

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

[www.nclp.org.vn](http://www.nclp.org.vn)

**VĂN PHÒNG QUỐC HỘI**

**Số 19 (251)/Tháng 10/2013**



**DIỄN ĐÀN VỀ NHÀ NƯỚC, PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH**



# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Mục lục 10/2013

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 3** Xây dựng và hoàn thiện các thiết chế bảo đảm quyền con người ở Việt Nam trong bối cảnh hội nhập và phát triển

**TS. Đặng Dũng Chí – TS. Hoàng Văn Nghĩa**

- 10** Chế định Ủy ban Thường vụ Quốc hội qua các bản hiến pháp và một số ý kiến về Điều 74 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992

**Nguyễn Mạnh Hùng – Hoàng Anh Duy**

- 19** Chứng khoán hóa quyền sở hữu trí tuệ

**ThS. Vũ Anh Thư**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 30** Kiến nghị sửa đổi chế độ hưu trí trong Luật Bảo hiểm xã hội

**TS. Bùi Ngọc Thanh**

- 35** Điều kiện về hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế

**ThS. Võ Minh Trí**

- 40** Đề xuất hoàn thiện các quy định về nhiệm vụ quyền hạn của Viện kiểm sát trong Bộ luật Tố tụng hình sự

**ThS. Nguyễn Tấn Hào**

### CHÍNH SÁCH

- 45** Tăng cường năng lực giám sát đối với các tập đoàn kinh tế nhà nước

**ThS. Đặng Thị Kim Ngân**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 51** Xác định lại bản chất quan hệ bảo lãnh ngân hàng trong các quy định của pháp luật

**ThS. Nguyễn Thành Nam**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 56** Các mô hình cơ quan bảo hiến trên thế giới và lựa chọn mô hình phù hợp với Việt Nam

**GS, TS. Thái Vĩnh Thắng**

### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

### TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

### TRỤ SỞ:

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

### THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 117/GP-NGÀY 30-3-2001  
CỦA BỘ VH TT

### 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

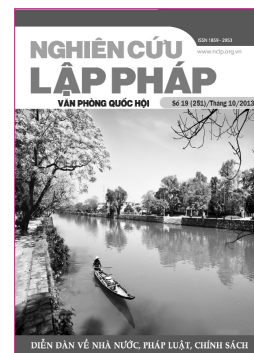
GIÁ: 19.500 ĐỒNG

**Ảnh bìa: Cảnh đẹp Huế**

**Ảnh: ST**

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Legis 10/2013

### STATE AND LAW

#### *Discussion on Constitution*

- 3** Developing and strengthening the institutions of ensuring human rights in the context of integration and development of Vietnam

**Dr. Dang Dung Chi – Dr. Hoang Van Nghia**

- 10** Provisions of the Standing Committee of the National Assembly through the constitution and some comments on the draft amendment of Article 74 of the 1992 Constitution

**Nguyen Manh Hung– Hoang Anh Duy**

- 19** Securitisation of intellectual property rights

**LLM. Vu Anh Thu**

### DISCUSSION OF BILLS

- 30** Recommendation to amend the provisions of pension in the Social Insurance Law

**Dr. Bui Ngoc Thanh**

- 35** Conditions for the formation of international sale of goods contract

**LLM. Vo Minh Tri**

- 40** Proposal to complete the provisions on tasks and powers of the Procuracy in the Criminal Procedure Code

**LLM. Nguyen Tan Hao**

### POLICIES

- 45** Strengthening the capacity to supervise state - owned corporations

**LLM. Dang Thi Kim Ngan**

### LEGAL PRACTICE

- 51** Redefine the nature of the relationship of bank guarantee in the provisions of laws

**LLM. Nguyen Thanh Nam**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 56** The models of constitutional protection agencies in the world and the suitable choice for Vietnam

**Prof, Dr. Thai Vinh Thang**

#### EDITORIAL:

Dr. NGUYEN SI DUNG (Chairman)  
Prof, Dr. DAO TRONG THI  
Prof, Dr. PHAN TRUNG LY  
Prof, Dr. TRAN NGOC DUONG  
Prof, Dr. DINH VAN NHA  
Prof, Dr. TRAN DINH NHA  
Dr. DUONG NGOC NGUU  
Dr. NGO DUC MANH  
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> 117/GP-DATE 30-3-2001  
MINISTRY OF CULTURE AND  
INFORMATION

#### DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43364

#### ACCOUNT NUMBER:

0011000467735  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING  
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

**BÀN VỀ LẬP HIẾN**

# XÂY DỰNG VÀ HOÀN THIỆN CÁC THIẾT CHẾ BẢO ĐẢM QUYỀN CON NGƯỜI Ở VIỆT NAM TRONG BỐI CẢNH HỘI NHẬP VÀ PHÁT TRIỂN\*

ĐẶNG DŨNG CHÍ\* \*

HOÀNG VĂN NGHĨA\* \* \*

## 1. Bảo đảm quyền con người luôn là mục tiêu của Đảng và Nhà nước ta

Đảng và Nhà nước ta luôn khẳng định, bảo đảm quyền con người (nhân quyền) là mục tiêu của chế độ xã hội chủ nghĩa (XHCHN), là bản chất của xã hội ta. Vì thế, suốt 25 năm đổi mới, nhất là những năm gần đây, công tác nhân quyền được đặc biệt quan tâm và đạt được nhiều thành tựu quan trọng. Nhận thức về nhân quyền trong xã hội, đặc biệt là trong cán bộ công chức, ngày càng được nâng cao. Các cấp, các ngành đã ngày càng quan tâm hơn đến công tác này. Bên cạnh Ban chỉ đạo nhân quyền của Chính phủ, với hoạt động ngày càng đi vào nề nếp và chủ động, nhiều địa phương cũng đã thành lập được Ban chỉ đạo nhân quyền cấp tỉnh/thành phố, với sự tham gia của nhiều cơ quan, ban ngành. Sự phối hợp hoạt động của

các cấp, các ngành, các địa phương cũng ngày càng đồng bộ và chặt chẽ hơn... Đạt được những thành tựu nói trên có sự đóng góp của nhiều cơ quan, đơn vị.

Trong tiến trình hội nhập quốc tế, theo quan điểm của Đảng, Việt Nam có thể và cần phải giành lại thế chủ động trên lĩnh vực nhân quyền. Ngày nay xu hướng toàn cầu hóa và khu vực hóa đang diễn ra mạnh mẽ; không chỉ lĩnh vực kinh tế, mà các lĩnh vực khác, kể cả lĩnh vực nhân quyền cũng diễn ra xu hướng này. Dù muốn hay không, mọi quốc gia đều bị cuốn vào và không khỏi bị tác động bởi tiến trình này. Các quá trình này còn bị hướng lái và thúc đẩy mạnh mẽ bởi Mỹ và phương Tây; cả trên phạm vi toàn cầu cũng như ở mỗi khu vực và tiểu khu vực. Chúng ta cần chủ động trong mọi hoạt động, kể cả thành lập cơ quan nhân quyền

\* Bài viết là kết quả của một công trình nghiên cứu so sánh của Viện Nghiên cứu Quyền con người, chúng tôi xin trân trọng cảm ơn các nhà khoa học và cộng tác viên đã tham gia và đóng góp vào nghiên cứu này, đặc biệt là TS. Nguyễn Đức Thủy và TS. Cao Đức Thái, nguyên Viện trưởng Viện Nghiên cứu Quyền con người, PGS.TS. Nguyễn Thanh Tuấn, Phó Viện trưởng Nghiên cứu Quyền con người, GS.TS. Bùi Quảng Ba, Viện trưởng Khoa học Chiến lược, Bộ Công an, TS. Nguyễn Thanh Xuân, Phó Trưởng ban Tôn giáo Chính phủ, và nhiều cộng tác viên khác.

\*\* TS. Viện trưởng Viện Nghiên cứu Quyền con người, Học viện Chính trị-Hành chính Quốc gia Hồ Chí Minh.

\*\*\* TS. Phó Viện trưởng Viện Nghiên cứu Quyền con người, Học viện Chính trị-Hành chính Quốc gia Hồ Chí Minh.

quốc gia nhằm tránh bị áp đặt, bị lôi cuốn thụ động vào quá trình phức tạp, nhạy cảm, khó xử lý, nếu xử lý sai sẽ có nhiều hậu quả khôn lường.

Điều đáng lưu ý là việc thiết lập cơ quan nhân quyền quốc gia phải đáp ứng được một số tiêu chuẩn quốc tế về cơ chế nhân quyền quốc gia, tương thích với xu hướng quốc tế và khu vực. Thông qua các hoạt động đối nội và đối ngoại, cơ quan này có thể góp phần tích cực vào các hoạt động tuyên truyền về thành tựu nhân quyền Việt Nam; cũng như trong hợp tác và đấu tranh trên lĩnh vực nhân quyền.

Hiện nay, hơn 120 nước trên thế giới đã có cơ quan nhân quyền quốc gia. Trong khu vực Đông Nam Á, ngoài 5 nước đã có ủy ban nhân quyền quốc gia, một số quốc gia cũng đang chuẩn bị theo xu hướng này. Bên cạnh đó, các quốc gia thuộc ASEAN cũng đang tiếp tục hoàn thiện các cơ chế hiện có, đặc biệt là sự tham dự của các tổ chức phi chính phủ (NGO). Các tổ chức khu vực mà Việt Nam là thành viên, như APEC, ASEM... đều đưa nhân quyền thành mối quan tâm chính, một hoạt động chủ yếu, thường xuyên. Bối cảnh trên đòi hỏi chúng ta cần thiết lập một cơ quan nhân quyền đủ sức đáp ứng các yêu cầu đối ngoại.

Căn cứ vào bối cảnh và thực tiễn chính trị Việt Nam, việc xây dựng cơ quan nhân quyền quốc gia theo đúng, đầy đủ các quy định của Nguyên tắc Paris là chưa phù hợp. Tuy nhiên, việc xây dựng một thiết chế độc lập có chức năng giám sát việc thực hiện quyền con người ở nước ta là cần thiết. Thiết chế ấy nên trực thuộc Quốc hội.

Thực tiễn ở Việt Nam cho thấy, để thực hiện tốt hơn nữa việc bảo vệ nhân quyền, cần có một cơ quan đặc trách về vấn đề này. Một cơ quan như vậy cần được tổ chức dựa trên các quy định và thông lệ quốc tế, song phải đảm bảo giữ vững được định hướng XHCN và vai trò lãnh đạo của Đảng (nghĩa

là cơ quan này cần phải đảm bảo tin cậy về chính trị và chuyên môn), tuân thủ các quan điểm của Đảng và Nhà nước ta về nhân quyền. Để thành lập một cơ quan như vậy phải có lộ trình chuẩn bị từng bước về cơ sở pháp lý, nhân sự và điều kiện hoạt động.

Để đáp ứng được yêu cầu nói trên, trước mắt không nên tập trung tất cả các chức năng theo quy định của Nguyên tắc Paris vào một cơ quan, mà nên phân các chức năng đó cho một số cơ quan đủ năng lực chuyên môn và uy tín chính trị đảm nhiệm. Khi các cơ quan hoạt động ổn định, có thể sáp nhập vào một cơ quan quốc gia.

Những điểm trình bày ở trên là những cơ sở lý luận và thực tiễn quan trọng để tiếp tục hoàn thiện các cơ quan nhân quyền hiện có và đề xuất việc xây dựng cơ quan nhân quyền quốc gia ở Việt Nam.

### **2. Một số mô hình thiết chế độc lập khả thi về thực hiện quyền con người**

Trong hoàn cảnh cụ thể của Việt Nam, việc tiếp tục kiện toàn về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước; bao gồm Quốc hội, Chính phủ và các cơ quan tư pháp là một trong những giải pháp quan trọng hàng đầu để bảo đảm quyền con người. Đây là một nhiệm vụ luôn được quan tâm và đặc biệt được coi trọng trong bối cảnh đổi mới và hội nhập quốc tế của đất nước. Thông qua việc đổi mới các hoạt động của Quốc hội, các chương trình cải cách hành chính, cải cách tư pháp, việc bảo đảm quyền con người ngày càng được mở rộng và nâng cao. Điều này cho thấy, việc tìm kiếm, bổ sung các cơ chế mới chỉ có tác dụng khi bản thân các nhánh quyền lực cũng nhận thức rõ và không ngừng đổi mới chính mình. Ngược lại, dù có bổ sung thêm bao nhiêu cơ chế đi chăng nữa, nhưng bản thân nhà nước không chuyên động thì các cơ chế mới cũng mất tác dụng và trở nên vô nghĩa.

Với ý nghĩa ấy, việc xây dựng, kiện toàn

các cơ quan nhân quyền phải gắn liền với đổi mới bản thân các cơ quan nhà nước, gắn liền với việc xây dựng Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam.

**2.1. Kiện toàn các cơ quan nghiên cứu, giáo dục nhân quyền**

Nhận thức về nhân quyền có ý nghĩa quan trọng trong việc thực thi nhân quyền. Đến nay đã có thêm một số cơ sở giáo dục đào tạo về quyền con người, trong đó có cả đào tạo ở bậc đại học, theo các chương trình và nội dung khác nhau. Nếu không được quan tâm kịp thời, các quan điểm nhân quyền tư sản, thông qua các đối tượng dự học, không khỏi ảnh hưởng nhanh tới các tầng lớp trong xã hội. Do vậy, kiện toàn tổ chức và hoạt động của các cơ quan nghiên cứu, giáo dục nhân quyền là hết sức cần thiết nhằm tạo sự thống nhất nhận thức trong xã hội về quyền con người.

a) Đề nghị Trung ương giao cho một cơ quan chủ trì (phối hợp với các cơ quan khác, như Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh, Ban Tuyên giáo Trung ương, Viện Hàn lâm khoa học xã hội Việt Nam, Bộ Giáo dục - đào tạo, Hội đồng Lý luận Trung ương...) nghiên cứu xây dựng một “giáo trình chuẩn” và tổ chức triển khai việc giáo dục nhân quyền thống nhất, đồng bộ trong cả nước. Giáo trình này được xây dựng trên quan điểm đổi mới của Đảng ta về quyền con người.

b) Cần có một chiến lược, quan niệm và lộ trình cụ thể cho công tác giáo dục nhân quyền trong hệ thống giáo dục quốc dân. Trước mắt, cùng với việc mở rộng tới mọi đối tượng học tập tại hệ thống Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh, các trường chính trị tỉnh, trung tâm chính trị huyện/thị, cần nghiên cứu để giảng

dạy nhân quyền trong các trường đại học, cao đẳng, nhằm trang bị tri thức nhân quyền đúng đắn cho học sinh, sinh viên. Cần kết hợp việc đào tạo cơ bản, chính quy với bồi dưỡng, tập huấn ngắn ngày, sao cho tất cả cán bộ trong bộ máy nhà nước đều được trang bị những kiến thức cơ bản về quyền con người.

c) Từng bước đào tạo, hình thành được đội ngũ chuyên gia có trình độ cao về quyền con người (đạt trình độ thạc sĩ, tiến sĩ về nhân quyền)<sup>1</sup>. Cần coi trọng việc tập huấn về nhân quyền cho đội ngũ phóng viên, báo chí; tập hợp những cây bút tâm huyết, trang bị chuyên sâu về nhân quyền, hình thành đội ngũ đủ sức đấu tranh trên lĩnh vực nhân quyền...

d) Cùng với việc mở rộng nghiên cứu các vấn đề lý luận cơ bản và những vấn đề đương đại đang nổi lên hiện nay, Trung ương nên giao cho một cơ quan, chẳng hạn như Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh, hoặc Hội đồng lý luận trung ương, chủ trì một chương trình nghiên cứu tổng thể về quyền con người. Bên cạnh những vấn đề cơ bản về quyền con người (theo quan điểm của Liên hiệp quốc) và xu hướng nhân quyền hiện nay, Chương trình nghiên cứu này cần làm rõ vị trí vấn đề quyền con người trong chủ nghĩa xã hội; vấn đề quyền con người trong xã hội do Đảng Cộng sản lãnh đạo theo định hướng XHCN; mối quan hệ giữa Hiến pháp với các quy định pháp luật khác về quyền con người, các điều kiện bảo đảm quyền con người; cơ chế giám sát nhân quyền ở Việt Nam; cần nghiên cứu, hình thành những luận cứ khoa học trên cơ sở pháp lý quốc tế và thực tiễn quốc gia phục vụ việc bảo vệ và đấu tranh trên lĩnh vực nhân quyền...

1 Những năm qua, Trung Quốc đã xây dựng được đội ngũ cán bộ nhân quyền đủ sức tranh luận song phương với phương Tây mọi vấn đề nhân quyền gai góc nhất.

e) Tăng cường hợp tác nghiên cứu khoa học với các quốc gia, trước hết là các nước có cùng quan điểm với Việt Nam về vấn đề nhân quyền. Chú trọng tham khảo kinh nghiệm tổ chức nghiên cứu và kết quả nghiên cứu nhân quyền của các nước như Trung Quốc, Nga...

### **2.2. Kiện toàn các cơ quan hiện đang tham gia bảo vệ nhân quyền**

Cùng với việc không ngừng nâng cao trách nhiệm của các cơ quan nhà nước, trách nhiệm công vụ, thông qua các chương trình đổi mới hoạt động lập pháp, hành pháp, tư pháp, cần tiếp tục kiện toàn các cơ quan hiện đang tham gia bảo vệ quyền con người.

a) Đổi mới tổ chức và hoạt động của Ban chỉ đạo về nhân quyền của Chính phủ nhằm đảm đương tốt hơn việc chỉ đạo mọi hoạt động nhân quyền; đặc biệt là nhiệm vụ bảo đảm nhân quyền.

Trong khi chưa thành lập được cơ quan nhân quyền quốc gia, cần đầu tư xây dựng một cơ quan giúp việc cho Ban chỉ đạo nhân quyền Chính phủ, với đội ngũ cán bộ tương xứng với nhiệm vụ đang đặt ra hiện nay, có khả năng phối hợp nghiên cứu, giảng dạy và đáp ứng tốt các yêu cầu đối nội và đối ngoại của đất nước (ở Trung Quốc, Hội nghiên cứu nhân quyền có 166 người; Viện Nhà nước - pháp luật của Liên bang Nga có 350 người... với nhiều chuyên gia giỏi được thu hút từ nhiều ngành/lĩnh vực).

b) Kiện toàn các cơ quan, tổ chức có chức năng theo dõi, tư vấn, trợ giúp Chính phủ trên lĩnh vực nhân quyền. Đó là Bộ Tư pháp, Ủy ban Dân tộc của Chính phủ; Ban Tôn giáo; các Vụ/Cục về giới, về quyền trẻ em, về việc làm thuộc Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội ...

c) Thành lập chức danh nhân quyền tại Viện kiểm sát nhân dân tối cao và Tòa án nhân dân tối cao nhằm giúp người đứng đầu

các cơ quan này theo dõi, xử lý các vấn đề nhân quyền thuộc thẩm quyền.

### **2.3. Bổ sung cơ chế bảo vệ nhân quyền trên cơ sở các tổ chức hiện có**

Kiện toàn và tăng thẩm quyền của các cơ quan, tổ chức có chức năng theo dõi, phản biện Chính phủ về việc thực thi nhân quyền và các cơ quan tư pháp trong hoạt động xét xử. Đó là: Hội đồng Dân tộc, Ủy ban Tư pháp, Ủy ban Pháp luật, Ủy ban Đối ngoại, Ban Dân nguyện thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Ủy ban các Vấn đề xã hội, Ủy ban Thanh thiếu niên và nhi đồng thuộc Quốc hội. Hình thành cơ chế phối hợp về hoạt động giám sát và thúc đẩy quyền con người của các ủy ban thuộc Quốc hội.

Cần thu hút sự tham gia tích cực hơn của một số Ban thuộc Mặt trận Tổ quốc Việt Nam; đồng thời bổ sung thêm một số cơ quan mới như: Tổng liên đoàn Lao động Việt Nam, Hội Nông dân, Hội Luật gia, Hội Luật sư...

Các phát hiện, tư vấn, kiến nghị của các cơ quan này có thể được chuyển tới Ban Bí thư, Thường vụ Quốc hội để kịp thời giải quyết.

### **2.4. Cơ quan nhân quyền quốc gia dựa trên Nguyên tắc Paris**

Về lâu dài, cần nghiên cứu toàn diện nhằm tiến tới thành lập Ủy ban nhân quyền quốc gia. Đây là mô hình được nhiều nước lựa chọn so với mô hình cơ quan Thanh tra Quốc hội.

Về cơ sở pháp lý, theo quy định của Nguyên tắc Paris, dù theo mô hình nào thì các cơ quan này cũng phải được thành lập từ một quy định trong Hiến pháp hoặc trên cơ sở một đạo luật riêng biệt. Thực tiễn Việt Nam cho thấy, việc ban hành một đạo luật là thích hợp. Tuy nhiên, trong bối cảnh đang tiến hành sửa đổi Hiến pháp hiện nay, có thể bổ sung đoạn văn sau vào Hiến pháp mới



“Nhà nước tôn trọng và bảo đảm quyền con người, có cơ chế bảo vệ quyền con người”. Luận điểm này vừa nhằm khẳng định quyết tâm chính trị của Nhà nước Việt Nam trong việc bảo vệ nhân quyền, vừa như báo hiệu trước việc xây dựng một cơ chế bảo vệ nhân quyền mới trong tương lai.

Cơ quan này chỉ có chức năng theo dõi, giám sát, tư vấn việc thực thi nhân quyền, chứ không có chức năng trực tiếp giải quyết các khiếu nại, tố cáo những vi phạm nhân quyền. Phạm vi xem xét các vấn đề nhân quyền có thể bao gồm: Xem xét việc ban hành luật và văn bản dưới luật có phù hợp với Hiến pháp hay không; việc thực thi nhân quyền của Chính phủ; hoạt động điều tra, truy tố, xét xử có theo đúng trình tự, thủ tục pháp luật và theo hướng bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người hay không. Cơ quan này còn có trách nhiệm xem xét báo cáo nhân quyền quốc gia; xem xét về tính tương thích của pháp luật quốc gia với các quy định của công ước nhân quyền và đề xuất kiến nghị.

Cơ quan này được đảm bảo tính độc lập tương đối, nhưng không “độc lập”, “độc trọng” với Chính phủ, Quốc hội và các cơ quan tư pháp. Do đặc thù chính trị ở Việt Nam, hoạt động của cơ quan này phải nhằm mục đích bảo vệ tốt hơn quyền con người, không phá hoại sự ổn định chính trị - xã hội của đất nước.

Cần lựa chọn những người đã có nhiều năm công tác trên lĩnh vực bảo vệ pháp luật, có chuyên môn về nhân quyền, có uy tín xã hội; đặc biệt là kiên định với vai trò lãnh đạo của Đảng, định hướng XHCN, có bản lĩnh trong xử lý công việc và bảo vệ lẽ phải (Chủ tịch Ủy ban nhân quyền quốc gia của các nước đều có mối quan hệ tốt, tin cậy từ Tổng thống, hay Thủ tướng Chính phủ).

Kinh nghiệm của Trung Quốc là Hội nhân quyền Trung Quốc - mặc dù được lãnh đạo chặt chẽ bởi Đảng cộng sản (người đứng

đầu - Chủ tịch Hội - thường là Bộ trưởng đã nghỉ hưu, Phó Chủ tịch kiêm Tổng thư ký có hàm Thứ trưởng thuộc Văn phòng Nhà nước; các thành viên vẫn giữ chức vụ thuộc một Ban Đảng, như Ban Tuyên huấn, hoặc cơ quan Nhà nước khác), nhưng tổ chức này vẫn được xem là tổ chức phi chính phủ, có quy chế tư vấn tại Hội đồng Kinh tế, xã hội của Liên hiệp quốc (ECOSOC); đặc biệt, các thành viên của tổ chức này có uy tín cao trong xã hội Trung Quốc cũng như trên trường quốc tế - cả về phẩm hạnh cũng như tri thức nhân quyền. Kinh nghiệm In-đônêxia, Malaixia, Nga về bổ nhiệm chức vụ này cũng tương tự như vậy. Cách bố trí nhân sự này rất cần được tham khảo trong xây dựng và vận hành cơ quan nhân quyền ở Việt Nam.

### ***2.5. Các phương án về cơ quan nhân quyền quốc gia***

Xuất phát từ thực tiễn phức tạp của vấn đề nhân quyền ở nước ta trong bối cảnh hiện nay, việc xây dựng cơ quan nhân quyền quốc gia cần có sự chuẩn bị đầy đủ về kiến thức, kinh nghiệm, cơ sở pháp lý, chuyên gia, nhân sự... cho bộ máy. Lộ trình xây dựng cơ quan này ít nhất là 5-7 năm, qua hai giai đoạn: Giai đoạn trước mắt, khoảng năm năm tập trung thành lập và củng cố cơ quan Thanh tra về nhân quyền, củng cố, hoàn thiện các cơ quan nhà nước liên quan đến vấn đề nhân quyền, chuẩn bị các tiền đề cần thiết. Giai đoạn thứ hai, thành lập và hoàn thiện cơ quan nhân quyền quốc gia trên cơ sở bộ máy, đội ngũ cán bộ các cơ quan nhân quyền đã tồn tại.

2.5.1. Phương án 1 (trước mắt): Thành lập cơ quan Thanh tra Quốc hội về nhân quyền.

- Cơ sở pháp lý: Ra đời theo một đạo luật của Quốc hội; trực thuộc Quốc hội hoặc Ủy ban Thường vụ của Quốc hội; người đứng đầu cơ quan Thanh tra do Quốc hội

thông qua trên cơ sở đề xuất của Chủ tịch nước.

- Chức năng, nhiệm vụ: Theo dõi, tư vấn cho Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội về các vấn đề nhân quyền trong và ngoài nước; giám sát các hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp liên quan đến vấn đề tôn trọng, bảo vệ và thực thi quyền con người; xem xét, đánh giá việc thực hiện các công ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam là quốc gia thành viên; soạn thảo báo cáo hàng năm về tình hình thực hiện quyền con người trình cơ quan có thẩm quyền; tiếp nhận và xử lý các đơn khiếu kiện, tố cáo liên quan đến những sai phạm trong thi hành và bảo vệ pháp luật, liên quan đến việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công dân (thực thi chức năng hiện nay của Ban Dân nguyện của Quốc hội; một phần chức năng của Ủy ban Tư pháp, Ủy ban Pháp luật, Ủy ban các Vấn đề xã hội...); thúc đẩy việc giáo dục nhân quyền; hợp tác quốc tế trên lĩnh vực giáo dục nhân quyền, xây dựng năng lực và hỗ trợ thực hiện nhằm thúc đẩy các quyền con người với các cơ quan nhân quyền quốc gia, khu vực và quốc tế có liên quan.

- Nhân sự: người đứng đầu phải: 1) Là một vị đại biểu Quốc hội đương nhiệm; 2) Từng giữ trọng trách trong Đảng và Chính quyền (nên là một Bộ trưởng hoặc tương đương đã nghỉ quản lý); 3) có phẩm chất đạo đức, am hiểu lĩnh vực nhân quyền và dày dặn kinh nghiệm; 4) hoạt động theo cơ chế độc lập với các cơ quan quyền lực nhà nước; 5) được miễn trừ trách nhiệm pháp lý mà không bị truy tố hay xem xét bởi Chủ tịch nước, Thủ tướng do thực hiện chức năng và

thẩm quyền của mình; 6) được hưởng lương trực tiếp từ ngân sách nhà nước do Quốc hội thông qua (chế độ như một Phó Thủ tướng).

. Các thành viên khác gồm những người am hiểu pháp luật, chính trị, khoa học... đã được thử thách trong công tác. Lâu dài có thể có cơ sở ở miền Trung (Đà Nẵng) và miền Nam (Thành phố Hồ Chí Minh); cơ quan này không bị hành chính hóa trong hoạt động.

Có thể thay thế mô hình này bằng chức danh Văn phòng Nhân quyền quốc gia trực thuộc Chủ tịch nước (trong điều kiện tăng thẩm quyền cho Chủ tịch nước như đã nêu trong Cương lĩnh sửa đổi của Đảng và Hiến pháp sửa đổi tới đây).

2.5.2. Phương án 2 (trong dài hạn): Thành lập Ủy ban Nhân quyền quốc gia.

- Cơ sở pháp lý: ra đời theo một đạo luật của Quốc hội; trực thuộc Quốc hội hoặc Ủy ban Thường vụ của Quốc hội; người đứng đầu Ủy ban (Chủ tịch) do Quốc hội thông qua trên cơ sở đề xuất của Chủ tịch nước.

- Chức năng, nhiệm vụ: theo dõi, tư vấn cho Chủ tịch nước, Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội về các vấn đề nhân quyền trong và ngoài nước; nhận và giải quyết đơn khiếu kiện (sau khi đã sử dụng hết các trình tự thủ tục mà vẫn không đạt kết quả mong đợi); phát hiện bản chất vụ việc và đưa ra khuyến nghị với các cơ quan có thẩm quyền về cách thức giải quyết (không được trao chức năng điều tra); xem xét, đánh giá việc thực hiện các công ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam là quốc gia thành viên; soạn thảo báo cáo hàng năm về tình hình thực hiện quyền con người trình cơ quan có thẩm quyền; hợp tác quốc tế với

2 Thanh tra Quốc hội Đan Mạch được hưởng chế độ như Thủ tướng; khi nghỉ hưu được hưởng chế độ như một Bộ trưởng đương chức.

các cơ quan nhân quyền quốc gia, khu vực và quốc tế trên lĩnh vực giáo dục, xây dựng năng lực... về quyền con người.

- Nhân sự: người đứng đầu phải: 1) Từng giữ trọng trách trong Đảng và Chính quyền (nên là một Bộ trưởng hoặc tương đương đã nghỉ quản lý) và hiện vẫn đang là đảng viên; Được Chủ tịch nước đề xuất và Quốc hội thông qua theo đa số phiếu tán thành; 3) có phẩm chất đạo đức, trình độ/am hiểu lĩnh vực nhân quyền và dày dặn kinh nghiệm; 4) hoạt động theo cơ chế hoàn toàn độc lập khỏi sự ảnh hưởng của các nhánh quyền lực nhà nước; 5) được miễn trừ trách nhiệm pháp lý mà không bị truy tố hay xem xét bởi Chủ tịch nước, Thủ tướng do thực hiện chức năng và thẩm quyền của mình; 6) được hưởng lương trực tiếp từ ngân sách nhà nước do Quốc hội thông qua (như các đại biểu Quốc hội cao cấp khác). Các thành viên khác gồm những người am hiểu pháp luật, chính trị, khoa học... đã được thử thách trong công tác. Lâu dài có thể có cơ sở ở miền Trung (Đà Nẵng) và miền Nam (Thành phố Hồ Chí Minh); cơ quan này không phải là cơ quan hành chính, không bị hành chính hóa trong hoạt động.

Ủy ban này trước mắt có thể trực thuộc Thủ tướng Chính phủ, có chức năng xem xét các thông tin liên quan đến sai phạm của cán bộ thực thi công vụ cũng như trong quá trình tố tụng và có thể độc lập tương đối với các bộ khác trong nội các.

2.5.3. Phương án 3 (ngắn hạn): Thành lập Hội đồng Nhân quyền quốc gia

- Cơ sở pháp lý: ra đời theo một đạo luật của Quốc hội hay Lệnh (Order) hoặc Nghị định (Decree) của Chủ tịch nước; trực thuộc Chủ tịch nước; người đứng đầu Hội đồng

(Chủ tịch) do Chủ tịch nước bổ nhiệm với chức vị tương đương bộ trưởng.

- Chức năng, nhiệm vụ: theo dõi, tư vấn cho Chủ tịch nước và các cơ quan quyền lực nhà nước về các vấn đề nhân quyền trong và ngoài nước; nhận đơn khiếu kiện (sau khi đã sử dụng hết các trình tự thủ tục mà vẫn không đạt kết quả mong đợi); phát hiện bản chất vụ việc và đưa ra khuyến nghị với các cơ quan có thẩm quyền về cách thức giải quyết (không được trao chức năng điều tra); xem xét, đánh giá việc thực hiện các công ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam là quốc gia thành viên; soạn thảo báo cáo hàng năm về tình hình thực hiện quyền con người trình cơ quan có thẩm quyền; hợp tác quốc tế trên lĩnh vực giáo dục, phổ biến, tuyên truyền, xây dựng năng lực,... về quyền con người với các cơ quan nhân quyền quốc gia, khu vực và quốc tế có liên quan.

