

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

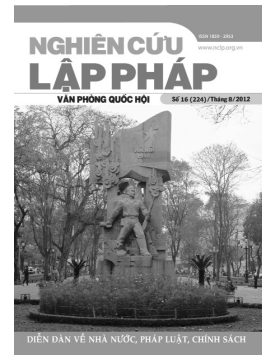
[www.nclp.org.vn](http://www.nclp.org.vn)

**VĂN PHÒNG QUỐC HỘI**

**Số 16 (224)/Tháng 8/2012**



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



## Mục lục 8/2012

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

#### BÀN VỀ LẬP HIẾN

- 3 Hiến pháp phải là công cụ cho việc phòng chống tham nhũng

**GS, TS. Nguyễn Đăng Dung – TS. Vũ Công Giao**

- 7 Bảo đảm pháp lý thực hiện quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong Hiến pháp

**ThS. Vũ Kiều Oanh**

- 14 Trách nhiệm của Quốc hội trong việc phòng ngừa tội phạm

**ThS. Nguyễn Ngọc Kiện**

- 20 Cơ chế giải quyết mâu thuẫn giữa các văn bản pháp luật – nhìn từ một quy định

**Nguyễn Minh Đức**

#### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 26 Mở rộng phạm vi hành nghề của luật sư Việt Nam trong tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài

**ThS. Lê Vũ Bằng**

- 29 Chế độ bảo lãnh của Việt Nam - nhìn từ góc độ luật so sánh

**ThS. Bùi Đức Giang**

### CHÍNH SÁCH

- 37 Bảo đảm an sinh xã hội - trách nhiệm của doanh nghiệp

**PGS, TS. Lê Thị Hoài Thu**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 44 Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng trong các văn bản pháp luật chuyên ngành

**TS. Đỗ Đức Hồng Hà – ThS. Nguyễn Ngọc Linh**

- 53 Căn thống nhất trong các quy định về phân định cán bộ và công chức

**Nguyễn Đặng Phương Truyền**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 56 Tham chiếu một số nội dung về hoạt động giám sát của Quốc hội Mỹ và Quốc hội Việt Nam

**ThS. Nguyễn Quốc Văn**

#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN SĨ DŨNG (CHỦ TỊCH)  
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THI  
GS, TS. PHAN TRUNG LÝ  
GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG  
PGS, TS. ĐÌNH 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

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

NGUYỄN QUANG MINH

#### 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: 15.000 ĐỒNG

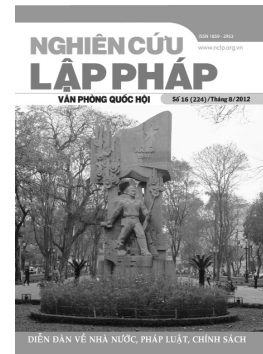
#### Ảnh bìa:

Tượng đài “Quyết tử để Tổ quốc quyết sinh”  
tại vườn hoa Vạn Xuân, Hà Nội.

Ảnh: ST.

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



## Legis 8/2012

### STATE AND LAW

#### DISCUSSION ON CONSTITUTION

- 3 Constitution must be a tool for the prevention of corruption

**Prof, Dr. Nguyen Dang Dung - Dr. Vu Cong Giao**

- 7 Legal ensuring for the implementation of fundamental rights and obligations of citizens in the Constitution

**LLM. Vu Kieu Oanh**

- 14 Responsibilities of the National Assembly in preventing crime

**LLM. Nguyen Ngoc Kien**

- 20 Mechanisms to resolve conflicts between the legal documents - the view from a norm

**Nguyen Minh Duc**

### DISCUSSION OF BILLS

- 26 Expanding the scope of Vietnamese lawyer's practice in foreign lawyers organization

**LLM. Le Vu Bang**

- 29 Vietnamese regulation on guaranty – from comparative law perspective

**LLM. Bui Duc Giang**

### POLICIES

- 37 To ensure social security - responsibility of corporations

**Prof, Dr. Le Thi Hoai Thu**

### LEGAL PRACTICE

- 44 To improve the regulation on contracts in the specialized legal documents.

**Dr. Do Duc Hong Ha - LLM. Nguyen Ngoc Linh**

- 53 Should ensure the consistency in the provisions on delimitation cadres and civil servants.

**Nguyen Dang Phuong Truyen**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 56 Comparing the supervisory activities of the United States Congress and National Assembly of Vietnam on some aspects.

**LLM. Nguyen Quoc Van**

#### 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

#### VICE EDITOR-IN-CHIEF:

NGUYEN QUANG MINH

#### 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: 15,000 VND

## BÀN VỀ LẬP HIẾN

# Hiến pháp phải là CÔNG CỤ cho việc PHÒNG CHỐNG THAM NHŨNG

NGUYỄN ĐĂNG DUNG\*  
VŨ CÔNG GIAO\*\*

**M**ột trong những chức năng quan trọng bậc nhất của Hiến pháp là phòng chống tham nhũng, hay nói một cách khác, Hiến pháp là một trong những công cụ phòng chống tham nhũng của quốc gia. Chức năng phòng chống tham nhũng cũng gần tương đương với chức năng kiểm soát quyền lực nhà nước của Hiến pháp. Nếu quyền lực không kiểm soát được sẽ góp phần gia tăng tệ nạn tham nhũng.

Có nhiều định nghĩa về tham nhũng. Theo Ngân hàng thế giới (WB), “tham nhũng là lạm dụng các quỹ hay/hoặc chức vụ công để thu lợi ích chính trị hay lợi ích vật chất riêng”<sup>1</sup>. Theo Tổ chức Minh bạch Quốc tế (TI), “tham nhũng là lạm dụng

quyền lực được giao để thu lợi riêng”<sup>2</sup>. Còn theo Rose Ackerman - một chuyên gia quốc tế nổi tiếng về phòng chống tham nhũng - “tham nhũng là việc sử dụng sai quyền lực được giao để thu lợi ích riêng”<sup>3</sup>... Như vậy, một cách chung nhất, có thể hiểu tham nhũng là việc lạm dụng chức vụ hay quyền lực công hoặc tư để thu lợi ích riêng một cách trực tiếp hoặc gián tiếp<sup>4</sup>.

Từ những định nghĩa này, có thể thấy rõ tham nhũng có mối liên hệ không thể tách rời với quyền lực và việc sử dụng quyền lực. Kể cả với hành vi đưa hay môi giới hối lộ<sup>5</sup>, tham nhũng vẫn có liên quan đến yếu tố quyền lực, bởi người đưa và môi giới hối lộ có thể không có quyền lực, nhưng người nhận hối lộ thông thường phải là người có

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

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

1 Nguyên văn: “Corruption is the abuse of public funds and/or office for private or political gain”, xem WB, *Deterring Corruption and Improving Governance in Road Construction and Maintenance*, Washington, D.C, September 2009.

2 Nguyên văn: “Corruption is the abuse of entrusted power for private gain”, xem tại [http://www.transparency.org/news\\_room/faq/corruption\\_faq](http://www.transparency.org/news_room/faq/corruption_faq)

3 Nguyên văn: “Corruption is the misuse of entrusted power for private benefit”, xem Rose Ackerman, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, trong *The International Handbook on the Economics of Corruption* (2006), edited by Rose-Ackerman.

4 Xem thêm, *United Nations Handbook on Practical Anti-corruption Measures for Prosecutors and Investigation*, Vienna, September 2004, tr.24.

5 Đây là hai trong số các hành vi bị coi là tham nhũng theo quy định trong Công ước của Liên hiệp quốc về chống tham nhũng.

quyền lực. Trong thực tế, hành vi tham nhũng chủ yếu là sự lạm dụng quyền lực nhà nước bởi các cơ quan, công chức nhà nước. Do đó, khái niệm quyền lực trong tham nhũng cơ bản đề cập đến quyền lực nhà nước (hay quyền lực công, mặc dù trên thực tế nó không chỉ giới hạn trong dạng quyền lực này). Ở đây, tham nhũng có tính chất là một “căn bệnh” chung, cố hữu của mọi nhà nước, bất kể nhà nước thuộc thể chế chính trị nào.

Tham nhũng như là bệnh dịch của con người khi có quyền lực nhà nước. Cuộc chiến đối với tham nhũng không thể có hiệu quả nếu như chúng ta chỉ dừng lại ở những sự hô hào và kêu gọi sự nâng cao đạo đức, sự liêm chính của các quan chức nhà nước, mà phải có biện pháp cụ thể quyết liệt khác mang tầm quốc gia. Đã coi tham nhũng như là bệnh dịch thì phải phòng chống nó như phòng chống bệnh dịch. Phòng chống bệnh dịch trên cơ thể người thì có biện pháp tiêm vắc-xin phòng bệnh dịch vào cơ thể. Muốn phòng chống tham nhũng của nhà nước, thì phải tiêm vắc-xin cho nhà nước, khoanh vùng có nguy cơ tham nhũng cao và phải làm trong sạch môi trường.

Vậy vắc-xin của bệnh dịch tham nhũng là gì? Bệnh dịch tham nhũng là bệnh gì? Đó là bệnh tham quyền cố vị, dùng quyền lực nhà nước để mưu lợi cho cá nhân và cho những người thân cận. Vắc-xin cho nhà nước chính là phải lấy “quyền lực đối trọng với quyền lực”, phải lấy tham vọng đối trọng với tham vọng. Muốn vậy, trước hết trong nhà nước phải có sự phân quyền. Sau đó phải dùng ngay quyền của cơ quan này đối trọng lại quyền lực của cơ quan kia. Kiểm soát quyền lực cũng chỉ có thể có được khi và chỉ khi quyền lực nhà nước được phân ra. Điều này có nghĩa là các quyền của nhà nước không nên trao một cách trọn gói và hoàn hảo từ A đến Z cho bất kể một nhánh quyền lực nào hoặc một người nào nắm giữ, mà phải được phân định thành nhiều công đoạn.

Lấy công đoạn quyền lực nọ kiểm chế công đoạn quyền lực kia. Phần lớn quyền lực vẫn có thể giao cho một chủ thể thực hiện, nhưng một phần nhỏ của quyền lực ấy phải giao cho chủ thể khác nắm giữ, tức là mầm bệnh quyền lực đã được làm cho yếu đi, tạo ra thể tự kiểm tra một cách mặc nhiên giữa chủ thể nắm giữ quyền lực nhà nước. Ai nắm quyền lực cũng vậy, đều phải bị cơ chế tự kiểm tra giám sát và theo dõi một cách mặc nhiên, như một sự phòng bệnh trước của một con người vậy. Quyền lực nhà nước không được giao trọn vẹn cho một chủ thể để một chủ thể không thể thâm tóm được quyền lực này nhằm mưu lợi cá nhân cho chủ thể đó. Nhà nước dân chủ khác nhà nước phong kiến chuyên chế ở chỗ quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân, không phải của thiên định, người nắm giữ phải có nhiệm kỳ và nó phải được thay đổi khi không còn nhận được sự ủng hộ của người dân qua các cuộc bầu cử. Quyền lực chỉ được giao giữ trong một giới hạn nhất định, tạo nên sự hạn chế quyền lực nhà nước.

Ví dụ như quyền lập pháp cơ bản được giao cho Quốc hội thực hiện, nhưng một dự luật, mặc dù đã được Quốc hội - lập pháp thông qua, song nó vẫn chưa trở thành luật, vẫn nằm ở dạng dự thảo. Chúng chỉ trở thành luật có hiệu lực thực thi khi và chỉ khi có sự công bố của Tổng thống - người đứng đầu nhà nước. Trong thời gian này, Tổng thống có quyền phủ quyết dự luật đã được Quốc hội thông qua. Quy định như vậy sẽ làm cho Quốc hội không thể lạm dụng quyền lập pháp để thông qua những đạo luật vi phạm nhân quyền hoặc có hại cho quốc gia.

Tương tự, về phía Tổng thống - người đứng đầu hành pháp - mặc dù tổng thống có quyền bổ nhiệm các quan chức cao cấp nhưng các quan chức này chỉ có thể bắt tay vào việc thực hiện quyền hành pháp của mình, khi và chỉ khi có sự đồng ý phê chuẩn của Quốc hội - Thượng viện. Trong quá trình

phê chuẩn, Quốc hội yêu cầu các quan chức được bổ nhiệm phải điều trần. Mọi hành vi của quan chức hành pháp có nguy cơ lạm dụng quyền lực phải được chặn lại trước khi có ý định. Cửa ải cuối cùng, các hoạt động lập pháp và hành pháp có thể bị xét xử bởi hoạt động tư pháp khi những hành vi lập pháp và hành pháp vi phạm pháp luật. Và đến lượt mình, các quyết định của tòa án tư pháp cũng có thể bị xem xét lại theo các vòng xét xử ở các cấp tòa án khác nhau, đến Tòa án tối cao.

Đó là sự khái quát về vắc-xin phòng bệnh của bệnh dịch tham nhũng. Nếu không có sự phòng ngừa bằng sự “tiêm chủng vắc-xin” như vậy, thì không có biện pháp hữu hiệu nào có thể ngăn ngừa được tham nhũng.

Liều vắc-xin đó phải được quy định trong bản văn có hiệu lực pháp lý tối cao trong hệ thống pháp luật của quốc gia. Đó là Hiến pháp. Khác với các văn bản lập pháp thông thường, Hiến pháp phải có vai trò trừu tượng trước những hậu quả xấu có thể xảy ra khi con người có quyền lực nhà nước, để mọi người được tiêm phòng, kể cả người tốt lẫn người xấu. Vì đã là bệnh dịch thì dịch tham nhũng sẽ không trừ bất cứ ai, kể cả người yếu/xấu lẫn người tốt/ khỏe, khi họ có quyền lực nhà nước. Acton, một vị huân tước Anh quốc đã trừu tượng rằng: “Quyền lực có xu hướng đồi bại, quyền lực tuyệt đối có xu hướng đồi bại tuyệt đối”. Vì vậy một bản Hiến pháp tốt phải có chủ trương/xu hướng phòng chống sự đồi bại, phòng chống tham nhũng.

Mặc dù cũng là tội phạm, nhưng tham nhũng là loại tội phạm có những đặc điểm rất khác, vì chủ thể của tội phạm là các quan

chức nắm quyền lực nhà nước. Do vậy, việc phòng chống tham nhũng phải có những biện pháp đặc biệt. Phòng chống tham nhũng phải có biện pháp phòng chống gián tiếp, ngăn ngừa trước, mà không trực tiếp như việc đấu tranh phòng chống các tội phạm khác. Việc ngăn ngừa trước các hành vi của tội phạm tham nhũng là một trong những chức năng quan trọng của Hiến pháp. Bản chất sâu xa của Hiến pháp khác với các đạo luật thường ở chỗ này.

Trên thế giới, mặc dù ra đời sớm nhất nhưng bản Hiến pháp của Mỹ thể hiện vấn đề này rất rõ, khi các quy định phân công quyền lực đã tạo thành hệ thống “kim chế và đối trọng”/Checks and Balances. Sở dĩ hệ thống này trở thành nội dung chính yếu của bản Hiến pháp, vì nước Mỹ đã hiểu một cách thấu đáo rằng: Chính phủ của họ không bao gồm những thiên thần, mà chỉ là những con người với đầy đủ tính xấu của con người. Khi con người có trong tay quyền lực nhà nước, điều gì cũng có thể xảy ra. Hiến pháp phải là “những sợi dây xích bằng sắt” để cột chặt những tính xấu của con người lại. Một khi tính xấu đã được cột lại thì tự khắc tính tốt sẽ được duy trì. Đó là những quy định có thuộc tính của vắc-xin cho nhà nước của họ.

Những tài liệu lưu trữ cho thấy, cuộc thảo luận về phòng chống lạm quyền, tham nhũng của các cơ quan, công chức nhà nước diễn ra đặc biệt nghiêm túc ngay từ đầu của quá trình soạn thảo Hiến pháp Hoa Kỳ. Nó được khơi nguồn từ một tuyên bố của George Mason<sup>6</sup> khi ông nêu rõ: “Nếu chúng ta không có quy định (trong Hiến pháp) về chống tham nhũng, chính quyền của chúng ta sẽ sớm đi tới sự sụp đổ”<sup>7</sup>. Lo lắng của George Mason nhận được sự đồng tình của

6 George Mason (1725 –1792), đại diện của bang Virginia trong Hội nghị Lập hiến Mỹ 1787. Không chỉ được coi là một trong những người sáng lập ra nước Mỹ (Founding Fathers), cùng với James Madison, ông được xem là một “Người cha của Bộ luật về Quyền” của nước Mỹ.

7 Notes of Robert Yates (June 23, 1787), trong *The Records of the Federal Convention of 1787*, pp. 391, 392 (Max Farrand ed., rev. ed. 1966) (1937), cũng xem Notes of James Madison (June 23, 1787), trong *Convention Records*, pp. 385, 387.

rất nhiều đại biểu khác trong Hội nghị lập hiến và vấn đề ông nêu ra được thảo luận một cách sôi nổi trong nhiều phiên họp của Hội nghị cho đến khi bản Hiến pháp được phê chuẩn. Một tài liệu cho thấy, trong suốt quá trình này, có đến 15 đại biểu của Hội nghị lập hiến nói đến vấn đề chống tham nhũng trong tổng cộng 54 lần phát biểu<sup>8</sup>. “Gần như có một sự đồng thuận tuyệt đối (trong Hội nghị lập hiến) rằng, cần phải ngăn chặn tham nhũng, bởi khi tham nhũng xâm nhập vào hệ thống chính trị, nó sẽ gây ra sự tha hóa nghiêm trọng”<sup>9</sup>. Trong Hội nghị lập hiến, các thành viên dường như tự coi họ “đang phải đối mặt với mối đe dọa lâu dài bởi tham nhũng”<sup>10</sup>. “Những nhà lập hiến của chúng ta đã xem tham nhũng chính trị như là một mối đe dọa chính với quốc gia non trẻ. Phòng chống tham nhũng là vấn đề trung tâm trong tầm nhìn chính trị của họ. Các đại biểu tham gia Hội nghị Lập hiến năm 1787 - bất luận ủng hộ hay phản đối thể chế liên bang, ủng hộ chính thể cộng hòa hay chính thể quân chủ - tất cả đều chia sẻ nỗi ám ảnh chung với vấn đề tham nhũng. Bị ảnh hưởng bởi những tác phẩm của Montesquieu, trong đó xem tham nhũng như là một trở ngại hàng đầu cho sự phát triển của một chính thể, họ đã xem xét tất cả các dạng tham nhũng có thể phát sinh trong các mô hình chính quyền để thiết kế nên một bản Hiến pháp trong đó quy định các cơ chế phòng chống tham nhũng nhiều đến mức có thể”<sup>11</sup>.

Đây cũng là tư tưởng của lý thuyết về chủ nghĩa Hiến pháp (hay chủ nghĩa hợp



hiến- constitutionalism) vốn xuất phát từ các học thuyết chính trị của John Locke, theo đó quyền lực của nhà nước cần phải được giới hạn bởi pháp luật, mà cụ thể là bởi Hiến pháp và nhà nước phải tuân thủ những giới hạn luật định đó trong hoạt động<sup>12</sup>. Nói cách khác, không giống với các văn bản khác trong hệ thống pháp luật của quốc gia, Hiến pháp - dù dưới bất kỳ chính thể nào - xét bản chất cũng đều là văn bản quy định về tổ chức và kiểm soát quyền lực nhà nước. So với các văn bản pháp luật khác của một quốc gia, Hiến pháp thể hiện tập trung và nổi bật nhất nguyên tắc quyền lực cao nhất và tuyệt đối thuộc về nhân dân, quyền lực của nhà nước chỉ là phái sinh, do nhân dân trao cho, có giới hạn và phải bị kiểm soát.

Chính nhờ hệ thống “kim chế và đối trọng” này mà Hiến pháp Hoa Kỳ - hiến pháp có tuổi đời lâu nhất trên thế giới - cho đến hiện nay vẫn không có sự thay đổi nào đáng kể, vẫn có tác dụng cho việc duy trì và phát triển nhà nước của Hoa Kỳ ■

8 Xem James D. Savage, *Corruption and Virtue at the Constitutional Convention*, , 1994, p.177.

9 Xem James D. Savage, tài liệu trên, tr.187.

10 J.G.A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, 1975.

11 Xem Zephyr Teachout, *The Anti-Corruption Principle in the U.S. Constitution*, the *Cornell Law Review*, January 2009, tr.337.

12 *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>.

Chủ nghĩa Hiến pháp được hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau, trong đó những nghĩa phổ biến nhất cho rằng đó là: "...một tập hợp ý tưởng, thái độ và khuôn mẫu hành động phản ánh nguyên tắc là thẩm quyền của chính phủ xuất phát từ người dân và bị giới hạn bởi Hiến pháp" (xem Don E. Fehrenbacher, *Sectional Crisis and Southern Constitutionalism*, Louisiana State University Press, 1995), "...ý tưởng về một chính phủ bị giới hạn quyền lực và bị kiểm soát bởi Hiến pháp" (xem David Fellman, *Constitutionalism*, tại <http://www.titutorancea.org/z/constitutionalism.htm>)...

## BÀN VỀ LẬP HIẾN

# BẢO ĐẢM PHÁP LÝ THỰC HIỆN QUYỀN VÀ NGHĨA VỤ CƠ BẢN CỦA CÔNG DÂN TRONG HIẾN PHÁP

VŨ KIỀU OANH\*

**G**hi nhận quyền và nghĩa vụ của công dân trong hiến pháp để thể hiện được quyền con người phù hợp với các điều kiện kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội... của quốc gia là vấn đề không đơn giản. Tuy nhiên, từ quy định về quyền và nghĩa vụ trong hiến pháp đến thực hiện trong thực tế mới là điều khó khăn nhất. Vì vậy, đồng thời với việc quy định quyền và nghĩa vụ của công dân trong hiến pháp, nhất thiết phải tính đến các bảo đảm thực hiện thực tế các quyền và nghĩa vụ đó, trong đó bảo đảm pháp lý có vai trò quan trọng.

## 1. Các dạng thức cơ bản của bảo đảm pháp lý thực hiện quyền và nghĩa vụ trong hiến pháp

Bảo đảm pháp lý là một bộ phận cấu thành của các bảo đảm thực hiện quyền và nghĩa vụ công dân, trong đó có các quyền và nghĩa vụ cơ bản. Khoa học pháp lý chia các bảo đảm thực hiện quyền và nghĩa vụ của công dân thành hai loại: Một là, các bảo đảm chung, bao gồm các bảo đảm chính trị (hệ thống chính trị), các bảo đảm kinh tế (tính chất của các quan hệ kinh tế, khả năng kinh

tế...), các bảo đảm xã hội (đặc điểm, tính chất của các quan hệ giữa các giai cấp, tầng lớp xã hội, bầu không khí xã hội, vai trò của xã hội dân sự...), các bảo đảm tư tưởng (quan điểm, quan niệm chính trị, pháp lý... xung quanh vấn đề quyền con người, quyền và nghĩa vụ công dân). Các bảo đảm này tạo ra nền tảng chung cho việc thực hiện quyền và nghĩa vụ công dân. Các bảo đảm này về bản chất không có tính chất pháp lý, không trực tiếp gắn với việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của công dân, nó thể hiện mối liên quan

\* ThS. Phòng thông tin Nhà nước và Pháp luật, Viện Thông tin Khoa học xã hội.



có tính trừu tượng đến khả năng thực hiện tổng thể các quyền và nghĩa vụ của công dân. Hai là, các bảo đảm riêng còn được gọi là các bảo đảm pháp lý như các quy định về thủ tục pháp lý, chế tài pháp lý.... Các bảo đảm này có bản chất pháp lý, trực tiếp gắn liền với việc công dân thực hiện các quyền và nghĩa vụ pháp luật cụ thể. Chúng tôi chỉ bàn về các bảo đảm pháp lý thực hiện quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân (hay là quyền và nghĩa vụ hiến pháp).

Bảo đảm pháp lý - như đã trình bày - có thể được hiểu là các quy định của pháp luật trực tiếp liên quan đến việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ cụ thể của công dân. Khi nghiên cứu các bảo đảm pháp lý thực hiện quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, cần chú ý rằng, các quyền và nghĩa vụ này được quy định trong hiến pháp hầu như đều phải được cụ thể hóa trong các quy định của các luật, ngành luật trong hệ thống pháp luật thì mới thực hiện được trong thực tế. Chẳng hạn, ở nước ta, quyền bầu cử, ứng cử của công dân phải được cụ thể hóa trong các luật bầu cử Quốc hội và Hội đồng nhân dân, quyền tự do ngôn luận được cụ thể hóa trong luật báo chí, luật về tiếp cận thông tin..., quyền tự do kinh doanh phải được quy định trong các luật về doanh nghiệp, hợp tác xã, luật thương mại..., quyền tự do cá nhân của công dân được quy định trong các luật hình sự, tố tụng hình sự, dân sự, tố tụng dân sự, hành chính..., nghĩa vụ đóng thuế được quy định trong các luật thuế..., nghĩa vụ bảo vệ Tổ quốc được thể hiện trong luật về nghĩa vụ quân sự, dân quân tự vệ.... Bởi vậy, các bảo đảm pháp lý thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công dân trong các luật, ngành luật cụ thể hóa quy định hiến pháp về quyền và nghĩa vụ cũng hàm nghĩa bảo đảm thực hiện các chế định quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong hiến pháp. Từ quan niệm như vậy, cần xem xét các bảo đảm pháp lý thực hiện quyền và nghĩa vụ cơ bản của công

dân trong hiến pháp không giới hạn chỉ trong phạm vi hiến pháp cũng như ngành luật hiến pháp, mà cần mở rộng ra trong hệ thống pháp luật. Xuất phát từ quan niệm như vậy, có thể xác định các bảo đảm pháp lý thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công dân trong hiến pháp bao gồm các dạng thức cơ bản sau:

(i) *Quy định thẩm quyền liên quan đến thực hiện quyền và nghĩa vụ của công dân.* Thẩm quyền này được quy định trong hiến pháp và các luật, có thể chia thành hai loại lớn. Một là, thẩm quyền cụ thể hóa quyền và nghĩa vụ trên cơ sở quyết định của hiến pháp. Đối với các nhà nước hiện đại, các quy định cụ thể hóa quyền và nghĩa vụ của công dân đều phải được quy định bởi cơ quan lập pháp (nghị viện, quốc hội...). Về nguyên tắc, chính phủ là cơ quan chỉ được quy định ở mức độ hạn chế quyền, nghĩa vụ của công dân theo sự ủy quyền của cơ quan lập pháp. Các trường hợp hết sức đặc biệt, khi chưa có quy định cụ thể hóa quy định của hiến pháp về quyền hay nghĩa vụ công dân của cơ quan lập pháp mà có đòi hỏi bức bách của đời sống xã hội thì chính phủ mới có thể được ban hành, đương nhiên, phải được luật quy định. Hai là, thẩm quyền trong việc thực hiện các hoạt động liên quan đến việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của công dân nhằm bảo đảm xét xử đúng đắn. Ví dụ, quy định về thẩm quyền xét xử của tòa án các cấp, quy định về xử phạt hành chính của các cơ quan hành chính...

(ii) *Xác định cụ thể ranh giới thực hiện quyền và nghĩa vụ công dân.* Quy định về ranh giới này khá đa dạng. Có các quy định về giới hạn chung của quyền và tự do về phía công dân như Tuyên ngôn Nhân quyền và dân quyền 1789 của Pháp viết: “Tự do bao gồm sự tự do để làm tất cả mọi thứ mà không làm tổn hại đến bất cứ người nào khác, vì vậy việc thực hiện các quyền tự nhiên của mỗi con người là không giới hạn,

trừ những người mà phải bảo đảm cho các thành viên khác của xã hội được hưởng các quyền đó” (Điều 4); “Mỗi người đều có quyền phát triển tự do nhân cách của mình tới mức không vi phạm các quyền của người khác hoặc vi phạm chống lại trật tự hiến pháp hoặc chuẩn mực đạo đức” (Điều 2, Hiến pháp Đức 1949)... Có các quy định về quyền và tự do như là điểm bắt đầu và điểm giới hạn đối với công dân như Hiến pháp Canada 1982: “Mọi người đều có quyền sống, quyền tự do. An ninh của con người và các quyền khác là không thể tước đoạt ngoại trừ trường hợp pháp luật có quy định khác” (Điều 7). Có cách chỉ ra giới hạn của quyền và tự do trong quan hệ giữa nhà nước và công dân qua công cụ pháp luật như Tuyên ngôn Nhân quyền và dân quyền 1789 của Pháp: “Pháp luật chỉ có thể ngăn cấm các hành vi có hại cho xã hội. Không gì có thể bị ngăn chặn nếu không bị cấm bởi pháp luật, và không ai có thể bị buộc phải làm bất cứ điều gì mà không theo quy định của pháp luật” (Điều 5), hoặc Hiến pháp Braxin: “Không ai có nghĩa vụ làm hoặc không làm điều gì đó trừ khi pháp luật có quy định về điều đó” (Điều 5). Có các quy định về giới hạn của quyền và tự do của công dân bằng cách quy định giới hạn thẩm quyền về phía nhà nước, chẳng hạn, Hiến pháp Mỹ: “Không một đạo luật nào tổn hại đến quyền tự do của công dân và không một đạo luật hời hợt nào có thể được thông qua” (Điều 1, khoản 9 [Giới hạn quyền lập pháp]), “Không bang nào được phép thông qua hay thực hiện những đạo luật xâm phạm hoặc hạn chế đặc quyền công dân và quyền bất khả xâm phạm của công dân Hợp chúng quốc Hoa Kỳ. Không bang nào được quyền tước đoạt mạng sống, tự do, tài sản của công dân mà không thông qua một tiến trình tố tụng đúng luật. Cũng không bang nào được phép từ chối bảo vệ những quyền hợp pháp của công dân trong lãnh thổ thuộc quyền tài phán của

minh” (Tu chính 14, ngày 9/7/1968). Hiến pháp Nga quy định một giới hạn thông thường có trong hiến pháp, pháp luật của mọi quốc gia: “Sự hạn chế nào đối với quyền và tự do cơ bản của con người, của công dân cũng đều bị cấm ngoại trừ trường hợp vì an ninh quốc phòng, tình trạng khẩn cấp” (Điều 55). Xem xét hệ thống pháp luật các nước sẽ còn thấy nhiều hình thức xác định ranh giới của các quyền và nghĩa vụ của công dân. Đối với các quyền hay nghĩa vụ cụ thể thì ranh giới đó sẽ còn rất phong phú.

(iii) *Quy định trách nhiệm của nhà nước, cán bộ công chức trong việc bảo đảm thực hiện quyền và nghĩa vụ của công dân.* Quy định này dễ dàng tìm thấy trong hiến pháp, luật và các văn bản dưới luật ở các nước, có thể là quy định chung hoặc quy định cho các trường hợp cụ thể. Chẳng hạn, Hiến pháp Nhật Bản 1946 tại Điều 13 diễn đạt như sau: “Quyền sinh sống, tự do, mưu cầu hạnh phúc, nếu không trái với quyền lợi chung là mối quan tâm tối cao của các nhà lập pháp và các nhà chức trách khác”. Điều 5 Hiến pháp Braxin 1988 quy định: “Nhà nước phải cung cấp đầy đủ và miễn phí sự trợ giúp pháp lý cho tất cả những người mà chứng minh họ không đủ nguồn lực kinh tế”, Hiến pháp Nga 1993 tại Điều 24: “Các cơ quan nhà nước và các cơ quan địa phương và các quan chức có nhiệm vụ cung cấp cho công dân tài liệu liên quan trực tiếp đến quyền và tự do của công dân”, Hiến pháp Venezuela quy định về trách nhiệm của nhà nước qua suốt 117 điều về quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân.

(iv) *Quy định thủ tục thực hiện các quyền và nghĩa vụ công dân.* Thủ tục thực hiện quyền và nghĩa vụ công dân trong hệ thống pháp luật bao gồm rất nhiều các thủ tục khác nhau như thủ tục bầu cử, thủ tục tư pháp áp dụng trong tòa án xét xử các vụ việc hành chính, hình sự, dân sự. Trong khoa học pháp lý, quy phạm thủ tục được xác định là

bảo đảm cho việc thực hiện các quy phạm nội dung. Tất nhiên, không phải khi nào thủ tục cũng là tốt. Ví dụ, trong cải cách hành chính hiện nay ở nước ta, thủ tục hành chính không cần thiết thì phải được loại bỏ để công dân thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình được dễ dàng, thuận lợi. Nhưng, khi có sự hiện diện cần thiết của thủ tục thì khi đó, thủ tục cần phải được quy định theo các yêu cầu chặt chẽ để bảo đảm cho các quy định pháp luật (nội dung) được thực hiện tốt nhất, hiệu quả nhất. Trong hiến pháp các nước đều có quy định ít hoặc nhiều thủ tục pháp lý cho hoạt động của các cơ quan nhà nước có quan hệ trực tiếp hay gián tiếp đến việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của công dân. Trong hệ thống pháp luật, các thủ tục hành chính, tư pháp đều có vai trò rất lớn trong việc thực hiện quyền và nghĩa vụ đó.

(v) *Quy định chế tài bảo đảm thực hiện quyền và nghĩa vụ.* Chế tài bao gồm các chế tài hành chính, hình sự, dân sự, kỷ luật hành chính và cả chế tài hiến pháp áp dụng đối với người thực hiện quyền hay nghĩa vụ và đối với cán bộ, công chức liên quan. Chế tài với tính cách là công cụ cưỡng chế nhà nước áp dụng nhằm tạo ra hậu quả bất lợi đối với người vi phạm pháp luật và thể hiện sự lên án của nhà nước và xã hội. Qua chức năng trừng trị, giáo dục, phòng ngừa và khôi phục quan hệ xã hội bị vi phạm, chế tài bảo đảm cho quyền hay nghĩa vụ của công dân được thực hiện. Chế tài có thể được áp dụng bởi tòa án hay cơ quan hành chính nhà nước.

