổ Hiến pháp quy định<sup>2</sup>. Mặt khác, vai trò, thẩm quyền và trách nhiệm của Tập thể Chính phủ, các thành viên Chính phủ có lúc, trong một số trường hợp có phần bị coi nhẹ, thậm chí hoạt động còn hình thức, chưa được phát huy đầy

2 Một số nhiệm vụ, quyền hạn đang hoặc đã từng được giao cho Thủ tướng Chính phủ nằm ngoài phạm vi thẩm quyền do Hiến pháp quy định: Phê duyệt các dự án đầu tư nhóm A theo Nghị định số 52/1999/NĐ-CP ngày 8/7/1999 và Nghị định số 88/1999/NĐ-CP ngày 01/9/1999; xét duyệt, quyết định việc bổ sung vốn đầu tư xây dựng cơ bản thuộc ngân sách nhà nước; giải quyết khiếu nại đối với một số trường hợp xem xét lại quyết định giải quyết cuối cùng có vi phạm pháp luật của UBND cấp tỉnh, và của Bộ trưởng theo quy định của Luật Khiếu nại, tố cáo năm 1998...

đủ, cao độ trí tuệ tập thể trong việc thảo luận và quyết định thực chất những vấn đề quan trọng mang tính chính sách, đặc biệt là các vấn đề chiến lược vĩ mô về phát triển kinh tế - xã hội, về hội nhập của đất nước, cũng như tháo gỡ kịp thời những khó khăn, vướng mắc, tạo động lực đột phá cho công cuộc đổi mới, phát triển đất nước. Thậm chí ngay trong Hiến pháp năm 1992 cũng quy định không minh bạch và chưa phù hợp về nguyên tắc làm việc của Chính phủ “Những vấn đề quan trọng thuộc thẩm quyền của Chính phủ phải được thảo luận và quyết định theo đa số” (đoạn 2 Điều 115).

**1.2.** Trong quy định về Chính phủ, giữa Hiến pháp năm 1992 và Luật TCCP năm 1992, cũng như Luật TCCP năm 2001 hiện hành dường như có hai cách tiếp cận khác nhau. Trong khi Hiến pháp coi trọng, nhấn mạnh đến việc đổi mới cơ chế thực hiện quyền lực của Chính phủ, thì nội dung của Luật TCCP lại chủ yếu tập trung cụ thể hóa các nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, của Bộ, cơ quan ngang bộ. Trong khi đó, những vấn đề về cách thức, phương pháp thực thi nhiệm vụ, quyền hạn, mối quan hệ chức năng giữa Chính phủ với Thủ tướng, giữa Chính phủ, Thủ tướng với các Bộ trưởng; giữa Chính phủ, Thủ tướng, Bộ trưởng với chính quyền địa phương chưa được quy định, hoặc chỉ nhắc lại quy định của Hiến pháp với một vài nội dung cụ thể hóa nhưng chưa rõ tinh thần đổi mới, hoặc chỉ quy định mang tính nguyên tắc chung. Nhiều vấn đề về cơ chế thực hiện quyền lực chưa được quy định hoặc quy định chưa đầy đủ, đồng bộ, như vấn đề phân cấp quản lý trung ương - địa phương; vấn đề ủy quyền của Chính phủ, Thủ tướng, của Bộ trưởng; mối quan hệ giữa Tập thể Chính phủ với Thủ tướng với tư cách là một thiết chế độc lập trong việc xem

xét, quyết định những vấn đề thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của từng thiết chế; phân định nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của Thủ tướng là người đứng đầu Tập thể Chính phủ với các nhiệm vụ, quyền hạn của Thủ tướng với tư cách là một thiết chế độc lập với Tập thể Chính phủ; hoặc có vấn đề được quy định một cách không minh bạch, không phù hợp với tinh thần của Hiến pháp như vấn đề “kết hợp trách nhiệm”<sup>3</sup>...

Nhưng có lẽ lúng túng và vướng mắc lớn nhất của Luật TCCP năm 1992 cũng như của Luật TCCP năm 2001, các luật chuyên ngành là vấn đề cụ thể hóa vai trò và trách nhiệm của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ; mối quan hệ giữa Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ với Bộ, cơ quan ngang bộ trong thực hiện chức năng, thẩm quyền quản lý nhà nước đối với ngành, lĩnh vực được phân công; nhất là mối quan hệ chức năng giữa Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ với chính quyền địa phương trong quản lý nhà nước đối với ngành, lĩnh vực.

Luật TCCP năm 2001 có một chương riêng quy định về Bộ, cơ quan ngang Bộ (Chương IV) với điều luật đầu tiên là quy định vị trí, chức năng của Bộ, cơ quan ngang Bộ. Tiếp theo là 6 điều (từ Điều 23 đến Điều 28) quy định về nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của Bộ trưởng. Theo logic của Chương này thì nhiệm vụ, quyền và trách nhiệm của Bộ trưởng là sự cụ thể hoá các chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Bộ. Điều này không phù hợp với trật tự Hiến pháp.

Cụ thể hóa Luật TCCP, Nghị định của Chính phủ quy định chung về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ, cơ quan ngang bộ (Nghị định số 36/2012/NĐ-CP) có một chương quy định nhiệm vụ, quyền hạn của Bộ, cơ quan ngang bộ<sup>4</sup> và một chương khác quy định chế độ làm việc và trách nhiệm của Bộ trưởng.

3 Điều 32 Luật TCCP quy định “Chính phủ làm việc theo chế độ kết hợp trách nhiệm của tập thể với việc đề cao quyền hạn và trách nhiệm cá nhân của Thủ tướng và mỗi thành viên Chính phủ”.

4 Trước đó, Nghị định số 178/2007/NĐ-CP còn có một chương tên là nhiệm vụ, quyền hạn của Bộ và Bộ trưởng.

Trong đó, không phân định rõ nhiệm vụ, quyền hạn của Bộ và nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của Bộ trưởng. Tuy nhiên, có hai quy định đáng chú ý về trách nhiệm của Bộ trưởng: “Bộ trưởng quyết định các công việc thuộc phạm vi quản lý của Bộ và chịu trách nhiệm về các quyết định đó” (khoản 4 Điều 23); “Thực hiện đầy đủ các chức năng quản lý nhà nước của Bộ về ngành, lĩnh vực” (khoản 1 Điều 24). Các quy định này cũng không phù hợp với tinh thần và nội dung quy định tại Điều 116 Hiến pháp năm 1992.

Đến các nghị định quy định cụ thể về chức năng, nhiệm vụ, quyền của Bộ thì hoàn toàn không còn thấy quy định nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của Bộ trưởng (hiện nay chúng ta có 22 nghị định của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của 22 bộ, cơ quan ngang bộ).

Trong các luật, pháp lệnh hiện hành, khi quy định trách nhiệm quản lý nhà nước về ngành, lĩnh vực nào đó thì đều quy định theo một công thức chung: Bộ chịu trách nhiệm (hoặc có chức năng) quản lý nhà nước đối với ngành, lĩnh vực đó (không quy định trách nhiệm này cho Bộ trưởng).

Như vậy, có thể thấy từ Luật TCCP đến các luật, pháp lệnh chuyên ngành, các nghị định quy định chung, quy định cụ thể về chức năng, thẩm quyền của bộ, cơ quan ngang bộ đều không có sự phân biệt nào về vị trí, vai trò, chức năng, thẩm quyền và trách nhiệm của Bộ trưởng và bộ; và dường như có một sự đồng nhất giữa Bộ với Bộ trưởng. Và có một xu hướng tương đối rõ nét, càng đi vào quy định cụ thể thì trách nhiệm quản lý nhà nước của Bộ trưởng càng mờ nhạt đến chỗ hoàn toàn “biến mất”, nói đúng hơn là chuyển hoá hoàn toàn vào chức năng, thẩm quyền và trách nhiệm của Bộ. Nói cách khác, khi soạn thảo và thông qua Luật TCCP, các luật chuyên ngành và các văn bản dưới luật, dường như người ta không cần biết có sự tồn tại một thiết chế

hiển định - thiết chế Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ đã được Hiến pháp trực tiếp giao trách nhiệm quản lý nhà nước đối với ngành, lĩnh vực. Trên thực tế, Bộ, cơ quan ngang bộ vẫn được quan niệm như trong cơ chế kế hoạch hóa tập trung chỉ là cơ quan giúp Chính phủ thực hiện chức năng quản lý nhà nước đối với ngành, lĩnh vực; trách nhiệm của Bộ trưởng phát sinh trên cơ sở chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Bộ, chứ không phải ngược lại. Điều này cho thấy, qua nhiều chục năm thi hành Hiến pháp năm 1992 nhưng cho nay, chúng ta vẫn chưa hình thành được thiết chế Bộ trưởng theo đúng tinh thần quy định của Hiến pháp. Vị trí, vai trò hiển định của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ đã không được thực thi đúng với nội dung và tinh thần quy định của Hiến pháp. Điều này dẫn đến tình trạng không làm rõ và đề cao được trách nhiệm của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ trong quản lý nhà nước đối với ngành, lĩnh vực. Và tất yếu, dưới nhiều hình thức, các công việc, kể cả việc ban hành thể chế, thuộc thẩm quyền của Bộ trưởng bị đẩy lên cho Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ quyết định.

## **2. Đổi mới cơ chế thực hiện quyền hành pháp của Chính phủ trong Hiến pháp 2013**

**2.1.** Trong sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992 lần này, cùng với Chương về quyền và nghĩa vụ công dân, có thể thấy, Chương về Chính phủ có nhiều sửa đổi, bổ sung nhất, trong đó có một số sửa đổi, bổ sung cơ bản. Điều này cho thấy, cả về lý luận và thực tiễn, quyền hành pháp của Chính phủ luôn là trung tâm của quyền lực nhà nước, do vậy cải cách Chính phủ luôn là trọng tâm trong cải cách bộ máy nhà nước.

Cả về nội dung, phạm vi và cơ chế thực hiện quyền hành pháp và hành chính của Chính phủ đều có những sửa đổi, bổ sung theo tinh thần đổi mới nhằm xây dựng Chính phủ mạnh, hiện đại, dân chủ, pháp

quyền, thống nhất quản lý vĩ mô các lĩnh vực chính trị, kinh tế, văn hoá, xã hội, quốc phòng, an ninh và đối ngoại của đất nước.

Cùng với việc lần đầu tiên chính thức khẳng định tính chất, vai trò của Chính phủ thực hiện quyền hành pháp, Hiến pháp mới đã có một số sửa đổi, bổ sung quan trọng cả về phạm vi và nội dung quyền hành pháp của Chính phủ. Với quy định tại khoản 1 và 2 Điều 96<sup>5</sup> của Hiến pháp mới, quyền hành pháp của Chính phủ đã một bước được bổ sung, đổi mới, hoàn thiện, phù hợp với bản chất, chức năng của quyền hành pháp hiện đại: hoạch định, điều hành chính sách quốc gia và tổ chức thi hành các đạo luật.

**2.2. Về cơ bản, khuôn khổ quy định của Hiến pháp năm 1992 về cơ chế thi hành quyền lực của Chính phủ tiếp tục được Hiến pháp năm 2013 kế thừa và có bước hoàn thiện phù hợp với yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền.**

Tư tưởng xuyên suốt toàn bộ nội dung sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện cơ chế thực hiện quyền hành pháp và hành chính của Chính phủ trong Hiến pháp năm 2013 là làm rõ hơn và đề cao tính dân chủ pháp quyền trong tổ chức và hoạt động của Chính phủ theo hướng minh bạch, theo pháp luật, được kiểm soát và bảo đảm tính thống nhất, thông suốt trong thực hiện quyền lực. Đồng thời với việc khắc phục sự chông chéo, trùng lặp trong thực thi quyền lực giữa các thiết chế Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ, quy định của Hiến pháp mới đã đề cao hơn trách nhiệm cá nhân, nhất là trách nhiệm giải trình của các thiết chế Thủ tướng, Bộ trưởng.

Bên cạnh sự điều chỉnh, phân công lại ở mức độ nhất định, làm rõ hơn nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của từng thiết chế

Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ và Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Hiến pháp mới đã có một số đổi mới về cơ chế thực thi quyền lực, phù hợp với tính chất, vai trò của từng thiết chế này, bảo đảm nâng cao hơn tính minh bạch, linh hoạt, nhanh nhạy, trách nhiệm giải trình trong thực hiện quyền lực được trao; đồng thời, bảo đảm gắn kết chặt chẽ giữa ba thiết chế trong thực hiện quyền hành pháp và hành chính được giao. Thể hiện cụ thể như sau:

(i) Đối với Chính phủ, Hiến pháp đề cao vị trí, vai trò của Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất; khẳng định mạnh mẽ nguyên tắc Chính phủ làm việc theo chế độ tập thể, quyết định theo đa số<sup>6</sup>; đồng thời, xác lập mối quan hệ trách nhiệm giữa Chính phủ và Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, cả trong tư cách là một thiết chế và là một thành viên Chính phủ;

(ii) Với thiết chế Thủ tướng, Hiến pháp mới đã khẳng định mạnh mẽ vị trí, vai trò của Thủ tướng là người đứng đầu Chính phủ và đứng đầu hệ thống hành chính nhà nước. Theo đó, Hiến pháp quy định toàn diện, đầy đủ về chế độ trách nhiệm của Thủ tướng: chịu trách nhiệm trước Quốc hội, đồng thời nhấn mạnh chịu trách nhiệm giải trình trước Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ tịch nước, trước nhân dân về hoạt động của Chính phủ, về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được giao, về hoạt động của hệ thống hành chính nhà nước từ trung ương đến địa phương bảo đảm tính thống nhất, thông suốt của nền hành chính quốc gia.

(iii) Về chế định Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, ngoài việc tiếp tục kế thừa các quy định của Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp mới đã bổ sung một số quy định

5 Khoản 1 "Tổ chức thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội, lệnh, quyết định của Chủ tịch nước".

Khoản 2: "Đề xuất, xây dựng chính sách trình Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội quyết định hoặc quyết định theo thẩm quyền để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn quy định..."

6 bỏ quy định: "Những vấn đề quan trọng thuộc thẩm quyền của Chính phủ phải được thảo luận và quyết định theo đa số" (Điều 115 Hiến pháp năm 1992).



mới: khẳng định rõ vị trí, vai trò của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ là người đứng đầu và lãnh đạo công tác của Bộ, cơ quan ngang bộ; có trách nhiệm tổ chức thi hành pháp luật thuộc ngành, lĩnh vực được phân công; chịu trách nhiệm cá nhân trước Chính phủ; cùng chia sẻ trách nhiệm tập thể với các thành viên Chính phủ về hoạt động của Chính phủ. Và quan trọng hơn là quy định trách nhiệm giải trình trước Chính phủ, đặc biệt là trách nhiệm giải trình trước nhân dân về những vấn đề quan trọng thuộc trách nhiệm quản lý.

Để bảo đảm tính pháp quyền trong hoạt động, Hiến pháp quy định, Chính phủ, Thủ tướng, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ ban hành văn bản pháp luật để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn mình.

**2.3.** Tuy vậy, cơ chế thực hiện quyền hành pháp của Chính phủ trong Hiến pháp 2013 cũng không tránh khỏi một số hạn chế, bất cập do nội dung và phạm vi quyền hành pháp của Chính phủ chưa được bổ sung, hoàn thiện, trên một số vấn đề sau đây:

- *Thứ nhất*, việc tiếp tục khẳng định Chính phủ là cơ quan chấp hành của Quốc hội không thể không ảnh hưởng đến tính độc lập, chủ động của Chính phủ trong thực hiện quyền lực được trao, nhất là trong việc thiết lập vai trò kiểm soát của cơ quan hành pháp đối với cơ quan lập pháp. Trên thực tế Hiến pháp mới chưa thật sự xác lập được vai trò kiểm soát quyền lực của Chính phủ đối với Quốc hội, ngược lại Quốc hội đã có được nhiều quyền kiểm soát, thậm chí kiểm soát rất mạnh đối với Chính phủ, Thủ tướng và Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ thông qua thực hiện trách nhiệm giải trình. Sự mất cân bằng, không cân đối trong kiểm soát quyền lực này làm cho việc tương tác, vận động của cả quyền hành pháp và quyền lập pháp trở nên khó khăn, có thể gây cản trở cho việc thực thi.

- *Thứ hai*, việc Quốc hội vẫn giữ quyền hướng dẫn hoạt động đối với Hội đồng nhân

dân sẽ tiếp tục tạo ra trạng thái hai hệ thống chính quyền cùng tồn tại song song (hệ thống cơ quan dân cử và hệ thống các cơ quan hành chính nhà nước), làm cho việc thực hiện quyền hành pháp và hành chính nhà nước trở nên bị chia cắt, không đầy đủ, không bảo đảm tính thống nhất.

- *Thứ ba*, việc tổ chức thi hành luật pháp và thay mặt Nhà nước khởi tố, truy tố những hành vi vi phạm pháp luật ra trước Tòa án là hai mặt của quyền hành pháp, là mối quan hệ giữa quyền hành pháp và tư pháp. Tuy nhiên, cho đến nay quyền công tố vẫn bị tách rời, không thuộc quyền hành pháp của Chính phủ. Với thực tế này, quyền hành pháp được trao cho Chính phủ trở nên không đầy đủ, không đồng bộ.

Trong điều kiện quyền lực không đầy đủ, thiếu đồng bộ, bị chia cắt, thì cơ chế vận hành quyền lực đó khó có thể có được sự hoàn thiện và đạt được mục tiêu.

- *Thứ tư*, về cơ bản, quyền lãnh đạo, điều hành hoạt động của Chính phủ và hệ thống hành chính đã được Hiến pháp tập trung vào Thủ tướng nhằm bảo đảm hiệu lực, hiệu quả của sự lãnh đạo, chỉ đạo, điều hành trước tính chất phức tạp, khối lượng công việc rất lớn, đòi hỏi phải xử lý nhanh, kịp thời. Và Thủ tướng có vai trò, trách nhiệm rất lớn trong việc bảo đảm kỷ luật, kỷ cương, tính thống nhất, thông suốt của nền hành chính nhà nước từ trung ương đến địa phương. Điều này cho thấy, tính tập quyền trong tổ chức và hoạt động của nền hành chính nước ta vẫn tiếp được duy trì vì sự cần thiết và tính tất yếu của nền hành chính đang được cải cách trong điều kiện chuyển đổi cơ chế quản lý. Tuy nhiên, trong tổ chức thực thi, nếu quá đề cao và đề cao quá mức vai trò và trách nhiệm của Thủ tướng có thể ảnh hưởng tiêu cực đến quá trình đẩy mạnh phân cấp, phân quyền, trao quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm cho chính quyền địa phương, cản trở xu hướng tất yếu hình thành chế độ tự quản địa phương.

### 3. Một số kiến nghị

**3.1.** Cần làm rõ, phân biệt và tách bạch các loại chức năng cụ thể của Chính phủ và của các cơ quan của Chính phủ trong điều kiện phát triển kinh tế thị trường.

Khi nói đến chức năng, nhiệm vụ của Chính phủ trong điều kiện phát triển kinh tế thị trường thì không thể nhìn nhận một cách tổng thể, chung chung, mà cần phải phân biệt và tách bạch các loại chức năng cụ thể, đó là các chức năng: hoạch định chính sách; tổ chức thực thi chính sách, pháp luật; quản lý vĩ mô và thúc đẩy tăng trưởng; quản lý và điều tiết thị trường; thực hiện quyền chủ sở hữu doanh nghiệp nhà nước và tài sản nhà nước đầu tư vào doanh nghiệp... Trên cơ sở đó mà hình thành cơ cấu tổ chức phù hợp với từng loại chức năng và thực hiện phân công cụ thể nhiệm vụ, quyền hạn một cách phù hợp theo hướng chuyên môn, chuyên trách, chuyên nghiệp hóa, chịu trách nhiệm cụ thể về một loại chức năng cụ thể của Chính phủ.

Cần phải phân định các cơ quan của Chính phủ theo chức năng và thành lập các cơ quan của Chính phủ theo chức năng. Tùy theo từng loại chức năng mà thành lập tổ chức cho phù hợp, đáp ứng yêu cầu của quản lý mà không sợ căn bệnh phình to tổ chức. Căn cứ vào các loại chức năng cụ thể của Chính phủ mà xác định các loại cơ cấu tổ chức của Chính phủ.

**3.2.** Cần thay đổi cách tiếp cận trong nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung Luật TCCP

Luật TCCP không nên quy định, liệt kê quá cụ thể, chi tiết nhiệm vụ, quyền hạn của từng thiết chế Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ và Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, bởi lẽ, việc quy định quá cụ thể, chi tiết là một trong những cách thức làm hạn chế quyền lực, không tạo được sự linh hoạt và bao quát được vận động của thực tiễn.

Luật TCCP (sửa đổi) cần tập trung quy định cụ thể, tiếp tục hoàn thiện cách thức, phương thức thực hiện các nhiệm vụ, quyền

hạn đã được Hiến pháp quy định, phù hợp với tính chất, vị trí, vai trò của từng thiết chế Chính phủ, Thủ tướng và Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ.

**3.3.** Củng cố, hoàn thiện vai trò, trách nhiệm của Thủ tướng Chính phủ trong lãnh đạo, điều hành hoạt động của Chính phủ và hệ thống hành chính nhà nước.

Để khắc phục được tình trạng bộ máy trì trệ, nặng nề, cục bộ, cát cứ; kỷ luật, kỷ cương hành chính lỏng lẻo hiện nay, một vấn đề có ý nghĩa rất quan trọng là cụ thể hóa các quy định của Hiến pháp, bảo đảm quyền lực của Thủ tướng Chính phủ với tư cách là một thiết chế độc lập trong cơ chế quản lý, điều hành của Chính phủ, tập trung thẩm quyền lãnh đạo, chỉ đạo, điều hành hoạt động của Chính phủ và hệ thống hành chính nhà nước vào Thủ tướng Chính phủ.

Sửa đổi, bổ sung Luật TCCP cần tiếp tục khẳng định mạnh mẽ, quy định rõ hơn vị trí, thẩm quyền, trách nhiệm của Thủ tướng với tư cách là một thiết chế độc lập có chức năng, quyền hạn và nhiệm vụ riêng, là người đứng đầu hệ thống hành chính, làm việc theo chế độ thủ trưởng, chịu trách nhiệm cá nhân trước Quốc hội. Cần quy định rõ trong Luật hai loại công việc của Thủ tướng: (1) với tư cách là người triệu tập, quyết định nội dung và chủ tọa các phiên họp Chính phủ; và (2) với tư cách là người đứng đầu Chính phủ, đứng đầu hệ thống hành chính nhà nước, có vai trò và trách nhiệm lãnh đạo, điều hành hoạt động của Chính phủ và hệ thống hành chính nhà nước từ trung ương đến địa phương theo chế độ thủ trưởng.

**3.4.** Hoàn thiện khuôn khổ pháp lý cho hoạt động ủy quyền của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ

Bổ sung và hoàn thiện chế định ủy quyền trong Luật TCCP để tạo cơ sở pháp lý bảo đảm tính linh hoạt và rõ trách nhiệm trong việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn giữa Chính phủ với Thủ tướng Chính

phủ và giữa Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ với Bộ trưởng; làm rõ trách nhiệm của người uỷ quyền và người được uỷ quyền đối với công việc được uỷ quyền; phân biệt rành mạch, bảo đảm hiệu quả việc phân công, phân cấp và uỷ quyền trong quản lý, điều hành.

**3.5.** Khắc phục sự phân tán, hoàn thiện khuôn khổ pháp lý về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của bộ, cơ quan ngang bộ.

Không nên ban hành nghị định quy định chung về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và nhiệm vụ quản lý nhà nước của bộ, cơ quan ngang bộ. Những quy định của loại nghị định này về khung chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn quản lý nhà nước và cơ cấu tổ chức của bộ, cơ quan ngang bộ có thể luật hóa khi sửa đổi, bổ sung Luật TCCP năm 2001.

Trong Luật TCCP tới đây cần tập trung và quy định rõ thẩm quyền của Chính phủ trong phân công, điều chỉnh, quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn quản lý nhà nước của bộ, cơ quan ngang bộ.

Trong các luật chuyên ngành không quy định nội dung quản lý nhà nước đối với ngành, lĩnh vực; không quy định chức năng, nhiệm vụ, trách nhiệm quản lý nhà nước của bộ, cơ quan ngang bộ.

**3.6.** Phân công, phân cấp mạnh cho các bộ, cơ quan ngang bộ và chính quyền địa phương, kể cả việc phân cấp cho thị trường thực hiện những công việc thuộc phạm vi tổ chức thực hiện pháp luật để Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ tập trung thực hiện một cách đầy đủ và đúng chức năng, thẩm quyền đích thực được Hiến pháp và luật giao.

Cụ thể hóa và hoàn thiện cơ chế Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ chịu trách nhiệm quản lý nhà nước đối với ngành, lĩnh vực, khắc phục việc đùn đẩy công việc, nhiệm vụ thuộc trách nhiệm của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ lên cho Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ giải quyết. Việc

thực thi nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ là để tập trung chăm lo các vấn đề cơ bản, chiến lược trong công tác quản lý vĩ mô.

**3.7.** Đổi mới, kiện toàn tổ chức và hoạt động của Văn phòng Chính phủ, đề cao vai trò, trách nhiệm của Bộ trưởng, Chủ nhiệm Văn phòng Chính phủ trong tham mưu, giúp Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ thực hiện các chức năng, thẩm quyền được quy định, nhất là trong xây dựng, hoạch định và điều hành chính sách quốc gia.

Văn phòng Chính phủ là nhân tố quan trọng trong cơ chế thực hiện quyền lực của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ. Các chức năng, thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ được vận hành chủ yếu là thông qua hoạt động của Văn phòng Chính phủ với tư cách là bộ máy làm việc, giúp việc cho Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ.

Văn phòng Chính phủ phải thực sự trở thành bộ máy làm việc của Thủ tướng Chính phủ, thực hiện tốt chức năng tham mưu, hỗ trợ cho Thủ tướng trong xử lý các công việc, cả ở tầm chính sách chiến lược vĩ mô và hành chính cụ thể. Tiếp tục cụ thể hoá đầy đủ và toàn diện hơn chức năng tham mưu tổng hợp của Văn phòng Chính phủ, nhất là tham mưu chính sách cho Chính phủ trong quản lý, điều hành các mặt đời sống kinh tế - xã hội của đất nước. Tham mưu chính sách luôn gắn liền với điều phối chính sách, do vậy cần tiếp tục hoàn thiện chức năng, nhiệm vụ của Văn phòng Chính phủ trong việc giúp Thủ tướng Chính phủ điều hoà, phối hợp hoạt động của các bộ, ngành, chính quyền địa phương trong quản lý, điều hành vĩ mô, trong đó có phối hợp về tham mưu chính sách và tổ chức thực thi chính sách của Chính phủ, để Văn phòng Chính phủ thực sự từng bước trở thành trung tâm tham mưu, giúp Chính phủ hoạch định và điều phối chính sách quốc gia, đồng thời bảo đảm sự lãnh đạo, điều hành thống nhất, thông suốt, có hiệu lực, hiệu quả của Thủ tướng Chính phủ đối với nền hành chính quốc gia ■

# Cụ thể hóa quy định của Hiến pháp về tổ chức và hoạt động của Hội đồng bầu cử Quốc gia

**VŨ HỒNG ANH\***

**H**iến pháp năm 2013 là một mốc son mới trong lịch sử lập hiến của Việt Nam. Hiến pháp tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho sự phát triển của đất nước trong thời kỳ công nghiệp hóa, hiện đại hóa. So với Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp năm 2013 có nhiều bổ sung quan trọng. Một trong số đó là việc thành lập Hội đồng bầu cử Quốc gia (HĐBCQG) và hiến định quy chế pháp lý của Kiểm toán Nhà nước.

HĐBCQG được thành lập nhằm thể chế hóa tư tưởng chỉ đạo của Đảng trong quá trình sửa đổi Hiến pháp năm 1992 về phát huy dân chủ, bảo đảm nguyên tắc tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, xây dựng cơ chế bảo đảm cho nhân dân thực hiện đầy đủ quyền làm chủ của mình.