- Nhân sự: người đứng đầu phải: 1) từng giữ trọng trách trong Đảng và Chính quyền (nên là một Bộ trưởng hoặc tương đương đã nghỉ quản lý) và hiện vẫn đang là đảng viên; 2) được Chủ tịch nước bổ nhiệm trực tiếp; 3) có phẩm chất đạo đức, trình độ/am hiểu lĩnh vực nhân quyền và dày dặn kinh nghiệm; 4) hoạt động theo cơ chế hoàn toàn độc lập khỏi sự ảnh hưởng của các nhánh quyền lực nhà nước; 5) được miễn trừ trách nhiệm pháp lý một phần mà không bị truy tố hay xem xét bởi Thủ tướng do thực hiện chức năng, thẩm quyền của mình; các thành viên khác gồm những người am hiểu pháp luật, chính trị, khoa học... đã được thử thách trong công tác. Lâu dài có thể có cơ sở ở miền Trung (Đà Nẵng) và miền Nam (Thành phố Hồ Chí Minh); cơ quan này không bị hành chính hóa trong hoạt động ■

# **CHẾ ĐỊNH ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI QUA CÁC BẢN HIẾN PHÁP VÀ MỘT SỐ Ý KIẾN VỀ ĐIỀU 74 DỰ THẢO SỬA ĐỔI HIẾN PHÁP NĂM 1992\***

**NGUYỄN MẠNH HÙNG\*\***

**HOÀNG ANH DUY\*\*\***

Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) là cơ quan đặc thù trong bộ máy nhà nước các nước xã hội chủ nghĩa (XHCN)<sup>1</sup>. Trong bộ máy nhà nước ta, Quốc hội là cơ quan duy nhất do cử tri cả nước trực tiếp bầu ra và trực tiếp trao cho quyền lực. Nhưng Quốc hội lại làm việc không thường xuyên theo kỳ họp nên phải lập ra UBTVQH với tư cách là cơ quan thường trực, hoạt động thường xuyên để thay mặt Quốc hội giải quyết các công việc phát sinh giữa hai kỳ họp Quốc hội. Do đó, nếu trao nhiều quyền hạn cho UBTVQH sẽ dẫn đến tình trạng “vô hiệu hóa” Quốc hội và làm cho Quốc hội trở nên “hình thức”. Việc trao nhiều quyền hạn cho UBTVQH còn có khả năng dẫn đến ngộ nhận rằng, UBTVQH là cơ quan cấp trên của Quốc hội, cơ quan lãnh đạo của Quốc hội. Vì thế, các lần sửa đổi Hiến pháp ở nước ta từ năm 1992 đến nay đều có xu hướng thu hẹp quyền hạn của UBTVQH nhằm mục đích nâng cao hiệu quả hoạt động của Quốc hội, Quốc hội ngày càng thực quyền, tự mình giải quyết những trọng trách mà nhân dân giao phó, xứng đáng hơn với niềm tin của nhân dân; Quốc hội hoạt động ngày một thường xuyên và chuyên trách hơn.

## **1. Chế định Ban thường vụ Nghị viện nhân dân trong Hiến pháp 1946**

Điều 27 Hiến pháp năm 1946 quy định về Ban thường vụ Nghị viện nhân dân (NVND): “NVND bầu một Nghị trưởng, 2

Phó Nghị trưởng, 12 ủy viên chính thức, 3 ủy viên dự khuyết để lập thành Ban thường vụ”. Quy định này cho thấy, vì NVND theo Hiến pháp 1946 hoạt động không thường xuyên, mỗi năm chỉ họp hai lần vào tháng 5 và tháng 11 dương lịch (Điều 28 Hiến pháp

\* Bài viết sau khi đã tham khảo Bản Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 tiếp thu, chỉnh lý trên cơ sở ý kiến của đại biểu Quốc hội ngày 2/8/2013.

\*\* Trưởng Bộ môn Luật Hiến pháp, trường Đại học Luật – TP. Hồ Chí Minh.

\*\*\* Sinh viên lớp CLC K36, trường Đại học Luật – TP. Hồ Chí Minh.

1 Nguyễn Đăng Dung, Tính nhân bản của Hiến pháp và bản tính của các cơ quan nhà nước, Nxb Tư pháp, Hà Nội, 2004, tr.127.

năm 1946) nên phải lập Ban thường vụ để thay mặt Nghị viện giải quyết một số công việc giữa hai lần họp.

Tuy nhiên, Hiến pháp 1946 áp dụng nguyên tắc phân quyền. Một là, Hiến pháp bảo đảm tính độc lập của quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp; hai là, khẳng định có tính nguyên tắc là các cơ quan: Nghị viện, Chính phủ và Tòa án đều là những cơ quan cao nhất của quyền lực nhà nước, mỗi cơ quan nhà nước nắm một bộ phận quyền lực nhà nước. Chính những quy định này đã thể hiện sự phân công lao động quyền lực giữa các cơ quan cao nhất của quyền lực nhà nước khá rạch ròi<sup>2</sup>; ba là, thừa nhận sự kiểm soát và đối trọng lẫn nhau giữa ba nhánh quyền lực lập pháp, hành pháp và tư pháp<sup>3</sup>. Vì thế, NVND trong Hiến pháp 1946 chỉ là cơ quan thực hiện một loại quyền lực (quyền lập pháp) với những quyền hạn “khiêm tốn” hơn so với Quốc hội trong các bản Hiến pháp sau này<sup>4</sup>. Vì thế, cơ quan thường trực của NVND là Ban thường vụ cũng có những quyền hạn “khiêm tốn” hơn so với UBTVQH trong các bản Hiến pháp sau này. Đặc biệt là Hiến pháp 1946 quy định theo hướng “tối thiểu hóa” các quyền hạn của Ban thường vụ Nghị viện với tư cách là một cơ quan thường trực. Tức là khi Nghị viện không họp mà phát sinh những công việc nào là cấp bách, cần phải giải quyết ngay thì mới giao cho Ban thường vụ như: Điều 36 Hiến pháp năm 1946 quy định “Khi Nghị viện không họp, Ban thường vụ có quyền: a) Biểu quyết những dự án sắc luật của

Chính phủ. Những sắc luật đó phải đem trình Nghị viện vào phiên họp gần nhất để Nghị viện ưng chuẩn hoặc phế bỏ; b) Triệu tập NVND; c) Kiểm soát và phê bình Chính phủ”; Điều 38 Hiến pháp năm 1946 quy định “Khi Nghị viện không họp được, Ban thường vụ cùng với Chính phủ quyết định tuyên chiến hay đình chiến”.

## **2. Chế định Ủy ban thường vụ Quốc hội trong Hiến pháp 1959**

Cơ quan thường trực của Quốc hội là UBTVQH gồm có Chủ tịch, các Phó Chủ tịch, Tổng thư ký, các ủy viên do Quốc hội bầu ra. Quyền hạn của UBTVQH được quy định tại Điều 53 của Hiến pháp năm 1959 gồm 18 nhiệm vụ, quyền hạn: 1) Tuyên bố và chủ trì việc tuyên cử đại biểu Quốc hội; 2) Triệu tập Quốc hội; 3) Giải thích pháp luật; 4) Ra pháp luật; 5) Quyết định việc trưng cầu ý dân; 6) Giám sát công tác của Hội đồng Chính phủ, của Tòa án nhân dân tối cao, VKSND tối cao; 7) Sửa đổi hoặc bãi bỏ những nghị định, nghị quyết, chỉ thị của Hội đồng Chính phủ trái với Hiến pháp, pháp luật, pháp lệnh; sửa đổi hoặc bãi bỏ những nghị quyết không thích đáng của Hội đồng nhân dân (HĐND) tỉnh, khu tự trị, thành phố trực thuộc Trung ương, và giải tán các HĐND nói trên trong trường hợp các HĐND đó làm thiệt hại đến quyền lợi của nhân dân một cách nghiêm trọng; 8) Trong thời gian Quốc hội không họp, quyết định việc bổ nhiệm hoặc bãi miễn Phó Thủ tướng và những thành viên khác của Hội đồng Chính phủ; 9) Bổ nhiệm hoặc bãi miễn Phó

2 Trần Ngọc Đường, *Một số vấn đề về phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực trong xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam*, Nxb Chính trị quốc gia, 2011, tr.264.

3 Xem thêm Nguyễn Mạnh Hùng, *Tư tưởng phân chia quyền lực nhà nước trong Hiến pháp 1946*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 4 năm 2011.

4 Hiến pháp 1946 quy định: NVND là cơ quan có quyền cao nhất của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa; giải quyết mọi vấn đề chung cho toàn quốc; đặt ra các pháp luật; biểu quyết ngân sách; chuẩn y các hiệp ước mà Chính phủ ký với nước ngoài (Điều 23 Hiến pháp năm 1946); bầu Chủ tịch nước (Điều 45 Hiến pháp năm 1946); quyết định vấn đề tuyên chiến (Điều 29 Hiến pháp năm 1946) và có thể tuyên bố tự giải tán (Điều 33 Hiến pháp năm 1946); xem xét việc bãi miễn của một nghị viên (Điều 41 Hiến pháp năm 1946); phê chuẩn việc lựa chọn Thủ tướng của Chủ tịch nước, việc lựa chọn các Bộ trưởng của Thủ tướng (Điều 47 Hiến pháp năm 1946); Nghị viện có quyền tín nhiệm Chính phủ (Điều 54 Hiến pháp năm 1946); có quyền yêu cầu sửa đổi Hiến pháp (Điều 70 Hiến pháp năm 1946).

Chánh án, thẩm phán Tòa án nhân dân (TAND) tối cao; 10) Bổ nhiệm hoặc bãi miễn các Phó Viện trưởng, kiểm sát viên Viện kiểm sát nhân dân (VKSND) tối cao; 11) Quyết định việc bổ nhiệm hoặc bãi miễn các đại diện toàn quyền ngoại giao của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa ở nước ngoài; 12) Quyết định việc phê chuẩn hoặc bãi bỏ những hiệp ước ký với nước ngoài, trừ trường hợp UBTVQH xét cần phải trình Quốc hội quyết định; 13) Quy định hàm và cấp quân sự, ngoại giao và những hàm và cấp khác; 14) Quyết định đặc xá; 15) Quy định và quyết định việc tặng thưởng huân chương và danh hiệu vinh dự của Nhà nước; 16) Trong thời gian Quốc hội không họp, quyết định việc tuyên bố tình trạng chiến tranh trong trường hợp nước nhà bị xâm lược; 17) Quyết định việc tổng động viên hoặc động viên cục bộ; 18) Quyết định việc giới nghiêm trong toàn quốc hoặc từng địa phương.

Qua nghiên cứu chế định UBTVQH trong Hiến pháp 1959, có thể nhận thấy rằng, Hiến pháp 1959 áp dụng nguyên tắc tập quyền XHCN, đề cao vị trí, quyền hạn của Quốc hội trong bộ máy nhà nước. Nhưng Quốc hội lại là cơ quan hoạt động không thường xuyên theo kỳ họp (mỗi năm họp hai kỳ) nên hệ quả tất yếu là quyền hạn của UBTVQH cũng được đề cao. Hiến pháp 1959 đã quy định theo hướng “tối đa hóa” các quyền hạn của UBTVQH:

*Một là*, so với Ban thường vụ Nghị viện trong Hiến pháp 1946 thì Hiến pháp 1959 quy định thêm cho UBTVQH rất nhiều quyền hạn mới. Điều đáng lưu ý là có rất nhiều quyền hạn lẽ ra là của Quốc hội thì Hiến pháp 1959 quy định cho UBTVQH quyết định như: Quyết định việc trưng cầu ý dân; Sửa đổi hoặc bãi bỏ những nghị định, nghị quyết, chỉ thị của Hội đồng Chính phủ trái với Hiến pháp, pháp luật; Quyết định việc phê chuẩn hoặc bãi bỏ những hiệp ước ký với nước ngoài; Quy định hàm và cấp

quân sự, ngoại giao và những hàm và cấp khác;...

Bên cạnh đó, nhiều quyền hạn lẽ ra là của Nguyên thủ quốc gia (Chủ tịch nước) thì Hiến pháp 1959 quy định cho UBTVQH quyết định như: Bổ nhiệm hoặc bãi miễn Phó Chánh án, thẩm phán TAND tối cao; Bổ nhiệm hoặc bãi miễn các Phó Viện trưởng, kiểm sát viên VKSND tối cao; Quyết định việc bổ nhiệm hoặc bãi miễn các đại diện toàn quyền ngoại giao của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa ở nước ngoài; Quyết định đặc xá; Quyết định việc tặng thưởng huân chương và danh hiệu vinh dự của Nhà nước;...

Xét về số lượng các quyền, Hiến pháp 1959 quy định cho UBTVQH đến 18 loại quyền hạn, trong khi đó chỉ quy định cho Quốc hội có 16 loại quyền hạn (Điều 50 Hiến pháp 1959). Không chỉ dừng lại ở 18 loại quyền hạn, Hiến pháp 1959 còn quy định: “Ngoài những quyền hạn được quy định trong Hiến pháp, Quốc hội có thể trao cho UBTVQH những quyền hạn khác khi xét thấy cần thiết”.

*Hai là*, Hiến pháp 1959 sửa đổi một số quyền của UBTVQH so với Ban thường vụ trong Hiến pháp 1946 theo hướng tăng cường quyền hạn cho chế định này:

- Nếu Hiến pháp 1946 quy định: “Khi Nghị viện không họp, Ban thường vụ có quyền: Biểu quyết những dự án sắc luật của Chính phủ. Những sắc luật đó phải đem trình Nghị viện vào phiên họp gần nhất để Nghị viện ưng chuẩn hoặc phế bỏ” thì Hiến pháp 1959 quy định UBTVQH được quyền trực tiếp “Ra pháp luật”.

- Hiến pháp 1946 quy định: Khi Nghị viện không họp được (ngoài hai kỳ họp thường lệ thì Ban thường vụ phải triệu tập Nghị viện họp bất thường mà Nghị viện vẫn không họp bất thường được) thì Ban thường vụ cùng với Chính phủ quyết định tuyên chiến hay đình chiến; trong khi đó, Hiến

pháp 1959 quy định: Trong thời gian Quốc hội không họp (tức là ngoài hai kỳ họp thường lệ của Quốc hội), thì UBTVQH được tự mình quyết định việc tuyên bố tình trạng chiến tranh trong trường hợp nước nhà bị xâm lược.

### **3. Chế định Hội đồng Nhà nước trong Hiến pháp 1980**

Điều 98 Hiến pháp 1980: “Hội đồng Nhà nước (HĐNN) là cơ quan cao nhất hoạt động thường xuyên của Quốc hội, là Chủ tịch tập thể của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam”. Như vậy, HĐNN vừa thực hiện chức năng của cơ quan thường trực của Quốc hội vừa thực hiện chức năng của Nguyên thủ quốc gia. Thành phần của HĐNN theo Điều 99 Hiến pháp 1980 bao gồm: Chủ tịch HĐNN; các Phó Chủ tịch HĐNN; Tổng thư ký HĐNN; các ủy viên HĐNN. Các thành viên của HĐNN do Quốc hội bầu ra trong số các Đại biểu Quốc hội. Quyền hạn của HĐNN gồm có 21 loại được quy định tại Điều 100 Hiến pháp 1980: 1) Tuyên bố và chủ trì việc bầu cử đại biểu Quốc hội; 2) Triệu tập các kỳ họp của Quốc hội; 3) Công bố luật; 4) Ra pháp lệnh; 5) Giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh; 6) Quyết định việc trưng cầu ý kiến nhân dân; 7) Giám sát công tác của Hội đồng Bộ trưởng, của TAND tối cao và Viện trưởng VKSND tối cao; 8) Đình chỉ việc thi hành và sửa đổi hoặc bãi bỏ những Nghị quyết, Nghị định, Quyết định của Hội đồng Bộ trưởng trái với Hiến pháp, luật và pháp lệnh; 9) Giám sát và hướng dẫn hoạt động của HĐND các cấp nhằm phát huy chức năng cơ quan đại biểu nhân dân của HĐND; 10) Sửa đổi hoặc bãi bỏ những nghị quyết không thích đáng của các HĐND tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương và cấp tương đương, giải tán các Hội đồng nói trên trong trường hợp các Hội đồng đó làm thiệt hại nghiêm trọng đến quyền lợi của nhân dân; 11) Trong thời gian Quốc hội không họp, quyết định việc thành lập, hoặc bãi bỏ các Bộ, các Ủy ban Nhà nước; 12)

Trong thời gian Quốc hội không họp, cử và bãi miễn các Phó Chủ tịch Hội đồng Bộ trưởng, các Bộ trưởng, các Chủ nhiệm Ủy ban Nhà nước; 13) Cử và bãi miễn các Phó Chánh án, Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân của TAND tối cao; cử và bãi miễn các Phó Viện trưởng và Kiểm sát viên VKSND tối cao; 14) Bổ nhiệm, bãi miễn và triệu hồi các đại diện toàn quyền ngoại giao của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam ở nước ngoài và ở các tổ chức quốc tế; 15) Tiếp nhận các đại diện toàn quyền ngoại giao của nước ngoài; 16) Phê chuẩn hoặc bãi bỏ những hiệp ước quốc tế, trừ trường hợp xét thấy cần trình Quốc hội quyết định; 17) Quy định hàm và cấp quân sự ngoại giao và những hàm và cấp khác; 18) Quy định và quyết định việc tặng thưởng huân chương, huy chương và các danh hiệu vinh dự nhà nước; 19) Quyết định đặc xá; 20) Trong thời gian Quốc hội không họp, tuyên bố tình trạng chiến tranh khi nước nhà bị xâm lược; 21) Quyết định việc tổng động viên hoặc động viên cục bộ, việc giới nghiêm trong toàn quốc hoặc từng địa phương.

Trong các quyền hạn nói trên thì những quyết định thành lập hoặc bãi bỏ các Bộ, các Ủy ban Nhà nước; cử và bãi miễn các Phó Chủ tịch Hội đồng Bộ trưởng, các Bộ trưởng, các Chủ nhiệm Ủy ban Nhà nước; việc tuyên bố tình trạng chiến tranh khi nước nhà bị xâm lược, HĐNN phải trình Quốc hội phê chuẩn trong kỳ họp gần nhất.

Có thể nhận thấy rằng, Hiến pháp 1980 tiếp tục áp dụng nguyên tắc tập quyền XHCN, đề cao vị trí, quyền hạn của Quốc hội trong bộ máy nhà nước. Điều 82 Hiến pháp 1980 xác định: “Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền lập hiến, lập pháp. Quốc hội quyết định những chính sách cơ bản về đối nội và đối ngoại, những mục tiêu phát triển kinh tế và văn hóa, những quy tắc chủ yếu về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà

nước, về quan hệ xã hội và hoạt động của công dân. Quốc hội thực hiện quyền giám sát tối cao đối với toàn bộ hoạt động của Nhà nước”. Trên cơ sở đó, Điều 83 Hiến pháp 1980 trao cho Quốc hội 15 loại nhiệm vụ, quyền hạn. Cũng theo quy định của Hiến pháp 1980, Quốc hội họp mỗi năm hai kỳ thường lệ. Thời gian tiến hành kỳ họp trên thực tế thường rất ngắn, khoảng từ 5 đến 10 ngày. Với một khoảng thời gian ngắn như vậy, Quốc hội không thể nào giải quyết được tất cả những nhiệm vụ, quyền hạn được Hiến pháp quy định. Vì vậy, giữa hai kỳ họp, nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội được trao lại khá nhiều cho HĐND đảm nhiệm. Hiến pháp 1980 tiếp tục quy định theo hướng “tối đa hóa” các quyền hạn của HĐND: 1) HĐND vừa thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan thường trực hoạt động thường xuyên của Quốc hội, vừa thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của Nguyên thủ quốc gia; 2) Nhiều quyền hạn lẽ ra là của Quốc hội thì Hiến pháp 1980 tiếp tục trao cho HĐND; 3) Xét về số lượng các quyền thì Hiến pháp 1980 quy định cho HĐND đến 21 loại quyền hạn, trong khi đó chỉ quy định cho Quốc hội có 15 loại quyền hạn; 4) Không chỉ dừng lại ở 21 loại quyền hạn, Hiến pháp 1980 còn quy định: “Quốc hội có thể giao cho HĐND những nhiệm vụ và quyền hạn khác, khi xét thấy cần thiết”.

#### **4. Chế định Ủy ban thường vụ Quốc hội trong Hiến pháp 1992**

Hiến pháp 1992 đã tách chế định HĐND trong Hiến pháp 1980 thành hai chế định độc lập là UBND và Chủ tịch nước. Theo Điều 90 Hiến pháp 1992: “UBND là cơ quan thường trực của Quốc hội. UBND gồm có: Chủ tịch Quốc hội; Các Phó Chủ tịch Quốc hội; Các ủy viên. Số thành viên UBND do Quốc hội quyết định. Thành viên UBND không thể đồng thời là thành viên Chính phủ”. Theo Điều 91 Hiến pháp 1992, UBND có 11 loại

nhiệm vụ quyền hạn sau:

1- Công bố và chủ trì việc bầu cử đại biểu Quốc hội;

2- Tổ chức việc chuẩn bị, triệu tập và chủ trì các kỳ họp Quốc hội;

3- Giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh;

4- Ra pháp lệnh về những vấn đề được Quốc hội giao;

5- Giám sát việc thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBND; giám sát hoạt động của Chính phủ, TAND tối cao, VKSND tối cao; đình chỉ việc thi hành các văn bản của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, TAND tối cao, VKSND tối cao trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội và trình Quốc hội quyết định việc hủy bỏ các văn bản đó; hủy bỏ các văn bản của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, TAND tối cao, VKSND tối cao trái với pháp lệnh, nghị quyết của UBND;

6- Giám sát và hướng dẫn hoạt động của HĐND; bãi bỏ các nghị quyết sai trái của HĐND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; giải tán HĐND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương trong trường hợp HĐND đó làm thiệt hại nghiêm trọng đến lợi ích của nhân dân;

7- Chỉ đạo, điều hòa, phối hợp hoạt động của Hội đồng dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội; hướng dẫn và bảo đảm điều kiện hoạt động của các đại biểu Quốc hội;

8- Trong thời gian Quốc hội không họp, phê chuẩn đề nghị của Thủ tướng Chính phủ về việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Phó Thủ tướng, Bộ trưởng, các thành viên khác của Chính phủ và báo cáo với Quốc hội tại kỳ họp gần nhất của Quốc hội;

9- Trong thời gian Quốc hội không họp, quyết định việc tuyên bố tình trạng chiến tranh khi nước nhà bị xâm lược và trình Quốc hội phê chuẩn quyết định đó tại kỳ họp gần nhất của Quốc hội;



10- Quyết định tổng động viên hoặc động viên cục bộ; ban bố tình trạng khẩn cấp trong cả nước hoặc ở từng địa phương;

11- Thực hiện quan hệ đối ngoại của Quốc hội;

12- Tổ chức trưng cầu ý dân theo quyết định của Quốc hội.

Như vậy, Hiến pháp 1992 đã nhận thức lại nguyên tắc tập quyền XHCN, thay vào đó là cơ chế phân công và phối hợp quyền lực. Trên tinh thần này, Hiến pháp 1992 đã xây dựng một mô hình Quốc hội “cốt ở chỗ thực quyền chứ không cốt ở chỗ toàn quyền”<sup>5</sup>. Bên cạnh đó, mặc dù Hiến pháp 1992 vẫn quy định Quốc hội họp một năm hai kỳ thường lệ nhưng trên thực tế, mỗi kỳ họp Quốc hội hiện nay kéo dài trên dưới một tháng. Điều này dẫn đến hệ quả tất yếu là Hiến pháp 1992 đã thu hẹp quyền hạn của UBTVQH, cụ thể:

*Thứ nhất*, việc thành lập HĐNN với tư cách là Chủ tịch tập thể của nước ta đồng thời là cơ quan thường trực của Quốc hội như Hiến pháp trên thực tế đã bộc lộ những điểm yếu nhất định mà Quốc hội khoá VIII tại kỳ họp thứ 11 đã nêu lên: cơ cấu thành viên HĐNN thiếu nhiều người chuyên trách và chưa đáp ứng với vị trí, chức năng của mình. Do mọi vấn đề đều phải bàn bạc tập thể và quyết định theo đa số nên công việc tiến hành chậm. Trách nhiệm của Chủ tịch HĐNN chưa rõ ràng. Nhiệm vụ, quyền hạn của HĐNN trong các kỳ họp Quốc hội không được quy định... Vì thế, Hiến pháp 1992 đã tách chế định HĐNN trong Hiến pháp 1980 thành hai chế định độc lập là UBTVQH và Chủ tịch nước. UBTVQH theo Hiến pháp 1992 chỉ còn những nhiệm vụ, quyền hạn của một cơ quan thường trực, hoạt động thường xuyên của Quốc hội; chứ không còn nhiệm vụ, quyền hạn của Nguyên

thủ quốc gia.

Hiến pháp 1992 còn trao cho Chủ tịch nước một số nhiệm vụ, quyền hạn mà trước đây Hiến pháp 1959 trao cho UBTVQH, Hiến pháp 1980 trao cho HĐNN: bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Phó Chánh án, Thẩm phán TAND tối cao; Phó viện trưởng, Kiểm sát viên VKSND tối cao (Khoản 8 Điều 103 Hiến pháp 1992 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2001); quyết định tặng thưởng huân, huy chương, giải thưởng nhà nước và danh hiệu vinh dự nhà nước (Khoản 9 Điều 103 Hiến pháp 1992 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2001); Quyết định đặc xá (Khoản 12 Điều 103 Hiến pháp 1992 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2001)...

*Thứ hai*, ngay cả khi thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan thường trực thì Hiến pháp 1992 cũng đã có những sửa đổi theo hướng thu hẹp nhiệm vụ, quyền hạn của UBTVQH so với HĐNN:

- Nếu Khoản 4 Điều 100 Hiến pháp 1980 quy định HĐNN có quyền ra pháp lệnh thì Khoản 4 Điều 91 Hiến pháp 1992 quy định UBTVQH được ra pháp lệnh nhưng pháp lệnh này phải nằm trong khuôn khổ những vấn đề được Quốc hội giao.

- Nếu Khoản 6 Điều 100 Hiến pháp 1980 quy định HĐNN có quyền quyết định việc trưng cầu ý kiến nhân dân thì Khoản 11 Điều 91 Hiến pháp 1992 quy định UBTVQH chỉ được tổ chức trưng cầu ý dân theo quyết định của Quốc hội.

- Nếu Khoản 8 Điều 100 Hiến pháp 1980 quy định HĐNN có quyền đình chỉ việc thi hành và sửa đổi hoặc bãi bỏ những Nghị quyết, Nghị định, Quyết định của Hội đồng Bộ trưởng trái với Hiến pháp, luật và pháp lệnh, thì Khoản 5 Điều 91 Hiến pháp 1992 quy định UBTVQH có quyền đình chỉ việc thi hành các văn bản của Chính phủ,

5 Xem thêm Nguyễn Đăng Dung, Trương Đặc Linh, Nguyễn Mạnh Hùng, Lưu Đức Quang, Nguyễn Văn Trí: *Xây dựng và bảo vệ Hiến pháp: Kinh nghiệm thế giới và Việt Nam*; Nxb Giáo dục, H., 2010, tr.217.

Thủ tướng Chính phủ, TAND tối cao, VKSND tối cao trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội và trình Quốc hội quyết định việc hủy bỏ các văn bản đó; hủy bỏ các văn bản của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, TAND tối cao, VKSND tối cao trái với pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH.

- Theo Hiến pháp 1980, trong thời gian Quốc hội không họp, Hội đồng Bộ trưởng, TAND tối cao, VKSND tối cao phải báo cáo và chịu trách nhiệm trước HĐNN. Trong khi đó, theo Hiến pháp 1992, trong thời gian Quốc hội không họp thì Chính phủ, TAND tối cao và VKSND tối cao chỉ phải báo cáo công tác chứ không phải chịu trách nhiệm trước UBTVQH.

- Hiến pháp 1992 quy định Quốc hội có quyền “Quy định hàm, cấp trong các lực lượng vũ trang nhân dân; hàm, cấp ngoại giao; quy định các loại huân chương, huy chương và danh hiệu vinh dự nhà nước” (Khoản 11 điều 84 Hiến pháp 1992). Trong khi đó Hiến pháp 1980 quy định quyền này cho HĐNN.

*Thứ ba*, xét về số lượng các quyền thì Hiến pháp 1992 quy định cho UBTVQH có 11 loại nhiệm vụ, quyền hạn so với 15 loại nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội. Đặc biệt, Hiến pháp 1992 bỏ đi thẩm quyền “mở” là: Quốc hội có thể giao cho UBTVQH những nhiệm vụ và quyền hạn khác, khi xét thấy cần thiết.

### **5. Chế định Ủy ban thường vụ Quốc hội trong Nghị quyết số 51/2001/NQ-QH ngày 25/12/2001 của Quốc hội về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp 1992:**

Nghị quyết số 51/2001/NQ-QH có hai điểm mới liên quan đến nhiệm vụ, quyền hạn của UBTVQH so với Hiến pháp 1992:

*Một là*, Khoản 8 Điều 91 Hiến pháp 1992 quy định: “Trong thời gian Quốc hội không họp, phê chuẩn đề nghị của Thủ

tướng Chính phủ về việc bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Phó Thủ tướng, Bộ trưởng, các thành viên khác của Chính phủ và báo cáo với Quốc hội tại kỳ họp gần nhất của Quốc hội”. Nghị quyết số 51/2001/NQ-QH đã bỏ đi thẩm quyền của UBTVQH trong việc phê chuẩn nhân sự của Chính phủ theo đề nghị của Thủ tướng trong thời gian Quốc hội không họp. Việc bỏ đi thẩm quyền này của UBTVQH là nhằm khẳng định quyền phê chuẩn nhân sự của Chính phủ là thẩm quyền riêng của Quốc hội, tránh tình trạng các chủ thể khác lợi dụng quy định này đặt Quốc hội trong “tình thế đã rồi”.

*Hai là*, Khoản 9 Điều 91 Hiến pháp 1992 quy định: “Trong thời gian Quốc hội không họp, quyết định việc tuyên bố tình trạng chiến tranh khi nước nhà bị xâm lược và trình Quốc hội phê chuẩn quyết định đó tại kỳ họp gần nhất của Quốc hội”. Nghị quyết số 51/2001/NQ-QH ngày 25/12/2001 quy định lại thẩm quyền này của UBTVQH như sau: “Trong trường hợp Quốc hội không thể họp được, quyết định việc tuyên bố tình trạng chiến tranh khi nước nhà bị xâm lược và báo cáo Quốc hội xem xét, quyết định tại kỳ họp gần nhất của Quốc hội”. Như vậy, Nghị quyết số 51/2001/NQ-QH đã dùng cụm từ “trong trường hợp Quốc hội không thể họp được” (ngoài hai kỳ họp thường lệ thì UBTVQH phải triệu tập Quốc hội họp bất thường mà Quốc hội vẫn không họp bất thường được thì lúc này UBTVQH mới được quyền quyết định việc tuyên bố tình trạng chiến tranh) thay cho cụm từ “trong thời gian Quốc hội không họp” (ngoài hai kỳ họp thường lệ của Quốc hội thì UBTVQH được quyền quyết định việc tuyên bố tình trạng chiến tranh). Cách quy định này đã góp phần đáng kể trong việc thu hẹp phạm vi quyết định việc tuyên bố tình trạng chiến tranh của UBTVQH.

Những phân tích trên cho thấy, Nghị quyết số 51/2001/NQ-QH ngày 25/12/2001 tiếp tục thu hẹp quyền hạn của UBTVQH

nhằm mục đích nâng cao hiệu quả hoạt động của Quốc hội: Quốc hội ngày càng thực quyền, tự mình giải quyết những trọng trách mà nhân dân giao phó, xứng đáng hơn với niềm tin của nhân dân; Quốc hội hoạt động ngày một thường xuyên và chuyên trách hơn. Điều này là hệ quả tất yếu khi nguyên tắc tập quyền đã được nhận thức lại, kỳ họp Quốc hội ngày càng được kéo dài hơn và số lượng đại biểu Quốc hội hoạt động chuyên trách ngày càng nhiều hơn.