(vi) *Quy định về giải quyết tranh chấp pháp luật về quyền và nghĩa vụ.* Các tranh chấp pháp luật này có thể là tranh chấp pháp luật giữa các cá nhân, tổ chức, cơ quan và giữa nhà nước với các chủ thể này liên quan đến việc thực hiện quyền hay nghĩa vụ của công dân. Các tranh chấp được giải quyết dưới nhiều hình thức khác nhau theo các thủ tục nhất định do các cơ quan, tổ chức (tòa án, trọng tài phi chính phủ, cơ quan hành

chính nhà nước, các tổ chức hòa giải...) thực hiện. Các nước đặc biệt quan tâm đến tranh chấp pháp luật giữa cá nhân, tổ chức với nhà nước về quyền. Bởi vậy, trong hiến pháp nhiều nước thường quy định việc giải quyết tranh chấp này dưới các hình thức khác nhau. Ví dụ, Hiến pháp Nga quy định: “Các quyết định hành động (hoặc không hành động) của các cơ quan nhà nước, cơ quan địa phương, các hiệp hội công cộng và các quan chức đều có thể bị khởi kiện tại toà án” (Điều 46), Hiến pháp Đức: “Bất kỳ người nào bị xâm phạm quyền cơ bản có quyền tin tưởng vào toà án sẽ được mở cho anh ta. Nếu không có toà án chuyên ngành thì các toà án thông thường sẽ giải quyết việc khởi kiện của anh ta” (Điều 19), Hiến pháp Braxin: “Luật pháp không được loại trừ sự xem xét lại của toà án đối với bất kỳ sự vi phạm hay đe dọa đến quyền nào đó” (Điều 5)... Trong luật dân sự các nước đều có quy định về quá trình giải quyết tranh chấp dân sự giữa các cá nhân, tổ chức.

(vii) *Giải thích chính thức quy định về quyền và nghĩa vụ trong hiến pháp.* Giải thích quy định đó có thể được thực hiện bởi cơ quan tài phán trong quá trình xét xử các tranh chấp hay vi phạm quyền và nghĩa vụ hiến pháp. Nhưng giải thích pháp luật có thể được thực hiện do các nhu cầu về xem xét tính hợp hiến của việc ban hành một đạo luật hay văn bản pháp luật khác hoặc để bảo đảm cho việc áp dụng pháp luật hợp hiến trong trường hợp liên quan đến quyền của công dân, cá nhân. Việc giải thích này có thể do tòa án, cơ quan thường trực của nghị viện thực hiện.

Như vậy, liên quan đến quyền công dân, giải thích hiến pháp thực hiện chức năng là tạo ra cơ sở để đánh giá về tính hợp hiến đối với các sự kiện đã xảy ra (một đạo luật đã được thông qua, quyết định, hành vi của cơ quan nhà nước đã ban hành hay thực hiện đối với công dân) hoặc sự kiện sẽ xảy ra

trong tương lai (đạo luật sẽ được thông qua, khả năng ban hành quyết định hay thực hiện hành vi pháp luật nào đó với công dân).

(viii) *Giám sát, kiểm tra việc thực hiện quyền và nghĩa vụ công dân.* Về bản chất, đây là hoạt động theo dõi, xem xét, đánh giá thực trạng thực hiện quyền và nghĩa vụ của công dân. Hoạt động giám sát, kiểm tra do nhiều chủ thể khác nhau thực hiện, có thể chia thành các hoạt động giám sát, kiểm tra của nhà nước (nghị viện, cơ quan hành chính cấp trên...) và giám sát do xã hội (các tổ chức xã hội, hội đoàn, công dân) thực hiện. Giám sát, kiểm tra là hoạt động đặc biệt quan trọng trong việc thu thập và đánh giá thông tin về thực hiện quyền và nghĩa vụ của công dân, từ đó, có các phương án xử lý để bảo đảm thực hiện thực tế các quyền và nghĩa vụ đó.

Trong Hiến pháp, pháp luật các nước, các bảo đảm trên đây đều được ghi nhận và được thực hiện trên thực tế, nhưng ở các mức độ khác nhau hoặc rất khác nhau. Đối với nước ta, Hiến pháp và pháp luật hiện hành cũng đã ghi nhận các dạng thức bảo đảm đó. Khoản 2 Điều 11 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật hiện hành quy định, Quốc hội là cơ quan có thẩm quyền quy định quyền và nghĩa vụ của công dân. Chúng ta cũng đã có các văn bản pháp luật quy định về thẩm quyền của các cấp cơ quan, những người có chức vụ trong việc giải quyết, xử lý các công việc liên quan đến quyền, nghĩa vụ của công dân trong nhiều lĩnh vực khác nhau như: hình sự, dân sự, kinh tế, hành chính... Giới hạn của việc thực hiện quyền hay nghĩa vụ được quy định trong nhiều văn bản trên các khía cạnh chung cũng như cụ thể, ví dụ: “Không ai được xâm phạm tự do tín ngưỡng, tôn giáo hoặc lợi dụng tín ngưỡng, tôn giáo để làm trái pháp luật và chính sách của Nhà nước” (Điều 70 Hiến pháp 1992); “Nghiêm cấm mọi hình thức truy bức, nhục hình, xúc phạm danh dự, nhân phẩm của công dân” (Điều 71 Hiến

pháp 1992)... Trong quan hệ pháp luật hành chính giữa Nhà nước và công dân đã có khối lượng lớn các văn bản pháp luật quy định về thủ tục hành chính thực hiện quyền và nghĩa vụ của công dân. Nhiều văn bản pháp luật đã cụ thể hóa nội dung cũng như xác định ranh giới thực hiện quyền, nghĩa vụ của công dân. Hiến pháp 1992 và Luật Cán bộ, công chức 2008 đã có các quy định về trách nhiệm của Nhà nước, của cán bộ, công chức trong việc bảo đảm thực hiện các quyền của công dân cả về nguyên tắc chung và cả trong các công việc cụ thể của công dân như: trách nhiệm của Nhà nước trong việc bảo đảm quyền của công dân; các cơ quan nhà nước, cán bộ, viên chức nhà nước phải tôn trọng nhân dân, tận tụy phục vụ nhân dân, (Điều 8, 51 Hiến pháp 1992)... Trong hệ thống pháp luật, các chế tài dân sự, kinh tế, hành chính, hình sự, kỷ luật hành chính đã được xác định trong Hiến pháp và các luật, pháp lệnh khá đầy đủ. Các tranh chấp pháp luật về quyền hay nghĩa vụ được giải quyết theo con đường hòa giải, tòa án, trọng tài phi chính phủ. Giải thích quy định về quyền hay nghĩa vụ công dân trong Hiến pháp, luật do Ủy ban thường vụ Quốc hội thực hiện. Công tác giám sát, kiểm tra việc thực hiện các quyền, nghĩa vụ của công dân được thực hiện bởi hệ thống các cơ quan nhà nước, cả hệ thống chính trị nói chung và toàn xã hội.

Như vậy, có thể nói rằng, đồng thời với các quy định về quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân và các quy định cụ thể về các quyền và nghĩa vụ đó trong Hiến pháp, luật và các văn bản pháp luật khác đã có các bảo đảm pháp lý thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công dân. Chính nhờ có các bảo đảm pháp lý trên đây mà trên nền các bảo đảm chung có được hiện nay, việc thực hiện thực tế quyền và nghĩa vụ của công dân nước ta khá tốt. Tuy nhiên, đối với mỗi dạng thức bảo đảm đều thấy có những khiếm khuyết. Một trong những nguyên nhân cơ bản của

tình trạng này là chúng ta thiếu một cái nhìn tổng thể về vấn đề thực hiện quyền con người, quyền công dân. Khi xây dựng chế định quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân trong bản Hiến pháp, các nhà làm luật cố gắng xem xét, cân nhắc có thể quy định những quyền và nghĩa vụ nào của công dân trong Hiến pháp. Điều đó là đúng, nhưng các bảo đảm pháp lý tiếp theo cho việc thực hiện thực tế các quyền, nghĩa vụ này dường như ít được chú ý, ít nhiều đứt đoạn. Quy định quyền và nghĩa vụ xong, chúng ta không biết chúng được thực hiện như thế nào trên thực tế. Không có cơ quan nào xem xét, điều chỉnh, đề xuất việc xây dựng và hoàn chỉnh các bảo đảm pháp lý thực hiện các quyền và nghĩa vụ hiến pháp của công dân một cách thống nhất. Chẳng hạn, quyền biểu tình của công dân chưa có luật cụ thể hóa; quyền lập hội là do nghị định của Chính phủ quy định; thủ tục hành chính thiếu thống nhất; việc giải thích Hiến pháp, luật giao cho Ủy ban thường vụ Quốc hội chưa thích hợp; thiếu cơ chế tài phán hiến pháp... Bởi vậy, cần thiết phải xây dựng và hoàn thiện các bảo đảm pháp lý, tùy theo thực trạng hiện nay của mỗi dạng thức bảo đảm.

### 2. Một số giải pháp hoàn thiện các bảo đảm pháp lý

*Thứ nhất*, cần nhận thức chung, thống nhất yêu cầu về thực hiện thực tế các quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân. Bản chất của bất cứ nhà nước pháp quyền nào cũng phải hướng đến là vấn đề quyền con người. Thực hiện quyền con người là vấn đề quan trọng hàng đầu và có ý nghĩa thời đại trong bối cảnh thế giới ngày nay, không nên xem đó là vấn đề đối ngoại, hình thức, mà là đòi hỏi nội tại của người dân Việt Nam. Từ đó, có ý thức sâu sắc đầy đủ việc tạo các bảo đảm cho người dân được hưởng các quyền đó.

*Thứ hai*, cần thiết lập một cơ quan thống

nhất tầm quốc gia để theo dõi, đề xuất việc thực hiện quyền con người, quyền công dân. Đây là nhân tố đặc biệt quan trọng không chỉ chứng tỏ nhận thức mới về việc bảo đảm thực hiện thực tế quyền con người, quyền công dân mà còn là tạo ra cơ chế hiện thực hóa quyền đó.

*Thứ ba*, một số quyền thiết yếu liên quan đến quyền làm chủ của nhân dân cần được luật cụ thể hóa như quyền biểu tình, quyền được thông tin hoặc quy định trong luật thay vì vẫn bản dưới luật như quyền lập hội.

*Thứ tư*, hoàn thiện thủ tục hành chính với tư cách là phương tiện bảo đảm thực hiện quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân. Phương tiện này cần được đặc biệt chú ý bởi nó liên quan đến đời sống hàng ngày cũng như chiếm khối lượng chủ yếu trong việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của công dân (như đăng ký kinh doanh, đóng thuế, tạm trú, xử phạt hành chính,...). Nhiệm vụ cải cách nền hành chính đặt ra các yêu cầu bức xúc về cải cách mạnh mẽ hơn thủ tục hành chính theo hướng xoá bỏ triệt để cơ chế “xin - cho”, đơn giản hoá các thủ tục. Năm 2008, Chính phủ đã trình Quốc hội dự thảo Luật Thủ tục hành chính. Tuy nhiên, đạo luật này quá chú trọng vấn đề ban hành thủ tục hành chính hơn là bản thân thủ tục hành chính, nên chưa được Quốc hội thông qua. Cần sớm xúc tiến việc soạn thảo lại để ban hành Luật Thủ tục hành chính theo hướng điều chỉnh các vấn đề nội tại của thủ tục hành chính nhằm xây dựng khung khổ thủ tục chung bảo đảm quyền con người, quyền công dân, cơ bản thể hiện dân chủ và pháp chế trong thủ tục này.

*Thứ năm*, đối với hệ thống tư pháp, cần chú trọng nghiên cứu áp dụng nguyên tắc tranh tụng; tăng cường vai trò của Viện kiểm sát trong tố tụng dân sự để bảo vệ tốt hơn các quyền công dân; công khai hoá các bản án, qua đó xã hội công dân có thể giám sát, kiểm

tra hoạt động của Toà án, Viện kiểm sát. Đặc biệt, theo tinh thần của Đại hội IX, XI, cần khẩn trương tiến hành việc xây dựng định chế tài phán hiến pháp để xử lý các vi phạm hiến pháp, trong đó có các vi phạm quyền của công dân trong các hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp. Tài phán hiến pháp là định chế được các nhà nước xây dựng theo hướng pháp quyền đặc biệt quan tâm, xem đó như một đặc trưng của mình. Hiến pháp Nhật Bản quy định thẩm quyền của Toà án tối cao giám sát việc thi hành hiến pháp, Cộng hòa Pháp có Hội đồng Bảo hiến, Cộng hòa liên bang Đức có Toà án hiến pháp, ở Mỹ bảo hiến được thực hiện bởi hệ thống toà án thường... Tài phán hiến pháp cần phải được ghi nhận vào Hiến pháp trong lần sửa đổi, bổ sung này.

*Thứ sáu*, phần rất lớn các trường hợp, quyền và nghĩa vụ của công dân được thực hiện trong mối quan hệ với Nhà nước, bởi vậy, đội ngũ cán bộ, công chức với hiểu biết, kỹ năng, động cơ thực hiện công vụ là yếu tố hết sức quan trọng. Ở đây, vấn đề pháp lý trong việc bảo đảm đề cán bộ, công chức thực hiện đúng đắn các quyền và nghĩa vụ của công dân thể hiện trên nhiều mặt: bầu, tuyển chọn, bố trí cán bộ, chế độ trách nhiệm, chế độ kỷ luật, cơ chế cạnh tranh, đào thải nhân sự trong tuyển dụng,..., qua đó, tạo ra hình ảnh người cán bộ, công chức phục vụ nhân dân chứ không phải là cai trị, lạm dụng... Hiến pháp 1992, Luật Cán bộ, công chức 2008 và các văn bản dưới luật khác đã có các quy định về quyền, nghĩa vụ và các mặt nêu trên của đội ngũ cán bộ, công chức. Tuy nhiên, pháp luật vẫn thiếu các quy định về cơ chế cạnh tranh trong công vụ, về sát hạch công chức... để có thể đưa ra ngoài công vụ những cán bộ, công chức không có đủ phẩm chất, năng lực. Vì vậy, trong thời gian tới cần phải hoàn thiện pháp luật cán bộ, công chức. Tuy nhiên, vấn đề pháp lý chủ yếu trong việc thực hiện quyền của công

dân liên quan đến cán bộ, công chức là vấn đề thi hành pháp luật. Tình trạng cán bộ, công chức xâm phạm quyền của công dân khá phổ biến mà tham nhũng là nguyên nhân cơ bản cần được hạn chế, loại trừ.

*Thứ bảy*, nhiều hay ít, pháp luật đã ghi nhận các cơ chế giám sát, kiểm tra việc thực hiện pháp luật nói chung, thực hiện quyền và nghĩa vụ của công dân nói riêng. Các cơ chế giám sát, kiểm tra đã góp phần tích cực vào việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ của công dân. Tuy nhiên, cả cơ chế giám sát, kiểm tra nhà nước (giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân, kiểm tra, thanh tra hành chính, kiểm tra của hệ thống Toà án đối với hệ thống hành chính nhà nước...) cũng như các cơ chế giám sát xã hội (Mặt trận Tổ quốc, Công đoàn, Đoàn thanh niên...) vận hành chất lượng và hiệu quả còn thấp, thậm chí có nơi, có lúc vô hiệu. Điều đó ảnh hưởng đến việc xem xét, đánh giá và tác động đến việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của công dân. Để tăng cường hiệu quả của các cơ chế giám sát, kiểm tra, có nhiều vấn đề pháp lý đặt ra liên quan đến việc xác định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, mối quan hệ giữa các cơ quan, tổ chức, công dân.... Tuy nhiên, vấn đề sâu xa, có tính chất quyết định đối với hiệu quả hoạt động của các cơ chế giám sát, kiểm tra trên, đó là dân chủ thực sự để người dân tham gia vào quá trình bảo đảm thực hiện quyền của họ. Dân chủ là lực lượng, sức mạnh kiểm soát, phản biện, gây áp lực, tạo động lực thúc đẩy hoạt động của các cơ quan, tổ chức cũng như các cán bộ, công chức trong việc thực hiện đúng đắn quyền và nghĩa vụ của công dân. Điều cần thiết là thừa nhận về mặt pháp lý sự hiện diện xã hội dân sự, hỗ trợ nó phát triển đúng hướng. Đây sẽ là nhân tố có khả năng cải thiện rõ rệt và đáng kể việc thực hiện quyền công dân ở nước ta ■

# TRÁCH NHIỆM CỦA QUỐC HỘI trong việc PHÒNG NGỪA TỘI PHẠM

NGUYỄN NGỌC KIẾN\*

**P**hòng ngừa tội phạm là một chính sách quan trọng của Đảng và Nhà nước ta. Trách nhiệm phòng ngừa tội phạm thuộc về cả hệ thống chính trị, của toàn xã hội, trong đó có Quốc hội. Cơ sở pháp lý cho hoạt động phòng ngừa tội phạm của Quốc hội cần phải kể đến Hiến pháp, Bộ luật Hình sự (BLHS), Bộ luật Tố tụng hình sự (BLTTHS) và một số văn bản pháp luật khác. Trách nhiệm phòng ngừa tội phạm của Quốc hội được đặt ra ở các bình diện sau:

## 1. Hoạt động phòng ngừa tội phạm của Quốc hội ở dạng phòng ngừa xã hội

Có ý kiến cho rằng, căn cứ vào yếu tố chủ thể tiến hành để nhận dạng thì phân chia toàn bộ hoạt động phòng ngừa tội phạm thành hai dạng: phòng ngừa xã hội và phòng ngừa chuyên biệt. Phòng ngừa xã hội là một hệ thống đa chiều, đa chủ thể với việc áp dụng các biện pháp mang tính chất chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội, hành chính, pháp luật... nhằm hạn chế hoặc loại trừ những yếu tố có thể trở thành nguyên nhân và điều kiện thực hiện tội phạm. Phòng ngừa chuyên biệt là hệ thống gồm chủ yếu các biện pháp pháp luật - nghiệp vụ do các cơ quan bảo vệ pháp

luật tiến hành, nhằm mục đích phát hiện, ngăn chặn và loại trừ những nguyên nhân của tình trạng phạm tội và điều kiện thực hiện tội phạm...<sup>1</sup>. Có thể nói, hoạt động phòng ngừa tội phạm của Quốc hội là phòng ngừa xã hội. Cụ thể:

### 1.1. Quốc hội lập hiến và lập pháp tạo cơ sở pháp lý cho việc phòng ngừa tội phạm

Hiến pháp là đạo luật gốc quy định những vấn đề về chế độ chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội, quốc phòng, an ninh, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân, cơ cấu, nguyên tắc tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước... Hiến pháp là luật cơ bản

\* ThS. VKSND huyện Phú Giáo, tỉnh Bình Dương

<sup>1</sup> Xem PGS, TS. Hồ Trọng Ngũ, Phòng ngừa tội phạm ở cộng đồng dân cư, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 06/2005.

của Nhà nước, có hiệu lực pháp lý cao nhất. Mọi văn bản pháp luật khác phải phù hợp với Hiến pháp. Một bản Hiến pháp phù hợp với nguyện vọng và nhu cầu, lợi ích của mọi giai tầng trong xã hội sẽ thúc đẩy xã hội phát triển về mọi mặt, bảo vệ tốt quyền con người và quyền công dân. Bảo vệ tốt quyền con người và quyền công dân cũng chính là tạo cơ sở pháp lý để phòng ngừa tội phạm. Do vậy, trong lĩnh vực phòng ngừa tội phạm, Hiến pháp chính là cơ sở pháp lý chung, quan trọng nhất, cao nhất có tác dụng phòng ngừa tội phạm ở mặt tổng thể, không thể thiếu.

Trong lĩnh vực phòng ngừa tội phạm, Điều 50 Hiến pháp năm 1992 lần đầu tiên quy định về bảo đảm quyền con người như sau: “Ở nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, các quyền con người về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hoá và xã hội được tôn trọng, thể hiện ở các quyền công dân và được quy định trong Hiến pháp và luật”. Đây là một cơ sở pháp lý để các ngành luật xây dựng cơ chế đảm bảo quyền con người tựu trung ở các quyền của công dân. Điều 12 Hiến pháp năm 1992 quy định Nhà nước quản lý xã hội bằng pháp luật, không ngừng tăng cường pháp chế xã hội chủ nghĩa. Điều 30 cấm truyền bá tư tưởng và văn hóa phản động. Điều 71 nêu rõ công dân có quyền bất khả xâm phạm về thân thể và được pháp luật bảo vệ tính mạng, sức khoẻ, danh dự, nhân phẩm. Điều 74 khẳng định công dân có quyền khiếu nại, tố cáo, nghiêm cấm việc trả thù khiếu nại tố cáo...

Khoản 1 Điều 84, Hiến pháp năm 1992 của nước ta quy định Quốc hội có quyền làm Hiến pháp và sửa đổi Hiến pháp; làm luật và sửa đổi luật; quyết định chương trình xây dựng luật, pháp lệnh. Thực hiện chức năng của mình, trong hoạt động lập pháp, Quốc hội đã ban hành rất nhiều luật và nghị quyết có tính khả thi cao trên thực tiễn điều chỉnh

các lĩnh vực của đời sống xã hội. Đặc biệt, trong lĩnh vực phòng ngừa tội phạm, BLHS và BLTTHS là các bộ luật chuyên ngành có tính ổn định cao, là công cụ hữu hiệu để phòng ngừa, ngăn chặn và trấn áp tội phạm. Trong các lần sửa đổi, bổ sung BLHS, Quốc hội đã tội phạm hoá và phi tội phạm hoá nhiều tội phạm phù hợp với tình hình của đất nước (BLHS sửa đổi năm 2009 có hiệu lực từ ngày 1/1/2010 đã tội phạm hoá một số hành vi nguy hiểm trong lĩnh vực môi trường, nội luật hoá một số tội phạm theo công ước và điều ước quốc tế nước ta đã ký kết...). Hơn nữa, đáp ứng yêu cầu hội nhập kinh tế và đấu tranh phòng, chống tội phạm quốc tế, tội phạm xuyên quốc gia, Quốc hội đã kịp thời thông qua các công ước và điều ước quốc tế, các hiệp định đa phương, song phương khác, như: Công ước của Liên hiệp quốc về phòng, chống tham nhũng; Công ước của Liên hiệp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia (Đại hội đồng Liên hiệp quốc thông qua ngày 15/1/2000, Việt Nam tham gia vào ngày 13/12/2000)...

Bên cạnh đó, hoạt động giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh và ban hành Pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) thể hiện trách nhiệm của cơ quan thường trực Quốc hội làm cho các quy định của Hiến pháp, luật nhanh chóng đi vào cuộc sống, với ý nghĩa hoàn thiện cơ sở pháp lý cho công tác phòng ngừa tội phạm.

### ***1.2. Quốc hội quyết định những vấn đề quan trọng của đất nước nhằm phát triển kinh tế, ổn định xã hội tạo ra những tiền đề tiên quyết loại trừ nguyên nhân và điều kiện nảy sinh tội phạm***

Tùy vào tình hình thực tiễn đất nước, qua từng giai đoạn cụ thể, Quốc hội quyết định chính sách cơ bản về đối nội, đối ngoại, nhiệm vụ kinh tế xã hội, quốc phòng an ninh của đất nước; quyết định chính sách tài chính tiền tệ quốc gia và những vấn đề quan trọng



khác của đất nước... Những hoạt động này góp phần phát triển kinh tế, ổn định xã hội, bảo đảm cuộc sống ấm no, tự do, hạnh phúc cho người dân; nâng cao dân trí, trình độ pháp luật..., nhằm hình thành ý thức tự giác và ý thức tuân thủ những chuẩn mực đạo đức, pháp luật cho công dân loại trừ những nguyên nhân và điều kiện phát sinh phạm tội. Khi nền kinh tế, xã hội hoặc tư tưởng xã hội sa sút thì Quốc hội có những quyết sách để Chính phủ thi hành, tạo công ăn việc làm, khắc phục khủng hoảng kinh tế, lạm phát, giải quyết những vấn đề xã hội... nhằm triệt tiêu hoặc ngăn chặn mầm mống tội phạm và đẩy lùi tội phạm. Ví dụ: Quốc hội quyết định các chương trình, dự án quốc gia về xóa đói giảm nghèo, tạo công ăn việc làm cho người dân; xác định định hướng xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong giai đoạn hiện nay...

### ***1.3. Quốc hội thực hiện trách nhiệm phòng ngừa tội phạm qua hoạt động giám sát***

Theo Hiến pháp năm 1992, Quốc hội thực hiện quyền giám sát tối cao đối với việc tuân thủ Hiến pháp, luật và nghị quyết của Quốc hội; xét báo cáo hoạt động của Chủ tịch nước, UBTVQH, Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC), Viện Kiểm sát nhân dân (VKSNDTC). UBTVQH giám sát việc thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội và pháp lệnh, nghị quyết do mình ban hành; giám sát hoạt động của Chính phủ, TANDTC, VKSNDTC trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội và trình Quốc hội hủy bỏ các văn bản đó; hủy bỏ các văn bản của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, TANDTC, VKSNDTC trái với pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH (Khoản 5 Điều 91). Bên cạnh đó, UBTVQH còn có nhiệm vụ giám sát hoạt động của Hội đồng nhân dân (HĐND) các cấp; bãi bỏ các nghị quyết sai trái của HĐND cấp tỉnh (Khoản 6 Điều 91).

Điều 95 và 96 Hiến pháp nêu rõ các Ủy ban của Quốc hội có nhiệm vụ nghiên cứu, thẩm tra dự án luật, dự án pháp lệnh; thực hiện quyền giám sát trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn do luật định; kiến nghị những vấn đề thuộc phạm vi hoạt động của mình... (Hoạt động giám sát của Quốc hội, UBTVQH và các Ủy ban chuyên trách cụ thể hoá tại Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội...)

Hoạt động giám sát của Quốc hội, UBTVQH, các cơ quan của Quốc hội cũng là cách để Quốc hội kiểm tra xem các chính sách, pháp luật mình ban hành đã phù hợp với cuộc sống chưa? có được thực thi nghiêm chỉnh không? Đó cũng là hoạt động nhằm thể hiện ý chí nhân dân kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp trong tổ chức và hoạt động của cơ quan hành pháp, tư pháp và cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương. Hoạt động giám sát và xem xét báo cáo của Quốc hội ở tầm vĩ mô, có ý nghĩa định hướng ngăn ngừa và kiểm soát các hành vi vi hiến; nó mang tính chế ước trong việc thực hiện quyền lực nhà nước nhằm tránh lạm quyền. Chỉ có giám sát thì mới đánh giá hiệu quả hoạt động đúng đắn, mới phát hiện và ngăn ngừa vi phạm pháp luật được kịp thời. Ví dụ: qua báo cáo của Chính phủ về công tác phòng ngừa và đấu tranh phòng, chống tội phạm, Quốc hội phát hiện tình hình một số loại tội phạm xảy ra nghiêm trọng như tội phạm tham nhũng, từ đó Quốc hội đã ra nghị quyết về vấn đề này, sau đó sửa đổi, bổ sung BLHS, Luật Phòng, chống tham nhũng... tạo dựng cơ chế và chế tài xử lý đối với loại tội phạm này.

### ***1.4. Trách nhiệm của đại biểu quốc hội trong việc phòng ngừa tội phạm***

Là người đại diện cho ý chí, nguyện vọng của nhân dân, đại biểu Quốc hội (ĐBQH) cũng tham gia vào các hoạt động phòng ngừa tội phạm có ý nghĩa rất tích cực

như: tập hợp ý kiến của cử tri hoặc trực tiếp phát hiện thực trạng vi phạm pháp luật và tội phạm để phản ánh, kiến nghị với Quốc hội hoặc các cơ quan bảo vệ pháp luật xử lý và có giải pháp phòng ngừa tình hình tội phạm kịp thời. Ngoài ra, ĐBQH còn chất vấn, trả lời chất vấn về những vấn đề phát triển kinh tế - xã hội, về dân sinh, dân chủ; việc thi hành pháp luật trong nhân dân nhằm thúc đẩy những nhân tố tích cực trong xã hội, ngăn ngừa tình trạng vi phạm pháp luật và tội phạm. Đặc biệt, ĐBQH có trách nhiệm theo dõi, đôn đốc giải quyết khiếu nại, tố cáo của cơ quan có thẩm quyền và hướng dẫn, giúp đỡ công dân thực hiện quyền đó; phổ biến và vận động nhân dân thực hiện Hiến pháp, luật và nghị quyết của Quốc hội... Thực tiễn cho thấy, có nhiều đơn thư khiếu nại, tố cáo và phản ánh của công dân được ĐBQH chuyển đến cơ quan có thẩm quyền thụ lý giải quyết và đôn đốc việc này. Đây là hoạt động thiết thực, đảm bảo kịp thời quyền và lợi ích hợp pháp của công dân, đồng thời phát hiện và ngăn chặn nhiều hành vi vi phạm pháp luật, tội phạm.

## **2. Hoạt động phòng ngừa tội phạm của Quốc hội còn thể hiện ở dạng định hướng chung**

Nếu căn cứ vào tính chất, thì hoạt động phòng ngừa tội phạm còn xảy ra ở dạng định hướng chung, xuất phát từ những quan điểm, tư tưởng chỉ đạo hoặc những nguyên tắc thể hiện tính chất phòng ngừa tội phạm được thừa nhận rộng rãi. Nó không là những biện pháp được thực hiện bởi một hoặc đa chủ thể như dạng phòng ngừa xã hội và phòng ngừa chuyên biệt, nhưng nó trở thành phương châm, định hướng cho hoạt động phòng ngừa tội phạm của bất cứ chủ thể nào; do đó, nó mang hiệu quả to lớn về mặt tư tưởng và

thực tiễn. Ví dụ: chủ nghĩa Mác- Lê nin nhận định dưới chế độ xã hội chủ nghĩa (XHCN), tội phạm phát sinh và tồn tại là do những nguyên nhân và điều kiện khác nhau, và “với bản chất tốt đẹp của mình, Nhà nước XHCN hoàn toàn có khả năng tiến hành cuộc đấu tranh phòng, chống tội phạm có kết quả. Trong Nhà nước XHCN, cuộc đấu tranh phòng, chống tội phạm phải được coi là một bộ phận của cuộc đấu tranh giai cấp và trong cuộc đấu tranh đó, phải đặc biệt quan tâm đến công tác phòng ngừa tội phạm...”<sup>2</sup>. Khi nước Việt Nam dân chủ cộng hòa mới được thành lập năm 1945, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã rất quan tâm đến công tác phòng ngừa tội phạm. Người cho rằng: “Xét xử là tốt, nhưng nếu không phải xét xử thì càng tốt hơn”<sup>3</sup>. Tư tưởng của Người hết sức quan trọng, thể hiện đường lối xử lý tội phạm của Nhà nước ta là coi trọng giáo dục, phòng ngừa, tuyên truyền phổ biến pháp luật; còn trừng phạt người phạm tội chỉ là bắt buộc dĩ. Trong các chính sách của Đảng và Nhà nước ta về sau này đều coi phòng ngừa tội phạm là một bộ phận quan trọng của cuộc đấu tranh giai cấp lâu dài. Trong những năm gần đây, Đảng ta định hướng công tác phòng ngừa tội phạm tại Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 2/1/2002 của Bộ Chính trị về một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới: “Công tác tư pháp phải ngăn ngừa có hiệu quả và xử lý kịp thời, nghiêm minh các loại tội phạm hình sự, đặc biệt là các tội xâm phạm an ninh quốc gia, tội tham nhũng và các loại tội phạm có tổ chức; bảo vệ trật tự, kỷ cương; bảo đảm và tôn trọng quyền dân chủ, quyền, lợi ích hợp pháp của các tổ chức và công dân”; và Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 2/6/2005 của Bộ chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã nêu: “...Đây mạnh công tác tuyên truyền, phổ

2, 3, Theo TS. Trịnh Tiến Việt, *Khái niệm phòng ngừa tội phạm dưới góc độ tội phạm học*, Tạp chí Khoa học, Đại học Quốc gia Hà Nội số 24/2008, tr. 191.

biển, giáo dục pháp luật; không ngừng nâng cao trình độ dân trí pháp lý, ý thức sống, làm việc theo Hiến pháp và pháp luật cho mọi người dân...”.

Từ vị trí, chức năng của mình, Quốc hội ban hành BLHS và BLTTHS định hướng nhiệm vụ phòng ngừa tội phạm chủ yếu thuộc về các cơ quan công an, viện kiểm sát, tòa án, tư pháp, thanh tra và các cơ quan hữu quan khác; các cơ quan, tổ chức và mọi người dân có nghĩa vụ tham gia vào hoạt động phòng ngừa tội phạm, kết hợp với các phương châm phòng ngừa tội phạm, cụ thể:

Ngay lời nói đầu, BLHS đã nêu tinh thần: “BLHS thể hiện tinh thần chủ động phòng ngừa và kiên quyết đấu tranh chống tội phạm... ; qua đó, bồi dưỡng cho mọi công dân tinh thần, ý thức làm chủ xã hội, ý thức tuân thủ pháp luật, chủ động tham gia phòng ngừa và chống tội phạm.