Trong tổ chức bộ máy nhà nước ta, Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Đại biểu Quốc hội là người đại diện cho ý chí, nguyện vọng của toàn thể nhân dân, do nhân dân trực tiếp bầu ra, chịu trách nhiệm trước nhân dân. Vì vậy, cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội có ý nghĩa đặc biệt quan trọng không chỉ đối với việc thành lập ra Quốc hội. Cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội còn là một hoạt động chính trị thu hút được sự quan tâm của toàn xã hội. Để bảo đảm

cho cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội thể hiện đúng tâm tư, nguyện vọng của nhân dân, đòi hỏi công tác trong chỉ đạo, điều hành việc bầu cử phải bảo đảm được tính độc lập, khách quan. Việc thành lập HĐBCQG là để nhằm đáp ứng yêu cầu này.

Theo quy định của Điều 117 Hiến pháp năm 2013, HĐBCQG là cơ quan do Quốc hội thành lập, có nhiệm vụ tổ chức bầu cử đại biểu Quốc hội; chỉ đạo và hướng dẫn công tác bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân (HĐND) các cấp. Việc hiến định thiết chế HĐBCQG và giao cho Quốc hội quyết định thành lập HĐBCQG sẽ bảo đảm nâng cao vị thế của cơ quan tổ chức bầu cử, tương xứng với ý nghĩa và tầm quan trọng của cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND.

Bên cạnh đó, để bảo đảm tính dân chủ, khách quan, minh bạch của cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội, HĐBCQG được thiết kế không phải là cơ quan của Quốc hội như Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội. HĐBCQG là thiết chế độc lập thực hiện nhiệm vụ tổ chức bầu cử đại biểu Quốc hội. Tuy nhiên, tính chất độc lập của HĐBCQG không có nghĩa là HĐBCQG độc lập tách khỏi bộ máy nhà nước, mà ngược lại, HĐBCQG là một bộ phận cấu thành của hệ thống các cơ quan nhà nước, được tổ chức và hoạt động theo những nguyên tắc chung

\* PGS, TS. Viện Nghiên cứu Lập pháp



của bộ máy nhà nước. HĐBCQG chịu trách nhiệm trước Quốc hội. Quốc hội xem xét báo cáo của HĐBCQG; quy định tổ chức và hoạt động của HĐBCQG (Khoản 2, 6, Điều 70). Ủy ban thường vụ Quốc hội đề nghị Quốc hội bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch HĐBCQG (Khoản 6 Điều 74).

Một điểm quan trọng khác là sự lãnh đạo của Đảng đối với HĐBCQG vẫn được bảo đảm thông qua công tác tổ chức cán bộ, thông qua hoạt động giám sát của các cơ quan Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội.

Vấn đề đặt ra sau khi Hiến pháp năm 2013 có hiệu lực là cần cụ thể hóa quy định của Hiến pháp về tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể của HĐBCQG. Việc cụ thể hóa quy định của Hiến pháp về tổ chức và hoạt động của HĐBCQG cần giải quyết những vấn đề đặt ra sau đây:

*Thứ nhất*, cần xác định rõ HĐBCQG là cơ quan hoạt động thường xuyên hay lâm thời, tức là HĐBCQG chỉ được thành lập

khi tiến hành bầu cử đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND.

Khác với quy định về Kiểm toán Nhà nước, Hiến pháp năm 2013 chỉ quy định tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn của HĐBCQG do luật định mà không đề cập đến nhiệm kỳ của HĐBCQG. Điều này cho thấy các nhà lập hiến đề nghị khả năng thành lập HĐBCQG là cơ quan lâm thời, tức là chỉ được thành lập và hoạt động trong thời gian diễn ra cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, với ý nghĩa và tầm quan trọng của cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội, đòi hỏi công tác tổ chức bầu cử cần được chuẩn bị cẩn trọng, chu đáo, chuyên nghiệp. Để đáp ứng yêu cầu này, HĐBCQG cần phải là thiết chế chuyên trách hoạt động thường xuyên. Mặt khác, để thực hiện tốt nhiệm vụ chỉ đạo và hướng dẫn công tác bầu cử đại biểu HĐND các cấp, đòi hỏi HĐBCQG phải nắm bắt đầy đủ và thường xuyên được cập nhật những thông tin liên quan đến cuộc bầu cử đại biểu

HĐND. Điều này cũng đòi hỏi tính chất thường xuyên trong hoạt động của HĐBCQG.

*Thứ hai*, cần xác định nhiệm vụ và quyền hạn cụ thể của HĐBCQG đối với cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội, cuộc bầu cử đại biểu HĐND.

Đối với cuộc bầu cử đại biểu Quốc hội, cần xác định nhiệm vụ và quyền hạn cụ thể của HĐBCQG về các nhóm vấn đề sau: Công bố ngày bầu cử, thành lập đơn vị bầu cử; thành lập tổ chức bầu cử ở đơn vị bầu cử, khu vực bỏ phiếu; lập, niêm yết danh sách cử tri, danh sách ứng cử đại biểu Quốc hội; xác định, công bố kết quả bầu cử; giải quyết kiến nghị, khiếu nại liên quan đến công tác bầu cử...

Đối với cuộc bầu cử đại biểu HĐND, cần xác định cụ thể quyền hạn của HĐBCQG chỉ đạo và hướng dẫn HĐND trong công tác thành lập đơn vị bầu cử; thành lập tổ chức bầu cử ở đơn vị bầu cử, khu vực bỏ phiếu; lập, niêm yết danh sách cử tri, danh sách ứng cử đại biểu HĐND; xác định, công bố kết quả bầu cử; giải quyết những kiến nghị, khiếu nại liên quan đến công tác bầu cử...

Ngoài ra, những nhiệm vụ, quyền hạn của HĐBCQG liên quan đến kiểm tra, xác nhận tư cách đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND; bãi nhiệm đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND cũng cần được luật hóa.

*Thứ ba*, về tổ chức, bên cạnh HĐBCQG ở trung ương, có thành lập bộ máy (giúp việc) của HĐBCQG ở các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương hay không? Bộ máy này hoạt động thường xuyên hay lâm thời?

Hoạt động bầu cử gắn liền với đơn vị bầu cử, mà các đơn vị bầu cử được tổ chức ở các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Vì vậy, để có thể thực hiện tốt nhiệm vụ, quyền hạn Hiến pháp trao cho, HĐBCQG cần phải có bộ máy giúp việc gắn với các đơn vị hành chính cấp tỉnh, thành phố trực

thuộc trung ương. Theo kinh nghiệm của nhiều nước trên thế giới và thực tiễn bầu cử của nước ta, bộ máy giúp việc này chỉ được thành lập và hoạt động trong thời gian tiến hành bầu cử đại biểu dân cử. Khi kết thúc bầu cử, bộ máy giúp việc đó tự giải thể.

*Thứ tư*, cần xác định mối quan hệ giữa HĐBCQG với Ủy ban thường vụ Quốc hội trong việc công bố ngày bầu cử đại biểu Quốc hội, bầu cử đại biểu HĐND; trong việc xác định đơn vị bầu cử, phân chia số đại biểu Quốc hội cho đơn vị bầu cử; quan hệ giữa HĐBCQG với Chính phủ trong chỉ đạo, hướng dẫn công tác bầu cử; quan hệ giữa HĐBCQG với Mặt trận tổ quốc Việt Nam trong tổ chức hiệp thương, lập danh sách ứng cử viên đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND.

*Thứ năm*, một vấn đề nữa đặt ra là văn bản nào sẽ điều chỉnh tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn của HĐBCQG? Luật tổ chức hay Luật bầu cử?

Chúng tôi cho rằng, do đây là thiết chế mới, chưa có tiền lệ trong thực tiễn trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước nước ta nên trước mắt, cần sửa đổi luật bầu cử đại biểu Quốc hội, bầu cử đại biểu HĐND để bổ sung quy định về tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể của HĐBCQG. Tuy nhiên, phương án này sẽ bộc lộ hạn chế sau:

Về nguyên tắc, luật bầu cử được coi là luật hình thức vì quy định về quy trình, thủ tục bầu cử vào cơ quan dân cử; trong khi đó, những quy định về tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn của HĐBCQG sẽ thuộc về luật nội dung. Việc gộp cả hai nhóm quy định vào trong một văn bản luật sẽ không bảo đảm tính hợp lý, rõ ràng, minh bạch của văn bản luật. Vì vậy, về lâu dài, để bảo đảm tính hợp lý, rõ ràng, minh bạch của văn bản luật, bảo đảm phù hợp với tính chất của HĐBCQG là cơ quan hiến định, Quốc hội cần ban hành văn bản luật riêng quy định về tổ chức, và hoạt động của HĐBCQG ■

# DỰ ÁN SỬA ĐỔI LUẬT DOANH NGHIỆP 2005: BÌNH LUẬN NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁP LÝ CHỦ YẾU

NGÔ HUY CƯỜNG\*

**Có một nhận định không quá đáng lắm rằng: Luật Doanh nghiệp 2005 không phải là một đạo luật, mà là một tập hợp các vấn đề “kinh tế doanh nghiệp” được viết dưới dạng các quy định của pháp luật. Vì vậy, việc sửa đổi đạo luật này là rất cấp thiết. Dự thảo sửa đổi Luật Doanh nghiệp 2005 (Dự thảo lần thứ tư) được trình Quốc hội cho ý kiến tại Kỳ họp thứ 7 vừa qua. Bài viết tập trung vào việc bình luận những vấn đề pháp lý chủ yếu của Dự thảo sửa đổi Luật Doanh nghiệp 2005 (Dự thảo) và đưa ra một số kiến nghị liên quan.**

## 1. Khái niệm cơ bản đầu tiên

Có lẽ do không xuất phát từ khoa học pháp lý, Dự thảo đã không sửa được sai lầm đầu tiên của Luật Doanh nghiệp 2005 - đó là quan niệm sai về “doanh nghiệp”. Quan niệm sai lầm này đã dẫn tới các hệ quả sai lầm nghiêm trọng khác.

Luật Doanh nghiệp 2005 (Điều 4) và Dự thảo (Điều 4) đều có quy định rằng:

“Trong Luật này, các từ ngữ dưới đây được hiểu như sau:

1. Doanh nghiệp là tổ chức kinh tế có tên riêng, có tài sản, có trụ sở giao dịch ổn định, được đăng ký thành lập theo quy định

của pháp luật nhằm mục đích thực hiện các hoạt động kinh doanh”.

Định nghĩa này cho thấy: “doanh nghiệp” được xem là chủ thể của các quyền, tức là chủ thể của pháp luật, tức là người (theo quan niệm pháp lý bao gồm thể nhân và pháp nhân), hay còn được gọi một cách vừa dân dã, vừa tỏ ra học thuật là “chủ thể kinh doanh” hay “hình thức kinh doanh”. Thế nhưng khi nói tới quản lý, cho thuê và bán doanh nghiệp tư nhân, Luật Doanh nghiệp 2005 (tại Điều 143, Điều 144 và Điều 145) và Dự thảo (tại Điều 191, Điều 192 và Điều 193) lại xem “doanh nghiệp” (cụ thể: doanh nghiệp tư nhân) là đối tượng

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

của các quyền, có nghĩa doanh nghiệp là tài sản của chủ doanh nghiệp tư nhân, và chỉ chủ doanh nghiệp tư nhân mới có khả năng hưởng quyền và gánh vác nghĩa vụ. Cụ thể các điều luật này cho rằng: (1) chủ doanh nghiệp tư nhân có toàn quyền quyết định đối với doanh nghiệp; (2) chỉ chủ doanh nghiệp tư nhân mới là nguyên đơn, bị đơn hoặc là người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan trước tòa án hoặc trọng tài trong các tranh chấp liên hệ tới doanh nghiệp; và (3) chủ doanh nghiệp tư nhân có toàn quyền cho thuê hoặc bán doanh nghiệp, nhưng khi bán doanh nghiệp vẫn phải chịu trách nhiệm về những khoản nợ của doanh nghiệp phát sinh trước lúc bán. Các quy định như vậy dẫn đến một suy luận không thể khác hơn: chủ doanh nghiệp tư nhân mới thực chất là người kinh doanh hay thương nhân; và “doanh nghiệp tư nhân” không phải là một thực thể kinh doanh tách biệt với chủ sở hữu của nó. Như vậy có thể nói: cả Luật Doanh nghiệp 2005 và Dự thảo đều đưa ra hai khái niệm doanh nghiệp khác nhau, trong khi chỉ hữu ý xác định một khái niệm doanh nghiệp được dùng xuyên suốt ở trong đó như định nghĩa tại Điều 4, khoản 1 đã dẫn.

Lướt qua Luật Doanh nghiệp 2005 và Dự thảo, người ta có thể có ngay một nhận xét: tuy tên gọi của đạo luật là Luật Doanh nghiệp, nhưng trong đó chỉ một hình thức kinh doanh được gọi là “doanh nghiệp tư nhân”, còn các hình thức kinh doanh khác được gọi là “công ty” (công ty hợp danh, công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn). Năm 2006, Nhật Bản và Anh Quốc mỗi nước đều ban hành một đạo luật mang tên “Luật Công ty” (Companies Act)<sup>1</sup> để nói tới các hình thức kinh doanh mà tạo lập nên các thực thể riêng biệt. Anh Quốc đã dùng

thuật ngữ “Luật Doanh nghiệp” (Enterprise Act) đặt tên cho một đạo luật khác được ban hành năm 2002 để điều chỉnh các vấn đề cạnh tranh. Trong khi Việt Nam ban hành đạo luật mang tên “Luật Doanh nghiệp” để điều chỉnh cả cá nhân kinh doanh (doanh nghiệp tư nhân) và các công ty. Rõ ràng có sự khác biệt căn lý giải về sự đúng sai hay sự phù hợp, bất phù hợp trong pháp luật Việt Nam.

“Doanh nghiệp” là thuật ngữ mới bắt đầu được sử dụng ở Việt Nam đầu thập kỷ 90 của thế kỷ trước để thay thế cho thuật ngữ “xí nghiệp” (enterprise) mà trước đó người Việt Nam đã quen dùng. Đây là một thuật ngữ có ý nghĩa kinh tế nhiều hơn ý nghĩa pháp lý.

Bộ luật Dân sự (BLDS) Liên bang Nga 1994 có điều luật định nghĩa như sau:

### “Điều 132. Doanh nghiệp

1. Doanh nghiệp là đối tượng của các quyền phải được thừa nhận như một tổ hợp tài sản được sử dụng cho việc thực hiện các hoạt động kinh doanh. Doanh nghiệp trong trạng thái toàn vẹn của nó như một tổ hợp tài sản được thừa nhận là bất động sản.

2. Toàn bộ hay một phần của doanh nghiệp có thể là đối tượng của việc mua bán, thế chấp, cho thuê và các giao dịch khác liên quan tới việc thành lập, thay đổi hay chấm dứt các quyền tài sản. Khi doanh nghiệp được xem như một tổ hợp tài sản bao gồm tất cả các loại tài sản nhằm mục đích thực hiện các hoạt động của nó, bao gồm các thửa đất, toà nhà, công trình, trang thiết bị, dụng cụ, nguyên liệu, sản phẩm, các quyền, trái quyền và các khoản nợ, và cả các quyền đối với dấu hiệu cá thể hoá doanh nghiệp, sản phẩm, công việc và dịch vụ của nó (như

<sup>1</sup> Nhật Bản theo truyền thống Civil Law; còn Anh Quốc theo truyền thống Common Law.

<sup>2</sup> BLDS Nga này theo khuynh hướng hợp nhất luật dân sự và luật thương mại.



thương danh, nhãn hiệu thương phẩm và dịch vụ), cũng như các quyền loại trừ khác, trừ khi được quy định bởi luật hoặc bởi điều ước”<sup>2</sup>.

Điều luật này cho thấy, người Nga xem doanh nghiệp là đối tượng của các quyền, là vật đồng bộ, và rất đặc biệt xem doanh nghiệp là bất động sản (nếu ở trạng thái toàn vẹn) mặc dù trong đó bao gồm các dạng tài sản khác nhau (như: bất động sản hữu hình, bất động sản vô hình, động sản hữu hình và động sản vô hình).

Nếu cho rằng pháp luật Việt Nam sử dụng thuật ngữ doanh nghiệp để chỉ các thực thể kinh doanh, thì không đúng bởi hộ kinh doanh ở Việt Nam hiện nay không được xem là doanh nghiệp. Trong khi pháp luật Việt Nam quy định hộ kinh doanh nếu sử dụng hơn mười lao động thì phải đăng ký kinh doanh dưới hình thức doanh nghiệp. Như vậy hộ kinh doanh chỉ khác công ty hay doanh nghiệp tư nhân về quy mô kinh doanh, nhưng lại không được xem là doanh nghiệp.

Deluxe Black's Law Dictionary - cuốn Từ điển pháp luật nổi tiếng của Hoa Kỳ - giải thích khái niệm doanh nghiệp (enterprise) có hai nghĩa: *nghĩa thứ nhất* xem doanh nghiệp là một dự án hoặc công cuộc kinh doanh (a business venture or undertaking); và *nghĩa thứ hai* coi doanh nghiệp bao gồm bất kỳ cá nhân (individual), hợp danh (partnership), công ty đối vốn (corporation), hội đoàn (association) hoặc thực thể pháp lý khác, và bất kỳ liên minh (union) hoặc nhóm (group) cá nhân nào được liên kết thực tế mặc dù không có tư cách pháp nhân<sup>3</sup>. Nghĩa thứ hai này được cuốn từ điển pháp luật kể

trên chất lọc từ Đạo luật RICO của Hoa Kỳ - một đạo luật chống tổ chức tội phạm.

Để làm rõ hơn quan niệm sai lầm về “doanh nghiệp” của Luật Doanh nghiệp 2005 và của Dự thảo, cần nghiên cứu thêm khái niệm “doanh nghiệp tư nhân” - một hình thức kinh doanh duy nhất ở Việt Nam gắn với tên gọi “doanh nghiệp”. Ở Anh Quốc và ở Hoa Kỳ có một hình thức kinh doanh tương đương với hình thức doanh nghiệp tư nhân ở Việt Nam. Hình thức đó là thương nhân đơn lẻ (sole trader) ở Anh hay nghiệp chủ đơn lẻ (sole proprietorship) ở Hoa Kỳ. Pháp luật Anh quan niệm: thương nhân đơn lẻ là một người tiến hành kinh doanh với tài khoản của mình; tự lựa chọn nơi thích hợp để hoạt động; có hoặc không có sự trợ giúp của người làm công trong kinh doanh; vốn góp ban đầu là nguồn vốn cá nhân do tiết kiệm hoặc vay mượn cá nhân<sup>4</sup>. Pháp luật Hoa Kỳ quan niệm: nghiệp chủ đơn lẻ là một doanh nghiệp (a business) được vận hành bởi một người và được xem như tài sản cá nhân của người đó; và doanh nghiệp (enterprise) này là một sự mở rộng đơn thuần của chủ sở hữu cá nhân (individual owner)<sup>5</sup>. Pháp luật của Anh Quốc cũng như của Hoa Kỳ đều coi doanh nghiệp là tài sản thuộc thương nhân hay nghiệp chủ. Ở Anh Quốc người ta quan niệm: “doanh nghiệp thương nhân đơn lẻ” (sole trader enterprise) không tách biệt với cá nhân tạo lập nên nó và lao động trong đó; và thông thường tên thương mại của nó là tên của cá nhân tạo lập nên nó hoặc cũng có thể là tên khác được đặt theo quy định của pháp luật<sup>6</sup>. Ở Hoa Kỳ người ta cũng nói vấn đề liên quan tới tên riêng của doanh nghiệp cá thể (sole proprietorship) như sau: “Người

3 Deluxe Black's Law Dictionary, West Publishing Co., 1990, p. 531.

4 Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, Business Law, Heinemann, London, 1985, p. 39.

5 A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, Law for Business, Fourth edition, Irwin, USA, 1991, p. 400.

6 Abdul Kadar, Ken Hoyle, Geoffrey Whitehead, Business Law, Heinemann, London, 1985, p. 40.

khai thác doanh nghiệp không cần thiết phải dùng tên riêng của mình như là tên thương mại; nó có thể được khai thác dưới tên thương mại hay tên được thừa nhận, chẳng hạn như Data Experts Company. Tuy nhiên, một cái tên thương mại như vậy phải được đăng ký tại nhà chức trách tiểu bang hay địa phương thích hợp”<sup>7</sup>.

Khái niệm doanh nghiệp cũng được sử dụng trong Bộ luật Thương mại Pháp để chỉ hành vi thương mại thuần túy (Điều 632). Theo truyền thống Civil Law, Bộ luật Thương mại của Macao định nghĩa:

“1. Doanh nghiệp thương mại (commercial enterprise) là bất kỳ sự tổ chức các yếu tố sản xuất nào để tiến hành một hành vi thương mại với ý định sản xuất để trao đổi một cách có hệ thống và vì lợi nhuận, bao gồm:

- a) hành vi công nghiệp nhằm sản xuất hàng hóa hoặc dịch vụ;
- b) hành vi trung gian trong việc lưu thông hàng hóa;
- c) hành vi vận tải;
- d) hành vi ngân hàng và hành vi bảo hiểm;
- e) các hành vi thương mại phụ thuộc của các hành vi nói trên.

2. Việc tổ chức các yếu tố sản xuất để tiến hành các hành vi thương mại mà không tách rời từ người tiến hành nó không được xem là một doanh nghiệp thương mại” (Điều 2).

Theo điều luật này, doanh nghiệp cũng được xem là tài sản hay vốn được sung dụng cho một hoặc một số loại hành vi thương mại nhất định, chứ không phải là chủ thể của các quyền. Doanh nghiệp này thuộc về một chủ thể pháp luật nào đó mà thường được

gọi là thương nhân. Bộ luật này của Macao cũng theo quan niệm chung của các nước theo truyền thống Civil Law (truyền thống pháp luật Châu Âu lục địa) định nghĩa về thương nhân như sau:

“Thương nhân bao gồm:

a) cá nhân và một đoàn thể người mà, dưới tên của chính mình, tự mình hoặc thông qua người thứ ba, vận hành một doanh nghiệp thương mại;

b) các công ty thương mại” (Điều 1).

Như vậy, khi phân tích và so sánh về mặt pháp lý như trên, có thể thấy thuật ngữ “doanh nghiệp” được sử dụng trong pháp luật Việt Nam nói chung và trong Luật Doanh nghiệp 2005, cũng như trong Dự thảo nói riêng là một sai lầm. Nó đã kéo theo nhiều vấn đề pháp lý khác thiếu chính xác và bất cập mà sau đây sẽ đề cập tới.

## 2. Thương nhân, bản chất pháp lý của công ty, và tính chất của luật công ty, luật doanh nghiệp tư nhân

Trong nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung được xây dựng trên nền tảng công hữu hóa tư liệu sản xuất, không có đất cho sự tồn tại của thương nhân. Vì vậy, luật thương mại với tính cách là luật điều tiết quan hệ giữa các thương nhân với nhau hay hành vi thương mại không thể tồn tại. Khi xây dựng kinh tế thị trường theo định hướng XHCN, dần dà tầng lớp thương nhân hồi sinh và đang đóng góp lớn cho sự phát triển của đất nước. Theo đó, ngành luật thương mại cũng được hồi sinh. Thương nhân luôn luôn được xem là một đại chế định quan trọng của luật thương mại. Ở Việt Nam hiện nay, chế định thương nhân được pháp điển hóa riêng. Do đó người ta gán cho thương nhân một cái tên sai lầm là “doanh nghiệp” như đã phân tích ở mục trên. Thương nhân được chia thành

7 A. James Barnes, Terry Morehead Dworkin, Eric L. Richards, *Law for Business, Fourth Edition*, Irwin, USA, 1991, p. 400.

hai loại là thương nhân thể nhân và thương nhân pháp nhân. Đây là sự phân biệt quan trọng cho việc pháp điển hóa. Chưa cần phân tích sâu, có thể thấy ngay, việc vào nghề thương mại của một tự nhiên nhân hay thể nhân khác biệt với việc thành lập một pháp nhân để hành nghề thương mại. Thể nhân đã tồn tại sẵn bằng da bằng thịt nên muốn vào nghề thương mại đòi hỏi người này phải ở trong tình trạng nhân thân thích hợp bởi người này tiến hành kinh doanh trên chính sản nghiệp của mình. Chẳng hạn người phạm tội lừa đảo chưa được xóa án tích khó có thể được phép trở thành một thương nhân. Trong khi đó, thương nhân pháp nhân (công ty) phải được thành lập dưới một hình thức thích hợp và phải được tạo lập một sản nghiệp riêng. Năm 1990, Việt Nam đã ban hành Luật Công ty và Luật Doanh nghiệp tư nhân riêng biệt. Thời kỳ đó đất nước cần thúc đẩy sự ra đời của tầng lớp thương nhân để xây dựng một nền kinh tế hàng hóa nhiều thành phần. Tại thời điểm này, chúng ta chưa đủ điều kiện để có thể ban hành một Bộ luật Thương mại. Sau này có thể do phân công soạn thảo luật cho các cơ quan khác nhau trong khi chưa có một mô hình thống nhất về hệ thống pháp luật, nên Quốc hội đã thông qua Luật Thương mại 1997 (do Bộ Thương mại soạn thảo) chỉ bao gồm một số nguyên tắc và quy tắc chung về thương nhân, còn các quy định cụ thể về thương nhân được bao gồm trong Luật Doanh nghiệp 1999 (do Bộ Kế hoạch và Đầu tư soạn thảo). Tuy nhiên, các đạo luật này thiếu sự gắn kết với nhau. Đạo luật về doanh nghiệp này dựa trên cơ sở hợp nhất doanh nghiệp tư nhân và công ty, và đặt tên chung cho chúng là “doanh nghiệp”. Vậy là người ta đã ngày càng làm xóa nhòa mối liên hệ giữa thương nhân và hành vi thương

mại. Điều đáng nói là vào năm 2005, Luật Thương mại (mới hơn) và Luật Doanh nghiệp (mới hơn) được thông qua nhưng dường như mâu thuẫn với nhau và không chấp nhận nhau. Phải chăng chúng được soạn thảo bởi hai cơ quan soạn thảo khác nhau? Việc Hiến pháp 2013 mới được thông qua có lẽ là một cơ hội tốt để xem xét lại mô hình của hệ thống pháp luật nhằm bảo đảm tính đồng bộ của các đạo luật?

Công ty có bản chất là một hành vi pháp lý, có nghĩa công ty một thành viên là một hành vi pháp lý đơn phương, còn công ty nhiều thành viên là một hợp đồng. BLDS Bắc Kỳ 1931 (của Việt Nam) xếp các quy định về các hình thức công ty vào chương khế ước lập hội (từ Điều thứ 1200 đến Điều thứ 1299) bởi trước kia công ty theo truyền thống của Pháp được xem là hội thương mại mà hội được quan niệm phải có từ hai người trở lên. Do vậy công ty chỉ được xem là có bản chất hợp đồng. Các nước theo truyền thống Civil Law đều quan niệm công ty có bản chất là hành vi pháp lý và được thể hiện trong hầu hết các BLDS và các Bộ luật Thương mại. Hoa Kỳ phát triển nhiều học thuyết khác nhau về bản chất của công ty cổ phần, song học thuyết xem công ty là hợp đồng vẫn được thường xuyên sử dụng để giải quyết các tranh chấp trong nội bộ công ty<sup>8</sup>. Đạo luật Công ty 2006 của Anh Quốc yêu cầu người muốn thành lập công ty phải biểu lộ và thống nhất ý chí dưới hình thức văn bản được gọi là “Memorandum of Association” (có thể hiểu là hợp đồng lập hội) (Điều 7, khoản 1, và Điều 8), và văn bản này là một văn kiện bắt buộc đầu tiên trong bộ hồ sơ đăng ký kinh doanh (Điều 9, khoản 1). Nhiều án lệ của hệ thống Anh đều xem công ty là một hợp đồng. Trong vụ *Clarke v. Dunraven* [1897], nguyên đơn và bị đơn viết đơn hoàn

8 Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell*, Third Edition, St. Paul, Minn., West Publishing Co., p. 4.

toàn riêng rẽ xin tham dự vào câu lạc bộ đua thuyền mang tên Mudhook Yacht Club, và cam kết tuân thủ các quy tắc của Yacht Club Association. Các quy tắc này quy định chủ nhân của con thuyền vi phạm quy tắc va chạm với con thuyền khác phải có trách nhiệm bồi thường tất cả các thiệt hại phát sinh. Thuyền của Clarke va chạm vào thuyền của Dunraven. Vụ kiện xảy ra. Tòa phúc thẩm Anh Quốc và House of Lords (Thượng viện) phán quyết rằng có quan hệ hợp đồng tồn tại giữa những người tham dự cuộc đua thuyền. Vì vậy Clarke phải bồi thường Dunraven bởi vi phạm hợp đồng. Quyết định này áp dụng cho vụ *Rayfield v. Hands* [1958] và ra phán quyết, sự đăng ký của một thành viên vào biên bản ghi nhớ (Memorandum) và Điều lệ (Articles of Association) của một công ty không chỉ tạo lập sự thỏa thuận giữa thành viên và công ty, mà còn tạo lập sự thỏa thuận giữa thành viên đó với những người đăng ký khác<sup>9</sup>. Hợp đồng lập hội hay hợp đồng thành lập công ty có điểm ngoại lệ với nguyên tắc hiệu lực tương đối của hợp đồng bởi hợp đồng này tạo lập ra một thực thể tách biệt với các chủ nhân của nó (những người giao kết hợp đồng) để trở thành chủ thể của pháp luật<sup>10</sup>. Điều đó có nghĩa là các thành viên của công ty dù giao kết hợp đồng với nhau để góp vốn thành lập công ty, nhưng không trở thành trái chủ và người thụ trái của nhau mà trở thành trái chủ và người thụ trái của công ty. Vậy có thể gọi hợp đồng lập hội hay hợp đồng thành lập công ty là hợp đồng vì người thứ ba. Các luật gia theo truyền thống Common Law cho rằng học thuyết hợp đồng về công ty đối vốn xem việc thành

lập công ty bao gồm các hợp đồng giữa các thành viên của công ty với nhau, giữa các thành viên của công ty với công ty, và giữa các thành viên của công ty hoặc công ty với nhà nước<sup>11</sup>.