**6. Một số ý kiến đóng góp vào Điều 74 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 (lấy ý kiến nhân dân năm 2013):**

Điều 74 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp quy định UBTVQH có những nhiệm vụ và quyền hạn sau đây:

1. Tổ chức việc chuẩn bị, triệu tập và chủ trì các kỳ họp Quốc hội;
2. Ban hành pháp lệnh về những vấn đề được Quốc hội giao; giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh;
3. Giám sát việc thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH; giám sát hoạt động của Chính phủ, TAND tối cao, VKSND tối cao, Kiểm toán Nhà nước;
4. Đình chỉ việc thi hành văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, TAND tối cao, VKSND tối cao trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội và trình Quốc hội quyết định việc bãi bỏ văn bản đó tại kỳ họp gần nhất; bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, TAND tối cao, VKSND tối cao trái với pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH;
5. Chỉ đạo, điều hòa, phối hợp hoạt động của Hội đồng dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội; hướng dẫn và bảo đảm điều kiện hoạt động của các đại biểu Quốc hội;
6. Giám sát và hướng dẫn hoạt động của HĐND; bãi bỏ các nghị quyết sai trái của HĐND tỉnh, thành phố trực thuộc trung

ương; giải tán HĐND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương trong trường hợp HĐND đó làm thiệt hại nghiêm trọng đến lợi ích của nhân dân;

7. Quyết định thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương;

8. Trong trường hợp Quốc hội không thể họp được, quyết định việc tuyên bố tình trạng chiến tranh và báo cáo Quốc hội quyết định tại kỳ họp gần nhất;

9. Quyết định tổng động viên hoặc động viên cục bộ; ban bố tình trạng khẩn cấp trong cả nước hoặc ở từng địa phương;

10. Thực hiện quan hệ đối ngoại của Quốc hội;

11. Tổ chức trưng cầu ý dân theo quyết định của Quốc hội.

Như vậy, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 không những không thể hiện được xu hướng thu hẹp quyền hạn của UBTVQH, trái lại, Khoản 7 Điều 74 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp còn quy định thêm cho UBTVQH quyền: “Quyết định thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương”. Chúng tôi đề xuất, Dự thảo sửa đổi Hiến pháp lần này nên tiếp tục thu hẹp quyền hạn của UBTVQH cho phù hợp với cơ chế “phân công, phối hợp và kiểm soát” quyền lực ở nước ta hiện nay và với số lượng đại biểu Quốc hội hoạt động chuyên trách ngày càng được tăng dần qua các nhiệm kỳ Quốc hội. Cụ thể, Điều 74 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 cần sửa đổi như sau:

*Thứ nhất*, bỏ thẩm quyền ban hành pháp lệnh của UBTVQH ở Khoản 2 điều 74 Dự thảo, để phù hợp với đường lối chỉ đạo mang tính chất định hướng của Đảng tại Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ X (2006): “Đổi mới hơn nữa quy trình xây dựng luật, giảm mạnh việc ban hành pháp lệnh”; đồng thời, pháp lệnh là một loại văn bản có tính chất



“lập pháp ủy quyền” được ban hành để điều chỉnh những quan hệ xã hội mới phát sinh, chưa ổn định nên Quốc hội chưa kịp ban hành luật để điều chỉnh. Vì thế, Quốc hội giao cho UBNDVTQH ban hành pháp lệnh tạm thời điều chỉnh đến khi nào quan hệ xã hội được ổn định và Quốc hội có điều kiện sẽ nâng pháp lệnh đó lên thành luật. Trong thời gian vừa qua, nhiều pháp lệnh đã được ban hành, nhưng những năm gần đây, số lượng pháp lệnh đã dần ít đi vì hoạt động làm luật của Quốc hội đã được tăng cường do các luật mới được ban hành hoặc nâng cấp từ các pháp lệnh thành luật. Do đó, sự tồn tại quyền hạn ban hành pháp lệnh của UBNDVTQH không còn phù hợp nữa.

*Thứ hai*, giao quyền hạn giải thích Hiến pháp ở Khoản 2 Điều 74 Dự thảo cho Hội đồng Hiến pháp (nếu cơ quan này được thành lập); giao quyền hạn giải thích luật ở Khoản 2 Điều 74 Dự thảo cho TAND tối cao, vì thẩm quyền giải thích Hiến pháp cần giao cho một cơ quan chuyên trách bảo vệ Hiến pháp, gắn liền với chức năng tài phán những vi phạm Hiến pháp trong hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp. Cơ quan chuyên trách bảo vệ Hiến pháp có nhiệm vụ giải thích chính thức Hiến pháp như một nhiệm vụ bảo vệ Hiến pháp. Hội đồng Hiến

pháp do Quốc hội lập ra được nêu ra trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp là cơ quan phù hợp, có thể đảm đương chức năng giải thích Hiến pháp thay cho UBNDVTQH như hiện nay. Bên cạnh đó, trên thực tế, hầu như UBNDVTQH rất ít thực hiện chức năng giải thích luật; mà việc giải thích luật thường được hiểu thông qua “hoạt động lập quy” của Chính phủ hay các nghị quyết tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn

áp dụng thống nhất pháp luật của TAND tối cao. Hơn ai hết, thông qua việc xét xử các vụ việc cụ thể, với thực tiễn áp dụng pháp luật phong phú, TAND tối cao là chủ thể có điều kiện giải thích luật một cách tốt nhất.

*Thứ ba*, bỏ quyền hạn “Quyết định thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới đơn vị hành chính dưới tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương” trong Khoản 7 Điều 74 Dự thảo. Theo giải trình của Ủy ban Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992 thì việc chuyển quyền này từ Chính phủ sang UBNDVTQH là do vấn đề lãnh thổ là vấn đề quan trọng, cần phải do cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân xem xét, quyết định. Trong điều kiện Quốc hội chưa hoạt động thường xuyên thì việc này giao cho UBNDVTQH quyết định là phù hợp. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, quy định quyền này là không phù hợp với chức năng của UBNDVTQH. UBNDVTQH, với tư cách là cơ quan thường trực, hoạt động thường xuyên của Quốc hội chứ không phải là cơ quan quản lý nên liệu UBNDVTQH có nắm hết được tình hình, nhu cầu của các địa phương trong việc thành lập mới, nhập, chia, điều chỉnh địa giới hành chính lãnh thổ? Vì vậy, Ban soạn thảo nên giữ nguyên thẩm quyền này cho Chính phủ như trong Hiến pháp hiện hành ■

# CHỨNG KHOÁN HÓA QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ

VŨ ANH THU\*

**C**hứng khoán hóa (*securitisation* - CKH) được biết đến như là một nguồn hỗ trợ tài chính để huy động vốn từ các nhà đầu tư (NĐT) thông qua việc phát hành chứng khoán nợ có bảo đảm bằng tài sản bảo đảm (*asset-backed securities*). Đối với việc cho vay truyền thống của ngân hàng, các tài sản bảo đảm được sử dụng cho các khoản vay thường là tài sản hữu hình đang có hoặc sẽ được hình thành trong tương lai, bao gồm bất động sản và động sản. Tuy nhiên, các công ty có ít tài sản hữu hình nhưng có tiềm năng về tài sản sở hữu trí tuệ (là một trong các loại tài sản vô hình) sẽ gặp nhiều khó khăn với cách cho vay truyền thống này của ngân hàng vì họ không có đủ sự tin cậy về khả năng trả nợ cũng như không có khả năng để chuyển đổi các danh mục tài sản sở hữu trí tuệ (TSSHTT) thành tiền mặt thay thế. Để khắc phục cản trở nói trên, ở một số nước trên thế giới, việc phát hành chứng khoán trên cơ sở có bảo đảm bằng dòng tiền thu từ việc bán hoặc cấp quyền sử dụng (li-xăng) TSSHTT đã được

hình thành và phát triển (*IP-backed securitisation*). Bài viết giới thiệu một số đặc điểm chính của các giao dịch CKH quyền sở hữu trí tuệ (QSHTT) đã được thực hiện đối với quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp ở một số nước như Mỹ và châu Âu, để Việt Nam có thể xem xét khả năng áp dụng CKH QSHTT.

## 1. Khái niệm về chứng khoán hóa

CKH là một phương thức huy động vốn thông qua phát hành trái phiếu tại thị trường thứ cấp được bảo đảm bằng dòng tiền thu được từ một loạt tài sản như danh mục tài sản thế chấp, các khoản phải thu từ bán ga và dầu, tiền cho thuê máy bay hoặc bất động sản, các khoản phải thu từ thẻ tín dụng, xuất khẩu hàng hóa, phí đường bộ, các khoản vay mua nhà, các khoản phải thu từ hoạt động thương mại v.v.. Nói cách khác, CKH sẽ đưa đến chứng khoán nợ<sup>1</sup> mà khoản tiền gốc và lãi của khoản nợ được bảo đảm thanh toán bằng các tài sản tài chính hoặc phi tài chính hoặc các khoản thu nhập trong tương lai<sup>2</sup>.

\* **ThS, Đại học Khoa học Xã hội và Nhân văn, Đại học Quốc gia Hà Nội.**

1 Chứng khoán nợ (*Debt Securities*) là một công cụ tài chính có khả năng chuyển giao cho người khác dùng để ghi nhận một khoản nợ của tổ chức phát hành cho người sở hữu chứng khoán. Khi đến hạn thanh toán người sở hữu chứng khoán nợ được thanh toán tiền gốc và lãi, ví dụ: trái phiếu.  
2 *Bank for International Settlements, European Central Bank, International Monetary Fund, Handbook on securities statistics- Part 1: Debt Securities Issues, www.imf.org, truy cập ngày 29/5/2013*

CKH là một quy trình diễn ra rất lâu và phức tạp, nó đòi hỏi phải tiến hành nhiều bước trước khi chứng khoán được bảo đảm bởi tài sản gốc có thể được phát hành ra thị trường thứ cấp và bảo đảm có tỷ lệ hoàn vốn hấp dẫn cho NĐT. Quy trình này bao gồm việc lựa chọn tài sản, thiết lập một công ty chuyên biệt về CKH (*Special Purpose Vehicle* - SPV), chuyển giao tài sản cho SPV và phát hành trái phiếu cho NĐT<sup>3</sup>:

### a) Lựa chọn tài sản để chứng khoán hóa

Quy trình CKH được bắt đầu bằng việc lựa chọn tài sản để CKH. Thông thường các tài sản được nhóm lại thành các danh mục đầu tư với những tiêu chí cụ thể để cho phép nhận dạng và ước lượng được những rủi ro cũng như khoản thu kỳ vọng. Các nhóm tài sản được CKH có thể bao gồm loại tài sản tài chính riêng lẻ với đặc điểm chung là có dòng tiền thu được ngay hoặc trong tương lai. Khi gộp chung các tài sản lại thì nhóm tài sản trở nên đồng nhất hơn và rủi ro vì vỡ nợ tín dụng được phân tán cho tất cả các tài sản bởi vì lợi ích có được từ tài sản có thể bù đắp cho các khoản lỗ phải chịu do không trả hết nợ. Các tài sản này phải phát sinh nguồn thu nhập đều đặn và có thể dự đoán để nhằm đảm bảo cho việc trả nợ vay gốc và lãi. Sự đa dạng hóa rủi ro là một trong những yếu tố thuận lợi chính của CKH nhằm đảm bảo có được một công cụ đầu tư an toàn. Khi một nhóm tài sản thích hợp có dấu hiệu của các đặc điểm trên được xác định thì chủ sở hữu ban đầu của tài sản (*Originator* - Chủ sở hữu) sẽ tách riêng nhóm tài sản đó và chuẩn bị chuyển giao tài sản cho SPV theo

một hình thức được gọi là “mua bán thực tế” (*True sale*). Theo Luật Phá sản của Mỹ, mua bán thực tế có nghĩa là việc chuyển giao toàn bộ và dứt điểm các tài sản (bao gồm cả các quyền, quyền sở hữu, các lợi ích có trong tài sản) của Chủ sở hữu cho SPV để cho tài sản không còn thuộc sở hữu của Chủ sở hữu nữa và việc cấp khoản vay sẽ không còn là khoản nợ phải trả của Chủ sở hữu trên phương diện kế toán, phá sản hay các quy định về thuế. Mua bán thực tế sẽ loại bỏ tài sản được bán và các rủi ro đi kèm ra khỏi bảng cân đối kế toán của Chủ sở hữu và được ghi nhận là tài sản ngoại bảng của SPV. Nếu việc chuyển giao tài sản được xem là mua bán thực tế<sup>4</sup> thì SPV sẽ có quyền sở hữu tài sản và trong trường hợp Chủ sở hữu mất khả năng thanh toán thì các chủ nợ của họ không được cho phép khởi kiện để đòi tài sản đã được chuyển giao hợp pháp cho SPV. Nếu việc chuyển giao tài sản không được công nhận là mua bán thực tế thì giao dịch đó có thể được xem là khoản vay có bảo đảm (*secured loan*) được SPV cấp cho Chủ sở hữu.

### b) Thành lập công ty chuyên biệt về chứng khoán hóa

SPV được Chủ sở hữu thành lập nhằm thực hiện một mục đích đặc biệt là mua tài sản của chính họ để thực hiện việc CKH và tách biệt tài sản khỏi bảng cân đối kế toán của Chủ sở hữu. SPV là một pháp nhân sở hữu và quản lý quỹ một cách độc lập so với Chủ sở hữu, mặc dù Chủ sở hữu vẫn có thể thay mặt SPV quản lý danh mục tài sản đó. SPV sẽ không có bất kỳ người lao động, tài

3 Xem Kenneth N.Klee, "Asset Backed Securitisation, Special Purpose Vehicles and Other Securitisation Issues", *Uniform Commercial Law Journal* 35, no.2 (2002), truy cập ngày 27/5/2013.

4 Xem Aleksandar Nikolic, "Securitisation of patents and its continued viability in light of the current economic conditions", *Albany Law Journal of Science & Technology* 2009. Trg 403. <https://litigation-essentials.lexisnexis.com>], truy cập ngày 20/4/2013. Để xem xét việc mua bán thực tế cho mục đích phá sản cần dựa vào bốn yếu tố sau đây: (1) ý định của các bên; (2) tính chất của giao dịch; (3) tuân thủ đầy đủ Luật Thương mại Mỹ; (4) trên phương diện pháp lý và kế toán thì liệu các tài sản được chuyển giao cho SPV có được cách ly khỏi các chủ nợ của người chủ sở hữu đầu tiên trong trường hợp phá sản không.

sản hoặc các khoản nợ nào ngoại trừ những cái được dự tính trong các giao dịch CKH. Nó được xem là một mô hình đơn độc và tách biệt hẳn với Chủ sở hữu (*Orphan Vehicle*) và không chịu ảnh hưởng bởi rủi ro phá sản (*Bankruptcy Remote*) từ việc phá sản của Chủ sở hữu. Nói cách khác, tất cả các bên liên quan nhất trí là không đề đơn yêu cầu phá sản SPV và không tiến hành bất kỳ thủ tục tố tụng nào chống lại chính SPV. SPV không được tham gia vào bất kỳ hoạt động nào ngoại trừ sở hữu và kinh doanh tài sản được CKH, và phát hành chứng khoán cho NĐT. Tiền thu được từ việc phát hành chứng khoán sẽ được sử dụng để trả cho khoản phải thu (*Receivable*) của Chủ sở hữu sau khi có sự mua bán thực tế tài sản.

*c) SPV phát hành chứng khoán bảo đảm bằng tài sản cho Nhà đầu tư*

Sau khi Chủ sở hữu tiến hành việc chuyển giao tài sản cho SPV, SPV sẽ phát hành chứng khoán bảo đảm bằng chính tài sản đó cho các NĐT để có được một nguồn tài chính trả nợ cho Chủ sở hữu. NĐT sẽ mua trái phiếu với điều kiện là họ không bị rủi ro và có thể có được khoản lợi nhuận hấp dẫn dựa vào dòng tiền thu được từ nhóm tài sản CKH. Nhóm tài sản này luôn phải phát sinh nguồn thu nhập đều đặn và có thể dự đoán được để thanh toán khoản tiền gốc và lãi đến hạn cho NĐT. Vì tính chất không phải chịu rủi ro phá sản của SPV nên khi xem xét việc mua trái phiếu, NĐT chỉ quan tâm đến dòng tiền mà SPV thu được từ tài sản CKH chứ không quan tâm đến khả năng trả nợ của Chủ sở hữu.

Đối với Chủ sở hữu, thông qua việc thành lập SPV và CKH tài sản, họ có thể có được một số lợi ích sau đây<sup>5</sup>:

- *Thứ nhất*, với việc chuyển giao tài sản

cho SPV, CKH làm tăng khả năng thanh toán của Chủ sở hữu bằng việc cho phép họ tiếp cận được nguồn thu nhập trong tương lai bằng tiền mặt ngay lập tức. Do đó, sau khi được SPV thanh toán tiền từ các nguồn thu của phát hành trái phiếu, Chủ sở hữu có thể thanh toán các khoản nợ đến hạn và rót vốn vào tái đầu tư, nghiên cứu hoặc mua bán cổ phiếu và các kế hoạch kinh doanh khác bằng việc gia tăng dòng tiền cho kế hoạch ngắn hạn hoặc dài hạn. Bên cạnh đó, trên phương diện kế toán, trong một giao dịch CKH được cấu trúc hợp lý, khi Chủ sở hữu chuyển giao tài sản và các rủi ro không thanh toán kèm theo cho SPV thì có nghĩa là những rủi ro này sẽ không còn là khoản nợ ngẫu nhiên trong bảng cân đối kế toán của Chủ sở hữu. Hơn nữa, việc chuyển giao tài sản CKH sẽ xóa bỏ nhu cầu duy trì vốn dự trữ trong bảng cân đối tài sản của Chủ sở hữu để bảo đảm chống lại các rủi ro của việc không thanh toán. Từ đó, cho phép Chủ sở hữu tập trung vốn vào các mục đích kinh doanh có hiệu quả hơn và gia tăng khả năng thanh khoản;

- *Thứ hai*, Chủ sở hữu có được mức xếp hạng tín nhiệm để tìm được nguồn tài chính với mức lãi suất thấp hơn là các khoản vay truyền thống. Với sự tham gia của tổ chức định mức tín nhiệm trong quá trình thực hiện CKH sẽ giúp cho Chủ sở hữu có thể gia tăng tín nhiệm bằng thư tín dụng của bên thứ ba hoặc cấp bảo đảm bằng tài sản được chuyển giao cho SPV có giá trị lớn hơn số tiền mà SPV đi vay (*over-collateralization*) để tạo cho tài sản được CKH ổn định hơn, từ đó gia tăng chất lượng của chứng khoán. Do vậy, với mức xếp hạng tín nhiệm cao cùng với chi phí vay thấp sẽ giúp cho các giao dịch CKH có hiệu quả kinh tế;

<sup>5</sup> Xem Lisa M. Fairfax, "When you wish upon a star: Explaining the cautious growth of royalty-backed securitization"; *Columbia Business Law Review* 1999. [www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm](http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm), truy cập ngày 30/5/2013.

- Thứ ba, CKH tạo ra sự đa dạng đối với việc lựa chọn nguồn tài chính cho những công ty khó có khả năng tiếp cận thị trường vốn theo cách truyền thống. CKH sẽ giúp cho một công ty có thể gom các tài sản thành một nhóm có cùng đặc điểm, giúp dễ dàng định giá và có hoạt động hiệu quả hơn. Vì vậy, CKH cho phép công ty có những khoản phải thu đáng kể có thể tham gia vào thị trường bằng việc cung cấp cho công ty những cách thức có sẵn và có khả năng lựa chọn để gia tăng vốn.

CKH đóng vai trò quan trọng khi nó tạo điều kiện cho các công ty khả năng tiếp cận với nguồn tín dụng trong khi hạn chế được các rủi ro cho các tổ chức tài chính, nó cũng giúp cho nhà phát hành trái phiếu có được những ưu đãi nhất định về thuế và tạo ra tiềm năng có được một khoản thu lớn cho NĐT.

### 2. Chứng khoán hóa quyền sở hữu trí tuệ

Cũng giống như các tài sản có giá trị khác, QSHTT được ghi nhận là tài sản tài chính vì chúng đem lại cho Chủ sở hữu quyền độc quyền thu các khoản phí bản quyền, tạo ra một dòng doanh thu ổn định trong tương lai thông qua việc chuyển nhượng hoặc cấp li-xăng TSSHTT cho một số dịch vụ hoặc sản phẩm mà Chủ sở hữu đăng ký quyền sở hữu. Với đặc điểm là Chủ sở hữu TSSHTT có thể ngăn cản không cho phép người khác được sử dụng hoặc sao chép các đối tượng sở hữu trí tuệ của họ, cho nên QSHTT có thể đem lại cho Chủ sở hữu những lợi thế kinh doanh đáng kể bằng việc tạo ra những sản phẩm có lợi nhuận lớn. Vì thế QSHTT dưới dạng là tài sản vô hình đóng góp một vai trò quan trọng trong quá trình tìm nguồn vốn của các công ty. Từ những năm 1990 của thế kỷ XX đến nay, một phần lớn giá trị thị trường của các công ty hàng đầu thế giới đều được tạo bởi giá trị tài sản vô hình như TSSHTT. Nhiều công ty ở Mỹ và châu Âu đã thành công trong việc quản lý và khai thác TSSHTT như bằng

sáng chế, nhãn hiệu hàng hóa, quyền tác giả trong các ngành công nghiệp giải trí, phần mềm và sản phẩm tiêu dùng, dược phẩm, công nghệ sinh học v.v. và QSHTT đã được sử dụng làm tài sản bảo đảm cho các khoản vay cũng như thực hiện CKH. Chúng tôi tập trung phân tích các đặc điểm của CKH QSHTT.

#### a) Tài sản sở hữu trí tuệ

Đối tượng của CKH QSHTT chủ yếu là quyền tác giả của các tác phẩm văn học - nghệ thuật, khoa học và bằng sáng chế hoặc giấy chứng nhận đăng ký của các đối tượng sở hữu công nghiệp (sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, giải pháp hữu ích, nhãn hiệu hàng hóa, giống cây trồng, mạch tích hợp bán dẫn bí quyết công nghệ...).

#### b) Đặc trưng của chứng khoán hóa quyền sở hữu trí tuệ

Khi QSHTT được xác định là một quyền có tính chất độc quyền dành cho Chủ sở hữu để loại trừ người khác sử dụng không xin phép và không trả tiền những đối tượng sở hữu công nghiệp đã được cấp bằng sáng chế hoặc giấy chứng nhận đăng ký hoặc các tác phẩm văn học - nghệ thuật, khoa học đã được công nhận bản quyền. Dưới góc độ tài chính, QSHTT được xem là một quyền tài sản chứa đựng một nguồn thu nhập tiềm năng khi Chủ sở hữu thực hiện việc li-xăng hoặc chuyển nhượng TSSHTT của mình cho người khác và đổi lại, Chủ sở hữu có được một khoản phí bản quyền định kỳ trong thời hạn li-xăng theo thỏa thuận của các bên trong hợp đồng. Trong trường hợp CKH, Chủ sở hữu sẽ phải chuyển giao cho SPV quyền thu phí bản quyền trong tương lai của mình đối với TSSHTT sẽ được li-xăng. Nhưng để có được một khoản tài chính nhất định thanh toán Chủ sở hữu thì SPV sẽ nhóm các quyền được nhận các phí bản quyền từ các hợp đồng li-xăng thành tài sản bảo đảm và phát hành chứng khoán dưới



hình thức trái phiếu với một mức lãi suất cố định trong một thời gian nhất định cho NĐT tại thị trường thứ cấp. Trái phiếu được phát hành sẽ tạo ra nghĩa vụ nợ của SPV và được hoàn trả cho NĐT từ dòng tiền thu được đều đặn theo định kỳ từ phí bản quyền từ hợp đồng li-xăng giữa Chủ sở hữu với các bên được cấp li-xăng. Sau khi SPV thanh toán hết tiền gốc và lãi cho NĐT khi trái phiếu đến hạn thanh toán thì tài sản đảm bảo sẽ được giải chấp và quyền thu phí bản quyền sẽ được trả lại cho Chủ sở hữu<sup>6</sup>. Đó là lý do tại sao CKH QSHTT được bắt đầu với khoản vay không truy đòi (*non-recourse loan*) đối với người nhận tiền bản quyền trong đó QSHTT được sử dụng làm tài sản bảo đảm.

Nếu Chủ sở hữu QSHTT cấp li-xăng không độc quyền cho nhiều người cùng một lúc và không bị hạn chế về phạm vi không gian lãnh thổ thì nguồn thu nhập từ TSSHTT càng lớn. Giá trị của trái phiếu do SPV phát hành sẽ được xác định dựa trên khoản doanh thu phí bản quyền trong tương lai có thể thu được chứ không dựa vào mức độ tín nhiệm của Chủ sở hữu. Cho nên về bản chất, quy trình CKH QSHTT tập trung vào chất lượng của dòng tiền bản quyền được sử dụng làm tài sản đảm bảo. Việc thanh toán tiền bản quyền từ các bên được cấp li-xăng sẽ phải là một nguồn thu đáng kể và có thể dự liệu trước để tổ chức đại lý phát hành và NĐT được đảm bảo rằng trái phiếu phát hành trên cơ sở các khoản thanh toán sẽ được hoàn trả đầy đủ. Sự đảm bảo này cho phép tổ chức định mức tín nhiệm đánh giá tài sản đảm bảo ở mức tín nhiệm cao, kéo theo mức độ gia tăng tín dụng cũng được cấp. Đối với NĐT và các tổ chức đại lý phát hành, khoản tiền bản quyền trong tương lai phải thu của SPV

là điều kiện tiên quyết để phân tích nguồn thu nhập tương lai và định giá trái phiếu hợp lý. Do quá trình CKH tạo ra một lịch biểu thanh toán lãi suất cố định nên nó giúp cho công ty có thể dự đoán được các khoản chi trong tương lai. Nhiều công ty sản xuất có nguồn vốn hạn hẹp sẽ rất khó khăn khi tiến hành sản xuất các sản phẩm có sử dụng các sáng chế đã được cấp bằng và tiến hành các hoạt động nghiên cứu và phát triển (R&D). Do vậy, việc sử dụng các dòng tiền dự đoán trước để mời gọi các NĐT mua trái phiếu có thể giúp cho các công ty sản xuất lấp được khoảng trống giữa các ý tưởng với việc đưa các sáng chế ra thị trường. Nhờ đó, các nhà sản xuất có thể nhận ngay được một khoản tiền thay vì phải đợi thanh toán phí bản quyền định kỳ trong tương lai từ bên được cấp li-xăng. Khoản tiền này sẽ giúp cho họ tiếp tục hoạt động R&D, phát triển sản phẩm, hỗ trợ chi phí tiếp thị sản phẩm ra thị trường v.v..

*c) Một số vấn đề cần lưu ý khi thực hiện chứng khoán hóa quyền sở hữu trí tuệ*

- Thứ nhất, chuyển giao quyền thu phí bản quyền

Điều kiện tiên quyết để Chủ sở hữu TSSHTT có thể chuyển giao quyền thu phí bản quyền cho SPV là: trước hết, Chủ sở hữu phải tiến hành các thủ tục nộp đơn xin cấp bằng sáng chế hoặc giấy chứng đăng ký đối với các đối tượng sở hữu công nghiệp tại cơ quan đăng ký sáng chế và nhãn hiệu hàng hóa ở một quốc gia nhất định hoặc Chủ sở hữu phải chứng minh mình được công nhận là quyền tác giả đối với các tác phẩm văn học - nghệ thuật, khoa học. Về mặt pháp lý, Chủ sở hữu TSSHTT sẽ chỉ được công nhận QSHTT đối với một TSSHTT nhất định khi được cơ quan nhà nước có thẩm

6 Xem Lisa M. Fairfax, "When you wish upon a star: Explaining the cautious growth of royalty-backed securitization", *Columbia Business Law Review* 1999. [www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm](http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm), truy cập ngày 30/5/2013.

quyền của một quốc gia công nhận<sup>7</sup> và QSHTT đó sẽ chỉ có hiệu lực trong một phạm vi lãnh thổ quốc gia đó, nơi đăng ký quyền sở hữu công nghiệp hoặc nơi phát sinh quyền tác giả, trừ trường hợp điều ước quốc tế mà quốc gia là thành viên đó có quy định khác. Thứ hai, Chủ sở hữu QSHTT đồng ý cấp li-xăng cho phép người khác sử dụng TSSHTT của mình, qua đó, đảm bảo Chủ sở hữu sẽ có nguồn thu nhập bản quyền trong tương lai chuyển giao cho SPV.

- *Thứ hai*, lập danh mục TSSHTT

Nếu SPV chỉ thực hiện CKH một TSSHTT riêng lẻ, ví dụ như sáng chế hoặc giải pháp hữu ích, hoặc một nhãn hiệu hàng hóa hoặc một tác phẩm thì NĐT có thể xem đó là rủi ro mạo hiểm. Rủi ro đầu tư cũng xuất hiện khi TSSHTT là loại tài sản mới được sáng tạo và chưa có thời gian thử nghiệm thực tế. Để làm giảm những rủi ro này cho NĐT và để việc phát hành chứng khoán có thể hấp dẫn NĐT thì Chủ sở hữu có thể nhóm các TSSHTT kèm theo QSHTT của mình thành một danh mục tài sản cơ bản để chuyển giao cho SPV thực hiện CKH. Danh mục QSHTT sẽ làm gia tăng giá trị của từng tài sản riêng lẻ do sự cộng hưởng giá trị. Đồng thời với một danh mục QSHTT lớn thì Chủ sở hữu sẽ có nhiều đặc quyền hơn để loại bỏ được đa số đối thủ cạnh tranh trên thị trường, do vậy khả năng thu được tiền bản quyền càng lớn vì đối tượng mục tiêu để NĐT hướng đến chính là dòng tiền bản quyền thu được. Chủ sở hữu tiến hành đăng ký bảo hộ cho TSSHTT của mình ở nhiều quốc gia thì khả năng có được sự độc

quyền QSHTT càng lớn và khả năng cấp li-xăng cũng nhiều hơn. Cho nên việc xác định đúng mối quan hệ cấp li-xăng QSHTT của Chủ sở hữu với quyền của các bên thứ ba là rất cần thiết để xác định được giá trị của tài sản bảo đảm khi thực hiện CKH.

- *Thứ ba*, thực thi QSHTT

CKH QSHTT khác với CKH được bảo đảm bằng tài sản hữu hình khác vì tính chất vô hình của TSSHTT, cho nên chủ sở hữu QSHTT có một quyền rất khác so với chủ sở hữu tài sản hữu hình. Như đã trình bày ở trên, lợi ích mà Chủ sở hữu QSHTT không nằm ở bản thân TSSHTT mà là quyền độc quyền để loại bỏ người khác khỏi việc sử dụng, sao chép hoặc chế tạo bất hợp pháp những sản phẩm hoặc cung cấp các dịch vụ chứa đựng các yếu tố sở hữu trí tuệ tương tự hoặc có khả năng gây nhầm lẫn với những TSSHTT của Chủ sở hữu đã được đăng ký bảo hộ hoặc được công nhận bản quyền trong một phạm vi lãnh thổ nhất định. Một điểm cần phân biệt ở đây là sự khác nhau giữa quyền của Chủ sở hữu trong các văn bằng bảo hộ và quyền đối với TSSHTT. Về mặt pháp lý, pháp luật cho phép, bằng việc nắm giữ văn bằng bảo hộ, Chủ sở hữu có quyền để chống lại các bên thứ ba vi phạm QSHTT của mình trong thời hạn độc quyền được ghi nhận trong văn bằng bảo hộ đối tượng sở hữu công nghiệp hoặc trong thời hạn bảo hộ quyền tác giả theo quy định của pháp luật. Nhưng trên thực tế, các bên thứ ba có thể có hành vi vi phạm như sao chép TSSHTT, làm hàng nhái nhãn hiệu mà Chủ sở hữu QSHTT không biết. Chính vì nguyên nhân này mà NĐT đăng ký mua trái phiếu

<sup>7</sup> Điều 6, Luật SHTT năm 2005 quy định:

"(1) Quyền tác giả phát sinh kể từ khi tác phẩm được sáng tạo và được thể hiện dưới một hình thức vật chất nhất định, không phân biệt nội dung, chất lượng, hình thức và phương tiện, ngôn ngữ, đã công bố hay chưa công bố, đã đăng ký hay chưa đăng ký.

(2) Quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí, nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý được xác lập trên cơ sở quyết định cấp văn bằng bảo hộ của cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo thủ tục đăng ký quy định tại Luật này hoặc công nhận quốc tế theo quy định của điều ước quốc tế mà CHXHCN Việt Nam là thành viên; đối với nhãn hiệu nổi tiếng, quyền sở hữu được xác lập trên cơ sở sử dụng, không phụ thuộc vào đăng ký thủ tục."

có thể bị nhầm lẫn khi đánh giá giá trị TSSHTT. Sự vi phạm QSHTT có thể được xem là một rủi ro pháp lý đối với NĐT vì nó có khả năng gây ra tranh chấp, kiện tụng kéo dài, làm giảm sút giá trị đầu tư. Ngoài ra, nếu Chủ sở hữu không gia hạn văn bằng bảo hộ thì QSHTT của Chủ sở hữu đương nhiên mất hiệu lực, đây cũng là rủi ro vì TSSHTT không còn giá trị nên hậu quả là NĐT bị tước mất toàn bộ giá trị đầu tư vào trái phiếu. Một điểm cần lưu ý nữa là rủi ro phát sinh trong trường hợp bên được cấp li-xăng bị phá sản, cơ quan quản lý có thể hủy bỏ hợp đồng li-xăng; hoặc trường hợp bên được cấp li-xăng vi phạm nghiêm trọng các cam kết và nghĩa vụ nêu trong hợp đồng li-xăng, dẫn đến việc bên cấp li-xăng chấm dứt hợp đồng li-xăng.

- *Thứ tư*, định giá TSSHTT

CKH QSHTT đối với nhãn hiệu hàng hóa và quyền tác giả dường như thuận lợi hơn CKH sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, mạch tích hợp bán dẫn v.v.. Lý do là các NĐT không có sự hiểu biết sâu sắc về bản chất của các đối tượng sở hữu công nghiệp này, thậm chí các công ty tài chính cũng rất ngại hỗ trợ tài chính theo hình thức thế chấp TSSHTT vì cần phải có người hiểu biết về chuyên môn trong lĩnh vực này để thẩm tra kỹ lưỡng và định giá đúng các tài sản.