Thi hành nghiêm chỉnh BLHS là nhiệm vụ chung của tất cả các cơ quan, tổ chức và toàn thể nhân dân”.

Điều 1 của Bộ luật BLHS đã nêu nhiệm vụ: “... giáo dục mọi người ý thức tuân theo pháp luật, đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm”. Do đó, “Các cơ quan, tổ chức... kịp thời có biện pháp loại trừ nguyên nhân và điều kiện gây ra tội phạm trong cơ quan, tổ chức mình” (Điều 4).

Các quy định nêu trên cho thấy trách nhiệm phòng ngừa tội phạm thuộc về toàn bộ hệ thống chính trị, trong đó có Quốc hội và mọi người dân. Điều lưu ý là luật hình sự đã xác định tinh thần chủ động phòng ngừa tội phạm được đặt lên hàng đầu.

Trong BLTTHS, ngay tại Điều 1 Bộ luật này đã khẳng định: “BLTTHS góp phần bảo vệ chế độ XHCN, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của công dân, tổ chức, bảo vệ trật tự pháp luật XHCN, đồng thời giáo dục mọi người ý thức tuân theo pháp luật, đấu tranh phòng ngừa và

chống tội phạm”. Do vậy, việc thi hành nghiêm chỉnh BLTTHS là nhiệm vụ chung của các cơ quan Nhà nước, các tổ chức xã hội và của toàn thể nhân dân.

Để phòng ngừa tội phạm, khi xây dựng BLTTHS, Quốc hội cũng đã đặt ra hiệu lực của Bộ luật tại Điều 2, quy định các nguyên tắc lãnh thổ, nguyên tắc quốc tịch và nguyên tắc phổ cập để thiết lập quyền tài phán quốc gia xét xử đối với tội phạm. Các nguyên tắc này có ý nghĩa phòng ngừa cao đối với cả đối tượng là người nước ngoài, người không quốc tịch có ý định phạm tội trên lãnh thổ Việt Nam.

Điều 25 BLTTHS nêu các tổ chức và công dân có quyền và nghĩa vụ phát hiện, tố giác hành vi phạm tội; tham gia đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm.

Điều 27 xác định rõ các cơ quan tiến hành tố tụng có nhiệm vụ tìm ra nguyên nhân và điều kiện phạm tội; yêu cầu cơ quan, tổ chức hữu quan áp dụng các biện pháp khắc phục và ngăn ngừa tội phạm. Ở góc độ này nếu cơ quan tiến hành tố tụng yêu cầu hoặc kiến nghị, thì Quốc hội cũng phải áp dụng các biện pháp khắc phục và ngăn ngừa tội phạm.

Bên cạnh đó, Điều 32 BLTTHS quy định cơ quan nhà nước, Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các thành viên, đại biểu dân cử có quyền giám sát hoạt động của các cơ quan và người tiến hành tố tụng, cũng như giám sát việc giải quyết khiếu nại, tố cáo của các cơ quan này. Nếu phát hiện vi phạm thì cơ quan nhà nước, đại biểu dân cử có quyền yêu cầu và Mặt trận có quyền kiến nghị đến cơ quan tiến hành tố tụng hình sự giải quyết và phải thông báo kết quả giải quyết. Quy định này cho thấy sự tham gia của đại biểu dân cử về giám sát hoạt động tố tụng hình sự, đặc biệt là công tác giải quyết khiếu nại, tố cáo - một khía cạnh có tác dụng phòng ngừa tội phạm rất cao.

### **3. Nâng cao trách nhiệm phòng ngừa tội phạm của Quốc hội**

Có thể nói, về cơ bản, hoạt động phòng ngừa tội phạm của Quốc hội trên thực tế là phòng ngừa xã hội (đây là hoạt động phòng ngừa quan trọng nhất) và mang tính chất định hướng chung, có tích chất thúc đẩy hoạt động phòng ngừa của các chủ thể khác. Với vị trí, chức năng của mình, hoạt động phòng ngừa tội phạm của Quốc hội thu hút được sự tham gia của đông đảo quần chúng nhân dân và có giá trị thực tiễn rất tích cực. Tuy nhiên, các quy định trong Hiến pháp và Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội về trách nhiệm của Quốc hội trong phòng ngừa tội phạm còn thiếu cụ thể, đặc biệt là sự tham gia của ĐBQH còn rất hạn chế. Các văn bản này không có một điều luật cụ thể quy định trách nhiệm của Quốc hội trong hoạt động phòng ngừa tội phạm ở những nội dung nào; hàng năm, Quốc hội xây dựng chương trình giám sát Chương trình phòng ngừa tội phạm của Chính phủ và các cơ quan tư pháp ra sao... Khi hoạt động phòng ngừa tội phạm của Quốc hội chỉ tập trung vào hoạt động giám sát và nghe báo cáo thì hiệu quả còn hạn chế.

Riêng các quy phạm của BLHS và BLTTHS về trách nhiệm phòng ngừa tội phạm của Quốc hội vẫn chưa nhiều, chưa đầy đủ, chỉ mang tính định hướng chung khi nêu là trách nhiệm của cơ quan, tổ chức. Tuy có những quy phạm pháp luật về phòng ngừa tội phạm song chủ yếu là điều chỉnh lĩnh vực chống tội phạm; mặt khác, do không được kết cấu trong một văn bản pháp luật chỉ điều chỉnh lĩnh vực phòng ngừa nên hiệu quả mang lại không đáp ứng được nhu cầu thực tiễn... Đó là một bất cập của BLHS và BLTTHS trong việc xác định và loại trừ nguyên nhân, điều kiện phạm tội, làm cho chính sách phòng ngừa tội phạm chung thiếu tính khả thi.

Nhằm khắc phục những hạn chế trong các quy định về trách nhiệm phòng ngừa tội

phạm, nhằm tăng cường hoạt động phòng ngừa tội phạm của Quốc hội, chúng tôi đề nghị:

*Thứ nhất*, quy định trong Hiến pháp và Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội về nhiệm vụ, trách nhiệm của Quốc hội trong hoạt động phòng ngừa tội phạm;

*Thứ hai*, Quốc hội định kỳ phải xây dựng chương trình tổng thể phòng ngừa tội phạm, giám sát hoạt động của Chính phủ và các cơ quan tư pháp trung ương về công tác phòng ngừa tội phạm. Đặt ra cho cơ quan nhà nước và xã hội nhiệm vụ tổ chức phòng ngừa tội phạm theo khu vực địa lý, theo chương trình cấp địa phương và toàn quốc dưới sự lãnh đạo của Đảng; thu hút các tổ chức đoàn thể chính trị - xã hội và mọi tầng lớp xã hội vào hoạt động này; việc xây dựng chương trình phòng ngừa tội phạm cần được thực hiện trên cơ sở đặc điểm kinh tế, tình trạng tội phạm, tâm lý xã hội và truyền thống phong tục của từng địa phương, qua công tác dự báo tội phạm...; đặt ra trách nhiệm cá nhân của người đứng đầu trong hoạt động phòng ngừa tội phạm; quy định quan hệ phối hợp trong công tác phòng ngừa tội phạm của Quốc hội...

*Thứ ba*, quy định sự tham gia giám sát nhiều hơn cho ĐBQH trong hoạt động phòng ngừa tội phạm của các cơ quan, tổ chức hữu quan;

*Thứ tư*, trước mắt, khi chưa xây dựng một đạo luật về phòng ngừa tội phạm, cần xây dựng nhiều quy phạm cụ thể hơn ở BLHS và BLTTHS về trách nhiệm của Quốc hội, của ĐBQH trong việc giám sát, phối hợp trong công tác phòng ngừa tội phạm.

*Thứ năm*, Quốc hội nên xây dựng và thông qua một đạo luật về phòng ngừa tội phạm để điều chỉnh tất cả các quan hệ trong lĩnh vực phòng ngừa tội phạm, tạo cơ sở pháp lý và đảm bảo tính thống nhất đối với các hoạt động phòng ngừa tội phạm ■

# **CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT MÂU THUÃN GIỮA CÁC VĂN BẢN PHÁP LUẬT - NHÌN TỪ MỘT QUY ĐỊNH**

NGUYỄN MINH ĐỨC\*

## **1. Từ một quy định**

Ngày 23/12/2011, Hội đồng nhân dân thành phố (HĐND TP) Đà Nẵng ban hành Nghị quyết số 23/2011/NQ-HĐND về Nhiệm vụ năm 2012 (sau đây gọi tắt là Nghị quyết 23). Ngày 11/02/2012, Cục Kiểm tra văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) của Bộ Tư pháp yêu cầu HĐND TP Đà Nẵng giải thích một số nội dung trong Nghị quyết 23 do không phù hợp với Luật Cư trú (Luật CT). Sau khi nhận được văn bản giải thích của HĐND TP Đà Nẵng, Cục Kiểm tra VBQPPL vẫn giữ quan điểm cho rằng, Nghị quyết 23 không phù hợp với Luật CT và cần phải được hủy bỏ hoặc sửa đổi.

Nghị quyết đưa ra biện pháp “Tạm dừng giải quyết đăng ký thường trú mới vào khu vực nội thành đối với các trường hợp chỗ ở là nhà thuê, mượn, ở nhờ mà không có nghề nghiệp hoặc có nhiều tiền án, tiền sự”. Cục Kiểm tra VBQPPL cho rằng, quy định này trái với Luật CT. Lý do là Điều 20 Luật CT quy định về điều kiện đăng ký thường trú tại các TP trực thuộc trung ương không hạn chế các đối tượng trên. Hơn nữa, Điều 21 Luật này quy định thời hạn tối đa để giải quyết

đăng ký thường trú là 15 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ.

Lập luận của phía Đà Nẵng cho rằng, quy định tạm dừng giải quyết đăng ký thường trú này thuộc thẩm quyền của mình với hai lý do. Thứ nhất, Luật CT đưa ra các điều kiện nói trên nhưng không giới hạn ở đó. Nói cách khác, Luật CT không cấm việc các địa phương đưa thêm các điều kiện khác. Thứ hai, tại Luật Tổ chức HĐND và UBND (Luật TC HĐND, UBND) cho phép HĐND cấp tỉnh có quyền “phân bổ dân cư” và “quyết định các biện pháp quản lý dân cư ở thành phố và tổ chức đời sống dân cư đô thị”. Vì vậy, quy định trong Nghị quyết 23 phù hợp với thẩm quyền này của HĐND TP Đà Nẵng.

Cục Kiểm tra VBQPPL phản bác lại rằng, TP Đà Nẵng có thể sử dụng nhiều biện pháp khác để “phân bổ dân cư” chứ không được sử dụng biện pháp trái với Luật CT. Hiện vụ việc đang dừng lại ở đó, chờ Ủy ban Pháp luật của Quốc hội báo cáo Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH) để giải quyết.

\* *Đại học Luật Hà Nội.*

Vụ việc trên cho thấy, cơ chế giải quyết mâu thuẫn giữa các văn bản pháp luật ở nước ta vẫn còn một số bất cập. Việc hủy bỏ văn bản đã được pháp luật đề cập cách giải quyết, song vẫn còn nhiều điểm bất hợp lý.

## **2. Cơ chế giải quyết mâu thuẫn và hủy bỏ văn bản hiện nay**

Khi ban hành một VBQPPL, đương nhiên cơ quan ban hành đã đảm bảo rằng, VBQPPL này được ban hành hợp pháp. Nếu văn bản đã được ban hành, nhưng khi giám sát, kiểm tra mà phát hiện có những nội dung trái với Hiến pháp, luật thì phải kịp thời “đình chỉ việc thi hành, sửa đổi, bổ sung, hủy bỏ hoặc bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ văn bản, đồng thời kiến nghị cơ quan có thẩm quyền xác định trách nhiệm của cơ quan, cá nhân đã ban hành văn bản sai trái”<sup>1</sup>. Pháp luật cũng quy định: “1. Quốc hội, UBTVQH, Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình, giám sát việc ban hành VBQPPL. 2. Thẩm quyền, trình tự, thủ tục giám sát việc ban hành VBQPPL, xử lý VBQPPL có dấu hiệu trái pháp luật được thực hiện theo quy định của Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội”<sup>2</sup>.

Việc hủy bỏ VBQPPL cần phải được đảm bảo các yếu tố: đúng thẩm quyền, đúng căn cứ và đúng thủ tục. Đối với Nghị quyết 23, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền hủy văn bản này bao gồm: UBTVQH<sup>3</sup> và chính HĐND TP Đà Nẵng. Thủ tướng Chính phủ chỉ có quyền đình chỉ thi hành, chứ không có quyền bãi bỏ Nghị quyết của HĐND cấp tỉnh. Cục Kiểm tra VBQPPL Bộ Tư pháp chỉ có chức năng kiểm tra và phát hiện sai trái của văn bản, chứ hoàn toàn không có quyền đình chỉ thi hành, hủy bỏ hay bãi bỏ văn bản. Cục sẽ yêu cầu chính cơ quan ban hành văn

bản đó tự hủy bỏ văn bản của mình, hoặc kiến nghị để cơ quan nhà nước cấp trên đề ra quyết định hủy bỏ văn bản.

## **3. Bất cập của cơ chế hủy bỏ văn bản hiện nay**

### **3.1. Thẩm quyền hủy bỏ văn bản**

Như đã nói ở trên, hiện nay có hai cơ quan có quyền hủy Nghị quyết 23 là HĐND TP Đà Nẵng và UBTVQH.

HĐND TP Đà Nẵng là cơ quan ban hành văn bản, họ đã kiểm tra và đảm bảo tính hợp pháp của văn bản trước khi ban hành ra nó. Đến nay, sau khi nhận được ý kiến của Cục Kiểm tra VBQPPL, HĐND TP Đà Nẵng vẫn không thay đổi quan điểm về tính hợp pháp, hợp lý của Nghị quyết 23. Thông thường thì cơ quan đã ban hành VBQPPL có nội dung sai trái sẽ tự hủy bỏ văn bản, đó là điều hợp lý nhất, tránh được những bất cập trong hoạt động xây dựng và thi hành pháp luật, tránh được những bất đồng giữa các cơ quan nhà nước với nhau. Song, thực tế cho thấy, các cơ quan đã ban hành ra văn bản rất ít khi tự thừa nhận những bất cập, sai sót trong văn bản của mình đã ban hành và tự mình hủy bỏ những văn bản như vậy.

UBTVQH có quyền hủy Nghị quyết 23, song cơ chế này hiện nay chưa đầy đủ, đang thiếu sự hoàn thiện. UBTVQH không có động lực thực sự rõ ràng, trực tiếp để chủ động giải quyết vụ việc đến cùng. Vì thế, hoàn toàn có thể xảy ra tình trạng vụ việc bị “treo” vô thời hạn. Nếu UBTVQH chưa trả lời hoặc thậm chí im lặng thì chúng ta cũng không thể rõ quan điểm chính thức của cơ quan này. Cũng có thể suy luận rằng, sự im lặng của UBTVQH là sự đồng tình với HĐND TP Đà Nẵng.

1 Điều 87 Luật Ban hành VBQPPL 2008.

2 Điều 89 Luật Ban hành VBQPPL 2008.

3 Điều 13 Luật Tổ chức Quốc hội.

Cục Kiểm tra VBQPPL và Bộ Tư pháp cũng không có động lực và không có thẩm quyền để thực hiện công việc này. Cục Kiểm tra VBQPPL và Bộ Tư pháp không có những lợi ích trực tiếp bị ảnh hưởng bởi Nghị quyết 23 nên việc đưa vụ việc đến kết quả cuối cùng chưa phải là mối quan tâm lớn, trong lúc họ còn có nhiều vấn đề cần giải quyết. Thông thường khi không có những lợi ích hay sự quan tâm rõ ràng, rất khó để cơ quan nhà nước thực hiện nhiệm vụ của mình một cách chủ động, tích cực.

### 3.2. Căn cứ hủy bỏ văn bản

Căn cứ để xem xét hủy bỏ Nghị quyết 23 là Luật CT, Luật TC HĐND, UBND. Muốn có căn cứ, cần phải hiểu, giải thích và áp dụng chúng. Tuy nhiên, thông thường khi đọc VBQPPL thì tất cả các cơ quan, cá nhân có liên quan đều có thể thực hiện, nhưng hiểu đúng, giải thích văn bản đúng và áp dụng đúng văn bản thì không phải ai cũng giống nhau. Vì thế, các cơ quan, tổ chức thường hiểu và giải thích VBQPPL khác nhau, đặc biệt là trong bối cảnh hệ thống pháp luật của nước ta còn chưa thống nhất và mang tính minh bạch cao. HĐND TP Đà Nẵng giải thích rằng quyền “phân bố dân cư” đã cho phép họ đưa ra các biện pháp ghi trong Nghị quyết 23 như vậy. Cục Kiểm tra VBQPPL thì cho rằng, TP Đà Nẵng còn nhiều biện pháp khác để thực hiện quyền “phân bố dân cư” và các biện pháp đưa ra phải phù hợp với Luật CT. Vậy, cơ quan nào giải thích đúng? Theo quy định của pháp luật hiện hành thì chỉ có UBND mới có quyền giải thích (giải thích chính thức) Luật CT, Luật TC HĐND, UBND. Tuy nhiên, vì không có ai đề nghị, nên UBND sẽ không giải thích đối với trường hợp này. Cũng theo pháp luật thì UBND là cơ quan có quyền

hủy văn bản, tức là cách giải thích của cơ quan này được xem là có giá trị cuối cùng, là đúng nhất. Nhưng UBND sẽ thiên về hướng xem xét dựa trên mặt được và mặt mất của quy định tạm dừng đăng ký thường trú, hơn là xem xét dựa trên việc giải thích Luật CT và Luật TC HĐND, UBND. Nếu xử lý vụ việc theo hướng này thì dễ bị chi phối bởi những đánh giá chủ quan của UBND, trong khi Luật là do Quốc hội ban hành.

### 3.3. Thủ tục xem xét

Hiện nay, theo quy định của pháp luật, sau khi nhận được kiến nghị của các đơn vị như Ủy ban Pháp luật, Thủ tướng Chính phủ, thì UBND sẽ xem xét VBQPPL có sai sót và bất cập không. Việc hủy Nghị quyết 23 cũng theo quy trình như vậy. Tuy nhiên, thời hạn cho các hoạt động này không được pháp luật quy định chặt chẽ, nên thời gian thường dễ bị kéo dài.

Giả sử UBND hủy Nghị quyết 23, thì quyết định hủy đó chỉ có giá trị áp dụng đối với Nghị quyết 23. Nếu một địa phương khác cũng ban hành một văn bản khác có nội dung tương tự như Nghị quyết 23, thì một quá trình tương tự như trên phải lặp lại từ đầu nhằm kiểm tra và hủy văn bản đó. Việc lặp lại quá trình như vậy rất tốn kém, mất thời gian và không cần thiết.

Cách duy nhất để UBND giải quyết triệt để vấn đề là ban hành một Nghị quyết mang tính quy phạm giải thích Luật CT và Luật TC HĐND, UBND. Trong lịch sử, UBND mới chỉ hai lần ra nghị quyết giải thích luật<sup>4</sup>. Và rất khó để UBND tiếp tục ra nghị quyết giải thích Luật CT hay Luật TC HĐND, UBND.

Như vậy, các vấn đề về thẩm quyền, động cơ, căn cứ và thủ tục để giải quyết vụ

4 Nghị quyết 1053/2006/NQ-UBND ngày 10/11/2006 giải thích khoản 6 Điều 19 Luật Kiểm toán nhà nước; Nghị quyết 746/2005/NQ-UBND ngày 28/01/2005 giải thích điểm c khoản 2 Điều 241 Luật Thương mại. (Theo thống kê của website Hệ thống VBQPPL của Bộ Tư pháp - <http://vbqpl.moj.gov.vn>.)

việc điều chưa thực sự rõ ràng. Trong thực tiễn, ngày càng có nhiều trường hợp các cơ quan ban hành VBQPPL có sự mâu thuẫn và vì vậy, cần có cơ chế hiệu quả hơn giải quyết vấn đề tương tự trong hoạt động xây dựng và thi hành pháp luật.

#### **4. Giả thiết sự việc thực hiện Nghị quyết 23**

Anh Nguyễn Minh Đ. đủ điều kiện đăng ký thường trú tại TP Đà Nẵng theo đúng quy định của Luật CT. Anh Đ. lại là người có tiền án về tội hiếp dâm, chưa được xóa án tích. Ngày 14/5/2012, anh Đ. nộp đơn xin đăng ký thường trú tại cơ quan Công an quận Liên Chiểu, TP Đà Nẵng. Cán bộ tiếp anh Đ là chị Nguyễn Mai C. Chị C. căn cứ vào Nghị quyết 23, từ chối đăng ký thường trú cho anh Đ. Anh Đ cho rằng hành vi hành chính đó của chị C đã xâm hại quyền lợi hợp pháp của mình. Anh Đ khởi kiện hành vi hành chính đó ra Tòa án nhân dân TP Đà Nẵng. Đối tượng của đơn kiện là một hành vi hành chính, thuộc thẩm quyền của tòa hành chính tại TP Đà Nẵng. Tại Tòa án, anh Đ căn cứ vào Luật CT và cho rằng, quyền lợi hợp pháp của mình bị xâm phạm. Chị C. thì cho rằng, hành vi của mình là hợp pháp, căn cứ theo Nghị quyết 23. Tòa án sẽ giải quyết vụ việc thế nào?

Vụ việc có thể được đưa lên đến cấp Tòa án nhân dân tối cao, nhưng vấn đề mấu chốt của vụ việc không thay đổi. Tòa án buộc phải trả lời câu hỏi: Trong các văn bản đã nêu thì văn bản nào sẽ được áp dụng để xem xét tính hợp pháp của hành vi hành chính nói trên của chị C., Luật CT hay Nghị quyết 23?

Giả sử Tòa án ra phán quyết chấp nhận yêu cầu của anh Đ. Như vậy, anh Đ. sẽ được giải quyết đăng ký thường trú tại TP Đà Nẵng. Sau đó, anh Nguyễn Đức N. cũng đến nộp đơn yêu cầu đăng ký thường trú tại TP Đà Nẵng. Tương tự như anh Đ., anh N. cũng từng có tiền án về tội hiếp dâm. Lúc này, cơ quan Công an quận Liên Chiểu thành phố

Đà Nẵng sẽ trả lời anh N. như thế nào?

Nếu cơ quan này tiếp tục từ chối đăng ký thường trú cho anh N, anh ta hoàn toàn có quyền khởi kiện tương tự như anh Đ. Tòa án lại ra phán quyết yêu cầu cơ quan Công an TP Đà Nẵng giải quyết đơn đăng ký thường trú của anh N. Số lượng người muốn đăng ký thường trú tại TP Đà Nẵng chắc sẽ không nhỏ và nếu mỗi người đó đều khởi kiện thì cơ quan Công an cấp quận của TP Đà Nẵng có thể thua hàng chục vụ kiện mỗi ngày.

#### **5. Điều cần được rút ra**

##### **5.1. Tranh luận dựa vào văn bản hay tranh luận dựa vào vụ việc?**

Hiện nay, những tranh luận về việc các văn bản VBQPPL có hay không có mâu thuẫn với nhau vẫn dựa trên việc đọc và giải thích văn bản. Phương pháp tiếp cận này có nhiều điểm bất hợp lý. Đơn giản là các văn bản thường được nhiều chủ thể có thẩm quyền khác nhau ban hành với những tư tưởng lập pháp và cách thể hiện khác nhau, thuật ngữ sử dụng cũng khác nhau. Do vậy, sẽ không thể có hoặc rất khó có căn cứ rõ ràng để chỉ ra sự mâu thuẫn giữa chúng. Nhiều trường hợp, lập luận của cả hai bên đều có lý, đều có căn cứ, nên không biết theo bên nào. Đây là những nguyên nhân dẫn đến các tranh luận không bao giờ chấm dứt về sự mâu thuẫn giữa các văn bản pháp luật.

Vì vậy, cách xác định sự mâu thuẫn giữa các văn bản pháp luật ở nước ta như hiện nay cần được thay đổi. Chúng tôi cho rằng, cần căn cứ cả vào những hậu quả để xác định mâu thuẫn chứ không chỉ căn cứ vào câu chữ trong văn bản. Mâu thuẫn giữa các văn bản pháp luật có thể được xác định như sau: “Hai văn bản pháp luật được coi là mâu thuẫn với nhau nếu tồn tại một vụ việc, mà áp dụng quy định của hai văn bản đó để giải quyết sẽ cho ra hai kết quả pháp lý khác nhau”. Từ đó



cho thấy, nếu muốn chứng minh hai văn bản pháp luật là mâu thuẫn, chỉ cần chỉ ra một vụ việc thích hợp mà việc áp dụng quy định của hai văn bản đó để giải quyết sẽ cho hai kết quả pháp lý khác nhau.

Cách xác định trên sẽ giúp cho việc giải quyết mâu thuẫn giữa các văn bản pháp luật trở nên thuận lợi, rõ ràng và hiệu quả. Tương tự như trong toán học, một mệnh đề được coi là sai khi chúng ta chỉ ra một trường hợp mà áp dụng mệnh đề đó sẽ cho ra kết quả trái với các định lý đã được chứng minh. Một văn bản cấp dưới sẽ bị coi là sai trái với văn bản của cấp trên nếu có thể chỉ ra được những tình huống thực tế mà khi áp dụng văn bản đó, cho ra kết quả trái với văn bản cấp trên. Phương pháp chứng minh này rất triệt để.

Câu hỏi đặt ra là, vụ việc được chỉ ra đó là vụ việc thực tiễn hay vụ việc giả tưởng? Đây là một câu hỏi khó trả lời. Nếu cho phép chấp nhận vụ việc giả tưởng thì có thể rơi vào trường hợp xác suất để sự việc như vậy diễn ra trên thực tế hầu như bằng không. Nếu chỉ chấp nhận vụ việc thực tiễn thì sẽ cần phải có cơ chế và động lực để giải quyết những vụ việc thực tiễn đó. Với điều kiện hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay, cơ chế và động lực này chưa được hình thành phổ biến.

Tuy vậy, về lâu dài, phương pháp thứ hai có ưu thế hơn phương pháp đầu tiên, bởi lẽ, xét cho cùng, pháp luật được ban hành để điều chỉnh quan hệ xã hội. Nếu không có vụ việc diễn ra trên thực tế thì pháp luật chỉ còn là những cuốn tiểu thuyết giả tưởng, với mục đích chính là đọc giải trí mà thôi. Xem xét pháp luật dựa trên vụ việc thực tiễn mới đúng bản chất của vấn đề, đó cũng là giá trị thực, là mục đích của pháp luật. Do vậy, chúng tôi cho rằng, trong tương lai chúng ta cần kết hợp cả hai phương pháp trên để giải quyết sự mâu thuẫn giữa các văn bản pháp luật.

### 5.2. Chuyển chức năng giải quyết mâu thuẫn giữa các văn bản pháp luật sang cho Tòa án

Từ vụ việc của anh Đ. và chị C., chúng ta thấy, Tòa án đã làm chức năng giải quyết mâu thuẫn giữa các văn bản. Chức năng này hiện nay chưa được trao cho Tòa án mà được trao cho các cơ quan lập pháp hoặc cơ quan hành pháp. Cơ quan Tòa án hiện nay chỉ được xét xử vụ việc (hành vi và quyết định hành chính), không có thẩm quyền xem xét tính hợp pháp của VBQPPL. Nhưng từ lập luận ở phần trên, chúng ta thấy việc chứng minh mâu thuẫn giữa các văn bản lại chủ yếu được quy về việc giải quyết vụ việc thực tế. Như vậy, Tòa án hoàn toàn có thể can thiệp thông qua hoạt động tố tụng khi giải quyết một vụ việc thực tế liên quan đến mâu thuẫn của văn bản. Thông qua việc giải quyết vụ án, Tòa án đã trả lời câu hỏi: “Kết quả áp dụng hai văn bản pháp luật có mâu thuẫn, có dẫn đến các hệ lụy pháp lý khác nhau không”. Nếu có, thì văn bản nào được áp dụng, văn bản nào không. Như vậy, Tòa án đã làm mất hiệu lực của một trong hai văn bản pháp luật thông qua việc giải quyết vụ việc đó. Nếu phán quyết đó của Tòa án nhân dân tối cao, nó sẽ là phán quyết cuối cùng và không thể bị xem xét lại. Việc làm mất hiệu lực của một VBQPPL bởi một phán quyết cuối cùng của Tòa án như vậy đồng nghĩa với việc văn bản đó là trái với nguyên tắc pháp chế xã hội chủ nghĩa.

Cơ chế này có nhiều điểm thuận lợi hơn so với cơ chế hiện hành. Về động cơ, hai bên nguyên đơn và bị đơn có động cơ rõ ràng để đẩy vụ việc đi đến tận cùng, điều mà các cơ quan nhà nước không phải lúc nào cũng có. Về thủ tục, cơ chế này sử dụng thủ tục tố tụng, vốn được quy định rất chi tiết, chặt chẽ, lại có thời hạn xác định. Việc giải quyết mâu thuẫn không thể bị kéo dài vô thời hạn giống như cơ chế hiện nay. Căn cứ để giải quyết là

việc “chỉ ra vụ việc”, được coi là tường minh và triệt để hơn, như đã phân tích ở trên.

Câu hỏi đặt ra là, sau khi Tòa án đã ra phán quyết giải quyết vụ việc của anh Đ., cơ quan Công an cấp quận của TP Đà Nẵng sẽ áp dụng văn bản nào để giải quyết đơn của anh N.? Đây lại chính là câu hỏi có công nhận án lệ hay không. Thiết nghĩ, việc công nhận án lệ với tư cách nguồn bổ sung của pháp luật là điều cần thiết.

### ***5.3. Tính hợp pháp nên được đổi lại thành tính pháp luật và tính hợp lý nên được đổi lại thành tính chính trị***

Hiện nay, lý luận về văn bản pháp luật cho rằng, văn bản pháp luật phải thỏa mãn tính hợp pháp và tính hợp lý. Theo nguyên tắc pháp chế, các cơ quan nhà nước phải tôn trọng và tuân thủ triệt để pháp luật. Tính hợp pháp là việc văn bản được ban hành không được trái với các quy định của cơ quan nhà nước cấp trên. Tính hợp lý là việc văn bản được ban hành sẽ phải phù hợp với thực tiễn khách quan, phù hợp với tình hình phát triển kinh tế, xã hội, an ninh, quốc phòng... của đất nước, địa phương. Tuy nhiên, khi xem xét một văn bản, hai tiêu chí này cần được hiểu rộng hơn, gồm tính pháp luật và tính chính trị.

Theo chúng tôi, tính pháp luật cũng tương tự như tính hợp pháp, nhưng có nội hàm rộng hơn. Tính hợp pháp chỉ trả lời câu hỏi, văn bản đó có được ban hành một cách hợp pháp hay không. Ngoài trả lời câu hỏi trên, tính pháp luật còn cần phải trả lời những câu hỏi về việc: ai có quyền tuyên một văn bản là không hợp pháp, căn cứ và thủ tục để đưa ra kết luận đó.

Về tính hợp lý, rất khó để trả lời câu hỏi một văn bản có hợp lý không. Câu hỏi này mang tính chủ quan, văn bản có thể hợp lý với người này, nhưng bất hợp lý với người khác. Ví dụ, đối với quy định hạn chế đăng



ký thường trú, người dân Đà Nẵng sẽ được lợi, vì họ sẽ được hưởng nhiều hơn các điều kiện phúc lợi của TP mà không phải chia sẻ cho nhiều người khác xin nhập cư. Vì vậy, văn bản này là hợp lý với họ. Còn đối với người dân đang muốn đăng ký thường trú tại TP Đà Nẵng, văn bản này lại là bất hợp lý. Như vậy, văn bản này sẽ phân phối lại các lợi ích trong xã hội, có người được lợi và có người chịu thiệt. Mà khi nói đến việc cân đối các nhóm lợi ích trong xã hội, đó là tính chính trị, chứ không đơn thuần là hợp lý.

### **Kết luận**

Nguyên tắc đảm bảo tính thống nhất trong hệ thống pháp luật yêu cầu các văn bản pháp luật không được phép có mâu thuẫn với nhau. Tuy vậy, cơ chế giải quyết mâu thuẫn giữa các VBQPPL ở nước ta hiện nay vẫn có nhiều bất cập cả về thẩm quyền, động cơ, căn cứ và thủ tục giải quyết. Chúng tôi hy vọng, những phân tích trên sẽ là những gợi ý thiết thực để các cơ quan có thẩm quyền xem xét, bổ sung, sửa đổi để cơ chế giải quyết mâu thuẫn giữa các VBQPPL ở nước ta vận hành thuận lợi, nhanh chóng và hiệu quả hơn ■

# Mở rộng phạm vi hành nghề CỦA LUẬT SƯ VIỆT NAM TRONG TỔ CHỨC HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ NƯỚC NGOÀI

VŨ LÊ BẢNG \*

**T**heo Luật Luật sư (Luật LS), phạm vi hành nghề luật sư bao gồm tham gia tố tụng, thực hiện tư vấn pháp luật, đại diện ngoài tố tụng cho khách hàng để thực hiện các công việc có liên quan đến pháp luật và thực hiện các dịch vụ pháp lý khác<sup>1</sup>. Tuy nhiên, khi tham gia hành nghề trong tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài, luật sư Việt Nam (LSVN) không được tham gia tố tụng tại Tòa án Việt Nam. Bài viết phân tích những hạn chế của quy định này; đồng thời kiến nghị mở rộng phạm vi hành nghề của LSVN trong tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài.