Từ việc phân tích bản chất pháp lý của công ty có thể đi đến nhận định: luật công ty là luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng hay luật về mối quan hệ nội bộ công ty. Khi công ty tiến hành giao dịch với các thực thể khác thì không còn thuộc phạm vi điều chỉnh của luật công ty nữa mà thuộc phạm vi điều chỉnh của rất nhiều lĩnh vực pháp luật khác, chẳng hạn công ty vay vốn của ngân hàng thuộc phạm vi điều tiết của luật ngân hàng; công ty thuê nhà ở làm trụ sở thuộc phạm vi điều tiết của luật dân sự; công ty mua bán hàng hóa với thương nhân khác thuộc phạm vi điều tiết của luật mua bán hàng hóa...

Luật công ty nói về thương nhân pháp nhân điều chỉnh bốn loại quan hệ sau:

Quan hệ giữa các thành viên công ty với nhau (nếu công ty nhiều thành viên);

Quan hệ giữa công ty với thành viên công ty;

Quan hệ giữa công ty với chủ nợ; và

Quan hệ giữa thành viên công ty với chủ nợ.

Hai loại quan hệ đầu là các quan hệ mang tính chất hành vi pháp lý, và là quan hệ nội bộ công ty. Các quan hệ này là các đối tượng chủ yếu của luật công ty. Hai loại quan hệ sau là các quan hệ bổ sung nhằm bảo vệ người thứ ba (các chủ nợ) trong trường hợp công ty mất khả năng trả nợ tới

9 Daniel Khoury, Yvonne S Yamouni, *Understanding Contract Law, Second Edition, Butterworths, Sydney, Adelaide, Brisbane, Canberra, Hobart, Melbourne, Perth, 1989, p. 13.*

10 Ở đây còn có điểm tranh luận là hợp đồng hợp danh có tạo ra một thực thể tách biệt với các chủ nhân của nó hay không. Theo Luật Doanh nghiệp 2005 và theo quan điểm của tác giả bài viết này, công ty hợp danh luôn luôn là một thực thể tách biệt khỏi các thành viên của nó.

11 Harry G. Henn, John R. Alexander, *Laws of Corporations and Other Business Enterprises, Third Edition, St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1983, p. 145;* Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell, Third Edition, St. Paul, Minn., West Publishing Co., p. 4.*



hạn. Về nguyên tắc, công ty là một người (thương nhân pháp nhân), do đó phải trả nợ bằng tất cả các tài sản của công ty. Còn các thành viên công ty phải trả nợ tùy theo chế độ trách nhiệm của họ. Các thành viên thuộc chế độ trách nhiệm hữu hạn chỉ phải chịu trách nhiệm trong phạm vi phần vốn góp của họ vào công ty. Các thành viên thuộc chế độ trách nhiệm vô hạn được xem như những người bảo lãnh liên đới cho hoạt động của công ty. Do vậy họ phải chịu trách nhiệm liên đới và vô hạn định đối với các khoản nợ của công ty. Hai loại quan hệ đầu là các quan hệ tương tác. Còn hai loại quan hệ sau là các quan hệ bổ sung, chỉ nhằm bảo vệ người thứ ba bằng cách áp đặt nghĩa vụ cho một bên là công ty và thành viên hoặc các thành viên của công ty. Luật Doanh nghiệp 2005 và Dự thảo dù không ý thức đầy đủ cũng không thể làm khác hơn việc điều chỉnh các quan hệ như trên đối với công ty.

Luật doanh nghiệp tư nhân không thể điều tiết các mối quan hệ như trên. Bởi doanh nghiệp tư nhân không phải là thực thể độc lập với chủ sở hữu của nó, nên không có mối quan hệ đối nhân giữa chủ sở hữu doanh nghiệp với doanh nghiệp tư nhân.

Mối quan hệ giữa chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân với doanh nghiệp tư nhân là quan hệ đối vật, có nghĩa là doanh nghiệp tư nhân là một vật đồng bộ thuộc sở hữu của người tạo dựng nên nó. Doanh nghiệp tư nhân không thể trở thành trái chủ hoặc người thụ trái của người tạo dựng nên nó. Vì vậy luật doanh nghiệp tư nhân chỉ điều tiết: (1) khả năng được tham dự vào các hành vi thương mại của chủ doanh nghiệp tư nhân; (2) quyền sở hữu của chủ doanh nghiệp tư nhân đối với doanh nghiệp tư nhân; và (3) chế độ trách nhiệm đối với các khoản nợ của chủ doanh nghiệp tư nhân.

Tất nhiên còn một số quy tắc chung của cả thương nhân thể nhân và thương nhân pháp nhân đều phải tuân theo như: đăng ký thương mại; tạm ngừng và chấm dứt kinh doanh; sản nghiệp thương mại; bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng; sổ sách và chứng từ thương mại; cạnh tranh...

Từ các nghiên cứu trên có thể thấy, cần phải tách công ty ra để quy định riêng nếu không có dự định xây dựng một Bộ luật Thương mại bao trùm cả ngành luật thương mại. Mô hình tốt nhất là xây dựng một đạo luật về thương mại trong đó bao gồm quy

chế thương nhân chung dựa trên căn bản thương nhân thể nhân, và bên cạnh đó có đạo luật về công ty quy định các hình thức công ty và một số đặc thù.

### 3. Việc ghi nhận và thể hiện quyền tự do kinh doanh trong Dự thảo

Nói đơn giản, quyền tự do kinh doanh (freedom of enterprise) bao gồm: quyền tự do trở thành thương nhân; quyền tự do tạo lập doanh nghiệp; quyền tự do lựa chọn ngành nghề kinh doanh; quyền tự do lựa chọn quy mô kinh doanh; quyền tự do quản trị và vận hành doanh nghiệp; quyền tự do thuê mướn và sử dụng lao động; và quyền tự do lựa chọn nơi và phương thức cung cấp sản phẩm và dịch vụ của thương nhân. Gắn liền với các quyền tự do này là quyền chống lại các hành vi cấm đoán hoặc gây cản trở những quyền tự do nói trên. Hiến pháp 2013 tại Điều 33 khẳng định quyền tự do kinh doanh của công dân trong những ngành nghề kinh doanh mà pháp luật không cấm. BLDS 2005 tại Điều 50 có quy định về nội dung của quyền tự do kinh doanh nhưng chưa thỏa đáng bởi nội dung đó vừa rộng, lại vừa thiếu. Điều luật này bao gồm cả tự do hợp đồng trong nội dung của quyền tự do kinh doanh. Khái niệm tự do kinh doanh và khái niệm tự do hợp đồng không phải là hai khái niệm có tính cách thứ bậc, có nghĩa là tự do kinh doanh không ôm trọn tự do hợp đồng trong nó, nhưng chúng có sự giao thoa. Khi nói tới tự do thuê mướn lao động, tự do lựa chọn phương thức cung cấp sản phẩm và dịch vụ là đã nói tới vai trò của tự do hợp đồng liên quan tới tự do kinh doanh bởi thuê mướn lao động và cung cấp sản phẩm và dịch vụ chỉ có thể thực hiện được thông qua phương thức hợp đồng. Tự do hợp đồng tác động rộng hơn, vượt ra ngoài phạm vi kinh doanh. Điều 50 của BLDS 2005 quy định thiếu quyền chống lại các hành vi cấm đoán hay gây cản trở việc thực hiện các quyền tự do trong nội dung của quyền tự do kinh

doanh. Quyền chống lại các hành vi cấm đoán hay gây cản trở việc thực hiện các quyền tự do nói chung có thể được quy định một cách tổng quát trong Hiến pháp hoặc một đạo luật mang tính hiến pháp. Tuy nhiên, khi xác định một quyền tự do cụ thể người ta không thể quên dẫn chiếu tới các quy định tổng quát đó. Có tiền bộ hơn BLDS 2005, Dự thảo đã chi tiết hóa quyền tự do kinh doanh mà trong đó có nhắc đến quyền chống lại các hành vi cấm đoán hoặc gây cản trở tự do kinh doanh (Điều 8). Tuy nhiên, quyền chống trả ở đây mới chỉ được hiểu trong phạm vi hẹp tương đương với quyền khiếu nại, tố cáo (Điều 8, khoản 10), có nghĩa là điều luật này quy định doanh nghiệp có quyền khiếu nại, tố cáo các hành vi cấm đoán hoặc cản trở kinh doanh, nhưng không rõ ràng. Lưu ý rằng điều luật này chỉ áp dụng cho các doanh nghiệp chứ không áp dụng cho người đầu tư thành lập doanh nghiệp. Đây là một sai lầm. Phương thức chống trả quan trọng hơn và có ý nghĩa pháp lý cao hơn các quyền khiếu nại, tố cáo thông thường là quyền tự do khởi kiện các hành vi cấm đoán hoặc gây cản trở tự do kinh doanh. Phương thức này không được Dự thảo nhắc tới. Vậy quyền tự do kinh doanh, xét một cách tổng quát, chưa được Dự thảo bảo vệ thỏa đáng.

Từng chế định cụ thể của Dự thảo phản ánh những nội dung hay những thành tố khác nhau của quyền tự do kinh doanh có nhiều ưu điểm, tiến bộ, nhưng cũng có nhiều điểm bất cập. Xin nêu những điểm bất cập:

1. Góp vốn là một vấn đề pháp lý quan trọng để tạo lập nên công ty. Thế nhưng Luật Doanh nghiệp 2005 và Dự thảo hiện nay chỉ nói tới việc góp vốn bằng tài sản. Để kinh doanh người ta có thể góp vốn bằng tài sản, bằng công sức, và bằng tri thức. Các hình thức góp vốn này được thừa nhận trong pháp luật của nhiều nước. Việc góp vốn bằng công sức đã được BLDS 1972 của Chính

quyền Sài Gòn cũ xem là phần góp nhỏ nhất nếu không định giá phần góp đó. Pháp luật về đầu tư nước ngoài tại Việt Nam (trước khi xây dựng pháp luật đầu tư chung mà không kể đầu tư nước ngoài hay trong nước) cũng đã có quy định góp vốn bằng dịch vụ thị trường. Việc quy định chỉ góp vốn bằng tài sản ảnh hưởng tới quyền tự do tạo lập doanh nghiệp. Như trên đã nói, doanh nghiệp là một tổ hợp tài sản được tạo lập trước tiên bởi sự góp vốn nhằm sung dụng cho việc tiến hành một hoặc một số hành vi thương mại nhất định. Do đó, những người góp vốn có thể thỏa thuận các phương thức góp vốn khác nhau miễn là có giá trị kinh tế, trừ khi chống lại trật tự công cộng, chống lại thuần phong mỹ tục và ảnh hưởng tới quyền và lợi ích hợp pháp của người khác. Đạo luật tư đúng nghĩa phải giải thích các phương thức góp vốn khác nhau mang lại cho người góp vốn và cho công ty các quyền và nghĩa vụ gì. Góp vốn bằng tài sản cũng có nhiều hình thức góp khác nhau (như góp bằng tiền, góp bằng đồ vật, góp bằng quyền hưởng dụng, góp bằng quyền sở hữu trí tuệ) mà quyền và nghĩa vụ liên quan khác nhau. Luật Doanh nghiệp 2005 và Dự thảo chưa bao quát được đầy đủ các phương thức góp vốn.

2. Luật Doanh nghiệp 2005 và Dự thảo đều thống nhất với nhau rằng: Cơ quan đăng ký kinh doanh chỉ chịu trách nhiệm về tính hợp lệ của hồ sơ đăng ký kinh doanh; còn thương nhân nộp hồ sơ đăng ký kinh doanh phải chịu trách nhiệm về tính đúng đắn của hồ sơ đăng ký kinh doanh. Điều đó có nghĩa: đăng ký kinh doanh là bằng chứng đầu tiên về việc người đăng ký trở thành thương nhân và còn phụ thuộc vào chứng minh ngược lại. Trong trường hợp có sự gian dối trong hồ sơ đăng ký kinh doanh được chứng minh, thì tư cách thương nhân của người đăng ký có thể bị mất. Việc cơ quan đăng ký kinh doanh chỉ chịu trách nhiệm về tính hợp lệ của hồ sơ đăng ký kinh doanh được hiểu là cơ quan này không phải gánh chịu trách

nhiệm về những thiệt hại do hồ sơ kê khai không đúng dẫn gây ra. Suy cho cùng, người chỉ chịu trách nhiệm về tính hợp lệ thì không có quyền kiểm tra tính đúng đắn của hồ sơ, mà nếu đã kiểm tra tính đúng đắn của hồ sơ thì phải chịu trách nhiệm về thiệt hại do hồ sơ không đúng dẫn gây ra. Tuy nhiên, Dự thảo một mặt tuyên bố cơ quan đăng ký kinh doanh chỉ chịu trách nhiệm về tính hợp lệ của hồ sơ đăng ký kinh doanh (Điều 23, khoản 4), nhưng mặt khác lại cho phép cơ quan này kiểm tra tính đúng đắn của hồ sơ đăng ký kinh doanh (Điều 218, khoản 1, điểm d). Về nguyên lý, người xác nhận tính đúng đắn của hồ sơ phải gánh chịu những thiệt hại do hồ sơ không đúng dẫn gây ra. Chắc hẳn Dự thảo, cũng như các cơ quan đăng ký kinh doanh không mong muốn gánh chịu trách nhiệm đó. Vậy tại sao Dự thảo lại mong muốn cho cơ quan đăng ký kinh doanh kiểm tra tính đúng đắn của hồ sơ? Câu trả lời có ngay trong Điều 218 của Dự thảo. Xem các nhiệm vụ và quyền hạn của cơ quan này có thể dẫn đến suy nghĩ: Dự thảo muốn *biến cơ quan đăng ký kinh doanh thành một cơ quan hành chính cấp trên của thương nhân*. Điều đó không thể biện minh cho tư tưởng tự do kinh doanh của Dự thảo. Có lẽ nên trao lại đăng ký kinh doanh cho tòa án hoặc Bộ Tư pháp như ở các nước theo truyền thống Civil Law bởi đăng ký kinh doanh là một hành vi hành chính tư pháp.

3. Nhìn từ góc độ quyền tự do kinh doanh, người ta thấy Dự thảo chưa quan tâm mở rộng các hình thức công ty để người đầu tư lựa chọn. Trước hết, cần tách công ty hợp vốn đơn giản ra khỏi chế định công ty hợp danh bởi chúng là các hình thức công ty khác nhau. Tiếp đó nên thừa nhận công ty cổ phần một thành viên. Và sau chót nên xây dựng lại hình thức công ty hợp vốn cổ phần. Đây là một hình thức công ty tương đối phổ biến trên thế giới và đã từng tồn tại ở Việt Nam dưới các chế độ cũ ■

# QUY ĐỊNH VỀ TỔNG HỢP HÌNH PHẠT VÀ THỰC TIỄN ÁP DỤNG BỘ LUẬT HÌNH SỰ

NGUYỄN THỊ HƯƠNG\*

## 1. Quy định về tổng hợp hình phạt

### 1.1. Các nguyên tắc tổng hợp hình phạt

Tổng hợp hình phạt là quyết định hình phạt trong trường hợp đặc biệt, bao gồm quyết định hình phạt đối với trường hợp phạm nhiều tội theo quy định tại Điều 50 Bộ luật Hình sự (BLHS) và quyết định hình phạt của nhiều bản án theo quy định tại Điều 51 BLHS. Tổng hợp hình phạt là hoạt động quan trọng của Tòa án được tiến hành đối với người bị kết án phạm từ hai tội trở lên và đối với trường hợp người bị kết án chưa chấp hành hoặc chấp hành chưa xong một bản án lại bị xét xử về một tội xảy ra trước hoặc sau khi có bản án đó. Việc tổng hợp hình phạt được tiến hành trên cơ sở các hình phạt cùng loại và khác loại, tổng hợp hình phạt chính và hình phạt bổ sung theo những nguyên tắc nhất định của luật hình sự.

Hiểu theo cách chung nhất thì tổng hợp hình phạt chính là xác định hình phạt chung cho người bị tuyên nhiều tội và việc xác

định hình phạt chung có thể là một trong các trường hợp sau: người phạm tội bị xử cùng một lần về nhiều tội và do vậy bị tuyên nhiều hình phạt khác nhau và kèm theo có thể có các hình phạt bổ sung. Để có thể thi hành án được, Tòa án phải tổng hợp các hình phạt chính cũng như các hình phạt bổ sung thành hình phạt chung<sup>1</sup>; người phạm tội đã có bản án kết tội kèm theo hình phạt và lại bị tuyên tiếp bản án khác cùng hình phạt kèm theo. Để có thể thi hành án được, Tòa án phải tổng hợp hình phạt đã tuyên (có thể đang chấp hành hoặc chưa chấp hành) với hình phạt mới tuyên thành hình phạt chung<sup>2</sup>.

Cơ sở để tổng hợp hình phạt là các hình phạt đã tuyên. Riêng trường hợp người bị kết án đang chấp hành hình phạt lại phạm tội mới nên bị xét xử và tuyên hình phạt mới, thì cơ sở để tổng hợp hình phạt là phần còn lại của hình phạt cũ và hình phạt mới. Việc tổng hợp hình phạt có thể theo các nguyên tắc sau: *nguyên tắc thu hút* - nguyên

\* ThS. Viện Kiểm sát nhân dân tối cao

1 Trường hợp này được gọi là tổng hợp hình phạt của nhiều tội.

2 Trường hợp này được gọi là tổng hợp hình phạt của nhiều bản án.



tắc cho phép lấy hình phạt nặng nhất là hình phạt chung (hình phạt nặng nhất thu hút các hình phạt khác); *nguyên tắc cộng một phần* - nguyên tắc cho phép cộng hình phạt cao nhất với một phần hình phạt còn lại thành hình phạt chung; *nguyên tắc cộng toàn bộ* - nguyên tắc cho phép cộng toàn bộ các hình phạt để có hình phạt chung và *nguyên tắc cùng tồn tại* - tức là khi không áp dụng được ba nguyên tắc trên thì có nghĩa là không có tổng hợp hình phạt thành hình phạt chung mà các hình phạt phải được cùng chấp hành, ví dụ như hình phạt trục xuất và hình phạt tiền không thể tổng hợp được với các hình phạt khác.

### 1.2. Tổng hợp hình phạt của nhiều tội theo quy định tại Điều 50 BLHS

Là trường hợp một người đã thực hiện nhiều hành vi phạm tội hoặc chỉ thực hiện một hành vi phạm tội nhưng đã thỏa mãn nhiều cấu thành tội phạm khác nhau và bị xét xử cùng một lần về các tội phạm đó. Như vậy, có hai trường hợp phạm nhiều tội: (i) trường hợp người bị kết án có nhiều hành vi phạm tội khác nhau và mỗi hành vi cấu thành một tội riêng. Các hành vi phạm tội này có thể liên quan với nhau (được thực hiện để đạt cùng mục đích) hoặc không có liên quan với nhau (được thực hiện nhằm các mục đích khác nhau); (ii) trường hợp người bị kết án thực hiện một hành vi phạm tội nhưng hành vi này lại cấu thành nhiều tội khác nhau<sup>3</sup>.

Khi xét xử người phạm nhiều tội, tòa án quyết định hình phạt đối với từng tội theo quy định chung về các căn cứ quyết định hình phạt đã nêu trên, sau đó tổng hợp các hình phạt đó để có được hình phạt chung theo các quy định sau:

- *Đối với hình phạt chính*: Nếu các hình

phạt chính đã tuyên là cải tạo không giam giữ hoặc cùng là tù có thời hạn thì các hình phạt đó được cộng lại thành hình phạt chung. Hình phạt chung không được vượt quá ba năm đối với cải tạo không giam giữ và không quá 30 năm đối với hình phạt tù có thời hạn; nếu các hình phạt đã tuyên là cải tạo không giam giữ, tù có thời hạn thì hình phạt cải tạo không giam giữ được chuyển đổi thành hình phạt tù theo tỷ lệ cứ ba ngày cải tạo không giam giữ được chuyển thành một ngày tù để tổng hợp thành hình phạt chung; nếu hình phạt nặng nhất trong số các hình phạt đã tuyên là tù chung thân hoặc tử hình thì hình phạt chung là tù chung thân hoặc tử hình; phạt tiền, trục xuất không được tổng hợp với các loại hình phạt khác; các khoản tiền được cộng lại thành hình phạt chung.

- *Đối với hình phạt bổ sung*: Nếu các hình phạt đã tuyên là cùng loại thì hình phạt chung được quyết định trong giới hạn do BLHS quy định đối với loại hình phạt đó; riêng đối với hình phạt tiền thì các khoản tiền được cộng lại thành hình phạt chung; nếu hình phạt đã tuyên là khác loại thì người bị kết án phải chấp hành tất cả các loại hình phạt đã tuyên.

Các quy định về tổng hợp hình phạt đối với nhiều tội như đã nêu trên được xây dựng trên cơ sở cụ thể hóa các nguyên tắc chung là: cộng toàn bộ, cộng một phần, thu hút và cùng tồn tại<sup>4</sup>. Như vậy, tổng hợp hình phạt đối với nhiều tội là một trong những trường hợp đặc biệt của quyết định hình phạt, nên ngoài việc tuân thủ các nguyên tắc chung về căn cứ quyết định hình phạt đối với từng hành vi phạm tội, Tòa án còn phải tuân thủ các nguyên tắc quy định tại Điều 50 BLHS về tổng hợp hình phạt cùng loại, hình phạt

3 Xem luật hình sự Việt Nam- Những vấn đề lý luận và thực tiễn, Nxb CAND, H. 1997, tr.75.

4 Xem Từ điển Giải thích thuật ngữ luật học- Phần luật hình sự- Nxb CAND, H.1999.

khác loại, hình phạt chính, hình phạt bổ sung của nhiều hành vi phạm tội được xét xử trong cùng một lần để đưa ra phán quyết chung của bản án đối với người phạm nhiều tội. Việc xây dựng những nguyên tắc chặt chẽ về tổng hợp hình phạt đối với nhiều tội là nhằm đảm bảo thực hiện nguyên tắc pháp chế XHCN để mọi hành vi phạm tội đều phải gánh chịu trách nhiệm hình sự (TNHS) là loại và mức hình phạt tương xứng.

TNHS được áp dụng đối với hành vi phạm tội này không thể thay thế cho hành vi phạm tội kia của một người khi họ thực hiện nhiều hành vi phạm tội khác nhau hoặc một hành vi nhưng thỏa mãn cấu thành tội phạm của nhiều tội khác nhau. Điều này có nghĩa là, nếu nhiều hành vi khách quan đã cấu thành nhiều tội khác nhau hoặc một hành vi khách quan thỏa mãn cấu thành nhiều tội danh độc lập, thì mỗi tội danh đó phải chịu TNHS độc lập trong phạm vi khung chế tài của điều luật về tội phạm cụ thể quy định. Song vì các hành vi phạm tội khác nhau này được xét xử trong cùng một lần, nên TNHS của tất cả các hành vi phạm tội phải được tổng hợp lại thành hình phạt chung của bản án đối với người bị kết án. Mặt khác, nguyên tắc này cũng nhằm bảo vệ những quyền và lợi ích hợp pháp của người phạm tội, tránh việc lạm quyền của Tòa án khi quyết định hình phạt đối với người bị kết án trong trường hợp họ phạm nhiều tội.

### 1.3. Tổng hợp hình phạt của nhiều bản án

Về bản chất, tổng hợp hình phạt của nhiều bản án cũng là một dạng của quyết định hình phạt trong trường hợp đặc biệt và căn nguyên của nó cũng là do người bị kết án đã thực hiện nhiều hành vi phạm tội khác nhau, các hành vi đó đã được xét xử ở những thời điểm khác nhau và hình phạt đã được tuyên ở các bản án khác nhau. Do đó, về nguyên tắc và cách thức thực hiện có phần khác so với tổng hợp hình phạt của nhiều tội vì tổng hợp hình phạt của bản án thường có

khoảng cách về thời gian hoặc ở nhiều địa phương khác nhau, giữa các bản án đã có hiệu lực pháp luật chưa chấp hành hoặc đang chấp hành. Tổng hợp hình phạt của nhiều bản án theo quy định tại Điều 51 BLHS gồm có những trường hợp sau:

*Thứ nhất*, người đang phải chấp hành một bản án mà lại bị xét xử về tội đã phạm trước khi có bản án này thì tòa án quyết định hình phạt đối với tội đang bị xét xử, sau đó quyết định hình phạt chung trên cơ sở hình phạt của hai bản án theo quy định tại Điều 50 BLHS. Thời gian đã chấp hành của bản án trước được trừ vào thời hạn chấp hành hình phạt chung. Ở trường hợp này, sau khi quyết định hình phạt đối với tội đang bị xét xử, Tòa án cũng tiến hành tổng hợp hình phạt của nhiều tội theo quy định tại Điều 50 BLHS về tổng hợp hình phạt cùng loại, hình phạt khác loại (nếu có) thành hình phạt chung rồi trừ đi thời hạn đã chấp hành của bản án trước và tính phần hình phạt chung còn lại phải chấp hành. Như vậy, sau khi cộng hình phạt chung (cùng loại hoặc khác loại có thể quy đổi được) của hai bản án rồi Tòa án mới trừ đi thời hạn đã chấp hành của bản án trước để tính phần hình phạt chung còn lại.

*Thứ hai*, người đang chấp hành án lại bị xét xử về tội đã phạm sau khi có bản án này thì Tòa án quyết định hình phạt đối với tội mới, sau đó tổng hợp với phần hình phạt chưa chấp hành của bản án trước rồi quyết định hình phạt chung theo quy định của Điều 50 BLHS. Trong trường hợp này, Tòa án sẽ quyết định hình phạt đối với tội mới, rồi cộng với phần hình phạt còn lại chưa chấp hành của bản án trước (sau khi trừ đi thời hạn đã chấp hành của bản án trước) theo quy định tại Điều 50 về tổng hợp hình phạt của nhiều tội.

*Thứ ba*, người phải chấp hành nhiều bản án đã có hiệu lực pháp luật mà các hình phạt của các bản án chưa được tổng hợp, thì

Chánh án Tòa án ra quyết định tổng hợp các bản án. Tùy từng trường hợp cụ thể mà Chánh án Tòa án ra quyết định tổng hợp theo khoản 1 hoặc khoản 2 Điều 51 BLHS. Đối với những trường hợp này, người có thẩm quyền ra quyết định tổng hợp hình phạt được thực hiện theo hướng dẫn tại Thông tư liên ngành số 02/TTLN ngày 20/12/1991 của Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC), Viện kiểm sát nhân dân tối cao (VKSNDTC) hướng dẫn thi hành một số quy định của Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS. Theo đó:

- Các bản án đã có hiệu lực pháp luật đều của cùng một Tòa án thì Chánh án Tòa án đó ra quyết định tổng hợp hình phạt.