Việc định giá QSHTT là công việc quan trọng nhất để xác định xem CKH có khả thi hay không. Đối với CKH QSHTT, một trong các phương pháp mà người ta có thể sử dụng đó là phương pháp đánh giá mang tính chất định tính<sup>8</sup>, đó là phương pháp dựa trên cơ sở đo lường và phân tích dữ liệu để tính giá trị của một TSSHTT thành tiền, trong đó bao gồm ba phương thức tiếp cận được áp dụng rộng rãi sau đây:

(i) *Phương thức tiếp cận chi phí (The Cost Approach)*: là dựa vào chi phí để có được TSSHTT thông qua việc nghiên cứu và phát triển nội bộ của công ty hoặc thông qua việc mua lại hoặc được li-xăng TSSHTT từ công ty khác. Thuận lợi của phương pháp này là tính khách quan và sự ổn định, tính tin cậy của các số liệu về chi phí. Tuy nhiên, phương thức tiếp cận chi phí không được sử dụng rộng rãi đối với việc định giá sáng chế vì nó không phản ánh được giá trị kinh tế trong tương lai của sáng chế và giá trị của tài sản, khó phân biệt giữa chi phí hoạt động thông thường với chi phí đầu tư cho R&D của công ty. Đối với việc định giá nhãn hiệu hàng hóa/tên thương mại, người ta có thể dùng nhiều cách thức khác nhau như cộng dồn toàn bộ chi phí phát sinh tạo nên nhãn hiệu hàng hóa hoặc tính chi tiết chi phí tạo nên nhãn hiệu hàng hóa (có trừ đi khấu hao tính theo vòng đời sử dụng của nhãn hiệu hàng hóa) hoặc quy các khoản chi phí tạo nên nhãn hiệu hàng hóa của từng năm về thời điểm hiện tại theo một tỷ lệ chiết khấu hợp lý hoặc cộng dồn toàn bộ chi phí tạo nên nhãn hiệu hàng hóa và điều chỉnh hệ số về hiệu quả sử dụng chi phí<sup>9</sup>. Tuy nhiên, mỗi cách thức đều có nhược điểm nhất định vì phụ thuộc vào việc xác định cơ sở dữ liệu tin cậy để định giá và các chi phí phát sinh để tạo dựng nhãn hiệu hàng hóa/tên thương mại (như chi phí quảng cáo, chiến dịch sáng tạo v.v..) có thể không phản ánh đúng khả năng sinh lợi của nhãn hiệu hàng hóa/tên thương mại đó trong tương lai.

(ii) *Phương thức tiếp cận thị trường (The Market Approach)*: Phương thức này xác định giá trị của một TSSHTT bằng việc phân tích các giao dịch thị trường có khả

8 Xem "Valuation and Exploitation of Intellectual Property", STI Working paper 2006/5, Shigeki Kamiyama, Jerry Sheehan, Catalina Martinez, <http://www.oecd.org/sti/working-papers>, truy cập 10.1.2011.

9 Xem "Định giá tài sản vô hình", Tạ Minh Phương, thời báo kinh tế Sài Gòn online, thứ Ba, 1/6/2004.

năng so sánh giữa TSSHTT này với những TSSHTT tương tự khác. Tính tương tự thể hiện trong việc sử dụng, đặc điểm về công nghệ, chi tiết, tính năng và các quyền sở hữu đối với TSSHTT cũng như sự nhận thức của công chúng về TSSHTT trên thị trường hoặc là TSSHTT được giao dịch trong những hoàn cảnh tương tự.

Tuy nhiên, trên thực tế, chúng ta thấy số lượng các giao dịch về chuyển nhượng hoặc chuyển giao đối tượng SHTT diễn ra công khai trên thị trường rất ít, do vậy thiếu sự rõ ràng, minh bạch, thiếu thông tin về TSSHTT được giao dịch để làm cơ sở so sánh giá trị. Hoặc là TSSHTT được giao dịch là cái duy nhất, nên chúng ta không thể tìm kiếm được một TSSHTT tương tự để tiến hành so sánh khi định giá. Hoặc là trong các giao dịch liên quan đến mua bán, sáp nhập công ty hoặc mua bán tài sản công ty hoặc mua chứng khoán của công ty có sở hữu TSSHTT, người mua và người bán rất khó khăn trong việc phân định giữa giá trị của tài sản hữu hình và tài sản vô hình mà họ thường gộp chung lại thành một giá bán tài sản nhất định. Vì những hạn chế nêu trên nên phương thức này ít được áp dụng.

(iii) *Phương thức tiếp cận theo thu nhập (The Income Approach)*: phương thức này được sử dụng để tính giá trị hiện tại của dòng tiền thu nhập trong tương lai của một TSSHTT trong suốt thời hạn bảo hộ. Phương pháp chiết khấu dòng tiền cho phép dòng tiền thu nhập trong tương lai được ước tính có thể biến đổi thành giá trị hiện tại bằng việc chiết khấu dòng tiền thu nhập trong tương lai theo một tỷ lệ chiết khấu phù hợp. Khó khăn chính là làm thế nào để xác định được tỷ lệ chiết khấu phù hợp? Một số yếu tố rủi ro cần được xem xét khi xác định tỷ lệ chiết khấu phù hợp như rủi ro về công nghệ, thị trường, chính sách, lạm phát, khả năng thanh toán, nạn sao chép bất hợp pháp TSSHTT, khả năng TSSHTT không còn sử

dụng được lâu dài v.v.. Thông thường, xác định tỷ lệ chiết khấu dựa trên tỷ lệ sinh lời mà NĐT mong đợi trên khoản đầu tư vào TSSHTT phụ thuộc vào tính chất và các kinh nghiệm liên quan đến xác định rủi ro. Rủi ro càng cao thì tỷ lệ sinh lợi mong đợi càng lớn. Nhược điểm của phương pháp này là thiếu tính khách quan và chính xác trong việc dự báo dòng tiền thu nhập trong tương lai.

Nếu như tất cả các phương thức tiếp cận của phương pháp định tính đều nhằm mục đích cuối cùng là xác định giá trị bằng tiền của TSSHTT thì việc lựa chọn phương thức tiếp cận nào vẫn còn là khó khăn và không có câu trả lời chính xác, mỗi phương thức tiếp cận đều có ưu điểm và nhược điểm nhất định. Tùy thuộc vào mục đích của việc định giá để xác định giá trị thành tiền của tài sản SHTT, chúng ta có thể lựa chọn một phương thức tiếp cận thích hợp.

Theo quan điểm của tổ chức định mức tín nhiệm thì phương pháp tiếp cận thu nhập từ TSSHTT là thường được sử dụng hơn khi áp dụng cho CKH QSHTT. Trong khi thu nhập của các tài sản hữu hình phụ thuộc vào các rủi ro, thì các rủi ro liên quan đến dòng tiền thu được trong tương lai của TSSHTT thường có tính chất khác nhau và rất khó định lượng. Những rủi ro của TSSHTT có thể được đánh giá theo một số yếu tố sau đây:

- Sự thay đổi kiểu mẫu hoặc có ý kiến của công chúng có thể ảnh hưởng tới dòng thu nhập tương lai từ việc li-xăng TSSHTT;
- Sự phát triển công nghệ quá nhanh làm cho những sáng chế đang được li-xăng có nguy cơ bị lạc hậu, đặc biệt là trong lĩnh vực phần mềm, dược phẩm, công nghệ sinh học;
- Văn bằng bảo hộ TSSHTT có nguy cơ bị mất giá trị nếu có kiện tụng tranh chấp.
- Việc tiến hành thẩm tra để lựa chọn ra một phương pháp định giá TSSHTT là cần

thiết trước khi kiểm tra tính khả tính của CKH QSHTTT.

Theo quan điểm của NĐT thì lợi ích của CKH QSHTT có mối quan hệ chặt chẽ với việc lựa chọn một phương pháp định giá TSSHTT thích hợp nói chung và liên quan tới tỷ lệ chiết khấu nói riêng. Giá bán của trái phiếu phát hành có bảo đảm bằng QSHTT là khoản thu nhập trong tương lai được chiết khấu do đó NĐT sẽ phải thanh toán giá mua trái phiếu tương đương dòng tiền được chiết khấu của dòng thu nhập tiền bản quyền tương lai. Lợi ích của NĐT hoàn toàn phụ thuộc vào tỷ lệ chiết khấu. Nếu tỷ lệ chiết khấu càng cao thì giá mua trái phiếu càng thấp. Sự chênh lệch giữa chi phí vốn của NĐT và mức chiết khấu tương đương với mức chênh lệch giá, trong một số trường hợp sự chênh lệch giá này đã đem lại lợi nhuận bất ngờ cho NĐT. Do đó việc dự tính mức lợi nhuận mà NĐT có thể kiếm được khi mua trái phiếu có bảo đảm bằng QSHTT sẽ phụ thuộc vào việc tính toán kỹ càng tỷ lệ chiết khấu<sup>10</sup>.

### **3. Chứng khoán hóa quyền sở hữu trí tuệ theo pháp luật Việt Nam**

Hiện nay, Việt Nam không có quy định cụ thể nào về các giao dịch CKH, tuy nhiên, Bộ luật Dân sự (BLDS) có một số quy định gián tiếp cho phép thực hiện CKH bảo đảm bằng tài sản và quyền tài sản (QTS).

QSHTT là một loại QTS và có thể được dùng làm tài sản đảm bảo để thực hiện nghĩa vụ dân sự<sup>11</sup>. Trong giao dịch CKH, không phải toàn bộ QSHTT của Chủ sở hữu được chuyển giao hết cho SPV mà chỉ có quyền nhận thanh toán tiền bản quyền phát sinh từ

các hợp đồng li-xăng với các bên thứ ba, trong khi Chủ sở hữu vẫn có thể sử dụng, kiểm soát và quản lý tài sản. Đồng thời Chủ sở hữu vẫn có thể tiếp tục cấp li-xăng cho các bên thứ ba khác hoặc cho phép các bên được cấp li-xăng được phép cấp lại li-xăng (sub-license) cho các đối tượng khác nữa.

Việc mua bán thực tế đối với CKH QSHTT được thể hiện bằng việc chuyển giao QTS cho SPV theo hợp đồng mua bán tài sản, trong đó “bên bán phải chuyển giao giấy tờ và làm thủ tục chuyển quyền sở hữu cho bên mua, còn bên mua phải trả tiền cho bên bán<sup>12</sup>”. Cụ thể là Chủ sở hữu QSHTT sẽ chuyển giao quyền yêu cầu thanh toán tiền bản quyền từ các hợp đồng li-xăng cho SPV<sup>13</sup> với một thời hạn nhất định đảm bảo cho SPV có khả năng thu hồi được vốn thanh toán tiền gốc và lãi trái phiếu đã phát hành cho NĐT. Trên cơ sở đó, SPV sẽ có quyền yêu cầu các bên được cấp li-xăng từ Chủ sở hữu phải thanh toán tiền bản quyền theo các điều kiện được ghi trong hợp đồng cho mình. Hết thời hạn đó, Chủ sở hữu có thể tiếp nhận lại quyền yêu cầu thanh toán tiền bản quyền từ SPV theo thỏa thuận với SPV. QTS mà Chủ sở hữu chuyển giao cho SPV có thể phát sinh từ các hợp đồng li-xăng đang có hoặc được hình thành trong tương lai. Các quy định về giao dịch bảo đảm công nhận khái niệm “các tài sản hình thành trong tương lai” mà thông qua đó biện pháp bảo đảm được xác lập và có thể là tài sản không thuộc sở hữu của bên bảo đảm và không tồn tại trước khi giao dịch bảo đảm được giao kết<sup>14</sup>. Vì QTS là một loại tài sản có thể trị giá được bằng tiền và có thể chuyển giao, kể cả QSHTT<sup>15</sup>, nên việc

10 Xem Radhika Pandey, *Intellectual Property Valuation: A critical aspect of IP Securitisation*, SSRN-id904604.

11 Điều 181 và 322 BLDS 2005.

12 Điều 449 (1) BLDS 2005.

13 Điều 309 BLDS 2005.

14 Điều 4(2) Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm.

15 Điều 163 và 181 BLDS 2005.

chuyển giao các QTS tương lai (quyền nhận thanh toán tiền bản quyền trong các hợp đồng li-xăng tương lai) được pháp luật Việt Nam cho phép thực hiện.

Tuy nhiên, để CKH QSHTT có khả năng thực hiện được ở Việt Nam thì chúng ta cần phải xem xét tới một số vấn đề chính sau đây:

- *Thứ nhất*, hình thành thị trường mua bán TSSHTT

Như đã phân tích ở phần 2, khi Chủ sở hữu nắm trong tay một danh mục TSSHTT khác nhau thì sẽ tạo ra khả năng cấp li-xăng lớn hơn và thu được tiền bản quyền nhiều hơn. Hiện nay, chúng ta chưa hình thành được thị trường mua bán TSSHTT<sup>16</sup> có tính chất tổng hợp cho nên việc mua bán bản quyền, cấp li-xăng đối tượng sở hữu công nghiệp thường mang tính chất cá nhân và không thường xuyên. Do vậy, khi một Chủ sở hữu nắm trong tay nhiều TSSHTT cũng khó có thể tham gia vào quá trình CKH QSHTT vì họ không xây dựng được một danh mục TSSHTT và QSHTT kèm theo để chuyển giao cho SPV. Bởi vì khi SPV phát hành trái phiếu có bảo đảm bằng danh mục QSHTT đó thì những rủi ro không thanh toán sẽ bị giảm bớt đi, đồng thời gia tăng mức xếp hạng tín nhiệm cho Chủ sở hữu cũng như gia tăng tín dụng hơn so với CKH QSHTT riêng lẻ.

- *Thứ hai*, thành lập SPV

Nhiệm vụ chính của SPV là phát hành trái phiếu cho các NĐT. Theo quy định về phát hành trái phiếu doanh nghiệp, SPV được thành lập theo hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần và phải

đáp ứng các điều kiện về phát hành, về thời gian hoạt động tối thiểu, có báo cáo tài chính có lãi được kiểm toán, đáp ứng yêu cầu về tỷ lệ an toàn vốn, có phương án phát hành trái phiếu được phê duyệt<sup>17</sup>.

Trong trường hợp SPV không nhận được tiền bản quyền do các bên được cấp li-xăng bị phá sản, dẫn đến hợp đồng li-xăng với Chủ sở hữu có thể bị tòa án tuyên bố chấm dứt theo quy định của Luật Phá sản. Vấn đề đặt ra là khi thực hiện CKH thì Chủ sở hữu đã tiến hành mua bán thực tế quyền được nhận thanh toán tiền bản quyền cho SPV. Trong trường hợp này SPV sẽ trở thành chủ nợ không có bảo đảm của các bên được cấp li-xăng và việc thanh toán cho SPV sẽ phụ thuộc hoàn toàn vào các quy định của pháp luật về phá sản.

- *Thứ ba*, định giá TSSHTT

Hiện nay TSSHTT mới chỉ là đối tượng góp vốn trong việc thành lập, mua bán, sáp nhập công ty tại Việt Nam chứ nó chưa được sử dụng làm đối tượng đảm bảo cho mục đích tài trợ vốn (vay vốn ngân hàng, đầu tư, vốn đầu tư mạo hiểm) vì việc định giá TSSHTT chưa được pháp luật hướng dẫn cụ thể và có nhiều ý kiến khác nhau của các cơ quan quản lý về thuế, kế toán về vấn đề này.

Bộ Tài chính đang được giao nhiệm vụ hướng dẫn việc định giá quyền sở hữu trí tuệ. Trên cơ sở đó, Bộ Tài chính đã soạn thảo một dự thảo thông tư hướng dẫn thực hiện góp vốn và nhận góp vốn bằng giá trị quyền sử dụng nhãn hiệu (Dự thảo) và Bộ Tài chính đang xin ý kiến đóng góp của các cá nhân, tổ chức và các cơ quan chức năng liên quan về Dự thảo này.

16 Để xác định một thị trường SHTT hoạt động thì thị trường đó phải đáp ứng ba điều kiện: (i) các sản phẩm được bán trên thị trường có tính tương đồng; (ii) người mua và người bán có thể tìm thấy nhau vào bất kỳ lúc nào; và (iii) giá cả được công khai (Xem Chuẩn mực số 04 ban hành kèm theo Quyết định 149/2001/QĐ-BTC ngày 31/12/2001 về việc ban hành và công bố bốn chuẩn mực kế toán Việt Nam).

17 Điều 13(1) Nghị định 90/2011/NĐ-CP về phát hành trái phiếu doanh nghiệp.

Theo các quy định của Dự thảo, việc định giá giá trị quyền sử dụng nhãn hiệu hàng hóa khi đem góp vốn dựa vào một trong sáu phương pháp được quy định trong Thông tư 17/2006/TT-BTC ngày 13/3/2006 của Bộ Tài chính hướng dẫn thực hiện Nghị định số 101/2005/NĐ-CP ngày 3/8/2005 của Chính phủ về thẩm định giá: (i) phương pháp chi phí được áp dụng cho thẩm định giá các tài sản chuyên dùng, ít hoặc không có mua bán phổ biến trên thị trường, tài sản đã qua sử dụng, tài sản không đủ điều kiện để áp dụng phương pháp so sánh; (ii) phương pháp thu nhập được áp dụng để thẩm định tài sản đầu tư (bất động sản, động sản, doanh nghiệp, tài chính) mà tài sản đó có khả năng tạo ra thu nhập trong tương lai và đã xác định tỷ lệ vốn hóa thu nhập; (iii) phương pháp so sánh được áp dụng để thẩm định các tài sản có giao dịch mua, bán phổ biến trên thị trường; (iv) phương pháp thặng dư được áp dụng để thẩm định giá bất động sản có tiềm năng phát triển; (v) phương pháp lợi nhuận được áp dụng để định giá các tài sản mà việc so sánh với những tài sản tương tự gặp khó khăn do giá trị của tài sản chủ yếu phụ thuộc vào khả năng sinh lợi của tài sản như khách sạn, nhà hàng, rạp chiếu bóng v.v.; và (vi) các phương pháp thẩm định giá theo thông lệ quốc tế khác (nếu có) phải được Bộ Tài chính chấp thuận.

Như vậy, so với các phương pháp áp dụng phổ biến trên thế giới được áp dụng để định giá TSSHTT, pháp luật Việt Nam cũng đưa ra các định nghĩa tương tự. Tuy nhiên, việc lựa chọn phương pháp nào cho phù hợp với việc định giá giá trị quyền sử dụng nhãn hiệu hàng hóa nói riêng và từng tài sản SHTT khác không phải là đơn giản mà phụ thuộc rất nhiều vào các điều kiện và mục đích áp dụng của chủ sở hữu quyền SHTT cũng như kinh nghiệm của chuyên gia thẩm định trong lĩnh vực này. Chúng tôi không

hiểu vì lý do gì mà Bộ Tài chính chỉ soạn thảo Dự thảo liên quan đến định giá giá trị quyền sử dụng nhãn hiệu hàng hóa, trong khi các tài sản SHTT khác cũng đang rất cần có văn bản pháp luật cụ thể hướng dẫn việc định giá như các sáng chế, quyền tác giả và các quyền liên quan, quyền đối với giống cây trồng. Việc thiếu các quy định pháp luật hướng dẫn trong lĩnh vực này đã làm cho các giao dịch có liên quan đến quyền góp vốn hoặc CKH có bảo đảm bằng QSHTT không thể trở thành hiện thực. Có lẽ cũng vì lý do đó mà các văn bản pháp luật về giao dịch bảo đảm không có quy định hướng dẫn việc sử dụng QTS làm tài sản bảo đảm trong các giao dịch kinh tế, dân sự.

### **Kết luận**

Thực hiện CKH hiệu quả là sự lựa chọn mang lại nhiều lợi ích cho tất cả các loại hình tổ chức dù lớn hay bé vì một số lý do sau đây: *Thứ nhất*, nó cung cấp cho các tổ chức một nguồn vốn sẵn có để mở rộng, phát triển các hoạt động R&D và bổ sung vốn lưu động. *Thứ hai*, cung cấp cho các tổ chức phi lợi nhuận, các trường đại học, các viện nghiên cứu, các nhà sáng tác văn học, nghệ thuật, khoa học một khoản tiền lớn ngay lập tức hơn là phải đợi thu tiền bản quyền trong tương lai. *Thứ ba*, NĐT cũng có thể nhận được khoản thanh toán tiền gốc và lãi trái phiếu theo định kỳ, đều đặn dựa trên dòng tiền có thể dự đoán được phát sinh từ phí bản quyền. Đây là ưu thế nổi trội của CKH TSSHTT so với các loại CKH các tài sản hữu hình khác như bất động sản, phụ thuộc rất nhiều vào biến động giá cả thị trường cũng như mức độ giao dịch trong từng thời kỳ. CKH QSHTT đang trở thành một nguồn hỗ trợ tài chính tiềm năng trên thế giới, vì vậy, để có thể áp dụng mô hình tài chính ở Việt Nam thì cần có một khung pháp lý đầy đủ hơn ■

# **KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI CHẾ ĐỘ HƯU TRÍ TRONG LUẬT BẢO HIỂM XÃ HỘI**

**BÙI NGỌC THANH\***

Luật Bảo hiểm xã hội (BHXH) hiện hành được Quốc hội khóa XI, kỳ họp thứ 9 thông qua ngày 29/6/2006. Luật này có hiệu lực thi hành khá đặc biệt, ở 3 thời điểm khác nhau: Thời điểm chung cho nhiều chế độ là 01/01/2007; riêng đối với BHXH tự nguyện thì từ ngày 01/01/2008; đối với BHXH thất nghiệp thì từ ngày 01/01/2009. Chế độ hưu trí (CĐHT) thuộc thời điểm hiệu lực chung 01/01/2007. Với mục đích bàn thảo để sửa đổi CĐHT trong Luật BHXH hiện hành, chúng tôi chỉ nêu lên một số điểm bất hợp lý của CĐHT hoặc những vấn đề mới phát sinh trong quá trình thực hiện và nêu ý kiến về nội dung kiến nghị sửa đổi mà không đánh giá toàn diện (mặt ưu, mặt được) việc thực thi CĐHT trong thời gian qua.

## **1. Một số tồn tại trong chế độ hưu trí**

- Phạm vi người được hưởng CĐHT được quy định mở rộng, từ những người đủ tuổi cho đến những người thiếu hàng chục tuổi (điểm b khoản 2 Điều 50; khoản 1 Điều 51); thậm chí không kể tuổi, miễn là suy giảm khả năng lao động từ 61% trở lên (điểm b khoản 1 Điều 55). Tuy nhiên, việc đó cũng không quan trọng (vì có đóng thì có hưởng) mà quan trọng hơn là nguyên tắc *đóng - hưởng* chưa được tôn trọng đầy đủ (đóng thấp, hưởng cao hơn đóng). Đây là một trong những nguyên nhân “đe dọa” vỡ

quỹ và cũng là khe hở để có thể lợi dụng. Cũng vì quy định người được hưởng CĐHT được mở rộng, nên số lượng người nghỉ hưu trước tuổi khá nhiều. Ngoài việc quy định lực lượng vũ trang thấp hơn dân sự 5 tuổi thì rất nhiều trường hợp thuộc khối hưu trí dân sự cũng nghỉ hưu trước tuổi. Theo số liệu của BHXH Việt Nam từ năm 2006, có tới 14,5% số người nghỉ hưu trước tuổi, trong đó nam 9,1%, nữ 21,3% so với tổng số người nghỉ hưu, làm cho số người nghỉ hưu tăng lên và số người hưởng lương hưu cũng tăng lên nhanh chóng, cụ thể là:

\* **TS. Nguyên Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội.**

1 Tài liệu Hội thảo “Giới và chính sách pháp luật xã hội” tại Quảng Ninh 31/10-01/11 năm 2009 của Ủy ban các vấn đề xã hội.



**Cơ cấu người nghỉ hưu<sup>1</sup>**

<i>Tổng số: 1.527.972 người</i>	<i>Nam: 810.131 người</i>	<i>Nữ: 717.841 người</i>
<i>Nghỉ đúng tuổi:</i>	<i>85,5% 90,9%</i>	<i>78,7%</i>
<i>Nghỉ dưới tuổi:</i>	<i>14,5% 9,1%</i>	<i>21,3%</i>

Năm 2012 tổng số người nghỉ hưu đã hơn 2 triệu người, nhưng các tỷ lệ trên vẫn tương tự.

- Do số lượng người nghỉ hưu tăng lên nhanh chóng nên tỷ số giữa số người đang làm việc so với số người nghỉ hưu giảm nhanh. Năm 1996 (sau một năm thành lập hệ thống các cơ quan BHXH), cứ 217 người đang làm việc mới có 1 người nghỉ hưu; năm 2000 là 34/1; năm 2004 là 19/1; năm 2007 là 14/1; năm 2010 chỉ còn 10,7/1<sup>2</sup>.

- Cũng theo nguồn số liệu trên, thời gian hưởng lương hưu của người nghỉ hưu đã kéo dài gần gấp đôi. Nếu từ năm 1995 về trước, nhất là thời kỳ “bao cấp”, người về hưu chỉ sống tiếp được trên dưới 10 năm thì nay, do đời sống vật chất, tinh thần được nâng cao, do thành tựu của y học và nhiều nguyên nhân khác mà tuổi thọ trung bình của người dân được nâng lên nhanh chóng, vào khoảng 19,5 năm. Nếu năm 1995 tuổi thọ trung bình là 65,2 thì năm 2000 là 67,8; năm 2005 là 71 và 2010 là 73 năm. Đây là thành tựu chứ không phải khuyết điểm tồn tại, nhưng đứng trên góc độ quỹ BHXH (hưu trí) thì đây là một khó khăn đáng kể.

- Chính sách BHXH nói chung, CĐHT nói riêng từ lâu đã phải “gánh vác” thay hoặc là một biện pháp bổ sung để thực hiện nhiều chế độ, chính sách khác, dẫn đến bản thân nó bị “vận vẹo, méo mó” cho đến bây giờ vẫn chưa nắn lại được. Riêng CĐHT, để phục vụ cho mục tiêu giảm biên chế giai đoạn 1985-1991, Nhà nước đã có nhiều văn

bản cho người lao động giảm tuổi đời để nghỉ hưu, thậm chí còn được “biểu thêm thời gian công tác” để được nghỉ hưu (thời ấy người lao động chưa phải đóng BHXH trực tiếp mà thời gian công tác được coi là thời gian đóng BHXH). Tại Nghị định số 236-HĐBT ngày 18/9/1985 của Hội đồng Bộ trưởng (nay là Chính phủ), Điều 1 cho phép một năm công tác được tính thành 1 năm 2 tháng; hoặc một năm 4 tháng; hoặc một năm 6 tháng tùy theo điều kiện lao động và chiến đấu trước đó. Như vậy có không ít trường hợp thời gian công tác được tính gấp 1,25 lần, thậm chí gấp 1,5 lần so với thời gian thực tế làm việc. Bốn năm sau, Hội đồng Bộ trưởng tiếp tục cho áp dụng biện pháp này để sắp xếp lại lao động trong các đơn vị kinh tế quốc doanh bằng Quyết định số 176/HĐBT/ ngày 9/10/1989; hai năm tiếp theo, Hội đồng Bộ trưởng lại cho áp dụng biện pháp này trong việc sắp xếp lại biên chế của khu vực hành chính, sự nghiệp bằng Quyết định số 111/HĐBT ngày 12/4/1991. Đến nay thực tế có đến 43,3% số người nghỉ hưu vẫn đi làm việc (nam 45,1%, nữ 41%). Nam tùy độ tuổi mà đi làm từ 137 đến 244 ngày/năm; nữ từ 149 đến 234 ngày/năm<sup>3</sup>.

- Có lẽ chỉ có ở nước ta mới lấy mức lương cao nhất hoặc mức lương ở thời điểm làm việc cuối cùng của người lao động “làm nền” để tính mức lương hưu cho người nghỉ hưu. Vì như trên đã nói, chính sách BHXH phải “gánh thêm” chính sách bảo trợ xã hội nữa nên mới phải tính như thế. Trước năm

<sup>2</sup> Báo Hà Nội mới điện tử ngày 04/10/2012.

<sup>3</sup> Tài liệu Hội thảo “Giới và chính sách pháp luật xã hội” tại Quảng Ninh 31/10-01/11 năm 2009 của Ủy ban các vấn đề xã hội.

1995 thì lấy mức lương cuối cùng để tính mức lương hưu được hưởng, nên tuyệt đại bộ phận những người trước khi nghỉ hưu đều được nâng thêm một bậc lương, một số trường hợp còn được nâng hai bậc, vì vậy tỷ lệ lương hưu rất cao (nhiều trường hợp tới 95%, còn đại bộ phận hưởng tỷ lệ 70-75%). Từ năm 1995 đến nay thì lấy mức lương trung bình của 5 năm cuối (tỷ lệ hưởng phần lớn cũng ở mức 65-75%). Cách làm này là bất hợp lý, làm nguy hại đến quỹ lương hưu trí, nhưng vì khi tại chức lương đã thấp, khi nghỉ hưu lại càng thấp hơn nên đành phải duy trì điều bất hợp lý đó. Còn các nước trên thế giới hầu như đều lấy mức lương trung bình của toàn bộ thời gian làm việc để làm nền tính mức lương hưu, đây là cách tính hợp lý nhất, công bằng nhất, vì ở nhiều nước, mức lương khi đương nhiệm khá cao; tỷ lệ lương hưu được hưởng phần lớn ở các nước cũng chỉ 35-45%, vì người nghỉ hưu ở những nước đó chỉ chi cho ăn uống là chủ yếu. Nếu có ai đó lương hưu không bảo đảm mức sống thì chính sách bảo trợ xã hội sẽ giải quyết (tình huống này rất hiếm).

### **2. Vài ý kiến về hướng sửa đổi, bổ sung**

#### ***Giải pháp tổng thể***

- Giải pháp tổng thể đầu tiên cho nhiều chính sách, trong đó có chính sách BHXH cũng như CĐHT, đó là chính sách tiền lương phải đúng đắn, đầy đủ và thỏa đáng. Khi ấy “nền tiền lương” để đóng BHXH sẽ được tôn cao lên, lúc đó mặc dù tỷ lệ đóng có thể không thay đổi nhưng mức đóng tuyệt đối vẫn tăng lên, đương nhiên Quỹ BHXH thu được cũng tăng lên. Ví dụ: Mức lương tối thiểu vùng mới được công bố và bắt đầu thực hiện từ 01/01/2013 được đánh giá là bảo đảm 60% mức sống tối thiểu. Trước mắt, Chính phủ trả đủ để bảo đảm 100%

mức sống tối thiểu. Lấy mức lương tối thiểu vùng I để tính thử; hiện nay là 2.350.000đ (60%), nếu trả đủ 100% sẽ là 3.916.667đ (làm tròn là 3.917.000đ). Hệ số lương trung bình của công nhân hiện tại lấy tròn là hai phẩy (2,0). Đã qua 6 năm thực hiện CĐHT rồi (từ 01/01/2007), nên công nhân phải đóng 8%, người sử dụng lao động đóng 14%, cả hai khoản là 22% mức lương công nhân được hưởng phải đóng vào Quỹ BHXH dài hạn. Như vậy, mỗi tháng, mỗi công nhân vùng I có trong quỹ bảo hiểm hưu trí và tử tuất 1,72 triệu đồng thay vì chỉ có 1 triệu đồng nếu chỉ bảo đảm 60% mức sống tối thiểu. Rõ ràng là tỷ lệ đóng không thay đổi nhưng nền tiền lương được tôn lên thì Quỹ cũng lớn lên. Việc này có thực hiện được không? Câu trả lời là Chính phủ hoàn toàn làm được. Về lý luận cũng như thực tiễn thì, ở khu vực sản xuất kinh doanh, không lẽ Chính phủ lại để cho “ông chủ” lấy đi của người lao động 40% lương của công nhân (mồ hôi, công sức của họ đã tiêu hao); còn ở khu vực quản lý hành chính và sự nghiệp công, không lẽ Chính phủ chỉ trả 37,5% lương cho người lao động và duy trì mãi tình trạng đó ở khu vực này với mức lương tối thiểu chung chỉ có 1.050.000đ<sup>4</sup>?

Theo chúng tôi, vào cuối nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIII, đầu khóa XIV, phải cải cách chính sách tiền lương mà mục tiêu - quan điểm theo Hội nghị lần thứ 5 Ban chấp hành Trung ương khóa XI là, “Chính sách tiền lương, BHXH và trợ cấp ưu đãi người có công là vấn đề lớn, rất quan trọng và có phạm vi điều chỉnh rộng, tác động trực tiếp đến đời sống của người hưởng lương, người nghỉ hưu và người có công. Xác định đúng và làm tốt vấn đề này sẽ tạo động lực phát triển kinh tế - xã hội, góp phần làm trong

4 Như Tài liệu nghiên cứu Nghị quyết Hội nghị lần thứ 5 BCH TƯ Đảng Cộng sản Việt Nam khóa XI, Nxb. Sự thật, trang 110 đã chỉ ra.

sạch bộ máy và nâng cao hiệu lực, hiệu quả hoạt động công vụ”<sup>5</sup>. Theo tính toán sơ bộ thì khi đó (2016-2017), mức lương tối thiểu trung bình của 4 vùng sẽ bằng mức lương trung bình của lao động Vietsopetro cách đây 23 năm là 300 đôla (bằng khoảng 6,5 triệu đồng Việt Nam hiện nay). Nếu nền tiền lương để tính đóng BHXH được như vậy thì chưa cần tăng tỷ lệ đóng, Quỹ BHXH nói chung, Quỹ hưu trí, tử tuất nói riêng sẽ tăng tương đối.