Khởi thủy của nghề luật sư tại Việt Nam chính là “nghề thầy cãi” trong khi hoạt động tư vấn pháp luật mới được xem là hoạt động độc lập của nghề luật sư từ cuối những năm 90 trở lại đây<sup>2</sup>. Vì vậy, trong xã hội, luật sư được rộng rãi biết đến như là “thầy cãi” hay là người giúp khách hàng tham gia tranh tụng tại Tòa án hơn là tham gia tư vấn pháp luật.

LSVN có quyền lựa chọn giữa hành nghề trong tổ chức hành nghề luật sư (bao gồm tổ chức hành nghề luật sư trong nước hoặc tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam) và hành nghề với tư cách cá

nhân<sup>3</sup>. Trường hợp LSVN hành nghề với tư cách cá nhân hoặc hành nghề trong tổ chức hành nghề trong nước như văn phòng luật sư hay công ty luật trong nước thì LSVN được phép thực hiện mọi công việc trong phạm vi hành nghề được phép bao gồm cả tham gia tố tụng tại Tòa án Việt Nam. Tuy nhiên, nếu LSVN hành nghề trong tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam thì phạm vi hành nghề của họ bị hạn chế, cụ thể là LSVN không được phép tham gia tố tụng tại Tòa án Việt Nam cho khách hàng của tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài mà mình làm việc<sup>4</sup>.

\* **ThS, LS. Đoàn Luật sư TP. Hồ Chí Minh.**

1 Điều 22 Luật LS.

2 Khoản 2, Điều 13 của Pháp lệnh Tổ chức hành nghề luật sư 1987 lần đầu tiên ghi nhận hành nghề của luật sư bao gồm làm tư vấn pháp luật cho các tổ chức kinh tế nhà nước, tập thể và tư nhân, kể cả các tổ chức kinh tế nước ngoài bên cạnh hoạt động hành nghề truyền thống là tham gia tố tụng.

3 Điều 23 Luật LS.

4 Theo Phụ lục đính kèm Nghị quyết của Quốc hội số 71/2006/QH11 ngày 29/11/2006 phê chuẩn Nghị định thư gia nhập Hiệp định thành lập WTO của Việt Nam.

Khác với một số nước Châu Á như Trung Quốc và Hàn Quốc hiện vẫn còn bảo lưu thị trường dịch vụ pháp lý cho tổ chức hành nghề luật sư trong nước, Việt Nam đã mở cửa thị trường này cho tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài từ trước khi trở thành thành viên chính thức của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO). Cho đến nay hầu hết các tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài lớn, uy tín và mang tầm quốc tế đều có hiện diện thương mại tại Việt Nam. Tính riêng tại địa bàn thành phố Hồ Chí Minh cho đến thời điểm hiện tại có khoảng 45 tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài đăng ký cấp phép hoạt động hành nghề. Để được phép tư vấn pháp luật Việt Nam, theo Luật LS, các tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài phải có LSVN hoặc luật sư nước ngoài được cấp phép hành nghề tại Việt Nam và có bằng cử nhân luật<sup>5</sup>. Rất ít luật sư nước ngoài hiện có bằng cử nhân luật cấp tại Việt Nam, do đó các tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài thường phải thuê LSVN để được phép tư vấn pháp luật Việt Nam. Chính vì vậy, hiện có một số lượng đáng kể LSVN đang tham gia hành nghề tại tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam.

Hoạt động tham gia tranh tụng của luật sư luôn là một trong những hoạt động chính và quan trọng của LSVN. Hơn nữa, lĩnh vực tố tụng luôn được coi là điểm nhấn của hành nghề luật sư và thậm chí là niềm đam mê, niềm hạnh phúc của hầu hết các LSVN. Tuy nhiên, khi tham gia hành nghề trong tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài LSVN hiện đang bị “tước” đi quyền này. Theo chúng tôi, việc hạn chế này nên xem xét loại bỏ vì những lý do sau:

*Thứ nhất*, một trong các quyền cơ bản của LSVN được ghi nhận trong Luật LS là được phép hành nghề luật sư trong khi hành

nghề luật sư này được hiểu bao gồm cả tham gia tố tụng tại Tòa án Việt<sup>6</sup>. Việc không cho phép tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài được cử LSVN tham gia tố tụng tại Tòa án Việt Nam là gián tiếp hạn chế quyền cơ bản về hành nghề của LSVN.

*Thứ hai*, LSVN phải có nghĩa vụ tham gia tố tụng trong các vụ án do cơ quan tiến hành tố tụng yêu cầu theo quy định của Luật LS<sup>7</sup>. Thực tế vụ án mà cơ quan tố tụng thường yêu cầu người bào chữa là vụ án có bị can, bị cáo là người chưa thành niên, người có nhược điểm về thể chất hoặc tâm thần; bị can, bị cáo phạm tội theo khung hình phạt có mức cao nhất là tử hình; mà bản thân bị can, bị cáo hoặc người đại diện hợp pháp của họ không mời người bào chữa. Trong trường hợp được yêu cầu, LSVN phải thực hiện nghĩa vụ này kể cả đối với LSVN hiện đang hành nghề trong tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài. Do bị hạn chế về phạm vi hành nghề tham gia tố tụng tại Tòa án nên LSVN hành nghề trong tổ chức hành nghề nước ngoài thường không có kinh nghiệm trong lĩnh vực tham gia tranh tụng và hậu quả có thể không bảo vệ tối đa được quyền lợi của bị can, bị cáo. Thậm chí LSVN có thể gây cản trở hoạt động tố tụng của cơ quan tiến hành tố tụng với lý do đơn giản là không được thường xuyên tra vấn, thực hành trong lĩnh vực tố tụng.

*Thứ ba*, hoạt động hành nghề của LSVN là đặc thù. Khác với phần lớn các ngành nghề khác, hoạt động này đòi hỏi tính bảo mật cao cho khách hàng của mình. Đồng thời, LSVN được khách hàng tìm đến chủ yếu dựa trên uy tín và kinh nghiệm cá nhân. Vì vậy, thực tế khách hàng thường mong muốn LSVN do mình lựa chọn có thể thực hiện trọn gói toàn bộ các công việc liên quan đến pháp lý (tất nhiên bao gồm cả tham gia

5 Điều 70 Luật LS.

6 Điểm a khoản 1 Điều 21 Luật LS.

7 Điểm c khoản 2 Điều 21 Luật LS.

tổ tụng cho khách hàng). Việc không cho phép LSVN trong các tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam tham gia hoạt động tố tụng tại Tòa án Việt Nam đã và đang ngăn cản LSVN được phép cung cấp dịch vụ trọn gói và vì thế, có thể ảnh hưởng gián tiếp tới quyền và lợi ích của chính khách hàng. Trong khi đó Luật LS cũng đã gián tiếp ghi nhận một số tình huống tương tự để bảo vệ quyền lợi cho chính khách hàng như quy định tại khoản 3 Điều 24 Luật LS: “Luật sư không chuyển giao vụ, việc mà mình đã nhận cho luật sư khác làm thay, trừ trường hợp được khách hàng đồng ý hoặc trường hợp bất khả kháng”.

*Thứ tư*, khuynh hướng nói chung của nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam là mong muốn nhận được trợ giúp pháp lý, sử dụng dịch vụ trọn gói từ chính các tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam có cùng quốc tịch. Lý do đơn giản là nhà đầu tư tìm được điểm tương đồng về văn hóa và sự tín nhiệm tại các tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài này. Trong khi có thể công việc cụ thể tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài sẽ giao trực tiếp cho LSVN. Vì vậy, việc cho phép LSVN trong tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam tham gia tố tụng cho khách hàng sẽ đáp ứng được nhu cầu thực tế của phần lớn các nhà đầu tư nước ngoài; phần nào tạo tâm lý an tâm đầu tư hơn cho nhà đầu tư nước ngoài. Điều này có tác động gián tiếp đến thu hút đầu tư nước ngoài vào Việt Nam, đặc biệt trong bối cảnh kinh tế thế giới vẫn đang suy thoái và nhà đầu tư nước ngoài có nhiều cơ hội đầu tư vào các nước khác có môi trường đầu tư hấp dẫn không kém Việt Nam.

*Thứ năm*, có thể một trong các lý do hiện Việt Nam bảo lưu không cho phép LSVN làm việc trong tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam không được phép tham gia tố tụng tại Tòa án Việt Nam là để “bảo hộ” hoạt động này cho tổ chức hành nghề luật sư trong nước và vì một số

lợi ích công cộng. Tuy nhiên, việc bảo hộ này nếu có, nên chỉ giới hạn không cho tham gia tố tụng đối với luật sư nước ngoài hơn là đối với LSVN hoặc chỉ giới hạn ở vụ án hình sự mang tính chất nhạy cảm hoặc liên quan nhiều đến lợi ích công cộng. Đối với vụ án dân sự kinh tế thuần túy cần cho phép LSVN được tham gia tố tụng cho khách hàng. Thực tế quy định của pháp luật về việc bảo hộ này không hiệu quả vì tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam có thể dễ dàng “lách” luật bằng cách để khách hàng ủy quyền cho LSVN trong tổ chức hành nghề luật sư của mình nhận ủy quyền trực tiếp từ khách hàng hoặc nhờ LSVN thành lập các tổ chức hành nghề luật sư trong nước ngay tại trụ sở của mình để hợp pháp hóa các vụ việc tố tụng tại Tòa án từ khách hàng.

Báo cáo về kết quả hành nghề của các tổ chức hành nghề luật sư tại Việt Nam của Bộ Tư pháp trong những năm gần đây đều đánh giá cao chất lượng hành nghề nổi trội của các tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam. LSVN làm việc trong các tổ chức hành nghề này đã và đang có các cơ hội quý báu để học hỏi nghề nghiệp và được cọ sát với các luật sư nước ngoài tầm cỡ quốc tế ngay tại Việt Nam. Đây là một trong những điều kiện thuận lợi để phát triển đội ngũ LSVN ngang tầm các nước trong khu vực và trên thế giới như quy định trong Quyết định số 1072/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 05/7/2011 về việc phê duyệt chiến lược phát triển nghề luật sư đến năm 2020. Việc cho phép LSVN hành nghề trong các tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài được phép tham gia tố tụng sẽ mang lại cơ hội phát triển toàn diện hơn cho LSVN. Đồng thời, sự mở rộng này còn có ý nghĩa đảm bảo quyền được lựa chọn, gửi gắm của khách hàng vào những LSVN và ở mức độ nhất định có tác động gián tiếp thu hút đầu tư nước ngoài. Vì vậy, chúng ta nên cho phép LSVN hành nghề trong tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam được trực tiếp tham gia tố tụng tại Tòa án Việt Nam ■

# Chế định bảo lãnh của Việt Nam- NHÌN TỪ GÓC ĐỘ LUẬT SO SÁNH

BÙI ĐỨC GIANG \*

**C**ùng với các biện pháp bảo đảm bằng tài sản như cầm cố, thế chấp, bảo lãnh được sử dụng khá phổ biến trong các giao dịch vay vốn nước ngoài. Bảo lãnh là một biện pháp bảo đảm theo đó bên bảo lãnh cam kết với bên có quyền sẽ thực hiện nghĩa vụ nếu bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ. So với pháp luật của một số nước trên thế giới, quy định về biện pháp bảo đảm này của Việt Nam dường như rất "ưu ái" bên nhận bảo lãnh. Thêm vào đó, vẫn còn nhiều khía cạnh của giao dịch bảo đảm này chưa được điều chỉnh bởi pháp luật hiện hành.

## 1. Xác lập bảo lãnh

**Hình thức cam kết bảo lãnh:** Về cơ bản, Bộ luật Dân sự (BLDS) và Nghị định 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm (Nghị định 163) chỉ đặt ra yêu cầu duy nhất về hình thức là việc bảo lãnh phải được lập thành văn bản. Quyết định 26/2006/QĐ-NHNN của Ngân hàng Nhà nước ngày 26/06/2006 về việc ban hành Quy chế bảo lãnh ngân hàng (Quyết định 26) đưa ra hai hình thức thể hiện cam kết bảo lãnh là thư bảo lãnh và hợp đồng bảo lãnh. Nhìn

chung, dù được thể hiện bằng hình thức văn bản nào đi chăng nữa (hợp đồng bảo lãnh, thư bảo lãnh, quyết định bảo lãnh, v.v..) thì phải nhìn nhận cam kết bảo lãnh là hợp đồng chứ không phải là một hành vi pháp lý đơn phương vì nó kéo theo sự trao đổi việc chấp thuận giao kết hợp đồng giữa bên bảo lãnh và bên nhận bảo lãnh<sup>1</sup> - là các bên của quan hệ bảo lãnh. Đây là hợp đồng đơn vụ vì chỉ có bên bảo lãnh là bên có nghĩa vụ<sup>2</sup>.

**Tính chất của bảo lãnh:** Chế định bảo lãnh của Việt Nam đặc biệt có lợi cho bên

\* **ThS. Công ty Luật Audier and Partners Vietnam LLC (A&P), NCS khoa Luật Đại học Paris 2 Panthéon Assas, Pháp.**

<sup>1</sup> Thông thường, bên bảo lãnh, bên nhận bảo lãnh và bên được bảo lãnh có các trao đổi, thương lượng nhất định trước khi các bên đi đến thống nhất về việc bên bảo lãnh đưa ra cam kết bảo lãnh chính thức.

<sup>2</sup> Theo quy định tại khoản 2, Điều 406, hợp đồng đơn vụ là hợp đồng mà chỉ một bên có nghĩa vụ.

nhận bảo lãnh. Thực vậy, theo quy định tại Điều 361 của BLDS, nếu khi nghĩa vụ được bảo lãnh đến hạn mà bên được bảo lãnh (chẳng hạn bên đi vay) không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ này thì bên bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh và các bên có thể thỏa thuận về việc bên bảo lãnh chỉ phải thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh khi bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ của mình. Điều đó có nghĩa là, khi các bên không có thỏa thuận thì khi nghĩa vụ được bảo lãnh đến hạn nếu bên có nghĩa vụ không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ này, bên nhận bảo lãnh có quyền yêu cầu bên bảo lãnh thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh mà không cần phải chứng minh với bên bảo lãnh việc bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện nghĩa vụ. Trong trường hợp công ty mẹ bảo lãnh cho công ty con, ngân hàng đương nhiên sẽ được lợi hơn khi gọi bảo lãnh vì thông thường, công ty mẹ có tiềm lực tài chính tốt hơn công ty con.

Khoản 1 Điều 2 Quyết định 26 khi định nghĩa bảo lãnh ngân hàng cũng lấy lại khái niệm bảo lãnh của BLDS<sup>3</sup>.

Tính chất của biện pháp bảo lãnh của Việt Nam làm cho biện pháp bảo lãnh này rất gần với khái niệm bảo lãnh theo yêu cầu - on demand guarantee theo pháp luật của Anh hay garantie autonome theo pháp luật của Pháp. Bảo lãnh theo yêu cầu là một dạng bảo lãnh đặc biệt và khác so với bảo lãnh thông thường. Theo quy định của các nước này, trong trường hợp bảo lãnh thông thường, bên bảo lãnh chỉ thực hiện cam kết bảo lãnh khi bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh và có bằng chứng về việc bên có nghĩa vụ không có khả

năng thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh<sup>4</sup>. Quy định như thế bảo vệ tốt hơn bên bảo lãnh, bởi vì trừ bảo lãnh do ngân hàng phát hành với tính chất là một nghiệp vụ kinh doanh, trong trường hợp bảo lãnh một khoản vay chẳng hạn, bên bảo lãnh thường không được nhận phí bảo lãnh và không (hoặc không trực tiếp) liên quan tới việc thực hiện dự án sản xuất, kinh doanh được nêu trong phương án vay của bên đi vay. Và khác với pháp luật Việt Nam, việc bên bảo lãnh phải thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh ngay khi bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh (bảo lãnh theo yêu cầu) chỉ được áp dụng khi các bên có thỏa thuận rõ ràng trong hợp đồng bảo lãnh, tức là khi đó bên bảo lãnh hiểu rõ mức độ cam kết của mình và rủi ro gắn với cam kết đó<sup>5</sup>.

Có thể chính vì tính chất "có lợi" rõ ràng cho bên nhận bảo lãnh của bảo lãnh theo quy định hiện nay của pháp luật Việt Nam nên trong quá trình đàm phán, các ngân hàng hay doanh nghiệp nước ngoài với tư cách là bên cho vay thường dễ dàng đồng ý lựa chọn áp dụng pháp luật Việt Nam đối với hợp đồng bảo lãnh.

Để hạn chế rủi ro, thông thường khi đưa ra cam kết bảo lãnh, bên bảo lãnh nên cố gắng đàm phán để đưa ra điều khoản về thực hiện bảo lãnh, theo đó, bên bảo lãnh sẽ thực hiện nghĩa vụ thay cho bên được bảo lãnh khi bên nhận bảo lãnh chứng minh được (i) nghĩa vụ đã đến hạn, (ii) bên được bảo lãnh không thực hiện hay thực hiện không đúng hợp đồng và (iii) bên được bảo lãnh không có khả năng thanh toán.

**Đồng bảo lãnh:** Một nghĩa vụ dân sự có thể được bảo lãnh bởi nhiều bên khác nhau. Điều 365 của BLDS phân biệt hai trường

3 Theo đó, bảo lãnh ngân hàng là cam kết bằng văn bản của tổ chức tín dụng (bên bảo lãnh) với bên có quyền (bên nhận bảo lãnh) về việc thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho khách hàng (bên được bảo lãnh) khi khách hàng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ đã cam kết với bên nhận bảo lãnh.

4 D. Adams, *Banking and Capital Markets*, College of Law Publishing, 2010, trang 158 và L. Aynès et P.Crocq, *Les sûretés – La publicité foncière*, Defrénois, 4<sup>e</sup> édition, 2009, trang 46.

5 Về mặt hình thức, tên gọi bảo lãnh theo yêu cầu phải được nêu rõ trong hợp đồng bảo lãnh

hợp đồng bảo lãnh: (i) Nếu các bên có thỏa thuận hay pháp luật quy định<sup>6</sup> các bên bảo lãnh theo phần độc lập thì người có quyền chỉ có thể yêu cầu bên đồng bảo lãnh liên quan thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh trong phần bảo lãnh tương ứng ; (ii) Nếu không có thỏa thuận hoặc pháp luật không quy định, thì chế độ đồng bảo lãnh mặc nhiên trở thành bảo lãnh liên đới và người có quyền có thể yêu cầu bất cứ bên bảo lãnh liên đới nào thực hiện toàn bộ nghĩa vụ được bảo lãnh. Bên bảo lãnh liên đới sau khi đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ được bảo lãnh có quyền yêu cầu các bên bảo lãnh liên đới còn lại phải hoàn trả phần giá trị bảo lãnh mà mình đã thay thế họ thực hiện. Có ý kiến cho rằng, quy định về quyền bồi hoàn của người bảo lãnh đối với những người bảo lãnh khác như thế là không phù hợp bởi *những người bảo lãnh liên đới là bảo lãnh đồng thời, không phải là tái bảo lãnh nên khi nghĩa vụ đã được thực hiện thì nghĩa vụ của họ cũng không còn. Người bảo lãnh đã thực hiện nghĩa vụ hộ bên được bảo lãnh phải đòi lại tài sản từ bên được bảo lãnh chứ không phải từ những người bảo lãnh còn lại*<sup>7</sup>. Về lý thuyết, việc truy đòi bên được bảo lãnh sẽ giúp bên bảo lãnh liên đới đã thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh có thể được thanh toán toàn bộ số tiền đã trả cho bên nhận bảo lãnh thay vì được thanh toán từng phần trong trường hợp truy đòi từ các bên bảo lãnh liên đới khác. Hơn nữa, cách thức này giúp tránh việc các bên bảo lãnh liên đới khác phải truy đòi tài sản từ bên được bảo lãnh sau khi thanh toán cho

bên bảo lãnh liên đới đã thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh đối với bên nhận bảo lãnh. Song có lẽ phương pháp này chỉ nên được áp dụng trong trường hợp bên được bảo lãnh có khả năng thực hiện nghĩa vụ. Hơn nữa, nếu bỏ quyền bồi hoàn này thì bảo lãnh liên đới sẽ chứa đựng rất nhiều rủi ro bởi bên nhận bảo lãnh có toàn quyền quyết định sẽ yêu cầu ai trong số các bên bảo lãnh liên đới phải thực hiện nghĩa vụ được bảo lãnh thay cho bên nhận bảo lãnh. Pháp luật của Anh<sup>8</sup> hay của Pháp<sup>9</sup> đều có quy định tương tự về quyền bồi hoàn (*right of contribution, recours en contribution*) như quy định này của pháp luật Việt Nam. Mặt khác, Điều 365 BLDS chỉ quy định việc một bên bảo lãnh liên đới đã thực hiện toàn bộ nghĩa vụ yêu cầu những người bảo lãnh còn lại phải thực hiện phần nghĩa vụ của họ đối với mình là quyền, chứ không phải là nghĩa vụ của bên này. Tức là pháp luật không cấm bên bảo lãnh liên đới này yêu cầu bên được bảo lãnh (bên có nghĩa vụ) thanh toán cho mình toàn bộ số tiền đã trả cho bên nhận bảo lãnh mà không cần phải yêu cầu các bên bảo lãnh liên đới khác thực hiện nghĩa vụ của họ.

**Bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh:**

Bên bảo lãnh có thể cầm cố hay thế chấp tài sản của mình để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh (Điều 44 Nghị định 163). Cần phân biệt trường hợp này với trường hợp cầm cố, thế chấp tài sản của người thứ ba<sup>10</sup>. Với cơ chế cầm cố, thế chấp tài sản của người thứ ba, bên thứ ba dùng tài sản của mình để bảo đảm trực tiếp nghĩa vụ của bên

6 Một trong các trường hợp mà pháp luật quy định là trường hợp công ty mẹ là doanh nghiệp nhà nước bảo lãnh cho doanh nghiệp có vốn góp của công ty mẹ để vay vốn tại ngân hàng (được hiểu là bao gồm cả ngân hàng nước ngoài) và các tổ chức tín dụng và trong trường hợp này, tỷ lệ (%) bảo lãnh của từng khoản vay không được vượt quá tỷ lệ (%) góp vốn của công ty mẹ trong doanh nghiệp được bảo lãnh vay vốn và tổng các khoản bảo lãnh vay vốn không được vượt quá số vốn góp của công ty mẹ trong doanh nghiệp đó (khoản 3, điều 3, Thông tư số 242/2009/TT-BTC của Bộ Tài chính ngày 30/12/2009 hướng dẫn thi hành một số điều của Quy chế Quản lý tài chính của công ty nhà nước và Quản lý vốn nhà nước đầu tư vào doanh nghiệp khác ban hành kèm theo Nghị định số 09/2009/NĐ-CP ngày 05/02/2009 của Chính phủ).

7 Phần bình luật điều 365 (mục 58), Dự thảo Báo cáo rà soát BLDS 2005, [http://luatsuadoi.vibonline.com.vn /Baocao/Bo-luat-Dan-su-16.aspx](http://luatsuadoi.vibonline.com.vn/Baocao/Bo-luat-Dan-su-16.aspx).

8 D. Adams, *Banking and Capital Markets*, College of Law Publishing, 2010, trang 159.

9 Điều 2310, BLDS Pháp.

10 Trong thực tế, việc cầm cố, thế chấp tài sản của người thứ ba thường được hiểu là chỉ tồn tại trong quan hệ bảo lãnh.



có nghĩa vụ đối với bên có quyền (bên nhận cầm cố, thế chấp) và nếu bên có nghĩa vụ không thực hiện hay thực hiện không đúng nghĩa vụ được bảo đảm, bên nhận cầm cố, thế chấp có quyền xử lý tài sản cầm cố, thế chấp. Nếu giá trị tài sản cầm cố, thế chấp không đủ để thanh toán nghĩa vụ được bảo đảm, bên thế chấp không phải thanh toán phần còn thiếu.

Về biện pháp bảo đảm bằng tài sản của người thứ ba, Nghị định 163 có các quy định riêng về việc cầm cố, thế chấp tài sản của bên thứ ba (khoản 1 Điều 4 và khoản 2 Điều 57). Giá trị pháp lý của biện pháp bảo đảm này chỉ có thể được thừa nhận nếu hiểu khái niệm “bên bảo đảm” trong giao dịch dân sự trong định nghĩa về cầm cố (Điều 326 BLDS) và định nghĩa về thế chấp (Điều 342 BLDS) theo hướng mở rộng. Thực vậy, nếu hiểu “bên bảo đảm” theo nghĩa bên có nghĩa vụ (tức là tài sản bảo đảm phải thuộc sở hữu của bên có nghĩa vụ) thì chế định cầm cố, thế chấp tài sản của bên thứ ba của Nghị định 163 vi phạm quy định của BLDS và nếu như thế, hợp đồng cầm cố, thế chấp tài sản của người thứ ba sẽ bị vô hiệu. Thiết nghĩ, nên thừa nhận giá trị pháp lý của biện pháp bảo đảm này vì nó cũng được xây dựng trên cơ sở tôn trọng sự thỏa thuận của các bên và góp phần tăng cường tính đa dạng của các biện pháp giao dịch bảo đảm<sup>11</sup>.

## 2. Luật áp dụng khi hợp đồng bảo lãnh có yếu tố nước ngoài

### *Quyền tự do lựa chọn luật áp dụng:*

Pháp luật Việt Nam công nhận quyền của các bên trong việc lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng trong đó có một bên là doanh nghiệp nước ngoài. Do bảo lãnh là một loại hợp đồng nên nguyên tắc này cũng được áp dụng.

**Trong trường hợp các bên không chọn luật áp dụng:** Tuy vậy, nếu các bên không lựa chọn luật áp dụng trong hợp đồng bảo lãnh (trường hợp này cũng không phải hiếm gặp), thì sẽ phải lựa chọn luật áp dụng nào trong trường hợp phát sinh tranh chấp?

Giả thiết đầu tiên dựa trên mối quan hệ giữa hợp đồng có nghĩa vụ được bảo đảm và hợp đồng bảo lãnh, theo đó, luật áp dụng có thể là luật áp dụng cho nghĩa vụ được bảo đảm. Theo giả thiết này, luật áp dụng cho hợp đồng bảo lãnh là luật áp dụng cho hợp đồng có nghĩa vụ được bảo đảm (hợp đồng vay chẳng hạn). Giải pháp này cho phép bảo đảm tính thống nhất về luật áp dụng của hai hợp đồng vốn có mối liên hệ mật thiết với nhau và qua đó tạo điều kiện thuận lợi cho sự vận hành của biện pháp bảo đảm. Điều này nhằm bảo vệ bên nhận bảo đảm và giúp giải quyết được các khó khăn phát sinh khi có nhiều bên cùng bảo lãnh cho một nghĩa vụ. Tuy vậy, nhà làm luật không còn coi hợp đồng bảo đảm (trong đó có hợp đồng bảo lãnh) là hợp đồng phụ của hợp đồng có nghĩa vụ được bảo đảm (hợp đồng vay chẳng hạn) (khoản 2 Điều 410 BLDS). Thực vậy, theo quy định tại khoản 1 Điều 15 của Nghị định 163, khi hợp đồng vay (hợp đồng có nghĩa vụ được bảo đảm) bị vô hiệu mà hợp đồng này đã được thực hiện một phần (hay toàn bộ) thì hợp đồng bảo lãnh không chấm dứt, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác. Lý do nằm ở chỗ do hợp đồng vay đã được thực hiện một phần (hay toàn bộ) nên đã phát sinh nghĩa vụ hoàn trả tiền gốc và lãi của bên đi vay và nghĩa vụ hoàn trả này được bảo đảm bởi hợp đồng bảo lãnh đã ký giữa các bên. Trên tinh thần này, nếu hợp đồng vay đã được thực hiện một phần hoặc toàn bộ, hợp đồng bảo lãnh vẫn có hiệu lực cho dù hợp đồng vay bị hủy bỏ hoặc đơn phương chấm dứt, trừ trường hợp có thỏa thuận khác<sup>13</sup>.

11 *Pháp luật của Pháp công nhận giá trị pháp lý của chế định cầm cố, thế chấp tài sản của người thứ ba như là một biện pháp bảo đảm độc lập với chế định cầm cố, thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh.*

12 Điều 769, BLDS và Điều 14, Luật Trọng tài thương mại.

13 Xem thêm TS. Nguyễn Văn Tuyển, *Đặc điểm pháp lý và mối quan hệ hiệu lực giữa hợp đồng thế chấp tài sản với hợp đồng tín dụng trong hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng*, Tạp chí Ngân hàng số 17/2010.

Giả thiết thứ hai được đưa ra trên cơ sở tham khảo quy định của Quy tắc Rome 1 năm 2008 của Liên minh Châu Âu về luật áp dụng đối với các nghĩa vụ hợp đồng, theo đó hợp đồng được điều chỉnh bởi pháp luật của nước mà ở đó bên phải thực hiện nghĩa vụ chính của hợp đồng (characteristic performance of the contract) cư trú (được hiểu là có trụ sở trong trường hợp pháp nhân)<sup>14</sup>. Nếu áp dụng nguyên tắc chọn luật áp dụng này vào trong trường hợp bảo lãnh có thể dễ dàng thấy, do hợp đồng bảo lãnh là hợp đồng đơn vụ và chỉ có bên bảo lãnh là có nghĩa vụ phải thực hiện một công việc - thanh toán cho bên nhận bảo đảm trong trường hợp bên được bảo lãnh không thực hiện nghĩa vụ được bảo đảm - cho nên, luật áp dụng sẽ là luật nơi bên bảo lãnh có trụ sở.

*Giải pháp của pháp luật Việt Nam:* Theo quy định của Điều 769 BLDS, trong trường hợp các bên không có thỏa thuận về luật áp dụng trong hợp đồng thì quyền và nghĩa vụ của các bên được xác định theo pháp luật của nước nơi thực hiện hợp đồng. Nơi thực hiện hợp đồng là nơi có trụ sở của bên có quyền nếu đối tượng của nghĩa vụ dân sự không phải là bất động sản (điểm b, khoản 2 Điều 284 BLDS). Như vậy, luật áp dụng cho hợp đồng bảo lãnh là pháp luật của nước mà bên nhận bảo lãnh có trụ sở. Về lý thuyết, điều này đặc biệt có lợi cho ngân hàng hay doanh nghiệp nước ngoài là bên cho vay khi nhận bảo lãnh từ doanh nghiệp hay ngân hàng Việt Nam.

Khi tranh chấp được đưa ra trước Trọng tài quốc tế Việt Nam thì *nếu các bên không có thỏa thuận về luật áp dụng thì Hội đồng trọng tài quyết định áp dụng pháp luật mà Hội đồng trọng tài cho là phù hợp nhất* (khoản 2 Điều 14 Luật Trọng tài). Thông thường, trọng tài sẽ dựa vào các yếu tố của

tranh chấp, thái độ của các bên trong tố tụng trọng tài và đặc biệt là vào các nguyên tắc của tư pháp quốc tế để xác định luật áp dụng.

### **3. Bảo lãnh vay vốn nước ngoài**

**Các loại bảo lãnh:** Khi một doanh nghiệp hay ngân hàng Việt Nam (gọi tắt là doanh nghiệp Việt Nam) ký kết một khoản vay nước ngoài với một doanh nghiệp hay tổ chức tín dụng nước ngoài, ngoài bảo lãnh chính phủ<sup>15</sup>, đâu là các loại hình bảo lãnh mà doanh nghiệp Việt Nam có thể tìm kiếm tại Việt Nam để bảo đảm nghĩa vụ hoàn trả khoản vay? Có thể phân biệt hai loại bảo lãnh dựa trên tính chất của chủ thể bảo lãnh:

*Bên bảo lãnh là tổ chức tín dụng Việt Nam (bank guarantee):* theo quy định tại khoản 6 Điều 2 Quyết định 26, bên nhận bảo lãnh có thể là tổ chức, cá nhân ngoài nước. Như vậy có thể hiểu là pháp luật Việt Nam cho phép một tổ chức tín dụng Việt Nam có thể bảo lãnh cho một doanh nghiệp Việt Nam vay vốn nước ngoài.

*Bên bảo lãnh là doanh nghiệp Việt Nam không có hoạt động ngân hàng (corporate guarantee):* trong số các quy định của Nghị định 134/2005/NĐ-CP ngày 01/11/2005 ban hành Quy chế quản lý vay và trả nợ nước ngoài, chỉ có Điều 31 đề cập khả năng khoản vay của doanh nghiệp tư nhân được Chính phủ hoặc tổ chức được phép cấp bảo lãnh thuộc khu vực công (tổ chức tài chính/tín dụng nhà nước...) bảo lãnh. Có thể suy ra rằng, Nghị định này cho phép một doanh nghiệp Việt Nam được bảo lãnh cho một doanh nghiệp Việt Nam khác vay nước ngoài.

**Pháp luật về quản lý ngoại hối:** Trong thực tế, bên cho vay nước ngoài còn khá băn khoăn trước các quy định về quản lý ngoại hối áp dụng cho bảo lãnh khoản vay nước

14 Khoản 2 Điều 4.

15 Bảo lãnh Chính phủ được điều chỉnh bởi Nghị định 15/2011/NĐ-CP ngày 16/02/2011 của Chính phủ về cấp và quản lý bảo lãnh Chính phủ.

ngoài. Thực vậy, khoản 5 và điểm đ khoản 6 Điều 4 Pháp lệnh Ngoại hối và điểm đ, khoản 6 Điều 3, Nghị định 160/2006/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh Ngoại hối cho phép thực hiện các khoản thanh toán tiền lãi và trả dần nợ gốc của khoản vay nước ngoài như một giao dịch vãng lai. Rất khó có thể coi việc thanh toán và chuyển tiền cho bên nhận bảo lãnh để thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh là giao dịch vãng lai này mà chỉ có thể coi đó là một giao dịch tương tự<sup>16</sup>. Tuy nhiên, khi căn cứ pháp lý chưa rõ ràng như thế, bên nhận bảo lãnh đứng trước rủi ro là ngân hàng được phép có thể gây khó dễ cho việc chuyển tiền ra nước ngoài, khiến cho quá trình gọi bảo lãnh tốn thêm nhiều thời gian.