- Các bản án đã có hiệu lực pháp luật là của các Tòa án khác nhau nhưng cùng cấp (cùng cấp huyện trong cùng một tỉnh hoặc khác tỉnh, cùng cấp khu vực, cùng cấp quân khu), thì Chánh án Tòa án ra bản án sau cùng (về mặt thời gian) ra quyết định tổng hợp hình phạt, cụ thể: nếu các bản án đã có hiệu lực pháp luật là của các Tòa án cấp huyện khác nhau (trong cùng một tỉnh hay khác tỉnh), thì Chánh án Tòa án cấp huyện đã ra bản án sau cùng ra quyết định tổng hợp hình phạt; nếu các bản án đã có hiệu lực pháp luật là của các Tòa án quân sự khu vực khác nhau (trong cùng một quân khu hay khác quân khu), thì Chánh án Tòa án quân sự khu vực đã ra bản án sau cùng ra quyết định tổng hợp hình phạt; nếu các bản án đã có hiệu lực pháp luật đều là của các Tòa án cấp tỉnh hoặc đều là của các Tòa án quân sự cấp quân khu, thì Chánh án Tòa án cấp tỉnh hoặc Chánh án Tòa án quân sự cấp quân khu ra bản án sau cùng ra quyết định tổng hợp hình phạt.

- Các bản án đã có hiệu lực pháp luật là của các Tòa án không cùng cấp thì Chánh án Tòa án cấp cao hơn ra quyết định tổng hợp hình phạt, không phụ thuộc vào việc bản án của Tòa án cấp cao hơn có trước hay có sau.

- Trường hợp trong số các bản án đã có hiệu lực pháp luật, có bản án của Tòa án nhân dân, có bản án của Tòa án quân sự, thì việc tổng hợp hình phạt cũng được thực hiện tương tự như trường hợp các bản án đã có hiệu lực pháp luật là của các Tòa án khác nhau nhưng cùng cấp và trường hợp các bản án đã có hiệu lực pháp luật là của các Tòa án không cùng cấp, như: nếu các bản án đã có hiệu lực pháp luật là của Tòa án cấp huyện và của Tòa án quân sự khu vực hoặc là của Tòa án cấp tỉnh và của Tòa án quân sự cấp quân khu, thì Chánh án Tòa án đã ra bản án sau cùng ra quyết định tổng hợp hình phạt; nếu các bản án đã có hiệu lực pháp luật của các Tòa án khác nhau và khác cấp, thì Chánh án Tòa án cấp cao hơn ra quyết định tổng hợp hình phạt, không phụ thuộc vào việc bản án của Tòa án cấp cao hơn có trước hay có sau.

- Trường hợp trong số bản án đã có hiệu lực pháp luật, có bản án là của Tòa án nước ngoài đã được Tòa án Việt Nam công nhận, có bản án là của Tòa án Việt Nam thì Chánh án TANDTC ra quyết định tổng hợp hình phạt.

Các quy định trên cho thấy, tổng hợp hình phạt của nhiều bản án được thực hiện theo những cách thức khác nhau do thời điểm thực hiện hành vi phạm tội, cách thức tổng hợp cũng có những ảnh hưởng nhất định đến TNHS của người bị kết án. Cụ thể, ở trường hợp thứ nhất người đang chấp hành một bản án lại bị xét xử về một hành vi phạm tội đã thực hiện trước khi có bản án này sẽ có lợi hơn so với trường hợp thứ hai. Bởi lẽ, trường hợp này tòa án quyết định hình phạt đối với tội đang bị xét xử rồi tổng hợp hình phạt chung trên cơ sở hình phạt của hai bản án mà theo quy định tại Điều 50 BLHS thì hình phạt chung không được quá 30 năm đối với hình phạt tù có thời hạn, sau khi cộng để tổng hợp theo quy định của Điều 50 BLHS rồi mới trừ đi phần hình phạt

đã chấp hành của bản án trước để tính thời hạn còn lại của hình phạt chung. Còn đối với trường hợp thứ hai, người bị kết án sẽ gặp bất lợi hơn vì sau khi trừ đi phần hình phạt đã chấp hành của bản án trước, tòa án mới tổng hợp hình phạt chung giữa hai bản án theo quy định tại Điều 50 BLHS - hình phạt chung không được vượt quá 30 năm đối với hình phạt tù có thời hạn. Rõ ràng trong trường hợp này, người bị kết án gặp bất lợi hơn, điều này cho thấy chế tài hình sự đối với người thực hiện hành vi phạm tội trước và sau khi có bản án đang chấp hành là khác nhau, trong đó hành vi phạm tội thực hiện sau khi có bản án đang phải chấp hành phải chịu chế tài hình sự nghiêm khắc hơn so với hành vi phạm tội thực hiện trước khi có bản án đang chấp hành.

### 2. Tổng hợp hình phạt qua thực tiễn xét xử

Nghiên cứu những quy định về tổng hợp hình phạt cho thấy, về cơ bản BLHS đã quy định rõ ràng, tương đối đầy đủ, tạo cơ sở pháp lý để Tòa án thực hiện việc tổng hợp hình phạt của nhiều tội hoặc của nhiều bản án trong hoạt động xét xử các vụ án hình sự. Tuy nhiên, thực tiễn xét xử cho thấy, việc tổng hợp hình phạt trong các vụ án hình sự còn xảy ra những vi phạm nghiêm trọng xâm hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của người bị kết án và những quy định đúng đắn của BLHS. Trong những năm gần đây, số bản án bị TANDTC và VKSNDTC kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm do vi phạm nghiêm trọng về tổng hợp hình phạt vẫn chiếm tỷ lệ đáng kể trong số các bản án bị kháng nghị giám đốc thẩm. Điều đó cho thấy những vi phạm về tổng hợp hình phạt còn xảy ra phổ biến, với mức độ nghiêm

trọng, đây là chưa kể đến những vi phạm chưa được phát hiện để kháng nghị kịp thời hoặc có vi phạm khi được phát hiện thì người bị kết án đã thi hành xong bản án đó. Trong khoảng thời gian từ năm 2008 đến năm 2103, TANDTC và VKSNDTC đã kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm 347 vụ/521 bị cáo<sup>5</sup> thì có 58 vụ/76 bị cáo (chiếm 16,8% số vụ và 14,6% số bị cáo) kháng nghị với nội dung hủy bản án có hiệu lực pháp luật để tổng hợp hình phạt lại cho đúng quy định của pháp luật hình sự. Tính riêng trong hai năm 2012 - 2013, TANDTC và VKSNDTC đã kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm 88 vụ/143 bị cáo thì có 30 vụ/41 bị cáo (chiếm 29,4% số vụ và 28,6% số bị cáo) kháng nghị về tổng hợp hình phạt. Theo nội dung các kháng nghị giám đốc thẩm đối với những bản án có vi phạm về tổng hợp hình phạt thì Tòa án thường mắc phải những dạng vi phạm sau:

- Khi xét xử và quyết định hình phạt đối với một người về một tội phạm được thực hiện trước hoặc sau khi có bản án đã có hiệu lực pháp luật và người bị kết án chưa chấp hành bản án đó nhưng Tòa án lại không tổng hợp hình phạt của bản án đó<sup>6</sup>.

- Có bản án đã có hiệu lực pháp luật, chưa được chấp hành nhưng không được Tòa án tổng hợp ở những lần xét xử sau về một tội phạm khác, trong khi có bản án lại bị tổng hợp nhiều lần (ít nhất là hai lần), đây là dạng vi phạm phổ biến nhất, chiếm đến 60% trong số vụ và bị cáo kháng nghị giám đốc thẩm về tổng hợp hình phạt. Cụ thể, trong số 36 vụ/38 bị cáo bị kháng nghị giám đốc thẩm về tổng hợp hình phạt thì có đến 21 vụ/22 bị cáo rơi vào các trường hợp trên.

5 Theo thống kê xét xử giám đốc thẩm của Tòa hình sự TANDTC; Vụ Thực hành quyền công tố và kiểm sát xét xử VKSNDTC.

6 Chẳng hạn như vụ Võ Minh Chiến phạm tội "Lừa đảo chiếm đoạt tài sản" ở tỉnh Cà Mau; vụ Phạm Hùng Chiến phạm tội "Trộm cắp tài sản" ở tỉnh Vĩnh Long; vụ Nguyễn Tiến Công phạm tội "Trộm cắp tài sản" ở tỉnh Hà Nam, vụ Nguyễn Quang Trung phạm tội "Chống người thi hành công vụ" ở tỉnh Phú Yên, vụ Trần Thị Liên phạm tội "Trộm cắp tài sản" ở các tỉnh Hải Phòng, Hưng Yên, Hà Nội...

Dạng vi phạm này vừa xâm hại nghiêm trọng đến quyền và lợi ích hợp pháp của người bị kết án, vừa vi phạm nghiêm trọng nguyên tắc pháp chế trong xét xử hình sự<sup>7</sup>.

- Tổng hợp với bản án đã được thi hành xong đối với trường hợp bị cáo được hưởng án treo, phạm tội mới sau khi đã hết thời gian thử thách nhưng khi xét xử tội mới, Tòa án lại cho rằng bị cáo phạm tội trong thời gian thử thách nên khi xét xử và quyết định hình phạt đối với tội mới, Tòa án đã tổng hợp với phần hình phạt của bản án mà bị cáo được hưởng án treo và đã hết thời gian thử thách. Đây cũng là dạng vi phạm khá phổ biến khi Tòa án tiến hành tổng hợp hình phạt của nhiều bản án, xâm hại nghiêm trọng đến quyền và lợi ích hợp pháp của người bị kết án, vi phạm pháp luật hình sự về quyết định hình phạt và tổng hợp hình phạt<sup>8</sup>.

- Tổng hợp với bản án chưa có hiệu lực pháp luật, tổng hợp không hết các hình phạt của bản án đã có hiệu lực pháp luật và áp dụng sai điều luật khi tổng hợp hình phạt. Việc tổng hợp hình phạt đối với bản án chưa có hiệu lực pháp luật là vi phạm nghiêm trọng luật hình sự và luật tố tụng hình sự. Vì theo quy định tại Điều 9 Bộ luật Tố tụng hình sự, không ai bị coi là có tội khi chưa có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật. Đối với bản án chưa có hiệu lực pháp luật thì coi như bị cáo chưa bị kết tội về tội phạm đó nhưng Tòa án vẫn tiến hành tổng hợp là xâm hại nghiêm trọng đến quyền, lợi ích hợp pháp của bị cáo<sup>9</sup>.

- Bản án có hiệu lực pháp luật đã thi

hành xong nhưng Tòa án vẫn tổng hợp vào hình phạt chung của bản án sau, dẫn đến tình trạng người bị kết án phải chấp hành hai lần đối với một bản án nếu vi phạm này không được phát hiện kịp thời.

- Tổng hợp không đúng giữa các loại hình phạt của các bản án khác nhau nên bản án không thi hành được.

- Tổng hợp không đúng cách thức trong khi thời điểm thực hiện hành vi phạm tội khác nhau, cụ thể tổng hợp hình phạt của nhiều bản án thuộc trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 51 BLHS (khi xét xử một người đang phải chấp hành một bản án mà lại phạm tội mới) nhưng lại tổng hợp theo quy định tại khoản 1 Điều 51 BLHS (người đang phải chấp hành một bản án mà lại bị xét xử về tội đã phạm trước khi có bản án này). Theo quy định tại khoản 1, 2 Điều 51 BLHS thì tổng hợp hình phạt theo khoản 2 sẽ bất lợi hơn so với khoản 1 như đã phân tích ở trên nên việc áp dụng sai giữa hai trường hợp này sẽ dẫn đến cơ chế tổng hợp khác nhau, ảnh hưởng trực tiếp đến mức độ TNHS của người bị kết án.

- Trong thời gian thử thách của án treo, bị cáo lại phạm tội mới nhưng khi xét xử tội phạm mới, Tòa án không tổng hợp với phần hình phạt của bản án mà bị cáo được hưởng án treo theo quy định tại khoản 5 Điều 60 BLHS.

Những dạng vi phạm về tổng hợp hình phạt trong hoạt động xét xử các vụ án hình sự cho thấy, mặc dù những quy định của pháp luật hình sự về tổng hợp hình phạt là

7 Trong số các bản án bị kháng nghị giám đốc thẩm về dạng vi phạm này thì có một số vụ điển hình như: vụ Vũ Quốc Hải phạm tội "Lừa đảo chiếm đoạt tài sản" ở Hà Nội; vụ Bùi Khắc Duy phạm tội "Mua bán trái phép chất ma túy" ở tỉnh Quảng Ninh, vụ Vũ Minh Tuấn phạm tội "Giết người" ở tỉnh Quảng Ninh, vụ Phạm Thị Hương Giang phạm tội "Mua bán trái phép chất ma túy" ở Hà Nội...

8 Chẳng hạn như vụ Lộc Thị Huệ phạm tội "Bắt giữ người trái pháp luật" ở tỉnh Lạng Sơn, vụ Nguyễn Xuân Chính phạm tội "Mua bán phụ nữ" ở Hà Nội...

9 Bởi lẽ, có không ít bản án chưa có hiệu lực pháp luật (thường là án sơ thẩm) sẽ bị cấp phúc hủy hoặc cải sửa do có kháng cáo hoặc kháng nghị đúng căn cứ luật định nên việc tổng hợp hình phạt của những bản án đó là vi phạm nghiêm trọng pháp luật tố tụng hình sự, vì nếu bản án đó bị hủy hoặc bị cải sửa về phần TNHS của người bị kết án thì hình phạt đó sẽ bị thay đổi, do đó không thể tổng hợp hình phạt của bản án chưa có hiệu lực pháp luật.

tương đối đầy đủ và chặt chẽ cả về nội dung cũng như hình thức, nhưng quá trình áp dụng các quy định đó đã không tránh khỏi những hạn chế, thiếu sót, thậm chí cả những vi phạm nghiêm trọng, làm ảnh hưởng không nhỏ đến chất lượng xét xử các vụ án hình sự nói chung. Do đó, để khắc phục những hạn chế, tồn tại và vi phạm nói trên thì việc nghiên cứu, thực hiện những kiến nghị, giải pháp sau là hết sức cần thiết:

*Một là*, thiết lập cơ chế pháp lý để nâng cao trách nhiệm của Thẩm phán, Kiểm sát viên tham gia phiên tòa trong hoạt động xét xử hình sự.

Kinh nghiệm cải cách tư pháp của Việt Nam và nhiều nước trên thế giới cho thấy, một trong những giải pháp để nâng cao chất lượng các hoạt động tố tụng hình sự là phải gắn trách nhiệm của các chủ thể tiến hành tố tụng với các quyết định tố tụng của họ<sup>10</sup>. Xuất phát từ kinh nghiệm đó, việc ban hành riêng hoặc lồng ghép trong các văn bản pháp luật liên quan những quy định pháp lý gắn trách nhiệm của Thẩm phán, Kiểm sát viên tham gia phiên tòa nếu việc tổng hợp hình phạt sai, vi phạm pháp luật nghiêm trọng. Bởi lẽ, những vi phạm này cũng là một trong những yếu tố cản trở các hoạt động cải cách tư pháp, ảnh hưởng trực tiếp đến chất lượng xét xử nói chung và xét xử hình sự nói riêng. Do đó, cần rà soát, kiện toàn, bổ sung các quy định pháp luật nhằm gắn và nâng cao trách nhiệm của Thẩm phán, Kiểm sát viên đối với các sai phạm, thiếu sót trong việc thực hiện nhiệm vụ của mình.

*Hai là*, xây dựng cơ chế phối hợp giữa các cấp tố tụng và giữa cơ quan tố tụng hình sự ở các tỉnh, thành khác nhau.

Hoạt động đấu tranh phòng chống tội phạm những năm qua cho thấy, diễn biến của tội phạm ngày càng phức tạp, được thực hiện ở nhiều địa phương khác nhau nên việc phát hiện, điều tra, xử lý cũng được thực hiện bởi cơ quan tố tụng của nhiều tỉnh, thành khác nhau. Do vậy, việc xây dựng cơ chế phối hợp chặt chẽ giữa các cấp tố tụng, các ngành tố tụng và hệ thống cơ quan tố tụng ở các tỉnh thành khác nhau là hết sức cần thiết, có ý nghĩa quan trọng đối với việc nâng cao chất lượng hoạt động xét xử hình sự nói chung và tổng hợp hình phạt nói riêng. Bởi lẽ, khảo sát thực tiễn về tổng hợp hình phạt cho thấy, hầu hết các trường hợp tổng hợp hình phạt sai là do các bản án được xét xử ở nhiều tòa án cấp huyện của các tỉnh khác nhau và tòa án cấp tỉnh ở các địa phương khác nhau, trong khi hoạt động phối hợp giữa các cơ quan này chưa được tiến hành thường xuyên, nhất là hoạt động sao, cấp, trích lục tiền án là một việc làm rất cần thiết để tổng hợp chính xác, đầy đủ hình phạt của nhiều bản án, đồng thời cũng chưa có văn bản cụ thể có giá trị pháp lý điều chỉnh hoạt động này. Chính vì vậy, việc sửa đổi, bổ sung, ban hành mới những văn bản pháp lý để điều chỉnh hoạt động phối hợp này là một giải pháp quan trọng nhằm hạn chế thấp nhất những sai phạm, thiếu sót về tổng hợp hình phạt trong vụ án hình sự.

*Ba là*, kiện toàn và hoàn thiện các văn bản hướng dẫn pháp luật về tổng hợp hình phạt trong vụ án hình sự.

Theo BLHS hiện hành thì tổng hợp hình phạt trong vụ án hình sự được thực hiện theo quy định tại Điều 50, 51, bao gồm tổng hợp hình phạt của nhiều tội và tổng hợp hình

<sup>10</sup> Một trong những minh chứng rõ ràng là sự ra đời của Nghị quyết số 388 ngày 17/3/2003 của Ủy ban thường vụ Quốc hội về bồi thường thiệt hại cho người bị oan do người có thẩm quyền trong hoạt động tố tụng hình sự gây ra và sau này sự ra đời của Luật Trách nhiệm bồi thường nhà nước thì tỷ lệ oan sai trong tố tụng hình sự ở Việt Nam đã giảm đi rất đáng kể.

phạt của nhiều bản án. Mặc dù, các quy định trong hai điều luật trên cũng khá rõ ràng về cách thức tổng hợp hình phạt của nhiều tội và nhiều bản án, song trên thực tiễn lại xảy ra những trường hợp rất khó vận dụng các quy định này, hơn nữa, từ khi có BLHS năm 1986 đến nay mới chỉ có một văn bản hướng dẫn về tổng hợp hình phạt là Thông tư liên ngành số 02/TTLN/VKSNDTC - TANDTC ngày 20/12/1991 của TANDTC và VKSNDTC. Cho đến nay, BLHS năm 1986 đã được sửa đổi, bổ sung hai lần nhưng Thông tư này vẫn được áp dụng và chưa có văn bản thay thế. Xét tính chất liên kết tổng thể trong hệ thống các văn bản pháp luật, cần thiết phải ban hành văn bản mới để hướng dẫn đầy đủ hơn, chi tiết hơn các quy định về tổng hợp hình phạt, tạo cơ sở pháp lý quan trọng cho Tòa án tổng hợp hình phạt đúng và đầy đủ, nhằm bảo vệ tốt nhất quyền và lợi ích hợp pháp của người bị kết án cũng như đảm bảo thực hiện nguyên tắc pháp chế trong xét xử hình sự.

*Bốn là, nâng cao năng lực, trình độ chuyên môn, nghiệp vụ cho đội ngũ Thẩm phán, Kiểm sát viên*

Năng lực, trình độ chuyên môn nghiệp vụ của Thẩm phán, Kiểm sát viên là điều kiện quan trọng để đảm bảo chất lượng, hiệu quả hoạt động xét xử và kiểm sát xét xử hình sự. Trong số nguyên nhân dẫn đến các vi



Một phiên tòa xét xử vụ cướp tài sản tại Tòa án nhân dân TP. Bạc Liêu. Ảnh M.N

phạm, thiếu sót về tổng hợp hình phạt, không thể không kể đến những hạn chế về năng lực, trình độ chuyên môn nghiệp vụ của Thẩm phán, Kiểm sát viên tham gia phiên tòa, vì những hạn chế về năng lực, trình độ chuyên môn sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến sự đúng đắn trong nhận thức và áp dụng pháp luật cũng như khả năng đánh giá, tổng hợp hình phạt của các bản án hình sự. Vì vậy, việc đầu tư, chú trọng nâng cao năng lực, trình độ chuyên môn nghiệp vụ của các chủ thể này dưới các hình thức như: đào tạo lại, bồi dưỡng chuyên môn, tập huấn nghiệp vụ, nghiên cứu, trao đổi kinh nghiệm xét xử... là hết sức cần thiết, nhằm đưa ra những giải pháp thống nhất, đồng bộ để khắc phục và hạn chế những vi phạm, thiếu sót về tổng hợp hình phạt trong vụ án hình sự.

Tổng hợp hình phạt tuy không phải là việc làm thường xuyên trong hoạt động xét xử các vụ án hình sự của Tòa án<sup>11</sup> nhưng việc thực hiện nó chính xác, đúng pháp luật lại có ý nghĩa quan trọng đối với việc đảm bảo chất lượng xét xử hình sự ■

11 Vì nó chỉ được thực hiện khi Tòa án xét xử đối với người phạm nhiều tội được xét xử trong cùng một lần và những người phạm nhiều tội nhưng được xét xử ở những thời điểm khác nhau bởi những tòa án khác nhau.

# VẤN ĐỀ NỢ CÔNG CỦA VIỆT NAM HIỆN NAY

NGUYỄN ĐỨC KIÊN\*

Những biến động tiêu cực gần đây của kinh tế thế giới đã ảnh hưởng không nhỏ đến nền kinh tế Việt Nam. Cùng với đó, bội chi ngân sách cao và nợ công tăng nhanh tiếp tục là những nguy cơ tiềm ẩn làm xấu thêm các chỉ số kinh tế vĩ mô và đe dọa sự ổn định của nền kinh tế trong tương lai. Những vấn đề của nền kinh tế gặp phải trong những năm vừa qua trải rộng trên nhiều lĩnh vực. Chúng tôi chỉ đề cập đến vấn đề nợ công của Việt Nam hiện nay qua việc nêu thực trạng bội chi ngân sách và nợ công, đánh giá tính bền vững của nợ công, từ đó đưa ra một số kiến nghị.

## 1. Thực trạng bội chi ngân sách và nợ công

Trên thế giới, có nhiều cách tính bội chi ngân sách và nợ công. Ở nhiều nước, bội chi ngân sách có thể chỉ là chênh lệch giữa tổng thu và tổng chi của chính quyền trung ương. Ở một số nước khác, bội chi ngân sách bao gồm thâm hụt ngân sách của cả chính quyền trung ương lẫn địa phương. Tuy nhiên, theo cách tính chung của các tổ chức quốc tế như Quỹ Tiền tệ quốc tế (IMF) hay Ngân hàng Thế giới (World Bank-WB), bội chi ngân sách là chênh lệch giữa tổng thu và tổng chi, không bao gồm chi trả nợ gốc của cả chính quyền trung ương lẫn địa phương, cộng thêm các khoản chi để ngoài cân đối ngân sách hàng năm như chi từ nguồn vốn trái phiếu Chính phủ.

Ở nước ta, bội chi ngân sách nhà nước (NSNN) theo cách tính hiện nay là chênh lệch giữa tổng thu và tổng chi của cả chính quyền trung ương lẫn địa phương (bao gồm cả chi trả nợ gốc nhưng không tính các khoản chi từ nguồn vốn trái phiếu Chính phủ). Nợ công theo quy định tại Luật Quản lý nợ công bao gồm: (i) nợ Chính phủ; (ii) nợ được Chính phủ bảo lãnh; (iii) nợ của chính quyền địa phương nhưng không bao gồm nợ của doanh nghiệp nhà nước (DNNN) kể cả những doanh nghiệp mà Nhà nước nắm giữ trên 50% vốn điều lệ.

Các tổ chức quốc tế đưa ra những con số thâm hụt ngân sách khác khá nhiều với con số báo cáo của Bộ Tài chính. Ví dụ năm 2009, con số thâm hụt ngân sách không bao gồm chi trả nợ gốc theo báo cáo của Bộ Tài chính là

\* TS. Phó Chủ nhiệm Ủy ban Kinh tế của Quốc hội



3,69% GDP, trong khi đó con số tương ứng của Ngân hàng Phát triển châu Á (ADB) và IMF lần lượt là 3,6% và 6,6% GDP<sup>1</sup>.

Việc xác định bội chi NSNN theo thông lệ của IMF là bổ sung thêm một số nội dung về các nhiệm vụ chi ngân sách của nước ta, gồm: một lượng vốn lớn được đầu tư các công trình giao thông và thủy lợi, y tế, giáo dục thông qua hình thức phát hành trái phiếu Chính phủ; ngoài ra còn bao gồm cả các khoản đầu tư vốn theo nguồn hỗ trợ phát triển chính thức ODA; các hoạt động đầu tư do Ngân hàng Phát triển Việt Nam thực hiện; cho vay bằng hình thức trái phiếu ưu đãi và chi đầu tư ngoài ngân sách - đây các khoản chi lớn không được đưa vào cân đối ngân sách hàng năm; trái phiếu quốc tế được phát hành để thu hút tiền cho đầu tư các dự án công trình trọng điểm quốc gia cũng là lượng tiền lớn cân đối ngoài NSNN.

Sự thiếu nhất quán trong cách hạch toán tài khóa khiến cho các con số thống kê không phản ánh chính xác về thực trạng nợ công của Việt Nam, gây nhiễu loạn thông tin cho những người tham gia thị trường. Đồng thời nó khiến cho việc so sánh quốc tế, đánh giá và quản lý rủi ro nợ công của Việt Nam gặp khó khăn.

Theo các báo cáo của Chính phủ, nợ công của Việt Nam đến nay vẫn ở mức an toàn so với ngưỡng an toàn của Bộ Tài chính đưa ra, nhưng có một số vấn đề đáng lưu ý sau:

*Thứ nhất*, những số liệu về nợ công được tính theo quy định của Luật Quản lý nợ công chưa phản ánh số nợ công thực sự của đất nước, cụ thể: năm 2013, nếu tính theo quy định của Luật Quản lý nợ công thì tổng nợ công là 2.074,83 nghìn tỷ, bằng 56,2% GDP<sup>2</sup>. Nhưng theo Bộ Tài chính, ngoài các khoản nợ nêu trên, còn các khoản nợ khác của NSNN. Nếu tính cả khoản 160,79 nghìn tỷ đồng cần phải được tính vào nợ công<sup>3</sup> thì nợ công đến cuối năm 2013 ở mức 60,5% GDP.

*Thứ hai*, nợ công<sup>4</sup> ngày càng lớn, tăng với tốc độ nhanh hơn nhiều so với tốc độ tăng trưởng kinh tế và tăng thu NSNN: Nợ công 2013 tăng 26,89% so với 2012 (2.074,83 nghìn tỷ/1.642,91 nghìn tỷ đồng); năm 2014 tăng 21,89% so với 2013 (2.528,89 nghìn tỷ/2.074,83 nghìn tỷ)... Tính trung bình cả giai đoạn 2012-2016, tốc độ tăng nợ công khoảng trên 20%/năm. Trong khi đó, tốc độ tăng trưởng kinh tế (GDP) cho thấy xu hướng chậm lại: giai đoạn 2011-2013 tăng trưởng tổng sản phẩm trong nước (GDP) tăng bình quân 5,64%<sup>5</sup> giá so sánh năm 2010,

1 Theo chuyên đề nghiên cứu khoa học về "Bội chi NSNN – kinh nghiệm và thực tiễn Việt Nam" của Ủy ban Tài chính – Ngân sách (2010) thì mức độ chênh lệch về thâm hụt ngân sách giữa hai cách tính theo thông lệ quốc tế và Việt Nam là gần 0,35% GDP (5.876,5 tỷ đồng).