- Chính sách BHXH nói chung, CĐHT nói riêng phải độc lập (không được sử dụng CĐHT để giải quyết chính sách giảm biên chế, những người không đủ năng lực, mất tín nhiệm bị miễn nhiệm, bãi nhiệm, cách chức...). Có những quy định của luật nhằm ưu đãi lao động nữ nhưng lại bị chính họ phê phán như tuổi nghỉ hưu (Điều 50), mức lương hưu hàng tháng (Điều 52)... vì chưa rõ hoặc không có căn cứ khoa học... Chính sách BHXH không thể bị “lai ghép” với các chính sách khác, mà ngược lại, một số chính sách xã hội khác phải cùng chính sách hưu trí bảo đảm cho đời sống của người nghỉ hưu được ổn định. Một số nước như Úc, Trung Quốc, Malaixia... từ lâu đã thực hiện như thế. Ở những nước này, người ta xác định mức sống tối thiểu cho từng thời kỳ, nếu lương hưu của người nghỉ hưu chưa đạt đến mức tối thiểu đó thì Quỹ bảo trợ xã hội sẽ bù đắp cho bằng mức sống tối thiểu đã được xác định. Như vậy Quỹ lương hưu sẽ không bị xói mòn, lạm dụng.

- Thực hiện nghiêm chỉnh nguyên tắc *đóng - hưởng*. Việc thực hiện nguyên tắc này hoàn toàn không loại trừ nguyên tắc *chia sẻ*. Trên thực tế, nguyên tắc *chia sẻ* được áp dụng chủ yếu cho các chế độ BHXH ngắn hạn (ốm đau, thai sản, tai nạn

lao động, bệnh nghề nghiệp), còn CĐHT, tử tuất thì ai cũng phải qua (phần lớn là cả hai chế độ, một số người chỉ một). Luật BHXH hiện hành có tiến bộ là đã phân ra 3 quỹ thành phần ở Điều 89 (Quỹ ốm đau và thai sản; Quỹ tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp; Quỹ hưu trí và tử tuất). Trong ba quỹ đó, Quỹ hưu trí và tử tuất có phần thuận lợi hơn về hạch toán thu - chi, vì rất ít phải chia sẻ, do đó việc thực hiện nghiêm chỉnh nguyên tắc *đóng - hưởng* cũng có phần dễ dàng hơn. Nói theo nguyên lý thì quỹ này có phần tồn dư, do có một số người không hưởng CĐHT, vì đã chết lúc đương nhiệm.

***Kiến nghị cụ thể***

Theo chúng tôi, ở Điều 5, khoản 1 cần thêm cụm từ *theo nguyên tắc đóng - hưởng* và viết lại như sau: 1. Mức hưởng BHXH được tính trên cơ sở mức đóng, thời gian đóng BHXH *theo nguyên tắc đóng - hưởng* và có chia sẻ giữa những người tham gia BHXH.

Bộ luật Lao động (BLLĐ) có hiệu lực thi hành từ ngày 01/5/2013, tại Điều 187-Tuổi nghỉ hưu, khoản 3 quy định “Người lao động có chuyên môn kỹ thuật cao, người lao động làm công tác quản lý và một số trường hợp đặc biệt khác có thể nghỉ hưu ở tuổi cao hơn nhưng không quá 05 năm so với quy định tại khoản 1 Điều này” (khoản 1 Điều này quy định nam đủ 60 tuổi, nữ đủ 55 tuổi). Còn Luật BHXH được ban hành năm 2006 chưa có quy định nào cho người làm việc quá tuổi nghỉ hưu mà vẫn tại nhiệm như quy định của BLLĐ năm 2012. Đây là “điểm thiếu” hiện tại cho cả lao động nam và nữ. Do đó, khi sửa đổi Luật BHXH phải bổ sung “điểm thiếu” này vào. Tuy vậy, có một ưu đãi mà một số người cho là bất bình đẳng

5 Văn kiện Hội nghị lần thứ 5 BCH TƯ khóa XI, trang 135.

được quy định ở đoạn cuối khoản 1 Điều 52 Luật BHXH, đó là "...sau đó cứ mỗi năm đóng BHXH thì tính thêm 2% đối với nam và 3% đối với nữ; mức tối đa bằng 75%". Ở đây phát sinh vấn đề là, những lao động nữ đã làm việc đến 60 tuổi và hơn 60 tuổi thì có áp dụng mỗi năm tính thêm 3% không? Mặt khác, căn cứ khoa học hay thực tiễn nào để tính thêm nữ 3% mà nam chỉ có 2%, không lẽ trong 25 năm đóng BHXH của lao động nữ lại có hiệu quả gấp rưỡi so với 30 năm đóng BHXH của lao động nam? Điều đó chỉ có thể giải thích như khi xây dựng Luật BHXH năm 2006 là, để lao động nữ không bị giảm mức lương hưu khi nghỉ hưu so với lao động nam cùng làm một loại công việc, cùng chức danh. Và quy định như thế đã làm cho Quỹ lương hưu phải gánh thêm chức năng bảo trợ xã hội. Vì vậy, cần quy định lại 2% như nhau, nếu lao động nữ nghỉ hưu ở tuổi 55 mà thu nhập thấp hơn lao động nam nghỉ hưu ở tuổi 60 thì giải quyết bằng quỹ khác chứ không nên xử lý bằng Quỹ lương hưu. Đoạn cuối khoản 1 Điều 52 nói trên nên sửa lại như sau: "sau đó cứ mỗi năm đóng BHXH thì tính thêm 2%; mức tối đa bằng 75%".

- Hiện nay có 5 đạo luật điều chỉnh 5 khối lao động mà tính chất lao động, thời gian làm việc, chế độ tiền lương... khác nhau, đó là: BLLĐ năm 2002; Luật Cán bộ, công chức năm 2008, tại khoản 1 Điều 31 và khoản 1 Điều 60 đều quy định cán bộ, công chức *nghỉ hưu theo quy định của BLLĐ*; Luật Viên chức năm 2010, tại khoản 1 Điều 46 cũng quy định có tính chất "bắc cầu", "Viên chức được hưởng CDHT theo quy định của pháp luật về lao động và pháp luật về BHXH"; Luật Công an nhân dân năm 2005 quy định tuổi nghỉ hưu theo cấp, hàm rất phức tạp, nhưng về CDHT thì quy định: Sĩ quan Công an nhân dân có đủ điều kiện BHXH của Nhà nước thì được nghỉ

hưu...; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Sĩ quan Quân đội nhân dân Việt Nam 2008 cũng quy định tuổi nghỉ hưu theo cấp, hàm rất phức tạp. Riêng CDHT thì quy định: Sĩ quan thôi phục vụ tại ngũ theo các hình thức *nghỉ hưu*, chuyển ngành, phục viên, nghỉ theo chế độ bệnh binh (quy định như vậy được hiểu là, nếu nghỉ hưu thì nghỉ theo CDHT chung); nhưng chính sách BHXH, CDHT lại "gò" vào một đạo luật, đó là Luật BHXH. Song điều đáng bàn là trên thực tế việc thực hiện lại khác nhau (chứ không phải thống nhất). Lực lượng vũ trang có chế độ tiền lương, tuổi nghỉ hưu, chế độ lương hưu, chính sách BHXH riêng... nói chung khá phức tạp do tính chất lao động, tính chất công việc tạo nên, xin sẽ bàn tiếp sau. Còn ba khối lao động do BLLĐ; Luật Cán bộ, công chức; Luật Viên chức điều chỉnh thì nên xem xét quy định cho rành mạch hơn, bảo đảm tính công bằng, phù hợp với tính chất và điều kiện lao động của mỗi khối. Do đó, chúng tôi kiến nghị nên *xây dựng mức lương tối thiểu, hoặc mức lương khởi điểm riêng cho cán bộ, công chức và viên chức* vì tính chất lao động tư duy - trí óc khác với lao động cơ bắp - chân tay. Tại khoản 1 Điều 61 Luật BHXH quy định, người nghỉ hưu ở thời điểm nào thì lương hưu được tính theo mức lương tối thiểu chung ở thời điểm đó. Giả dụ một cán bộ nghỉ hưu vào tháng 3 năm 2013 thì tính lương hưu theo mức 1.050.000đ; còn một lao động doanh nghiệp ở vùng I thì tính lương hưu theo mức 2.350.000đ, hay là vùng IV (vùng có mức lương tối thiểu thấp nhất là 1.650.000đ) thì liệu có hợp lý giữa lao động trí óc và lao động chân tay không? Hơn nữa, bây giờ cũng không còn mức lương tối thiểu chung nữa nên việc xây dựng mức lương tối thiểu hay mức lương khởi điểm cho lao động khu vực hành chính, sự nghiệp công là việc cần thiết phải làm ■

# ĐIỀU KIỆN VỀ HÌNH THỨC CỦA HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ

VÕ MINH TRÍ \*

**H**ình thức hợp đồng là sự biểu hiện ra bên ngoài nội dung của hợp đồng, gồm tổng hợp các hình thức, thủ tục, phương tiện để thể hiện và công bố ý chí của các bên, ghi nhận nội dung hợp đồng và là biểu hiện cho sự tồn tại của hợp đồng<sup>1</sup>.

Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là hợp đồng được ký kết giữa các thương nhân có trụ sở thương mại (địa điểm kinh doanh) nằm trên lãnh thổ của các quốc gia khác nhau<sup>2</sup>. Về nguyên tắc, quy định pháp luật về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế của mỗi nước phải phù hợp với pháp luật về hợp đồng của nước đó. Tùy theo quan niệm pháp lý khác nhau mà các hệ thống pháp luật trên thế giới quy định khác nhau về yếu tố hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có phải là điều kiện bắt buộc để hợp đồng có hiệu lực hay không. Ở Việt Nam hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là điều kiện có hiệu lực của hợp đồng<sup>3</sup>.

## 1. Quan điểm về hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế

Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế chỉ được công nhận có hiệu lực nếu nó được thể hiện dưới một hình thức nhất định, phù hợp với quy định của pháp luật áp dụng. Đây là điều kiện bắt buộc nhằm chứng minh sự tồn tại của hợp đồng. Hình thức của hợp đồng được thừa nhận và quy định trong pháp luật của hầu hết các quốc gia<sup>4</sup>. Có hai quan điểm về hình thức của hợp đồng<sup>5</sup>:

- *Quan điểm thứ nhất:* Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có thể được ký kết bằng lời nói, bằng văn bản, bằng hành vi hoặc các hình thức gián tiếp như đơn thư chào hàng, đặt hàng, fax, thư điện tử (giao dịch điện tử)... do các bên tự do thỏa thuận. Các nước theo quan điểm này hầu hết là các nước có nền kinh tế thị trường phát triển, như Anh, Pháp, Mỹ... Công ước Viên 1980 của Liên hiệp quốc về hợp đồng mua bán

\* **ThS., Bộ môn Nghiệp vụ cơ sở, Trường Trung cấp Cảnh sát nhân dân III**

- 1 Lê Minh Hùng (2010), *Hiệu lực pháp luật của hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam*, Luận án TS, Đại học Luật TP.HCM, tr 51.
- 2 Xem Nguyễn Văn Luyện, Lê Thị Bích Thọ, Dương Anh Sơn (2009), *Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế*, NXB Đại học quốc gia TP. HCM, tr 17.
- 3 Khoản 2, Điều 27 Luật Thương mại 2005.
- 4 *Pháp luật hợp đồng của các nước Pháp, Mỹ và nhiều nước khác đều không phủ nhận vai trò và sự ảnh hưởng quan trọng của hình thức hợp đồng. Xem thêm Phạm Duy Nghĩa (2001), Tìm hiểu pháp luật Hoa Kỳ trong điều kiện Việt Nam hội nhập kinh tế khu vực và thế giới*, NXB Chính trị quốc gia, tr. 177; Corinne Renault – Brahinsky (2002), *Đại cương về pháp luật hợp đồng*, NXB Văn hóa thông tin, tr 64; Mc Kendrick E. (2001), *Contract Law*, Macmillan, tr 74-9; Richard Stone (2002), *The Modern law of contract*, Cavendish, tr 73-4.
- 5 Xem Bùi Thị Thu, *Giáo trình luật tư pháp quốc tế*, NXB Giáo Dục, H., 2010, tr 244.

hàng hóa quốc tế đã xây dựng các quy phạm thực chất thống nhất, về điều kiện này Công ước cho phép các bên có thể xác lập hợp đồng với mọi hình thức, kể cả thông qua người làm chứng.

- *Quan điểm thứ hai:* Một số nước lại đưa ra các yêu cầu bắt buộc về hình thức đối với hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế mới được công nhận hiệu lực pháp lý. Ví dụ, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế phải được ký kết dưới hình thức văn bản, phải được phê chuẩn, hoặc có công chứng... mới có hiệu lực. Đây là quan điểm của một số nước đang phát triển, như Việt Nam. Nếu hợp đồng bắt buộc phải được ký bằng văn bản thì mọi sự thay đổi, bổ sung của nó cũng phải được lập thành văn bản.

### **2. Quy định của pháp luật các nước và các điều ước quốc tế**

Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có thể được điều chỉnh bởi điều ước quốc tế, pháp luật quốc gia hoặc tập quán thương mại quốc tế. Để xác định pháp luật áp dụng đối với hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, pháp luật của các quốc gia chủ yếu áp dụng nguyên tắc “Hình thức hợp đồng phải phù hợp với luật nơi giao kết hợp đồng đó” (*locus regit actum*).

Cơ sở lý luận của nguyên tắc này<sup>6</sup> xuất phát từ việc cho rằng, hành vi giao kết hợp đồng là một dạng hành vi pháp lý, nên hành vi pháp lý luôn phải tuân thủ pháp luật nước nơi thực hiện hành vi (nguyên tắc *locus regit actum*)... Nguyên tắc này có hai ý nghĩa, một mặt nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho các bên giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa có yếu tố nước ngoài, phải tôn trọng pháp luật nơi thực hiện hành vi; mặt khác nhằm đảm bảo cho trật tự của pháp luật quốc gia nơi thực hiện hành vi.

Nguyên tắc hình thức hợp đồng phải phù hợp với luật nơi giao kết hợp đồng có hai tính chất:

- *Thứ nhất*, nguyên tắc này có tính chất bắt buộc trong trường hợp đối với một số

hợp đồng mua bán hàng hóa đặt biệt, đòi hỏi hợp đồng phải tuân thủ một số điều kiện nhất định (bằng văn bản, có đăng ký, công chứng...).

- *Thứ hai*, nguyên tắc này cũng mang tính chất tùy nghi, chủ yếu áp dụng với các loại hợp đồng mua bán hàng hóa mà luật không yêu cầu tuân thủ các điều kiện hình thức. Trong trường hợp này, hình thức hợp đồng vẫn được công nhận mặc dù không phù hợp với luật nơi giao kết.

Đối với các nước Đông Âu, người ta căn cứ vào luật nơi ký kết hợp đồng hoặc luật nơi thực hiện hợp đồng, trên cơ sở ưu tiên áp dụng luật nơi ký kết hợp đồng để giải quyết xung đột pháp luật về hình thức hợp đồng. Trong trường hợp hợp đồng ký kết ở một nước nhưng thực hiện ở nước khác thì luật nơi ký kết hợp đồng vẫn được áp dụng để xem xét hình thức hợp đồng. Nếu luật nơi ký kết hợp đồng không hợp pháp về mặt hình thức thì luật nơi thực hiện hợp đồng vẫn có thể được áp dụng để xem xét hình thức hợp đồng khi tòa án nơi giải quyết tranh chấp xét thấy hình thức của hợp đồng không trái với quy định của pháp luật nước mình. Trong khi đó, pháp luật của đa số các nước Bắc Âu, Tây Âu và Châu Mỹ khi giải quyết xung đột về hình thức hợp đồng thì luật nơi ký kết hợp đồng được ưu tiên áp dụng. Trong trường hợp nêu hợp đồng bị coi là bất hợp pháp về mặt hình thức theo luật nơi ký kết nhưng theo luật nhân thân của các bên hợp đồng hoặc theo luật tòa án nơi giải quyết tranh chấp coi hợp đồng là hợp pháp về mặt hình thức thì hợp đồng vẫn có giá trị pháp lý<sup>7</sup>.

Các hiệp định song phương mà Việt Nam ký kết với các nước không quy định cụ thể về pháp luật áp dụng đối với hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, nhưng phần quy định chung về hình thức hợp đồng đều nêu rõ “hình thức hợp đồng được xác định theo pháp luật của bên ký kết áp dụng đối với chính hợp đồng đó. Tuy

6 Bùi Thị Thu, *Giáo trình luật tư pháp quốc tế*, NXB Giáo dục, H., 2010, tr 245.

7 Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật Tư pháp quốc tế*, NXB Tư pháp, H., 2007, tr 137.

nhiên, hợp đồng tuân theo pháp luật nơi ký kết hợp đồng cũng được coi là hợp thức”<sup>8</sup>. Trong Hiệp định tương trợ tư pháp giữa Việt Nam với Lào quy định về hình thức hợp đồng có điểm khác, hình thức hợp đồng tuân theo pháp luật của nước ký kết nơi giao kết hợp đồng<sup>9</sup>. Như vậy, quy định trong các hiệp định song phương trên có sự khác nhau, nhưng cùng thừa nhận hệ thuộc luật nơi có bất động sản đối với hợp đồng về bất động sản và cũng thừa nhận hệ thuộc luật nơi giao kết có thể là luật xác định điều kiện có hiệu lực về hình thức của hợp đồng.

Khác với các quy định trong pháp luật các nước, cũng như các hiệp định tương trợ tư pháp mà Việt Nam ký kết với các nước, Công ước Viên 1980 của Liên hiệp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG) quy định tại Điều 11: “Hợp đồng có thể được giao kết bằng văn bản, lời nói, hành vi và các hình thức khác, kể cả thông qua người làm chứng”. Tuy nhiên, Công ước Viên cũng cho phép các quốc gia có quyền bảo lưu không áp dụng Điều 11 này, theo đó hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế bắt buộc phải tuân thủ những điều kiện nhất định về hình thức của pháp luật quốc gia mới được công nhận có hiệu lực<sup>10</sup>.

Các nguyên tắc cơ bản điều chỉnh hợp đồng thương mại quốc tế (PICC) của Viện thống nhất về tư pháp quốc tế (UNIDROIT) quy định các bên được quyền thỏa thuận về hình thức hợp đồng. Tuy nhiên, sự thỏa thuận này phải được cơ quan có thẩm quyền chấp thuận.

Theo PICC 2010, tại Khoản 2 Điều 1 còn quy định hợp đồng có thể được chứng minh “kể cả bằng nhân chứng”. Khoản 2 Điều 9 Công ước Rome 1980 về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng quy định

rằng trong trường hợp các bên ký kết hợp đồng ở các nước khác nhau, hợp đồng còn có hiệu lực nếu thỏa mãn điều kiện về hình thức của pháp luật điều chỉnh hợp đồng của một trong các nước này. Như vậy, quy định trong các văn bản này là khá thông thoáng nhằm thừa nhận rộng rãi nhất điều kiện hiệu lực về hình thức của hợp đồng.

### **3. Quy định của pháp luật Việt Nam**

Để xác định hiệu lực của hợp đồng, pháp luật Việt Nam tại Điều 770 Khoản 1 Bộ luật Dân sự (BLDS) 2005 quy định:

“Hình thức của hợp đồng phải tuân theo pháp luật của nước nơi giao kết hợp đồng. Trong trường hợp hợp đồng được giao kết ở nước ngoài mà vi phạm quy định về hình thức hợp đồng theo pháp luật của nước đó, nhưng không trái với quy định về hình thức hợp đồng theo pháp luật Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam thì hình thức hợp đồng được giao kết ở nước ngoài đó vẫn được công nhận tại Việt Nam”.

Như vậy, quy định của pháp luật Việt Nam có sự thống nhất với các quy định trong các Hiệp định tương trợ tư pháp mà Việt Nam ký kết với các nước, tương đồng với quy định của các nước Bắc Âu, Tây Âu và Mỹ. Với cách quy định nguyên tắc chung như trên, có thể thấy, pháp luật Việt Nam không cho phép các chủ thể lựa chọn pháp luật điều chỉnh hình thức hợp đồng.

Tuy vậy, quy định này áp dụng trên thực tế còn gặp khó khăn, bởi lẽ việc xác định pháp luật nơi ký kết là nơi nào không hề đơn giản. Đặc biệt trong trường hợp giao kết vắng mặt, không có nơi giao kết hợp đồng, Điều 771 BLDS 2005 quy định: “Trong trường hợp giao kết hợp đồng vắng mặt thì việc xác định nơi giao kết hợp đồng phải tuân theo pháp luật của nước nơi cư trú của

8 Điều 40, Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam – Mông Cổ ngày 17/4/2000. Điều 34, Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam – Liên bang Nga ngày 25/8/1998.

9 Điều 21, Hiệp định tương trợ tư pháp Việt Nam – Lào ngày 6/7/1998.

10 Điều 96 Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế quy định: “Nếu luật của một quốc gia thành viên quy định hợp đồng mua bán phải được ký kết hay xác nhận bằng văn bản, thì quốc gia đó có thể bất cứ lúc nào tuyên bố các quy định về hình thức hợp đồng theo Công ước sẽ không được áp dụng nếu như chỉ cần một trong các bên có trụ sở thương mại tại một trong các nước thành viên”. Xem thêm Nguyễn Văn Luyện, Lê Thị Bích Thọ, Dương Anh Sơn (2009), *Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế*, NXB Đại học quốc gia TP. HCM, tr 21.

cá nhân hoặc nơi có trụ sở chính của pháp nhân là bên đề nghị giao kết hợp đồng”. Liên quan đến quy định trong điều khoản này có thể hiểu theo nhiều hướng khác nhau, vì vậy có thể gây khó khăn khi áp dụng trong thực tiễn nếu các bên trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có lập luận giải thích khác nhau. Lập luận thứ nhất, giải thích theo hướng có thể áp dụng để xác định nơi giao kết hợp đồng, vì nội dung điều khoản này nêu rõ về cách xác định, hơn nữa cách xác định này phù hợp với cách xác định nơi giao kết hợp đồng quy định tại Điều 403 BLDS 2005<sup>11</sup> (tính thống nhất của luật). Lập luận thứ hai, trái lại, cho rằng không thể áp dụng quy định này để xác định nơi giao kết hợp đồng, với lý do nó nằm ở một điều khoản riêng biệt với điều khoản quy định về hình thức hợp đồng.

Bên cạnh đó, cũng phải thấy rằng quy định trên cũng chỉ hướng dẫn về trường hợp giao kết hợp đồng vắng mặt, nếu giao kết hợp đồng trong trường hợp có mặt không có cách xác định nơi giao kết thì giải quyết như thế nào? Không phải mọi trường hợp giao kết hợp đồng có mặt trực tiếp của các chủ thể thì việc xác định nơi giao kết dễ dàng. Giả sử hợp đồng bằng văn bản, các bên trong hợp đồng thỏa thuận với nhau về các điều khoản hợp đồng ở một nước và ký kết hợp đồng tại một nước khác thì nơi giao kết hợp đồng là nơi nào? Hoặc trường hợp giao kết hợp đồng từng phần khi đó hợp đồng bộ phận về hình thức phải tuân thủ pháp luật nơi giao kết hợp đồng bộ phận hay không?

Tuy nhiên, theo quy định của pháp luật Việt Nam, để hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được công nhận hiệu lực pháp lý thì hình thức hợp đồng phải đáp ứng yêu cầu bắt buộc thể hiện dưới hình thức bằng văn bản và mọi sự thay đổi bổ sung của nó phải được lập thành văn bản.

Khoản 2 Điều 27 Luật Thương mại (Luật TM) 2005 Việt Nam quy định: “Mua bán hàng hóa quốc tế phải được thực hiện trên cơ sở hợp đồng bằng văn bản hoặc hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương”.

Như vậy, Luật TM 2005 quy định hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế phải được thể hiện bằng văn bản, nhưng Luật TM 2005 cũng như các Nghị định, Thông tư hướng dẫn không quy định rõ cụ thể hình thức nào được coi là hình thức văn bản. Chính vì vậy đã gây khó khăn cho các chủ thể khi tham gia đàm phán, ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. Trong thực tiễn pháp lý Việt Nam cũng như thông lệ quốc tế, hình thức văn bản của hợp đồng thương mại quốc tế nói chung và hình thức văn bản của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là “hình thức viết” (writing form). Vì vậy, để tạo điều kiện thuận lợi và tránh những tranh chấp phát sinh không cần thiết cho các doanh nghiệp, cũng như các cơ quan xét xử trong quá trình giải quyết tranh chấp, pháp luật thương mại Việt Nam nên quy định rõ hình thức văn bản của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là hình thức viết.

Các hình thức có giá trị pháp lý tương đương ở đây bao gồm điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu và các hình thức khác theo quy định của pháp luật<sup>12</sup>. Điều này có nghĩa là pháp luật Việt Nam đã thừa nhận những hợp đồng ký theo hình thức số hóa, mua bán qua mạng, bản fax, thư điện tử... có giá trị pháp lý như ký bằng văn bản. Thực chất, đây chính là hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế được ký kết dưới dạng hợp đồng điện tử<sup>13</sup>. Tuy nhiên, các bên tham gia hợp đồng cũng nên lưu ý rằng, bên cạnh những tiện ích mà hợp đồng điện tử mang lại, các bên phải đối mặt với nhiều rủi ro, cả về mặt kỹ thuật, cả về mặt thương mại, cũng như cả về mặt pháp lý.

11 Điều 403 BLDS 2005 quy định: Địa điểm giao kết hợp đồng dân sự.

*“Địa điểm giao kết hợp đồng dân sự do các bên thỏa thuận; nếu không có thỏa thuận thì địa điểm giao kết hợp đồng dân sự là nơi cư trú của cá nhân hoặc trụ sở của pháp nhân đã đưa ra đề nghị giao kết hợp đồng”.*

12 Xem Điều 3 Khoản 15 Luật TM Việt Nam 2005.

13 Điều 33 Luật Giao dịch điện tử 2005, quy định: “Hợp đồng điện tử là hợp đồng được thiết lập dưới dạng thông điệp dữ liệu”.



Như vậy, nếu Việt Nam tham gia vào Công ước Viên 1980 của Liên hiệp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế thì Việt Nam được quyền bảo lưu, không áp dụng Điều 11 của Công ước<sup>14</sup>, vì pháp luật Việt Nam quy định hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế phải được ký kết bằng văn bản. Để giải quyết xung đột về hình thức hợp đồng, cần xác định vào hệ thống pháp luật được áp dụng để xem xét hiệu lực hình thức hợp đồng. Ở Việt Nam, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế muốn được công nhận giá trị pháp lý về mặt hình thức thì phải được lập bằng văn bản. Ký kết bằng văn bản sẽ giúp các bên tham gia hợp đồng có được bằng chứng đầy đủ khi phải ra tranh tụng trước cơ quan tài phán trong trường hợp có tranh chấp phát sinh. Ký kết bằng văn bản sẽ tạo điều kiện cho sự kiểm tra, giám sát việc thực hiện hợp đồng có hiệu quả hơn. Ngoài ra, ký kết hợp đồng bằng văn bản cũng tỏ rõ nhiều ưu thế hơn so với hình thức thức phi văn bản.

Sự tuân thủ hình thức của hợp đồng được luật quy định (chủ yếu là hình thức văn bản) được chế ước trước hết bằng một số chế tài nhất định trong những trường hợp không tuân thủ quy định này: hình thức với nguy cơ hợp đồng không có hiệu lực; hình thức với mục đích là chứng cứ; hình thức để đạt được kết quả nhất định của hành vi pháp lý<sup>15</sup>.

### ***Ngoại lệ***

Đây là những trường hợp không áp dụng luật nơi giao kết để xác định hiệu lực hình thức hợp đồng, mà luôn áp dụng pháp luật Việt Nam. Đó là các trường hợp:

- Trường hợp hợp đồng giao kết ở nước ngoài, vi phạm pháp luật nước ngoài về hình thức giao kết nhưng không trái với quy định của pháp luật Việt Nam về vấn đề này thì hình thức hợp đồng đó vẫn được công nhận ở Việt Nam<sup>16</sup>.

- Hợp đồng được giao kết tại Việt Nam

và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam thì phải tuân theo pháp luật Việt Nam<sup>17</sup>.

Ngoài ra, luật nơi giao kết hợp đồng cũng sẽ không được áp dụng trong các trường hợp giao kết vắng mặt, thông qua giao dịch điện tử.

### **Kết luận**

Hình thức là một yếu tố pháp lý quan trọng của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, có quan hệ biện chứng với bản chất, giá trị hiệu lực của hợp đồng và là phương tiện để diễn đạt ý chí của các bên, cũng như chứng minh sự tồn tại của hợp đồng. Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là hợp đồng không giống như hợp đồng trong phạm vi lãnh thổ của một quốc gia (hợp đồng nội địa), nguồn luật điều chỉnh của nó rất phong phú và đa dạng, bao gồm điều ước quốc tế, pháp luật quốc gia và tập quán thương mại quốc tế. Cho nên, muốn hợp đồng được công nhận giá trị pháp lý về mặt hình thức thì hình thức của hợp đồng phải tuân thủ pháp luật áp dụng cho hợp đồng đó. Trong trường hợp đó, hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế không được lập đúng hình thức theo quy định của pháp luật áp dụng thì có thể bị cơ quan tài phán (tòa án, trọng tài) tuyên bố vô hiệu. Nhận thức đúng về hình thức, mức độ ảnh hưởng của hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế đối với quan hệ pháp luật hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế có ý nghĩa lý luận và thực tiễn quan trọng trong việc xây dựng các quy định pháp luật Việt Nam về hình thức, các hậu quả pháp lý thích ứng đối với các hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế vi phạm hình thức, tạo cơ sở lý luận để giải thích và áp dụng pháp luật trong việc giải quyết các tranh chấp từ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, cũng như giúp các bên tham gia đàm phán ký kết hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế lựa chọn hình thức hợp đồng phù hợp với pháp luật áp dụng ■

14 Công ước Viên 1980 về mua bán hàng hóa quốc tế quy định tại điều 96 cho phép các thành viên công ước được phép bảo lưu không áp dụng Điều 11, bắt buộc hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế phải bằng văn bản.

15 Nguyễn Văn Luyện, Lê Thị Bích Thọ, Dương Anh Sơn (2009), Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế, NXB Đại học quốc gia TP. HCM, tr 20.

16 Khoản 1 Điều 770 BLDS 2005.

17 Khoản 1 Điều 769 BLDS 2005.

# **ĐỀ XUẤT HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ NHIỆM VỤ QUYỀN HẠN CỦA VIỆN KIỂM SÁT TRONG BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ**

**NGUYỄN TẤN HẢO\***

Sau gần 10 năm áp dụng vào thực tiễn, Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003 (Bộ luật TTHS) đã bộc lộ một số điểm bất cập và hạn chế, đặc biệt là các quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của Viện Kiểm sát trong việc thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra, truy tố, xét xử, nên cần thiết phải được sửa đổi, bổ sung để nâng cao hiệu quả công tác giải quyết các vụ án hình sự, đáp ứng yêu cầu cải cách tư pháp theo tinh thần Nghị quyết 49 của Bộ Chính trị.

Bài viết trình bày một số điểm vướng mắc, bất cập lớn, điển hình của Bộ luật TTHS năm 2003 về nhiệm vụ, quyền hạn của Viện Kiểm sát trong giai đoạn khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử và nêu ra một số kiến nghị, định hướng phục vụ việc sửa đổi bổ sung Bộ luật TTHS trong thời gian tới.

## **1. Kiểm sát việc giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố**

Theo quy định tại Điều 104 Bộ luật TTHS thì ngoài Cơ quan điều tra (CQĐT) thì các cơ quan Hải quan, Kiểm lâm, Bộ đội Biên phòng, Cảnh sát biển và các cơ quan khác của Công an nhân dân, Quân đội nhân dân cũng được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra, có quyền ra quyết định khởi tố vụ án hình sự. Điều 100 Bộ luật TTHS xác định căn cứ khởi tố vụ án hình sự có tố giác, tin báo về tội phạm.

Quy định từ hai điều luật nêu trên khẳng định, các cơ quan như Hải quan, Kiểm lâm,

Bộ đội Biên phòng, Cảnh sát biển và các cơ quan khác của Công an nhân dân, Quân đội nhân dân được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra có nhiệm vụ tiếp nhận và *giải quyết* tố giác, tin báo về tội phạm.

Hoạt động tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm của Hải quan, Kiểm lâm, Bộ đội Biên phòng, Cảnh sát biển và các cơ quan khác của Công an nhân dân, Quân đội nhân dân được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra đòi hỏi phải có sự tham gia kiểm sát của Viện Kiểm sát để đảm bảo công tác này đúng pháp luật, chặt chẽ, kịp thời.

\* ThS. Viện KSND TP. Hồ Chí Minh

Tuy nhiên, Bộ luật TTHS năm 2003 không quy định hoạt động kiểm sát việc tiếp nhận và giải quyết tin báo tố giác tội phạm của các cơ quan Hải quan, Kiểm lâm, Bộ đội Biên phòng, Cảnh sát biển và các cơ quan khác của Công an nhân dân, Quân đội nhân dân được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra.