#### 4. Bảo lãnh và pháp luật công ty

**Quy tắc vì lợi ích công ty:** Pháp luật của Anh có quy định về quy tắc vì lợi ích doanh nghiệp (*corporate benefit rules*) trong việc đứng ra bảo lãnh (hay rộng hơn là việc tạo ra giao dịch bảo đảm). Trong thực tế, khi cấp tín dụng, ngân hàng thường yêu cầu một biện pháp bảo đảm bổ sung - ngoài biện pháp bảo đảm đối với tài sản của bên đi vay - từ công ty mẹ, công ty con hay công ty liên kết của công ty đi vay. Mục đích của việc ký kết giao dịch bảo đảm bổ sung này là nhằm đề phòng khả năng thiếu hụt tài sản bảo đảm của bên đi vay, qua đó nhằm giảm thiểu rủi ro cấp tín dụng. Tuy nhiên, công ty đứng ra bảo lãnh cần phải chứng minh được việc mình nhận được lợi ích doanh nghiệp từ việc cấp bảo lãnh này. Quy tắc này xuất phát từ bổn phận của giám đốc (người đại diện) đối với công ty là phải làm việc ngay tình (*in good faith*) và thực hiện những công việc mà anh ta cho là vì lợi ích tốt nhất của công ty. Nếu nhìn qua, có thể khó giải thích được việc một công ty đứng ra bảo lãnh khoản vay cho một công ty khác là vì lợi ích tốt nhất

của mình. Về mặt thương mại, một câu hỏi lớn đặt ra là đâu là các ích lợi và rủi ro của việc cấp một bảo lãnh như thế? Nếu suy luận theo logic thông thường về mặt thương mại, nếu rủi ro càng lớn thì lợi ích mà công ty nhận được từ việc cấp bảo lãnh phải càng lớn. Công ty mẹ có thể giải thích rằng việc đứng ra bảo lãnh chính là việc hỗ trợ một công ty con bởi vì thông thường công ty mẹ sẽ được chia lợi nhuận của công ty con với tư cách là thành viên góp vốn hay cổ đông của công ty con. Về phần mình, công ty con khi bảo lãnh cho công ty mẹ (*up-stream guarantee*) có thể lập luận rằng sự hỗ trợ từ công ty mẹ (chẳng hạn về mặt tài chính, marketing, phát triển sản phẩm) đưa lại cho mình các lợi ích doanh nghiệp cần thiết. Ngay cả khi công ty cho là không có được các lợi ích cần thiết để đứng ra bảo lãnh thì vẫn có thể bảo lãnh với điều kiện (i) tất cả các cổ đông của công ty phê chuẩn việc bảo lãnh, và (ii) công ty không ở trong tình trạng mất khả năng thanh toán tại thời điểm cấp bảo lãnh hoặc ngay sau thời điểm cấp bảo lãnh<sup>17</sup>.

Theo quy định của pháp luật của Pháp, cam kết bảo lãnh của công ty cổ phần không phải là tổ chức tín dụng hoặc tài chính phải được sự chấp thuận của Hội đồng quản trị hoặc Hội đồng giám sát của công ty và phải xác định rõ giá trị cam kết bảo lãnh và thời hạn bảo lãnh<sup>18</sup>. Nếu không, công ty sẽ không chịu trách nhiệm về việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, tức là cam kết bảo lãnh không có tính chất đối kháng đối với công ty.

Nhìn lại quy định của pháp luật Việt Nam có thể thấy, do công ty mẹ và công ty con hay các công ty liên kết được xem như các pháp nhân độc lập với nhau (khoản 2, Điều 147 Luật Doanh nghiệp) nên về nguyên tắc, có thể đứng ra bảo lãnh cho

16 *Giao dịch tương tự này được phép thực hiện theo quy định tại điểm g khoản 6, Điều 4 Pháp lệnh Ngoại hối và điểm g, khoản 6, Điều 3 Nghị định 160.*

17 *D. Adams, Banking and Capital Markets, College of Law Publishing, 2010, trang 182 và 183.*

18 *Điều L.225-35 và L.225-68, Bộ luật Thương mại Pháp.*

nhau. Không có quy định riêng nào của Luật Doanh nghiệp đặt ra yêu cầu về việc bảo lãnh phải được sự chấp thuận của Hội đồng thành viên (đối với công ty trách nhiệm hữu hạn) hay của Hội đồng quản trị (đối với công ty cổ phần). Nếu xuất phát từ quy định tại điểm a, khoản 1 Điều 56 hay điểm b, khoản 1 Điều 119 của Luật Doanh nghiệp, thì thành viên hội đồng thành viên (Hội đồng quản trị) và (tổng) giám đốc công ty phải thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao một cách trung thực, cẩn trọng, tốt nhất nhằm bảo vệ lợi ích hợp pháp tối đa của công ty, có thể lập luận theo hướng người đại diện của công ty ký cam kết bảo lãnh phải vì lợi ích của công ty. Tuy nhiên, do Luật Doanh nghiệp không có các quy định cụ thể về hiệu lực của hành vi người đại diện theo pháp luật<sup>19</sup> nên không thể biết chắc chắn được giá trị pháp lý của cam kết bảo lãnh trong trường hợp người đại diện theo pháp luật vượt quá thẩm quyền của mình hay ký bảo lãnh không vì lợi ích của công ty.

Quy tắc hỗ trợ tài chính mua cổ phần của chính mình: Theo Điều 678 Luật Công ty năm 2006 của Anh (Company Act 2006), một công ty đại chúng hay bất cứ công ty con nào của công ty này không được trực tiếp hay gián tiếp hỗ trợ tài chính (trong đó có việc bảo lãnh hay ký kết các giao dịch bảo đảm khác) cho mọi đối tượng để mua cổ phiếu của công ty này (financial assistance). Pháp luật của Pháp cũng có quy định cấm tương tự tại điều L 225-216 của Bộ luật Thương mại, theo đó một công ty cổ phần không được ứng trước vốn, cho vay hay trở thành bên bảo đảm để bên thứ ba cam kết mua hay mua cổ phiếu của mình. Các quy định hiện hành của Việt Nam còn chưa đề cập đến trường hợp này, nên về nguyên tắc, giao dịch bảo lãnh được xác lập trong giao dịch này có thể vẫn được xem là hợp pháp.

## 5. Nghĩa vụ cảnh báo rủi ro tín dụng

**Pháp luật nước ngoài:** Dù Pháp là một nước thuộc hệ thống pháp luật thành văn (civil law), án lệ của Pháp đã thiết lập nên một loạt các quy định về nghĩa vụ cảnh báo rủi ro tín dụng (devoir de mise en garde), theo đó, khi một người đứng ra bảo lãnh cho một khoản vay, ngân hàng có nghĩa vụ cảnh báo cho bên bảo lãnh về các rủi ro gắn với việc ký kết hợp đồng bảo lãnh này. Chẳng hạn, nếu không thực hiện nghĩa vụ này, ngân hàng sẽ phải bồi thường thiệt hại trong trường hợp cam kết bảo lãnh tỷ lệ nghịch với khả năng tài chính của người bảo lãnh<sup>20</sup>. Tại Anh và xứ Wales - thuộc hệ thống thông luật (common law) - các điều khoản nhằm hạn chế hay phủ nhận khả năng của bên bảo lãnh được từ chối trách nhiệm bảo lãnh có thể bị vô hiệu theo quy định của một số văn bản luật về thương mại (Trade Practices Act 1974, State Fair Trading Acts và Contracts Review Act 1980). Về phần mình, các thẩm phán cũng từng bước xác lập nghĩa vụ cảnh báo rủi ro tín dụng của ngân hàng cho vay (lending bank) khi mối quan hệ giữa bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh không mang tính chất thương mại. Điều này được thể hiện thông qua hai bản án mang tính nguyên tắc là Barclays Bank Ltd v O'Brien (1993) và Royal Bank of Scotland v Etridge (2001). Trong bản án thứ nhất, Tòa án tối cao (House of Lords, nay là Supreme Court) đã thiết lập một nguyên tắc theo đó trong một vài trường hợp, ngân hàng phải thông báo cho bên bảo lãnh về ảnh hưởng không chính đáng (undue influence) được suy đoán<sup>21</sup> và chỉ chấp nhận bảo lãnh khi các thông tin mà ngân hàng thu thập được cho phép bảo đảm rằng giao dịch bảo đảm không được xác lập như một hệ quả của ảnh hưởng không chính đáng này. Trong bản án thứ hai, Tòa tối cao đã khiển trách

19 Xem thêm Phạm Thị Minh Trang, *Người đại diện theo pháp luật, anh là ai?* Thời báo Kinh tế Sài Gòn Online, 12/10/2011.

20 D. Legeais, *Responsabilité du banquier fournisseur de crédit*, JCl. Commercial, 1 juillet 2010, fasc.346.

21 *Chẳng hạn, khi người vợ với tư cách là bên đồng đi vay hoàn toàn tin tưởng vào người chồng của mình (cũng là bên đồng đi vay) mà không hiểu gì về nội dung cam kết vay.*

ngân hàng và bên luật sư tư vấn của ngân hàng vì đã không thực hiện nghĩa vụ tư vấn cho bên bảo lãnh. Tài liệu Hướng dẫn thực hành (Practical Guidance) đã được Tòa tối cao soạn thảo sau khi có hai bản án trên và được dành cho các tổ chức tín dụng và các luật sư tư vấn, trong đó có nêu các bước thông tin cho bên bảo lãnh mà các đối tượng này phải tiến hành.

Tại Úc, nghĩa vụ tư vấn (advice duty) được xác lập cả trong các văn bản pháp luật - Bộ luật Tín dụng tiêu dùng (UCCC) và Bộ luật về Thực hành ngân hàng (Code of banking practice) - lẫn trong thực tiễn xét xử. Theo quy định của pháp luật, nghĩa vụ tư vấn kéo theo việc các ngân hàng phải bảo đảm rằng người bảo lãnh hiểu hợp đồng mà mình ký, đặc biệt là ảnh hưởng về mặt tài chính của hợp đồng này đối với mình. Tuy vậy, pháp luật chỉ dừng lại ở việc yêu cầu các ngân hàng phải tiến hành điều tra, xác minh về điều kiện tài chính của người bảo lãnh. Các thẩm phán Úc hoàn thiện các quy định của pháp luật bằng cách đưa ra nguyên tắc, theo đó nghĩa vụ giải thích, tư vấn phải được thực thi khi ngân hàng ý thức được rằng, bên bảo lãnh ở trong tình trạng mất khả năng đặc biệt (special disability) làm cho anh ta trở nên “dễ tổn thương” trong một giao dịch nhất định. Thực vậy, trong vụ án *Commonwealth Bank of Australia v Amadio* (1983), hai bố mẹ của một chủ doanh nghiệp đã có tuổi và gặp khó khăn trong việc hiểu các điều khoản của một hợp đồng được soạn thảo bằng tiếng Anh. Do đó, họ đã tin rằng công ty của con trai mình vẫn hoạt động và có tiềm lực tài chính tốt, nên đã đứng ra bảo lãnh cho công ty này để vay vốn và đã thế chấp tài sản của mình để bảo đảm nghĩa vụ bảo lãnh. Tòa án đã tuyên hợp đồng thế chấp này vô hiệu. Về nguyên tắc, trong trường

hợp có dấu hiệu về việc bên bảo lãnh mất khả năng đặc biệt, tổ chức tín dụng có nghĩa vụ đưa ra bằng chứng về việc giao dịch không gian lận (fair), công bằng (just) và hợp lý (reasonable)<sup>22</sup> (chẳng hạn người bảo lãnh đã được tư vấn bởi một văn phòng tư vấn chuyên nghiệp trên cơ sở đề xuất của ngân hàng). Và khi mất khả năng đặc biệt tồn tại, việc mà ngân hàng đã có các động thái nhất định để giải thích cho người bảo lãnh các hệ quả tiêu cực của hợp đồng tín dụng là chưa đủ nếu người bảo lãnh không hiểu các điều khoản của hợp đồng này<sup>23</sup>. Tòa án của Úc cũng quy chiếu đến các nguyên tắc án lệ (precedents) được Tòa án tối cao của Anh xác lập trong lĩnh vực này, đặc biệt là án lệ *Barclays Bank plc v O'Brien* (1993) nêu ở trên<sup>24</sup>.

Pháp luật Việt Nam: Pháp luật ngân hàng Việt Nam hiện hành không đặt ra nghĩa vụ cảnh báo rủi ro tín dụng, nghĩa vụ giải thích hay nghĩa vụ tư vấn cho người bảo lãnh. Đây là một thiệt thòi lớn cho bên bảo lãnh, nhất là khi bên bảo lãnh là cá nhân và có trình độ hiểu biết hạn chế.

Nhìn một cách tổng thể, có thể thấy còn nhiều hạn chế và khoảng trống trong quy định của pháp luật của Việt Nam về bảo lãnh. Cần hoàn thiện khung pháp lý theo hướng bảo đảm cân bằng được cả lợi ích của bên bảo lãnh cũng như bên nhận bảo lãnh. Ngoài ra, nên bổ sung các quy định để điều chỉnh các vấn đề mà pháp luật hiện hành còn đang bỏ ngỏ, nhất là mối quan hệ giữa pháp luật bảo lãnh và pháp luật doanh nghiệp, cũng như nghĩa vụ cảnh báo rủi ro tín dụng. Pháp luật về quản lý ngoại hối nên có những quy định cụ thể đảm bảo quyền lợi của bên nhận bảo lãnh nước ngoài trong trường hợp gọi bảo lãnh ■

22 *Vụ án Nobile v National Australia Bank Ltd* (1987) and *Portman Building Society v Dusangh* (2000).

23 *Vụ án Westpac Banking Group Corp v Clemesha* (1988).

24 Xem thêm A.L Tyree, *Banking Law in Australia*, fifth edition, LexisNexis Butterworths, 2005.

# BẢO ĐẢM AN SINH XÃ HỘI - TRÁCH NHIỆM CỦA DOANH NGHIỆP

LÊ THỊ HOÀI THU \*

## 1. Ý nghĩa, vai trò của việc thực hiện trách nhiệm an sinh xã hội của doanh nghiệp

“Trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp” được đề cập với nhiều khái niệm khác nhau. Theo khái niệm của Hội đồng Doanh nghiệp thế giới vì sự phát triển bền vững, thì “Trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp là sự cam kết trong việc ứng xử hợp đạo lý và đóng góp vào sự phát triển kinh tế, đồng thời cải thiện chất lượng cuộc sống của lực lượng lao động và gia đình họ, cũng như của cộng đồng địa phương và của toàn xã hội nói chung”<sup>1</sup>. Gần đây, nhóm Phát triển kinh tế tư nhân của Ngân hàng Thế giới đưa ra một khái niệm rõ ràng hơn: “Trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp là sự cam kết của doanh nghiệp đóng góp cho việc phát triển kinh tế bền vững, thông qua những việc làm nâng cao chất lượng đời sống của người lao động (NLĐ) và các thành viên trong gia đình họ; cho cộng đồng và toàn xã hội, theo cách có lợi cho cả doanh nghiệp cũng như phát triển chung của xã hội”<sup>2</sup>.

Nội hàm của khái niệm trên bao gồm bốn nhóm nội dung cơ bản: i) Trách nhiệm của doanh nghiệp (TNCDN) đối với thị trường và người tiêu dùng; ii) TNCDN trong vấn đề bảo vệ môi trường; iii) TNCDN đối với NLĐ; iv) TNCDN đối với cộng đồng. Trong đó, nói đến TNCDN đối với NLĐ và trách nhiệm của doanh nghiệp đối với cộng đồng chính là nói đến TNCDN trong việc thực hiện an sinh xã hội (ASXH).

Thực hiện an sinh xã hội (ASXH) là một nội dung cơ bản và tất yếu trong trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp, nó xuất phát từ chính nhu cầu tồn tại và phát triển của doanh nghiệp và được quy định bằng pháp luật của Nhà nước chứ không phải chỉ là sự trợ giúp, lòng hảo tâm, làm từ thiện của doanh nghiệp đối với các thành viên kém may mắn trong xã hội. Việc doanh nghiệp thực hiện và thực hiện tốt trách nhiệm ASXH của mình có ý nghĩa, vai trò cơ bản sau đây:

*Góp phần đảm bảo và nâng cao chất lượng cuộc sống cho NLĐ. Bất kể NLĐ nào*

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

1 Nguồn: <http://www.kilobooks.com/threads/236517-Vai-trò-của-doanh-nghiệp-trong-việc-thực-hiện-an-sinh-xã-hội-ở-nước-ta?s=b79d8b6abb1f5db1125f518f8d74b4ff#ixzz1u3CJ7vkR>;

<http://thongtinphapluatdansu.wordpress.com/2010/01/19/4338/>

2 Nguồn: <http://www.kilobooks.com/threads/236517-Vai-trò-của-doanh-nghiệp-trong-việc-thực-hiện-an-sinh-xã-hội-ở-nước-ta?s=b79d8b6abb1f5db1125f518f8d74b4ff#ixzz1u3CJ7vkR>

khi thiết lập quan hệ lao động với doanh nghiệp cũng mong muốn có điều kiện và môi trường làm việc tốt; tiền lương và phúc lợi đảm bảo được cuộc sống trước mắt và lâu dài; được tham gia bảo hiểm xã hội (BHXH), bảo hiểm y tế (BHYT); được quan tâm, hỗ trợ khi gặp khó khăn; được tôn trọng; được nâng cao trình độ chuyên môn, nghiệp vụ... tất cả những vấn đề này đạt được đến đâu đều phụ thuộc vào việc thực hiện trách nhiệm ASXH của doanh nghiệp đối với NLĐ. Doanh nghiệp quan tâm đến thực hiện ASXH tức là họ sẽ đảm bảo tốt hơn quyền lợi, nhân phẩm, đảm bảo việc làm và tăng thu nhập, giúp NLĐ nâng cao trình độ chuyên môn nghiệp vụ...

Góp phần đảm bảo lợi ích chung cho cộng đồng xã hội. Khi doanh nghiệp thực hiện tốt ASXH sẽ góp phần tăng năng suất lao động, hiệu quả và lợi nhuận, nâng cao tính cạnh tranh, thúc đẩy sự phát triển bền vững, thúc đẩy doanh nghiệp thực hiện ngày càng cao các tiêu chuẩn quốc gia cũng như quốc tế về điều kiện lao động, hỗ trợ cộng đồng...

Làm thay đổi cách thức thực hiện và cấu trúc ASXH trong một quốc gia. Trong lịch sử xã hội loài người, các hình thức ASXH phi chính thức ra đời từ rất sớm, từ khi loài người xuất hiện (bố mẹ nuôi dưỡng con cái, ông bà nuôi dưỡng các cháu, con nuôi dưỡng bố mẹ, cháu nuôi dưỡng ông bà; tương thân tương ái giữa hàng xóm, láng giềng...). Hạn chế lớn nhất của các hình thức ASXH phi chính thức là ở chỗ khi NLĐ chính trong gia đình bị mất sức lao động hoặc bị chết thì gia đình có thể lâm vào tình trạng “khốn cùng” hoặc khi khả năng tương trợ cộng đồng theo kiểu “lá lành đùm lá rách” bị giảm sút thì mục tiêu của ASXH cũng khó hoặc không thể thực hiện được. Hình thức ASXH chính thức, mà chủ thể thực hiện là Nhà nước và các doanh nghiệp là chủ yếu, đã giúp khắc phục đáng kể những hạn chế nêu trên của

hình thức ASXH phi chính thức.

Chia sẻ gánh nặng với Nhà nước trong bối cảnh hiện nay. Ở Việt Nam, chủ thể có trách nhiệm cao nhất trong việc đảm bảo ASXH là Nhà nước. Nhà nước với vai trò và trách nhiệm của mình có khả năng tạo ra cơ chế đảm bảo những điều kiện tối thiểu về ASXH cho những thành viên trong xã hội bằng các biện pháp cụ thể hoặc các công cụ chính sách về nguồn lực, bộ máy thực hiện. Nhà nước cũng có thể trực tiếp phân phối lại thu nhập hoặc gián tiếp thông qua việc hình thành những định chế phù hợp... Tuy nhiên, không thể không đề cao vai trò của doanh nghiệp trong công tác này. Việc doanh nghiệp đảm bảo chế độ tiền lương, không ngừng nâng cao phúc lợi cho NLĐ; tham gia BHXH, BHYT, bảo hiểm thất nghiệp cho NLĐ không chỉ vì lợi ích của bản thân NLĐ hay vì lợi ích của bản thân doanh nghiệp, mà còn là sự chia sẻ trách nhiệm của Nhà nước đối với sự an toàn của xã hội nói chung. Bên cạnh đó là sự góp sức của các doanh nghiệp trong việc thực hiện ưu đãi xã hội, cứu trợ xã hội, xóa đói giảm nghèo... thể hiện vai trò quan trọng của lực lượng này trong việc tạo dựng môi trường xã hội ổn định, cuộc sống của con người được đảm bảo.

## **2. Quy định của Nhà nước về trách nhiệm của doanh nghiệp trong việc bảo đảm an sinh xã hội đối với người lao động và cộng đồng**

Như đã đề cập, ASXH là một khái niệm rộng, vì vậy TNCDN trong việc thực hiện ASXH cũng sẽ bao gồm nhiều vấn đề khác nhau. Tuy nhiên, chúng tôi chỉ tiếp cận hệ thống ASXH bao gồm: bảo hiểm (BHXH và BHYT) và hỗ trợ xã hội. Trong đó, bảo hiểm là hình thức ASXH thực hiện trên nguyên tắc có đóng, có hưởng, kể cả hình thức bắt buộc hay tự nguyện bao gồm: y tế, nghề nghiệp, thai sản, tuổi già... hỗ trợ xã hội là hình thức ASXH thực hiện trên nguyên tắc không

đóng vẫn được hưởng, bao gồm: trợ cấp xã hội, trợ giúp xã hội, ưu đãi xã hội... Định hướng xây dựng và thực hiện hệ thống ASXH của Việt Nam hiện nay là hoạt động trên nguyên tắc đóng tiền để được bảo hiểm và bảo hiểm đó phải bảo đảm mức sống tối thiểu, cho dù có xảy ra tình trạng khủng hoảng kinh tế hoặc lạm phát. Do vậy, hệ thống ASXH ở nước ta đang triển khai theo nguyên tắc: đa tầng, linh hoạt, nhằm giải quyết được những vấn đề cơ bản trong giai đoạn chuyển đổi của Việt Nam; phải mang tính xã hội; bảo đảm độ an toàn và có yếu tố bền vững. Đặc biệt, việc xây dựng một hệ thống bảo hiểm hoàn chỉnh, theo nguyên tắc đóng - hưởng (bao gồm BHXH bắt buộc, BHXH tự nguyện, BHYT, bảo hiểm thất nghiệp) đang được quan tâm thực hiện.

Từ chỗ Nhà nước quy định một phần trách nhiệm của các đơn vị sử dụng lao động (mà hiện nay chủ yếu là các doanh nghiệp) bên cạnh sự bao cấp của Nhà nước (trong suốt thời kỳ kinh tế kế hoạch hóa tập trung và hơn 8 năm thời kỳ đầu đổi mới), đến chỗ Nhà nước quy định các doanh nghiệp sử dụng từ 10 NLĐ trở lên phải tham gia BHXH và BHYT cho những NLĐ làm việc theo hợp đồng lao động (HĐLĐ) từ đủ 3 tháng trở lên (theo quy định của Bộ luật Lao động và Điều lệ BHXH ban hành kèm theo Nghị định 12/CP năm 1995, mức đóng hàng tháng là 17% so với quỹ tiền lương làm căn cứ đóng bảo hiểm của NLĐ tham gia bảo hiểm trong doanh nghiệp). Đây là một bước tiến dài trong việc xóa bỏ bao cấp về BHXH, BHYT, đồng thời cũng là sự ràng buộc TNCDN trong việc cùng Nhà nước thực hiện ASXH đối với NLĐ và cộng đồng. Quy định này đã mở rộng một cách đáng kể đối tượng tham gia BHXH bắt buộc - hình thức BHXH chủ đạo trong hệ thống BHXH vốn là trụ cột của ASXH.

Tuy nhiên, quá trình triển khai quy định này cũng đã chứng tỏ chính bản thân quy

định của Nhà nước đã tạo cơ hội cho những doanh nghiệp, các doanh nhân không thực sự có trách nhiệm đối với NLĐ, đối với xã hội, tìm cách né tránh, thậm chí là trốn tránh trách nhiệm đóng bảo hiểm cho NLĐ, như: khai báo số lao động sử dụng không đúng sự thật (để đạt được con số dưới 10 lao động); ký HĐLĐ theo mùa vụ hoặc theo công việc có thời hạn dưới 03 tháng với NLĐ... Trong khi đó, trên thực tế dường như không bao giờ doanh nghiệp trả tiền bảo hiểm cùng tiền lương cho NLĐ khi không tham gia bảo hiểm bắt buộc cho NLĐ đó. Trong những tình huống như thế, tất cả các chủ thể có liên quan đến phải hứng chịu thiệt hại. Trước hết là NLĐ, tiếp đó là Nhà nước, xã hội và hậu quả cuối cùng thì chính doanh nghiệp cũng phải hứng chịu.

Từ đó, sau lần sửa đổi, bổ sung Bộ luật Lao động vào năm 2002, Nhà nước ta đã điều chỉnh pháp luật về BHXH một lần nữa để kiểm soát chặt hơn tình trạng trên. Trong đó, có hai điểm cơ bản cần đặc biệt lưu ý: Một là, Nhà nước xóa bỏ quy định về quy mô sử dụng lao động là một tiêu chí để xác định một doanh nghiệp thuộc đối tượng áp dụng BHXH, BHYT bắt buộc; Hai là, những NLĐ làm việc theo HĐLĐ dưới 03 tháng không thuộc đối tượng doanh nghiệp phải tham gia BHXH, BHYT, nhưng khi hợp đồng hết hạn mà hai bên ký tiếp HĐLĐ thì doanh nghiệp phải tham gia BHXH, BHYT cho NLĐ, không kể đến thời hạn của HĐLĐ. Bên cạnh đó, Luật BHXH năm 2006 đã đưa ra lộ trình tăng mức đóng BHXH của doanh nghiệp vào quỹ bảo hiểm hưu trí và tử tuất bắt buộc (từ 01/01/2010 đến 31/12/2011 tăng 1%; từ 01/01/2012 đến 31/12/2013 tăng 1% và từ 01/01/2014 trở đi tăng 1%). Song song với nó, Luật BHYT năm 2008 cũng quy định lộ trình tăng mức đóng BHYT bắt buộc của doanh nghiệp cho NLĐ (trước đây là 2%; hiện nay là 3% và từ năm 2014 trở đi là 4%).

Đặc biệt, trước tình hình biến động



thường xuyên của thị trường lao động và trước nhu cầu ASXH ngày càng cao, Nhà nước đã quy định và tổ chức thực hiện bảo hiểm thất nghiệp cho NLĐ kể từ ngày 01/01/2009. Theo đó, tất cả các doanh nghiệp sử dụng từ 10 NLĐ trở lên mà trong đó có NLĐ làm việc theo HĐLĐ có thời hạn từ đủ 12 tháng đến 36 tháng và HĐLĐ không xác định thời hạn thì ngoài việc phải tham gia BHXH, BHYT cho NLĐ, doanh nghiệp còn phải tham gia bảo hiểm thất nghiệp cho NLĐ với mức đóng hàng tháng bằng 1% so với tổng quỹ tiền lương của những NLĐ tham gia bảo hiểm thất nghiệp trong doanh nghiệp. Hiện nay, tổng mức đóng BHXH bắt buộc, BHYT bắt buộc và bảo hiểm thất nghiệp hàng tháng của doanh nghiệp là 21% so với tổng quỹ tiền lương làm căn cứ đóng bảo hiểm của những NLĐ tham gia bảo hiểm trong doanh nghiệp.

Từ những quy định trên cho thấy, TNCNDN trong việc thực hiện BHXH, BHYT ngày càng được tăng cường, vì lợi ích của NLĐ, của doanh nghiệp và của toàn xã hội. Nếu tất cả doanh nghiệp đều thực hiện đúng trách nhiệm của mình thì xã hội sẽ có một quỹ phúc lợi đủ lớn để đảm bảo cuộc sống cho NLĐ và các thành viên trong gia đình họ khi gặp rủi ro. Từ đó, giúp các doanh nghiệp ổn định lực lượng lao động, ổn định và phát triển sản xuất; giúp ổn định lực lượng lao động và đời sống xã hội nói chung.

Nói như vậy không có nghĩa là trong các quy định về TNCNDN trong việc thực hiện ASXH không còn những bất cập cần tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện. Theo chúng tôi, những bất cập của pháp luật hiện hành liên quan trực tiếp đến việc ràng buộc TNCNDN đối với NLĐ và cộng đồng bao gồm:

*Thứ nhất*, việc quy định doanh nghiệp không phải tham gia BHXH, BHYT cho những NLĐ làm việc theo HĐLĐ mùa vụ hoặc theo một công việc có thời hạn dưới 03

tháng (mà doanh nghiệp thanh toán tiền bảo hiểm cho NLĐ cùng tiền lương hàng tháng của họ) là vấn đề đang có những ý kiến khác nhau. Quy định này không những thiệt thòi về quyền lợi của những NLĐ làm những công việc mà doanh nghiệp có quyền giao kết HĐLĐ mùa vụ hoặc theo công việc có thời hạn dưới 3 tháng (doanh nghiệp không thanh toán tiền bảo hiểm cùng với tiền lương hàng tháng cho họ như đã đề cập ở trên), mà còn liên lụy đến cả NLĐ khác (doanh nghiệp tìm cách ký HĐLĐ dưới 03 tháng hoặc sử dụng một loại HĐLĐ khác để che đậy - hợp đồng dịch vụ dân sự để trốn tránh trách nhiệm bảo hiểm với NLĐ).

*Thứ hai*, việc quy định doanh nghiệp giữ lại 2%/3% số tiền của quỹ ốm đau, thai sản để tự chi cho NLĐ khi có sự kiện bảo hiểm phát sinh cũng nảy sinh những vấn đề khó giải quyết trên thực tế: doanh nghiệp chiếm dụng tiền bảo hiểm; doanh nghiệp không đủ tiền để chi bảo hiểm; doanh nghiệp không thực hiện việc chi trả kịp thời vì vướng mắc về nghiệp vụ...

*Thứ ba*, việc quy định cơ chế doanh nghiệp cùng chi trả bảo hiểm trong trường hợp NLĐ bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp mang đến hai hệ quả không tích cực: Một là, tăng gánh nặng cho doanh nghiệp, nhất là doanh nghiệp hoạt động trong các ngành có yếu tố nặng nhọc, độc hại, nguy hiểm; Hai là, không đảm bảo chắc chắn quyền lợi cho NLĐ bị tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp vì khả năng lẩn tránh TNCNDN trong những trường hợp này là rất cao.

*Thứ tư*, việc quy định doanh nghiệp sử dụng từ 10 NLĐ trở lên mới phải tham gia bảo hiểm thất nghiệp cho NLĐ và chỉ tham gia cho những NLĐ đang làm việc theo HĐLĐ có thời hạn từ đủ 12 tháng đến 36 tháng và HĐLĐ không xác định thời hạn cũng cần phải nghiên cứu lại một cách thật kỹ lưỡng, bởi tự bản thân nó lại tạo ra những

“cơ hội” thuận tiện cho doanh nghiệp vì phạm trách nhiệm đối với NLĐ và cộng đồng như đã đề cập ở trên.

*Thứ năm*, quy định mức tiền lương làm căn cứ đóng bảo hiểm là mức tiền lương ghi trên HĐLĐ của NLĐ cũng tạo ra “lối thoát” an toàn cho doanh nghiệp trong việc ghi tiền lương trong HĐLĐ của NLĐ làm căn cứ đóng BHXH ở mức thấp nhất có thể.

*Thứ sáu*, quy định mức đóng bảo hiểm của doanh nghiệp khá cao và chênh lệch so với mức đóng của NLĐ, đặc biệt là doanh nghiệp phải đóng hoàn toàn cho quỹ ốm đau, thai sản, tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp (NLĐ không phải đóng) có thể tạo ra sự bất công cho doanh nghiệp.