2 Trong đó: nợ Chính phủ là 1.573,8 nghìn tỷ, bằng 42,6% GDP; nợ được Chính phủ bảo lãnh là 452 nghìn tỷ, bằng 12,3% GDP; nợ của chính quyền địa phương 49 nghìn tỷ, bằng 1,3% GDP.

3 NSNN nợ ứng chi của Quỹ hoàn thuế giá trị gia tăng (Quỹ đã chi trả cho các đối tượng, nhưng NSNN chưa có nguồn hoàn trả Quỹ): 33,5 nghìn tỷ; NSNN nợ phí quản lý và cấp bù chênh lệch lãi suất đối với 2 Ngân hàng Phát triển Việt Nam và Ngân hàng Chính sách xã hội: 12,57 nghìn tỷ; NSNN nợ đầu tư xây dựng cơ bản của ngân sách địa phương đến cuối 2011 khoảng 91 nghìn tỷ, đến cuối năm 2013 còn khoảng 40 nghìn tỷ; NSNN nợ Quỹ bảo hiểm xã hội (phần thuộc trách nhiệm Ngân hàng Nhà nước phải trả bảo hiểm xã hội của người lao động thời kỳ trước năm 1995 nhưng về hưu sau năm 1995): khoảng 22,09 nghìn tỷ.

4 Theo số liệu của Bộ Tài chính, tình hình nợ công của Việt Nam trong những năm 2012-2016 tính theo quy định của Luật Quản lý nợ công như sau: năm 2012, 1.642,91 nghìn tỷ đồng, bằng 55,7% GDP; 2013: 2.074,84 nghìn tỷ đồng, bằng 56,2% GDP; 2014: 2.528,89 nghìn tỷ đồng, bằng 59,8% GDP; 2015: 2.983,58 nghìn tỷ đồng, bằng 61,7% GDP; 2016: 3.411,44 nghìn tỷ đồng, bằng 61,7% GDP; Khi tính đủ các khoản nợ khác của NSNN (như nêu ở phần trên) thì tình hình nợ công của Việt Nam như sau: năm 2013: 2.253,63 nghìn tỷ đồng, bằng 60,5% GDP; 2014: 2.679,68 nghìn tỷ đồng, bằng 63,4% GDP; 2015: 3.109,37 nghìn tỷ đồng, bằng 64,3% GDP; 2016: 3.512,23 nghìn tỷ đồng, bằng 63,5% GDP.

5 Tăng trưởng GDP theo giá so sánh năm 2010 của năm 2011 là 6,24%; năm 2012 là 5,25% và năm 2013 là 5,42%. Nếu tính theo giá so sánh năm 1994 thì con số tăng trưởng còn thấp hơn: năm 2011 là 5,89% và năm 2012 là 5,03% (Tổng cục Thống kê và tính toán trên số liệu của Tổng cục Thống kê).

ước thực hiện giai đoạn 2011-2015 tốc độ tăng trưởng tăng bình quân là 5,8%<sup>6</sup>; Thu NSNN ngày càng khó khăn, tốc độ tăng thu ngày càng giảm<sup>7</sup> trong khi đó cơ cấu nguồn thu ngân sách dù đã có sự chuyển dịch tích cực nhưng vẫn còn phụ thuộc vào những khoản thu không bền vững<sup>8</sup>.

*Thứ ba*, nghĩa vụ trả nợ ngày càng lớn, chiếm tỷ lệ ngày càng cao trong tổng chi NSNN. Theo số liệu của Bộ Tài chính, năm 2015 và 2016 số nợ phải trả của nước ta vượt qua mức 25% tổng thu NSNN<sup>9</sup> theo quy định tại Quyết định số 689/QĐ-TTg ngày 4/5/2013 của Thủ tướng Chính phủ và khuyến nghị của WB. Ngoài ra, do NSNN thu không đủ chi, yêu cầu đi vay để bù đắp bội chi NSNN, đầu tư và hoán đổi nợ ngày càng lớn<sup>10</sup>.

*Thứ tư*, nước ta đã thực thi chính sách tài khóa mở rộng và chính sách tiền tệ nới lỏng

để hỗ trợ tăng trưởng trong một thời gian dài trong khi thể chế về đầu tư công chưa được hoàn thiện đã dẫn đến hậu quả là đầu tư công tràn lan, lãng phí, hiệu quả kém làm suy yếu nguồn lực còn hạn chế. Trong giai đoạn 2001-2010, tổng đầu tư xã hội nước ta rất cao, trung bình khoảng 40% GDP với tốc độ tăng 18,7% mỗi năm, mặc dù có xu hướng giảm trong mấy năm gần đây. Với tiết kiệm quốc gia chỉ khoảng 32% GDP thì sự gia tăng nhanh của đầu tư trong đó có đầu tư công đã tạo ra sự chênh lệch lớn giữa tiết kiệm và đầu tư của nền kinh tế (-7,38% giai đoạn 2000-2009<sup>11</sup>). Để bù đắp thiếu hụt trong nước, nước ta phụ thuộc vào nguồn vay nợ hoặc tiếp nhận đầu tư<sup>12</sup>, viện trợ nước ngoài hệ quả tất yếu là thâm hụt tài khoản vãng lai trong đó chủ yếu là thâm hụt thương mại<sup>13</sup> kéo dài gây bất ổn kinh tế vĩ mô. Bên cạnh đó, chính sách tiền tệ nới lỏng cũng

6 Xu hướng tăng GDP giảm so với mức 7,5%-8% giai đoạn 2006-2010.

7 Thu ngân sách 2013 ước tăng 6,4% so với thực hiện 2012, năm 2014 tăng 7,9% so với thực hiện 2013. Trong những năm trước đây, tốc độ tăng thu đạt cao một phần là do lạm phát ở mức hai con số.

8 Thu từ bán nhà, thu tiền sử dụng đất là một nguồn thu không bền vững có xu hướng giảm từ 9,3% tổng thu năm 2007 xuống còn 6,6% năm 2011 và 6,3% năm 2012; tương tự như vậy, thu từ việc khai thác dầu thô và các tài nguyên khác cũng có bản chất giống các khoản thu từ việc bán tài sản quốc gia và không bền vững ở khía cạnh nó sẽ giảm trong tương lai khi nguồn tài nguyên thiên nhiên là hữu hạn, khoản thu này cũng trong xu hướng giảm từ mức 28,8% tổng thu năm 2006 xuống còn 11,6% năm 2011. Năm 2011, hai khoản thu này vẫn chiếm khoảng gần 18% tổng thu ngân sách.

9 Năm 2014: Nhu cầu trả nợ là 189,1 nghìn tỷ đồng, bằng 24,2% tổng thu NSNN. NSNN chỉ cân đối được 120 nghìn tỷ đồng (bằng 63% nhu cầu), còn phải vay đáo nợ khoảng 70 nghìn tỷ đồng; Năm 2015: Dự kiến nhu cầu trả nợ khoảng 270,8 nghìn tỷ đồng, bằng 32,7% tổng thu NSNN. NSNN chỉ cân đối được khoảng 164 nghìn tỷ đồng (bằng 62,5% nhu cầu) phải vay đáo nợ khoảng 102 nghìn tỷ; Năm 2016: Dự kiến nhu cầu trả nợ khoảng 314 nghìn tỷ đồng, bằng 34,5% tổng thu NSNN. NSNN chỉ cân đối được khoảng 208 nghìn tỷ đồng (66% nhu cầu), phải vay đáo nợ khoảng 105,6 nghìn tỷ đồng.

10 Trong tổng chi NSNN năm 2014: 1.006.700 tỷ đồng; cần phải huy động khoảng 400 nghìn tỷ đồng để bù đắp bội chi ngân sách 224 nghìn tỷ đồng (5,3% GDP), đầu tư 100 nghìn tỷ và đáo nợ khoảng 70 nghìn tỷ đồng (Dự kiến vay nước ngoài 27 nghìn tỷ đồng và vay trong nước 373 nghìn tỷ đồng); Dự kiến năm 2015 phải huy động 429 nghìn tỷ đồng để bù đắp bội chi NSNN 242 nghìn tỷ đồng (5% GDP), đầu tư 85 nghìn tỷ đồng và đáo nợ 102 nghìn tỷ đồng (vay nước ngoài 40 nghìn tỷ đồng, vay trong nước 381 nghìn tỷ đồng); Dự kiến năm 2016 phải huy động 431 nghìn tỷ đồng để bù đắp bội chi NSNN 266 nghìn tỷ đồng (4,8% GDP), đầu tư 60 nghìn tỷ đồng và đáo nợ 105 nghìn tỷ đồng (vay nước ngoài 45 nghìn tỷ đồng, vay trong nước 381 nghìn tỷ đồng).

11 Số liệu của WB.

12 Để bù đắp thiếu hụt vốn trong nước, chúng ta đã có những nơi, những thời điểm tỏ ra dễ dãi trong việc thu hút vốn đầu tư nước ngoài, hậu quả là đã có những hành động cạnh tranh không lành mạnh giữa các địa phương với nhau, hay buông lỏng trong quản lý dẫn đến hành vi xả thải gây ô nhiễm môi trường, chuyển giá, gian lận thuế của một số doanh nghiệp nước ngoài...

13 Trước năm 2012, thâm hụt thương mại của nước ta rất cao, ví dụ như năm 2011 nhập siêu là 9,84 tỉ USD, tương đương 10,16% kim ngạch xuất khẩu, trong điều kiện đồng tiền Việt Nam chưa được thả nổi hoàn toàn, thâm hụt thương mại lớn kéo dài đã tạo áp lực rất lớn lên tỷ giá, khiến cho việc thực hiện chính sách tiền tệ trong một số giai đoạn vô cùng khó khăn. Từ năm 2012, tác động không thuận từ việc suy giảm kinh tế trong nước và những biến động của kinh tế thế giới tác động đáng kể đến cán cân thương mại nước ta, thâm hụt thương mại giảm mạnh, thậm chí năm 2012 còn thặng

được thực thi trong suốt thập niên 2000<sup>14</sup> dẫn tới hệ quả tất yếu là lạm phát<sup>15</sup>.

*Cuối cùng*, điểm đáng lo ngại nhất là các khoản nợ tiềm ẩn từ các DNNN (implicit contingent liabilities), dù theo quy định của Luật Quản lý nợ công thì nợ của DNNN không được hạch toán vào nợ công. Tuy nhiên, khả năng đe dọa nợ công của khu vực DNNN lại nằm ở chỗ khu vực này luôn nhận được ngân sách “mềm” từ Chính phủ. Khi các DNNN lâm vào khó khăn, các khoản nợ trong nước của các doanh nghiệp này thường được Chính phủ hỗ trợ dưới các hình thức bổ sung vốn, khoan nợ, giãn nợ, chuyển nợ, xóa nợ (điển hình là vụ Vinashin). Tất cả các hình thức ngân sách “mềm” này cuối cùng đều sẽ khiến chi tiêu ngân sách tăng. Và với việc NSNN liên tục bội chi, để bù đắp phần chi tiêu ngân sách cho khu vực DNNN, Nhà nước sẽ buộc phải phát hành trái phiếu. Như vậy, nợ công của quốc gia sẽ gia tăng.

Mặc dù hiện nay các khoản nợ DNNN chưa thực đe dọa nợ công của nước ta, nhưng với thực tế đang diễn ra và xét đến tác động gián tiếp thì tín dụng của DNNN (các khoản vay của các ngân hàng thương mại Việt Nam, Ngân hàng Phát triển Việt Nam dành cho DNNN) có thể coi là một nguy cơ tiềm ẩn rủi ro rất lớn với nợ công, đặc biệt là trong bối cảnh có nhiều DNNN có số nợ gấp nhiều lần vốn chủ sở hữu<sup>16</sup> mà hiệu quả kinh doanh không thực sự tốt.

Theo báo cáo của Chính phủ, nợ công của Việt Nam năm 2012 là 1.642.916 tỷ đồng bằng 55,7% GDP, nếu tính thêm khoản nợ phải trả của tập đoàn, tổng công ty nhà nước năm 2012 là 1.673.760 tỷ đồng (khoảng 56,74% GDP) và trừ đi 342.036 tỷ đồng (11,6% GDP) nợ được Chính phủ bảo lãnh thì tổng nợ công của Việt Nam sẽ là 100,84% GDP.

## 2. Đánh giá tính bền vững của nợ công của Việt Nam

So với ngưỡng nợ công 65% GDP mà chúng ta đặt ra, nợ công của Việt Nam vẫn nằm trong ngưỡng an toàn dù đã vượt qua ngưỡng tâm lý 50% GDP theo khuyến nghị của IMF. Tuy nhiên, nếu chỉ dựa vào tỷ lệ nợ công/GDP đã đủ đánh giá vấn đề nợ công? Thực tế, dù các tổ chức quốc tế thường khuyến nghị ngưỡng nợ công không quá 60% GDP với các nước đang phát triển nhưng có nhiều nghiên cứu khác nhau về mối liên hệ giữa nợ công và tăng trưởng đã đưa ra những ngưỡng nợ công rất khác nhau. Nổi bật nhất có lẽ là nghiên cứu của Carmen Reinhart và Kenneth Rogoff (2010a) đã đưa ra ngưỡng nợ công/GDP là 90% và 60% GDP với nợ nước ngoài của cả các nước phát triển và các nước đang phát triển. Mehmet Caner, Thomas Grennes và Friederike Kohler-Geib (2010) lại đưa ra một ngưỡng nợ công là 77% GDP với các nước phát triển và 64% GDP cho nước đang phát triển. Tuy đưa ra các ngưỡng nợ công

*đư 748,8 triệu USD, nhưng chủ yếu là nhờ khối doanh nghiệp FDI, trong khi doanh nghiệp trong nước vẫn tiếp tục nhập siêu. Đây cũng là hậu quả của chiến lược công nghiệp hóa bất chấp lợi thế so sánh của khu vực công nghiệp trong nước đòi hỏi phải nhập khẩu rất nhiều máy móc và công nghệ. Đồng thời, công nghiệp phụ trợ yếu kém, chưa phát triển khiến hoạt động sản xuất của nước ta không tham gia được vào chuỗi giá trị toàn cầu phụ thuộc rất nhiều vào nhập khẩu. Việc cắt giảm thuế quan trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế cũng góp phần khuyến khích nhập khẩu.*

14 Tốc độ tăng trưởng của tổng phương tiện thanh toán (M2) là 30% và tốc độ tăng trưởng tín dụng cũng rất cao ở mức 34% (Cơ sở dữ liệu WDI, Ngân hàng Thế giới).

15 Lạm phát trung bình của Việt Nam những năm 2000 là 7,5% cao hơn hẳn các quốc gia khác ví dụ như Thái Lan (2,8%); Malaysia (3,6); Trung Quốc (3,7)... Trong đó có một số năm có lạm phát 2 con số.

16 48 tập đoàn, tổng công ty có nợ lớn hơn 3 lần vốn chủ sở hữu; trong đó, Tổng Công ty lắp máy Việt Nam là 53,19 lần, Tổng Công ty xây dựng Bạch Đằng là 20,97 lần; Tổng Công ty xây dựng công trình giao thông 8 là 20,02 lần...

khác nhau, nhưng các nghiên cứu đều có điểm chung rằng, tỷ lệ nợ công cao và thâm hụt ngân sách trong một thời gian dài sẽ tác động tiêu cực đến tăng trưởng dù rằng nếu một quốc gia có tỷ lệ nợ vượt quá ngưỡng một hoặc hai năm trong giai đoạn suy thoái kinh tế thì không hẳn đã ảnh hưởng đến tốc độ tăng trưởng trong dài hạn (Scott, 2010).

Mỹ và Nhật Bản là những nước có tỷ lệ nợ công cao hơn các ngưỡng đưa ra rất nhiều, nhưng chưa rơi vào khủng hoảng nợ công cho thấy, không có một ngưỡng nợ công thực sự nào chắc chắn chỉ ra rằng một quốc gia đang gặp vấn đề (Pettis 2010). Để đánh giá vấn đề nợ công của một quốc gia cần xem xét nhiều chỉ tiêu khác như tăng trưởng kinh tế, cán cân vãng lai, các chỉ tiêu đánh giá khả năng thanh khoản của quốc gia... Vì vậy, phần này sẽ đánh giá xác suất xảy ra khủng hoảng và tính bền vững của nợ công Việt Nam thông qua phương pháp Cây Nhị phân của Manasse và Roubini<sup>17</sup> (2005) và khung đánh giá tính bền vững nợ công của IMF (Debt Sustainability Analysis-DSA, 2011, 2013).

**Đánh giá rủi ro xảy ra khủng hoảng nợ công**

Để đánh giá rủi ro nợ công của Việt Nam theo khuyến nghị của Manasse và Roubini cần đánh giá 3 nhóm rủi ro về (1) khả năng thanh toán; (2) thanh khoản; (3) tỷ giá vĩ mô thông qua các chỉ số dưới đây:

**Một số chỉ số nợ công của Việt Nam (%)**

<b>Các chỉ số nợ</b>		<b>2012</b>
1	<i>Nợ nước ngoài/GDP</i>	41,10
2	<i>Nợ nước ngoài ngắn hạn/Dự trữ ngoại hối</i>	38,67
3	<i>Tốc độ tăng trưởng GDP thực</i>	5,03
4	<i>Nợ công nước ngoài/Thu ngân sách</i>	97,64
5	<i>Tỉ lệ lạm phát</i>	6,81
6	<i>Số năm đến cuộc bầu cử tiếp theo</i>	---
7	<i>Lãi suất trái phiếu kho bạc Mỹ</i>	0,02
8	<i>Nhu cầu tài trợ từ bên ngoài</i>	75,63
9	<i>Mức độ định giá quá cao của VND/USD</i>	<48
10	<i>Sự biến động của tỉ giá VND/USD</i>	0

*Nguồn: Tổng hợp từ số liệu của Bộ Tài chính, GSO, WB và IMF*

Trước hết, cần đánh giá rủi ro về khả năng thanh toán hay tính không bền vững của nợ nước ngoài của Việt Nam qua các chỉ số bao gồm tỉ lệ nợ nước ngoài/GDP, sự mất cân đối về tài khoá/tiền tệ, và thâm hụt vãng lai cộng với nợ ngắn hạn lớn. Vào cuối năm 2012, ước tính nợ nước ngoài của Việt Nam chiếm khoảng 41,10% GDP và nằm trong ngưỡng an toàn theo khuyến cáo của các tổ chức quốc tế như IMF và WB. Tuy nhiên, Việt Nam lại có sự mất cân đối về tài khoá nghiêm trọng khi thâm hụt ngân sách diễn ra liên tục trong một thời gian dài. Bên cạnh đó, dù cán cân vãng lai đã thặng dư ít nhiều từ năm 2012 đã làm giảm bớt mối quan ngại đối với khả năng thanh toán nợ nước ngoài trong tương lai của Việt Nam (trong giai đoạn 2007-2011 thâm hụt trung bình mỗi năm vào khoảng 7,2% GDP). Tuy nhiên, cần lưu tâm rằng giai đoạn này GDP cũng có xu hướng giảm, các doanh nghiệp gặp nhiều khó khăn, ảnh hưởng không nhỏ đến nhu cầu nhập khẩu của nước ta nên việc cải thiện của cán cân vãng lai chưa có đủ cơ sở để khẳng định là bền vững.

Về rủi ro thanh khoản, rủi ro này thường xảy khi một quốc gia có nợ ngắn hạn vượt

17 Phần này sử dụng phương pháp Cây Nhị phân (Binary Recursive Tree) của Manasse và Roubini để đánh giá xác suất xảy ra khủng hoảng nợ công của Việt Nam nhưng phương pháp này chú trọng hơn đến nợ nước ngoài và không có khả năng phân tích các rủi ro về cơ cấu (chủ nợ, đồng tiền...), kỳ hạn... Phần phân tích các rủi ro này sẽ được thực hiện bằng phương pháp DSA ở phần sau.

quá 134% dự trữ, cộng với sự bất ổn chính trị và các thị trường vốn quốc tế bị kiểm soát chặt. Tỷ lệ này tăng mạnh trong giai đoạn 2006-2011 và đạt mức 73,59% năm 2011 trước khi giảm xuống mức 38,67% năm 2012, do vậy vẫn nằm trong ngưỡng an toàn.

Về rủi ro tỷ giá vĩ mô, rủi ro này là sự kết hợp của tăng trưởng thấp và tỷ giá tương đối cố định. Việt Nam có mức tăng trưởng khá cao trong khu vực và trên thế giới. Mặc dù tốc độ tăng trưởng có xu hướng giảm sút trong những năm gần đây, tuy nhiên đó vẫn là tốc độ tăng khá cao trong bối cảnh kinh tế toàn cầu gặp khó khăn. Không gặp rủi ro về tăng trưởng kinh tế nhưng Việt Nam lại có mức rủi ro tỷ giá khá cao. Sự định giá quá cao đồng nội tệ trong một chế độ tỷ giá khá cứng nhắc đã khiến tỷ giá thực VND/USD lên giá khoảng 50% trong giai đoạn 2001-2012. Sự lên giá thực này góp phần làm tăng thâm hụt tài khoản vãng lai của Việt Nam.

Bước tiếp theo để đánh giá xác suất xảy ra khủng hoảng nợ của Việt Nam, ta áp dụng Cây Nhị phân (xem Hình 3). Lần lượt di chuyển theo các bậc ở Cây Nhị phân ta có thể đưa ra kết luận rằng tính đến hết năm 2012, Việt Nam không rơi vào vùng có nguy cơ khủng hoảng nợ. Tuy vậy, các chỉ số như nợ nước ngoài/GDP, nợ ngắn hạn/dự trữ ngoại hối, nợ công nước ngoài/thu ngân sách... hoàn toàn có thể thay đổi và theo đó câu trả lời cũng sẽ rất khác. Ví dụ như nợ nước ngoài >50% GDP, nợ công nước ngoài/thu ngân sách >215%, nợ nước ngoài ngắn hạn/dự trữ ngoại hối lớn hơn 134% hay định giá nội tệ cao >48%... thì khả năng xảy ra khủng hoảng nợ công là rất lớn.

### **Đánh giá tính bền vững (DSA)**

Tính bền vững và những rủi ro tài khoá

đi kèm của nợ công Việt Nam được phân tích dựa trên phương pháp được xây dựng bởi WB (2006) và IMF (2011, 2013) dành cho các nước có thu nhập thấp<sup>18</sup>. Tuy nhiên, do nhiều số liệu về nợ công không đầy đủ nên không thể tuân thủ hoàn toàn phương pháp luận này. Chúng tôi xin tập trung vào đánh giá cấu trúc nợ Việt Nam, cơ cấu đồng tiền, tỷ giá, gánh nặng nợ để xác định tính dễ tổn thương của thực trạng nợ công hiện tại.

### **Cấu trúc nợ của Việt Nam:**

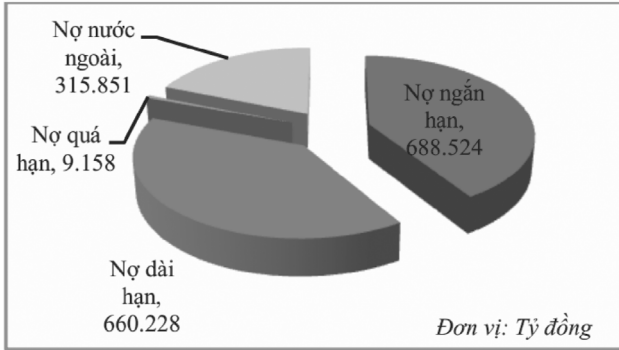
Ước tính đến hết năm 2012, tổng nợ công của Việt Nam là vào khoảng 55,7% GDP, trong đó nợ công nước ngoài và nợ công trong nước lần lượt là 24,6% và 18,8% GDP. Rủi ro tiềm tàng lớn nhất đối với nợ công của Việt Nam có lẽ là những khoản nợ xấu của khu vực DNNN mà rất có thể sẽ phải dùng NSNN để trả, đây sẽ là mầm mống đe dọa tính bền vững của nợ công Việt Nam. Cụ thể, khoản nợ nước ngoài của khu vực tư và DNNN không được Chính phủ bảo lãnh chiếm khoảng 11,4% GDP (bảo lãnh vay nước ngoài là 150.586 tỷ đồng bằng 5,1% GDP<sup>19</sup>), chưa kể phần nợ trong nước của DNNN (như phân tích ở trên). Tính đến các con số này thì nợ công Việt Nam đã vượt xa so với ngưỡng an toàn (60% GDP) được khuyến cáo bởi các tổ chức quốc tế như WB hay IMF.

Nhìn vào cơ cấu nợ nước ngoài có thể thấy, về cơ bản đến hết năm 2012, nợ nước ngoài của nước ta chủ yếu là nợ trung và dài hạn (86,2% nợ nước ngoài) trong đó phần lớn là những khoản vay ưu đãi với kỳ hạn dài và lãi suất thấp từ các tổ chức quốc tế hỗ trợ trước khi chúng ta trở thành nước có thu nhập trung bình. Cần lưu ý rằng, trong vài năm trở lại đây, quy mô của các khoản vay thương mại nợ nước ngoài với lãi suất cao

18 Tham khảo World Bank (2006), "How to Do a Debt Sustainability Analysis for Low-Income Countries." Debt Division, World Bank, Washington, DC; International Monetary Fund (2011, 2013), "Some Tools for Public Sector Debt Analysis", Chapter 9 in Public Sector Debt Statistics: Guide for Compilers and Users. "Staff\_guidance\_note\_on\_market\_access\_countries".

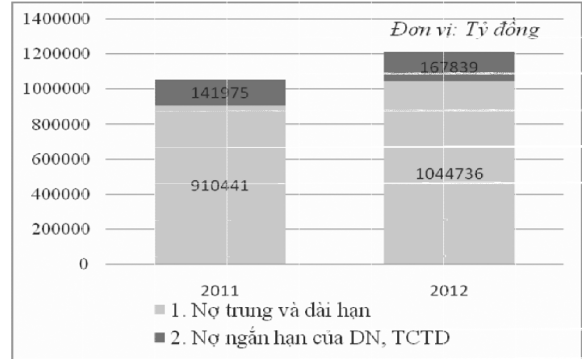
19 Theo báo cáo về tình hình sản xuất kinh doanh của DNNN năm 2012 số 490/BC-CP của Chính phủ thì nợ nước ngoài của tập đoàn, tổng công ty nhà nước là 315.851 tỷ đồng (10,7% GDP), trong đó vay lại ODA của Chính phủ là 54.574 tỷ đồng; vay nước ngoài được Chính phủ bảo lãnh là 150.586 tỷ đồng; còn lại là tự vay, tự trả (3,75% GDP).

**Cơ cấu nợ của các DNN năm 2012**



Nguồn: Báo cáo của Chính phủ về tình hình sản xuất kinh doanh của DNN năm 2012

**Cơ cấu nợ nước ngoài 2011-2012**



Nguồn: Báo cáo của Bộ Tài chính về nợ công năm 2012

đang có xu hướng tăng lên. Tính đến hết ngày 31/12/2010, đã có gần 6,8% tổng nợ nước ngoài của Chính phủ có lãi suất lên tới 6-10% và hơn 7,0% tổng nợ nước ngoài của Chính phủ có lãi suất thả nổi.

Bên cạnh đó, cơ cấu kỳ hạn của các khoản nợ công trong nước cũng gây rủi ro khá lớn. Trong khi các khoản nợ nước ngoài có kỳ hạn dài tới vài chục năm, phần lớn trái phiếu Chính phủ lại có kỳ hạn ngắn dưới 5 năm (kỳ hạn 3 năm trở xuống chiếm tỷ trọng lớn nhất và có xu hướng tăng lên từ mức 56,1% năm 2010 lên 75,3% năm 2013). Cùng với triển vọng cán cân ngân sách cơ bản tiếp tục thâm hụt thì sức ép phát hành trái phiếu để đảo nợ trong nước những năm tới là rất lớn.