Thiếu sót này không chỉ ảnh hưởng đến việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ của Viện Kiểm sát mà còn dẫn đến nguy cơ tố giác, tin báo về tội phạm không được xử lý đầy đủ, kịp thời, dẫn đến bỏ lọt tội phạm.

Để khắc phục hạn chế nêu trên, chúng tôi đề nghị bổ sung quy định về việc *kiểm sát việc tiếp nhận và giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm* của các cơ quan Hải quan, Kiểm lâm, Bộ đội Biên phòng, Cảnh sát biển và các cơ quan khác của Công an nhân dân, Quân đội nhân dân được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra.

Cụ thể, điều chỉnh khoản 4 Điều 103 theo hướng: “Viện Kiểm sát có trách nhiệm kiểm sát việc *tiếp nhận, thụ lý và giải quyết* của Cơ quan điều tra, *Hải quan, Kiểm lâm, Bộ đội Biên phòng, Cảnh sát biển và các cơ quan khác của Công an nhân dân, Quân đội nhân dân được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra*, đối với tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố”.

Ngoài ra, về thời hạn giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố theo quy định hiện nay là không quá 20 ngày, trường hợp phức tạp không quá 02 tháng theo quy định tại khoản 2 Điều 103 Bộ luật TTHS là chưa phù hợp, do hiện nay, tội phạm được thực hiện ở nhiều nơi, nhiều lĩnh vực, tính chất phức tạp ngày càng cao, do đó, thời hạn nêu trên là chưa thực sự đảm bảo. Cần thiết điều chỉnh, bổ sung quy định về thời hạn giải quyết tố giác tin báo tội phạm và kiến nghị khởi tố theo hướng linh hoạt, phù hợp với tính chất của từng loại tố giác tin báo để giảm áp lực cho cơ quan chức năng trong công tác này.

## 2. Giai đoạn khởi tố

*Thứ nhất*, về thẩm quyền khởi tố bị can của Viện Kiểm sát, khoản 5 Điều 126 Bộ luật TTHS quy định: “Trong trường hợp phát hiện có người đã thực hiện hành vi phạm tội chưa bị khởi tố thì Viện Kiểm sát yêu cầu CQĐT ra quyết định khởi tố bị can.

Sau khi nhận hồ sơ và kết luận điều tra mà phát hiện có người khác đã thực hiện hành vi phạm tội trong vụ án mà chưa bị khởi tố thì Viện Kiểm sát ra quyết định khởi tố bị can. Trong thời hạn 24 giờ, kể từ khi ra quyết định khởi tố bị can Viện Kiểm sát phải gửi cho CQĐT để tiến hành điều tra”.

Trong hoạt động đấu tranh phòng chống tội phạm, yếu tố kịp thời giữ một vai trò quan trọng quyết định hiệu quả, chất lượng của công tác này. Do đó, khi phát hiện có người thực hiện hành vi phạm tội nhưng chưa bị khởi tố thì việc xem xét quyết định khởi tố xử lý ngay là hết sức cần thiết. Tuy nhiên, với quy định của khoản 5 Điều 126 Bộ luật TTHS thì trong trường hợp CQĐT không thực hiện yêu cầu khởi tố bị can của Viện Kiểm sát thì Viện Kiểm sát phải đợi đến khi vụ án kết thúc điều tra, hồ sơ chuyển sang Viện Kiểm sát thì mới có quyền ra quyết định khởi tố bị can. Trong trường hợp này sẽ không thể bảo đảm tính kịp thời hiệu quả của công tác xử lý vụ án.

Bên cạnh đó, quy định của khoản 5 Điều 126 Bộ luật TTHS không đề cập đến thời hạn CQĐT phải thực hiện yêu cầu khởi tố bị can theo yêu cầu của Viện Kiểm sát. Và trong trường hợp CQĐT không chấp nhận yêu cầu khởi tố bị can thì sẽ phản hồi cho Viện Kiểm sát như thế nào và giải quyết sự khác biệt quan điểm xử lý trong tình huống này ra sao, điều luật cũng không đề cập tới.

Ngoài ra, điều luật cũng chưa dự liệu biện pháp xử lý đối với trường hợp yêu cầu khởi tố bị can của Viện Kiểm sát là có cơ sở, có căn cứ, nhưng CQĐT không thực hiện.

Các thiếu sót nêu trên làm giảm hiệu quả của việc yêu cầu khởi tố bị can của Viện Kiểm sát, làm giảm tính chủ động của Viện Kiểm sát trong hoạt động thực hành quyền công tố và ảnh hưởng trực tiếp đến hiệu quả của công tác đấu tranh phòng chống tội phạm.

Cần thiết có sự điều chỉnh sửa đổi, bổ sung quy định của Điều 126 Bộ luật TTHS theo hướng quy định thời hạn cho CQĐT thực hiện yêu cầu khởi tố bị can của Viện Kiểm sát. Trong trường hợp CQĐT không thống nhất khởi tố phải có văn bản trả lời cho Viện Kiểm sát nêu rõ lý do. Nếu Viện Kiểm sát nhận thấy việc khởi tố là có cơ sở thì Viện Kiểm sát trực tiếp ra quyết định khởi tố bị can. Quy định theo hướng này sẽ tăng cường tính chủ động của Viện Kiểm sát, đồng thời đảm bảo tính kịp thời của hoạt động đấu tranh phòng chống tội phạm.

*Thứ hai*, Bộ luật TTHS năm 2003 chưa quy định Viện Kiểm sát có quyền được yêu cầu CQĐT bổ sung tài liệu, chứng cứ để xem xét quyết định phê chuẩn. Thực tế áp dụng Bộ luật TTHS trong những năm qua đã có nhiều trường hợp hồ sơ đề nghị phê chuẩn quyết định khởi tố bị can, lệnh tạm giam, bắt tạm giam... chưa đầy đủ tài liệu, căn cứ để phê chuẩn, nhưng cũng không đủ cơ sở để hủy quyết định khởi tố bị can. Trong trường hợp này, cần thiết quy định cho Viện Kiểm sát quyền yêu cầu CQĐT bổ sung tài liệu, chứng cứ để xem xét phê chuẩn.

Cần bổ sung quy định tại khoản 4 Điều 126 Bộ luật TTHS theo hướng: “Trong thời hạn 24 giờ, kể từ khi ra quyết định khởi tố bị can, CQĐT phải gửi quyết định khởi tố và tài liệu liên quan đến việc khởi tố bị can đó cho Viện Kiểm sát cùng cấp để xem xét phê chuẩn việc khởi tố. *Trong trường hợp cần thiết, Viện Kiểm sát có quyền yêu cầu CQĐT bổ sung các tài liệu chứng cứ để xem xét phê chuẩn.* Trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày nhận được quyết định khởi tố bị can

hoặc được bổ sung các tài liệu chứng cứ theo yêu cầu, Viện Kiểm sát phải quyết định phê chuẩn hoặc quyết định hủy bỏ quyết định khởi tố bị can và gửi ngay cho CQĐT”.

*Thứ ba*, về căn cứ thay đổi, bổ sung quyết định khởi tố bị can, theo quy định tại khoản 1 Điều 127 Bộ luật TTHS thì căn cứ để thay đổi, bổ sung quyết định khởi tố bị can là hành vi phạm tội của bị can không phạm vào tội đã bị khởi tố hoặc còn hành vi phạm tội khác.

Thực tiễn áp dụng pháp luật trong thời gian vừa qua cho thấy, có những trường hợp cần thay đổi quyết định khởi tố bị can như có sự thay đổi về họ tên, ngày tháng năm sinh, địa chỉ thường trú của bị can... Do đó, cần bổ sung thêm những điều kiện này vào căn cứ để thay đổi quyết định khởi tố bị can cho phù hợp với thực tiễn công tác.

### 3. Giai đoạn truy tố

Wướng mắc hiện nay trong giai đoạn truy tố là vấn đề quyền thay đổi quyết định truy tố của Viện Kiểm sát.

Bộ luật TTHS hiện nay chỉ quy định việc Viện Kiểm sát rút quyết định truy tố nhưng không quy định về việc thay đổi quyết định truy tố.

Xét về bản chất và cách thức quy định của Bộ luật TTHS hiện nay thì rút quyết định truy tố và thay đổi quyết định truy tố là hai khái niệm khác biệt độc lập với nhau.

Việc rút quyết định truy tố là việc Viện Kiểm sát nhận thấy việc truy tố là không phù hợp và không tiếp tục thực hiện việc truy tố. Kết quả của việc rút quyết định truy tố là vụ án sẽ bị đình chỉ điều tra.

Trong khi đó, thay đổi quyết định truy tố là việc Viện Kiểm sát nhận định quyết định truy tố trước đó không phù hợp về tội danh, về khung hình phạt hoặc các tình tiết chứng cứ khác của vụ án nhưng vẫn có thể tiếp tục truy tố xử lý bằng một tội danh khác, hoặc khung hình phạt khác phù hợp hơn.

Thực tiễn hiện nay, trong trường hợp nhận thấy quyết định truy tố không phù hợp, cần phải điều chỉnh thì Viện Kiểm sát phải ra quyết định rút hồ sơ vụ án về hoặc đợi Tòa án trả hồ sơ để điều tra bổ sung. Quá trình này dẫn đến tình trạng thời gian giải quyết hồ sơ bị kéo dài, phải trả bổ sung qua lại nhiều lần.

Để khắc phục hạn chế này, chúng tôi đề nghị sửa đổi, bổ sung quy định của Bộ luật TTHS quy định quyền được thay đổi quyết định truy tố của Viện Kiểm sát trong giai đoạn chuẩn bị xét xử.

### **5. Giai đoạn xét xử**

Theo quy định của Bộ luật TTHS năm 2003, bên cạnh thực hành quyền công tố tại phiên tòa, Viện Kiểm sát còn có chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động xét xử của Tòa án. Chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động xét xử bao trùm tất cả các hình vi tố tụng trong đó có cả việc nghị án của Hội đồng xét xử.

Bộ luật TTHS năm 2003 quy định rất cụ thể trình tự, thủ tục nghị án và tương ứng với quy định đó đòi hỏi Viện Kiểm sát phải thực hiện chức năng kiểm sát việc tuân theo quy định này.

Tuy nhiên, cơ chế để Viện Kiểm sát thực hiện chức năng này hiện chưa được đảm bảo. Khoản 01 Điều 222 quy định, chỉ Hội đồng xét xử mới được nghị án. Trên thực tế, khi nghị án, kiểm sát viên không được vào phòng nghị án, do đó không thể xác định việc nghị án có đúng quy định hay không. Ngoài ra, các cơ chế về kiểm sát biên bản nghị án và các tài liệu liên quan vẫn chưa được quy định trong Bộ luật TTHS năm 2003. Đây là hạn chế cần khắc phục để đảm bảo cho Viện Kiểm sát thực hiện tốt chức năng kiểm sát hoạt động xét xử.

### **6. Một số vấn đề khác**

*Thứ nhất*, trong bố cục của Bộ luật TTHS hiện nay, việc quy định chức năng, nhiệm vụ của Viện Kiểm sát trong các điều

luật còn chưa thực sự rõ ràng, chưa thể hiện được tính tương ứng giữa hoạt động tố tụng và hoạt động kiểm sát. Việc quy định chức năng kiểm sát trong một khoản của điều luật như hiện nay vừa không rõ ràng, vừa không đảm bảo hiệu lực pháp lý.

Bộ luật TTHS nên quy định theo hướng, có điều luật quy định về hoạt động tố tụng thì có một điều luật tương ứng quy định về hoạt động kiểm sát. Đặc biệt, trong hoạt động điều tra, nhất thiết nên quy định có sự tương ứng giữa các hoạt động điều tra và công tác kiểm sát để thực hiện có hiệu quả định hướng tăng cường công tố trong hoạt động điều tra theo Nghị quyết 49 của Bộ Chính trị về cải cách tư pháp. Cách quy định này vừa đảm bảo tính rõ ràng, vừa tạo điều kiện thuận lợi cho việc áp dụng pháp luật, vừa đảm bảo cơ sở hiệu lực pháp lý cho công tác kiểm sát.

*Thứ hai*, bổ sung quy định về đảm bảo thực hiện quyền năng của Viện Kiểm sát trong TTHS.

Thực tiễn áp dụng pháp luật trong thời gian vừa qua cho thấy, Bộ luật TTHS năm 2003 đã quy định khá chi tiết, cụ thể và đầy đủ các quyền hạn, nhiệm vụ của Viện Kiểm sát trong thực hành quyền công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong lĩnh vực hình sự.

Vấn đề cần chú trọng bổ sung hiện nay là xây dựng và hoàn thiện về cơ chế đảm bảo việc thực hiện những thẩm quyền đã có và quy định về trách nhiệm và chế tài đối với các trường hợp không thực hiện yêu cầu của Viện Kiểm sát. Bên cạnh đó, cần xây dựng quy định ràng buộc trách nhiệm của Viện Kiểm sát khi đề ra các yêu cầu nhằm đảm bảo tính chính xác, căn cứ của các yêu cầu của Viện Kiểm sát trong TTHS. Nên bổ sung quy định về quyền thực hiện hành vi tố tụng của Viện Kiểm sát đối với các yêu cầu tố tụng nhưng các cơ quan tiến hành tố tụng không thực hiện theo đúng yêu cầu.

Đặc biệt, cần xây dựng quy trình điều tra riêng cho các vụ án do Viện Kiểm sát khởi tố, yêu cầu CQĐT tiến hành điều tra. Thực tế những vụ việc Viện Kiểm sát khởi tố và yêu cầu CQĐT tiến hành điều tra là những trường hợp giữa CQĐT và Viện Kiểm sát không thống nhất quan điểm xử lý. Đối với những vụ án này, việc giao quyền chỉ đạo điều tra cho Viện Kiểm sát là hết sức cần thiết để đảm bảo vụ án được xử lý đúng pháp luật, tránh oan sai, bỏ lọt tội phạm.

*Thứ ba*, cần tăng cường tính độc lập cho các chức danh tư pháp, đặc biệt là kiểm sát viên trong thực hiện các chức năng tố tụng.

Tính độc lập trong thực hiện các hoạt động tố tụng của thẩm phán đã được Bộ luật TTHS năm 2003 quy định cụ thể. Điều này đã tạo điều kiện thuận lợi cho thẩm phán thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình một cách chủ động và góp phần rất lớn trong việc nâng cao chất lượng hoạt động xét xử của Tòa án. Riêng đối với điều tra viên và kiểm sát viên, các quyền năng tố tụng cũng

như tính độc lập vẫn chưa được đề cao trong các quy định của pháp luật.

Điển hình về thẩm quyền trả hồ sơ điều tra bổ sung, Điều 168 Bộ luật TTHS quy định Viện Kiểm sát trả hồ sơ điều tra bổ sung, theo quy định này, người ký quyết định trả hồ sơ điều tra bổ sung là lãnh đạo Viện Kiểm sát. Trong khi đó, Điều 179 Bộ luật TTHS quy định quyền trả hồ sơ điều tra bổ sung là của thẩm phán. Tính độc lập của kiểm sát viên so với thẩm phán trong trường hợp này là rất hạn chế.

Cần mở rộng thẩm quyền và tăng tính độc lập trong thực hiện hoạt động tố tụng cho kiểm sát viên. Cụ thể, nên quy định quyền áp dụng, thay đổi biện pháp ngăn chặn, phê chuẩn các quyết định, trưng cầu giám định, thực nghiệm điều tra và một số hoạt động tố tụng khác để nâng cao tính chủ động cho kiểm sát viên trong việc thực hành quyền công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong giải quyết vụ án hình sự ■

## XÁC ĐỊNH LẠI...

*(Tiếp theo trang 55)*

bảo lãnh chưa ý thức quyền và nghĩa vụ của mình trong quan hệ BLNH nên không có sự đàm phán cụ thể với ngân hàng bảo lãnh ngay khi giao kết hợp đồng.

### 3.2. Đề xuất sửa đổi

Để thể hiện đầy đủ các đặc điểm bản chất của BLNH phù hợp với thông lệ quốc tế và nhằm hạn chế tranh chấp phát sinh, quy định pháp luật về BLNH cần sửa đổi theo hướng xác định rõ quan hệ BLNH là một quan hệ hợp đồng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự giữa hai chủ thể bắt buộc là bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Đồng thời, pháp luật cũng cần quy định rõ tính độc lập và tính chứng từ của BLNH. Cụ thể, khái niệm về BLNH cần được sửa đổi như sau:

*BLNH là một hợp đồng bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, theo đó một ngân hàng cam kết với bên có quyền (bên thụ hưởng) về việc trả thay cho bên có nghĩa vụ (thường là khách hàng của ngân hàng) nếu đến hạn mà nghĩa vụ đó bị vi phạm và bên có quyền xuất trình được các chứng từ phù hợp với nội dung văn bản bảo lãnh. Bên có nghĩa vụ có trách nhiệm hoàn trả cho ngân hàng bảo lãnh số tiền đã trả thay.*

Bên cạnh việc sửa đổi khái niệm BLNH, nội dung pháp luật về BLNH cũng cần làm rõ quyền và nghĩa vụ của các bên trong quan hệ hợp đồng BLNH, quy định rõ các cơ sở làm phát sinh hợp đồng BLNH, vấn đề hiệu lực của hợp đồng BLNH và các vấn đề liên quan khác phù hợp với bản chất giao dịch bảo đảm của quan hệ BLNH ■

# Tăng cường năng lực giám sát ĐỐI VỚI CÁC TẬP ĐOÀN KINH TẾ NHÀ NƯỚC

ĐẶNG THỊ KIM NGÂN\*

Trong những năm qua, các tập đoàn kinh tế (TĐKT) nhà nước đã được Nhà nước đầu tư rất lớn về vốn, đất đai và nhiều ưu đãi khác để phát triển sản xuất, kinh doanh. Một số TĐKT làm ăn có hiệu quả, góp phần phát triển kinh tế - xã hội, giải quyết việc làm cho hàng trăm nghìn lao động, bảo đảm an sinh xã hội và góp phần điều tiết kinh tế vĩ mô. Tuy nhiên, bên cạnh những đóng góp đó, các TĐKT nhà nước đã và đang bộc lộ một số bất cập như hiệu quả và sức cạnh tranh thấp, năng lực và quản trị doanh nghiệp yếu kém, thực trạng tài chính có nhiều vấn đề ở một số tập đoàn, gây thất thoát và lãng phí vốn nhà nước. Thực tế này đang đặt ra những yêu cầu cấp thiết cho việc tăng cường năng lực giám sát đối với các TĐKT nhà nước.

## 1. Tập đoàn kinh tế nhà nước và thực trạng giám sát các tập đoàn kinh tế nhà nước hiện nay

Theo Luật Doanh nghiệp năm 2005, TĐKT là nhóm các công ty có quy mô lớn. Chính phủ quy định, hướng dẫn tiêu chí, tổ chức quản lý và hoạt động của TĐKT. Tính đến tháng 10/2012, Chính phủ đã thành lập 13 TĐKT nhà nước theo hai mô hình, là:

Tổ chức lại các tổng công ty nhà nước (các tổng công ty 90 và 91): gồm 10 tập đoàn: Tập đoàn Bưu chính - Viễn thông Việt Nam, Tập đoàn Dầu khí quốc gia Việt Nam, Tập đoàn Điện lực Việt Nam, Tập đoàn Công nghiệp Cao su Việt Nam, Tập đoàn Công nghiệp Tàu thủy Việt Nam, Tập đoàn

Công nghiệp Than - Khoáng sản Việt Nam, Tập đoàn Hóa chất Việt Nam, Tập đoàn Dệt may Việt Nam, Tập đoàn Bảo Việt, Tập đoàn Viễn thông Quân đội, Tập đoàn Xăng dầu Việt Nam.

Tổ hợp các doanh nghiệp độc lập có cùng lĩnh vực hoạt động: gồm 2 tập đoàn là Tập đoàn Công nghiệp Xây dựng Việt Nam được thành lập trên cơ sở tổ hợp các doanh nghiệp độc lập hoạt động chủ yếu trong lĩnh vực xây dựng và cơ khí chế tạo. Tập đoàn Phát triển Nhà và Đô thị Việt Nam được thành lập trên cơ sở tổ hợp từ các doanh nghiệp hoạt động chủ yếu trong lĩnh vực xây dựng dân dụng và sản xuất, cung ứng vật liệu xây dựng. Tuy nhiên, ngày 2/10/2012, Thủ tướng Chính phủ đã ký quyết định dừng

\* ThS, Ủy ban Kiểm tra Trung ương.

thí điểm 2 tập đoàn này và chuyển thành Tổng công ty, giao Bộ Xây dựng quản lý.

Như vậy, sau khi rà soát, sắp xếp lại, đến nay nước ta có 11 TĐKT nhà nước.

TĐKT nhà nước ở nước ta mang những đặc trưng cơ bản như sau:

- Điều hình thành từ việc chuyển đổi và tổ chức lại các tổng công ty nhà nước theo quyết định của Thủ tướng Chính phủ.

- Hoạt động trong những ngành kinh tế mũi nhọn, những lĩnh vực then chốt của nền kinh tế, là một trong những công cụ điều hành kinh tế vĩ mô của Chính phủ.

- Hoạt động theo mô hình công ty mẹ - công ty con, quy mô và khả năng tích tụ vốn lớn hơn so với các tổng công ty trước đây; phạm vi hoạt động được mở rộng không chỉ ở trong nước mà cả ở nước ngoài.

- Hợp tác và liên kết kinh doanh giữa các đơn vị trong TĐKT chặt chẽ hơn về đầu tư vốn và tài chính, thị trường phân công chuyên môn hóa, nghiên cứu và phát triển, thể hiện rõ nét đặc trưng quan hệ giữa các doanh nghiệp thành viên trong TĐKT.

- Quan hệ nội tại của TĐKT nhà nước bao gồm:

Công ty mẹ (gọi tắt là doanh nghiệp cấp I) là doanh nghiệp do Nhà nước giữ 100% vốn hoặc giữ quyền chi phối theo quyết định của Thủ tướng Chính phủ.

Công ty con của doanh nghiệp cấp I (gọi tắt là doanh nghiệp cấp II) là các doanh nghiệp do doanh nghiệp cấp I giữ quyền chi phối; được tổ chức dưới hình thức công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn một hoặc hai thành viên trở lên, tổng công ty theo hình thức công ty mẹ - công ty con, công ty liên doanh, công ty con ở nước ngoài.

Công ty con của doanh nghiệp cấp II và các cấp tiếp theo.

Các doanh nghiệp liên kết của tập đoàn gồm: doanh nghiệp có vốn góp dưới mức

chi phối của công ty mẹ và của công ty con; doanh nghiệp không có vốn góp của công ty mẹ và của công ty con, tự nguyện tham gia liên kết dưới hình thức hợp đồng liên kết hoặc không có hợp đồng liên kết, nhưng có mối quan hệ gắn bó lâu dài về lợi ích kinh tế, công nghệ, thị trường và các dịch vụ khác với công ty mẹ hoặc doanh nghiệp thành viên trong tập đoàn.

Công ty mẹ và các doanh nghiệp thành viên tập đoàn có tư cách pháp nhân; có vốn và tài sản riêng; có quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản của mình theo quy định của pháp luật và theo thỏa thuận chung của tập đoàn. Nhà nước là chủ sở hữu vốn nhà nước trực tiếp đầu tư tại công ty mẹ. Công ty mẹ là chủ sở hữu vốn nhà nước tại các công ty con, doanh nghiệp liên kết.

- Quan hệ giữa tập đoàn với bộ, ngành và Chính phủ: Nhà nước là chủ sở hữu của TĐKT nhà nước. Chính phủ thực hiện quyền của chủ sở hữu nhà nước đối với công ty mẹ và đối với phần vốn nhà nước tại TĐKT nhà nước; Thủ tướng Chính phủ quyết định thành lập công ty mẹ, quyết định tổ chức lại, giải thể, chuyển đổi sở hữu công ty mẹ theo đề nghị của bộ quản lý ngành và ý kiến của các bộ, ngành có liên quan; Thủ tướng Chính phủ giao bộ quản lý ngành, các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ và hội đồng quản trị tập đoàn thực hiện một số quyền của chủ sở hữu theo pháp luật hiện hành, theo Điều lệ tổ chức và hoạt động của từng tập đoàn.

- Quản lý, giám sát đối với TĐKT nhà nước được thực hiện theo các phương thức: thông qua chế độ báo cáo của hội đồng thành viên công ty mẹ; thông qua thực hiện kiểm toán tại công ty mẹ và các đơn vị thành viên; thông qua thực hiện chế độ báo cáo định kỳ và đột xuất của công ty mẹ; thông qua hoạt động kiểm tra, giám sát, đánh giá của các cơ quan theo quy định của pháp luật.

Như vậy, việc hình thành các TĐKT không theo quy luật chung của thế giới là



dựa vào sự tích tụ và tập trung vốn, công nghệ; thôn tính, sáp nhập tự nguyện giữa các doanh nghiệp hoạt động trên cùng một lĩnh vực hoặc đa lĩnh vực mà là được hình thành từ một quyết định hành chính, từ sự vận hành kém hiệu quả của các tổng công ty nhà nước nên phải chuyển sang mô hình TĐKT, liên kết với mục đích nâng cao hiệu quả hoạt động.

Các TĐKT nhà nước ở nước ta hoạt động trong khuôn khổ pháp luật, ngoài giám sát nội bộ, còn chịu sự giám sát của chủ sở hữu (là Nhà nước), của các tổ chức chính trị - xã hội.

Thực tế hoạt động của các TĐKT nhà nước trong thời gian qua cho thấy rất nhiều bất cập về cơ chế giám sát cũng như về năng lực giám sát đối với các TĐKT nhà nước, cụ thể:

Sau khi quyết định thành lập, Chính phủ đã trao cho hội đồng thành viên của các tập đoàn những quyền hạn quá lớn trong đầu tư, kinh doanh và sử dụng vốn của Nhà nước, nhưng không quy định rõ cơ chế kiểm soát, giám sát hiệu quả.

Việc phân công, phân cấp thực hiện quyền và nghĩa vụ chủ sở hữu nhà nước đối với các TĐKT nhà nước còn những điểm chưa hợp lý, chưa rõ ràng, còn phân tán vai trò và trách nhiệm của các bộ, ngành, Ủy ban nhân dân trong quản lý, giám sát việc sử dụng vốn, tài sản tại các TĐKT. Nhiều cơ quan nhà nước còn gặp khó khăn trong việc nắm bắt một cách đầy đủ, kịp thời và chính xác thông tin về vốn, tài sản nhà nước và tình hình hoạt động tại các TĐKT. Một số sai phạm trong quản lý, sử dụng vốn và tài sản nhà nước chỉ phát hiện sau thanh tra, kiểm tra, kiểm toán tại các TĐKT hoặc có khiếu nại, tố cáo.

Thông qua các cơ quan như Thanh tra Chính phủ, Kiểm toán nhà nước cũng có chức năng giám sát, kiểm soát các hoạt động của tập đoàn. Tuy nhiên, việc thanh tra,

kiểm toán chưa phải là quy định bắt buộc và mang tính định kỳ.

Hiện nay mỗi tập đoàn đều có ban kiểm soát, trưởng ban kiểm soát của tập đoàn do Thủ tướng bổ nhiệm và có nhiệm vụ kiểm tra, giám sát hoạt động đầu tư, kinh doanh của các tập đoàn và báo cáo cho cơ quan quản lý cấp trên. Nhưng vấn đề đặt ra là ban kiểm soát chưa có đủ quyền lực cần thiết trên thực tế để thực hiện nhiệm vụ của mình và họ thường bị chi phối, hoặc do lợi ích cá nhân gắn với lợi ích của tập đoàn, hoặc thậm chí là bị vô hiệu hóa bởi lãnh đạo của tập đoàn. Hay nói cách khác, giám sát nội bộ của các tập đoàn vẫn còn tình trạng chủ thể giám sát (nội bộ) đồng thời là đối tượng giám sát thì việc giám sát chỉ là hình thức, không có ý nghĩa. Mặt khác, còn những bất cập của chế độ đại diện và ủy quyền; việc chưa tách bạch giữa quản lý và điều hành, giữa chủ thể giám sát và đối tượng giám sát. Do đó, để khắc phục gốc rễ của vấn đề giám sát và quản trị doanh nghiệp nhà nước (DNNN) cần phải xác định rõ chủ sở hữu và đại diện chủ sở hữu; nghĩa vụ, trách nhiệm và quyền lợi của đại diện chủ sở hữu; cải cách mạnh mẽ cơ chế ủy quyền của chủ sở hữu nhà nước.

Về khung pháp lý, hiện chưa có luật riêng về giám sát đánh giá DNNN nói chung và TĐKT nhà nước nói riêng. Trong khi đó, hệ thống các văn bản điều chỉnh hoạt động của TĐKT trên thực tế đã hết hiệu lực hoặc một số văn bản còn hiệu lực nhưng lại không còn phù hợp.

Mặt khác, việc chưa quy định rõ quy trình, thời hạn, thủ tục, phương pháp, công cụ và trách nhiệm thực hiện giám sát (định kỳ, đột xuất) dẫn đến tình trạng lúng túng trong thực hiện. Thậm chí nếu thực hiện cũng thiếu chuẩn mực, không hiệu quả, mang tính hình thức.

Về cơ chế giám sát, chưa làm rõ trách nhiệm của bộ máy nhà nước trong hoạt động giám sát, đánh giá TĐKT; năng lực giám sát

và đánh giá của bản thân các cơ quan giám sát còn yếu và việc chưa quy định rõ ràng, dẫn tới tình trạng lúng túng trong thực hiện hoặc nếu có thực hiện thì cũng thiếu chuẩn mực, không hiệu quả.

Hầu hết các TĐKT nhà nước hiện nay đều có lượng vốn đầu tư và số lượng đơn vị thành viên lớn. Trong khi đó, các tập đoàn vẫn chịu sự quản lý trực tiếp của các bộ và Chính phủ, chưa có một cơ quan chuyên trách quản lý các hoạt động của các tập đoàn và DNNN nên việc kiểm tra, giám sát của cơ quan quản lý nhà nước thường chỉ dựa vào báo cáo của các tập đoàn và các cơ quan kiểm toán. Từ thực tế của Vinashin, Vinalines cho thấy, đã đến lúc cần xây dựng một cơ chế giám sát dành riêng cho các tập đoàn và khối DNNN. Các kết luận kiểm tra, giám sát hoạt động của các tập đoàn cần bảo đảm tính độc lập, tránh hiện tượng chủ quản doanh nghiệp vừa là người ra quyết định đầu tư vừa là người đi giám sát. Cũng cần phân tầng giám sát và đa dạng hóa các cơ quan giám sát, các kênh giám sát hoạt động của khu vực kinh tế nhà nước. Như giám sát của các cơ quan Quốc hội, cơ quan Đảng, Chính phủ, giám sát của báo chí, của các đoàn thể, tổ chức độc lập khác. Tuy nhiên, các cơ chế giám sát này phải được trao quyền và có thực quyền.

Mặt khác, để nâng cao hiệu quả quản lý hoạt động của các tập đoàn, DNNN, trước hết, phải xây dựng được một cơ chế giám sát nội bộ của chính các tập đoàn và doanh nghiệp này. Giám sát nội bộ tập đoàn tốt là hình thành một bộ máy quản trị doanh nghiệp tốt để các thành tố trong đó giám sát lẫn nhau. Quy trình giám sát nội bộ này phải được công khai và minh bạch. Đồng thời, cần có cơ chế để kiểm tra việc thực hiện quy trình giám sát nội bộ; thay đổi cách thức quản lý của Nhà nước với các tập đoàn, DNNN. Trong tương lai gần cần phải thay đổi tư duy trong bổ nhiệm nhân sự giám sát phần vốn nhà nước tại các tập đoàn, có thể

mời các chuyên gia có kinh nghiệm giám sát hoạt động của các tổng giám đốc.

## 2. Giải pháp tăng cường năng lực giám sát các tập đoàn kinh tế nhà nước

Tuy nhiên, việc đổi mới quản trị DNNN nói chung và giám sát TĐKT nhà nước nói riêng theo cam kết gia nhập WTO và thông lệ kinh tế thị trường một cách hiệu quả, là vấn đề lớn và khó, nhưng nếu làm được, nước ta sẽ bớt đi những vụ việc như Vinashin, Vinalines... Có thể đưa ra một số giải pháp để tăng cường năng lực giám sát đối với các TĐKT nhà nước như sau:

*Thứ nhất*, hoàn thiện khuôn khổ pháp luật và cơ chế giám sát đối với TĐKT nhà nước.

TĐKT nhà nước hiện nay hoạt động theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Nghị định số 101/2009/NĐ-CP ngày 5/11/2009 của Chính phủ về thí điểm thành lập, tổ chức, hoạt động và quản lý TĐKT nhà nước.