Trong thực tế thực hiện các quy định của Nhà nước về trách nhiệm tham gia bảo hiểm của doanh nghiệp đang có những vi phạm cơ bản sau:

- *Nhiều doanh nghiệp tìm cách trốn hoặc chậm đóng bảo hiểm cho NLĐ bằng cách khai không trung thực số NLĐ sử dụng hoặc dấy đưa việc đóng bảo hiểm cho NLĐ.*

Theo BHXH Việt Nam, chỉ trong 2 tháng đầu năm 2012, số nợ BHXH, BHYT đã lên tới 8.063,8 tỷ đồng (tăng 4.141 tỷ đồng so với năm 2011). Trong đó, nợ BHXH là 6.207,6 tỷ đồng, tập trung ở doanh nghiệp ngoài nhà nước, có vốn đầu tư nước ngoài; nợ BHYT là 1.856,2 tỷ đồng<sup>3</sup>. Đơn cử như thành phố Hà Nội, hết tháng 2/2012, có trên 600 tỷ đồng bảo hiểm bị nợ, tập trung ở hầu hết các đơn vị thuộc lĩnh vực giao thông vận tải, dệt may, xây dựng cơ bản... Trong đó có rất nhiều doanh nghiệp Nhà nước có tên tuổi,

nợ đọng với số tiền lên đến hàng tỷ đồng. Trước tình trạng này, BHXH Hà Nội phải đi “đòi nợ” bằng cách khởi kiện ra Tòa án để đòi nợ. Tuy nhiên, sau khi Tòa tuyên án, một số doanh nghiệp không chấp hành phán quyết của Tòa án, buộc cơ quan thi hành án phải cưỡng chế bằng cách phối hợp với các ngân hàng trích tiền từ tài khoản của doanh nghiệp. Thế nhưng, hầu hết các doanh nghiệp đã “lươn lẹo” bằng cách... rút hết tiền trong tài khoản<sup>4</sup>.

Mặc dù chưa triển khai các biện pháp quyết liệt như ở Hà Nội, nhưng BHXH Quảng Bình đã tích cực đôn đốc, thu hồi nợ bằng cách thành lập Đoàn thanh tra liên ngành đến làm việc trực tiếp với các doanh nghiệp. Phó Chánh Thanh tra Sở Lao động-Thương binh và Xã hội Quảng Bình cho biết: Qua thanh tra 24 doanh nghiệp trên địa bàn, phát hiện có 22/24 doanh nghiệp nợ đọng BHXH, 4/24 doanh nghiệp đã trích tiền BHXH của NLĐ nhưng không nộp cho cơ quan BHXH; đồng thời Đoàn cũng phát hiện nhiều đơn vị chưa đóng hết BHXH cho số lao động thuộc diện bắt buộc<sup>5</sup>.

Đương nhiên, trong những trường hợp này thì khi NLĐ gặp rủi ro sẽ không được chi trả BHXH, ảnh hưởng nghiêm trọng đến đời sống của bản thân và gia đình, từ đó ảnh hưởng đến đời sống chung của xã hội.

- *Doanh nghiệp tìm cách đóng bảo hiểm cho NLĐ trên mức lương thấp nhất có thể.* Có thể khẳng định rằng hiện nay, các doanh nghiệp chỉ đóng bảo hiểm cho NLĐ trên khoảng 15% đến 40% so với tổng thu nhập của NLĐ. Như vậy, có khoảng 60%-85% tổng thu nhập của NLĐ không đưa vào cơ

3 <http://bhxhyenbai.vn/Content/245-Tinh-trang-doanh-nghiep-no-BHXH-BHYT-gia-tang-Nguoi-lao-dong-dang-chiui-thiet.aspx>

4 <http://bhxhyenbai.vn/Content/245-Tinh-trang-doanh-nghiep-no-BHXH-BHYT-gia-tang-Nguoi-lao-dong-dang-chiui-thiet.aspx>

5 <http://bhxhyenbai.vn/Content/245-Tinh-trang-doanh-nghiep-no-BHXH-BHYT-gia-tang-Nguoi-lao-dong-dang-chiui-thiet.aspx>

cầu đóng BHXH. Theo chúng tôi, nếu xét về lợi ích kinh tế, thì đây mới là phần thất thu chính của quỹ BHXH. Điều đó cũng cho thấy con số thống kê trên (các doanh nghiệp nợ hơn 8.000 tỷ đồng trong 2 tháng đầu năm 2012) chỉ là còn số tính toán trên số tiền lương làm căn cứ đóng BHXH mà doanh nghiệp đăng ký với cơ quan BHXH và nó còn khác rất xa so với con số thực.

Thực trạng trên bắt nguồn từ những nguyên nhân sau:

- Ý thức trách nhiệm của các doanh nghiệp chưa cao, thậm chí không ít chủ doanh nghiệp còn không có ý thức trách nhiệm trong vấn đề này. Đây có thể đánh giá là nguyên nhân cơ bản nhất.

- Quy định của pháp luật còn những bất cập, tạo điều kiện cho các doanh nghiệp vi phạm pháp luật.

- Công tác quản lý nhà nước còn nhiều hạn chế. Công tác thanh tra, kiểm tra về BHXH còn ít và chưa hiệu quả. Nhìn chung, các cơ quan chức năng chưa quản lý sát lực lượng lao động và thu nhập của NLĐ, dẫn đến việc trốn tránh trách nhiệm đóng bảo hiểm của các doanh nghiệp.

- Các biện pháp chế tài đối với những hành vi vi phạm trách nhiệm đóng BHXH cho NLĐ chưa đủ mạnh, chưa nghiêm khắc nhằm răn đe và trừng phạt các hành vi vi phạm<sup>6</sup> buộc các doanh nghiệp phải tuân thủ.

- Bản thân NLĐ, tổ chức công đoàn đại diện cho NLĐ chưa thực sự kiên quyết trong việc đấu tranh bảo vệ quyền lợi cho mình hoặc cho thành viên của tổ chức mình, thậm chí không ít trường hợp còn có biểu hiện “đồng lõa” với hành vi vi phạm của doanh nghiệp.

- Có những thời kỳ các doanh nghiệp thực sự khó khăn về kinh tế do khủng hoảng chung hoặc do những rủi ro gặp phải khiến các doanh nghiệp cũng phải “tính toán” thiệt hơn khi tham gia bảo hiểm cho NLĐ.

Bên cạnh trách nhiệm theo quy định của pháp luật, nhiều doanh nghiệp còn có các chính sách hỗ trợ cho NLĐ và cộng đồng xã hội, như: trợ cấp khó khăn cho NLĐ hoặc gia đình họ; trợ cấp thêm cho lao động nữ khi sinh con hoặc có con trong độ tuổi gửi trẻ; cấp học bổng cho con của NLĐ; tham gia vào các hoạt động cứu trợ xã hội, hoạt động “đền ơn đáp nghĩa”... Tuy nhiên, những hoạt động này được thực hiện hoặc là có ý nghĩa chính sách nội bộ cho NLĐ trong doanh nghiệp hoặc có ý nghĩa là hoạt động xã hội của doanh nghiệp đối với cộng đồng. Dù sao, những hoạt động này cũng góp phần quan trọng vào việc thực hiện ASXH trên bình diện xã hội nói chung. Trong câu chuyện này, dù doanh nghiệp có thực hiện nó như là một sự “đánh bóng” cho thương hiệu của mình thì cũng không có chuẩn mực để đánh giá cái đúng, cái sai của doanh nghiệp.

### 3. Một số kiến nghị

#### *Về hoàn thiện pháp luật*

Nên xóa bỏ “những cái cớ” để doanh nghiệp trốn tránh trách nhiệm đóng bảo hiểm (kể cả BHXH, BHYT và bảo hiểm thất nghiệp) cho NLĐ bằng cách quy định doanh nghiệp phải đóng bảo hiểm cho tất cả NLĐ có giao kết HĐLĐ với doanh nghiệp, không phân biệt quy mô sử dụng lao động và thời hạn của HĐLĐ.

Bãi bỏ quy định doanh nghiệp giữ lại 2%/3% quỹ ốm đau, thai sản để tự chi trả BHXH. Mặc dù trên thực tế nhiều nơi đã

6 Mức xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực BHXH cao nhất hiện nay là 30 triệu đồng.

không thực hiện quy định này, nhưng về phương diện lập pháp vẫn phải tuyên bố bãi bỏ.

Xóa bỏ chế độ doanh nghiệp cùng chi trả BHXH, BHYT, nhất là đối với chế độ bảo hiểm tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp để vừa giảm nhẹ gánh nặng cho doanh nghiệp, vừa bảo vệ tối đa quyền lợi của NLĐ.

Quy định lại mức lương làm căn cứ đóng bảo hiểm theo hướng tiếp cận với mức lương làm căn cứ tính thuế thu nhập cá nhân của NLĐ.

Nghiên cứu lại mức đóng của hai bên, nhất là mức đóng vào các quỹ bảo hiểm ngắn hạn để đảm bảo công bằng hơn.

Quy định lại các biện pháp chế tài đủ mạnh, đủ nghiêm khắc đối với các hành vi vi phạm pháp luật về bảo hiểm của doanh nghiệp để vừa có khả năng phòng ngừa, vừa trừng phạt một cách thỏa đáng đối với các doanh nghiệp, các cơ quan, tổ chức, cá nhân khác có hành vi vi phạm.

#### ***Về tổ chức thực hiện***

Đẩy mạnh công tác tuyên truyền, vận động đối với doanh nghiệp, NLĐ và tổ chức đại diện của hai bên về trách nhiệm thực hiện ASXH của doanh nghiệp.

Thắt chặt quản lý nhà nước đối với hoạt động sử dụng lao động của các doanh nghiệp.

Xử lý một cách nghiêm minh đối với các hành vi vi phạm pháp luật về bảo hiểm nói chung, về TNCDN nói riêng.

\*



Trong thời đại ngày nay, ASXH là một trong những trụ cột cấu thành quan trọng nhất của chiến lược phát triển kinh tế - xã hội quốc gia. Nghị quyết Đại hội XI của Đảng tiếp tục nhấn mạnh: “Phát triển hệ thống ASXH đa dạng, ngày càng mở rộng và hiệu quả. Phát triển mạnh hệ thống bảo hiểm như BHXH, bảo hiểm thất nghiệp, bảo hiểm tai nạn lao động và bệnh nghề nghiệp... Khuyến khích và tạo điều kiện thuận lợi để NLĐ tiếp cận và tham gia các loại hình bảo hiểm. Thực hiện tốt các chính sách ưu đãi và không ngừng nâng cao mức sống đối với người có công. Mở rộng các hình thức trợ giúp và cứu trợ xã hội, nhất là đối với các đối tượng khó khăn”<sup>7</sup>. Với tư cách là chủ thể lớn nhất, người đại diện và thay mặt cho toàn xã hội, Nhà nước giữ vai trò chủ đạo trong việc tổ chức thực hiện ASXH, đồng thời mở rộng sự tham gia của các đối tác xã hội vào việc thực hiện chính sách này, mà trong đó, TNCDN trong việc bảo đảm ASXH đối với NLĐ và đối với cộng đồng đóng vai trò quan trọng, góp phần phát triển kinh tế - xã hội của quốc gia một cách bền vững ■

7 Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội 2011, tr. 125-126.

# HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG trong các văn bản pháp luật chuyên ngành

**ĐỖ ĐỨC HỒNG HÀ\***

**NGUYỄN NGỌC LINH\*\***

## 1. Khái quát chế định hợp đồng ở Việt Nam

Theo Điều 388 Bộ luật Dân sự năm 2005 (BLDS), thì "Hợp đồng dân sự là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự". Như vậy, hợp đồng là một "giao kèo" về quyền và nghĩa vụ của các bên khi thực hiện một hành vi trong xã hội.

Hiện nay, Nhà nước ta đã ban hành hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh cụ thể từng vấn đề liên quan đến hợp đồng. Chúng tôi không nghiên cứu toàn bộ hệ thống pháp luật về hợp đồng mà tập trung ở một số quan hệ hợp đồng trong các lĩnh vực như thương mại, KDBĐS, bảo hiểm và lao động.

*Thứ nhất*, hệ thống văn bản pháp luật liên quan đến hợp đồng thương mại: Hợp đồng thương mại là thỏa thuận của chủ thể hợp đồng nhằm thực hiện một hoạt động thương mại bao gồm mua bán hàng hóa,

cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động sinh lời khác. Hiện nay có hai văn bản chủ yếu điều chỉnh quan hệ hợp đồng thương mại là: BLDS và Luật Thương mại năm 2005. Bên cạnh đó, quan hệ hợp đồng thương mại còn chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản pháp luật chuyên ngành như: Bộ luật Hàng hải, Luật Hải quan, Luật Trọng tài thương mại...

Các quy định về hợp đồng trong BLDS sẽ được áp dụng với mọi quan hệ hợp đồng, không phân biệt hợp đồng dân sự hay hợp đồng trong kinh doanh<sup>1</sup>. Trong khi đó, Luật Thương mại tập trung quy định những vấn đề chi tiết liên quan đến thực hiện hợp đồng: giao nhận hàng hóa, chuyển rủi ro hàng hóa, cung ứng dịch vụ, thanh toán, áp dụng chế tài khi có hành vi vi phạm và giải quyết tranh chấp thương mại. Vì vậy, khi tiến hành thực hiện một quan hệ hợp đồng thương mại, các chủ thể hợp đồng không thể tách rời hệ thống các quy định của pháp luật nằm trong hai văn bản pháp luật này. Tuy nhiên, vấn đề

\* **TS. Văn phòng Bộ Tư pháp**

\*\* **ThS. Đại học Nội vụ Hà Nội.**

1 Nguyễn Thị Dung, *Pháp luật về hợp đồng trong thương mại và đầu tư - Những vấn đề pháp lý cơ bản*, Nxb. Chính trị Quốc gia, 2008, tr. 28.

đặt ra là phương thức xác định một quan hệ hợp đồng có yếu tố thương mại. Theo Khoản 1 Điều 3 Luật Thương mại thì yếu tố thương mại trong hợp đồng được thể hiện qua mục đích sinh lợi khi thực hiện quan hệ của các chủ thể. Tuy nhiên, mục đích sinh lợi là một vấn đề khó xác định, vì ý thức về việc thu lợi nhuận nằm trong đầu óc của nhà kinh doanh<sup>2</sup>. Có những yếu tố sinh lợi mang tính trực tiếp, nhưng có những yếu tố sinh lợi chỉ mang tính gián tiếp; có yếu tố sinh lợi thuộc về cả hai chủ thể trong quan hệ hợp đồng, có yếu tố sinh lợi chỉ thuộc về một bên khi thực hiện hợp đồng. Việc đưa ra các tiêu chí cụ thể để xác định quan hệ hợp đồng thương mại cũng là một điều cần thiết trong điều kiện phức tạp của các quan hệ hợp đồng hiện nay.

*Thứ hai*, hệ thống văn bản pháp luật liên quan đến hợp đồng kinh doanh bất động sản (KDBĐS). Hợp đồng KDBĐS được chia thành hai loại hợp đồng chính: hợp đồng KDBĐS và hợp đồng kinh doanh dịch vụ bất động sản (Khoản 1 Điều 4 Luật KDBĐS năm 2006- Luật KDBĐS). Hợp đồng KDBĐS bao gồm: hợp đồng mua bán nhà, công trình xây dựng; hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất; hợp đồng thuê bất động sản; hợp đồng thuê mua nhà, công trình xây dựng. Hợp đồng kinh doanh dịch vụ bất động sản bao gồm: hợp đồng môi giới bất động sản; hợp đồng định giá bất động sản; hợp đồng tư vấn bất động sản; hợp đồng đấu giá bất động sản; hợp đồng quảng cáo bất động sản; hợp đồng quản lý bất động sản (Khoản 1, 2 Điều 67 Luật KDBĐS). Điều chỉnh quan hệ hợp đồng KDBĐS chủ yếu là những quy định của Luật Đất đai năm 2003 (LĐĐ), Luật Nhà ở năm 2005 và Luật KDBĐS. Ngoài ra, những vấn đề cơ bản liên quan đến hợp đồng vẫn thuộc điều chỉnh chung của BLDS.

*Thứ ba*, hệ thống văn bản pháp luật liên quan đến hợp đồng bảo hiểm (HĐBH). Khoản 1 Điều 12 Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000 (Luật KDBH), đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2010, định nghĩa: "HĐBH là sự thỏa thuận giữa bên mua bảo hiểm và doanh nghiệp bảo hiểm, theo đó bên mua bảo hiểm phải đóng phí bảo hiểm, doanh nghiệp bảo hiểm phải trả tiền bảo hiểm cho người thụ hưởng hoặc bồi thường cho người được bảo hiểm khi xảy ra sự kiện bảo hiểm". HĐBH được chia làm ba loại: HĐBH con người, HĐBH tài sản, HĐBH trách nhiệm dân sự.

Luật KDBH là văn bản pháp luật quan trọng nhất điều chỉnh quan hệ HĐBH; bên cạnh đó là những quy định chung được ghi nhận trong BLDS. Tuy nhiên, khái niệm HĐBH được quy định tại Điều 567 BLDS lại có điểm khác biệt với khái niệm được quy định tại Luật KDBH về chủ thể thụ hưởng bảo hiểm. Theo Điều 567 BLDS, "HĐBH là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên mua bảo hiểm phải đóng phí bảo hiểm, còn bên bảo hiểm phải trả một khoản tiền bảo hiểm cho bên được bảo hiểm khi xảy ra sự kiện bảo hiểm". Như vậy, BLDS đã không quy định cụ thể về bên thụ hưởng bảo hiểm mà chỉ quy định chung chung về bên được bảo hiểm, điều này dễ dẫn đến các tranh chấp trên thực tế, vì có một số trường hợp xảy ra, nếu áp dụng BLDS và Luật KDBH sẽ ra những phương án và kết quả khác nhau. Ví dụ như quy định về bảo hiểm tính mạng (theo BLDS) hay bảo hiểm con người cho trường hợp chết (theo Luật KDBH). Điều 578 BLDS quy định: "...nếu bên được bảo hiểm chết thì tiền bảo hiểm được trả cho người thừa kế của bên được bảo hiểm". Như vậy, theo BLDS, khoản tiền bảo hiểm được trả cho người thừa kế của bên được bảo

2 Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật Thương mại, tập 1, Nxb. Công an nhân dân, H., 2006, tr. 22.

hiểm. Nhưng theo Luật KDBH thì tiền bảo hiểm sẽ được trả cho người thụ hưởng - tổ chức, cá nhân được bên mua bảo hiểm chỉ định để nhận tiền bảo hiểm theo HĐBH con người (Khoản 8 Điều 3 Luật KDBH). Theo đó, người hưởng tiền bảo hiểm có thể không phải là người thừa kế của bên được bảo hiểm. Vì vậy, việc làm rõ mối quan hệ giữa BLDS và Luật KDBH là rất quan trọng, nhằm giải quyết các vấn đề phát sinh từ HĐBH.

*Thứ tư*, hệ thống văn bản pháp luật liên quan đến hợp đồng lao động (HĐLĐ). HĐLĐ là sự thỏa thuận giữa người lao động và người sử dụng lao động về việc làm có trả công, điều kiện lao động, quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động (Điều 26 Bộ luật Lao động năm 1994 sửa đổi, bổ sung năm 2002, 2006 - BLLĐ). Đối tượng của HĐLĐ là việc làm, HĐLĐ được xác lập một cách bình đẳng song phương, hành vi giao kết hợp đồng là điều kiện ràng buộc giữa người sử dụng lao động và người lao động<sup>3</sup>. Những quy định của pháp luật về một số vấn đề liên quan đến HĐLĐ tập trung chủ yếu tại BLLĐ và các văn bản dưới luật khác. Thực tế hiện nay cho thấy, các quy định này vẫn còn tương đối sơ sài so với mức độ phức tạp của HĐLĐ, một trong những công cụ quan trọng để bảo vệ quyền lợi của các chủ thể tham gia, đặc biệt là người lao động.

## 2. Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng trong các văn bản luật chuyên ngành

### 2.1. Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng thương mại

*Các quy định về hợp đồng mua bán hàng hóa*

Luật Thương mại quy định các vấn đề thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa trên

ơ sở tiếp thu quan điểm “tôn trọng tối đa tự do thỏa thuận”<sup>4</sup> giữa các chủ thể hợp đồng của WTO và Công ước Viên 1980 về mua bán hàng hóa quốc tế (CISG). Tôn trọng nguyên tắc này trong quá trình xây dựng Luật Thương mại tạo điều kiện tốt cho Việt Nam hội nhập nền kinh tế thế giới nhưng cũng đặt ra những khó khăn cho các chủ thể trong quá trình thực hiện hợp đồng. Điển hình như Luật Thương mại năm 1997 quy định nội dung chủ yếu của hợp đồng tại Điều 50: “1) Tên hàng; 2) Số lượng; 3) Quy cách, chất lượng; 4) Giá cả; 5) Phương thức thanh toán; 6) Địa điểm và thời hạn giao nhận hàng...”. Đây này là cơ sở để các chủ thể xác định được nội dung cơ bản của hợp đồng mua bán hàng hóa và ghi nhận vào hợp đồng, hạn chế rủi ro khi giao kết, đặc biệt là đối với các chủ thể có hiểu biết hạn chế về pháp luật. Tuy nhiên, đến Luật Thương mại, nhà làm luật lại bỏ quy định này, thay vào đó là những quy định về khắc phục hậu quả pháp lý nếu hợp đồng không có những điều khoản cơ bản như: Khoản 2 Điều 35 về trường hợp không có thỏa thuận về địa điểm giao hàng; Khoản 3 Điều 37 về trường hợp không có thỏa thuận về thời hạn giao hàng; Khoản 1 Điều 39 về trường hợp không có thỏa thuận về chất lượng hàng hóa; Điều 52 về trường hợp không có thỏa thuận về giá..., nhưng chính những quy định này cũng không thật sự rõ ràng, gây khó khăn cho các bên khi thực hiện hợp đồng, cụ thể:

Theo điểm c Khoản 2 Điều 35 Luật Thương mại: “Trường hợp trong hợp đồng không có quy định về vận chuyển hàng hóa, nếu vào thời điểm giao kết hợp đồng, các bên biết được địa điểm kho chứa hàng, địa điểm xếp hàng hoặc nơi sản xuất, chế tạo hàng hóa thì bên bán phải giao hàng tại địa

3 Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật Lao động Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, H, 2005, tr. 123, 124, 125.

4 Khoản 1.1 Bộ nguyên tắc Hợp đồng thương mại quốc tế PICC.

điểm đó”. Như vậy, bên nhận hàng không thể biết mình sẽ nhận hàng ở đâu, cách tốt nhất cho họ là thỏa thuận lại địa điểm giao hàng với bên mua.

Đối với “trường hợp không có thỏa thuận về thời hạn giao hàng thì bên bán phải giao hàng trong một thời hạn hợp lý sau khi giao kết hợp đồng” (Khoản 3 Điều 37 Luật Thương mại) thì xác định thế nào là “một thời hạn hợp lý sau khi giao kết hợp đồng”? Phương thức và tiêu chí để xác định khoảng thời hạn này không được quy định trong Luật Thương mại. Do đó, nếu hợp đồng không có thỏa thuận về thời hạn giao hàng, tranh chấp rất dễ xảy ra do cách thức tiếp cận quy định trên của các bên sẽ khác nhau.

Hoặc quy định tại Điều 52 Luật Thương mại: “Trường hợp không có thỏa thuận về giá hàng hoá, không có thỏa thuận về phương pháp xác định giá và cũng không có bất kỳ chỉ dẫn nào khác về giá thì giá của hàng hoá được xác định theo giá của loại hàng hoá đó trong các điều kiện tương tự về phương thức giao hàng, thời điểm mua bán hàng hoá, thị trường địa lý, phương thức thanh toán và các điều kiện khác có ảnh hưởng đến giá”. Có thể thấy rằng, sẽ không dễ dàng để xác định giá hàng hóa nếu không có thỏa thuận về giá hàng hóa khi ký kết hợp đồng, vì trong một số trường hợp, điều kiện hàng hóa không thể lập lại hoàn toàn để so sánh giá, mà chỉ có thể là những điều kiện tương tự để so sánh.

Từ những phân tích trên, để hoàn thiện Luật Thương mại, nhà làm luật nên bổ sung lại điều khoản về nội dung cơ bản của hợp đồng là cơ sở cho các chủ thể soạn thảo và thực hiện hợp đồng để phòng tránh rủi ro. Những quy định về khắc phục các trường hợp thiếu điều khoản cơ bản của hợp đồng phải rõ ràng, cụ thể để các bên dễ dàng xác định và hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng như: ấn định địa điểm giao hàng cụ thể nếu các

bên không thỏa thuận, xây dựng tiêu chí xác định khoảng thời hạn hợp lý sau khi giao kết hợp đồng, hay hệ quy chiếu để xác định giá hàng hóa. Các quy định tại Điều 57, 58, 59, 60, 61 về chuyển rủi ro hàng hóa phải được quy định lại đơn giản và rõ ràng hơn, đồng thời bổ sung khái niệm “Đối tượng là hàng hóa đang trên đường vận chuyển” tại Điều 60.

#### *Quy định về cung ứng dịch vụ liên quan đến hàng hóa*

Luật Thương mại đã ghi nhận nhiều loại hình dịch vụ liên quan đến hàng hóa từ trung gian thương mại, xúc tiến thương mại, đấu giá, đấu thầu, logistics, gia công hàng hóa, nhượng quyền thương mại, cho thuê hàng hóa, giám định hàng hóa. Tuy nhiên, có nhiều loại hình dịch vụ lại do các văn bản pháp luật chuyên ngành điều chỉnh.

Đối với hoạt động môi giới thương mại (một trong các dịch vụ trong nhóm trung gian thương mại), Luật Thương mại quy định rất đơn giản; tuy nhiên trên thực tế, đây là một hoạt động có tính chất phức tạp cao và được điều chỉnh cụ thể tại các văn bản chuyên ngành như: môi giới bất động sản được quy định tại Mục 1, Chương IV, Luật KDBDS; môi giới chứng khoán được quy định tại Luật Chứng khoán...

Đối với hoạt động quảng cáo, bên cạnh các điều (từ Điều 102 đến Điều 116) của Luật Thương mại còn có các quy định trong Pháp lệnh Quảng cáo và hệ thống văn bản hướng dẫn. Trên thực tế, khi thực hiện hoạt động quảng cáo, thương nhân kinh doanh dịch vụ quảng cáo gần như không sử dụng các quy định trong Luật Thương mại.

Đối với hoạt động đấu thầu, Luật Thương mại dành quy định tại mục 3 Chương VI để điều chỉnh, tuy nhiên, những quy định này hết sức sơ sài, không cụ thể, vì vậy trên thực tế, dù là các thương nhân ở khu





vực dân doanh nhưng khi tiến hành đấu thầu lại chủ yếu tham khảo những nội dung tại Luật Đấu thầu năm 2005 (mặc dù theo Khoản 1 Điều 1 của Luật Đấu thầu, đối tượng điều chỉnh của Luật này là các dự án sử dụng vốn Nhà nước từ 30% trở lên).

Đối với các hoạt động gia công hàng hóa hay cho thuê hàng hóa, những nội dung trong Luật Thương mại không có điểm khác biệt so với những quy định về hoạt động gia công và cho thuê trong BLDS.

Với những phân tích trên, Luật Thương mại nên có những điều chỉnh để hoàn thiện hơn theo hướng: đối với những dịch vụ đã có văn bản pháp luật chuyên ngành quy định chi tiết có thể lược bỏ khỏi nội dung của Luật hoặc có quy định dẫn chiếu cụ thể; đối với những dịch vụ được quy định trong BLDS chỉ nên quy định những điểm khác biệt quan trọng, còn lại thì dẫn chiếu về BLDS để tránh chồng chéo; đối với những dịch vụ mới xuất hiện ở Việt Nam như logistics hay nhượng quyền thương mại cần quy định rõ ràng hơn để các dịch vụ này dễ đi

vào đời sống kinh doanh tại Việt Nam.

*Quy định về chế tài thương mại và giải quyết tranh chấp thương mại*

Luật Thương mại ghi nhận bảy hình thức chế tài tại Điều 292: “1) Buộc thực hiện đúng hợp đồng; 2) Phạt vi phạm; 3) Buộc bồi thường thiệt hại; 4) Tạm ngừng thực hiện hợp đồng; 5) Đình chỉ thực hiện hợp đồng; 6) Huỷ bỏ hợp đồng; 7) Các biện pháp khác do các bên thoả thuận không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt

Nam là thành viên và tập quán thương mại quốc tế”. Các hình thức chế tài đều được quy định cụ thể, mặc dù vậy, vẫn còn một số vấn đề đặt ra đối với phần nội dung này.

Đối với chế tài buộc thực hiện đúng hợp đồng, Luật Thương mại không nêu cụ thể hệ quả pháp lý cho bên vi phạm, do đó, làm cho bên bị vi phạm còn e ngại khi áp dụng chế tài trên thực tế.

Đối với khái niệm “vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng”, đây là một khái niệm mới được ghi nhận trong Luật Thương mại trên cơ sở Công ước Viên 1980 về mua bán hàng hóa quốc tế (CISG)<sup>5</sup>. Theo khoản 13 Điều 3 Luật Thương mại: “Vi phạm cơ bản là sự vi phạm hợp đồng của một bên gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng”. Khái niệm này không thể giúp các bên chủ thể xác định rõ hành vi vi phạm nào được coi là vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

Việc quy định mức phạt vi phạm tối đa

5 Điều 25 Công ước Viên 1980 về mua bán hàng hóa quốc tế.

trong hợp đồng là “8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm” (Điều 301 Luật Thương mại) làm ảnh hưởng tới quyền tự do thỏa thuận hợp đồng của các bên. Đồng thời, hệ thống văn bản luật thương mại thiếu hướng dẫn trong trường hợp các bên quy định vượt quá mức phạt vi phạm trong Luật.

Như vậy, để hoàn thiện các quy định trong phần nội dung liên quan đến chế tài thương mại, Luật Thương mại cần thiết phải có hướng dẫn cụ thể về khái niệm “vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng” bằng việc đưa ra một số trường hợp cụ thể; quy định chi tiết hơn chế tài “buộc thực hiện đúng hợp đồng” theo hướng làm rõ hệ quả pháp lý dành cho bên vi phạm; bỏ quy định về mức phạt vi phạm tối đa theo quy định của hợp đồng.

## **2.2. Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng KDBĐS**

*Hợp đồng mua bán nhà hình thành trong tương lai*

Khoản 1 Điều 14 Luật KDBĐS cho phép chủ đầu tư và khách hàng được thỏa thuận trong hợp đồng về việc mua bán nhà hình thành trong tương lai. Quy định này tạo điều kiện cho chủ đầu tư dễ dàng huy động vốn và cũng là cơ sở để khách hàng có được căn nhà với giá rẻ hơn. Tuy nhiên, do đặc điểm đối tượng là một loại tài sản hình thành trong tương lai, tất cả những vấn đề liên quan đến chất lượng công trình, thời hạn giao nhà chỉ được ghi trong thỏa thuận trong hợp đồng. Vì lẽ đó, nhà làm luật đã xác định các trách nhiệm pháp lý của chủ đầu tư tương đối rõ ràng: trường hợp chủ đầu tư giao bất động sản chậm tiến độ ghi trong hợp đồng thì phải chịu trách nhiệm với khách hàng theo hợp đồng và phải trả khách hàng khoản tiền lãi của phần tiền ứng trước tính

theo lãi suất vay ngân hàng thương mại tại thời điểm giao bất động sản tương ứng với thời gian chậm tiến độ; trường hợp chủ đầu tư giao nhà, công trình xây dựng không đúng chất lượng, thời hạn và các cam kết trong hợp đồng thì chủ đầu tư phải chịu trách nhiệm với khách hàng; khách hàng có quyền yêu cầu chủ đầu tư có biện pháp khắc phục kịp thời và bồi thường thiệt hại do lỗi của chủ đầu tư gây ra, nếu chủ đầu tư không thực hiện thì khách hàng có quyền đơn phương chấm dứt hoặc hủy bỏ hợp đồng và chủ đầu tư phải hoàn trả toàn bộ số tiền khách hàng đã ứng trước và một khoản tiền lãi của phần tiền ứng trước theo lãi suất vay ngân hàng thương mại<sup>6</sup>. Thực tế cho thấy, dù chủ đầu tư phải chịu nhiều trách nhiệm pháp lý nhưng rủi ro trong các giao dịch về mua, bán nhà trong tương lai vẫn chủ yếu thuộc về khách hàng, bởi những quy định về chất lượng nhà thường rất chung chung, khách hàng không có cơ hội đàm phán vì các hợp đồng này đều là những hợp đồng mẫu được thương nhân kinh doanh cung cấp; thời gian xây dựng cũng bị trì hoãn và giá bán có thể tăng do những điều khoản trong hợp đồng đều tạo điều kiện cho các chủ đầu tư thực hiện việc này. Hơn nữa, một thực tế là chế tài chấm dứt hay hủy bỏ hợp đồng như luật quy định ở trên không mấy khi được sử dụng vì toàn bộ số tiền mà khách hàng đã ứng trước và cả tiền lãi nhiều trường hợp vẫn chưa bằng giá trị của căn nhà tại thời điểm chủ đầu tư vi phạm thỏa thuận, khách hàng luôn bị đặt ở thế bị động - hủy hợp đồng thì mình chịu thiệt, không hủy hợp đồng thì bị chủ đầu tư “ép”. Vì vậy, hoàn thiện pháp luật về hợp đồng mua bán nhà trong tương lai là một vấn đề phức tạp đòi hỏi sự phối hợp của nhiều cơ chế khác nhau, trước mắt, đối với

6 Khoản 4 Điều 4 Nghị định 153/2007/NĐ-CP ngày 15/10/2007 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật KDBĐS.

7 Theo Công thông tin Tổng cục Quản lý đất đai: Đến hết năm 2009 mới chỉ có 60% đất đô thị được cấp GCNQSDĐ.

Luật KDBĐS nên bổ sung điều khoản về nội dung hợp đồng mua bán nhà tương lai rằng: trong trường hợp chủ đầu tư vi phạm "nếu khách hàng hủy bỏ hợp đồng, chủ đầu tư phải bồi thường khoản tiền tương ứng với giá trị nhà trên thị trường".