*Cơ cấu chủ nợ, đồng tiền:*

Mặc dù nợ nước ngoài có thể được hưởng lãi suất thấp, tuy nhiên nó lại tiềm ẩn đầy rủi ro về tỷ giá. Sự mất giá của đồng nội tệ sẽ khiến cho gánh nặng nợ nước ngoài tính theo nội tệ tăng lên. Theo báo cáo của Bộ Tài chính, năm 2012, các chủ nợ lớn của Việt Nam chủ yếu gồm Nhật Bản (34,5% tổng nợ), WB (28,8%) hay ABD (15,5%), các nước khối EU (Áo, Pháp, Đức) chiếm tỷ trọng không đáng kể (7,4%); trong báo cáo của Bộ Tài chính không có phần phân loại tiền tệ, vì thế không thể đánh giá chính xác mức độ rủi ro tỷ giá với nợ công. Có thể nói, phần lớn nợ nước ngoài của nước ta chủ yếu là các đồng tiền mạnh như JPY, SDR, USD

và EUR (tính đến hết tháng 12/2010, cơ cấu nợ nước ngoài của Chính phủ Việt Nam chủ yếu bao gồm JPY (38,8%), SDR (27,1%), USD (22,2%) và EUR (9,2%)) do các chủ nợ thường có xu hướng sử dụng những đồng tiền mạnh, và việc vay nợ theo các đồng tiền mạnh này khiến nợ nước ngoài chịu rủi ro cao khi chúng có xu hướng lên giá theo thời gian.

*Các chỉ số phản ánh gánh nặng nợ:*

Việc đánh giá khả năng trả nợ của nước ta được thực hiện thông qua các chỉ số dưới đây:

Để đánh giá các chỉ số của Việt Nam có nằm trong giới hạn an toàn không, chúng tôi căn cứ vào xếp hạng về chất lượng chính sách và thể chế CPIA (Country Policy and Institutional Assessment) đo lường mức độ hỗ trợ của chính sách và khung thể chế của một quốc gia đối với tăng trưởng bền vững và giảm đói nghèo của Ngân hàng Thế giới. Những nước có điểm CIPA thấp hơn hoặc bằng 3,25 được coi là có chính sách yếu, bằng hoặc lớn hơn 3,75 được coi là tốt.

Nhìn vào bảng trên đây ta có thể thấy, ngoại trừ chỉ số nợ nước ngoài/GDP, chúng ta luôn vượt ngưỡng của nước chính sách trung bình, chỉ số nghĩa vụ nợ/thu ngân sách gần mức của nước có chính sách yếu, thể hiện tạm thời nghĩa vụ nợ nước ngoài của Việt Nam còn ở dưới các ngưỡng cảnh báo của IMF và WB, có được điều này là nhờ vào các khoản vay ưu đãi của nước ngoài trước đây.

Có thể nói rằng, trong giai đoạn trước mắt, rủi ro nợ công của Việt Nam chủ yếu đến từ phần nợ trong nước. Nợ nước ngoài tuy quy mô khá lớn nhưng nhờ được hưởng lãi suất thấp và kỳ hạn dài nên gánh nặng trả nợ hàng năm là tương đối thấp trong những năm tới. Tuy nhiên, trạng thái an toàn này chỉ được đảm bảo nếu như Việt Nam ổn định được tỷ giá hối đoái. Điều này, đến lượt nó lại được quyết định bởi việc liệu chúng ta có cải thiện được cán cân vãng lai và duy trì được môi trường lạm phát thấp trong tương lai hay không. Ngược lại, gánh nặng nợ công trong nước đang đè nặng lên cán cân tài khoá hàng năm. Cụ thể, tổng nợ công/thu ngân sách của Việt Nam hiện nay đã vượt 221,06% thu ngân sách và nghĩa vụ nợ công/thu ngân sách cũng lên tới 18%. Đặc biệt, các khoản nợ công trong nước với lãi suất cao và kỳ hạn ngắn gây sức ép lớn đối với việc đảo nợ. Một điểm khác cần lưu ý là khoản nợ nước ngoài của khu vực tư không có bảo lãnh Chính phủ đang tăng lên nhanh chóng trong thời gian gần đây, từ mức 4,68 tỷ USD năm 2010 lên mức 8,8 tỷ USD năm 2012 với tốc độ tăng trung bình là 37,7% (năm 2011 tăng 50,2%), điều này có thể tăng rủi ro tỷ giá đối

**Gánh nặng nợ của Việt Nam tính đến cuối năm 2012 (%)**

<b>Chỉ số</b>	<b>Giá trị</b>
<i>Nợ nước ngoài/GDP</i>	41,10
<i>Nợ nước ngoài/Xuất khẩu</i>	28,12
<i>Nợ công/GDP</i>	55,70
<i>Nợ công/Thu ngân sách</i>	221,06
<i>Nghĩa vụ nợ công nước ngoài/Dự trữ ngoại hối</i>	5,55
<i>Nghĩa vụ nợ công nước ngoài/Xuất khẩu</i>	1,14
<i>Nghĩa vụ nợ công/Thu ngân sách</i>	18,00

*Nguồn: Tính toán từ số liệu của Bộ Tài chính và WB*

với hệ thống ngân hàng trong nước và tạo sức ép với tỷ giá khi thị trường nước ngoài có biến động<sup>20</sup>.

**3. Một số kiến nghị**

Về cơ bản, nợ công của nước ta hiện tại vẫn nằm dưới ngưỡng cảnh báo của WB hay IMF, tuy nhiên, các phân tích ở những phần trên đã thể hiện những thách thức về tài khoá và nợ công: (1) ngưỡng cảnh báo cho nợ công hay nợ nước ngoài không phản ánh mức độ an toàn thực sự mà cần phải xem xét tổng thể điều kiện kinh tế vĩ mô với nhiều chỉ số khác, đồng thời việc thay đổi năm cơ sở tính GDP cũng ảnh hưởng đến chỉ số này; (2) nợ công ngày càng lớn, tăng với tốc độ nhanh hơn nhiều so với tốc độ tăng trưởng kinh tế và tăng thu NSNN trong khi đó cơ cấu nguồn thu ngân sách dù đã có sự chuyển dịch tích cực nhưng vẫn còn phụ thuộc vào những khoản thu không bền vững; (3) nghĩa vụ trả nợ ngày càng lớn, chiếm tỷ lệ ngày

**Ngưỡng an toàn của tổng nợ nước ngoài theo WB và IMF**

	<b>Giá trị của nợ theo % của</b>			<b>Nghĩa vụ nợ theo % của</b>	
	<b>Xuất khẩu</b>	<b>GDP</b>	<b>Thu NS</b>	<b>Xuất khẩu</b>	<b>Thu NS</b>
<i>Chính sách yếu</i>	100	30	200	15	25
<i>Chính sách trung bình</i>	150	40	250	20	30
<i>Chính sách tốt</i>	200	50	300	25	35
<b>Việt Nam</b>	<b>28,12</b>	<b>41,10</b>	<b>97,73</b>	<b>5,18</b>	<b>18,00</b>

*Nguồn: - A Guide to LIC Debt Sustainability Analysis, WB (2006)  
- Ước tính theo số liệu của Bộ Tài chính*

20 Bank for international settlements-BIS, 2014.

càng cao trong tổng chi NSNN, ở mức rất đáng lo ngại, và do NSNN thu không đủ chi, yêu cầu đi vay để bù đắp bội chi NSNN, đầu tư và hoán đổi nợ ngày càng lớn; (4) con số nợ công được tính theo quy định của Luật Quản lý nợ công lại chưa phản ánh hết số nợ công thực sự của đất nước, đặc biệt là rủi ro tiềm ẩn từ những tập đoàn, tổng công ty nhà nước hoạt động kinh doanh kém hiệu quả có tỷ lệ nợ/vốn chủ sở hữu cao có thể trở thành gánh nặng của NSNN; (5) nợ nước ngoài dù vẫn nằm ở khoảng an toàn nhưng tiềm ẩn nhiều rủi ro đến từ một số lý do như tỷ trọng vay thương mại nước ngoài sẽ ngày càng lớn do nước ta đã trở thành một nước có thu nhập trung bình; rủi ro từ tỷ giá khi mà tỷ giá thực của nước ta bị định giá quá cao do lạm phát cao trong một giai đoạn dài...

Những thực trạng và thách thức trên cho thấy đã đến lúc Việt Nam cần có một cuộc cải cách tài khóa triệt để và toàn diện nhằm đưa ngân sách dần trở về trạng thái cân bằng để đảm bảo tính bền vững của nợ công và duy trì sự ổn định lâu dài cho nền kinh tế. Sẽ là rất cần thiết nếu sớm chuẩn bị một kế hoạch tài khóa bền vững dài hơi giúp cho nền kinh tế tránh được những cú sốc tài khóa tiêu cực trong tương lai.

Với cách tiếp cận trên, chúng tôi xin đưa ra một số kiến nghị sau:

*Thứ nhất, thiết lập một hệ thống các chỉ tiêu về an toàn nợ*

Để tăng cường kỷ luật tài khóa cần thiết lập một hệ thống các chỉ tiêu quy định về giới hạn nợ, cả đối với khối lượng nợ và dòng chi trả nợ. Các giới hạn này vừa được thể hiện theo giá trị danh nghĩa vừa thể hiện theo % các biến vĩ mô quan trọng. Phạm vi áp dụng giới hạn được phân chia theo từng loại nợ: tổng nợ công, nợ công nước ngoài, nợ công trong nước, và tổng nợ nước ngoài... theo những hướng dẫn về phân tích tính bền vững của nợ công của IMF và WB.

Tuy nhiên, điều quan trọng là Quốc hội cần phải đưa ra các giới hạn này một cách

hợp lý. Nếu quá thấp chúng sẽ cản trở Chính phủ thực hiện các phản ứng cần thiết trong thời kỳ khủng hoảng do việc điều chỉnh hoặc thông qua các điều luật mới rất mất thời gian. Ngược lại, nếu các giới hạn được thiết lập ở mức quá cao thì chúng lại không có ý nghĩa gì cả. Một khi đã được ban hành, Quốc hội cần phải theo dõi sát sao việc tuân thủ các kỷ luật tài khóa này của Chính phủ.

*Thứ hai, thực hiện hạch toán nợ theo chuẩn mực quốc tế*

Để đánh giá chính xác thực trạng, tính bền vững của nợ công và đề xuất được các chiến lược quản lý nợ phù hợp thì việc hạch toán ngân sách và nợ công phải được thực hiện một cách minh bạch theo chuẩn quốc tế. Không được phép để ra ngoài bảng cân đối bất cứ khoản chi nào. Các thước đo thâm hụt ngân sách loại trừ những khoản thu kém bền vững và thu từ bán tài sản cũng cần được tính toán thêm để có thể đánh giá được chính xác thực trạng tài khóa hiện tại. Ngoài ra, các gánh nặng ngân sách phát sinh trong tương lai, ví dụ như chi trả lương hưu hay bảo hiểm y tế, cũng cần được đưa vào các dự báo về thâm hụt ngân sách nhằm có được bức tranh chính xác hơn về triển vọng nợ công trong trung và dài hạn.

Do rủi ro tiềm ẩn của nó đối với khu vực công, nợ của khu vực DNNN cũng cần phải được tính toán, phân tích và báo cáo đầy đủ bên cạnh định nghĩa nợ công hiện nay ở Việt Nam. Việc phân tích và đánh giá rủi ro từ nợ của DNNN nên được coi là một phần không thể tách rời trong các báo cáo về nợ công của Việt Nam.

*Thứ ba, phát triển thị trường nợ trong nước*

Phát triển thị trường, cả sơ cấp và thứ cấp trái phiếu Chính phủ trong nước. Trong ngắn hạn, Chính phủ có thể phải chấp nhận chi phí vay mượn trong nước cao nhằm phát triển thị trường trái phiếu Chính phủ. Tuy nhiên, theo thời gian, khi thị trường này phát triển và trở nên thanh khoản hơn, Chính phủ



có thể huy động được vốn với chi phí thấp. Sự phát triển của thị trường trái phiếu Chính phủ sẽ giúp cho Chính phủ huy động được vốn với kỳ hạn dài, lãi suất cố định và đặc biệt là bằng nội tệ. Do vậy, các rủi ro liên quan đến lãi suất, tỷ giá và đảo nợ sẽ được giảm thiểu. Ngoài ra, sự phát triển của thị trường trái phiếu Chính phủ thứ cấp còn giúp kéo theo sự phát triển của thị trường trái phiếu doanh nghiệp, bởi vì trái phiếu Chính phủ là tiêu chuẩn để xác định rủi ro của các công cụ nợ khác.

*Thứ tư, hoàn thiện thể chế về đầu tư công, nâng cao hiệu quả đầu tư công*

Luật Đầu tư công sẽ được thông qua tại kỳ họp Quốc hội tháng 5 sắp tới được kỳ vọng sẽ là bước tiến lớn trong việc hoàn thiện thể chế về đầu tư công, theo hướng quản lý đầu tư công hiệu quả tránh việc đầu tư tràn lan, lãng phí, hiệu quả thấp. Bên cạnh đó, cần xây dựng một hệ thống chỉ số để đánh giá hiệu quả của đầu tư công, từ đó có thể đánh giá và chọn lựa các dự án đầu tư công chính xác hơn.

*Thứ năm, giảm quy mô và số lượng, tăng cường quản trị và tính minh bạch của doanh nghiệp nhà nước*

Cần nhìn nhận DNNN theo một khía cạnh khác, công bằng hơn với những đóng góp của DNNN với việc phát triển kinh tế đất nước nhưng không coi DNNN là một công cụ điều tiết kinh tế vĩ mô. Để ứng xử hiệu quả đối với khối DNNN chúng ta cần phân loại các doanh nghiệp có mục đích công ích thuần túy, ví dụ như trong lĩnh vực an ninh - quốc phòng, với những doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực kinh doanh thu lợi nhuận. Một đánh giá toàn diện về hiệu quả của các DNNN theo các tiêu chí về lợi nhuận, công nghệ, tạo việc làm, đóng góp ngân sách,... cần được thực hiện dựa trên nguyên tắc công khai, minh bạch các thông tin về hoạt động kinh doanh. Tiếp tục đẩy nhanh, tăng cường tính minh bạch của việc cổ phần hóa các DNNN hoạt động trong lĩnh vực kinh doanh, bất kể chúng có hiệu quả hay không, đồng thời tạo điều kiện

bình đẳng cho doanh nghiệp tư nhân tham gia trên tất cả các thị trường.

Tăng cường tính trách nhiệm và giải trình của người đại diện vốn nhà nước trong các DNNN. Đặc biệt, cần phải áp dụng các chuẩn mực tài chính kế toán của các công ty niêm yết đối với các DNNN. Các báo cáo tài chính của các DNNN cũng cần được công khai hóa như các doanh nghiệp niêm yết. Nợ và phân loại nợ của DNNN cần phải được báo cáo thường xuyên nhằm đánh giá được những rủi ro tiềm ẩn đối với nợ công.

*Thứ sáu, cải cách hệ thống thuế*

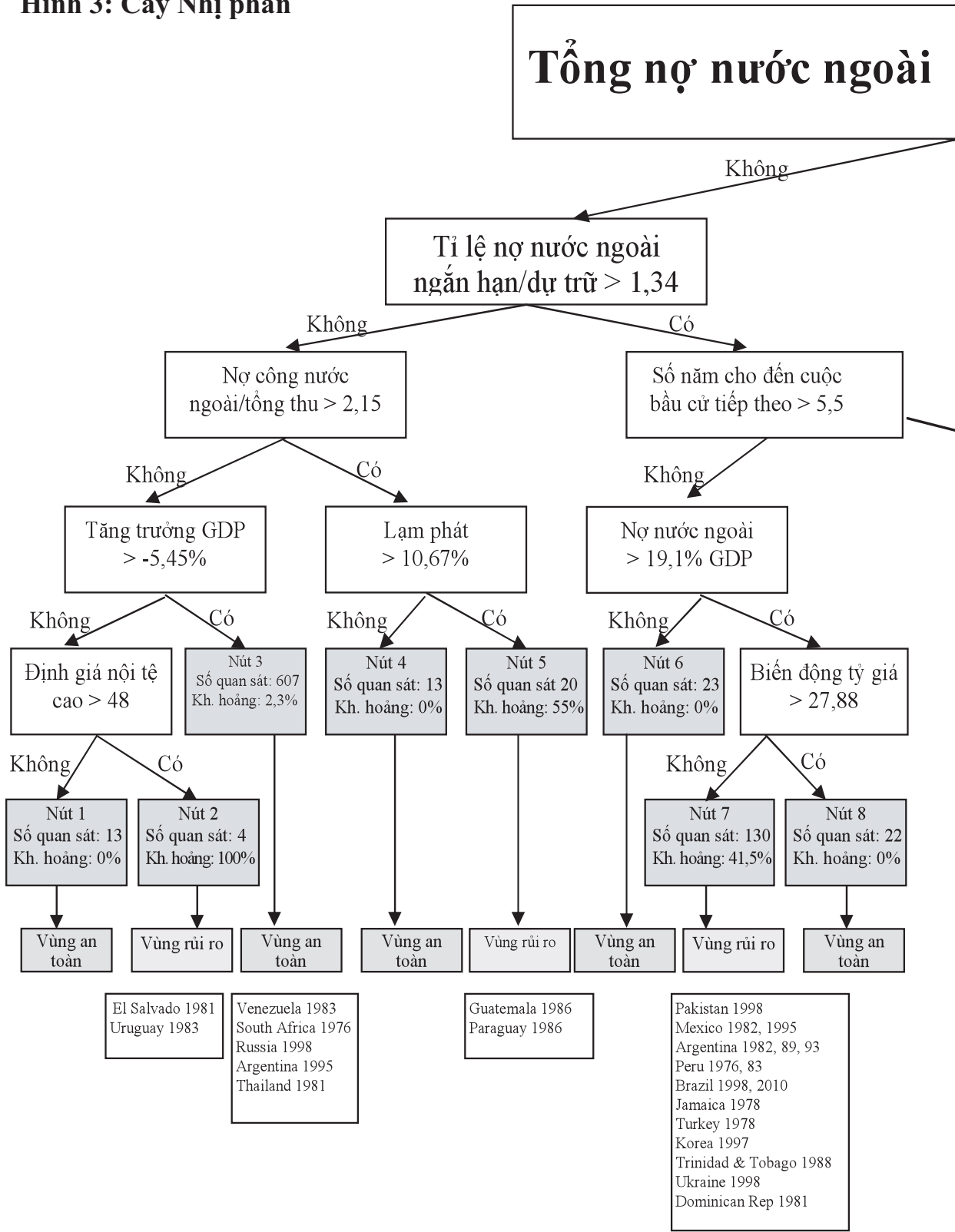
Hệ thống thuế cần được cải cách đảm bảo các tiêu chí tạo nguồn thu bền vững, hiệu quả, công bằng và minh bạch. Gánh nặng thuế cần phải được điều chỉnh giảm một cách hợp lý. Tuy nhiên, mức độ hợp lý này phụ thuộc rất nhiều vào quá trình cắt giảm chi tiêu công. Gánh nặng thuế quá cao sẽ khiến cho hệ thống thuế kém hiệu quả do nó khuyến khích việc trốn thuế và bóp méo sự phân bổ nguồn lực. Hệ thống sắc thuế và phí cần được rà soát tránh sự chồng lấn lên nhau. Các sắc thuế cần được điều chỉnh nhằm đảm bảo an sinh xã hội cho người thu nhập thấp, khuyến khích tiết kiệm và hạn chế tiêu dùng, đặc biệt là hàng tiêu dùng xa xỉ nhập khẩu.

Theo lộ trình hội nhập WTO, TPP và trước mắt là thị trường ASEAN thống nhất thì nguồn thu ngân sách nên dựa trên hai nhóm: thu từ thuế gián thu (VAT) và đơn giản hóa thuế thu nhập cá nhân. Đồng thời, cần hạn chế nguồn thu từ thuế xuất nhập khẩu.

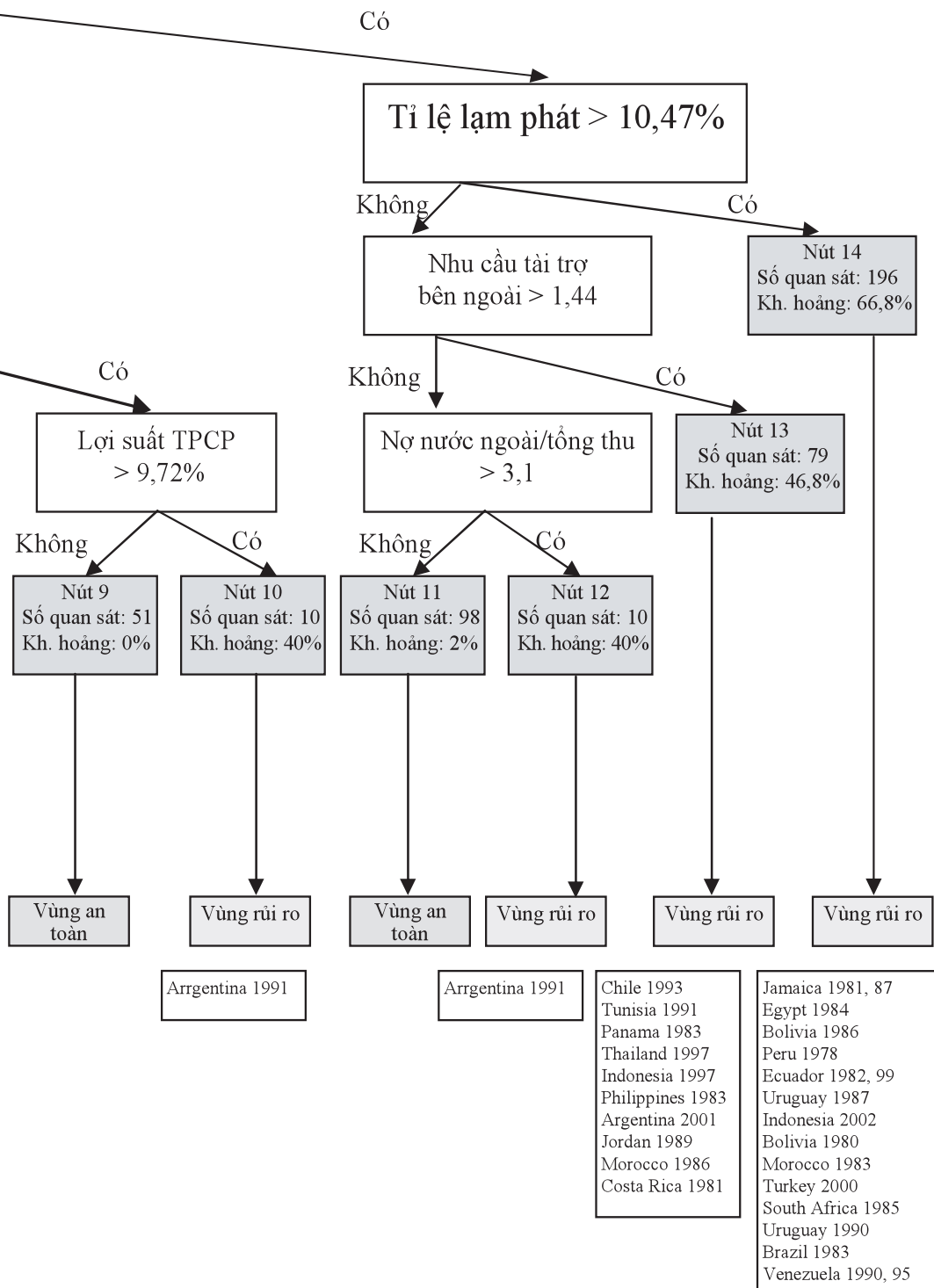
*Thứ bảy, hoàn thiện thể chế về ngân sách nhà nước*

Cần nghiên cứu thay đổi thể chế về NSNN hiện nay dựa trên một số định hướng cụ thể như sau: thiết kế hệ thống NSNN không lồng ghép; trao quyền tự chủ cao hơn trong quyết định và quản lý nguồn thu cho địa phương cùng với việc tăng cường tính minh bạch, trách nhiệm giải trình về tài chính; thực hiện nghiêm kỷ luật tài khóa ■

**Hình 3: Cây Nhị phân**



> 50% GDP



# HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ THỦ TỤC GIẢI QUYẾT KHIẾU NẠI HÀNH CHÍNH

MAI VĂN DUẤN\*

LÊ MINH TÙNG\*\*

## 1. Pháp luật về khiếu nại và giải quyết khiếu nại

Theo Hiến pháp và pháp luật, khiếu nại hành chính là một quyền và là một phương thức quan trọng để công dân bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình. Việc giải quyết khiếu nại là trách nhiệm, nghĩa vụ của cơ quan nhà nước, thể hiện tính dân chủ xã hội chủ nghĩa (XHCN) ở nước ta hiện nay.

Ngay từ khi mới ra đời, Đảng và Nhà nước ta đã đặt biệt coi trọng việc giải quyết các khiếu kiện của nhân dân tại địa phương. Năm 1945, Ban Thanh tra đặc biệt được thành lập, sau lần lượt đổi thành Ban Thanh tra của Chính phủ (năm 1949), Ban Thanh tra trung ương của Chính phủ (1956), Ủy ban Thanh tra của Chính phủ (1961), Thanh tra nhà nước và hiện nay là Thanh tra Chính phủ. Một số văn bản về khiếu nại, tố cáo và giải quyết khiếu nại, tố cáo của nhân dân lần lượt được ban hành như: Thông tư số 436/TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 13/5/1958 quy định trách nhiệm, quyền hạn của các cơ quan nhà nước trong việc giải quyết đơn thư khiếu nại, tố cáo (gọi tắt là khiếu tố) của nhân

dân; Thông tư số 60-UBTTr ngày 22/5/1971 của Ủy ban Thanh tra Chính phủ hướng dẫn trách nhiệm của các ngành, các cấp trong việc xét và giải quyết đơn thư khiếu nại và tố cáo của công dân (trong đó lần đầu tiên có sự phân biệt giữa khiếu nại và tố cáo cũng như cách xử lý đối với từng loại đơn); Thông tư số 67-UBTTr/XKT của Ủy ban Thanh tra Chính phủ hướng dẫn việc xét, giải quyết đơn khiếu nại, tố cáo ở cấp tỉnh và thành phố trực thuộc trung ương; Thông tư số 68-UBTTr/XKT ngày 29/3/1973 của Ủy ban Thanh tra Chính phủ hướng dẫn việc xét, giải quyết đơn thư khiếu nại, tố cáo ở cấp huyện; Pháp lệnh ngày 27/11/1981 của Hội đồng Nhà nước quy định việc xét và giải quyết các khiếu nại, tố cáo của công dân; Pháp lệnh Khiếu nại, tố cáo năm 1991; Luật Khiếu nại, tố cáo năm 1996; Luật sửa đổi, bổ sung của Luật Khiếu nại, tố cáo năm 2004, 2005 và hiện nay là Luật Khiếu nại 2011.

Các văn bản pháp luật nêu trên không chỉ cho thấy sự phát triển của một nền lập pháp mà quan trọng hơn là việc mở rộng và ghi nhận quyền khiếu nại của công dân; hình

\* ThS, Văn phòng UBND tỉnh Bắc Ninh

\*\* ThS. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội

thành cơ chế và mô hình giải quyết khiếu nại hành chính. Trách nhiệm giải quyết khiếu nại của công dân của các cơ quan nhà nước cũng có sự thay đổi và quy định chặt chẽ, cụ thể hơn. Từ việc quy định giao cho Ban Thanh tra đặc biệt quyền nhận và xem xét những khiếu nại của nhân dân đến việc hình thành hệ thống cơ quan thanh tra nhà nước cũng như quy định nhiệm vụ, chức năng, quyền hạn của các cơ quan thanh tra trong việc giải quyết khiếu nại; từ việc quy định thanh tra là một cấp có thẩm quyền giải quyết khiếu nại<sup>1</sup> đến việc quy định thanh tra không còn là một cấp giải quyết khiếu nại mà trách nhiệm giải quyết khiếu nại thuộc về thủ trưởng cơ quan hành chính nhà nước (HCNN); cơ quan thanh tra chỉ được giải quyết một số vụ việc khi được thủ trưởng cơ quan cùng cấp uỷ quyền<sup>2</sup>; chỉ là cơ quan tham mưu giúp cho thủ trưởng cơ quan cùng cấp giải quyết khiếu nại<sup>3</sup>. Từ việc quy định trách nhiệm giải quyết khiếu nại chỉ là công việc của cơ quan HCNN đến việc chuyển một số vụ việc sang cơ quan toà án<sup>4</sup>.