Về quy định của pháp luật về cơ chế giám sát đối với TĐKT nhà nước, trong thời gian qua, để thực hiện việc giám sát, đánh giá hiệu quả hoạt động của DNNN và doanh nghiệp có vốn nhà nước hoạt động theo Luật DNNN và Luật Doanh nghiệp, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 224/2006/QĐ-TTg ngày 6/10/2006 về việc ban hành Quy chế giám sát và đánh giá hiệu quả của DNNN và Quyết định số 169/2007/QĐ-TTg ngày 8/11/2007 về việc ban hành Quy chế giám sát đối với DNNN kinh doanh thua lỗ, hoạt động không có hiệu quả. Theo đó, hàng năm Bộ Tài chính đã phối hợp các bộ, ngành, Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố tiến hành đánh giá, phân loại doanh nghiệp trên cơ sở báo cáo tài chính đã được kiểm toán của doanh nghiệp và tổng hợp báo cáo Thủ tướng Chính phủ vào quý 4. Thông qua công tác giám sát, cơ quan quản lý nhà nước về tài chính đã có sự cảnh báo với chủ sở hữu DNNN về những nguy cơ, dấu hiệu rủi ro tài chính. Nhiều cảnh

báo, kiến nghị của Bộ Tài chính đã được Chính phủ thông qua và chỉ đạo thực hiện nhưng các bộ, địa phương, tập đoàn, tổng công ty nhà nước chưa tuân thủ nghiêm nên tính răn đe và phòng ngừa rủi ro còn thấp. Điều đó cũng cho thấy cần nâng cao trách nhiệm của các bộ, địa phương trong công tác quản lý tài chính doanh nghiệp, đặc biệt là đối với các tập đoàn, tổng công ty.

Qua triển khai thực hiện các quy định về Quy chế giám sát cũng cho thấy những vấn đề khiếm khuyết cần được bổ sung, đặc biệt việc quy định người chịu trách nhiệm vẫn chưa rõ, vì vậy rất nhiều những vụ án liên quan đến các TĐKT, tổng công ty nhà nước không thể quy trách nhiệm được cho các cơ quan quản lý nhà nước.

Trong điều kiện hệ thống các văn bản quy phạm làm khuôn khổ pháp lý cơ bản cho các doanh nghiệp có vốn nhà nước hoạt động theo Luật Doanh nghiệp đang được nghiên cứu, hoàn thiện và ban hành (như Nghị định quy định về phân cấp chủ sở hữu nhà nước, Nghị định quy định về tiền lương của doanh nghiệp; Nghị định ban hành quy chế quản lý tài chính doanh nghiệp đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do Nhà nước làm chủ sở hữu...). Đồng thời xuất phát từ thực tế: một số doanh nghiệp có vốn nhà nước bị lâm vào tình trạng mất cân đối tài chính nghiêm trọng, song do thiếu các biện pháp giám sát cụ thể và chế tài xử lý nên việc khôi phục tình hình tài chính tại các doanh nghiệp này chậm và xấu đi; doanh nghiệp thua lỗ nặng, lâm vào tình trạng phá sản; yêu cầu về tăng cường công tác quản lý vốn và tài sản nhà nước thông qua việc đẩy mạnh công tác quản lý và giám sát tài chính đối với các doanh nghiệp 100% vốn nhà nước và doanh nghiệp có vốn nhà nước rất cần thiết đòi hỏi ban hành sớm các tiêu chí giám sát tài chính. Cần nghiên cứu để thành lập tổ chức chuyên ngành, hoạt động chuyên nghiệp để giám sát các TĐKT nhà nước.

*Thứ hai*, làm rõ vấn đề chủ sở hữu của các TĐKT nhà nước.

Quyền sở hữu tài sản nhà nước trong TĐKT nhà nước thuộc về Nhà nước. Doanh nghiệp có quyền tài sản pháp nhân đối với toàn bộ tài sản mà nhà đầu tư đã đầu tư vào doanh nghiệp, kể cả tài sản nhà nước. Việc phân biệt chủ sở hữu có quyền pháp nhân với người điều hành doanh nghiệp có quyền tài sản pháp nhân là cơ sở để làm rõ mối quan hệ giữa chủ sở hữu và người điều hành doanh nghiệp có quyền tài sản pháp nhân, là cơ sở để làm rõ mối quan hệ giữa chủ sở hữu và người điều hành doanh nghiệp.

Chế độ chủ quản đối với TĐKT nhà nước là chế độ của chủ sở hữu nhà nước được nhà nước phân cấp thực hiện cho các cơ quan quản lý nhà nước đối với tập đoàn. Đây là một hình thức quản lý các DNNN ở nước ta được hình thành trong cơ chế kế hoạch hoá tập trung bao cấp và không còn phù hợp với cơ chế vận hành của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Vấn đề chủ sở hữu của TĐKT nhà nước không rõ ràng vì liên quan tới nhiều cơ quan nhà nước. Đây chính là cản trở cho việc xây dựng một cơ chế quản lý nhà nước hiệu quả.

Thực tế hoạt động của các TĐKT nhà nước cho thấy mức độ cạnh tranh hạn chế trên quy mô toàn cầu do trình độ khoa học công nghệ, năng lực quản trị doanh nghiệp yếu kém và tiềm lực tài chính có hạn. Vì vậy, phải tập trung nguồn lực vào một số lĩnh vực Việt Nam có lợi thế cạnh tranh tương đối, không đầu tư dàn trải ra nhiều lĩnh vực, nhiều ngành nghề. Mô hình tổ chức của các tập đoàn phải có tính gắn kết cao, chuyên sâu về khoa học công nghệ và lĩnh vực kinh doanh. Bản thân các doanh nghiệp thành viên cần có sự ràng buộc chặt chẽ nghĩa vụ và quyền lợi thông qua việc sở hữu vốn lẫn nhau. Để khắc phục những nhược điểm của mô hình hiện nay, cần tách bạch nguồn tài chính và chức năng kiểm soát của toàn hệ thống, để tập đoàn tiếp cận

vào thị trường vốn cạnh tranh, thông qua sự đánh giá khách quan của các ngân hàng thương mại cổ phần hoặc các tập đoàn tài chính nhà nước.

*Thứ ba*, đẩy mạnh tiến trình cổ phần hoá và xây dựng thị trường chứng khoán hoạt động có hiệu quả, đảm bảo công khai minh bạch thông tin.

Cổ phần hoá một phần các tập đoàn nhà nước là hướng đi phù hợp tăng cường hiệu quả quản trị doanh nghiệp. Tạo lập thị trường cạnh tranh, cho phép tư nhân tham gia thị trường hoặc nhiều tập đoàn nhà nước cùng cạnh tranh một lĩnh vực, làm cho các tập đoàn này phải hoạt động hiệu quả hơn. Cơ chế giám sát hoạt động các tập đoàn cũng minh bạch hơn nếu có sự tham gia của nhiều cổ đông tư nhân trong tập đoàn. Mặc dù quyền bỏ phiếu vẫn bị chi phối bởi đại diện chủ sở hữu nhà nước nhưng với sự minh bạch thông tin và sự giám sát chặt chẽ từ các cổ đông, ban điều hành chịu sức ép lớn hơn về hiệu quả kinh doanh. Người đại diện vốn nhà nước trong tập đoàn cũng chịu sức ép lớn hơn về hiệu quả kinh doanh và các cổ đông tư nhân trong việc theo dõi và chấn chỉnh các hoạt động của tập đoàn. Kế hoạch phát triển dài hạn của doanh nghiệp phải cụ thể và lượng hoá được. Theo đó, bản tiêu chí đánh giá hiệu quả hoạt động của doanh nghiệp cần được lập ra và hỗ trợ quá trình theo dõi, giám sát ban điều hành.

Phải chú trọng công khai, minh bạch trong việc công bố thông tin về hoạt động của TĐKT nhà nước. Thực tế nhiều doanh nghiệp thường chậm và thiếu sót, do cách thức quản lý thiếu công khai; nhiều doanh nghiệp gặp khó khăn trong đánh giá tài sản vì thiếu thông tin minh bạch, là nguyên nhân chính để tạo ra sơ hở cho tình trạng tham nhũng thường có dưới những hình thức khác nhau.

*Thứ tư*, cần tăng cường dân chủ cơ sở, đặc biệt là vai trò của công đoàn và các đoàn

thể quần chúng và người lao động. Nhờ vai trò làm chủ này, khu vực DNNN có khả năng vượt lên, khai thác hết giá trị tài sản, vật chất đã được trang bị, đẩy mạnh chuyển giao công nghệ và tăng cường kỹ năng quản lý hiện đại. Tuy nhiên, để người lao động tại đây ngày càng gắn bó với doanh nghiệp, phải quy định rõ các quyền và nghĩa vụ của mỗi thành viên trong doanh nghiệp.

*Thứ năm*, tăng cường sự lãnh đạo của Đảng và sự giám sát của nhân dân.

Cùng với sự lãnh đạo của tổ chức Đảng trong TĐKT, cần tăng cường cơ chế giám sát chéo của cộng đồng, nhất là của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và của các Hội nghề nghiệp thông qua giám sát và phản biện xã hội đối với các dự án, chương trình và thẩm định chất lượng hoạt động của TĐKT nhà nước.

Muốn vậy cần thực hiện hệ thống các giải pháp liên quan đến tái cơ cấu các DNNN nói chung và các TĐKT nhà nước nói riêng. Một trong những giải pháp quan trọng của quá trình tái cơ cấu DNNN trong giai đoạn tới đó là tăng cường quản lý, giám sát việc đầu tư vốn nhà nước vào doanh nghiệp nhằm đạt được hai mục tiêu chính là: DNNN có cơ cấu hợp lý hơn, tập trung vào ngành, lĩnh vực then chốt, cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích thiết yếu cho xã hội và quốc phòng, an ninh. Thực sự làm nòng cốt để kinh tế nhà nước thực hiện được vai trò chủ đạo, là lực lượng vật chất quan trọng để Nhà nước định hướng, điều tiết nền kinh tế và ổn định kinh tế vĩ mô.

Những thất thoát, lãng phí lớn về vốn nhà nước trong các tập đoàn, tổng công ty nhà nước trong những năm vừa qua có nguyên nhân hàng đầu do cơ chế giám sát của Nhà nước, năng lực giám sát yếu, hiệu quả giám sát thấp. Chính vì vậy, việc nâng cao năng lực giám sát đối với cả TĐKT nhà nước là yêu cầu cấp thiết đặt ra hiện nay để nâng cao hiệu quả hoạt động, đáp ứng kỳ vọng của Nhà nước và nhân dân ■

# XÁC ĐỊNH LẠI BẢN CHẤT QUAN HỆ BẢO LÃNH NGÂN HÀNG TRONG CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT

NGUYỄN THÀNH NAM\*

## 1. Bản chất của bảo lãnh ngân hàng

Khi Nhà nước sử dụng công cụ pháp luật để điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong hoạt động ngân hàng nói chung và bảo lãnh ngân hàng (BLNH) nói riêng thì mục đích chung nhất cũng là nhằm hướng tới sự ổn định, an toàn của hệ thống ngân hàng và thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội. Vì vậy, nhiều quốc gia trên thế giới đã ban hành luật, quy định về nghiệp vụ BLNH, chẳng hạn như Luật Thương mại của Mỹ, Luật Bảo lãnh của Anh, Luật Hợp đồng thương mại quốc tế của Đức, những quy định về bảo lãnh ở Hà Lan...

Những luật, quy định này đều định nghĩa, mô tả nội dung bảo lãnh, quy định trách nhiệm của các bên trong một nghiệp vụ bảo lãnh, điều kiện thanh toán. Tuy nhiên, do các điều kiện kinh tế - xã hội và tập quán lập pháp ở mỗi quốc gia khác nhau nên pháp luật mỗi quốc gia quy định về hoạt động BLNH cũng không giống nhau. Vì vậy, trong thương mại quốc tế, để hạn chế tranh chấp, các bên tham gia giao dịch thường lựa chọn áp dụng tập quán quốc tế về bảo lãnh mà phổ biến nhất là ấn bản 458

- Các Quy tắc thống nhất về bảo lãnh theo yêu cầu (URDG) do Phòng Thương mại quốc tế (ICC) ban hành. Tại Điều 2a của URDG, ICC đã đưa ra một định nghĩa về bảo lãnh theo yêu cầu (demand guarantee) như sau:

*Theo mục đích của Quy tắc này, bảo lãnh theo yêu cầu (sau đây gọi tắt là “Bảo lãnh”) mang nghĩa bất kỳ bảo lãnh, bảo chứng thư, cam kết thanh toán khác, dù được gọi tên hoặc mô tả như thế nào, do ngân hàng, công ty bảo hiểm hoặc tổ chức cá nhân khác (sau đây gọi là “Người bảo lãnh”) phát hành bằng văn bản để thanh toán tiền theo sự xuất trình phù hợp với các điều khoản và điều kiện của bảo lãnh của một văn bản yêu cầu thanh toán và (các) chứng từ khác (ví dụ như giấy chứng nhận bởi một kiến trúc sư hoặc kỹ sư, một phán quyết hoặc một quyết định trọng tài) mà có thể được ghi rõ trong Bảo lãnh, như cam kết được phát hành:*

*(i) theo yêu cầu hoặc theo chỉ thị và thuộc trách nhiệm của một bên (sau đây gọi là “Người được bảo lãnh”); hoặc*

\* ThS. Ngân hàng thương mại cổ phần Ngoại thương Việt Nam

(ii) theo yêu cầu hoặc theo chỉ thị và thuộc trách nhiệm của một ngân hàng, công ty bảo hiểm hoặc bất kỳ tổ chức hoặc cá nhân khác (sau đây gọi là “Bên chỉ thị”) hành động theo chỉ thị của Người được bảo lãnh với bên kia (sau đây gọi là “Người thụ hưởng”)<sup>1</sup>.

Trong thực tiễn quốc tế, hầu hết các bảo lãnh theo yêu cầu có thể được thanh toán theo “yêu cầu bằng văn bản đầu tiên” hay “yêu cầu đơn giản” trong thời hạn hiệu lực của bảo lãnh mà không cần bất kỳ chứng từ bổ sung nào để biện minh cho tính hợp pháp của yêu cầu. Tuy nhiên, tại một số nước, việc yêu cầu các chứng từ bổ sung là khá phổ biến. Ví dụ, văn bản bảo lãnh có thể quy định rằng người thụ hưởng phải hỗ trợ cho yêu cầu bằng văn bản của mình bằng một bằng chứng vi phạm của người được bảo lãnh.

Một số học giả Việt Nam cũng đưa ra khái niệm về BLNH. Theo đó, BLNH là một hợp đồng giữa hai bên, một bên là người phát hành bảo lãnh, gọi là người bảo lãnh (guarantor), thông thường là một ngân hàng và một bên là người thụ hưởng bảo lãnh đó (beneficiary). Trong đó bên bảo lãnh cam kết sẽ bồi hoàn một khoản tiền cho người thụ hưởng trong trường hợp người được bảo lãnh (account party) vi phạm nghĩa vụ của họ được quy định trong bảo lãnh<sup>2</sup>.

Như vậy, BLNH là dạng của bảo đảm thực hiện nghĩa vụ (giao dịch bảo đảm) mang tính phái sinh. Nó phát sinh trên cơ sở một yêu cầu bảo lãnh trong giao dịch hợp đồng giữa bên được bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh (hợp đồng gốc). Vấn đề được đặt ra là BLNH là quan hệ hợp đồng hay chỉ là cam kết đơn phương, thời gian có hiệu lực của hợp đồng BLNH và những đặc điểm đặc trưng của BLNH.

Trong thực tiễn pháp lý, quan điểm coi bảo lãnh là một quan hệ hợp đồng là tư tưởng pháp lý phổ biến. Theo Từ điển pháp luật của Hoa Kỳ, bảo lãnh là sự thỏa thuận theo đó người bảo lãnh chấp thuận sẽ thực hiện nghĩa vụ nợ của bên nợ khi bên nợ không trả nợ; là việc bên bảo lãnh bảo đảm hoặc hứa thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện. Bộ Dân luật của chính quyền Sài Gòn trước đây cũng xác định “Khế ước bảo chứng là những khế ước có mục đích bảo đảm quyền lợi cho chủ nợ trong trường hợp trái hộ lâm vào tình trạng vô tự lực không trả được nợ”<sup>3</sup>.

Như vậy, có thể thấy việc xác định yếu tố thỏa thuận trong quan hệ bảo lãnh (dấu hiệu cơ bản của quan hệ hợp đồng) được thể hiện khá rõ trong tư tưởng của các nhà làm luật. Do đó, sự thỏa thuận giữa bên bảo lãnh với bên nhận bảo lãnh là điều kiện bắt buộc để thiết lập quan hệ bảo lãnh. Đối với cam kết bảo lãnh tồn tại dưới dạng thư bảo lãnh mà bên bảo lãnh đưa ra thì không nên xem đó chỉ là cam kết đơn phương mà về bản chất pháp lý, đây là đề nghị giao kết hợp đồng. Tuy nhiên, quan điểm này cũng thừa nhận sự chấp nhận ngầm hiểu. Việc người thụ hưởng không phản đối những điều khoản của bảo lãnh hay việc người thụ hưởng yêu cầu thanh toán bảo lãnh là hành động chấp nhận (ngầm hiểu) bảo lãnh của người thụ hưởng. Vì vậy, đứng về góc độ của ngân hàng phát hành thì trách nhiệm bảo lãnh của nó bắt đầu từ lúc nó phát hành bảo lãnh theo như được mô tả trong thư bảo lãnh. Còn về phía người thụ hưởng nếu muốn ngân hàng phát hành thực hiện đúng cam kết của mình (thanh toán bảo lãnh) thì người thụ hưởng phải thực hiện theo đúng những điều kiện đã được ghi trong bảo lãnh

1 Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication No.458, 1992

2 Lê Nguyễn, Bảo lãnh ngân hàng và tín dụng dự phòng, NXB Thống kê, 1997, tr.17

3 TS. Võ Đình Toàn, Một số vấn đề về quan hệ bảo lãnh ngân hàng ở nước ta hiện nay, Tạp chí Luật học số 3, 2002, tr.42

tức là lập chứng từ phù hợp và xuất trình trong thời hạn hiệu lực<sup>4</sup>.

Việc xác định đúng bản chất pháp lý của BLNH là cơ sở để phân định cơ cấu chủ thể của nó. Xét về biểu hiện bên ngoài, trong việc bảo lãnh có ba bên: bên bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh và bên được bảo lãnh. Tuy nhiên, các chủ thể này không đồng thời tham gia một quan hệ duy nhất mà tham gia trong ba mối quan hệ riêng biệt nhưng có mối liên hệ hữu cơ với nhau:

*Thứ nhất*, quan hệ giữa bên có nghĩa vụ (bên được bảo lãnh) và bên có quyền (bên nhận bảo lãnh) làm xuất hiện nghĩa vụ cần bảo đảm và cam kết về nghĩa vụ cần bảo đảm (đây còn gọi là quan hệ Hợp đồng gốc);

*Thứ hai*, quan hệ giữa ngân hàng bảo lãnh với bên có nghĩa vụ (bên được bảo lãnh) về việc ngân hàng bảo lãnh sẽ phát hành bảo lãnh và bên có nghĩa vụ phải hoàn lại cho bên bảo lãnh giá trị phần nghĩa vụ mà bên bảo lãnh đã thực hiện thay mình (đây được gọi là hợp đồng cấp bảo lãnh - một dạng của hợp đồng tín dụng);

*Thứ ba*, quan hệ giữa ngân hàng bảo lãnh với bên có quyền (bên nhận bảo lãnh) về việc ngân hàng bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (bên được bảo lãnh) nếu như đến hạn nghĩa vụ bị vi phạm (như trên đã phân tích thì đây chính là hợp đồng BLNH);

Như vậy, quan hệ hợp đồng BLNH đòi hỏi bắt buộc phải có hai bên: bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Việc tham gia ký kết của bên được bảo lãnh (nếu có) không phải là điều kiện bắt buộc để thiết lập hợp đồng bảo lãnh, mặc dù cam kết của bên được bảo lãnh về việc thực hiện nghĩa vụ với bên bảo lãnh sau khi bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ thay cho mình là cơ sở để bên bảo lãnh đưa ra cam kết bảo lãnh.

Như vậy, bên được bảo lãnh là bên được hưởng lợi ích từ quan hệ hợp đồng BLNH mà không phải là bên thiết lập hợp đồng BLNH. Trong thực tế, các bên cũng có thể ký kết hợp đồng BLNH bao gồm ba bên: bên bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh, bên được bảo lãnh. Tuy nhiên, do bên được bảo lãnh không phải là chủ thể thuộc cấu trúc chủ thể của hợp đồng BLNH nên họ không có các quyền và nghĩa vụ tương ứng như quan hệ giữa người bảo lãnh và người nhận bảo lãnh. Trong trường hợp bên nhận bảo lãnh và bên được bảo lãnh kiện nhau thì tư cách của họ không phải là tư cách của các bên ký kết hợp đồng BLNH mà với tư cách của chủ thể quan hệ hợp đồng có nghĩa vụ của người được bảo lãnh được bảo đảm bằng biện pháp bảo lãnh. Tương tự như vậy, nếu bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh kiện nhau thì tư cách của họ cũng không phải là tư cách của các bên chủ thể ký kết hợp đồng BLNH mà với tư cách của chủ thể quan hệ hợp đồng cung ứng dịch vụ ngân hàng (hợp đồng cấp bảo lãnh).

Xét về bản chất, BLNH là một quan hệ hợp đồng bảo đảm mà theo đó bên bảo lãnh (ngân hàng hoặc một tổ chức tài chính khác) cam kết với bên có quyền về việc trả một khoản tiền xác định trước hoặc tối đa khi có một yêu cầu thanh toán theo mẫu quy định (và đôi khi phải xuất trình cả các chứng từ theo quy định trong cam kết bảo lãnh) trên cơ sở hành vi vi phạm của bên có nghĩa vụ trong thời gian có hiệu lực của bảo lãnh.

## 2. Đặc điểm cơ bản của bảo lãnh ngân hàng

Ngoài bản chất là giao dịch bảo đảm, hợp đồng BLNH mang những đặc điểm cơ bản sau đây:

*Một là*, chủ thể thực hiện BLNH bao giờ cũng có sự xuất hiện của ngân hàng hoặc

4 Lê Nguyên, Bảo lãnh ngân hàng và tín dụng dự phòng, Sđd, tr.45

một tổ chức tài chính khác đóng vai trò là bên bảo lãnh. Quan hệ BLNH là một quan hệ hợp đồng bao gồm hai chủ thể bắt buộc: bên bảo lãnh là ngân hàng, tổ chức tài chính được phép thực hiện nghiệp vụ BLNH và bên nhận bảo lãnh (hay bên thụ hưởng bảo lãnh) là người nhận cam kết bảo lãnh. Đây là đặc điểm để phân biệt BLNH với bảo lãnh truyền thống.

Như vậy, nếu như trong bảo lãnh nói chung bên bảo lãnh có thể là bất kỳ tổ chức, cá nhân có năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự thì trong BLNH, bên bảo lãnh phải là một chủ thể có uy tín và năng lực tài chính, có khả năng thực hiện các cam kết bảo lãnh của mình.

*Hai là*, BLNH mang tính độc lập. Một đặc tính hết sức quan trọng của BLNH là tính độc lập với hợp đồng gốc. Mặc dù, mục đích của một BLNH là bồi thường cho người thụ hưởng những thiệt hại từ việc không thực hiện hợp đồng của người được bảo lãnh trong quan hệ hợp đồng gốc nhưng việc thanh toán một bảo lãnh chỉ hoàn toàn căn cứ vào các điều khoản và điều kiện được quy định trong bảo lãnh và ngân hàng không thể dựa vào quyền khởi kiện có được từ quan hệ hợp đồng. Một khi những điều kiện và điều khoản bảo lãnh được đáp ứng thì về mặt pháp lý, người thụ hưởng có quyền yêu cầu thanh toán tiền mà không cần thiết phải chứng minh việc vi phạm của người yêu cầu bảo lãnh mà chỉ cần lập chứng từ như yêu cầu của bảo lãnh.

Tuy nhiên, tính độc lập của bảo lãnh phụ thuộc vào chính các điều kiện của bảo lãnh. Chẳng hạn, nếu bảo lãnh quy định việc thanh toán là theo văn bản yêu cầu của người thụ hưởng thì người thụ hưởng có quyền yêu cầu thanh toán mà không cần một điều kiện nào khác ngoài việc lập văn bản yêu cầu. Ngược lại, nếu như bảo lãnh yêu cầu một chứng từ như: phán quyết của tòa án, quyết định của trọng tài, văn bản của một bên thứ ba xác nhận sự vi phạm của người

được bảo lãnh hay văn bản của người được bảo lãnh thừa nhận vi phạm của mình thì tính độc lập của bảo lãnh ít nhiều bị giảm sút. Tính độc lập của bảo lãnh mang lại nhiều thuận lợi cho chính các ngân hàng. Một khi có yêu cầu thanh toán thì ngân hàng phát hành chỉ cần xem xét các chứng từ được xuất trình có phù hợp với những điều khoản và điều kiện của bảo lãnh hay không. Những điều khoản và điều kiện của bảo lãnh được cụ thể hóa bằng chứng từ. Ví dụ như: hối phiếu, yêu cầu thanh toán, chứng nhận vi phạm. Ngân hàng chỉ việc xem xét các chứng từ này với miêu tả trong bảo lãnh.

Tính độc lập còn thể hiện trách nhiệm thanh toán của ngân hàng phát hành. Trách nhiệm thanh toán của ngân hàng phát hành hoàn toàn độc lập với quan hệ giữa ngân hàng phát hành với người được bảo lãnh. Ngân hàng phát hành không thể viện dẫn những lý do thuộc về quan hệ giữa họ với người được bảo lãnh để trì hoãn thanh toán nếu như chứng từ hoàn toàn phù hợp. Chẳng hạn, ràng buộc giữa người được bảo lãnh và ngân hàng phát hành không chặt chẽ, người được bảo lãnh bị phá sản, người được bảo lãnh vẫn còn nợ ngân hàng phát hành...

*Ba là*, BLNH mang tính chứng từ. Bằng việc chấp thuận phát hành bảo lãnh, ngân hàng phát hành đã mang một nghĩa vụ thanh toán cho người thụ hưởng khi người thụ hưởng xuất trình chứng từ phù hợp. Ngân hàng phát hành, do vậy, đã chịu một rủi ro tín dụng. Khi người thụ hưởng xuất trình chứng từ phù hợp với các điều khoản của bảo lãnh thì ngân hàng phải có trách nhiệm thanh toán. Nếu chứng từ xuất trình không phù hợp với những điều khoản của bảo lãnh thì ngân hàng phát hành được miễn trừ trách nhiệm thanh toán. Như vậy, hoạt động BLNH mang tính chứng từ rất chặt chẽ.

*Bốn là*, BLNH luôn vì mục tiêu lợi nhuận. Khi thực hiện bảo lãnh cho khách hàng thông qua việc phát hành cam kết bảo lãnh, ngân hàng phát hành có quyền thu phí



bảo lãnh theo thoả thuận mà không phụ thuộc vào việc có phải thực hiện nghĩa vụ thay cho khách hàng hay không. Trong nhiều trường hợp, mức phí bảo lãnh chính là cơ sở để ngân hàng phát hành xem xét, quyết định việc đáp ứng nhu cầu được phát hành bảo lãnh của khách hàng.

Đặc điểm nêu trên của BLNH cũng thể hiện sự khác biệt so với bảo lãnh trong dân sự, là loại bảo lãnh mà bên bảo lãnh có thể hưởng thù lao hoặc không có thù lao tùy theo thoả thuận của bên bảo lãnh với bên được bảo lãnh.

### **3. Quy định pháp luật và đề xuất sửa đổi**

#### **3.1. Quy định pháp luật**

Tại Việt Nam, Điều 4 Luật các Tổ chức tín dụng (TCTD) năm 2010 quy định: BLNH là hình thức cấp tín dụng, theo đó TCTD cam kết với bên nhận bảo lãnh về việc TCTD sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng khi khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết; khách hàng phải nhận nợ và hoàn trả cho TCTD theo thoả thuận<sup>5</sup>. Cũng theo Điều 4 Luật các TCTD năm 2010, cấp tín dụng được hiểu là việc thoả thuận để tổ chức, cá nhân sử dụng một khoản tiền hoặc cam kết cho phép sử dụng một khoản tiền theo nguyên tắc có hoàn trả bằng nghiệp vụ cho vay, chiết khấu, cho thuê tài chính, bao thanh toán, BLNH và các nghiệp vụ cấp tín dụng khác.

Tương tự như vậy, Thông tư 28/2012/TT-NHNN ngày 03/10/2012 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quy định về BLNH (Thông tư 28) cũng đưa ra định nghĩa về BLNH như sau: “BLNH là hình thức cấp tín dụng, theo đó bên bảo lãnh cam kết bằng văn bản với bên nhận bảo lãnh

sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho bên được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh; bên được bảo lãnh phải nhận nợ và hoàn trả cho bên bảo lãnh theo thoả thuận”<sup>6</sup>. Nhìn chung, khái niệm này không có gì khác so với khái niệm BLNH được quy định tại Điều 4 Luật các TCTD năm 2010.

Như vậy, quy định pháp luật hiện hành chỉ xác định BLNH là một hình thức cấp tín dụng mà không đề cập đến bản chất giao dịch bảo đảm của BLNH. Căn cứ ban hành Thông tư 28 cũng không bao gồm Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm<sup>7</sup>.

Do không xác định rõ quan hệ bản chất của BLNH là hợp đồng bảo đảm, dẫn đến từ định nghĩa đến nội dung của pháp luật về BLNH đều có sự pha trộn giữa hai quan hệ, đó là quan hệ hợp đồng BLNH và quan hệ hợp đồng cấp BLNH. Điều này dẫn đến những hạn chế như chưa làm rõ được mối quan hệ giữa các chủ thể; quyền và nghĩa vụ của bên bảo lãnh, bên được bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh được quy định mang tính liệt kê chứ không mang tính đối ứng, thể hiện bản chất của BLNH là một hợp đồng song vụ giữa ngân hàng bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh. Mặt khác, quy định pháp luật hiện hành về BLNH cũng chưa nêu được hai đặc điểm quan trọng của BLNH đó là tính độc lập và tính chứng từ của bảo lãnh.

Trong thời gian gần đây đã phát sinh nhiều vụ tranh chấp trong lĩnh vực BLNH. Một trong những nguyên nhân quan trọng là do trách nhiệm của các bên tham gia hợp đồng BLNH chưa rõ ràng hoặc bên nhận

*(Xem tiếp trang 44)*

<sup>5</sup> Luật các TCTD năm 2010.

<sup>6</sup> Thông tư 28/2012/TT-NHNN ngày 03/10/2012 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quy định về bảo lãnh ngân hàng

<sup>7</sup> Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm là văn bản quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Bộ luật Dân sự năm 2005 về giao dịch bảo đảm.

# CÁC MÔ HÌNH CƠ QUAN BẢO HIỂN TRÊN THẾ GIỚI VÀ LỰA CHỌN MÔ HÌNH PHÙ HỢP VỚI VIỆT NAM

THÁI VĨNH THẮNG\*

Bắt kỳ quốc gia nào xây dựng Nhà nước pháp quyền cũng phải bảo vệ Hiến pháp vì đó là đạo luật cơ bản của Nhà nước, được xây dựng với một thủ tục đặc biệt, quy định những vấn đề cơ bản nhất mang tính nguyên tắc của toàn bộ hệ thống pháp luật của một quốc gia. Mặc dù, đối với Việt Nam thiết chế bảo hiến độc lập với cơ quan lập pháp còn khá xa lạ, tuy nhiên đối với đa số quốc gia trên thế giới thiết chế này đã trở nên quen thuộc và không thể thiếu trong bộ máy nhà nước. Chức năng bảo hiến của Tòa án Hoa Kỳ đã xuất hiện vào năm 1803, cách đây hơn hai trăm năm, còn Tòa án Hiến pháp (TAHP) của Áo được thành lập vào năm 1920 cũng đã cách đây gần một trăm năm. TAHP không những xuất hiện ở các nước tư sản, theo chế độ đa nguyên chính trị và tam quyền phân lập mà còn xuất hiện ở các nước xã hội chủ nghĩa (XHCN) Đông Âu khi chế độ XHCN chưa

sụp đổ như Ba Lan (Hiến pháp 1982), Hung-ga-ri (Hiến pháp 1983), Nam Tư (Hiến pháp 1974), Tiệp Khắc (Hiến pháp 1968)<sup>1</sup>.

Có nhiều mô hình cơ quan bảo hiến (CQBH) trên thế giới, tuy nhiên chúng ta có thể sắp xếp chúng thành bốn mô hình cơ bản sau đây:

- *Toà án Tối cao (TATC) và toà án các cấp*<sup>2</sup>. Trong mô hình này một số nước quy định chỉ có TATC mới có chức năng bảo vệ Hiến pháp (Gana, Namibia, Papua New Guinea, Srilanka, Estonia...); *TATC và Tòa án các cấp có chức năng bảo vệ Hiến pháp - Mô hình Hoa Kỳ* (Hoa Kỳ, Argentina, Mexico, Hy Lạp, Úc, Ấn Độ, Nhật Bản, Thụy Điển, Đan Mạch...). Hiện nay có 68 nước theo mô hình này.

- *Thành lập Tòa án chuyên trách bảo vệ Hiến pháp - TAHP (Constitutional court)*: Có 68 nước theo mô hình này<sup>3</sup> như: Áo,

\* GS. TS. Đại học luật Hà Nội.