### *Đối tượng hợp đồng KDBĐS*

Theo Khoản 2 Điều 7 Luật KDBĐS, quyền sử dụng đất được đem vào kinh doanh phải có giấy tờ chứng minh quyền sử dụng đất (giấy chứng nhận quyền sử dụng đất-GCNQSDĐ). Một thực trạng hiện nay ở Việt Nam là nhiều diện tích đất chưa được cấp chứng nhận quyền sử dụng<sup>7</sup>, nhưng các giao dịch ở những diện tích đất chưa được cấp GCNQSDĐ vẫn được diễn ra dưới hình thức mua bán trao tay rất đơn giản, hành vi mua bán "ngầm" tạo ra rủi ro cho cả người bán và người mua. Để giải quyết vấn đề này, Nhà nước đã tiến hành đơn giản hóa thủ tục hành chính, quy định cụ thể và rõ ràng các vấn đề về cấp GCNQSDĐ. Hiệu quả của các biện pháp này đã được ghi nhận, tuy nhiên, vẫn cần phải có những hành động quyết liệt hơn nhằm tạo ra môi trường KDBĐS lành mạnh.

Như vậy, hợp đồng KDBĐS là một loại hợp đồng phức tạp về nội dung do đối tượng điều chỉnh là một loại tài sản đặc biệt, có giá trị lớn, dễ xảy ra tranh chấp. Việc hoàn thiện các quy định về hợp đồng KDBĐS là một vấn đề không đơn giản và phải có sự phối hợp đồng bộ giữa các hệ thống quy phạm pháp luật và các cơ quan quản lý nhà nước. Trước mắt, một số vấn đề cần phải giải quyết ngay là: mức vốn pháp định 06 tỷ đồng đối với thương nhân KDBĐS chưa phản ánh đúng nhu cầu vốn và tài chính của thương nhân kinh doanh hoạt động đặc biệt này; việc cấp GCNQSDĐ cần phải được đẩy mạnh, một số trường hợp đặc biệt như các

chung cư, chung cư mini phải có cơ chế rõ ràng; giá cả thanh toán, việc thanh toán được thực hiện bằng đồng ngoại tệ (USD) là vi phạm Điều 22 Pháp lệnh Ngoại hối năm 2005... Luật KDBĐS cần có những quy định rõ ràng về việc sử dụng tiền đồng Việt Nam trong giao dịch về giá bất động sản; quy định cụ thể về hoạt động huy động vốn thông qua hợp đồng KDBĐS.

### **2.3. Hoàn thiện pháp luật về HĐBH**

#### *Về HĐBH vô hiệu*

Điều 1 Khoản 1 Điều 22 Luật KDBH quy định HĐBH sẽ vô hiệu trong trường hợp: "Bên mua bảo hiểm hoặc doanh nghiệp bảo hiểm có hành vi lừa dối khi giao kết HĐBH". Khi hợp đồng vô hiệu, hai bên trong quan hệ HĐBH hoàn trả lại cho nhau những nghĩa vụ đã thực hiện để khôi phục lại tình trạng ban đầu (Điều 137 BLDS). Tuy nhiên, tại Khoản 2, Khoản 3 Điều 19 Luật KDBH về trách nhiệm cung cấp thông tin, khi bên mua bảo hiểm có hành vi cố ý cung cấp thông tin sai sự thật nhằm giao kết HĐBH để được trả tiền bảo hiểm hoặc được bồi thường bảo hiểm có quyền đơn phương đình chỉ thực hiện HĐBH và thu phí bảo hiểm đến thời điểm đình chỉ thực hiện HĐBH. Trong trường hợp doanh nghiệp bảo hiểm cố ý cung cấp thông tin sai sự thật nhằm giao kết HĐBH thì bên mua bảo hiểm có quyền đơn phương đình chỉ thực hiện HĐBH; doanh nghiệp bảo hiểm phải bồi thường thiệt hại phát sinh cho bên mua bảo hiểm do việc cung cấp thông tin sai sự thật. Trong trường hợp này, quy định của BLDS và Luật KDBH đã có mâu thuẫn. Để hợp lý, chúng tôi cho rằng, Luật KDBH nên bỏ quy định tại điểm d khoản 1 Điều 22, mà nên xử lý trường hợp lừa dối cung cấp thông tin theo Khoản 2, 3, Điều 19 Luật KDBH.

8 Phí Thị Thanh Nga, *Bất cập trong quy định về chuyển nhượng HĐBH*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp điện tử <http://ncpl.org.vn>

## Chuyển nhượng HĐBH

HĐBH là một loại hợp đồng rất phức tạp về nội dung và phương thức thực hiện. Xét từ khía cạnh dân sự, HĐBH có thể coi là một loại tài sản có giá trị (một loại giấy tờ có giá) nên có thể tiến hành chuyển nhượng như một loại tài sản. Tuy nhiên, đây là một loại tài sản có tính chất phức tạp, việc chuyển nhượng HĐBH sẽ kéo theo các hệ quả pháp lý phức tạp về phương thức bảo hiểm, người thụ hưởng... Điều 26 Luật KDBH còn quy định chung chung và đơn giản về chuyển nhượng HĐBH mà chưa quy định về điều kiện chuyển nhượng, thủ tục chuyển nhượng, quyền hạn và trách nhiệm của các bên trong quan hệ cũng như hậu quả pháp lý sau khi tiến hành chuyển nhượng<sup>8</sup>. Hơn thế, HĐBH con người, HĐBH tài sản, HĐBH trách nhiệm dân sự có nội dung và tính chất hoàn toàn khác nhau, việc chỉ có một quy định chung là điều không hợp lý. Để hoàn thiện pháp luật về vấn đề này, nên quy định việc chuyển nhượng HĐBH cho từng loại HĐBH, đặc biệt là HĐBH con người với những tính chất và điều kiện phức tạp hơn.

Nhiều thuật ngữ trong Luật KDBH được giải thích chưa cụ thể và rõ ràng như “giá trị hoàn lại” (Điều 34, 35, 39) và “chi phí hợp lý” (Điều 34, 39, 42) dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau, gây khó khăn cho việc áp dụng<sup>9</sup>. Ví dụ, theo quy định tại Khoản 3 Điều 39 Luật KDBH: “Trong những trường hợp



quy định tại Khoản 1 Điều này, doanh nghiệp bảo hiểm phải trả cho bên mua bảo hiểm giá trị hoàn lại của HĐBH hoặc toàn bộ số phí bảo hiểm đã đóng sau khi đã trừ các chi phí hợp lý có liên quan; nếu bên mua bảo hiểm chết thì số tiền trả lại được giải quyết theo quy định của pháp luật về thừa kế”. Việc xác định chi phí nào là chi phí hợp lý ở đây sẽ quyết định số tiền trả lại của doanh nghiệp bảo hiểm, chi phí hợp lý lại do doanh nghiệp bảo hiểm xác định, việc không có quy định và tiêu chí xác định cụ thể sẽ tạo ra rủi ro lớn cho bên mua bảo hiểm trong những trường hợp như vậy.

### 2.4. Hoàn thiện pháp luật về HĐLĐ

HĐLĐ là một loại hợp đồng đặc biệt với chủ thể tham gia hợp đồng là chủ sử dụng lao động và người lao động; đối tượng của hợp đồng là việc làm hay sức lao động của con người. Vì vậy, điều chỉnh quan hệ trong HĐLĐ là hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật lao động rất cụ thể và chi tiết, việc hoàn thiện pháp luật liên quan đến HĐLĐ đòi hỏi những nghiên cứu kỹ lưỡng và ở mức độ cao hơn.

9 Trần Vũ Hải, Một số vấn đề pháp lý về HĐBH nhân thọ, Tạp chí Luật học số 7/2006.

BLLĐ không đưa ra khái niệm “HĐLĐ vô hiệu” làm cho nhiều chủ thể khi tham gia quan hệ HĐLĐ hiểu không đúng về tính chất của loại hợp đồng này. Mặc dù không ghi nhận khái niệm “hợp đồng lao động vô hiệu”, nhưng BLLĐ vẫn có những quy định liên quan đến vấn đề này tại Khoản 2 Điều 29 và Khoản 2 Điều 49. Theo hai điều khoản này, BLLĐ lấy tiêu chí về thỏa ước lao động tập thể và quy định của pháp luật về điều kiện làm việc trở thành tiêu chí để xác định tính chất vô hiệu của hợp đồng, nếu như thỏa thuận trong hợp đồng tạo ra điều kiện lao động thấp hơn so với thỏa ước, thỏa thuận đó sẽ bị vô hiệu và cần phải sửa đổi, bổ sung.

Trong khi đó, BLDS quy định các trường hợp hợp đồng vô hiệu do chủ thể giao kết hợp đồng chưa thành niên, mất năng lực hành vi dân sự, người hạn chế năng lực hành vi dân sự, không nhận thức được hành vi; một bên giao kết hợp đồng bị ép buộc, lừa dối, đe dọa hoặc nhầm lẫn; nội dung hợp đồng vi phạm điều cấm của pháp luật; vi phạm về hình thức hợp đồng. Có thể thấy quy định của BLDS và BLLĐ về HĐLĐ vô hiệu không có sự phối hợp hài hòa.

Để hoàn thiện quy định của pháp luật về HĐLĐ, một nội dung quan trọng là xây dựng khái niệm “HĐLĐ vô hiệu” với những quy định cụ thể về các trường hợp HĐLĐ vô hiệu trên cơ sở quy định của BLDS. Tuy nhiên, HĐLĐ có tính chất khác so với các hợp đồng dân sự thông thường; vì vậy, khi quy định về HĐLĐ vô hiệu, nhà làm luật phải chú ý tới các yếu tố riêng biệt của loại hợp đồng này. Ví dụ, đối với trường hợp hợp đồng vô hiệu do chủ thể giao kết hợp đồng chưa thành niên, mất năng lực hành vi dân sự, người hạn chế năng lực hành vi dân sự, không nhận thức được hành vi, đây là một hình thức hợp đồng vô hiệu toàn bộ và hậu quả pháp lý là người lao động cũng mất việc làm, do đó, trong trường hợp này nhà làm

luật cần phải tính tới các yếu tố khác của quan hệ lao động. Nếu chủ thể giao kết HĐLĐ vào thời điểm giao kết hợp đồng đang bị tâm thần và không có người giám hộ thực hiện giao kết hợp đồng, tuy nhiên, đến thời điểm xét tính hiệu lực của hợp đồng, người lao động không còn bị tâm thần và chủ sử dụng lao động cũng không có vi phạm nghiêm trọng thì hợp đồng không được tuyên vô hiệu.

### 3. Kết luận

Hệ thống pháp luật về hợp đồng ở Việt Nam rất đồ sộ, các quy định khá chi tiết. Một vấn đề hiện nay là nhiều văn bản pháp luật cùng điều chỉnh về một quan hệ hợp đồng, tuy nhiên, thời gian ban hành và cơ quan chủ trì soạn thảo khác nhau dẫn đến những quy định còn chồng chéo, điển hình như điều chỉnh quan hệ hợp đồng KDBĐS có BLDS (do Bộ Tư pháp chủ trì); Luật Đất đai (do Bộ Tài nguyên - Môi trường chủ trì); Luật Nhà ở và Luật KDBĐS (do Bộ Xây dựng chủ trì).

Cơ cấu lại hệ thống pháp luật về hợp đồng theo hướng tinh giản hóa là một nhu cầu cấp thiết. Vấn đề cần được ưu tiên hiện nay là xây dựng BLDS trở thành luật chung “thực sự”, cơ sở “gốc” cho hệ thống pháp luật chuyên ngành. Việc nâng cao vai trò của BLDS là điều kiện để thống nhất những nội dung cơ bản của hợp đồng, các văn bản pháp luật chuyên ngành sẽ tập trung quy định những vấn đề riêng biệt, tránh sự chồng chéo về luật như hiện nay. Xác định vai trò của BLDS là một hình thức luật “gốc”, do đó, không nên quy định những hợp đồng chuyên ngành trong BLDS như: hợp đồng mua bán nhà, hợp đồng vay vốn, hợp đồng thuê khoán tài sản, hợp đồng vận chuyển, hợp đồng gia công, HĐBH. Việc gỡ bỏ khỏi BLDS những quy định trên cũng là để tránh những trường hợp quan niệm về hợp đồng giữa pháp luật dân sự và pháp luật chuyên ngành có sự khác nhau hay trùng lặp ■

# THỐNG NHẤT TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ PHÂN ĐỊNH CÁN BỘ VÀ CÔNG CHỨC

NGUYỄN ĐẶNG PHƯƠNG TRUYỀN \*

**L**uật Cán bộ, công chức (Luật CBCC) được Quốc hội khóa XII thông qua tại kỳ họp thứ 4, ngày 13/11/2008. Luật này thay thế Pháp lệnh CBCC năm 1998 và Pháp lệnh sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh CBCC năm 2000 và năm 2003 (gọi chung là Pháp lệnh CBCC)<sup>1</sup>.

Luật CBCC ra đời đã trở thành công cụ pháp lý hữu hiệu nhằm xây dựng và quản lý đội ngũ CBCC có đủ phẩm chất, năng lực, trình độ đáp ứng yêu cầu ngày càng cao của sự nghiệp đổi mới; phát huy tính năng động, sáng tạo của CBCC và thể hiện được chính sách thu hút, trọng dụng nhân tài của Đảng và Nhà nước ta trong giai đoạn mới; nâng cao hiệu lực, hiệu quả hoạt động của các cơ quan nhà nước, góp phần vào thực hiện quá trình đổi mới hệ thống chính trị và xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân, xây dựng một nền hành chính trong sạch, hiệu lực, hiệu quả.

Trước đây, tất cả những người làm việc trong các cơ quan, đơn vị của Đảng, của Nhà nước và tổ chức chính trị - xã hội, kể cả trong các doanh nghiệp, lâm nông trường quốc doanh... đều được gọi chung là "cán bộ công nhân viên chức" mà chưa có sự phân định rõ ràng, cụ thể về cán bộ và công chức. Năm 1998, Nhà nước ban hành Pháp lệnh CBCC điều chỉnh CBCC trong các cơ quan, tổ chức của Đảng, Nhà nước và tổ chức chính trị - xã hội nhưng vẫn sử dụng chung cụm từ "CBCC", chưa xử lý được vấn đề tách cán bộ

với công chức (kể cả Pháp lệnh sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh CBCC năm 2000 và năm 2003 vẫn quy định chung về CBCC).

Qua 10 năm thực hiện Pháp lệnh CBCC, do chưa phân định được rõ ràng ai là cán bộ, ai là công chức nên cơ chế quản lý và chế độ, chính sách do Nhà nước ban hành vẫn còn những hạn chế, chưa hoàn toàn phù hợp với từng nhóm đối tượng. Điều này ảnh hưởng đến quá trình xây dựng đội ngũ cán bộ và đội ngũ công chức vốn là những đối tượng có những đặc điểm hoạt động công vụ và công tác đặc thù riêng.

So với Pháp lệnh CBCC thì Luật CBCC đã phân định tương đối rõ cán bộ với công chức và đã có quy định tiêu chí phân định ai là cán bộ, ai là công chức. Theo đó, "cán bộ" gắn với tiêu chí "được bầu cử, phê chuẩn, bổ nhiệm giữ chức vụ, chức danh theo nhiệm kỳ"<sup>2</sup> còn "công chức" gắn với tiêu chí được "tuyển dụng, bổ nhiệm vào ngạch, chức vụ, chức danh"<sup>3</sup>. Bên cạnh đó, cụm từ "CBCC cấp xã" đã được tách ra thành "cán bộ cấp xã" (gắn với cơ chế bầu cử) và "công chức cấp xã" (gắn với cơ chế tuyển dụng)<sup>4</sup>.

Việc phân định rõ ràng cán bộ và công chức có ý nghĩa vô cùng quan trọng. Việc phân định này không đơn thuần chỉ là phân định về từ ngữ, mà việc phân định ai là cán bộ, ai là công chức có ý nghĩa trong việc xác định quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của CBCC,

\* **Bộ môn Văn bản và Công nghệ hành chính - Học viện Hành chính**

1 *Pháp lệnh CBCC năm 1998 ban hành ngày 26/02/1998 có hiệu lực kể từ ngày 01/05/1998, Pháp lệnh sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh CBCC ngày 28/4/2000, Pháp lệnh sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh CBCC được ban hành ngày 29/4/2003 có hiệu lực kể từ ngày 01/7/2003. Luật CBCC có hiệu lực kể từ ngày 01/01/2010.*

2 *Xem Khoản 1 Điều 4 Luật CBCC.*

3 *Xem Khoản 2 Điều 4 Luật CBCC.*

4 *Khoản 2 Điều 4 Luật CBCC.*

xây dựng cơ chế quản lý và chế độ, chính sách của Đảng và Nhà nước đối với từng nhóm đối tượng cho phù hợp. Vì vậy, bên cạnh những quy định về quyền và nghĩa vụ của cán bộ và công chức nói chung, Luật CBCC đã đưa ra những quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ, cơ chế quản lý riêng biệt đối với cán bộ và đối với công chức. Theo đó, những quy định về cán bộ được quy định cụ thể từ Điều 21 đến Điều 31 và Điều 78, còn những quy định về công chức được quy định cụ thể từ Điều 32 đến Điều 60 và Điều 79 (CBCC cấp xã được quy định chung từ Điều 61 đến Điều 64)<sup>5</sup>.

Sự phân định cán bộ và công chức có ý nghĩa quan trọng không những đối với các nhà làm luật mà nó còn có ý nghĩa đối với chính những đối tượng này. Khi pháp luật quy định ai là cán bộ, ai là công chức thì pháp luật cũng sẽ trao cho các đối tượng này những quyền hạn và trách nhiệm khác nhau để thực thi công vụ và điều đương nhiên, khi các đối tượng này có hành vi vi phạm những quy định thì cũng sẽ có những hình thức kỷ luật khác nhau<sup>6</sup>.

Để cụ thể hóa và hướng dẫn chi tiết việc thi hành Luật CBCC, Chính phủ đã ban hành nhiều Nghị định quy định chi tiết một số vấn đề trong Luật. Tuy nhiên một số nội dung trong các Nghị định này chưa phù hợp với nội dung Luật CBCC và tình hình thực tế hiện nay, đặc biệt là vấn đề phân biệt giữa cán bộ và công chức. Cụ thể là:

Thứ nhất, Luật CBCC quy định đối tượng là cán bộ tại Khoản 1 Điều 4, đối tượng là công chức tại Khoản 2 Điều 4. Theo đó, cán bộ là do bầu cử, phê chuẩn, bổ nhiệm giữ các chức danh trong cơ quan Đảng, Nhà nước và tổ chức chính trị - xã hội từ trung ương cho tới huyện (riêng các chức danh là cán bộ cấp xã được quy định tại Khoản 1 Điều 61); còn công chức là những người được bổ nhiệm vào ngạch, chức danh, chức vụ trong cơ quan

Đảng, hành chính nhà nước và lãnh đạo đơn vị sự nghiệp (riêng các chức danh là công chức cấp xã được quy định tại Khoản 2 Điều 61). Như vậy, đối tượng công chức không bao gồm những người giữ các chức danh do bầu cử. Tuy nhiên, theo Nghị định số 06/2010/NĐ-CP ngày 25/01/2010 của Chính phủ quy định về những người là công chức, thì Phó Chủ nhiệm, Ủy viên Ủy ban kiểm tra Trung ương; Chủ nhiệm, Phó Chủ nhiệm, Ủy viên Ủy ban kiểm tra tỉnh ủy, thành ủy; Chủ nhiệm, Phó Chủ nhiệm, Ủy viên Ủy ban kiểm tra huyện ủy, quận ủy, thị ủy, thành ủy thuộc tỉnh là công chức, trong khi đó, Điều lệ Đảng Cộng sản Việt Nam được Đại hội lần thứ XI của Đảng thông qua thì quy định: “Ủy ban kiểm tra các cấp do cấp ủy cùng cấp bầu, gồm một số đồng chí trong cấp ủy và một số đồng chí ngoài cấp ủy” (Điều 31 Nghị định số 06/2010/NĐ-CP). Vì vậy, căn cứ theo Điều lệ Đảng thì những người giữ chức vụ trên là do bầu cử, mà đã là do bầu cử thì họ được giữ chức danh theo nhiệm kỳ. Do đó, theo Khoản 1 Điều 4 Luật CBCC thì những chức danh này phải là cán bộ. Đây là điểm thiếu thống nhất của Nghị định số 06/2010/NĐ-CP so với Luật CBCC trong việc quy định những người là công chức.

Thứ hai, Tại khoản 2 Điều 6 Nghị định 06/2010/NĐ-CP quy định về công chức trong cơ quan hành chính ở cấp huyện gồm “Chủ tịch, Phó Chủ tịch Ủy ban nhân dân (UBND) quận, huyện, Chánh Văn phòng, Phó Chánh văn phòng và người làm việc trong Văn phòng UBND quận, huyện nơi thí điểm không tổ chức HĐND; người giữ chức vụ cấp trưởng, cấp phó và người làm việc trong cơ quan chuyên môn thuộc UBND” (Khoản 2 Điều 6 Nghị định 06/2010/NĐ-CP). Từ quy định này ta thấy rằng Nghị định 06/2010/NĐ-CP quy định Chủ tịch, Phó chủ tịch UBND quận, huyện nơi thí điểm không tổ chức

5 Luật CBCC có 10 chương 87 điều. Trong đó ngoài các điều quy định về phạm vi điều chỉnh, giải thích từ ngữ, hiệu lực thi hành thì từ Điều 8 đến Điều 20 và từ Điều 65 đến Điều 77; từ điều 80 đến Điều 82 đưa ra những quy định pháp lý chung về cán bộ và công chức. Còn những quy định về cán bộ được quy định khá cụ thể từ Điều 21 đến Điều 31 và Điều 78 (các hình thức kỷ luật cán bộ); những quy định về công chức được quy định cụ thể từ Điều 32 đến Điều 60 và Điều 79 (các hình thức kỷ luật công chức).

6 Trước đây Pháp lệnh CBCC quy định chung các hình thức kỷ luật CBCC bao gồm “khiển trách, cảnh cáo, hạ bậc lương, hạ ngạch, cách chức, buộc thôi việc”. Luật CBCC đã quy định riêng biệt các hình thức kỷ luật đối với cán bộ bao gồm “khiển trách, cảnh cáo, cách chức, bãi nhiệm” còn các hình thức kỷ luật đối với công chức bao gồm “khiển trách, cảnh cáo, hạ bậc lương, giáng chức, cách chức, buộc thôi việc”.

HĐND là công chức là phù hợp vì Chủ tịch, Phó chủ tịch UBND nơi thí điểm không tổ chức HĐND quận, huyện do Chủ tịch UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương trực tiếp bổ nhiệm “Chủ tịch UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Chủ tịch, Phó Chủ tịch và Ủy viên UBND huyện, quận” (7, Khoản 1 Điều 15 Nghị định số 06/2010/NĐ-CP). Và tại Điểm c, Khoản 2 Điều 61 Luật CBCC quy định một trong số các chức danh cán bộ cấp xã là Chủ tịch và Phó Chủ tịch UBND cấp xã, quy định này của Luật CBCC là phù hợp với quy định hiện hành trước đó vì theo những quy định này thì Chủ tịch, Phó Chủ tịch UBND cấp xã do HĐND cùng cấp bầu ra. Tuy nhiên, vấn đề phát sinh là ngày 15/11/2008 Quốc hội ban hành Nghị quyết số 26/2008/QH12 về thực hiện không tổ chức HĐND quận, huyện, phường<sup>7</sup>, tiếp đó ngày 16/01/2009 Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã ban hành Nghị quyết 725/2009/UBTVQH12 điều chỉnh nhiệm vụ, quyền hạn của HĐND và UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, quy định nhiệm vụ, quyền hạn, tổ chức bộ máy của UBND quận, huyện, phường nơi không tổ chức HĐND. Do đó, các chức danh cán bộ và công chức tại các đơn vị hành chính nơi thí điểm sẽ có thay đổi. Nghị định 06/2010/NĐ-CP của Chính phủ đã thực hiện tốt nhiệm vụ này khi quy định Chủ tịch, Phó Chủ tịch UBND quận, huyện nơi thí điểm không tổ chức HĐND là công chức như đã phân tích (còn Chủ tịch, Phó chủ tịch UBND cấp huyện những nơi không thí điểm là cán bộ).

Tuy nhiên, Nghị định 92/2009/NĐ-CP ngày 22/10/2009 của Chính phủ quy định về chức danh, số lượng, một số chế độ, chính sách đối với CBCC ở xã, phường, thị trấn và những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã lại quy định chung Chủ tịch, Phó Chủ tịch UBND ở các xã, phường, thị trấn là cán bộ cấp xã. Quy định này là chưa phù hợp, lẽ ra khi Nghị định 06/2010/NĐ-CP chỉ dừng lại việc quy định những người là công chức

từ trung ương đến cấp huyện còn Nghị định 92/2009/NĐ-CP đã quy định cụ thể về CBCC cấp xã thì phải bổ sung thêm quy định Chủ tịch, Phó Chủ tịch UBND phường nơi thí điểm không tổ chức HĐND là công chức cho phù hợp vì “Chủ tịch UBND quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức Chủ tịch, Phó Chủ tịch và Ủy viên UBND phường”.

Từ những phân tích trên, chúng ta có thể thấy rằng, hiện nay những quy định về những ai là cán bộ, những ai là công chức trong các Nghị định của Chính phủ vẫn chưa thống nhất và phù hợp với tinh thần của Luật CBCC và thực tiễn, dù Luật CBCC đã làm sáng tỏ “cán bộ” và “công chức”. Trong quá trình thực hiện, đã xuất hiện nhiều vấn đề cần bổ sung và hoàn thiện trong việc phân biệt hai nhóm đối tượng này. Xét về mặt pháp lý, Nghị định Chính phủ là văn bản có hiệu lực pháp lý thấp hơn Luật, do đó, những nội dung không phù hợp với Luật cần phải được bãi bỏ, hủy bỏ hoặc sửa đổi bổ sung cho phù hợp với Luật và thực tiễn.

Từ các phân tích trên, chúng tôi xin kiến nghị:

- Sửa đổi Điều 3 của Nghị định 06/2010/NĐ-CP ngày 25/01/2010 của Chính phủ quy định về những người là công chức theo đúng quy định của Luật CBCC, theo hướng bỏ các chức danh sau: Phó Chủ nhiệm, Ủy viên Ủy ban kiểm tra Trung ương; Chủ nhiệm, Phó Chủ nhiệm, Ủy viên Ủy ban kiểm tra tỉnh ủy, thành ủy; Chủ nhiệm, Phó Chủ nhiệm, Ủy viên Ủy ban kiểm tra huyện ủy, quận ủy, thị ủy, thành ủy thuộc tỉnh ra khỏi Điều 3 (nghĩa là không quy định các chức danh này là công chức, mà phải là cán bộ).

- Bổ sung Nghị định 92/2009/NĐ-CP ngày 22/10/2009 của Chính phủ quy định về chức danh, số lượng, một số chế độ, chính sách đối với CBCC ở xã, phường, thị trấn một điều khoản quy định “Đối với các phường thí điểm không tổ chức HĐND thì Chủ tịch, Phó Chủ tịch UBND phường là công chức” ■

7 Thực hiện Nghị quyết số 26/2008/QH12 của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã ban hành Nghị quyết 724/2009/UBTVQH12 xác định danh sách 67 huyện, 32 quận và 483 phường của 10 tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương thí điểm không tổ chức HĐND (Lào Cai, Vĩnh Phúc, Hải Phòng, Nam Định, Quảng Trị, Đà Nẵng, Phú Yên, TP. Hồ Chí Minh, Bà Rịa – Vũng Tàu, Kiên Giang).



# Tham chiếu một số nội dung VỀ HOẠT ĐỘNG GIÁM SÁT CỦA QUỐC HỘI MỸ VÀ QUỐC HỘI VIỆT NAM

NGUYỄN QUỐC VĂN \*

## 1. Hoạt động giám sát của Quốc hội Mỹ

Hiến pháp Mỹ không quy định cụ thể vai trò giám sát của Quốc hội. Nhưng theo các đạo luật và quy chế của hai Viện, hoạt động giám sát (HĐGS) của Quốc hội Mỹ được thực hiện qua các hình thức chủ yếu như điều trần và điều tra, thực hiện phủ quyết lập pháp, tiếp nhận báo cáo hoạt động của hành pháp, thành lập các cơ quan Tổng Thanh tra, thông qua ngân sách, luận tội các chức danh theo quy định của Hiến pháp, hoạt động kiểm soát không chính thức của các ủy ban của Quốc hội. Ngoài ra, một số HĐGS của Quốc hội mang tính gián tiếp, tạm thời và khó nhận thức<sup>1</sup>.

*Tổ chức điều trần và điều tra:* Với mục đích làm sáng tỏ sự cần thiết của một dự luật và tăng cường khả năng của Quốc hội trong giám sát hành pháp, các cuộc điều trần và điều tra được tiến hành thông qua việc thu thập, phân tích và đánh giá thông tin liên quan đến khả năng điều chỉnh của dự luật cũng như thực tiễn điều hành của hành pháp.

Thông tin về các cuộc điều trần và điều tra có thể được thông báo cho công chúng nhằm “tạo ra một diễn đàn để mọi người thấy rõ tất cả các hành vi của chính quyền... Nó cho phép một người dân bình thường có thể thấy được sự thật phơi bày trước ánh sáng<sup>2</sup>. Các cuộc điều trần và điều tra là những công cụ cực kỳ hữu hiệu buộc chính quyền phải có trách nhiệm với người dân hơn. Chúng có thể cho ra đời những bộ luật mới, hay những quy định không thành văn làm thay đổi các hoạt động hành chính quan liêu.

*Thực hiện phủ quyết lập pháp:* Việc hoạch định chính sách là quyền cơ bản mà Quốc hội đã trao cho hành pháp xuất phát từ ưu thế khách quan của ngành này. Tuy nhiên, các hành động chính sách của hành pháp bị ràng buộc bởi quyền phủ quyết của Quốc hội, còn gọi là quyền phủ quyết lập pháp. Theo đó, pháp luật buộc Tổng thống hay các quan chức hành pháp phải hoãn lại một hành động để chờ sự phê chuẩn của một trong hai Viện hoặc các ủy ban của Quốc hội trong

\* **ThS, Phó vụ trưởng Vụ Hợp tác Quốc tế - Thanh tra Chính phủ.**

1 Roger H. Davison và Walter. J.Oleszek (2002), *Quốc hội và các thành viên*, Trần Xuân Danh và đồng sự dịch, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, tr 514.

2 Roger H. Davison và Walter. J.Oleszek (2002), *Tlđđ*, tr 515.

trường hợp nhất định. Các quy định này có ý nghĩa quan trọng đối với cả hai ngành quyền lực: Ngành hành pháp giành được quyền hoạch định chính sách; ngành lập pháp giành quyền xem xét, đánh giá và phê chuẩn quyết định chính sách đó. Hiện còn tồn tại các quan điểm khác nhau về tính hợp hiến của quyền phủ quyết lập pháp. Năm 1983, Tòa án Tối cao Mỹ trong một vụ xét xử đã phán quyết rằng nhiều phủ quyết lập pháp là không hợp hiến, vì nó vi phạm nguyên tắc về sự chia sẻ và cân bằng quyền lực. Sau đó, Quốc hội đã bãi bỏ và điều chỉnh một số điều khoản phủ quyết, đồng thời vẫn sử dụng quyền này kết hợp với nhiều công cụ khác để giám sát hoạt động của chính quyền<sup>3</sup>.

*Tiếp nhận báo cáo hoạt động của hành pháp:* Quốc hội yêu cầu Tổng thống, các cơ quan liên bang và các bộ phải đánh giá các chương trình hoạt động của mình và báo cáo kết quả cho Quốc hội. Các bản báo cáo sẽ đóng vai trò “như một bộ máy kiểm tra hiệu quả công việc thi hành các bộ luật”. Chúng có thể “khiến bộ máy hành chính phải tuân thủ theo các bộ luật đã được ban hành”. Một thống kê cho thấy, Quốc hội hàng năm gửi cho các cơ quan của chính phủ chỉ khoảng 300 bản báo cáo mới. Trong khi đó, các cơ quan hành pháp đệ trình cho Quốc hội hơn 5.000 bản báo cáo hàng năm<sup>4</sup>.

*Thành lập cơ quan Tổng Thanh tra (GI):* GI là cơ quan độc lập trực thuộc Quốc hội được thành lập từ năm 1978. Bên cạnh đó, Quốc hội cũng thành lập các văn phòng GI tại hầu hết các bộ và cơ quan thuộc hành pháp. GI và các văn phòng GI có nhiệm vụ phòng ngừa, phát hiện tình trạng lạm dụng chức quyền, tham nhũng, lãng phí; công bố cho Quốc hội và công chúng các báo cáo về

hoạt động của những cơ quan đầu não của Chính phủ. Các GI giữ mối liên hệ thường xuyên với các ủy ban và nhân viên của Quốc hội để nhận được sự phối hợp và hướng dẫn về cách thức điều tra, kiểm toán.