Như vậy, pháp luật khiếu nại và giải quyết khiếu nại ngày một tiến bộ và hoàn thiện; quyền khiếu nại của công dân ngày càng được mở rộng, trách nhiệm giải quyết khiếu nại được quy định cụ thể hơn; cơ chế giải quyết có sự thay đổi theo hướng chuyển dần sang con đường toà án. Song, xét một cách khách quan, toàn diện, do tính đặc thù

nên quy định về việc giải quyết khiếu nại cũng như cơ chế giải quyết hiện nay còn bộc lộ những hạn chế nhất định, sự lựa chọn con đường giải quyết khiếu nại bằng toà án còn bị hạn chế. Hơn thế nữa, do yếu tố tâm lý của người dân cộng với các quy định của pháp luật về tổ chức toà án như hiện nay thì số vụ việc được xét xử tại toà án còn rất khiêm tốn, mà chủ yếu vẫn được xem xét, giải quyết tại cơ quan HCNN. Tại cơ quan HCNN, việc giải quyết khiếu nại còn rườm rà, bị động, thiếu minh bạch, cụ thể; quyền của người khiếu nại chưa được đảm bảo... Do vậy, hoàn thiện pháp luật về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại độc lập, khách quan và hiệu quả tại cơ quan HCNN là một đòi hỏi khách quan.

## **2. Một số yêu cầu khi hoàn thiện pháp luật về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại hành chính**

Cho đến nay, chúng ta chưa có văn bản pháp luật nào quy định riêng về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại hành chính. Việc giải quyết khiếu nại tại cơ quan HCNN được thực hiện theo hướng dẫn nghiệp vụ. Thực tiễn cơ chế giải quyết cũng như trình tự, thủ tục giải quyết một nội dung khiếu nại tại cơ quan HCNN đã bộc lộ một số hạn chế. Vì thế, hoàn thiện pháp luật về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại cần giải quyết tốt các yêu cầu sau:

1 *Pháp lệnh Giải quyết khiếu nại, tố cáo năm 1991.*

2 *Luật Khiếu nại, tố cáo năm 1998.*

3 *Luật Khiếu nại, tố cáo năm 1998; sửa đổi, bổ sung năm 2005.*

4 *Thời điểm Toà Hành chính được thành lập và đi vào hoạt động năm 1996 là 7 loại vụ việc; đến năm 1998, thời điểm ban hành Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính là 10 loại vụ việc; tiếp đến là 22 loại vụ việc năm 2006, thời điểm Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính được sửa đổi, bổ sung và đến nay là: quyết định hành chính, hành vi hành chính, trừ các quyết định hành chính, hành vi hành chính thuộc phạm vi bí mật nhà nước trong các lĩnh vực quốc phòng, an ninh, ngoại giao theo danh mục do Chính phủ quy định và các quyết định hành chính, hành vi hành chính mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức.; danh sách cử tri bầu cử đại biểu Quốc hội, danh sách cử tri bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân; quyết định kỷ luật buộc thôi việc công chức giữ chức vụ từ Tổng Cục trưởng và tương đương trở xuống; quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh (Điều 28 Luật Tố tụng hành chính năm 2010).*

*Thứ nhất, việc giải quyết khiếu nại hành chính nên do một cơ quan thực hiện*

Theo quy định của pháp luật hiện hành thì việc giải quyết khiếu nại phải trải qua nhiều công đoạn, công việc. Mỗi công đoạn lại được thực hiện bởi cơ quan khác nhau. Và bản thân mỗi công đoạn, công việc trong quá trình giải quyết khiếu nại được thực hiện cũng khác nhau tùy thuộc vào mỗi địa phương. Trong khi đó, pháp luật lại không quy định thời hạn để thực hiện mỗi công đoạn là bao lâu mà chỉ quy định thời hạn chung cho cả quá trình giải quyết, dẫn đến tình trạng nhiều vụ việc thời gian giải quyết kéo dài hơn so với luật định. Vì vậy, cần có quy định cụ thể về thời hạn thực hiện cho từng công đoạn và do một cơ quan thực hiện. Việc giải quyết khiếu nại do một cơ quan thực hiện có những ưu điểm như: tạo sự thông suốt, khép kín các công việc, công đoạn của quy trình giải quyết khiếu nại của cá nhân, cơ quan có trách nhiệm giải quyết khiếu nại, từ đó cắt bớt được các khâu trung gian, rút ngắn thời gian trong toàn bộ quy trình giải quyết; thống nhất công tác chỉ đạo từ trên xuống dưới, gắn và đề cao trách nhiệm của cá nhân phụ trách từng khâu, từng việc và cả quá trình; khắc phục được tình trạng né tránh, đùn đẩy trách nhiệm, dây dưa, kéo dài trong quá trình giải quyết; gắn kết, tạo sự gần gũi giữa người giải quyết khiếu nại và người khiếu nại; xây dựng và tạo tính chuyên nghiệp cho chuyên viên làm công tác giải quyết khiếu nại cũng như tạo cho cơ quan giải quyết khiếu nại có một chức năng, nhiệm vụ chuyên biệt.

*Thứ hai, đảm bảo quyền khiếu nại của công dân*

Quyền khiếu nại của công dân là quyền Hiến định, được pháp luật đảm bảo. Nó chiếm một vị trí quan trọng trong tổng thể các quyền công dân, là phương thức mà công dân sử dụng để bảo vệ các quyền hợp pháp khác của mình khi bị xâm phạm. Hơn thế nữa, nó là công cụ để công dân tham gia

vào quản lý nhà nước, kiểm tra, giám sát mọi hoạt động của cơ quan nhà nước, của cán bộ công chức, viên chức nhà nước khi thực thi công vụ. Khi cơ quan, cán bộ, công chức, viên chức nhà nước có hành vi vi phạm thì công dân có quyền kiến nghị xử lý để khôi phục lại theo trạng thái ban đầu. Vì thế, hoàn thiện pháp luật về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại phải đảm bảo tốt hơn quyền khiếu nại của công dân cũng như quyền kiểm tra, giám sát trong quá trình cơ quan nhà nước thực hiện việc giải quyết khiếu nại đó. Hoàn thiện pháp luật về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại hành chính chính là hoàn thiện những “bậc thang” để tạo điều kiện thuận tiện cho công dân trong quá trình đề nghị các cơ quan nhà nước khôi phục lại quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm.

*Thứ ba, bảo đảm hiệu quả trong giải quyết khiếu nại hành chính*

Để giải quyết khiếu nại hành chính có hiệu quả thì quy định về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại hành chính phải đáp ứng được những đòi hỏi sau:

(i) Giải quyết khiếu nại hành chính phải được tiến hành nhanh chóng. Thực tiễn cho thấy việc giải quyết khiếu nại của công dân thường bị kéo dài, thậm chí rất dài. Điều này không những ảnh hưởng đến niềm tin của nhân dân đối với Nhà nước mà nó còn ảnh hưởng nhiều đến các hoạt động quản lý hành chính, đặc biệt là quyết định hành chính, hành vi hành chính bị khiếu nại. Mặc dù việc khiếu nại của công dân không làm ảnh hưởng đến quá trình triển khai thực hiện quyết định hành chính bị khiếu nại, song xuất phát từ đặc thù của quan hệ hành chính thì việc giải quyết khiếu nại cần được tiến hành càng nhanh càng tốt.

(ii) Giải quyết khiếu nại phải được tiến hành đúng với quy định của pháp luật, tôn trọng quyền và lợi ích hợp pháp của công dân. Việc giải quyết khiếu nại phải được tiến

hành nhanh chóng không đồng nghĩa với việc làm ẩu, qua loa mà phải đảm bảo tính tuân thủ, tính đúng đắn với các quy định của pháp luật. Cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi tiến hành giải quyết khiếu nại vừa phải đảm bảo đúng tiến độ thời gian, vừa phải tuân thủ nghiêm ngặt các quy định của pháp luật, không thể tự tiện bỏ qua những thủ tục bắt buộc mà pháp luật quy định phải làm cũng như thêm những thủ tục không cần thiết khiến cho việc giải quyết thêm kéo dài, phát sinh phức tạp.

Trong quá trình giải quyết khiếu nại, người giải quyết khiếu nại cũng như người được giao nhiệm vụ tham mưu, tiến hành xác minh và kết luận nội dung khiếu nại (gọi tắt là người giải quyết) phải tôn trọng và đảm bảo các quyền của người khiếu nại như: quyền được đối chất; quyền được xem xét hồ sơ và những chứng cứ mà người giải quyết sử dụng; quyền được cử người đại diện, người bào chữa; quyền yêu cầu người giải quyết thực hiện đúng trình tự, thủ tục, đúng thời hạn; quyền được yêu cầu người giải quyết chấm dứt hành vi vi phạm; quyền khiếu nại, tố cáo đối với những hành vi vi phạm của người có thẩm quyền trong quá trình giải quyết (cố tình sử dụng không đúng chứng cứ, viện dẫn sai luật, giải quyết không đúng nội dung, đúng thể thức...); quyền yêu cầu thủ trưởng cơ quan cấp trên trực tiếp giải quyết hoặc đơn đốc giải quyết, xử lý vi phạm đối với thủ trưởng cơ quan cấp dưới khi người này có những biểu hiện cố tình trì hoãn, kéo dài việc giải quyết hay những vi phạm pháp luật khác; quyền được yêu cầu người có quyết định hành chính hoặc kiến nghị cấp trên của người có quyết định hành chính, hành vi hành chính tạm dừng thực hiện quyết định hành chính khi có chứng cứ rõ ràng chứng minh quyết định hành chính đó là sai và việc thực hiện quyết định hành chính đó có thể gây hậu quả nghiêm trọng khó khắc phục lại được...

*Thứ tư, đảm bảo nguyên tắc công khai,*

*minh bạch và chịu trách nhiệm của cơ quan hành chính trong giải quyết khiếu nại của công dân*

Quy định về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại hành chính ở nước ta hiện nay chưa được cụ thể và công khai. Việc công dân nắm bắt và tiếp cận với việc giải quyết của cơ quan nhà nước là rất hạn chế. Nhà nước pháp quyền đòi hỏi mọi hoạt động, việc làm của công dân hay Nhà nước đều phải tuân theo quy định của pháp luật. Do vậy, không có lý gì lại không công khai, minh bạch các thủ tục giải quyết khiếu nại của công dân. Hơn thế nữa, khiếu nại không những là quyền của công dân, mà khiếu nại còn là quyền giám sát các hoạt động của cơ quan nhà nước, giúp cơ quan nhà nước phát hiện, chấn chỉnh và xử lý các vi phạm pháp luật, góp phần làm cho Nhà nước trong sạch, vững mạnh. Công khai, minh bạch các thủ tục giải quyết khiếu nại của công dân thể hiện quyền tiếp cận, quyền được biết và quyền giám sát các công việc mà cơ quan nhà nước thực hiện trong quá trình giải quyết khiếu nại theo quy định. Khi phát hiện ra những việc mà cơ quan nhà nước thực hiện không đúng thì công dân có quyền kiến nghị với cơ quan nhà nước có thẩm quyền đề yêu cầu người đó phải chấm dứt hành vi sai phạm hoặc xử lý theo quy định của pháp luật. Điều này hoàn toàn là hợp pháp. Cơ quan, người được giao nhiệm vụ thực hiện các công việc khi tiến hành các thủ tục giải quyết khiếu nại phải chịu trách nhiệm trước pháp luật đối với hành vi, quyết định của mình. Có như vậy, mỗi cá nhân, cơ quan nhà nước mới tự đề cao trách nhiệm. Càng công khai, minh bạch các thủ tục giải quyết khiếu nại thì tính tự chịu trách nhiệm của cá nhân, cơ quan nhà nước càng cao, việc giải quyết khiếu nại càng khách quan, đúng pháp luật hơn.

*Thứ năm, đảm bảo tính cụ thể, phù hợp, thống nhất và thuận tiện cho người khiếu nại, người giải quyết khiếu nại*

Khiếu nại là quyền của công dân và việc giải quyết khiếu nại là nghĩa vụ, trách nhiệm của cơ quan nhà nước, người đứng đầu cơ quan nhà nước. Điều này được thể hiện rõ trong Hiến pháp và trong Luật Khiếu nại, tố cáo. Tuy nhiên, để thực thi được thống nhất, phù hợp với thực tiễn thì cần được cụ thể hoá bằng các văn bản luật, dưới luật, đối với từng cấp, từng ngành, từng lĩnh vực và giữa chúng phải có sự thống nhất, thuận tiện cho người khiếu nại, người giải quyết khiếu nại.

Trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại hành chính là một chuỗi các công việc, công đoạn phải làm nối tiếp và liên quan chặt chẽ với nhau. Tương ứng với các công đoạn là các cơ quan, bộ phận, cá nhân trong cơ quan nhà nước khác nhau đảm nhận. Tính cụ thể của quy định về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại cho phép mọi người biết quy định về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại đó gồm những công đoạn nào, công việc gì, ai làm, trách nhiệm của người đó đến đâu, thời gian thực hiện tối đa cho phép của từng công đoạn, công việc cũng như cho cả quy trình.

Ngoài việc đảm bảo tính chi tiết, quy định về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại còn phải có sự phù hợp với từng cấp cơ quan nhà nước. Mỗi cấp cơ quan hành chính được tổ chức khác nhau, hơn thế nữa, tính chất phức tạp của quyết định hành chính của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh cũng khác với cấp huyện và cấp xã. Do vậy, không thể lấy thủ tục giải quyết khiếu nại ở cấp tỉnh áp dụng cho cấp huyện, cấp xã và ngược lại. Ở đây, cần có sự phân biệt giữa các cấp. Giải quyết khiếu nại ở cấp tỉnh phải khác với cấp huyện và cấp xã, giải quyết khiếu nại của thủ trưởng cơ quan cấp huyện phải khác với giám đốc sở, ngành, nên cần có những quy định cụ thể riêng phù hợp với từng cấp.

Khi đã có những quy định cụ thể, phù hợp thì việc áp dụng quy định về trình tự, thủ tục phải thống nhất trong các cơ quan nhà nước. Rà soát lại các quy định pháp luật hiện hành cho thấy một số địa phương,

ngành, lĩnh vực có quy trình giải quyết khiếu nại riêng của cho địa phương, ngành lĩnh, vực mình như giải quyết khiếu nại về đất đai, giáo dục, tài chính, tư pháp, công an... Điều này hoàn toàn dễ hiểu bởi mỗi ngành, địa phương đều có tính đặc thù riêng. Việc các ngành, các cấp có quy định riêng đều nhằm đáp ứng yêu cầu đặt ra là giải quyết kịp thời những khiếu nại của công dân, trong điều kiện chúng ta chưa có quy định về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại chung, thống nhất.

Vấn đề đặt ra là phải có quy định về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại chung thống nhất. Các quy định về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại riêng của từng ngành, từng địa phương chỉ mang tính chất hướng dẫn, cụ thể hoá trong ngành và địa phương mình. Những quy định trong việc hướng dẫn giải quyết khiếu nại của từng ngành, từng địa phương phải dựa trên cơ sở của quy định về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại chung, không được trái với quy định về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại chung đó.

Quy định về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại hành chính không chỉ là cách thức để các cơ quan nhà nước giải quyết khiếu nại mà còn là con đường để công dân thực hiện quyền khiếu nại của mình, do vậy cần phải được diễn đạt một cách rõ ràng, phổ thông để mọi cơ quan cơ quan nhà nước, mọi công dân đều có thể hiểu và thực hiện giống nhau.

Nhà nước cần tạo mọi điều kiện thuận tiện để người dân tiếp cận, tìm hiểu, nghiên cứu; có hình thức giáo dục, tuyên truyền để cho công dân biết và thực hiện theo; cần tạo mọi điều kiện để công dân thực hiện các quyền trong quá trình các cơ quan nhà nước giải quyết khiếu nại của họ; giúp người dân giám sát được các tiến độ cũng như các hoạt động giải quyết khiếu nại của cơ quan nhà nước, từ đó tránh tình trạng công dân khiếu kiện vượt cấp, trùng lặp, kéo dài.



*Thứ sáu, đảm bảo yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền của dân, do dân, vì dân; yêu cầu cải cách nền HCNN*

Xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN ở nước ta hiện nay không chỉ là “mục đích duy trì bản chất giai cấp công dân và tính nhân dân của Nhà nước, phát huy cao độ dân chủ XHCN, làm cho Nhà nước thực sự trong sạch, vững mạnh, nâng cao hiệu lực và hiệu quả quản lý và điều hành” mà nó còn mang tính tất yếu lịch sử trong tiến trình xây dựng và phát triển Nhà nước Việt Nam. Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam là Nhà nước của dân, do dân và vì dân. Điều đó khẳng định vị trí, vai trò quyền làm chủ của nhân dân đối với Nhà nước. Quyền làm chủ đó được Hiến pháp ghi nhận và bảo đảm bằng một hệ thống pháp luật. Pháp luật về khiếu nại là một bộ phận cấu thành hệ thống pháp luật nói chung, “với tư cách là công cụ pháp lý để bảo vệ các giá trị pháp lý hướng về quyền con người, quyền công dân”. Hoàn thiện pháp luật về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại là một yếu tố đảm bảo cho các quy định về khiếu nại được thực hiện, tức là đảm bảo cho quyền khiếu nại của công dân được thực hiện trên thực tế.

Để đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền của dân, do dân, vì dân; yêu cầu cải cách nền HCNN, pháp luật về thủ tục giải quyết khiếu nại được xây dựng theo hướng: lấy quyền, lợi ích hợp pháp của công dân làm trọng tâm; cắt bỏ những khâu trung gian, tăng cường việc tiếp xúc trực tiếp giữa người khiếu nại và người giải quyết khiếu nại một cách công khai, dân chủ; quy định rõ những công việc, công đoạn phải làm và thời gian phải hoàn thành các công việc, công đoạn đó; phân cấp rành mạch về quyền và trách nhiệm của từng bộ phận và giữa các bộ phận, cơ quan trong quá trình giải quyết; gắn trách nhiệm cụ thể đối với hành vi thực hiện không đúng trình tự, thủ tục, thể thức và thời hạn; xử lý đối với cá nhân thiếu trách nhiệm hoặc né tránh trách nhiệm trong việc giải quyết khiếu nại của công dân.

*Thứ bảy, đảm bảo tính độc lập, khách quan*

Tại cơ quan hành chính, những khiếu nại của công dân cần phải được giải quyết không những nhanh chóng, mà còn phải đảm bảo tính khách quan. Muốn vậy, các cơ quan nhà nước giải quyết khiếu nại phải có tính độc lập. Đây là một trong những điểm yếu nhất trong việc giải quyết khiếu nại ở nước ta hiện nay. Việc đảm bảo tính độc lập trong việc giải quyết khiếu nại là một đòi hỏi trong Nhà nước pháp quyền, đặc biệt trong điều kiện hội nhập kinh tế quốc tế.

Để đảm bảo tính độc lập trong việc giải quyết khiếu nại của cơ quan HCNN, chúng ta phải dần hoàn thiện những nội dung sau:

+ Mở rộng quyền uỷ quyền của người khiếu nại. Người khiếu nại có thể uỷ quyền cho bất kỳ ai có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, người có hiểu biết pháp lý. Trong những vụ việc phức tạp, kéo dài, cơ quan nhà nước khi giải quyết khiếu nại có thể mời luật sư cùng tham gia để thống nhất và đi đến kết luận nội dung khiếu nại của công dân;

+ Mở rộng quyền của luật sư trong việc tham gia giải quyết khiếu nại với vai trò là người đại diện;

+ Tăng cường việc tiếp xúc trực tiếp giữa người khiếu nại và người bị khiếu nại thông qua hoạt động tiếp công dân, đối thoại. Đối mới và có những quy định cụ thể mang tính bắt buộc trong việc tổ chức đối thoại; nâng cao ý nghĩa của kết quả đối thoại trong kết luận nội dung khiếu nại;

+ Mở rộng hơn nữa các quyền của công dân trong quá trình giải quyết khiếu nại và đảm bảo để công dân thực hiện các quyền đó. Cụ thể như: quyền được nhận văn bản thụ lý giải quyết, quyền được yêu cầu cơ quan nhà nước giải quyết khiếu nại đúng trình tự, thủ tục, thể thức, thời hạn; quyền được đưa ra những chứng cứ để chứng minh; quyền phản bác những căn cứ mà người giải quyết khiếu nại áp dụng khi thấy

những căn cứ đó là không đúng luật; quyền được giao tiếp đối thoại, yêu cầu người giải quyết phải trực tiếp đối thoại; quyền yêu cầu cơ quan nhà nước phải thực hiện quyết định giải quyết khiếu nại đúng thời hạn; quyền được yêu cầu bồi thường do hậu quả của quyết định hành chính, hành vi hành chính gây ra; quyền tố cáo người tiến hành xác minh, thẩm tra cố tình sử dụng những chứng cứ giả hoặc cố ý làm sai lệch hồ sơ...

+ Xây dựng mô hình giải quyết khiếu nại hành chính phù hợp, khoa học.

### 3. Một số kiến nghị

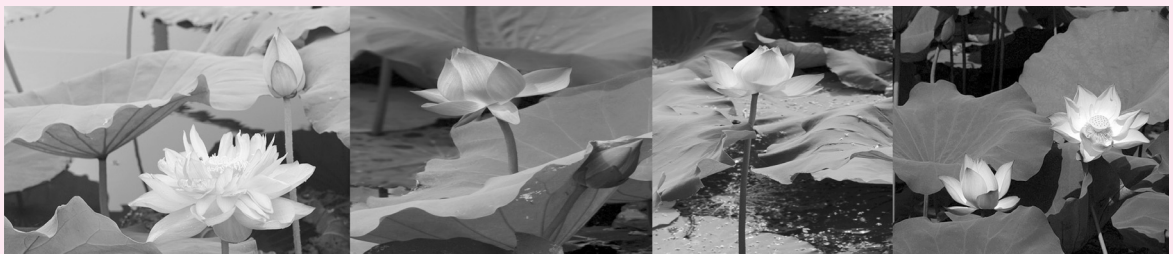
Quy trình, thủ tục giải quyết khiếu nại hành chính hiện nay được thực hiện theo hướng dẫn nghiệp vụ của cơ quan nhà nước, do vậy, nó ít được thực hiện một cách nghiêm chỉnh và hiệu quả còn hạn chế vì tính bắt buộc của nó chưa được đảm bảo. Để quy định về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại có tính thực thi cao, cần:

*Một là*, phải có quy định rõ ràng, cụ thể về việc xử lý trách nhiệm đối với người đứng đầu cơ quan hành chính. Theo đó, họ phải có trách nhiệm giải quyết khiếu nại và hướng dẫn để công dân thực hiện quyền kiến nghị xử lý đối với những sai phạm phát sinh từ cơ quan tiến hành giải quyết khiếu nại như: cố tình không thụ lý đơn khiếu nại, trì hoãn, kéo dài việc giải quyết khiếu nại; cản trở việc thực hiện quyền của người khiếu nại, cố tình làm sai lệch hồ sơ, có hành vi không đúng với phẩm chất của cán bộ, công chức... Ngoài ra, cần quy định các hình thức xử lý; cơ quan, người có thẩm quyền xử lý sai phạm; trình tự, thủ tục xử lý

sai phạm. Thanh tra Chính phủ và thanh tra các cấp thường xuyên tổ chức các cuộc thanh tra trách nhiệm đối với người đứng đầu trong việc giải quyết khiếu nại để phát hiện và xử lý sai phạm; kịp thời chấn chỉnh và sửa chữa, góp phần làm cho pháp luật về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại đi vào thực tế và được các bên tôn trọng.

*Hai là*, phải có những quy định đảm bảo trật tự tại trụ sở tiếp công dân và nơi tổ chức đối thoại; xử lý vi phạm đối với những hành vi lăng mạ, xúc phạm đến danh dự, nhân phẩm cũng như sức khỏe của cán bộ tiếp công dân, cán bộ trực tiếp giải quyết khiếu nại, hay làm mất trật tự tại nơi tiếp công dân.

Trong thời gian tới, trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại cần được quy định thành một văn bản pháp luật cụ thể như Nghị định của Chính phủ hướng dẫn thi hành Luật Khiếu nại hoặc Luật của Quốc hội, hoặc Pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội quy định chi tiết về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại hành chính của công dân. Theo đó, văn bản này sẽ quy định các vấn đề như: quyền và nghĩa vụ của người khiếu nại, người giải quyết khiếu nại; thời hạn giải quyết khiếu nại; trách nhiệm của người đứng đầu trong việc giải quyết khiếu nại; xử lý vi phạm đối với cá nhân, người có trách nhiệm giải quyết khiếu nại, người được giao nhiệm vụ trong quá trình tiếp công dân, tiếp nhận, xử lý đơn thư và tiến hành thẩm tra, xác minh; trình tự, thủ tục đối thoại; trình tự, thủ tục thực hiện quyết định giải quyết khiếu nại đã có hiệu lực pháp luật... Có như vậy mới đảm bảo tốt được quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của người khiếu nại ■



# Những nguyên tắc cơ bản của các bộ luật dân sự trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam

LÊ NGUYỄN GIA THIÊN\*

LÊ NGUYỄN GIA PHÚC\*\*

Trong hệ thống các luật thành văn, bộ luật dân sự - BLDS (gọi tắt là bộ dân luật - BDL) đóng vai trò nền tảng, định hướng và xác lập một khung pháp lý điều chỉnh toàn bộ đời sống dân sự. Khi soạn thảo một BDL, các nhà lập pháp luôn chú trọng đến việc chế định các nguyên tắc<sup>1</sup> của BDL đó, bởi lẽ các nguyên tắc này là những tư tưởng, quan điểm pháp lý cơ bản mang tính chỉ đạo mà một BDL cần phải có để bao quát, định hướng tất cả các điều khoản, các chế định nằm trong chính BDL. Ngoài ra, khi cơ quan tài phán giải thích một điều luật không rõ nghĩa hoặc có thể được hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau mà không thể tìm thấy đáp án thích hợp ở chính điều luật đó hoặc ở chế định bao hàm điều luật đó thì cơ quan tài phán có thể viện dẫn các tục lệ và các nguyên tắc căn bản của BDL để giải thích điều luật.

## 1. Sự tồn tại các nguyên tắc của bộ dân luật

Cần phải khẳng định rằng, không phải mọi BDL đều quy định một cách rõ ràng, tách bạch về các nguyên tắc chung; hay nói

khác đi là trong tiến trình lập pháp, có hai quan điểm đối lập nhau về sự xuất hiện của các nguyên tắc chung, có BDL không chế định hẳn một phần dành cho các nguyên tắc chung, cũng có BDL quy định theo hướng ngược lại.

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

\*\* Cử nhân luật học.

1 Trong phạm vi bài viết, các thuật ngữ nguyên tắc chung, nguyên tắc cơ bản, nguyên tắc chủ yếu có cùng nội hàm như nhau.

### 1.1. Những BDL không có sự tồn tại một cách rõ ràng của nguyên tắc cơ bản

Trong phạm vi nhỏ hẹp của các BDL mà chúng tôi sử dụng khi nghiên cứu<sup>2</sup>, chúng tôi nhận thấy có 3 BDL không đề cập đến các nguyên tắc cơ bản là BDL Đức, BDL Hà Lan và BDL Indonesia. BDL Đức (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) khởi đầu bằng phần quy định phần chung (general part) ngay từ quyển 1. Tuy nhiên, trong quyển 1 này lại gồm phần 1 về người, phần 2 về vật và động vật, phần 3 về giao dịch dân sự, phần 4 về thời hạn, phần 5 về giới hạn, phần 6 về thực hiện quyền dân sự và phần 7 về bảo đảm; tuyệt nhiên BGB không dành một phần cụ thể nào để quy định về các nguyên tắc cơ bản. BDL Hà Lan (Burgerlijk Wetboek - BW), tương tự như BDL Đức, bắt đầu bằng quyển 1 với nhan đề là luật về cá nhân và gia đình (persons and family law) và ngay tiết 1.1 về những quy định chung (general provisions) đã đề cập ngay đến năng lực pháp luật của cá nhân mà không hề đề cập đến các nguyên tắc chung. BDL cuối cùng trong nhóm này là BDL Indonesia, do ảnh hưởng rất mạnh của BDL Hà Lan<sup>3</sup>, nên cũng chế định ngay từ Chương I của quyển 1 (quy định về cá nhân) các vấn đề liên quan đến sự thụ đắc và triệt tiêu các quyền dân sự, đồng thời không nhắc gì đến các nguyên tắc chung. Chúng tôi cho rằng sở dĩ BDL Đức (được xem là bộ luật bác học<sup>4</sup>, là khuôn mẫu cho nhiều BDL khác như BDL Hà Lan, BDL Indonesia) tuy quy định rất khoa học, chi tiết về các quan hệ tài sản và quan hệ nhân thân trong giao lưu dân

sự nhưng lại không quy định một cách tách bạch về các nguyên tắc của BDL là do bản thân BDL đã quy định rất rạch ròi tất cả các vấn đề liên quan đến đời sống dân sự theo một tư duy lập pháp hoàn chỉnh và hiện đại nên không cần đến các nguyên tắc chung nữa.