1 *Grospic J - Politické a státní zřízení CSSR, Praha, 1983, s.212.*

2 *Ban biên tập Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, "Một số vấn đề cơ bản của Hiến pháp các nước trên thế giới", Nxb. Chính trị quốc gia, 2012, tr. 449-451.*

3 *Ban biên tập Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, tldđ, tr. 449-451.*

Đức, Nga, Italia, Thái Lan.... Tuy nhiên trong các nước lục địa châu Âu có Bồ Đào Nha, Switzerland là hai nước kết hợp cả mô hình của Hoa Kỳ và TAHP.

- Thành lập Hội đồng Hiến pháp - HĐHP (*Constitutional Council*) để bảo vệ Hiến pháp. Có 12 nước theo mô hình này<sup>4</sup> như: Pháp, Angieri, Kazastan, Campuchia...

- Cơ quan lập hiến đồng thời là CQBH. Có 19 nước hiện đang sử dụng mô hình này<sup>5</sup> như: Việt Nam, Trung Quốc, Cu Ba...

## **1. Mô hình Tòa án tối cao và Tòa án các cấp có chức năng bảo hiến - Mô hình Hoa Kỳ**

### **1.1 Lịch sử hình thành và phát triển**

Đây là mô hình bảo hiến phi tập trung (*Decentralised constitutional control*). Mô hình bảo hiến phi tập trung được xây dựng trên cơ sở học thuyết phân chia và kiểm chế đối trọng giữa các nhánh quyền lực lập pháp, hành pháp và tư pháp. Theo quan điểm của học thuyết này, hệ thống các cơ quan toà án không những có chức năng xét xử các hành vi vi phạm pháp luật của các công dân mà còn có chức năng kiểm soát, hạn chế quyền lực của các cơ quan lập pháp và hành pháp. Theo đó, khi Tổng thống ban hành một sắc lệnh, Chính phủ ban hành một nghị định, Nghị viện ban hành một văn bản luật trái với nội dung hay tinh thần của Hiến pháp thì phải có một cơ quan nào đó làm vô hiệu hoá các văn bản này. Cơ quan làm được chức năng này phải là một cơ quan độc lập với lập pháp và hành pháp. Theo tư duy lôgic có thể thấy ngay rằng chỉ có Tòa án mới có thể gánh vác được công việc này. Là một quốc gia xây dựng bộ máy nhà nước theo nguyên tắc phân chia quyền lực một

cách rạch ròi, Hoa Kỳ là quốc gia đầu tiên trên thế giới trao cho các Tòa án quyền phán quyết về tính hợp hiến của các văn bản luật và văn bản dưới luật. Mặc dù trong Hiến pháp Hoa Kỳ không có quy định nào trao cho Tòa án quyền giám sát tính hợp hiến của các văn bản luật và dưới luật, tuy nhiên quyền giám sát Hiến pháp của TATC Hợp chủng quốc Hoa Kỳ là một trong những nét đặc sắc của nền chính trị Hoa Kỳ.

Việc Tòa án phán quyết tính hợp hiến của các văn bản luật và văn bản dưới luật được xác định sau vụ án nổi tiếng của nước Mỹ - vụ án Marbury và Madison năm 1803. Ngay trước khi rời khỏi vị trí tháng 3 năm 1801, Tổng thống John Adam đã cố gắng bổ nhiệm những người của đảng mình vào những vị trí mới trong ngành tư pháp. Tổng thống mới, Thomas Jefferson đã rất bất bình với hành động mà ông cho là đã lạm dụng quyền lực. Sau khi phát hiện ra một số bổ nhiệm chưa được thực hiện, ông đã ra lệnh cho Bộ trưởng Ngoại giao của mình là James Madison bãi bỏ các sự bổ nhiệm đó. William Marbury, một trong những người được bổ nhiệm bị bãi bỏ, đã kiện yêu cầu Tòa án buộc ông James Madison tuân thủ các quyết định bổ nhiệm họ làm thẩm phán của Tổng thống John Adams. Ông cho rằng Đạo luật tư pháp năm 1789 đã trao cho TATC liên bang quyền ban hành lệnh yêu cầu một quan chức chính quyền thực hiện nghĩa vụ của họ. Ông muốn TATC buộc Madison chấp nhận việc bổ nhiệm chính đáng của mình. Vụ án này đã đặt TATC vào tình trạng tiến thoái lưỡng nan. Nếu Tòa án yêu cầu cơ quan hành pháp trao quyền cho Marbury thì rất có thể Tổng thống sẽ từ chối và uy tín của TATC vì thế có thể sẽ giảm sút.

4 . Ban biên tập Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, tldđ, tr. 449-451.

5 . Ban biên tập Dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, tldđ, tr. 449-451.

Còn ngược lại, nếu Toà án khước từ yêu cầu này thì vô hình trung đã công khai thừa nhận tư pháp không có quyền gì đối với hành pháp. Tuy nhiên, trong tình thế tương chừng bế tắc đó, Chánh án TATC John Marshall (1755-1835) với sự thông thái của mình đã đưa ra một quyết định sáng suốt với sự giải thích mà sau này đã trở thành một dấu ấn trong lịch sử hiến pháp Hoa Kỳ. Marshall đã tuyên bố TATC liên bang không có quyền giải quyết vấn đề này, mặc dù Mục 13 của Đạo luật tư pháp liên bang trao cho Toà án thẩm quyền trong lĩnh vực đó nhưng quy định này trái với Điều 3 của Hiến pháp Hoa Kỳ 1787 vì Điều 3 của Hiến pháp Hoa Kỳ quy định về quyền tư pháp không hề có quy định nào trao cho TATC quyền này. Ông cho rằng Hiến pháp là luật cơ bản của Nhà nước và có hiệu lực pháp lý tối cao. Vì vậy khi một đạo luật thông thường trái với Hiến pháp thì đạo luật đó phải bị tuyên bố là vô hiệu<sup>6</sup>. Giải quyết vụ án Marbury - Madison 1803, Chánh án TATC Marshall đã đưa ra các tuyên bố sau:

(i) Hiến pháp là luật tối cao của đất nước;

(ii) Những luật hay quyết định được đưa ra bởi cơ quan lập pháp là một bộ phận của Hiến pháp và không được trái với Hiến pháp;

(iii) Thẩm phán, người đã từng tuyên thệ bảo vệ Hiến pháp, phải tuyên bố hủy bỏ những luật, lệ quy định nào của cơ quan lập pháp mâu thuẫn với Hiến pháp<sup>7</sup>.

Ba tuyên bố trên đây đã xác lập chức năng bảo hiến của Toà án và quyền tài phán của Toà án về các quyết định của lập pháp và hành pháp liên quan đến Hiến pháp. Với

những tuyên bố trên đây và những đóng góp lớn lao cho ngành tư pháp, John Marshall được coi là Chánh án toà tối cao vĩ đại nhất của Hoa Kỳ<sup>8</sup>. Bằng những ý kiến sinh động, đầy sức thuyết phục và quyết tâm xây dựng cho bằng được một chính quyền liên bang vững mạnh, ông đã có công đưa TATC liên bang trở thành một bộ phận thứ ba, quan trọng trong bộ ba kiểm soát và cân đối mọi vấn đề của đất nước, không bị rơi vào tình trạng chỉ như một hình bóng, tồn tại mà như không tồn tại<sup>9</sup>.

Quyền bảo hiến của Toà án Hoa Kỳ không những được thể hiện bởi việc xem xét và tuyên bố bất kỳ một đạo luật nào đó do Quốc hội làm ra là vi hiến mà còn thể hiện ở việc có quyền xem xét và tuyên bố bất kỳ một quyết định nào đó của Tổng thống và Chính phủ là vi hiến.

Mô hình bảo hiến của Hoa Kỳ là một mô hình giám sát chính quyền bằng tư pháp (Judicial review) có hiệu quả cao, bởi sự giám sát này thường bắt đầu bằng việc giải quyết một vụ việc cụ thể tại Toà án nên được gọi là Concrete judicial review (giám sát tư pháp cụ thể). Dần dần mô hình này đã xuất hiện ở nhiều nước khác như: Canada, Mexico, Argentina, Úc, Hy Lạp, Nhật, Thụy Điển... Mô hình giám sát cụ thể của Hoa Kỳ rất có hiệu quả bởi nó tạo ra các án lệ buộc các Toà án cấp dưới phải thực hiện khi gặp trường hợp tương tự.

Cũng cần phải lưu ý rằng, trong một Nhà nước áp dụng nguyên tắc phân chia quyền lực và kiểm chế đối trọng giữa các nhánh quyền lực lập pháp, hành pháp và tư pháp như Hoa Kỳ thì việc quán triệt nguyên tắc này chính là thực hiện cơ chế chung để

6 "Hệ thống chính trị Mỹ", Chủ biên, TS. Vũ Đăng Ninh, Nxb. KHXH, Hà Nội, 2001, tr.184.

7 TS Lê Vinh Danh, "Chính sách công của Hoa Kỳ giai đoạn 1935 - 2001", Nxb. Thống kê, 2001, tr.42

8 William A. Degregorio, "42 đời Tổng thống Hoa Kỳ", Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 88.

9 Ban biên tập dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992, tldd, tr. 89.

bảo vệ Hiến pháp. Khi một dự luật có nguy cơ vi hiến thì Tổng thống có thể phủ quyết dự luật đó; khi Tổng thống thực thi một chính sách phiêu lưu hoặc lạm dụng quyền lực thì Quốc hội có thể kiểm chế Tổng thống bằng việc không thông qua ngân sách để Tổng thống không có phương tiện thực thi chính sách đó hoặc xét xử Tổng thống theo thủ tục đàn hạch. Trung thành với quan điểm đảm bảo sự độc lập của ngành tư pháp đối với lập pháp và hành pháp là điều kiện tiên quyết để xây dựng cơ chế tư pháp giám sát chính quyền. Charles De Secondat Montesquieu cha đẻ của thuyết phân chia quyền lực đã hoàn toàn đúng khi ông viết rằng: “Sẽ không có tự do nếu quyền tư pháp không tách biệt khỏi ngành lập pháp và hành pháp”<sup>10</sup>. Khẳng định điều này, Thomas Jefferson - một trong những nhà lập hiến Hoa Kỳ cũng đã từng phát biểu: “Hiến pháp xác lập sự phối hợp nhưng độc lập của ba nhánh quyền lực nhà nước lập pháp, hành pháp và tư pháp. Trong quá trình hoạt động, không nhánh quyền lực nào quản lý nhánh quyền lực nào, và điều này tạo nên những xây dựng trên tinh thần khác biệt và đối trọng. Chính từ những xây dựng trên cơ sở của những hoạt động độc lập và có thể khác biệt, chính quyền hạn chế được điều ác hơn là khi có một thiết chế bao trùm quyền lực lên các thiết chế khác”<sup>11</sup>. Độc lập với nhau, nhưng có thể kiểm chế và đối trọng để đảm bảo sự cân bằng quyền lực giữa các nhánh lập pháp, hành pháp và tư pháp là một trong những bí quyết đảm bảo cho Hiến pháp Hoa Kỳ có một sức sống bền bỉ. Để đảm bảo cho tư pháp có thể độc lập với lập pháp và hành pháp, các nhà lập hiến Hoa Kỳ đã đảm bảo

cho các thẩm phán hai điều kiện cơ bản là được bổ nhiệm suốt đời<sup>12</sup> và được “hưởng một khoản lương bổng mà sẽ không bao giờ bị sụt giảm trong thời gian tại chức”<sup>13</sup>.

### 1.2. Các đặc điểm cơ bản

Mô hình bảo hiến của Hoa Kỳ có các đặc điểm cơ bản sau đây:

(i) *Tất cả các Tòa án đều có quyền xem xét tính hợp hiến của các đạo luật.* Ở Hoa Kỳ và những nước áp dụng theo mô hình của Hoa Kỳ tất cả các cơ quan tòa án đều có quyền xem xét tính hợp hiến của một đạo luật khi trong một vụ việc họ phải áp dụng đạo luật đó. Tòa án có quyền không áp dụng đạo luật đó khi có cơ sở chắc chắn rằng nó không phù hợp với Hiến pháp.

(ii) *Quyền bảo hiến gắn với việc giải quyết một vụ việc cụ thể (Concrete judicial review).* Quyền giám sát tư pháp về tính hợp hiến của một đạo luật dù được thực hiện ở TATC hoặc Tòa án cấp thấp đều phải được thực hiện trong điều kiện của một vụ kiện tụng cụ thể khi mà vấn đề hợp hiến của đạo luật có liên quan và cần thiết trong việc giải quyết vụ việc đó.

(iii) *Quyền bảo hiến chỉ được xem xét khi có sự liên quan trực tiếp đến quyền và lợi ích của đương sự đề nghị xem xét tính hợp hiến của đạo luật đó.* Quy định này được TATC giải thích là nếu không có những quy định này thì phạm vi quyền giám sát sẽ rất rộng và mang tính trừu tượng thì sẽ kém hiệu quả.

(iv) *Toà án chỉ tuyên bố một đạo luật là vi hiến khi sự bất hợp hiến của đạo luật đó được chứng minh rõ ràng và không thể phủ*

10 Montesquieu Chales de Secondat, “Tinh thần pháp luật”, Nxb. Giáo dục, 1996, tr. 101.

11 TS Lê Vinh Danh, “Chính sách công của Hoa Kỳ giai đoạn 1935 -2001”, Nxb. Thống kê, 2001, tr. 42.

12 Điều 2 Khoản 4 Hiến pháp Hoa Kỳ quy định: “Các thẩm phán TATC và các thẩm phán Tòa án liên bang cấp dưới trực thuộc giữ chức vụ của mình vĩnh viễn trong suốt thời gian có hành vi chính đáng và chỉ bị cách chức khi bị kết tội phản quốc, nhận hối lộ, hay phạm các tội nghiêm trọng hoặc phạm tội ở mức độ nghiêm trọng khác”.

13 Hiến pháp Hoa Kỳ Điều 3 Khoản 1.

*nhận được.* Trong vụ án Fletcher v. Peck (1910) Chánh án TATC Hoa Kỳ John Marshall đã khẳng định rằng sự trái ngược của Hiến pháp và một đạo luật chỉ được xem xét trong điều kiện các thẩm phán thấy sự trái ngược đó một cách rõ ràng và Toà án chỉ tuyên bố một đạo luật là vi hiến khi sự tuyên bố đó là hoàn toàn cần thiết để giải quyết vụ án. Điều này cũng có nghĩa là Toà án sẽ không xem xét tính hợp hiến của một đạo luật nếu Toà án có cách khác làm thoả mãn yêu cầu của đương sự.

(v) *Toà án không xem xét vấn đề hợp hiến của một đạo luật khi đạo luật đó liên quan đến một số vấn đề chính trị như tổ chức công quyền và vấn đề ngoại giao....* Các Toà án ở Hoa Kỳ kể cả TATC sẽ không xem xét tính hợp hiến của một đạo luật, nếu đạo luật đó liên quan đến các vấn đề chính trị như công việc đối nội, đối ngoại của Chính phủ, hình thức tổ chức quyền lực của các tiểu bang, mối quan hệ giữa các nhánh quyền lực của Nhà nước liên bang và các tiểu bang. Tuy nhiên, TATC của liên bang lại có quyền xem xét một vấn đề nào đó có phải là vấn đề chính trị hay không, một hành vi chính trị nào đó có lạm quyền hay không.

(vi) *Khi một đạo luật bị tuyên bố là vi hiến thì đạo luật đó không còn giá trị áp dụng.* Theo nguyên tắc án lệ, khi TATC tuyên bố một đạo luật là vi hiến thì phán quyết này của TATC sẽ có giá trị áp dụng đối với các vụ án tương tự sau này của các Toà án cấp dưới. Do đó trên thực tế, có thể coi đạo luật đó không còn giá trị áp dụng nữa.

## 2. Mô hình Tòa án Hiến pháp (Constitutional Court)

Khác với mô hình Hoa Kỳ, các nước lục địa châu Âu và một số nơi khác không trao cho Toà án tư pháp thực hiện giám sát Hiến pháp mà thành lập một Tòa án đặc biệt để thực hiện chức năng này, Tòa án này được

gọi là TAHP. Đây là mô hình giám sát tập trung (Concentrated system). TAHP được thành lập ở Áo năm 1920, Italia năm 1947, Đức năm 1949, miền Nam Việt Nam năm 1956, Pháp năm 1958, Thổ Nhĩ Kỳ năm 1961, Nam Tư năm 1963, Bồ Đào Nha năm 1976... Mô hình này có thể gọi là mô hình của Áo vì Áo là nơi thành lập sớm nhất, nhưng thường gọi là mô hình lục địa châu Âu vì khu vực này là phổ biến nhất. Hiện nay có 68 nước theo mô hình này.

### 2.1. Cơ cấu, cách thức thành lập và thẩm quyền của Tòa án Hiến pháp

*Về cơ cấu:* TAHP thông thường có từ 9 đến 15 thẩm phán. Những nước có 9 thẩm phán như Italia, 11 thẩm phán như Belarus, 12 thẩm phán như Tây Ban Nha, 15 thẩm phán như Ba Lan, Czech, Thái Lan, 18 thẩm phán như Ukrain. TAHP có nhiều thẩm phán nhất là Cộng hoà liên bang Nga - 19 thẩm phán. Nhiệm kỳ của thẩm phán TAHP thông thường là 9 năm như Italia, Tây Ban Nha, Ukrain, Ba Lan...

*Về cách thức thành lập:* Thông thường 1/3 số lượng thẩm phán TAHP do Tổng thống bổ nhiệm, 1/3 khác do Hạ viện bầu (hoặc Chủ tịch hạ viện bổ nhiệm), 1/3 còn lại do Thượng viện bầu (hoặc Chủ tịch thượng viện bổ nhiệm). Các thành viên của TAHP không thể đồng thời là thành viên của Chính phủ, Nghị viện hoặc là thẩm phán của Toà án tư pháp hay Toà án hành chính cũng không thể đảm nhiệm bất cứ chức vụ gì của các cơ quan công quyền, hay thực hiện các hoạt động kinh doanh. Các thẩm phán TAHP thông thường được lựa chọn từ các thẩm phán, các công tố viên, các luật sư, các giáo sư đại học có danh tiếng, các chính khách, các quan chức hành chính có uy tín.

*Về thẩm quyền:*

- TAHP có thẩm quyền xem xét tính hợp hiến của các văn bản luật, các điều ước quốc tế mà Tổng thống hoặc Chính phủ đã hoặc

sẽ tham gia ký kết, các sắc lệnh của Tổng thống, các nghị định của Chính phủ, có thể tuyên bố một văn bản luật, dưới luật là vi hiến và làm vô hiệu hoá văn bản đó;

- Thẩm quyền xem xét tính hợp hiến của các cuộc bầu cử Tổng thống, bầu cử Nghị viện và trưng cầu dân ý;

- Thẩm quyền tư vấn về tổ chức bộ máy nhà nước, về các vấn đề chính trị đối nội cũng như đối ngoại;

- Giải quyết các tranh chấp về thẩm quyền giữa các nhánh quyền lực lập pháp, hành pháp và tư pháp, giữa chính quyền trung ương và địa phương;

- Giám sát Hiến pháp về quyền con người và quyền công dân.

Ngoài ra, một số TAHP (như Italia) có quyền xét xử Tổng thống khi Tổng thống vi phạm pháp luật.

## 2.2. Cách thức thực hiện quyền giám sát tính hợp hiến của các văn bản luật

*Giám sát các văn bản luật trước khi công bố (Preventive review):* Thông thường theo yêu cầu Tổng thống (Nhà vua ở các nước quân chủ lập hiến), Thủ tướng, Chính phủ, Chủ tịch thượng viện, Chủ tịch hạ viện, 1/10 số nghị sĩ của Nghị viện (hoặc 1/5 số nghị sĩ của một trong hai viện), TATC, TAHP sẽ xem xét tính hợp hiến của các dự luật đã được hai viện thông qua nhưng chưa công bố. Các nước thường quy định thời hạn này là 30 ngày, trường hợp khẩn cấp theo yêu cầu của Chính phủ thời hạn này có thể ngắn hơn. Nếu TAHP tuyên bố văn bản đó vi hiến thì văn đó không thể được công bố hay có hiệu lực. Khi một hiệp ước có một hay nhiều điều khoản bị tuyên bố là vi hiến, việc ký kết và ban hành hiệp ước đó lập tức bị đình chỉ cho tới khi Hiến pháp được sửa đổi hoặc hiệp ước đó được các bên thỏa thuận sửa đổi. Các quyết định của TAHP là quyết định có hiệu lực cuối cùng và không thể bị kháng nghị hay kháng cáo, các cơ

quan công quyền lập pháp, hành chính hay tư pháp đều phải tôn trọng.

*Giám sát các văn bản luật đã có hiệu lực pháp luật (Repressive review):* TAHP có thể đưa ra xem xét tính hợp hiến của các đạo luật đã có hiệu lực.

## 2.3. Đặc điểm của giám sát Hiến pháp theo mô hình Tòa án Hiến pháp

- Giám sát Hiến pháp theo mô hình TAHP là mô hình giám sát tập trung ở trung ương thông qua thiết chế TAHP.

- Giám sát bảo hiến theo mô hình TAHP không những là giám sát tư pháp cụ thể (Concrete judicial review) mà còn là giám sát trừu tượng (Abstract judicial review) vì vấn đề xem xét tính hợp hiến của một quy định nào đó không nhất thiết phải gắn liền với một vụ việc nào đó, mà nó có thể được đưa ra theo đề nghị của một cá nhân, tổ chức có thẩm quyền, bao gồm Tổng thống, Thủ tướng, Chủ tịch Thượng viện hoặc Hạ viện, Thanh tra Nghị viện (Ombudsman), Chánh án TATC hoặc 1/10 số đại biểu Nghị viện. Ngoài ra, Hội đồng địa phương, Tỉnh trưởng cũng có quyền đề nghị xem xét tính hợp hiến của đạo luật vì lý do các quyền của địa phương bị vi phạm. Đối với các đạo luật do Hội đồng địa phương ban hành vi hiến, Bộ trưởng có quyền đề nghị xem xét tính hợp hiến của các đạo luật đó.

- Một số nước ở lục địa châu Âu như Bồ Đào Nha, Switzerland tồn tại hệ thống giám sát Hiến pháp hỗn hợp vừa tập trung vừa phi tập trung. Ở Bồ Đào Nha vừa có TAHP là CQBH, mặt khác Hiến pháp 1982 của Bồ Đào Nha tại Điều 207 còn có quy định: “các Tòa án các cấp không được áp dụng các quy định và các nguyên tắc bất hợp hiến trong khi xem xét các vấn đề đưa ra trước Tòa”. Các quy định của Hiến pháp trao cho Tòa án các cấp quyền không áp dụng các quy định và các nguyên tắc bất hợp hiến. Vấn đề xem xét tính hợp hiến có thể do một bên trong

đương sự hoặc do công tố viên đưa ra.

- Hiệu lực của các quyết định của TAHP theo quy định của Hiến pháp có giá trị bắt buộc thực hiện đối với tất cả các chủ thể pháp luật kể từ khi một quy phạm, một chế định hoặc một văn bản nào đó bị TAHP tuyên bố là vi hiến.

### 3. Mô hình Hội đồng Hiến pháp (Conseil Constitutionnel)

Đây là mô hình CQBH của Pháp, Angiêri, Cadacxtan, Campuchia và một số nước châu Phi. Mô hình này tồn tại ở 12 nước trên thế giới và đều lấy mô hình của Pháp là điển hình. Mô hình HĐHP vừa mang tính chất chính trị vừa mang tính chất tư pháp vì ngoài 9 thành viên có nhiệm kỳ 9 năm còn có các cựu Tổng thống là thành viên đương nhiên vô thời hạn. Cứ 3 năm thì HĐHP lại bổ nhiệm mới 1/3 thành viên. Hiện nay trong HĐHP của Pháp có 3 cựu Tổng thống là Jaques Chirac, Nicolas Sarkozy và Valery Giscard d'Estaing. Tuy nhiên, cả ba vị Tổng thống này hiện nay đều không hoạt động nữa<sup>14</sup>.

Ở Pháp theo Hiến pháp 1958, Hội đồng bảo hiến được trao thẩm quyền xem xét các đạo luật trước khi công bố. Điều 61 Hiến pháp 1958 quy định: “Những đạo luật về tổ chức, trước khi ban hành, các quy tắc của hai viện, trước khi ban hành đều phải đệ trình lên Hội đồng bảo hiến xem xét các vấn đề kiện đó có phù hợp với Hiến pháp hay không. Để phù hợp với Hiến pháp, các đạo luật khác trước khi thi hành cũng phải đệ trình Hội đồng bảo hiến bởi Tổng thống, Thủ tướng hay Chủ tịch của hai viện”.

HĐHP của Pháp cũng có thẩm quyền xem xét tính hợp hiến của các đạo luật đó có hiệu lực. Một số đạo luật được thông qua trước Hiến pháp 1958 nhưng theo quy định

của Hiến pháp 1958 thì những quan hệ xã hội do các đạo luật đó điều chỉnh nay thuộc lĩnh vực điều chỉnh của hành pháp. Trong trường hợp này, Chính phủ có quyền tự do sửa đổi các đạo luật đó bằng cách thông qua các sắc lệnh tương đương sau khi đã tham khảo ý kiến của Hội đồng nhà nước (Conseil d'Etat). Tuy nhiên, những đạo luật được ban hành sau năm 1958 có những quy định không thuộc phạm vi của lập pháp thì Chính phủ chỉ có thể sửa đổi đạo luật đã ban hành bằng một sắc lệnh tương đương nếu Hội đồng bảo hiến (Conseil constitutionnel) tuyên bố đạo luật đó có tính cách lập quy (Điều 37 Hiến pháp). Thực hiện quyền bảo hiến, HĐHP của Pháp ngày 16/7/1971 đã tuyên bố một đạo luật đã được Nghị viện thông qua là vi hiến vì nó trái với quyền hội họp đã được quy định trong Hiến pháp 1958.

### 4. Mô hình cơ quan lập hiến đồng thời là cơ quan bảo hiến

Ở Việt Nam, Trung Quốc, Cu Ba và một số nước khác không có CQBH chuyên biệt. Các nước này đều có quan điểm chung là Quốc hội (Nghị viện) là cơ quan đại diện cao nhất của nhân dân, không những là cơ quan lập hiến, lập pháp duy nhất mà còn là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Với tư cách là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất Quốc hội phải tự quyết định tính hợp hiến của một đạo luật. Nếu Quốc hội trao quyền này cho một cơ quan khác phán quyết thì Quốc hội không còn là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất nữa. Quan điểm trên đây có hạt nhân hợp lý của nó, tuy nhiên cũng phải thừa nhận rằng nếu một cơ quan vừa lập pháp vừa tự mình phán quyết đạo luật do mình làm ra có vi hiến hay không thì cũng chẳng khác gì tình trạng “vừa đá bóng vừa thổi còi”. Ngay từ thời kỳ La Mã người

14 [http://fr.wikipedia.org/wiki/Conseil\\_constitutionnel\\_\(France\)#Composition](http://fr.wikipedia.org/wiki/Conseil_constitutionnel_(France)#Composition)



ta đã khẳng định rằng “Nemo jus sibi dicere potest” nghĩa là không ai có thể tự mình phán xét mình được. Không phải chỉ riêng ở nước ta, mà ở bất kỳ nước nào cũng vậy, mỗi đạo luật được ra đời là một đứa con tinh thần của cơ quan lập pháp. Cơ quan lập pháp phải ấp ủ bởi phải mang nặng, đẻ đau những đứa con tinh thần của mình. Người mẹ do quá yêu quý đứa con của mình nên dễ bỏ qua những khuyết tật của nó. Thiết nghĩ rằng, việc thiết lập một CQBH độc lập với Quốc hội để xem xét tính hợp hiến của các đạo luật và một số văn bản dưới luật là rất cần thiết cho Việt Nam trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân.

### 5. Lựa chọn mô hình cơ quan bảo hiến phù hợp cho Việt Nam

Theo Dự thảo Hiến pháp sửa đổi 1992 (Dự thảo đã được tiếp thu chỉnh lý trên cơ sở ý kiến của đại biểu Quốc hội ngày 14/8/2013), HĐHP sẽ là CQBH ở Việt Nam. Theo Điều 117 (Phương án 1) của Dự thảo HĐHP là cơ quan do Quốc hội thành lập, có các nhiệm vụ, quyền hạn sau đây:

a) Xem xét tính hợp hiến của luật, nghị quyết của Quốc hội. Trường hợp HĐHP xác định quy định hoặc văn bản không phù hợp với Hiến pháp thì quy định hoặc văn bản đó bị tạm dừng việc thi hành cho đến khi Quốc hội xem xét, quyết định tại kỳ họp gần nhất. Nếu có ít nhất 2/3 tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết giữ nguyên quy định hoặc văn bản đó thì quy định hoặc văn bản đó tiếp tục có hiệu lực;

b) Xem xét tính hợp hiến của văn bản do Chủ tịch nước, Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chính phủ, Thủ tướng chính phủ, Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao ban hành; trường hợp HĐHP xác định quy định hoặc văn bản không phù hợp với Hiến pháp thì quy định

hoặc văn bản đó bị tạm dừng việc thi hành cho đến khi cơ quan ban hành văn bản sửa đổi hoặc hủy bỏ quy định hoặc văn bản trái Hiến pháp. Nếu cơ quan ban hành văn bản đó không sửa đổi hoặc hủy bỏ thì kiến nghị cơ quan có thẩm quyền xem xét, quyết định;

c) Xem xét tính hợp hiến của điều ước quốc tế được ký kết nhân danh Nhà nước trước khi trình Quốc hội, Chủ tịch nước phê chuẩn.

Chúng tôi nhất trí với phương án trên đây mà Dự thảo đã xây dựng. Thiết nghĩ rằng, việc thành lập HĐHP là cần thiết, nhưng việc đảm bảo các điều kiện cho HĐHP hoạt động có hiệu quả lại càng cần thiết và quan trọng hơn. Bởi vì nếu một thiết chế thành lập ra mà hoạt động không có hiệu quả thì sẽ lãng phí ngân quỹ nhà nước và tiền thuế của nhân dân đóng góp cho Nhà nước sẽ không sử dụng đúng mục đích đặt ra. Điều kiện chủ yếu để HĐHP hoạt động có hiệu quả đó là tính chất độc lập của nó. Có thể coi HĐHP là “đội cận vệ của Hiến pháp”. Sứ mệnh của HĐHP là bảo vệ Hiến pháp nên bất cứ văn bản luật nào của Quốc hội, hay bất cứ văn bản pháp luật nào do Chủ tịch nước, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao ban hành mà vi hiến đều phải được HĐHP tuyên bố là vi hiến. Kinh nghiệm của Thái Lan cho thấy trước đây Thái Lan cũng đã thành lập CQBH trực thuộc Nghị viện và đã hoạt động không có hiệu quả nên về sau phải thành lập CQBH (gọi là TAHP) độc lập với Nghị viện, lúc này CQBH mới hoạt động có hiệu quả. Vì nhiệm vụ chủ yếu của CQBH là xem xét tính hợp hiến của luật (do Quốc hội ban hành) và một số văn bản pháp luật khác của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao nên HĐHP phải độc lập với tất cả các cơ quan nói trên ■

**VĂN PHÒNG QUỐC HỘI**  
**TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP**

Số 27A - phố: Võng Thị - quận: Tây Hồ - TP: Hà Nội  
ĐT: 080.43364; Fax: 080.48486; Email: [nclp@qh.gov.vn](mailto:nclp@qh.gov.vn)

**PHIẾU MUA TẠP CHÍ**

**Năm : 2013**

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp xuất bản mỗi tháng 02 kỳ 64 trang vào các ngày 05 và 20 hàng tháng. Đề đăng ký mua ấn phẩm của Tạp chí trong năm 2013 xin đề nghị Độc giả điền vào mẫu dưới đây và gửi tới Tạp chí (qua bưu điện, fax)

Cơ quan/cá nhân đặt mua: .....

Tên và địa chỉ người nhận tạp chí : .....

Người liên hệ đặt và thanh toán: .....

Điện thoại:..... Fax:..... Email:.....

TÊN ẤN PHẨM	ĐƠN GIÁ 1 ẤN PHẨM	MỖI THÁNG 2 ẤN PHẨM	CẢ NĂM 24 ẤN PHẨM	SỐ LƯỢNG ĐẶT ẤN PHẨM	THÀNH TIỀN
NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP	19.500đ	39.000đ	468.000đ		

• Tổng giá trị (viết bằng chữ).....

• Phương thức thanh toán:

tiền mặt       chuyển khoản       chuyển qua bưu điện       séc

• TÀI KHOẢN: Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, 27A Võng Thị, Tây Hồ, Hà Nội. số 0011.000.467.735 tại sở giao dịch Ngân hàng thương mại cổ phần ngoại thương Việt Nam : 31-33 Ngô Quyền - Hoàn Kiếm - Hà Nội.

**Chú ý: Khi chuyển tiền thanh toán, xin thông báo qua điện thoại, fax hoặc gửi qua bưu điện bản sao phiếu chuyển tiền. Trường hợp cần trao đổi thêm, xin liên hệ với đồng chí Phùng Khánh Toàn ĐTCQ: 08043364; DĐ: 0913519875.**

, ngày tháng năm 20

**Đơn vị đặt mua**