Thông qua quá trình chuẩn chi ngân sách: So với các hình thức giám sát khác, quá trình chuẩn chi ngân sách là quá trình giám sát có hiệu quả nhất của Quốc hội đối với hành pháp, nhằm tiết kiệm ngân sách và phòng ngừa sự chi tiêu lãng phí, thái quá của các cơ quan thuộc hành pháp. Bằng việc cắt, giảm, đe dọa cắt, giảm ngân sách hay giới hạn các mục đích chi tiêu, Quốc hội có thể giải tán các cơ quan thuộc hành pháp; xóa bỏ, trì hoãn các chương trình hoạt động của hành pháp hoặc buộc các cơ quan thuộc hành pháp cung cấp thông tin mà mình yêu cầu. Mặt khác, Quốc hội có thể mở rộng hoặc thiết lập các lĩnh vực, chương trình hoạt động mới bằng cách tăng các khoản tiền vượt mức hành pháp yêu cầu.

Luận tội các chức danh theo quy định của Hiến pháp: Khoản 4 Điều 2 Hiến pháp Mỹ quy định Tổng thống, các phó Tổng thống, các quan chức dân sự sẽ bị bãi nhiệm bằng thủ tục truất phế vì bị luận tội và buộc tội phản bội Tổ quốc, tham nhũng hay các tội danh sai trái ở mức cao khác. Thủ tục truất phế là quyền được giành riêng cho Quốc hội. Theo đó, Hạ viện với đa số phiếu, có quyền luận tội một quan chức Chính phủ, sau đó trường hợp này sẽ được gửi lên Thượng viện, và Thượng viện với 2/3 số phiếu, có thể buộc tội quan chức. Với quyền giám sát, Quốc hội có thể buộc quan chức rời cương vị, thay đổi chính sách và bảo đảm quyền kiểm soát theo luật định đối với hành pháp.

HDGS không chính thức của các ủy ban.

3 Samuel Kernell và Gary C. Jacobson (2007), *Logic Chính trị Mỹ*, Nxb Chính trị Quốc gia, tr 516.

4 Roger H. Davison và Walter J. Oleszek (2002), *Tlđđ*, tr 517.

Các ủy ban của Quốc hội có thể sử dụng các phương tiện không chính thức để giám sát hoạt động của chính quyền như qua điện thoại, thư từ, công văn, thông báo, tiếp xúc cá nhân, điều trần, thảo luận tại ủy ban... Các thông cáo của ủy ban tới các cơ quan thuộc hành pháp thường gồm những cụm từ như “Ủy ban rất muốn vấn đề phải được xem xét kỹ lưỡng”, hay “Ủy ban muốn ngài Bộ trưởng phải đẩy nhanh...” hay “Ủy ban hy vọng...”... Về pháp lý, các cơ quan thuộc hành pháp không nhất thiết phải tuân theo nội dung trong thông cáo của các ủy ban. Tuy nhiên, các nhà lập pháp của hai đảng và các quan chức hành pháp luôn ủng hộ việc này và có nhiều hành động thực tế buộc các cơ quan hành pháp liên bang phải thực hiện các khuyến cáo từ các ủy ban của Quốc hội. Do đó đến nay, các biện pháp giám sát không chính thức của các ủy ban vẫn là hình thức thông dụng nhất trong HĐGS của Quốc hội<sup>5</sup>.

*Giám sát nhằm hạn chế quyền lực của Tòa án.* Hiến pháp đã tạo ra một hệ thống với sự chia sẻ quyền lực, theo đó, ngành này có thể áp đặt giới hạn cho ngành kia. Trong đó, sự tranh chấp giữa lập pháp và tư pháp là hình ảnh phổ biến nhất trong hệ thống chính trị Mỹ từ ngày lập quốc. Mặc dù khoản 1 Điều 2 của Hiến pháp chỉ quy định: “Quyền tư pháp của Hợp chúng quốc Hoa Kỳ nằm trong Tòa án Tối cao và các Tòa án thấp hơn mà Quốc hội đôi khi có quyền ấn định và ban hành”, quyền giám sát của Quốc hội đối với Tòa án Tối cao trên thực tế lại có trọng tâm là quyền giải thích các đạo luật của Tòa án, quá trình bổ nhiệm thẩm phán và xác định quy mô, cấu trúc, ngân sách hoạt động của hệ thống Tòa án liên bang nhằm thúc đẩy hiệu quả hoạt động của toàn bộ hệ

thống tư pháp mà không chỉ nhằm hạn chế quyền lực của nó.

Trên thực tế, thông qua xét xử các vụ kiện, bằng việc giải thích Hiến pháp, Tòa án Tối cao liên bang với tư cách “trọng tài liên bang” đã nhiều lần tuyên bố các đạo luật của Quốc hội là vi hiến. Các quyết định này có ảnh hưởng sâu sắc tới Quốc hội với những phản ứng đối nghịch giữa các thành viên. Do đó, Quốc hội, qua HĐGS, trong nhiều trường hợp, đã sửa đổi các bộ luật nhằm đảo ngược quyết định của Tòa án Tối cao. Quốc hội cũng đã thành công trong việc sửa đổi Hiến pháp để chống lại các quyết định của Tòa án, chẳng hạn trong bốn trường hợp sau: (i) Trong vụ Chisholm kiện bang Georgia (1803), Tòa án Tối cao phán quyết các công dân của một bang có quyền kiện các bang khác tại Tòa án liên bang. Để ngăn chặn các vụ kiện tràn lan của công dân chống lại các bang khác, Tu chính án thứ 17 đã bác bỏ quyết định này, trong đó đảm bảo rằng Nhà nước liên bang không bị ảnh hưởng gì bởi các vụ kiện của công dân; (ii) Vụ Dred Scott kiện Sandford (1857), phán quyết của Tòa án Tối cao rằng quyền không thừa nhận công dân người da đen trong Hiến pháp, đã bị vô hiệu hóa bởi các Tu chính án thứ 13 (xóa bỏ nô lệ) và Tu chính án thứ 14 (thừa nhận quyền công dân của người da đen); (iii) Tu chính án thứ 16 đã đảo ngược phán quyết trong vụ Pollock kiện Công ty cho vay và tín thác nông nghiệp (1895) là phán quyết chống lại một khoản thuế thu nhập liên bang; (iv) Tu chính án thứ 26 vô hiệu hóa quyết định của Tòa án Tối cao liên bang trong vụ Oregon kiện Michell (1970) cho rằng Quốc hội đã vượt quá thẩm quyền khi hạ thấp số tuổi bỏ phiếu tối đa của công dân dưới 18<sup>6</sup>. Lý giải về việc Quốc hội phủ nhận các phán

5 Roger H. Davison và Walter J. Oleszek (2002), *Tlđđ*, tr 517.

6 Roger H. Davison và Walter J. Oleszek (2002), *Tlđđ*, tr 528.

quyết của Tòa án Tối cao liên bang, một số học giả cho rằng, các thẩm phán có thể không hiểu biết đầy đủ về lịch sử lập pháp trong khi điều đó rất hữu ích cho việc giải thích đạo luật; hoặc các thẩm phán chưa đi theo hướng kết hợp, tức là phải xem xét từ ngữ, cụm từ trong các bộ luật hay trong Hiến pháp để giải thích cho phù hợp với ý nghĩa của chúng ở thời điểm hiện tại. Tuy nhiên, quan điểm khác cho rằng, việc giải thích phải dựa vào bản thân đạo luật chứ không phải dựa vào quá trình xây dựng nó<sup>7</sup>.

## 2. Hoạt động giám sát của Quốc hội Việt Nam

Theo quy định của Hiến pháp năm 1992, quyền giám sát của Quốc hội là quyền giám sát tối cao. Điều 2, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội năm 2003 (Luật HĐGSCQH) định nghĩa: “Giám sát là việc Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), Hội đồng dân tộc (HĐDT), Ủy ban của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội (ĐBQH) và ĐBQH theo dõi, xem xét, đánh giá hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát trong việc thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH”. Để bảo đảm thực hiện có hiệu quả chức năng giám sát, HĐGS của Quốc hội phải tuân theo nguyên tắc, thủ tục, trình tự nhất định được quy định trong Hiến pháp, Luật Tổ chức Quốc hội, Luật HĐGSCQH và được chi tiết hóa trong Nội quy kỳ họp Quốc hội và Quy chế của ĐBQH.

Phạm vi giám sát của Quốc hội bao gồm việc thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH, của các chủ thể chịu sự giám sát là: Chủ tịch nước, Chủ tịch Quốc hội, UBTVQH, Chính phủ, Thủ tướng Chính

phủ, Viện Kiểm sát nhân dân (VKSND) tối cao, Tòa án nhân dân (TAND) tối cao, các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Bộ trưởng và các thành viên khác trong Chính phủ, Chánh án TAND tối cao, Viện trưởng VKSND tối cao, Hội đồng nhân dân (HĐND) tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và cơ quan, tổ chức, cá nhân khác. Đối tượng chịu sự giám sát của Quốc hội rất rộng, có thể bao gồm: Các báo cáo công tác và các văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) do các chủ thể chịu sự giám sát ban hành; giám sát việc bầu cử ĐBQH, HĐND; giám sát việc thi hành pháp luật ở các bộ, ngành, địa phương, trong đó có việc giải quyết khiếu nại, tố cáo của công dân.

Theo Hiến pháp và pháp luật hiện hành, hình thức giám sát của Quốc hội bao gồm:

*Một là, nghe báo cáo công tác của các chủ thể chịu sự giám sát:* Trong các hình thức giám sát của Quốc hội và các thành viên, đây hình thức giám sát quan trọng nhất. Điều 9 Luật HĐGSCQH quy định: Tại kỳ họp cuối năm, Quốc hội xem xét, thảo luận báo cáo công tác hàng năm của UBTVQH, Chính phủ, TAND tối cao, VKSND tối cao. Tại kỳ họp giữa năm, các cơ quan này gửi báo cáo công tác đến ĐBQH; khi cần thiết, Quốc hội có thể xem xét, thảo luận. Tại kỳ họp cuối nhiệm kỳ, Quốc hội xem xét, thảo luận báo cáo công tác cả nhiệm kỳ của Quốc hội, Chủ tịch nước, UBTVQH, Thủ tướng Chính phủ, Chánh án TAND tối cao, Viện trưởng VKSND tối cao. Quốc hội có thể yêu cầu UBTVQH, Chính phủ, TAND tối cao, VKSND tối cao báo cáo về những vấn đề khác khi xét thấy cần thiết. Các báo cáo công tác nói trên - trừ các báo cáo của Quốc hội, UBTVQH và Chủ tịch nước - phải được HĐDT, Ủy ban của Quốc hội thẩm tra theo sự phân công của UBTVQH.

7 Roger H. Davison và Walter. J.Oleszek (2002), *Tlđđ*, tr 526.

*Hai là, xem xét VBQPPL có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội:* Khi phát hiện VBQPPL của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, TAND tối cao, VKSND tối cao có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội thì UBTVQH xem xét, đình chỉ việc thi hành và trình Quốc hội xem xét, quyết định việc bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ văn bản đó tại kỳ họp gần nhất. Khi phát hiện VBQPPL của UBTVQH, Chủ tịch nước có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội thì ĐBQH đề nghị UBTVQH, Chủ tịch nước sửa đổi hoặc hủy bỏ một phần hoặc toàn bộ văn bản đó; UBTVQH, Chủ tịch nước có trách nhiệm xem xét, trả lời ĐBQH. Trong trường hợp ĐBQH không đồng ý với trả lời của UBTVQH, Chủ tịch nước thì yêu cầu UBTVQH trình Quốc hội xem xét, quyết định tại kỳ họp gần nhất.

*Ba là, chất vấn của ĐBQH:* Đây là hình thức giám sát hiệu quả của Quốc hội đối với các cơ quan nhà nước, được các đại biểu thường xuyên thực hiện tại kỳ họp bằng văn bản hoặc hỏi trực tiếp. Nội dung chất vấn liên quan đến nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm cá nhân của người bị chất vấn. Thông qua chất vấn, ĐBQH thể hiện trách nhiệm trước những bức xúc của nhân dân, nhất là của cử tri nơi đại biểu ứng cử. Điều 98 Hiến pháp quy định cụ thể đối tượng và cách thức trả lời chất vấn. Theo tinh thần của Hiến pháp, đại biểu có thể chất vấn bất cứ vấn đề gì thuộc thẩm quyền của Quốc hội, dù vấn đề đó có trong chương trình kỳ họp hay không, ngoài ra, đại biểu có thể chất vấn ngoài kỳ họp. Các chất vấn trong thời gian kỳ họp được chuyển đến Chủ tịch Quốc hội để ấn định thời gian trả lời; các chất vấn ngoài thời gian kỳ họp được gửi đến UBTVQH để chuyển cho cơ quan hoặc người bị chất vấn. UBTVQH có trách nhiệm định thời gian để cơ quan nhà nước hoặc

người bị chất vấn trả lời chất vấn của đại biểu; đại biểu có chất vấn có thể được mời tham dự, phát biểu tại phiên họp chất vấn của UBTVQH. Mặc dù các Hiến pháp năm 1946, 1959, 1980 đã có những quy định về chất vấn tương tự như Hiến pháp hiện hành, nhưng hầu như các ĐBQH không sử dụng. Gần đây, quyền chất vấn của ĐBQH mới được phát huy đầy đủ. Bình quân mỗi kỳ họp Quốc hội hiện nay có khoảng 100 câu hỏi chất vấn gửi đến các cơ quan nhà nước ở trung ương, chủ yếu là đến Thủ tướng - người đứng đầu Chính phủ và các thành viên của Chính phủ<sup>8</sup>.

*Bốn là, thành lập Đoàn giám sát: Luật HĐGSCQH quy định:* UBTVQH, HĐDT, Ủy ban của Quốc hội và Đoàn ĐBQH có quyền tổ chức Đoàn giám sát. UBTVQH căn cứ vào chương trình giám sát của mình hoặc theo yêu cầu của Quốc hội, đề nghị của HĐDT, Ủy ban của Quốc hội, Đoàn ĐBQH hoặc của ĐBQH, quyết định thành lập Đoàn giám sát của UBTVQH. HĐDT, Ủy ban của Quốc hội căn cứ vào chương trình giám sát của mình hoặc qua giám sát việc giải quyết khiếu nại, tố cáo của công dân, qua phương tiện thông tin đại chúng phát hiện có dấu hiệu vi phạm pháp luật hoặc được UBTVQH giao thì tổ chức Đoàn giám sát. Đoàn ĐBQH căn cứ vào chương trình giám sát, tổ chức Đoàn giám sát của Đoàn ĐBQH và tổ chức đề ĐBQH trong Đoàn tiến hành giám sát việc thi hành pháp luật ở địa phương. Nội dung, kế hoạch giám sát của các Đoàn giám sát nói trên và của ĐBQH được thông báo cho cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát chậm nhất là 7 ngày, trước ngày bắt đầu tiến hành HĐGS.

Năm là, *bỏ phiếu tín nhiệm đối với người giữ chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn:* Hiến pháp 1992 sửa đổi năm 2001 quy định việc Quốc hội có quyền bỏ

8 GS, TS. Nguyễn Đăng Dung (2007), *Quốc hội Việt Nam trong Nhà nước pháp quyền*, Nxb Đại học Quốc gia, Hà Nội, 275-276.

phiếu tín nhiệm đối với người giữ chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn; Luật HDGSCQH năm 2003 quy định cụ thể điều kiện, trình tự, thủ tục bỏ phiếu tín nhiệm như sau: (i) UBTVQH tự mình hoặc khi có kiến nghị của ít nhất hai mươi phần trăm tổng số ĐBQH hoặc kiến nghị của HĐDT, Ủy ban của Quốc hội trình Quốc hội bỏ phiếu tín nhiệm đối với người giữ chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn; (ii) người được đưa ra bỏ phiếu tín nhiệm có quyền trình bày ý kiến của mình trước Quốc hội; (iii) Quốc hội thảo luận và bỏ phiếu tín nhiệm. Trong trường hợp người được đưa ra bỏ phiếu tín nhiệm không được quá nửa tổng số ĐBQH tín nhiệm thì cơ quan hoặc người đã giới thiệu đề bầu hoặc đề nghị phê chuẩn người đó có trách nhiệm trình Quốc hội xem xét, quyết định việc miễn nhiệm, bãi nhiệm hoặc phê chuẩn việc miễn nhiệm, cách chức người đó. Việc pháp luật hiện hành quy định khá chi tiết về trình tự, thủ tục bỏ phiếu tín nhiệm đối với người giữ chức vụ do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn là bước tiến quan trọng về cơ sở pháp lý cho HDGS của Quốc hội. Tuy nhiên, theo một số nhà nghiên cứu, quy định này chưa đi vào thực tiễn, vì cho đến nay, “các bộ trưởng sai lầm thì nhiều, nhưng Quốc hội vẫn chưa bỏ phiếu bất tín nhiệm được một ai”<sup>9</sup>.

*Sáu là, thành lập Ủy ban lâm thời để điều tra:* Theo pháp luật hiện hành, khi xét thấy cần thiết, UBTVQH tự mình hoặc theo đề nghị của Chủ tịch nước, Thủ tướng Chính phủ, HĐDT, Ủy ban của Quốc hội hoặc của ĐBQH trình Quốc hội quyết định thành lập Ủy ban lâm thời để điều tra về một vấn đề nhất định. Ủy ban lâm thời bao gồm thành viên là các ĐBQH và những người có chuyên môn thuộc lĩnh vực cần điều tra. Nhiệm vụ, quyền hạn của Ủy ban lâm thời do Quốc hội quyết định. Kết thúc quá trình điều tra, Ủy ban lâm thời phải báo cáo kết

quả trước Quốc hội, trên cơ sở đó, Quốc hội thảo luận và ra nghị quyết về vấn đề đã được điều tra. Tuy nhiên, đến nay, Quốc hội chưa từng thành lập Ủy ban lâm thời để điều tra vấn đề nào, các quy định về việc thành lập Ủy ban lâm thời của Luật Tổ chức Quốc hội và Luật HDGSCQH đến nay vẫn chưa đi vào cuộc sống.

### 3. Tham chiếu hoạt động giám sát của hai Quốc hội

#### 3.1. Sự tương đồng

*Một là,* giám sát là chức năng quan trọng thứ hai của mỗi Quốc hội, sau chức năng lập pháp. Dù các quy định pháp lý về giám sát của Quốc hội mỗi nước có khác nhau, bản chất của giám sát chính là việc Quốc hội tìm hiểu, đánh giá xem các cơ quan nhà nước đã thực thi pháp luật như thế nào. Lý do cơ bản nhất giải thích cho vai trò giám sát của mỗi Quốc hội là để bảo đảm các luật do Quốc hội ban hành phải được thi hành một cách chính xác, có hiệu quả.

*Thứ hai,* mục đích cụ thể của HDGS của Quốc hội mỗi nước là nhằm ngăn chặn sự lạm dụng của các nhánh quyền lực khác, nhằm bảo vệ Hiến pháp, pháp luật, bảo vệ quyền tự do, dân chủ của nhân dân và làm cơ sở cho hoạt động lập pháp.

*Thứ ba,* đối tượng giám sát thường xuyên và chủ yếu của mỗi Quốc hội là nhánh hành pháp, nhưng có thể mở rộng ra các cơ quan nhà nước khác.

*Thứ tư,* giám sát của Quốc hội mỗi nước thường mang tính chất chính trị, nhằm làm rõ trách nhiệm chính trị của chính quyền hành pháp và các cơ quan nhà nước khác trước Quốc hội và nhân dân. Giám sát của Quốc hội khác với các hình thức giám sát khác thường nảy sinh hậu quả pháp lý nếu tìm thấy sự vi phạm pháp luật của đối tượng bị giám sát.

9 GS.TS. Nguyễn Đăng Dung (2007), *Tlđđ*, tr 276.

*Thứ năm*, HĐGS của Quốc hội mỗi nước đều có thể được tiến hành thông qua các hình thức phong phú, đa dạng như: thông qua các kỳ họp và quá trình phê chuẩn ngân sách; tổ chức các Đoàn giám sát của Quốc hội; tổ chức chất vấn Chính phủ và các cuộc điều tra, điều trần trước Quốc hội; thông qua hoạt động của cơ quan thanh tra, kiểm toán của Quốc hội và các hình thức khác.

*Thứ sáu*, HĐGS của Quốc hội mỗi nước đều tuân thủ những nguyên tắc, thủ tục, trình tự nhất định được quy định trong Hiến pháp, các luật về tổ chức và hoạt động của Quốc hội và được chi tiết hóa trong nội quy kỳ họp và quy chế của ĐBQH.

Sự tương đồng giữa hai Quốc hội trong HĐGS xuất phát từ tính chất quyền lực tối cao của Quốc hội. Quốc hội thực hiện quyền lực tối cao không chỉ thông qua hoạt động lập pháp và quyết định những vấn đề quan trọng, mà còn qua việc giám sát hoạt động của mọi cơ quan nhà nước.

### 3.2. Sự khác biệt

*Một là, cơ sở Hiến pháp HĐGS của Quốc hội.* Giám sát là hoạt động chính yếu của Quốc hội các nhà nước theo mô hình đại nghị. Cơ sở của giám sát là ở chỗ Quốc hội có quyền thành lập Chính phủ thì Quốc hội có quyền giám sát Chính phủ và việc giám sát có thể dẫn đến thay đổi Chính phủ. Dù không hoàn toàn được tổ chức theo mô hình chính thể đại nghị, Hiến pháp Việt Nam 1992, tại Điều 83 đã quy định: “Quốc hội thực hiện quyền giám sát tối cao đối với toàn bộ hoạt động của Nhà nước”. Hiến pháp Mỹ không quy định vai trò giám sát của Quốc hội do nguyên tắc của chính thể cộng hòa tổng thống và do quan niệm phổ biến coi việc thực thi pháp luật chính là quá trình lập pháp mở rộng. Do đó, giám sát không được quan niệm như một chức năng độc lập mà chỉ là nhiệm vụ phái sinh, nhằm thực hiện chức năng lập pháp của Quốc hội. Để bảo đảm các luật phát huy tác dụng trên thực tế, Quốc hội Mỹ đã sử dụng các quá trình chính

thức và không chính thức để giám sát. Năm 1946, với việc thông qua đạo luật về tổ chức lại ngành lập pháp, Quốc hội Mỹ mới chính thức hóa vai trò giám sát của mình.

*Hai là, phạm vi đối tượng giám sát.* Phạm vi đối tượng chịu sự giám sát của Quốc hội Việt Nam rất rộng so với phạm vi đối tượng chịu sự giám sát của Quốc hội Mỹ. Giám sát của Quốc hội Mỹ chỉ áp dụng đối với các bộ, cơ quan thuộc hành pháp và chức vụ Tổng thống. Điều khác biệt quan trọng là trong khi Quốc hội Mỹ chỉ tập trung giám sát hoạt động của cơ quan hành pháp liên bang thì HĐGS của Quốc hội Việt Nam không chỉ tập trung vào việc giám sát cơ quan hành pháp ở trung ương mà mở rộng đối với tất cả các cơ quan nhà nước ở trung ương, địa phương và các cơ quan, tổ chức, cá nhân khác, khi xét thấy cần thiết.

Lý do của những khác biệt về phạm vi đối tượng giám sát giữa hai Quốc hội là do sự khác nhau trong việc xác định mục tiêu trọng tâm của HĐGS của mỗi Quốc hội. Ở Mỹ, trọng tâm giám sát của Quốc hội là kiểm soát ngành hành pháp để bảo đảm ngành này hành động theo các chuẩn mực do Quốc hội xác lập và vì lợi ích của nhân dân; ngăn ngừa sự lạm quyền; bảo đảm sự trong sạch và tính chịu trách nhiệm của bộ máy hành pháp. Ở Việt Nam, mục tiêu giám sát của Quốc hội là rất bao trùm, nhằm đảm bảo “Hiến pháp, các luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH được thực thi chính xác và nhất quán”. Theo đó, trọng tâm giám sát của Quốc hội là đảm bảo việc thực thi pháp luật và tính thứ bậc, sự nhất quán của hệ thống pháp luật. Hai cách tiếp cận khác nhau này sẽ có cùng giá trị với giả thiết là hệ thống pháp luật đã được hoàn thiện, ổn định và đáp ứng yêu cầu của công lý. Tuy nhiên, việc các văn bản pháp luật của Việt Nam thường xuyên phải sửa đổi thì cách tiếp cận của Quốc hội Việt Nam trong HĐGS sẽ có những rủi ro nhất định.

*Ba là, phạm vi nội dung giám sát.* Nội dung giám sát của Quốc hội Việt Nam rộng

hơn nội dung giám sát của Quốc hội Mỹ và có thể chồng lấn nhiệm vụ của các cơ quan nhà nước khác, chẳng hạn xem xét các báo cáo công tác và các VBQPPL do các đối tượng chịu sự giám sát của Quốc hội ban hành; giám sát việc bầu cử ĐBQH, đại biểu HĐND; giám sát việc thi hành pháp luật ở các bộ, ngành, địa phương. HĐGS của Quốc hội Mỹ chỉ có khả năng xem xét và giải quyết các vấn đề dưới góc độ chính trị/chính sách, không xâm phạm nguyên tắc phân quyền giữa các cơ quan trong bộ máy nhà nước, không đi sâu vào các vấn đề, vụ việc cụ thể, chi tiết, chẳng hạn như giải quyết hay giám sát việc giải quyết các khiếu nại, tố cáo của công dân. Vì để xem xét các vấn đề, vụ việc cụ thể đòi hỏi người xem xét phải có chuyên môn tương ứng chuyên sâu, trong khi Quốc hội với toàn thể đại biểu không phải là cán bộ ở cấp kỹ thuật mà điều hoạt động trên cương vị chính khách, nên không thể có chuyên môn và tư cách phù hợp bằng các thẩm phán hay công chức hành chính khi giải quyết các công việc cụ thể.

*Bốn là, tổ chức và lãnh đạo HĐGS.* HĐGS của Quốc hội Mỹ diễn ra tập trung, thường xuyên, liên tục trong suốt thời gian diễn ra kỳ họp Quốc hội được tổ chức gần như quanh năm. Với Quốc hội Việt Nam, ngoài các HĐGS được tổ chức tại hai kỳ họp mỗi năm, trong thời gian giữa hai kỳ họp Quốc hội, dưới sự lãnh đạo của UBTVQH, phần lớn các công việc giám sát của Quốc hội do các Ủy ban của Quốc hội đảm nhiệm. Theo Hiến pháp 1992, các Ủy ban của Quốc hội được giao thực hiện chức năng giám sát hoạt động của các cơ quan nhà nước một cách độc lập, tự chủ mà không phải là giúp Quốc hội thực hiện chức năng giám sát như trước đây theo Hiến pháp năm 1980.

*Năm là, việc xác định trách nhiệm tập thể của đối tượng bị giám sát.* Trên thực tế, nội dung, hình thức và hậu quả giám sát của Quốc hội phụ thuộc rất nhiều vào hình thức chính thể của mỗi nước. Ở các nước theo mô hình đại nghị, Quốc hội căn cứ kết quả giám

sát có thể bỏ phiếu tín nhiệm Chính phủ, dẫn đến sự từ chức tập thể của Chính phủ. Việt Nam với nhiều nét đặc trưng của mô hình chính thể đại nghị, việc giám sát thường với mục đích làm rõ trách nhiệm tập thể của Chính phủ trước Quốc hội. Với mô hình chính thể cộng hòa tổng thống, ở Mỹ không có chế định trách nhiệm tập thể của Chính phủ trước Quốc hội như ở các nước đại nghị. Thay vào đó, Quốc hội có quyền thành lập ủy ban điều tra để thu thập chứng cứ, làm rõ trách nhiệm chính trị của các quan chức hành pháp, kể cả Tổng thống. Cá thể hóa trách nhiệm là nguyên tắc được đề cao trong HĐGS của Quốc hội Mỹ.

*Sáu là, hậu quả pháp lý của giám sát tối cao và trách nhiệm chính trị của chính khách.* Theo quy định của pháp luật Việt Nam, hậu quả pháp lý của giám sát tối cao được thể hiện bằng các nghị quyết cụ thể của Quốc hội, chẳng hạn như nghị quyết yêu cầu các đối tượng chịu sự giám sát của Quốc hội phải ban hành văn bản hướng dẫn thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội; bãi bỏ một phần hoặc toàn bộ VBQPPL của đối tượng chịu sự giám sát của Quốc hội trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội; nghị quyết về việc trả lời chất vấn và trách nhiệm của người bị chất vấn; miễn nhiệm, bãi nhiệm các chức danh do Quốc hội bầu, phê chuẩn... Nhìn chung, các nghị quyết này hướng đến việc tuân thủ pháp luật và tính nhất quán của hệ thống pháp luật đã được ban hành. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam chưa quy định rõ trách nhiệm chính trị và chế tài của trách nhiệm chính trị đối với đối tượng bị giám sát và của cá nhân chính khách khi để xảy ra hậu quả pháp lý. Chẳng hạn như chính khách phải từ chức vì mất uy tín trước công chúng về năng lực điều hành hoặc về việc ban hành, bảo vệ một chính sách sai trái gây tổn hại cho lợi ích quốc gia, dân tộc hay đồng đảo người dân.

Tại Mỹ, các quy định của pháp luật về phủ quyết lập pháp với việc ngành lập pháp có quyền giám sát, xem xét, đánh giá và phê



chuẩn chính sách của Chính phủ hành pháp có thể làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến uy tín chính trị của Tổng thống hoặc các quan chức hành pháp trong trường hợp các chính sách của hành pháp bị Quốc hội phủ quyết. Mặt khác, các cuộc điều trần và điều tra của Quốc hội với kết luận về tính khả thi của một chính sách công, khả năng điều chỉnh của dự luật xuất phát từ sáng kiến của hành pháp, hay về năng lực điều hành thực tiễn của ngành hành pháp và việc thực hiện công vụ của các quan chức chính phủ... có thể được thông báo cho công chúng, nhằm tạo ra một diễn đàn để người dân thấy rõ và đánh giá uy tín, năng lực và hành vi của chính quyền, gây sức ép buộc các quan chức chính quyền phải từ chức hoặc có trách nhiệm với người dân hơn<sup>10</sup>.

*Bảy là, sự nhất quán trong nhận thức về giám sát của Quốc hội.* Ở Mỹ, nội hàm khái niệm giám sát của Quốc hội và cơ sở của hoạt động này nhìn chung đã có sự nhất quán từ lý luận đến thực tiễn. Tuy nhiên, ở Việt Nam, hiện tồn tại các quan niệm khác biệt về HĐGS của Quốc hội, do cơ sở pháp lý của hoạt động này còn nhiều bất cập và thực tiễn hoạt động chưa thực sự hiệu quả. Các tranh luận về HĐGS của Quốc hội Việt Nam được tập trung trên các phương diện như: phạm vi đối tượng của quyền giám sát tối cao - chẳng hạn các công dân bình thường có phải chịu sự giám sát của Quốc hội hay không; nội dung và phương thức thực hiện quyền giám sát tối cao; hậu quả pháp lý của quyền giám sát tối cao; trách nhiệm chính trị của chính khách... Nhằm hoàn thiện chức năng giám sát của Quốc hội Việt Nam theo đòi hỏi của Nhà nước pháp quyền, việc nghiên cứu làm sáng tỏ các vấn đề trên và phát triển một khái niệm nhất quán, rõ ràng, ổn định hơn về giám sát của Quốc hội là cần thiết khách quan.

*Tám là, hiệu lực, hiệu quả của HĐGS.*

So với HĐGS của Quốc hội Mỹ, HĐGS của Quốc hội Việt Nam còn mang tính hình thức, chưa thực sự hiệu lực, hiệu quả: (i) Do HĐGS của Quốc hội bị dàn trải sang các lĩnh vực khác của việc thi hành pháp luật của các chủ thể tư pháp hay của công dân mà thiếu tập trung vào hoạt động thi hành pháp luật của cơ quan hành pháp; (ii) việc tổ chức đoàn giám sát của các ủy ban của Quốc hội về địa phương còn rất hình thức, thực chất chỉ là tìm hiểu, nắm vấn đề; (iii) do chưa thống nhất nhận thức về bản chất, tính chất của chất vấn và chưa đổi mới phương pháp và kỹ năng chất vấn của Quốc hội và ĐBQH; (iv) giữa các quy định pháp luật và thực tiễn về HĐGS của Quốc hội có một khoảng cách khá lớn. Các quyền và công cụ giám sát của Quốc hội theo quy định của Luật HĐGSCQH là rất lớn nhưng ít được sử dụng. Chẳng hạn, ngoài những tranh luận xung quanh cụm từ “bỏ phiếu tín nhiệm”, đến nay, bỏ phiếu tín nhiệm vẫn chỉ là “thanh bảo kiếm” nằm trong “bao” của Quốc hội mà vẫn chưa được “rút ra”, việc bỏ phiếu tín nhiệm chưa được áp dụng với bất kỳ chức danh nào. Quốc hội Việt Nam cũng chưa từng thành lập các ủy ban để điều tra về hoạt động của cơ quan hành pháp. Trong khi ủy ban điều tra là mô hình giám sát đặc biệt phổ biến và hiệu quả ở Mỹ nhằm đáp ứng nhu cầu về thông tin của cơ quan lập pháp thay thế cho hoạt động chất vấn không có truyền thống ở mô hình này và thực hiện kiểm chế, đối trọng trong bộ máy nhà nước. Có nhiều học giả cho rằng, việc Quốc hội Việt Nam chưa từng thành lập ủy ban để điều tra về hoạt động của hành pháp là do Chính phủ và các thành viên Quốc hội thuộc cùng một đảng nên Quốc hội biết rõ hoạt động của Chính phủ mà không cần điều tra, đây cũng là đặc trưng của chính thể cộng hòa đại nghị - ủy ban điều tra ít được Quốc hội sử dụng hơn ở các nước có chính thể cộng hòa tổng thống ■

10 Roger H. Davison và Walter J. Oleszek (2002), *Tlđđ*, tr 515.