### 1.2. Những BDL có ghi nhận sự tồn tại một cách rõ ràng của nguyên tắc cơ bản

Trong số 11 BDL còn lại nằm trong các BDL mà chúng tôi lựa chọn để phân tích, dù ít hay nhiều, dù thật rõ ràng hay chưa thực sự cụ thể, các BDL này cũng đã ghi nhận một cách chính thức các nguyên tắc cơ bản của mình. Chúng tôi đơn cử một số trường hợp như sau:

Thiên mở đầu của BDL Napoleon trừ danh (BDL Pháp) gồm 6 điều quy định tất cả những vấn đề chung nhất, mang tính cốt lõi, nền tảng của toàn bộ BDL nói riêng cũng như nền pháp chế luật thành văn Pháp nói chung. Các quy tắc như mức độ điều chỉnh của cảnh luật, luật cho bất động sản và quy chế về nhân trạng và năng lực cho những người pháp ở nước ngoài tại Điều 3 được sử dụng làm khuôn mẫu cho các BDL của nhiều nước, nhất là các xứ thuộc Pháp. Điều 4 và Điều 5 mang tính song trùng và thực sự không thể tách rời nhau, là hai mặt của một đồng tiền. Điều 4 loại trừ khả năng khước từ thụ lý xét xử một vụ việc của thẩm phán với lý do là luật không điều chỉnh, thậm chí điều này còn áp chế tài thật nặng (truy tố về tội không thụ lý) cho thẩm phán khi thẩm phán thực hành hành vi này. Thực tế là, khi thẩm phán xét xử mà không cần

2 Khi nghiên cứu vấn đề này, chúng tôi trong một chừng mực nhất định đã cố gắng xem xét và luận giải các quy định của 14 BDL nằm trong nền pháp chế của 14 quốc gia và vùng lãnh thổ khác nhau, bao gồm: BDL Đức, BDL Hà Lan, BDL Indonesia, BDL Nhật bản, BDL Pháp, BDL Thụy Sĩ, BDL Philippines, BDL Iran, BLDS và Thương mại Thái Lan, BDL bang Louisiana (Hoa Kỳ), BDL tỉnh Quebec (Canada), Bộ Quy tắc chung về dân luật Trung Quốc, Bộ luật dân sự 1995 (BLDS 1995) và Bộ luật dân sự 2005 (BLDS 2005) của Việt Nam. Chúng tôi sử dụng thuật ngữ BDL để chỉ chung tất cả các văn bản này.

3 Ngay trong Chương I của BDL Indonesia đã thể hiện rất rõ điều khoản này.

4 Đại học luật Hà Nội, Giáo trình Luật so sánh, Nxb Công an nhân dân, 2008, tr.178.

tham chiếu các điều khoản của luật thành văn thì lẽ dĩ nhiên là các án văn này sẽ mang tính mới, và điều này có thể dẫn đến việc thiết lập các án lệ, làm mất màu sắc của nền pháp lý Pháp. Các nhà lập pháp của BDL Napoleon đã ngay lập tức đề ra một “cơ chế phòng bị” là Điều 5 khi khẳng định là các nguyên tắc, tư tưởng áp dụng cho một vụ việc thì chỉ có hiệu lực với chính vụ việc đó mà thôi, tuyệt đối cấm áp dụng cho vụ việc khác. Cuối cùng, Điều 6 nêu lên giới hạn của các giao dịch dân sự khi tuyên bố rằng những thỏa thuận dân sự nào mà trái trật tự công hoặc đạo đức thì đương nhiên bị bãi bỏ.

Ở Trung Quốc không có một BDL thống nhất. Trung Quốc chỉ có một Bộ Quy tắc chung về dân luật ban hành năm 1987 đóng vai trò như là một BDL khi quy định các vấn đề bao hàm hầu hết các nội dung cơ bản của đời sống dân sự. Bộ quy tắc này gồm tổng cộng 9 chương, bao gồm các vấn đề rất chi tiết như: các nguyên tắc cơ bản, tự nhiên nhân, pháp nhân, hành vi dân sự và đại diện, quyền dân sự, nghĩa vụ dân sự, giới hạn, quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài và điều khoản bổ sung. Trong Chương I về Các nguyên tắc cơ bản, nhà làm luật quy định trước hết là về các mục đích của BDL. Theo đó, BDL nhằm hướng đến việc điều hòa lợi ích công và lợi ích tư khi khẳng định rằng các lợi ích tư nhân được tôn trọng và bảo vệ chỉ khi nào nó không trái với chủ trương, chính sách nhằm xây dựng mục tiêu xã hội chủ nghĩa. Quyền và nghĩa vụ của các bên là bình đẳng, không bên nào được xâm phạm bên nào, các nguyên tắc tự nguyện, công bằng, bồi thường ngang giá trị, thiện chí và tin cậy được áp dụng triệt để. Điều 6 và Điều 7 thể hiện rất rõ tính chất điều hòa của Bộ Quy tắc này, vì nếu như các BDL khác chỉ giới hạn quyền tự do giao lưu dân sự khi chúng xâm phạm trật tự công, đạo đức và thuần phong mỹ tục thì Bộ Quy tắc

chung về luật dân sự Trung Quốc lại quy định rằng những thỏa thuận dân sự còn phải tôn trọng và tuân theo những chính sách, kế hoạch của Nhà nước đã đề ra.

BDL bang Louisiana (Hoa Kỳ) dành cho Thiên mở đầu 3 chương quy định về các vấn đề chung nhất cho toàn bộ BDL. Chương I về những nguyên tắc chung (General provisions) khẳng định một cách dứt khoát rằng nguồn của luật bang Louisiana là luật thành văn và tập quán, trong đó luật thành văn mang tính nệ thức (trọng hình thức) và thể hiện rõ ý chí của nhà lập pháp, còn tập quán lập đi lập lại nhiều lần qua một thời gian dài và được xem như là luật, đương nhiên tập quán không thể phủ nhận luật thành văn. Còn trong trường hợp không có cả tập quán, thì cơ quan xét xử, khi giải quyết một vụ việc, có thể xử theo lẽ công bằng. Để đạt được tính công bằng của một bản án, phán quyết của tòa án phải dựa vào công lý (justice), tính hữu lý (reason) và tính phổ dụng (prevailing usages). Điều này thể hiện rõ việc pháp luật của bang Louisiana đã chịu ảnh hưởng của hệ thống thông luật (được áp dụng tại 49 bang còn lại của Hoa Kỳ) như thế nào. Tuy nhiên BDL này lại không có điều khoản loại trừ hẳn khả năng sáng tạo và áp dụng án lệ như BDL Pháp. Chúng tôi cho rằng điều này là hiển nhiên vì dù cho Louisiana có theo hệ thống dân luật đi nữa thì nó vẫn chịu nhiều ảnh hưởng của hệ thống thông luật của các bang khác, vì dù Louisiana là một nhà nước độc lập thì nó vẫn thuộc nền pháp chế Hoa Kỳ và những đặc tính của pháp luật Liên bang chắc chắn sẽ ảnh hưởng lên nó, dù ít hay nhiều.

## 2. Những nguyên tắc cơ bản của một bộ dân luật

Trước hết, có thể nhìn nhận một cách khách quan rằng sự tồn tại của các nguyên tắc trong một BDL dựa trên những nguyên nhân nhất định mà phần nhiều là căn cứ vào quan điểm của cơ quan soạn thảo, hệ thống

pháp luật của quốc gia, thời gian và không gian soạn thảo BDL cũng như những sự tiếp nhận, học hỏi kinh nghiệm lập pháp từ các BDL khác. Sau khi nghiên cứu chế định về các nguyên tắc cơ bản của BDL, trên cơ sở nghiên cứu những điểm tương đồng, dị biệt của từng BDL, với phương châm xem xét một cách khách quan theo lối đại đồng, tiêu dị, chúng tôi tạm đúc kết một số nguyên tắc cơ bản mà một BDL thường có như sau<sup>5</sup>:

### **2.1. Tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận miễn là không trái pháp luật, trật tự công, đạo đức và thuần phong mỹ tục**

Nguyên tắc này được đưa lên phân tích đầu tiên vì nó thể hiện rõ ràng và sinh động nhất bản chất của dân luật nói chung và BDL nói riêng là tính tự do định đoạt. Điều 10 BDL Iran khẳng định rằng khế ước ràng buộc các bên trừ trường hợp xung đột rõ ràng với quy định của luật. BDL Iran tuyệt đối bảo vệ quyền tự do lập ước và ràng buộc nghĩa vụ lẫn nhau của các bên, và chỉ giới hạn sự ràng buộc này khi nó trái pháp luật. Điều 7 Bộ Quy tắc về dân luật Trung Quốc còn mở rộng hơn nữa sự hạn chế mang tính công cộng và các sự kết ước của các tư nhân bằng việc phủ nhận khế ước cả khi nó xung đột với các kế hoạch của Chính phủ hoặc các mục tiêu kinh tế, xã hội đã được đề ra. Bên cạnh yếu tố là trái pháp luật, một thỏa thuận vẫn có thể bị bãi bỏ nếu xâm phạm trật tự công cộng (public order). Trật tự công cộng là một ý niệm rất rộng rãi, mềm dẻo để

bảo vệ lợi ích chung của xã hội. Một cách thuần phác nhất, ý niệm trật tự công thường đi đôi với ý niệm thuần phong mỹ tục và thường được viện dẫn trong cùng một bản án<sup>6</sup>. Điều này được ghi nhận tại Điều 6 BDL Philippines, Điều 6 BDL Pháp, Điều 7 BDL bang Louisiana. Đạo đức xã hội cũng là một lĩnh vực mà các thỏa thuận không thể xâm phạm, vì nó là các quy tắc xử sự chung, định ra các chuẩn mực cư xử cho nhóm cộng đồng dân cư qua một thời gian dài. Vì thế nếu các giao dịch dân sự bị xem là phi đạo đức thì đương nhiên vô hiệu vì nó trái với cách hành xử mang tính luân lý đã được thừa nhận rộng rãi.

### **2.2. Nguyên tắc trung thực, thiện chí**

Nguyên tắc trung thực, thiện chí là nền tảng của mọi giao dịch dân sự, bởi lẽ một giao dịch dân sự dù đơn giản hay phức tạp, mức độ dù lớn hay nhỏ thì khi thực hiện các quyền và thi hành các nghĩa vụ, sự trung thực, thiện chí luôn được đặt lên vị trí hàng đầu. Trung thực, thiện chí là thực hiện hành vi với ý định tốt một cách ngay thẳng, chính trực<sup>7</sup>, nên cũng có tài liệu ghi nhận nguyên tắc này dưới tên là “nguyên tắc thẳng thắn và ngay tình”<sup>8</sup>. Cùng một nội hàm như nhau nhưng hai hệ thống pháp luật thông luật và dân luật lại định nghĩa dưới hai tên gọi khác nhau là good faith và pacta sunt servanda. Khoản 1 Điều 2 BDL Thụy Sĩ quy định rằng các bên phải trung thực, thiện chí khi thực hiện nghĩa vụ, và sự trung thực, thiện chí mang tính giả định<sup>9</sup> và do pháp luật quy

5 Các BDL sắp xếp các nguyên tắc theo những quan điểm lập pháp của riêng mình nên không phải nguyên tắc nào có trong BDL này cũng được quy định trong BDL kia. Khi tiến hành sắp xếp, chúng tôi phần lớn căn cứ vào cách sắp xếp các nguyên tắc cơ bản của BDL 2005 hiện hành của Việt Nam vì hai lý do: (1) các chuyên gia soạn thảo BLDS 2005 đã đưa ra một thứ tự xuất hiện các nguyên tắc một cách khoa học và có độ liên kết chặt chẽ, (2) để tiện theo dõi khi tiến hành so sánh với các quy định của BLDS 2005.

6 Vũ Văn Mẫu và Lê Đình Chân, *Danh từ và tài liệu Dân luật và Hiến luật, Tủ sách đại học, Sài Gòn, 1968, tr. 165 và 168.*

7 PGS. TS Hoàng Thế Liên (Chủ biên), *Bình luận khoa học BLDS năm 2005, tập I, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2008, tr. 28.*

8 Trần Thúc Linh, *Danh từ pháp luật lược giàng, Nxb Khai Trí, 1974, tr. 162.*

9 Nguyên tắc trung thực, thiện chí về mặt lý luận mang tính giả định, nghĩa là các bên khi tham gia vào giao dịch dân sự mặc nhiên được coi là trung thực, thiện chí, bên nào cho rằng bên kia không hành xử như vậy thì phải chứng minh. Xem: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật Dân sự Việt Nam, tập I, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 1998, tr.55.*

định, các bên không được xem là trung thực, thiện chí khi không thực hiện hành vi một cách miễn cưỡng, cần trọng và không đáp ứng được các điều kiện đặt ra. Khoản 2 Điều 1 BDL Nhật Bản, Điều 19 BDL Philippines, Điều 4 Bộ Quy tắc chung về dân luật của Trung Quốc và Điều 5 BLDS và Thương mại Thái Lan cũng rất đề cao nguyên tắc trung thực và định chế nó vào trong BDL.

### 2.3. Nguyên tắc bất hồi tố

Bất hồi tố là việc chỉ áp dụng luật về tương lai, không áp dụng về quá khứ, nó được thừa nhận rộng rãi ở cả hệ thống luật thành văn và hệ thống thông luật. Nguyên tắc bất hồi tố này bắt nguồn từ luật hình với câu nói nổi tiếng của Furbach là *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (không là tội phạm mà không có luật, không có hình phạt mà không có luật), dần dà nguyên tắc này cũng được chuyển sang địa hạt dân luật.

Nguyên tắc này thể hiện rất rõ tính nhân văn và hợp lý của một nền pháp chế, vì, một cách tất yếu, người ta không thể bị điều chỉnh bởi hành vi trong quá khứ khi sự điều chỉnh này lại đến từ pháp luật hiện tại. Nguyên tắc bất hồi tố được một số BDL như BDL Pháp (Điều 2), BDL Iran (Điều 4), BDL Philippines (Điều 4) và BDL bang Louisiana (Điều 6) minh định một cách rõ ràng.

### 2.4. Nguyên tắc áp dụng tập quán khi luật khiếm khuyết

Một nền pháp luật theo hệ thống dân luật thường có hai nguồn cơ bản là luật thành văn và tập quán pháp. Khi các cơ quan tố tụng tiến hành hoạt động xét xử, có những trường hợp trên thực tế họ không tìm thấy một quy định pháp luật phù hợp nào có thể điều chỉnh vụ việc mà mình đang xử lý, thẩm phán sẽ cầu viện đến các tập quán pháp để điều chỉnh vấn đề đó. Thực tiễn cuộc sống vô cùng phong phú với tầng tầng lớp lớp các quan hệ đan xen chằng chịt, một nền

pháp chế nói chung cũng như một BDL nói riêng dù có hoàn thiện đến mấy cũng sẽ bỏ sót một số quan hệ nhất định, thẩm phán về nguyên tắc là không thể từ chối thụ lý, buộc phải sử dụng các tập quán được áp dụng lâu đời để giải quyết vụ việc. Việc thừa nhận tập quán như là một nguồn chính thống của dân luật mang lại rất nhiều lợi ích cho nhiều bên, các bên đương sự được giải quyết vụ việc của mình, thẩm phán không vi phạm nguyên tắc cấm từ chối thụ lý, còn nền pháp chế, khi có những khiếm khuyết pháp luật, sẽ luôn được lấp đầy bởi các tập quán pháp.

Tuy nhiên, như quy định tại Điều 11 BDL Philippines các phong tục nếu trái luật, trật tự công, chính sách công thì đương nhiên không được áp dụng. Khoản 1 Điều 1 BDL Thụy Sĩ, Điều 4 BLDS và Thương mại Thái Lan, Điều 3 BDL Louisiana có cùng quan điểm khi đề cập về vấn đề tập quán pháp. Duy chỉ có Bộ Quy tắc chung về dân sự Trung Quốc không thừa nhận tập quán pháp như là một nguồn của luật, mà, trong trường hợp khiếm khuyết về luật điều chỉnh, sẽ áp dụng các chủ trương, chính sách của Nhà nước.

### 2.5. Nguyên tắc cấm từ chối thụ lý

Nguyên tắc này có phần liên hệ với nguyên tắc áp dụng tập quán vì thông thường, trong trường hợp pháp luật có điều chỉnh đầy đủ về vấn đề đang cần xét xử, thẩm phán sẽ không từ chối thụ lý vụ việc. Thẩm phán chỉ thường từ chối xét xử vụ việc khi luật khiếm khuyết. Tuy nhiên, như phần trên đã trình bày, nguồn của luật trong một nước theo hệ thống dân luật không chỉ là luật thành văn mà còn bao gồm cả tập quán pháp. Nếu trong trường hợp không có tập quán pháp thì vẫn còn những giải pháp khác để sử dụng làm nguồn luật như các giải pháp phổ biến, các nguyên tắc chung của BDL, chính sách của nhà nước, thậm chí là lẽ công bằng và tính hữu lý. Điều 4 BDL Pháp cấm các thẩm phán từ chối xét xử, nếu

từ chối xét xử sẽ bị truy tố về tội không ban phát công lý. Điều 9 BDL Philippines, Điều 4 BDL Thụy Sĩ và Điều 4 BDL Louisiana cũng quy định theo hướng tương tự.

### ***2.6. Nguyên tắc tôn trọng và không được phép xâm phạm quyền dân sự, lợi ích hợp pháp và phẩm giá của người khác***

Việc tôn trọng và không được phép xâm phạm các quyền dân sự, lợi ích hợp pháp và phẩm giá của người khác là nguyên tắc rất cơ bản của bất cứ một BDL nào. Thực ra, nguyên tắc này là sự cụ thể hóa quy định về các quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong hiến pháp của các quốc gia mà BDL là một thành tố trong hệ thống các văn bản pháp luật của nó. Các chủ thể, bất kể địa vị, xuất thân, thành phần, tôn giáo, giới tính đều được bình đẳng với nhau trong đời sống dân sự. Không một chủ thể nào được phép cản trở hoặc xâm hại các giá trị đã được hiến pháp bảo đảm. Điều 26 BDL Philippines quy định: Mọi người đều phải tôn trọng phẩm giá, nhân cách, sự riêng tư và sự yên tĩnh của láng giềng và người khác. Những hành vi sau, dù không cấu thành tội phạm vẫn là nguyên nhân của hành vi xâm phạm, hạn chế các vấn đề trên: (1) vào nơi ở của người khác, (2) can thiệp, quấy rối đời sống cá nhân của người khác hay gia đình của họ, (3) có dụng ý làm cho bạn bè người khác xa lánh họ, (4) làm phiền hà hoặc quấy rầy người khác dựa vào niềm tin tôn giáo, mức sống thấp, nơi sinh, khiếm khuyết cơ thể, hay các điều kiện cá nhân khác. Tương tự Điều 5 Bộ Quy tắc chung về dân sự Trung Quốc quy định theo hướng đảm bảo các quyền và lợi ích dân sự của các chủ thể, tuyệt đối cấm những hành vi xâm phạm đến những vấn đề này. Khoản 3 Điều 1 BDL Nhật Bản cấm các chủ thể lạm dụng quyền

của mình, còn khoản 2 Điều 2 BDL khẳng định rõ ràng rằng các sự lạm dụng đương nhiên không được pháp luật bảo vệ.

### **3. Kinh nghiệm cho Việt Nam**

Nếu không tính BDL Gián Yếu 1883, BDL Bắc 1931, BDL Trung 1939 và BDL Sài Gòn năm 1972, Việt Nam đến nay đã có hai BDL là BLDS 1995 và BLDS 2005, cả hai BDL này đều chọn phương án là quy định một cách cụ thể các nguyên tắc của BDL, hay nói cách khác, trong hai BDL này có sự hiện diện một cách rõ ràng các nguyên tắc chung.

BLDS 1995 đánh dấu một bước quan trọng trong quá trình lập pháp của nước ta. Bộ luật này có tầm quan trọng chỉ sau Hiến pháp, điều chỉnh tất cả các quan hệ xã hội biến thiên không ngừng với mức độ ngày càng phức tạp. BLDS 1995 được đánh giá là bộ luật đồ sộ nhất từ trước đến nay của nền lập hiến Việt Nam với 838 điều. BLDS 1995 đề cập đến 13 nguyên tắc bao gồm: nguyên tắc tôn trọng lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác; nguyên tắc tuân thủ pháp luật; nguyên tắc tôn trọng đạo đức, truyền thống tốt đẹp; nguyên tắc tôn trọng, bảo vệ quyền nhân thân; nguyên tắc tôn trọng, bảo vệ quyền sở hữu, các quyền khác đối với tài sản; nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thoả thuận; nguyên tắc bình đẳng; nguyên tắc thiện chí, trung thực; nguyên tắc chịu trách nhiệm dân sự; nguyên tắc hoà giải; bảo vệ quyền dân sự; căn cứ xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự; nguyên tắc áp dụng tập quán, áp dụng tương tự pháp luật. Những nguyên tắc của BLDS 1995 không chỉ là những quy phạm khi điều tiết mà còn là những phương châm chỉ đạo áp dụng luật, đặc biệt là áp dụng tương tự pháp luật<sup>10</sup>. Các

10 Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật dân sự Việt Nam, tập I, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 1998, tr.50 và 51.



nguyên tắc này xuất phát từ những nguyên tắc cơ bản hơn, đặc trưng cho hệ thống pháp luật xã hội chủ nghĩa.

Khi biên soạn BLDS 2005, căn cứ vào tình hình mới cũng như các quan điểm lập pháp đã có nhiều thay đổi, những thành viên ban soạn thảo BLDS 2005 đã không những sửa đổi, bổ sung mà còn sắp xếp lại thứ tự các nguyên tắc cho phù hợp với các quan hệ dân sự<sup>1</sup>. Các nguyên tắc này bao gồm: nguyên tắc tự do, tự nguyện cam kết, thoả thuận; nguyên tắc bình đẳng; nguyên tắc thiện chí, trung thực; nguyên tắc chịu trách nhiệm dân sự; nguyên tắc tôn trọng đạo đức, truyền thống tốt đẹp; nguyên tắc tôn trọng, bảo vệ quyền dân sự; nguyên tắc tôn trọng lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác; nguyên tắc tuân thủ pháp luật; nguyên tắc hoà giải; căn cứ xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự.

Nhận định một cách cơ bản thì các nguyên tắc của BLDS 2005 được sắp xếp tương đối khoa học, liền mạch và bao quát hầu hết mọi quy tắc cơ bản của những BDL tiên tiến trên thế giới. Tuy nhiên, đáp ứng nhu cầu cải cách tư pháp, mà cụ thể là sửa đổi, bổ sung BLDS 2005 hoặc biên soạn BLDS mới - một BDL tốt hơn trong tương lai, chúng tôi có một kiến nghị sau:

1) BLDS 2005 không chế định nguyên tắc áp dụng tập quán và tương tự pháp luật thành một nguyên tắc của BDL mà lại đặt nó trong Chương I về Nhiệm vụ và hiệu lực của BLDS là chưa phù hợp, vì thế nên chuyển hẳn Điều này vào Chương II về Các nguyên tắc của BLDS. Tuy nhiên, tiếp thu nguyên tắc cấm từ chối thụ lý như phần trên đã trình bày, BLDS mới cần quy định hẳn

vấn đề này ngay trong Chương II về Các nguyên tắc chung, và nội dung nguyên tắc cấm từ chối thụ lý có thể đan xen với nguyên tắc áp dụng tập quán và tương tự pháp luật vì chúng quan hệ rất mật thiết với nhau.

2) BLDS mới nên bỏ hẳn một số nguyên tắc:

*\* Bỏ nguyên tắc bình đẳng tại Điều 5*

Ngoài Điều 2 BDL Nhật Bản quy định về sự tôn trọng phẩm giá cá nhân và bình đẳng giữa hai giới tính, và Điều 2 Bộ Quy tắc chung về dân luật Trung Quốc quy định về sự bình đẳng giữa các chủ thể, các BDL khác không đề cập đến điều này. Chúng tôi cho rằng sự bình đẳng trước pháp luật nói chung và dân luật nói riêng là một vấn đề mặc nhiên vì dân luật chi phối toàn bộ đời sống con người và “mọi người sinh ra đều có quyền bình đẳng”. Sự bình đẳng của các chủ thể trước pháp luật là nguyên tắc hiến định, không cần phải lập lại trong BDL.

*\* Bỏ nguyên tắc chịu trách nhiệm dân sự tại Điều 7*

Thông qua các BDL đã phân tích, có thể thấy rằng nguyên tắc chịu trách nhiệm dân sự không phổ biến, nguyên tắc này chỉ được quy định tại Điều 4 Bộ Quy tắc chung về dân luật Trung Quốc. Nguyên tắc chịu trách nhiệm dân sự không nên trở thành một nguyên tắc cốt yếu của BDL và cũng không nên xuất hiện bởi lẽ nguyên tắc này là đương nhiên, các thiệt hại dù vô tình hay hữu ý do một chủ thể gây ra cho người khác đương nhiên ràng buộc trách nhiệm của người gây ra thiệt hại, việc này sẽ được quy định chi tiết tại các điều luật cụ thể. Tính chịu trách nhiệm dân sự này được trật tự công bảo đảm và xem như là một nguyên tắc luân lý bất di bất dịch, không cần phải luật hóa.

11 PGS. TS Hoàng Thế Liên (Chủ biên), *Bình luận khoa học BLDS luật dân sự năm 2005, tập I*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2008, tr 28.

*\* Bỏ nguyên tắc tôn trọng lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác tại Điều 10*

Nguyên tắc này thực ra đã nằm trong nội hàm của Điều 9, bởi vì các quyền dân sự mang đến các lợi ích dân sự của các chủ thể như Nhà nước, công dân đều đã được BDL bảo vệ thông qua việc thượng tôn nguyên tắc bảo vệ quyền dân sự. Việc quy định thêm một điều riêng về nguyên tắc tôn trọng lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác gây nên sự trùng lặp.

*\* Bỏ nguyên tắc tuân thủ pháp luật tại Điều 11*

Cùng với sự phát triển của các định chế dân sự, việc tuân thủ pháp luật đương nhiên được đặt ra và là một thành tố cơ bản của nhà nước pháp quyền. Các chủ thể khi tham gia vào các giao dịch dân sự đương nhiên phải tuân thủ pháp luật, vì nếu trái luật thì mặc nhiên vô hiệu. Việc nhắc lại nguyên tắc

phổ biến này làm BDL dài thêm một cách không cần thiết.

*\* Bỏ nguyên tắc hòa giải tại Điều 12*

Khi BDL thừa nhận các bên có quyền tự do, tự nguyện cam kết thỏa thuận, họ đương nhiên có quyền tự do lựa chọn chủ thể mình sẽ giao kết, các quyền và nghĩa vụ dân sự của các bên đồng thời chọn luôn các phương thức giải quyết tranh chấp nếu phát sinh. Việc tách hẳn phương thức hòa giải thành một nguyên tắc là không phù hợp vì đây chỉ là một hình thức giải quyết tranh chấp, hơn nữa BDL chỉ quy định về luật nội dung, vấn đề hòa giải nên được điều chỉnh bởi luật hình thức là Bộ luật Tố tụng dân sự.

*\* Bỏ căn cứ xác lập quyền, nghĩa vụ dân sự tại Điều 13*

Quy định này xác lập các căn cứ để hình thành các quyền và nghĩa vụ của các chủ thể theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật. Đây không phải là một nguyên tắc mà chỉ là một quy định thuần túy, vì thế chúng tôi đề nghị chuyển Điều này lên Chương I sẽ tốt hơn ■

